

Zdanie odrębne

Sędziemu Trybunału Konstytucyjnego Ewy Łętowskiej	146
od wyroku Trybunału Konstytucyjnego	147
z dnia 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06	148
Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku z 30 października 2006 r. w sprawie P 10/06.	149
Nie zgadzam się z wyrokiem w zakresie:	150
– w jakim stwierdza konstytucyjność art. 212 § 2 k.k.	151
– w jakim umarza postępowanie dotyczące oceny konstytucyjności art. 213 § 2 k.k. z uwagi na brak wymaganej przez art. 193 Konstytucji zależności pomiędzy odpowiedzią Trybunału a rozstrzygnięciem sprawy toczącej się przed sądem zadającym pytanie prawne. Artykuł 213 § 2 k.k. w takiej zależności pozostaje i jest on niezgodny z art. 14 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji w zakresie, w jakim uzależnia wyłączenie przestępności zarzutu pomówienia za pomocą środków masowego komunikowania się od tego, aby podnoszony lub rozgłaszany zarzut prawdziwy, służył obronie społecznie uzasadnionego interesu.	152
I. Wbrew stanowisku zajętemu w wyroku z 30 października 2006 r. między wątpliwością co do konstytucyjności art. 213 § 2 k.k. a rozstrzygnięciem sprawy przez sąd pytający – zachodzi związek, wymagany przez art. 193 Konstytucji.	153
1. U podstaw pytania sądu legła sytuacja zniesławienia (objętego ściganiem z oskarżenia publicznego), odnoszącego się do funkcjonariuszy (organy, pracownicy) osoby prawnej, uczynionego za pomocą środków masowego komunikowania się (a więc z natury rzeczy publicznie). Sytuacja taka wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 212 § 2 k.k., chyba, że zachodzą przesłanki z art. 213 k.k. (kontratyp). Gdyby więc zarzut zniesławiający (prawdziwy) miał służyć obronie społecznie uzasadnionego interesu – rozważana sytuacja nie stanowiłaby w ogóle przestępstwa (co wynika z art. 213 § 2 k.k.). Prokurator w obliczu podejrzenia popełnienia przez dziennikarza czynu z art. 212 § 2 k.k., zwrócił się do sądu o wyrażenie zgody (kwestia wpadkowa, w związku z którą zgłoszono pytanie konstytucyjne) na zwolnienie dziennikarza z obowiązku zachowania tajemnicy (art. 180 § 2 k.p.k.). Sąd pytający ma wątpliwości co do istnienia w takim wypadku zgodności z Konstytucją samej karalności zniesławienia (zarzut prawdziwy, uczyniony publicznie za pośrednictwem mediów), na tle której to sytuacji doszło do wszczęcia postępowania prokuratorskiego. Sąd uważa, że co do zasady zniesienie przestępności czynu (przewidziane w art. 213 § 2 k.k.) jest ujęte niekonstytucyjnie. Gdyby rzeczywiście brak było konstytucyjnych postaw do takiego ujęcia wyłączenia karalności zniesławienia popełnionego „medialnie”, to sąd musiałby rozstrzygnąć kwestię wstępną w sposób determinowany istnieniem tej niekonstytucyjności; brak byłoby wtedy penalizacji czynu, na tle którego obecnie wynika kwestia wpadkowa. W tej sytuacji związek między treścią rozstrzygnięcia sądu a pytaniem zadaniem Trybunałowi byłby wykazany. Brak by było zatem podstaw do zajęcia stanowiska takiego, jak to uczyniono w wyroku.	154

2. W sprawie nie chodzi przy tym o kwestię oceny, czy sytuacja, w jakiej znalazł się konkretny dziennikarz, wyczerpuje znamiona kontratypu (subsumpcja faktów). Ta kwestia bowiem, jako dotycząca problemu stosowania prawa, która musi być rozstrzygnięta przez sam pytający sąd, w momencie orzekania *in merito* w sprawie karnej, pozostaje w ogóle poza właściwością Trybunału, wynikającą z art. 193 Konstytucji. Natomiast jeśli okazałoby się, że samo abstrakcyjne ujęcie kontratypu w art. 213 § 2 k.k. jest niekonstytucyjne i jeśli (z uwagi na zakres stwierdzonej niekonstytucyjności) sytuacja w ogóle nie wykazywałaby cech przestępstwa, wówczas rzutowałoby to także na wynik postępowania wпадkowego (art. 180 § 2 k.p.k.). W niniejszym *votum separatum* przyjmuje się, że wątpliwości konstytucyjne co do art. 213 § 2 k.k. są zasadne. Przeto jest spełniona przesłanka wymagana dla skuteczności pytania prawnego z art. 193 k.k. 155

3. Dodatkowo wskazać należy, że jeśli zgodzić się z zawartą w wyroku Trybunału Konstytucyjnego tezą o braku związku wymaganego przez art. 193 Konstytucji między przedmiotem pytania a mającym nastąpić orzeczeniem sądu, to należałoby oczekiwać umorzenia postępowania w całości, a nie tylko – jak to uczyniono w wyroku – w odniesieniu do zarzutu dotyczącego art. 213 k.k. 156

II. Częściowa niekonstytucyjność art. 213 § 2 k.k. 157

1. Przepis penalizujący zniesławienie ma kompleksową budowę, charakteryzująca się istnieniem typu podstawowego (art. 212 § 1 k.k.) oraz typu kwalifikowanego (zaostrenie odpowiedzialności za zniesławienie popełnione przy pomocy środków masowego komunikowania się – art. 212 § 2 k.k.), a także dwóch kontratypów (brak przestępstwa: art. 213 § 1 i 2) dotyczących zarzutu prawdziwego lecz uczynionego niepublicznie; oraz zarzutu prawdziwego uczynionego publicznie i jednocześnie służącego obronie społecznie uzasadnionego interesu. Dodatkowe ograniczenie skorzystania z obu kontratypów zawiera wymaganie, aby w wypadku zarzutu dotyczącego życia prywatnego dowód prawdy był prowadzony w szczególnie kwalifikowanych wypadkach. 158

2. Moim zdaniem zarzut prawdziwy uczyniony publicznie – lecz za pośrednictwem środków masowego komunikowania się – z reguły uznawać należy za czyniony w obronie społecznie uzasadnionego interesu. Kwestia prawdziwości zarzutu odnosi się do faktów, a nie ich oceny. Nie jest bowiem w ogóle możliwe stosowanie kryterium „prawdy” w odniesieniu do ocen czy sądów wartościujących. W Konstytucji, w jej art. 14 wyrażono jako zasadę ustrojową, gwarancję wolności prasy i innych środków społecznego przekazu. Wolność ta nie jest wymieniona wśród praw i wolności jednostki (choć oczywiście podlega ochronie także na płaszczyźnie konstytucyjnych wolności jednostki), lecz ulokowana jako zasada ustrojowa. Wolność prasy jest bowiem także jednym z fundamentów demokratycznego społeczeństwa i stanowi jeden z warunków jego prawidłowego rozwoju, jak również warunek samorealizacji każdego człowieka. Wolność przewidziana w art. 14 Konstytucji jest gwarantem ustroju demokratycznego opartego na poszanowaniu praw mniejszości, umożliwia pluralistyczny dyskurs publiczny, obieg informacji i krytykę społeczną, utrudnia manipulacje prawem i jego stosowaniem. Wolność ta służy krytyce społecznej i przejrzystości w życiu publicznym. Także sprowokowanie dyskusji o ważnym problemie poruszającym opinię społeczną oraz spowodowanie reakcji oficjalnej władz (np. dochodzenia) jest głównym zadaniem komunikacji medialnej. Każde zabranie głosu służące powstawaniu i sprawnemu funkcjonowaniu dobrze poinformowanej opinii publicznej, zdolnej podejmować świadome decyzje dotyczące kwestii mających wpływ na kwestie społeczne, jest 159

dyskusją o społecznym znaczeniu. Wiele argumentów porównawczych w kwestii znaczenia wolności prasy dla demokratycznego państwa prawa (tak w aspekcie gwarancji ustrojowych, jak i wolności jednostki oraz sposobów rozwiązywania konfliktu między tą wolnością a ochroną jednostki przed naruszeniem czci i prywatności) zawiera dokument przedłożony przez *World Press Freedom Committee* występujący jako *amicus curiae* w zawisłej w Trybunale sprawie o sygn. SK 43/05.

3. W wypadku konfliktu wartości ustawodawca musi bowiem wyważyć rozwiązanie proporcjonalne, tj. takie, które jest wyrazem kompromisu między wartościami pozostającymi w konflikcie. Wedle znanego zdania Beniamina Franklina „gdyby zmuszono drukarzy, żeby nie drukowali niczego dopóty, dopóki nie osiągną pewności, że w ten sposób nie urażą nikogo, bardzo niewiele by drukowano”. Istnieje zatem oczywisty konflikt wartości chronionych na tle potrzeby ochrony dobrego imienia, czci i prywatności a wolnością społecznego dyskursu realizowaną poprzez media. Nie chodzi bowiem o to, żeby wykorzystywać media do opresjonowania jednostek, ale o to, aby w imię ochrony jednostki nie doprowadzić do zamrożenia debaty społecznej i wymuszonego milczenia mediów o zjawiskach unikających jawności. Wyważenie tego kompromisu wymaga dostrzeżenia szczególnej roli wypowiedzi medialnych wśród wypowiedzi publicznych, a także zróżnicowania ochrony osób publicznych (tj. osób uczestniczących w aktywnej próbie kształtowania kwestii będących przedmiotem społecznego zainteresowania) i osób nie udzielających się na scenie publicznej. Kodeks karny, uchwalony przed datą wejścia w życie Konstytucji, wszedł w życie w kilka miesięcy po niej. Zasada ustrojowa z art. 14 Konstytucji i jej konsekwencje nie znalazły jednak odbicia w konstrukcji zarówno przestępstwa z art. 212 k.k., w zróżnicowaniu odpowiedzialności z uwagi na podmiot, wobec którego sformułowano zarzut, jak i w konstrukcji kontratypu z art. 213 § 2 k.k. Dotyczy to znamienia publiczności wypowiedzi, uniwersalizacji pojęcia pomówionego oraz gradacji sankcji za pomówienie w ogólności i pomówienie „medialne”. Ten brak rozróżnień i uniwersalizacja odpowiedzialności na tle art. 212 i art. 213 k.k. prowadzi do efektu mogącego „studzić zapał” mediów występujących w ramach realizacji swej misji, wynikającej z art. 14 Konstytucji. Obecna formuła tych przepisów ułatwia ograniczanie krytyki społecznej i umożliwia manipulację dyskursem społecznym. W szczególności w ramach cechy „publiczności” nie wyodrębnia się obecnie znamienia „medialnego” sposobu dokonania zniesławienia w ramach kontratypu art. 213 k.k. Kodeks operuje tu zbiorczym, szerszym terminem „publicznego” uczynienia (rozpowszechniania) zarzutu. Z punktu widzenia pomówionego, znamie „publiczności” oczywiście oznacza zwiększoną dolegliwość. O ile jednak zarzut uczyniony publicznie (lecz nie medialnie) może być oceniany przede wszystkim właśnie z punktu widzenia ofiary, o tyle zarzut publiczny dokonany za pośrednictwem mediów – wymaga dla swej oceny i wartościowania uwzględnienia także tego, że media służą komunikacji, dialogowi, dyskursowi publicznemu. Ze względu wszak na te właśnie okoliczności przyznano wolności mediów rangę konstytucyjnej gwarancji w art. 14 Konstytucji.

160

4. Względ na szczególną konstytucyjną rolę mediów przemawia, moim zdaniem, za koniecznością wyodrębnienia w ramach kontratypu z art. 213 § 2 k.k. „nie popełnia przestępstwa (...) kto publicznie podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut służący obronie społecznie uzasadnionego interesu” innego jeszcze kontratypu: „nie popełnia przestępstwa (...) kto publicznie za pomocą środków masowego komunikowania się podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut”. Tego rodzaju wyodrębnienie staje się możliwe w wyniku uznania niekonstytucyjności art. 213 § 2 k.k. w zakresie, w jakim uzależnia wyłączenie przestępności zarzutu pomówienia za pomocą środków masowego komunikowania się od tego, aby podnoszony lub rozgłaszany zarzut prawdziwy, służył

161

obronie społecznie uzasadnionego interesu. Istnieje bowiem m. zd. domniemanie, iż środki masowego przekazu działają właśnie w obronie takiego interesu, z uwagi na misję mediów w demokratycznym społeczeństwie, uznaną w art. 14 Konstytucji. Tak więc działanie mediów z reguły jest prowadzone jako realizacja obrony społecznie uzasadnionego interesu, bo debata publiczna jako taka służy temu właśnie interesowi. Zaś możliwe naruszenia tej reguły (jeśli zważyć, że mówimy w rozważanym wypadku tylko o naruszeniach dokonanych wyłącznie prawdziwymi zarzutami) – będą absolutnym wyjątkiem. Wobec tego narusza hierarchię dóbr wynikającą z Konstytucji (z uwagi na art. 14) porządek rzeczy (przyjęty w k.k.), w którym to dziennikarz ma dowodzić, iż działał w obronie społecznie uzasadnionego interesu. Taki system sprawia, że konstytucyjne domniemanie *de facto* zostaje odwrócone przez ustawodawcę zwykłego, skoro to właśnie dziennikarz ma prowadzić za każdym razem zwalniający go dowód obrony społecznie uzasadnionego interesu działania. Tymczasem z zasady konstytucyjnej wynika, że informacyjna funkcja środków przekazu konstrukcyjnie wiąże się właśnie z domniemaniem, że *ratio* takiej funkcji jest obrona społecznie uzasadnionego interesu. Domniemanie to może być wyłączone w warunkach braku realizacji misji mediów. Będzie tak przy działaniu sprzecznym z racjami kryjącymi się za art. 14 Konstytucji. Inaczej mówiąc z zasady konstytucyjnej wynika, iż nie można na poziomie ustaw zwykłych wprowadzać obowiązku wykazania przez dziennikarza działania w obronie uzasadnionego interesu społecznego. Przeciwnie, to dziennikarzowi trzeba udowodnić, że umieszczając w środkach przekazu zarzut prawdziwy, nie działał w obronie uzasadnionego interesu, lecz np. szykany.

5. Niekonstytucyjność art. 213 § 2 k.k. polega więc na identycznym ujęciu przesłanek kontratypu (wymaganie działania w obronie uzasadnionego interesu społecznego) zarówno w ramach zarzutu prawdziwego formułowanego publicznie (ale nie medialnie), jak i w wypadku działania poprzez media. Ujęcie takie jest nieproporcjonalne, z uwagi na brak wyciągnięcia konsekwencji z faktu, że istnienie wolnych mediów i prowadzony poprzez nie dyskurs społeczny zawiera w sobie immanentnie cechę obrony uzasadnionego interesu społecznego. 162

6. Rozwiązanie za którym opowiadam się w niniejszym głosie odrębnym oznacza, że część zakresu objętego art. 213 § 2 k.k. zostałaby uznana za niekonstytucyjną. Niekonstytucyjne jest mianowicie objęcie zwrotem „kto publicznie podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut służący obronie społecznie uzasadnionego interesu” zakresu odnoszącego się do „podnoszenia lub rozgłaszania prawdziwego zarzutu za pośrednictwem środków masowego przekazu”. „Medialne” podniesienie zarzutu zawsze, z przyczyn konstytucyjnych, z uwagi na hierarchię wartości konstytucyjnych (art. 14) będzie służyć obronie społecznie uzasadnionego interesu. W konsekwencji kontratyp z art. 213 § 2 w obecnym brzmieniu zachowałby swoją aktualność (tj występowałby w nim obowiązek wykazania, że zarzut służy obronie społecznie uzasadnionego interesu) co do zarzutów prawdziwych podniesionych publicznie, jednak w sposób inny, niż poprzez środki masowego komunikowania się. Brak konieczności wykazania ochrony społecznie uzasadnionego interesu odnosiłby się natomiast do publicznego uczynienia zarzutu prawdziwego, za pośrednictwem środków masowego komunikowania się. W każdym natomiast wypadku, tak jak ma to miejsce obecnie (zarzut publiczny, w tym także zarzut uczyniony poprzez media), gdy zarzut dotyczyłby życia prywatnego, aktualne byłyby zastrzeżone rygory dotyczące dowodu prawdziwości zarzutu. 163

7. Sytuacja, gdyby dziennikarzowi udowodniono, że media nie działały w obronie uzasadnionego interesu społecznego, nie byłaby objęta ochroną, jaką daje art. 213 § 2 k.k. w proponowanej tu wersji. Tym samym bowiem odpadałby motyw z przyznania im 164

szczególnej pozycji wynikającej z art. 14 Konstytucji, decydującej o ukształtowaniu kontratypu.

8. Zaznaczyć należy, że uznanie wpływu art. 14 Konstytucji na sposób ujęcia art. 213 § 2 k.k. nie oznacza pozbawienia ochrony prawnej osób medialnie pomówionych. Po pierwsze bowiem wyłączenie (na skutek kontratypu) odpowiedzialności karnej nie oznacza braku ochrony prawnej w ogóle (na drodze cywilnoprawnej z różnymi wariantami sankcji, które na tej drodze są możliwe). Po drugie, działanie art. 213 § 2 k.k. będzie wykluczone (i nastąpi powrót do odpowiedzialności karnej za zniesławienie w warunkach art. 212 k.k.) w wypadku wykazania, że dziennikarz (media) nie działał w warunkach obrony uzasadnionego interesu społecznego; taka bowiem sytuacja wyklucza możliwość korzystania przez media z ochrony art. 14 Konstytucji, co zadecydowało o przedstawionej w niniejszym głosie koncepcji kontratypu „medialnego” na tle art. 213 § 2 k.k. 165

9. Przeciw koncepcji zarysowanej w niniejszym zdaniu odrębnym nie może skutecznie przemawiać argument wyprowadzony z art. 30 Konstytucji, mówiący o nienaruszalności godności ludzkiej. Mają rację i Sejm, i Prokurator Generalny, gdy podnoszą, iż ochrona przed zniewagami ma u swego źródła ochronę godności ludzkiej. Należy być w pełni świadomym faktu, iż godność jako fundament wolności i praw jednostki ma wysoką rangę konstytucyjną, co wyraża art. 30. Przepis ten jednak stawia na poziomie konstytucyjnym granicę dla działania władzy publicznej. Nie wynika z niego jednak, że po pierwsze, należy utożsamiać „godność osobową”, o której mowa w art. 30 Konstytucji, z przedmiotem ochrony jaką jest „cześć” – czy to na gruncie przepisów prawa karnego czy prawa cywilnego (w ramach ochrony dóbr osobistych). Dlatego – po drugie – przesunięcia w instrumentach ochronnych między ustawami zwykłymi służącymi ochronie czci, nie oznaczają automatycznie wkroczenia w „nienaruszalność” godności gwarantowanej przez art. 30 Konstytucji czy też uszczuplenia jej nienaruszalności, na wypadek zastąpienia ochrony prawnokarnej ochroną cywilnoprawną. 166

III. Częściowa niekonstytucyjność art. 212 § 2 k.k. 167

1. Zgłaszając niniejsze zdanie odrębne jestem przekonana, że zachodzi w ogólności potrzeba działań ustawodawcy pozytywnego w zakresie wyciągnięcia konsekwencji z wzajemnych relacji między Konstytucją i jej art. 14 oraz prawem karnym, zwłaszcza w zakresie systematyzacji struktury art. 212 k.k. i przewidzianych tam sankcji za zarzuty uczynione publicznie lecz „medialnie” sankcji oraz podmiotowego zakresu przyznawanej ochrony (osoby prywatne – osoby publiczne). Działanie ustawodawcy negatywnego, i to ograniczonego ramami pytania prawnego, nie jest bowiem do tego właściwym instrumentem. 168

2. Te bowiem wszystkie argumenty, jakie zostały wyżej podniesione w pkt II na rzecz konstytucyjnej konieczności (art. 14 Konstytucji) wyodrębnienia z kontratypu art. 213 § 2 k.k. odrębnego kontratypu pomówienia dokonanego „medialnie”, przemawiają także za rewizją art. 212 § 2 k.k. w kwestii sankcji tam sformułowanych (sankcja pozbawienia wolności oraz implicite przyjęte założenie większej wagi przestępstwa w porównaniu z przestępstwem z art. 212 § 1 k.k., z uwagi na fakt „medialności” działania. Dlatego nie mogę się zgodzić z wyrokiem TK w kwestii aprobaty konstytucyjności art. 212 § 2 k.k. (w zakresie sankcji; ta kwestia jednak rzeczywiście nie pozostaje w związku wymaganym przez art. 193 Konstytucji z rozstrzygnięciem sądu pytającego). Jednakże jestem też świadoma, że naprawa sytuacji nie jest tu możliwa bez działania ustawodawcy pozytywnego. (W wypadku, gdyby Trybunał orzekał o niekonstytucyjności tego przepisu 169

należałoby odroczyć datę wystąpienia tego skutku, aby umożliwić działanie ustawodawcze).

3. W zdaniu odrębnym s. Andrzeja Mączyńskiego do wyroku TK z 16 kwietnia 2002 r., w sprawie o sygn. SK 23/01 (OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 26) wypowiedziano myśl, którą podzielam, a mianowicie iż „wprowadzenie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw wymaga uzasadnienia, że ograniczenie takie jest w świetle Konstytucji uzasadnione. Przepisy przewidujące takie ograniczenia w razie zakwestionowania ich zgodności z Konstytucją przed Trybunałem Konstytucyjnym nie korzystają z domniemania konstytucyjności, nakazującego podanie argumentacji uzasadniającej ich niezgodność z normami konstytucyjnymi.” Sądzę, że ta dyrektywa dotycząca samego faktu ograniczenia domniemania konstytucyjności, może być pomocna także przy wyborze kierunków interpretacji dokonywanej w procesie stosowania prawa przez właściwe po temu organy, w tym także przez sąd pytający. 170

Zdanie odrębne

Sędziego TK Marka Safjana 171

od wyroku z dnia 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06 172

1. Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 października 2006 r. oraz do postanowienia w przedmiocie umorzenia postępowania, sygn. P 10/06. 173

Podstawą argumentacji w odniesieniu do obu punktów orzeczenia jest błędne pominięcie w niniejszej sprawie analizy kontratypu przestępstwa ujętego w art. 213 § 2 k.k. Ocena dopuszczalności zakresu penalizacji nie może być bowiem oderwana od sposobu ukształtowania okoliczności wyłączających bezprawność czynu. Zgodność kwestionowanej normy art. 212 k.k. z określonymi w pytaniu prawnym wzorcami konstytucyjnymi jest uzależniona nie tylko od sposobu ujęcia znamion przestępstwa, ale także zakresu kontratypu. Tylko wtedy jest bowiem możliwe definitywne stwierdzenie, czy środki prawokarne zastosowane przez ustawodawcę mogą być uznane za odpowiadające zasadzie proporcjonalności w demokratycznym państwie prawa. 174

2. Umorzenie postępowania opiera się na błędnym zastosowaniu przez Trybunał Konstytucyjny art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, który przewiduje umorzenie postępowania z powodu niedopuszczalności wydania wyroku. Nie podzielam argumentacji, że w niniejszej sprawie pytanie prawne nie odpowiada wymaganiom art. 32 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym w zw. z art. 193 Konstytucji. Wyrażam, bowiem przekonanie, że rozstrzygnięcie o zgodności z Konstytucją obu zakwestionowanych łącznie przepisów kodeksu karnego (art. 212 oraz art. 213 § 2 k.k.) stanowi podstawę rozstrzygnięcia w kwestii będącej przedmiotem postępowania toczącego się przed sądem pytającym. Nie zgadzam się ze stwierdzeniem, że zastosowanie art. 213 k.k. w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania ma charakter czysto hipotetyczny, a ponadto dotyczy tego etapu postępowania, w którym sąd nie wypowiada się jeszcze na temat winy oskarżonego. 175

Nie ulega wątpliwości, że dla rozstrzygnięcia o dopuszczalności zwolnienia dziennikarza z zachowania tajemnicy dziennikarskiej ma bezpośrednie i zasadnicze znaczenie kwestia zgodności z Konstytucją przepisów, w oparciu o które toczy się postępowanie karne. 176

Oczywiście sąd pytający nie rozstrzyga na tym etapie, dotyczącym zwolnienia z tajemnicy dziennikarskiej, o odpowiedzialności karnej osób, ale ocenia zasadność zwolnienia dziennikarza z tajemnicy dziennikarskiej. Ocena ta zależy jednak od tego, czy sam czyn, w sprawie w której toczy się postępowanie, może być uznany za karalny. Jeśli bowiem jest inaczej, a więc sama penalizacja czynu opiera się na normie niezgodnej z Konstytucją, a tego właśnie dotyczą uzasadnione wątpliwości sądu pytającego, nie byłoby dopuszczalne zwolnienie dziennikarza z tajemnicy dziennikarskiej. Nie podzielam więc przekonania wyrażonego w uzasadnieniu Trybunału Konstytucyjnego, że na etapie toczącego się postępowania o charakterze incydentalnym rozstrzygnięcie wątpliwości sądu pytającego nie mają znaczenia dla wydania postanowienia w sprawie. Przesłanki określone w art. 193 Konstytucji uważam za spełnione.

Nie zgadzam się także ze stwierdzeniem Trybunału Konstytucyjnego co do oceny pisma z 4 kwietnia 2006 r. Pismo procesowe złożone zostało przez umocowanego przedstawiciela sądu pytającego, a więc tego samego sędziego, który podjął w składzie jednoosobowym postanowienie o zwróceniu się z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego. Pismo to, co ważniejsze, nie stanowiło rozszerzenia zakresu zaskarżenia w porównaniu do wątpliwości sformułowanych w pierwotnym pytaniu skierowanym do TK, a wręcz przeciwnie doprecyzowało na żądanie Trybunału Konstytucyjnego (pismo z 15 marca 2006 r.) zarzuty, które już w samym pytaniu prawnym odnosiły się do konstrukcji kontratypu zawartej w art. 213 § 2 k.k. W pytaniu prawnym sąd pytający wskazywał już na wadliwość ujęcia kontratypu, podnosząc m.in., że „zastosowanie kontratypu określonego w art. 213 § 2 k.k. jest uzależnione od bardzo ocennego kryterium, jakim jest służeńie przez wypowiedź społecznie uzasadnionemu interesowi. Osoba formułująca publicznie prawdziwy zarzut nie może być zatem nigdy pewna, czy wypowiedź zawierająca ten zarzut zostanie zakwalifikowana przez organy stosujące prawo jako służąca obronie społecznie uzasadnionego interesu, czy też nie. Ocenę tę art. 213 § 2 k.k. pozostawia bowiem luzowi decyzyjnemu organu stosującego prawo”. Trafnie więc zauważa sąd pytający w piśmie wyjaśniającym, że „przepisy art. 212 i art. 213 k.k. łącznie konstruują treść normy prawnej, której zgodność z przepisami Konstytucji jest kwestionowana w przedstawionych pytaniach prawnych”.

177

W konsekwencji wyrażam przekonanie, że pytanie prawne spełnia w pełni wymagania formalne określone w odniesieniu do pytania prawnego w art. 32 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym.

178

3. Odpowiedź na pytanie prawne postawione w niniejszej sprawie może być w konsekwencji udzielona poprawnie jedynie wtedy, kiedy zostanie uwzględniona całość zrekonstruowanej na podstawie art. 212 i art. 213 § 2 k.k. normy prawnej wyznaczającej zakres bezprawności zachowania sprawczego podlegającego penalizacji. Nie można tracić z pola widzenia, że chodzi tu o zakres kontratypu o innym zasięgu i znaczeniu, niż kontratypy uregulowane w części ogólnej kodeksu karnego (obrona konieczna, stan wyższej konieczności), mający zastosowanie generalne w odniesieniu do wszystkich typów przestępstw. Kontratyp sformułowany w art. 213 § 2 k.k. odnosi się wprost do okoliczności wyznaczających znamiona przestępstwa określonego w art. 212 k.k., decyduje więc bezpośrednio o tym, jakie zachowania, mimo tego że zawierają treści zniesławiające, nie mogą być kwalifikowane jako przestępstwo ze względu na dodatkowe kryteria dotyczące prawdziwości wypowiedzi, jej publicznego lub niepublicznego charakteru, a także występowanie społecznie uzasadnionego interesu. Z tej też racji, właśnie ze względu na charakter kontroli konstytucyjności wyznaczony przez wskazane wzorce zawarte w art. 14, art. 54 ust. 1 oraz 31 ust. 3 Konstytucji, związanej z oceną dopuszczalnej ingerencji w sferę wolności wypowiedzi, z oczywistych

179

powodów nie może być pominięta łączna ocena wszystkich elementów określających zarówno głębokość ingerencji, jak i poprawność zbalansowania wartości, podlegających ochronie na gruncie konstytucyjnym.

4. Zastrzeżenia wobec rozstrzygnięcia zawartego w sentencji wynikają więc przede wszystkim stąd, że ocena dotycząca konstytucyjności art. 212 k.k. nie może być z punktu widzenia wskazanych wzorców konstytucyjnych przeprowadzona w sposób pełny i pogłębiony bez zbadania zgodności z Konstytucją ukształtowania kontratywu tego przestępstwa uregulowanego w art. 213 § 2 k.k. Ocena ta, w jakimś sensie blankietowo, przesądza o tym, że zgodna z Konstytucją jest penalizacja zachowania sprawczego polegającego na umyślnym pomówieniu innych osób lub instytucji. Tymczasem istota rzeczy w rozpoznawanej sprawie związana jest z ustaleniem granic wolności słowa, a więc tkwi nie tyle w pytaniu, czy dopuszczalna jest co do zasady penalizacja umyślnego zniesławienia (w tym zakresie podzielałam stanowisko Trybunału Konstytucyjnego), ale w pytaniu, czy każda wypowiedź zawierająca treści zniesławiające powinna podlegać penalizacji. Problem konstytucyjny pojawia się więc przede wszystkim, moim zdaniem, na tle oceny elementów normatywnych decydujących o zakresie kontratywu. Ten problem zaś Trybunał pominął w swoim stanowisku, co – moim zdaniem – uniemożliwia definitywne rozstrzygnięcie o tym, czy kwestionowane przepisy naruszają wskazane przez sąd pytający wzorce konstytucyjne. 180

5. Wyrażam przekonanie, że przyjęta w art. 213 § 2 k.k. konstrukcja normatywna kontratywu narusza gwarancje konstytucyjne wolności wypowiedzi zawarte we wskazanych wzorcach konstytucyjnych – art. 14 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji. 181

O ile jest oczywistą i nie wymagającą dodatkowego wywodu teza, że wolność wypowiedzi nie jest wartością absolutną i może podlegać ograniczeniu, o tyle jednak za również oczywiste należy uznać – zważywszy na ustrojowe znaczenie zasady wolności prasy i środków przekazu w państwie demokratycznym – twierdzenie, że wszelkie instrumenty limitujące wolność słowa muszą opierać się na jednoznacznie i precyzyjnie określonych kryteriach, spełniających wymagania proporcjonalności wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Należy przy tym wyrazić przekonanie, że zakres tolerowanej w systemie prawnym wolności wypowiedzi pozostaje w bezpośrednim związku ze sposobem ukształtowania instrumentów prawnokarnych, które mogą być uruchomione w wypadku przestępstw takich jak zniesławienie lub zniewaga (por. też co do zniewagi wyrok z 11 października 2006 r., sygn. akt P 3/06). Szeroko ujęta możliwość uruchamiania sankcji karnej w odniesieniu do wypowiedzi emitowanych przez środki przekazu musi wywoływać efekt hamujący i „mrozący” dla swobody debaty publicznej. Z tego punktu widzenia nie jest więc obojętne, czy akcent przy wyznaczaniu granic wolności wypowiedzi zostanie położony w ramach systemu prawa na instrumenty prawnokarne czy środki ochrony cywilnoprawnej. 182

6. Zasadnicze wątpliwości natury konstytucyjnej budzi zakres penalizacji obejmujący – w świetle analizowanych tu przepisów art. 212 oraz art. 213 § 1 k.k. – wypowiedzi publiczne zawierające prawdziwe zarzuty pod adresem określonych osób lub instytucji. 183

Regulacja ustalająca zakres wyłączenia odpowiedzialności w art. 213 § 2 k.k. nie uwzględnia ukształtowanych od wielu lat w orzecznictwie europejskim (w tym przede wszystkim na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) standardów wolności wypowiedzi. Tymczasem zgodnie z tymi standardami nie podlega w żadnym wypadku dalszemu wartościowaniu (z punktu widzenia kryteriów penalizacji) informacja prawdziwa odnosząca się do istotnych zjawisk i zdarzeń w życiu publicznym, w tym przede wszystkim do osób sprawujących funkcje publiczne. Przezrystość życia 184

publicznego, jawność i pełna dostępność informacji o zachowaniach osób publicznych (z wyłączeniem jedynie chronionych zakresów prywatności) jest, jak się podkreśla, warunkiem poprawnego funkcjonowania mechanizmów demokratycznych i warunkiem kontroli władzy publicznej sprawowanej przez społeczeństwo obywatelskie za pośrednictwem prasy i innych środków przekazu. Potwierdza takie stanowisko wiele orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zob. np. orzeczenie z 8 lipca 1986 r., Lingens przeciwko Austrii; wyrok z 23 kwietnia 1992 r., Castells przeciwko Hiszpanii; wyrok z 1 lipca 1997 r., Oberschlick przeciwko Austrii).

Stosowanie kryterium „społecznie uzasadnionego interesu” wobec wszelkich krytycznych czy zniesławiających wypowiedzi zawierających prawdziwe informacje, bez jakiegokolwiek rozróżnienia kategorii osób i ich roli w życiu publicznym, stanowi wyraźne naruszenie powszechnie uznanego w krajach demokratycznych standardu wolności wypowiedzi. Oznacza bowiem nic innego niż konieczność dokonywania w odniesieniu do każdej prawdziwej informacji, w tym także odnoszącej się do osób, których działania mają zasadnicze znaczenie dla funkcjonowania państwa, jego struktur czy szeroko rozumianych instytucji publicznych i społecznych, czy gospodarczych – dodatkowej kwalifikacji, polegającej na ocenie, czy jej upowszechnianie, upublicznianie pozostaje w zgodzie z uzasadnionym interesem społecznym. Taka koncepcja normatywna nie uwzględnia aksjologii współczesnego demokratycznego państwa prawa i nie jest uzgodniona z gwarancjami konstytucyjnymi wolności słowa. Bez względu na to, czy kategoria „społecznie uzasadnionego interesu” może być poddana lub też nie obiektywizacji, sam fakt konieczności sięgania po dodatkowe wyznaczniki i kryteria, aby usprawiedliwić publikację prawdziwej informacji, np. o osobach funkcjonujących w życiu publicznym, jest wysoce niezrozumiały i zagraża, co najmniej potencjalnie, wolności debaty publicznej. Rozwiązanie kodeksu karnego w tym zakresie przypomina znaną skądinąd konstrukcję prawa prasowego, która została wprowadzona do naszego systemu prawnego w szczególnym okresie naszej współczesnej historii, a mianowicie w 1984 r. Art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.; dalej: prawo prasowe) brzmiał następująco: „Prasa ma prawo do przedstawiania i krytyki wszelkich ujemnych zjawisk, w granicach określonych prawem i zasadami współżycia społecznego. Prasa korzystając z tego prawa dąży do prawdziwego przedstawienia omawianych zjawisk, kierując się interesem społeczeństwa i państwa socjalistycznego, jak również przestrzegania i ochrony praw i obowiązków obywatelskich”.

185

Nie ma więc żadnego powodu, aby w państwie demokratycznym, respektującym fundamentalną z punktu widzenia swobód obywatelskich – wolność wypowiedzi, nie zostało wyłączone z konstrukcji kontratywu, analizowane tu kryterium społecznie uzasadnionego interesu, co najmniej w odniesieniu do wypowiedzi o osobach funkcjonujących w przestrzeni publicznej. Osoba publiczna, odgrywająca ze względu na swą pozycję i możliwość oddziaływania swoimi zachowaniami, decyzjami, postawami, poglądami na sytuację szerszych grup społecznych, musi zaakceptować z tej właśnie racji ryzyko wystawienia się na surowszą ocenę opinii publicznej. Problemem jest tu więc nie tyle, a raczej nie tylko, niedookreśloność kategorii społecznie uzasadnionego interesu, ale przede wszystkim sam fakt, że w przestrzeni demokratycznego państwa, upowszechnianie prawdziwej informacji o określonej kategorii osób, wymaga jeszcze dodatkowego kryterium wartościującego.

186

7. Nie można przyjąć za uzasadnienie rozwiązania z art. 213 § 2 k.k. (wąskie ujęcie kontratywu) tezy, że wymaga tego nakaz płynący z art. 30 Konstytucji (ochrona godności człowieka). Jest to stanowisko błędne, ponieważ ochrona wolności wypowiedzi jako

187

zasada ustrojowa nie jest w tym wypadku konfrontowana bezpośrednio z wartościami art. 30 Konstytucji, ale z ochroną dóbr osobistych, będącą emanacją godności osób dotkniętych zniesławieniem. Nie można więc utożsamiać takich dóbr, jak cześć, dobre imię, czy godność osobista (chronionych w art. 47 Konstytucji) z pojęciem godności każdej osoby ludzkiej wskazywanym w art. 30 Konstytucji (por. tu zwłaszcza wyrok TK z 5 marca 2003 r., sygn. akt K 7/01, w sprawie publikacji oświadczeń lustracyjnych; OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 19). Dystynkcja ta jest ważna i ma zasadnicze znaczenie dla określenia granic wolności wypowiedzi. Automatyczne podstawienie pod pojęcie niezbywalnej godności osoby ludzkiej wskazanych dóbr osobistych mogłoby w konsekwencji prowadzić do bardzo niebezpiecznej tezy paraliżującej całkowicie wolność słowa. Każda informacja mocno krytyczna i niepochlebna o innej osobie może naruszać jej dobre imię, nawet wtedy, kiedy jest prawdziwa i rzetelna, natomiast nie oznacza jeszcze *per se* naruszenia godności osoby ludzkiej, w rozumieniu art. 30 Konstytucji. Spór o granice wolności słowa toczy się tu więc na zupełnie innej płaszczyźnie i byłoby niebezpieczne przenoszenie go na poziom dyskusji o granicach art. 30 Konstytucji. Uważam, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka nie może nigdy i w żaden sposób doznawać ograniczeń, a zatem nie jest możliwe stosowanie w tym wypadku mechanizmu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

8. Koncepcja uregulowań prawnych, zwłaszcza w sferach tak wrażliwych dla demokratycznego społeczeństwa, jak wolność wypowiedzi, nie może abstrahować od istniejącej praktyki organów wymiaru sprawiedliwości, nawyków i tendencji występujących w sferze mediów publicznych, czy wreszcie potencjalnych zagrożeń dla wolności prasy i innych środków społecznego przekazu. Zmienność, niepewność i nieprzewidywalność ocen (co zostało wykazane przez TK w sprawie P 3/06), którymi mogą się kierować np. organy wymiaru sprawiedliwości przy ocenie kryteriów, od których zależy ostatecznie odpowiedzialność karna za wypowiedzi zniesławiające lub znieważające, musi być także czynnikiem branym pod uwagę. Prawo nigdy nie działa w pustce, ale zawsze w konkretnej rzeczywistości, powinno też unikać rozwiązań, które są szczególnie silnie podatne na zmienność ocen, uzależnionych od istniejącej sytuacji politycznej, a także tych lub innych preferencji określonych środowisk politycznych sprawujących władzę. Kryterium społecznie uzasadnionego interesu takiego postulatu nie spełnia i kryje w sobie, co najmniej potencjalnie, niebezpieczeństwo zmienności ocen uwikłanych także w zależności polityczne, co w odniesieniu do przekazu prasowego, dotyczącego osób funkcjonujących w przestrzeni publicznej, może być szczególnie niebezpieczne dla wolności słowa. Praktyka obecna związana z respektowaniem wolności mediów budzić musi niepokój, jeśli zważyć, że – jak wynikać z badań prowadzonych w ramach Worldwide Press Freedom Index, opublikowanych dla bieżącego roku (por. Reporters Without Borders z 23 października 2006 r.) – Polska jest klasyfikowana z punktu widzenia standardów wolności prasy na ostatnim miejscu spośród Unii Europejskiej, a na miejscu 58 w rankingu światowym, po takich krajach jak Republika Dominikańska, Serbia i Macedonia czy Urugwaj.

9. Posługiwanie się kryterium społecznie uzasadnionego interesu dla wyznaczenia granic kontratywu w ramach art. 213 § 2 k.k. budzi wątpliwości konstytucyjne z innego jeszcze powodu. Kategoria ta nie może być bowiem utożsamiona bezpośrednio z jakąkolwiek wartością wskazywaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji (zasada proporcjonalności). Tymczasem nie można tracić z pola widzenia, że analizowana regulacja kodeksu karnego stanowi ograniczenie wolności gwarantowanej konstytucyjnie, która zajmuje w hierarchii chronionych wolności szczególnie wysokie miejsce jako zasada ustrojowa. Dla jej ograniczenia muszą być zatem spełnione wszelkie przesłanki, które wskazuje art. 31 ust. 3 Konstytucji. W moim przekonaniu, przesłanki te nie są zachowane w ramach

188

189

rozwiązania przyjętego w art. 213 § 2 k.k. W tym wypadku, a więc w odniesieniu do kryterium społecznie uzasadnionego interesu, nie chodzi przynajmniej bezpośrednio o konfrontację wolności słowa oraz wolności i praw innych osób. Ustawodawca przesądził już bowiem co do zasady, że ochrona dobrego imienia i czci może być ograniczona w imię wolności wypowiedzi, godząc się na wyłączenie odpowiedzialności karnej w określonych sytuacjach. W tym wypadku natomiast wprowadził dodatkową miarę granic wolności słowa, czyniąc to niezależnie od tego, jak kształtuje się interes osób (ich prawa i wolności), których informacja dotyczy, poprzez limitowanie wolności wypowiedzi w oparciu o kryterium społecznie uzasadnionego interesu.

10. Nie została też wykazana, w moim przekonaniu, przesłanka „konieczności w demokratycznym państwie” wprowadzenia ograniczeń wolności wypowiedzi prasowej w tak szerokim zakresie, jaki wynika z obecnie przyjętej konstrukcji kontratywu w art. 213 § 2 k.k.. Wręcz przeciwnie, może nasuwać się wniosek, że posłużenie się przez ustawodawcę kryterium społecznie uzasadnionego interesu, bez jakiegokolwiek dalszego sprecyzowania i zróżnicowania sytuacji i kategorii osób, których dotyczy informacja, może prowadzić w efekcie do dysproporcjonalnego (nadmiernego) ograniczenia wolności słowa w stosunku do innych wartości podlegających ochronie konstytucyjnej. 190

Na marginesie tych uwag można zauważyć, że posłużenie się kategorią społecznie uzasadnionego interesu dla określenia granic kontratywu w art. 213 § 2 k.k. jest dość niejasne z punktu widzenia materialnej koncepcji przestępstwa, przyjętej w kodeksie karnym w art. 1 § 2 („nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”). Prowadzi w istocie rzeczy do stosowania niejako podwójnie miary „społecznego interesu” w odniesieniu do tego samego czynu, jakim jest zniesławienie: najpierw uruchamianej w ramach oceny z art. 213 § 2 k.k., w celu odpowiedzi na pytanie, czy czyn jest przestępstwem z punktu widzenia ochrony społecznie uzasadnionego interesu wiążanego z prawdziwą informacją publiczną, a następnie, jeśli nawet okaże się że owego interesu publicznego nie wykazano – w związku z oceną stopnia szkodliwości społecznej czynu. Jest mocno wątpliwe, czy te dwa mechanizmy wartościujące są potrzebne i czy mogą prowadzić do odmiennych rezultatów? W moim przekonaniu, poprawna jest odpowiedź negatywna. W tej sferze (przestrzeni relacji publicznych), w której prawdziwość treści powinna odgrywać zasadniczą rolę w określeniu swobody przekazu, odwoływanie się do kryterium społecznego interesu dla oceny dopuszczalności informacji prawdziwej, nie znajduje żadnego uzasadnienia. 191

11. Wątpliwości natury konstytucyjnej związane z ujęciem kontratywu w art. 213 § 2 k.k. wynikają także stąd, że regulacja tego przepisu nie została w sposób jasny i jednoznaczny uzgodniona z regulacjami innych ustaw. O ile oczywiście nie jest zadaniem TK poziome badanie zgodności przepisów, to jednak owa horyzontalna niespójność może przybierać rangę problemu konstytucyjnego wtedy, kiedy jej efektem staje się niejasność i niepewność prawa, prowadząca do arbitralności jego stosowania. W tym wypadku niepewność ocen dotyczy sfery o zasadniczym znaczeniu dla demokratycznego państwa prawa, bowiem sfery wolności wypowiedzi. 192

Niespójności te najwyraźniej pojawiają się w relacji art. 213 § 2 k.k. do przepisów prawa prasowego, a więc ustawy o podstawowym znaczeniu dla wolności mediów w Polsce. Niespójność pojęciowa i zakresu przedmiotowego obu porównywanych tu regulacji jest na tyle duża, że nie można w sposób racjonalny przyjąć, jak to czyni część doktryny prawa karnego, że zakres kontratywu z art. 213 § 2 k.k. może być uzupełniony przez inne pozakodeksowe unormowania prawne. 193

Prawo prasowe przewiduje w szczególności odrębny status osoby prowadzącej działalność publiczną oraz innych osób, umożliwiając prasie w stosunku do pierwszej kategorii na znacznie szerszy zakres informacji (obejmującej także elementy życia prywatnego) niż w stosunku do pozostałych. Pomimo tego, że pojęcie osoby publicznej lub osoby prowadzącej działalność publiczną jest używane w orzecznictwie karnym i cywilnym Sądu Najwyższego (por. np. wyrok SN z 5 kwietnia 2002 r., sygn. akt II CKN 1095/99, OSMNC 2003, nr 3, poz. 42; postanowienie SN z 25 czerwca 2004 r., sygn. akt V KK 74/04, OSNKW 2004, nr 7-8, poz. 79), nie wspominając już o licznych orzeczeniach ETPC (strasburskich), nie jest ono nigdzie definiowane normatywnie, a co więcej nie pokrywa się z pojęciem osoby funkcjonariusza publicznego, o którym mowa w definicji normatywnej sformułowanej w art. 115 § 13 k.k. Jeśli więc nawet uznać, że społecznie uzasadniony interes nakazuje ze względu na transparentność życia publicznego przekazywanie wszelkich informacji prawdziwych związanych z działalnością publiczną (co jest stanowiskiem wyraźnie formułowanym w orzecznictwie) danej osoby, to powstaje zarazem pytanie, w jakim znaczeniu to pojęcie jest używane: czy w znaczeniu wąskiej definicji art. 115 § 13 k.k. (obejmującej tylko kategorię funkcjonariuszy publicznych), czy w znaczeniu prawa prasowego (art. 14 ust. 6 – pojęcie znacznie szersze, odnoszące się do osób traktowanych jako „publiczne” nie tylko ze względu na czysto formalny status, ale charakter działalności i sposób ich oddziaływania na relacje społeczne), czy może w znaczeniu ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. Nr 106, poz. 679 ze zm.; tzw. ustawa antykorupcyjna), która wprost posługuje się pojęciem „osoby pełniącej funkcję publiczną” (art. 2 pkt 11), czy ustawy z 11 kwietnia 1997 r. o ujawnieniu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944-1990 osób pełniących funkcję publiczną (Dz. U. z 1999 r. Nr 42, poz. 428 ze zm.; art. 3), czy wreszcie ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198; art. 5), w której mówi się o informacjach o osobach pełniących funkcje publiczne.

Odpowiedź na to pytanie jest na tle obecnej regulacji kodeksu karnego niezmiernie utrudniona, co w kontekście przepisu określającego granice odpowiedzialności karnej musi szczególnie niepokoić, zważywszy dodatkowo na uniwersalny nakaz zawarty w paremii *nullum crimen sine lege penali anteriori*. Brak precyzyjnego zakresu normy prawnokarnej, związanej w tym wypadku z ujęciem kontratypu w art. 213 § 2 k.k., musi mieć tymczasem swój bezpośredni refleks na sferę wolności słowa. Stosowane w obecnym stanie prawnym kryteria, od których zależy zakres swobody wypowiedzi, nie mogą być jednoznacznie i w sposób wolny od arbitralności, dekodowane na tle istniejących regulacji prawnych.

Kwestia trudności interpretacyjnych, związanych z pojęciem osoby publicznej (a także na tym tle kategorii społecznie uzasadnionego interesu) pojawia się także w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem pytającym. Na tle przytoczonych ujęć osoby publicznej w rozmaitych aktach normatywnych nie jest pewne, któremu z nich ma dać pierwszeństwo sąd rozpoznający sprawę związaną ze zniesławieniem przez przekaz prasowy pracowników Spółdzielczych Kas Oszczędnościowo-Kredytowych (SKOK).

12. Występuje też wreszcie niespójność art. 213 § 2 k.k. z regulacją przepisów prawa prasowego w zakresie dopuszczalnej ingerencji prasy w sferę chronionej prywatności, co może także negatywnie oddziaływać na swobodę wypowiedzi prasowej, poddając ją zmiennym i niepewnym ocenom prawnym. Prawo prasowe dopuszcza jednak publikację informacji o życiu prywatnym osób, o ile wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby, podczas kiedy kodeks karny w art. 213 § 2 k.k. stosuje zupełnie

inne kryterium, umożliwiając publikację ze sfery prywatności tylko wtedy, kiedy stawiany publicznie zarzut ma zapobiec niebezpieczeństwu dla życia lub zdrowia człowieka albo demoralizacji małoletniego. Czy informacja o rozwodach posła, głoszącego nierozzerwalność małżeństwa będzie dopuszczalna w świetle art. 213 § 2 k.k.? Na to przykładowe pytanie nie można udzielić racjonalnej i przekonującej odpowiedzi, ponieważ analiza wchodzących w grę przepisów prowadzi do sprzecznych wniosków. Ryzyko tych niepewnych ocen i sprzecznych konkluzji, do których mogą dochodzić organy stosujące prawo, będzie obciążać dziennikarza, przedstawicieli środków przekazu. To jest istotny sygnał wskazujący na zagrożenia wolności słowa w Polsce.

Trybunał Konstytucyjny zwracał już uwagę na konieczność podjęcia działań ustawodawczych, które mogą doprowadzić do zdecydowanie bardziej klarownej sytuacji normatywnej, sprzyjającej lepiej zasadzie wolności mediów. W wyroku z 20 marca 2006 r., sygn. akt K 17/05 (OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 30) Trybunał, odnosząc się do analizowanych wyżej przepisów prawa prasowego oraz kodeksu karnego, stwierdził m.in.: „pojawiające się tu wątpliwości na tle stosowania prawa powinny być usunięte przez ustawodawcę, zważywszy na szczególnie rygorystycznie ujmowany w państwie prawa obowiązek zachowania precyzji i określoności przepisów odnoszących się do odpowiedzialności karnej”.

Podzielam to stanowisko i dlatego m.in. nie mogę się zgodzić z rozstrzygnięciem Trybunału Konstytucyjnego w niniejszej sprawie. 199

Z tych wszystkich względów zgłosiłem zdanie odrębne. 200

Zdanie odrębne

Sędziego TK Mirosława Wyrzykowskiego 201

od wyroku i postanowienia Trybunału Konstytucyjnego 202

z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06 203

Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym zgłaszam zdanie odrębne od: 204

1) postanowienia, ponieważ nie zgadzam się z jego sentencją i motywacją podaną w uzasadnieniu w zakresie, w jakim dotyczą umorzenia postępowania w sprawie art. 213 § 2 k.k., albowiem uważam, że przepis ten jest relewantny w sprawach, w związku z którymi skierowane zostały pytania prawne łącznie rozpatrywane w niniejszej sprawie, i w konsekwencji 205

2) wyroku, ponieważ uważając, że art. 213 § 2 k.k. jest zakresowo niezgodny z art. 14 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, jestem przekonany o zakresowej niekonstytucyjności art. 212 § 1 i 2 w związku z art. 213 § 2 k.k. 206

Zdanie odrębne uzasadniam w następujący sposób: 207

Ad 1. 208

1.1. Odnosząc się do postanowienia wydanego w niniejszej sprawie, na wstępie chciałbym zaznaczyć, że podzielam stanowisko Trybunału, w myśl którego pismo z 4 209

kwietnia 2006 r. umocowanego przedstawiciela sądu „nie spowodowało rozszerzenia przedmiotu kontroli konstytucyjności poza zakres określony w *petitum* pytań prawnych”. W piśmie tym nastąpiło bowiem – w mojej ocenie – jedynie doprecyzowanie przedmiotu kontroli zapoczątkowanej pytaniami prawnymi, czyli usunięcie wątpliwości, jakie na tle ich treści powziął Trybunał Konstytucyjny.

Wśród powołanych w uzasadnieniach postanowień o wystąpieniu z pytaniem prawnym argumentów na rzecz niekonstytucyjności art. 212 § 1 i 2 k.k. Sąd Rejonowy Gdańsk-Południe w Gdańsku wskazał, że art. 213 § 2 k.k. mający łagodzić wynikające z kryminalizacji zniesławienia ograniczenie wolności prasy i swobody formułowania poglądów, ze względu na odwołanie się do „bardzo cennego kryterium, jakim jest służeńie przez wypowiedź społecznie uzasadnionemu interesowi”, zapewnia ochronę jedynie iluzoryczną. Jest dla mnie zatem oczywiste, że intencją sądu było poddanie kontroli Trybunału normy określającej warunki pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za czyn określony w art. 212 § 1 i 2 k.k, a więc normy, której rekonstrukcja wymagała uwzględnienia również treści 213 k.k. Uważam, że w tych okolicznościach Trybunał Konstytucyjny winien był – zgodnie z respektowaną w dotychczasowym orzecznictwie zasadą *falsa demonstratio non nocet* – przyjąć, że przedmiot pytań prawnych stanowi także zgodność z Konstytucją art. 213 § 2 k.k.

Ponadto, co należy wyraźnie podkreślić, doprecyzowanie granic pytań prawnych miało miejsce powtórnie (a nie ma w tym względzie analogicznych jak przy wnoszeniu skargi konstytucyjnej ograniczeń temporalnych) na rozprawie przed Trybunałem Konstytucyjnym, w czasie której występujący z pytaniami prawnymi Sąd Rejonowy Gdańsk-Południe w Gdańsku był należycie reprezentowany. Bez znaczenia dla postanowienia o umorzeniu postępowania w niniejszej sprawie (wydanego dopiero po zamknięciu rozprawy) pozostaje zatem kwestia, że – jak to ocenił Trybunał Konstytucyjny – pismo umocowanego przedstawiciela sądu, niemające oparcia w odpowiednim postanowieniu sądu przedstawiającego pytanie prawne, nie może być traktowane jako przejaw woli samego sądu.

Co więcej, pragnę zauważyć, że jeśli Trybunał przyjął – abstrahując od stanowiska zaprezentowanego przez przedstawiciela sądu na rozprawie – że art. 213 k.k. nie został uczyniony przedmiotem kontroli ani (ze względu na brzmienie *petitum*) przez pytania prawne, ani (ze względu na niewłaściwą reprezentację) przez pismo z 4 kwietnia 2006 r., to ustalenia te wykluczały umorzenie postępowania w zakresie odnoszącym się do art. 213 k.k., bo immanentną (i niepodlegającą jakiegokolwiek dodatkowej ocenie) ich konsekwencją jest uznanie, że postępowanie to nigdy nie zostało skutecznie wszczęte.

Nietrafny w mojej ocenie jest również zarzut Trybunału Konstytucyjnego, że we wspomnianym piśmie z 4 kwietnia 2006 r. sąd nie wskazał żadnych argumentów mających uzasadnić niezgodność art. 213 k.k. z powołanymi przepisami Konstytucji. Nie było to konieczne ani nawet potrzebne, skoro – zdaniem tego sądu – art. 213 k.k. wraz z art. 212 k.k. łącznie konstruuje treść normy prawnej, której zgodność z Konstytucją została nie tylko zakwestionowana, ale i umotywowana już wcześniej – w samych pytaniach prawnych.

1.2. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Trybunał Konstytucyjny w dotychczasowym orzecznictwie, sąd występujący z pytaniem prawnym jako przedmiot wątpliwości może wskazać każdy przepis, którego wykorzystanie rozważa lub zamierza rozważyć w procesie interpretacji i stosowania prawa, a więc przy poszukiwaniu normy jednostkowego rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd Rejonowy Gdańsk-Południe w Gdańsku, II Wydział Karny, postanowieniami z 7 listopada 2005 r. (sygn. akt II Kp 531/05 oraz II Kp 532/05), przedstawił Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawne w związku z rozpatrywanym wnioskiem Prokuratora Okręgowego w Gdańsku o zezwolenie na przesłuchanie dziennikarzy co do okoliczności objętych obowiązkiem zachowania tajemnicy dziennikarskiej. Wniosek ten został złożony w ramach postępowań przygotowawczych prowadzonych w sprawach o przestępstwo zniesławienia za pomocą środków masowego komunikowania. 215

W sprawach, w związku z którymi skierowane zostały pytania prawne, sąd nie będzie orzekał o odpowiedzialności karnej osób podejrzanych o przestępstwo zniesławienia. Nie znaczy to jednak, że na rozstrzygnięcie sądu bez wpływu pozostają zasady odpowiedzialności karnej za ten typ czynu zabronionego. 216

1.3. Zgodnie z art. 180 § 2 k.p.k. „Osoby obowiązane do zachowania tajemnicy (...) dziennikarskiej mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. (...)”. Przepis ten (aczkolwiek na tle innej grupy zawodowej – radców prawnych) stanowił już przedmiot rozważań Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził m.in., że: „zwolnienie z tajemnicy może nastąpić tylko pod warunkiem stwierdzenia przez sąd, iż w konkretnej sprawie karnej zachodzi rzeczywisty brak możliwości ustalenia danej okoliczności na podstawie innego dowodu niż przesłuchanie (...). Przesłanka ta musi być spełniona kumulatywnie z przesłanką ogólną, by przesłuchania wymagało dobro wymiaru sprawiedliwości. Oczywistym warunkiem stosowania art. 180 § 2 k.p.k., niewątpliwie mieszczącym się w przesłance dobra wymiaru sprawiedliwości, jest przekonanie sądu, że okoliczność, którą chce się dowodzić przez przesłuchanie (...), ma znaczenie dla ustalenia prawdy o popełnionym czynie i jego sprawcy” (wyrok z 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 107). 217

Celem postępowania przygotowawczego jest ustalenie, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo (art. 297 § 1 pkt 1 k.p.k.). Z kolei zgodnie z art. 17 § 1 k.p.k. nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa. Jest zatem oczywiste, że w postępowaniu przygotowawczym zgromadzenia wymaga nie tylko materiał mający dowieść, iż dany czyn wypełnia znamiona czynu zabronionego, ale nadto pozwalający stwierdzić, czy nie zaszły okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną sprawcy. W konsekwencji do obowiązków prokuratora należy zbadanie znamion zarówno przestępstwa, jak i jego kontratypu. 218

1.4. Z treści wszczynającego sprawę przed sądem pytającym wniosku Prokuratora Okręgowego w Gdańsku wprost wynika, że przesłuchanie wymienionych w nim dziennikarzy miałyby nastąpić m.in. na okoliczność motywów, które spowodowały podjęcie przez nich tematyki związanej z podmiotem, który złożył zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa zniesławienia. Z przedstawionych okoliczności i na podstawie analizy znamion czynu zabronionego określonych w art. 212 k.k. wyprowadzić zatem należy wniosek, że intencją Prokuratora Generalnego było m.in. ustalenie w prowadzonych przez niego postępowaniach przygotowawczych, czy zniesławiające zarzuty formułowane i rozpowszechniane były w obronie społecznie uzasadnionego interesu, czyli ustalenie ziszczenia się znamion kontratypu uregulowanego w art. 213 § 2 k.k. Jednoznacznie dowodzi to według mnie, że od odpowiedzi na pytanie o konstytucyjność tego przepisu zależało rozstrzygnięcie przez Sąd Rejonowy Gdańsk- 219

Południe w Gdańsku spraw o zwolnienie dziennikarzy z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Ewentualne uznanie przez Trybunał, że niekonstytucyjne jest uwarunkowanie wyłączenia przestępności zniesławienia (w wypadku gdy polega ono na podnoszeniu lub rozgłaszaniu prawdziwych zarzutów) tym, by zarzut służył obronie społecznie uzasadnionego interesu, prowadziłyby do zawężenia okoliczności niezbędnych do ustalenia w postępowaniu przygotowawczym, a w efekcie determinowałyby treść postanowienia sądu w części dotyczącej zakresu zwolnienia dziennikarzy z tajemnicy zawodowej.

Okoliczności sprawy, w związku z którą Prokurator Okręgowy sformułował wnioski o zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej, nakazywały natomiast według mnie zawęzić dopuszczalny zakres kontroli art. 213 k.k. jedynie do § 2, bo § 1 tego przepisu reguluje wyłącznie niepubliczne podnoszenie zarzutów zniesławiających. W zakresie obejmującym § 1 zakwestionowany art. 213 nie jest relewantny w stosunku do postępowań sądowych, które zainicjowały wystąpienie przez sąd z pytaniami prawnymi. Z tych względów zgadzam się z postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego o umorzeniu postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia w części odnoszącej się do art. 213 § 1 k.k.

220

1.5. W uchwale podjętej 19 stycznia 1995 r. (sygn. akt I KZP 15/94, OSNKW 1995/1-2/1) Sąd Najwyższy wskazał, że: „Nie istnieje potrzeba szerszych rozważań o wysokiej społecznej użyteczności zawodu dziennikarza oraz o doniosłości instytucji tajemnicy dziennikarskiej. Sam fakt ustawowej regulacji statusu zawodowego dziennikarza, funkcje spełniane przez środki masowego przekazu we współczesnym społeczeństwie, wolność informacji łącznie ze statuowaniem określonego zakresu tajemnicy dziennikarskiej – świadczą o randze regulowanej materii i o uznaniu przez ustawodawcę potrzeby stworzenia takich ram prawnych działalności zawodowej dziennikarza, by mogła ona być pojmowana w kategoriach służby dla społeczeństwa i państwa, w atmosferze niezbędnego społecznego zaufania. (...) Tajemnica zawodowa dziennikarza stanowi niewątpliwie istotny czynnik niezależności prasy i stwarza korzystne warunki dla uzyskania zaufania społecznego. Pozwala bowiem na własną ocenę różnych przejawów życia społecznego, bez konieczności ujawnienia źródeł informacji lub nazwiska autora materiału prasowego. Chroniąca dziennikarza tajemnica zawodowa eliminuje możliwe wpływy na treść publikacji ze strony czynników politycznych i administracyjnych, w tym także policji, organizacji społecznych i zawodowych, różnych grup interesów czy poszczególnych zainteresowanych osób. (...) Zwolnienie od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej może nastąpić tylko wtedy, gdy przesłuchanie dziennikarza w charakterze świadka ma dotyczyć objętych tajemnicą okoliczności niezbędnych dla rozstrzygnięcia danej sprawy. Decydując się na skorzystanie z takiej możliwości, sąd lub prokurator musi ustalić niezbędność tego dowodu dla rozstrzygnięcia kwestii winy, nie pomijając okoliczności, że tajemnica dziennikarska chroni także określone prawnie uznane wartości społeczne. Niezbędność ta oznacza niemożliwość dokonania ustaleń o powyższym charakterze przy pomocy innych środków dowodowych, przy jednoczesnym wyczerpaniu istniejących w danej sprawie źródeł dowodowych. Pod tym kątem należy także badać wszelkie wnioski dowodowe stron zmierzające do uchylecia tajemnicy zawodowej. Wreszcie baczyc należy, by zakres zadawanych takiemu świadkowi pytań nie wykraczał poza konieczne w danej sprawie ustalenia określonego faktu dowodowego”.

221

Cytowane stanowisko SN jednoznacznie wskazuje, jak duża doniosłość cechuje sprawę, na tle których sformułowane zostały pytania prawne rozpatrywane w niniejszej sprawie. Stąd nieprawidłowe, w mojej ocenie, ustalenia Trybunału Konstytucyjnego co do

222

znaczenia oceny kwestii konstytucyjności art. 213 § 2 k.k. dla rozstrzygnięcia spraw toczących się przed Sądem Rejonowym Gdańsk-Południe w Gdańsku mogą mieć *in concreto* negatywne i nieodwracalne konsekwencje, przyczyniając się – podobnie jak sam wyrok, z którym się nie zgadzam – do osłabienia realnego znaczenia konstytucyjnie gwarantowanych wolności słowa i wolności prasy.

Ad 2. 223

2.1. Jestem zdania, że bez oceny zgodności z Konstytucją art. 213 k.k. niemożliwa jest ocena konstytucyjności ograniczeń w zakresie korzystania z wolności słowa i wolności prasy wynikających z art. 212 k.k. 224

2.2. Znamiona czynu zabronionego określanego w orzecznictwie sądowym i literaturze przedmiotu jako zniesławienie wymienia art. 212 § 1 k.k., zgodnie z którym: „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”. 225

Natomiast art. 213 § 2 k.k. wskazuje okoliczności wyłączające odpowiedzialność za zniesławienie, czyli konstruuje tzw. kontratyp, określany kontratypem dozwolonej krytyki. Wspomniany przepis stanowi: „Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 212 § 1 lub 2, kto publicznie podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut 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”. 226

Dopiero zestawienie obydwu tych przepisów pozwala zrekonstruować penalizowany przez ustawę zakres korzystania z wolności słowa i wolności prasy. Na podstawie art. 212 § 1 i 2 w związku z art. 213 § 2 k.k. odpowiedzialności karnej nie poniesie osoba, która publicznie pomawia inną osobę, grupę osób, instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej o odpowiadające rzeczywistości (prawdziwe) postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, albo o postępowanie lub właściwości prawdziwe, jeśli zarzuty te służą obronie społecznie uzasadnionego interesu. 227

2.3. Jestem zdania, że ten element kontratypu, jakim jest wymóg prawdziwości podnoszonych lub rozgłaszanych zarzutów, jako warunek uniknięcia odpowiedzialności karnej za publiczne pomówienie, nie może zostać uznany za niezgodny z konstytucyjną wolnością prasy i wolnością słowa. 228

W tym zakresie podzielam stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 22 czerwca 2004 r. (sygn. akt V KK 70/04, OSNKW 2004/9/86), w którym stwierdzono m.in., że: „Naruszenie godności i dobrego imienia przez podnoszenie i rozgłaszanie nieprawdziwych zarzutów ma w naszym kręgu cywilizacyjno-kulturowym jednoznacznie negatywną ocenę z powodu fundamentalnych racji moralnych i etycznych. W tym zatem zakresie ingerencja prawa – respektującego te racje – w niczym nie narusza wolności wypowiedzi, która nie jest przecież równoznaczna z prawem do całkowitej dowolności, ani zgodą na działanie wolnego rynku werbalnego zła, lecz pozytywną wartością dojrzałej i odpowiedzialnej wolności. Nieprawda nie realizuje idei wolności wypowiedzi 229

i nie służy żadnej innej wartości, a więc i obronie społecznie uzasadnionego interesu, bo czynienie zła nie przysparza dobra. Nie oczekuje jej również odbiorca informacji, skoro nie urzeczywistnia jego prawa do informacji rzetelnej, lecz lekceważy go, dezinformuje i traktuje przedmiotowo. Nieprawda sprzeniewierza się idei wolności wypowiedzi, deprecjonując samą jej istotę. Inne rozumienie swobody wyrażania poglądów, w tym prawa do krytyki, wyrażałoby aprobatę dla stałego obniżania kulturowych standardów oraz redukcji poziomu przyzwoitości, wrażliwości i odpowiedzialności”.

2.4. Jakkolwiek art. 212 § 1 i 2 k.k. przewiduje odpowiedzialność karną za pomówienie o pewnego rodzaju postępowanie lub właściwości, to jednak wychodząc z założenia, że nie można żądać dowodu prawdy wobec wypowiedzi ocennych – co stanowi konieczny warunek wyłączenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie – uważam, że tego rodzaju wypowiedzi należy wykluczyć zakresu zarzutów zniesławiających. W przeciwnym razie ingerencję ustawodawcy w wolność prasy i wolność słowa należałoby uznać za nieproporcjonalną w stosunku do zakładanego celu. 230

Podobne stanowisko prezentuje w swym orzecznictwie ETPC, który w wyroku z 17 grudnia 2004 r. stwierdził m.in.: „Aby rozstrzygnąć, czy zakwestionowana wypowiedź była uzasadniona, należy rozróżnić pomiędzy wypowiedziami o faktach a osądami ocennymi, w tym mianowicie, iż istnienie faktów może zostać wykazane, podczas gdy prawdziwości osądów ocennych nie da się dowieść. Wymóg dowiedzenia prawdziwości osądów ocennych jest niemożliwy do spełnienia i narusza swobodę wypowiedzi jako taką, która to swoboda jest podstawową częścią prawa chronionego przez art. 10 Konwencji. Zaklasyfikowanie twierdzenia jako faktu lub jako osądu ocennego jest kwestią, która przede wszystkim wchodzi w zakres marginesu uznania władz krajowych, w szczególności sądów krajowych. Niemniej jednak, jeżeli wypowiedź sprowadza się do osądu ocennego, muszą istnieć wystarczające przesłanki faktyczne popierające ten osąd, a brak takich przesłanek będzie nadużyciem” (sprawa nr 49017/99, Pedersen i Baadsgaard przeciwko Danii). 231

W konsekwencji jestem zdania, że art. 212 § 1 i 2 w związku z art. 213 § 2 kodeksu karnego w zakresie, w jakim kryminalizuje pomówienie jedynie o takie postępowanie lub właściwości, wobec których istnieje obiektywna możliwość jednoznacznego odróżnienia prawdy lub fałszu, jest zgodny z art. 14 oraz art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. 232

2.5. Prawo do ochrony prawnej czci i dobrego imienia (art. 47 Konstytucji), tak jak inne wolności i prawa jednostki, znajduje umocowanie aksjologiczne w godności człowieka, o której mowa w art. 30 Konstytucji. Jednakże – jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w pełnym składzie w wyroku z 5 marca 2003 r, sygn. K 7/01 (OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 19) – „utożsamianie naruszenia każdego prawa i wolności z naruszeniem godności pozbawiałoby gwarancje zawarte w art. 30 Konstytucji samodzielnego pola zastosowania. Spłycałoby w gruncie rzeczy i nadmiernie upraszczało sens oraz treść normatywną zawartą w pojęciu, którym operuje art. 30 Konstytucji. Obejmuje ono bowiem najważniejsze wartości, które nie korzystają z innych, samodzielnych gwarancji na gruncie konstytucyjnym, a które dotyczą istoty pozycji jednostki w społeczeństwie, jej relacji do innych osób oraz do władzy publicznej”. Dlatego uważam, że również ochrona czci i dobrego imienia, pomimo jej silnego i ewidentnego związku z godnością człowieka, może podlegać ograniczeniom ze względu na konieczność zapewnienia korzystania w niezbędnym zakresie z wolności i praw przez inne osoby. 233

Wymieniony jako jeden z wzorców kontroli art. 31 ust. 3 Konstytucji *expressis verbis* wskazuje, że ograniczenia te mogą być ustanawiane jedynie wtedy, gdy są 234

konieczne w demokratycznym państwie. W świetle tego przepisu, ocena dopuszczalności ograniczania ochrony dobrego imienia i czci innych osób ze względu na wolność słowa i wolność prasy wymaga nie tylko rozstrzygnięcia, która z tych pozostających ze sobą w konflikcie wolności lub praw ma pierwszeństwo, ale także, która – z uwzględnieniem znaczenia, jakie jej ograniczenie ma w demokratycznym państwie – z tych kolidujących ze sobą wartości i w jakim zakresie winna mieć priorytet.

W tym kontekście należy podkreślić szczególną rolę, jaką w demokratycznym państwie pełni – obok omówionej przez Trybunał Konstytucyjny wolności słowa – wolność prasy. Wolna, regularnie wydawana, niepodlegająca cenzurze prasa jest niezbędna w społeczeństwie obywatelskim, którego członkowie – aby mogli podejmować decyzje polityczne – muszą być nie tylko szeroko informowani o faktach (w tym także niepocholebnych czy szokujących), ale również zaznajamiani z opiniami i poglądami innych osób. Prasa działa jak siła orientująca w publicznej dyskusji. Jest również organem, za pośrednictwem którego naród sprawuje kontrolę nad swymi przedstawicielami piastującymi najwyższe funkcje i stanowiska państwowe, oraz organem, dzięki któremu naród zachowuje ze swymi przedstawicielami łączność.

W świetle tych uwag nie ulega dla mnie wątpliwości, że ochrona dobrego imienia i czci innych osób może w pewnych okolicznościach i w pewnych ramach doznawać ograniczeń ze względu na konieczność zapewnienia niezbędnej w demokratycznym państwie sfery korzystania z wolności słowa i wolności prasy. Mówiąc innymi słowy, korzystanie z wolności słowa i wolności prasy, nawet w wypadku gdy godzić będzie w czyjeś dobre imię i cześć, nie zawsze winno doznawać ograniczeń.

2.6. Należy zwrócić uwagę, że ochrona dobrego imienia, do jakiej prawo przysługuje (zgodnie z art. 47 Konstytucji) „każdemu”, nie znajduje na gruncie art. 212 k.k. podstawy zróżnicowania ze względu na kryterium pełnienia funkcji publicznej przez osobę pokrzywdzoną.

Pewna gradacja w tym zakresie została natomiast dokonana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Pod wpływem jego orzecznictwa również w polskim piśmiennictwie podejmowane są próby skatalogowania czy systematyzacji zasad decydujących o intensywności ochrony dobrego imienia. Dla potrzeb niniejszych rozważań wskazać zaś należy, że ETPC ustalił m.in., że: a) granice dopuszczalnej krytyki są szersze w stosunku do osób publicznych niż wobec osób prywatnych, b) politycy a tym bardziej pochodzący z wyborów powszechnych funkcjonariusze publiczni świadomie i w sposób nieunikniony wystawiają się na kontrolę i ostrą reakcję ze strony prasy, w konsekwencji czego c) muszą być bardziej tolerancyjni, nawet wobec szczególnie brutalnych ataków ze strony prasy, zaś d) zakres usprawiedliwionej ochrony dóbr osobistych polityków i innych osób publicznych powinien być określany w konfrontacji z wartością, jaką w demokratycznym społeczeństwie jest otwarta i szeroka debata.

Orzecznictwo ETPC nie może według mnie pozostać bez wpływu na ocenę konstytucyjności art. 212 § 1 i 2 w związku z art. 213 § 2 k.k., jest bowiem kształtowane na gruncie art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności określającego warunki ograniczania wolności słowa w sposób podobny do tego, jak czyni to Konstytucja RP z 1997 r. (analogię tę dostrzega również sam ETPC, por. orzeczenie z 8 listopada 2005 r. w sprawie nr 8812/02 Z. Pachla przeciwko Polsce) i winno być uwzględniane w procesie jej wykładni.

2.7. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał w swym orzecznictwie, że ograniczeń nakładanych na osoby sprawujące funkcje publiczne nie można rozpatrywać

w kategoriach ograniczeń wolności i praw tych osób, lecz należy je traktować jako środek zapewnienia prawidłowego funkcjonowania instytucji publicznych (zob. np. wyrok z 6 grudnia 2005 r., sygn. SK 7/05, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 129 oraz z 8 października 2001 r., sygn. K 11/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 210).

2.8. Zważywszy, że w demokratycznym państwie konieczne jest istnienie warunków prowadzenia debaty publicznej (art. 2 Konstytucji), oraz uwzględniając konstytucyjnie gwarantowaną wolność prasy (art. 14), wolność słowa (art. 54) i prawo do informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne (art. 61 Konstytucji), wyrażam pogląd, że podnoszenie lub rozgłaszanie za pośrednictwem środków masowego komunikowania prawdziwych zarzutów dotyczących osoby pełniącej funkcję publiczną o takie postępowanie lub właściwości, które mogą narazić ją na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności (co oznacza, że w rzeczywistości podmiot ten na zaufanie potrzebne dla aktywności w sferze publicznej nie zasługuje), jest działaniem – niezależnie od ewentualnych intencji sprawcy – *ex definitione* służącym społecznie uzasadnionemu interesowi (co stanowi odrębnie sformułowane w art. 213 § 2 k.k. znamię kontratypu). W związku z tym wyłączenie przestępności tego działania nie powinno być uzależnione od dokonywanej w tym zakresie dodatkowej oceny sądu, bo – zważywszy nieustabilizowane orzecznictwo w zakresie dotyczącym analizowanego tu znamienia kontratypu – stwarza to prawną podstawę do nadmiernej ingerencji w korzystanie z wolności słowa i wolności prasy.

241

2.9. W konkluzji stwierdzam, że art. 213 § 2 kodeksu karnego w zakresie, w jakim wyłączenie przestępności pomówienia osoby pełniącej funkcję publiczną uzależnia od tego, by podnoszony lub rozgłaszany zarzut służył obronie społecznie uzasadnionego interesu, jest niezgodny z art. 14 oraz art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Stwierdzenie niekonstytucyjności kontratypu zniesławienia uregulowanego w art. 213 § 2 k.k. ma we wskazanym zakresie konsekwencje dla oceny konstytucyjności art. 212 § 1 i 2 kodeksu karnego.

242