



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Irena LIPOWICZ

RPO-649645-II/10/MK

00-090 Warszawa
Al. Solidarności 77

Teł. centr. 22 551 77 00
Fax 22 827 64 53

Warszawa, 22. XI. 2012

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

Wniosek

Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności art. 212 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.) w zakresie zawierającym zwrot „albo pozbawienia wolności do roku” - z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

Uzasadnienie

I.

Zgodnie z art. 212 § 1 Kodeksu karnego (dalej: k.k.): *Kto pomawia inną osobę, grupę osób, instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności.*

Przepis art. 212 § 1 k.k. penalizuje przestępstwo zniesławienia w jego typie podstawowym. Zakwestionowany w niniejszym wniosku paragraf 2 powołanego art. 212 k.k. odnosi się do kwalifikowanej postaci zniesławienia. Zgodnie z § 2 art. 212 k.k.: *Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 za pomocą środków masowego komunikowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.*

Wątpliwości natury konstytucyjnej i konwencyjnej budzi w moim przekonaniu zagrożenie sankcją karną w postaci pozbawienia wolności za zniesławienie.

Obecne brzmienie art. 212 § 1 i 2 k.k. nadane zostało ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny wykonawczy, ustawy - Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589; zmiana weszła w życie 8 czerwca 2010 r.).

Przed powołaną wyżej nowelizacją § 1 i 2 art. 212 k.k. brzmiał następująco: *§ 1 Kto pomawia inną osobę, grupę osób, instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nie mającą osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, podlega grzywnie, karze ograniczenia albo pozbawienia wolności do roku. § 2 Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 za pomocą środków masowego*

komunikowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Podkreślić wypada, że podejmowane były próby rezygnacji z typu kwalifikowanego przestępstwa zniesławienia, popełnionego za pomocą środków masowego komunikowania, a co za tym idzie również rezygnacji w przypadku zniesławienia z najbardziej restrykcyjnej spośród kar tj. kary pozbawienia wolności (por. Druk Sejmowy nr 1394).

Ostatecznie ustawodawca nie zrezygnował z typu kwalifikowanego w § 2 art. 212 k.k., natomiast zmianie (złagodzeniu) uległy sankcje przewidziane zarówno w § 1, jak i § 2 powołanego art. 212 k.k. W § 1 pozostawiono w sankcji jedynie grzywnę albo karę ograniczenia wolności, a zrezygnowano z kary pozbawienia wolności do roku, natomiast w § 2 obniżono górną granicę kary pozbawienia wolności z dwóch lat do jednego roku. Uzasadniając zmianę, wskazywano, że przemawiają za tym dwie okoliczności: pierwsza o charakterze wewnątrzsystemowym, a mianowicie w przypadku zniewagi z art. 216 nie występuje kara pozbawienia wolności, druga zaś odnosi się do praktyki wymierzania kar za przestępstwo zniesławienia; otóż w roku 2007 tylko wobec 11,1% skazanych z art. 212 § 1 wymierzono karę pozbawienia wolności, przy czym jedynie w czterech przypadkach w postaci bezwzględnej, zaś 78,8% sprawców skazano na grzywnę samoistną (za: M. Mozgawa, *Komentarz do art. 212 Kodeksu karnego*, LEX 2012).

Kara pozbawienia wolności za słowo grozi zatem w obecnym stanie prawnym za pomówienia dokonane przez środki masowego komunikowania się np. przez prasę, radio, telewizję, publikacje książkowe, nagrania elektroniczne i internetową sieć informatyczną (por. A. Marek, *Komentarz do art. 212 Kodeksu karnego*, LEX 2010) i bez znaczenia jest to, czy słowa wypowiedane są w debacie społecznej, politycznej, w trakcie wywiadu lub też wyrażane są przez osobę redagującą stronę www w ogólnodostępnej sieci teleinformatycznej czy również np. przez dziennikarzy (por. J. Raglewski, *Komentarz do art. 212 Kodeksu karnego*, LEX 2006) - co w moim przekonaniu stanowi nieproporcjonalne wkroczenie w wolność słowa.

Dla porządku wspomnieć należy o uregulowaniu z art. 213 § 2 k.k., które zawiera kontratyp decydujący o braku czynu z art. 212 § 2 k.k. Zgodnie bowiem art. 213 § 2 k.k.: *Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 212 § 1 lub 2, kto publicznie podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut: 1) dotyczący postępowania osoby pełniącej funkcję publiczną lub 2) służący obronie społecznie uzasadnionego interesu. Jeżeli zarzut dotyczy życia prywatnego lub rodzinnego, dowód prawdy może być przeprowadzony tylko wtedy, gdy zarzut ma zapobiec niebezpieczeństwu dla życia lub zdrowia człowieka albo demoralizacji małoletniego.*

II.

Przed przystąpieniem do uzasadnienia tezy postawionej powyżej, a dotyczącej niezgodności art. 212 § 2 k.k. - w zaskarżonym zakresie - z Konstytucją i Europejską Konwencją Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: Konwencją), podkreślić w pierwszej kolejności należy, że art. 212 k.k. był już przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z dnia 30 października 2006 r., sygn. P 10/06 (publ. OTK - A z 2006 Nr 9 poz. 128) stwierdził zgodność art. 212 § 1 i 2 z art. 14 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wskazać jednak należy, iż Trybunał Konstytucyjny w powołanym wyżej wyroku dokonał kontroli art. 212 § 1 i 2 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2010 r. tj. w innej sytuacji normatywnej, a ponadto, co istotne, w moim przekonaniu, zakres kontroli art. 212 § 1 i 2 k.k. był inny.

Trybunał Konstytucyjny w powołanej sprawie P 10/06 badał, czy penalizacja w art. 212 § 1 i 2 k.k. zniesławienia stanowi proporcjonalną ingerencję ustawodawcy w wolność słowa i wolność prasy. Innymi słowy, Trybunał Konstytucyjny w powołanym wyżej wyroku rozstrzygał, czy z punktu widzenia standardów wynikających z art. 14 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 w ogóle dopuszczalna jest penalizacja zniesławienia; czy odpowiedzialność karna za zniesławienie jest konieczna, a przez to dopuszczalna w demokratycznym państwie; czy cel leżący u podstaw regulacji zawartej w art. 212 § 1 i 2 k.k.

był konstytucyjnie legitymowany; czy odpowiedzialność cywilna za słowo nie byłaby wystarczająca dla skutecznej ochrony czci i dobrego imienia?

Podobną argumentację zastosować należy do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2008 r., sygn. SK 43/05 (publ. OTK-A z 2008 r. Nr 4, poz. 57). Wyrok ten, który w pewnym zakresie odnosił się do art. 212 k.k. również wydany był w innej sytuacji normatywnej tzn. przed zmianą art. 212 § 1 i 2 k.k. dokonaną w 2010 r.

W tym stanie rzeczy uznać należy, iż zarzuty sformułowane w niniejszym wniosku nie są tożsame z tymi, które uprzednio badał Trybunał Konstytucyjny, a zatem dotychczasowe sprawy zawisłe przed Trybunałem Konstytucyjnym, mające za przedmiot art. 212 § 1 i 2 k.k., nie stanowią przeszkody do rozpoznania przez Trybunał niniejszego wniosku.

Podkreślić w tym miejscu należy, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 października 2006 r., sygn. P 10/06 uznał, iż penalizacja w art. 212 § 1 i 2 k.k. zniesławienia, co do zasady, nie stanowi nieproporcjonalnej ingerencji ustawodawcy w wolność słowa i wolność prasy. Uzasadniając powołany wyrok, Trybunał Konstytucyjny w szczególności stwierdził, że „kryminalizacja (rozumiana jako uznanie przez ustawodawcę jakiegoś czynu za przestępstwo) działań, które z jednej strony stanowią przejaw korzystania z wolności słowa, z drugiej zaś - naruszają godność człowieka i jej przejawy w postaci czci i dobrego imienia, stanowi rozwiązanie prawne dopuszczalne z punktu widzenia art. 14 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji" oraz, że „brak jednoznacznych podstaw do przyjęcia, że ochrona dóbr osobistych na gruncie prawa cywilnego w obecnych warunkach funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości może być uznana za równie skuteczną ochronę czci i dobrego imienia jak kryminalizacja zniesławienia."

Nie kwestionując zatem zgodności z Konstytucją rozwiązania przyjętego przez polskiego ustawodawcę w zakresie penalizacji zniesławienia co do zasady, w moim przekonaniu zachodzi natomiast potrzeba dokonania oceny tego rozwiązania, w zakresie proporcjonalności przyjętych w art. 212 § 2 k.k. kar grożących za zniesławienie. Jak zostało to

już bowiem podkreślone powyżej, wątpliwości natury konstytucyjnej i konwencyjnej budzi w moim przekonaniu zagrożenie sankcją karną w postaci pozbawienia wolności za zniesławienie.

III.

Wolność słowa gwarantowana jest zarówno w postanowieniach Konstytucji, jak i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji: *Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.*

W myśl art. 10 Konwencji: *ust. 1: Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych. Ust. 2: Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.*

Wolność słowa była już wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, (publ. OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 32) stwierdził, że „swoboda wypowiedzi jest jednym z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostek. Swoboda ta nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie

albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne. Rolą dziennikarzy jest rozpowszechnianie informacji i idei dotyczących spraw będących przedmiotem publicznego zainteresowania i mających publiczne znaczenie. Pozostaje to w ścisłym związku z prawem opinii publicznej do otrzymywania informacji."

W orzecznictwie Trybunału oraz w doktrynie zwraca się uwagę, że w art. 54 ust. 1 Konstytucji zawarte są w gruncie rzeczy trzy odrębne wolności jednostki, aczkolwiek wzajemnie ze sobą powiązane i współzależne, a mianowicie: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji, wolność rozpowszechniania informacji. Jak podkreśla to Trybunał Konstytucyjny, użyte w art. 54 pojęcie "pogląd" należy rozumieć jak najszerszej. Nie tylko jako wyrażanie ocen, w szczególności kontrowersyjnych, ale również informowanie o faktach, także faktach domniemywanych. Jest to zgodne z zasadą rozumienia wyrażeń konstytucyjnych w możliwie najszerszym znaczeniu. Natomiast pojęcia "pozyskiwanie informacji" oraz "rozpowszechnianie informacji" dotyczą nie tylko informacji o faktach, lecz także o cudzych poglądach (wyrok TK z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. SK 42/09, publ. OTK-A z 2011 r. Nr 10 poz. 118 i cytowane tam poglądy doktryny).

W przytaczanym wyżej wyroku z dnia 30 października 2006 r., sygn. P 10/06 Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że art. 54 ust. 1 Konstytucji „ma najszerszy zakres przedmiotowy, dotyczy wyrażania poglądów w każdej formie i każdych okolicznościach. Podmiotowo dotyczy przede wszystkim wszystkich osób fizycznych, ponieważ należy przyjąć, że w zasadzie tylko ta grupa podmiotów stosunków prawnych może mieć swoje poglądy oraz faktycznie pozyskiwać lub rozpowszechniać informacje. Nie można oczywiście wykluczyć, że wypowiadając się, określona osoba fizyczna lub grupa osób występuje w imieniu i działa na rzecz określonej instytucji (osoby prawnej, jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej), ale należy przyjąć, że czyni to, realizując "swoją" wolność wypowiedzi, a nie jest tylko "ustami" instytucji. Należy tu zwrócić uwagę, że ustawodawca konstytucyjny zaliczył wolność wypowiedzi do wolności i praw osobistych, a więc ściśle związanych z

osobą człowieka i obywatela. Ich cechą wspólną jest to, że prawa te i wolności z samej swej istoty z reguły nie mają zastosowania do innych podmiotów stosunków prawnych (por. art. 38, art. 39, art. 40, art. 41, art. 42, art. 47, art. 48, art. 52, art. 55, art. 56 Konstytucji), choć można zauważyć, że wyjątkowo rozszerza się zastosowanie niektórych aspektów takich wolności i praw (art. 45 ust. 1, art. 50 zd. 2, art. 51 ust. 1, 3 i 4 Konstytucji) na niektóre kategorie podmiotów niebędących osobami fizycznymi."

W wyrokach z dnia 12 maja 2008 r., (sygn. SK 43/05) oraz z dnia 14 grudnia 2011 r. (sygn. SK 42/09) Trybunał Konstytucyjny zaakcentował szczególnie znaczenie art. 54 ust. 1 Konstytucji dla samorealizacji jednostki w państwie demokratycznym. Znaczenie art. 54 ust. 1 Konstytucji polega zdaniem Trybunału „na zabezpieczeniu możliwości prawidłowego rozwoju jednostki w demokratycznym państwie prawa. Treść tego przepisu obejmuje wszelkie płaszczyzny aktywności, w których dana osoba postanowiła wyrazić swój pogląd. Wolność słowa nie może być bowiem podporządkowana wyłącznie uczestnictwu w jednym z możliwych w społeczeństwie dyskursów (np. politycznemu). Za powyższym przemawia, wynikająca z poszanowania przyrodzonej godności (art. 30 Konstytucji), najszersza ochrona autonomii jednostki, stwarzająca możliwość pełnego rozwoju osobowości w otaczającym ją środowisku kulturowym, cywilizacyjnym (...) W doktrynie (filozofia, nauki prawne) poszukuje się uzasadnienia dla szczególnej i silniejszej, niż w przypadku innych wolności i praw, ochrony wolności słowa." Jak natomiast Trybunał Konstytucyjny podkreślił w wyroku z dnia 12 maja 2008 r. (sygn. SK 43/05, publ. OTK-A z 2008 r. Nr 4, poz. 57) wśród podstawowych rodzajów argumentacji wysuwanych na gruncie filozofii, jak i w nauce prawa w obronie wolności słowa wyodrębnić należy przede wszystkim takie, które odwołują się do roli tej wolności: a) w poszukiwaniu prawdy - niedopuszczanie do krytyki przyjmowanych w społeczeństwie opinii powoduje, że opinie te są aprobowane bez głębszego zrozumienia, zaś przyjmowane doktryny zamieniają się w martwe dogmaty tamujące rozwój myśli; tłumienie wolności słowa jest więc złem, bo pozbawia człowieka sposobności dojścia do prawdy; b) w funkcjonowaniu

demokratycznego państwa - po pierwsze: wolność słowa zapewnia obywatelom informacje niezbędne do brania udziału w społecznych debatach i w sprawowaniu demokratycznych rządów, po drugie: wolność krytyki umożliwia poddanie osób sprawujących władzę kontroli w celu wyeliminowania korupcji oraz arbitralności i po trzeciej: wolność słowa sprzyja procesowi identyfikacji interesów przez obywateli oraz ich reprezentantów, a także wspieraniu kształtowania prawidłowych relacji pomiędzy rządzonymi i rządzącymi; c) w promocji tolerancji - życie w społeczeństwie, w którym chroniona jest wolność słowa, uczy tolerancji dla różnych opinii oraz zachowań odmiennych od naszych własnych, co jest niezbędne dla normalnego funkcjonowania społeczeństwa pluralistycznego; d) jako integralnej części pewnych wartości uznawanych za fundamentalne - wolność słowa stanowi m.in. nieodzowny warunek samorealizacji jednostki; osiągnięcie przez człowieka szczęścia jest determinowane pełnym rozwinięciem sił jego umysłu, do czego niezbędne jest właśnie komunikowanie się; dostarczanie obywatelom informacji oraz opinii umożliwia im kształtowanie własnych przekonań (zob. A. Wiśniewski, Znaczenie wolności słowa w państwie demokratycznym, "Gdańskie Studia Prawnicze", t. 7 z 2000 r., s. 645-658, podobnie: A. Sajó, Freedom of Expression, Warszawa 2004, s. 17-25, szeroko na temat "funkcji mediów masowych w systemie demokratycznym" także: A. Jaskiemia, Media masowe w demokratycznych procesach wyborczych. Standardy europejskie i uwarunkowania ich realizacji, Warszawa 2008, s. 42-105)."

W tym miejscu podkreślić należy, że wzmocnieniem wolności wypowiedzi jest wyrażona w art. 14 Konstytucji wolność mediów. Jak podkreśla to Trybunał Konstytucyjny, wolność mediów stanowi szczególny w aspekcie przedmiotowym przejaw wolności słowa - gwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji. Art. 14 nie jest jednak powtórzeniem treści art. 54 ust. 1 Konstytucji. Obie wolności mają charakter komplementarny, albowiem wolność mediów wzmacnia wolność wypowiedzi (przez tworzenie płaszczyzny pluralistycznego dyskursu umożliwiającego samorealizację jednostki), ale i wolność wypowiedzi wzmacnia wolność

mediów (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2008 r., sygn. SK 43/05) Z uwagi na fakt, iż w niniejszym wniosku art. 14 Konstytucji nie jest wskazany, jako wzorzec kontroli - powyższą uwagę należało jedynie zaakcentować bez poszerzonej analizy.

Szczególne znaczenie wolności słowa dostrzega w swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: Trybunał w Strasburgu).

W pierwszej kolejności wskazać należy za Markiem Antonim Nowickim, że tekst art. 10 Konwencji w języku polskim opublikowany w Dzienniku Ustaw mówi o "prawie do wolności wyrażania opinii", chodzi jednak o prawo do swobody wypowiedzi, którego zakres jest znacznie szerszy (M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, publ. LEX 2010).

Trybunał w Strasburgu już w wyroku z 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside v. Wielkiej Brytanii* (skarga nr 5493/72) sformułował doniosły pogląd, że swoboda wypowiedzi stanowi jeden z filarów społeczeństwa demokratycznego, który jest warunkiem jego rozwoju i możliwości samorealizacji jednostki. Swoboda wypowiedzi nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz odnosi się w równym stopniu do takich, które obrażają lub wprowadzają niepokój. Takie są wymagania pluralizmu i tolerancji, bez których nie ma demokratycznego społeczeństwa. Powyższy pogląd znalazł potwierdzenie w późniejszej linii orzecniczej Trybunału w Strasburgu (por. orzeczenia Trybunału w Strasburgu: z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 *Lingens v. Austrii*; z dnia 23 kwietnia 1992 r., skarga nr 11798/85 *Castells v. Hiszpanii*; z dnia 1 lipca 1997 r., skarga nr 20834/92 *Oberschlick v. Austrii*; czy z dnia 25 listopada 1999r., skarga nr 23118/93 *Nilsen i Johnsen v. Norwegii*).

Swoboda wypowiedzi w myśl utrwalonego poglądu Trybunału w Strasburgu obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych oraz bez względu na granice państwowe. Co istotne, prawo do

wolności słowa na gruncie Konwencji przysługuje każdej osobie, niezależnie od tego, czy jest osobą fizyczną czy prawną, stowarzyszeniem, a nawet firmą działającą dla zysku, niezależnie od charakteru realizowanego w danym wypadku celu, a także przysługuje każdej osobie niezależnie od tego, czy jest ona obywatelem danego kraju, czy cudzoziemcem. Ochrona na podstawie art. 10 Konwencji rozciąga się między innymi na etatowych dziennikarzy i innych pracowników mediów. Co istotne ochrona wynikająca z art. 10 Konwencji rozciąga się na wszystkie rodzaje wypowiedzi wyrażające opinie, idee lub informacje niezależnie od ich treści oraz sposobu komunikowania się, w szczególności o charakterze politycznym lub dotyczące spraw publicznej troski. Obejmuje również wypowiedzi artystyczne, informacje o charakterze handlowym, muzykę rozrywkową i reklamy nadawane za pomocą sieci kablowej, a także treści publikowane i archiwizowane w Internecie, jako medium odgrywającym ważną rolę w rozszerzaniu dostępu społeczeństwa do nowych wiadomości, jak również generalnie w ułatwianiu rozpowszechniania informacji. Ochroną objęte są również symbole umieszczone na ubraniach, a także wypowiedzi przybierające postać konkretnego zachowania. Artykuł 10 chroni nie tylko treść idei i informacji, ale również formę, w jakiej są przekazywane, zwłaszcza, ale nie tylko, gdy dotyczy to prasy (por. M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, publ. LEX 2010 i cytowane tam orzecznictwo Trybunału w Strasburgu).

Trybunał w Strasburgu w swym orzecznictwie określił wiele zasad, które kształtują zakres wolności słowa. Tytułem przykładu wskazać wypada, iż w myśl Trybunału w Strasburgu dyskusja o charakterze politycznym odgrywa szczególną rolę w życiu społecznym, stąd też politycy muszą w znacznie większym stopniu znosić krytykę, niż osoby prywatne. W odróżnieniu od tych ostatnich, politycy muszą być przygotowani i świadomi tego, że ich słowa i działania podlegają szczegółowej analizie przez dziennikarzy i społeczeństwo, a w konsekwencji muszą okazywać większą tolerancję (por. cyt. wyżej wyrok z dnia 8 lipca 1986

r., skarga nr 8815/82 *Lingens v. Austrii*; wyrok z dnia 9 stycznia 2007 r., skarga nr 51744/99 *Kwiecień v. Polsce*).

Szczególnie szeroką ochronę Trybunał w Strasburgu przyznaje wypowiedziom w trakcie kampanii wyborczej. Jak podkreśla to bowiem Trybunał w Strasburgu, wolne wybory oraz wolność wypowiedzi, w szczególności wolność prowadzenia debaty politycznej, tworzą łącznie fundament każdego systemu demokratycznego. Te dwa prawa są ze sobą ściśle powiązane, a współistniejąc przyczyniają się do wzajemnego wzmocnienia. Z tych względów szczególnie istotne jest, by w okresie poprzedzającym wybory, informacje i opinie wszelkiego rodzaju mogły być swobodnie rozpowszechniane (wyrok z 9 stycznia 2007 r., skarga nr 51744/99 *Kwiecień v. Polsce*).

Trybunał w Strasburgu konsekwentnie podkreśla, że granice dopuszczalnej krytyki są szersze w stosunku do osób publicznych, które świadomie i w sposób nieunikniony wystawiają się na ostrą kontrolę i reakcję na każde wypowiedziane słowo, dlatego muszą w szczególności przejawiać wysoki poziom tolerancji (por. wyrok Trybunału w Strasburgu z dnia 24 lutego 2009 r., skarga nr 23806/03 *Długołęcki v. Polsce*; por. wyrok z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 *Lingens v. Austrii*).

W kontekście art. 10 Konwencji Trybunał w Strasburgu w sposób szczególny akcentuje wolność mediów, w tym prasy. Jak podkreślał to wielokrotnie Trybunał w Strasburgu, nie można zapominać wybitnej roli, jaką odgrywa prasa w państwie prawa. Wolność prasy gwarantuje opinii publicznej jeden z najlepszych środków poznawania i kształtowania opinii o poglądach i podejściu ich politycznych liderów (por. np. wyrok z dnia 23 kwietnia 1992 r., skarga nr 11798/85 *Castells v. Hiszpanii*). Wolność dziennikarska obejmuje także możliwe uciekanie się w pewnym stopniu do przesady lub prowokacji (por. np. wyrok z dnia 1 lipca 1997 r., skarga nr 20834/92 *Oberschlick v. Austrii*).

W tym kontekście Trybunał w Strasburgu podkreśla, że ogromne znaczenie mają warunki umożliwiające dziennikarzom swobodne zbieranie informacji. Utrudnienia w tym zakresie ze strony

władz mogą prowadzić do sytuacji równoznacznej z pośrednią cenzurą (por. M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, publ. LEX 2010 i cytowane tam orzecznictwo Trybunału w Strasburgu).

Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej zarówno Trybunału Konstytucyjnego, jak i Trybunału w Strasburgu, wolność słowa nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom.

Trybunał Konstytucyjny podkreśla w swym orzecznictwie, że pomimo braku wzmianki o art. 31 ust. 3 Konstytucji w art. 54 ust. 1 Konstytucji, nie może to być jednak rozumiane w ten sposób, że wolność słowa i będąca jej przejawem wolność środków społecznego przekazu ma charakter absolutny i nie podlega ograniczeniom. Art. 31 ust. 3 ma charakter zasady ogólnej, stosowanej nie tylko wtedy, gdy przepis będący podstawą wolności lub prawa wyraźnie przewiduje dopuszczalność ich ograniczenia, ewentualnie także poszczególne jej przesłanki (np. art. 64 ust. 3 Konstytucji), ale także wtedy, gdy przepis będący podstawą wolności lub prawa nie wspomina o możliwości wprowadzenia ograniczeń. Art. 31 ust. 3 jest zatem koniecznym dopełnieniem norm wyrażonych w art. 54 ust. 1 Konstytucji (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. SK 42/09).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności wymaga po pierwsze, aby ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw wprowadzane były w formie ustawy, co wyklucza wprowadzanie ich w aktach niższej rangi. Po drugie zaś zasada ta w aspekcie materialnym dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego i tylko wtedy, gdy istnieje konieczność ich wprowadzenia w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Co istotne, zakres wprowadzanych ograniczeń powinien być proporcjonalny, tzn. konieczny dla

realizacji określonego celu. W związku z tym wprowadza się trzy kryteria: przydatności, konieczności i proporcjonalności przyjmowanych ograniczeń. Ingerencja taka jest zatem dopuszczalna, jeżeli jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, a jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zob. m.in. wyrok TK z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07, publ. LEX, wyrok TK z dnia 29 września 2008 r., sygn. akt SK 52/05, publ. OTK-A z 2008 r. Nr 7, poz. 125). Z naruszeniem kryterium konieczności zastosowania ograniczenia mamy zatem do czynienia gdy osiągnięcie danego celu było możliwe poprzez zastosowanie innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia na prawa i wolności jednostki, tymczasem sięgnięto po środek bardziej uciążliwy (por. m.in. wyrok TK z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07, publ. LEX; wyrok TK z dnia 29 września 2008 r., sygn. akt SK 52/05, publ. OTK-A z 2008 r. Nr 7, poz. 125 i cytowane tam orzeczenia TK oraz stanowiska doktryny).

Nie mają również charakteru absolutnego prawa gwarantowane w art. 10 ust. 1 Konwencji, albowiem zgodnie z art. 10 ust. 2 Konwencji korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

Zgodnie z utrwalonym poglądem Trybunału w Strasburgu ograniczenie wolności słowa musi być po pierwsze przewidziane przez prawo krajowe, a ponadto musi przejść test proporcjonalności, na który składa się kilka nierozłącznych elementów. W szczególności ingerencja musi służyć ochronie wartości, o których mowa w artykule 10 ust. 2 Konwencji, a ponadto musi

być konieczna w społeczeństwie demokratycznym. Wolność słowa podlega, zdaniem Trybunału w Strasburgu, wyjątkom określonym w art. 10 Konwencji, jednakże wyjątki te muszą być rozumiane ściśle, a potrzeba jakichkolwiek ograniczeń musi być ustalona przekonywująco. Jak wynika z orzecznictwa strasburskiego test "niezbędności w demokratycznym społeczeństwie" wymaga, by Trybunał określił, czy ingerencja, która jest przedmiotem skargi, odpowiadała "istniejącej potrzebie społecznej". Oceniając czy "potrzeba" ta istnieje, ustawodawcy krajowemu pozostawiony jest pewien margines swobody. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona, ale towarzyszy jej europejski nadzór Trybunału, obejmujący zarówno legislację jak i decyzje podejmowane w celu stosowania prawa, a nawet orzeczenia wydawane przez niezawisły sąd. W zakresie tego nadzoru Trybunał jest umocowany do ostatecznego rozstrzygnięcia co do tego, czy ograniczenie jest do pogodzenia ze swobodą wypowiedzi chronioną przez art. 10 Konwencji. Oceniając ingerencję władz krajowych w wolność słowa Trybunał musi ponadto określić, czy powody podawane przez władze krajowe w celu uzasadnienia ingerencji były "właściwe i wystarczające" a także czy podjęte środki były proporcjonalne do realizowanego uzasadnionego celu. Trybunał musi ustalić czy władze krajowe znalazły prawidłową równowagę między ochroną swobody wypowiedzi chronioną w art. 10 Konwencji z jednej strony a ochroną dobrego imienia tych, przeciwko którym wysuwane są zarzuty, czyli prawa będącego elementem życia prywatnego i chronionego przez art. 8 Konwencji z drugiej (wyrok Trybunału w Strasburgu z dnia 6 kwietnia 2006 r., skarga nr 43797/98 *Malisiewicz - Gašior v. Polsce*; por. wyroki Trybunału w Strasburgu: z dnia 17 grudnia 2004 r., nr skargi 33348/96 *Cumpana i Mazare v. Rumunii*; z dnia 24 lutego 2009 r., skarga nr 23806/03 *Długołęcki v. Polsce*; z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 *Lingens v. Austrii*; z dnia 23 kwietnia 1992 r., skarga nr 11798/85 *Castells v. Hiszpanii*; z dnia 1 lipca 1997 r., skarga nr 20834/92 *Oberschlick v. Austrii*; czy z dnia 25 listopada 1999r., skarga nr 23118/93 *Nilsen i Johnsen v. Norwegii*).

Co niezmiernie istotne, Trybunał w Strasburgu utrwalił w swym orzecznictwie pogląd, że rodzaj i dolegliwość wymierzonej kary są czynnikami, które są brane pod uwagę przy ocenie

proporcjonalności ingerencji (por. wyroki Trybunału w Strasburgu: z dnia 16 lipca 2002 r., skarga nr 26976/95 *Siirek v. Turcji*; z dnia 29 czerwca 2004 r., skarga nr 64915/01 *Chauvy i inni v. Francji*).

IV.

Egzemplifikacją ingerencji władzy krajowej w konstytucyjnie i konwencyjnie chronioną wolność słowa jest penalizacja zniesławienia dokonana w art. 212 k.k. W świetle przedstawionych powyżej wzorców konstytucyjnych i konwencyjnych, ingerencja ta musi przejść test proporcjonalności, by mogła być uznana za dopuszczalną.

Jak zostało to już podkreślone powyżej, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 października 2006 r., sygn. P 10/06 uznał, że rozwiązania przyjęte przez polskiego ustawodawcę w zakresie możliwości dopuszczenia penalizacji zniesławienia co do zasady, nie naruszają postanowień Konstytucji.

Abstrahując zatem od powyższych kwestii, uznając jednocześnie, że były one już przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego, wskazać należy, iż w niniejszej sprawie należy poddać testowi proporcjonalności art. 212 § 2 k.k. - w zakresie, w jakim przepis ten przewiduje możliwość orzeczenia przez sąd kary pozbawienia wolności za słowo.

Asumptem do dokonania tego testu winny stać się w szczególności wyroki Trybunału w Strasburgu jakie zapadły na gruncie spraw (w tym przeciwko Polsce), w których Trybunał uznał naruszenie art. 10 Konwencji z uwagi na brak proporcjonalności w nakładaniu sankcji karnych za słowo zniesławiające.

Jak było to już podkreślone powyżej, Trybunał w Strasburgu utrwalił w swym orzecznictwie poglądy, że rodzaj i dolegliwość wymierzonej kary są czynnikami, które są brane pod uwagę przy ocenie proporcjonalności ingerencji w wolność słowa.

W wyroku z dnia 14 lutego 2008 r., skarga nr 36207/03 Rumiana Ivanova v. Bułgarii, Trybunał w Strasburgu podniósł, że sankcja karna nałożona za zniesławienie nie może być dysproporcjonalna w stosunku do chronionego celu.

Z kolei w wyroku z dnia 31 kwietnia 2006 r., skarga nr 64016/00 Giniewski v. Francji, Trybunał w Strasburgu podkreślił, że oceniając kwestię proporcjonalności sankcji trzeba mieć na uwadze obowiązek uwzględniania natury i surowości kar oraz zachowanie największej ostrożności, aby reakcja władz nie zniechęcała do udziału w dyskusji o kwestiach publicznych.

Następnie wskazać należy, iż w wyroku z dnia 17 grudnia 2004 r., skarga nr 33348/96 Cumpana i Mazare v. Rumunii, Trybunał w Strasburgu wprost odniósł się do kwestii dotyczącej proporcjonalności kary pozbawienia wolności orzekanej za słowo uznając, że nałożenie kary pozbawienia wolności za przestępstwo prasowe będzie zgodne z wolnością słowa dziennikarzy gwarantowaną przez art. 10 Konwencji tylko w wyjątkowych okolicznościach, gdy inne fundamentalne prawa zostały istotnie naruszone, jak na przykład w sprawie o wypowiedź nawołującą do nienawiści (mowa nienawiści) i przemocy (por. wyrok z dnia 23 września 2004 r., skarga nr 23927/94 Surek i Ozdemir v. Turcji).

Podobnie w wyroku z dnia 20 lipca 2006 r., skarga nr 47579/99 Raichinov v. Bułgarii, Trybunał podniósł, że sankcje karne ustanowione w celu ochrony reputacji czy dobrego imienia innej osoby akceptowalne są w świetle gwarancji z art. 10 Konwencji tylko w najcięższych sprawach - na przykład w przypadku przemówienia nakłaniającego do przemocy. Jednakże, ocena proporcjonalności ingerencji w wielu przypadkach polegać będzie na zważeniu czy władze mogły uciec się do innych środków, niż kara za przestępstwo, takich jak środki cywilne i dyscyplinarne (por. wyrok z dnia 23 września 1998 r., skarga nr 24662/94 Lehideux i Isomi v. Francji).

Powyższe poglądy Trybunału utrwaliły się w późniejszym jego orzecznictwie i były konsekwentnie prezentowane również w sprawach przeciwko Polsce (por. wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r., skarga nr 43797/98 Malisiewicz - Gąsior v. Polsce; wyrok z dnia 19 grudnia 2006, skarga

nr 18235/02 Dąbrowski v. Polsce; wyrok z dnia 24 lutego 2009 r., skarga nr 23806/03 Długołęcki v. Polsce; wyrok z dnia 22 czerwca 2010 r., skarga nr 41029/06 Kuryłowicz v. Polsce).

Co istotne, w sprawach dotyczących sankcji karnych za wypowiedzi uznane za zniesławiające lub znieważające rozpowszechniane w mediach Trybunał w Strasburgu podnosił, iż stosowanie takich sankcji może sprowadzać się do swoistej cenzury, która jest środkiem mających na celu zniechęcanie skazanych do wypowiadania się krytycznie w przyszłości i powstrzymywania np. dziennikarzy do włączania się do debaty publicznej dotyczącej problemów dotyczących życia społecznego. Tym samym sankcje karne powodują „mrozący efekt” w debacie publicznej i utrudniają mediom wykonywanie roli publicznego „watchdog” (por. wyroki: z dnia 24 lutego 2009 r., skarga nr 23806/03 Długołęcki v. Polsce; z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 Lingens v. Austrii). Wedle poglądów Trybunału w Strasburgu nawet orzeczenie kary grzywny oraz warunkowe umorzenie postępowania karnego może zostać uznane za rodzaj cenzury i powodować powstrzymywanie się dziennikarzy do wyrażania opinii i rozpowszechniania informacji. Nawet najłagodniejsza kara jest bowiem jednak sankcją karną, skazany jest notowany, a groźba podjęcia postępowania karnego przez sąd możliwa jest w każdym momencie trwania okresu próby w przypadku zajścia okoliczności przewidzianych przez prawo karne (wyrok z dnia 19 grudnia 2006, skarga nr 18235/02 Dąbrowski v. Polsce; por. wyrok z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 Lingens v. Austrii; wyrok z dnia 25 kwietnia 2006 r., skarga nr 69698/01 Stoli v. Szwajcarii).

W powołanym wyżej wyroku z dnia 24 lutego 2009 r., skarga nr 23806/03 Długołęcki v. Polsce Trybunał w Strasburgu uznał, że już sama możliwość zastosowania kary pozbawienia wolności za zniesławienie stanowi nieproporcjonalny środek i tym samym narusza wolność słowa na gruncie art. 10 Konwencji. Wypada zaakcentować, że w zdaniu odrębnym do tego wyroku sędzia Nicolas Bratza podkreślił, że o nieproporcjonalności ingerencji w wolność słowa nie świadczą tylko nieproporcjonalnie surowe sankcje karne za słowo, ale już samo stosowanie w tego typu sprawach postępowania karnego jawi się jako nieproporcjonalne.

Prezentowana powyżej linia orzecznicza Trybunału w Strasburgu stała się asumptem do przyjęcia w dniu 4 października 2007 r. przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy Rezolucji 1577 (2007) noszącej tytuł „Ku dekryminalizacji zniesławienia”, która wzywa Państwa Strony - Konwencji do usunięcia z systemów krajowych kary pozbawienia wolności za zniesławienie (pkt 17. 1 Rezolucji), nawet jeśli taka kara faktycznie nie jest już orzekana, by nie dawać jakiegokolwiek usprawiedliwienia tym krajom, które kontynuują nakładanie tych kar w dalszym ciągu, prowokując tym samym korozję fundamentalnych wolności (pkt 13 Rezolucji).

Znaczenie i wagę Rezolucji 1577 (2007) podkreśla w najnowszych orzeczeniach Trybunał w Strasburgu (por. wyrok z dnia 24 lutego 2009 r., skarga nr 23806/03 Długołęcki v. Polsce), który wskazuje, że Państwa Strony - Konwencji winny wziąć pod uwagę zalecenia ujęte w tej Rezolucji w zakresie wyeliminowania w swoim porządku prawnym możliwości orzekania kar izolacyjnych za zniesławienie (por. wyrok z dnia 15 marca 2011 r., skarga nr 2034/07 Otegi Mondragon v. Hiszpanii; wyrok z dnia 19 lipca 2011 r., skarga nr 22385/03 Kasabova v. Bułgarii).

Reasumując tę część wywodów uznać należy, iż w świetle orzecznictwa Trybunału w Strasburgu możliwość orzekania kary pozbawienia wolności akceptowalna jest z punktu widzenia standardów określonych w art. 10 Konwencji jedynie w najcięższych sprawach - na przykład kiedy słowa nawołują do nienawiści i przemocy, natomiast w stosunku do czynu polegającego na zniesławieniu tego typu sankcja karna ze względu na swoją intensywność jawi się jako nieproporcjonalna, a przez to niedopuszczalna na gruncie Konwencji.

Skoro w polskim porządku prawnym odpowiedzialność za słowa w tych najcięższych sprawach przewidziana jest na podstawie odrębnych przepisów karnych (por. np. art. 256 i 257 kk) to nie istnieją żadne przesłanki uzasadniające pozostawienie kary pozbawienia wolności w systemie kar przewidzianych za zniesławienie i w tym stanie rzeczy art. 212 § 2 k.k. nie może przejść testu proporcjonalności przewidzianego w art. 10 ust. 2 Konwencji.

W tym miejscu wskazać należy, że jak podkreśla się w doktrynie, wprowadzenie do Kodeksu karnego z 1997 r. typu kwalifikowanego przestępstwa zniesławienia, w którym okolicznością uzasadniającą surowszą odpowiedzialność kamą sprawcy jest uczynienie przez niego zarzutu pomawiającego za pomocą środków masowego komunikowania (art. 212 § 2 k.k.), stanowiło odpowiedź ustawodawcy na podnoszone już wcześniej w nauce prawa karnego postulaty wskazujące, iż mamy w tym przypadku do czynienia ze znacznie większym stopniem społecznej szkodliwości czynu (J. Raglewski, *Komentarz do art. 212 Kodeksu karnego*, LEX 2006 i cytowana tam literatura). Nie wdając się w ocenę *ratione legis* uregulowania z art. 212 § 2 k.k. w zakresie, w jakim przepis ten ustanawia typ kwalifikowany przestępstwa zniesławienia, podkreślić jednak należy, iż odpowiednia gradacja kar, z pominięciem jednak tej najbardziej dotkliwej i restrykcyjnej tj. kary izolacyjnej, może być zarówno wystraszająca dla zapewnienia realizacji przez sądy trafnej reakcji karnej na czyn zniesławienia dokonany za pomocą środków masowego komunikowania się (uwzględniającej stopień społecznej szkodliwości czynu), jednocześnie zaś regulacja w tym przedmiocie nie będzie w dalszym ciągu uznawana przez Trybunał w Strasburgu jako nieproporcjonalna, a przez to niedopuszczalna w świetle konwencyjnych standardów wolności słowa.

Następnie podnieść należy, że przepis art. 212 k.k. nie może również przejść pozytywnie testu proporcjonalności na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji. Interpretacja dopuszczalnych ograniczeń wolności słowa na gruncie Konstytucji, nie może być bowiem, w moim przekonaniu, dokonywana w oderwaniu od standardów strasburskich. Przyjęcie odmiennego poglądu powodować będzie niepożądaną dychotomię w ochronie wolności słowa na gruncie prawa Rady Europy i w systemie prawa krajowego, a w konsekwencji stanowić może o kolejnych przegranych Polski w sprawach zawisłych przed Trybunałem w Strasburgu, w których podnoszony będzie zarzut naruszenia art. 10 Konwencji poprzez zastosowanie nieproporcjonalnej ingerencji w swobodę wypowiedzi, która to swoboda, jak było to już podkreślone powyżej, uznana jest w orzecznictwie

zarówno Trybunału Konstytucyjnego, jak i Trybunału w Strasburgu za jeden z filarów społeczeństwa demokratycznego.

Konkludując podkreślić należy, że o konieczności dostosowania regulacji art. 212 § 2 k.k. do standardów strasburskich, poprzez wyeliminowanie kar izolacyjnych - jako nieproporcjonalnych - za zniesławienie podnoszą również głosy prezentowane w doktrynie. Prof. Andrzej Zoll wskazuje, że utrzymanie penalizacji zniesławienia, zgodnie z tym, co orzekł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 października 2006 r., nie narusza wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji zasady proporcjonalności. Zasadę tę może naruszać jedynie intensywność reakcji karnej. Zdaniem prof. Andrzeja Zolla należy wyjść naprzeciw stanowisku Trybunału w Strasburgu oraz Rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy i w przypadku przestępstwa zniesławienia wykluczyć zagrożenie karą pozbawienia wolności (A. Zoll, *212 k. k. : wykreślić czy zmienić?*, Na wokandzie, nr 4/2012, s. 55). Prof. Ireneusz C. Kamiński opowiada się natomiast za całkowitą depenalizacją art. 212 k.k. wskazując, że tak jak doszło już obecnie na gruncie orzecznictwa Trybunału w Strasburgu do zakwestionowania kary pozbawienia wolności za zniesławienie, tak w przyszłości spreczna z Konwencją stanie się sama droga postępowania karnego w tego typu sprawach, czego można się spodziewać w raczej krótszym niż dłuższym horyzoncie czasowym. Jak podkreśla prof. Ireneusz C. Kamiński, depenalizacyjna zmiana jest już dostrzegana na poziomie regulacji krajowych innych państw; tak na przykład zniesławienie przestało być przestępstwem w m.in. w Wielkiej Brytanii (2009 r.) i Irlandii (2010 r.), a także w Armenii, Bośni-Hercegowinie, Cyprze, Estonii, Gruzji, Ukrainie. Poza Europą stało się tak m.in. w Meksyku, Nowej Zelandii, Sri Lance, Salwadorze czy Ghanie. Depenalizację zapowiedziano np. we Francji oraz Indiach. W innych państwach nowelizacje skutkowały natomiast wykreśleniem kary pozbawienia wolności - m.in. w Bułgarii, Rumunii, Chorwacji, Serbii, Czarnogórze i Macedonii. Jak wskazuje prof. Ireneusz C. Kamiński, w kontekście zachodzących zmian olbrzymie znaczenie ma nie tylko orzecznictwo Trybunału w Strasburgu, ale również niedawne rozstrzygnięcie Komitetu Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych z dnia 7 lutego 2012 r., który w sprawie *Alex Adonis v. Filipinom* nie tylko uznał,

że skazanie dziennikarza na karę pozbawienia wolności stanowiło naruszenie art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, ale również wezwał władze krajowe do dekryminalizacji pomówienia, gdyż ustawodawstwo karne, jako takie, jest niezgodne z Paktem (I. C. Kamiński, *Wykreślić art. 212 k.k. !* [w:] *Na wokandzie*, nr 2/2012, s. 50 i 51). Na wadliwości rozwiązań przyjętych w art. 212 § 2 k.k. wskazuje również prof. Ewa Łętowska, podkreślając, że „historycznie rzecz biorąc, stopniowe zmiany mechanizmu złożonego z podstawowego typu przestępstwa wskazują na stopniowe łagodzenie sankcji pozbawienia wolności i rozbudowę kontratypów oznaczające zmniejszenie zakresu typu podstawowego. Ograniczenie karalności zniesławienia, ograniczenie wykorzystania w tym celu kary pozbawienia wolności, a także radykalne zmniejszenie ochrony osób pełniących funkcję publiczną - jest zgodne co do kierunku z aksjologią konstytucyjną (i praw człowieka), wymagającą udzielenia proporcjonalnie większej ochrony samemu publicznemu dyskursowi, prowadzonemu przy pomocy środków medialnych, a więc publicznie. Jednakże kolejne zmiany tekstu kodeksu karnego nie zmieniają mankamentu podstawowego, który (...) zdaniem prof. E. Łętowskiej (...) tkwi w wadliwej relacji typu zasadniczego zniesławienia i jego typu kwalifikowanego, ani nieuwzględniającej wysokiej konstytucyjnej lokaty działalności mediów, ani niewyciągającej żadnych wniosków z dynamicznych zmian kształtowania się standardu na tle EKFC. Standard ten - podkreślmy, kształtujący się początkowo na tle spraw, gdy sprawcą zniesławienia byli dziennikarze (a nie inni uczestnicy dyskursu publicznego) - rzeczywiście zmierza do depenalizacji, a już wyraźnie przeciwstawia się korzystaniu z kar izolacyjnych, jako nieproporcjonalnych. Dotyczy to nawet takich zachowań mediów, które służą ich misji w wysoce nieudolny sposób, a więc mediów niedbałych o poziom społecznego dyskursu. W konsekwencji cały istniejący w polskim prawie karnym kodeksowy mechanizm relacji: przestępstwo pomówienia - jego postać kwalifikowana - kontratypy coraz dobitniej ujawnia wadliwość tej konstrukcji" (E. Łętowska, *Ujęcie karalności zniewagi: przykład niespójności aksjologicznej z konstytucyjną ochroną wypowiedzi medialnej* [w:] *Państwo prawa i prawo karne, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, s. 750 i 751).

Wprawdzie zdaniem prof. E. Łętowskiej postulat całkowitej eliminacji z Kodeksu karnego art. 212 idzie zbyt daleko, jednakże zachowanie obecnego *status quo* to też jednak zbyt zachowawcze rozwiązanie (por. E. Łętowska, op. cit, s. 756).

Mając na względzie powyższe, powołując się na standardy wolności słowa wypracowane zarówno w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w moim przekonaniu możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności za zniesławienie - ze względu na jej intensywność i dolegliwość - jest nieproporcjonalna, a przez to niedopuszczalna na gruncie Konstytucji, jak i Konwencji, jednocześnie zaś nie istnieją żadne przesłanki uzasadniające pozostawienie kary pozbawienia wolności w systemie kar przewidzianych za zniesławienie.

W tym stanie rzeczy uznać należy, że art. 212 § 2 k.k. w zakresie, w jakim w katalogu sankcji karnych za przestępstwo zniesławienia przewiduje karę pozbawienia wolności jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Łętowska wyraża zgodę
Teresa Jędrzejewska