Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów
Uniwersytetu Jagiellońskiego

Rada Naukowa

Przewodniczący Rady Naukowej
Prof. dr hab. Wojciech Nowak | Rektor Uniwersytetu Jagiellońskiego

Dr Denys Azarov | Uniwersytet Narodowy „Akademia Kijowsko-Mohylańska"
Prof. Martin Bier | East California University
Prof. dr hab. Andriy Boyko | Lwowski Uniwersytet Narodowy im. Iwana Franki
Prof. Hugh J. Byrne | FOCAS Research Institute, Dublin Institute of Technology
Dr hab. Adrián Fábián | University of Pécs
Prof. dr hab. Maria Flis | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Tadeusz Gadacz | Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie
Dr Herbert Jacobson | Linköping Universitet
Prof. dr hab. Katarzyna Kieć-Kononowicz | Uniwersytet Jagielloński
Dr Miklós Kiss | University of Groningen
Prof. Erdenhuluu Khohchahar | Kyoto University
Prof. dr hab. Andrzej Kotarba | Uniwersytet Jagielloński
Dr Oleksiy Kresin | Narodowa Akademia Nauk Ukrainy
Prof. dr hab. Marta Kudelska | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Tomasz Mach | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Andrzej Mania | Uniwersytet Jagielloński
Dr Kristin McGee | University of Groningen
Prof. dr hab. Karol Musioł | Uniwersytet Jagielloński
Prof. Biderakere E. Rangaswamy | Bapuji Institute of Engineering and Technology
Dr Melanie Schiller | University of Groningen
Prof. dr hab. Jacek Składzień | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Leszek Sosnowski | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Bogdan Szlachta | Uniwersytet Jagielloński
Prof. Luigia di Terlizzi | Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Prof. Matthias Theodor Vogt | Institut für Kulturelle Infrastruktur Sachsen

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów
Uniwersytetu Jagiellońskiego

TOM PRAWNICZY

Nauki Społeczne
~ Numer 15 (4/2016) ~

Pod redakcją
Agaty Cebery, Tarasa Leshkovycha,
Joanny Uchańskiej i Aleksandra Wróbla

Kraków 2016

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
ul. Czapskich 4/14, 31-110 Kraków
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty

Redaktor naczelny:
Marcin Lubecki

Zastępca redaktora naczelnego:
Arkadiusz Nyzio

Sekretarz redakcji:
Rafał Kur

Redaktor prowadzący Serii Społecznej:
Jakub Rogulski

Redaktorzy tomu:
Agata Cebera, Taras Leshkovych, Joanna Uchańska, Aleksander Wróbel

Tom finansowany ze środków Towarzystwa Doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Recenzenci artykułów:
Prof. dr hab. Przemysław Deszczyński, Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu
Dr hab. Paweł Podrecki, Uniwersytet Jagielloński
Dr Mateusz Hohol, Polska Akademia Nauk
Dr Marta Mazur, Lwowski Narodowy Uniwersytet im. Iwana Franki
Dr Ewa Plebanek, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego
Dr Ilona Przybojewska, Uniwersytet Jagielloński
Dr Bogusław Przywora, Akademia im. Jana Długosza w Częstochowie
Dr Ihor Zeman, Lwowski Narodowy Uniwersytet im. Iwana Franki
Dr Sławomir Tadeusz Żółtek, Uniwersytet Warszawski

Redakcja językowa:
Katarzyna Migdał, Anna Makowska (teksty angielskie), Marcin Lubecki

Skład:
Katarzyna Migdał

Współpraca wydawnicza:
Wydawnictwo Nowa Strona | www.wydawnictwonowastrona.pl

© Copyright by Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
All rights reserved
Wydanie I, Kraków 2016
Nakład: 80 egz.

e-ISSN 2082-9213, p-ISSN 2299-2383

Spis treści

Artur Szmigielski
Blokowanie geograficzne w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej 9

Maciej Ireneusz Andrzejewski
Samodzielność jurysdykcyjna w procedurach sądowych 33

Katarzyna Byszek
Wpływ transatlantyckiego partnerstwa na rzecz handlu i inwestycji na ochronę zdrowia 53

Anna Ceglarska
Początki europejskiej dyplomacji – heroldowie i prokseni 65

Milena Garwol
Prawnokarne aspekty przeprowadzania zabiegu leczniczego bez zgody – rozważania na gruncie art. 192 kodeksu karnego 77

Marcin Leszczyński
Gospodarka niskoemisyjna jako element postrzegania państwa w środowisku międzynarodowym – casus Unii Europejskiej 91

Marzena Andrzejewska
Ponownie o kasacji ministra sprawiedliwości w procesie karnym. Kilka aspektów konstytucyjnych i procesowych 113

Michał Walczak
Normatywne ograniczenia reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości 125

Michał Piech
Sprawozdania prasowe z procesu w kontekście prawa do swobody wypowiedzi (art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 145

Kamil Leśniewski
Współczesne asymetryczne konflikty zbrojne w obliczu prawa humanitarnego – stosowanie zasad użycia siły 159

Khrystyna Potapenko
Election Falsifications Without Proofs:
Problem of Power Legitimacy 173

Magdalena Krawczyk
Compulsory Licensing of Pharmaceuticals since
the Doha Declaration – a Public Health Triumph or Failure? 189

Krzysztof Michalak, Piotr Staszczyk
Możliwość uznania abuzywności klauzuli wartości wykupu
w umowach polisolokat w ramach kontroli konkretnej 199

Michał Wantoła
Odpowiednie stosowanie okoliczności wyłączających
odpowiedzialność karną wobec przewinień dyscyplinarnych 211

Piotr Nowak
Działania ONZ wobec nowych zagrożeń
w stosunkach międzynarodowych na przykładzie wybranych
rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ w 2015 roku 227

Agata Cebera
Podmioty uprawnione do odszkodowania za niezgodne
z prawem działanie organu administracji publicznej –
analiza konstytucyjnoprawna 241

Aleksander Wróbel
Badania prawnoporównawcze w prawie karnym
na przykładzie systemów prawa karnego Polski,
Ukrainy oraz Rosji – od teorii po praktykę 263

Iwona Miedzińska
Pomoc państwa dla mediów publicznych
w prawie Unii Europejskiej 283

Informacje o autorach 305

Contents

Artur Szmigielski
Geo-Blocking Under European Union Competition Law 9

Maciej Ireneusz Andrzejewski
Independence of Jurisdiction for the Court Proceedings 33

Katarzyna Byszek
Impact of the Transatlantic Partnership
for Trade and Investment on Health Protection 53

Anna Ceglarska
The Origins of the European Diplomacy – Heralds and Proxenoi 65

Milena Garwol
Penal Aspects of Performing a Medical Procedure
without Patient's Consent –
Deliberations Based on the art. 192 of Polish Criminal Code 77

Marcin Leszczyński
A Low Carbon Economy as an Element of Perception of the Country
in the International Environment – the Case of the European Union 91

Marzena Andrzejewska
Once Again about the Appeal of the Minister of Justice
in Criminal Trial. Several Constitutional and Procedural Aspects 113

Michał Walczak
Normative Limitations of Medicinal Products'
Advertising Targeted at the Public 125

Michał Piech
Press Reports Concerning a Trial in View of the Right
to Freedom of Expression (Article 10 of the ECHR)
in Judicial Decisions of the ECtHR 145

Kamil Leśniewski
Modern Asymmetric Armed Conflicts Versus International
Humanitarian Law – a Facet of Rules of Engagement 159

Khrystyna Potapenko
Election Falsifications Without Proofs:
Problem of Power Legitimacy 173

Magdalena Krawczyk
Compulsory Licensing of Pharmaceuticals since
the Doha Declaration – a Public Health Triumph or Failure? 189

Krzysztof Michalak, Piotr Staszczyk
The Possibility of Recognizing the Repurchase Performances
as Abusive Clauses in Investment Policies Contracts 199

Michał Wantoła
The Adequate Application of Circumstances Excluding
Criminal Liability to Disciplinary Offenses 211

Piotr Nowak
Actions of UN Against New Threats in International Security
Based on the Example of Selected UNSCR in 2015 227

Agata Cebera
Entities Entitled to Demand Compensation for Illegal Acts
of Public Authorities – Constitutional Law Analyzes 241

Aleksander Wróbel
The Study of Comparative Law in Polish, Ukrainian, and Russian
Criminal Law Systems – from Theory to Practice 263

Iwona Miedzińska
State Aid to Public Service Media in the Law
of the European Union 283

About the Contributors 305

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Artur Szmigielski

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracjij
Katedra Prawa Europejskiego
e-mail: artur.szmigielski@wpia.uw.edu.pl

Blokowanie geograficzne w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej

Streszczenie

Podstawowym celem niniejszego artykułu jest ocena blokowania geograficznego w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej (UE). Geoblokowanie odnosi się do sytuacji, w której sprzedawcy detaliczni i dostawcy treści cyfrowych uniemożliwiają klientom internetowym kupowanie towarów konsumenckich lub korzystanie z usług dostępu do zasobów cyfrowych z powodu lokalizacji lub państwa zamieszkania osoby kupującej. Obecnie to szczególne transgraniczne ograniczenie sprzedaży internetowej jest jedną z głównych trosk Komisji Europejskiej, która 6 maja 2015 roku rozpoczęła badanie sektorowe prawa konkurencji UE w handlu elektronicznym. Wstępne wnioski z badania sektorowego wskazują, że blokowanie geograficzne jest powszechne w Unii. Powstaje zatem pytanie, czy art. 101 (1) *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (TFUE) jest wystarczającym i odpowiednim narzędziem do czynnego wzmocnienia funkcjonowania Jednolitego Rynku Cyfrowego poprzez zwalczanie „nieuzasadnionego" geoblokowania.

Słowa kluczowe

geoblokowanie, prawo konkurencji Unii Europejskiej, handel elektroniczny, antykonkurencyjne porozumienia, Jednolity Rynek Cyfrowy

Wstęp

„Ta treść nie jest aktualnie dostępna w twoim regionie" – niniejszy komunikat jest dobrze znany wszystkim użytkownikom Internetu, którzy próbowali włączyć chronione prawem materiały wideo na portalach typu Netflix czy YouTube. Stanowi to sztandarowy przykład tak zwanego geoblokowania czy innymi słowy blokowania geograficznego (*geo-blocking*), polegającego na odmowie dostępu do stron internetowych, treści lub usług internetowych opartych na lokalizacji geograficznej użytkownika. W ramach strategii Jednolitego Rynku Cyfrowego[1] w dniu 6 maja 2015 roku Komisja Europejska rozpoczęła badanie sektorowe w sprawie ochrony konkurencji w handlu elektronicznym (dalej: badanie sektorowe)[2], którego celem jest między innymi identyfikacja oraz analiza powyższego zjawiska z perspektywy unijnych przepisów prawa konkurencji. Wstępne wyniki badania sektorowego, udostępnione 18 marca 2016 roku, wskazały na znaczną powszechność blokowania geograficznego w UE. Z raportu przygotowanego przez Komisję Europejską wynika bowiem, że aż 38% sprzedawców detalicznych dóbr konsumpcyjnych i 68% dostawców treści cyfrowych blokuje geograficznie konsumentów znajdujących się w innych państwach członkowskich UE[3].

Przedmiotem artykułu jest analiza, w jakich przypadkach badane zachowanie rynkowe przedsiębiorców stanowi potencjalną praktykę zakłócającą konkurencję na rynku wewnętrznym[4]. Celem tych rozważań jest próba odpowiedzi na pytanie, na ile instrument prawa antymonopolowego[5] faktycznie umożliwia realizację planów politycznych Komisji w postaci budowy Jednolitego Rynku Cyfrowego poprzez zwalczanie geoblokowania.

---

[1] Jednolity Rynek Cyfrowy to przestrzeń, w której zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, a obywatele i przedsiębiorstwa mogą bez przeszkód i na zasadach uczciwej konkurencji uzyskać dostęp do usług online lub je świadczyć. Zob. Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 6 maja 2015 r., *Strategia Jednolitego Rynku Cyfrowego dla Europy*, COM(2015) 192 final. (dalej: Strategia Jednolitego Rynku Cyfrowego).

[2] Sektor *e-commerce* jest definiowany jako internetowy handel towarami oraz świadczenie usług online. Zob. Decyzja Komisji z dnia 6 maja 2015 roku, *Initiating an inquiry into the e-commerce sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003*, COM(2015) 3026 final.

[3] Commission Staff working document, *Geo-blocking practices in e-commerce. Issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the Directorate – General for Competition*, Brussels, 18.3.2016 SWD(2016) 70 final.

[4] Rynek wewnętrzny obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję. Zob. Protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji, Dz. Urz. UE C 115/309. Do czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony cel w postaci niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym wynikał z ówczesnego art. 3 ust. 1 lit. g TWE.

[5] Narzędziem polityki konkurencji jest prawo konkurencji, które stanowi gwarancję jej efektywności. Por. A. E. Rodriguez, A. Menon, *The limits of competition policy*, Haga 2010, s. 93.

Powyższemu celowi została podporządkowana struktura artykułu, który składa się z pięciu części. Wnioski płynące z każdej z nich pozwolą scharakteryzować i ocenić wyżej wymienioną praktykę w świetle prawa konkurencji UE. W pierwszej części zostanie dokonana charakterystyka blokowania geograficznego, a także wskazane zostaną jej uwarunkowania. Następnie poszukiwana będzie odpowiedź na pytanie, czy ogólne zasady dotyczące ograniczeń wertykalnych w handlu elektronicznym mają również zastosowanie w przypadku zachowania rynkowego przedsiębiorców. W trzeciej części artykułu będzie analizowana relacja zachodząca pomiędzy prawem własności intelektualnej (prawem autorskim) a terytorialnym ograniczeniem sprzedaży elektronicznej, stanowiącym istotny przejaw blokowania geograficznego. W dwóch ostatnich częściach umówione zostaną sprawy wskazywane w badaniach sektorowych. Wyrażam nadzieję, że takie ujęcie pozwoli na realizację przyjętego celu badawczego, a także umożliwi przedstawienie trafnych wniosków *de lege lata* oraz *de lege ferenda*.

Uwarunkowania oraz charakterystyka geoblokowania

Transgraniczna transakcja pomiędzy podmiotami z różnych państw Unii Europejskiej, realizowana w ramach *e-commerce*, jest złożonym, wielowymiarowym zjawiskiem prawnym, na który składa się wiele aspektów. Jej kształt normatywny zależy od statusu stron[6], a także od przedmiotu świadczenia[7]. Rzeczą oczywistą będzie przypomnienie, że Internet nie tylko zrewolucjonizował współczesny model dystrybucji produktów (oferowanych dotychczas w tak zwanych *brick and mortar shops*[8]), ale również spowodował powstanie nowego rodzaju produktów i usług (dóbr niematerialnych, tak zwanych treści cyfrowych[9]), a tym samym nowego popytu konsumenckiego. Współczesny handel charakteryzuje się bowiem trzema dominującymi sytuacjami: (a) produkty są dostępne tylko w Internecie – na przykład gry komputerowe i czasopisma internetowe kupowane tylko drogą online (czysta sprzedaż internetowa); (b) produkty, które są dostępne w tym

[6] Z jednej strony *bussines to consumer* – B2C (obrót konsumencki), a z drugiej *bussines to bussines* – B2B (obrót profesjonalny).

[7] Na reżim prawny rządzący taką transakcją składają się liczne regulacje: prawa umów, prawa autorskiego, prawa podatkowego, prawa ochrony danych osobowych, prawa pocztowego, prawa proceduralnego i licznych przepisów technicznych.

[8] Dosłownie 'sklepy z cegły i zaprawy'. Termin odnoszący się do sklepów stacjonarnych.

[9] Pojęcie to pojawia się w tak zwanej dyrektywie konsumenckiej (nr 2011/83/UE, Dz. Urz. UE L 304), zgodnie z którą „treści cyfrowe" oznaczają dane wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej, takie jak: programy komputerowe, aplikacje, gry, muzyka, nagrania wizualne lub teksty, bez względu na to, czy dostęp do nich osiąga się przez pobieranie, czy przez odbiór danych przesyłanych strumieniowo, na trwałym nośniku czy przy użyciu jakichkolwiek innych środków.

samym formacie zarówno w dystrybucji fizycznej, jak i internetowej (mieszana sprzedaż, ten sam format) oraz (c) produkty, które są dostępne w różnych formatach w dwóch systemach dystrybucji – na przykład domowe wideo oraz streaming filmu z Internetu (mieszana sprzedaż, różny format)[10]. W związku z tym można wyróżnić dwie grupy przedmiotu handlu elektronicznego: (a) usługi realizowane w całości wirtualnie, dotyczące dóbr niematerialnych (między innymi usługi streamingu muzyki lub filmów); (b) usługi związane z fizycznymi przedmiotami obrotu lub wykonywane przynajmniej częściowo w świecie realnym (handel produktami, rezerwacje, zamawianie usług realizowanych w świecie realnym). Podział ten ma istotny charakter, gdyż w przypadku grupy usług związanych z dobrami niematerialnymi (pierwsza grupa) koszty transakcyjne są niezwykle niskie. Sprzedawca nie ponosi na przykład kosztów transportu, ponadto występują niskie koszty osobowe obsługi (w większości realizowanej automatycznie)[11].

Do istotnych cech handlu elektronicznego, rozumianego szeroko w ramach wyżej wymienionych trzech sytuacji, należy między innymi jego wszechobecność – niemal każdy ma dostęp do cyfrowego świata w dowolnym miejscu i czasie. Ponadto wskazuje się, że *e-commerce* wywiera istotny prokonkurencyjny efekt, który zwiększa dobrobyt konsumentów (*consumer welfare*) w postaci niższych cen oraz większej różnorodności produktów[12]. W związku z tym, że Internet nie ma fizycznych granic (zwłaszcza w przypadku obrotu treściami cyfrowymi), ten kanał dystrybucji dóbr i usług wywiera także istotny wpływ na transgraniczną wymianę handlową, a więc przyczynia się do sprawnego funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Powszechnie uważa się jednak, że rozwój *e-commerce* w Unii Europejskiej napotyka szereg barier, które pomimo znacznego potencjału wzrostu tego rodzaju handlu ograniczają jego skalę[13]. Jak podaje Komisja, w 2014 roku około 50% obywateli UE dokonywało zakupów online, jednak tylko 15% z nich nabywało dobra i usługi z innych państw członkowskich[14]. Komisja Europejska stawia tezę, że przyczynę tego faktu należy upatrywać nie tylko w barierach

[10] A. Kirsch, W. Weesner, *Can Antitrust Law Control E-commerce? A Comparative Analysis in Light of U.S. and E.U. Antitrust Law*, "Journal of International Law and Policy" 2006, No. 12, s. 298–299.

[11] K. Śledziewska et. al., *Analiza mechanizmu geoblokowania w kontekście potencjalnego zakazu różnicowania cen w Unii Europejskiej w polskim transgranicznym handlu elektronicznym*, „Raport DELab UW" 2016, s. 20.

[12] Zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Internet a problematyka wspólnotowego prawa konkurencji*, „Studia Europejskie" 2005, nr 2, s. 95.

[13] Commission Staff Working Document, *A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence*, COM (2015) 192 final, s. 21; opracowanie Parlamentu Europejskiego (Dyrekcja Generalna ds. Polityki Wewnętrznej UE), *Discrimination of Consumers in the Digital Single Market*, IP/A/IMCO/ST.2013-03, s. 8.

[14] European Commission, *Antitrust: Commission launches e-commerce sector inquiry – factsheet*, Brussels 2015.

kulturowych, ale także w stosowaniu przez przedsiębiorców specyficznych antykonkurencyjnych praktyk ograniczających handel elektroniczny, takich jak badane w niniejszym artykule blokowanie geograficzne.

Komisja Europejska w swojej strategii położyła akcent na dwa rodzaje barier w transgranicznym handlu elektronicznym. Są to *geo-blocking* oraz *geo-filtering*. Ogólnie rzecz ujmując, pierwszy rodzaj ograniczeń to rozwiązania stosowane przez sprzedawców internetowych, które prowadzą do odmowy dostępu do stron internetowych klientom z innych państwach członkowskich, zaś drugi to stosowanie odmiennych warunków umów, w szczególności dotyczących cen[15]. Geoblokowanie nie posiada jednak definicji legalnej, w związku z czym wykładnia tego pojęcia w praktyce decyzyjnej i piśmiennictwie naukowym jest niejednolita i zależy od kontekstu, w którym ten termin występuje. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) (w stosunku do usług telewizyjnych) pojawiało się sformułowanie ograniczeń geograficznych uzgodnionych przez strony umów w sprawie przeniesienia praw własności intelektualnej w celu ochrony autora[16]. W związku z tym, że w ramach rynku cyfrowego szczególnie często dochodzi do obrotu treściami cyfrowymi, powyższe określenie ma również relewantny charakter względem blokowania geograficznego. Z perspektywy prawa autorskiego termin „geoblokowanie" odnosi się zatem do środków technicznych, które blokują dostęp do treści cyfrowych spoza obszaru geograficznego lub państwa członkowskiego, gdzie licencjobiorcy komercyjnie eksploatują te utwory[17]. Co jednak charakterystyczne, Komisja Europejska opisuje praktykę geoblokowania w *e-commerce* w sposób bardzo ogólny, tj. jako sytuację, w której sprzedawcy detaliczni i dostawcy treści cyfrowych uniemożliwiają klientom internetowym kupowanie towarów konsumenckich lub korzystanie z usług dostępu do zasobów cyfrowych z powodu lokalizacji lub państwa zamieszkania osoby kupującej[18]. Jak zatem wskazuje, może ona występować w następujących postaciach: (1) odmowa prawa zawarcia umowy drogą elektroniczną przez stronę www poprzez (a) odmowę dostępu do danej strony, (b) przekierowanie (*re-routing*) na inną stronę tej samej organizacji handlowej, (c) odmowę zapłaty, (d) odmowę dostawy; albo (2) automatyczne dostosowanie oferowanych warunków transakcji (w tym cen) zależnie od lokalizacji klienta, czyli tak zwany *geo-filtering*[19].

---

[15] Strategia Jednolitego Rynku Cyfrowego, s. 6.

[16] Wyrok Trybunału z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 262/81 *Coditel i in*., zwany „wyrokiem w sprawie *Coditel II*", Rec. s. 3381.

[17] G. Mazziotti, *Is geo-blocking a real cause for concern in Europe?*, "EUI Working Pappers" 2015, No. 43, s. 9.

[18] Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dnia 18 marca 2016 r., *Ochrona konkurencji: badanie sektora handlu elektronicznego pokazuje powszechność blokowania geograficznego w UE*, IP/16/922.

[19] Strategia Jednolitego Rynku Cyfrowego, s. 6–7.

Przykładami takich praktyk mogą być: brak możliwości założenia konta na holenderskiej stronie producenta ubrań po podaniu w systemie rejestracji innego państwa członkowskiego; możliwość założenie konta na stronie producenta, ale brak możliwości dostarczenia przesyłki do państwa pochodzenia klienta; różnicowanie cen towarów w zależności od państwa członkowskiego, z którego zamawiany jest towar; przełączanie klienta ze strony z domeną „.de" na stronę z domeną „.pl" (a tym samym brak możliwości korzystania z różnicy cen występującej pomiędzy różnymi państwami członkowskimi); brak dostępu do streamingu filmu, gdy dany portal wykryje, że jesteśmy z państwa, w którym nie jest oferowana ta usługa. Geoblokowanie realizowane jest z reguły w oparciu o adres IP klienta, obejmujący przybliżone wskazanie lokalizacji, z której łączy się on z Internetem. Jest ono łatwiejsze do zastosowania w przypadku przedsiębiorców oferujących usługi lub treści. W tym wypadku przedsiębiorca nie ponosi bowiem kosztów transportu danego towaru, które potencjalnie uzasadniają różnicowanie ceny pomiędzy danymi państwami członkowskimi. Badanie sektorowe Komisji Europejskiej skupia się na przeszkodach w tych sektorach, w których handel elektroniczny jest najbardziej rozpowszechniony (między innymi elektronika, odzież i obuwie oraz treści cyfrowe)[20]. Obejmuje to producentów, hurtowników, sprzedawców internetowych oraz platformy internetowe (na przykład aukcje internetowe czy też porównywarki cenowe).

Jak podkreśla Komisja, w niektórych przypadkach blokowanie geograficzne jest ściśle związane z umowami między dostawcami a dystrybutorami (tj. umowami wertykalnymi). Aż 59% dostawców treści cyfrowych biorących udział w badaniu sektorowym przyznało, że do blokowania geograficznego zobowiązują ich umowy z dostawcami. Umowy takie mogą ograniczać konkurencję na jednolitym rynku, naruszając art. 101 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*[21]. W opinii Komisji należy jednak oceniać to indywidualnie. Co bowiem oczywiste, nie wszystkie z wyżej wymienionych przypadków będą stanowiły przykład praktyki ograniczającej konkurencję. Jeżeli blokowanie geograficzne wynika z jednostronnych decyzji biznesowych podejmowanych przez przedsiębiorstwo rezygnujące z prowadzenia sprzedaży za granicą, to takie zachowanie przedsiębiorstwa niezajmującego pozycji dominującej wykracza wyraźnie poza zakres unijnego prawa konkurencji[22].

Z powyższych badań wyraźnie wynika, że blokowanie geograficzne należy przede wszystkim oceniać z perspektywy antykonkurencyjnych porozumień, a wówczas przypadki nadużycia pozycji dominującej będą o wiele rzadsze. Z tego

[20] Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dnia 6 maja 2015 r., *Komisja przeprowadzi badanie sektorowe w sprawie ochrony konkurencji w handlu elektronicznym*, IP/15/4921.

[21] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE C 326 z 2012 r., s. 47 (dalej: TFUE).

[22] Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dnia 18 marca 2016 r., *Ochrona konkurencji...*, op. cit.

względu w dalszej części artykułu uwaga zostanie skupiona właśnie na umowach wertykalnych. W następnej części zostanie zbadane, w jakim zakresie ogólna regulacja ograniczeń wertykalnych w handlu elektronicznym ma zastosowanie do specyfiki blokowania geograficznego.

Geoblokowanie a stosowanie ogólnych reguł konkurencji dotyczących sprzedaży internetowej

W związku z faktem, że blokowanie geograficzne bardzo często jest wynikiem klauzul zawartych w umowach wertykalnych[23], należy zbadać, w jakim zakresie rozporządzenie Komisji 330/2010[24] oraz wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych[25] mają zastosowanie do badanego w artykule specyficznego aspektu ograniczenia w transgranicznym handlu elektronicznym[26]. Jak zauważa Komisja Europejska, reguły prawa konkurencji UE mające zastosowanie do ograniczeń wertykalnych są takie same w przypadku sprzedaży offline i online[27]. Pomimo że twierdzenie to jest prawdziwe, to jednak sposób, w jaki te reguły i zasady mogą być dostosowane do sprzedaży internetowej, pozostawia wiele kluczowych kwestii otwartych[28].

W związku z powyższym umowa wertykalna, która ustanawia system dystrybucyjny, nawet w połączeniu z ograniczeniami wertykalnymi w handlu elektronicznym,

[23] Jak się powszechnie wskazuje, z punktu widzenia wzajemnej pozycji stron porozumienia na szczeblach obrotu gospodarczego art. 101 ust. 1 TFUE ma zastosowanie do porozumień horyzontalnych oraz wertykalnych. Porozumienie horyzontalne dotyczy przedsiębiorstw działających na tym samym poziomie obrotu, zaś wertykalne – przedsiębiorstw na różnych szczeblach obrotu. Zob. T. Szanciło, *Porozumienia ograniczające konkurencję*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2006, nr 8, s. 37.

[24] Rozporządzenie Komisji nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. UE L 102 z 2010, s. 1–7 (dalej: Rozporządzenie 330/2010; Rozporządzenia Komisji w sprawie wyłączeń grupowych).

[25] Zawiadomienie Komisji z dnia 10 maja 2010 r., *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych*, SEC (2010) 411 wersja ostateczna (dalej: Wytyczne Komisji).

[26] Literatura poświęcona ograniczeniom konkurencji w handlu elektronicznym jest już w Polsce stosunkowo bogata. Zob. K. Kohutek, *Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych)*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2011, nr 11, s. 36–43; A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 3, s. 23–43.

[27] Jest to krytykowane w literaturze przedmiotu. Zob. I. G. Asimakopoulos, *Physical and Virtual Selective Distribution in the EU Competition Law*, Athens 2015, s. 3.

[28] Rozumienie takich pojęć, jak „aktywna sprzedaż", „bierna sprzedaż" czy „miejsce prowadzenia działalności gospodarczej", nie jest oczywiste w handlu internetowym. Zob. B. Targoński, *Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 5, s. 18–26.

co do zasady będzie uznana za legalną, jeżeli zarówno udziały dostawcy, jak i kupującego będą poniżej 30%. Nie odnosi się to jednak do najcięższych ograniczeń konkurencji, tak zwanych *hardcore restrictions*, wskazanych enumeratywnie w art. 4 rozporządzenia 330/2010 (tak zwane klauzule czarne). Klauzule czarne w porozumieniach wertykalnych stanowią najcięższe ograniczenie konkurencji, skutkujące wykluczeniem możliwości skorzystania z wyłączenia grupowego niezależnie od wielkości udziału w rynku stron porozumienia. Do enumeratywnie wymienionych klauzul czarnych należą: (a) klauzule cenowe, (b) klauzule podziałowe, (c) klauzule wprowadzające podmiotowe ograniczenia sprzedaży w systemie dystrybucji selektywnej, (d) klauzule ograniczające wzajemne dostawy między dystrybutorami działającymi w ramach systemu dystrybucji selektywnej oraz (e) klauzule ograniczające prawa dostawcy do sprzedaży komponentów.

Ograniczenie sprzedaży za pośrednictwem Internetu – w tym praktyka geoblokowania – może być kwalifikowane jako klauzula podziałowa, o której mowa w art. 4 lit. b rozporządzenia Komisji w sprawie wyłączeń grupowych. Narzucane lub wymagane ograniczenia w zakresie sprzedaży internetowej odnoszą się także do ciążących na dystrybutorach ograniczeń odsprzedaży. Limitują one możliwość dotarcia przez dystrybutorów z ofertą handlową do szerszego terytorialnie, nieograniczonego kręgu nabywców, bowiem bez istnienia ograniczeń oferta byłaby faktycznie „obecna globalnie", tj. wykraczałaby poza obszary, na jakich dystrybutor prowadzi działalność[29]. Na zasadzie wyjątku dopuszczalne jest jednak zakazanie dystrybutorowi aktywnej sprzedaży[30] na terytorium zarezerwowanym na wyłączność dla innego dystrybutora. Ekonomicznym uzasadnieniem tego wyjątku jest ochrona inwestycji poczynionych przez dystrybutora wyłącznego. Powyższy wyjątek nie obejmuje jednak ani ograniczania sprzedaży pasywnej (tj. takiej, która została zainicjowana przez konsumenta, a nie przez sprzedawcę), ani ograniczania sprzedaży na terytorium, które nie zostało nikomu przydzielone na wyłączność[31]. Tym samym można wskazać,

[29] K. Kohutek, *Komentarz do art. 4 rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX/el., 2011.

[30] Jako sprzedaż aktywną rozumie się aktywne działania sprzedawcy podejmowane w celu zwiększenia sprzedaży lub pozyskania nowych klientów, polegające w szczególności na prowadzeniu działań reklamowych lub promocyjnych, tworzeniu oddziałów lub organizowaniu centrów dystrybucji na określonym terytorium. Jak podkreśla się w doktrynie, ograniczenia sprzedaży aktywnej są zdecydowanie mniej szkodliwe dla konkurencji niż ograniczenia sprzedaży pasywnej. Te ostatnie stanowią najpoważniejsze ograniczenie konkurencji. Zob. *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, eds. V. Rose, D. Bailey, Oxford 2008, s. 439.

[31] Zasadniczo sprzedaż przez Internet jest kwalifikowana właśnie jako forma sprzedaży biernej, chyba że łączy się ona z dodatkowymi, aktywnymi staraniami sprzedawcy o pozyskanie klientów. Wówczas jest traktowana jako sprzedaż aktywna. Zob. Wytyczne Komisji, pkt 52.

że w przypadku internetowej sprzedaży produktów[32] postanowienia umowne zabraniające sprzedaży pasywnej konsumentom znajdującym się na terytorium innego państwa członkowskiego, w którym ustanowiono oddzielny system dystrybucyjny, stanowią przykład antykonkurencyjnego porozumienia, które nie podlega wyłączeniu na podstawie rozporządzenia 330/2010. W związku z tym przykłady najpoważniejszych ograniczeń sprzedaży biernej to: (a) uniemożliwienie przez dystrybutora – klientom znajdującym się na terytorium zastrzeżonym dla innego dystrybutora – przeglądania jego strony internetowej; (b) automatyczne przekierowywanie klientów spoza terytorium dystrybutora na stronę internetową producenta lub innych dystrybutorów; (c) przerywanie transakcji internetowych klientów w momencie, gdy się okazuje, że dane ich karty kredytowej zawierają adres znajdujący się poza wyłącznym terytorium dystrybutora[33]. Powyższe przykłady zasadniczo pokrywają się więc z wyżej wymienionymi postaciami blokowania geograficznego wskazywanymi przez Komisję Europejską.

Z kolei *geo-filtering*, w postaci różnicowania ceny w zależności od miejsca dokonywania transakcji internetowej, potencjalnie stanowi zakazaną klauzulę cenową, gdyż ustalanie w umowie dystrybucyjnej różnych cen detalicznych w zależności od miejsca dokonania transakcji internetowej może zostać zaklasyfikowane jako bezpośrednie lub pośrednie narzucanie cen odsprzedaży (*resale price maintenance*, RPM)[34]. Należy jednak podkreślić, że *geo-filtering* nie obejmuje sytuacji, w których różnice cenowe między państwami członkowskimi wynikają z innych obiektywnych przyczyn (na przykład różnice w kosztach transportu, różnice w strukturze popytowej, wahania walutowe itp.). Co bowiem oczywiste,

---

[32] Odnosi się to zasadniczo do sytuacji (b) – wskazanej w poprzedniej części artykułu, tj. przypadku dystrybucji produktów, które są dostępne w tym samym formacie zarówno w dystrybucji fizycznej, jak i internetowej (mieszana sprzedaż, ten sam format), oraz grupy (b) przedmiotu handlu elektronicznego, tj. usług związanych z fizycznymi przedmiotami obrotu lub wykonywanych przynajmniej częściowo w świecie realnym. W przypadku treści cyfrowych należy bowiem oddzielnie rozważyć relację zachodzącą między prawem własności intelektualnej a prawem konkurencji UE, co będzie przedmiotem kolejnej części artykułu.

[33] Wytyczne Komisji, pkt 52.

[34] Co oczywiste, już samo narzucanie cen odsprzedaży w jednym państwie członkowskim stanowi zakazany RPM. Z obecnej praktyki orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości wynika, że dyskryminacja cenowa klasyfikowana jest znacznie częściej jako nadużycie pozycji dominującej (102 TFUE). Naukowcy dość sceptycznie wypowiadają się na temat zastosowania w niniejszym przypadku art. 102 ust. 1 lit. c (zob. F. Carloni, S. S. Megregian, M. Bruneau, *The E-Commerce Sector Inquiry: Can It Stop National Competition Authorities from Adopting an Overly Restrictive Approach?*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2015, No. 6). Wydaje się, że zastosowanie w tych przypadkach mógłby mieć art. 102 TFUE ust. 1 lit. a – w zakresie narzucania niesłusznych cen zakupu (jako forma praktyki eksploatacyjnej klientów).

również w przypadku dystrybucji *offline* ceny poszczególnych produktów różnią się pomiędzy państwami członkowskimi i o ile nie jest to związane ze stosowaniem antykonkurencyjnych praktyk, nie obejmuje to przepisów prawa konkurencji UE. Ponadto, „sztuczne różnice cenowe" są często konsekwencją wprowadzania barier geograficznych, a zatem w takiej sytuacji powinno się dokonywać ich oceny pod kątem ograniczeń terytorialnych. Przykładem obecnie prowadzonego badania Komisji jest sprawa francuskiego Disneylandu. Komisja Europejska sprawdza, czy paryski park rozrywki Walta Disneya narusza między innymi prawo konkurencji UE, żądając od mieszkańców niektórych państw członkowskich wyższych opłat za bilety wstępu[35]. W przypadku, gdy dana praktyka nie jest objęta art. 101 lub 102 TFUE, potencjalne zastosowanie mogą mieć przepisy dotyczące praw konsumentów[36].

Inne możliwe naruszenia mogą dotyczyć na przykład całkowitego zakazu sprzedaży internetowej lub zakazu sprzedaży za pośrednictwem aukcji internetowych, zwłaszcza w kontekście systemów dystrybucji selektywnej. Takie ograniczenia jednak tylko w sposób pośredni wpływają na zjawisko blokowania geograficznego, gdyż dotyczą szerszej problematyki ograniczeń konkurencji w handlu elektronicznym[37].

Nie oznacza to, że sam sklep internetowy czy też platforma internetowa[38] (nie posiadając pozycji dominującej, o której mowa w art. 102 TFUE) nie może samodzielnie (jednostronnie) decydować o przekierowywaniu klientów na podstawie ich numerów IP na własne lokalne strony internetowe, a nawet stosować innych przejawów geoblokowania w postaci przerywania transakcji na podstawie danych karty kredytowej. To samo dotyczy także stosowania dyskryminacji cenowej (*geo-filtering*)[39].

---

[35] Zob. *Disneyland w Paryżu pod lupą KE z powodu praktyk cenowych*, [online] http://wyborcza.biz/biznes/1,147881,18447978,disneyland-w-paryzu-pod-lupa-ke-z-powodu-praktyk-cenowych.html#ixzz48F0iiawY [dostęp: 1.03.2016].

[36] Przykładem jest sprawa dotycząca usług wynajmu samochodów. Zob. komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dnia 13 lipca 2015 r., *Komisja Europejska współpracuje z europejskimi organami ochrony konsumentów na rzecz skuteczniejszego egzekwowania praw konsumentów w sektorze wynajmu samochodów*, IP/15/5334.

[37] Z tego względu nie będą one rozważane w niniejszym artykule. Zob. P. Buccirossi, *Vertical restrictions on e-commerce and selective distribution*, "Journal of Competition Law & Economics" 2015, No. 11.

[38] Przykładowo, Amazon jako pośrednik w sprzedaży książek, płyt CD i DVD po części sam kupuje je od sprzedawców i odsprzedaje kupującym. W tym samym czasie jako platforma internetowa umożliwia sprzedaż produktów za pośrednictwem Amazon Marketplace. Zob. A. Szmigielski, *Stosowanie klauzul największego uprzywilejowania w działalności handlowej platform internetowych w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2016, nr 3, s. 25.

[39] F. Carloni, S. S. Megregian, M. Bruneau, op. cit.

Co jednak istotne, w każdym indywidualnym przypadku, gdy porozumienie nie kwalifikuje się do zwolnienia grupowego, gdyż udziały każdej ze stron przekraczają wymagany próg 30%, lub stanowi przykład najcięższego ograniczenia konkurencji, strony mogą ubiegać się o zwolnienie indywidualne na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE, tj. na podstawie reguły rozsądku[40]. Ograniczenia w sprzedaży internetowej są uznawane za legalne, jeżeli łącznie są: (a) uzasadnione charakterem danego produktu, (b) proporcjonalne do celów, do których dążą, (c) określone jednolicie (tj. nie są stosowane w sposób dyskryminujący)[41]. Wydaje się, że jednym z argumentów, który może podnieść sprzedawca, jest fakt wysokich kosztów transgranicznej sprzedaży towarów. Przykładowo, koszty wysyłki zagranicznej znacząco przekraczają koszt dostawy wewnątrz kraju i z reguły są zróżnicowane w zależności od państwa docelowego[42].

Geoblokowanie a terytorialne umowy licencji wyłącznej

O ile ograniczenia terytorialne w postaci geoblokowania zawarte w porozumieniach dotyczących dystrybucji towarów są w wyżej wymienionych przypadkach niezgodne z prawem antymonopolowym, o tyle ograniczenia dotyczące treści cyfrowych[43] wymagają także odpowiedzi na dodatkowe pytania, dotyczące relacji zachodzącej pomiędzy prawem własności intelektualnej i prawem konkurencji. W ramach rynku cyfrowego szczególnie często dochodzi bowiem do obrotu treściami cyfrowymi. Obowiązującą zasadą pozostaje terytorialność – prawa własności intelektualnej obowiązują jedynie na terytorium państwa, którego prawo stanowi podstawę ich powstania i istnienia. Przyczyną tego zjawiska jest fakt, że prawo UE nie ustanowiło jednolitego reżimu prawa własności intelektualnej. Stanowi ono jedynie uzupełnienie uregulowań krajowych[44].

W związku z tym terytorialny charakter praw własności intelektualnej stanowi znaczącą przeszkodę w rozwoju Jednolitego Rynku Cyfrowego w UE. Terytorialne granice tych praw, dające pewien zakres wyłączności w korzystaniu

---

[40] Artykuł 101 ust. 3 TFUE umożliwia przedsiębiorstwom usprawiedliwienie swoich praktyk pod warunkiem spełnienia czterech przesłanek, tj. korzyści pod względem efektywności, słusznego udziału dla konsumentów, nieodzowności ograniczeń oraz braku eliminowania konkurencji.

[41] Wyroki Trybunału: z dnia 25 października 1977 r. w sprawie 26/76 *Metro SB-Großmärkte przeciwko Komisji*, ECR s. 1875, pkt 20; a także z dnia 11 grudnia 1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal*, ECR s. 3775, pkt 15, 16.

[42] K. Śledziewska et al., op. cit., s. 25.

[43] Odnosi się to do wyżej wspomnianej grupy (a) przedmiotu handlu elektronicznego, tj. usług realizowanych w całości wirtualnie oraz dóbr niematerialnych.

[44] Zob. H. Żakowska-Henzler, *Rynek wewnętrzny Unii Europejskiej a prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2013, s. 16.

z określonych dóbr, powodują zróżnicowanie, według granic państwowych, warunków konkurencji w działalności gospodarczej, podczas gdy zapewnienie niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym jest jednym z celów ustalonych w traktatach. Tym samym krajowe prawa własności intelektualnej, z uwagi na swój terytorialny charakter, niejako *ex definitione* są sprzeczne z ideą rynku wewnętrznego jako zbliżonego w swej istocie do rynku krajowego, czyli pozbawionego wewnętrznych granic (technicznych, fizycznych, prawnych)[45].

Na poziomie unijnym zastosowanie ma tak zwana zasada wyczerpania („pierwszej sprzedaży"), która nie dotyczy jednak publicznego udostępniania (w tym za pośrednictwem Internetu). Ochrona prawa autorskiego obejmuje zatem wyłączne prawo do kontrolowania dystrybucji utworu w postaci materialnego nośnika. Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2001/29/WE pierwsza sprzedaż na obszarze UE oryginału utworu lub jego kopii przez podmiot praw autorskich lub za jego zezwoleniem wyczerpuje całkowicie prawo do kontrolowania odprzedaży tego przedmiotu na obszarze UE[46]. W związku z tym wykorzystywanie przez uprawnionego krajowych praw własności intelektualnej do kontroli przepływu między państwami członkowskimi towarów chronionych tymi prawami jest aktem wykonywania prawa sprzecznym z prawem konkurencji UE, które – obok celów *stricte* ekonomicznych – realizuje także cel polityczny, jakim jest zapewnienie funkcjonowania rynku wewnętrznego[47].

Należy zatem podkreślić, że korzystanie z uprawnień składających się na istotę praw własności intelektualnej nie stanowi antykonkurencyjnego porozumienia. W związku z tym przyznanie wyłączności na terytorium określonym w umowie licencyjnej nie narusza samo w sobie unijnych reguł konkurencji. Z wyroku w sprawie *Coditel II*[48] wynika bowiem, że udzielenie licencji wyłącznej – przynajmniej na rozpowszechnianie filmu chronionego prawami autorskimi – na rynek danego państwa członkowskiego nie ma na celu ograniczenia konkurencji. Specyficzny przedmiot ochrony prawa autorskiego do filmu obejmuje bowiem prawo do domagania się wynagrodzenia z tytułu jego wyświetlenia[49]. Jest to istotne, gdyż w erze cyfrowej na znaczeniu zyskuje właśnie prawo do publicznego

[45] Ibidem, s. 17–19.

[46] Zakres stosowania dyrektywy 2001/29/WE obejmuje zarówno tradycyjne obszary eksploatacji praw autorskich i pokrewnych, jak i środowisko zdigitalizowanych usług oferowanych w nowoczesnych sieciach komunikacji elektronicznej, włączając w to Internet. Zob. Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, OJ L 167, s. 10–19 (dalej: Dyrektywa 2001/29/WE).

[47] D. Miąsik, *Wspólnotowe prawo konkurencji a prawa własności intelektualnej*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2009, nr 5, s. 39.

[48] Wyrok Trybunału z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 262/81 *Coditel i in*., zwany „wyrokiem w sprawie *Coditel II*", Rec. s. 3381, pkt 15.

[49] Zob. D. Miąsik, op. cit., s. 40.

udostępniania utworów, które zostało wprowadzone, by zagwarantować twórcom prawa w odniesieniu do udostępniania określonych treści cyfrowych (na przykład w postaci usług na żądanie)[50]. Prawo to zostało wyrażone w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2001/29/WE, zgodnie z którym czynności publicznego udostępniania utworów i podawania do publicznej wiadomości określone w niniejszym artykule nie powodują wyczerpania praw[51]. W tym względzie należy postawić pytanie, czy zwalczanie geoblokowania poprzez politykę antymonopolową będzie możliwe. Warto w tym kontekście przeanalizować dwie sprawy, na które wskazuje Komisja w komunikatach dotyczących Strategii Jednolitego Rynku Cyfrowego.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Murphy*

U podstaw założeń Komisji wskazanych w komunikacie dotyczącym uruchomienia sektora dochodzeniowego legło orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Murphy*[52]. Analiza niniejszej sprawy pozwala wysunąć wnioski co do tego, w jaki sposób rozwiązania prawno-autorskie (mające znaczenie dla treści cyfrowych) miałyby się przełożyć na sferę konkurencji w sektorze handlu elektronicznego.

Niniejsza sprawa dotyczyła wyłącznej emisji Premier League, głównych mistrzostw zawodowej piłki nożnej klubów piłkarskich mających siedzibę w Anglii. Football Association Premier League Ltd (FAPL) udzielała na podstawie licencji prawa do transmisji na żywo tych zawodów sportowych, przydzielając je terytorialnie i na okresy trzyletnie. Gdy dany przedsiębiorca (telewizyjna organizacja nadawcza) uzyskiwał pakiet praw do transmisji na żywo spotkań Premier League, posiadał jednocześnie wyłączne prawo do nadawania tych spotkań na określonym obszarze, który najczęściej obejmował terytorium danego państwa członkowskiego[53]. W celu ochrony wyłączności terytorialnej organizacji

[50] Należy zauważyć specyfikę zasady wyczerpania prawa w stosunku do programów komputerowych. Zob. wyrok Trybunału z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie C-128/11 *UsedSoft GmbH*, EU:C:2012:407.

[51] „The rights referred to in paragraphs 1 and 2 **shall not** be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article". Wersja polska zawiera błąd w tłumaczeniu: „Czynności publicznego udostępniania utworów i podawania do publicznej wiadomości określone w niniejszym artykule **powodują** wyczerpania praw" (podkr. własne).

[52] Wyrok Trybunału z dnia 4 października 2011 r. w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08 *Football Association Premier League Ltd i inni przeciwko QC Leisure i inni oraz Karen Murphy przeciwko Media Protection Services Ltd*, EU:C:2011:631 (dalej: Wyrok w sprawie *Premier League*).

[53] Popyt na prawa światowe i ogólnoeuropejskie ze strony oferentów istnieje tylko w ograniczonym zakresie, ponieważ organizacje nadawcze działają zwykle na bazie terytorialnej i zaopatrują wewnętrzny rynek w ich własnym państwie lub w niewielkiej grupie graniczących z sobą państw o wspólnym języku.

nadawczych każdy z tych podmiotów zobowiązał się w swej umowie licencyjnej z FAPL do uniemożliwienia odbioru przez publiczność programów poza obszarem określonym w ramach posiadanej licencji. W praktyce oznaczało to brak możliwości „redystrybuowania" niniejszych usług pomiędzy państwami członkowskimi Unii, a należy dodać, że występowały znaczące różnice w cenach za te usługi. W związku z faktem, że niektóre puby angielskie, w tym pub pani Murphy, nabywały dekodery umożliwiające odbieranie i wyświetlanie zawodów sportowych od organizacji nadawczej z Grecji, pojawiło się pytanie, czy takie umowy wertykalne nie stanowią naruszenia art. 101 TFUE[54].

Trybunał Sprawiedliwości rozpoczął swoje rozważania od wyróżnienia porozumień, które stanowią celowe albo skutkowe ograniczenie prawa konkurencji. Podział ten ma charakter alternatywny, co oznacza, że jeżeli dane porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel, to nie ma potrzeby badania jego skutków[55]. Celowe ograniczenie konkurencji powinno być zarezerwowane tylko dla najcięższych praktyk ograniczających konkurencję (na przykład kartele cenowe), w przypadku których z góry można określić, iż prowadzą one do antykonkurencyjnych skutków (*likelihood of competitive harm*) ze względu na samą ich naturę (*by their very nature*)[56]. W pozostałych przypadkach należy udowodnić antykonkurencyjny skutek wywierany na konkurencję w postaci jej zakłócenia, ograniczenia lub zapobieżenia[57].

Następnie TSUE przypomniał wyżej wspomnianą formułę *Coditel II*, utrzymując, że stanowi ona „dobre prawo"[58]. Z drugiej strony Trybunał przypomniał także, że – co do zasady – bezwzględna wyłączność terytorialna (całkowita ochrona terytorialna, *absolute territorial protection*) jest sprzeczna z unijnymi regułami konkurencji, co ma także zastosowanie w transgranicznym świadczeniu usług

[54] Pytanie, które skierował do Trybunału sąd krajowy, brzmi następująco: „Czy klauzule w umowie licencyjnej na wyłączność zawartej pomiędzy podmiotem praw własności intelektualnej i organizacją nadawczą stanowią ograniczenie konkurencji zabronione przez art. 101 TFUE, w sytuacji gdy nakładają na te organizacje obowiązek niedostarczania urządzeń dekodujących zapewniających dostęp do objętych ochroną przedmiotów tego podmiotu poza terytorium, którego dotyczy dana umowa licencyjna?".

[55] Wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawie C-56/64, *Consten i Grundig przeciwko Komisji*, EU:C:1966:41. Zob. K. Rokita, *Systemy rabatowe przedsiębiorstw dominujących w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2015, nr 8, s. 20–21.

[56] W takim duchu wypowiedział się Trybunał w wyroku z 11 września 2014 r. C-67/13, *P Groupement des cartes bancaires (CB) przeciwko Komisji*, EU:C:2014:2204.

[57] Trybunał zauważył, że „aby dokonać oceny ewentualnego antykonkurencyjnego celu porozumienia, należy skupić się w szczególności na treści jego postanowień, na celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki porozumienie to się wpisuje" (Wyrok w sprawie *Premier League*, pkt 136).

[58] Ibidem, pkt 137.

nadawczych[59]. Kluczową okolicznością, na którą zwrócił uwagę TSUE, był fakt „dodatkowych obowiązków mających na celu zapewnienie przestrzegania terytorialnych ograniczeń […], a mianowicie obowiązku niedostarczania przez te organizacje urządzeń dekodujących umożliwiających dostęp do objętych ochroną przedmiotów w celu używania ich poza terytorium, którego dotyczy umowa licencyjna"[60]. Konkludując, Trybunał przyjął, że wymienione wyżej klauzule stanowiły celowe ograniczenie konkurencji. Jak należy interpretować niniejszy wyrok TSUE oraz w jaki sposób rozwiązania prawno-autorskie miałyby przełożyć się na sferę konkurencji na rynku handlu elektronicznego?

W literaturze przedmiotu pojawiła się teza, że egzekwowanie prawa konkurencji może być „koniem trojańskim" dla zasady terytorialności prawa autorskiego. Przedsiębiorcy nie mogą bowiem korzystać ze swoich uprawnień wynikających z prawa własności intelektualnej z naruszeniem unijnego prawa konkurencji[61]. Nie można zgodzić się z tezą, że TSUE przeniósł doktrynę wyczerpania prawa na instytucję publicznego udostępniania. Trybunał nie powtórzył bowiem słów rzecznik generalnej Kokott, iż „nie ma żadnego powodu, aby porozumienia te traktować inaczej niż porozumienia skierowane przeciwko handlowi równoległemu"[62]. W orzeczeniu jest tylko mowa o nielegalności „dodatkowych obowiązków" w postaci zakazu dostarczania dekoderów do innych państw członkowskich. W przeciwieństwie do rzecznika generalnego, Trybunał nie wypowiedział się również na temat tego, w jaki sposób rozwiązania prawno-autorskie mogą mieć zastosowanie w prawie konkurencji w innych sektorach, takich jak e-*commerce*, ograniczając swój wyrok do okoliczności powyższego przypadku.

Ponadto, kontekst niniejszej sprawy dotyczył przekazu satelitarnego, który jest regulowany dyrektywą 93/83/EWG[63]. Reżim prawa autorskiego w kontekście używania dekoderów różni się wyraźnie od streamingu czy też pobierania

---

[59] „Umowy mające na celu ustanowienie barier na rynkach krajowych według granic państwowych lub utrudnienie wzajemnej penetracji rynków krajowych należy **zasadniczo** uważać za porozumienia mające na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE" (ibidem, pkt 139–140, podkr. własne).

[60] Ibidem, pkt 141 (podkr. własne).

[61] I. Colomo, *Copyright reform through competition law? The Commission's statement of objections in the pay TV investigation*, Chillin' Competition, 24.7.2015.

[62] Juliane Kokott nie wypowiedziała się też ani słowem na temat związku pomiędzy prawem konkurencji a prawem autorskim. Zob. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 3 lutego 2011 r. w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08 *Football Association Premier League Ltd i inni przeciwko QC Leisure i inni oraz Karen Murphy przeciwko Media Protection Services Ltd*, EU:C:2011:43, pkt 248 (dalej: „Opinia w sprawie *Premier League*).

[63] Dyrektywy Rady nr 93/83/EWG z dnia 27 września 1993 r. w sprawie koordynacji niektórych zasad dotyczących prawa autorskiego oraz praw pokrewnych stosowanych w odniesieniu do przekazu satelitarnego oraz retransmisji drogą kablową, Dz. Urz. UE L 248, s. 15 (dalej: Dyrektywa 93/83/EWG, dyrektywa satelitarno-kablowa).

plików z Internetu[64]. Na gruncie dyrektywy 93/83/EWG obowiązuje bowiem zasada „kraju pochodzenia" (*country of origin*)[65], której próżno szukać w dyrektywie 2001/29/WE. Stosowanie tej zasady oznacza, że nadawca, który posiada licencję na oferowanie treści w jednym państwie członkowskim, może dotrzeć do użytkowników w całej UE. O ile uznaje się zatem, że publiczne udostępnianie odbywa się wyłącznie w „kraju pochodzenia", to operator satelitarny z siedzibą w jednym z państw członkowskich jest w stanie dotrzeć do widzów z siedzibą w innych państwach członkowskich bez naruszania wyłącznych praw licencjobiorcy nadanych w drugim państwie członkowskim[66]. Zasada ta ma obecnie zastosowanie w odniesieniu do przekazu satelitarnego (a nie do reżimu prawno-autorskiego w ogóle) i to właśnie w jej świetle można zrozumieć wyrok TSUE w sprawie *Murphy*.

Należy zauważyć także potrzebę spójności rozstrzygnięcia w zakresie swobody usług i prawa konkurencji[67]. Trybunał Sprawiedliwości, wypowiadając się na temat swobody świadczenia usług, sygnalizował zmiany w prawie UE, których celem jest zapewnienie przejścia od krajowych rynków produkcji i dystrybucji programów do rynku jednolitego[68]. Co więcej, TSUE zauważył, że szczególny przedmiot nie gwarantuje podmiotom danych praw możliwości żądania najwyższego możliwego wynagrodzenia[69]. Trybunał odróżnił więc niniejszy stan faktyczny od wyroku w sprawie *Coditel I*[70], kiedy to spółki teledystrybucyjne dokonały publicznego udostępnienia utworu bez posiadania w państwie członkowskim, z którego dokonywane było udostępnianie, zezwolenia zainteresowanych podmiotów praw i bez wypłaty im wynagrodzenia.

---

[64] B. Batchelor, T. Jenkins, *FA Premier League: The Broader Implications for Copyright Licensing*, "European Competition Law Review" 2012, No. 4, s. 159.

[65] Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 93/83/EWG publiczny przekaz satelitarny ma miejsce wyłącznie wtedy i w tym państwie członkowskim, w którym organizacja radiowa i telewizyjna kontroluje i odpowiada za sygnały będące nośnikami programu w postaci zamkniętego łańcucha transmisyjnego, skierowanego do satelity i z powrotem na Ziemię.

[66] P. I. Colomo, *Copyright Licensing and EU Digital Market Strategy*, "LSE Legal Studies Working Paper" 2015, No. 19, s. 7.

[67] „Pomiędzy swobodami podstawowymi a prawem ochrony konkurencji zasadniczo nie powinny występować sprzeczności" (zob. opinia w sprawie *Premier League*, pkt 249).

[68] Wyrok w sprawie *Premier League*, pkt 121.

[69] „W sytuacji, gdy zainteresowane podmioty praw i organizacje nadawcze ustalą wynagrodzenie w ramach licytacji, nie ma żadnych przeszkód, aby zainteresowany podmiot praw żądał przy tej okazji kwoty uwzględniającej faktycznych i potencjalnych odbiorców zarówno w państwie członkowskim emisji programu, jak też w każdym innym państwie, w którym są odbierane programy zawierające przedmioty objęte ochroną" (ibidem, pkt 108 i 112).

[70] Wyrok Trybunału z dnia 18 marca 1980 r. w sprawie 62/79 *Coditel i in*., zwany „wyrokiem w sprawie *Coditel I*", Rec. s. 881.

Postępowanie Komisji w sprawie *Pay-TV*

W 2014 roku Komisja Europejska wszczęła śledztwo w sprawie licencji zawieranych przez producentów filmowych z nadawcami płatnej telewizji. Następnie, w dniu 23 lipca 2015 roku przyjęła pisemne zgłoszenie zastrzeżeń, dotyczące między innymi postępowania przedsiębiorstw Paramount Pictures International (dalej: Paramount) Limited i Viacom Inc.[71] Zdaniem Komisji umowa pomiędzy firmami Disney, NBC Universal, Paramount Pictures, Sony, 21st Century Fox oraz Warner Bros a Sky UK blokuje klientom z innych państw członkowskich niż Wielka Brytania i Irlandia dostęp do płatnej telewizji oraz wybranych usług internetowych, satelitarnych, a także streamingu. W związku z tym na przykład obywatel Wielkiej Brytanii nie będzie w stanie subskrybować brytyjskich płatnych kanałów telewizyjnych ze swojego aktualnego miejsca zamieszkania w Brukseli. Usługi telewizyjne nie są dostępne – również za pośrednictwem Internetu – z państw członkowskich innych niż państwo, w którym zostały one zasubskrybowane. Innymi słowy, nie jest możliwe transgraniczne przenoszenie tych usług w ramach poszczególnych państw członkowskich[72]. Zgodnie z informacjami Komisji z dnia 22 kwietnia 2016 roku Paramount przedstawił zobowiązanie mające na celu rozwiązanie wyżej wymienionych problemów antymonopolowych. Jeżeli Komisja je zaakceptuje, wydana zostanie decyzja bez formalnego nakładania kary[73].

Jak zauważyła komisarz Unii Europejskiej do spraw polityki konkurencji Margrethe Vestager:

> Europejscy konsumenci chcą oglądać te kanały płatnej telewizji, które wybiorą, niezależnie od miejsca zamieszkania lub miejsca podróży w UE. Nasze badania pokazują, że nie mogą tego zrobić dzisiaj także dlatego, że umowy licencyjne między głównymi studiami filmowymi i Sky UK nie pozwalają konsumentom w innych państwach UE na uzyskanie dostępu do irlandzkich i brytyjskich usług płatnej telewizji Sky za pośrednictwem satelity lub Internetu[74].

---

[71] Komisja przedstawiła tzw. *Statement of Objections*, co stanowi formalny krok w badaniach Komisji Europejskiej w sprawie podejrzenia naruszenia przepisów antymonopolowych UE. Pisemne przedstawienie zarzutów stanowi bowiem zastrzeżenia wyrażone przez Komisję we wstępnej fazie rozpatrywania sprawy w rozumieniu art. 9 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003.

[72] P. I. Colomo, *Towards More Competition in Pay TV Services?*, "LSE Law: Policy Briefing Papers" 2014, No. 5, s. 2.

[73] Decyzje zobowiązujące są często stosowane przez Komisję w przypadku nowych praktyk związanych z rynkiem cyfrowym, na przykład decyzja Komisji z 12.12.2012 r. w sprawie COMP/AT.39847, Apple (e-booki). Komisja przyjęła w niej zobowiązania wydawców książek i Apple do niestosowania klauzul największego uprzywilejowania (tak zwanych klauzul MFN). Zob. A. Szmigielski, op. cit., s. 27.

[74] *Antitrust: Commission sends Statement of Objections on cross-border provision of pay-TV services available in UK and Ireland*, IP/15/5432.

W opinii Komisji bez tych ograniczeń Sky UK mogłoby swobodnie decydować, czy sprzedawać swoje usługi płatnej telewizji konsumentom, oczywiście z uwzględnieniem ram prawnych, w tym w odniesieniu do usług internetowych, odpowiednich dla danego kraju[75].

Powyższe słowa sugerują, że Komisja kwestionuje sam zakaz pasywnego świadczenia treści cyfrowych, co z perspektywy wyżej wspomnianych rozważań w sprawie *Murphy* nie wydaje się uzasadnione. Niniejsze postępowanie nie dotyczy bowiem wyłącznie przekazu satelitarnego, lecz również usług internetowych (wideo na żądanie). Po drugie, wątpliwości budzi fakt, czy w przypadku braku wymienionych wcześniej ograniczeń kontraktowych, będących przejawem geoblokowania, rzeczywiście doszłoby do transgranicznego rozwoju konkurencji na tym innowacyjnym rynku. Należy pamiętać, że w gospodarce cyfrowej „zwycięzca bierze wszystko" (*winner-takes-all*). Internet ma tendencję do tworzenia naturalnych monopoli. Jeżeli jakaś firma zostanie liderem na rynku, konkurentom będzie trudno ją dogonić. Innymi słowy, konkurencja na rynku nowych technologii przybiera często postać konkurencji nie na rynku (*on the market*), lecz o rynek (*for the market*) – o uzyskanie monopolu na jakiś nowy towar lub usługę[76]. Niewykluczone zatem, że Komisja będzie w stanie udowodnić, iż brak transgranicznego handlu jest przyczyną powyższych ograniczeń kontraktowych[77]. Z drugiej strony niewłaściwie skonstruowane prawo konkurencji może spowodować wytworzenie barier dla innowacji i w ten sposób wpłynąć na zahamowanie wzrostu gospodarczego.

Konkluzje

W przypadku prawa konkurencji UE nie jest niczym niezwykłym odczytywanie go jako narzędzia służącego do osiągnięcia celów regulacyjnych[78]. Znamienną cechą polityki oraz prawa konkurencji UE jest ich ścisły związek z celami integracyjnymi, w szczególności z ustanowieniem rynku wewnętrznego. Twórcy integracji europejskiej dostrzegali bowiem, że funkcjonowanie rynku wewnętrznego może zostać zakłócone nie tylko przez działania państw (bariery publiczne),

[75] Ibidem.

[76] S. Bishop, I. M. Walker, *The Economics of EC competition Law: Concepts, Application and Meseurement*, London 2002, s. 202–203.

[77] Wcześniejszym przykładem takiego niepowodzenia jest sprawa *CISAC*, w której Komisja nie była w stanie udowodnić, że brak transgranicznego handlu w zakresie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi jest konsekwencją uzgodnionych praktyk. Zob. wyrok Sądu z dnia 12 kwietnia 2013 r. T-442/08, *CISAC przeciwko Komisji*, EU:T:2013:188.

[78] W literaturze wskazuje się, że UE realizuje za pomocą polityki i prawa konkurencji wiele różnych celów, co jest także określane mianem „unijnego podejścia wielocelowego". Zob. A. Sullivan, W. Fikentscher, *On the Growth of the Antitrust Idea*, "Berkeley Journal of International Law" 1998, No. 16, s. 230; R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, s. 19–24.

ale także przez same przedsiębiorstwa (bariery prywatne)[79]. Jest to niezwykle istotne z perspektywy rozwoju nowych technologii oraz handlu elektronicznego. Internet spowodował redukcję geograficznych barier w handlu. Zgodnie z często cytowanym zwrotem, w Internecie wszystko jest „oddalone tylko o jedno kliknięcie" (*just one click away*)[80]. Jest to spowodowane nie tylko wzmocnieniem kanału komunikacji, tj. większą możliwością kontaktowania się, ale również zmniejszeniem kosztów przez przedsiębiorców, którzy mogą teraz „obsłużyć" znacznie szerszy krąg geograficzny[81]. Na ile jednak instrument prawa antymonopolowego faktycznie umożliwia realizację planów politycznych Komisji w postaci budowy Jednolitego Rynku Cyfrowego poprzez zwalczanie geoblokowania?

Z powyższych rozważań wynika, że jednoznaczna odpowiedź na to pytanie nie jest łatwa, gdyż Komisja Europejska, wraz z uruchomieniem badania sektorowego prawa konkurencji w handlu elektronicznym, dopiero rozpatruje skalę tego zjawiska oraz analizuje, na ile dotychczasowe regulacje prawa antymonopolowego można zastosować w dobie ery cyfrowej. Przede wszystkim jednak praktykę rynkową w postaci geoblokowania należy badać z perspektywy antykonkurencyjnych porozumień (art. 101 TFUE), gdyż przypadki nadużywania pozycji dominującej (art. 102 TFUE), zgodnie z wstępnymi wynikami badań sektorowych, są dużo rzadsze. Z tego też względu, co oczywiste, prawo konkurencji UE nie będzie miało zastosowania w sytuacji, gdy geoblokowanie jest wynikiem indywidualnych decyzji podmiotów gospodarczych nieposiadających pozycji dominującej na rynku właściwym. W związku z tym zasadne jest rozpatrywanie wyżej wspomnianej praktyki rynkowej z perspektywy przedmiotu handlu elektronicznego, czyli oddzielnie względem towarów oraz treści cyfrowych. Z pierwszej perspektywy instytucje prawno-autorskie „nie blokują" bowiem możliwości zwalczania tego zjawiska za pomocą prawa konkurencji, gdyż na poziomie UE zastosowanie ma zasada „wyczerpania prawa"[82]. Zgodnie z ogólnymi regułami

[79] D. J. Gerber, *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, "Tulane Law Review" 1987, No. 62, s. 85.

[80] Por. K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2014, nr 10, s. 35.

[81] Zob. Ch. Forman, A. Goldfarb, S. Greenstein, *How Did Location Affect Adoption of the Commercial Internet? Global Village vs. Urban Leadership*, "Journal of Urban Economics" 2005, No. 58, s. 389–420; A. Hortaçsu, F. A. Martínez-Jerez, J. Douglas, *The Geography of Trade in Online Transactions: Evidence from eBay and Mercadolibre*, "American Economic Journal: Microeconomics" 2009, No. 1, s. 53–74.

[82] Ogólnie rzecz ujmując, w przypadku towarów wykorzystywanie przez uprawnionego krajowych praw własności intelektualnej (tj. prawa do znaku towarowego) do kontroli przepływu między państwami członkowskimi towarów chronionych tymi prawami (a zatem zapobieganie importowi równoległemu) zgodnie z zasadą „pierwszej sprzedaży" (wprowadzeniem przez producenta swoich towarów na terytorium innego państwa członkowskiego) będzie aktem wykonywania prawa sprzecznym z unijnymi regułami konkurencji.

konkurencji w handlu elektronicznym, zwłaszcza z perspektywy systemów dystrybucyjnych, ograniczenia w transgranicznej sprzedaży internetowej, między innymi poprzez odmowę dostępu do strony internetowej czy przekierowywanie, wiążą się z tak zwanym *hardcore restriction*, które nie podlega wyłączeniu grupowemu. W każdym przypadku należy jednak sprawdzić, czy dana praktyka może zostać usprawiedliwiona na mocy art. 101 ust. 3 TFUE (tj. czy podlega wyłączeniu indywidualnemu).

W przypadku treści cyfrowych – chronionych prawem autorskim – istotą korzystania przez uprawnionego z tych praw będzie ich publiczne udostępnianie, które nie podlega zasadzie „wyczerpania prawa". Ma to istotne znaczenie w kontekście możliwości egzekwowania prawa antymonopolowego. W przeciwieństwie do obrotu towarowego, sama okoliczność wskazująca, że podmiot praw autorskich udzielił jedynemu licencjobiorcy wyłącznego prawa do publicznego udostępniania owych treści w danym państwie członkowskim, a więc zabronił ich publicznego udostępniania przez inne osoby w danym okresie, nie wystarcza, aby można było stwierdzić, iż porozumienie takie ma antykonkurencyjny cel. Nie podważa tego także wyrok w sprawie *Murphy*, który należy odczytywać w specyficznym kontekście prawnym, tj. zgodnie z wyrażoną w dyrektywie satelitarno-kablowej zasadą „kraju pochodzenia". Zasada ta nie jest obecna w dyrektywie 2001/29/WE, w związku z czym nie jest zasadne twierdzenie, że zakazywanie sprzedaży pasywnej w ramach na przykład streamingu filmów w Internecie będzie, analogicznie do sprawy *Murphy*, celowym ograniczaniem konkurencji.

Z drugiej strony wyrok ten wskazuje, że klauzule nakładające bezwzględną wyłączność terytorialną – analogiczne do tych zakazujących używania kart do dekoderów poza terytorium objętym licencją – prawdopodobnie powodują także *geo-filtering*, gdyż eliminują konkurencję cenową w usługach transgranicznych.

Biorąc to pod uwagę, twierdzenie, że egzekwowanie prawa konkurencji będzie „koniem trojańskim" dla zasady terytorialności prawa autorskiego, jest w obecnym stanie prawnym co najmniej przedwczesne i nieuzasadnione ze względu na specyficzny przedmiot handlu elektronicznego. Możliwym rozwiązaniem jest rozciągnięcie zasady „kraju pochodzenia" z dyrektywy satelitarno-kablowej do ogólnych przepisów reżimu ochrony prawa autorskiego (tj. dyrektywy 2001/29/WE), mających zastosowanie do treści cyfrowych. Reforma prawa autorskiego wydaje się więc kluczowa, a działania na gruncie reguł konkurencji mają charakter jedynie subsydiarny. Nie należy także zapominać, że zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję ma charakter działania *ex post*, pomimo jego „odstraszającego" charakteru[83].

[83] Zależy to oczywiście od wielu czynników, między innymi od możliwości nałożenia dotkliwych kar pieniężnych czy też efektywności działań podejmowanych przez Komisję i krajowe organy antymonopolowe. Zob. M. Kadar, *European Union Competition Law in the Digital Era*, "Zeitschrift für Wettbewerbsrecht" 2015, Bd. 4, s. 342 i n.

Geo-Blocking under European Union Competition Law

Abstract

The basic subject-matter of this article is the assessment of geo-blocking under EU competition law. It refers to situation, whereby retailers and digital content providers prevent online shoppers from purchasing consumer goods or accessing digital content services because of the shoppers' location or country of residence. Currently, this specific cross-border Internet restriction has been one of the key concerns of the European Commission, which, on 6 May 2015, launched an antitrust competition inquiry into the e-commerce sector in the European Union. Initial findings from the sector inquiry show that geo-blocking is widespread in the EU. The question is whether Art. 101(1) TFEU is a sufficient and appropriate tool to actively strengthen the functioning Single Digital Market through combating "unjustified" geo-blocking.

Keywords

geo-blocking, European Union competition law, e-commerce, anticompetitive agreements, Single Digital Market

Bibliografia

1. Asimakopoulos I. G., *Physical and Virtual Selective Distribution in the EU Competition Law*, Athens 2015.
2. Batchelor B., Jenkins T., *FA Premier League: The Broader Implications for Copyright Licensing*, "European Competition Law Review" 2012, No. 4.
3. *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, eds. V. Rose, D. Bailey, Oxford 2008.
4. Bishop S., Walker I. M., *The Economics of EC competition Law: Concepts, Application and Meseurement*, London 2002.
5. Bolecki A., *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 3.
6. Bork R. H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Oxford 1997.
7. Buccirossi P., *Vertical restrictions on e-commerce and selective distribution*, "Journal of Competition Law & Economics", 2015, No. 11.
8. Carloni F., Megregian S. S., Bruneau M., *The E-Commerce Sector Inquiry: Can It Stop National Competition Authorities from Adopting an Overly Restrictive Approach?*, "Journal of European Competition Law & Practice", 2015, No. 6.
9. Colomo I. P., *Copyright reform through competition law? The Commission's statement of objections in the pay TV investigation*, Chillin' Competition, 24.7.2015.
10. Colomo P. I., *Copyright Licensing and EU Digital Market Strategy*, "LSE Legal Studies Working Paper" 2015, No. 19.
11. Colomo P. I., *Towards More Competition in Pay TV Services?*, "LSE Law: Policy Briefing Papers" 2014, No. 5.
12. Commission Staff Working Document, *A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence*, COM (2015) 192 final.
13. Commission Staff working document, *Geo-blocking practices in e-commerce. Issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the Directorate – General for Competition*, Brussels, 18.3.2016 SWD(2016) 70 final.

14. Decyzja Komisji z dnia 12.12.2012 r. w sprawie COMP/AT.39847, *Apple*.
15. Decyzja Komisji z dnia 6 maja 2015 roku, *Initiating an inquiry into the e-commerce sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003*, COM(2015) 3026 final.
16. *Disneyland w Paryżu pod lupą KE z powodu praktyk cenowych*, [online] http://wyborcza.biz/biznes/1,147881,18447978,disneyland-w-paryzu-pod-lupa-ke-z--powodu-praktyk-cenowych.html#ixzz48F0iiawY [dostęp: 1.03.2016].
17. Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, OJ L 167, s. 10–19.
18. Dyrektywa Rady nr 93/83/EWG z dnia 27 września 1993 r. w sprawie koordynacji niektórych zasad dotyczących prawa autorskiego oraz praw pokrewnych stosowanych w odniesieniu do przekazu satelitarnego oraz retransmisji drogą kablową, Dz. Urz. UE L 248, s. 15.
19. Forman Ch., Goldfarb A., Greenstein S., *How Did Location Affect Adoption of the Commercial Internet? Global Village vs. Urban Leadership*, "Journal of Urban Economics" 2005, No. 58.
20. European Commission, *Antitrust: Commission launches e-commerce sector inquiry – factsheet*, Brussels 2015.
21. Gerber D. J., *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, "Tulane Law Review" 1987, No. 62.
22. Hortaçsu A., Martínez-Jerez F. A., Douglas J., *The Geography of Trade in Online Transactions: Evidence from eBay and Mercadolibre*, "American Economic Journal: Microeconomics" 2009, No. 1.
23. Kadar M., *European Union Competition Law in the Digital Era*, "Zeitschrift für Wettbewerbsrecht" 2015, Bd. 4.
24. Kirsch A., Weesner W., *Can Antitrust Law Control E-commerce? A Comparative Analysis in Light of U.S. and E.U. Antitrust Law*, "Journal of International Law and Policy" 2006, No. 12.
25. Kohutek K., *Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych)*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2011, nr 11.
26. Kohutek K., *Komentarz do art. 4 rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX/el., 2011.
27. Kohutek K., *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2014, nr 10.
28. Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 6 maja 2015 r., *Strategia Jednolitego Rynku Cyfrowego dla Europy*, COM(2015) 192 final.
29. Kowalik-Bańczyk K., *Internet a problematyka wspólnotowego prawa konkurencji*, „Studia Europejskie" 2005, nr 2.
30. Mazziotti G., *Is geo-blocking a real cause for concern in Europe?*, "EUI Working Pappers" 2015, No. 43.
31. Miąsik D., *Wspólnotowe prawo konkurencji a prawa własności intelektualnej*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2009, nr 5.
32. Protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji, Dz. Urz. UE C 115/309.
33. Rodriguez A. E., Menon A., *The limits of competition policy*, Haga 2010.

34. Rokita K., *Systemy rabatowe przedsiębiorstw dominujących w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2015, nr 8.
35. Rozporządzenie Komisji nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. UE L 102 z 2010, s. 1–7.
36. Sullivan A., Fikentscher W., *On the Growth of the Antitrust Idea*, "Berkeley Journal of International Law "1998, No. 16.
37. Szanciło T., *Porozumienia ograniczające konkurencję*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2006, nr 8.
38. Szmigielski A., *Stosowanie klauzul największego uprzywilejowania w działalności handlowej platform internetowych w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2016, nr 3.
39. Śledziewska K. et. al., *Analiza mechanizmu geoblokowania w kontekście potencjalnego zakazu różnicowania cen w Unii Europejskiej w polskim transgranicznym handlu elektronicznym*, „Raport DELab UW" 2016.
40. Targoński B., *Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 5.
41. *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE C 326 z 2012 r.
42. Vogel L., *EU Competition Law Applicable to Distribution Agreements: Review of 2011 and Outlook for 2012*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2012, No. 3.
43. Whish R., *Competition Law*, Oxford 2009.
44. Wyrok Trybunału z dnia 11 września 2014 r. C-67/13, *P Groupement des cartes bancaires (CB) przeciwko Komisji*, EU:C:2014:2204.
45. Wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawie C-56/64, *Consten i Grundig przeciwko Komisji*, EU:C:1966:41.
46. Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS przeciwko Président de l'Autorité de la concurrence i Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, EU:C:2011:649.
47. Wyrok Trybunału z dnia 4 października 2011 r. w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08 *Football Association Premier League Ltd i inni przeciwko QC Leisure i inni oraz Karen Murphy przeciwko Media Protection Services Ltd*, EU:C:2011:631.
48. Wyrok Trybunału z dnia 6 października 2009 r. w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services i in. przeciwko Komisji i in.*, Zb. Orz. s. I-9291.
49. Wyroki Trybunału z dnia 18 marca 1980 r. w sprawie 62/79 *Coditel i in*., zwany „wyrokiem w sprawie *Coditel I*", Rec. s. 881.
50. Wyrok Trybunału z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 262/81 *Coditel i in*., zwany „wyrokiem w sprawie *Coditel II*", Rec. s. 3381.
51. Zawiadomienie Komisji z dnia 10 maja 2010 r., *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych*, SEC (2010) 411 wersja ostateczna.
52. Żakowska-Henzler H., *Rynek wewnętrzny Unii Europejskiej a prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2013.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Maciej Ireneusz Andrzejewski

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracjij
Katedra Postępowania Karnego
e-mail: maciej.andrzejewski@uj.edu.pl

Samodzielność jurysdykcyjna w procedurach sądowych

Streszczenie

Niniejszy artykuł traktuje o samodzielności jurysdykcyjnej sądu w prawie państwowym. W tekście zaprezentowano definicje i rozwój historyczny samodzielności jurysdykcyjnej. Ukazany został również zakres samodzielności jurysdykcyjnej sądu państwowego w trzech procedurach: karnej, cywilnej i sądowoadministracyjnej, ze wskazaniem na istotne różnice w podejściu do samodzielności jurysdykcyjnej w każdej z nich.

Słowa kluczowe

samodzielność jurysdykcyjna, procedura karna, procedura cywilna, procedura sądowoadministracyjna

Wstęp

Ustawodawstwo polskie określa jurysdykcję zarówno sądów karnych, jak i cywilnych, wskazując na odrębności obu procedur w zakresie przedmiotu procesu, jego form oraz celu, dlatego też niejednokrotnie pomiędzy sprawami cywilnymi i karnymi zachodzi związek prawa i faktów[1]. Podobnego związku można również

[1] A. Zieliński, *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 2012, s. 17. Przepisy procedur sądowych zawierają normy, które dotyczą relewantnych faktów z punktu widzenia prawa materialnego, ponieważ sąd przed zastosowaniem przepisu prawa materialnego odnoszącego się do danego stosunku prawnego zobowiązany jest do ustalenia stanu faktycznego. Por. K. Piasecki, *Wpływ postępowania i wyroku karnego na postępowanie i wyrok cywilny*, Warszawa 1970, s. 32.

doszukiwać się w postępowaniu sądowoadministracyjnym, którego przepisy proceduralne w dużej mierze wzorowane są na przepisach k.p.c., przy jednoczesnym poszanowaniu odmienności tej procedury w zakresie przedmiotu procesu, jego form i celu realizacji prawa materialnego.

Zwrócona zostanie uwaga na oddziaływanie wyroków sądów karnych na procedurę cywilną i sądowoadministracyjną oraz sprzężenie zwrotne wyroków sądów cywilnych i administracyjnych na wyroki sądu karnego. Nie można bowiem zapomnieć, iż swobodna jurysdykcja sądu, a zatem zakres możliwości ustaleń prowadzonych przez sąd w każdej z procedur, ma niebagatelny wpływ na końcowe rozstrzygnięcie sprawy.

Badając problematykę jurysdykcji sądu w trzech procedurach: karnej, cywilnej i sądowoadministracyjnej, należy odpowiedzieć na pytanie, czym jest samodzielność jurysdykcyjna sądu oraz jak jest ona definiowana w każdej z procedur. Dokonana zostanie również analiza zakresu przedmiotowego samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, cywilnego i administracyjnego. Należy się zastanowić, czy w każdej z procedur zakres ten będzie jednakowy. Jeśli nie, refleksji będą poddane przyczyny dyferencji.

Samodzielność jurysdykcyjna sądu w postępowaniu karnym

Zasady prawa w procesie karnym odgrywają doniosłą rolę, ponieważ nie tylko oddziałują na kształt poszczególnych instytucji procesowych, konstytuują zakres gwarancji uczestników postępowania czy wpływają na proces dochodzenia do finalnych ustaleń, ale przede wszystkim określają model procesu, a więc zespół podstawowych cech danego układu, pozwalających na odróżnienie go od innych. Determinanty modelu mają dwojaki charakter: zewnętrzny – pozamodelowy, który bardzo silnie oddziałuje na jego kształt, oraz wewnętrzny, wpływający niejednokrotnie na ów model poprzez formułowanie postulatów *de lege ferenda*[2].

O fenomenie zasad procesu karnego świadczą również wypowiedzi czołowych przedstawicieli polskiego procesu karnego. Przykładowo Marian Cieślak zwracał uwagę, iż zasady procesowe są szczególnie ważne ze względu na potrzebę ochrony praw i wolności jednostki. Mają one również nieoceniony wpływ na rozwój dyscypliny naukowej oraz dydaktyki, a także pomagają w wypełnianiu luk w prawie[3].

---

[2] Rozważania przedstawione przez S. Waltosia, dotyczące modelu postępowania przygotowawczego i jego determinant, prowadzą również do dyskusji o modelu całego procesu karnego. Szerzej na temat modelu i jego determinant zob. S. Waltoś, *Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 1968, s. 9; idem, *Kilka słów o polskim modelu postępowania przygotowawczego*, [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 286.

[3] Na temat doniosłej roli zasad w procesie karnym wypowiadali się między innymi: L. Schaff, A. Marek, S. Kalinowski, S. Waltoś, A. Murzynowski, W. Daszkiewicz, Z. Świda

Zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego znana była już w k.p.k. z 1928 roku[4]. Pod rządami tego kodeksu zasada samodzielności jurysdykcyjnej była rozumiana jako swoboda w doborze materiału procesowego, jego oceny, a także wykładni ustaw. W komentarzu do tego artykułu Leon Peiper zwracał uwagę, iż uzależnienie orzeczenia sądu karnego od uprzedniego orzeczenia sądu cywilnego w byłym zaborze rosyjskim prowadziło do przewlekłości postępowania, a jego wynik uzależniony byłby od oświadczeń stron procesowych[5]. W literaturze przedwojennej wskazywano na związki zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego z zasadą swobodnej oceny dowodów oraz prawdy materialnej, a jej procesową konsekwencją było uznawanie orzeczeń sądu cywilnego oraz decyzji administracyjnej za dowód w sprawie, który podlega takiej samej ocenie jak inne dowody[6].

Samodzielność jurysdykcyjna sądu przejawiała się w rozstrzyganiu zagadnień nie tylko prawnych, ale i faktycznych, ponieważ w literaturze panował słuszny pogląd, iż samodzielne rozstrzyganie zagadnień prawnych, bez możliwości samodzielnych ustaleń zagadnień faktycznych, jest niecelowe[7]. Bardzo szerokie rozumienie zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego doprowadziło do tego, iż sąd, uznając niektóre dowody za sprzeczne z prawdą materialną, nie brał ich pod uwagę przy orzekaniu. Takie ukształtowanie omawianej zasady spowodowało, że sąd karny samodzielnie rozstrzygał kwestie prawne z innych gałęzi prawa, a ponadto nie był związany opiniami przedstawionymi mu przez inny organ[8].

Zasada wyrażona w art. 7 k.p.k. z 1928 roku nie była absolutna i doznawała ograniczeń w postaci między innymi związania sądu karnego orzeczeniem sądu

i P. Wiliński. Zob. P. Wiliński, *Doniosłość zasad w procesie karnym*, [w:] *System prawa karnego procesowego. Zasady procesu karnego*, t. 3, cz. 1, red. Wiliński, red. naczelny P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 81–97.

[4] Art. 7 Rozporządzenia Prezydenta RP z 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (DzU nr 33, poz. 313) stanowił: „Sąd karny rozstrzyga samodzielnie wszelkie zagadnienia prawne, wynikające w toku postępowania i nie jest związany orzeczeniem innego sądu lub urzędu".

[5] L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego i przepisów wprowadzających tenże kodeks z dodatkowemi ustawami, rozporządzeniami i umowami międzynarodowymi w przedmiocie wydania przestępców przy szczególnym uwzględnieniu przepisów kodeksu karnego i ustawy karnej skarbowej*, Kraków 1933, s. 21–22. L. Peiper słusznie wskazywał, iż takie ukształtowanie procesu karnego mogłoby doprowadzić do przyjęcia za podstawę odpowiedzialności karnej jednostki prawdy formalnej, a nie materialnej. Pamiętać bowiem należy, iż zasada prawdy materialnej uznawana jest nie tylko za naczelną zasadę procesu karnego, ale za zasadę kluczową, której wszystkie inne zasady są podporządkowane.

[6] M. Wąsek-Wiaderek, *Zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu*, [w:] *System prawa karnego procesowego. Zasady procesu karnego*, t. 3, cz. 2, red. P. Wiliński, red. naczelny P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 1285.

[7] S. Kalinowski, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 1966, s. 45.

[8] O. M. Piaskowska, *Znaczenie rozstrzygnięć administracyjnych w procesie karnym*, Warszawa 2014, s. 108.

wyższego rzędu w sprawie o właściwość na skutek powstałego miedzy tymi sądami sporu kompetencyjnego czy związania uchwałą Sądu Najwyższego wydaną w sprawie lub uzasadnieniem wyroku sądu rewizyjnego (obecnego sądu odwoławczego), przekazującego sprawę sądowi niższego rzędu do ponownego rozpoznania. Należy zwrócić uwagę, że w doktrynie i orzecznictwie panował pogląd, iż prawotwórcze orzeczenia sądu cywilnego wiążą sąd karny.

Zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego nie została *expressis verbis* wyrażona w k.p.k. z 1969 roku. Artykuł 4 § 2 k.p.k. stanowił, iż: „Prawomocne rozstrzygnięcia sądu kształtujące prawo albo stosunek prawny są jednak wiążące". Brak wyraźnej normy prawnej spowodował rozbieżne interpretacje powyższego przepisu. Cześć autorów uważała, iż zasadę samodzielności jurysdykcyjnej należy interpretować *a contrario* z art. 4 § 2 k.p.k., zaś inni twierdzili, że jej zakres jest identyczny z uregulowaniem zawartym w poprzednim kodeksie z 1928 roku. Stanowisko najbardziej skrajne głosiło, iż z art. 4 § 2 k.p.k. wynika li tylko ograniczenie zasady swobodnej oceny dowodów, a uregulowanie kodeksowe nie pozostaje w związku z omawianą zasadą[9]. Odmienną perspektywę interpretacyjną zaproponował Piotr Hofmański, wykazując, iż rzeczona zasada nie wynika tylko z interpretacji art. 4 § 2 k.p.k. *a contrario*, ale jest konsekwencją wszystkich przepisów, które stanowią od niej odstępstwa[10].

Ustawodawca, kształtując przepis kodeksu postępowania karnego i kodeksu postępowania cywilnego, zdecydował o koncesjach postępowania cywilnego na rzecz postępowania karnego. Przejawem ustępstw była między innymi możliwość zawieszenia postępowania cywilnego do czasu ustalenia w postępowaniu karnym czynu mogącego mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy cywilnej. Natomiast odwrotna sytuacja nie była możliwa. Dyspozycja art. 4 § 2 k.p.k. z 1969 roku prowadziła do konkluzji, iż sąd karny był autonomiczny w rozstrzyganiu określonych kwestii prawnych, nie był zatem związany ustaleniami poczynionymi przez sąd cywilny albo władzę administracyjną. Pamiętać należy, iż pomimo związania sądu karnego prawomocnymi orzeczeniami kształtującymi prawo lub stosunek prawny sąd ten mógł odmiennie ustalić fakty, które następnie były podstawą orzeczenia, gdyż zakaz wynikający z art. 4 § 2 k.p.k. statuował li tylko brak możliwości dowodzenia faktów, które świadczyłyby o nieważności orzeczenia kształtującego prawo lub stosunek prawny[11].

---

[9] Omówienie stanowisk w ówczesnym piśmiennictwie zob. ibidem, s. 109–112.

[10] P. Hofmański podkreśla zarazem, iż w stanie *de lege lata* powstała szczególna sytuacja, ponieważ związanie sądu karnego rozstrzygnięciami, ustaleniami czy dyrektywami stanowi wyjątek od reguły, która nie została *expressis verbis* wyrażona w przepisach k.p.k. z 1969 roku. Zob. P. Hofmański, *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego*, Katowice 1988, s. 84–85.

[11] E. Pieniążek, *Prejudycjalność orzeczeń w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2005, nr 12, s. 101–102.

Zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego na gruncie k.p.k. z 1969 roku rozpatrywana była głównie przez pryzmat zasad swobodnej oceny dowodów, prawdy materialnej, a także niezawisłości sędziowskiej[12]. W literaturze zaprezentowany został pogląd, zgodnie z którym umieszczenie zasady swobodnej oceny dowodów (art. 4 § 1 k.p.k.) w jednym przepisie z zasadą samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego (art. 4 § 2 k.p.k.) oznaczało wolę ustawodawcy do ograniczenia tej pierwszej[13].

Zakres wyjątków od omawianej zasady został ukształtowany bardzo podobnie jak w k.p.k. z 1928 roku. Sąd karny był związany konstytutywnymi orzeczeniami sądu cywilnego oraz poglądami prawnymi wyrażonymi przez sąd wyższej instancji w danej sprawie. Z kolei ostateczne decyzje wydane w postępowaniu administracyjnym powinny być odrzucane w postępowaniu karnym tylko w przypadku, gdy zostały wydane bez podstawy prawnej[14].

W odniesieniu zaś do ostatniej kodyfikacji z 1997 roku komentatorzy podkreślają, iż zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego jest jedną z najważniejszych zasad polskiego procesu karnego[15]. Kodeks postępowania karnego z 1997 roku w art. 8 § 1 statuuje zasadę samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, w myśl której „sąd karny rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu". Natomiast już § 2 niniejszego przepisu stanowi o wyjątkach i zgodnie z nim „prawomocne rozstrzygnięcia sądu kształtujące prawo lub stosunek prawny są jednak wiążące".

A prima vista widać, iż obowiązujący k.p.k. traktuje rozłącznie zasadę swobodnej oceny dowodów i zasadę samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, dzięki czemu ustawodawca uniknął błędu legislacyjnego, który był popełniony w poprzedniej kodyfikacji. Porównując zaś obecne uregulowania normatywne ze stanem prawnym z 1928 roku, nie sposób nie dostrzec, iż obecny kodeks postępowania karnego poszerzył zakres przedmiotowy zasady samodzielności jurysdykcyjnej, ponieważ oprócz zagadnień prawnych zasadzie tej podlegają również ustalenia faktyczne. Natomiast pomiędzy uregulowaniem art. 4 § 2 k.p.k. z 1969 roku oraz art. 8 § 2 k.p.k. z 1997 roku brak dostrzegalnych różnic[16]. W piśmiennictwie zgodnie podkreśla się, iż zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego powiązana jest z zasadą swobodnej oceny dowodów w kwestii rozstrzygania o zagadnieniach faktycznych oraz z zasadą niezawisłości sędziowskiej,

---

[12] M. Wąsek-Wiaderek, *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego wobec kompetencji Trybunału Konstytucyjnego i trybunałów europejskich*, Lublin 2012, s. 25.

[13] Z. Świda-Łagiewska, *Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim procesie karnym*, Wrocław 1983, s. 237.

[14] M. Mazur, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 1971, s. 24.

[15] K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2013, s. 38.

[16] E. Pieniążek, op. cit., s. 105.

gdyż dzięki tej ostatniej sąd karny ustalając kwestie faktyczne i prawne jest wolny od wszelkich nacisków i sugestii[17].

Przypomnieć w tym miejscu należy, iż zasada autonomii sądów uznawana jest przez doktrynę prawa karnego procesowego za konstytucyjną podstawę zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, a ponadto jest ona jednym z elementów składających się na prawo do sądu, wyrażone w art. 45 Konstytucji RP. Jak podkreśla Małgorzata Wąsek-Wiaderek, na podstawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego (TK) w sprawie o sygn. K 18/04 uznano, iż art. 178, art. 173 i art. 8 ust. 1 Konstytucji RP są odpowiednim wzorcem do badania konstytucyjności związania sądu karnego traktatem, w którym przewidziana jest procedura prejudycjalna. Stanowi to dodatkowy dowód, iż zasada samodzielności sądu karnego jest silnie osadzona w konstytucyjnej zasadzie niezawisłości i niezależności sądów[18]. Prezentowany pogląd znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie Sądu Najwyższego (SN)[19].

Przez kwestie faktyczne i prawne należy rozumieć każdy etap stosowania prawa, a więc ustalenie obowiązującej normy prawnej służącej rozstrzygnięciu danego stanu faktycznego, doprowadzenie poprzez zastosowanie odpowiedniej teorii dowodów do dokonania adekwatnych ustaleń faktycznych, subsumpcję oraz wywiedzenie z danego faktu wiążącej konsekwencji prawnej[20]. Ustalając zagadnienia faktyczne, sąd karny zobligowany jest zatem do samodzielnych ocen na podstawie przeprowadzonych w procesie dowodów, co wynika z zasady bezpośredniości. Innymi słowy, ocena dokonana przez inny sąd lub organ co do zasady nie jest wiążąca dla sądu karnego, ponieważ art. 8 § 1 k.p.k. zakazuje sądowi „przejmowania" ustaleń poczynionych w innym postępowaniu[21]. Słusznie wskazuje Sąd Apelacyjny w Lublinie, iż mimo obowiązywania w k.p.k. zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego niepożądane są sytuacje, w których na podstawie tych samych zdarzeń faktycznych sąd dochodzi do diametralnie różnych ocen kwestii faktycznych i prawnych[22].

---

[17] *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, t. 1, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, s. 104.

[18] M. Wąsek-Wiaderek, *Samodzielność jurysdykcyjna sądu…*, op. cit., s. 28–29.

[19] Postanowienie SN z dnia 6 marca 2008 r., sygn. akt III KK 421/07. „Niezawisłość sędziowska polega na zakazie wywierania jakiegokolwiek wpływu na sędziego w zakresie rozpoznania konkretnej sprawy i treści orzeczenia, a więc na niezależności sędziego (ale zawsze w ramach obowiązującego prawa) w rozstrzyganiu kwestii faktycznych i prawnych wyłaniających się w rozpoznawanej sprawie. Wiąże się z tym zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu wyrażona w art. 8 § 1 k.p.k. z 1997 r.".

[20] M. Wąsek-Wiaderek, Z*asada samodzielności jurysdykcyjnej sądu*, op. cit., s. 1287.

[21] W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2012, s. 29.

[22] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 1 października 1998 r., sygn. akt II AKa 106/98.

Analizując aktualny zakres wyjątków od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, należy dojść do wniosku, że sąd ten jest związany rozstrzygnięciem prawomocnym, które pochodzi od sądu oraz kształtuje prawo lub stosunek prawny. Kryterium pochodzenia rozstrzygnięcia od sądu nie budzi wątpliwości i jest jednolicie interpretowane jako sąd powszechny, administracyjny, wojskowy czy SN[23]. Natomiast pozostałe dwa kryteria nie są już tak klarowne, ponieważ zarówno pojęcie konstytutywności, jak i deklaratoryjności oraz kwalifikacja prawna wyroku jako kształtującego prawo lub stosunek prawny wywołują w doktrynie spory[24]. Wyjątki przewidziane w art. 8 § 2 k.p.k. nie stanowią *numerus clausus*, o czym dobitnie przypomina SN, formułując tezę, iż owe wyjątki mogą również wynikać z innych treści kodeksu, jak też innych aktów normatywnych o randze ustawy[25]. Wyjątkami wprost przewidzianymi w ustawie karnoprocesowej są art. 441 § 3 k.p.k., który nadaje moc wiążącą uchwałom SN zapadłym w danej sprawie, oraz art. 442 § 3 k.p.k., stanowiący o związaniu sądu zapatrywaniami prawnymi, a także wskazania sądu odwoławczego co do dalszego postępowania sądu, któremu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania.

Wśród ograniczeń zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego znajdują się również orzeczenia TK w przedmiocie odpowiedzi na pytanie o zgodność aktu normatywnego z Konstytucją, umową międzynarodową lub ustawą, zgłoszone w trybie art. 191 ustawy zasadniczej lub przez sąd w trybie art. 193 Konstytucji RP, a także rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w ramach tak zwanych pytań prejudycjalnych[26]. Sąd karny związany jest również orzeczeniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które jest podstawą prawną wznowienia postępowania, a także ustaleniami sądu obcego państwa w przedmiocie wykonania europejskiego nakazu aresztowania w zakresie istnienia podstaw do zainicjowania takiego postępowania[27]. Jednakże gruntowna analiza poszczególnych odstępstw od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego przekracza ramy niniejszego opracowania, dlatego zagadnienie to zostanie tylko zasygnalizowane.

Związanie sądu karnego prawomocnym rozstrzygnięciem sądu kształtującym prawo lub stosunek prawny oznacza tylko takie sytuacje, w których doszło do nawiązania, zmiany lub ustania uprawnienia określonego podmiotu prawa lub łączącego go stosunku prawnego. W doktrynie prawa rozstrzygnięcia te uznawane są za konstytutywne, a więc skutki prawne łączy się z określonym zdarzeniem prawnym,

---

[23] O. M. Piaskowska, op. cit., s. 117.

[24] Z. Świda, *Glosa do wyroku SN z dnia 1 grudnia 1998 r., sygn. akt IV KKN 492/97*, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1999, nr 7–8, s. 170.

[25] Postanowienie SN z dnia 1 grudnia 1998 r., sygn. akt IV KKN 492/97.

[26] T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego – komentarz,* t. 1, Warszawa 2014, s. 86–87.

[27] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny – zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 164–165.

wraz z którym powstają zmiany w stosunkach prawnych lub kształtowane są nowe stosunki prawne[28].

Samodzielność jurysdykcyjna sądu w postępowaniu cywilnym

Zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego nie została *expressis verbis* wyrażona w przepisach k.p.c. Co więcej, nie jest ona również prezentowana w opracowaniach podręcznikowych dotyczących postępowania cywilnego[29]. Powstaje zatem pytanie, czy w postępowaniu cywilnym można w ogóle mówić o zasadzie samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego. Udzielając na to pytanie odpowiedzi negatywnej, należy następnie wykazać, z jakiego powodu zasada ta nie jest obecna w tym postępowaniu. Natomiast jeżeli dojdzie się do wniosku, iż mimo braku literalnego przepisu statuującego tę zasadę można ją wyinterpretować z innych zasad procesowych, to należy zastanowić się nad jej zakresem.

Pojęcie zasad procesowych po raz pierwszy na gruncie postępowania cywilnego zostało sformułowane w 1801 roku. Postawiono tezę, iż zasady procesowe to najważniejsze reguły, które nie są *evpressis verbis* wyrażone w ustawie procesowej, ale wynikają z istoty procesu cywilnego i determinują jego model[30]. Teza ta znajduje potwierdzenie choćby w procedurze karnej, gdzie w k.p.k. z 1969 roku zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego była zasadą nieskodyfikowaną i wyprowadzano ją z całokształtu przepisów kodeksowych. Na gruncie k.p.k. z 1997 roku powyższy pogląd też jest aktualny, ponieważ kodeks ten nie statuuje wyraźnie zasady bezpośredniości, a mimo to jest ona jedną z naczelnych zasad procedury karnej. Wywodzi się tę zasadę z kilku przepisów, mianowicie z art. 92 i art. 410 k.p.k.

Mając na uwadze okoliczność nieskodyfikowania niektórych zasad procesowych oraz ewaluację zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, analiza niniejszego zagadnienia zmusza do podjęcia próby rekonstrukcji zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego częściowo z przepisów k.p.c., a po części z wypowiedzi doktryny w tym przedmiocie.

W doktrynie wyrażono pogląd, iż skoro samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego ma powiązanie z zasadą autonomii sądów, to należy rozważania dotyczące

---

[28] D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, t. 1, Warszawa 2013, s. 63–64.

[29] W żadnym z niżej wymienionych podręczników nie znajduje się odwołanie do zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego podczas prezentowania zasad procesu cywilnego. Zob. E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2011, s. 50–81; P. Cioch, J. Studzińska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2014, s. 49–61; A. Zieliński, op. cit., s. 21–32; T. Wiśniewski, *Przebieg procesu cywilnego*, Warszawa 2013, s. 45–81; H. Dolecki, *Postępowanie cywilne – zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 44–63; J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2014, s. 106–144.

[30] E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 51.

tej zasady aplikować również na grunt prawa cywilnego. Ze względu na art. 11 k.p.c. można uznać, iż w procedurze cywilnej obowiązuje zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego, aczkolwiek w ograniczonym zakresie[31]. Rozważając związki procedury cywilnej z procedurą administracyjną w kontekście charakteru prawnego decyzji administracyjnej, w piśmiennictwie zwraca się uwagę na fakt istnienia samodzielności władzy jurysdykcyjnej sądu cywilnego[32]. W doktrynie podkreśla się, iż w obowiązującym stanie prawnym k.p.c. brakuje przepisu, który wiązałby sąd cywilny decyzją administracyjną, ograniczając go w zakresie ustaleń faktycznych, jak i prawnych[33].

Próbując sformułować definicję samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego, można posłużyć się koncepcją zaproponowaną przez Łukasza Błaszczaka, zdaniem którego „samodzielność jurysdykcyjna sądu cywilnego miałaby oznaczać kognicję tego sądu do samodzielnego rozstrzygania o wszelkich zagadnieniach faktycznych i prawnych oraz brak związania decyzją (rozstrzygnięciem) innych podmiotów (organów) przy rozstrzyganiu o przedmiocie procesu (czyli roszczeniu procesowym)"[34]. Autor ten podkreśla ponadto, iż samodzielność jurysdykcyjna sądu cywilnego nie może zostać uznana za zasadę procesową, ponieważ nie jest ona charakterystyczna dla tego procesu (jest atypowa) i nie określa jego modelu, dlatego formuje koncepcję tak zwanej ograniczonej samodzielności jurysdykcyjnej. Ograniczona samodzielność jurysdykcyjna sądu cywilnego jest zdaniem Błaszczaka „pewnego rodzaju kategorią pozanormatywną, przejawiającą się w procesie cywilnym, z tym, że nie w każdym procesie jej przejawy będą widoczne"[35].

Jak zostało wspomniane wyżej, w procedurze cywilnej obowiązuje koncepcja tak zwanej ograniczonej samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego, dlatego analizy wymaga zakres ograniczenia tej samodzielności oraz wskazanie płaszczyzn, na których do niej dochodzi. W literaturze prezentowany jest pogląd, iż samodzielność jurysdykcyjna sądu cywilnego doznaje ograniczeń na płaszczyznach związanych z prejudykatem, wykładnią sądową, orzeczeniami wstępnymi Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i orzeczeniami interpretacyjnymi

---

[31] S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Zasady prawa – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 168.

[32] S. Hanausek, *„Związanie" sądu cywilnego decyzją administracyjną*, „Studia Cywilistyczne" 1974, t. XXIII, s. 29.

[33] M. Kamiński, M. Romańska, *Moc wiążąca decyzji administracyjnej w postępowaniu cywilnym a koncepcja jej nieważności*, „Przegląd Sądowy" 2008, nr 4, s. 10.

[34] Ł. Błaszczak, *O tzw. ograniczonej samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego w procesie cywilnym*, [w:] *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych*, Materiały konferencyjne Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Postępowania Cywilnego, Szczecin–Niechorze 28–30.09.2007, red. H. Dolecki, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2009, s. 128.

[35] Ibidem, s. 131.

Trybunału Konstytucyjnego oraz pewnymi regułami dowodowymi obowiązującymi w postępowaniu cywilnym[36]. Podobnie jak to miało miejsce we fragmencie dotyczącym samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, ze względu na obszerność tematyki omówione zostaną tylko wybrane odstępstwa od tej koncepcji.

Artykuł 11 k.p.c. wprowadza zasadę związania sądu cywilnego prawomocnym wyrokiem skazującym sądu karnego. Innymi słowy, przepis ten pozbawia sąd cywilny możliwości nie tylko dokonywania ustaleń podstawy faktycznej w tym zakresie, ale zakazuje ustaleń odmiennych niż poczynione na podstawie wyroku karnego[37]. Okoliczności, które zostały ustalone w prawomocnym wyroku skazującym sądu karnego, wyłączają zasadę swobodnej oceny dowodów w tym zakresie i obligują sąd cywilny do dokonania subsumpcji pod odpowiedni przepis prawa cywilnego ustaleń poczynionych przez sąd karny w wyroku skazującym oraz przeprowadzenia własnych ustaleń, które nie wynikają z wyroku karnego, a mają istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia[38]. Sąd cywilny nie będzie związany okolicznościami znajdującymi się w uzasadnieniu wyroku, przy czym uzasadnienie wyroku karnego lub jego fragmentów nie jest dokumentem w rozumieniu k.p.c., a tym samym nie ma takiej samej mocy dowodowej, jaką kodeks wiąże z dokumentami urzędowymi. Sąd cywilny jest samodzielny w ustalaniu okoliczności, które nie dotyczą popełnienia przestępstwa, mimo że pozostają w związku z przestępstwem, stąd jego ustalenia mogą być rozbieżne z tymi, których dokonał sąd w postępowaniu karnym[39]. W postępowaniu dowodowym w procesie cywilnym sąd chcąc ujawnić treść dokumentów znajdujących się w aktach karnych nie może ich *en block* „wprowadzić" do procesu cywilnego, ponieważ akta karne w rozumieniu art. 244 k.p.c. nie są dokumentem. Można zatem dopuścić jedynie poszczególne protokoły przesłuchań świadków, biegłych, oskarżonych itp., aby strony nie były trzymane w niepewności, co będzie stanowiło podstawę faktyczną wydanego rozstrzygnięcia[40]. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego art. 11 k.p.c. znajduje również zastosowanie w prawomocnym wyroku wydanym w postępowaniu karnym przez sąd państwa Unii Europejskiej[41]. Stanowisko to spotkało się z krytyką ze strony doktryny, a w glosie do tego wyroku Kazimierz Piasecki zwraca uwagę, iż rezultatem wykładni prawa krajowego w duchu prawa Unii Europejskiej byłaby zmiana treści normatywnej art. 11 k.p.c., co stoi w sprzeczności z zasadą autonomii proceduralnej prawa krajowego[42].

---

[36] Ibidem.

[37] Wyrok SN z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt I CSK 373/12.

[38] H. Dolecki, T. Wiśniewski, *Kodeks postępowania cywilnego – komentarz*, t. 1, artykuły 1–366, Warszawa 2013, s. 86.

[39] Postanowienie SN z dnia 10 września 2012 r., sygn. akt I PK 167/12.

[40] A. Zieliński, op. cit., s. 55.

[41] Wyrok SN z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt V CSK 185/12.

[42] K. Piasecki, *Glosa*, „Orzecznictwo Sadów Polskich" 2014, z. 3, s. 393.

Kolejnym odstępstwem od koncepcji tak zwanej ograniczonej samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego jest wiążąca wykładnia sądów wyższej instancji. W procedurze cywilnej sąd związany jest następującą wykładnią: dokonaną w orzeczeniu kasatoryjnym sądu wyższej instancji; dokonaną przez SN w odpowiedzi na pytanie prawne sądu II instancji; dokonaną przez SN w powiększonym składzie przy rozpatrywaniu skargi kasacyjnej oraz wykładnią dokonaną przez SN w trybie art. 60 ustawy o Sądzie Najwyższym[43].

Zgodnie z art. 386 § 6 k.p.c. przekazanie sprawy sądowi *a quo* do ponownego rozpoznania skutkuje związaniem sądu pierwszej instancji poglądem wyrażonym w sprawie przez sąd odwoławczy co do tego, czy dana kwestia faktyczna i prawna wchodzi w zakres jego oceny. Innymi słowy, sąd pierwszej instancji jest zobowiązany wykonać wskazówki sądu odwoławczego co do uzupełniania postępowania dowodowego oraz zweryfikować podane w wątpliwość ustalenia faktyczne albo rozważyć na nowo okoliczności, które mogłyby rzutować na wynik postępowania[44]. Wyrażona w art. 386 § 6 k.p.c. zasada związania w orzecznictwie SN uważana jest za jedną z naczelnych ustrojowych zasad procesu cywilnego, która ma na celu zapobieżenie błędom oraz zapewnienie jednolitości orzecznictwa sądowego[45].

Z art. 398^{20} k.p.c. wynika natomiast związanie sądu niższej instancji wykładnią SN. Nie dotyczy ono jej przedmiotu, lecz wychodzi poza przesłanki pozytywnego lub negatywnego ustosunkowania się do podstaw kasacyjnych i prawnych wypowiedzianych w określonej sprawie, a także stanu faktycznego[46]. Należy zwrócić uwagę, że art. 398^{20} k.p.c., odmiennie niż art. 386 § 6 k.p.c., ustanawia zasadę, iż sąd, któremu została przekazana sprawa do ponownego rozpoznania, nie jest związany wskazaniami co do dalszego toku postępowania. Oznacza to, iż SN nie przysługuje uprawnienie do oceny, czy i w jaki sposób określona okoliczność faktyczna powinna rzutować na przyszłe rozstrzygnięcie sprawy[47]. Sąd, któremu po rozpoznaniu sprawy przez SN została ona przekazana ponownie, nie będzie związany wykładnią dokonaną przez SN w przypadku zmiany stanu faktycznego lub prawnego, jak również wtedy, gdy SN odstąpi od poprzednio wyrażonej zasady prawnej w postaci wydania nowej uchwały[48].

W powyższego jasno wynika, że uwzględnienie skargi kasacyjnej i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji nie doprowadzi

---

[43] Ł. Błaszczak, op. cit., s. 132.

[44] T. Wiśniewski, op. cit., s. 381.

[45] Wyrok SN z dnia 25 marca 2004 r., sygn. akt III CK 335/02.

[46] Wyro SN z dnia 23 października 2002 r., sygn. akt II CKN 860/00.

[47] H. Dolecki, T. Wiśniewski, *Kodeks postępowania cywilnego – komentarz*, t. 2, artykuły $367–505^{37}$, Warszawa 2013, s. 268.

[48] A. Jakubecki, *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego*, [online] http://lex.adm.uj.edu.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false [dostęp: 2.03.2015].

do ograniczenia samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego I instancji. Odmiennie zaś przepisy procedury kształtują sytuację sądu cywilnego II instancji, który po przekazaniu mu przez SN sprawy do ponownego rozpoznania stosuje art. 384 k.p.c., prowadzący tym samym do ograniczenia samodzielności jurysdykcyjnej[49].

Kolejnym ograniczeniem samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego, które należy poruszyć, jest związanie pytaniami prawnymi kierowanymi przez sąd odwoławczy do SN. Kwantyfikator „poważne wątpliwości" użyty w art. 390 § 1 k.p.c. oznacza, iż sąd odwoławczy zobligowany jest do samodzielnego rozstrzygnięcia zwykłych wątpliwości, a dopiero, gdy w sprawie zachodzą poważne wątpliwości dotyczące określonego zagadnienia prawnego, może zwrócić się z pytaniem prawnym do SN[50]. Przypomnieć należy, iż uchwała SN wydana w trybie art. 390 § 2 k.p.c. i rozstrzygająca zagadnienie prawne wiąże w danej sprawie wszystkie sądy, a nie tylko sąd odwoławczy, który skierował pytanie prawne. Owo związanie uniemożliwia poszczególnym sądom dokonanie odmiennej oceny prawnej oraz wystąpienie z ponownym pytaniem prawnym, przy czym uchwała ta nie wiąże w innych sprawach i może być jedynie wskazówką przy dokonywaniu wykładni prawa[51].

Następnym przepisem pozostającym w związku z problematyką związania wykładnią sądową jest art. 398^{17}§ 1 k.p.c. Przepis ten wprowadza zasadę związania w danej sprawie wszystkich sądów, a więc nie tylko SN w składzie trzyosobowym, ale także sądu I i II instancji, a także sądów wyższych instancji, którym sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania[52]. W pozostałym zakresie do omawianej problematyki należy odnieść analogiczne uwagi dotyczące art. 390 k.p.c.

Należy także wspomnieć o art. 60 § 1 ustawy z 2002 roku o Sądzie Najwyższym[53]. Pamiętać przy tym trzeba, że odmienne poglądy na wykładnię prawa prezentowane przez judykaturę i doktrynę nie stawią podstawy podjęcia uchwały, natomiast warunkiem *sine qua non* jest brak jednolitości orzeczniczej sądów podczas dokonywania wykładni prawa[54].

[49] Ł. Błaszczak, op. cit., s. 135.
[50] Postanowienie SN z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. akt III CZP 14/13.
[51] A. Jakubecki, op. cit.
[52] Ibidem.
[53] Ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (DzU t.j. 2013, poz. 499).
[54] Postanowienie SN z dnia 25 lutego 2005 r., sygn. akt I KZP 33/04.

Samodzielność jurysdykcyjna sądu w postępowaniu sądowoadministracyjnym

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż jednym z podstawowych aksjomatów prawa administracyjnego jest bezwzględne obowiązywanie norm tej gałęzi prawa. Na gruncie prawa procesowego oznacza to konstrukcję stosunków procesowych między organem administracji publicznej i podmiotem zewnętrznym, przy czym pamiętać trzeba, że owo bezwzględne obowiązywanie ma różne stopnie[55].

Ustawa prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[56] (dalej: p.p.s.a.) zawiera również katalog naczelnych zasad procesowych, które w znacznym stopniu zbliżone są do zasad obowiązujących w postępowaniu cywilnym. Jednakże zasady występujące w procesie sądowoadministracyjnym, mimo zbieżności nazw i charakteru do zasad uregulowanych w k.p.c., wypełnione są specyficzną treścią, znacznie różniącą je od zasad procedury cywilnej[57]. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż „istotę i ducha" postępowania sądowoadministracyjnego wyrażają następujące zasady: prawo do sądu administracyjnego, dwuinstancyjności, rozporządzalności, kontradyktoryjności, jawności oraz udzielenia pomocy stronom postępowania[58].

W piśmiennictwie brakuje wzmianki o zasadzie samodzielności jurysdykcyjnej sądu administracyjnego[59]. Nie została ona również wyinterpretowana z orzecznictwa sądowego. Co istotne, zasada nie musi być *expressis verbis* ujęta w konkretnym artykule ustawy, aby można było o niej mówić w obrębie danej gałęzi prawa, jak ma to miejsce w wypadku wspominanej wcześniej zasady bezpośredniości w procesie karnym. Może ona stanowić pewną koncepcję teoretyczną zaproponowaną w piśmiennictwie, jak ma to z kolei miejsce w procedurze cywilnej. Dlatego w tym miejscu należy zastanowić się nad możliwością reinterpretacji z p.p.s.a. samodzielności jurysdykcyjnej sądu administracyjnego.

Zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego oraz koncepcja tak zwanej ograniczonej samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego wykazują silne związki z zasadą swobodnej oceny dowodów i autonomii sądów. Z uwagi na to w pierwszej kolejności należy rozważyć, czy w postępowaniu sądowoadministracyjnym występuje owa zasada, a jeśli tak, to czy jej zakres jest podobny do zakresu

---

[55] Na temat bezwzględnego charakteru norm w prawie administracyjnym materialnym, procesowym oraz ustrojowym zob. J. Zimmerman, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 116–127.

[56] Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (DzU 2002, nr 153, poz. 1270).

[57] T. Woś, *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 2013, s. 125.

[58] J. Lang, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2013, s. 220.

[59] Zob. B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Warszawa 2014, 30–52; J. Lang, op. cit., s. 219; T. Woś, op. cit., s. 124–145.

zasady swobodnej oceny dowodów w postępowaniu cywilnym. Natomiast dochodząc do wniosku przeciwnego, należy odpowiedzieć na pytanie o przyczyny takiego stanu rzeczy.

Analizując przepisy p.p.s.a., można dojść do wniosku, iż zasada swobodnej oceny dowodów nie jest skodyfikowana w tej ustawie. W orzecznictwie sądowym zwraca się uwagę na to, że funkcją sądu administracyjnego jest kontrola legalności ustalonego przez organy administracji stanu faktycznego, a nie dokonywanie ustaleń w danej sprawie. Brak przy tym normatywnego ujęcia zasady swobodnej oceny dowodów w postępowaniu sądowoadministracyjnym, dlatego też sądy administracyjne są tylko wyjątkowo uprawnione do oceny dowodów w sprawie, o czym stanowi art. 106 § 3 p.p.s.a. Na mocy art. 106 § 5 p.p.s.a. w postępowaniu sądowoadministracyjnym mają zastosowanie przepisy procedury cywilnej, a dokładnie art. 233 § 1 k.p.c., który upoważnia sąd do oceny nie tylko wiarygodności, ale także mocy dowodów według własnego przekonania, po uprzedniej kompleksowej analizie zebranego materiału dowodowego[60]. Tezę tę potwierdza judykat, w którym Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) wskazał na brak skodyfikowania zasady swobodnej oceny dokumentów w postępowaniu sądowoadministracyjnym poza obszarem uzupełniającego postępowania dowodowego[61].

Również w piśmiennictwie można spotkać pogląd, zgodnie z którym zasada swobodnej oceny dowodów na gruncie p.p.s.a. ulega wyraźnemu ograniczeniu przedmiotowemu, ponieważ ma ona zastosowanie tylko do dwóch przypadków wskazanych w przepisach ustawy, a mianowicie do dowodów z dokumentów składających się na akta sprawy administracyjnej przekazanej sądowi oraz dowodów uzupełniających z dokumentów[62]. Art. 54 § 2 p.p.s.a. dotyczy przekazania skargi sądowi wraz z aktami sprawy. Na akta sprawy administracyjnej składają się nie tylko dokumenty, z których organ administracji publicznej i strony przeprowadziły dowód, ale również dowody pozwalające w razie sprzeczności zweryfikować twierdzenia i zarzuty stron[63]. Akta sprawy administracyjnej niezawierające oryginalnych dokumentów skutkują tym, iż sąd w razie nasuwających się wątpliwości nie może dać wiary dokumentom, na które powołuje się organ administracji publicznej[64].

Przebieg postępowania powodowego przed sądem administracyjnym określa art. 106 p.p.s.a. W tym miejscu trzeba zauważyć, że postępowanie dowodowe przed sądem administracyjnym powinno być interpretowane w kontekście podstawowej funkcji kontroli sądowoadministracyjnej aktu administracyjnego, jaką

[60] Wyrok NSA z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt II GSK 692/09.

[61] Wyrok NSA z dnia 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt I OSK 680/07. Identyczne dystynkcje poczynił NSA w wyroku z dnia 13 sierpnia 2008 r., sygn. akt I OSK 1383/07.

[62] B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 51.

[63] Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt VII SA/Wa 494/05.

[64] Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 lutego 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 2170/07.

jest ocena zaskarżonego aktu lub czynności pod kątem jego/jej legalności. Celem tego postępowania jest li tylko ocena, czy organ administracji publicznej zastosował odpowiednie przepisy prawa materialnego i dokonał prawidłowej subsumpcji, natomiast poza kognicją tego sądu znajduje się kompetencja do ponownego ustalenia stanu faktycznego sprawy[65]. Wąskie uregulowanie postępowania dowodowego na podstawie art. 106 § 3 p.p.s.a. służyć ma przede wszystkim dążeniu do realizacji zasady prawdy materialnej, a więc do ujawnienia okoliczności faktycznych sprawy albo przez organ administracji publicznej, albo przez sąd administracyjny[66]. Zgodnie z judykatem NSA „postępowanie dowodowe przed sądem administracyjnym ma jedynie charakter uzupełniający i nie może prowadzić do samodzielnych i całkiem odmiennych od dokonanych w postępowaniu administracyjnym ustaleń"[67]. Wyrok ten wyraźnie pokazuje, iż samodzielność jurysdykcyjna sądu administracyjnego jest bardzo ograniczona, a celem postępowania przedsądowoadministracyjnego nie jest ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego ani przeprowadzenie ewentualnego postępowania uzupełniającego za organ administracji publicznej[68].

Patrząc na art. 11 p.p.s.a, należy dojść do wniosku, iż wzorowany jest on na art. 11 k.p.c. i oznacza, że rozstrzygniecie sprawy sądowoadministracyjnej nie jest uzależnione od uprzedniego wydania wyroku karnego, jednakże poczynione przez sąd karny ustalenia faktyczne relewantne dla rozstrzygnięcia wiążą sąd administracyjny. Ze względu na kasatoryjny charakter modelu sądownictwa administracyjnego art. 11 p.p.s.a. należy wykładać w kontekście odmiennych funkcji postępowania sądowoadministracyjnego i interpretować ten przepis jako zakaz negacji ustaleń dokonanych przez organ administracji publicznej zgodnych z ustaleniami dokonanymi przez sąd karny w prawomocnym wyroku skazującym oraz nakaz akceptacji ustaleń dokonanych przez organ administracji publicznej zgodnych z ustaleniami sądu karnego zawartymi w wyroku skazującym[69]. Zgodnie z wyrokiem WSA w Łodzi, celem związania sądu administracyjnego wyrokiem skazującym sądu karnego była chęć uniknięcia zarówno odmiennych ocen tych samych stanów faktycznych przez oba sądy, jak i potrzeby prowadzenia dwutorowego postępowania dowodowego dotyczącego tych samych faktów[70].

---

[65] R. Hauser, M. Wierzbowski, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2013, s. 485. WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt II SA/Go 563/13, zwraca uwagę, iż art. 106 § 3 p.p.s.a. nie jest instrumentem prawnym służącym do rekonstrukcji stanu faktycznego potrzebnego do załatwienia sprawy administracyjnej.

[66] B. Dauter, B. Gruszyński, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – komentarz*, Warszawa 2013, s. 353.

[67] Wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt II GSK 1127/10.

[68] Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 10 maja 2011 r., sygn. akt II SA/Po 919/10.

[69] R. Hauser, M. Wierzbowski, op. cit., s. 135.

[70] Wyrok WSA w Łodzi z dnia 8 marca 2013 r., sygn. akt I SA/Łd 1002/12.

Kolejnym przykładem związania sądu administracyjnego jest art. 187 § 2 p.p.s.a. Związanie uchwałami NSA dotyczy również spraw o podobnym stanie faktycznym i prawnym do sprawy będącej przedmiotem rozstrzygnięcia[71]. Innymi słowy, uchwała składu siedmiu sędziów NSA oprócz mocy wiążącej w danej sprawie ma też tak zwaną ogólną moc wiążącą, z której wynika, iż żaden sąd administracyjny nie ma kompetencji do odmiennego orzeczenia, niż głoszą wyroki zapadłe przed powiększonym składem NSA, natomiast sądowi mającemu odmienne zapatrywanie prawne nie pozostaje nic innego, jak tylko ponownie przedstawić określone zagadnienie do rozpoznania przed odpowiednim składem NSA[72].

Zgodnie z art. 190 zd. 1 p.p.s.a. WSA związany jest wykładnią prawa dokonaną w sprawie przez NSA. Istotą takiego związania jest dążenie do zapewnienia stabilności orzecznictwa sądowego i zapobieganie możliwości ponownego zaskarżenia orzeczenia wydanego przez sąd I instancji[73]. W orzecznictwie przyjmuje się, że na pojęcie wykładni prawa składa się prawo materialne i procesowe, a ocena ustaleń faktycznych jest refleksem oceny wykładni, dlatego też należy przyjąć, iż sąd I instancji pośrednio może być związany orzeczeniem NSA w przypadku ponownego rozpoznawania sprawy w zakresie oceny ustaleń faktycznych[74]. Definiując pojęcie wykładni prawa, należy pamiętać, że w szerokim rozumieniu jest to także wiążąca ocena prawidłowej subsumpcji przepisów postępowania w odniesieniu do postępowania dowodowego, z czego wynika prawidłowość ustaleń faktycznych[75].

Podsumowanie

Pojęcie samodzielności jurysdykcyjnej w przypadku sądu karnego, cywilnego i administracyjnego wydaje się zbliżone. Sprowadza się ono do autonomicznego kształtowania ustaleń faktycznych i prawnych, mających stanowić podstawę rozstrzygnięcia sądu o przedmiocie procesu. Jednakże status samodzielności jurysdykcyjnej w każdej z procedur jest zupełnie inny.

Najszerzej samodzielność jurysdykcyjna sądu została ukształtowana w procesie karnym, w którym podniesiono ją do rangi zasady-dyrektywy. W postępowaniu cywilnym i sądowoadministracyjnym samodzielność jurysdykcyjna nie ma statusu zasady, w k.p.c. mowa jest tylko o tak zwanej koncepcji ograniczonej samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego. Z analizy fragmentu dotyczącego

[71] Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 21 kwietnia 2009 r., sygn. akt I SA/Bd 130/09.
[72] R. Hauser, M. Wierzbowski, op. cit., s. 623.
[73] B. Dauter, B. Gruszyński, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, op. cit., s. 634.
[74] Wyrok NSA z dnia 18 lutego 2014 r., sygn. akt II GSK 1793/12.
[75] Wyrok NSA z dnia 21 stycznia 2014 r., sygn. akt I FSK 220/13.

procedury sądowoadministracyjnej jasno wynika, iż w postępowaniu tym można mówić tylko i wyłącznie o pewnych nielicznych koncesjach na rzecz samodzielności jurysdykcyjnej.

Rozbieżności w rozumieniu samodzielności jurysdykcyjnej wynikają przede wszystkim z charakteru samych procedur sądowych, w których przedmiot procesu jest zupełnie inny, a więc siłą rzeczy zasady procesowe muszą być odmiennie ukształtowane, aby zapewnić prawidłowe rozstrzygnięcie dotyczące przedmiotu procesu.

Independence of Jurisdiction for the Court Proceedings

Abstract

This article concerns the independence of jurisdiction of the court in the state law. It presents definitions and historical development of the independence of jurisdiction. The level of jurisdictional independence of the state court in three procedures: the criminal, civil and administrative, is also pictured in the article, indicating significant differences in the approach to independence of jurisdiction in each of them.

Keywords

Independence of jurisdiction, criminal procedure, civil procedure, procedure of administrative courts

Bibliografia

1. Adamiak B., Borkowski J., *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Warszawa 2014.
2. Błaszczak Ł., *O tzw. ograniczonej samodzielności jurysdykcyjnej sądu cywilnego w procesie cywilnym*, [w:] *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych*, Materiały konferencyjne Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Postępowania Cywilnego, Szczecin–Niechorze 28–30.09.2007, red. H. Dolecki, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2009.
3. Boratyńska K., Górski A., Sakowicz A., Ważny A., *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2013.
4. Cioch P., Studzińska J., *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2014.
5. Dauter B., Gruszyński B., Kabat A., Niezgódka-Medek M., *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – komentarz*, Warszawa 2013.
6. Dolecki H., *Postępowanie cywilne – zarys wykładu*, Warszawa 2013.
7. Dolecki H., Wiśniewski T., *Kodeks postępowania cywilnego – komentarz*, t. 1, artykuły 1–366, Warszawa 2013.
8. Dolecki H., Wiśniewski T., *Kodeks postępowania cywilnego – komentarz*, t. 2, artykuły 367–505[37], Warszawa 2013.
9. Grzegorczyk T., *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, t. 1, Warszawa 2014.
10. Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2012.
11. Hanausek S., *„Związanie" sądu cywilnego decyzją administracyjną*, „Studia Cywilistyczne" 1974, t. XXIII.

12. Hauser R., Wierzbowski M., *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2013.
13. Hofmański P., *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego*, Katowice 1988.
14. Jakubecki A., *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego*, [online] http://lex.adm.uj.edu.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false [dostęp: 2.03.2015].
15. Jodłowski J., Resich Z., Lapierre J., Misiuk-Jodłowska T., Weitz K., *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2014.
16. Kalinowski S., Siewierski M., *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 1966.
17. Kamiński M., Romańska M., *Moc wiążąca decyzji administracyjnej w postępowaniu cywilnym a koncepcja jej nieważności*, „Przegląd Sądowy" 2008, nr 4.
18. *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, t. 1, red. P. Hofmański, Warszawa 2011.
19. Lang J., *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2013.
20. Marszałkowska-Krześ E., *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2011.
21. Mazur M., *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 1971.
22. Peiper L., *Komentarz do kodeksu postępowania karnego i przepisów wprowadzających tenże kodeks z dodatkowemi ustawami, rozporządzeniami i umowami międzynarodowymi w przedmiocie wydania przestępców przy szczególnym uwzględnieniu przepisów kodeksu karnego i ustawy karnej skarbowej*, Kraków 1933 .
23. Piasecki K., *Glosa*, „Orzecznictwo Sadów Polskich" 2014, z. 3.
24. Piasecki K., *Wpływ postępowania i wyroku karnego na postępowanie i wyrok cywilny*, Warszawa 1970.
25. Piaskowska O. M., *Znaczenie rozstrzygnięć administracyjnych w procesie karnym*, Warszawa 2014.
26. Pieniążek E., *Prejudycjalność orzeczeń w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2005, nr 12
27. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1998 r., sygn. akt IV KKN 492/97.
28. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2012 r., sygn. akt I PK 167/12.
29. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2005 r., sygn. akt I KZP 33/04.
30. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. akt III CZP 14/13.
31. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2008 r., sygn. akt III KK 421/07.
32. Świda Z., *Glosa do wyroku SN z dnia 1 grudnia 1998 r., sygn. akt IV KKN 492/97*, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1999, nr 7–8.
33. Świda-Łagiewska Z., *Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim procesie karnym*, Wrocław 1983.
34. Świecki D., *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, t. 1, Warszawa 2013.
35. Waltoś S., *Kilka słów o polskim modelu postępowania przygotowawczego*, [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009.
36. Waltoś S., *Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 1968.
37. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny – zarys systemu*, Warszawa 2016.
38. Wąsek-Wiaderek M., *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego wobec kompetencji Trybunału Konstytucyjnego i trybunałów europejskich*, Lublin 2012.
39. Wąsek-Wiaderek M., *Zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu*, [w:] *System prawa karnego procesowego. Zasady procesu karnego*, t. 3, cz. 2, red. P. Wiliński, red. naczelny P. Hofmański, Warszawa 2014.

40. Wiliński P., *Doniosłość zasad w procesie karnym*, [w:] *System prawa karnego procesowego. Zasady procesu karnego*, t. 3, cz. 1, red. Wiliński, red. naczelny P. Hofmański, Warszawa 2014.
41. Wiśniewski T., *Przebieg procesu cywilnego*, Warszawa 2013.
42. Woś T., *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 2013.
43. Wronkowska S., Zieliński M., Ziembiński Z., *Zasady prawa – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974.
44. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt I OSK 680/07.
45. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt II GSK 1127/10.
46. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 sierpnia 2008 r., sygn. akt I OSK 1383/07.
47. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 lutego 2014 r., sygn. akt II GSK 1793/12.
48. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 stycznia 2014 r., sygn. akt I FSK 220/13.
49. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnegoz dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt II GSK 692/09.
50. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 1 października 1998 r., sygn. akt II AKa 106/98.
51. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt I CSK 373/12.
52. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2002 r., sygn. akt II CKN 860/00.
53. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2004 r., sygn. akt III CK 335/02.
54. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt V CSK 185/12.
55. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 21 kwietnia 2009 r., sygn. akt I SA/Bd 130/09.
56. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt II SA/Go 563/13.
57. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 8 marca 2013 r., sygn. akt I SA/Łd 1002/12.
58. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 10 maja 2011 r., sygn. akt II SA/Po 919/10.
59. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 lutego 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 2170/07.
60. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt VII SA/Wa 494/05.
61. Zieliński A., *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 2012.
62. Zimmerman J., *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Katarzyna Byszek

Szkoła Główna Handlowa w Warszawie
Kolegium Ekonomiczno-Społeczne
e-mail: katarzyna.byszek@gmail.com

Wpływ transatlantyckiego partnerstwa na rzecz handlu i inwestycji na ochronę zdrowia

Streszczenie

Celem artykułu jest zidentyfikowanie wpływu Transatlantyckiego Partnerstwa w dziedzinie Handlu i Inwestycji (TTIP) pomiędzy Unia Europejską (UE) i Stanami Zjednoczonymi na ochronę zdrowia. System ochrony zdrowia jest regulowany zarówno w państwach członkowskich Unii Europejskiej, jak i w Stanach Zjednoczonych. Różnice w przepisach prawnych w zakresie świadczenia usług opieki zdrowotnej czy wprowadzania do obrotu produktów w ramach tej opieki, bezpieczeństwa i inspekcji w sektorze ochrony zdrowia występują na poziomie relacji między UE i Stanami Zjednoczonymi oraz pomiędzy państwami członkowskimi UE i poszczególnymi stanami. Zawarcie umowy obejmującej wyżej wskazany zakres tematyczny będzie wymagało dostosowania porządków prawnych oraz ustanowienia nowych regulacji lub wyłączeń, jeśli strony nie doszły do porozumienia w określonym przypadku lub zdecydowały się uznać odrębne regulacje.

Słowa kluczowe

ocena wpływu, umowa handlowa, ochrona zdrowia

Wprowadzenie

W lipcu 2013 roku rozpoczęto negocjacje (tak zwaną pierwszą rundę rozmów) w sprawie utworzenia strefy wolnego handlu pomiędzy Stanami Zjednoczonymi i Unią Europejską (UE). Mandat do prowadzenia negocjacji w zakresie umowy o wolnym handlu otrzymała Komisja Europejska w imieniu dwudziestu ośmiu państw członkowskich oraz przedstawiciel ds. handlu Stanów Zjednoczonych.

Celem umowy określanej jako Transatlantyckie Partnerstwo w dziedzinie Handlu i Inwestycji (TTIP) jest usunięcie taryfowych i pozataryfowych barier w handlu towarami i usługami między obydwoma stronami oraz stworzenie lepszych warunków do inwestowania.

Celem artykułu jest określenie wpływu TTIP pomiędzy Unią Europejską i Stanami Zjednoczonymi na ochronę zdrowia na podstawie dokumentów, publikacji i opracowań na temat tego typu umowy i zdrowia publicznego. System ochrony zdrowia jest regulowany zarówno w państwach członkowskich UE, jak i w Stanach Zjednoczonych. Różnice w przepisach prawnych w zakresie świadczenia usług czy wprowadzania do obrotu produktów, bezpieczeństwa i inspekcji w sektorze ochrony zdrowia występują na poziomie relacji Unii Europejskiej ze Stanami Zjednoczonymi oraz pomiędzy państwami członkowskimi UE i poszczególnymi stanami. W mojej ocenie zawarcie umowy obejmującej swym zakresem tematycznym regulacje dotyczące produktów leczniczych, kosmetyków, żywności czy świadczenia usług opieki zdrowotnej będzie wymagało podjęcia działań o charakterze dostosowawczym, chyba że określone kwestie zostaną wyłączone z liberalizacji. W literaturze podnosi się, że TTIP jest najbardziej złożoną i dlatego najbardziej ambitną umową o wolnym handlu. Projekt TTIP jest podzielony na trzy części: dostęp do rynku, współpraca w zakresie uregulowań prawnych oraz przepisy. Poszczególne części podzielone są na rozdziały (łącznie dwadzieścia cztery). W niniejszym artykule odniosę się do wybranych rozdziałów projektu TTIP, tych, które dotyczą ochrony zdrowia, tj. handlu dobrami i usługami, rozstrzygania sporów, własności intelektualnej, barier technicznych w handlu oraz sanitarnych i fitosanitarnych zagadnień.

Ochrona zdrowia a regulacje

Usman Khan, Robert Pallot, David Taylor i Panos Kanavos wskazują, że choć istnieje związek pomiędzy wzrostem produktu krajowego brutto i lepszym stanem zdrowia populacji danego państwa, to w zależności od sposobu wykorzystania dochodu jego wpływ na standard życia i stan zdrowia jest pozytywny lub negatywny[1]. Wdrożenie rozwiązań legislacyjnych w zakresie usług i dóbr może oddziaływać na ochronę zdrowia, w szczególności, jeśli dotyczą one produktów leczniczych, żywności, substancji chemicznych i świadczeń opieki zdrowotnej. Projekt TTIP zawiera dwadzieścia cztery rozdziały poświęcone zagadnieniom dotyczącym współpracy w zakresie regulacji, handlu dobrami i usługami, ochrony inwestorów, własności intelektualnej i niektórych branż, między innymi farmaceutycznej, kosmetycznej, chemicznej. W celu zapewnienia mieszkańcom

[1] U. Khan U. et al., *Transatlantic Trade and Investment Partnership: international trade law, health systems and public health*, London 2015, s. 7.

optymalnych warunków do życia władze poszczególnych państw ustanowiły przepisy prawne, których zakres i złożoność zależy od obowiązującego w danym państwie podejścia do interwencji w rynek. Model gospodarki społecznej zakłada większą aktywność państwa w regulowaniu życia gospodarczego niż model gospodarki wolnorynkowej[2]. W większości państw europejskich, w których funkcjonuje ten pierwszy model, opieka zdrowotna jest finansowana lub współfinansowana z budżetu państwa[3]. Zapewnienie obywatelom ochrony zdrowia jest szerokim pojęciem i nie ogranicza się do zapewnienia dostępu do opieki zdrowotnej, lecz obejmuje także zapobieganie występowaniu chorób i wypadków, między innymi poprzez ustanowienie standardów (przepisów lub wytycznych) w zakresie bezpieczeństwa, w tym bezpieczeństwa żywności.

Współpraca stron w zakresie regulacji w ramach TTIP jest w mojej ocenie najważniejszym elementem tej umowy. W debacie na temat TTIP podnosi się, że 80% korzyści w związku ze wzrostem ekonomicznym wynika z harmonizacji prawa oraz zniesienia barier pozataryfowych (biurokratycznych, określanych też jako techniczne)[4]. Komisja Europejska zaprezentowała zasady współpracy w zakresie regulacji, tj. prawo do regulowania i niezależność regulatorów (przedstawicieli stron umowy), określając jednocześnie, że regulatorzy będą wspólnie pracować w poszczególnych obszarach tematycznych, wymieniać informacje i wzajemnie się konsultować[5]. Zapewnienie spójności regulacji oznacza ujednolicenie przepisów obowiązujących w UE i Stanach Zjednoczonych poprzez zmniejszenie lub usunięcie barier pozataryfowych. W celu określenia wpływu TTIP kluczowe jest zrozumienie różnic w podejściu do podejmowania decyzji i stanowienia prawa przez decydentów i ustawodawcę w państwach UE i w Stanach Zjednoczonych. Dyskusja w tym zakresie ma na celu znalezienie „złotego środka" – ugodowego rozwiązania problemu stosowania odmiennych podejść: zakorzenionej w prawie UE tak zwanej zasady ostrożności oraz oceny ryzyka i zarządzania ryzykiem w Stanach Zjednoczonych. Zasada ostrożności pozwala regulatorowi podjąć działanie w sytuacji zagrożenia zdrowia publicznego lub innego dobra wspólnego, w której brakuje dowodów naukowych do określenia związku przyczynowo-skutkowego lub negatywnych skutków. Zgodnie z opublikowanymi przez Komisję Europejską dokumentami dotyczącymi TTIP zasada ostrożności jest stosowana tylko w zakresie koniecznym do ochrony ludzi, zwierząt, roślin lub zdrowia

---

[2] Ibidem, s. 17.

[3] OECD, *Financing of health care*, [w:] *Health at a Glance: Europe 2012*, OECD Publishing 2012, s. 128, [online] http://dx.doi.org/10.1787/9789264183896-56-en [dostęp: 22.12.2015].

[4] M. Weiss, J. Middleton, T. Schrecker, *Warning: TTIP could be hazardous to your health*, "Journal of Public Health" 2014, Vol. 37, Issue 3, s. 367–369.

[5] Informacje o współpracy w zakresie regulacji zostały opublikowane przez Komisję Europejską: *Factsheet on regulatory cooperation*, [online] http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153002.1%20RegCo.pdf [dostęp: 22.12.2015]..

i w sposób przejrzysty, niepowodujący zbędnej zwłoki[6]. Użycie słowa „konieczny" (*necessary*), podobnie jak w klauzulach w GATT i GATS[7], wskazuje na intencję wąskiego stosowania zasady ostrożności. W podejściu stosowanym w Stanach Zjednoczonych przyjmuje się, że jeśli nie jest możliwe naukowe udowodnienie związku pomiędzy interwencją rządu (władz) i jej celem, to taki związek nie zachodzi. Natomiast w przypadku stosowania zasady ostrożności zakłada się, że przyjęcie określonych regulacji może wynikać z kierowania się zdrowym rozsądkiem przez ustawodawcę, mimo że nie ma dowodów naukowych na poparcie adekwatności lub skuteczności interwencji. W niektórych przypadkach podjęcie określonych działań przez regulatora jest oczywiste i dlatego dane zagadnienie (problem wymagający rozwiązania) nie było przedmiotem badań naukowych[8]. Zasadniczą różnicę pomiędzy podejściami można ogólnie wyjaśnić, posługując się następującym przykładem: w przypadku stosowania zasady ostrożności to przedsiębiorstwo zobowiązane jest do przedstawienia władzom państwowym przed wprowadzeniem danego produktu na rynek dowodów, na podstawie których twierdzi się, iż nie jest on szkodliwy, podczas gdy stosując podejście oceny ryzyka, to władze musiałyby udowodnić, że może wystąpić określona szkoda i nie jest możliwe jej złagodzenie[9].

Różnice w podejściach w zestawieniu z celami TTIP rodzą szereg pytań o to, w jakich obszarach UE i Stany Zjednoczone będą miały podobny poziom ochrony, a jakie pozostaną zróżnicowane. Dopiero po zakończeniu negocjacji i opublikowaniu ostatecznej treści TTIP będzie możliwa ocena, czy i w jakim zakresie któraś ze stron umowy jest biorcą regulacji (stroną dostosowującą się) czy też ich dawcą (stroną narzucającą dostosowanie).

Wpływ na ochronę zdrowia

Wśród rodzajów oddziaływania TTIP na ochronę zdrowia w pierwszej kolejności wskazuje się często wpływ na świadczenie usług opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Otwarcie rynku dla prywatnych świadczeniodawców

---

[6] Rada Unii Europejskiej, *Wytyczne w zakresie negocjacji dotyczących Transatlantyckiego partnerstwa w sprawie handlu i inwestycji między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z dnia 17 czerwca 2013 r.*, [online] http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/pl/pdf [dostęp: 21.02.2016].

[7] GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), porozumienie zawarte w 1947 roku przez dwadzieścia trzy państwa. GATS (General Agreement in the Trade in Services), porozumienie zawarte w ramach tak zwanej Rundy Urugwajskiej (1986–1994). Celem porozumień było umożliwienie rozwoju handlu międzynarodowego.

[8] J. Curtis, R. Reynolds, *TTIP, ISDS and the Implications for Irish Public Health Policy*, A Report for the Irish Cancer Society, 2015, s. 18, 91.

[9] N. Myers, *Debating the Precautionary Principle*, Science and Environmental Health Network 2000, [online] http://www.sehn.org/ppdebate.html [dostęp: 22.12.2015].

przy jednoczesnej deregulacji i konkurencji może spowodować utratę kontroli władz nad jakością udzielanych świadczeń oraz zmniejszenie poczucia odpowiedzialności w tym zakresie[10]. Liberalizacja w sektorze ochrony zdrowia może również skutkować obniżeniem standardów leczenia w celu zmniejszenia kosztów i maksymalizacji zysku świadczeniodawców, co w konsekwencji doprowadzi do obniżenia jakości opieki. Zawodność rynku w ochronie zdrowia może spowodować o wiele dalej idące konsekwencje niż w przypadku innych obszarów działalności gospodarczej. Ukierunkowanie świadczeniodawców na obniżanie kosztów może negatywnie wpłynąć na warunki pracy i płacy osób zatrudnionych w tym sektorze. W założeniu Komisji Europejskiej TTIP umożliwi wyłączenie stosowania przepisów umowy w zakresie świadczenia publicznych usług, jednakże to, czy kwestie związane ze świadczeniem opieki zdrowotnej będą podlegać wymogom zapewnienia dostępu do rynku, zależy od ostatecznych ustaleń TTIP.

Kolejnym elementem TTIP, który może mieć wpływ na ochronę zdrowia, jest rozwiązanie dotyczące rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem (Investor-State Dispute Settlement, ISDS)[11]. Zgodnie z informacjami przekazanymi podczas konferencji Organizacji Narodów Zjednoczonych w lutym 2015 roku mechanizm dochodzenia roszczeń jest stosowany przez inwestorów, o czym świadczą dostępne dane o czterdziestu dwóch wszczętych postępowaniach. Ponadto, rośnie udział spraw prowadzonych przeciwko państwom rozwiniętym gospodarczo. Kwoty roszczeń różnicują się od ośmiu milionów do dwóch i pół miliarda dolarów, choć informacje w tym zakresie mogą być niepełne, ponieważ większość międzynarodowych umów pozwala na wyłączenie jawności postępowania arbitrażowego. W literaturze[12] podnosi się, że zaproponowany mechanizm rozstrzygania sporów umożliwi międzynarodowym korporacjom pozywanie państw w zakresie regulacji ustanowionych w celu ochrony zdrowia obywateli, a jako przykład podawane są postępowania wszczęte przez firmy z branży tytoniowej przeciwko Australii. Podważany jest również argument, że ISDS pozwoli na szybkie rozwiązanie sporów, czego przykładem są również sprawy przeciwko władzom Australii. Japan Tobacco International zakwestionował przepisy dotyczące standardowych opakowań (*plain packaging*), a postępowanie przed sądem trwało krócej niż rok, zanim wydano orzeczenie Sądu Najwyższego w tej sprawie, natomiast identyczne roszczenie podniesione przez Phillip Morris International było rozpatrywane przez sąd arbitrażowy ponad cztery lata. Z drugiej strony

[10] J. Curtis, R. Reynolds, op. cit., s. 143 i n.

[11] Wersja projektu TTIP z 12 listopada 2015 roku zakłada zmodyfikowaną propozycję – Investment Court System, która zgodnie z deklaracją Komisji Europejskiej będzie obejmowała przejrzyste zasady funkcjonowania sądu arbitrażowego, wymagania co do kwalifikacji sędziów oraz procedurę odwoławczą.

[12] D. Gleeson, S. Friel, *Emerging threats to public health from regional trade agreements*, "Lancet" 2013, Vol. 381, No. 9876, Pp. 1507–1509, [online] http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(13)60312-8 [dostęp: 22.12.2015].

Christian Tietje i Freya Beatens wskazują, że wysokie koszty postępowania przed sądem arbitrażowym mogą powodować, iż państwa będą pod presją finansową dążyły do zawierania ugody w krótkim czasie i wypłaty odszkodowań inwestorom, nawet jeśli mają oni małe szanse na pozytywne dla nich rozstrzygnięcie[13].

W wytycznych dla negocjatorów z 2013 roku wskazano, że umowa odzwierciedlać będzie to, jak istotna dla obu stron jest ochrona własności intelektualnej, a negocjacje będą uwzględniać dotychczasowe porozumienie TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property)[14]. TRIPS weszło w życie w 1995 roku i stanowi podstawę ochrony własności intelektualnej. Dzięki przyjęciu tego porozumienia zwiększyła się międzynarodowa ochrona patentów poprzez zawężenie zakresu różnicowania krajowych praktyk w zakresie prawa patentowego. Zdaniem ekspertów Światowej Organizacji Zdrowia przyjęte rozwiązania umożliwiły dostęp do terapii lekowych ratujących życie w państwach rozwijających się, w szczególności w tych, które nie posiadają zasobów niezbędnych do produkcji leków. Rozszerzanie ochrony własności intelektualnej będzie miało wpływ na ceny i dostępność produktów leczniczych[15]. Zaawansowane technologie medyczne i terapie mogą okazać się zbyt drogie dla mieszkańców państw rozwijających się, a ich cena może nie być uzasadniona wysokością poniesionych nakładów w procesie produkcji. Wysoki koszt tych produktów w szczególności nie jest uzasadniony, jeśli przedsiębiorstwa otrzymywały wsparcie ze środków publicznych na badania nad nową technologią medyczną lub nowym wykorzystaniem technologii.

Kolejną kwestią dotyczącą wpływu TTIP na ochronę zdrowia jest definiowanie tajemnicy handlowej. Jest to bardzo ważna i obszerna kwestia, gdyż obejmuje ona zarówno informowanie o produktach leczniczych, wyrobach medycznych, substancjach chemicznych, substancjach używanych w kosmetykach, jak i składnikach żywności. W przypadku postrzegania jako tajemnicy handlowej przedsiębiorstwa między innymi raportów z badań klinicznych na temat bezpieczeństwa, informacji o działaniach niepożądanych czy reakcjach niepożądanych w związku z używaniem danego produktu, na przykład leku, publiczny dostęp do ważnych informacji może zostać ograniczony. Taka interpretacja byłaby również sprzeczna z celem Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 536/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku w sprawie badań klinicznych

---

[13] C. Tietje, F. Baetens, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands 2014.

[14] Rada Unii Europejskiej, *Wytyczne w zakresie negocjacji dotyczących Transatlantyckiego partnerstwa...*, op. cit.

[15] M. El Said, *Public Health Related TRIPS-plus Provisions in Bilateral Trade Agreements: A Policy Guide for Negotiators and Implementers in the WHO Eastern Mediterranean Region*, World Health Organization and International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, [online] http://applications.emro.who.int/dsaf/dsa1081.pdf [dostęp: 22.12.2015].

produktów leczniczych stosowanych u ludzi, którego celem jest zwiększenie przejrzystości w prowadzeniu tego rodzaju badań oraz dostarczanie informacji na temat ich rezultatów.

Przepisy dotyczące bezpieczeństwa żywności oraz substancji chemicznych w kontekście celu umowy, którym jest ułatwianie dostępu do rynku, budzą również wątpliwości co do wpływu współpracy w zakresie regulacji. W literaturze zwraca się uwagę na istotne różnice w przepisach dotyczących pożywienia i napojów, w szczególności w zakresie drobiu odkażanego chlorem oraz wołowiny poddanej działaniu hormonów wzrostu[16]. Zasadnicze różnice pomiędzy regulacjami UE i Stanów Zjednoczonych wskazywane są również przy analizie przepisów dotyczących substancji chemicznych zawartych w unijnym rozporządzeniu REACH (Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals – rejestracja, ocena, udzielanie zezwoleń i stosowane ograniczenia w zakresie chemikaliów) oraz w ustawie o kontroli substancji chemicznych (The US Toxic Substances Control Act)[17]. Przyczyną tego stanu rzeczy może być przyjęcie odmiennych podejść do regulowania rynku i zapewniania bezpieczeństwa konsumentów.

Analizując wpływ TTIP na ochronę zdrowia, należy również zwrócić uwagę, że zniesienie taryf może wpłynąć na obniżenie cen żywności przetworzonej i w konsekwencji na zwiększenie konsumpcji tego rodzaju produktów[18]. Wzrost spożycia produktów zawierających duże ilości soli, cukru i tłuszczu negatywnie wpłynie na stan zdrowia ludności i może osłabić rezultaty działań w zakresie polityki zdrowotnej państw członkowskich, ukierunkowanej między innymi na zapobieganie cukrzycy i chorobom układu krążenia.

Podsumowanie

TTIP z uwagi na projektowany zakres przedmiotowy i podmiotowy jest czymś więcej niż tradycyjną umową handlową. Główne obszary negocjacji, dotyczące zbliżania porządków prawnych, współpracy i harmonizacji, w szczególności budzą zainteresowanie osób, stowarzyszeń i przedsiębiorstw związanych z systemem ochrony zdrowia. Kwestie bezpieczeństwa wymagają szczególnej uwagi i ostrożności ustawodawców. Szeroki i niedookreślony termin „bariery techniczne" może skutkować przyjęciem rozwiązań negatywnie oddziałujących na zdrowie mieszkańców państw objętych umową. Od TTIP mogą zależeć w przyszłości dostępność i koszt terapii lekowej, standardy leczenia, bezpieczeństwo i stan wiedzy konsumentów-pacjentów na temat wprowadzanych produktów, dostęp do

[16] Zob. S. Horel, *A Toxic Affair: How the Chemical Lobby Blocked Action on Hormone Disrupting Chemicals*, Brussels 2015, [online] http://corporateeurope.org/sites/default/files/toxic_lobby_edc.pdf [dostęp: 22.12.2015].

[17] J. Curtis, R. Reynolds, op. cit., s. 138.

[18] U. Khan et al., op. cit., s. 30 i n.

określonych produktów. Stosowanie mechanizmu rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem może negatywnie wpłynąć na poziom ochrony zdrowia, ponieważ władze poszczególnych państw mogą rezygnować lub wstrzymać się z podjęciem interwencji z obawy o wysokie koszty postępowania arbitrażowego i ewentualnej wypłaty odszkodowań dla inwestorów.

Negocjacje dotyczące treści umowy trwają w dalszym ciągu[19]. Z uwagi na skalę oddziaływania towarzyszy im szereg obaw co do wpływu umowy na ochronę zdrowia obywateli. Ostateczną decyzję o przyjęciu umowy podejmą rządy państw UE i posłowie Parlamentu Europejskiego.

IMPACT OF THE TRANSATLANTIC PARTNERSHIP FOR TRADE AND INVESTMENT ON HEALTH PROTECTION

ABSTRACT

The aim of the article is to present the impact on healthcare which concluding the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) between the European Union and the United States would have. Healthcare system is regulated in both the Member States of the European Union and the United States. Differences in legislation regarding healthcare services, marketing of products, and safety and inspection in the health sector occur at the level of the EU-US relations and between the EU Member States and individual states. Conclusion of the agreement covering the above issues will require existing laws to be adjusted, new laws to be made and exemptions to be determined where the parties cannot agree on particular regulation or opt for mutual recognition of regulations.

KEYWORDS

impact assessment, trade agreement, health protection

BIBLIOGRAFIA

1. Andrei S., *Resisting TTIP: Dissecting the popular resentment toward the world's most ambitious free trade agreement*, "Economic Affairs" 2015, [online] http://www.europeanpublicaffairs.eu/resisting-ttip-dissecting-the-popular-resentment-toward-the-worlds-most-ambitious-free-trade-agreement/ [dostęp: 22.12.2015].
2. Bennet N., *Health concerns raised over EU-US trade deal*, "The Lancet" 2014, Vol. 384, Issue 9946, s. 843–844, [online] http://www.fas.org/sgp/crs/row/R43158.pdf [dostęp: 10.12.2015].
3. BEUC press statement of July 15, 2015, [online] http://www.beuc.eu/publications/beuc-web-2015-016_drug_pricing_and_reimbursement_decisions_have_no_place_in_ttip.pdf [dostęp: 22.12.2015].

[19] Artykuł został napisany przed rozpoczęciem dwunastej rundy negocjacji, która odbyła się w Brukseli w dniach 22–26 lutego 2016 roku.

4. Bloemen S., Mellema T., *Trading Away Access to Medicines – Revisited, Joint Agency Briefing Paper*, HAI Europe and Oxfam International 2015, [online] http://bit.ly/1×5hJTk [dostęp: 22.12.2015].
5. Correa C., *Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, "Health Economics and Drugs" 2002, EDM Series No. 12, Essential Drugs and Medicines Policy, World Health Organization, [online] WHO/EDM/PAR/2002.3. http://www.who.int/medicines/areas/policy/WHO_EDM_PAR_2002.3.pdf [dostęp: 22.12.2015].
6. Curtis J., Reynolds R., *TTIP, ISDS and the Implications for Irish Public Health Policy*, A Report for the Irish Cancer Society, 2015.
7. El Said M., *Public Health Related TRIPS-plus Provisions in Bilateral Trade Agreements: A Policy Guide for Negotiators and Implementers in the WHO Eastern Mediterranean Region*, World Health Organization and International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, [online] http://applications.emro.who.int/dsaf/dsa1081.pdf [dostęp: 22.12.2015].
8. European Commission, *Staff Working Document on an Action Plan for the EU Health Workforce*, SWD(2012) 93 final, Strasbourg 2012.
9. European Commission, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP explained*, [online] http://bit.ly/1jRJQ6h [dostęp: 22.12.2015].
10. European Commission, *Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in EU agreements*, [online] http://bit.ly/1fo6AFD [dostęp: 22.12.2015].
11. European Commission, *Commission Staff Working Document: Report – online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, [online] http://bit.ly/1u249WJ [dostęp: 22.12.2015].
12. European Commission, *Factsheet on regulatory cooperation*, [online] http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153002.1%20RegCo.pdf [dostęp: 22.12.2015].
13. Gleeson D., Friel S., *Emerging threats to public health from regional trade agreements*, "Lancet" 2013, Vol. 381, No. 9876, Pp. 1507–1509, [online] http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(13)60312-8 [dostęp: 22.12.2015].
14. Goyens M., *How will TTIP affect the health of Europeans?*, [online] http://www.beuc.eu/blog/how-will-ttip-affect-the-health-of-europeans/ [dostęp: 22.12.2015].
15. HAI, Universities Allied for Essential Medicines, Stop AIDS brochure, [online] http://haieurope.org/wp-content/uploads/2015/04/How-TTIP-Could-Damage-Access-to-Affordable-Medicines.pdf [dostęp: 22.12.2015].
16. HAI Europe and Oxfam, *Trading away access to medicines – revisited. How the European trade agenda continues to undermine access to medicines*, Joint Agency Briefing Paper 2014, [online] http://haieurope.org/wp-content/uploads/2014/09/Trading-Away--Access-to-Medicines-Revisited.pdf [dostęp: 22.12.2015].
17. Hamilton M., *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): What RCN members need to know*, [online] https://www.rcn.org.uk/news-and-events/news/transatlantic-trade-and-investment-partnership [dostęp: 22.12.2015].
18. van Harten G., *Why Arbitrators Not Judges? Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA*, Toronto 2014, [online] http://eu-secretdeals.info/upload/2014/07/Van-Harten_Comments-id2466688.pdf [dostęp: 22.12.2015].

19. Horel S., *A Toxic Affair: How the Chemical Lobby Blocked Action on Hormone Disrupting Chemicals*, Brussels 2015, [online] http://corporateeurope.org/sites/default/files/toxic_lobby_edc.pdf [dostęp: 22.12.2015].
20. Jarman H., *Public health and the Transatlantic trade and investment partnership*, "European Journal of Public Health" 2014, Vol. 24, No. 2, [online] http://eurpub.oxfordjournals.org/content/eurpub/24/2/181.full.pdf [dostęp: 22.12.2015].
21. Bureau J.-C. et al., *Risks and Opportunities for the EU Agri-Food Sector in a Possible EU-US Trade Agreement: Study for European Parliament*, DG for Internal Policies, Policy Department, Structural and Cohesion Policies, 2014.
22. Johnson R., *The U.S.-EU Beef Hormone Dispute*, Washington, DC, [online] https://www.fas.org/sgp/crs/row/R40449.pdf *[dostęp: 22.12.2015].*
23. Kaucher L., *The real force behind the NHS Act: The EU-US trade agreement*, [online] https://www.opendemocracy.net/ournhs/linda-kaucher/real-force-behind-nhs-act-euus-trade-agreement [dostęp: 22.12.2015].
24. Khan U. et al., *Transatlantic Trade and Investment Partnership: international trade law, health systems and public health*, London 2015.
25. Myers N., *Debating the Precautionary Principle*, Science and Environmental Health Network 2000, [online] http://www.sehn.org/ppdebate.html [dostęp: 22.12.2015].
26. OECD, *Financing of health care*, [w:] *Health at a Glance: Europe 2012*, OECD Publishing 2012, [online] http://dx.doi.org/10.1787/9789264183896-56-en [dostęp: 22.12.2015].
27. Poulsen L., Bonnitcha J., Yackee J., *Transatlantic Investment Treaty Protection*, Paper No. 3 in the CEPS-CTR Project on "TTIP in the Balance'' and CEPS Special Report No. 102, 2015, [online] https://www.ceps.eu/system/files/SR102_ISDS.pdf [dostęp: 22.12.2015].
28. Rada Unii Europejskiej, *Wytyczne w zakresie negocjacji dotyczących Transatlantyckiego partnerstwa w sprawie handlu i inwestycji między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z dnia 17 czerwca 2013 r.*, [online] http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/pl/pdf [dostęp: 21.02.2016].
29. Rose-Ackerman S., *Precaution, Proportionality, and Cost/Benefit Analysis: False Analogies*, "European Journal of Risk Regulation" 2013, Vol. 4, Issue 2, s. 281–286.
30. von Schomberg R., *The Precautionary Principle: Its Use Within Hard and Soft Law*, "European Journal of Risk Regulation" 2012, Issue 2, s. 147–156.
31. Siles-Brügge G., *'Race to the bottom' or setting global standards? Assessing the regulatory impact of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, [online] http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/ari42-2014-silesbrugge-assessing-regulatory-impact-ttip#.VUHtXyHzqL0 [dostęp: 22.12.2015].
32. Smith E., Azoulay D., Tuncak B., *Lower Common Denominator: How the proposed EU-US trade deal threatens to lower standards of protection from toxic chemicals*, Center For International Environmental Law 2015.
33. Suppan S., *Food Import Re-Inspection and the "High Standards" of 21st Century Trade Agreements*, [online] http://www.iatp.org/documents/food-import-re-inspection-and-the-%E2%80%9Chigh-standards%E2%80%9D-of-21st-century-trade-agreements#sthash.pRW hp7a6.dpuf [dostęp: 22.12.2015].
34. Tietje C., Baetens F., *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands 2014.

35. United Nations Conference on Trade and Development, *Trade and Development Report 2014: global governance and policy space for development. New York*: *United Nations*, [online] http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tdr2014_en.pdf [dostęp: 22.12.2015].
36. United Nations Conference on Trade and Development*, Recent Trends in IIAS and ISDS, Issues Note 1. New York: UNCTAD*, [online] http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf [dostęp: 22.12.2015].
37. Weiss M., Middleton J., Schrecker T., *Warning: TTIP could be hazardous to your health*, "Journal of Public Health" 2014, Vol. 37, Issue 3, s. 367–369.
38. World Trade Organisation, *Doha WTO Ministerial: Declaration on the TRIPS agreement and public health*, [online] http://bit.ly/IXJa04 [dostęp: 22.12.2015].

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Anna Ceglarska

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Historii Doktryn Politycznych i Prawnych
e-mail: ceglarska.anna@gmail.com

Początki europejskiej dyplomacji – heroldowie i prokseni

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie korzeni dyplomacji europejskiej, sięgających czasów antycznej Grecji. Na wstępie podana zostanie etymologia słowa „dyplomacja" oraz jedna z pierwszych jej definicji, stworzona przez słynnego rzymskiego jurystę i filozofa, Cycerona. W dalszej części przedstawiony będzie zarys historii i relacji pomiędzy greckimi *poleis*, czyli podstawowymi komórkami ówczesnej sceny politycznej, a także pierwsze ogólnogreckie prawo, zobowiązujące do udzielenia podróżnym gościny, stanowiące fundament późniejszych relacji. Wreszcie zaprezentowane zostaną dwie najistotniejsze instytucje, których działalność stanowiła początki rozwoju dyplomacji. Genezę herolda można wywieść już z tekstu *Iliady*, a jego rola wielokrotnie podkreślana jest w rozmaitych źródłach, od relacji historycznych po literaturę. Drugą instytucją jest zaś charakterystyczna dla Grecji proksenia, bazująca na dotychczasowych zasadach prawa gościnności. Artykuł ma przedstawić istotne funkcje pełnione przez tych protodyplomatów oraz uzmysłowić, iż wzajemne relacje oparte na dyplomacji sięgają dużo wcześniej niż nowożytne traktaty, a nawet słynne prawo rzymskie.

Słowa kluczowe

Grecja, herold, proksen, dyplomacja

Wstęp

Dyplomacja, podobnie jak wiele innych słów związanych z polityką i ustrojami państw, swoimi korzeniami sięga starożytnej greki. Najprawdopodobniej pochodzi ona od słowa *diplóos*, oznaczającego dokument złożony we dwoje (διπλό, czyli po prostu „podwójny"), w który wyposażany był poseł, rodzaj dzisiejszego listu uwierzytelniającego[1]. Również jej najtrafniejsza i wciąż aktualna definicja powstała w starożytności. Słynnemu rzymskiemu filozofowi, mężowi stanu oraz prawnikowi, Markowi Tuliuszowi Cyceronowi przypisuje się wypowiedź:

> Istnieją dwa sposoby rozstrzygania sporów: jeden przy pomocy argumentów, drugi przy użyciu siły; a ponieważ pierwszy z nich jest właściwy człowiekowi, a drugi dzikim zwierzętom, należy uciec się do drugiego sposobu tylko wówczas, gdy nie możemy użyć pierwszego[2].

Trudno o bardziej trafną, a jednocześnie pochlebną definicję dyplomacji. Już zdaniem Cycerona jest ona nie tylko najwłaściwszym, ale też typowo ludzkim sposobem rozwiązywania sporów ze względu na posiadany przez człowieka rozum. Współcześnie stosunki dyplomatyczne reguluje przede wszystkim konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych z 1961 roku. Dzisiejsze rozumienie pojęcia „dyplomacja" jest oczywiście dużo szersze niż to przytoczone przez Cycerona, a zarazem – trudniej definiowalne. We wspomnianej konwencji znalazł się zapis, iż do funkcji misji dyplomatycznej należy również „popieranie przyjaznych stosunków pomiędzy państwem wysyłającym a państwem przyjmującym oraz rozwijanie pomiędzy nimi stosunków gospodarczych, kulturalnych i naukowych"[3]. Rola dyplomacji nie ogranicza się już zatem do reprezentowania oraz pokojowego rozstrzygania sporów, lecz służyć ma także nawiązywaniu i podtrzymywaniu pozytywnych relacji pomiędzy państwami, czyli realizowaniu szeroko rozumianej polityki zagranicznej. Błędem byłoby jednak myślenie, iż ustalenie zasad prawa dyplomatycznego, pokojowych metod rozwiązywania sporów czy współpracy transgranicznej lub międzyregionalnej to dwudziestowieczne *novum*, wypracowane w konwencjach, porozumieniach oraz związkach państw. Podobnie jak sama „dyplomacja", pewne jej podstawowe zasady i instytucje sięgają dużo wcześniej. W europejskim kręgu kulturowym najistotniejsze wydają się tradycje pochodzące ze starożytnej Grecji.

---

[1] C. Gizewski, *Diploma, Diplomacy*, [w:] *Brill's New Pauly: encyclopaedia of the ancient world. Antiquity*, Vol. 4, eds. H. Cancik, H. Schneider, Boston 2004, [online] http://referenceworks.brillonline.com/entries/brill-s-new-pauly/diploma-e321230 [dostęp: 8.06.2016].

[2] J. Sutor, *Pokojowe załatwianie sporów międzynarodowych*, Wrocław 1979, s. 15.

[3] Art. 3 pkt 1e) Konwencji Wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z dnia 18.04.1961 (DzU z 1965 r., nr 37, poz. 232).

Sytuacja polityczna Grecji

Bez wątpienia podstawową jednostką stosunków politycznych i gospodarczych w dawnej Helladzie było *polis*, słynne miasto-państwo. Powszechnie zakłada się, iż jedną z jego głównych cech była autonomia – autarkia, nade wszystko w sferze gospodarczej, ale poprzez to obejmująca również wiele sfer życia, które dziś uznalibyśmy za wchodzące w skład relacji międzynarodowych. Rywalizujące ze sobą o hegemonię *poleis* nie mogły pozwolić sobie na gospodarcze uzależnienie od przeciwników. W praktyce jednak często mniejsze z nich pozostawały zależne od swoich potężniejszych sąsiadów. Wystarczy chociażby przytoczyć przykład Aten i innych państw należących do Związku Morskiego, faktycznie uzależnionych od ateńskiej polityki, czy pomniejszych *poleis* i kolonii, które w sytuacjach kryzysowych odwoływały się do swoich silniejszych sojuszników bądź państw założycieli[4]. Wskutek tego w życiu starożytnych Greków sposób nawiązywania kontaktów pomiędzy poszczególnymi grodami był niezwykle ważny i często determinował nie tylko losy poszczególnych państw, ale również całej Hellady. Warto zwrócić uwagę, iż tak istotny dla losów Grecji konflikt, jakim była wojna peloponeska, miał swoją przyczynę w sporze pomiędzy zaledwie dwoma *poleis* – przynależącą do Związku Morskiego Megarą (a w II wojnie – Korkyrą) i Koryntem, będącym sojusznikiem Sparty[5]. Istotą politycznych relacji w Grecji były również osobiste związki pomiędzy przedstawicielami poszczególnych *poleis*, związki ponad granicami państwowymi, utrzymywane głównie przez arystokratyczne elity dzięki sojuszom, małżeństwom czy prawu gościnności[6]. De facto to właśnie prawo gościnności zaczęło określać wzajemne relacje pomiędzy państwami, dając podstawę do powstania nowej instytucji, jaką stała się niezwykle charakterystyczna dla Grecji proksenia. Zanim jednak przejdę do jej omówienia, konieczne wydaje się zarysowanie kwestii związanych z rozwojem samej zasady gościnności oraz kilku ważniejszych funkcji mających wpływ na greckie stosunki międzypaństwowe.

Wzajemne relacje

Relacje pomiędzy poszczególnymi *poleis* opierały się nie tylko na zależnościach politycznych i sojuszach wojskowych, określanych mianem symmachii, spośród których najbardziej znana była Symmachia Spartańska, zwana również Związkiem Peloponeskim. Istotną rolę odgrywały też wspólne wartości oraz religia.

---

[4] J. Ober, *The Rise and Fall of Classical Greece*, New Jersey 2015, s. 41.

[5] N. Wilson, *Encyclopedia of Ancient Greece*, New York 2010, s. 185.

[6] J. M. Hall, *International Relations*, [w:] *The Cambridge History Of Greek And Roman Warfare*, Vol. 1: *Greece, The Hellenistic World And The Rise Of Rome*, eds. P. Sabin, H. Van Wees, M. Whitby, New York 2007, s. 84.

Tak zwane amfiktionie powstawały w związku z koniecznością ochrony miejsc kultu, najczęściej jako związek państw otaczających największą czcią jedno z bóstw olimpijskich (na przykład amfiktionia delficka)[7]. Już w *Odysei* jest jasno sprecyzowane, co Grecy uznają za zachowania „cywilizowane", czyli zgodne z ogólnymi normami, a co jest dla nich świadectwem barbarzyństwa[8]. Sformułowanie „już w *Odysei*" nie oznacza bynajmniej, że wcześniej takie rozróżnienie nie było Grekom znane. Brak wyczerpujących źródeł uniemożliwia stwierdzenie tego z całą pewnością, należy jednak wziąć pod uwagę fakt, iż uprzednio na terenie Hellady istniały dwie znaczące cywilizacje: minojska (na Krecie) i mykeńska (na terenach Grecji kontynentalnej), w ich ramach zaś funkcjonowały prężnie rozwijające się państwa pałacowe, stanowiące ośrodki o znaczeniu nie tylko politycznym, ale też gospodarczym i kulturalnym. Implikuje to dość jednoznacznie, iż stosunki dyplomatyczne pomiędzy państwami nie mogły zacząć się dopiero około IX–VIII wieku p.n.e., czyli za czasów Homera[9]. *Odyseja* jednakże jest pierwszym źródłem, które nie tylko określa obowiązujące reguły, ale również wyjaśnia je oraz ilustruje przykładami. Najważniejsze jest porównawcze zestawienie ze sobą dwóch napotkanych przez Odyseusza państw (czy może raczej kultur): Cyklopów i Feaków. Dzięki poematom Homera, wzbogaconym również o późniejszą tradycję, powszechnie wiadomo, jak skończyły się interakcje Odysa, a więc „cywilizowanego" Greka, z przedstawicielami jednej i drugiej grupy. Przedstawiciel Cyklopów, Polifem, za nic miał uświęcone przez Zeusa prawo gościnności, choć Odys wprost się na nie powołuje:

> A my oto przypadamy do twoich kolan, żebyś nam dał gościniec albo w inny sposób obdarzył, jak każde prawo gościnności. Bogów się bój, o najdzielniejszy, jesteśmy ci błagalnicy, a bałaganików i gości Dzeus jest mścicielem, Dzeus Gościnny, który prowadzi i z szacunkiem osłania przybyszów[10].

Wręcz przeciwnie, Polifem nie tylko złamał prawo gościnności, ale w związku z tym dokonał również aktu świętokradztwa, wprost ogłaszając, iż za nic ma boskie nakazy, czego dowiódł, mordując większość Odysowych druhów. Jego działanie

---

[7] J. Wolski, *Historia powszechna. Starożytność*, Warszawa 1971, s. 161.

[8] J. M. Hall, op. cit., s. 87.

[9] P. Karavites, *Diplomatic Envoys in the Homeric World*, "RIDA" 1987, No. 34, s. 42. Oczywiście jest to wskazanie ogólne, jako że wciąż nie potrafimy dokładnie określić, w którym wieku żył Homer. Koniec XII wieku uznawany jest jednak powszechnie za okres, w którym nastąpił upadek Troi i cywilizacji mykeńskiej, zaś niektóre fragmenty eposów sugerują, iż przedstawiony jest w nich świat mniej więcej VIII wieku, a zatem akcja *Iliady* i *Odysei* musi mieć miejsce pomiędzy tymi dwoma datami granicznymi. Szerzej na ten temat zob. A. Ceglarska, *Polityczny obraz Grecji w świecie Iliady i Odysei*, „Jurysta – Magazyn Prawniczy" 2013, nr 6.

[10] Homer, *Odyseja*, „Biblioteka Antyczna", tłum. J. Parandowski, Warszawa 1998, IX, 266–271.

stanowiło zatem naruszenie dwóch najważniejszych reguł greckiego świata, które w tejże sytuacji immanentnie były ze sobą powiązane: szacunku do bogów oraz obowiązku udzielenia gościny. Z drugiej strony w państwie Feaków, do którego Odys przybywa już jako samotny rozbitek, a więc zdawać by się mogło persona mniej godna szacunku niż dowódca okrętu wypełnionego załogą, zostaje on godnie podjęty, nakarmiony i obdarowany, ponieważ „każdy gość i żebrak przychodzi od Dzeusa”[11]. Zestawienie to wyraźnie przedstawia nie tylko różnice pomiędzy światem greckiej cywilizacji i jej brakiem, ale także przyczyny takich odmienności. Dzikość Cyklopów nie ma bowiem źródła jedynie w ich pochodzeniu. Drugim istotnym czynnikiem jest całkowity brak kontaktu ze światem cywilizowanym. Niesprawiedliwość niekoniecznie leży w samej ich naturze, choć odwołując się do definicji Cycerońskiej, Cyklopom bliżej do świata zwierząt niż ludzi. Brak w ich krainie jakichkolwiek przejawów „cywilizacji”, w tym polityki – ziemia ich, choć urodzajna, jest nieuprawiana, trudnią się jedynie pasterstwem, nie budują okrętów, co więcej: „Nie masz u nich zgromadzeń ani do narad, ani do sądów […] każdy stanowi prawo dla swych dzieci i żon i nawzajem się o siebie nie troszczą”[12].

Przypominają zatem bardziej pierwotne szczepy pasterskie, które choć już zaczęły prowadzić osiadły tryb życia (co częściowo jest też wymuszone faktem zamieszkiwania przez nich wyspy), to jeszcze nie wykształciły ani poczucia wspólnoty, ani jakichkolwiek instytucji politycznych, a z tego powodu nie znają również prawa, które stanowi zdobycz bardziej rozwiniętych Greków. Braki te potencjalnie mogłyby zostać uzupełnione, gdyby przynajmniej nawiązywali kontakt z innymi krainami, gdzie podstawowe reguły są przestrzegane[13]. Ich samowystarczalność prowadzi jednak do alienacji, a tym samym nieznajomości i niemożności zapoznania się z postępowaniem ludzi „cywilizowanych”.

Zupełnie inaczej przebiegał pierwszy kontakt Odysa z innym dziwnym plemieniem – Lotofagami. Warto zwrócić uwagę, iż na spotkanie z nimi wysłani zostali dwaj zwiadowcy i herold. W tym wypadku to już nie zła wola gospodarzy, lecz całkowite odmienności kulturowe stały się przyczyną kłopotów itackiej drużyny. Spokojni Lotofagowie zdradzają więcej cech cywilizowanych ludów – witają gości, podają im posiłek, pozwalają opuścić swoją krainę[14]. Wypełniają zatem podstawowe obowiązki gospodarzy. Najbardziej podobni do Greków są natomiast Feakowie, którzy nie tylko godnie podejmują przybyszów, ale wydają się stanowić (oczywiście mocno wyidealizowane) przedstawienie społeczeństwa greckiego. W przeciwieństwie do Cyklopów byli oni przeważnie kupcami i żeglarzami, a zatem wystarczająco często stykali się z przedstawicielami innych krajów, by przyswoić sobie powszechne, „międzynarodowe” zasady. Ich

[11] Ibidem, VI, 208.
[12] Ibidem, IX, 113–115.
[13] J. M. Hall, op. cit., s. 87.
[14] Homer, *Odyseja*, op. cit., IX, 82–100.

poszanowanie dla gościa wynika nie tylko z faktu, że są lepszymi ludźmi, ale też z tego, że w czasie swoich podróży spotykali inne narody, pośród których również oni, jako przybysze, spotykali się z szacunkiem. Łatwo sobie wyobrazić, że państwo, które byłoby całkowicie odizolowane od reszty świata, nie uznawałoby żadnych wyznawanych przez społeczność międzynarodową norm. Tak właśnie stało się w przypadku Cyklopów, fakt ten zaś jedynie umocnił ich złą naturę, która w innym wypadku mogłaby zostać zmieniona w procesach socjalizacji.

Interesujące jest również rozróżnienie pomiędzy „Grecją" a „światem barbarzyńskim", nie ma ono bowiem, wbrew powszechnym skojarzeniom, nic wspólnego z „nieucywilizowaniem" narodów barbarzyńskich. Termin ten początkowo nie miał pejoratywnych konotacji i oznaczał de facto to samo, co „obcy", a zatem „niebędący mieszkańcem naszego *polis*". W greckich państwach-miastach osoby zamieszkujące *polis*, lecz nie pochodzące z niego, najczęściej stanowiły osobną grupę społeczną, jak na przykład ateńscy metojkowie[15]. Dla Spartan każdy niebędący Spartaninem był „obcy"[16]. Dopiero wojny perskie przyniosły ze sobą nie tylko wyrazistsze rozróżnienie pomiędzy Grecją a barbarzyńcami, ale i negatywne znaczenie tego terminu, czego źródła są jednak czysto polityczne. Dookreślenie wspólnego wroga poprzez odwołanie do jego całkowitej odmienności kulturowej umożliwiło osiągnięcie niezwykłego jak na greckie warunki zjednoczenia się licznych *poleis*. Najlepsze świadectwo ewolucji pojęcia „barbarzyńca" daje opisujący historię konfliktu grecko-perskiego historyk Herodot, który łączy już stricte barbarzyńców z Persją[17], lecz w żaden sposób nie utożsamia tego terminu ze znanym nam współcześnie znaczeniem. Persowie, w przeciwieństwie do Cyklopów, mieli bowiem kulturę, zdaniem Herodota nawet wysoko rozwiniętą, lecz odmienną, a zatem nie byli „niecywilizowani", lecz po prostu „inni".

Posłowie i ambasadorowie

Znacząca ilość *poleis*, a także rozliczne kontakty Greków ze światem pozagreckim implikowały jednakże konieczność wypracowania pewnych ogólnych norm postępowania. Omówiona uprzednio zasada gościnności mogła być wystarczająca w kontaktach prywatnych, lecz bardziej oficjalne stosunki dyplomatyczne pomiędzy *poleis* wymagały też pewniej regulacji i stabilizacji, którą zapewniały prawo oraz zwyczaj. To właśnie z Hellady pochodzi znany przywilej nietykalności

[15] O. Jurewicz, L. Winniczuk, *Starożytni Grecy i Rzymianie w życiu prywatnym i państwowym*, Warszawa 1970, s. 327.

[16] Herodot, *Dzieje*, tłum. i oprac. S. Hammer, Warszawa 2007, IX, 11; J. M. Hall, op. cit., s. 90.

[17] K. Głombiowski, *Pojęcia „hellenizmu" i „barbaryzmu" jako wyznaczniki herodotowej i europejskiej humanitas*, „Meander" 2003, t. 58 (3–4), s. 253–263.

posła, immunitet[18], który już wówczas stanowił istotną zasadę, respektowaną pośród cywilizowanych narodów[19]. Posłańcy znajdowali się bowiem pod specjalną ochroną bogów. Stąd też zabicie posłów perskiego króla Dariusza przez Spartan nie tylko nie spotkało się z akceptacją, ale wzbudziło niepokój pośród samych Lacedemończyków, co ponownie dokumentuje Herodot. Co więcej, świadomi niegodziwości tego czynu Spartanie sami posłali swoich przedstawicieli do króla perskiego. Ci gotowi byli również ponieść śmierć, by w ten symboliczny sposób zadośćuczynić Kserksesowi i zmyć hańbę ze swego miasta. Niezwykłe jest jednak w tej kwestii stanowisko samego Kserksesa. Zgodnie bowiem z relacją Herodota zachował się on bardziej po grecku niż sami Grecy, co zresztą dość jednoznacznie wskazuje, iż „barbarzyńskość" Persów nie wiązała się z ich niezrozumieniem podstawowych norm cywilizacyjnych. Kserkses nie przyjął poświęcenia spartiatów, wprost informując ich, iż „oni, zabijając heroldów, naruszyli uznane przez wszystkich ludzi prawo, on zaś nie uczyni tego, co im zarzuca, ani, mordując ich nawzajem, nie uwolni Lacedemończyków od winy"[20].

Poseł, czy też pierwotnie herold (κήρυξ, *keryx*)[21], pełnił, oprócz funkcji religijnych i reprezentacyjnych, rolę oficjalnego pośrednika pomiędzy państwami, będącego pod ochroną bogów, Zeusa i Hermesa. Sam Hermes był właśnie boskim heroldem w uskrzydlonych sandałach, patronem posłańców i podróżnych, podobnie jak pokojówka Hery, bogini Irys, patronka tęczy. Ich atrybutem był kaduceusz, leszczynowa laska z oplatającymi ją dwoma wężami, mogąca uśmierzać spory i stanowiąca symbol nietykalności herolda[22]. Być może urząd ten istniał już w czasach mykeńskich, lecz tabliczki z pismem linearnym B nie dają jednoznacznej odpowiedzi[23]. W późniejszych czasach był on zaś co do zasady dziedziczny, a także cieszył się dużym szacunkiem, o czym świadczy nie tylko fakt posiadania własnego, boskiego patrona, będącego zarazem synem samego Zeusa, czyli wspomnianego już Hermesa, ale także sposób przedstawiania postaci heroldów w sztuce, a zwłaszcza literaturze. Jest on właściwie nieodzowną postacią w greckich tragediach, w których najczęściej pojawia się, by poinformować zarówno bohaterów, jak i słuchaczy o wydarzeniach, które mają miejsce poza sceną, w innym miejscu bądź czasie. Gdy Agamemnon wysyła swych heroldów, by odebrali Achillesowi brankę, ten wita ich słowami: „Witam was, obaj heroldzi, posłowie

[18] Jego najdawniejsze formy pojawiają się już w eposach hinduskich, na przykład w *Ramajanie*, w tym miejscu staram się jednak skupić na europejskim kręgu kulturowym. Por. *Leksykon prawa i protokołu dyplomatycznego. 100 podstawowych pojęć*, red. S. Sykuna, J. Zajadło, Warszawa 2011, s. 105.

[19] Warto również zwrócić uwagę na to, że greckie określenie immunitetu (ασυλία) zbieżne jest w swoich źródłach ze słowem „azyl".

[20] Herodot, op. cit., VII, 136.

[21] P. Karavites, op. cit., s. 45.

[22] Ibidem, s. 68–69.

[23] Ibidem, s. 44.

Dzeusa i ludzi”[24], i w żaden sposób nie obarcza ich winą za czyn Agamemnona, choć teoretycznie są oni mu poddani.

Heroldowie są obecni przy najważniejszych wydarzeniach, jak chociażby podczas wspólnie składanej przez Agamemnona i Priama przysięgi, iż pojedynek Menelaosa z Parysem zostanie uznany za rozstrzygający przez obie strony. Co więcej, dzierżą berła, które w innych sytuacjach charakterystyczne są dla przemawiających królów[25]. Herold Eurybates był najrozumniejszy, najbliższy Odysowi z całej drużyny, Medon zaś pozostał jednym z niewielu uczciwych i wiernych sług. W praktyce zaś sam sposób przyjęcia herolda mógł stanowić dowód zamiarów jednej ze stron – odmowa wysłuchania go przed zgromadzeniem była właściwie tożsama z deklaracją wrogiego stosunku do państwa wysyłającego. Jednocześnie jego rola w dyplomacji była raczej bierna. Herold mógł zgłaszać wnioski i przedstawiać deklaracje, ale nie miał uprawnień do aktywnego uczestnictwa w negocjacjach. Tę rolę spełniali ambasadorzy (πρέσβεις, *presbeis*)[26]. Termin ten pierwotnie oznaczał „starszych” (*présbys* – „stary”[27]), czyli doświadczonych obywateli, posiadających odpowiednią wiedzę, a niejednokrotnie istotne w relacjach między *poleis* znajomości bądź związki przyjaźni. Od ambasadorów oczekiwano aktywnego uczestnictwa oraz reprezentowania interesów swojego państwa. Ważność ich roli podkreślał również fakt, że często byli wybierani bezpośrednio przez obywateli, jak miało to miejsce między innymi w Atenach.

Proksen

Na tym tle dość wyjątkową postacią pozostawał proksen (πρόξενος). Nazwa ta wywodzi się od słowa ξενία (*ksenia*), oznaczającego „gościnność”[28]. Jej patronem był najważniejszy z bogów olimpijskich, sam Zeus, również obdarzony przydomkiem Zeus Ksenios (Zeus Gościnny, na którego wstawiennictwo powołuje się Odys w cytowanej wyżej prośbie do Polifema). Zadzierzgnięcie więzów przyjaźni miało formę zrytualizowaną i wiązało się z przyjęciem przez jednostki praw

[24] Homer, *Iliada*, „Biblioteka Antyczna”, tłum. K. Jeżewska, Warszawa 2005, I, 334.

[25] Ibidem, VII, 277.

[26] K-W. Welwei, *Presbeia, Presbeis*, [w:] *Brill's New Pauly: encyclopaedia of the ancient world. Antiquity*, Vol. 11, eds. H. Cancik, H. Schneider, Boston 2006, [online] http://referenceworks.brillonline.com/entries/brill-s-new-pauly/presbeia-presbeis-e1008130 [dostęp: 8.06.2016].

[27] Między innymi w tym kontekście słowo to użyte jest w *Odysei*, kiedy Zeus zwraca się do Posejdona: „Niepodobna przecież lekceważyć tego, kto jest **najstarszy** i najlepszy” (χαλεπὸν δέκενεῖη **πρεσβύτατον** καὶ ἄριστον ἀτιμίῃσιν ἰάλλειν). Zob. Homer, *Odyseja*, op. cit., XIII, 141–142 (podkr. własne).

[28] J. M. Hall, op. cit., s. 91.

i obowiązków, jakie co do zasady występowały pomiędzy krewnymi[29]. Prawo gościnności w starożytnej Grecji stanowiło istotną tradycję, trwale ugruntowaną również w religii. Znany jest mit o Filemonie i Baucis, ubogich staruszkach mieszkających we Frygii, którzy jako jedyni przyjęli w gościnę dwóch biednych podróżnych. Wędrowcami tymi okazali się Zeus i Hermes, którzy w nagrodę uczynili z małżonków kapłanów swej świątyni, a po śmierci przemienili ich w dwa rosnące przed nią drzewa, zaś resztę niegościnnej krainy zatopili, zamieniając mieszkańców w żaby[30]. Co więcej, to właśnie naruszenie „ksenii" wywołało słynną wojnę trojańską. Parys bowiem, porywając Helenę z domu swego gospodarza, a jej męża, również naruszył święte prawo gościnności. Tym samym nie tylko pohańbił Menelaosa, ale i zlekceważył autorytet Zeusa. Grecy musieli zatem pomścić obie zniewagi. Warto zauważyć, że właściwie każdy występek przeciwko prawu gościnności prędzej czy później wiąże się z karą wymierzoną naruszającemu. Wystarczy ponownie odwołać się do Homera, by dostrzec, że Troja zostaje zniszczona, Cyklop Polifem oślepiony, a zalotnicy Penelopy zabici (oni bowiem również naruszają prawa gospodarza – ich zachowanie wobec Penelopy i jej syna urąga godności dawnego pana domu, czyli Odysa, zaś naruszanie jego majątku łamie potencjalne prawa Telemacha). Z drugiej strony przybycie „obcych" wzbudzało uzasadniony niepokój pośród *poleis*, pozostających ze sobą przez większość czasu w rozmaitych konfliktach. Z tego właśnie powodu powstała instytucja proksena, najbardziej zbliżona do dzisiejszego konsula honorowego. Proksen był obywatelem *polis* związanym węzłem przyjaźni z mieszkańcami innego państwa-miasta. Gdy więc ci przybywali do miasta proksena, miał on zapewnić im gościnę i ochronę. Stąd też geneza samej nazwy, która w nowożytnej grece tożsama jest ze słowem „konsul". Widać tu jednak istotną różnicę w porównaniu do dzisiejszego stanowiska konsula, a jednocześnie kolejną zbieżność z funkcją konsula honorowego[31]. Współcześnie konsul zawodowy jest przedstawicielem państwa wysyłającego na terenie innego państwa, tak zwanego przyjmującego. W starożytnej Grecji nie występował ten charakterystyczny element „wysyłania". Posługując się aktualną terminologią, proksen był obywatelem państwa przyjmującego i działał na jego terenie, dbając o obywateli państwa mianującego (wysyłającego)[32]. Zatem proksenem spartańskim w Atenach był mieszkający w tym grodzie obywatel Aten, który przyjmował przybywających Lacedemończyków,

[29] W przypadku braku proksena obywatel innego miasta mógł skorzystać z prawa hikesji, czyli odwołania się do Zeusa Hiketeriosa, opiekuna błagalników. Relacja pomiędzy tymi dwoma instytucjami wciąż jest niepewna, ale można domniemywać, że hikesja wytwarzała pomiędzy osobami słabszą więź niż przyjaźń i proksenia. Zob. O. Jurewicz, L. Winniczuk, op. cit., s. 339.

[30] Z. Kubiak, *Mitologia Greków i Rzymian*, Warszawa 2003, s. 149–150.

[31] *Leksykon prawa i protokołu…*, op. cit., s. 148.

[32] I. Gawłowicz, *Międzynarodowe prawo dyplomatyczne – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, s. 147–152.

a nie, jak uznalibyśmy dziś, zamieszkały w Atenach Spartanin. Oprócz udzielania gościny proksen miał również używać swoich wpływów, by promować zgodę pomiędzy *poleis* oraz dążyć do utrzymania wzajemnych sojuszy. Podobnie jak konsul honorowy, nie pobierał on wynagrodzenia za sprawowanie tej godności, wręcz przeciwnie, analogicznie jak w późniejszych czasach Republiki i Cesarstwa Rzymskiego, pełnienie funkcji publicznej co do zasady wymagało angażowania własnych środków pieniężnych. Często jednak wiązało się z uzyskiwaniem pewnych przywilejów (honorowych, gospodarczych, religijnych), a także szczególnego szacunku, którym otaczano taką osobę. Proksen nie był też urzędnikiem państwa mianującego – pozostawał stale obywatelem *polis*, z którego pochodził, i w razie jakiegokolwiek konfliktu pomiędzy państwem rodzinnym i mianującym miał obowiązek stanąć po stronie tego pierwszego. Przykład nie tyle mianowania proksena, ile zadzierzgnięcia więzów przyjaźni, mogących później stanowić podstawę proksenii, prezentuje Plutarch w *Żywocie Solona*:

> Anacharsis poszedł do domu Solona, zakołatał i przedstawił się jako cudzoziemiec, który przybywa, aby zawrzeć z nim związek gościnności. Gdy Solon odpowiedział mu, że przecież lepiej zadzierzgnąć przyjaźń w ojczyźnie, Anacharsis odparł: „Skoro więc jesteś w swojej ojczyźnie, zawrzyj z nami przyjaźń i związki gościnności!"[33]

Jednym z pierwszych znanych proksenów był Menecrates z Lokrydy Ozolskiej, mianowany przez Korkyrę. Cieszył się on takim szacunkiem, że po śmierci wystawiono mu nagrobek również w Korkyrze[34]. O stanowisko proksena starał się też słynny wódz ateński żyjący w czasach II wojny peloponeskiej, Alkibiades, którego przodkowie byli mianowani z nadania Sparty. Kiedy jednak nie otrzymał proksenii (prawdopodobnie z powodu zbyt młodego wieku), uznał, iż został poniżony, i zaczął się sprzeciwiać wszelkim spartańskim żądaniom[35]. Przykład ten jednoznacznie obrazuje, jak istotna była proksenia nie tylko dla państwa mianującego, ale i dla pełniącego tę funkcję.

Zakończenie

Niezwykłe rozdrobnienie organizmów państwowych w świecie greckim powodowało konieczność dookreślenia wzajemnych relacji pomiędzy poszczególnymi *poleis*. Wbrew pozorom Hellada wcale nie pozostawała w stanie permanentnej wojny. Takie przekonanie wytworzyły we współczesnych najsłynniejsze utwory

---

[33] Plutarch, *Żywoty równoległe*, t. 2, „Biblioteka Antyczna", tłum. K. Korus i L. Trzcionkowski, Warszawa 2005, Solon V, 2–3.

[34] R. Meiggs, D. Lewis, *A Selection of Greek Historical Inscriptions to the End of the Fifth Century BC*., Oxford 1989, s. 4.

[35] Tukidydes, *Wojna peloponeska*, tłum. K. Kumaniecki, Warszawa 1998, V, 43.2.

opisujące grecką historię, czyli *Dzieje* Herodota oraz *Wojna peloponeska* Tukidydesa. Trudno jednak, by historycy, pragnący stworzyć wiekopomne dzieła, poświęcali nazbyt wiele uwagi mniej fascynującym czasom pokoju, gdy na ich oczach rozgrywały się tak istotne konflikty. Mimo to, prócz rozwiązań stricte siłowych, Grecy stosowali również bardziej pokojowe metody rozstrzygania sporów, a poszczególne *poleis* potrafiły współpracować. O istotnej roli antycznej dyplomacji świadczy nie tylko znacząca pozycja heroldów jako posłanników boskich i ludzkich, ale także faktyczne zakorzenienie tej instytucji w tradycji sięgającej przynajmniej XII wieku. Obowiązek udzielenia gościny gwarantował ówczesnym Grekom możliwość nade wszystko rozwoju gospodarczego, mieli oni bowiem świadomość, iż w razie podjęcia wyprawy handlowej będą w stanie uzyskać pomoc ze strony innych Hellenów. Działalność zarówno ambasadorów, jak i proksenów świadczy zaś o stałym utrzymywaniu stosunków dyplomatycznych pomiędzy *poleis*, opartych jeszcze nie na normach międzynarodowego prawa, lecz na dawnych obyczajach, nakazujących przestrzeganie określonych reguł. Późniejsze przekształcenia doprowadziły do rozwinięcia tych instytucji w ramach prawa rzymskiego i choć zmianie ulegały obowiązujące tytuły, sam charakter oraz cele stanowisk po raz pierwszy pojawiających się w antycznej Grecji na stałe ugruntowały się w dyplomacji europejskiej.

The Origins of the European Diplomacy – Heralds and Proxenoi

Abstract

The purpose of this article is to present the roots of European diplomacy, dating back to the times of ancient Greece. At the beginning, the etymology of the word 'diplomacy' is explained and one of the first definitions of this term, created by the famous Roman jurist and philosopher, Cicero, is presented. The following section provides an overview of the history and the relations between the Greek *poleis*, which were the basic cells of contemporary political scene, as well as describes the first panhellenic law, obliging to provide hospitality to travelers that became the foundation of future relations. Finally, the two most important institutions, whose activities constituted the beginnings of the development of diplomacy are presented. The genesis of heralds can be traced back to the *Iliad* itself, and their role is repeatedly emphasized in a variety of sources, from historical relations to literature. The second institution is the characteristic Greek proxeny, based on the existing rules of hospitality. This article aims to present important functions performed by these proto-diplomats and to demonstrate that mutual relations based on diplomacy date back not only much earlier than modern treaties, but even than the famous Roman law.

Keywords

Greece, herald, proxenos, diplomacy

Bibliografia

1. Ceglarska A., *Polityczny obraz Grecji w świecie Iliady i Odysei*, „Jurysta – Magazyn Prawniczy" 2013, nr 6.
2. Gawłowicz I., *Międzynarodowe prawo dyplomatyczne – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011.
3. Gizewski C., *Diploma, Diplomacy*, [w:] *Brill's New Pauly: encyclopaedia of the ancient world. Antiquity*, Vol. 4, eds. H. Cancik, H. Schneider, Boston 2004.
4. Głombiowski K., *Pojęcia „hellenizmu" i „barbaryzmu" jako wyznaczniki herodotowej i europejskiej humanitas*, „Meander" 2003, t. 58 (3–4).
5. Hall J. M., *International Relations*, [w:] *The Cambridge History Of Greek And Roman Warfare*, Vol. 1: *Greece, The Hellenistic World And The Rise Of Rome*, eds. P. Sabin, H. Van Wees, M. Whitby, New York 2007.
6. Herodot, *Dzieje*, tłum. i oprac. S. Hammer, Warszawa 2007.
7. Homer, *Iliada*, „Biblioteka Antyczna", tłum. K. Jeżewska, Warszawa 2005.
8. Homer, *Odyseja*, „Biblioteka Antyczna", tłum. J. Parandowski, Warszawa 1998.
9. Jurewicz O., Winniczuk L., *Starożytni Grecy i Rzymianie w życiu prywatnym i państwowym*, Warszawa 1970.
10. Karavites P., *Diplomatic Envoys in the Homeric World*, "RIDA" 1987, No. 34.
11. Konwencja Wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych z dnia 18.04.1961 (DzU z 1965 r., nr 37, poz. 232).
12. Kubiak Z., *Mitologia Greków i Rzymian*, Warszawa 2003.
13. *Leksykon prawa i protokołu dyplomatycznego. 100 podstawowych pojęć*, red. S. Sykuna, J. Zajadło, Warszawa 2011.
14. Meiggs R., Lewis D., *A Selection of Greek Historical Inscriptions to the End of the Fifth Century BC*., Oxford 1989.
15. Ober J., *The Rise and Fall of Classical Greece*, New Jersey 2015.
16. Plutarch, *Żywoty równoległe*, t. 2, „Biblioteka Antyczna", tłum. K. Korus i L. Trzcionkowski, Warszawa 2005.
17. Sutor J., *Pokojowe załatwianie sporów międzynarodowych*, Wrocław 1979.
18. Tukidydes, *Wojna peloponeska*, tłum. K. Kumaniecki, Warszawa 1998.
19. Welwei K-W., *Presbeia, Presbeis*, [w:] *Brill's New Pauly: encyclopaedia of the ancient world. Antiquity*, Vol. 11, eds. H. Cancik, H. Schneider, Boston 2006.
20. Wilson N., *Encyclopedia of Ancient Greece*, New York 2010.
21. Wolski J., *Historia powszechna. Starożytność*, Warszawa 1971.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Milena Garwol

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Karnego
e-mail: mgarwol@wp.pl

Prawnokarne aspekty przeprowadzania zabiegu leczniczego bez zgody – rozważania na gruncie art. 192 kodeksu karnego

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest omówienie występku wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, uregulowanego w art. 192 kodeksu karnego. Najwięcej uwagi poświęcono analizie znamion przedmiotowych opisywanego typu czynu zabronionego, także w kontekście dobra prawnego chronionego omawianym przepisem. Komentarzowi zostało poddane każde znamię owego typu czynu zabronionego poprzez ścisłe nawiązanie do regulacji ustawowych z zakresu prawa medycznego, przede wszystkim Ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty z 1996 roku oraz Ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta z 2008 roku. Wyrażono pogląd, że niniejszy przepis wymaga innego sformułowania, tak by objęty nim zakres penalizacji nie budził wątpliwości i lepiej wypełniał zakładane cele ochronne. W końcowej części artykułu zaproponowano nowe brzmienie przepisu.

Słowa kluczowe

odpowiedzialność karna, procedura medyczna bez zgody pacjenta, prawnie chroniony interes, interwencja medyczna

Wstęp

Wydawać by się mogło, że opisywanie i komentowanie treści normatywnej przestępstwa wykonywania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta nie jest warte wysiłku, skoro pociągnięcie kogokolwiek do odpowiedzialności karnej z typu uregulowanego w art. 192 § 1 kodeksu karnego (k.k.) praktycznie nie miało miejsca w trakcie prawie osiemnastu lat obowiązywania ustawy karnej[1]. Karalność wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta została wprowadzona dopiero w kodeksie karnym z 1997 roku. Warto nadmienić, że w elektronicznych systemach informacji prawnej lub bazach orzecznictwa nie znajdzie się orzeczeń wydanych w sprawach z art. 192 k.k.[2] Poszukując materiału aktowego do artykułu w krakowskich sądach rejonowych, nie znalazłam żadnych informacji dotyczących wyroków skazujących z tego występku. Co więcej, do sądów nie wpłynął żaden akt oskarżenia, w którym zarzucałoby się popełnienie tego czynu. Nie posiadam natomiast danych z krakowskich jednostek prokuratury. Omawiana kwestia, w porównaniu z innymi problemami współczesnej karnistyki, nie budzi większego zainteresowania wśród dogmatyków prawa karnego. Mimo to często niezauważany przepis kryje fascynujące problemy, warte szerszej analizy. Wywód poświęcony głównie interpretacji znamion przedmiotowych typu rozpocząć wypada od rozważań wokół chronionego przepisem dobra prawnego. Niezbędne będzie powiązanie tej materii z regulacjami ustanawiającymi uzyskanie zgody, głównie z art. 32 i następnymi Ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty z 5 grudnia 1996 roku (u.z.l.l.d.)[3]. Kolejno omówione zostaną znamiona tego występku i związane z nimi spory interpretacyjne, przede wszystkim dotyczące „zabiegu leczniczego", z nawiązaniem do zastanych w literaturze objaśnień. Zwieńczeniem opracowania będzie próba rozstrzygnięcia charakteru typu – czy jest on powszechny, czy indywidualny. Problematyka regulacji w zakresie uzyskiwania zgody pacjenta na interwencję medyczną (omówiona kompleksowo przez przedstawicieli doktryny prawa cywilnego[4]) oraz kwestia ewentualnej możliwości powoływania się przez sprawcę na stan wyższej konieczności w przypadku wykonania zabiegu bez zgody pozostaną poza zakresem niniejszego artykułu.

Założeniem na potrzeby analizy znamion typu z art. 192 § 1 k.k. jest teza, że opisany występek (lub treściowo do niego zbliżony) powinien funkcjonować

---

[1] W elektronicznych bazach danych dotyczących prawomocnych skazań za lata 2008–2014 typ z art. 192 § 1 k.k. nie został nawet ujęty w spisie przestępstw. Zob. Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, [online] https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie [dostęp: 5.07.2016].

[2] Na tym tle postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2015 roku o sygn. III KK 14/15 (OSNKW 2015/9/77) wydaje się zupełnie wyjątkowe.

[3] DzU 2015, poz. 464 – tekst jednolity.

[4] M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001.

na gruncie kodeksu karnego. Prawo karne, obok prawa cywilnego, stanowi odpowiedni instrument pozwalający na ochronę najważniejszych dla człowieka wartości – integralności cielesnej bądź prawa do samostanowienia.

Chronione dobro prawne

Jako oczywiste należy przyjąć twierdzenie, że głównym zadaniem prawa karnego jest reakcja na naruszenie lub narażenie istotnych dóbr prawnych[5]. W doktrynie zgodnie twierdzi się, że w typie z art. 192 k.k. wartością chronioną jest wolność człowieka, utożsamiana nierzadko z prawem do samostanowienia[6]. *Prima facie*, wspomniany pogląd jest bez wątpienia zasadny – ingerencja w ciało pacjenta polegająca na wykonaniu zabiegu leczniczego bez jego zgody łączy się nierozerwalnie z wkroczeniem przez sprawcę w czyjąś autonomię. Za dodatkowy argument popierający tak stawianą tezę trzeba uznać umiejscowienie wspomnianego typu w rozdziale XXIII k.k., regulującym przestępstwa skierowane przeciwko wolności. Wydaje się, że założenie to cechuje się jedynie częściową trafnością. W przypadku uzyskiwania zgody pacjenta nie zawsze można mówić o ochronie prawa do samostanowienia lub wolności. W kontekście całościowego zrekonstruowania dobra prawnego chronionego tym typem znaczenie ma analiza sytuacji, w których uzyskuje się zgodę na zabieg medyczny[7].

Rozważania wypada zacząć od analizy znamion występku poprzez odwołanie do art. 32 i następnych u.o.z.l.l.d., co niewątpliwie ułatwi „odtworzenie" chronionego przepisem dobra prawnego. Umiejscowiony w k.k. przepis mówi bowiem o karalności wykonania zabiegu „bez zgody pacjenta". W pierwszej kolejności wymagana jest odpowiedź na pytanie, kogo rozumiemy pod pojęciem „pacjent". W obecnym stanie prawnym istnieje legalna definicja tego zwrotu. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 6 listopada 2008 roku o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (u.o.p.p.)[8] przez „pacjenta" rozumie się „osobę zwracającą się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającą ze świadczeń zdrowotnych

---

[5] W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 39.

[6] L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k.k.)*, „Prawo i Medycyna" 2000, nr 8, s. 30; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 244; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008. Ciekawie w tym zakresie wypowiada się Krzysztof Wala, twierdząc, że przepis art. 192 k.k. chroni dwa aspekty wolności: „wolność do" i „wolność od". Zob. K. Wala, *Wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.) – uwagi de lege lata oraz postulaty de lege ferenda*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2015, nr 3, s. 8, [online] http://www.npw.gov.pl/491-tematy.htm [dostęp: 29.02.2016].

[7] Zob. art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d., a także art. 35 ust. 1 tej samej ustawy regulujący sytuację, w której dopuszczalne jest wykonanie zabiegu ponad udzieloną zgodę.

[8] DzU 2016, poz. 186 – tekst jednolity.

udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny". Definicja ta jest szersza niż potoczne (słownikowe) rozumienie pojęcia „pacjent", które raczej nie obejmuje działań pielęgniarki, ratownika medycznego lub fizjoterapeuty[9].

Nie budzi w tym miejscu kontrowersji teza o wymogu poszanowania praw jednostki wpisanym w wykonywanie każdego zawodu zaufania, szczególnie mającego na celu chronienie takich wartości, jak ludzkie życie i zdrowie. Dlatego w pełni słuszne było stworzenie tak pojemnej definicji, obejmującej przedstawicieli innych niż lekarz zawodów medycznych, choć użycie w przepisie karnym słowa „pacjent" może sugerować, że ustawodawca nie objął regulacją prawnokarną innych form zgody niż prosta. Do obrony jest bowiem pogląd mówiący o tym, że w treści art. 192 § 1 k.k. ograniczono penalizację wykonania zabiegu bez uzyskania zgody bezpośrednio zainteresowanego, czyli właściwego „pacjenta", skoro takie jest powszechne znaczenie tego pojęcia. Dodatkowo można wskazać, że definicja tego pojęcia została wprowadzona ustawą z 2008 roku, podczas gdy k.k. obowiązywał już dziesięć lat wcześniej. W takim razie zasadne byłoby interpretowanie tego pojęcia zgodnie ze znaczeniem nadanym mu w języku potocznym. Z drugiej zaś strony, jeżeli baczy się na zasadę jednakowego rozumienia tych samych pojęć w systemie prawa, a także racjonalność ustawodawcy, pojęcie „pacjent" należy rozumieć tak samo w k.k. i u.o.p.p. Dziwić może jedynie fakt, że objaśnienie zwrotu „pacjent" nie zostało zawarte w u.z.l.l.d., regulującej tryby uzyskiwania zgody na interwencję medyczną i uchwalonej wcześniej niż obecnie obowiązujący k.k.

Porzucając spory natury językowej, trzeba przyznać, że nie takie rozwiązanie opisywanego problemu przyświecało twórcom kodeksu. Poprzeć należy tezę (przeciwną co prawda wykładni językowej) stanowiącą, że przepis art. 192 k.k. chroni także pacjentów, którzy o swoim leczeniu decydują wspólnie z kimś innym lub w ogóle nie są uprawnieni do decydowania o swoim zdrowiu lub życiu. Oprócz wspomnianej zgody właściwej (prostej), kiedy to główny zainteresowany (czyli pacjent pełnoletni i świadomy) wyraża swoją wolę, mamy do czynienia z innymi rodzajami unormowanymi w u.o.z.l.l. Nie wydaje się prawidłowe, by na gruncie k.k. – aktu prawnego, który z założenia ma tak samo chronić najważniejsze dla społeczeństwa dobra, opisywaną ochronę ograniczać do przypadków, w których uzyskano zgodę prostą, z pominięciem pozostałych jej rodzajów (zastępczej, kumulatywnej lub przełamującej). Pogląd, że znamię „bez zgody pacjenta" dotyczy wszystkich jej rodzajów, nie wydawał się sporny w literaturze przedmiotu[10]. Inna interpretacja tego znamienia, mimo poważnych,

[9] Według *Słownika języka polskiego PWN* jako pacjenta rozumie się „chorego zwracającego się po poradę do lekarza lub będącego pod jego opieką". Zob. *Słownik języka polskiego PWN*, [online] http://sjp.pwn.pl/szukaj/pacjent.html [dostęp: 8.01.2016].

[10] M. Filar, op. cit., s. 244; P. Daniluk, *Przestępstwo wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (dwa problemy interpretacyjne)*, „Państwo i Prawo" 2013, nr 2, s. 52.

wspomnianych wyżej wątpliwości[11], nie byłaby zasadna. Są przynajmniej trzy powody, dla których wszyscy pacjenci winni być objęci ochroną prawną na podstawie przepisów kodeksowych.

Po pierwsze, należy podkreślić, że wszystkie oświadczenia[12] wyrażające zgodę na zabieg mają taką samą moc prawną. Nie wskazano w tekście u.z.l.l.d. ich hierarchii – żadna z nich nie jest ważniejsza od drugiej. Jedynym kryterium rozróżniającym te formy są konfiguracje osobowe i sytuacyjne, w których dane oświadczenie może zapaść. Po drugie, przy wąskim rozumieniu tego pojęcia byłoby widać pewien paradoks. Za wykonanie zabiegu bez zgody dorosłego pacjenta wykonujący (o tym, czy jest to tylko osoba wykonująca zabieg medyczny, będzie mowa później) odpowiadałby karnie, a gdyby taki sam zabieg odbył się bez wymaganej prawem zgody sądu opiekuńczego, wykonujący uniknąłby odpowiedzialności. Sytuacja, w której za takie samo zdarzenie ocenia się jednych lepiej, a innych gorzej, nie jest dopuszczalna, bowiem w sposób jawny narusza zasadę równości. Po trzecie, nie można również godzić się, by orzeczenia organów wymiaru sprawiedliwości (dla przykładu „przełamujące" postanowienia sądów) były właściwie ignorowane wobec oświadczeń składanych przez osoby fizyczne. Należy zasygnalizować konieczność zmiany normatywnej, a mianowicie warto znamię „bez zgody pacjenta" zastąpić zwrotem „bez zgody uprawnionego podmiotu".

Skoro uznaje się, że opisywany typ czynu zabronionego odnosi się do wykonania zabiegu bez uzyskania którejkolwiek zgody, należy zrewidować pogląd mówiący o chronionym przepisem dobru prawnym. W przypadku zgody przełamującej widać dość wyraźnie, że nie zawsze chroni się prawo do samostanowienia. W przypadku takiej formy oświadczenia to sąd decyduje, czy zabieg zostanie wykonany. Jeśli przyjmiemy, że małoletni pacjent (w przedziale wiekowym 16–18 lat) sprzeciwia się zabiegowi, to przy pozytywnym stanowisku przedstawiciela ustawowego i przy wydanej w formie postanowienia zgodzie sądu nie mamy do czynienia z ochroną jego wolności. Co więcej, jeśliby zaakceptować stanowisko Teresy Dukiet-Nagórskiej, która twierdzi, że mimo dwóch negatywnych opinii osób uprawnionych sąd mógłby postanowieniem zezwolić na przeprowadzenie interwencji[13] przy sądowym przełamaniu dwóch sprzeciwów, trudno mówić o prawnokarnej ochronie wolności jednostki. Decyzję w tym zakresie podejmuje inny, niezainteresowany bezpośrednio podmiot. Sądzić należy, iż głównym dobrem prawnym chronionym przez analizowany przepis jest nietykalność cielesna jednostki. To wartość chroniona zawsze, skoro wykonanie zabiegu ze swej istoty wymaga jej naruszenia. Choć uznanie, że przepis chroni dobro o *in abstracto*

[11] Mamy tu do czynienia z rozszerzeniem karalności poza literalne brzmienie przepisu.

[12] O tym, czy taka zgoda jest oświadczeniem woli, czy też inną formą szerzej zob. M. Safjan, op. cit., s. 35. Autor opowiada się za poglądem, że mamy do czynienia z oświadczeniem woli podobnym do czynności prawnej.

[13] T. Dukiet-Nagórska, op. cit., s. 68; A. Liszewska, *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny*, „Prawo i Medycyna" 1999, nr 1, s. 89.

mniejszej wartości, może doprowadzić do umniejszenia znaczenia tej regulacji, postawiona wyżej teza powinna być częściowo złagodzona. Można rzec, iż w art. 192 § 1 k.k. ustanowiono kwalifikowane, cięższe niż zwykłe (uregulowane w art. 217 k.k.) naruszenie nietykalności cielesnej. Nie budzi kontrowersji, że czym innym jest uderzenie kogoś w policzek, a czym innym wykonanie nawet prostego zabiegu na jego ciele. Stanowi to zdecydowanie inny wymiar prawnokarnej oceny. Instrumentem, który może złagodzić wątpliwości sceptyków, powinno być pozostawienie bez zmian górnej granicy zagrożenia za ten występek, która – wydaje się, że słusznie – wynosi dwa lata pozbawienia wolności.

Wysokość grożącej kary nie wydaje się także nieproporcjonalna w stosunku do chronionego przepisem dobra, a także szczególnej sytuacji, w której może być ono naruszone. Wysoce naganne wydaje się zachowanie osoby, której zaufaliśmy, zgłaszając się po pomoc. Wypada sądzić, że kwestia ustawowej regulacji wymiaru kary to w tej mierze problem poboczny. W większości typów czynów zabronionych uregulowanych w ustawach karnych mamy do czynienia z dość szerokimi „widełkami" ustawowego zagrożenia. Istnieją przecież instrumenty ustanowione w części ogólnej k.k. (choćby środki probacyjne, takie jak zawieszenie wykonania kary czy nawet warunkowe umorzenie postępowania, które mogą być w tym przypadku zastosowane), mające umożliwić orzekającemu sądowi osiągnięcie trafnej reakcji karnej. Ponadto, bardziej właściwe jest używanie pojęcia „nieproporcjonalność" w odniesieniu do konkretnej kary niż w odniesieniu do ustawowego zagrożenia, które zależeć będzie i tak od uznania ustawodawcy.

Warto podkreślić, że akceptacja postawionej wyżej tezy nie wyklucza ochrony prawa do samostanowienia w innych przypadkach, gdy na zabieg leczniczy konieczne jest uzyskanie zgody (na przykład zgody prostej). Jak wiadomo, w k.k. ustanowiono regulacje odnoszące się do więcej niż jednej wartości chronionej. Dobrym przykładem będzie rozbój uregulowany w art. 280 k.k., występujący w kodeksie zarówno w formie podstawowej, jak i kwalifikowanej, chroniący mienie i wolność. Sytuacja, w której ochrona prawnokarna rozciąga się na więcej niż jedno dobro prawne na podstawie jednego przepisu, jest zatem dopuszczalna, często wręcz pożądana. Nie wydaje się też, by niezbędne było przeniesienie tego typu do rozdziału XXVII kodeksu karnego, określającego typy przeciw nietykalności cielesnej (na przykład art. 217a). Przenoszenie przepisów pomiędzy rozdziałami kodeksu w rzeczywistości nie służyłoby niczemu. Co więcej, uznanie za zasadną zmiany położenia art. 192 k.k. zaprzeczyłoby postawionym wcześniej tezom dotyczącym interpretacji dobra prawnego. Należy zaaprobować pogląd, w którym decydującą rolę w kontekście dobra chronionego przepisem karnym odgrywa jego interpretacja, nie zaś tytuł rozdziału ustawy karnej, w której się znajduje[14].

[14] W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego" w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 630.

Tytułem podsumowania, za słuszne należy uznać unormowanie wnioskowego trybu ścigania występku. Jako że zostały naruszone ważne, związane bezpośrednio z osobą pokrzywdzonego dobra, to on (albo najbliższy działający za niego na podstawie art. 51 k.p.k.) powinien być głównym decydującym co do przeprowadzania postępowania karnego. Z kolei udział w sprawie prokuratora – strażnika praworządności, daje lepszą gwarancję ochrony praw pokrzywdzonego i może oddziaływać zapobiegawczo na potencjalnych sprawców.

Pojęcie „zabiegu leczniczego"

Równie ważnym znamieniem opisywanego typu jest sformułowanie „zabieg leczniczy". To druga, po sporze dotyczącym podmiotu zdolnego do popełnienia tego czynu, interesująca kwestia, którą warto szerzej omówić. W doktrynie podejmowano próby definiowania wspomnianego pojęcia i jak to zwykle bywa, każda koncepcja podkreśla inny aspekt zagadnienia. Niektóre z nich są bardzo szerokie, inne zaś bywają dość wąskie[15].

Przede wszystkim warto przytoczyć różne interpretacje rozumienia pojęcia „leczniczy" w doktrynie. Pierwszy, większościowy nurt przedstawicieli doktryny uznaje, że pojęcie „leczniczy" odnosi się zarówno do przypadków wykonywania zabiegów terapeutycznych, jak i nieterapeutycznych[16]. Twierdzi się, że nie ma dostatecznych podstaw do różnicowania oceny zachowań ze względu na cel zabiegu. Wykonanie zabiegu terapeutycznego jest tak samo naganne, jak wykonanie zabiegu nieterapeutycznego (na przykład pobranie nerki od dawcy do celów przeszczepu). Istnieje także potrzeba równej ochrony wszystkich pokrzywdzonych. Większy nacisk kładzie się na naruszenie dobra prawnego niż na motywację wykonującego zabieg (działania mające na celu poprawę wyglądu lub mające na celu leczenie).

Opowiadający się za odmienną opcją uważają, że nie powinno się wychodzić poza kwestie językowe i rozszerzać odpowiedzialności karnej. Represja na podstawie tego przepisu ma dotknąć tylko wykonujących zabieg o charakterze terapeutycznym. Zdaje się, że przyjęcie tego stanowiska, mimo nienagannego przestrzegania zasad wykładni przepisów prawa karnego, może prowadzić do różnych, całkowicie odmiennych wniosków. Można obrać kierunek, który mówi, że osoba wykonująca zabieg nieleczniczy w ogóle nie ponosi odpowiedzialności karnej. Taki pogląd jednak nie obejmuje swoim zasięgiem wkroczenia przez sprawcę w czyjąś

[15] M. Filar, op. cit., s. 247–248. Autor rozumie pojęcie zabiegu szeroko. Według niego właściwie każde naruszenie integralności może stanowić zabieg. Podobną definicję sformułował P. Daniluk (*O pojęciach „zabieg leczniczy" i „pacjent" w rozumieniu art. 192 k.k.*, „Prawo i Medycyna" 2011, nr 4, s. 66). Węziej to pojęcie rozumie T. Dukiet-Nagórska (op. cit., s. 100). Według autorki zabieg łączy się z naruszeniem powłok skórnych.

[16] M. Filar, op. cit., s. 245; L. Kubicki, op. cit., s. 32.

sferę intymności. Właściwym kryterium łączącym opisywane sytuacje jest wykonanie zabiegu bez zgody uprawnionego. Cecha tej czynności (jej „terapeutyczność" czy „nieterapeutyczność") powinna być tu materią poboczną. Taki wniosek uprawnia do odrzucenia przeciwnego poglądu, dotyczącego możliwości poniesienia odpowiedzialności karnej z art. 189 k.k. przez wykonującego zabieg nieterapeutyczny. Zauważając problem rozszerzenia odpowiedzialności karnej poza znaczenie językowe, należałoby opowiedzieć się za pierwszym przedstawionym w tej części artykułu stanowiskiem. Taka ocena nie jawi się jednak jako satysfakcjonująca, skoro w zaakceptowanym poglądzie wykazano pewne niekonsekwencje.

Źródłem sporu jest istniejąca na gruncie przepisów kodeksu karnego rozbieżność terminologiczna zawarta w art. 162 k.k. i art. 192 k.k. Już na płaszczyźnie literalnej wyraźnie widać, że przymiotnik „lekarski" użyty w art. 162 k.k. i „leczniczy" w art. 192 k.k. nie oznaczają tego samego. Zgodnie z zasadami prawidłowej redakcji i interpretacji tekstów prawnych niezasadne byłoby uznanie dwóch różnych pojęć za tożsame. Gdyby ustawodawca chciał nadać tym pojęciem to samo znaczenie, zapewne użyłby dwóch jednakowych przymiotników przy opisie znamion przytoczonych typów czynów zabronionych. Nie jest dozwolone twierdzenie, że oba te znamiona mają jednakową treść normatywną. Należałoby zatem zbadać relacje między znaczeniami tych zwrotów. Najbezpieczniej i najprościej będzie sięgnąć do *Słownika języka polskiego*. Według słownika przymiotnik „lekarski" ma „odnosić się do lekarza"[17]. „Leczniczy" to taki, który ma „właściwości leczące"[18], czyli „terapeutyczny".

Te syntetyczne, słownikowe definicje okazują się niewystarczająco pojemne, choć da się z nich wyprowadzić konkluzje mające znaczenie w interpretacji znamion typu czynu zabronionego. Właściwa wydaje się teza o tym, że zakresy znaczeniowe obu pojęć krzyżują się. Istnieją bowiem zabiegi, które są lekarskie, jednocześnie nie mając właściwości terapeutycznych. Dobrym przykładem są czynności chirurgii plastycznej, których głównym celem jest poprawienie urody, rzadziej polepszenie zdrowia (na przykład przeszczep skóry po oparzeniu). Z drugiej strony można wyróżnić kategorię zabiegów leczniczych, które są wykonywane przez nieprofesjonalistów. Domowym sposobem leczenia, do dziś chętnie wykorzystywanym przez matki, jest stawianie baniek dziecku podczas zapalenia płuc. Pośrodku znajdują się klasyczne zabiegi wykonywane przez lekarzy, mające właściwości terapeutyczne. Na marginesie tych analiz można zadać pytanie, dlaczego w normie sankcjonowanej wyprowadzonej z przepisu art. 162 k.k. nakazuje się udzielającemu pomocy wykonywanie zabiegu lekarskiego, a nie – dla przykładu – terapeutycznego.

Wykazawszy, że oba pojęcia nie są identyczne, warto pomyśleć o zastąpieniu znamienia „leczniczy" innym zwrotem, niewywołujących niepotrzebnych

[17] Zob. *Słownik języka polskiego PWN*, op. cit.
[18] Zob. ibidem.

kontrowersji. Z podanych w poprzednich partiach tekstu względów właściwsze wydaje się, by w treści tego typu na znaczeniu zyskał charakter zabiegu. Znamię „leczniczy" można zastąpić zwrotem „choćby nieterapeutyczny", który odnosi się do rozłącznego (logicznie nienagannego) podziału na zabiegi terapeutyczne i nieterapeutyczne. Słowo „choćby" sugeruje tu, że penalizacją są objęte zabiegi lecznicze, co zapewne było intencją twórców kodeksu.

Przeprowadzając analizę znamienia „leczniczy", trzeba udzielić odpowiedzi na pytanie, czym jest „zabieg" – centralne pojęcie wyrażone w typie czynu. W doktrynie istnieją dwie wiodące, wspomniane wyżej definicje: szeroka, autorstwa Mariana Filara, i węższa, autorstwa Teresy Dukiet-Nagórskiej. Mając na uwadze poczynione wyżej ustalenia dotyczące zastąpienia określenia „leczniczy" innym znamieniem, a także możliwie szeroką ochronę pokrzywdzonego, należy opowiedzieć się za definicją szerszą. Pojęcie zabiegu to określenie pojemne, zawierające w sobie wielość możliwych działań. Zabiegiem może być zarówno operacja wyrostka robaczkowego, jak i wykonanie zastrzyku, w którym znajduje się szczepionka przeciw chorobie, jeśli w obu przypadkach jego wykonanie wkracza w sferę chronioną prawnie.

Rozważyć należy, czy właściwym rozwiązaniem byłoby zastąpienie znamienia „zabieg" pojęciem „interwencja medyczna", jak ma to miejsce w Konwencji Bioetycznej[19]. Zdaje się, że interwencja medyczna może być rozumiana jako ciąg czynności spowodowany określonymi zdarzeniami faktycznymi. Niekiedy wymaga ona podjęcia jednego, częściej zaś kilku zabiegów. Zastąpienie szerszego pojęcia węższym nie ma dostatecznych podstaw.

Przy twierdzeniu, że zabiegiem może być praktycznie każda ingerencja w ciało człowieka, kwestią wartą podjęcia będzie objęcie karalnością podejmowania bez zgody czynności diagnostycznych bądź rehabilitacyjnych. Na gruncie obecnego stanu prawnego pociągnięcie do odpowiedzialności jest uzasadniane. Trzeba podać w wątpliwość, czy takie działania powinny stanowić podstawę represji. W diagnostykę wpisane jest podejmowanie różnorakich badań, które mogą być uznane za osobne zabiegi. Karanie za takie działania rozpoznawcze byłoby wątpliwe. To zbyt dalekie ograniczanie swobody w wyborze odpowiedniego sposobu leczenia. Ponadto, zainteresowanemu udziela się przystępnej informacji o podejmowanych wobec niego czynnościach[20]. Obowiązek ten rozciąga się nie tylko na etap wykonywania „właściwego zabiegu", ale też na diagnostykę. Gdyby lekarz nie przedstawił informacji lub uchylał się od rozmowy z uprawnionym, ma on prawo żądać spełnienia wymaganej prawem powinności. Podczas procesu diagnozowania uprawniony ma przecież niemały wpływ na to, jak potoczy się dalej pobyt w gabinecie

[19] *Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie*, Oviedo, 4 kwietnia 1997 roku, [online] http://cytobiologia.nencki.gov.pl/konwencja_prawa_czlowieka.pdf [dostęp: 7.02.2016].

[20] Tych wymienionych w art. 9–12 u.p.p. i art. 31 u.z.l.l.d.

czy szpitalu jego bądź innej osoby będącej pod jego pieczą. Uświadomiony o charakterze zabiegu, jego konsekwencjach czy możliwych powikłaniach, podmiot może odmówić udzielania zgody praktycznie w każdej chwili (chyba że podczas operacji znajduje się pod narkozą). Poczynione rozważania są aktualne w przypadku podejmowania zabiegów rehabilitacyjnych. Wydaje się, że przedstawione powyżej argumenty przemawiają za objęciem karalnością tylko wykonywania zabiegów leczniczych – „choćby nieterapeutycznych".

Charakter typu czynu – powszechny czy indywidualny

Chyba najbardziej spornym, ale też niezwykle interesującym problemem jest określenie podmiotu zdatnego do popełnienia przestępstwa z art. 192 § 1 k.k. Zarówno za stanowiskiem, że mamy do czynienia z występkiem indywidualnym, jak i za tym, że jest to występek powszechny, przemawia szereg różnorakich argumentów, które zostaną tu przedstawione.

Posłużenie się przez prawodawcę zaimkiem „kto" w art. 192 k.k. implikuje powszechny charakter przestępstwa. Gdyby ustawodawca chciał objąć karalnością tylko niektóre osoby, podmiot czynu zabronionego byłby określony węziej, na przykład tak, jak ma to miejsce w art. 149 k.k. Przeciwnicy tej tezy mogą stwierdzić, że zamiast pociągać do odpowiedzialności na podstawie k.k., trzeba wykonującego taki zabieg ukarać na gruncie prawa wykroczeń, a mianowicie art. 58 u.z.l.l.d. Argument ten nie jest w pełni trafny. Należy zaaprobować zarzuty zwolenników powszechności typu mówiące, że wykroczenie i występek opisane w art. 58 u.z.l.l.d. chronią inne dobra prawne. Wykroczenie opisane w u.z.l.l.d. nie odnosi się w żadnej mierze do zgody pacjenta, bowiem chroni monopol profesjonalistów trudniących się zawodami medycznymi[21]. Z kolei występek opisany w § 2 ma chronić raczej majątek ubiegającego się o pomoc niż jego integralność cielesną czy prawo do samostanowienia[22]. Kluczowym i jednocześnie trudnym do odparcia argumentem mówiących o indywidualnym charakterze typu jest fakt, że podmioty niezobowiązane do uzyskania zgody na podstawie ustawy mogą ponieść odpowiedzialność za coś, czego robić nie muszą[23].

---

[21] E. Zielińska, *Komentarz do art. 58 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty*, Komentarz LEX 2014, [online] http://lex.adm.uj.edu.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc--ASK--nro=201335483&wersja=-1&localNroPart=587366681&reqId=1433701312260_1257379161&class=CONTENT&loc=4&full=1&hId=4 [dostęp: 7.02.2016].

[22] Zob. art. 58 u.z.l.l.d. „1. Kto bez uprawnień udziela świadczeń zdrowotnych polegających na rozpoznawaniu chorób oraz ich leczeniu, podlega karze grzywny. 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej albo wprowadza w błąd co do posiadania takiego uprawnienia, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku".

[23] Podobnie T. Dukiet-Nagórska (op. cit., s. 149).

Twierdzi się zapewne słusznie, iż wkroczenie w wolność[24] człowieka powinno mieć zakorzenienie ustawowe. Należy się zgodzić z Teresą Dukiet-Nagórską, że przy uznaniu typu z art. 192 k.k. za powszechny jedyną podstawą prawną, na której można oprzeć obowiązek uzyskania zgody, jest sam art. 192 k.k.[25] Próby wyprowadzenia obowiązku z tej normy muszą zakończyć się niepowodzeniem, gdyż z treści normatywnej art. 192 k.k. nie da się wyprowadzić przesłanek właściwie udzielonej zgody. Trzeba sięgnąć do przepisów u.z.l.l.d. Uregulowania przytaczanej ustawy określają szczegółowe gwarancje dotyczące sposobu i warunków uzyskiwania zgody. Dopiero spełnienie wymagań ustawowych może przesądzić o istnieniu bądź ważności udzielonej zgody. Tak postawiona ocena ma niebagatelne znaczenie dla zakresu odpowiedzialności karnej. Wypada zaakceptować tezę, że uregulowania omawianej ustawy dopełniają treść § 1 art. 192 i są jego nieodłącznym elementem. Zwolennicy poglądu o powszechności typu optują za twierdzeniem, że karalność powinna obejmować wszystkich wykonujących zabiegi. Nie znajdują oni relewantnego kryterium, na podstawie którego można różnicować odpowiedzialność osób dokonujących tego samego. Argument ten odnosi się wyłącznie do względów celowościowych.

Rozstrzygnięcie tak zakrojonego sporu to zadanie niewdzięczne, bowiem poszczególne elementy każdej z przedstawionych koncepcji są godne aprobaty. Opowiedzenie się za którymś z rozwiązań jest jednak potrzebne. Podmiot podlegający represji winien wiedzieć, jakie zachowania są prawnie irrelewantne, a których popełnienie zagrożone jest sankcją karną. Niezbędne w celu dokonania ustaleń dotyczących podmiotu zdatnego do popełnienia przestępstwa będzie nadanie prymatu chronionemu dobru prawnemu albo znamieniu zgody. Oba znamiona odgrywają tu pewnie ważniejszą rolę aniżeli pozostałe przesłanki odpowiedzialności z art. 192 § 1. Założenie, że któreś z nich jest bardziej istotne od drugiego, musi doprowadzić do wyciągnięcia odmiennych wniosków. Jeśli uzna się, że dobro prawne odgrywa ważniejszą rolę, łatwiej będzie obronić tezę, że występek z art. 192 k.k. jest powszechny. Uznając, że to wymóg uzyskania prawnie doniosłej zgody jest w tej sytuacji kluczowy, ciężko będzie odeprzeć główny argument zwolenników indywidualności tego typu.

Wywieść trzeba, że wzgląd na ochronę dobra prawnego ma w tej mierze decydujące znaczenie, choć za poparciem tej tezy przemawiają raczej względy praktyczne. Organ oceniający odpowiedzialność karną będzie w pierwszej kolejności ustalał, czy w ogóle zabieg miał miejsce, a więc czy naruszono dobro. Dopiero później zostaną zbadane treść i warunki oświadczenia woli. Co więcej, w niektórych przypadkach, mimo pewnych nieprawidłowości w procedurze uzyskania

[24] Ibidem. Pogląd ten jest aktualny na gruncie przedstawionych przeze mnie rozważań dotyczących dobra prawnego chronionego tym przepisem. Jakiekolwiek zgodne z prawem wkroczenie w integralność cielesną powinno mieć swoją podstawę w przepisach rangi ustawowej. Jest to niewątpliwie ograniczenie konstytucyjnych wartości.

[25] Ibidem.

zgody, nie uzna się jej za wadliwą, a zatem do represji na podstawie art. 192 k.k. nie dojdzie[26]. Wydaje się, że regulacja sposobu wyrażania akceptacji wykonania zabiegu jest kwestią drugorzędną. Ponadto, dzięki wyprowadzeniu wniosku, że wartością chronioną normą z art. 192 k.k. jest integralność/nietykalność cielesna, łatwiej uzasadnić powszechny charakter występku. Nie będzie wtedy niezbędne odnoszenie się do regulacji wyrażania zgody ani celów ustawodawcy, choć wydaje się, że wprowadzenie tego przestępstwa do k.k. miało odstraszać wszystkich wykonujących zabiegi, a nie jedynie karać lekarzy.

Zakończenie

Celem niniejszego opracowania było ukazanie najważniejszych problemów interpretacyjnych związanych z treścią art. 192 k.k. Przepis ten niesie z sobą szereg intrygujących zawirowań, których próba rozwiązania znacznie przekroczyłaby ramy tego tekstu. Poruszono kwestię dobra prawnego chronionego tym typem, twierdząc wbrew większościowemu poglądowi, że główną wartością podlegającą ochronie jest nietykalność (integralność) cielesna pacjenta. Wykazywano jednak, że tak przyjęte założenie nie wyklucza objęcia ochroną także prawa do samostanowienia. Warto zastanowić się nad zastąpieniem określenia „leczniczy" zwrotem „choćby nieterapeutyczny". Propozycja ta została przedstawiona po przeprowadzeniu analizy pojęć „leczniczy" i „lekarski" na gruncie k.k., które nie mogą być rozumiane jednolicie. Część ostatnia niniejszego artykułu dotyczy najbardziej spornego zagadnienia, czyli ustalenia charakteru omawianego typu. Przytoczywszy i omówiwszy poglądy przedstawicieli doktryny, a także uznając wagę i znaczenie każdego z nich, opowiedziano się za przyjęciem powszechnego charakteru typu. Nie budzi wątpliwości, że przestępstwo opisane w art. 192 § 1 k.k. stanowi jedno z najciekawszych zagadnień części szczególnej prawa karnego, którego problematyka z powodzeniem mogłaby być przedmiotem monograficznego opracowania.

Penal Aspects of Performing a Medical Procedure without Patient's Consent – Deliberations Based on the Art. 192 Of Polish Criminal Code

Abstract

The aim of this text is to present the essential penal aspects of performing a medical procedure without patient's consent. The type of the crime included in the Polish Criminal Code may cause many problematic issues to discuss, e.g. the legally protected

[26] Istnieje spór, czy forma pisemna zgody na zabieg operacyjny została zastrzeżona pod rygorem nieważności, czy też pod rygorem dowodowym. Zob. R. Rejmaniak, *Wymóg formy pisemnej zgody pacjenta w świetle art. 192 k.k.*, „Prawo i Medycyna" 2013, nr 1–2. Tak twierdzi również SN we wspomnianym wcześniej orzeczeniu o sygn. III KK 14/15.

interest protected by the regulation, how to understand the word 'patient' and interpret the term 'consent'. All these remarks were given in connection with the regulations of the Act on Patients' Rights (passed in 2008) and the Act on the Profession of Physician and Dentist (passed in 1996). The author shows her own opinion of interpreting the art. 192 § 1 C.C. and also proposes some *de lege ferenda* ideas that would better fulfill the purpose of the described norm.

Keywords

penal liability, medical procedure without patient's consent, legally protected interest, medical intervention

Bibliografia

1. Boratyńska M., Konieczniak P., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001.
2. Daniluk P., *O pojęciach „zabieg leczniczy" i „pacjent" w rozumieniu art. 192 k.k.*, „Prawo i Medycyna" 2011, nr 4.
3. Daniluk P., *Przestępstwo wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (dwa problemy interpretacyjne)*, „Państwo i Prawo" 2013, nr 2.
4. Dukiet-Nagórska T., *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008.
5. Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000.
6. *Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie*, Oviedo, 4 kwietnia 1997 roku, [online] http://cytobiologia.nencki.gov.pl/konwencja_prawa_czlowieka.pdf [dostęp: 7.02.2016].
7. Kubicki L., *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k.k.*), „Prawo i Medycyna" 2000, nr 8.
8. Liszewska A., *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny*, „Prawo i Medycyna" 1999, nr 1.
9. Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Warszawa 2010.
10. Rejmaniak R., *Wymóg formy pisemnej zgody pacjenta w świetle art. 192 k.k.*, „Prawo i Medycyna" 2013, nr 1–2.
11. Safjan M., *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998.
12. Wala K., *Wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.) – uwagi de lege lata oraz postulaty de lege ferenda*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2015, nr 3.
13. Wróbel W., *Pojęcie „dobra prawnego" w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009.
14. Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Kraków 2010.
15. Zielińska E., *Komentarz do art. 58 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty*, Komentarz LEX 2014, [online] http://lex.adm.uj.edu.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc--ASK--nro=201335483&wersja=-1&localNroPart=58736668-1&reqId=1433701312260_1257379161&class=CONTENT&loc=4&full=1&hId=4 [dostęp: 7.02.2016]..

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Marcin Leszczyński

Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu
Wydział Ekonomii
Katedra Publicystyki Ekonomicznej i Public Relations
e-mail: marcin.leszczynski@ue.poznan.pl

Gospodarka niskoemisyjna jako element postrzegania państwa w środowisku międzynarodowym – casus Unii Europejskiej

Streszczenie

W artykule przedstawiono podstawowe założenia dotyczące postrzegania państw na arenie międzynarodowej w kontekście świadomości ekologicznej. Oprócz przeglądu dokonań teoretycznych przedstawione zostały wyniki dotychczasowych badań opinii publicznej w tym wymiarze. Za cel artykułu przyjęto przeanalizowanie zależności zachodzących pomiędzy stanem środowiska naturalnego i działaniami państw Unii Europejskiej w obszarze jego ochrony a ich postrzeganiem przez opinię publiczną na arenie międzynarodowej. W badaniach wykorzystano analizę korelacji rang Spearmana.

Słowa kluczowe

marka narodowa, reputacja państwa, miękka siła, świadomość ekologiczna

Wstęp

Gospodarka niskoemisyjna jest przedmiotem szczególnego zainteresowania naukowców i praktyków życia gospodarczego. Źródeł takiego stanu rzeczy należy doszukiwać się między innymi w coraz większej świadomości opinii publicznej w zakresie wagi, jaką odgrywają procesy związane z ochroną środowiska. Wiedza, odczucia, opinie i idee dotyczące środowiska naturalnego, które posiada

i wyraża opinia publiczna, określa się mianem świadomości ekologicznej. Owa świadomość może stanowić pryzmat dla obserwacji i oceny otaczającego świata oraz przekładać się na wizerunek konkretnych podmiotów w życiu gospodarczym. W kontekście gospodarki niskoemisyjnej takimi podmiotami są właśnie państwa, na postrzeganie których wpływa szereg czynników, poczynając od gospodarki czy społeczeństwa, a kończąc na przykład na uwarunkowaniach politycznych. Za cel artykułu przyjęto przeanalizowanie zależności zachodzących pomiędzy stanem środowiska naturalnego i działaniami państw Unii Europejskiej w obszarze jego ochrony a ich postrzeganiem na arenie międzynarodowej. W badaniach wykorzystano dane z pięciu raportów, spośród których trzy dotyczą postrzegania krajów, a dwa odnoszą się do działań państw w obszarze ochrony środowiska. Wyniki powyższych indeksów zostały poddane analizie korelacji rang Spearmana.

Świadomość ekologiczna w kontekście gospodarki niskoemisyjnej

Wzrost znaczenia zagadnień związanych z redukcją emisji CO_2, wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii i gospodarką niskoemisyjną w środowisku międzynarodowym przypadł na lata osiemdziesiąte XX wieku i trwa do dnia dzisiejszego. Warto zauważyć, że to właśnie dzisiaj problem nadmiernej emisji CO_2, która rośnie w tempie 2–3% rocznie, co przekłada się na 40% od 1990 roku, jest niezwykle poważny[1]. Wydarzenia na arenie międzynarodowej w wymiarze państw, biznesu i świadomości opinii publicznej sugerują, że mamy do czynienia ze zjawiskiem określanym jako zielona rewolucja ekonomiczna[2]. Jej źródeł należy doszukiwać się w tak zwanej koncepcji zrównoważonego rozwoju. Pojęcie to zostało zdefiniowane w Raporcie Brundtland, w którym przedstawiono je jako rozwój gospodarczy i społeczny zapewniający realizowanie obecnych potrzeb bez ryzyka, że kolejne pokolenia nie będą miały możliwości zaspokojenia potrzeb własnych[3]. Z tym terminem silnie powiązana jest tak zwana gospodarka niskoemisyjna, którą definiuje się jako realizującą długoterminowy wzrost i jak najefektywniejsze wykorzystanie zasobów, a także zmierzającą do minimalizowania emisji zanieczyszczeń oraz negatywnego oddziaływania na środowisko[4].

[1] M. Sobolewski, *Perspektywy międzynarodowych negocjacji klimatycznych w świetle wyników konferencji COP17 w Durbanie*, „Studia BAS" 2012, nr 29, s. 34.

[2] T. Henzelmann, S. Schaible, M. Stoever, H. Meditz, *Geneza zielonej rewolucji ekonomicznej i spodziewane korzyści*, [w]: *Zielony wzrost, zielony zysk. Jak zielona rewolucja stymuluje gospodarkę*, red. R. Berger, tłum. A. Kozłowska, Warszawa 2011, s. 21–22.

[3] E. Mazur-Wierzbicka, *Miejsce zrównoważonego rozwoju w polskiej i unijnej polityce ekologicznej na początku XXI wieku*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy" 2006, nr 8 (1), s. 318.

[4] *Fundusze strukturalne jako instrument wsparcia rozwoju gospodarki niskoemisyjnej i zasobooszczędnej*, red. W. Piątek, Białystok 2011, s. 59.

Można ją również określić jako dążenie do zapewnienia korzyści środowiskowych, społecznych i ekonomicznych przez zmniejszanie emisji zanieczyszczeń[5]. Te idee wskazują, że w życiu gospodarczym mamy do czynienia z silną tendencją proekologiczną, która z kolei w dużej mierze wynika ze świadomości ekologicznej społeczeństwa.

Świadomość ekologiczną można rozumieć jako posiadane informacje, przekonania i system wartości w odniesieniu do środowiska przyrodniczego[6]. Można mówić o wąskim i szerokim ujęciu świadomości ekologicznej. Pierwsze odnosi się do wiedzy, poglądów i wyobrażeń o środowisku. W szerokim znaczeniu świadomość ekologiczna to całokształt opinii, wartości i idei dotyczących środowiska traktowanego w kategoriach miejsca życia i rozwoju człowieka[7]. Przyczyn jednoczesnego wzrostu świadomości ekologicznej oraz wzmożonych działań państw i biznesu w tym obszarze należy doszukiwać się już w latach sześćdziesiątych XX wieku. Wśród źródeł tego stanu rzeczy występują takie procesy, jak:

- globalizacja,
- mediatyzacja,
- wymiana tożsamości pomiędzy przedsiębiorstwami a państwem.

Globalizacja doprowadziła do redefinicji roli państw z administracyjnych ośrodków na konkurujące ze sobą podmioty. Państwa w celu stymulowania swojej konkurencyjności, realizacji interesów i budowania własnej pozycji na arenie międzynarodowej podejmują działania, które stawiają je w zupełnie innej sytuacji, będącej obrazem nowego podziału sił w gospodarce światowej. Jerzy Witold Pietrewicz pisze o zachwianiu równowagi sił w odniesieniu do makroekonomicznych interesów państwa i mikroekonomicznych interesów korporacji transnarodowych[8]. Warto jednak zauważyć, że globalizacja doprowadziła również do powstania takich aktorów, jak rządowe i pozarządowe organizacje międzynarodowe, które występują często w roli obrońców interesów mogących w zaistniałej sytuacji tracić na wartości, na przykład ochrony środowiska. Przejawiło się to między innymi działalnością Klubu Rzymskiego czy też powołaniem w 1988 roku Międzyrządowego Zespołu ds. Zmian Klimatu. Procesy te prowadzą do wykreowania w tym wymiarze swego rodzaju równowagi w środowisku międzynarodowym.

Mediatyzacja opinii publicznej jest zjawiskiem silnie powiązanym z rozwojem technicznym i technologicznym, które pozwoliły na wdrożenie instrumentarium umożliwiającego realizację nowych form komunikowania. Media mogą

---

[5] A. Kassenberg, *Gospodarka niskoemisyjna, korzyści z jej wdrażania i lokalne przykłady*, [online] http://www.chronmyklimat.pl/download.php?id=167 [dostęp: 15.01.2016].

[6] A. Wandzel, M. Wróbel, *Znaczenie świadomości ekologicznej w dobie zmian klimatycznych*, „Think" 2009, nr 1 (1), s. 51.

[7] A. Papuziński, *Świadomość ekologiczna w świetle teorii i praktyki*, „Problemy Ekorozwoju" 2006, nr 1 (1), s. 34.

[8] J. W. Pietrewicz, *Ochrona środowiska w warunkach procesów globalizacji*, Warszawa 2011, s. 46.

oddziaływać na opinię publiczną, narzucać tematy, a nawet wpływać na decyzje przywódców państw, dlatego nie bez przyczyny określa się je mianem czwartej władzy. Jak zauważa Magdalena Szpunar, obecnie istnieje tak zwana wielka czwórka agencji światowych, tj. Associated Press, Agence France Press, United Press International oraz Reuters, od której pochodzi 80% informacji ukazujących się w światowej prasie[9].

Wpływ mediów na opinię publiczną można przeanalizować zarówno na gruncie teoretycznym, jak i praktycznym. Na przykład teoria kultywowania postaw George'a Gebnera mówi o tym, że telewizja ma dominujący wpływ na kształtowanie postaw i świadomości ludzi. Z kolei w teorii ustalania hierarchii ważności tematów Maxwell McCombs i Donald Shaw stwierdzają, że media mają silniejszy wpływ nie na to, co ludzie myślą, ale na to, o czym myślą[10]. Z praktycznego punktu widzenia ciekawy wydaje się przykład zdjęcia Eddiego Adamsa, które poprzez amerykańską opinię publiczną miało istotny wpływ na zakończenie wojny w Wietnamie. Jest to powiązane z innym ważnym czynnikiem, tj. demokratyzacją, która pozwala na wywieranie większego wpływu społeczeństwa na władze swojego kraju.

Z punktu widzenia świadomości ekologicznej warto przytoczyć wyniki badań dotyczących źródeł informacji o środowisku i zmianach klimatu. Badania Eurobarometru analizujące stosunek obywateli krajów Unii Europejskiej do środowiska pokazują, że głównym źródłem wiedzy o środowisku są informacje telewizyjne (65%), a zaraz po nich Internet wraz z mediami społecznościowymi (41%)[11]. Ciekawy wydaje się fakt, że w 2014 roku, w porównaniu z rokiem 2004, respondenci prawie czterokrotnie częściej stwierdzali, że Internet jest głównym źródłem tego typu informacji. Porównanie wyników czterech badań przedstawiono na wykresie 1. Badania Uniwersytetu Yale z 2011 roku analizujące wiedzę Amerykanów na temat zmian klimatu prezentują podobne wyniki. Respondenci zza oceanu stwierdzili, że najwięcej na temat globalnego ocieplenia dowiedzieli się z telewizji (88%). Z kolei na pytanie o to, z jakiego źródła skorzystaliby w celu zdobycia informacji na temat zmian klimatu, na pierwszym miejscu wskazali Internet[12]. Wyniki zostały przedstawione na wykresach 2 i 3.

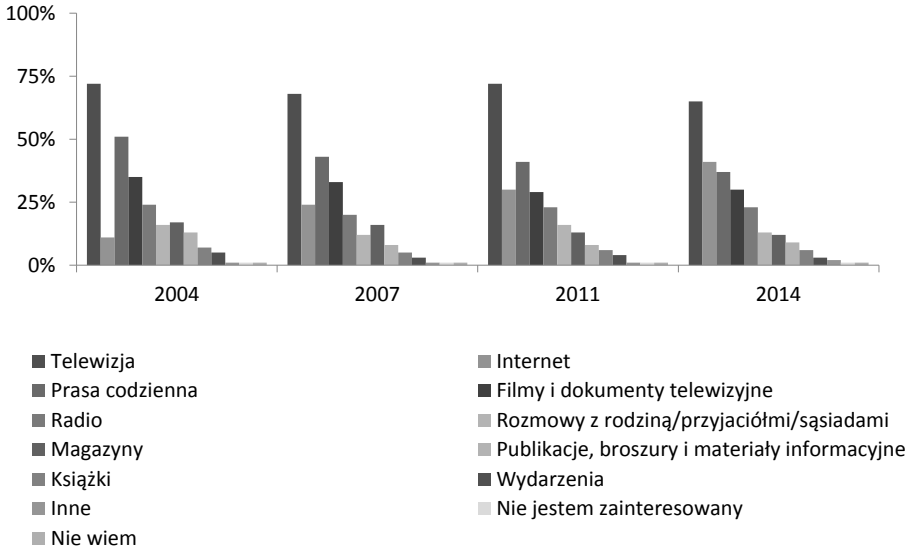
---

[9] M. Szpunar, *Rynek mediów i agencje informacyjne*, [online] http://www.magdalenaszpunar.com/_dydaktyka/rynek%20medi%C3%B3w.pdf [dostęp: 13.01.2016].

[10] T. Goban-Klas, *Komunikowanie i media*, [w:] *Dziennikarstwo i świat mediów*, red. Z. Bauer, E. Chudziński, Kraków 2008, s. 29.

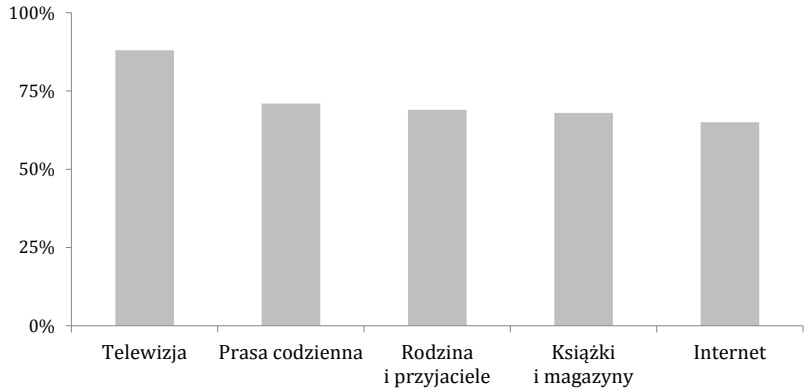
[11] European Commision, *Special Eurobarometer 416. Attitudes of European citizens towards the environment*, 2014.

[12] A. Leiserowitz, N. Smith, J. R. Marlon, *American's Knowledge of Climate Change*, New Haven 2010.



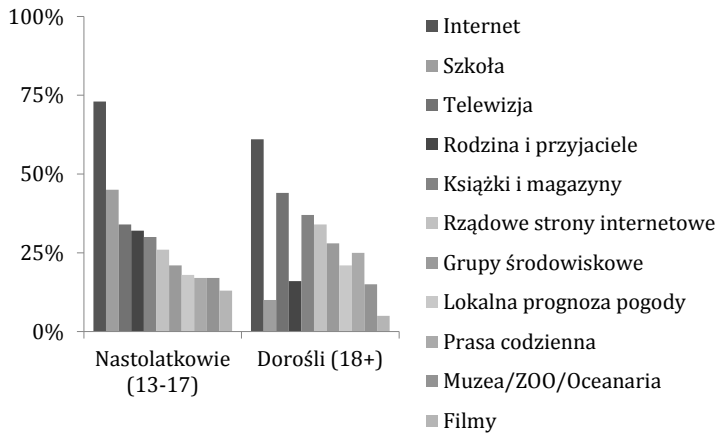
Wykres 1. Główne źródła pozyskiwania informacji na temat środowiska wśród obywateli państw Unii Europejskiej

Źródło: opracowanie własne na podstawie: European Comission, *Special Eurobarometer 416. Attitudes of European citizens towards the environment*; *Special Eurobarometer 295. Attitudes of European citizens towards the environment.*



Wykres 2. Źródła wiedzy Amerykanów na temat globalnego ocieplenia

Źródło: opracowanie własne na podstawie: A. Leiserowitz, N. Smith, J. R. Marlon, *American's Knowledge of Climate Change*, New Haven 2010, s. 39.



Wykres 3. Źródła, z których Amerykanie korzystają w celu pozyskania informacji na temat globalnego ocieplenia

Źródło: opracowanie własne na podstawie: A. Leiserowitz, N. Smith, J. R. Marlon, *American Teen's Knowledge of Climate Change*, New Haven 2011, s. 47.

Ostatnim z omawianych pojęć jest wymiana tożsamości pomiędzy państwami i przedsiębiorstwami[13]. Ową zamianę ról można przedstawić jako upodabnianie się państw i firm pod względem swoich kompetencji i ofert. Głównym czynnikiem pogłębiania się wymiany tożsamości jest przedstawiona wcześniej globalizacja. W jej wyniku cały zasób państwa, tj. produkty, usługi, regulacje prawne, ważne osobistości, kultura, rząd, uwarunkowania geopolityczne, wartości i historia, staje się jego ofertą, skierowaną do różnych grup odbiorców[14].

Warto zauważyć, że podczas dokonywania wyboru pomiędzy państwami ważna staje się nie tylko cena (na przykład wysokość podatków, koszty życia), ale też wszystkie inne czynniki, takie jak kultura, polityka czy też historia. Proces decyzyjny w przypadku oferty przedsiębiorstw jest analogiczny – na wybór konsumentów oprócz ceny wpływa cały szereg czynników, takich jak marka czy też respektowane wartości.

Aspekt ekologiczny jest istotnym elementem społecznej odpowiedzialności biznesu. Na jej gruncie firmy wprowadzają rozwiązania o charakterze proekologicznym,

[13] W. Olins, *Trading Identities – Why Companies and Countries Are Taking on Each Other's Roles*, London 1999.

[14] M. Hereźniak, *Marka narodowa: jak skutecznie budować wizerunek i reputację kraju*, Warszawa 2011, s.18.

podobnie jak państwa, które wdrażają w swoich konstytucjach politykę zrównoważonego rozwoju, biorą udział w negocjacjach klimatycznych czy też transformują gospodarki na niskoemisyjne. Warto zauważyć, że działania przedsiębiorstw w tym zakresie wynikają w dużej mierze ze świadomości ekologicznej konsumentów, czego potwierdzeniem są wyniki badań wskazujące, że 75% obywateli państw Unii Europejskiej jest skłonnych zapłacić więcej za produkt przyjazny środowisku[15]. Podobna sytuacja dotyczy państw. Warto przywołać przykład Holandii, gdzie dziewięciuset obywateli złożyło zbiorowy pozew przeciwko rządowi za niedostateczną ochronę przed zmianami klimatu, co ciekawe, traktując globalne ocieplenie jako łamanie praw człowieka[16].

Gospodarka niskoemisyjna jako element postrzegania państwa

Postrzeganie państwa ma istotny wpływ na jego pozycję na arenie międzynarodowej. W zależności od dyscypliny naukowej przyjmuje się różne ujęcia, które opisują to zjawisko. W ekonomii postrzeganie przyjmuje postać zaufania i reputacji kraju, co jest powiązane z ekonomią informacji[17]. W politologii identyfikuje się je z miękką siłą, która wywodzi się z koncepcji Josepha Samuela Nye'a. Z kolei w marketingu określa się je mianem marki narodowej. Wszystkie te pojęcia obrazują zjawisko postrzegania kraju w sposób charakterystyczny dla swojej dyscypliny.

Relacja pomiędzy zaufaniem a reputacją jest niezaprzeczalna i dwustronna[18]. Reputacja wpływa na poziom zaufania, a ono z kolei determinuje reputację i wizerunek danej organizacji. W tym wymiarze, z teoretycznego punktu widzenia, można mówić o reputacji i zaufaniu do kraju, jego gospodarki, waluty czy też obligacji. O samym zaufaniu w gospodarce w nieco innym kontekście pisał noblista Kenneth Arrow, podejmując kwestię etyki i moralności[19]. W wymiarze międzynarodowym można się odnieść do psychologicznej teorii kursów waluty autorstwa Alberta Aftaliona, w której dowodzi się, że zmiany kursów są także

---

[15] European Commision, *Special Eurobarometer 416...*, op. cit.

[16] *Holendrzy pozwali rząd. Bo nie chroni przed zmianami klimatu*, [online] http://tvn-24bis.pl/ze-swiata,75/holendrzy-pozwali-rzad-bo-za-wolno-redukuje-emisje-co2,533438.html [dostęp: 10.01.2016].

[17] P. Deszczyński, *Konceptualizacja pojęcia public relations*, [w:] *Wykorzystanie nowych mediów w public relations*, red. A. Frąkiewicz-Wronka, J. Gołuchowski, Katowice 2013, s. 213.

[18] W. Rydzak, *Reputacja a działania informacyjne organizacji w sytuacjach kryzysowych i determinanty ich wyboru*, Poznań 2011, s. 21.

[19] K. Grzesiuk, *Marka Granovettera koncepcja zakorzenienia społecznego gospodarki*, [online] http://www.researchgate.net/publication/230865873_Marka_Granovettera_koncepcja_zakorzenienia_spoecznego_gospodarki_%28Mark_Granovetter%27s_Social_Embeddedness_of_the_Economy_Concept%29 [dostęp: 13.01.2016].

odzwierciedleniem zmian zaufania do danego kraju i jego waluty, gdyż mają na to wpływ czynniki psychologiczne[20]. Warto zauważyć, że źródłem wahania kursów oprócz czynników psychologicznych mogą być również wypowiedzi znanych polityków, biznesmenów czy analityków[21]. W kontekście ekologii udział państw w negocjacjach klimatycznych i podpisywanie kolejnych traktatów może być źródłem cennych informacji dla inwestorów, ponieważ jest to wyznacznik systemu wartości, obieranych kierunków i poziomu społecznej odpowiedzialności występującej w danym kraju.

Pisząc o miękkiej sile, należy odnieść się do koncepcji zaprezentowanej przez Nye'a, w której dzieli się siłę kraju na trzy rodzaje: militarną, ekonomiczną oraz miękką[22]. Ta ostatnia bazuje na elementach związanych z czynnikami oddziaływania opierającego się głównie na wartościach i przekonywaniu do nich. Można zauważyć dwa aspekty, które w ekologicznym wymiarze polityki państwowej wpływają na budowanie miękkiej siły. Mowa o wspomnianych wartościach oraz jakości polityki. Można je budować między innymi na podstawie zaangażowania w działania społecznie odpowiedzialne w wymiarze gospodarki niskoemisyjnej, poprzez udział w negocjacjach klimatycznych, podpisywanie i ratyfikowanie dokumentów o charakterze środowiskowym, a także podejście do kwestii przeciwdziałania negatywnym efektom zewnętrznym. W zależności od działań i decyzji podejmowanych w tych obszarach może być kształtowana pozycja kraju na arenie międzynarodowej w wymiarze politycznym.

Ostatnim z ujęć postrzegania kraju na arenie międzynarodowej jest marka narodowa. Instytut Marki Polskiej określa ją jako spójną całość, która jest kompozycją wizerunku i reputacji stanowiącą sumę emocjonalnych i funkcjonalnych wartości dostarczanych przez kraj otoczeniu, które są znane, pożądane i cenione przez interesariuszy mogących mieć wpływ na dany kraj i odwrotnie. Marka narodowa jest sumą doświadczeń owych interesariuszy[23]. Simon Anholt z kolei określa markę narodową jako wyrażanie pozycji konkurencyjnej danego kraju, którą identyfikuje się z jego silnymi stronami, wynikającymi z gospodarki, kultury, położenia geograficznego, systemu edukacji, atrakcyjności turystycznej i produktów eksportowych[24].

Istotnym elementem odnoszącym się do marki narodowej są jej wektory, które można tłumaczyć jako obszary funkcjonowania marki w ramach realizacji procesu brandingu narodowego. Istnieją w tej kwestii różne podziały, w tym również autorstwa polskich uczonych. Przykładowo Ewa Cenker określa trzy

[20] B. Ociepka, *Komunikowanie międzynarodowe*, Wrocław 2002, s. 218.

[21] M. Rubaszek, D. Serwa, *Wstęp*, [w:] *Analiza kursu walutowego*, red. W. Marcinkowska-Lewandowska, Warszawa 2009, s. 8.

[22] J. S. Nye, *Soft Power. The Means to Success in World Politics*, New York 2004, s. 31.

[23] W. Olins, *Wally Olins o marce*, tłum. M. Hereźniak, G. Skonieczko, Warszawa 2004, s. 281.

[24] M. Hereźniak, op. cit., s. 25.

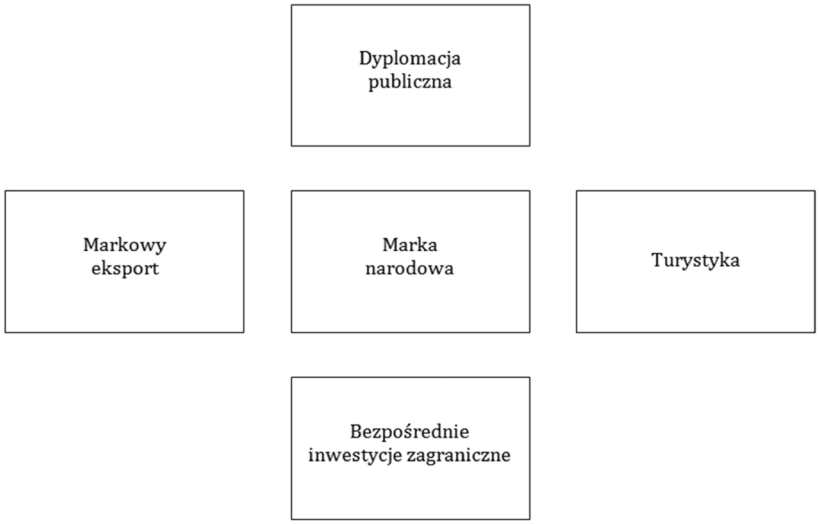
Tab. 1. Podział sił państwa według Josepha Samuela Nye'a

Rodzaj siły	Zachowania polityczne	Instrumenty oddziaływania	Polityka państwowa
siła militarna	przymus odstraszenie ochrona	groźba siła	wojny sojusze represyjna dyplomacja
siła ekonomiczna	przymus perswazja	płatności sankcje	pomoc (humanitarna, rozwojowa) łapówki, sankcje
miękka siła	przyciąganie przekonywanie	wartości kultura polityka instytucje	dyplomacja publiczna bilateralizm multilateralizm

Źródło: J. S. Nye, *Soft Power. The Means to Success in World Politics*, New York 2004, s. 31.

Ryc. 1. Heksagon marki narodowej

Źródło: opracowanie własne na podstawie:
S. Anholt, *Sprawiedliwość marek*, Warszawa 2006, s. 170.



Ryc. 2. Wektory marki narodowej

Źródło: M. Hereźniak, *Marka narodowa: Jak skutecznie budować wizerunek i reputację kraju*, Warszawa 2011, s. 97.

elementy istotne z punktu widzenia siły marki danego kraju, tj. wartości, identyfikację wizualną i flagowe produkty[25]. Simon Anholt prezentuje z kolei tak zwany heksagon, model sześciokąta marki narodowej, który przedstawiono na rycinie 1. W ujęciu Wally'ego Olinsa występują cztery wektory marki narodowej, co zostało zaprezentowane na rycinie 2.

Analiza wektorów sugeruje, że kwestie związane ze środowiskiem naturalnym nie są przedstawione w sposób bezpośredni. Można się ich doszukiwać pośrednio w takich obszarach, jak wartości (Ewa Cenker), polityka i ludzie (Simon Anholt) oraz dyplomacja publiczna (Wally Olins).

Na gruncie praktycznym nawiązania do wymiaru ekologii i ochrony środowiska są bardziej widoczne. Wśród szeregu publikacji i raportów dotyczących postrzegania kraju w analizie wykorzystane zostały trzy dokumenty, odnoszące się do wcześniej omówionych ujęć:

- Reputation Institute – Country RepTrak,
- Institute for Government – Global Ranking of Soft Power,
- Future Brand – Country Brand Index.

[25] E. Cenker, *Public relations*, Poznań 2007, s. 232.

W raporcie Country RepTrak z 2014 roku reputację poszczególnych państw oceniło dwadzieścia sześć tysięcy osób z krajów grupy G8. Respondenci wystawili noty przez pryzmat trzech czynników:[26]

- zaawansowania gospodarki,
- atrakcyjności środowiska,
- skuteczności rządu.

W odniesieniu do środowiska naturalnego można znaleźć takie elementy, jak: odpowiedzialność kraju za globalną społeczność, etyczność, piękno naturalne oraz edukację wartości[27]. W przypadku rankingu odnoszącego się do miękkiej siły kraje oceniane są na bazie subiektywnych opinii oraz pięćdziesięciu wskaźników, przez pryzmat szeregu czynników, wśród których można znaleźć między innymi biznes, rząd czy też dyplomację[28]. W odniesieniu do środowiska przyrodniczego zauważalny jest jeden element, określany jako świadomość i działania w wymiarze środowiska[29].

Country Brand Index to raport uwzględniający opinie osób podróżujących po świecie oraz ekspertów. W 2014 roku przepytanych zostało ponad dwa i pół tysiąca respondentów, którzy oceniali markę kraju przez pryzmat następujących czynników:[30]

- system wartości,
- jakość życia,
- potencjał biznesowy,
- kultura i dziedzictwo,
- turystyka,
- efekt kraju pochodzenia.

W tym przypadku do kwestii ekologicznych nawiązują standardy środowiskowe w ramach systemu wartości oraz piękno natury danego kraju w obszarze turystyki.

Analiza teoretyczna i praktyczna aspektów postrzegania kraju pozwala na stwierdzenie, że wymiar środowiskowy jest istotny. Warto zauważyć, że jest on uwzględniany nie tylko jako stan środowiska w danym kraju, ale również w kategoriach wartości i działań rządów na rzecz środowiska naturalnego zarówno w kontekście polityki wewnętrznej, jak i zewnętrznej. Do tych działań zaliczają się między innymi udziały w negocjacjach międzynarodowych, podpisywanie i ratyfikowanie dokumentów o charakterze ekologicznym i wynikające z tego rozwiązania w ramach polityki wewnętrznej, na przykład wdrażanie polityk klimatycznych, zwiększanie efektywności energetycznej czy też transformowanie gospodarek na niskoemisyjne.

---

[26] Reputation Institute, *Country RepTrak 2014*, 2014.
[27] Ibidem.
[28] J. McClory, *A 2012 Global Ranking of Soft Power*, London 2012.
[29] Ibidem.
[30] Future Brand, *Country Brand Index 2014–2015*, 2014.

Relacje pomiędzy gospodarką niskoemisyjną a postrzeganiem państw członkowskich Unii Europejskiej

Relacje pomiędzy postrzeganiem państwa a obszarami życia gospodarczego są ważnym aspektem namysłu nad sensem budowania wizerunku i reputacji krajów. Z dotychczasowych badań, dla których inspiracją była publikacja Magdaleny Raftowicz-Filipkiewicz[31], wynika, że można zauważyć pewną zależność pomiędzy postrzeganiem kraju a elementami życia gospodarczego. Uzyskane dane wskazują na fakt występowania silnej korelacji pomiędzy marką narodową a takimi obszarami, jak konkurencyjność gospodarki, PKB per capita, konkurencyjność turystyczna czy też napływ bezpośrednich inwestycji zagranicznych (tabela 2).

Kontynuując ten tok rozumowania, można przeprowadzić analizy w obszarze działania na rzecz środowiska naturalnego i jego stanu. Przedstawiona wcześniej analiza aspektów postrzegania kraju pokazuje, że wymiar środowiskowy jest zauważalny zarówno w teorii, jak i w raportach. Nie pokazuje ona jednak siły ani kierunku relacji, jakie zachodzą pomiędzy stanem środowiska i inicjatywami proekologicznymi krajów a ich postrzeganiem. Dlatego warto podjąć próbę określenia, czy taka korelacja występuje oraz jaki jest jej kierunek i siła.

Tab. 2. Korelacja pomiędzy marką narodową a innymi obszarami życia gospodarczego

	Marka narodowa
Konkurencyjność	0,773
PKB per capita	0,725
Napływ BIZ	0,666
Konkurencyjność turystyczna	0,843

Źródło: badania własne na podstawie: Future Brand, *Country Brand Index 2012–2013*; World Economic Forum, *Global Competitiveness Report 2012–2013*; World Economic Forum, *The Travel & Tourism Competitiveness Report 2011*; Central Intelligence Agency, *GDP - per capita 2013*; Central Intelligence Agency, *Stock of direct investment – at home 2013.*

[31] M. Raftowicz Filipiewicz, *Wpływ brandingu narodowego na konkurencyjność gospodarek*, „Gospodarka narodowa" 2009, nr 10, s. 103–127.

W badaniach zostaną wykorzystane dwa raporty, które pozwolą na ujęcie relacji pomiędzy środowiskiem a postrzeganiem kraju w następujących wymiarach:

- węższym, odnoszącym się głównie do działań związanych z ograniczaniem emisji CO_2,
- szerszym, który jest całkowitym ujęciem warunków środowiskowych występujących w danym kraju.

Węższy wymiar będzie badany na podstawie raportów The Climate Change Performance Index przygotowywanych przez Germanwatch i Climate Action Network Europe. Ten publikowany co roku indeks jest analizą działań w zakresie wydajności ochrony klimatu pięćdziesięciu ośmiu państw, które są odpowiedzialne za ponad 90% światowej emisji CO_2. Na 80% oceny składają się takie czynniki, jak poziom emisji, efektywność oraz energia odnawialna, bazujące na ogólnych wskaźnikach. 20% oceny opiera się na opiniach międzynarodowego grona około trzystu ekspertów, którzy wypowiadają się na temat polityki klimatycznej poszczególnych państw[32]. Z kolei szerszy wymiar relacji pomiędzy środowiskiem a postrzeganiem kraju będzie przeanalizowany na podstawie raportów Environmental Performance Index przygotowywanych przez uniwersytety Yale i Columbia. Indeks obejmuje sto siedemdziesiąt osiem krajów i ocenia je nie tylko pod względem działań na rzecz ochrony środowiska, ale również jego stanu. Wskaźnik uwzględnia między innymi takie elementy, jak śmiertelność dzieci, jakość powietrza, dostęp do wody pitnej, subsydia w rolnictwie, zmiany w zalesieniu, bioróżnorodność oraz kwestie związane z emisją CO_2[33].

Raporty zostaną poddane analizie korelacji z danymi z omawianych wcześniej indeksów dotyczących postrzegania. Wyniki z trzech kolejnych edycji raportów zostaną uśrednione. Przedmiotem badań będą państwa Unii Europejskiej. Pierwszą istotną przesłanką takiego wyboru jest fakt, że do celów Unii Europejskiej oraz poszczególnych europejskich krajów w zakresie bezpieczeństwa energetycznego, ochrony klimatu i zrównoważenia polityki energetycznej należą:[34]

- konkurencja gospodarcza,
- bezpieczeństwo zaopatrzenia,
- ochrona klimatu.

W praktyce gospodarczej przejawia się to tym, że państwa Unii Europejskiej stają się światowym pionierem we wdrażaniu rozwiązań ograniczających emisję gazów cieplarnianych, stymulujących pozyskiwanie energii ze źródeł odnawialnych i zwiększających efektywność energetyczną. Po drugie, państwa

---

[32] Ch. Bals, J. Burck, F. Marten, *The Climate Change Performance Index 2015*, Bonn–Berlin–Brussels 2014.

[33] Yale University & Colombia University, *Environmental Performance Index 2014*, 2014.

[34] K. Pająk, *Bezpieczeństwo energetyczne w jednostkach samorządu terytorialnego*, [w:] *Ekonomia i zarządzanie energią a rozwój gospodarczy*, red. K. Pająk, A. Ziomek, S. Zwierzchlewski, Toruń 2013, s. 45.

Unii Europejskiej najczęściej pojawiają się w kolejnych edycjach analizowanych rankingów, co pozwala na dokonywanie porównań. Istotny jest również fakt, że zajmują one w omawianych rankingach wysokie miejsca (tabela 3).

Ze względu na specyfikę danych w badaniach wykorzystano analizę korelacji rang Spearmana, stosując wzór:[35]

$$r_s = 1 - \frac{6}{n(n^2 - 1)} \sum_{i=1}^{n} d_i^2$$

przy czym:

$d = x_i - y_i$ różnica pomiędzy rangami odpowiadających sobie wartości cechy x_i i y_i
$i = 1, 2 \ldots n$
x_i ranga i-tego obiektu
y_i ranga i-tego obiektu
n liczba badanych obiektów

W obliczeniach przyjęto następujący sposób interpretacji wyników badań korelacji rang:

$0{,}0 < r \leq 0{,}2$ – korelacja bardzo słaba
$0{,}2 < r \leq 0{,}4$ – korelacja słaba
$0{,}4 < r \leq 0{,}6$ – korelacja umiarkowana
$0{,}6 < r \leq 0{,}8$ – korelacja silna
$0{,}8 < r \leq 1$ – korelacja bardzo silna

r – współczynnik korelacji

[35] B. Pułaska-Turyna, *Statystyka dla ekonomistów*, Warszawa 2011, s. 319–320.

Tab. 3. Pierwsza dziesiątka w rankingach The Climate Change Performance Index 2015 oraz Environmental Performance Index 2014

Climate Change Performance Index 2015	Environmental Performance Index 2014
4. Dania*	1. Szwajcaria
5. Szwecja	2. Luksemburg
6. Wielka Brytania	3. Australia
7. Portugalia	4. Singapur
8. Cypr	5. Czechy
9. Maroko	6. Niemcy
10. Irlandia	7. Hiszpania
11. Szwajcaria	8. Austria
12. Francja	9. Szwecja
13. Islandia	10. Norwegia

* Trzy pierwsze miejsca w raporcie są puste.

Źródło: Ch. Bals, J. Burck, F. Marten, *The Climate Change Performance Index 2015*; Yale University & Colombia University, *Environmental Performance Index 2014.*

W badaniu wykorzystano i poddano analizie korelacji dane z następujących raportów:

- Future Brand. Country Brand Index: 2010, 2012–2013, 2014–2015,
- Reputation Institute. Country RepTrak: 2011, 2012, 2014,
- Institute for Government. Global Ranking of Soft Power: 2010, 2011, 2012,
- Germanwatch & Climate Action Network Europe. The Climate Change Performance Index: 2010, 2011, 2012, 2014, 2015,
- Yale University & Colombia University. Environmental Performance Index: 2010, 2012, 2014.

Przeprowadzona analiza pokazuje, że korelacja zachodząca pomiędzy wynikami raportów o charakterze środowiskowym i tych dotyczących postrzegania państw jest pozytywna, a jej średnią siłę można określić jako umiarkowaną. Analizując badania w węższym ujęciu, czyli na bazie raportu The Climate Change Performance Index, najsilniejszą średnią korelację wykazuje miękka siła kraju (0,715), z kolei najsłabszą – reputacja kraju (0,325).

W przypadku szerszego ujęcia najsilniejsza korelacja przypada na markę narodową (0,634). Pozycja państwa wynikająca z jego działań i stanu środowiska najsłabiej skorelowana jest z reputacją kraju (0,385). Szczegółowe wyniki zostały przedstawione w tabeli 4 oraz na wykresach 4 i 5.

Warto zauważyć, że porównując kolejne edycje raportów, w większości przypadków korelacje wahają się wokół wyniku średniego. Jedynym wyjątkiem jest korelacja pomiędzy stanem środowiska i działaniami kraju a marką narodową, gdyż rokrocznie zauważa się tendencję wzrostową, co zostało przedstawione na wykresie 4.

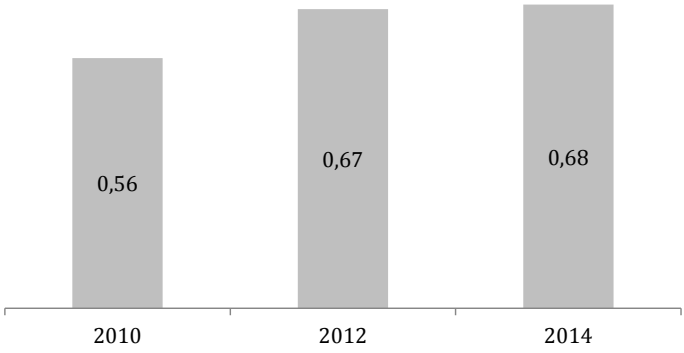
Dla porównania można przeanalizować zmiany w sile korelacji pomiędzy działaniami w obszarze walki ze zmianami klimatu a miękką siłą kraju. Wyniki zostały przedstawione na wykresie 5.

Warto również zwrócić uwagę na fakt, że największe różnice pomiędzy korelacją w węższym i w szerszym ujęciu odnosiły się do marki narodowej, z kolei siła korelacji reputacji kraju w obydwu ujęciach była praktycznie na tym samym poziomie (wykres nr 6).

Tab. 4. Korelacja pomiędzy postrzeganiem a działaniami kraju na rzecz środowiska i jego stanem

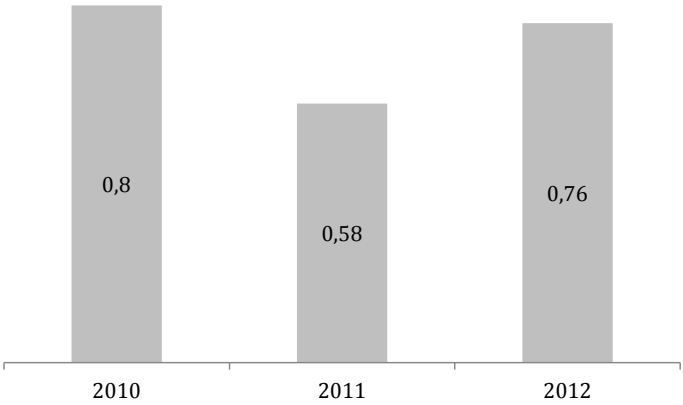
	Country Brand Index	Country RepTrak	Global Ranking of Soft Power
The Climate Change Performance Index	0,402	0,325	0,715
Environmental Performance Index	0,634	0,385	0,574

Źródło: badania własne na podstawie: J. McClory, *Global Ranking of Soft Power* w latach: 2010, 2011, 2012; Ch. Bals, J. Burck, V. Rossow, K. Bohnenberger, L. Parker, F. Marten, The *Climate Change Performance Index* w latach: 2010, 2011, 2012, 2014, 2015; Future Brand, *Country Brand Index* w latach: 2010, 2012–2013, 2014–2015; Yale University & Colombia University, *Environmental Performance Index* w latach: 2010, 2012, 2014; Reputation Institute, *Country RepTrak* w latach: 2011, 2012, 2014.



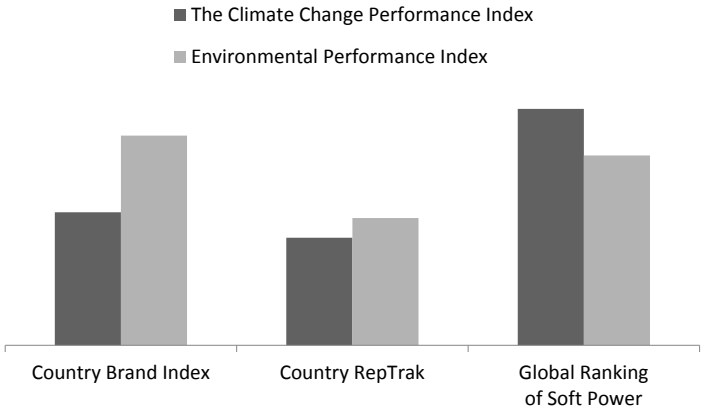
Wykres 4. Korelacja pomiędzy marką narodową a działaniami krajów w wymiarze środowiska i jego stanem

Źródło: badania własne na podstawie: Future Brand, *Country Brand Index* w latach: 2010, 2012–2013, 2014–2015; Yale University & Colombia University, *Environmental Performance Index* w latach: 2010, 2012, 2014.



Wykres 5. Korelacja pomiędzy miękką siłą kraju a jego działaniami w wymiarze środowiska w latach 2010–2012

Źródło: badania własne na podstawie: J. McClory, *Global Ranking of Soft Power* w latach: 2010, 2011, 2012; Ch. Bals, J. Burck, V. Rossow, K. Bohnenberger, L. Parker, *The Climate Change Performance Index* w latach: 2010, 2011, 2012.



Wykres 6. Porównanie korelacji pomiędzy postrzeganiem kraju a działaniami środowiskowymi w wąskim i szerokim ujęciu

Źródło: badania własne na podstawie: J. McClory, *Global Ranking of Soft Power* w latach: 2010, 2011, 2012; Ch. Bals, J. Burck, V. Rossow, K. Bohnenberger, L. Parker, F. Marten, *The Climate Change Performance Index* w latach: 2010, 2011, 2012, 2014, 2015; Future Brand, *Country Brand Index* w latach: 2010, 2012–2013, 2014–2015; Yale University & Colombia University, *Environmental Performance Index* w latach: 2010, 2012, 2014; Reputation Institute, *Country RepTrak* w latach: 2011, 2012, 2014.

Zakończenie

Wyniki przeprowadzonych badań wskazują, że stan środowiska naturalnego, a także działania państw Unii Europejskiej w tym obszarze oraz ich postrzeganie mają na siebie wpływ. Analiza pokazuje, że opinia publiczna zarówno w Unii Europejskiej, jak i w Stanach Zjednoczonych, bazując głównie na wiedzy z Internetu oraz mediów tradycyjnych, jest świadoma wagi aspektów związanych z ochroną środowiska. Co więcej, z analizy korelacji wynika, że może to mieć wpływ na postrzeganie państw na arenie międzynarodowej. Owe zależności mogą przynieść daleko idące konsekwencje w kontekście badań dotyczących relacji pomiędzy postrzeganiem danego kraju a obszarami życia gospodarczego. Opierając się na założeniu, że lepiej postrzegane państwa są jednocześnie bardziej konkurencyjne, można pokusić się o stwierdzenie, że ową konkurencyjność buduje się pośrednio również poprzez zarządzanie reputacją w wymiarze ekologicznym za pomocą takich działań, jak: redukcja CO_2, poprawa wydajności energetycznej, wdrażanie polityk środowiskowych, inwestycje w odnawialne źródła energii, zaangażowanie w inicjatywy proekologiczne na arenie międzynarodowej i przechodzenie na gospodarkę niskoemisyjną.

A Low Carbon Economy as an Element of Perception of the Country in the International Environment – the Case of the European Union

Abstract

The paper presents the basic assumptions about countries being regarded by the public in the context of environmental awareness. In addition to reviewing theoretical achievements the results of previous studies of public opinion in this dimension were presented. For the purpose of this paper it was adopted to analyze the interrelationships between the state of the environment and the actions of the European Union countries in the area of its protection and their perception in the public opinion in the international arena. The study used the Spearman rank correlation.

Keywords

nation branding, country reputation, soft power, environmental awareness

Bibliografia

1. Anholt S., *Sprawiedliwość marek*, Warszawa 2006.
2. Bals Ch., Burck J., Bohnenberger K., *The Climate Change Performance Index 2012*, Bonn–Berlin–Brussels 2011.
3. Bals Ch., Burck J., Marten F., *The Climate Change Performance Index 2014*, Bonn–Berlin–Brussels 2013.
4. Bals Ch., Burck J., Marten F., *The Climate Change Performance Index 2015*, Bonn–Berlin–Brussels 2014.
5. Bals Ch., Burck J., Parker L., *The Climate Change Performance Index 2011*, Bonn–Berlin–Brussels 2010.
6. Bals Ch., Burck J., Rossow V., *The Climate Change Performance Index 2010*, Bonn–Berlin–Brussels 2009.
7. Cenker E., *Public relations*, Poznań 2007.
8. Central Intelligence Agency, *GDP – per capita*, [online] https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2004rank.html #pl [dostęp: 12.02.2015].
9. Central Intelligence Agency, *Stock of direct investment – at home*, [online] https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2198rank.html#pl [dostęp: 12.02.2015].
10. Deszczyński P., *Konceptualizacja pojęcia public relations*, [w:] *Wykorzystanie nowych mediów w public relations*, red. A. Frąkiewicz-Wronka, J. Gołuchowski, Katowice 2013, s. 204–216.
11. European Commision, *Special Eurobarometer 295. Attitudes of European citizens towards the environment*, Brussels 2008.
12. European Commision, *Special Eurobarometer 416. Attitudes of European citizens towards the environment*, Brussels 2014.
13. *Fundusze strukturalne jako instrument wsparcia rozwoju gospodarki niskoemisyjnej i zasoobooszczędnej*, red. W. Piątek, Białystok 2011.
14. Future Brand, *Country Brand Index 2010*, 2010.
15. Future Brand, *Country Brand Index 2012–2013*, 2012.
16. Future Brand, *Country Brand Index 2014–2015*, 2014.

17. Goban-Klas T., *Komunikowanie i media*, [w:] *Dziennikarstwo i świat mediów*, red. Z. Bauer, E. Chudziński, Kraków 2008, s. 11–37.
18. Grzesiuk K., *Marka Granovettera koncepcja zakorzenienia społecznego gospodarki*, [online] http://www.researchgate.net/publication/230865873_Marka_Granovettera_koncepcja_zakorzenienia_spoecznego_gospodarki_%28Mark_Granovetter%27s_Social_Embeddedness_of_the_Economy_Concept%29 [dostęp: 13.01.2016].
19. Henzelmann T., Schaible S., Stoever M., Meditz H., *Geneza zielonej rewolucji ekonomicznej i spodziewane korzyści*, [w]: *Zielony wzrost, zielony zysk. Jak zielona rewolucja stymuluje gospodarkę*, red. R. Berger, tłum. A. Kozłowska, Warszawa 2011, s. 21–43.
20. Hereźniak M., *Marka narodowa: jak skutecznie budować wizerunek i reputację kraju*, Warszawa 2011.
21. *Holendrzy pozwali rząd. Bo nie chroni przed zmianami klimatu*, [online] http://tvn24bis.pl/ze-swiata,75/holendrzy-pozwali-rzad-bo-za-wolno-redukuje-emisje-co2,533438.html [dostęp: 10.01.2016].
22. Kassenberg A., *Gospodarka niskoemisyjna, korzyści z jej wdrażania i lokalne przykłady*, [online] http://www.chronmyklimat.pl/download.php?id=167 [dostęp: 15.01.2016].
23. Leiserowitz A., Smith N., Marlon J. R., *American's Knowledge of Climate Change*, New Haven 2010.
24. Leiserowitz A., Smith N., Marlon J. R., *American Teen's Knowledge of Climate Change*, New Haven 2011.
25. Mazur-Wierzbicka E., *Miejsce zrównoważonego rozwoju w polskiej i unijnej polityce ekologicznej na początku XXI wieku*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy" 2006, nr 8 (1), s. 317–328.
26. McClory J., *A 2010 Global Ranking of Soft Power*, London 2010.
27. McClory J., *A 2011 Global Ranking of Soft Power*, London 2011.
28. McClory J., *A 2012 Global Ranking of Soft Power*, London 2012.
29. Nye J. S., *Soft Power. The Means to Success in World Politics*, New York 2004.
30. Ociepka B., *Komunikowanie międzynarodowe*, Wrocław 2002.
31. Olins W., *Trading Identities – Why Companies and Countries Are Taking on Each Other's Roles*, London 1999.
32. Olins W., *Wally Olins o marce*, tłum. M. Hereźniak, G. Skonieczko, Warszawa 2004.
33. Pająk K., *Bezpieczeństwo energetyczne w jednostkach samorządu terytorialnego*, [w:] *Ekonomia i zarządzanie energią a rozwój gospodarczy*, red. K. Pająk, A. Ziomek, S. Zwierzchlewski, Toruń 2013, s. 39–59.
34. Papuziński A., *Świadomość ekologiczna w świetle teorii i praktyki*, „Problemy Ekorozwoju" 2006, nr 1 (1), s. 33–40.
35. Pietrewicz J. W., *Ochrona środowiska w warunkach procesów globalizacji*, Warszawa 2011.
36. Pułaska-Turyna B., *Statystyka dla ekonomistów*, Warszawa 2011.
37. Reputation Institute, *Country RepTrak 2011*, 2011.
38. Reputation Institute, *Country RepTrak 2012*, 2012.
39. Reputation Institute, *Country RepTrak 2014*, 2014.
40. Rubaszek M., Serwa D., *Wstęp*, [w:] *Analiza kursu walutowego*, red. W. Marcinkowska-Lewandowska, Warszawa 2009, s. 7–11.
41. Rydzak W., *Reputacja a działania informacyjne organizacji w sytuacjach kryzysowych i determinanty ich wyboru*, Poznań 2011.
42. Sobolewski M., *Perspektywy międzynarodowych negocjacji klimatycznych w świetle wyników konferencji COP17 w Durbanie*, „Studia BAS" 2012, nr 29, s. 31–54.

43. Szpunar M., *Rynek mediów i agencje informacyjne*, [online] http://www.magdalenaszpunar.com/_dydaktyka/rynek%20medi%C3%B3w.pdf [dostęp: 13.01.2016].
44. Wandzel A., Wróbel M., *Znaczenie świadomości ekologicznej w dobie zmian klimatycznych*, „Think" 2009, nr 1 (1), s. 51–62.
45. World Economic Forum, *The Global Competitiveness Report 2012–2013*, Geneva 2012.
46. World Economic Forum, *The Travel & Tourism Competitiveness Report 2011*, Geneva 2011.
47. Yale University & Colombia University, *Environmental Performance Index 2010*, 2010.
48. Yale University & Colombia University, *Environmental Performance Index 2012*, 2012.
49. Yale University & Colombia University, *Environmental Performance Index 2014*, 2014.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Marzena Andrzejewska

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Postępowania Karnego
e-mail: marcio7@op.pl

Ponownie o kasacji ministra sprawiedliwości w procesie karnym

Kilka aspektów konstytucyjnych i procesowych

Streszczenie

Niniejszy artykuł jest próbą oceny wpływu władzy wykonawczej w osobie ministra sprawiedliwości w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości, szczególnie w zakresie postępowania kasacyjnego w procesie karnym, w którym został on ponownie wyznaczony jako podmiot mający kompetencje do złożenia skargi. Analiza obejmuje zarówno aspekt konstytucyjny, jak i proceduralny, wraz ze wskazaniem drogi legislacyjnej na tle omawianego art. 521 k.p.k. Ocena nowych regulacji pozwala odpowiedzieć na pytania, czy zmiany były konieczne, w jakim stopniu były one zgodne z konstytucyjną zasadą separacji i równoważenia władz, wymogiem niezawisłości sędziów i niezależności sądu, oraz jak daleko dokonano przebudowy modelu kontroli kasacyjnej, znacznie zwiększając inne niż wcześniej funkcje Sądu Najwyższego.

Słowa kluczowe

minister sprawiedliwości, kasacja, postępowanie karne, konstytucja

Uwagi wstępne

Niewątpliwie jakakolwiek ingerencja ministra sprawiedliwości w obszar wymiaru sprawiedliwości jest w obecnej rzeczywistości prawnej i ustrojowej szczególnie sceptycznie postrzegana. Przeprowadzone po 1989 roku demokratyczne reformy ustrojowe odbiły się znacząco na nowych kodyfikacjach karnych ogłoszonych w 1997 roku, odbierając częściowo dotychczasowe prerogatywy procesowe instytucjom władzy wykonawczej, w tym ministrowi sprawiedliwości[1]. Jeśli bowiem spojrzeć na kodeks postępowania karnego (dalej: k.p.k.) z 1969 roku, to w obszarze kontroli rewizji nadzwyczajnej (poprzedniczki dzisiejszej kasacji) jedynymi organami uprawnionymi do jej inicjowania, zgodnie z art. 464 k.p.k.[2], byli: minister sprawiedliwości, prokurator generalny oraz pierwszy prezes Sądu Najwyższego i rzecznik praw obywatelskich, a w sprawach wojskowych dodatkowo na mocy art. 591 k.p.k. prezes Izby Wojskowej Sądu Najwyższego oraz naczelny prokurator wojskowy. W piśmiennictwie i judykaturze fakt uposażenia w uprawnienia kasacyjne jedynie organów administracyjnych, z wyłączeniem stron, stanowił główną oś krytyki zniesionej w 1995 roku[3] instytucji rewizji nadzwyczajnej. W tym względzie dostrzegano, iż w praktyce kasacyjnej znacząco przeważały rewizje nadzwyczajne wnoszone przez ministra sprawiedliwości na niekorzyść oskarżonych, będące swoistym instrumentem zaostrzania represji karnej[4] i reliktem poprzedniego ustroju. Z tej między innymi racji we wspomnianej nowelizacji k.p.k., bezpośrednio poprzedzającej kodyfikację, przewidziano w art. 3 ust. 1 przejściowe rozwiązanie, zapewniające utrzymanie dotychczasowych uprawnień ministra sprawiedliwości-prokuratora generalnego i rzecznika praw obywatelskich do wniesienia kasacji jedynie w okresie trzech lat od dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej. W owym akcie nadano kasacji charakter epizodyczny, co miało zagwarantować w krótkim okresie zakończenie tak zwanych procesów rehabilitacyjnych i spełniać rolę *sui generis* „kasacji w obronie ustawy", jaką przewidywał kodeks przedwojenny z 1932 roku w art. 538 k.p.k.[5] W pozostałym zakresie nowe brzmienie art. 464 § 1 k.p.k. upoważniało do wnoszenia kasacji wyłącznie strony.

---

[1] Zob. M. Wiącek, *Sądy i trybunały w praktyce III RP*, [w:] *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r. Księga jubileuszowa dedykowana Zdzisławowi Jaroszowi*, red. M. Zubik, Warszawa 2012, s. 189–210.

[2] Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego (DzU nr 13, poz. 95 i 96).

[3] Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (DzU nr 89, poz. 443).

[4] A, Murzynowski, *Rozważania na temat modelu kasacji*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 520.

[5] Obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 września 1932 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu kodeksu postępowania karnego (DzU 1932, nr 83, poz. 725).

Pomimo złych doświadczeń w zakresie czynienia użytku z uprawnień procesowych przez ministra sprawiedliwości już w momencie wejścia w życie komentowanej nowelizacji forsowano w piśmiennictwie propozycję, aby w nowej kodyfikacji stworzyć na stałe możliwość korygowania prawomocnych orzeczeń również z inicjatywy podmiotów szczególnych, co miałoby nawiązywać do niegdyś funkcjonującej w polskim procesie tak zwanej kasacji w obronie ustawy. Podkreślano, iż stworzenie dodatkowych procesowych legitymacji do zmiany wadliwych, choć prawomocnych rozstrzygnięć pozwoli efektywnie przeprowadzić rozpoczęte procesy rehabilitacyjne, umożliwi bieżące korygowanie nowych instrumentów procesowych drogą orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz doprowadzi do wzmocnienia jednolitości stosowania prawa[6]. Nastroje te podzielali również kodyfikatorzy, wprowadzając do art. 521 k.p.k.[7] formę kasacji nadzwyczajnej, wnoszonej przez podmioty kwalifikowane: ministra sprawiedliwości-prokuratora generalnego, a także rzecznika praw obywatelskich i na podstawie art. 672a k.p.k. – naczelnego prokuratora wojskowego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach podkreślał, iż wspomniany przepis umożliwia nadzór nad działalnością sądów powszechnych w zakresie orzekania, uzupełniając znacznie węższe uprawnienia stron co do dopuszczalności kasacji[8]. Ujęcie normatywne art. 521 k.p.k. od początku wzbudzało także wiele kontrowersji, zarówno w aspekcie stosunku tego przepisu do art. 3 ust. 1 ustawy nowelizującej i wprowadzającej tak zwaną kasację epizodyczną, jak i w zakresie retrospektywności omawianego przepisu wobec orzeczeń zapadłych przed 31 sierpnia 1998 roku[9]. Niespełna kilka lat później, w 2003 roku, z grona podmiotów szczególnych uprawnionych do wniesienia kasacji wyłączono *ex definitione* ministra sprawiedliwości, pozostawiając tę prerogatywę prokuratorowi generalnemu[10]. Zmiana legislacyjna wydawała się na pozór kosmetyczna, bowiem funkcje szefa resortu wymiaru sprawiedliwości oraz prokuratora generalnego były od 1990 roku połączone, jednakże już wtedy pojawiły się w treści uzasadnienia nowelizacji wskazania, aby przedstawiciel władzy wykonawczej nie sprawował funkcji procesowych,

---

[6] Z. Doda, J. Grajewski, A. Murzynowski, *Kasacja w postępowaniu karnym – komentarz*, Warszawa 1996, s. 82–83.

[7] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (DzU z 1997r., nr 89, poz. 555 z późn. zm.).

[8] Postanowienie SN z dnia 12 sierpnia 2004 r., III KZ 23/04, LEX nr 137723.

[9] Por. uchwała (7) SN z dnia 16 marca 1999 r., I KZP 39/98, OSNKW 1999, nr 5–6, poz. 24; uchwała (7) SN z dnia 24 listopada 1999 r., I KZP 42/99, OSNKW 2000, nr 1–2, poz. 3; W. Grzeszczyk, *Zakres działania w czasie art. 521 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo" 1999, nr 6, s. 117–118.

[10] Art. 521 k.p.k. zmieniony przez art. 1 pkt 203 ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (DzU nr 17, poz. 155).

tj. aby pozostawiono mu do realizacji wyłącznie nadzór administracyjny nad działalnością sądów powszechnych, wynikający z art. 9 p.o.s.p.[11] Przyjęte rozwiązania wkrótce okazały się niewystarczające, a zamiary poddania prokuratury kontroli parlamentarnej uznano za dysfunkcyjne, doprowadzające do jej upolitycznienia. Również w wypowiedziach Trybunału Konstytucyjnego można było dostrzec stanowiska świadczące o autonomiczności i niezależności względem siebie obu funkcji państwowych jako niezbędnych wyznaczników demokratycznego państwa prawnego i zapewnienia niezależności przyszłej prokuratury[12]. Stosunkowo mniej kontrowersji budziło pozostawienie uprawnień procesowych prokuratorowi generalnemu, co uzasadniano podstawowym zadaniem tego organu, tj. strzeżeniem praworządności, obejmującym także podejmowanie przewidzianych prawem środków zmierzających do prawidłowego i jednolitego stosowania prawa w postępowaniu sądowym. Stanowczą kontynuacją zmiany legislacyjnej z 2003 roku było rozdzielenie funkcji ministra sprawiedliwości i prokuratora generalnego z dniem 31 marca 2010 roku[13], definitywnie pozbawiające przedstawiciela władzy wykonawczej bezpośredniego wpływu na czynności ściśle procesowe.

Niewątpliwie spór co do zasadności rozdzielenia powyższych organów wraz z uszczupleniem funkcji ministra odżywa z różnym natężeniem, budząc nadal wiele emocji zwłaszcza w kręgach politycznych. Wiele miejsca w dyskusji poświęca się potrzebie zwiększenia uprawnień ministra sprawiedliwości w obszarze wymiaru sprawiedliwości, co następnie staje się asumptem do forsowania kolejnych projektów, mających na celu wzmocnienie tego ośrodka władzy. Do takich rozwiązań z pewnością zalicza się jedna z ostatnich nowelizacji procesu karnego, przywracająca ministrowi sprawiedliwości wyjątkowe uprawnienia do wniesienia kasacji[14]. Na ile powyższe uregulowanie znajduje uzasadnienie w wymiarze konstytucyjnym i ma znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania sądownictwa przy poszanowaniu niezawisłości sędziów i budowaniu gwarancji niezależności sądów? Wypada również poddać analizie, czy pozostawienie w ręku organu administracji uprawnienia procesowego z art. 521 k.p.k. pozycjonuje nadal wymiar sprawiedliwości jako silny i niezależny w myśl teorii podziału władzy przewidzianej w art. 10 Konstytucji? Na jakąkolwiek ingerencję ministra sprawiedliwości trzeba zatem spojrzeć również z punktu widzenia praw jednostki i społeczeństwa, w świadomości którego należy budować obraz niezależnego i niezawisłego

[11] Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU 2001, nr 98, poz. 1070 z późn. zm.).

[12] Postanowienie TK z 20 marca 2002 r., K 42/01.

[13] Ustawa z dnia 9 października 2009 r. o zmianie ustawy o prokuraturze oraz niektórych innych ustaw (DzU 2009, nr 178, poz. 1375).

[14] Ustawa z dnia 10 października 2014 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (DzU z dnia 12 listopada 2014 r., nr 1556).

wymiaru sprawiedliwości. Powyższa zmiana inspiruje w końcu do odpowiedzi na pytanie, w którym kierunku podążają rozwiązania proceduralne i w jakiej mierze przeobrażają one model kontroli kasacyjnej, podkreślając inne niż dotychczas jej aspekty.

Aspekt konstytucyjny

Przede wszystkim należy zauważyć, iż analizując współczesną rzeczywistość prawną, nadal wiele kontrowersji budzi zagadnienie nadzoru administracyjnego nad sądami powszechnymi. Problem w ciągu ostatnich latach zyskał na aktualności, gdyż wielu ministrów sprawiedliwości usiłowało kształtować wymiar sprawiedliwości poprzez kolejne rozporządzenia narzucające rozszerzoną wykładnię przepisów czy też wykorzystując media jako przekaźniki dezaprobaty wobec poszczególnych decyzji sądowych. Nie bez znaczenia jest również problem ingerencji ministra za pomocą przyznanych mu uprawnień procesowych w prawomocne rozstrzygnięcia w sprawach karnych. Czy zatem powyższe regulacje są wyrazem intensywnego poszukiwania instytucjonalnych gwarancji praworządności, czy próbą podporządkowania w sposób pośredni atrybutu niezawisłości władzy wykonawczej? Wprawdzie w stanie *de lege lata* nie ma unormowania na wzór art. 67 § p.u.s.p.[15], nakazującego sędziom w poprzednim ustroju wierność PRL, nie oznacza to jednak, iż zagadnieniu poszczególnych regulacji nie warto się choćby przyjrzeć.

Przez niezawisłość sędziowską, jak trafnie ujął to wybitny procesualista Marian Cieślak, określamy „wartość, której zadekretować się nie da, ponieważ jest społecznym faktem i rezultatem historycznych doświadczeń, w których – mimo możliwych potknięć – liczą się zasługi i pamięć sędziów sprawiedliwych, bezstronnych i niezawisłych"[16]. Bez wątpienia jedną z podstawowych gwarancji niezawisłości jest niezakłócona równowaga w sferze podziału władz i proporcjonalność ewentualnych ingerencji w odniesieniu do judykatywy. Próbując zatem ocenić, na ile regulacja art. 521 k.p.k. może stwarzać potencjalne zagrożenie dla władzy sądowniczej, należy poczynić kilka uwag wstępnych. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24 czerwca 1998 roku stwierdził, że: „niezawisłość obejmuje szereg elementów: 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania, 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych, 3) samodzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych, 4) niezależność od wpływu czynników politycznych, zwłaszcza partii politycznych, 5) wewnętrzna niezależność

[15] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 lutego 1928 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU 1928, nr 12, poz. 93 z późn. zm.).

[16] Cyt. za: A. Oleszko, *Zwierzchni nadzór administracyjny a niezawisłość sędziowska w świetle prawa o ustroju sądów powszechnych*, „Nowe Prawo" 1988, nr 10–12, s. 29–30.

sędziego"[17]. Niezawisłość sędziego jest zgodnie uznawana w orzecznictwie za gwarant realizacji prawa do sądu[18], a także warunek niezależności sądów[19]. Niezawisłość to zatem działanie sędziego wyłącznie w oparciu o prawo, zgodnie z własnym sumieniem i wewnętrznym przekonaniem[20], zabezpieczone przed jakąkolwiek możliwością bezpośrednich lub pośrednich ingerencji zewnętrznych, co wynika wprost z art. 178 ust. 1 Konstytucji, stanowiącego, że „sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawiśli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom"[21]. Trybunał, interpretując dalej pojęcie niezawisłości, kładzie nacisk na brak nie tylko rzeczywistego, lecz także pozornego uzależnienia sądów (sędziów) w ich działalności orzeczniczej od czynników innych niż tylko wymagania prawa. Niezawisłość ocenia on zatem w aspekcie obiektywnym, również przez pryzmat zaufania, jakie sądy powinny wzbudzać w społeczeństwie, a w szczególności u stron postępowania[22].

Zasady niezawisłości sędziowskiej nie można jednak rozumieć jako dowolności w orzekaniu, stąd ustawodawstwo przewiduje system kontroli i nadzoru w znaczeniu administracyjnym sprawowany przez ministra sprawiedliwości, a w zakresie judykacyjnym należący do Sądu Najwyższego. Minister sprawiedliwości, zgodnie art. 9 p.u.s.p.[23], jest organem, który sprawuje zewnętrzny nadzór administracyjny nad działalnością sądów w celu zapewnienia właściwego toku ich wewnętrznego urzędowania, bezpośrednio związanego z wykonywaniem zadań. W założeniu ustawodawcy ma to być nadzór pozaorzeczniczy, w żadnym razie nieingerujący w sferę niezawisłości (art. 9b p.u.s.p.). Warto przy tym odnotować, iż Trybunał przez „nadzór" rozumie działania władcze, jednostronnie oddziałujące, przekraczające rozmiarem kontrolę przyjmującą formę weryfikacji zewnętrznej i formalnej, mającej na celu zapewnienie sędziom optymalnych warunków materialnych, lokalowych i technicznych[24]. Nadzorowanie przez ministra działalności administracyjnej sądów powszechnych[25] wzbudzało wątpliwości względem art.

[17] Wyrok TK z dnia 24 czerwca 1998 r., K. 3/98, OTK 1998, nr 4, poz. 52.

[18] Ibidem oraz wyrok TK z dnia 14 kwietnia 1999 r., K 8/99, OTK 1999, nr 3, poz. 41.

[19] T. Nowak, *Zasada niezależności sądu w systemie organów władzy państwowej i w ujęciu nowego ustawodawstwa karnoprocesowego*, [w:] *Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci profesora Wiesława Daszkiewicza*, red. T. Nowaka, Poznań 1999, s. 70.

[20] Wyrok TK z dnia 27 stycznia 1999 r., K1/98, OTK 1999, nr 1, poz. 3.

[21] A. Oleszko, op. cit., s. 29; por. B. Banaszak, *Niezawisłość sędziowska i niezależność sądów – gwarancje i zagrożenia*, [w:] *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce – wybrane problemy*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2013, s. 37–56.

[22] Wyrok TK z dnia 28 listopada 2007 r., K 39/07, OTK ZU 2007, nr 10A, poz. 129.

[23] Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU 2001, nr 98, poz. 1070 z późn. zm.).

[24] Wyrok TK z dnia 15 stycznia 2009 r., K 45/07 (DzU z 2007 r., nr 9, poz. 57).

[25] Nadzór ten nie obejmuje sądów administracyjnych, w tym również działalności administracyjnej Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego.

10 i 173 Konstytucji RP, a więc w kontekście zasady podziału i równowagi władzy, które Trybunał rozstrzygał w swoich orzeczeniach, między innymi podkreślając, iż do nadzoru nie należy: rozdzielanie wpływających spraw, wyznaczanie terminów konkretnych posiedzeń, wzywanie świadków czy biegłych. Najwięcej wątpliwości budziło sformułowanie działalności bezpośrednio związanej z wykonywaniem wymiaru sprawiedliwości, której podlegać miał zwierzchni nadzór. Trybunał wyraźnie zaznacza, iż obu sfer kontroli: administracyjnej i judykacyjnej nie wolno łączyć, gdyż do tej pierwszej zaliczamy wyłącznie nadzór nad sprawami organizacyjno-finansowymi, niemający wpływu na działalność orzeczniczą sądów, oraz nadzór wykonywany w zakresie toku i sprawności postępowania[26]. Z kolei nadzór nad działalnością orzeczniczą sądów powszechnych i wojskowych należy, na mocy art. 183 ust. 1 Konstytucji, do kompetencji Sądu Najwyższego i polega na dopuszczalności związania sądów wytycznymi SN zawartymi w wyrokach kasacyjnych i uchwałach podejmowanych w konkretnych sprawach[27].

W wyroku o sygn. K 40/07[28] Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „kontrola rozstrzygnięć sądowych i dążenie do ujednolicenia muszą być ściśle związane z przestrzeganiem zasady niezawisłości sędziów i niezależności sądów". Co więcej, jak stwierdził TK w orzeczeniu K 28/04[29]: „skoro władza sądownicza może być wykonywana wyłącznie przez sądy, to pozostałe władze nie mogą ingerować w jej działania lub w niej uczestniczyć". Innymi słowy, szczególnie w odniesieniu do władzy sądowniczej nie może być mowy o odstępstwach od powyższej zasady, przenikaniu i wzajemnym uzupełnianiu kompetencyjnym. Odnosząc się jeszcze do podziału władz, należy dostrzec, iż w orzecznictwie względem władzy sądowniczej mówi się wręcz o „separacji", wykluczając tym samym przecinanie się czy nakładanie kompetencji władzy wykonawczej i ustawodawczej.

Równocześnie jednak ochronie podziału władz zarzuca się generalną niezaskarżalność arbitralnych prerogatyw władzy wykonawczej czy czynności nadzorczych ministra, nawet gdy ingerują w sprawy judykatywy[30]. Trudność w sprawowaniu przez Trybunał kontroli pod względem ingerencji pozostałych władz w obszarze wymiaru sprawiedliwości to zjawisko dostrzegane również w poprzednim ustroju, przy czym trzeba podkreślić, iż wówczas nie dysponowaliśmy w ustawie zasadniczej zasadą podziału i równowagi władz, jaką dziś wprost deklaruje Konstytucja. Obecnie egzekutywa nie ma proceduralnych możliwości zaskarżenia aktów nadzoru ministra sprawiedliwości, ogranicza się zatem jedynie do podważania ustawowej podstawy kompetencyjnej wydania danego aktu.

[26] Wyrok TK z dnia 8 maja 2014 r., U 9/13 (DzU z 23 maja 2014 r.).

[27] S. Dąbrowski, *Niezawisłość sędziów – gwarancje ustrojowe i zagrożenia*, „Krajowa Rada Sądownictwa" 2012, nr 2, s. 13.

[28] Wyrok TK z dnia 16 kwietnia 2008 r., K 40/07 (DzU z 29 kwietnia 2008 r.).

[29] Wyrok TK z dnia 19 lipca 2005 r., K 28/04 (DzU z 2 sierpnia 2005 r.).

[30] E. Łętowska, *Władza sądownicza a pozostałe władze – stan równowagi czy jej zachwiania*, [w:] *Pozycja ustrojowa sędziego*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2015, s. 125–127.

Odosobnione są rozstrzygnięcia, w których Trybunał decyduje się uznać indywidualne nadużycie funkcji ministra za stałą, powszechną i powtarzalną praktykę, która trwale kształtując treść normy, doprowadza do jej niekonstytucyjności. Na relacje między władzą wykonawczą a sądowniczą należy jednak patrzeć systemowo, widząc w każdej z kolejnych prerogatyw, funkcji czy w powiększanym systemie nadzoru i kontroli coraz wyraźniejsze zakłócenie kompetencyjne, naruszające równowagę władz[31]. Czy jednak przez pryzmat instrumentalizacji władzy sądowniczej nie trzeba oceniać poszczególnych decyzji personalnych wobec sędziów i w końcu upoważnienia ministra sprawiedliwości do żądania od prezesa sądu apelacyjnego akt spraw sądowych?[32] Skutki uprawnień nadzorczych można dostrzec w upolitycznionym i coraz bardziej nieakceptowalnym krytykowaniu publicznie konkretnych rozstrzygnięć sądowych, co pogłębia w społeczeństwie przekonanie o niesprawiedliwych wyrokach wydawanych przez niesprawiedliwych sędziów. W tej dyskusji wielokrotnie władza wykonawcza stawia siebie jako konkurencyjną czy wręcz kontrolującą wobec władzy sądowniczej. W piśmiennictwie podkreśla się, że nawet jednostkowe naruszenie niezawisłości może skutecznie osłabić bezpieczeństwo, niezależność i niezawisłość pozostałych sędziów[33]. Debata nad najwłaściwszym modelem nadzoru dokonywanego przez ministra być może powinna zaczerpnąć z doświadczeń sądownictwa administracyjnego, w którym te funkcje przypadają prezesowi Naczelnego Sądu Administracyjnego bez żadnej szkody ustrojowej i konstytucyjnej.

Aspekt procesowy

Nowelizacja art. 521 k.p.k.[34] od początku procesu legislacyjnego budziła liczne kontrowersje, począwszy od konstytucyjnych, a skończywszy na tych o charakterze ustrojowym. W pierwszej kolejności uzasadniano poczynioną zmianę brzemieniem odpowiedzialności politycznej ministra za funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, nieposiadającego prawnych mechanizmów wpływu na wadliwe orzecznictwo sądowe czy podejmowanie interwencji wskutek wnoszonych skarg obywateli. Podkreślono również, iż w ramach zwalczania przestępczości minister sprawiedliwości powinien efektywnie wpływać na aktualną politykę karną,

[31] Charakterystyczna jest relacja pomiędzy egzekutywą a judykatywą na tle arbitralnych prerogatyw dotyczących nominacji sędziów. Por. Post. TK z dnia 19 czerwca 2012 r., SK 37/08, OTK-A 2012, nr 6, poz. 69; J. Sułkowski, *Uprawnienia Prezydenta RP do powoływania sędziów*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 4, s. 59–62.

[32] Wyrok TK z dnia 8 maja 2014 r., U 9/13 (DzU poz. 674).

[33] L. Garlicki, *Uwagi do art. 178 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 10.

[34] Ustawa z 10 października 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (DzU nr 1556).

również za pomocą kasacji w sprawach karnych. Akcentowano ponadto, iż podstawa konstytucyjna uprawnień kasacyjnych ministra, którymi dysponował przed 31 marca 2010 roku, nie została w żadnej z wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego podważona, stanowiąc kolejną przesłankę przyznania członkowi Rady Ministrów uprawnień procesowych. W przedmiocie zmiany treści art. 521 k.p.k. negatywnie wypowiedziały się różne reprezentatywne środowiska, w tym: Prokuratura Generalna, Biuro Legislacyjne Senatu czy Krajowa Rada Sądownictwa.

Dostrzeżono, iż postulat umocowania ministra sprawiedliwości do wnoszenia kasacji przeczy zmianom legislacyjnym dokonanym w 2003 roku i potwierdzonym rozdzieleniem funkcji ministra i prokuratora generalnego w 2010 roku. Przesłanki poczynionych uprzednio zmian pozostały bowiem nadal aktualne według powyższych adwersarzy, a dokonana modyfikacja czyni w tym względzie poważny ustrojowy regres i nie znajduje uzasadnienia w ustawowych zadaniach ministra, dookreślonych w rozporządzeniach prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowego zakresu działania ministra sprawiedliwości. Mniej kategorycznie w przedmiocie nowelizacji wypowiedziała się Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego (KKPK), która uznała taką propozycję za możliwą do zaakceptowania, choć nie bez zastrzeżeń. Jednocześnie wskazano, iż usytuowanie w strukturze państwa i określone ustawami zadania organów ochrony prawnej, które do tej pory wnosiły kasacje, istotnie różnią się od zaplecza kompetencyjnego ministra sprawiedliwości jako jednego z członków Rady Ministrów, sprawującego władzę wykonawczą[35]. Nie stoi on bowiem na straży praworządności ani ochrony wolności i praw człowieka, nie jest również organem ochrony prawnej.

W uzasadnieniu projektu podkreślano konieczność utorowania dla licznych skarg obywateli efektywnej drogi prawnej, którą stanowić będzie kasacja ministra sprawiedliwości. Nie można jednak dostrzec w dotychczasowej działalności rzecznika praw obywatelskich czy prokuratora generalnego szczególnej niewydolności lub lawinowego napływu skarg, o czym zdaje się wspominać uzasadnienie projektu. Przyznanie zaś uprawnień do wnoszenia kasacji z pewnością przekracza to, co powinniśmy rozumieć jako zewnętrzny nadzór administracyjny. Zauważyć bowiem należy, że powiększeniu katalogu osób uprawnionych do wniesienia kasacji nadzwyczajnej towarzyszy jednocześnie nowy § 3 art. 521 k.p.k., w którym daje się ministrowi prawo żądania wglądu do akt sądowych, prokuratorskich i innych organów ścigania. Choć mowa tu o aktach postępowań po uprawomocnieniu, to jednak może zrodzić się wątpliwość, na ile takie działania nie sprowokują do pośredniego wywierania nacisku na działalność orzeczniczą sędziów. Próba doszukiwania się w nowym brzmieniu art. 521 k.p.k. formy realizowania przez

[35] Opinia Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w sprawie propozycji zmian przepisów art. 521 § 1, art. 523, art. 524 § 2 i art. 526 § 2 k.p.k. (projekt poselski), [online] http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/download,1216,36.html [dostęp: 1.06.2015].

ministra polityki karnej rządu jest argumentem utwierdzającym w przekonaniu, iż kształtujemy praktykę zachwiania równowagi władz, szczególnie na styku judykatywy i egzekutywy. Obszarem, w którym minister władny jest wpływać na kształt polityki karnej, jest wyłącznie płaszczyzna legislacji. Przez pryzmat odniesień historycznych oraz systemowo-ustrojowych problem kognicji polskiego sądu kasacyjnego, zwłaszcza pod kątem roli, jaką przypisujemy Sądowi Najwyższemu, prowadzi do wniosku, iż kasację chcemy traktować bardziej jako środek nadzoru aniżeli kontroli procesowej, przybliżając się do rozwiązań z 1928 roku. Czy zatem, idąc dalej w tym kierunku, nie należałoby wzorem poprzedniej kasacji przekazać uprawnień kasacyjnych przedstawiciela władzy wykonawczej pierwszemu prezesowi SN, kładąc jeszcze większy nacisk na jednolitość orzecznictwa i jakość wnoszonych kasacji?

ONCE AGAIN ABOUT THE APPEAL OF THE MINISTER OF JUSTICE IN CRIMINAL TRIAL. SEVERAL CONSTITUTIONAL AND PROCEDURAL ASPECTS

ABSTRACT

This article is an attempt to assess the impact of the executive power in the person of the Minister of Justice on justice, especially in terms of cassation proceedings in a criminal trial, in which he was re-designated as an entity vested with powers to make a complaint. The analysis includes both the constitutional aspect and the procedural dimension, together with an indication of the legislative road that was passed by the discussed Art. 521 of the CCP. An assessment of the new regulation will lead to an answer to the question whether the changes were necessary, to what extent they were in line with the constitutional principle of the separation and balancing of the authorities, the requirement of independence of judges and independence of the court, and how far is a remodeling of control of cassation being made, greatly enhancing other than before functions of the Supreme Court.

KEYWORDS

Minister of Justice, cassation, criminal trial, constitution

BIBLIOGRAFIA

1. Banaszak B., *Niezawisłość sędziowska i niezależność sądów – gwarancje i zagrożenia*, [w:] *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce – wybrane problemy*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2013.
2. Dąbrowski S., *Niezawisłość sędziów – gwarancje ustrojowe i zagrożenia*, „Krajowa Rada Sądownictwa" 2012, nr 2.
3. Doda Z., Grajewski J., Murzynowski A., *Kasacja w postępowaniu karnym – komentarz*, Warszawa 1996.
4. Garlicki L., *Uwagi do art. 178 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.

5. Grzeszczyk W., *Zakres działania w czasie art. 521 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo" 1999, nr 6, s. 117–118.
6. Murzynowski A., *Rozważania na temat modelu kasacji*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego*, red. S. Waltoś, Kraków 1993.
7. Łętowska E., *Władza sądownicza a pozostałe władze – stan równowagi czy jej zachwiania*, [w:] *Pozycja ustrojowa sędziego*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2015.
8. Nowak T., *Zasada niezależności sądu w systemie organów władzy państwowej i w ujęciu nowego ustawodawstwa karnoprocesowego*, [w:] *Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci profesora Wiesława Daszkiewicza*, red. T. Nowaka, Poznań 1999.
9. Oleszko A., *Zwierzchni nadzór administracyjny a niezawisłość sędziowska w świetle prawa o ustroju sądów powszechnych*, „Nowe Prawo" 1988, nr 10–12.
10. Opinia Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w sprawie propozycji zmian przepisów art. 521 § 1, art. 523, art. 524 § 2 i art. 526 § 2 k.p.k. (projekt poselski), [online] http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/download,1216,36.html [dostęp: 1.06.2015].
11. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 2004 r., III KZ 23/04, LEX nr 137723.
12. Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 czerwca 2012 r., SK 37/08, OTK-A 2012, nr 6, poz. 69.
13. Sułkowski J., *Uprawnienia Prezydenta RP do powoływania sędziów*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 4.
14. Uchwała (7) Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 1999 r., I KZP 39/98, OSNKW 1999, nr 5–6, poz. 24.
15. Uchwała (7) Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 1999 r., I KZP 42/99, OSNKW 2000, nr 1, poz. 3.
16. Wiącek M., *Sądy i trybunały w praktyce III RP*, [w:] *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r. Księga jubileuszowa dedykowana Zdzisławowi Jaroszowi*, red. M. Zubik, Warszawa 2012.
17. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 stycznia 1999 r., K1/98, OTK 1999, nr 1, poz. 3.
18. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 czerwca 1998 r., K 3/98, OTK 1998, nr 4, poz. 52.
19. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 kwietnia 1999 r., K 8/99, OTK 1999, nr 3, poz. 41.
20. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 listopada 2007 r., K 39/07, OTK ZU 2007 nr 10A, poz. 129.
21. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2009 r., K 45/07 (DzU z 2007 r., nr 9, poz. 57).
22. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 maja 2014 r., U 9/13 (DzU poz. 674).

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Michał Walczak

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
e-mail: michalp.walczak1@gmail.com

Normatywne ograniczenia reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości

Streszczenie

Celem niniejszej pracy jest analiza regulacji prawnych dotyczących reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości. W opracowaniu przedstawiono genezę oraz rozwój polskiego ustawodawstwa w omawianym aspekcie, uwzględniając wpływ prawa unijnego (wspólnotowego) na kształt norm krajowych. Zaprezentowano aktualne rozwiązania prawne dotyczące reklamy produktów leczniczych w prawie polskim, definiując kluczowe pojęcia oraz zwracając uwagę na formy reklamy produktów leczniczych (reklamę kierowaną do ogółu społeczeństwa oraz reklamę kierowaną do podmiotów profesjonalnych) i związane z tym konsekwencje dla działalności marketingowej. Szczegółowej analizie poddano normatywne ograniczenia reklamy produktów leczniczych kierowanej do ogółu społeczeństwa. Dokonano egzegezy polskich i unijnych regulacji prawnych w tym zakresie, odwołując się przy tym do poglądów doktryny, orzecznictwa sądowego oraz decyzji Głównego Inspektora Farmaceutycznego.

Słowa kluczowe

prawo, reklama, leki, społeczeństwo

Wstęp

Reklama jest dzisiaj nieodłącznym elementem gospodarki wolnorynkowej. Jej rozwój spowodował konieczność reglamentacji form i sposobów jej prezentacji, zwłaszcza jeżeli chodzi o produkty sensytywne.

Regulacje produktowe zazwyczaj dotyczą towarów, które ze względu na swoje właściwości wymagają ostrożnego stosowania lub wiążą się z zagrożeniem dla

zdrowia i życia ludzkiego. Z uwagi na rosnącą świadomość znaczenia ochrony zdrowia człowieka wydawane są coraz częściej bardzo szczegółowe przepisy, zróżnicowanej rangi prawnej, dotyczące w szerokim rozumieniu reklamy leków, napojów alkoholowych czy wyrobów tytoniowych. Celem tych regulacji jest dostarczenie konsumentowi możliwie pełnej informacji o produkcie oraz ustanowienie zakazu wprowadzenia konsumenta w błąd co do właściwości produktów czy zakazu reklamy tych kategorii towarów.

1. Geneza i ewolucja norm prawnych w zakresie reklamy leków w prawie polskim

Początkowo reklama produktów leczniczych w prawie polskim uregulowana była w ustawie z dnia 10 października 1991 roku o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i nadzorze farmaceutycznym[1], natomiast szczegółowe warunki jej prowadzenia określało zarządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 21 lutego 1994 roku w sprawie zasad i form prowadzenia reklamy i przekazywania informacji o środkach farmaceutycznych i materiałach medycznych[2].

W momencie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej (UE) ustawodawca polski stanął przed koniecznością dostosowania krajowego ustawodawstwa do regulacji wspólnotowych także w zakresie produkcji, obrotu i reklamy produktów leczniczych. Dlatego też podjęto decyzję o implementacji do krajowego porządku prawnego odpowiednich aktów prawa wspólnotowego (unijnego): dyrektywy 92/28/EWG[3], a następnie ujednoliconego kodeksu dotyczącego produktów leczniczych w postaci dyrektywy 2001/83/WE[4]. Transpozycji powyższych regulacji dokonano za pośrednictwem uchwalonej 6 września 2001 roku ustawy Prawo farmaceutyczne[5], która weszła w życie 1 października 2002 roku, uchylając jednocześnie przepisy poprzednio obowiązującej ustawy z 1991 roku oraz wydanych do niej aktów wykonawczych. Obecnie szczegółowe regulacje dotyczące sposobu prowadzenia reklamy produktów leczniczych zawarte są w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 roku w sprawie reklamy produktów leczniczych[6].

---

[1] DzU nr 105, poz. 452 z późn. zm.

[2] Monitor Polski nr 17, poz. 456.

[3] Dyrektywa Rady 92/28/EWG z dnia 31 marca 1992 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych przeznaczonych dla ludzi, Dz. Urz. EWG L 113 z 30.04.1992, s. 13, uchylona.

[4] Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz. Urz. WE L 311 z 28.11.2001, s. 67–128.

[5] Tekst jedn. DzU z 2008 r., nr 45, poz. 271 z późn. zm.

[6] DzU nr 210, poz. 1327.

Harmonizacja prawa polskiego z wymogami wspólnotowymi (unijnymi) nie zakończyła się jednak z chwilą przyjęcia ustawy Prawo farmaceutyczne. Zmiany wspólnotowego kodeksu dotyczącego produktów leczniczych, jakie miały miejsce w kolejnych latach, zainicjowały dalsze prace legislacyjne w państwach członkowskich w celu uwzględnienia nowych przepisów unijnych[7].

2. Źródła prawa

Podstawowym źródłem prawa polskiego w omawianym zakresie jest ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne[8]. Zagadnienie reklamy produktów leczniczych uregulowane zostało w rozdziale czwartym (art. 52–64) oraz dziewiątym pr. farm. (art. 128–130). Przepisy tej ustawy doprecyzowano w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 roku w sprawie reklamy produktów leczniczych[9] oraz w rozporządzeniu z dnia 20 lutego 2009 roku w sprawie wymagań dotyczących oznakowania opakowań produktu leczniczego i treści ulotki[10]. Postanowienia dotyczące zakazu podejmowania określonych działań promocyjnych znalazły się także w nowej regulacji ustawy refundacyjnej[11]. Reklamowanie produktów leczniczych podlega ponadto ocenie z punktu widzenia ogólnych regulacji prawnych, takich jak: kodeks cywilny, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ustawa Prawo prasowe, ustawa o radiofonii i telewizji, prawo własności przemysłowej oraz prawo karne. Istotne znaczenie mają również obowiązujące w branży farmaceutycznej kodeksy etyczne. Analizując tę problematykę, należy wziąć pod uwagę decyzje Głównego Inspektora Farmaceutycznego (GIF) i orzecznictwo sądowe odnoszące się do reklamy produktów leczniczych.

3. Ustawa z dnia 6 września 2001 roku. Prawo farmaceutyczne

3.1. Definicja reklamy produktu leczniczego

Pojęcie reklamy produktu leczniczego zostało zdefiniowane w art. 52 pkt 1 pr. far. jako działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie: liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych. Przytoczona

[7] D. E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów w prawie europejskim i polskim*, Warszawa 2011, s. 318.

[8] Tekst jedn. DzU z 2008 r., nr 45, poz. 271 z późn. zm.

[9] DzU nr 210, poz. 1327.

[10] DzU z 2009 r., nr 39, poz. 321.

[11] Ustawa z 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, DzU nr 122, poz. 696 ze zm.

definicja obejmuje swym zakresem nie tylko bezpośrednie działania reklamowe, polegające na zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, ale także informowanie o produktach leczniczych, pod warunkiem, że taka informacja ma na celu zwiększenie ich sprzedaży. Jak wynika z powyższego, granica między działalnością czysto informacyjną a reklamą jest bardzo nieostra. Czynnikiem decydującym o zakwalifikowaniu danego przekazu jako reklamy jest jego cel. Jeżeli jest nim zachęcenie do stosowania produktu leczniczego, to może on być uznany za reklamę. Ponadto, aby dany przekaz uznać za działalność reklamową, powinien on zawierać bezpośrednie lub pośrednie określenie produktu leczniczego. Jeżeli reklamodawca nie posługuje się wprost nazwą handlową leku, należy brać pod uwagę inne elementy, które ułatwiają adresatowi pośrednią identyfikację konkretnego produktu leczniczego[12]. Jak wynika z orzecznictwa GIF, także atrakcyjna i przyciągająca forma graficzna przekazu może świadczyć o jego charakterze reklamowym. Należy również zaznaczyć, iż w świetle definicji prawa farmaceutycznego przedmiotem reklamy może być jedynie sam produkt leczniczy, a nie jego substancja czynna. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 września 2005 roku w sprawie, która dotyczyła produktu leczniczego Bioprazol[13]. W jego reklamie podkreślane były informacje dotyczące zastosowania i działania omeprazolu, będącego substancją czynną leku Bioprazol. W związku z tym reklama powinna koncentrować się na charakterystyce produktu leczniczego[14]. W art. 52 ust. 2 pr. farm. na wzór dyrektywy 2001/83/WE zawarto przykładowe kategorie działalności, które mieszczą się w pojęciu reklamy. Katalogiem tym zostały objęte następujące działania:

- reklama produktu leczniczego kierowana do publicznej wiadomości;
- reklama produktu leczniczego kierowana do osób uprawnionych do wystawiania recept lub osób prowadzących obrót produktami leczniczymi;
- odwiedzanie osób uprawnionych do wystawiania recept lub prowadzących obrót produktami leczniczymi przez przedstawicieli handlowych lub medycznych;
- dostarczanie próbek produktów leczniczych;
- sponsorowanie spotkań promocyjnych dla osób upoważnionych do wystawiania recept oraz prowadzących obrót produktami leczniczymi;
- sponsorowanie konferencji, zjazdów i kongresów naukowych dla osób upoważnionych do wystawiania recept oraz prowadzących obrót produktami leczniczymi.

Powyższy katalog różni się od analogicznego zestawienia zawartego w dyrektywie 2001/83/WE tym, iż nie wymienia zachęt do przepisywania lub dostarczania produktów leczniczych w postaci upominków lub innych gratyfikacji. Kwestia

[12] D. E. Harasimiuk, op. cit., s. 322.
[13] I ACa 149/05, OSA 2006, z. 10, poz. 34.
[14] D. E. Harasimiuk, op. cit., s. 323.

ta w polskiej ustawie została uregulowana w odrębnym przepisie – art. 58 pr. farm. Zarówno w prawie farmaceutycznym, jak i w dyrektywie 2001/83/WE nie dokonano rozróżnienia między reklamą a sponsorowaniem, obejmując tę drugą formę działalności zakresem art. 52 ust. 2 pr. farm.

Katalog ten został skonstruowany pod kątem podmiotów, do których przekaz reklamowy jest kierowany. Z uwagi na to kryterium wyróżniamy reklamę kierowaną do publicznej wiadomości oraz reklamę kierowaną do osób uprawnionych do wystawiania recept lub prowadzących obrót produktami leczniczymi. Oprócz wskazanych w art. 52 pr. farm. przykładowych działalności, które stanowią reklamę produktu leczniczego, ustawa zawiera również katalog przekazów, które ze względu na informacyjny charakter nie są uznawane za reklamę produktu leczniczego. Zgodnie z art. 52 ust. 3 pr. farm. reklamą produktu leczniczego nie są:

- informacje umieszczone na opakowaniach oraz dołączone do opakowań produktów leczniczych, zgodne z pozwoleniem na dopuszczenie do obrotu;
- korespondencja, której towarzyszą materiały informacyjne o charakterze niepromocyjnym niezbędne do udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące konkretnego produktu leczniczego;
- ogłoszenia o charakterze informacyjnym niekierowane do publicznej wiadomości, dotyczące w szczególności zmiany opakowania, ostrzeżeń o działaniach niepożądanych, pod warunkiem, że nie zawierają treści odnoszących się do właściwości produktów leczniczych;
- katalogi handlowe lub listy cenowe, zawierające wyłącznie nazwę własną, nazwę powszechnie stosowaną, dawkę, postać i cenę produktu leczniczego, a w przypadku produktu leczniczego objętego refundacją – cenę urzędową detaliczną, pod warunkiem, że nie zawierają treści odnoszących się do właściwości produktów leczniczych, w tym do wskazań terapeutycznych;
- informacje dotyczące zdrowia lub chorób ludzi i zwierząt, pod warunkiem, że nie odnoszą się nawet pośrednio do produktów leczniczych.

3.2. Formy reklamy produktów leczniczych

W przypadku reklamy produktów leczniczych podstawowym rozróżnieniem jest podział na reklamę kierowaną do publicznej wiadomości oraz reklamę kierowaną do profesjonalistów, czyli osób uprawnionych do wystawiania recept oraz prowadzących obrót produktami leczniczymi. Prawo farmaceutyczne różnicuje te dwie formy działalności reklamowej, traktując bardziej rygorystycznie pierwszą z nich. Podział ten ma zasadnicze znaczenie w świetle dalszych regulacji ustawowych, w szczególności art. 57 ust. 1 pr. farm., zabraniającego kierowania do publicznej wiadomości reklamy produktów leczniczych wydawanych wyłącznie na podstawie recepty, zawierających środki odurzające lub substancje psychotropowe oraz umieszczonych na wykazach leków refundowanych.

3.3. POJĘCIE REKLAMY KIEROWANEJ DO PUBLICZNEJ WIADOMOŚCI

Reklama produktu leczniczego kierowana do publicznej wiadomości ma miejsce wówczas, gdy przekaz skierowany jest do nieokreślonego kręgu adresatów, niezależnie od środków przekazu. Tego rodzaju działalność reklamowa jest szczególnie istotna z punktu widzenia jej odbiorców, stanowiących grupę charakteryzującą się dużą liczebnością i zróżnicowaniem[15]. Pojęcie reklamy kierowanej do publicznej wiadomości było przedmiotem orzeczeń GIF, który przyjął, że należy rozumieć je szeroko, jako każdą reklamę dostępną dla przeciętnego odbiorcy, choćby w zamierzeniu kierowana była do profesjonalistów, a jedynie nie była dostatecznie zabezpieczona przed dostępem osób nieuprawnionych[16]. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest zapewnienie ochrony zdrowia konsumentów. W związku z tym, biorąc pod uwagę cel ustawy Prawo farmaceutyczne oraz dążenie do tego, by przepisy tego aktu nie były obchodzone przez podmioty prowadzące reklamę, należy uznać stanowisko GIF za prawidłowe[17].

Problematyczna jest kwestia kierowania reklamy produktów leczniczych do tak zwanych podmiotów pośrednich, czyli pielęgniarek i położnych, które co prawda należą do kategorii profesjonalistów służby zdrowia, ale ich uprawnienia nie są identyczne jak w przypadku lekarzy czy też podmiotów uprawnionych do prowadzenia obrotu produktami leczniczymi. Do niedawna katalog podmiotów, do których mogła być kierowana reklama między innymi leków wydawanych na receptę czy leków umieszczonych na wykazach produktów refundowanych, był interpretowany bardzo wąsko, obejmując lekarzy, farmaceutów oraz przedsiębiorców działających w łańcuchu dystrybucji. Natomiast pielęgniarki i położne, z uwagi na to, że nie zaliczały się do żadnej z kategorii podmiotów, do których mogła być kierowana reklama leków na receptę, uznawano za podmioty będące częścią ogółu społeczeństwa, co potwierdzały decyzje GIF[18]. W konsekwencji kierowanie reklamy produktów leczniczych wydawanych na receptę do pielęgniarek lub położnych uznawane było za działanie naruszające przepisy prawa farmaceutycznego.

Zasadnicza zmiana nastąpiła w momencie wejścia w życie ustawy z dnia 22 lipca 2014 roku o zmianie ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej. Zgodnie z przywołaną regulacją od 1 stycznia 2016 roku pielęgniarki i położne uzyskały nowe uprawnienia związane z możliwością wystawiania recept na produkty lecznicze. Zmiana ta ma istotny wpływ na interpretację i wykładnię przepisów dotyczących zakazu kierowania reklamy produktów leczniczych dostępnych na receptę do ogółu społeczeństwa. Rozszerzenie uprawnień pielęgniarek i położnych

[15] K. Albin, *Reklama: przekaz, odbiór, interpretacja*, Warszawa 2002.

[16] M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo farmaceutyczne. Zagadnienia regulacyjne i cywilnoprawne*, Warszawa 2008, s. 291.

[17] D. E. Harasimiuk, op. cit., s. 328.

[18] Zob. decyzję GIF z 5.06.2009 r., GIF-P-R-450-85-3-KP/08/09.

powoduje bowiem, iż mieszczą się one w katalogu podmiotów, do których może być kierowana taka reklama, co przed wejściem wspomnianej nowelizacji nie było możliwe.

GIF stoi na stanowisku, że za reklamy kierowane do publicznej wiadomości należy uznać przekazy rozpowszechniane za pomocą radia, telewizji, prasy powszechnie dostępnej, na ulotkach, za pomocą plakatów umieszczanych w miejscach publicznych czy na ogólnodostępnych stronach internetowych[19]. W jednej z decyzji organ ten uznał za skierowaną do publicznej wiadomości reklamę rozpowszechnianą w postaci pocztówek adresowanych do osób uprawnionych do wystawiania recept. Uzasadnieniem takiej decyzji był fakt, że pocztówki nie miały zabezpieczenia przed dostępem do treści reklamowych osób, dla których ta reklama nie była przeznaczona[20]. Podobną argumentację GIF przyjął odnośnie do zamieszczania reklam na stronach internetowych kierowanych do lekarzy, które nie posiadają odpowiedniego zabezpieczenia, przez co są również dostępne dla innych podmiotów (ogółu społeczeństwa). W opinii części doktryny brak właściwego zabezpieczenia reklamy kierowanej do profesjonalistów przed dostępem innych osób powinien być jednak oceniany z punktu widzenia par. 12 ust. 5 rozporządzenia w sprawie reklamy produktów leczniczych, a nie przepisów prawa farmaceutycznego[21]. W art. 55 pr. farm. wyszczególniono podstawowe zasady prowadzenia reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości.

3.4. Normatywne ograniczenia reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości

Reklama produktów leczniczych ze względu na ochronę dóbr takich jak bezpieczeństwo pacjentów czy konieczność ochrony interesów budżetu państwa jako podmiotu ponoszącego znaczną część kosztów zakupu tych produktów została obwarowana licznymi zakazami, które zostały zawarte w art. 53–58 pr. farm. Część z nich jest wspólna dla wszystkich kategorii podmiotów, do których reklama jest skierowana (art. 53 i 56 pr. farm.), a część stosuje się odrębnie do reklamy kierowanej do publicznej wiadomości (art. 55 i 57 pr. farm.) oraz kierowanej do profesjonalistów służby zdrowia (art. 54 i 58 pr. farm.). Postanowienia te uzupełnia rozporządzenie w sprawie reklamy produktów leczniczych z 2008 roku, które określa szczegółowe warunki i formy reklamy produktów leczniczych oraz dane, jakie musi ona zawierać.

---

[19] Zob. m.in. decyzję GIF z 22.12.2004, GIF-P-R-481-55/RS/04.

[20] Decyzja GIF z 13.09.2005 r., GIF-P-R-481-37/RS/05/. Zob. decyzję GIF z 22.12.2004 r., GIF-P-R-481-55/RS/04, oraz z 24.06.2005 r., GIF-P-R-481-29/RB/04.

[21] D. E. Harasimiuk, op. cit., s. 328.

3.4.1. Generalne zakazy dotyczące reklamy produktów leczniczych

Polska ustawa Prawo farmaceutyczne, podobnie jak dyrektywa 2001/83/WE, wprowadza ogólne zakazy reklamy bez względu na jej adresatów. Zgodnie z art. 56 pr. farm. zabrania się reklamy produktów leczniczych:

- niedopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- dopuszczonych do obrotu bez konieczności uzyskania pozwolenia, o których mowa w art. 4;
- zawierających informacje niezgodne z Charakterystyką Produktu Leczniczego (ChPL) albo Charakterystyką Produktu Leczniczego Weterynaryjnego (ChPLW).

Naruszenie zakazów zawartych w tym przepisie było przedmiotem wielu decyzji GIF. Jako przykład można przytoczyć kontrowersyjne orzeczenie dotyczące artykułu prasowego opublikowanego na łamach „Dziennika", który dotyczył problemu nadużywania przez młodzież szeroko dostępnych bez recepty produktów leczniczych w celu zwiększenia wydolności psychofizycznej organizmu. W artykule podkreślono, że przyjmowanie tych leków w dawkach większych niż wskazane może prowadzić do uzależnienia. Główny Inspektor Farmaceutyczny w swojej decyzji uznał, iż artykuł ten, informując o niezgodnym z przeznaczeniem i ChPL stosowaniu tych środków, mógł w rzeczywistości służyć jako instruktaż stosowania owych produktów leczniczych w celu poprawy wydolności organizmu i w ten sposób mógł zachęcać do takiego waśnie postępowania. Decyzja taka jest dyskusyjna, ponieważ w opinii niektórych specjalistów wyłącza możliwość publikowania jakichkolwiek artykułów prasowych zawierających informacje dotyczące stosowania produktów leczniczych[22]. Ponadto Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA) w Warszawie w wyroku z dnia 29 listopada 2004 roku stwierdził, że wymóg zawarty w art. 56 ust. 2 pr. farm. „nie może ograniczać się wyłącznie do zamieszczania w reklamie informacji dotyczącej wskazań terapeutycznych w brzmieniu zgodnym z ChPL. Obejmuje on także inne elementy reklamy, m.in. hasła reklamowe, które przy pomocy różnych form przekonywania pośrednio lub bezpośrednio wskazują zastosowanie reklamowanego produktu. Jednakże one również muszą być zgodne z zatwierdzoną ChPL".

Zgodnie z zasadą zawartą w art. 53 ust. 1 pr. farm. reklama produktu leczniczego, bez względu na jej adresata, nie może wprowadzać w błąd. Ponadto, powinna ona prezentować produkt leczniczy w sposób obiektywny oraz informować o jego racjonalnym zastosowaniu. Zakaz wprowadzania w błąd jest interpretowany bardzo rygorystycznie w orzecznictwie i w literaturze[23]. Do jego stwierdzenia

[22] Ibidem, s. 334.

[23] M. Roszak, *Podstawowe zagadnienia reklamy produktów leczniczych w polskim prawie farmaceutycznym*, [w:] *Reklama. Aspekty prawne*, red. M. Namysłowska, Warszawa 2012, s. 315, 323.

wystarczy występowanie obiektywnej przesłanki wprowadzenia w błąd, nie jest natomiast istotne, czy miał on wpływ na decyzję pacjenta o nabyciu towaru lub usługi[24]. Przy ustaleniu, czy doszło do wprowadzenia w błąd, postuluje się, aby odnieść się do ogólnych regulacji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podstawową przesłanką wprowadzenia w błąd jest uznanie, że dany przekaz jest reklamą. Przy stosowaniu przepisu art. 53 pr. farm. pojęcie reklamy należy definiować na podstawie art. 52 pr. farm.[25] Drugą przesłanką jest wywołanie co najmniej niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd. Kolejna przesłanka stanowi, iż musi istnieć możliwość wpływu reklamy wprowadzającej w błąd na decyzję konsumenta co do nabycia towaru. Wprowadzenie w błąd musi być zatem istotne, a ustalenie ryzyka wprowadzenia w błąd, podobnie jak w prawie UE, odbywa się w oparciu o model przeciętnego konsumenta. Sąd Najwyższy uznał, że przeciętny konsument jest osobą rozsądnie krytyczną, należycie poinformowaną oraz przezorną i ostrożną[26].

Reklama wprowadzająca w błąd jest również uregulowana w ustawie o nieuczciwych praktykach rynkowych. Akt ten w art. 7 pkt 17 wśród praktyk wprowadzających w błąd wyróżnia stwierdzenia, że produkt jest w stanie leczyć choroby, zaburzenia lub wady rozwojowe, jeżeli jest to niezgodne z prawdą. W jednej z decyzji GIF uznał za wprowadzającą w błąd reklamę skierowaną do profesjonalistów służby zdrowia, w której dokonywane było porównanie składu różnych leków. Wprowadzenie w błąd polegało na stwierdzeniu, że tylko reklamowany lek może być stosowany u osób poniżej 18. roku życia, a z oceny dokonanej przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wynikało, że istnieje lek nieujęty w porównaniu, który również może być stosowany u osób poniżej 18. roku życia. Z kolei w decyzji z dnia 23 grudnia 2008 roku GIF uznał za wprowadzającą w błąd reklamę leku Tormentalum, która zawierała informację następującej treści: „Mając w trosce bezpieczeństwo naszych dzieci poszukujemy pilnie jedynej na rynku maści pięciornikowej o nazwie Tormentalum, która nie zawiera kwasu bromowego i jego pochodnych !!! MAŚĆ TORMENTALUM NIE ZAWIERA KWASU BROMOWEGO I JEGO POCHODNYCH!!!". Główny Inspektor Farmaceutyczny uznał, że informacja ta wprowadzała w błąd, ponieważ sugerowała, że reklamowana maść była jedynym dostępnym na rynku lekiem niezawierającym kwasu bromowego, a stosowanie tego składnika w lekach przeznaczonych dla dzieci jest zabronione[27]. Za wprowadzającą w błąd uznana została również reklama produktu leczniczego wytworzonego przez innego producenta zamieszczona na stronie internetowej http:/www.pliva.pl. Zdaniem GIF wprowadzała ona w błąd co do podmiotu odpowiedzialnego za

[24] R. Szczęsny, *Reklama farmaceutyczna i pokrewna*, Warszawa 2010, s. 262.
[25] D. E. Harasimiuk, op. cit., s. 335.
[26] Wyrok SN z dnia 3 grudnia 2003 r., I CK 358/02, BSN 2004, nr 5, poz. 7.
[27] D. E. Harasimiuk, op. cit., s. 339.

reklamę. Za niedopuszczalną uznał on także reklamę zawierającą sformułowania zapewniające o bezpieczeństwie stosowania danego leku. Przyjmując, iż każdy produkt leczniczy posiada pewne działania niepożądane lub przeciwwskazania stosowania, gwarantowanie jego absolutnego bezpieczeństwa jest uważane za wprowadzające w błąd. Tak samo została oceniona reklama, która polegała na umieszczeniu na stronie internetowej leku łącznie z produktami posiadającymi status suplementów diety. Została ona uznana za formę reklamy, która może wprowadzić w błąd potencjalnych odbiorców co do kategorii prezentowanych produktów. Za wprowadzające w błąd uznane zostały także sformułowania zawierające rekomendacje określonego produktu leczniczego pochodzące od podmiotu będącego producentem innego produktu w sytuacji, kiedy nie są one poparte żadnymi rzetelnymi przesłankami, na podstawie których rekomendacje zastały udzielone.

Kolejny zakaz został ustanowiony w art. 53 pr. farm. Polega on na zakazie stosowania tak zwanej reklamy wartościowej oraz reklamy kierowanej do dzieci. Zgodnie z tym przepisem reklama produktu leczniczego nie może polegać na oferowaniu lub obiecywaniu jakichkolwiek korzyści w sposób pośredni lub bezpośredni w zamian za nabycie produktu leczniczego lub dostarczenie dowodów, że doszło do jego nabycia. Zakaz ten jest adresowany przede wszystkim do farmaceutów, którzy nie mogą oferować pacjentom dodatkowych korzyści (na przykład dopłat do produktów refundowanych) w zamian za nabycie przez nich produktów leczniczych[28]. Celem tego zakazu jest zapobieganie sytuacjom, w których względy pozazdrowotne decydują o nabyciu produktu leczniczego. Wprowadzony został on również z uwagi na konieczność ochrony interesów budżetu państwa, który zwykle ponosi część kosztów zakupu takich produktów. Za niedopuszczalne należy uznać zatem akcje promocyjne polegające na zbieraniu określonej liczby kodów kreskowych produktów leczniczych czy jakichkolwiek znaczków umieszczanych na opakowaniu (lub w opakowaniu) tych produktów, w zamian za co można otrzymać nagrody lub upominki[29]. Niedozwolone są również wszelkie programy lojalnościowe, dzięki którym w zamian za dowody nabycia produktów leczniczych otrzymuje się zniżki lub nagrody[30]. GIF w jednym z orzeczeń zakwestionował foldery reklamowe zawierające wykaz produktów leczniczych, w stosunku do których użyto sformułowań: „Płacimy gotówką", „Dopłacamy nawet 100 zł do jednego leku!!!" czy „Wszystkie leki wydawane na podstawie ważnej recepty lekarskiej". Według GIF informowanie o możliwości uzyskania dopłaty do kupowanego leku na podstawie ważnej recepty jest równoważne z oferowaniem korzyści pacjentowi[31].

[28] M. Roszak, op. cit., s. 324.
[29] D. E. Harasimiuk, op. cit., s. 340.
[30] Ibidem.
[31] Ibidem.

Zakaz reklamy kierowanej do dzieci lub zawierania w przekazie reklamowym elementów do nich skierowanych został wprowadzony w art. 53 ust. 3 pr. farm. Zgodnie ze stanowiskiem GIF reklama produktu leczniczego nie powinna posługiwać się szczególnie atrakcyjną dla dzieci kolorystyką, oprawą muzyczną lub graficzną. Ponadto, w reklamie nie powinny być stosowne elementy rysunkowe typowe dla kreskówek czy komiksów[32].

3.4.2. Zakazy dotyczące reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości

Ustawa Prawo farmaceutyczne, oprócz zakazów generalnych, zawiera ograniczenia dotyczące sposobu prezentacji reklamy kierowanej do publicznej wiadomości, czyli do przeciętnego odbiorcy, niezależnie od sposobu, postaci czy formy jej komunikowania. GIF uznał, że chodzi tu o każdą reklamę, która jest dostępna dla innych podmiotów niż profesjonaliści zajmujący się ochroną zdrowia. W art. 55 pr. farm. zostały określone podstawowe zasady prowadzenia reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości. Zgodnie z tym przepisem reklama taka nie może polegać na prezentowaniu produktu leczniczego przez osoby znane publicznie, naukowców, osoby posiadające wykształcenie medyczne lub farmaceutyczne albo sugerujące posiadanie takiego wykształcenia ani też na odwoływaniu się do zaleceń takich osób. Celem wprowadzonego rozwiązania jest ochrona autorytetu społecznego pewnego grona osób (osoby popularne, lekarze, farmaceuci), by nie były one wykorzystywane do niepotrzebnego stymulowania wzrostu konsumpcji produktów leczniczych[33]. Przed nowelizacją z 2007 roku kwestia ta była uregulowana poprzez używanie pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną". Uzasadnieniem zmiany tego przepisu było znaczne zawężenie jego zakresu, ponieważ jak wówczas podkreślano, osobami pełniącymi funkcje publiczne są osoby związane stosunkiem prawnym bądź faktycznym z jednostką prawną o charakterze publicznym[34]. W związku z tym, na podstawie pierwotnej wersji tego przepisu, za osoby pełniące funkcje publiczne nie można było uznać na przykład aktorów, muzyków czy sportowców[35]. W wyniku nowelizacji art. 55 ust. 1 pkt 1 i 2 pr. farm. został zaostrzony. Obecnie nie jest już możliwe występowanie w reklamach produktów leczniczych osób znanych publicznie: aktorów, piosenkarzy, sportowców czy dziennikarzy. Niedozwolona jest również rekomendacja określonych produktów leczniczych przez te osoby. Należy zaznaczyć,

[32] Zob. decyzję GIF z 04.09.2003 r., GIF -P-R-76/RS/03. W decyzji tej GIF uznał, że reklama produktu leczniczego zawierała element kierowany do dzieci ze względu na umieszczenie na ulotkach reklamowych rysunkowych postaci zwierząt.

[33] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, Warszawa 2009, s. 670.

[34] P. Białecki, *Reklama produktu leczniczego w świetle ustawy Prawo farmaceutyczne. Zagadnienia wybrane*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2003, nr 6, s. 14.

[35] D. E. Harasimiuk, op. cit., s. 342.

że ustawa nie zawiera definicji osób znanych publicznie, można jednak przyjąć, że są to osoby rozpoznawalne przez odbiorców przekazów reklamowych[36].

Kolejny zakaz zawarty w tym przepisie dotyczy występowania w reklamie osób posiadających wykształcenie medyczne lub farmaceutyczne lub osób sugerujących posiadanie takiego wykształcenia. Sugerowanie może w tym przypadku dotyczyć zarówno warstwy językowej reklamy (zwroty: „pan doktor", „zalecam produkt X moim pacjentom", „nie jesteś już w swoim gabinecie"), jak i sposobu przedstawienia osób biorących w niej udział (na przykład scenografia odwzorowująca gabinet lekarski, aktorzy ubrani w fartuchy lekarskie, posługujący się przyrządami medycznymi)[37]. GIF za niedopuszczalne uznał także reklamy posługujące się sloganami typu „najczęściej polecany przez farmaceutów lek przeciwbólowy" oraz reklamy odwołujące się bezpośrednio do zaleceń wskazanych imiennie osób posiadających lub sugerujących posiadanie wykształcenia medycznego lub farmaceutycznego lub naukowców (na przykład socjologów czy specjalistów z zakresu marketingu), którzy takiego wykształcenia nie posiadają[38].

W art. 55 ust. 2 pr. farm. zawarto szczegółowe wyliczenie treści, których obecność w reklamie produktów leczniczych kierowanych do publicznej wiadomości jest zakazana. Zgodnie z tym przepisem reklama produktu leczniczego kierowana do publicznej wiadomości nie może zawierać treści, które:

a. sugerują, że:
   - możliwe jest uniknięcie porady lekarskiej lub zabiegu chirurgicznego, zwłaszcza przez postawienie diagnozy lub zalecanie leczenia w drodze korespondencyjnej;
   - nawet osoba zdrowa przyjmująca produkt leczniczy poprawi swój stan zdrowia;
   - nieprzyjmowanie produktu leczniczego może pogorszyć stan zdrowia danej osoby (zastrzeżenie nie dotyczy szczepień);
   - produkt leczniczy jest środkiem spożywczym, kosmetycznym lub innym artykułem konsumpcyjnym;
   - skuteczność lub bezpieczeństwo stosowania produktu leczniczego wynika z jego naturalnego pochodzenia;
b. zapewniają, że przyjmowanie produktu leczniczego gwarantuje właściwy skutek, nie towarzyszą mu żadne działania niepożądane lub że skutek jest lepszy lub taki sam, jak w przypadku innej metody leczenia albo leczenia innym produktem leczniczym;
c. mogą prowadzić do błędnej autodiagnozy przez przytaczanie szczegółowych opisów przypadków i objawów choroby;

[36] K. Grzybczyk, *Reklama produktów leczniczych*, [w:] *Rynek farmaceutyczny a prawo własności intelektualnej*, red. M. Kępiński, Warszawa 2013.

[37] M. Świerczyński, *Reklama produktów leczniczych według znowelizowanej ustawy – Prawo farmaceutyczne*, „Monitor Prawniczy" 2003, nr 10, s. 455.

[38] D. E. Harasimiuk, op. cit., s. 343.

d. odnoszą się w formie nieodpowiedniej, zatrważającej lub wprowadzającej w błąd, do wskazań terapeutycznych produktu leczniczego;
e. zawierają niewłaściwe, niepokojące lub mylące określenia przedstawionych graficznie zmian chorobowych, obrażeń ludzkiego ciała lub działania produktu leczniczego na ludzkie ciało lub jego części.

GIF podkreśla, że wszelkie przekazy zawierające wyraźne sformułowanie na temat braku działań niepożądanych lub określenia takie jak „ekstrabezpieczny" w odniesieniu do leku naruszają art. 55 ust. 2 pkt 2 pr. farm. Za niedozwolone uznawane są także reklamy posługujące się hasłami zawierającymi jakiekolwiek odniesienia do skuteczności, na przykład „ekstraskuteczny", „skutecznie usuwa bóle po urazach", „zapewnia skuteczną ochronę przez wiele tygodni". Sformułowania tego typu zostały uznane za mające na celu wywołanie u odbiorcy przeświadczenia, że reklamowane w ten sposób produkty lecznicze dają pewność osiągnięcia zamierzonego skutku terapeutycznego. Ponadto, za zakazane uznane zostały wszelkie przekazy zawierające porównanie z innymi produktami leczniczymi w zakresie ich skuteczności. Można zatem przyjąć, że przepis ten dotyczy reklamy porównawczej produktów leczniczych. Zgodnie z art. 16 ust. 3 u.z.n.k. za reklamę porównawczą uznaje się reklamę umożliwiającą bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług przez niego oferowanych. Reklama produktu leczniczego będzie uznana za reklamę porównawczą w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tylko wówczas, gdy bezpośrednio lub pośrednio wskaże na konkurenta lub jego produkty[39]. Jednakże, jak wynika z utrwalonego orzecznictwa GIF, każda reklama produktu leczniczego kierowana do publicznej wiadomości, która zawiera odniesienia do skuteczności innej metody leczenia lub produktu leczniczego, bez względu na to, czy produkt ten jest bezpośrednio lub pośrednio wskazany, będzie traktowana jako *sui generis* reklama porównawcza[40]. Większość tego rodzaju naruszeń to tak zwane porównania systemowe, które odnoszą się w sposób abstrakcyjny do „zwykłych produktów leczniczych", „zwykłych tabletek", „leków tradycyjnych", „leków nowszych", „innych leków". Tego rodzaju reklamy z punktu widzenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co do zasady nie są traktowane jako reklamy porównawcze, ponieważ nie identyfikują konkurencyjnego produktu. Jednak w opinii GIF istotne jest samo odniesienie się do większej skuteczności reklamowanych produktów leczniczych w porównaniu z tradycyjnymi czy zwykłymi lekami. Za niedopuszczalną uważa się także tak zwaną reklamę superlatywną, która zawiera określenia typu: „najskuteczniejszy", „najlepszy", „najbezpieczniejszy" czy „jedyny taki lek na rynku". W świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji reklama taka, z tych samych powodów co porównanie systemowe, nie jest traktowana jako reklama porównawcza. Jak wynika z przedstawionej

[39] Ibidem, s. 346.
[40] Ibidem.

analizy, pojęcie reklamy porównawczej dotyczącej skuteczności produktów leczniczych ma szersze znaczenie w prawie farmaceutycznym niż w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W kontekście uznania takiej reklamy leków za niedopuszczalną nie jest istotne, czy identyfikuje ona konkurencyjne towary[41].

Normy dotyczące reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości zawiera również art. 57 pr. farm. Zgodnie z tym przepisem zakazane jest kierowanie do publicznej wiadomości reklamy dotyczącej produktów leczniczych:

- wydawanych wyłącznie na podstawie recepty;
- takich, których nazwa jest identyczna z nazwą produktu leczniczego wydawanego wyłącznie na podstawie recepty;
- zawierających środki odurzające i substancje psychotropowe;
- umieszczonych na wykazach leków refundowanych, zgodnie z odrębnymi przepisami, oraz dopuszczonych do wydawania bez recepty o nazwie identycznej jak nazwa leku umieszczonego na tych wykazach.

Zakaz ten ma na celu ochronę konsumentów przed stosowaniem leków, które ze względu na skutki powinny być przepisywane tylko przez lekarza i zażywane pod jego opieką. Z przepisu tego wynika, że do publicznej wiadomości mogą być kierowane wyłącznie reklamy leków wydawanych bez recepty, tak zwanych OTC (*over the counter*). Wymaganie to zaostrzono wraz z wejściem w życie nowelizacji prawa farmaceutycznego z marca 2007 roku. Wprowadziła ona zakaz reklamy produktów leczniczych, których nazwa jest identyczna z nazwą leku wydawanego na receptę. Jako przykład naruszenia art. 57 ust. 1 pkt 3 pr. farm. może posłużyć reklama leku w określonej dawce w opakowaniu zawierającym dziesięć tabletek wydawanego bez recepty, w sytuacji, gdy ten sam lek, w tej samej dawce, ale w opakowaniu zawierającym dwadzieścia tabletek, znajduje się w wykazie leków uzupełniających, wydawanych za odpłatnością 50% ceny. Należy zaznaczyć, że postanowienia art. 57 ust. 1 pr. farm. nie dotyczą szczepień ochronnych określonych w komunikacie Głównego Inspektora Sanitarnego. Zakaz ten jest natomiast w pełni zrozumiały w przypadku substancji psychotropowych i środków odurzających z uwagi na ich działanie powodujące zmiany w stanie świadomości, a stosowanie ich bez zaleceń lekarza mogłoby spowodować nieodwracalne skutki. W przypadku leków refundowanych zakaz ten jest uzasadniony tym, iż dopuszczenie możliwości reklamowania takich leków mogłoby spowodować wzrost ich spożycia. Ponadto, leki te są tańsze od ich nierefundowanych odpowiedników, zatem nie potrzebują one reklamy, która byłaby tym samym nieuczciwa, ponieważ niektóre podmioty znajdowałyby się w uprzywilejowanej sytuacji[42].

---

[41] Ibidem, s. 347.

[42] K. Grzybczyk, op. cit., s. 111.

4. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 roku w sprawie reklamy produktów leczniczych

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 roku w sprawie reklamy produktów leczniczych[43] określa szczegółowe zasady prowadzenia działalności reklamowej dotyczącej tychże produktów. Zgodnie w par. 6 ust. 1 tego aktu każda reklama produktu leczniczego kierowana do publicznej wiadomości musi zawierać następujące dane:

- nazwę produktu leczniczego;
- powszechnie stosowaną nazwę substancji czynnej, a w przypadku produktu leczniczego zawierającego więcej niż trzy substancje czynne – określenie: „produkt złożony";
- dawkę substancji czynnej lub stężenie substancji czynnej, z wyłączeniem produktu złożonego;
- postać farmaceutyczną;
- wskazanie lub wskazania terapeutyczne do stosowania;
- przeciwwskazania;
- wskazanie podmiotu odpowiedzialnego.

Jak stanowi par. 6 ust. 2 rozporządzenia, powyższe dane muszą być przekazywane w brzmieniu zgodnym z Charakterystyką Produktu Leczniczego lub Charakterystyką Produktu Leczniczego Weterynaryjnego, a w przypadku jej braku – z dokumentacją zatwierdzoną w procesie dopuszczenia do obrotu produktu leczniczego, zawierającą przedmiotowe informacje. Dane te, stosownie do par. 6 ust. 3 rozporządzenia, przedstawia się w formie:

- audiowizualnej i wizualnej w sposób widoczny i czytelny;
- dźwiękowej w sposób wyraźny.

Ponadto, reklama produktu leczniczego kierowana do publicznej wiadomości, poza danymi przewidzianymi w par. 6 ust. 1 rozporządzenia, powinna także zawierać ostrzeżenia o konieczności skonsultowania się z lekarzem lub farmaceutą lub zapoznania się z ulotką produktu leczniczego. W przypadku przekazów reklamowych kierowanych w formie audiowizualnej i dźwiękowej ostrzeżenie to, zgodnie z par. 7 ust. 1 i par. 8 ust. 1 rozporządzenia, powinno mieć następującą treść: „Przed użyciem zapoznaj się z treścią ulotki dołączonej do opakowania bądź skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą, gdyż każdy lek niewłaściwie stosowany zagraża Twojemu życiu lub zdrowiu". Przekazowi w formie wizualnej powinno zaś towarzyszyć ostrzeżenie: „Przed użyciem zapoznaj się z ulotką, która zawiera wskazania, przeciwwskazania, dane dotyczące działań niepożądanych i dawkowania oraz informacje dotyczące stosowania produktu leczniczego, bądź skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą, gdyż każdy lek niewłaściwie stosowany zagraża Twojemu życiu lub zdrowiu" (par. 9 ust. 1 rozporządzenia). Zgodnie z par. 9 ust. 3 rozporządzenia

[43] DzU nr 210, poz. 1327.

w przypadku reklamy wizualnej kierowanej do publicznej wiadomości obejmującej więcej niż jedną stronę ostrzeżenie powinno być zawarte na pierwszej z nich. Rozporządzenie w par. 7 ust. 2 pkt 1 oraz w par. 9 ust. 2 pkt 1 precyzuje sposób umieszczania oraz wielkość powyższych ostrzeżeń. Muszą być one zamieszczone zawsze w dolnej części reklamy (w przypadku reklam audiowizualnych na płaszczyźnie nie mniejszej niż 20% powierzchni, a w reklamach wizualnych na płaszczyźnie nie mniejszej niż 10% powierzchni). Tekst ostrzeżenia powinien być umieszczony w taki sposób, aby wyróżniał się od tła, był widoczny, czytelny, nieruchomy oraz umieszczony poziomo. W reklamach dźwiękowych i audiowizualnych ostrzeżenia muszą być odczytane w sposób wyraźny w języku polskim. Czas trwania ostrzeżenia w reklamach dźwiękowych nie może być krótszy niż osiem sekund, zaś w przypadku reklam audiowizualnych co najmniej przez osiem sekund musi się ono ukazywać na ekranie (par. 7 ust. 1 pkt 3 oraz par. 8 ust. 1 rozporządzenia). Zarówno brak ostrzeżeń w reklamach produktów leczniczych kierowanych do publicznej wiadomości, jak i nieprawidłowy sposób ich prezentacji stanowi w opinii GIF naruszenie powołanych przepisów omawianego rozporządzenia.

Podsumowanie

W prawie polskim kwestia reklamy produktów leczniczych została szczegółowo uregulowana w ustawie Prawo farmaceutyczne oraz w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 2008 roku dotyczącym reklamy produktów leczniczych.

Ze względu na adresata przekazu można wyodrębnić reklamę kierowaną do osób uprawnionych do wystawiania recept oraz prowadzących obrót produktami leczniczymi, a także przekazy adresowane do publicznej wiadomości. Jedną z najistotniejszych różnic pomiędzy przedstawionymi powyżej formami reklamy produktów leczniczych jest zakaz kierowania reklamy produktów leczniczych dostępnych wyłącznie na receptę do publicznej wiadomości. Ograniczenie to należy uznać za uzasadnione ze względu na duże ryzyko zdrowotne samodzielnego stosowania takich produktów leczniczych. Natomiast zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem reklama leków dostępnych bez recepty może być adresowana do szerokiego grona odbiorców. Przekazy tego rodzaju są jednak poddane szczególnym regulacjom prawnym, których celem jest zapewnienie uczciwości treści reklamowych. Należy stwierdzić, iż polskie ustawodawstwo jest w tym przypadku zasadniczo zgodne z postanowieniami prawa unijnego, zwłaszcza dyrektywy 2001/83/WE.

Ponadto, do reklamy produktów leczniczych mogą znaleźć zastosowanie przepisy innych ustaw, zwłaszcza ogólne prawo reklamy. Podstawowe znaczenie dla przedsiębiorców będzie miała ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[44]. Istotne z punktu widzenia omawianej problematyki są

[44] DzU z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

również regulacje zawarte w ustawie z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów[45] oraz w ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym[46]. Reklama produktów leczniczych musi uwzględniać również inne regulacje prawne w zakresie reklamy, związane ze środkami przekazu, za pośrednictwem których jest ona prowadzona. Zastosowanie znajdą tu na przykład przepisy ustawy z dnia 29 grudnia 1992 roku o radiofonii i telewizji[47] czy ustawy z dnia 26 stycznia 1984 roku Prawo prasowe[48].

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że reklama farmaceutyczna powinna przede wszystkim pełnić funkcję ochronną, odnoszącą się do określonych dóbr, które odgrywają ważną rolę w życiu społecznym, zwłaszcza towarów i usług, które mogą mieć wpływ na zdrowie człowieka, a takimi bez wątpienia są produkty lecznicze. Model reklamy farmaceutycznej oprócz funkcji marketingowych powinien realizować zasadę ochrony zdrowia publicznego oraz interesu konsumentów, w szczególności ich prawa do zapewnienia pełnej i zrozumiałej informacji o reklamowanych towarach.

Normative Limitations of Medicinal Products' Advertising Targeted at the Public

Abstract

The aim of this study is to analyse legal regulations concerning medicinal products' advertising targeted at the public. The paper presents the origins and development of the Polish legislation in this respect, taking into account the impact of the EU (Community) law on the national standards in this area.

There have been discussed the current legal solutions concerning medicinal products' advertising in the Polish law, defining the key concepts for the topical problems and paying attention to the basic forms of medicinal products' advertising (advertising targeted at the general public and advertising targeted at professional entities) and resulting legal consequences for the marketing business.

A detailed analysis has involved normative limitations of medicinal products' advertising targeted at the general public. In the analysis, there has been performed an exegesis of the Polish and EU regulations in this area with reference to the doctrine, judicial decisions and decisions of the Main Pharmaceutical Inspector.

Keywords

law, advertising, medicines, society

[45] DzU nr 50, poz. 331 z późn. zm.
[46] DzU nr 171, poz. 1206.
[47] DzU z 2011 r., nr 43, poz. 226 z późn. zm.
[48] DzU nr 5, poz. 24 z późn. zm.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA PRZEDMIOTOWA

1. Albin K., *Reklama: przekaz, odbiór, interpretacja*, Warszawa 2002.
2. Białecki P., *Reklama produktu leczniczego w świetle ustawy Prawo farmaceutyczne. Zagadnienia wybrane*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2003, nr 6.
3. Grzybczyk K., *Reklama produktów leczniczych*, [w:] *Rynek farmaceutyczny a prawo własności intelektualnej*, red. M. Kępiński, Warszawa 2013.
4. Harasimiuk D. E., *Zakazy reklamy towarów w prawie europejskim i polskim*, Warszawa 2011.
5. Krekora M., Świerczyński M, Traple E., *Prawo farmaceutyczne. Zagadnienia regulacyjne i cywilnoprawne*, Warszawa 2008.
6. *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, Warszawa 2009.
7. Roszak M., *Podstawowe zagadnienia reklamy produktów leczniczych w polskim prawie farmaceutycznym*, [w:] *Reklama. Aspekty prawne*, red. M. Namysłowska, Warszawa 2012.
8. Szczęsny R., *Reklama farmaceutyczna i pokrewna*, Warszawa 2010.
9. Świerczyński M., *Reklama produktów leczniczych według znowelizowanej ustawy – Prawo farmaceutyczne*, „Monitor Prawniczy" 2003, nr 10.

WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH

1. Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz. Urz. WE L 311 z 28.11.2001, s. 67–128.
2. Dyrektywa Rady 92/28/EWG z dnia 31 marca 1992 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych przeznaczonych dla ludzi, Dz. Urz. EWG L 113 z 30.04.1992, s. 13, uchylona.
3. Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych, DzU nr 230, poz. 1936, uchylone.
4. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych, DzU nr 210, poz. 1327.
5. Ustawa z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i nadzorze farmaceutycznym, DzU nr 105, poz. 452 z późn. zm., uchylona.
6. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tekst jedn. DzU z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.
7. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, DzU nr 50, poz. 331 z późn. zm.
8. Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, DzU nr 171, poz. 1206.
9. Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe, DzU nr 5, poz. 24 z późn. zm.
10. Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, tekst jedn. DzU z 2011 r., nr 43, poz. 226 z późn. zm.
11. Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne, tekst jedn. DzU z 2008 r., nr 45, poz. 271 z późn. zm.
12. Zarządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 21 lutego 1994 r. w sprawie zasad i form prowadzenia reklamy i przekazywania informacji o środkach farmaceutycznych i materiałach medycznych, Monitor Polski 1994, nr 17, poz. 456, uchylone.

Wykaz orzeczeń

1. Decyzja GIF z 04.09.2003 r., GIF-P-R-76/RS/03.
2. Decyzja GIF z 13.09.2005 r., GIF-P-R-481-37/RS/05/.
3. Decyzja GIF z 22.12.2004 r., GIF-P-R-481-55/RS/04.
4. Wyrok SN z dnia 3 grudnia 2003 r., I CK 358/02, BSN 2004, nr 5, poz. 7
5. Wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 września 2005 r., I ACa 149/05, OSA 2006, z. 10, poz. 34.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Michał Piech

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Postępowania Karnego
e-mail: michalpiech@interia.pl

Sprawozdania prasowe z procesu w kontekście prawa do swobody wypowiedzi (art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Streszczenie

Artykuł porusza problematykę interpretacji prawa do swobody wypowiedzi (art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. EKPC jest częścią polskiego porządku prawnego i tylko znajomość orzecznictwa ETPC pozwala na zrozumienie treści tego prawa. W artykule poruszono kwestie związane z interpretowanym pojęciem, a także możliwymi ograniczeniami prawa do swobody wypowiedzi wynikającymi z art. 10 ust. 2 EKPC. W dalszej części przytoczono główne tezy najistotniejszych orzeczeń ETPC odnoszących się do prawa do swobody wypowiedzi w kontekście procesu karnego i cywilnego w ogólności, a ponadto dotyczących zarówno oskarżonego, jak i pokrzywdzonego. W podsumowaniu wskazano na rolę prasy we współczesnym społeczeństwie i znaczenie EKPC dla ochrony jej wolności.

Słowa kluczowe

Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, wolność słowa, swoboda prasy, dziennikarz

Wstęp

Można pokusić się o stwierdzenie, że stosunek prawa krajowego do wolności słowa jest papierkiem lakmusowym, który pozwala uznać system polityczny danego kraju za demokratyczny. Nieprzypadkowo już w pierwotnym brzmieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC)[1] znalazł się przepis gwarantujący prawo do swobody wypowiedzi. Autorzy EKPC uznali, że tylko wypracowanie wspólnych standardów w zakresie swobody wypowiedzi będzie sprzyjało rozwojowi systemów demokratycznych.

Art. 10 EKPC, przepis statuujący prawo do swobody wypowiedzi, ujęty jest dość lapidarnie, podobnie zresztą, jak pozostałe przepisy EKPC i Protokołów Dodatkowych, bez znajomości orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) nie jest więc możliwe ustalenie jego treści. Dopiero łącznie brzmienie przepisu i wydawane na jego gruncie *case law* wyznaczają treść samego prawa. Zważywszy na fakt, że *de lege lata* EKPC jest częścią krajowego porządku prawnego, znajomość orzecznictwa ETPC jest konieczna w każdym przypadku, kiedy podejmowany jest dyskurs na temat związany z prawem uregulowanym przez przepisy EKPC lub jej Protokołów Dodatkowych.

Art. 10 ust. 1 EKPC brzmi następująco: „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"[2].

W dziennikarskiej wolności słowa[3] w odniesieniu do sprawozdań z procesu karnego – bo niniejsze opracowanie dotyczyć będzie właśnie tego wycinka swo-

---

[1] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 XI 1950 r. (DzU z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

[2] Brzmienie przytoczonego przepisu zaczerpnięto z treści EKPC, która została opublikowana w Dzienniku Ustaw. Polskie tłumaczenie EKPC w niektórych miejscach odbiega od tekstu oryginalnego i jest kolejnym dowodem na to, że prawo w Polsce tworzą tłumacze. Najlepszym przykładem jest art. 10 EKPC. W wersjach angielskiej i francuskiej, będących tekstami oryginalnymi, znajdują się sformułowania „Everyone has the right to freedom of expression" i „Toute personne a droit à la liberté d`expression", które przetłumaczono następująco: „każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii". Nie ulega wątpliwości, że EKPC w wersji polskiej zawęża zakres znaczeniowy tego prawa, gdyż brzmienie autentyczne nie odnosi się wyłącznie do opinii, ale też do wszelkich form ekspresji, niekoniecznie będących opiniami. Na temat rozbieżności pomiędzy tłumaczeniami EKPC zob. wyrok ETPC z 10 XII 2007 r., Stoll v. Szwajcaria, skarga nr 69698/01.

[3] Jakkolwiek żaden akt prawny nie posługuje się pojęciem „dziennikarska wolność słowa", to zważywszy na szczególne regulacje prawne odnoszące się *stricte* do dziennikarzy, wprowadzające specyficzne wymogi co do publikacji prasowych, a także ze względu na wydawane na tle regulacji prawnych orzecznictwo zdaniem autora zasadne jest uwzględnienie w siatce pojęciowej owej specyfiki. Zob. M. Piech, *Odpowiedzialność dziennikarza*

body wypowiedzi – szczególnie silnie ścierają się kolidujące ze sobą wolności i prawa. Z jednej strony mamy prawo do wolności słowa, prawo prasy do kontroli życia społecznego, z drugiej – uprawnienia uczestników postępowania sądowego z domniemaniem niewinności na czele oraz godność, która jest przyrodzona i niezbywalna.

Ogólne założenia prawa do swobody wypowiedzi w orzecznictwie ETPC

W kwestii interpretacji swobody wypowiedzi kamieniem milowym było orzeczenie Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, tworzące podwaliny filozoficzne dla tego rodzaju spraw w przyszłości[4]. W jego uzasadnieniu stwierdzono:

> [...] swoboda wypowiedzi jest jednym z filarów demokratycznego społeczeństwa, podstawą jego rozwoju i warunkiem samorealizacji jednostki. [...] Nie może obejmować [wyłącznie] informacji i poglądów odbieranych przychylnie albo postrzeganych jako nieszkodliwe lub obojętne, ale i takie, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub w jakiejś grupie społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje[5].

Orzeczenie to zapoczątkowało linię orzeczniczą ETPC, które na przestrzeni kolejnych lat ugruntowało stanowisko wyrażone w owym judykacie[6].

Rola prasy w zagwarantowaniu prawa do swobody wypowiedzi w orzecznictwie ETPC

W kontekście praw gwarantowanych przez art. 10 EKPC w Strasburgu szybko dostrzeżono, jak istotną rolę w ich ochronie i realizacji odgrywa prasa. ETPC wielokrotnie akcentował, że prasa pełni w demokratycznym społeczeństwie funkcję „publicznego kontrolera"[7] bądź „publicznego strażnika"[8]. Jednocześnie za każdym razem podkreślano, że także prasa nie może przekroczyć pewnych granic, zwłaszcza dotyczących ochrony dobrego imienia i praw innych osób oraz potrzeby

---

za naruszenie dóbr osobistych w orzecznictwie sądowym, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ. Nauki Społeczne" 2012, nr 5, s. 139.

[4] M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009, s. 413.

[5] Wyrok ETPC z 17 XII 1976 r., Handyside v. Wielka Brytania, skarga nr 5493/72 (tłum. W. Kluwer).

[6] Wyrok ETPC z 8 VII 1986 r., Lingens v. Austria, skarga nr 8815/82; wyrok ETPC z 23 IV 1992 r., Castells v. Hiszpania, skarga nr 11798/85; wyrok ETPC z 1 VII 1997 r., Oberschlick v. Austria, skarga nr 20834/92.

[7] Wyrok ETPC z 2 V 2000 r., Bergens Tidende i inni v. Norwegia, skarga nr 26132/95.

[8] Wyrok ETPC z 27 V 2004 r., Vides Aizsardzibas Klubs v. Łotwa, skarga nr 57829/00.

zapobieżenia ujawnieniu informacji tajnych. Jej obowiązkiem jest jednak rozpowszechnianie informacji i idei na temat wszystkich kwestii publicznie ważnych. Swoboda dziennikarska zezwala również według ETPC na pewną przesadę lub nawet prowokację. Każda restrykcja swobody wypowiedzi musi być zatem przekonująco uzasadniona[9].

W uzasadnieniu orzeczenia Fressoz i Roire przeciwko Francji[10] ETPC przypomniał, iż zadaniem prasy jest przekazywanie informacji i idei na temat spraw publicznie ważnych, które społeczeństwo ma prawo otrzymywać. Na osobach korzystających ze swobody wypowiedzi, w tym na dziennikarzach, ciążą jednak obowiązki i odpowiedzialność, a ich zakres jest uzależniony od sytuacji oraz środków technicznych, którymi się posługują. W uzasadnieniu orzeczenia zauważono, że w pewnych sytuacjach interes publiczny może uzasadniać ujawnienie przez prasę informacji o poufnym charakterze. Przy ocenie każdego z takich przypadków należy brać pod uwagę następujące kwestie: czy informacja dotyczy sprawy, która ma publiczne znaczenie i budzi zainteresowanie społeczeństwa, a także to, kogo wiadomość dotyczy (osoby pełniącej funkcje publiczne czy prywatnej), jakie były intencje dziennikarzy oraz ich sposób działania (czy działali w dobrej wierze, na podstawie sprawdzonych danych i w zgodzie z zasadami zawodowej etyki). Podkreślono także, że inaczej należy podchodzić do informacji ściśle strzeżonych, a inaczej do wiadomości, które przestały być poufne lub były dostępne w inny sposób. Za niezgodne z EKPC jednogłośnie uznano w niniejszym orzeczeniu ograniczenia dotyczące formy ujawnienia informacji, której treść mogła być legalnie dostępna.

ETPC podkreślał, że „chociaż prasa nie może przekroczyć pewnych granic, jej zadaniem jest rozpowszechnianie w sposób zgodny z jej obowiązkami i odpowiedzialnością informacji na temat wszystkich kwestii rozbudzających publiczne zainteresowanie”[11].

Ograniczenia prawa do swobody wypowiedzi w orzecznictwie ETPC

Prawo do wolności słowa nie jest nieograniczone. Jak bowiem stanowi art. 10 ust. 2 EKPC:

> […] 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

[9] Wyrok ETPC z 21 I 1999 r., Fressoz i Roire v. Francja, skarga nr 29183/95; wyrok ETPC z 21 II 2012 r., Gąsior v. Polska, skarga nr 34472/07; wyrok ETPC z 2 V 2000 r., Bergens Tidende i inni v. Norwegia, skarga nr 26132/95.

[10] Wyrok ETPC z 21 I 1999 r., Fressoz i Roire v. Francja, skarga nr 29183/95.

[11] Wyrok ETPC z 26 IV 1979 r., The Sunday Times v. Wielka Brytania, skarga nr 6538/74.

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 konieczność zapobieżenia ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej[12].

W orzeczeniu Pedersen i Baadsgaard przeciwko Danii[13] ETPC stanowczo podkreślił, że art. 10 EKPC nie gwarantuje nieograniczonej swobody wypowiedzi nawet wtedy, gdy chodzi o sprawozdania prasowe o dużym znaczeniu. Korzystanie z tej swobody wiąże się z obowiązkami i odpowiedzialnością, która obejmuje także prasę. Kompleksowo zagadnienie ETPC ujął w uzasadnieniu wyroku Bergens Tidende i inni przeciwko Norwegii, którego fragment warto przytoczyć *in extenso*:

[...] wolność do wyrażania opinii jest przedmiotem ograniczeń wskazanych w art. 10 ust. 2 EKPC, które muszą jednakże być interpretowane ściśle. Potrzeba stosowania jakichkolwiek ograniczeń musi zostać wykazana w sposób przekonywający. Kryterium „konieczności w demokratycznym społeczeństwie" wymaga, by ETPC rozstrzygnął, czy zaskarżona „ingerencja" pokrywa się z „pilną potrzebą społeczną", czy była ona proporcjonalna do prawnie uzasadnionego celu, który miał być w ten sposób osiągnięty, oraz czy argumenty ją uzasadniające przedłożone przez władze krajowe są istotne i wystarczające. Przy ocenie, czy taka „potrzeba" istnieje oraz jakie odpowiadające jej środki powinny zostać przyjęte, organy władzy krajowej dysponują pewnym marginesem uznania. Uprawnienie to nie jest jednakże nieograniczone, lecz idzie w parze w europejską kontrolą ze strony ETPC, do którego kompetencji należy wydanie ostatecznego orzeczenia w przedmiocie zgodności (zaskarżonych) ograniczeń z wolnością wyrażania opinii tak, jak jest ona chroniona w art. 10 EKPC. [...] Art. 10 EKPC nie gwarantuje nieograniczonej wolności wyrażania opinii nawet w odniesieniu do prasowego relacjonowania spraw zainteresowania publicznego. Zgodnie z art. 10 ust. 2 EKPC korzystanie z tej wolności pociąga za sobą „obowiązki i odpowiedzialność", co ma także zastosowanie do prasy. Te „obowiązki i odpowiedzialność" nabierają znaczenia w przypadkach, jak w niniejszej sprawie, w których pojawia się kwestia podważenia reputacji osoby prywatnej lub „praw i wolności innych osób". Ze względu na „obowiązki i odpowiedzialność" związane z korzystaniem z wolności do wyrażania opinii, ochrona jest przyznana przez art. 10 EKPC dziennikarzom w odniesieniu do relacjonowania spraw z zakresu interesu powszechnego z zastrzeżeniem, że działają oni w dobrej wierze w celu dostarczenia dokładnych i wiarygodnych informacji w zgodzie z etyką dziennikarską[14].

W orzeczeniu Seckerson i Times Newspapers Limited przeciwko Wielkiej Brytanii[15] ETPC zaznaczył, że art. 10 ust. 2 EKPC dopuszcza ograniczenia lub kary, które są przewidziane ustawą i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym

[12] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 XI 1950 r. (DzU z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

[13] Wyrok ETPC z 17 XII 2004 r., Pedersen i Baadsgaard v. Dania, skarga nr 49017/99.

[14] Wyrok ETPC z 2 V 2000 r., Bergens Tidende i inni v. Norwegia, skarga nr 26132/95 (tłum. W. Kluwer).

[15] Decyzja ETPC z 24 I 2012 r., Seckerson i Times Newspapers Limited v. Wielka Brytania, skarga nr 32844/10.

między innymi w celu utrzymania autorytetu i bezstronności sądownictwa. W szczególności media nie mogą wykraczać poza granice wyznaczone w interesie odpowiedniego sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Dlatego też treść narady składu orzekającego w postępowaniu karnym jest poufna, a prawo do ochrony wolności wypowiedzi nie znajduje w tym przypadku zastosowania.

Fakty a opinie w orzecznictwie ETPC

ETPC konsekwentnie posługuje się rozróżnieniem, wedle którego mamy wypowiedzi odnoszące się do faktów oraz takie, w których prezentowane są oceny i opinie. Przez wiele lat w orzecznictwie ETPC konsekwentnie prezentowano stanowisko, że tylko wypowiedzi odnoszące się do faktów mogą podlegać weryfikacji, natomiast wymaganie takiego dowodu co do ocen i opinii narusza konwencyjną swobodę wypowiedzi[16]. Zdaniem ETPC, „sądy wartościujące, czyli opinie, nie podlegają z natury dowodowi prawdy"[17]. Dopiero w orzeczeniu Feldek przeciwko Słowacji ETPC stwierdził, że sąd wartościujący nie podlega wprawdzie udowodnieniu, ale można wymagać, aby wyrażona opinia posiadała dostateczną podstawę faktyczną, gdyż bez niej dochodzi do nadużycia wolności słowa[18]. W sprawie Jerusalem przeciwko Austrii ETPC uznał, że od autora sądu wartościującego nie można wymagać, aby udowodnił jego prawdziwość. Można jednak sprawdzić, czy jego opinia posiada dostateczną podstawę faktyczną, gdyż bez niej dochodzi do nadużycia wolności słowa[19].

W sprawie Pedersen i Baadsgaard przeciwko Danii[20] ETPC rozpoznawał przypadek dziennikarzy, którzy zarzucili komendantowi policji, że w toku śledztwa usunął niewygodny fragment zeznań ważnego świadka. ETPC stwierdził, iż fakty można wykazać, natomiast prawdziwości sądów ocennych już nie. Samo żądanie wykazania prawdziwości sądów ocennych narusza swobodę wyrażania opinii, która jest podstawą prawa zagwarantowanego w art. 10 EKPC. Jednak ocena bez żadnego oparcia w faktach może okazać się nadużyciem.

Przy okazji rozpoznawania tej sprawy ETPC odniósł się do metody konstruowania przekazu poprzez stawianie retorycznych pytań. Zauważył, że takie pytania w istocie rzeczy, przez swój retoryczny charakter, stają się twierdzeniami, a jako takie podlegają dowodzeniu i weryfikacji.

---

[16] Wyrok ETPC z 24 II 1997 r., De Haes i Gijsels v. Belgia, skarga nr 19983/92.
[17] Wyrok ETPC z 28 VIII 1992 r., Schwabe v. Austria, skarga nr 13704/88.
[18] Wyrok ETPC z 12 VII 2001 r., Feldek v. Słowacja, skarga nr 29032/95.
[19] Wyrok ETPC z 27 II 2001 r., Jerusalem v. Austria, skarga nr 26958/95.
[20] Wyrok ETPC z 17 XII 2004 r., Pedersen i Baadsgaard v. Dania, skarga nr 49017/99.

Kategoria spraw budzących publiczne zainteresowanie w orzecznictwie ETPC

ETPC w swoim orzecznictwie różnicuje kategorie spraw, co do których istnieje domniemanie naruszenia art. 10 EKPC, według kryterium „publicznego zainteresowania i zatroskania". Przy czym to, czy dana publikacja prasowa dotyczy kwestii zainteresowania publicznego, powinno zależeć od jej kontekstu[21].

Sprawy relacjonowane przez prasę, które zaliczają się do grupy tematów budzących publiczne zainteresowanie i zatroskanie, korzystają z szerszej ochrony z punktu widzenia art. 10 EKPC, dlatego też zakres ograniczeń w odniesieniu do tego typu kategorii winien być interpretowany wąsko. ETPC przyznaje szersze pole korzystania ze swobody wypowiedzi, gdy dana sprawa zaliczana jest do wskazanej wyżej kategorii. W sprawie Bladet Tramso A/s i Stensaas przeciwko Norwegii[22] ETPC stwierdził, że rola prasy polega na pobudzaniu dyskusji i udziale w debatach wokół kwestii, które wywołują publiczne zatroskanie. Środki przekazu nie mogą przekroczyć granic określonych interesem ochrony dobrego imienia osób prywatnych, ale też mają obowiązek przekazywania informacji dotyczących spraw wzbudzających publiczne zainteresowanie. Z jednej strony prasa ma obowiązek przekazywania informacji, z drugiej strony społeczeństwo ma prawo je otrzymywać. Ochrona zagwarantowana w art. 10 EKPC w związku z takimi relacjami oparta jest na założeniu, że dziennikarze działają w dobrej wierze, zgodnie z dziennikarską etyką. ETPC uznał, że nakładanie zbyt daleko idących wymagań w przypadku relacjonowania spraw budzących publiczne zainteresowanie i zatroskanie powoduje, że dziennikarze nie są w stanie wypełniać swych zadań. Może to też zniechęcić prasę do uczestniczenia w sprawach stanowiących przedmiot uzasadnionego zatroskania opinii publicznej.

Zdaniem ETPC zaliczenie danej kwestii do kategorii spraw budzących publiczne zainteresowanie i zatroskanie chroni dziennikarzy przed odpowiedzialnością za naruszenie tajemnicy śledztwa lub tajemnicy zawodowej. Pod warunkiem wszakże, iż informacje prezentowane są w dobrej wierze i dostarczają wiadomości „wiarygodnych i precyzyjnych" w rozumieniu etyki dziennikarskiej, a publikacja stanowi wkład w publiczną debatę, dzięki czemu jej autorzy mają okazję odegrać rolę „strażników demokracji"[23].

W sprawie Bladet Tramso A/s i Stensaas przeciwko Norwegii poruszono kwestię opierania wypowiedzi prasowych na dokumentach powstałych na zamówienie.

---

[21] Kryteria wydzielenia tej kategorii spraw ETPC sprecyzował w orzeczeniach: wyrok ETPC z 25 VI 1992 r., Thorgeir Thorgeirson v. Islandia, skarga nr 13778/88; wyrok ETPC z 25 XI 1999 r., Nilsen i Johnsen v. Norwegia, skarga nr 23118/93; wyrok ETPC z 10 VII 2012 r., Hlynsdóttir v. Islandia, skarga nr 43380/10.

[22] Wyrok ETPC z 20 V 1999 r., Bladet Tromso A/S i Stensaas v. Norwegia, skarga nr 21980/93.

[23] Wyrok ETPC z 27 III 1996 r., Goodwin v. Wielka Brytania, skarga nr 17488/90.

ETPC podkreślił, że „dziennikarze mogą polegać na urzędowych materiałach i dokumentach powstałych na oficjalne zamówienie. Takich dokumentów prasa nie musi samodzielnie weryfikować – chyba że istnieją poważne podstawy do podważenia ich wiarygodności”[24].

Wydaje się, że *per analogiam* stanowisko to odnieść można do opinii powstałych na zamówienie wszelkiego rodzaju komisji powołanych do zbadania przyczyn katastrof czy komisji sejmowych. Podobnie zasadne byłoby odniesienie tego stanowiska wprost do ekspertyz i opinii tworzonych przez biegłych na zamówienie organów procesowych, ale już nie opinii prawnych powstałych na zamówienie stron postępowania.

W kontekście relacjonowania działań organów wymiaru sprawiedliwości przez prasę ETPC prezentuje stanowisko, że działania organów wymiaru sprawiedliwości, choć nie są wyjęte spod publicznej kontroli, winny być chronione przed niszczącymi i bezpodstawnymi atakami dziennikarzy[25].

Odpowiedzialność karna dziennikarzy za przekroczenie prawa do swobody wypowiedzi

W orzeczeniu Dupuis i inni przeciwko Francji[26] ETPC poruszył budzącą emocje nie tylko w Polsce kwestię zasadności ponoszenia odpowiedzialności karnej przez dziennikarzy. ETPC uznał, że surowa reakcja na publikowanie informacji dotyczących działalności wymiaru sprawiedliwości, zwłaszcza w postaci wyroku skazującego w sprawie karnej, może działać niekorzystnie na swobodę ekspresji i uniemożliwić działanie w obronie przejrzystości procedur i dostarczania społeczeństwu informacji dotyczących afer związanych z pracami rządu.

Z kolei w sprawie Włoch przeciwko Polsce[27] ETPC przyznał, że choć zjadliwa kampania prasowa może mieć wpływ na bezstronność procesu poprzez oddziaływanie na opinię publiczną i w konsekwencji na osoby orzekające w sprawie winy, to jednak doniesienia prasowe o bieżących wydarzeniach są wyrazem wolności wypowiedzi gwarantowanej przez art. 10 EKPC.

W orzeczeniu Seckerson i Times Newspapers Limited przeciwko Wielkiej Brytanii[28] ETPC podniósł, że domniemanie niewinności nie zostaje naruszone, jeżeli informacje i sformułowania zawarte w komunikacie prasowym zostały bezpośrednio oparte na akcie oskarżenia sporządzonym i wniesionym do sądu przez prokuraturę.

---

[24] Wyrok ETPC z 20 V 1999 r., Bladet Tromso A/S i Stensaas v. Norwegia, skarga nr 21980/93.

[25] Wyrok ETPC z 26 IV 1995 r., Prager i Oberschlick v. Austria, skarga nr 15974/90.

[26] Wyrok ETPC z 7 VI 2007 r., Dupuis i inni v. Francja, skarga nr 1914/02.

[27] Wyrok ETPC z 19 X 2000 r., Włoch v. Polska, skarga nr 27785/95.

[28] Decyzja ETPC z 24 I 2012 r., Seckerson i Times Newspapers Limited v. Wielka Brytania, skarga nr 32844/10.

W powyższym orzeczeniu ETPC zaznaczył, że brak naruszenia EKPC dotyczy faktów podanych w nawiązaniu do publicznego aktu oskarżenia sporządzonego przez prokuraturę. O ile stanowisko to można odnieść do publicznych aktów oskarżenia sporządzonych przez nieprokuratorskie organy postępowania przygotowawczego, o tyle z dużą ostrożnością należałoby się odwoływać do subsydialnego i prywatnego aktu oskarżenia. Ten pierwszy sporządzany jest przez podmiot kwalifikowany, oba jednak mogą bazować na faktach niezweryfikowanych, co w przypadku oparcia na nich relacji prasowej powinno skutkować uznaniem naruszenia przez autora EKPC.

W Wyroku Stoll przeciwko Szwajcarii ETPC podniósł, że wprawdzie wymierzanie kary na podstawie kodeksu karnego dziennikarzom przekraczającym prawo do swobody wypowiedzi jest co do zasady dopuszczalne, niemniej nie może się ona sprowadzać do jakiejś formy cenzury, zmierzającej do ograniczenia prasy i zaniechania krytyki[29].

Pokrzywdzony w relacjach z procesu w orzecznictwie ETPC

Sprawozdawczość prasowa to nie tylko prawnie chronione interesy oskarżonego, ale także konieczność zapewnienia ochrony pokrzywdzonemu.

ETPC konsekwentnie strzeże praw osób pokrzywdzonych przed nadużywaniem wolności słowa przez prasę relacjonującą przebieg procesu. W sprawie Krone Verlag GmbH & Co KG i Multimedia GmbH & Co KG przeciwko Austrii[30] ETPC uznał dopuszczalność ingerencji w wolność słowa. W rzeczonej sprawie pierwsza skarżąca spółka opublikowała w swej gazecie, a druga w gazecie internetowej omówienie sprawy C., nad którą znęcali się i którą wykorzystywali seksualnie jej ojciec A. i jej macocha B. Skarżące spółki opublikowały dwa artykuły w wydawanych przez siebie gazetach, w których podano szczegółowy opis okoliczności sprawy oraz ujawniono tożsamość C., podając jej pierwsze imię, imiona i nazwiska jej ojca i macochy, opisano ich relację rodzinną i opublikowano zdjęcia A. i B. Ponadto druga skarżąca spółka opublikowała także zdjęcie samej C., włącznie ze zbliżeniem jej twarzy. W tym stanie rzeczy C. wniosła o zadośćuczynienie od obu skarżących spółek na tej podstawie, iż wyrządziły jej krzywdę, ujawniając jej tożsamość jako ofiary czynu zabronionego, a także, w powództwie przeciwko drugiej spółce, C. wniosła o zadośćuczynienie na tej podstawie, iż reportaż i opublikowane zdjęcia naruszyły prawo do ochrony jej ściśle prywatnego życia. Sądy krajowe uznały te żądania. ETPC, rozpatrując niniejszą sprawę, uznał dopuszczalność ingerencji w wolność słowa. Stwierdził, iż przedmiotowe

[29] Wyrok z 10 XII 2007 r., Stoll v. Szwajcaria, skarga nr 69698/01.

[30] Wyrok ETPC z 17 I 2012 r., Krone Verlag GmbH & Co KG i Krone Multimedia Gmbh & Co KG v. Austria, skarga nr 33497/07.

artykuły dotyczyły kwestii zainteresowania publicznego, to jest przestępstwa z użyciem przemocy przeciwko dziecku oraz nadużyć seksualnych popełnionych w rodzinie, a więc mogły stać się podstawą debaty publicznej w przedmiocie tego, jak można zapobiegać popełnianiu podobnych przestępstw. Jednakże, zważywszy, że żaden ze sprawców ani ofiara nie były osobami publicznymi ani nie zaistniały wcześniej w świadomości opinii publicznej, nie można uznać, by znajomość tożsamości tych osób miała duże znaczenie dla zrozumienia szczegółów sprawy. W związku z tym skarżące spółki mogły przedstawić wszelkie szczegóły sprawy, powstrzymując się jedynie od ujawnienia tożsamości C. i opublikowania jej zdjęcia, na którym mogła zostać rozpoznana. ETPC uznał, że tożsamość pokrzywdzonego zasługuje na szczególną ochronę z powodu jej delikatnego położenia, zwłaszcza w sprawie takiej jak niniejsza, jako że C. była dzieckiem w czasie tychże zdarzeń i stała się ofiarą przemocy i nadużyć seksualnych. Zdaniem ETPC pozwane Państwo, przyznając C. zadośćuczynienie za ujawnienie jej tożsamości jako ofiary przestępstwa, działało w granicach marginesu uznania przy dokonywaniu oceny potrzeby ochrony jej prywatności. Uznano, iż ograniczenie prawa skarżących spółek do wolności wypowiedzi zostało oparte na powodach, które były istotne i wystarczające, oraz było proporcjonalne do uzasadnionych prawnie celów realizowanych w ten sposób.

W sprawie Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH przeciwko Austrii, opartej na identycznym stanie faktycznym, ETPC wyraził podobne stanowisko. W uzasadnieniu napisano:

> […] przedmiot niniejszej sprawy – ujawnienie w prasie tożsamości ofiary przestępstwa – wiąże się, z jednej strony, z wynikającym z art. 10 EKPC prawem prasy do informowania społeczeństwa o sprawach zainteresowania publicznego dotyczących toczących się postępowań karnych oraz, z drugiej strony, spoczywającymi na Państwie, na podstawie art. 8 EKPC, obowiązkami ochrony prywatności ofiar. W takich sprawach ETPC zawsze podkreślał, iż zdjęcia lub artykuły prasowe przyczyniają się do debaty dotyczącej interesu powszechnego. Jakkolwiek przedstawianie sprawozdań i komentarzy dotyczących postępowania sądowego, przy zastrzeżeniu nieprzekraczania granic wskazanych powyżej, przyczynia się do jawności takiego postępowania, a tym samym jest w pełni spójne z wymogiem z art. 6 ust. 1 EKPC w przedmiocie jawności rozprawy, należy wskazać, iż jawny charakter postępowania sądowego nie funkcjonuje jako *carte blanche*, zwalniając media z ciążącego na nich obowiązku w postaci zachowania należytej dbałości przy przekazywaniu informacji uzyskanych w trakcie takiego postępowania[31].

[31] Wyrok ETPC z 17 I 2012 r., Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH v. Austria, skarga nr 3401/07 (tłum. W. Kluwer).

Dyskryminacja dziennikarzy w orzecznictwie ETPC

W sprawie Axel Springer AG przeciwko Niemcom[32] skarżący, nie kwestionując dopuszczenia ograniczonej liczby przedstawicieli prasy na salę rozpraw, podważył sposób wyboru dziennikarzy, który zdaniem skarżącej spółki (oraz innych niedopuszczonych na salę rozpraw reporterów) miał charakter dyskryminujący. Zdaniem ETPC sposób dokonania wyboru przyjęty przez przewodniczącego składu orzekającego sądu rejonowego, czyli losowanie, nie miał takiego charakteru, by faworyzować konkretnego przedstawiciela prasy, gdyż zapewniał równy dostęp do losowania wszystkim dziennikarzom zainteresowanym taką procedurą neutralnego przyznawania miejsc dostępnych na sali sądowej. Ponadto nic nie stało na przeszkodzie, by skarżąca spółka mogła przedstawiać sprawozdania z procesu, gdyż sąd krajowy publikował komunikaty prasowe z każdej z przeprowadzonych rozpraw, które stanowiły wyłączne źródło informacji dla tych dziennikarzy, których media zostały zupełnie wykluczone z udziału w rozprawach. Nadto w grupie pisemnych środków przekazu o zasięgu ogólnokrajowym znajdował się dziennikarz pracujący dla agencji prasowej, której rolą jest, co do zasady, dostarczanie informacji innym mediom. W opinii ETPC nie można więc utrzymywać, iż skarżąca spółka nie miała możliwości poinformowania swych czytelników o przedmiotowym postępowaniu. Konkludując, uznano, że zważywszy na fakt, iż w okolicznościach niniejszej sprawy ograniczenie dostępu do sali rozpraw sądu okręgowego było konieczne, wybrany system losowania pozwalał na równy dostęp do trybu selekcji wszystkim zainteresowanym dziennikarzom, zważywszy zaś na margines uznania przysługujący Wysokim Układającym się Stronom w tej sferze, ETPC uznał, że skarżąca spółka nie podlegała nieuzasadnionej różnicy w traktowaniu.

Uczestnicy procesu cywilnego w sprawozdaniach z procesu w orzecznictwie ETPC

Jakkolwiek zdecydowana większość judykatów ETPC dotyczy problematyki spraw karnych, nie oznacza to, że uczestnicy procesu cywilnego przez orzecznictwo organu strasburskiego byli słabiej chronieni. W sprawach Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH przeciwko Austrii i Krone Verlag GmbH przeciwko Austrii[33] ETPC zajmował się ujawnieniem tożsamości dziecka będącego osią konfliktu toczącego się przed sądem rodzinnym. Zaskarżone przed sądami krajowymi publikacje

[32] Wyrok ETPC z 27 III 2012 r., Axel Springer AG v. Niemcy, skarga nr 9961/10.

[33] Wyrok ETPC z 19 VI 2012 r., Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH v. Austria (nr 2), skarga nr 1593/06; wyrok ETPC z 19 VI 2012 r., Krone Verlag GmbH v. Austria, skarga nr 27306/07.

prasowe dotyczyły kwestii zainteresowania publicznego, a mianowicie prawidłowego wykonywania rozstrzygnięć sądu rodzinnego oraz tego, czy w takich sytuacjach można używać siły, a jeżeli tak, to w jakim zakresie. ETPC podniósł rzecz następującą:

> […] sprawa taka mogła – i tak się w niniejszym przypadku stało – wzbudzić publiczną debatę. Jednakże zważywszy, iż ani samo dziecko, ani jego rodzice nie byli osobami publicznymi ani nie weszli wcześniej do życia publicznego, nie można uznać, by ujawnienie tożsamości dziecka było konieczne dla zrozumienia szczegółów tej sprawy. Należy w związku z tym wskazać, iż dopuszczalne było, by skarżąca spółka informowała o wszystkich istotnych szczegółach dotyczących dziecka […], lecz niedopuszczalne było ujawnienie tożsamości dziecka poprzez opublikowanie najbardziej intymnych szczegółów dotyczących jego życia lub poprzez opublikowanie jego zdjęcia, na podstawie którego dziecko to mogło zostać rozpoznane. Zdaniem ETPC publikowanie fotografii i artykułów, których jedynym celem było zaspokojenie ciekawości określonej grupy czytelniczej i które dotyczyły szczegółów życia prywatnego osoby publicznej, nie może zostać uznane za przyczynianie się do jakiejkolwiek debaty w interesie powszechnym społeczeństwa, jakkolwiek osoba ta jest znana opinii publicznej. W takich przypadkach wolność wypowiedzi wymaga węższej interpretacji. Należy uznać, iż względy takie mają zastosowanie również do osób takich jak dziecko, które nie są osobami publicznymi[34].

Podsumowanie

Podsumowując, od uchwalenia EKPC przez kilkadziesiąt lat jej obowiązywania orzecznictwo ETPC ewoluowało, wyznaczając coraz to nowe standardy w zakresie ochrony praw człowieka i podstawowych wolności. Jakkolwiek bowiem ustawodawstwa krajowe mogą regulować poszczególne prawa i wolności konwencyjne w sposób autonomiczny, to regulacje te nigdy nie mogą zejść poniżej pewnego poziomu. Orzecznictwo ETPC określa nieprzekraczalne standardy minimalne w ochronie praw człowieka. Poszczególne przepisy EKPC i jej Protokołów Dodatkowych uregulowane są w sposób bardzo ogólny i w niezmienionym brzmieniu obowiązują od początku istnienia EKPC, zmienia się natomiast ich interpretacja. Ewolucja życia społecznego, politycznego i ekonomicznego na przestrzeni lat determinowała zmiany w podejściu do poszczególnych zagadnień. Choć zatem brzmienie poszczególnych przepisów EKPC jest takie samo, standardy minimalne były i są wciąż podwyższane, co w oczywisty sposób nie może pozostać bez echa w odniesieniu do prawa krajowego. Ustawodawca stanowiąc prawo musi uwzględniać standardy ochrony praw człowieka wypracowane przez ETPC, a organy procesowe muszą w stosowaniu prawa bezwzględnie ich przestrzegać.

---

[34] Wyrok ETPC z 19 VI 2012 r., Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH v. Austria (nr 2), skarga nr 1593/06.

Należy zaznaczyć, że problematyka sprawozdawczości prasowej z postępowań sądowych, czy szerzej: działalności wymiaru sprawiedliwości, jest o tyle istotna, że prasa stanowi kluczowy łącznik pomiędzy wymiarem sprawiedliwości a społeczeństwem. Bez relacji prasowych siła oddziaływania prawa i wyroków sądowych byłaby niepomiernie mniejsza. Misją prasy w społeczeństwie demokratycznym jest wzbudzanie dyskusji o sprawach ważkich, realizacja idei prewencji generalnej poprzez nagłaśnianie zdarzeń niekiedy wstrząsających, mogących wywołać publiczne zainteresowanie. Proces karny jest narzędziem realizowania przepisów prawa karnego materialnego, ale śmiało można powiedzieć, że znajduje to przełożenie na społeczeństwo w dużej mierze poprzez działalność środków masowego przekazu. Mimo tej niepomiernej roli także dziennikarzy dotyczą standardy wypracowane przez ETPC, z których nie można zrezygnować, powołując się na prawo do wolności słowa i wykonywany zawód. Stanowisko ETPC jest w tym zakresie jednoznaczne.

Press Reports Concerning a Trial in View of the Right to Freedom of Expression (Article 10 of the ECHR) in Judicial Decisions of the ECtHR

Abstract

The article shows the problems concerning interpretation of the right to freedom of expression (Article 10 of the ECHR) in judicial decisions of the ECtHR. The ECHR is part of the Polish legal order and only the knowledge of judicial decisions of the ECtHR enables one to understand the content of this right. The article raises the matters regarding the interpreted concept as well as possible limitations of the right to freedom of expression under Article 10.2 of the ECHR. Further part of the article includes the main arguments in judicial decisions of the ECtHR concerning the right to freedom of expression in terms of criminal proceedings and civil litigation and, moreover, referring to the defendant as well as the injured party. The summary shows the role of the press in contemporary society and the meaning of the ECHR for protection of this freedom.

Keywords

European Convention on Human Rights (ECHR), European Court of Human Rights (ECtHR), freedom of speech, freedom of the press, journalist

Bibliografia

1. Nowicki M. A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009.
2. Piech M., *Odpowiedzialność dziennikarza za naruszenie dóbr osobistych w orzecznictwie sądowym*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ. Nauki Społeczne" 2012, nr 5.
3. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 XI 1950 r. (DzU z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

4. Wyrok ETPC z 17 XII 1976 r., Handyside v. Wielka Brytania, skarga nr 5493/72.
5. Wyrok ETPC z 26 IV 1979 r., The Sunday Times v. Wielka Brytania, skarga nr 6538/74.
6. Wyrok ETPC z 8 VII 1986 r., Lingens v. Austria, skarga nr 8815/82.
7. Wyrok ETPC z 23 IV 1992 r., Castells v. Hiszpania, skarga nr 11798/85.
8. Wyrok ETPC z 25 VI 1992 r., Thorgeir Thorgeirson v. Islandia, skarga nr 13778/88.
9. Wyrok ETPC z 28 VIII 1992 r., Schwabe v. Austria, skarga nr 13704/88.
10. Wyrok ETPC z 26 IV 1995 r., Prager i Oberschlick v. Austria, skarga nr 15974/90.
11. Wyrok ETPC z 27 III 1996 r., Goodwin v. Wielka Brytania, skarga nr 17488/90.
12. Wyrok ETPC z 24 II 1997 r., De Haes i Gijsels v. Belgia, skarga nr 19983/92.
13. Wyrok ETPC z 1 VII 1997 r., Oberschlick v. Austria, skarga nr 20834/92.
14. Wyrok ETPC z 21 I 1999 r., Fressoz i Roire v. Francja, skarga nr 29183/95.
15. Wyrok ETPC z 20 V 1999 r., Bladet Tromso A/S i Stensaas v. Norwegia, skarga nr 21980/93.
16. Wyrok ETPC z 25 XI 1999 r., Nilsen i Johnsen v. Norwegia, skarga nr 23118/93.
17. Wyrok ETPC z 2 V 2000 r., Bergens Tidende i inni v. Norwegia, skarga nr 26132/95.
18. Wyrok ETPC z 19 X 2000 r., Włoch v. Polska, skarga nr 27785/95.
19. Wyrok ETPC z 27 II 2001 r., Jerusalem v. Austria, skarga nr 26958/95.
20. Wyrok ETPC z 12 VII 2001 r., Feldek v. Słowacja, skarga nr 29032/95.
21. Wyrok ETPC z 27 V 2004 r., Vides Aizsardzibas Klubs v. Łotwa, skarga nr 57829/00.
22. Wyrok ETPC z 17 XII 2004 r., Pedersen i Baadsgaard v. Dania, skarga nr 49017/99.
23. Wyrok ETPC z 7 VI 2007 r., Dupuis i inni v. Francja, skarga nr 1914/02.
24. Wyrok ETPC z 10 XII 2007 r., Stoll v. Szwajcaria, skarga nr 69698/01.
25. Wyrok ETPC z 17 I 2012 r., Krone Verlag GmbH & Co KG i Krone Multimedia Gmbh & Co KG v. Austria, skarga nr 33497/07.
26. Wyrok ETPC z 17 I 2012 r., Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH v. Austria, skarga nr 3401/07.
27. Decyzja ETPC z 24 I 2012 r., Seckerson i Times Newspapers Limited v. Wielka Brytania, skarga nr 32844/10.
28. Wyrok ETPC z 21 II 2012 r., Gąsior v. Polska, skarga nr 34472/07.
29. Wyrok ETPC z 27 III 2012 r., Axel Springer AG v. Niemcy, skarga nr 9961/10.
30. Wyrok ETPC z 19 VI 2012 r., Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH v. Austria (nr 2), skarga nr 1593/06.
31. Wyrok ETPC z 19 VI 2012 r., Krone Verlag GmbH v. Austria, skarga nr 27306/07.
32. Wyrok ETPC z 10 VII 2012 r., Hlynsdóttir v. Islandia, skarga nr 43380/10.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Kamil Leśniewski

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
e-mail: k.lesniewski@student.uj.edu.pl

Współczesne asymetryczne konflikty zbrojne w obliczu prawa humanitarnego – stosowanie zasad użycia siły

Streszczenie

Zarysowuje się ogromna różnica i dysproporcja między działaniami militarnymi w XXI wieku i w okresie go poprzedzającym. Nowoczesne operacje zbrojne, przeprowadzane we wrogich środowiskach, wymagają harmonizacji wielu czynników. Artykuł prezentuje trudności wiążące się z zastosowaniem *rules of engagement* – w polskiej nomenklaturze wojskowej zwanych także zasadami użycia siły – przez jednostki biorące udział w bezpośrednich kontaktach na wrogim terytorium. Podkreślenia wymaga znaczenie przedmiotowych zasad w kontekście podniesienia bezpieczeństwa kombatantów, jak i niekombatantów, którzy objęci są szczególną ochroną prawnomiędzynarodową. Pierwszorzędnym celem ustalenia zasad użycia siły było określenie wskazówek jego dopuszczalności, zwłaszcza w samoobronie, oraz dostarczenie narzędzia oceny jego proporcjonalności i konieczności. W pracy oceniono, na ile efekt ten udało się osiągnąć dzięki obecnie obowiązującym zasadom użycia siły. Autor podkreśla negatywny wpływ błędnie skonstruowanych zasad na stan psychiczny walczących oraz ogólną liczbę ofiar.

Słowa kluczowe

zasady użycia siły, międzynarodowe prawo humanitarne, współczesne konflikty zbrojne

Wprowadzenie

Rules of engagement (zasady użycia siły), zwane w skrócie ROE, są narzędziem, które ma ułatwić walczącym żołnierzom podjęcie decyzji o oddaniu strzału i sprawić, by byli pewni, że ich działania są zgodne z literą obowiązującego prawa. W doktrynie pojęcie to posiada wiele definicji. Najwcześniejsza – podając za Andrzejem Makowskim – definicja ROE, pochodząca z 1975 roku, zawarta w *Jane's Dictionary of Naval Terms*, określa, iż są to: „polityczne dyrektywy regulujące stosowanie (użycie) siły"[1]. Inna stwierdza z kolei, że: „ROE są dyrektywami, które rząd może ustanowić dla określenia okoliczności i ograniczeń, w jakich jego morskie, lądowe i powietrzne siły zbrojne mają rozpocząć i/lub kontynuować walkę zbrojną z siłami przeciwnika"[2]. Według najnowszych opracowań pod pojęciem ROE kryją się zaś: „wytyczne, wydane przez kompetentną władzę wojskową, krajową lub międzynarodową, określające okoliczności i ograniczenia, pod jakimi siły zbrojne mogą wszczynać lub kontynuować swe zbrojne zaangażowanie"[3].

Warto przy tym zauważyć, iż wszystkie wyżej wymienione definicje pomimo różnic wskazują w sposób jednoznaczny, że ROE nie są prawem *sensu stricto*, lecz jedynie wskazówkami, instrukcjami, wytycznymi, których istotnym elementem jest międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych (innymi elementami, które również winny zostać uwzględnione w ROE, są polityczne cele prowadzonych operacji oraz taktyka i strategia sił zbrojnych, które zamierza się wykorzystać w danej operacji), w szczególności IV Konwencja genewska dotycząca ochrony osób cywilnych z 1949 roku, uzupełniona w 1977 roku o I i II Protokół dodatkowy, a także Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 roku[4] czy też prawo zwyczajowe.

Poprzez przełożenie skomplikowanych, obszernych, a zarazem często niezrozumiałych dla przeciętnego człowieka zasad prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych na możliwie krótką listę najprostszych zakazów i nakazów, przeznaczonych do stosowania przez każdego żołnierza, chciano – pod groźbą odpowiedzialności dyscyplinarnej i karnej – osiągnąć podstawowy cel tego prawa, tj. ochronę zdrowia i życia ludzkiego podczas konfliktu zbrojnego.

---

[1] A. Makowski, *Zasady podejmowania działań przy użyciu siły w operacji morskiej w świetle podręcznika ROE, Sanremo 2009*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne*, t. 3: *Zasady podejmowania działań przy użyciu siły*, red. D. Bugajski, Gdynia 2012.

[2] J. A. Roach, *Rules of Engagement*, "Naval War College Review" 1983, No. 1–2.

[3] A. Tokarczyk, *Mandat operacji pokojowych a uprawnienia żołnierzy do użycia siły w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego na przykładzie PKW w Iraku i Afganistanie*, [w:] *Konwencje Genewskie 60 lat później*, red. B. Janusz-Pawletta, Warszawa 2010.

[4] Powyższe akty prawne można znaleźć w: DzU 1992, nr 41, poz. 176; DzU 1956, nr 38, poz. 171; DzU 1977, nr 38, poz.167.

Kwestia osób cywilnych w prawie międzynarodowym publicznym rozpatrywana przez pryzmat konfliktów zbrojnych

Obowiązek rozróżniania osób cywilnych i kombatantów to fundamentalna zasada międzynarodowego prawa humanitarnego w czasie trwania konfliktów zbrojnych. Koniec wieku XX pogłębił jeszcze bardziej znaczenie przedmiotowej regulacji z uwagi na istotny wzrost występowania w świecie asymetrycznych działań zbrojnych. Zarówno w naukach prawnych, jak i wojskowych nie ma jednoznacznej zgody co do znaczenia powyższego terminu. Większość autorów charakteryzuje działania asymetryczne jako oparte na znacznych dysproporcjach. Podkreślenia wymaga fakt, iż różnice te dotyczą nie tylko sprzętu, środków finansowych, możliwości operacyjno-logistycznych czy też modelu dowodzenia, ale także filozofii oraz wartości wyznawanych przez przeciwległe strony[5]. W warunkach działań bojowych – niezależnie, czy dotyczy to konfliktu symetrycznego, czy też asymetrycznego – żołnierz ma średnio od kilku do kilkunastu sekund na podjęcie decyzji o oddaniu strzału. W jego psychice pojawia się wówczas z jednej strony naturalna chęć ochrony własnego życia i zdrowia, z drugiej zaś obawa, iż decyzja o włączeniu się do walki zostanie *ex post* uznana za przekroczenie przez niego dozwolonej granicy. Druga z wymienionych sytuacji w linii prostej prowadzi do odpowiedzialności karnej na gruncie krajowych regulacji w tym zakresie. Napięcie wywoływane przez tę wewnętrzną sprzeczność tworzy swoisty dysonans poznawczy i prowadzi do sytuacji, którą należy ocenić negatywnie. Kombatant staje się niezdolny do podjęcia odpowiedniej, a zarazem racjonalnej decyzji. Ostateczny wybór podejmowany jest pod wpływem naglącej chwili. Skutkiem takiego stanu rzeczy jest znaczne narażenie walczących żołnierzy na zaburzenia psychiatryczne, jak chodźmy zespół stresu pourazowego (PTSD)[6]. Wtórnym następstwem analizowanego stanu jest dalsze zmniejszenie bezpieczeństwa osób cywilnych. Wagę problemu potęguje fakt, iż mimo klarownej regulacji norm prawa humanitarnego, które statuują konieczność jednoznacznego odróżniania kombatantów od ludności cywilnej[7], zasada ta w wielu przypadkach nie jest realizowana[8]. W związku z powyższym odpowiednie władze wojskowe od lat poszukują rozwiązania przedmiotowego dylematu, próbując dostarczyć walczącym precyzyjnej odpowiedzi na nurtujące ich pytanie o to, kogo należy traktować jako osobę cywilną i kiedy ta osoba może zostać legalnie zaatakowana.

---

[5] W. Bieńkowski, *Bezzałogowe aparaty latające na polu walki – nowe wyzwania dla prawa wojennego czy powtórka z historii?*, [w:] *Międzynarodowe Prawo Humanitarne*, t. 6: *Selektywna eliminacja i rozkaz wojskowy*, red. D. Bugajski, Gdynia 2013.

[6] J. Heitzman, *Reakcja na ciężki stres i zaburzenia adaptacyjne*, [w:] *Psychiatria*, t. 2, red. A. Bilikiewicz, Wrocław 2002.

[7] *Ochrona ludności cywilnej podczas działań polskich sił zadaniowych w Afganistanie*, red. B. Janusz-Pawletta, Warszawa 2013.

[8] S. Behn, *Rules of Engagement in Counter–Insurgency*, [online] http://www.blackfive.net/main/2007/10/rules-of-engage.html [dostęp: 11.05.2015].

Protokoły dodatkowe z 1977 roku do konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny z 1949 roku precyzują jedynie, że osoba cywilna traci przysługującą jej ochronę wyłącznie na czas bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych. Co zatem należy rozumieć pod pojęciem bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych?

W języku polskim słowo „bezpośredni" ma wiele zakresów znaczeniowych. Zgodnie ze *Słownikiem Języka Polskiego PWN* pojęcie „bezpośredni" zostało zdefiniowane jako 'dotyczący kogoś lub czegoś wprost', 'znajdujący się bardzo blisko', 'niczym nieprzedzielony'[9]. W związku z powyższym analizowane pojęcie należy uznać za skrajnie nieostre[10].

Czy zatem za udział bezpośredni można uznać na przykład dobrowolne odgrywanie roli żywej tarczy przez osobę cywilną, która ma zamiar zdetonować ładunek wybuchowy, umyślne kierowanie pojazdami przewożącymi materiały wojskowe, obsługę wojskowego komputera, udzielanie informacji wywiadowczych czy schronienia siłom przeciwnika? Bezpośredniej odpowiedzi na tak postawione pytanie próżno szukać w przepisach międzynarodowego prawa.

Odpowiedzią miały być przyjęte przez Zgromadzenie Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (MKCK) w dniu 26 lutego 2009 roku wytyczne dotyczące interpretacji pojęcia „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych". Niestety, dokument ten nie stał się wiążący dla państw. Stanowi on jedynie oficjalne rekomendacje MKCK, jak należy interpretować niektóre terminy międzynarodowego prawa humanitarnego we współczesnych konfliktach zbrojnych. Fakt zaś, że eksperci, którzy uczestniczyli w opracowaniu przedmiotowych wytycznych, nie zdecydowali się firmować ich swoimi nazwiskami, świadczyć może o tym, iż dokument nie stanowi budzącego powszechną aprobatę odzwierciedlenia obowiązującego prawa zwyczajowego[11].

Rules of engagement a asymetryczne działania operacyjne

Niestety odpowiedzi na tak postawione pytanie nie znajdziemy również w wytycznych, które opracowano na potrzeby misji w Iraku i Afganistanie, by walczącym tam żołnierzom ułatwić podjęcie decyzji o oddaniu strzału i sprawić, by byli pewni, że ich działania są zgodne z literą obowiązującego prawa.

Problem ten dostrzegli sami żołnierze, którzy walczyli w tamtym rejonie. Jak wynika z przeprowadzonych badań, większość z nich uważa, iż obowiązujące wówczas zasady zbytnio związywały im ręce i oddalały ich od wygrania wojny. Uczestnik

---

[9] *Słownik Języka Polskiego PWN*, [online] http://sjp.pwn.pl/sjp/bezposredni;2443986.html [dostęp: 1.03.2015].

[10] *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław 1988.

[11] W. Goździewicz, *Bezpośredni udział ludności cywilnej w działaniach zbrojnych i jego skutki prawne*, [w:] *Ochrona ludności cywilnej...*, op. cit.

walk w Kandaharze, porucznik Allen West w jednym ze swoich publicznych wystąpień stwierdził wprost:

> Zasady użycia siły są tak fatalnie sformułowane, że pozwalają przeciwnikowi na przygwożdżenie naszych sił […]. Zanim mogliśmy zaatakować, Talibowie wiedzieli już, co możemy, a czego nie możemy zrobić[12].

Słowa te potwierdzone zostały również przez oficjalne źródła armii Stanów Zjednoczonych, według których ponad $^1/_3$ żołnierzy służących w Iraku w sytuacji zagrożenia zdrowia i życia nie była w stanie zareagować zgodnie z ROE. Anonimowe badania ankietowe *self-report*, przeprowadzone przez armię Stanów Zjednoczonych w 2006 roku na grupie 1 767 żołnierzy operujących w Iraku, wykazały, że aż $^1/_3$ walczących nie była w stanie zachować się zgodnie z literą zasad użycia siły. Uważali, że obowiązujące ROE były zbyt restrykcyjne. Ankietowani żołnierze opisywali między innymi sytuacje, w których nie mogli użyć broni, mimo iż zdrowy rozsądek modelowego żołnierza podpowiadał takie zachowanie. W ankietach opisywali sytuacje, w których nie mogli otworzyć ognia do irackich partyzantów, gdy ci atakowali ich wozy bojowe (HMMWV) butelkami z substancją łatwopalną (tak zwanymi koktajlami Mołotowa). Niespełna 10% badanych żołnierzy wskazało na sytuację, gdy dopuścili się nadużycia siły wobec Irakijczyków, gdy nie było to niezbędne. Aż 39% marines i 36% żołnierzy US Army, odpowiadając na pytanie o dopuszczalność torturowania przeciwnika, stwierdziło, że powinno to być dozwolone w celu uzyskania ważnych informacji[13]. Pewnym optymizmem napawa fakt, iż tylko 17% ankietowanych żołnierzy uznało, że wszyscy niekombatanci powinni być traktowani jako potencjalni rebelianci.

Najbardziej istotny z punktu widzenia niniejszej pracy wydaje się fakt, że 10% żołnierzy wprost przyznało, iż ich jednostka zmodyfikowała (bez uprawnień) zasady użycia siły w celu pomyślnego zakończenia zadania, które jej wyznaczono. Odnosząc się do tej kwestii, należy stwierdzić, iż potwierdza ona tezę o nieskuteczności i powierzchniowości użycia *rules of engagement.* Warto dodać, że badania zostały przeprowadzone na przekrojowej, reprezentatywnej grupie żołnierzy różnych jednostek. Wśród jednostek bojowych przedmiotowy odsetek był znacznie wyższy (około 40%), podczas gdy jednostki logistyczne odpowiadały negatywnie na pytanie o konieczność modyfikacji ROE.

Typowym przykładem niedoskonałości ROE stworzonych na potrzeby walk w Iraku i Afganistanie były wytyczne dotyczące snajperów, a więc żołnierzy, którzy w znacznym stopniu mogli przyczynić się do sukcesu prowadzonych operacji oraz

---

[12] *Allen West: Define the Enemy: What it takes to win in Afganistan*, [online] https://www.youtube.com/watch?v=xhOzIQ1-CmQ [dostęp: 16.03.2015, tłum. własne].

[13] Zob. *Mental Health Advisory Team (MHAT) IV, Operation Iraqi Freedom 05-07, Final Report*, 17 November 2006, Office of the Surgeon, Multi-National Force Iraq, and Office of the Surgeon General, United States Army Medical Command.

uratowania wielu ludzkich istnień. Ich *modus operandi* stanowiło likwidowanie celów-kombatantów, którzy wprawdzie nie byli w danej chwili bezpośrednim zagrożeniem, ale mogli stać się nim w późniejszym czasie.

W Iraku i Afganistanie operacje zbrojne charakteryzowały się niezwykle asymetrycznymi działaniami[14]. Wróg z łatwością wtapiał się w ludność cywilną, dokonując tak zwanych aktów wiarołomstwa[15]. Śmiertelnym niebezpieczeństwem dla żołnierzy w tym rejonie byli nie tylko mężczyźni, ale również kobiety i dzieci[16].

Dla przeciętnej osoby oddanie strzału do drugiego człowieka jest ogromnym obciążeniem –zwłaszcza, gdy chodzi o kobietę czy dziecko. Tymczasem snajper nie może mieć z tym zadaniem żadnego problemu. Nie może zastanawiać się, kim jest jego cel. Dlatego też cel ten musi zostać jasno określony w *rules of engagement*. Z relacji osób, które bezpośrednio uczestniczyły w przedmiotowych misjach (treść ROE dla zwykłych obywateli pozostaje bowiem niedostępna), wiemy, że tak niestety nie było.

Snajper Chris Kyle, były operator amerykańskiej jednostki specjalnej SEALS w Iraku i Afganistanie, w swojej autobiograficznej książce napisał:

> Patrzyłem przez celownik karabinu snajperskiego, lustrując drogę biegnącą przez niewielkie irackie miasteczko. Niespełna 50 metrów ode mnie otworzyły się drzwi małego domu.
>
> Wyszła z nich kobieta z dzieckiem. Poza tym ulica była pusta. Miejscowi Irakijczycy, w większości przerażeni, pochowali się do domów. Kilku ciekawskich wyglądało zza zasłonek i czekało. Słyszeli pomruk zbliżającego się oddziału Amerykanów. Ulicę zaczynali wypełniać marines, prący na północ, by wyzwolić kraj spod władzy Saddama Husajna. Moim zadaniem było zapewnienie im ochrony.
>
> Patrzyłem, jak zbliża się oddział naszych. Dziesięciu młodych dumnych marines w mundurach wyskoczyło z pojazdów i sformowało się w szyku patrolowym. Kiedy Amerykanie się ustawiali, kobieta wyjęła coś spod ubrania i pociągnęła za to. Odbezpieczyła granat. W pierwszej chwili nie zdałem sobie z tego sprawy. Zdaje się, że to coś żółtego – powiedziałem do szefa, opisując, co widzę, podczas gdy on też obserwował. Żółte i ma… Ona trzyma granat – powiedział dowódca. To chiński granat. Cholera. Strzelaj. Ale… Strzelaj. Zdejmij ten granat. Marines… Zawahałem się […]. Strzelaj – padł rozkaz. Pociągnąłem za spust. Kula wyleciała z lufy – strzeliłem. Granat upadł. Kiedy wystrzeliłem po raz drugi, granat wybuchł. To był pierwszy raz, kiedy zabiłem kogoś z karabinu snajperskiego. A także pierwszy raz w Iraku – i jedyny – kiedy zabiłem kogoś innego niż biorącego udział w walce mężczyznę. Miałem obowiązek strzelić i tego nie żałuję. Ta kobieta i tak by zginęła. Ja tylko zadbałem o to, żeby nie zabrała ze sobą żadnego marines[17].

---

[14] D. Stute, *NATO and the problem of asymmetric warfare*, [online] http://www.dw.de/nato-and-the-problem-of-asymmetric-warfare/a-16119713 [dostęp: 11.03.2015].

[15] M. Marcinko, P. Łubiński, *Wybrane zagadnienia z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego*, Kraków 2009.

[16] W. T. Smith Jr., *Spinning Haditha*, [online] http://townhall.com/columnists/wthomassmithjr/2006/06/26/spinning_haditha [dostęp: 11.03.2015].

[17] Ch. Kyle, S. McEwen, J. DeFellce, *Cel snajpera*, tłum. R. Romanek, Kraków 2012, s. 18–20.

Czy Chris Kyle miał prawo oddać strzał, gdy w lunecie swojego karabinu zobaczył kobietę z dzieckiem? Zaznaczyć przy tym należy, iż miał on zaledwie ułamek sekundy na podjęcie decyzji o wyeliminowaniu celu – osób, które mogły, ale wcale nie musiały stworzyć później realnego zagrożenia dla życia innych, w tym przede wszystkim żołnierzy biorących udział w operacji zbrojnej. Tak, miał takie prawo, a jednak zawahał się. Nie była to wewnętrzna blokada moralna, wynikająca z faktu, iż po drugiej stronie lunety swojego karabinu zobaczył kobietę i dziecko, a nie uzbrojonego mężczyznę. Żołnierze tacy jak Kyle doskonale wiedzą, czego się od nich oczekuje i na czym polega ich zadanie na misjach[18]. Niestety, nie wiedzą tego – choć powinny – osoby opracowujące dla nich ROE.

W wytycznych opracowanych dla misji w Iraku i Afganistanie zabrakło – choć nie powinno się to zdarzyć – precyzyjnego kręgu osób, do których można oddać strzał, by nie być pociągniętym do odpowiedzialności karnej. Poszukując odpowiedzi na pytanie, dlaczego doszło do takiej sytuacji, można dojść do następujących konkluzji:

- Przy tworzeniu wytycznych zapomniano, iż ten rejon ma swoją specyfikę i rządzi się własnymi prawami. Rozpoznanie kulturowe powinno zawsze poprzedzać etap planowania ROE. O tym, czy infiltracja kulturowa była efektywna, można wnioskować z praktyki funkcjonowania zasad użycia siły. W wypadku ich nieefektywności konieczna wydaje się zmiana techniki operacyjnej służb wywiadowczych, reorganizacja ich priorytetów oraz wyciągnięcie konsekwencji służbowych od osób odpowiedzialnych za ewentualną wadliwość działań.
- Wytyczne sformułowano zbyt restrykcyjnie. Przyczyna nierozerwalnie wiąże się z tym, co przedstawiono powyżej. Nieodpowiednie dostosowanie zasad użycia siły do kultury wyznawanej przez ludność danego terytorium może skutkować poważnymi stratami oddziałów sojuszniczych, gdyż często prowadzi do lekceważenia zagrożeń, a zarazem przeceniania własnych możliwości. Rozwiązaniem nie są także zbyt łagodne ROE. Sytuacja prowadząca do nadmiernych strat osób postronnych nie jest w żadnym wypadku rokująca, ponieważ zwiększa antagonizmy między walczącymi stronami. Prowadzi to w efekcie do eskalacji przemocy.

Niezależnie od przyczyny, zaniedbanie to należy uznać za niedopuszczalne i ocenić negatywnie. Spowodowało ono bowiem, iż w znacznym stopniu ograniczona została w Iraku i Afganistanie zdolność bojowa żołnierzy, a konsekwencją tego była niepotrzebna śmierć wielu walczących po stronie koalicyjnej.

Chris Kyle w swojej autobiograficznej książce opisał także szereg innych przykładów niedostosowania ROE przeznaczonych dla snajperów do misji w Iraku i Afganistanie. Wspomina między innymi o sytuacji, w której oddał śmiertelny strzał do mężczyzny niosącego w ręku kałasznikowa i kierującego się w stronę

[18] M. Schwarzgruber, *Licencja na niewidzialność*, „Polska Zbrojna" 2015, nr 3.

amerykańskich żołnierzy, w więc osoby, która ewidentnie spełniała znamiona DPH, czyli bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Przełożeni snajpera zamiast nagrodzić go za wzorowe wykonanie powierzonego zadania, tj. zapewnienie bezpieczeństwa oddziałom prowadzącym kontrole w prowizorycznie przygotowanym punkcie bezpieczeństwa, zawiesili go w czynnościach służbowych i oskarżyli o umyślne zabójstwo bezbronnego człowieka. Dlaczego doszło do takiej sytuacji? Opierając się na wspomnianej autobiografii i przyjmując, iż opisane w niej wydarzenia są autentyczne, wystarczyło bowiem, by współplemieńcy zabitego usunęli broń, która leżała przy jego ciele[19]. Dowództwo amerykańskie najprawdopodobniej przestraszyło się wszechobecnych środków masowego przekazu, które incydent ten mogły zinterpretować jako działanie niezgodne z prawem międzynarodowym. Wszelkie wrogo nastawione przekazy medialne były wówczas dla sił koalicyjnych bardzo niepożądane.

W tym miejscu warto zaznaczyć, iż amerykański snajper podczas trwania operacji irackiej nie był upoważniony do oddania strzału, chyba że cel posiadał przy sobie broń, podczas gdy polski snajper z GROM-u mógł oddać strzał po godzinie 20.00 do każdego, kto miał przy sobie telefon komórkowy. Skutkowało to wysoką skutecznością oraz minimalizacją strat podczas działań polskich oddziałów specjalnych[20].

Jeszcze dalej niż władze amerykańskie poszło brytyjskie ministerstwo obrony, które wprost zakazało swoim żołnierzom oddawania strzałów do bojowników podkładających improwizowane ładunki wybuchowe (IED). Według brytyjskich władz nie wyczerpywało to znamion bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych[21]. Takie zachowanie Londynu należy uznać za skrajnie nieodpowiedzialne. Zdaniem autora bezsporny jest fakt, iż granica bezpośredniości została w tym wypadku spełniona. Zastosować należy w tym miejscu prosty test bezpośredniości: czy działanie rebelianta może teraz lub w niedalekiej przyszłości spowodować bezpośrednio śmierć żołnierza sił koalicyjnych? Innymi słowy, należy zbadać, czy zachodzi nieprzerwany ciąg przyczynowy, swoisty warunek właściwy między zachowaniem rebelianta a potencjalną stratą wojsk koalicyjnych bądź osób cywilnych. Jeśli tak, należy uznać to za bezpośredni udział w działaniu zbrojnym. Zdaniem autora w analizowanym przypadku taki związek zachodzi.

W tym miejscu warto również wspomnieć, że podczas działań w Iraku i Afganistanie snajperzy amerykańskich sił specjalnych zobowiązani byli przez swoje dowództwo do wypełniania tak zwanego meldunku strzelca. Był to swoisty rodzaj sprawozdania z akcji, notatki służbowej na temat ilości oddanych strzałów

---

[19] Ch. Kyle, S. McEwen, J. DeFellce, op. cit.

[20] T. E. Ricks, *Fiasco. The American Military Adventure in Iraq*, HC 2006.

[21] A. Bloxham, *Soldiers told not to shoot Taliban bomb layers*, [online] http://www.telegraph.co.uk/news/newstopics/onthefrontline/8626344/Soldiers-told-not-to-shoot-Taliban-bomb-layers.html [dostęp: 11.03.2015].

i odnotowanych trafień śmiertelnych[22]. Opierając się na wspomnieniach osób zobligowanych do dostarczania owych raportów, należy stwierdzić, iż od snajperów wymagano bardzo wielu szczegółowych danych.

W praktyce wyglądało to tak, iż operatorzy nosili ze sobą notes, w którym zapisywali datę i godzinę, szczegóły osoby, do której oddali strzał, rodzaj użytej amunicji oraz odległość, w jakiej znajdował się cel. Konieczne było również podanie świadków zdarzenia. Rejestr zlikwidowanych celów zgodnie z wytycznymi miał być prowadzony na bieżąco, nawet podczas gwałtownej wymiany ognia. Nasuwa się zatem pytanie, komu i do czego te informacje były potrzebne. Raporty miały na celu ścisłą kontrolę przestrzegania ROE, w tym ochronę snajpera przed ewentualnymi zarzutami o oddanie bezpodstawnego strzału. Na wspomniane oświadczenia należy spojrzeć krytycznie. O ile sam fakt ich sporządzania nie budzi sprzeciwu, o tyle wymóg bieżącego ich sporządzania, tj. bezpośrednio po oddaniu strzału, wydaje się kontrowersyjny. Takie działanie zagrażało życiu zarówno operatora, jak i osób, które miał zabezpieczać. Snajper, zamiast skupić uwagę na neutralizacji przeciwnika, koncentrował się na formalnościach związanych z wypełnianiem dokumentu. Fakt ten tylko potwierdza głoszony przez środowiska wojskowe pogląd o zbytnim zbiurokratyzowaniu zasad użycia siły. Do poglądu tego należy się przychylić.

Podsumowanie

W wojnie z terroryzmem, z którą mamy do czynienia po atakach z 11 września 2001 roku, istotne jest – z uwagi na charakterystyczne dla niej działania asymetryczne – zlokalizowanie wroga, a następnie zlikwidowanie go z bezpiecznej odległości. Podejście takie autor uważa za właściwe z uwagi na fanatyzm religijny bojowników, którzy gotowi są walczyć w sposób skutkujący śmiercią jak największej liczby żołnierzy koalicji. Fakt ten nie może ujść uwadze planistów wojskowych konstruujących ROE, gdyż zmienia on diametralnie obraz pola walki. Wojna już dawno nie tyle oddaliła się od właściwego dla kultury Zachodu ideału rycerskości, ile po prostu go porzuciła. Niezauważenie tego faktu skutkować będzie stratami tego, co najcenniejsze, czyli ludzkiego życia. Patrząc na sytuacje opisane powyżej, wyraźnie widać, iż w przypadku operacji w Iraku i Afganistanie zadanie polegające na stworzeniu właściwych zasad użycia siły (ROE) dla walczących tam żołnierzy, w szczególności dla snajperów, nie zostało w pełni zrealizowane. Szczególnie było to widoczne w początkowej fazie konfliktów. Biorąc w obronę osoby konstruujące wówczas ROE, można powiedzieć, iż potrzebowali oni czasu na przystosowanie się do nowych realiów. Problem jednak w tym, iż w trakcie wojny bufora takiego nie ma, a w wypadku błędnych założeń bojowych żołnierze

[22] Ch. Kyle, S. McEwen, J. DeFellce, op. cit.

tracą życie i zdrowie od pierwszych chwil operacji. Świat zmierza do przodu. W tym kierunku zmierza także poprawność polityczna, przez którą opanowane zostały również zasady użycia siły. Należy przeciwstawić się tej tendencji, gdyż coraz częściej pozornie „prohumanitarne" założenia zasad prowadzania działań zbrojnych okazują się tragiczne w skutkach nie tylko dla kombatantów, ale także dla osób cywilnych.

Snajperom bardzo trudno działać zgodnie z ogólnymi zasadami użycia siły. Nie można bowiem porównywać zadań, jakie na polu walki ma do wykonania żołnierz wyposażony w karabin snajperski, z zadaniami, które zostały wyznaczone żołnierzom uzbrojonym w karabiny szturmowe. Obowiązuje ich zupełnie inna taktyka operacyjna[23]. Wynika to z funkcji, jaką pełni w armii snajper. Jego zadaniem jest eliminacja celów pozostających w dużej odległości, które w danym momencie nie stanowią dla niego bezpośredniego zagrożenia. W przypadku tej grupy żołnierzy zasady użycia siły winny więc odpowiednio określać ich bezpieczeństwo oraz efektywnie wykorzystywać ich możliwości bojowe. Słowo „odpowiednio" jest tutaj kluczowe. W przeciwnym razie snajperzy, szczególnie ci należący do jednostek specjalnych, przykładowo U.S. Navy SEAL, stają się bezużytecznymi elementami na polu walki, generującymi wyłącznie ogromne koszty szkoleniowe, rzędu pięciuset tysięcy dolarów[24]. ROE dla tej grupy żołnierzy muszą być szczególnie jasne i zwięzłe, a zarazem odpowiednio elastyczne. Snajperzy muszą być bowiem świadomi tego, jaki jest właściwy sposób postępowania, oraz pewni, że stopień ich odpowiedzi na daną sytuację będzie proporcjonalny do celów wykonywanej misji. Błędnie sformułowane zasady użycia siły niosą szereg negatywnych konsekwencji, począwszy od wspomnianej wyżej nieefektywności, poprzez śmiertelne incydenty, po zaburzenia psychiczne. Wymowne w tej kwestii wydają się statystyki uzyskane po przebadaniu Amerykanów służących w Iraku. Badania wykazały duży poziom stresu wśród żołnierzy, powodujący w dalszej perspektywie zespół stresu pourazowego (*Post-traumatic stress dis order*, PTSD). Na 1 767 przebadanych aż 650 wskazało, iż przeżyli sytuację ogromnego niepokoju, paniki, zaś u 20% żołnierzy i 15% mariens zdiagnozowano zaburzenia psychiczne[25]. Niebywale istotną sprawą zarówno dla snajperów, jak i wszystkich innych żołnierzy jest to, by zasady użycia siły nie były ani zbyt restrykcyjne, ani zbyt łagodne. Wagę tej kwestii obrazuje wczesny etap wojny irackiej, kiedy oddziały amerykańskie dostały bardzo liberalne *rules of engagemnt*. Szereg osób krytykowało je, twierdząc, iż były niehumanitarne. Poskutkowało to zmianą polityki w tym zakresie, co osiągnęło swoje apogeum,

[23] *Działania taktyczne wojsk lądowych*, red. Z. Ściborek, Warszawa 1995.

[24] S. Gaskell, *Three Navy SEALS freed Capt. Phillips from pirates with simultaneous shots from 100 feet away*, [online] http://www.nydailynews.com/news/world/navy-seals-freed-capt-phillips-pirates-simultaneous-shots-100-feet-article-1.360392 [dostęp: 15.05.2015].

[25] R. Arkin, *Governing Lethal Behavior in Autonomous Robots*, Boca Raton 2009.

gdy dowodzenie w Afganistanie objął generał Stanley McChrystal[26]. W efekcie po stronie amerykańskiej pojawiły się bardzo duże straty. Restrykcyjne zasady, wbrew ich zwolennikom, nie doprowadziły do zmniejszenia liczby ofiar wojennych, wręcz przeciwnie – oficjalne raporty wskazują na ich wzrost mimo obostrzeń wprowadzonych przez dowództwo sił koalicyjnych[27]. Sytuację tę można wyjaśniać, podkreślając fakt ograniczenia możliwości jednostek operacyjnych na danym terenie, czego przykładem mogą być sytuacje opisane w autobiografii Chrisa Kyle'go.

Konkludując, należy uznać, iż samo zaostrzenie ROE nie gwarantuje większego bezpieczeństwa działań zbrojnych.

Modern Asymmetric Armed Conflicts Versus International Humanitarian Law – a Facet of Rules of Engagement

Abstract

Modern military operations, which usually take place deep inside enemy territories, require harmonisation of numerous factors. This article presents how difficult it is to apply Rules of Engagement for troops taking part in close combat confrontations. It has to be highlighted how essential those rules are to provide safety for all combatants and non-combatants. In the first place ROE should provide clear guidance on using of force – especially in self-defence and the requirements of necessity and proportionality. The paper evaluates if the idea of ROE can be efficiently applied in modern asymmetric warfare. The author emphasizes how badly adapted rules can result in mental disorders in combatants and the number of casualties.

Keywords

rules of engagement, international humanitarian law, modern warfare

Bibliografia

Literatura przedmiotu

1. *Afghanistan midyear report on Protection of Civilians in Armed Conflict in Afghanistan*, UNAMA, Kabul 2011.
2. Arkin R., *Governing Lethal Behavior in Autonomous Robots*, Boca Raton 2009.
3. Bieńkowski W., *Bezzałogowe aparaty latające na polu walki – nowe wyzwania dla prawa wojennego czy powtórka z historii?*, [w:] *Międzynarodowe Prawo Humanitarne*, t. 6: *Selektywna eliminacja i rozkaz wojskowy*, red. D. Bugajski, Gdynia 2013.

[26] R. Maze, *Shifting guidelines prompt calls for ROE reform*, [online] http://archive.armytimes.com/article/20120423/NEWS/204230316/Shifting-guidelines-prompt-calls-ROE-reform [dostęp: 13.05.2015].

[27] Zob. *Afghanistan midyear report on Protection of Civilians in Armed Conflict in Afghanistan*, UNAMA, Kabul 2011.

4. *Działania taktyczne wojsk lądowych*, red. Z. Ściborek, Warszawa 1995.
5. Goździewicz W., *Bezpośredni udział ludności cywilnej w działaniach zbrojnych i jego skutki prawne*, [w:] *Ochrona ludności cywilnej podczas działań polskich sił zadaniowych w Afganistanie*, red. B. Janusz-Pawletta, Warszawa 2013.
6. Heitzman J., *Reakcja na ciężki stres i zaburzenia adaptacyjne*, [w:] *Psychiatria*, t. 2, red. A. Bilikiewicz, Wrocław 2002.
7. Kyle Ch., McEwen S., DeFellce J., *Cel snajpera*, tłum. R. Romanek, Kraków 2012.
8. Makowski A., *Zasady podejmowania działań przy użyciu siły w operacji morskiej w świetle podręcznika ROE, Sanremo 2009*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne*, t. 3: *Zasady podejmowania działań przy użyciu siły*, red. D. Bugajski, Gdynia 2012.
9. Marcinko M., Łubiński P., *Wybrane zagadnienia z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego*, Kraków 2009.
10. Marciszewski W., *Mała encyklopedia logiki*, Wrocław 1988.
11. *Mental Health Advisory Team (MHAT) IV, Operation Iraqi Freedom 05-07, Final Report*, 17 November 2006, Office of the Surgeon, Multi-National Force Iraq, and Office of the Surgeon General, United States Army Medical Command.
12. *Ochrona ludności cywilnej podczas działań polskich sił zadaniowych w Afganistanie*, red. B. Janusz-Pawletta, Warszawa 2013.
13. Ricks T. E., *Fiasco. The American Military Adventure in Iraq*, HC 2006.
14. Roach J. A., *Rules of Engagement*, "Naval War College Review" 1983, No. 1–2.
15. Schwarzgruber M., *Licencja na niewidzialność*, „Polska Zbrojna" 2015, nr 3.
16. Tokarczyk A., *Mandat operacji pokojowych a uprawnienia żołnierzy do użycia siły w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego na przykładzie PKW w Iraku i Afganistanie*, [w:] *Konwencje Genewskie 60 lat później*, red. B. Janusz-Pawletta, Warszawa 2010.
17. Żuradzki T., *Etyka wojny – antologia tekstów*, Warszawa 2009.

Akty prawne

1. Oświadczenie Rządowe z dnia 7 stycznia 1992 r. w sprawie ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską Protokołów dodatkowych do Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r.: dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I) oraz dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół II), sporządzonych w Genewie dnia 8 czerwca 1977 r. (DzU 1992, nr 41, poz. 176).
2. Konwencje o ochronie ofiar wojny, podpisane w Genewie dnia 12 sierpnia 1949 roku (DzU 1956, nr 38, poz. 171).
3. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (DzU 1977, nr 38, poz. 167).

Źródła internetowe

1. *Allen West: Define the Enemy: What it takes to win in Afganistan*, [online] https://www.youtube.com/watch?v=xhOzIQ1-CmQ [dostęp: 16.03.2015].
2. Behn S., *Rules of Engagement in Counter–Insurgency*, [online] http://www.blackfive.net/main/2007/10/rules-of-engage.html [dostęp: 11.05.2015].
3. Bloxham A., *Soldiers told not to shoot Taliban bomb layers*, [online] http://www.telegraph.co.uk/news/newstopics/onthefrontline/8626344/Soldiers-told-not-to-shoot-Taliban-bomb-layers.html [dostęp: 11.03.2015].

4. Gaskell S., *Three Navy SEALS freed Capt. Phillips from pirates with simultaneous shots from 100 feet away*, [online] http://www.nydailynews.com/news/world/navy-seals-freed-capt-phillips-pirates-simultaneous-shots-100-feet-article-1.360392 [dostęp: 15.05.2015].
5. Maze R., *Shifting guidelines prompt calls for ROE reform*, [online] http://archive.armytimes.com/article/20120423/NEWS/204230316/Shifting-guidelines-prompt-calls-ROE-reform [dostęp: 13.05.2015]
6. *Słownik Języka Polskiego PWN*, [online] http://sjp.pwn.pl/sjp/bezposredni;2443986.html [dostęp: 1.03.2015].
7. Smith Jr. W. T., *Spinning Haditha*, [online] http://townhall.com/columnists/wthomassmithjr/2006/06/26/spinning_haditha [dostęp: 11.03.2015].
8. Stute D., *NATO and the problem of asymmetric warfare*, [online] http://www.dw.de/nato-and-the-problem-of-asymmetric-warfare/a-16119713 [dostęp: 11.03.2015].

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Khrystyna Potapenko

Jagiellonian University
Faculty of Law and Administration
Department of Philosophy of Law and Legal Ethics
e-mail: khrystyna.potapenko@doctoral.uj.edu.pl

Election Falsifications without Proofs: Problem of Power Legitimacy

Abstract

The legitimacy of power is a feature of authority, which is obtained and exercised in compliance with human rights and principles of legality. Election, in democratic states, is a way of achieving power, when people give power to persons whom they consider to be honest, just and able to rule the state. There are various conditions and types of the legitimacy of power according to M. Weber, D. Beetham, J. d'Aspremont and others, but prerequisite to recognize that power (legitimacy of power) are results of elections which are considered being fair. In my opinion, contemporary elections have a significant impact on recognition of the power legitimacy. International community recognizes the legitimacy of power relying on voting results as a decision of citizens. Problem of power legitimacy in case of falsification of the election results is hidden information about it. Often there is no documentary proofs considered that results are falsified. Authorities have too much impact on recognition of legitimacy and citizens often don't have possibility to prove illegitimacy. If legitimacy is regarded as equivalent to legality, then its other characteristics are dismissed. In this paper the legitimacy and the legality are divided.

Falsifications violate human rights and such power can't be recognized as legitimate. Persons who achieve power in an unfair way usually conduct unfair politics. In the paper positions of aforementioned scholars concerning the legitimacy of power, election reality and contemporary process recognition of the legitimacy are analyzed.

Types of the legitimacy taking into account the election results, hidden information about falsifications, counterfeit legality, fundamentals of power legitimacy according to natural law viewpoint and people's positions to power legitimacy.

Elections falsifications without proofs is background for recognition of illegitimacy of power. This research is a new viewpoint on the problem of the legitimacy of power.

KEYWORDS

legitimacy of power, legality, elections, legitimization, human rights, falsifications of voting results

Introduction

The paper discusses a problem of the legitimacy of power when results of elections are falsified. At first glance, it may seem that there is no problem, but this is not true. For state authorities in democratic states it is very important to be legitimate or be treated as such. It is important for the power to do everything for legitimacy and elections are the first main step. If the governed believe in legality of elections, they believe in correctness of results and recognize power. Here there is a beginning of the problem, because providing visible legitimacy gives reasons for citizens to accept power, but if elections actually were falsified the power couldn't be recognized as legitimate. In case of visible legitimacy the governed accept power that is actually illegitimate. Currently the legality of elections plays an important role, but the legitimacy of power has another one important condition – the consent. The legitimacy is in very close relations with power in every state. It is some kind of guarantee of power acceptance by the citizens, even if their political activity is unlawful. The legitimacy of power must be with compliance by authorities all conditions of it. Legitimacy of power is a compulsory element of democratic states. Tyler notices that

> [...] legitimacy is important because seeking to govern a society or manage an organization based upon the possession of power alone first requires enormous expenditures of resources to create a credible system of surveillance through which to monitor public behavior to punish rule violators.[1]

The aim of this article is to clarify the problem of the legitimacy of power chosen in the way of falsifications of election results. The first part of this paper introduces what the notion "legitimacy" means and characterizes two main conditions of the legitimacy of power. The second part gives distinctions between legitimacy and legitimation or legitimization, determines dimensions and types of legitimacy. The third part is designed to describe understanding of free and fair elections and electoral legitimacy. The fourth part is about reasons of election falsifications and legality (true and visible) as a basis for recognition of authorities` legitimacy. This part also introduces forms of non-recognition and defines the legitimacy of power of governments who get it through election falsifications. The conclusion

[1] T. R. Tyler, "Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation", *Annual Review of Psychology* 2006, Vol. 57, p. 377.

presents contemporary reality of the legitimate-illegitimate power and importance of compliance conditions of the legitimacy.

The legitimacy of power: common conditions in various notions

What is legitimacy of power? The notion of power legitimacy has few various meanings. They are not very different, but they show legitimacy from different sides. It makes understanding of this notion more comprehensive. In order to know exactly what legitimacy means is important to distinguish the idea of legitimacy and common conditions of this notion.

Legitimacy comes from the Latin word "legitimus" that means legal, nomothetic (something in accordance with the law). This term can be separate on two understandings (treatments). Power legitimacy *sensu stricto* means that power is legal (under the law) and *sensu largo* includes legality and citizens' moral and psychological perception of power. In tractates of Marcus Tullius Cicero,, Roman political theorist and philosopher, notion "legitimate" is used to describe conformity of the power (potestas, imperium) to law in such expressions as "potestas legitima", "legitimum imperium."[2] Hobbes and Locke based the legitimacy of state authority on the consent of those who are ruled. "For Locke, authority is far more limited and provisional than for Hobbes, who argued that, in the absence of government, rational parties would find life so miserable that they would freely consent to an absolute authority that would secure and maintain order."[3]

The grounds of the modern approach to legitimacy lie in the writings of German sociologist, philosopher, and political economist Max Weber. According to M. Weber legitimacy is a recognition of particular social relations, which determines individual orientations on social relations. M. Weber distinguishes two main conditions of power legitimacy: absolute majority of state citizens must recognize power authority and conscious human duty to obey influences of supremacy.[4]

Theorists from Weber have viewed legitimacy as a vital component of social institutions. Weber argues that social norms and values become a part of people's internal motivational systems and guide their behavior. As a result, "control by others is replaced by self-control, as social norms and values are internalized and become part of the individual's own desires concerning how to behave."[5]

David Easton, Canadian political scientist, in his conception of political system theory noticed that the most important element in the legitimacy is faith,

---

[2] O. Vysockyj, „ Poniattia legitymacii politychnoi wlady: sutnist i zmist", [online] http:// archive.nbuv.gov.ua [access: 17.12.2015].

[3] Encyclopedia Britannica, *Consent and Political Legitimacy*, [online] http://www.britannica.com/EBchecked/topic/133362/consent [access: 10.01.2016].

[4] M. Weber, *Politika kak prizwanie i professia*, Moskwa 1990.

[5] T. R. Tyler, op. cit., p. 378.

which leads to social trust and support, particularly in democratic states. D. Easton argues, "legitimacy is a conviction of participant that it is proper and satisfied to perceive and submit power and follow requirements of regime."[6]

British social theorist D. Beetham considers that "the legitimacy is the right to govern and the recognition by the governed of that right."[7] For D. Beetham legitimacy is "the moral justifiability of the power relations bound up in the state and its justice system – conformity to people's values, its ability to satisfy public interests and normative expectations, and in the legality of power."[8]

> Legitimacy is the capacity of a rule to pull those to whom it is addressed toward consensual compliance. States determining whether or not to obey the law, usually take into account their interest in the law as such, quite aside from whether, in any particular instance, the rules serve the national interest in the law as such, quite aside from whether, in any particular instance, the rules serve the national interest by validating a desired outcome.[9]

M. Suchman argues that legitimacy is a generalized perception or assumption that the actions of an entity are desirable, proper, or appropriate within some socially constructed system of norms, values, beliefs and definitions. Kelman and Hamilton argue that when an authority is legitimate, "the duty to obey superior orders" replaces personal morality, with people allowing legitimate authorities to define the boundaries of appropriate behavior in a given situation. Hurd considers that legitimacy is the perception that one "ought to obey" another.[10] Hence he offers an understanding of legitimacy as "an additional form of power that enables authorities to shape the behavior of others distinct from their control over incentives or sanctions.[11] According to J. Habermas the concept of legitimacy is generally bound up with the right to be recognized, to have remit over a certain area of life.[12]

German philosopher and psychiatrist Karl Jaspers as power legitimacy understands the domination of citizen's trust in power. W. Hinsch makes a useful distinction between concepts of legitimacy and conceptions of legitimacy. According to Hinsch "concepts of legitimacy tell us what means to say something is legitimate. Conceptions of legitimacy specify the criteria that have to be met in order to be legitimate."[13]

---

[6] D. A. Easton, *System Analysis of Political Life*, Chicago 1979.

[7] D. Beetham, *The Legitimation of Power*, London 1991.

[8] Ibidem.

[9] T. M. Franck, "The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium", *The American Journal of International Law* 2006, Vol. 100, pp. 88–106, [online] http://www.jstor.org/stable/3518832 [access: 5.01.2016].

[10] T. R. Tyler, op. cit., p. 377.

[11] Ibidem, p. 377.

[12] J. Habermas, *Communication and the evolution of society*, Boston 1979.

[13] W. Hinsch, "Legitimacy and justice", [in:] *Political legitimation without morality?*, ed. J. Kuhnelt, London 2008.

Italian historian and journalist G. Ferrero stated that legitimacy combines two ideas of legality (accordance with the law) and consent (an act of permitting something to be done or of recognition of some authority). Legality describes actions of persons who govern and consent describes actions of persons under government.[14]

The power of legitimacy is an ability of government to create and support citizens' conviction that state authorities have right to make decisions imperative for citizens. Legitimacy is the main condition of political power in democratic states Legitimacy is not just an excuse for power but it is a justification of that power.

Legitimacy of political power includes perception of citizens and international community that the power is legal and willingness to recognize and accept authorities. The main part of citizens must accept this power.

In accordance with D. Beetham's opinion, legitimacy consists of three connected elements: normative, ideological and moral. The normative element is customary and legal rules dominating in social group. The ideological element is understood as conviction which is generally accepted by the social group and authorities. If a power founded on legal norms has support in people's conviction that is the legitimacy of power. According to D. Beetham the legitimacy of power has two main conditions: legal basis and people's support. The moral element means citizens' agreement to be governed by chosen authorities.

To sum up and reduce views on the legitimacy of power, I may argue that S. Lipset considered that "power legitimacy is a quality and potential of political system as the best."[15] C. Barrow understands legitimacy of power as readiness of citizens to perform orders of rulers; according to T. Parsons legitimacy is an efficiency of power.

The legitimacy has different approaches according to positive and natural law. In consonance with concept of natural law the power is legitimate when it receives legitimacy without violence, with respect to human rights. The consent to accept power has to be conscious and also has to be based on procedures in accordance with the law. Falsifications break justice, in other words it is a violation of justice. From the viewpoint of natural law, all violations of human rights make power illegitimate. Election falsification is a direct violation of natural and political rights. The oldest definition of law says: "Law is the science of what is good and just" ("ius est ars boni et aequi"). A famous German legal scholar and politician Gustav Radbruch once said: "the idea of law is justice". In Dvorecki dictionary the word "legitime" is synonymous to the word "just."[16] Thus, the activities which contradict justice could not be legal.

---

[14] D. Valades, *Kontrol nad wlastiu*, M. Idea Press 2006, p. 34.

[15] S. M. Lipset, *Political Man: The Social Bases of Politics*, Baltimore, Maryland 1981.

[16] I. H. Dvoreckij, *Latynsko-rosyjski slownik*, M. Russkij jazyk 1976.

Another concept is the positive conception of law and legitimacy of power. This school is represented by R. Ihering, who considers that every state authority is legitimate because power itself constitutes what is legitimate. To properly understand the law is the politics of state authority. According to the natural conception of law, this definition of law and power legitimacy gives legitimacy to illegitimate power. It does not matter in which ways power was received, in accordance with the law and human rights or not, because decision about power legitimacy is held by power. Treatment of legitimacy from positive perspectives reduces or even excludes important condition of legitimacy which is the consent of citizens.

Legitimacy in natural law perspectives can be identified with rational legitimacy. Rational legitimacy has place where state power complies with the law, never restricts natural human rights and all administrative actions have strictly legal nature.[17]

To sum up, common conditions from different notions of the legitimacy of power could be distinguished. The legitimate power is obliged to perform all these conditions. The legitimacy of power is a connection of activity and behavior of citizens and power (the governing and the governed). It is a right of authorities to govern and agreement of citizens to be managed by them. First condition provides the governed free will to recognize and accept power which they trust. Second condition is strictly legal and means that a power must in all cases act according to the letter of law. It is obligatory for the power to possess these two conditions to be recognized as legitimate.

The legitimacy of power: dimensions and types

What dimensions and types have the legitimacy of power? Legitimacy of power has few different dimensions and types. Types of legitimacy occur from appropriate dimension of legitimacy. According to Max Weber there are three sources of legitimacy: tradition, charismatic and legal or rational, but only one is a prerogative of democratic states. As stated by David Easton there are ideological, structural and personal dimensions of legitimacy. According to Muller "legitimacy sentiments manifested toward authorities and regime may derive from several different sources: from underlying ideological principles, from attachment to the structure and norms of the regime as such, or from devotion to the actual authorities themselves because of their personal qualities."[18] According to T. L. Shabo there are democratic, technocratic and ontological sources of legitimacy and only democratic sources provide for elections. G. Ferrero extracts only two sources (types) of legitimacy – monarchy and democratic, in which we are interested.

---

[17] V. Bachynin, V. Jurawskyj, M. Panow, *Filozofia prawa: Slownik*, Kyiv 2003, p. 174.

[18] E. N. Muller, "Correlates and Consequences of Beliefs in the Legitimacy of Regime Structures", *Midwest Journal of Political Science* 1979, Vol. 14, No. 3, pp. 392–412, [online] http://www.jstor.org/stable/2110312 [access: 10.01.2016].

According to Max Weber there are three types of legitimate rules, which can be mixed. There is charismatic, traditional and legal authority, but the most important for legitimacy is the legal authority. Traditional authority based on beliefs in sanctity of orders and governments exists long since (what has always existed). Charismatic authority is based on the devotion to the charisma of the leader first of all because of his magical powers, heroism, strength of spirit and words. Legal authority exists thanks to prescribed rules. Only legal authorities are appointed or elected by legal procedure, the first and the second one are based on beliefs and trust without using any legal electoral procedure with competition between candidates and rights to free will and free choice.

In overview of political philosophy, Hinsch identifies two concepts of legitimacy. The first is the empirical concept of the social sciences. The second is the normative concept of political philosophy. The empirical concept goes back to Weber, for whom legitimacy denoted the recognition of a norm, law or social institution. As Hinsch states: "Since no political regime or social order could persist without a fairly high level of unenforced compliance with its rule, the empirical understanding of legitimacy naturally occupies a central place in explanatory theories of social order."[19] In contrast,

> [...] the normative concept of legitimacy sets out 'objective' criteria, according to which an authority or institution is legitimate not because of the subjective state of mind of those it governs but rather because the arrangement meets certain substantive requirements (usually requirements of justice and rationality). Normative legitimacy means substantive recognition that the truth (or validity) of these arrangements is right and just.[20]

G. Ferrero divided the sources of power into four types; it is legitimacy, illegitimacy, before legitimacy, quasi-legitimacy. These types of power sources depend on combinations of legality and consent. Legitimacy combines legality of power realization and consent from people's side; illegitimacy combines illegality and discordance; before legitimacy combines legality and discordance; quasi-legitimacy combines illegality and consent.[21]

The most convenient division of power legitimacy was made by J. d'Aspremont. He distinguishes legitimacy of origin and legitimacy of exercise. The legitimacy of origin is the manner in which a government comes to power. The legitimacy of exercise is the way in which a government exercises its power.[22] Legitimacy of origin and legitimacy of exercise are types of legitimacy but they

[19] W. Hinsch, op. cit., p. 40.

[20] Ibidem, p. 42.

[21] D. Valades, op. cit., p. 36.

[22] J. d'Aspremont, E. De Brabandere, "The complementary faces of legitimacy in international law: the legitimacy of origin and the legitimacy of exercise", *Fordham International Law Journal* 2011, Vol. 34, issue 2, p. 193.

can be interpreted also as elements of complete legitimacy. State authorities are obliged to act according to the law during elections and realization of government functions. Recognition and acceptance is not a temporal condition, but an ongoing one. Legitimacy can vary because of impact of different aspects. For instance, in J. d'Aspremont theory he argues that "the effect of the legitimacy of origin test has been confined to a qualification role, whereas the legitimacy of exercise has been confined to a disqualification function."[23] It means that power after achieving a victory in the elections (free and fair) can be recognized as legitimate, but during the process of realization the government functions can be recognized as illegitimate because of breaking the law or violation of human rights. During executing their aims by the authorities there may occur a situation in which information appears about falsifications on elections that were considered fair and free, and gave reasons for people to recognize power on previous stage of the elections.

J. d'Aspremont notes that "it is important in the context of the legitimacy of governments, the distinction between legitimacy of origin and legitimacy of exercise only concerns the external – and not the internal – legitimacy of a government."[24] From the standpoint of democratic legitimacy of origin, a government is legitimate if it rests on the "will of the people", expressed through a free and fair electoral process. "From the vantage point of democratic legitimacy of exercise, a government is legitimate if it exerts its power in a manner consistent with basic political freedoms and the rule of law."[25] This position is very close to the position of natural law treatment of the legitimacy of power.

When we are speaking about legitimacy the question of distinction between legitimacy and legitimization occurs. What is the legitimacy of power and legitimization of power, what common characteristics and differences have these two notions?

Many problems arise with dividing concepts of the legitimacy of power and power legitimatization. These concepts are not the same and have some ambiguity. This paper takes into consideration the legitimacy of power which includes legal (according to law) procedures of elections and citizens' recognition of power. The first is a formal-law criterion and the second is a moral social-cultural criterion of the power. To explain clearly, the legitimacy of power is a result and power legitimization is a process of achieving this result. The legitimacy of power has background, previous stages which includes the process of legitimization. There are procedures of election, counting results and realization of power – all of these steps are in a process of legitimization. The results of legitimization is

[23] J. d'Aspremont, "Legitimacy of Governments in the Age of Democracy", *New York University Journal of International Law and Politics* 2006, Vol. 38, p. 910.

[24] J. d'Aspremont, E. De Brabandere, op. cit., p. 193.

[25] Ibidem, p. 207.

not permanent, but changing. According to J. d'Aspremont`s types of legitimacy, legitimacy of origin is a result of procedure of electoral legitimization. If elections are really free and fair and citizens recognize power then a government becomes legitimate. First is a process and second is a result. In case of legitimacy of exercise process, the legitimization includes ways of power realization and it must perform condition of legality and condition of consent. The legitimate power is a power constituted by law and acting according to the law. Synonymous to this word is legal, legality. In this case, law is only one criterion. The power legitimacy strict is a legitimate power, so these concepts are coherent but not identical. A term legitimate also is used to describe a power which has legitimacy in full sense with presence of two obligatory conditions – legality and recognition. In this paper, legitimate power means a powerwhich performed two main conditions of the legitimacy of power.

Power legitimization is a process of giving power legitimacy, acquirement of social amount by the political power. J. d'Aspremont noticed that

> [...] in the context of democracy, it is submitted that the legitimacy of origin addresses the procedural elements of democracy that ensure that the authority originates in popular sovereignty through free and fair elections. On the contrary democratic legitimacy of exercise rests on some of the substantive elements of democracy. The application of the distinction between legitimacy of exercise and legitimacy of origin in the context of democracy thus presupposes the existence of a substantive understanding of democracy.[26]

The legitimacy of power is a result of legitimization process. In democratic process, there is only one way of legitimization, which is elections. For instance, the process of receiving legitimacy in democratic states, where are elections as only one way of obtaining power, is called the electoral legitimization. C. Hacker-Cordyn notices that electoral legitimization in legal constituting and inclusion system structures is the endpoint of democratic promises. O. Prokopyev says that electoral legitimization is a method and technology of giving legitimacy to power, when elections are a reason for social recognition of power legitimacy.[27]

Electoral legitimization is a process of getting electoral (referendum) legitimacy owing to realization of subjects of the electoral process and electoral law principles of democracy during the process of elections of public authorities (decision-making) implementation of legitimization methods and technologies, which resulted in transformation of trust in support to government by voting or other types of conventional participation.

---

[26] Ibidem, p. 205.

[27] O. Prokopyev, "Conceptualizing electoral revolutions: challenges and promises", Paper to be presented at 2nd Annual Doctoral Conference 2007, [online] http://web.ceu.hu/polsci/ADC/2007/ [access: 17.12.2015].

M. McMurchy speaks about the electoral process's moral legitimacy, which arises from the facts that it exists and it is accepted as a law, what is reasonably just, and that possibility to a better electoral process would be difficult if not impossible to achieve.

In my opinion, we can extract two steps of receiving the power legitimacy: the first is faithful elections, and the second – Weber's conditions of legitimacy availability. Citizens can't ignore a power whicht is de iure legal, and they consciously perform their duty according to Weber's second condition of legitimacy. Paying attention to free and fair electoral process is important because it is a main step to the power legitimization.

Free and fair elections and election falsifications

Nowadays, in many countries, bodies of state power are elected in elections. The recognition of authorities chosen in elections by society and international community makes them legitimate. Victory in elections and the recognition of power is the next step to legitimacy; the first one is the elections, where citizens express their opinion about power which is desirable for them. Then a question arises: is the power elected with using falsifications legitimate? Can the power that violates human rights, especially the right of free choice, be legitimate?

During the elections in one country or another, citizens and international community attempt to ensure that there is observance of justice, democratic elections, and it is possible to make a free choice. If there are proofs of falsification of the elections results, elections are declared to be invalid, and power can't be recognized as legitimate. If, for example, there are no proofs of falsifications, but they become a starting point of rising power in an unfair way,could this power be recognized as a legitimate one? Probably no. Many questions arise about what means really fair and free electoral process. Does the result of electoral legitimization affect the legitimacy in fact or the visible legality only?

Under Article 28 of United Nations Universal Declaration of Human Rights the will of the people shall be the basis of the authority of government; this will be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures. It gives us an important conclusion that the only way for power to receive legitimacy is elections, speaking about democratic states. By resolution 45/50 of 1991, entitled "Enhancing the Effectiveness of the Principle of Periodic and Genuine Elections" the U.N. General Assembly stressed the conviction of member states that:

> [...] periodic and genuine elections are a necessary and indispensable element of sustained efforts to protect the rights and interests of the governed and that as a matter of practical experience, the right of everyone to take part in the government of his or

> her own country is a crucial factor in the effective enforcement by all in a wide range of other human rights and fundamental freedoms, embracing political, economic, social and cultural rights.[28]

Currently elections are the most democratic way of electing state authorities but Antisthenes had a different opinion. According to Antisthenes, the state cannot be good when a simple act of voting can make untalented people chieftains. Such an act of voting has the same power as a decision to consider that donkeys are horses.[29] When people can't distinguish bad and good people, this is the reason of destruction of states. In various ways we can realize these words by disciple of Socrates quotable, but definitely we can say that Antisthenes calls in question voting as a way of choosing power, because of possible falsifications.

Another problem of the recognition based only on legality of elections arises. The governed recognize power because of its visible legitimacy which is for them the main reason for the recognition. Legality creates legitimacy, because of people's beliefs in honesty of received power in legal elections according to the letter of law and that elected power is a choice of majority, people willy-nilly recognize and submit to authorities. N. Bobbio connects Weber's and Kelsen's positions and states that: "for Kelsen only power which has legitimacy is effective, for Weber power has legitimacy when it's effective. Power and law are going arm-in-arm. Power receives legitimacy through the law, when the law becomes effective through the power."[30] In accordance with election law a person receives power because of getting majority in the election. The governed often recognize not the power but the choice of the majority. For people election results are significant. When in voting process the majority vote for one candidate or party, but another candidate wins, they recognize authority with conviction that their choice was in minority. According to J. S. Mill majority is a really bigger part of society or not numerous but more active one. The latter consists of people who succeed to compel others to recognize their majority.[31] The source of the power plays an important role in power legitimacy at all. Elections in a democratic state are that source what make it like the first step to the power legitimacy. Organization of election process is a prerogative of acting authority and they have opportunities to falsify results of voting without spreading this information among voters. Candidates for authorities have possibilities for making falsifications of voting results and the voters can't get information about it and they partly unconsciously recognize the power by giving legitimacy to it. Why is it a problem? On the one hand often power what

---

[28] Resolution 45/50 of 1991, "Enhancing the effectiveness of the principle of periodic and genuine elections" the U.N. General Assembly, [online] http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r137.htm [access: 16.01.2016].

[29] V. Kremen, V. Iliin, *Filozofia. Myslyteli, Idei, Koncepcii*, Kyiv 2005.

[30] D. Valades, op. cit., p. 44.

[31] J. S. Mill, *O svobode*, Moskwa 1991, pp. 11–12.

affectedly have legitimacy really is not such, on the other hand power affectedly with legitimacy can't be changed in easy way or can't be changed at all until the next elections. To conclude, passive behavior of voters is consequential in soft role of recognition and legality of elections is a main reason for them to recognize power. International community opinion about power legitimacy much depends on citizens' opinion and recognition and has soft impact too.

When later information about falsification of elections appears, authorities chosen in free elections could be called fundamentally illegal legitimate power. Differentiation between legitimacy and legality plays an important role because currently often only affectedly legality is premise of power legitimacy. For instance, one of the effective methods to introduce public opinion that voting results are falsified is a protest or other public actions. It is an effective method to show position of citizens to the international community.

What we understand as free and fair elections? When we speak about legitimacy of power on the one hand there is authority and on the other hand there are citizens. The legitimacy of power is some harmonious combination between what the citizens want and what the authorities do. The citizens want to have a good government which acts accordingly to people's needs and the authorities have to act under the law and people's will, relying on freedom and natural human rights, not on their private interests. David Hume in his tractate "Power and freedom" wrote that in any state governance exists internal fight, open or secret, between power and freedom: neither the first nor the second is unable to win in this competition. People who want to be chosen in elections often act contrary to principles of freedom (author – in particular freedom of choice).[32] Lord Acton considers that freedom is a prime political value and understands freedom as a guarantee that everyone in acts according to view of their own duty will be protected from the pressure of power and majority, customs and conventional views.[33] "Free and fair elections necessarily go hand in hand with respect for human rights."[34] Free electoral process is connected straight with citizens will. The will in materialistic philosophy position is seen as conditioned by system of social relationships higher level of individual activity, which provides ability to make conscious decisions.[35] According to this definition the notion "will" has two main aspects, individual activity and conscious decision. Elections are free when people have possibility to decide without any outside influence and recognize power according to their own free will.

---

[32] *Konservatyzm*, Kyiv 2008, p. 643.

[33] Ibidem, p. 645.

[34] J. d'Aspremont 2006. Legitimacy of Governments in the Age of Democracy. *New York University Journal of International Law and Politics (JILP).* vol. 38, p. 914.

[35] Bachynin, V., Jurawskyj V., Panow M. 2003. *Філософія права: Словник.* – Київ. Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», p. 54.

Election must be fair and foresee that legitimate power (future power) have to be just. Legitimacy has power, which fundamentally is just in achievement and realization of power. Legitimacy means that political power, methods and purposes correspond with universal values. The legitimacy of power must be a guarantee of following human rights. The legitimacy of power, which consists of recognition by society and international community, is an indispensable condition for every authority. "Legitimate origins entail a free and fair electoral process, so foreign states can typically just rely on the accounts of elections monitoring missions sent by international organizations to quickly make their decisions."[36] "The recognition of the government of a foreign state involves a test of legitimacy,"[37] but this test often focused on legality (what can be visible) and position of majority (what could be falsified). "If a new government secures international recognition or its delegates are accredited, it qualifies as the legitimate representative entitled to speak and act on behalf of the state."[38]

Reasons for making falsifications and aspiring to achieve the legitimacy. Forms of non-recognition and the artificial legitimacy

I can distinguish the following reasons of making falsifications in elections: desire to gain power, guarantee to get power, easier way in receiving majority. The secrecy of falsification is needed for getting at least a visible legality of elections and as a result for getting legitimacy. Governments need legitimacy for international relationships with foreign countries and for opportunity to govern citizens (particularly, oppositional "minority"). The classic argument of political and social theorists has been that for authorities to perform effectively, those in power must convince everyone else that they "deserve" to rule and make decisions that influence the quality of everyone's lives. In other words, "every authority system tries to cultivate a belief in its legitimacy."[39] Central to the idea of legitimacy is the belief that some decision made or rule created by these authorities is valid in the sense that it is entitled to be obeyed by virtue of who made the decision or how it was made. Tyler pays attention to the connection between legitimacy and moral values. "Legitimacy is a perceived obligation to societal authorities or to existing social arrangements. Moral values are personal standards to which people attempt to align their behavior."[40] People can be against the elected authorities, but they can't be against the law and observing the law becomes a moral value highert than opposition to unacceptable power. "Often moral values and

[36] J. d'Aspremont, op. cit., p. 913.
[37] Ibidem, p. 901.
[38] Ibidem, p. 909.
[39] T. R. Tyler, op. cit., p. 377.
[40] Ibidem, p. 390.

legitimacy work together. For example, with most everyday laws, people obey the law because they feel that they ought to obey legitimate authorities and because they believe that the conduct prohibited by law is morally wrong."[41] However, they do not always work in concert. "Past studies show that people follow rules when they think those rules accord with their moral values."[42]

There are two prime conditions of the legitimacy of power defined in the beginning - free will of the governed to recognize and accept power, which they trust and power acting according to the law in all cases. The problem of legitimization process (legitimization of power) of elections is visible legality and as a result becoming prerequisite of recognition the legitimacy of power. Really free and fair elections (which only have to be during legitimization process) do not involve visible legality. The above-indicated gives possibility to make important point for issue of this paper conclusion and divide form of power non-recognition. Even if power is legitimate it can exist without availability of one or even two conditions of the legitimacy of power. We can distinguish two forms of power non-recognition: active and passive. The first one, active, I called *non-recognition protest*, while passive is called *non-recognition subjugation*. Non-recognition protests have place when elections are declared to be legal, but in fact they are unfair and, what is the main point, people don't recognize power, choosing the way of protest. Then power doesn't get legitimacy and international community doesn't recognize authority. Second form is passive – non-recognition subjugation, when elections are declared to be legal, but citizens don't believe in it. They choose the way of subjugation, because of many reasons, for instance, because of lack of faith that it can be changed and the belief in legality of next elections. There can be mentioned third form of non-recognition *deceptive recognitions* which occurs when voters believe that elections were legal, without falsification, but in fact elections results were falsified. People, relying on widely-known information that elections were fair, recognize power. Recognition is the way to legitimacy, so power gets legitimacy ground on unfair unknown fact of election results falsification.

This separation makes possible to speak about the artificial legitimacy of power which appears in case of non-recognition subjugation and deceptive recognition.

Distinguishing forms of non-recognition and new type of legitimacy – the artificial legitimacy of power, can help to characterize current situation with power legitimacy in different states. Currently elections can't be identified as one right method for providing the legitimacy of power. Seeing also important is legitimacy of origin (in electoral legitimization process), legitimacy of exercise and form of recognition. It is fundamental to know the way in which the governed recognize power, because

[41] Ibidem, p. 395.
[42] Ibidem, p. 390.

legitimacy depends on the type of recognition. As noted by J. d'Aspremont, "despite the prominent role played by elections in legitimizing governments in contemporary practice, the 'monopoly' of the legitimacy of origin to gauge the legitimacy of governments has recently been curtailed by the growing importance of the legitimacy of exercise. This means that for a government to be seen as legitimate, it must not only be 'by the people' but also 'for the people.'"[43] The legitimacy of power is for governed as guarantee observance of human right by govern and for good freely chosen authority.

Conclusion

Power received in the way of human rights violations is illegitimate from the viewpoint of natural law and legitimate from the viewpoint of positive law. Democratic elections include observance of human rights and true legality. A contemporary reality makes power legitimate-illegitimate because of advantage of visible legitimacy and requirements of true legitimacy non-fulfillment. Legitimate – because there are no proofs of voting falsifications and it becomes legitimate as power gives such condition. Illegitimate this power is a priori because the foundation of this power is voting falsifications. Weber's conditions of power legitimacy say that people have to recognize power authority and perform conscious duty to obey influences of supremacy, but it wouldn't be people's free will when they know about falsifications, but without proofs. It is an example of legitimate-illegitimate power. Forms of non-recognition of power introduce the most important aspect of the legitimacy – citizens' opinion (consent on power). This aspect is momentous for subsequent elucidation problem of real recognition of power and recognition obtained by dishonest ways. The approach suggested here is intended to introduce that conditions of the legitimacy of power must be more obtained and recognized falsification from governed side is more important that legality (visible) of elections presented by government.

Bibliography

1. d'Aspremont J., "Legitimacy of Governments in the Age of Democracy", *New York University Journal of International Law and Politics* 2006, Vol. 38, pp. 878–917.
2. d'Aspremont J., De Brabandere E., "The complementary faces of legitimacy in international law: the legitimacy of origin and the legitimacy of exercise", *Fordham International Law Journal* 2011, Vol. 34, issue 2, pp. 190–235.
3. Bachynin V., Jurawskyj V., Panow M., *Filozofia prawa: Slownik*, Kyiv 2003.
4. Beetham D., *The Legitimation of Power*, London 1991.
5. Buchanan A., "Political Legitimacy and Democracy", *Ethics* 2002, Vol. 112, No. 4, pp. 689–719, [online] http://www.jstor.org/stable/10.1086/340313 [access: 16.01.2016].

[43] J. d'Aspremont, op. cit., p. 209.

6. Dvoreckij I. H., *Latynsko-rosyjski slownik*, M. Russkij jazyk 1976.
7. Easton D. A., *System Analysis of Political Life*, Chicago 1979.
8. Encyclopedia Britannica, *Consent and Political Legitimacy*, [online] http://www.britannica.com/EBchecked/topic/133362/consent [access: 10.01.2016].
9. Franck T. M., "The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium", *The American Journal of International Law* 2006, Vol. 100, pp. 88–106, [online] http://www.jstor.org/stable/3518832 [access: 5.01.2016].
10. Habermas J., *Communication and the evolution of society*, Boston 1979.
11. Hinsch W., "Legitimacy and justice", [in:] *Political legitimation without morality?*, ed. J. Kuhnelt, London 2008.
12. *Konservatyzm*, Kyiv 2008.
13. Kremen V., Iliin V., *Filozofia. Myslyteli, Idei, Koncepcii*, Kyiv 2005.
14. Lipset S. M., *Political Man: The Social Bases of Politics*, Baltimore, Maryland 1981.
15. Mill J. S., *O svobode*, Moskwa 1991.
16. Muller E. N., "Correlates and Consequences of Beliefs in the Legitimacy of Regime Structures", *Midwest Journal of Political Science* 1979, Vol. 14, No. 3, pp. 392–412, [online] http://www.jstor.org/stable/2110312 [access: 10.01.2016].
17. Prokopyev O., "Conceptualizing electoral revolutions: challenges and promises", Paper to be presented at 2nd Annual Doctoral Conference 2007, [online] http://web.ceu.hu/polsci/ADC/2007/ [access: 17.12.2015].
18. Resolution 45/50 of 1991, "Enhancing the effectiveness of the principle of periodic and genuine elections" the U.N. General Assembly, [online] http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r137.htm [access: 16.01.2016].
19. Tyler T. R., "Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation", *Annual Review of Psychology* 2006, Vol. 57, pp. 375–400.
20. United Nations Universal Declaration of Human Rights 1948, [online] http://www.un-.org/en/documents/udhr/ [access: 16.01.2016].
21. Valades D., *Kontrol nad wlastiu*, M. Idea Press 2006.
22. Vysockyj O., „Poniattia legitymacii politychnoi wlady: sutnist i zmist", [online] http:// archive.nbuv.gov.ua [access: 17.12.2015].
23. Weber M., *Politika kak prizwanie i professia*, Moskwa 1990.
24. Weber M., *Sociologia. Zagalnoistoryczni analizy. Polityka*, Kyiv 1998.
25. Zelditch M., "Process of Legitimation: Recent Developments and New Directions", *Social Psychology Quarterly* 2001, Vol. 64, No. 1, pp. 4–17.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Magdalena Krawczyk

Jagiellonian University
Faculty of Law and Administration
The Intellectual Property Law Chair
e-mail: magda.krawczyk@doctoral.uj.edu.pl

Compulsory Licensing of Pharmaceuticals since the Doha Declaration – a Public Health Triumph or Failure?

Abstract

The World Health Organization has once declared antiretroviral therapy a state of global emergency. It has initiated a difficult process of change of international policies on export of patent-protected pharmaceutical products to developing countries. Since the World Trade Organization (WTO) adopted the "Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health" at its 4th Ministerial Conference in Doha, the public health activists seemed to believe that once it will be implemented, there is hope for third world countries which combat HIV/AIDS epidemic. It was not a long time after when it turned out that such a complex problem consisting of polar opposite interests cannot be handled in the traditional manner of adopting universal provisions of international law. The article focuses on the circumstances which have been a starting point for one of the most controversial policies undertaken by the WTO countries. It shows the consequences of putting into practice the reform of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. The aim of the article is to summarize experience of past two decades of tackling the problem and to assess the approach that has been undertaken by the involved countries.

Keywords

patent law, compulsory license, developing countries, WTO

Introduction

The state's representatives deliberating at the beginning of the new millennium, sometime around year 2000, during the conferences reflecting on relaxing patent protection on drugs were about to put into practice the ultimate saying "the end justifies the means". They had a strong motivating factor because at the same time, developing countries, especially in Africa, were framing their patent policies and strongly lobbying in the European Union and the United States trying to negotiate their interests with major pharmaceutical companies. The key negotiators acting on behalf of the African NGOs were using all means, fair or foul, iron or poison, for achieving their ends. And they did succeed. The Fourth Ministerial Conference, and strictly speaking the Article 1 of the Doha Declaration seemed to be the turning point in the relaxation of pharmaceutical patents, balancing well the interests of consumers and of the patent holders.

In spite of that, experiences during the last 15 years have taught us that the Doha Conference did not provide a miraculous panaceum for the patenting of AIDS drugs and its rational distribution in the third world countries. Adopted approach for policy-makers and health system managers did not result in the better drugs distribution or better quality of care.[1] I would advocate a thesis we can assess the Doha Declaration's legacy as a backward step.

Significant health problem

To provide an overview of the subject under consideration it is appropriate to refer the circumstances of the debate launched by the World Trade Organization on the access to the HIV/AIDS medication in the countries which do not have capacity to manufacture the required drugs.

To begin with the African public health problems it has to be outlined that in East Africa the daily number of deaths from AIDS has exceeded 300. Reports say that for instance in Kenya there are 1.2–1.5 million people living with HIV/AIDS. More than 50% population of that country live on 1 USD per day. It reveals the weakness of public health system in such poor countries. Kenya, what is rather exotic in that part of the world, has adopted legislation on intellectual property. What is more, the first Kenyan Industrial Property Act was from 1990, which could imply a strong legal background for a research and development sector. And yet, nothing could be more wrong. However, as Ben Sihanya, a dedicated and inquisitive researcher of the legal obstacles in access to the pharmaceuticals in Africa

[1] D. Ross-Degnan, R. Laing, B. Santoso et al., *Improving pharmaceutical use in primary care in developing countries: a critical review of experience and lack of experience*, Presented at the International Conference on Improving the Use of Medicines, Chiang Mai, Thailand, April 1997.

alleges, the said Act was promulgated in 1989 partly to protect Kenyan scientists and the Kenya Medical Research Institute (KEMRI)[2] over the claim that they had invented a drug for AIDS, Kemron.[3] Even several decades ago, the development of a new drug was a long-term and very expensive process. What is more, the extent and enforcement of intellectual property rights varied widely around the world so the Kenya's Industrial Property Act was pioneering the concept of acquiring benefits from patent protection. The fact that patents have appeared to be a main obstacle to getting antiretroviral drugs, was caused by the failure of the internal research programme and an inefficient politics which had led to lack of funds to pay royalties. Following calls by experts throughout the 1990s, the Industrial Property Act has finally been amended by the Kenyan government to allow for the parallel importation of generics from India, Brazil and other countries.[4]

Obstacles against providing access to medicines

Until 1995, when the World Trade Organization (WTO) was established, extent and enforcement of intellectual property rights varied widely around the world. Approaches that have been adopted by the contracting states consisted of ground rules for trade and IP protection. The initial standpoint was that trade would be flowing freely around the world with the guarantee of analogous protection of intellectual property rights worldwide.[5] One of the founding documents of the WTO was the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS),[6] which attempted to bring the protection of intellectual property rights under common international rules.

Nearly five years, while the TRIPS provisions were in action, had shown that the third world countries dealing with serious public health problem were depreciated versus the countries of IP rights holders. The problem was aggravated

[2] The Kenya Medical Research Institute is a State Corporation established through the Science and Technology (Amendment) Act of 1979, which has since been amended to Science, Technology and Innovation Act 2013. The 1979 Act established KEMRI as a national body responsible for carrying out health research in Kenya; [online] http://www.kemri.org/index.php/about-kemri/background [access: 20.04.2016].

[3] B. Sihanya, *TRIPS and Access to Drugs, Food and the Relevant Technologies in Kenya: Reforming Intellectual Property and Trade Laws for Sustainable Development*, Research report for EcoNews Africa (Nairobi) preparations for the Cancún WTO meeting, 2003.

[4] K. C. Shadlen, *The Politics of Patents and Drugs in Brazil and Mexico: The Industrial Bases of Health Policies*, Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health. Access to Drugs in Developing Countries, p 280.

[5] C. M. Correa, *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*, Washington 2000, pp. 3–4.

[6] The TRIPS Agreement is Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994, [online] https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm [access: 2.04.2016].

by two significant factors. Firstly, it has to be stressed that the antiretroviral medication could not be imported due to the lasting patent protection in the wealthy countries where the drugs have been manufactured. Secondly, it was questionable if the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights permitted production for export to the third world countries.

TRIPS Article 31 recognized the right of member states to grant compulsory licenses, but there were several conditions to meet before. Initially, compulsory licensing was limited by requiring a period of negotiation between the member state and the patent holder unless, as noted in subparagraph (b), it is a "case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency". That mechanism was expected to accelerate the trade by obtaining voluntary licenses, price reduction or voluntary donation of a IP – protected good. Subparagraph (f) of Article 31 further limited compulsory licensing saying that use of the compulsory license must be made predominantly for the supply of the domestic market.[7] That provision had been actually eliminating the possibility of countries with low manufacturing capacity claiming a compulsory license for drugs imported from another member state.

Article 31 became a subject of a public controversy. The developing and developed countries took opposite stands on the issue of patentability of HIV/AIDS drugs and their export to, so-called, least-developed countries.[8] At height of the HIV/AIDS epidemic in East Africa, World Trade Organization members, especially the forty -one members of the African Group, agreed on the clarification of the problem of international support for poor countries dealing with the serious public health problems accompanied with the economy downturn. The TRIPS Agreement's flexibilities in connection with health were added to the agenda of the WTO's 4th Ministerial Conference in Doha in November 2001.

The restriction of Article 31 (f) of the TRIPS Agreement, was the main recognized problem.[9] Developing country activists claimed that African countries are simply too poor to run specialized pharmaceutical factories and they lack necessary experience and the domestic market is too small to attract sufficient investment in the pharmaceutical sector. For instance, Kenya argued for Article 31(f) of the TRIPS Agreement to be either deleted or amended; it also argued for subsequent interpretations to ensure sufficiency in manufacturing capacity for Kenya to make use of compulsory licensing.[10] Article 1 of the Doha

[7] R. M. Hilty, Kung-Chung Liu, *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*, Washington 2015, p. 194.

[8] R. J. Gilbert, W. K. Tom, "Is Innovation King at the Antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later", *Antitrust Law Journal* 2001, Vol. 69, p. 45.

[9] A. Eikermann, "The Conditions of Art. 31 lits a-l", [w:] *WTO – Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, eds. P. T. Stoll, J. Busche, K. Arend, Leiden 2009, p. 574.

[10] B. Sihanya, *Patents, Parallel Importation and Compulsory Licensing of HIV/AIDS Drugs: The Experience of Kenya*, Managing the Challenges of Wto Participation: Case Study 19,

Declaration[11] recognized the gravity of health problems afflicting developing countries, including AIDS, malaria and tuberculosis. Paragraph 5 reaffirmed the infamous Article 31, recognizing the authority of member states to grant compulsory licenses, to determine the grounds for compulsory licenses to "determine what constitutes a national emergency", and to define its own licensing regime without challenge.[12] Commentators claim that while paragraph 5 did not constitute a policy change, it potentially offered a strong signal of the acceptability of compulsory licensing of medicines. Article 6 empowered the Council to find a "solution" for members with "insufficient or no manufacturing capabilities" to supply their domestic market by the end of 2002.[13]

There have been fundamental misunderstandings. Consequently, many participants of the negotiations during the Ministerial Conference in Doha argued that African firms do not have the capacity to manufacture or distribute specialized drugs, its pharmaceutical economy sector is oligopolistic and processing under a compulsory licenses may lead to misconducts and corruption.

The way ahead for the developing countries

The first decision was adopted on 24th November 2002, but the African Group argued that it was "unsatisfactory and unworkable". It considered this was "a step back from Doha because it created further restrictions on the current flexibilities in the TRIPS Agreement".

Finally, on 30th August 2003, the TRIPS Council complied with the obligation imposed under the Doha Declaration and issued the decision with a waiver that allowed the states – producers of the medication under patent protection to issue a compulsory licenses for the export of pharmaceutical products to nations with insufficient pharmaceutical production capabilities. The decision finally defined the controversial concept of exporter/importer and left no room for doubts when assessing the criteria of licensed pharmaceutical drug. The negotiator decided that in terms of waived TRIPS pharmaceutical product means

---

[online] https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case19_e.htm#top [access: 20.04.2016].

[11] World Trade Organization (2001 November 20) Declaration on the TRIPS agreement and public health, [online] http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm [access: 20.04.2016].

[12] C. M. Correa, *Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licenses: Options for Developing Countries*, South Centre T.R.A.D.E., Working Papers No 5, Buenos Aires 1999, p. 321.

[13] Adopted on 14 November 2001, the "Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health" opened with the following words: "We recognize the gravity of the public health problems afflicting many developing and least-developed countries, especially those resulting from HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics".

any patented product, or product manufactured through a patented process, of the pharmaceutical sector needed to address the public health problems as recognized in paragraph 1 of the Doha Declaration. It was understood that active ingredients necessary for its manufacture and diagnostic kits needed for its use would be included.

According to the Article 2 of the decision, the obligations of an exporting member[14] state under Article 31(f) of the TRIPS Agreement shall be waived with respect to the grant by it of a compulsory license to the extent necessary for the purposes of production of a pharmaceutical product(s) and its export to an eligible importing member(s)[15] in accordance with the following terms: (a) the eligible importing member(s) has made a notification to the Council for TRIPS, that: (i) specifies the names and expected quantities of the product(s) needed; (ii) confirms that the eligible importing member in question, other than a least developed country member, has established that it has insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector for the product(s) in question in one of the ways set out in the annex to the decision of 30 August 2003; and (iii) confirms that, where a pharmaceutical product is patented in its territory, it has granted or intends to grant a compulsory license in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement and the provisions of the decision of 30 August 2003.

After the Ministerial Conference in Doha the compromise seemed to be satisfactory and lobbying efforts finally began to yield success. Major changes took place also in the internal legislatives. On 27th July 2001 the Kenyan Industrial Property Act of 1989 was replaced by the amended Industrial Property Act. Kenya revised the Industrial Property Act because of the need of compliance with WTO/TRIPS guidelines. The 2001 Act limited a patentee's rights (The rights under the patent shall not extend to acts in respect of articles which have been put on the market in Kenya or in any other country or imported into Kenya by the owner of the patent or with his express consent).

The most visible player in the campaign was a business representative Cosmos Industries, which effectively lobbied the government to allow compulsory

[14] „Exporting member" means a member using the system set out in the decision of 30 August 2003 to produce pharmaceutical products for, and export them to, an eligible importing member.

[15] „Eligible importing member" means any least-developed country member, and any other member that has made a notification to the Council for TRIPS of its intention to use the system as an importer, it being understood that a member may notify at any time that it will use the system in whole or in a limited way, for example only in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use. It is noted that some members will not use the system set out in the decision of 30 August 2003 as importing members and that some other members have stated that, if they use the system, it would be in no more than situations of national emergency or other circumstances of extreme urgency.

licensing. This was also the first applicant for a license under the revised provisions. It sought to be allowed to produce a drug, the product of Glaxo SmithKline and Boehringer Ingelheim of Germany.[16]

Challenges under new regime

Public health advocates were afraid that despite the Doha Declaration and the waiver of Article 31(f) there is fear that compulsory licensing activity would have not be undertaken. The main obstacles were lack of the production capacity, distribution networks, and buying power. In fact, all of their doubts proved to be true.

And, as if all that weren't enough, another identified problem referred to generics and the fact that their influx may lead to an influx of counterfeit drugs. Nowadays, counterfeiting has become a problem to a degree that drastically needs to be addressed.

The main problem is with understanding of what is generic medicine and under what circumstances generic medicine can be manufactured or imported in a country facing fundamental problem with access to medication. Even if countries are adopting anti-counterfeit acts and rules for identifying a fake pharmaceutical product availed to the market or presented to it and intentionally tailored to derive and ride on the reputation or goodwill of another good through labelling or marking. In such community as East Africa to make people aware that the counterfeits are not necessarily substandard, but they are harmful because of causing an infringement of someone's monopoly – is rather challenging. Pointedly, there is widespread ignorance in Africa on the meaning of intellectual property rights. Manufacturing companies are afraid to invest in compulsory licensing or parallel importation for fear generally of taking on the western pharmaceutical concerns. IP law researchers outline that companies often do not actually realize that they have the legal backing to do so.

The Doha Declaration was intended to be a strong political statement that could be an accelerator for developing countries to adopt effective measures necessary to ensure access to health care without the fear of being dragged into a legal battle. However, figures show that because of focusing on laws and politics public health problem became nothing less. The number of patients treated for HIV/AIDS increased more than twelve-fold between 2003 and 2010. In 2003, only 50,000 patients were on anti-retroviral medicines treatment. By 2005, this number had increased to 1.57 million patients in January 2005, a number that increased to 5.2 million patients by December 2009.[17]

---

[16] Lastly, Glaxo SmithKline and Cosmos agreed on acceptable terms for a voluntary licence.

[17] A. van Gelder, P. Stevens, *The compulsory license red herring*, London 2010.

Governments procurement of HIV/AIDS medicines, which is not constrained by the WTO, the TRIPS Agreement is largely wasteful. There is particularly no support for research and development economy sector. Generally, the problem of permitted discrimination by sector of the economy seems to be an important unanswered question. The issue of life-and-death importance in many countries which combat epidemics is access to medication. Facing a state of emergency, politicians do not think about framework for adopting a strategy involving universities and cooperation of public and private sector. Policy tailors who promote long-term suppositions and claim that it is also important to invest in the prevention – are rather underrepresented. East Africa is dealing with that kind of "emergency state" for many years.

Conclusions

It has been nearly two decades since a legal tool of compulsory license was institutionalized in international framework policies. Today we can assess the outcome of that experimental strategy, which has put into practice the standpoint of the negotiators of the 4th Ministerial Conference in Doha.

Unfortunately, that action seems to be a failure of global health governance. Objectively speaking, compulsory license has enabled the rich countries where the HIV/AIDS drugs are manufactured to see how specific legal instruments relevant to international intellectual property law can be misinterpreted and used to the only benefit of local politicians or mafiosos, who have frequently acted in these both roles at a time. By trying to organize a cooperation, it was necessary for the western concerns and their representatives to root in the attitudes and values which have been far from the modern philosophy of free market.[18] Finally, by using the said legal tool by the international pharmaceutical companies and developed countries they were enabled to capture the circumstances which are the significant obstacle to implement the western legal policies in the developing countries.

Overall speaking, experience of last 16 years has shown that the regime on compulsory licensing is in regress and fails to fulfill its function to balance private and public interests.[19] The debate launched two decades ago has not resolved the problem of access to HIV/AIDS medication. Skeptics observe that most of the resources on HIV/AIDS combat are spent on conferences, summits, and awareness campaigns.

---

[18] F. M. Abbott, "Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on Public Health", *Quaker United Nations Office*, Occasional Paper No 9, Geneva 2008, p. 26.

[19] G. Chaves, M. Oliveira, *A proposal for measuring the degree of public health-sensitivity of patent legislation in the context of the WTO TRIPS Agreement*, Bull World Health Organ 2007, pp. 49–56.

It leads to the conclusion that problem of access to HIV/AIDS drugs in developing countries is more complex and does not only engage the patent holders, the World Trade Organization or activists in social movements and voluntary associations opposing to the patenting of HIV/AIDS drugs. What appear as crucial are political and socio-economic improvements of public health. Undertaking such reforms has to be with finding resources and empowering the significance of the sector of research and development.

Bibliography

1. Abbott F. M., "Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on Public Health", *Quaker United Nations Office*, Occasional Paper No 9, Geneva 2008.
2. Chaves G., Oliveira M., *A proposal for measuring the degree of public health-sensitivity of patent legislation in the context of the WTO TRIPS Agreement*, Bull World Health Organ 2007.
3. Correa C. M., *Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licenses: Options for Developing Countries*, South Centre T.R.A.D.E., Working Papers No 5, Buenos Aires 1999.
4. Correa C. M., *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*, Washington 2000.
5. Eikermann A., "The Conditions of Art. 31 lits a-l", [w:] *WTO – Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, eds. P. T. Stoll, J. Busche, K. Arend, Leiden 2009.
6. van Gelder A., Stevens P., *The compulsory license red herring*, London 2010.
7. Gilbert R. J., Tom W. K., "Is Innovation King at the Antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later", *Antitrust Law Journal* 2001, Vol. 69.
8. Hilty R. M., Kung-Chung Liu, *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*, Washington 2015.
9. Ross-Degnan D., Laing R., Santoso B. et al., *Improving pharmaceutical use in primary care in developing countries: a critical review of experience and lack of experience*, Presented at the International Conference on Improving the Use of Medicines, Chiang Mai, Thailand, April 1997.
10. Shadlen K. C., *The Politics of Patents and Drugs in Brazil and Mexico: The Industrial Bases of Health Policies*, Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health. Access to Drugs in Developing Countries.
11. Sihanya B., *Patents, Parallel Importation and Compulsory Licensing of HIV/AIDS Drugs: The Experience of Kenya*, Managing the Challenges of Wto Participation: Case Study 19.
12. Sihanya B., *TRIPS and Access to Drugs, Food and the Relevant Technologies in Kenya: Reforming Intellectual Property and Trade Laws for Sustainable Development*, Research report for EcoNews Africa (Nairobi) preparations for the Cancún WTO meeting, 2003.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Krzysztof Michalak

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Postępowania Karnego
e-mail: krzysztof.michalak@uj.edu.pl

Piotr Staszczyk

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Europejskiego
e-mail: piotr.staszczyk@doctoral.uj.edu.pl

Możliwość uznania abuzywności klauzuli wartości wykupu w umowach polisolokat w ramach kontroli konkretnej

Streszczenie

Umowy ubezpieczeń z ubezpieczeniowymi funduszami kapitałowymi (UFK) oraz polisolokaty wzbudzają od kilku lat kontrowersje. Na mocy zawartej umowy ubezpieczony zobowiązuje się do terminowych wpłat na fundusze inwestycyjne, które osiągać powinny zamierzone zyski. Jednak w przypadku niewypracowania zysku i decyzji ubezpieczonego o przedterminowym rozwiązaniu umowy najczęściej dochodzi do prawie całkowitej lub znaczącej utraty zainwestowanego kapitału. Dzieje się tak dlatego, że w ogólnych warunkach umowy ubezpieczyciel zawiera ukrytą opłatę likwidacyjną (sformułowaną jako „świadczenie wykupu" lub „wartość wykupu"), która wynosi zazwyczaj od kilkudziesięciu procent do nawet pełnej wartości powierzonej ubezpieczycielowi sumy pieniężnej. W niniejszej publikacji zaprezentowane są argumenty, które przemawiają za możliwością przeprowadzenia konkretnej kontroli abuzywności postanowień umowy dotyczących świadczenia wykupu.

Słowa kluczowe

polisolokata, ubezpieczenie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, UFK, klauzule abuzywne, świadczenie główne

Uwagi wstępne

Umowy ubezpieczeń z ubezpieczeniowymi funduszami kapitałowymi (UFK) oraz polisolokaty wzbudzają od kilku lat kontrowersje. Na mocy zawartej umowy ubezpieczony zobowiązuje się do terminowych wpłat na fundusze inwestycyjne, które osiągać powinny zamierzone zyski. Jednak w przypadku niewypracowania zysku i decyzji ubezpieczonego o przedterminowym rozwiązaniu umowy najczęściej dochodzi do prawie całkowitej lub znaczącej utraty zainwestowanego kapitału. Dzieje się tak dlatego, że w ogólnych warunkach umowy ubezpieczyciel zawiera ukrytą opłatę likwidacyjną (sformułowaną jako „świadczenie wykupu" lub „wartość wykupu"), która wynosi zazwyczaj od kilkudziesięciu procent do nawet pełnej wartości powierzonej ubezpieczycielowi sumy pieniężnej. Tego typu postanowienia umowne często podlegają kontroli ze względu na swoją potencjalną abuzywność.

Uznanie postanowień umowy za abuzywne może zostać dokonane w dwojaki sposób. Po pierwsze, zgodnie z art. 23b ust. 1 w związku z art. 23a znowelizowanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[1] może się odbyć w ramach kontroli abstrakcyjnej przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jest to jeden z instrumentów prawnych, które mają służyć zapobieganiu tak zwanemu *misselingowi*, polegającemu na oferowaniu usług niedostosowanych do potrzeb i możliwości klientów, takich jak sytuacja finansowa, pożądany czas trwania inwestycji, wiek klienta, akceptowany poziom ryzyka czy poziom wiedzy o rynku finansowym[2]. Po drugie natomiast, uznanie postanowień umowy za abuzywne może odbyć się w ramach kontroli konkretnej, podczas toczącego się sporu sądowego na podstawie art. art. 385^1 § 1 k.c.[3] Niniejszy artykuł dotyczy zasadniczo tej drugiej możliwości.

W praktyce orzeczniczej dotyczącej spraw o zwrot pobieranych przez ubezpieczycieli opłat likwidacyjnych ukrytych w określonej wartości wykupu coraz częściej rozstrzygnięcia zapadają na korzyść klienta[4]. Z drugiej strony nierzadko

---

[1] Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. DzU z 2015 r., poz. 184 z późn. zm.

[2] Zob. M. Karpińska, *Konflikt interesów a obowiązki informacyjne organizatora turystyki i agenta turystycznego jako ubezpieczającego oraz pośrednika ubezpieczonego*, [w:] *Informacja w prawie ubezpieczeń gospodarczych*, red. B. Gnela, M. Szaraniec, Warszawa 2015, s. 336; por. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 33.

[3] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jedn. DzU z 2014 r., poz. 121 ze zm.

[4] Por. np. wyroki: Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 czerwca 2012 r., sygn. VI ACa 87/12; Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6 września 2012 r., sygn. VI ACa 458/12; Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 lutego 2013 r., sygn. 3013/12; Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 marca 2015 r., sygn. I C 1453/13.

zdarza się, że świadczenia wykupu uznawane są za świadczenia główne zawartej umowy polisolokaty, co sprawia, że skuteczna konkretna kontrola ich abuzywności staje się niemożliwa.

Takie rozumowanie jest według autorów niesłuszne. W niniejszej publikacji zaprezentowane zostaną argumenty, które przemawiają za możliwością uznania abuzywności postanowień umowy dotyczących świadczenia wykupu w ramach kontroli konkretnej.

Choć w literaturze przedmiotu umowy ubezpieczenia z UFK oraz polisolokaty bywają traktowane jako odmienne instrumenty[5], poniżej, w celu uproszczenia oraz usystematyzowania wywodu, określenia te będą używane zamiennie.

Charakter umowy polisolokaty

Ubezpieczenia z UFK nie doczekały się definicji ustawowej ani w poprzednim brzmieniu ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o działalności ubezpieczeniowej[6], ani w obecnej ustawie z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej[7]. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy w umowie ubezpieczenia na życie, jeżeli jest ona związana z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, o którym mowa w dziale I w grupie 3 załącznika do ustawy, zakład ubezpieczeń określa:

1. wykaz oferowanych w ramach umowy ubezpieczenia ubezpieczeniowych funduszy kapitałowych,
2. zasady ustalania wartości świadczeń z umowy ubezpieczenia z tytułu śmierci ubezpieczonego i dożycia ubezpieczonego do końca okresu ochrony ubezpieczeniowej, a także zasady ustalania wartości całkowitego i częściowego wykupu ubezpieczenia,
3. regulamin lokowania środków ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego,
4. zasady i terminy wyceny jednostek uczestnictwa ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego,
5. tytuły i wysokość opłat pobieranych ze składek ubezpieczeniowych, z aktywów ubezpieczeniowych funduszy kapitałowych lub przez umorzenie jednostek uczestnictwa ubezpieczeniowych funduszy kapitałowych,
6. zasady alokacji środków pochodzących ze składek ubezpieczeniowych w jednostki uczestnictwa ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego, terminy zamiany składek ubezpieczeniowych na jednostki uczestnictwa oraz zasady umorzenia jednostek uczestnictwa ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego i ich zamiany na środki pieniężne.

---

[5] Por. A. Chłopecki, *Wykorzystywanie konstrukcji umowy ubezpieczenia na rynku finansowym a problem tzw. obejścia prawa*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2013, nr 2, s. 4–8.

[6] Tekst jedn. DzU z 2015 r., poz. 1206.

[7] DzU z 2015 r., poz. 1844.

Jak zatem widać, ustawodawca nie przyjął wprawdzie jednolitej definicji polisolokat czy ubezpieczeń z UFK, niemniej jednak narzucił przy ich upowszechnianiu obowiązki, które wiążą się z informowaniem ubezpieczonych (którzy *de facto* są inwestorami) o stanie i wartości ich aktywów, tak jak w typowych instrumentach inwestycyjnych. Oznacza to, że podmioty oferujące polisolokaty posługują się instytucją umowy ubezpieczenia (różniącą się znacząco od instytucji uregulowanych w kodeksie cywilnym) do świadczenia instrumentu inwestycyjnego[8].

Podstawowym celem utworzenia instrumentu finansowego w postaci polisolokaty była w istocie chęć ominięcia wymogów związanych z zarządzaniem cudzymi aktywami na zlecenie[9]. Głównym zadaniem stosunku prawnego wynikającego z zawartej umowy polisolokaty nie jest przy tym ubezpieczenie określonego rodzaju ryzyk osobowych lub majątkowych, ale lokowanie powierzonych środków i osiąganie zysku z tego lokowania. Co za tym idzie – umowa ubezpieczenia jako taka jest tylko środkiem technicznym i prawnym do osiągnięcia celów ekonomicznych odmiennych niż ubezpieczenie[10]. W szczególności dotyczy to środków i osiąganych zysków, których wysokość nie jest uzależniona od tego, co jest nazywane wypadkiem ubezpieczeniowym[11]. Umowy polisolokat nie podlegają ponadto systemowi gwarantowania depozytów[12] na zasadach określonych w ustawie z dnia 14 grudnia 1994 roku o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym[13].

Czynnikiem odróżniającym klasyczne kapitałowe umowy ubezpieczenia od ubezpieczeń z UFK jest powiązanie tych drugich z jednostkami uczestnictwa[14]. Tym samym, o ile w ubezpieczeniu kapitałowym ubezpieczyciel gwarantuje wypłatę określonego kapitału (przykładowo sumy na dożycie, możliwej do obliczenia także z założonym minimalnym zyskiem ujętym już w składce w chwili jej wyliczenia i zawarcia umowy ubezpieczenia), o tyle polisolokata przypomina raczej umowę zarządzania powierzonymi aktywami na zlecenie. Oznacza to, że ubezpieczyciel działa na zlecenie ubezpieczającego, a ryzyko inwestycyjne (w tym ryzyko nietrafionych decyzji i złej koniunktury) obarcza ubezpieczonego, a nie ubezpieczyciela[15].

---

[8] Por. H. Ciepla, *Komentarz do art. 829*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 2113.

[9] Zob. A. Chłopecki, op. cit., s. 4.

[10] Ibidem, s. 4–5.

[11] Zob. M. Orlicki, *Świadczenie ubezpieczyciela – ochrona ubezpieczeniowa*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 8: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011, s. 803.

[12] A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 288.

[13] Tekst jedn. DzU z 2014 r., poz. 1866.

[14] Zob. M. Krajewski, *Umowa ubezpieczenia. Art. 805-834 KC. Komentarz*, Warszawa 2016, uwagi do art. 829.

[15] Zob. ibidem.

Specyfika świadczenia wartości wykupu

Zgodnie z art. 385[1] § 1 k.c. postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nieuzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny.

Podstawową kwestią w ustaleniu, czy można uznać wartość wykupu polisolokaty za abuzywne postanowienie umowne, jest odrzucenie możliwości przypisania go jako świadczenia głównego.

Zgodnie z teorią prawa cywilnego świadczenie to zachowanie się dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesowi wierzyciela, a zaspokojenie tego interesu stanowi cel stosunku zobowiązaniowego, dzięki czemu wierzyciel uzyskuje kosztem dłużnika pewną korzyść[16]. Co oczywiste, treść zobowiązania może być różna w zależności od charakteru świadczeń. Świadczenie główne oznacza jedynie podstawową powinność w ramach danej umowy, a inne warunki mają w tym względzie charakter posiłkowy[17].

W doktrynie prawa ubezpieczeń przyjmuje się, że świadczeniem głównym ubezpieczyciela jest, oprócz zapłaty odszkodowania, także wypłata określonej w umowie sumy pieniężnej lub renty w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a także samo udzielenie ochrony ubezpieczeniowej[18]. Do świadczeń głównych umowy ubezpieczenia należy zaliczyć: po stronie ubezpieczyciela – udzielanie ochrony i spełnienie określonego świadczenia w razie zajścia określonego w umowie wypadku lub zdarzenia, a po stronie ubezpieczonego – zapłata ustalonej składki[19].

Przedstawione powyżej uwagi dotyczące odmiennego charakteru prawnego typowych umów ubezpieczenia i polisolokat prowadzą zdaniem autorów do oczywistego wniosku, że świadczenia główne w obu przypadkach także nie są tożsame.

W szczególności świadczeniem głównym w umowie polisolokaty nie może być świadczenie wykupu (wartość wykupu), czyli określenie wartości aktywów ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego. Wartość wykupu nie jest bowiem możliwa do ustalenia w chwili zawarcia umowy – jest ustalana na bieżąco w trakcie jej trwania. Ze względu na swoją niedookreśloność (podlega wahaniom koniunktury na rynkach finansowych, a nie gwarancjom ubezpieczyciela) nie może

---

[16] M. Szczepańska, *Ubezpieczenie na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*, Warszawa 2011, s. 248.

[17] Ibidem, p. 34.

[18] Por. eadem, *Ubezpieczenie na życie. Aspekty prawne*, Warszawa 2008, s. 82 i n.; M. Więcko-Tułowiecka, *Ochrona konsumentów w umowach ubezpieczenia*, Warszawa 2014, s. 55 i n.

[19] Por. ibidem, s. 57 i n.

być przedmiotem konsensusu stron. W konsekwencji nie może być przedmiotem świadczenia głównego, brak konsensusu co do tak pojętego „świadczenia" czyniłby bowiem umowę niezawartą[20].

Ponadto, jak się przyjmuje, do prawidłowej interpretacji pojęcia „świadczenie główne" niezbędna jest analiza, oprócz postanowienia umowy, które je definiuje, także charakteru, ogólnej systematyki i całości postanowień danej umowy oraz jej kontekstu prawnego i faktycznego[21]. Oznacza to, że sąd nie powinien sugerować się jedynie postanowieniem umownym skonstruowanym przez ubezpieczyciela, który arbitralnie przesądza w umowie, co jest świadczeniem głównym. W przeciwnym wypadku każdy przedsiębiorca mógłby wyłączyć dowolne postanowienie umowne z kontroli abuzywności tylko z tego powodu, że zdefiniował je w umowie jako świadczenie główne[22].

W konsekwencji, gdybyśmy przyjęli, że świadczeniem głównym w umowach ubezpieczenia z UFK jest świadczenie wykupu, celem umowy byłoby to, by konsument mógł ją rozwiązać przed terminem i skorzystać z tego wykupu, czyli wypłaty zgromadzonych na rachunku środków po ich obciążeniu różnego rodzaju opłatami[23]. Takie rozumowanie byłoby oczywiście nieracjonalne, ponieważ ubezpieczony w chwili zawierania umowy na dłuższy okres nie zakłada jej wcześniejszego rozwiązania. Taki zamiar może się oczywiście pojawić później, na przykład gdy odkładany kapitał nie przynosi zysku, a bieżące opłaty pobierane przez ubezpieczyciela powodują dodatkowe straty.

Określenie wartości wykupu jest oczywiście jednym z *essentialia negotii* umowy polisolokaty, co jednak nie oznacza, że jest jej świadczeniem głównym[24]. *Essentialia negotii* to jedynie składniki treści czynności cywilnoprawnej, które określają typ tej czynności i charakter wynikającego z niej stosunku prawnego.

Na marginesie powyższych rozważań należy stwierdzić, że w przypadku polisolokat świadczeniem głównym będzie zarządzanie środkami na zlecenie. Jest ono wystarczająco określone i stanowi przedmiot uzgodnienia stron[25]. Posiada także ekwiwalent świadczenia ubezpieczającego, jakim jest wynagrodzenie za inwestowanie środkami (tak zwana opłata za zarządzenie).

Skoro zatem wartość wykupu nie może być świadczeniem głównym umowy polisolokaty, jest ona jedynie jej świadczeniem ubocznym.

---

[20] W. Kamieński, K. Lehmann, *Wartość wykupu nie jest świadczeniem głownym,* UOKiK 2015, s. 3, [online] https://uokik.gov.pl/download.php?plik=16468 [dostęp: 26.09.2016].

[21] Wyrok TS C-26/13 *Kásler and Káslerné Rábai*, ECLI:EU:C:2014:282, pkt 50.

[22] W. Kamieński, K. Lehmann, op. cit., s. 3.

[23] Ibidem, s. 4.

[24] W literaturze znajdziemy liczne odmienne stanowiska, choć nie są one słuszne. Zob. m.in. P. Stopnicki, *Charakter prawny świadczenia wykupu w ramach umowy ubezpieczenia z UFK*, [online] http://www.prawo.egospodarka.pl/125594,Charakter-prawny-swiadczenia-wykupu-w-ramach-umowy-ubezpieczenia-z-UFK,1,84,1.html [dostęp: 26.09.2016].

[25] Por. W. Kamieński, K. Lehmann, op. cit., s. 4.

Wartość wykupu a pozostałe przesłanki konkretnej kontroli abuzywności

Zgodnie z przywołanym powyżej art. 385^1 § 1 k.c., aby postanowienie umowne było abuzywne, należy wykazać, oprócz uznania go za nieokreślające świadczenia głównego stron, że: 1) nie było ono uzgodnione indywidualnie z konsumentem, 2) kształtuje jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, 3) rażąco narusza jego interesy.

Postanowienia dotyczące świadczenia wykupu polisolokaty i określenie jego wysokości wskazuje się w ogólnych warunkach umowy (ubezpieczenia), w związku z tym oczywiste jest, że nie są one uzgodnione indywidualnie z konsumentem.

Jeżeli chodzi o dwie pozostałe przesłanki, przede wszystkim należy podkreślić, że umowy ubezpieczeń z UFK nie są czystym instrumentem inwestycyjnym, ponieważ element ubezpieczenia, choć raczej szczątkowy, jest w nich obecny. Co więcej, polisolokaty charakteryzuje też specyficzne ustalenie wysokości wartości wykupu. Wartość ta, której obowiązek określenia w umowie wynika z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, najczęściej ustalana jest w sposób budzący wątpliwości.

Wartość wykupu w umowach polisolokaty najczęściej obejmuje ukrytą opłatę likwidacyjną[26]. Jest ona wówczas określona jako procent składki zatrzymywany przez ubezpieczyciela w przypadku rozwiązania umowy przed końcem jej obowiązania i uzależniona od terminu jej zawarcia[27]. Przykładowo, w pierwszym roku obowiązywania umowy wartość wykupu wynosi 0% (a opłata likwidacyjna 100%), w drugim roku – 10% (opłata likwidacyjna – 90%), w trzecim roku – 20% (opłata likwidacyjna – 80%) itd.

O ile zatem przy zwykłych polisach inwestycyjnych klienci są zagrożeni utratą pieniędzy dopiero wtedy, jeśli wycofają się z inwestycji (gdyż z ich wypłaty potrącone będą opłaty likwidacyjne), o tyle w polisach strukturyzowanych największe straty wynikają już z samej przeceny wartości tego specjalnego funduszu inwestycyjnego. Przecena ta następuje na podstawie mechanizmu nieujawnionego w umowie, a zależnego wyłącznie od ubezpieczyciela. Wielkość świadczenia ubezpieczyciela w obu umowach jest niepewna nie dlatego, że wynikać może z oczywistych wahań rynku kapitałowego (nie jest pochodną normalnego ryzyka inwestycyjnego), ale że została ukształtowana w sposób całkowicie niewiadomy, uzależniony jedynie od ubezpieczyciela[28].

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Sądu Najwyższego z 18 grudnia 2013 roku, w którym stwierdzono, że postanowienia umowne, które nie zawierają

---

[26] Zob. K. Malinowska, *Zasady wykonywania działalności ubezpieczeniowej*, [w:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do przepisów prawnych o funkcjonowaniu rynku ubezpieczeń*, red. Z. Brodecki, M. Glicz, Warszawa 2010, s. 134.

[27] Ibidem, s. 138.

[28] Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 12 listopada 2014 r., sygn. III C 1453/13.

definicji opłat likwidacyjnych oraz informacji, z jakiego tytułu są one pobierane, jakie świadczenia wzajemne są nimi objęte i jakie elementy wpływają na ich wysokość, a także nie wykazują ich funkcji kompensacyjnych w wyniku niepowiązania wysokości opłat z ponoszonymi kosztami i ryzykiem ekonomicznych (a więc są zupełnie arbitralne), są niedozwolone[29]. Takie postanowienia uniemożliwiają bowiem konsumentowi ocenę ich charakteru oraz zasadności pobrania opłaty w określonej w umowie wysokości. Sąd Najwyższy podkreślił także, że zachęcanie klientów do kontynuowania umowy w dłuższym horyzoncie czasowym nie może polegać na obciążaniu ich w przypadku wypowiedzenia umowy przed upływem dziesięciu lat jej trwania opłatami likwidacyjnymi, których charakter, funkcja oraz mechanizm ustalania nie zostały w ogólnych warunkach umowy wyjaśnione. Jest to w konsekwencji okoliczność o zasadniczym znaczeniu dla oceny niedozwolonego charakteru tego postanowienia umownego w świetle art. 385^1 § 1 k.c.[30]

Ustanowienie ukrytej opłaty likwidacyjnej prowadzi w związku z tym do sytuacji, gdy warunki umowy w sposób rażący nie pozwalają na określenie wielkości świadczenia jednej ze stron, co oznacza tak dalekie zniekształcenie stosunku obligacyjnego, że koliduje to z jego naturą[31].

Nie oznacza to, że ogólne postanowienia czy wzorce umowy nie mogą zawierać opłat likwidacyjnych[32]. Należy je jednak w sposób dokładny zdefiniować i określić sposób ich wyliczenia. Ubezpieczyciel rzadko jest w stanie wykazać, że stawki procentowe opłaty likwidacyjnej pozostają w związku z jego realnie ponoszonymi kosztami czy ryzykiem finansowym[33].

Należy zaznaczyć, że ubezpieczyciel często pobiera również inne opłaty, które są ściśle powiązane z głównym przedmiotem umowy, tj. opłatę wstępną, za zarządzanie czy administracyjną[34]. Pobieranie dodatkowych opłat likwidacyjnych z tytułu wypowiedzenia umowy w kształcie omówionym powyżej jest bezzasadne i niecelowe.

Ustanowienie ukrytej opłaty likwidacyjnej w umowie polisolokaty jest ponadto sprzeczne z przepisami nowej ustawy ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Zgodnie z art. 23 ust. 5 w umowie ubezpieczenia na życie zawartej na okres nie dłuższy niż pięć lat, jeżeli jest ona związana z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym,

---

[29] Zob. wyrok SN z 18 grudnia 2013 r., sygn. I CSK 149/13, OSNC nr 10/2014, poz. 103, s. 55.

[30] Ibidem.

[31] Zob. A. Olejniczak, *Komentarz do art. 353[1]*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, uwagi do art. 353^1.

[32] Por. G. Karaszewski, *Komentarz do art. 385[1]*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2014, s. 641.

[33] Zob. P. Mikłaszewicz, *Komentarz do art. 385[1]*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, uwagi do art. 385^1, pkt 9.

[34] E. Kowalewski, T. Sangowski, *Prawo ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 203 i n.

zakład ubezpieczeń w zakresie wynagrodzenia pośrednika ubezpieczeniowego kieruje się zasadą równomiernego rozłożenia w czasie wydatków z tytułu prowizji pośrednika ubezpieczeniowego. Określenie ukrytej opłaty likwidacyjnej w wartości wykupu w sposób przedstawiony powyżej sprawia, że faktyczna prowizja w początkowym okresie trwania umowy polisolokaty jest zupełnie niepowiązana z działalnością ubezpieczeniową czy inwestycyjną. Jest ona raczej instrumentem, który ma na celu wykorzystanie nieuważnych konsumentów.

Przedstawione przesłanki wpisują się ponadto w możliwość uznania świadczenia wykupu polisolokaty za element sprzeczny z dobrymi obyczajami. Warto zaznaczyć, że klauzula ta nawiązuje do wyobrażeń o uczciwych, rzetelnych działaniach stron. Istotą dobrych obyczajów jest szeroko rozumiany szacunek do drugiego człowieka, a działania wykorzystujące między innymi niewiedzę, brak doświadczenia drugiej strony czy naruszające zasadę równorzędności są z nimi sprzeczne[35]. Tym samym polisolokaty wpisują się w praktyki *misselingu*, który z definicji odbiega od tego, co określamy mianem dobrych obyczajów i dobrego handlu[36].

Zawarcie w umowie ukrytej opłaty likwidacyjnej (bez jej zdefiniowania) w sposób oczywisty rażąco narusza interesy konsumenta, ponieważ godzi w jego interes gospodarczy i nierównomiernie rozkłada ciężar świadczeń wzajemnych w umowie ubezpieczenia z UFK. Tymczasem „działanie wbrew interesom konsumenta" w zakresie kształtowania treści stosunku obligacyjnego wyraża się w tworzeniu przez jego partnera takich klauzul umownych, które zaburzają równowagę tego stosunku[37].

Nierzadko wartość wykupu (a więc także opłata likwidacyjna) jest określana w sposób bardzo skomplikowany i niejednoznaczny. Już sama ta praktyka budzi oczywiste wątpliwości, także w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS UE) z 23 kwietnia 2015 roku w sprawie C-96/14 *Jean-Claude Van Hove v CNP Assurances SA*[38], w którym stwierdzono, że łączona umowa ubezpieczenia (na przykład z umową kredytu czy umową inwestycyjną) nie przyciąga uwagi konsumenta w takim stopniu, jak umowa zawierana oddzielnie, a zatem nie można domagać się od konsumenta takiej samej ostrożności, jak w sytuacji, gdyby były one zawierane osobno.

Co więcej, za punkt odniesienia w przypadku nieuczciwych praktyk handlowych uznaje się przeciętnego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny. Podkreślenia wymaga fakt, że klienci często zostają wprowadzeni w błąd przy podpisywaniu umowy polisolokaty.

[35] W. Popiołek, *Komentarz do art. 385[1]*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 1094.

[36] P. Sury, *Praktyka bancassurance a przepisy karne ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym*, „Prokuratura i Prawo" 2014, nr 10, s. 107.

[37] Zob. wyrok SN z 13 lipca 2005 r., sygn. I CK 832/04, Biul. SN nr 11/2005.

[38] ECLI:EU:C:2015:262.

Produkt przedstawiony jako ubezpieczenie z pewną lokatą kapitału na życie ma w istocie charakter typowo inwestycyjny i spekulacyjny. Taka praktyka nie jest odosobniona. Zwróciła na nią uwagę między innymi Komisja Nadzoru Finansowego w swoim stanowisku z 26 września 2012 roku[39].

W ocenie autorów opisywane powyżej instrumenty dotyczące świadczenia i wysokości wykupu polisolokat spełniają wszystkie przesłanki, by odpowiednie postanowienia ogólne warunków umowy uznać za abuzywne w ramach kontroli konkretnej.

Podsumowanie

Szczególna popularność polisolokat czy umów ubezpieczenia z UFK przypadła na okres 2012–2015. Obecnie, ze względu na doniesienia medialne oraz działalność instytucji nadzorczych, instrumenty te są wycofywane z rynku. Niestety, są one zastępowane przez inne produkty finansowe, nierzadko równie niebezpieczne dla konsumentów.

Nadzieją na ukrócenie wątpliwych praktyk w umowach polisolokat jest wspomniana na wstępie nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która ma przeciwdziałać zjawiskom *misselingu*. Nowelizacja wprowadziła do katalogu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów proponowanie im usług finansowych, które nie odpowiadają ich potrzebom ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji, lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy). W ocenie ustawodawcy taka instytucja ma na celu wymuszenie na przedsiębiorcach etycznego postępowania w zakresie proponowania konsumentom produktów finansowych. Powinni oni zatem dokonywać oceny swoich produktów pod kątem ich przydatności dla określonych grup konsumentów i kierować je do właściwych osób[40]. W ten sposób dąży się do zapewnienia na rynku usług finansowych bezpieczeństwa konsumentom z natury słabszym, przede wszystkim osobom starszym, gorzej sytuowanym, mniej pewnie poruszającym się w tej tematyce i bardziej przez to narażonym na nieuczciwe działania.

Regulacja taka wydaje się słuszna i pożądana. Problemu *misselingu* nie można bowiem skutecznie rozwiązać przez wprowadzenie regulacji sektorowych, gdyż nie są one wystarczająco elastyczne i nie stanowią odpowiedniego zabezpieczenia

[39] Stanowisko UKNF z 26 czerwca 2012 r. w sprawie praktyk sprzedażowych związanych z oferowaniem produktów inwestycyjnych skierowane do podmiotów z rynku bankowego i ubezpieczeniowego, [online] https://www.knf.gov.pl/Images/praktyki_sprzedazowe_26_09_2012_tcm75-31955.pdf [dostęp: 26.09.2016].

[40] Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw z 10 lipca 2015 r., druk sejmowy nr 3662, s. 7.

interesów konsumentów w obliczu wysokiej kreatywności osób wprowadzających nowe produkty na rynki finansowe[41]. Obrazuje to chociażby przykład polisolokat, a także innych nadużywanych instrumentów finansowych, jak kredyty w obcych walutach czy pożyczki chwilówki.

Przedstawione powyżej uwagi są ważne dlatego, że coraz powszechniejsze stają się pozwy wnoszone przez oszukanych klientów, którzy domagają się zwrotu całości lub większości zainwestowanych środków, tym samym kwestionując w ramach kontroli konkretnej postanowienia umowne dotyczące wartości wykupu polisolokaty, zawierające ukryte opłaty likwidacyjne. Orzecznictwo w tej mierze nie jest jeszcze spójne. Sąd Najwyższy słusznie uznał ostatnio[42], że postanowienia umowne dotyczące ustalenia wartości wykupu powinny być za każdym razem interpretowane osobno i że nie można przyjąć w tej kwestii zasady ogólnej. Może się zdarzyć, że w danym przypadku, ze względu na charakter umowy (wymagający na przykład szczególnych czynności ubezpieczyciela przy rozpoczęciu działalności inwestycyjnej), opłata likwidacyjna będzie uzasadniona. Niemniej jednak w typowych przypadkach zastosowanie znajdą uwagi zaprezentowane w niniejszej publikacji. Dotyczy to zwłaszcza niemożności uznania świadczenia wykupu polisolokat za świadczenie główne umowy.

The Possibility of Recognizing the Repurchase Performances as Abusive Clauses in Investment Policies Contracts

Abstract

Insurance contracts with Insurance Capital Funds (IFC) or investment policies have raised controversies in the last few years. According to the concluded contract, the insured is obliged to timely payments for investment funds which should achieve a certain profit. However, in case of non-achieving such a profit followed by the decision of the insured to dissolve the contract, a complete or significant loss of the invested capital takes place. This occurs because in the general terms of agreement, the insurer includes a hidden liquidation fee (formulated as 'repurchase provision' or 'repurchase value') which reaches a few dozen percent or even the whole value of the entrusted sum of money.

This article deals with the arguments which speak in favour of the possibility of conducting a concrete control of the abusiveness of the contract's clauses concerning the repurchase provision.

Keywords

investment policy, insurance with Insurance Capital Fund, IFC, abusive clauses, general provision

[41] J. Orlocka, *Zakaz stosowania klauzul abuzywnych i misselingu w znowelizowanej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Prawo Asekuracyjne" 2015, nr 4, s. 43.

[42] Postanowienie SN z 3 grudnia 2015 r., sygn. III CZP 87/15.

BIBLIOGRAFIA

1. Chłopecki A., *Wykorzystywanie konstrukcji umowy ubezpieczenia na rynku finansowym a problem tzw. obejścia prawa*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2013, nr 2.
2. Ciepla H., *Komentarz do art. 829*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, uwagi do art. 829.
3. Kamieński W., Lehmann K., *Wartość wykupu nie jest świadczeniem głownym,* UOKiK 2015, s. 3, [online] https://uokik.gov.pl/download.php?plik=16468 [dostęp: 26.09.2016].
4. Karaszewski G., *Komentarz do art. 385[1]*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2014.
5. Karpińska M., *Konflikt interesów a obowiązki informacyjne organizatora turystyki i agenta turystycznego jako ubezpieczającego oraz pośrednika ubezpieczonego*, [w:] *Informacja w prawie ubezpieczeń gospodarczych*, red. B. Gnela, M. Szaraniec, Warszawa 2015.
6. Kawulski A., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013.
7. Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.
8. Kowalewski E., Sangowski T., *Prawo ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, Warszawa 2004.
9. Krajewski M., *Umowa ubezpieczenia. Art. 805-834 KC. Komentarz*, Warszawa 2016, uwagi do art. 829.
10. Malinowska K., *Zasady wykonywania działalności ubezpieczeniowej*, [w:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do przepisów prawnych o funkcjonowaniu rynku ubezpieczeń*, red. Z. Brodecki, M. Glicz, Warszawa 2010.
11. Mikłaszewicz P., *Komentarz do art. 385[1]*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, uwagi do art. 385[1], pkt 9.
12. Olejniczak A., *Komentarz do art. 353[1]*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, uwagi do art. 353[1].
13. Orlicki M., *Świadczenie ubezpieczyciela – ochrona ubezpieczeniowa*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 8: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011.
14. Orlocka J., *Zakaz stosowania klauzul abuzywnych i misselingu w znowelizowanej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Prawo Asekuracyjne" 2015, nr 4.
15. Popiołek W., *Komentarz do art. 385[1]*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015.
16. Stopnicki P., *Charakter prawny świadczenia wykupu w ramach umowy ubezpieczenia z UFK*, [online] http://www.prawo.egospodarka.pl/125594,Charakter-prawny-swiadczenia-wykupu-w-ramach-umowy-ubezpieczenia-z-UFK,1,84,1.html [dostęp: 26.09.2016].
17. Sury P., *Praktyka bancassurance a przepisy karne ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym*, „Prokuratura i Praw" 2014, nr 10.
18. Szczepańska M., *Ubezpieczenie na życie. Aspekty prawne*, Warszawa 2008.
19. Szczepańska M., *Ubezpieczenie na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*, Warszawa 2011.
20. Więcko-Tułowiecka M., *Ochrona konsumentów w umowach ubezpieczenia*, Warszawa 2014.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Michał Wantoła

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Karnego
e-mail: michalwantola@gmail.com

Odpowiednie stosowanie okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną wobec przewinień dyscyplinarnych

Streszczenie

Autor zakłada zasadność rozróżnienia pojęć odpowiedzialności karnej sensu stricto i odpowiedzialności karnej sensu largo (odpowiedzialności represyjnej). Konstytucyjne gwarancje w zakresie prawa karnego odnoszą się do każdego rodzaju odpowiedzialności represyjnej, w tym do odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Przepisy prawa dyscyplinarnego najczęściej przewidują nakaz odpowiedniego stosowania uregulowań kodeksu postępowania karnego, nie odnosząc się do kwestii stosowania przepisów kodeksu karnego. W doktrynie oraz orzecznictwie, uwzględniając przeważnie argumenty funkcjonalne, najczęściej przyjmuje się możliwość stosowania przepisów prawa karnego materialnego w postępowaniu dyscyplinarnym.

Z uwagi na racjonalność reakcji prawnej przewidzianej przepisami prawa dyscyplinarnego szczególnie istotne jest rozstrzygnięcie kwestii odpowiedniego stosowania przepisów formułujących okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną. Autor proponuje spojrzenie na ten problem nie tylko z perspektywy wykładni funkcjonalnej, ale też w oparciu o analizę normatywną i teoretyczno-dogmatyczną. Dochodzi do wniosku, że możliwe jest odpowiednie stosowanie tych przepisów w postępowaniu dyscyplinarnym.

W tekście rozważane są również konsekwencje normatywne wprowadzania uregulowań nakazujących odpowiednie stosowanie konkretnych przepisów ustawy karnej materialnej wobec przewinień dyscyplinarnych. Sformułowany zostaje postulat de lege ferenda o zasadności wprowadzania uregulowań nakazujących odpowiednie stosowanie wszystkich przepisów kodeksu karnego, z wyjątkiem enumeratywnie wyliczonych przepisów nieprzystających do danych uregulowań dyscyplinarnoprawnych.

SŁOWA KLUCZOWE

odpowiedzialność dyscyplinarna, przewinienie dyscyplinarne, odpowiedzialność represyjna, analogia w prawie, odpowiednie stosowanie przepisów, okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną

Uwagi ogólne

Pojęcia „odpowiedzialność karna" i „prawo karne" są wysoce niedookreślone. Oczywiście ustawodawca zwykły może – i powinien – precyzować, co rozumie pod pojęciem odpowiedzialności karnej czy przepisów prawa karnego. Tak też czyni ustawodawca polski, wskazując, że odpowiedzialność za przestępstwa i przestępstwa skarbowe jest odpowiedzialnością karną, nie używa natomiast przymiotnika „karny" odnośnie do odpowiedzialności ponoszonej w związku z popełnieniem wykroczenia lub wykroczenia skarbowego (zob. art. 1 § 1 k.k., art. 1 § 1 k.k.s. i art. 1 § 1 k.w.). Nie znajdujemy tego przymiotnika także w przepisach regulujących odpowiedzialność dyscyplinarną w polskim porządku prawnym. Określenie to zostało, wbrew pierwotnym planom, pominięte w tytule ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary[1].

Dookreślenie pojęcia odpowiedzialności karnej przez ustawodawcę zwykłego nie oznacza bynajmniej, że znaczenie nadane przezeń temu pojęciu należy odnosić do sformułowań użytych w ustawie zasadniczej (konstytucji). Ustrojodawca może z pojęciem odpowiedzialności karnej wiązać określone gwarancje materialnoprawne i procesowe, ustawodawca zwykły ma zaś swobodę w przyjmowaniu szczegółowych rozwiązań, umożliwiających realizację konstytucyjnych praw i wolności.

Pierwszym i podstawowym wyróżnikiem prawa karnego powinno być jego nastawienie na zadanie dolegliwości sprawcy naruszenia normy prawnej. Osoba, która naruszyła prawo i wyrządziła tym samym szkodę społeczeństwu, powinna zostać poddana sankcji, która swoją dolegliwością winna przewyższyć wyrządzony przez nią uszczerbek w dobrach społecznych. Ten element represji wiąże się nieodłącznie z prewencyjnym nastawieniem norm prawa karnego, ich ukierunkowaniem na przyszłość, skłanianiem obywateli do przestrzegania prawa[2]. Normy prawnokarne winny być przestrzegane nie tylko ze względu na konieczność dania posłuchu władzy, ale powinny też oddawać pewien pierwiastek materialny, wyrażający się w tym, że służą one do ochrony cennych dla społeczeństwa wartości (dóbr). W tym wyraża się funkcja ochronna prawa karnego[3].

---

[1] DzU z 2014 r., poz. 1417 z późn. zm. Zob. uwagi M. Filara w: *System Prawa Karnego*, t. 1: *Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 415; a także wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r. sygn. akt K 18/03, OTK ZU-A 2004, nr 10, poz. 103.

[2] Por. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 25.

[3] Zob. np. *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2010, s. 34.

Charakter dóbr, którym należy zapewnić ochronę, jest na tyle zróżnicowany, że uzasadnia podziały w ramach tak zakreślonego prawa karnego (*sensu largo*) i osobne uregulowanie poszczególnych jego działów. Dobra o znaczeniu podstawowym, jak życie, zdrowie, mienie czy wolność, zasadniczo powinny być chronione za pomocą prawa karnego *sensu stricto*, cechującego się najbardziej dolegliwą reakcją na bezprawne zachowanie sprawcy. Ochronę tych samych dóbr, ale wysuniętą dalej na przedpole ich naruszenia albo wiązaną z mniejszymi w nich uszczerbkami, można powiązać z prawem wykroczeń, operującym dużo łagodniejszymi sankcjami. Interesy fiskalne państwa będą chronione przede wszystkim przez prawo karne skarbowe, regulujące kwestię odpowiedzialności za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Zbliżona wartość, tj. dyscyplina finansów publicznych, będzie chroniona przez unormowania dotyczące odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny budżetowej, które również zaliczane są do prawa karnego *sensu largo*[4].

Wątpliwości może budzić charakter odpowiedzialności dyscyplinarnej. Są one uzasadnione tym bardziej, im więcej jest grup zawodowych jej podlegających, im więcej ustaw ją reguluje i im bardziej są one zróżnicowane[5]. Można mówić o prawie dyscyplinarnym jako takim[6], ale jego wewnętrzne zróżnicowanie nakazuje

[4] Zob. np. J. Majewski, *O wybranych pojęciach odpowiedzialności karnej*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 328–329. Odmiennie twierdzi P. Kryczko, który nie uznaje odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych za rodzaj odpowiedzialności represyjnej, choć jednocześnie przyznaje, iż orzekane w ramach pociągania do takiego rodzaju odpowiedzialności sankcje mogą być surowe, a ich cechą jest represyjność uzasadniona wartością dobra podlegającego ochronie, czyli ładu finansów publicznych (zob. P. Kryczko, *Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] *Sanacja finansów publicznych w Polsce. Aspekty prawne i ekonomiczne*, red. K. Święch, A. Zalcewicz, Szczecin 2005, s. 409, 413).

[5] W kwestii systematyki przepisów ustanawiających odpowiedzialność dyscyplinarną zob. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Gdańsk 2013, s. 23–31. P. Czarnecki zwraca uwagę, że większość polskich opracowań poświęconych zagadnieniom odpowiedzialności dyscyplinarnej odnosi się do odpowiedzialności członków jednej grupy zawodowej, ewentualnie zestawia się odpowiedzialność dyscyplinarną członków kilku zbliżonych do siebie charakterem grup zawodowych. Zob. P. Czarnecki, *Koncepcja kodeksu odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych – założenia modelowe*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego. Materiały konferencyjne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010; idem, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013.

[6] Zob. np. R. Giętkowski, op. cit., s. 71–72; W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy – problematyka materialnoprawna i procesowa*, „Rejent" 2006, nr 9, s. 25; P. Kardas, *Przewinienie dyscyplinarne o charakterze ciągłym*, „Rejent" 2010, wydanie specjalne, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza*, s. 91. T. Bojarski twierdzi natomiast, że „nie ma prawa dyscyplinarnego w ogóle, ma ono charakter można powiedzieć branżowy, ponieważ odpowiedzialność dyscyplinarna ma zastosowanie tylko do niektórych grup

wskazanie wspólnych cech jego poszczególnych części, przesądzających o możliwości przyporządkowania danego zgrupowania regulacji do prawa dyscyplinarnego.

Radosław Giętkowski wymienia następujące typowe cechy odpowiedzialności dyscyplinarnej (ograniczę się do przytoczenia tych, które mogą mieć znaczenie z punktu widzenia prowadzonych w niniejszym artykule rozważań): 1) ma charakter ustawowy, 2) zasadniczo mogą ją ponosić wyłącznie osoby fizyczne, 3) odnosi się do indywidualnie zakreślonych grup podmiotów, będących członkami pewnej organizacji publicznej, 4) jest ponoszona w związku z funkcjonowaniem tej organizacji, 5) nie obowiązuje w jej obszarze zasada *nullum crimen (delictum) sine lege*[7], 6) ponosi się ją często za czyny jeszcze obojętne z punktu widzenia prawa karnego. Gdy do tego wyliczenia dodamy dolegliwość sankcji dyscyplinarnej[8] nakierowaną na odstraszenie od podejmowania zachowań naruszających normy[9], możemy uznać prawo dyscyplinarne za część prawa karnego *sensu largo*[10]. Dodajmy od razu, że jest to ujęcie modelowe, teoretyczne i niektóre

osób, nie odnosi się do wszystkich grup społeczno-zawodowych" (T. Bojarski, *Kilka uwag na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną a karną*, „Państwo i Prawo" 2005, z. 3, s. 100). Por. uwagi P. Czarneckiego, *Postępowanie...*, op. cit., s. 24–27.

[7] Zob. też K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego. Uwagi na gruncie Konstytucji RP*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1999, z. 1; P. Kardas, op. cit., s. 106.

[8] Zob. uwagi P. Jóźwiaka, uznającego odpowiedzialność dyscyplinarną za rodzaj odpowiedzialności represyjnej: P. Jóźwiak, *Stosowanie prawa karnego materialnego i procesowego w postępowaniu dyscyplinarnym policjantów (zarys problematyki)*, [w:] *Odpowiedzialność dyscyplinarna w policji. I Seminarium Prawnicze w Pile z cyklu „Odpowiedzialność dyscyplinarna w służbach mundurowych"*, red. P. Jóźwiak, W. S. Majchrowicz, Piła 2011, s. 7; por. R. Giętkowski, op. cit., s. 106; zob. też W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy...*, op. cit., s. 25–26.

[9] L. Gardocki pisze w tym kontekście zarówno o prewencji indywidualnej, jak i ogólnej (L. Gardocki, *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 194–195).

[10] Zob. też K. Wojtyczek, op. cit., s. 56; J. R. Kubiak, J. Kubiak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, „Przegląd Sądowy" 1994, nr 4, s. 5; L. Gardocki, op. cit., s. 191; P. Kardas, op. cit., s. 99 i n.; J. Majewski, op. cit., s. 328–329. Również E. Plebanek uznaje prawo dyscyplinarne za część prawa represyjnego, wskazując dodatkowo, że przewinienia dyscyplinarne stanowią podkategorię czynów zabronionych (E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura przestępstwa a materialna treść i model struktury przewinień dyscyplinarnych*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne...*, op. cit.; zob. też W. Wróbel, A. Zoll, op. cit., s. 30–31). A. Światłowski zalicza „prawo odpowiedzialności dyscyplinarnej" do prawa karnego *sensu largissimo* (A. Światłowski, *Jedna czy wiele procedur karnych. Z zagadnień wewnętrznego zróżnicowania form postępowania karnego rozpoznawczego*, Sopot 2008, s. 13–14). Inaczej twierdzi R. Giętkowski, traktujący odpowiedzialność dyscyplinarną jako odpowiedzialność prawną regulowaną normami publicznego prawa ustrojowego (R. Giętkowski, op. cit., s. 71). T. Bojarski uznaje prawo dyscyplinarne za bliższe prawu administracyjnemu

regulacje stanowione przez polskiego ustawodawcę, a odnoszące się do odpowiedzialności dyscyplinarnej, mogą podawać w wątpliwość jego poprawność. Na potrzeby rozważania kwestii związanych z wyłączeniem odpowiedzialności takie założenie jest jednak jak najbardziej właściwe i wystarczające.

Dla uproszczenia w toku dalszego wywodu będę przyjmował, iż prawo karne oznacza wyróżnione tutaj prawo karne *sensu stricto*, regulujące kwestie odpowiedzialności za przestępstwa. Prawem represyjnym będę nazywał z kolei prawo karne *sensu largo*, obejmujące również prawo dyscyplinarne. Samo pojęcie prawa dyscyplinarnego, bez bliższego dookreślenia, będzie oznaczało zbiór przepisów regulujących odpowiedzialność dyscyplinarną w ramach jednej grupy zawodowej, a dokładniej: zbiór przepisów obejmujący katalog czynów sankcjonowanych przez prawo dyscyplinarne, przewidywanych za ich popełnienie sankcji dyscyplinarnych oraz zasad ponoszenia tej odpowiedzialności. W tym ujęciu przepisem prawa dyscyplinarnego będzie zatem przepis art. 53 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o izbach lekarskich[11] (dalej: „u.i.l.), mówiący o tym, że członek izby lekarskiej podlega odpowiedzialności zawodowej (dyscyplinarnej), nie będzie zaś przepisem prawa dyscyplinarnego art. 8 tej samej ustawy, określający obowiązki członków izby lekarskiej.

Odpowiednie stosowanie przepisów prawa karnego materialnego do przewinień dyscyplinarnych

Regulacja podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej przez polskiego ustawodawcę jest najczęściej szczątkowa. Zazwyczaj brak ustawowego nakazu odpowiedniego stosowania norm prawa karnego materialnego. Jako wyjątki można tu wskazać regulacje nowszych ustaw, jak art. 112 pkt 2 u.i.l. czy art. 88 pkt 2 ustawy z dnia 1 lipca 2011 roku o samorządzie pielęgniarek i położnych[12], a także znowelizowane z końcem 2014 roku unormowania art. 95n ustawy z dnia 26 maja 1982 roku Prawo o adwokaturze[13] oraz art. 74^1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych[14]. Dwa pierwsze przepisy nakazują odpowiednie stosowanie przepisów rozdziałów I–III k.k. oraz art. 53 k.k., dwa kolejne ograniczają się

niż karnemu (T. Bojarski, *Kilka uwag...*, op. cit., s. 99–100). Wielokrotnie na temat uznania odpowiedzialności dyscyplinarnej za rodzaj odpowiedzialności represyjnej wypowiadał się Trybunał Konstytucyjny (zob. wyroki TK: z dnia 27 lutego 2001 r., K 22/00, OTK ZU-A 2001, nr 3, poz. 48; z dnia 26 listopada 2003 r., SK 22/02, OTK ZU-A 2003, nr 9, poz. 97; z dnia 19 marca 2007 r., K 47/05, OTK ZU-A 2007, nr 7, poz. 27; z dnia 29 czerwca 2010 r., P 28/09, OTK ZU-A 2010, nr 133, poz. 898).

[11] DzU z 2015 r., poz. 651 z późn. zm.

[12] DzU nr 174, poz. 1038 z późn. zm.

[13] DzU z 2015 r., poz. 615 z późn. zm.

[14] DzU z 2015 r., poz. 507 z późn. zm. Zmian dokonano ustawą z dnia 7 listopada 2014 r. o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze oraz niektórych innych ustaw (DzU poz. 1778).

natomiast do nakazu stosowania przepisów rozdziałów I–III k.k. Najczęściej jednak ustawodawca ogranicza się do stwierdzenia, że w postępowaniu dyscyplinarnym należy odpowiednio stosować przepisy k.p.k.[15] Powstaje zatem pytanie, czy jest uzasadnione/możliwe sięganie do analogii i stosowanie przepisów prawa karnego materialnego odpowiednio, nawet jeśli przepisy prawa dyscyplinarnego tej kwestii nie poruszają.

Przeciwko stosowaniu analogii może przemawiać ukształtowanie stanu normatywnego, w którym ustawodawca przewidział odesłanie do odpowiedniego stosowania regulacji prawa karnego procesowego, nie wypowiedział się natomiast co do odpowiedniego stosowania prawa karnego materialnego, co oznaczałoby, że odpowiednio można stosować tylko te pierwsze. Uznanie takiego postąpienia legislatora za umyślne sugerowałoby, że nie mamy do czynienia w przedmiotowym zakresie z luką prawną uzasadniającą stosowanie analogii. Zauważmy jednak, że prawo karne procesowe służy właśnie do umożliwienia stosowania norm prawa karnego materialnego i jako takie pełni funkcję wobec niego służebną[16]. Często też przepisy prawa karnego procesowego wprost odsyłają do przepisów prawa karnego materialnego albo posługują się pojęciami, których znaczenie można odczytać dopiero po sięgnięciu do regulacji materialnoprawnych[17].

To, że w ustawie regulującej odpowiedzialność dyscyplinarną jednej grupy zawodowej ustawodawca posługuje się nakazem odpowiedniego stosowania przepisów części ogólnej ustawy karnej, a w ustawie regulującej odpowiedzialność dyscyplinarną innej grupy tak nie jest, nie posłuży jako argument przeciwko analogicznemu stosowaniu unormowań prawa karnego materialnego. W ten sposób ustawodawca pokazuje bowiem, że rozwiązania przyjęte w prawie karnym materialnym nadają się do odpowiedniego zastosowania na gruncie prawa dyscyplinarnego[18].

Nie zapominajmy też, że odpowiedzialność dyscyplinarna, jako rodzaj odpowiedzialności represyjnej, podlega konstytucyjnym zasadom demokratycznego państwa prawnego, tj. zasadzie proporcjonalności czy domniemania niewinności, i wynikającym z nich regułom wspólnym dla całego prawa represyjnego.

---

[15] Zob. np. art. 37^1 ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (DzU z 2013 r., poz. 269 z późn. zm.); art. 89 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (DzU z 2011 r., nr 270, poz. 1599 z późn. zm.); art. 69 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (DzU z 2014 r., poz. 164 z późn. zm.); art. 79 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (DzU z 2011 r., nr 41, poz. 213 z późn. zm.); art. 78b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (DzU z 2015 r., poz. 790 z późn. zm.); art. 128 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU z 2015 r., poz. 133 z późn. zm.); art. 223 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (DzU z 2012 r., poz. 572 z późn. zm.).

[16] Zob. R. Giętkowski, op. cit., s. 113.

[17] Ibidem, s. 114.

[18] Ibidem, s. 111.

Wiele szczegółowych regulacji składających się na prawo karne czy prawo wykroczeń jest doprecyzowaniem tych zasad i w związku z tym racjonalne byłoby przynajmniej rozważenie możliwości ich przeniesienia na grunt prawa dyscyplinarnego[19].

Wreszcie odpowiedzialność dyscyplinarna jawi się jako „blisko spokrewniona" z odpowiedzialnością karną[20], a struktura przewinienia dyscyplinarnego skonstruowana jest podobnie jak struktura przestępstwa[21]. Nie można jednak, jak chciałby Antoni Bojańczyk[22], z owej kategorialnej bliskości przesłanek odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej wyciągać wniosku o możliwości odpowiedniego stosowania przepisów części ogólnej k.k. w postępowaniach dyscyplinarnych regulowanych przepisami polskiego prawa dyscyplinarnego na mocy regulacji art. 116 k.k. Po pierwsze, art. 116 k.k. nie mówi o stosowaniu odpowiednim, lecz o stosowaniu jako takim, czyli stosowaniu wprost. Po drugie, wcale nie musi on mieć charakteru gwarancyjnego (według Bojańczyka wręcz „wybitnie gwarancyjnego") – odpowiednie stosowanie niektórych przepisów części ogólnej k.k. (zwłaszcza tych z rozdziału II) prowadziłoby do poszerzenia zakresu zachowań pociągających za sobą odpowiedzialność dyscyplinarną. Po trzecie, przepis ten odnosi się do odpowiedzialności karnej rozumianej formalnie, ustawowo[23].

---

[19] Ibidem, s. 115. Znamienna jest w tym kontekście wypowiedź W. Kozielewicza: „Oczywiście uznanie, że podstawowe zasady odpowiedzialności karnej obowiązują w postępowaniu dyscyplinarnym, nie musi nastąpić przez nawiązanie do przepisów kodeksu karnego. Można by w tym celu odwołać się do przepisów Konstytucji RP lub europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Droga ta wydaje się bardziej skomplikowana niż odniesienie się w nielicznych, wymagających tego wypadkach do norm zawartych w kodeksie" (W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy...*, op. cit., s. 164). Zob. też P. Kardas, op. cit., s. 112.

[20] A. Bojańczyk, *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną (na przykładzie odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych)*, „Państwo i Prawo" 2004, z. 9, s. 29. Na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną zob. W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna i karna notariusza – wzajemne relacje*, „Rejent" 2011, nr 6, s. 85–86, a także przywołane tam orzecznictwo TK. Por. też R. Giętkowski, op. cit., s. 89 i n.

[21] Jest to szczególnie widoczne w rozważaniach E. Plebanek (op. cit.). Por. J. R. Kubiak, J. Kubiak, op. cit., s. 5–6; R. Giętkowski, op. cit., s. 184, z przywołaną tam literaturą przedmiotu.

[22] A. Bojańczyk, op. cit., s. 30–31.

[23] Zob. J. Raglewski, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, op. cit., s. 1258; O. Górniok, M. Filar, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2008, s. 546; T. Bojarski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2009, s. 224; M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2010, s. 266; M. Błaszczyk, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2: *Komentarz do artykułów 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 1024. Por. też M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 13.

Wszystkie te argumenty funkcjonalne *prima facie* prowadzą do umożliwienia analogicznego stosowania przepisów prawa karnego materialnego na gruncie prawa dyscyplinarnego. Tak też najczęściej przyjmuje w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy (choć z zastrzeżeniami odnoszącymi się do konkretnych instytucji prawa karnego materialnego, zwłaszcza kary łącznej czy zatarcia skazania)[24]. Należy tu jednak poczynić dwa zastrzeżenia. Po pierwsze, do odpowiedniego stosowania nadawałyby się przede wszystkim przepisy określające zasady odpowiedzialności karnej oraz dyrektywy wymiaru kary. Odpowiednie stosowanie przyjętych w k.k. rozwiązań w zakresie kar i środków karnych, przedawnienia czy zatarcia skazania nie może mieć miejsca choćby z tego względu, że przepisy prawa dyscyplinarnego kwestie te regulują autonomicznie, w sposób często zupełnie odmienny od rozwiązań przyjętych w prawie karnym materialnym[25]. Po drugie, skoro prawo dyscyplinarne należy uznać za dział prawa represyjnego, to niedopuszczalne jest stosowanie analogii na niekorzyść sprawcy przewinienia dyscyplinarnego[26]. Co do zasady niemożliwe byłoby zatem odpowiednie stosowanie przepisów rozdziału II k.k., rozszerzających odpowiedzialność karną na formę stadialną usiłowania oraz na współsprawstwo i niesprawcze postacie współdziałania, czyli podżeganie i pomocnictwo[27].

Podstawową rolę w prawie represyjnym spełnia jednak nie wykładnia funkcjonalna, lecz wykładnia językowa i systemowa. Warto więc zastanowić się, jak z perspektywy analizy dogmatycznej, a także normatywnej można uzasadnić nakaz odpowiedniego stosowania przepisów części ogólnej k.k. w postępowaniu

---

[24] Zob. m.in. następujące wyroki SN: z dnia 5 listopada 2003 r., sygn. akt SNO 67/03, OSNSD 2003, nr 2, poz. 61; z dnia 22 czerwca 2004 r., sygn. akt SNO 22/04, LEX nr 472091; z dnia 25 stycznia 2007 r., sygn. akt SNO 74/06, LEX nr 471789; z dnia 14 lutego 2007 r., sygn. akt SNO 77/06, LEX nr 471825; z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt SNO 24/08, LEX nr 1288827; z dnia 16 lutego 2009 r., sygn. akt SNO 97/08, LEX nr 1289041; z dnia 14 lipca 2009 r., sygn. akt SNO 42/09, OSNKW 2010, nr 5, poz. 44; z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt SDI 35/14, LEX nr 1560209; z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt SNO 10/15, LEX nr 1666032. Zob. też postanowienie SN z dnia 22 lipca 2009 r., sygn. akt SNO 48/09, LEX nr 1288917.

[25] Zob. P. Czarnecki, op. cit., s. 185. Por. J. Matarewicz, *Czy sąd dyscyplinarny dla doradców podatkowych może stosować środki probacyjne?*, „Doradca Podatkowy" 2011, nr 5, s. 42–43.

[26] Zob. P. Kardas, op. cit., passim. Por. R. Giętkowski, op. cit., s. 116; J. R. Kubiak, J. Kubiak, op. cit., s. 6.

[27] Przepisy rozdziału II k.k. właściwie nie dokonują rozszerzenia podstaw odpowiedzialności karnej na fazę przygotowania (aby taka odpowiedzialność zachodziła, ustawodawca musi wyraźnie to wskazać w przepisie części szczególnej kodeksu lub przepisie karnym pozakodeksowym) oraz, zasadniczo, na inne niż jednosprawstwo sprawcze postaci współdziałania. W przypadku sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego ewentualne wykreślenie z k.k. art. 18 § 1 zd. 3 i 4 nie czyniłoby przeszkód w przypisaniu odpowiedzialności karnej za sprawstwo w większości przypadków, gdy przedmiotem rozważań czyni się typy skutkowe. Zob. M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 2009, s. 376–380.

dyscyplinarnym. Takie rozważania w zakresie odnoszącym się do okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną, przewidzianych między innymi w rozdziale III k.k., zostaną przedstawione w kolejnym punkcie.

Odpowiednie stosowanie uregulowań ustawy karnej wyłączających odpowiedzialność karną w postępowaniu dyscyplinarnym

Ustawodawca, stanowiąc przepisy regulujące zasady odpowiedzialności dyscyplinarnej, może wybrać dwa warianty. Pierwszy – dodajmy od razu: bardziej prawidłowy – polega na wprowadzeniu uregulowania wskazującego, że wobec przewinień dyscyplinarnych stosuje się odpowiednio przepisy prawa karnego dotyczące wyłączenia przestępności zachowania realizującego znamiona typu czynu zabronionego. Może też tę kwestię w ramach określania zasad ponoszenia odpowiedzialności dyscyplinarnej pominąć.

Pierwszy przypadek może budzić wątpliwości wtedy, gdy odwołanie obejmie tylko część okoliczności wyłączających przestępność. Rolą interpretatora jest wówczas ocena, czy takie pominięcie przez ustawodawcę było celowe i okoliczności nieobjętych odwołaniem nie należy stosować nawet *per analogiam*, czy też mamy do czynienia z luką prawną, którą należy odpowiednio wypełnić.

Inaczej należy rozstrzygnąć sytuację, gdy ustawodawca milczy w kwestii odpowiedniego stosowania okoliczności wyłączających przestępność w odniesieniu do przewinień dyscyplinarnych. Całkowite zrezygnowanie z ich odpowiedniego stosowania prowadziłoby często do rozstrzygnięć po prostu niesprawiedliwych[28]. Sama możliwość opierania się organu dyscyplinarnego na tym, czy jego rozstrzygnięcie byłoby sprawiedliwe (słuszne), czy nie, byłaby jednak daniem mu zbyt dużej władzy (która i tak, ze względu na wyłączenie/ograniczenie zasady ustawowej wyłączności czynu w prawie dyscyplinarnym, jest znaczna) i deprecjonowaniem znaczenia ustawowych regulacji podstaw tego rodzaju odpowiedzialności. Poza tym jest to zaledwie kolejny argument funkcjonalny za odpowiednim stosowaniem określonej grupy przepisów k.k. Należy więc znaleźć sposób na uzasadnienie odpowiedniego stosowania okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną w postępowaniu dyscyplinarnym o charakterze teoretyczno-dogmatycznym.

Pierwszy – i zarazem najprostszy – polega na stosowaniu odpowiednich uregulowań części ogólnej ustawy karnej *per analogiam*. Skoro analogia w prawie represyjnym jest dopuszczalna tylko wówczas, gdy działa na korzyść sprawcy, a okoliczności uchylające albo ograniczające odpowiedzialność mogą działać

[28] Zob. E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 164; W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziego za wykroczenie*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne...*, op. cit., s. 359–360.

wyłącznie na korzyść sprawcy, z przyjęciem takiego sposobu nie powinny się wiązać problemy polegające na niedopuszczalnym zwiększeniu zakresu czynów pociągających za sobą odpowiedzialność dyscyplinarną jako rodzaj odpowiedzialności represyjnej. Powstaje jednakowoż pytanie, czy zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym instytucji uchylającej odpowiedzialność karną i możliwej do zracjonalizowania na gruncie prawa karnego nie prowadziłoby do zbytniego zawężenia klasy przewinień dyscyplinarnych[29]. Znaczna część okoliczności wyłączających przestępność czynu oparta jest bowiem na ważeniu dóbr i ocenie społecznej szkodliwości zachowania, tę zaś, jak i same dobra podlegające ochronie w prawie dyscyplinarnym, ujmuje się inaczej. Tę trudność można by jednak ominąć przez wskazanie, że odpowiednie stosowanie niekoniecznie oznacza zaaplikowanie jakiejś regulacji wprost: można ją wykorzystać z odpowiednimi, wynikającymi ze specyfiki danej gałęzi prawa, modyfikacjami[30]. Należy też założyć, że takie odpowiednie stosowanie regulacji uchylających bezprawność, winę i karalność powinno prowadzić do uchylenia bezprawności, winy i samej tylko odpowiedzialności dyscyplinarnej („sankcjonowalności") za popełnienie czynu odpowiadającego opisowi typu deliktu dyscyplinarnego.

Pewne problemy może na gruncie prawa dyscyplinarnego powodować odpowiednie stosowanie okoliczności wyłączających karalność, jeżeli odnoszą się one do tego, co sprawca czynu zabronionego uczynił już po zrealizowaniu znamion, a więc na przykład instytucji czynnego żalu skutecznego, współpracy z organami ścigania i wydania osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa. Szczególnie wątpliwy wydaje się drugi przykład, ale i odpowiednie stosowanie regulacji czynnego żalu nie jest zagadnieniem bezspornym, zwłaszcza jeżeli ustawodawca nie daje podstaw do przyjmowania odpowiedzialności dyscyplinarnej za usiłowanie. Jeżeli przepis prawa dyscyplinarnego nakazuje odpowiednie stosowanie regulacji ustawy karnej odnoszących się do form stadialnych, to wówczas uchylenie odpowiedzialności dyscyplinarnej na drodze czynnego żalu wydaje się zasadne, ale jeżeli możliwość pociągania do odpowiedzialności dyscyplinarnej za zachowania określone jako usiłowanie przyjmujemy tylko na podstawie przepisów prawa dyscyplinarnego, wydaje się to już wątpliwe[31].

---

[29] Należałoby rozstrzygnąć, czy rzeczywiście mamy do czynienia z luką konstrukcyjną lub szczególną luką aksjologiczną. Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 208–209.

[30] Zob. J. Nowacki, *„Odpowiednie" stosowanie przepisów prawa*, „Państwo i Prawo" 1964, z. 3, s. 372 i n.

[31] Z uchybieniem godności zawodu/urzędu można w wielu przypadkach powiązać nie tyle urzeczywistnienie jakiegoś stanu rzeczy, ile samo uzewnętrznienie zamiaru, którego osoba zajmująca określone stanowisko w ogóle nie powinna powziąć i uzewnętrznić. Zachowanie, do opisu którego użylibyśmy nazwowego określenia „usiłowanie" popełnienia jakiegoś czynu, może więc zostać uznane za przewinienie dyscyplinarne, nawet jeżeli przepisy prawa dyscyplinarnego nie przewidują odpowiedniego stosowania art. 13 k.k.

Można też wskazać, że skoro konieczną przesłanką pociągnięcia do odpowiedzialności dyscyplinarnej jako rodzaju odpowiedzialności represyjnej jest możliwość postawienia sprawcy zarzutu winy, to winniśmy w postępowaniu dyscyplinarnym odpowiednio stosować uregulowane w ustawie karnej okoliczności wyłączające winę sprawcy. Czy tezę tę można rozciągnąć na okoliczności wyłączające bezprawność? Wydaje się, że skoro odpowiednio stosujemy okoliczności wyłączające winę, to tym bardziej powinniśmy odpowiednio stosować okoliczności wyłączające bezprawność. Na gruncie bardzo podobnego problemu w prawie karnym skarbowym Grzegorz Bogdan zaproponował rozwiązanie wskazujące, iż będąca podstawą wprowadzenia okoliczności wyłączającej bezprawność kolizja dóbr daje asumpt do przyjęcia, że sprawca działał w warunkach anormalnej sytuacji motywacyjnej i z tego względu jego zachowania nie można uznać za zawinione[32]. Ta ostatnia propozycja recypowana na grunt prawa dyscyplinarnego powodowałaby jednak niemożność odróżnienia okoliczności wyłączających bezprawność i winę sprawcy[33].

Odnosząc się już tylko do regulacji polskiego prawa dyscyplinarnego, można wskazać na jeszcze dwie możliwości recypowania okoliczności wyłączających przestępność czynu do prawa dyscyplinarnego. Pierwsza polega na wykorzystaniu nakazu odpowiedniego stosowania art. 17 § 1 pkt 2 cz. 2 i art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. Skoro przepisy prawa dyscyplinarnego nakazują odpowiednie stosowanie przepisów k.p.k. wyłączających możliwość wszczęcia postępowania lub nakazujących jego umorzenie w sytuacji, gdy ustawa karna stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa albo nie podlega karze, to należałoby w procesie rekonstrukcji norm prawa dyscyplinarnego uwzględnić również właściwe uregulowania k.k. Rozwijając tę myśl, można powiedzieć, że prawo dyscyplinarne nakazuje odpowiednie stosowanie nie tyle przepisów k.p.k., ile norm prawnych, dla których podstawą do rekonstrukcji są przepisy k.p.k. Jeżeli do poprawnego zdekodowania określonej normy prawa karnego procesowego konieczne jest odwołanie się do regulacji zawartych w ustawie prawnomaterialnej, to konieczne będzie ono również do poprawnego zrekonstruowania normy procesowej prawa dyscyplinarnego.

Druga propozycja wiąże się z wynikającym z odesłania do art. 2 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. nakazem trafnej reakcji karnej (dyscyplinarnej), który jest niemożliwy do zrealizowania bez zastosowania odpowiednich okoliczności uchylających odpowiedzialność. Jak wskazał w wyroku z dnia 5 listopada 2003 roku sygn. akt SNO 67/03 Sąd Najwyższy:

---

[32] G. Bogdan, *Rola kontratypów w prawie karnym skarbowym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1998, z. 1–2, s. 73.

[33] Por. P. Jóźwiak, *Zgoda pokrzywdzonego jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność dyscyplinarną (rozważania na przykładzie tajemnicy zawodowej w niektórych zawodach prawniczych)*, [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011.

> [...] w postępowaniu dyscyplinarnym znajduje zastosowanie sformułowana w art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. zasada trafnej reakcji, wymagająca – m.in. – aby do odpowiedzialności dyscyplinarnej pociągnięto sędziego, który dopuścił się przewinienia służbowego, i aby trafnie orzeczono wobec niego przewidziane prawem środki. Skoro tak, to powiedzieć też trzeba, że funkcjonowanie tej zasady warunkowane jest koniecznością respektowania w omawianym postępowaniu pewnych naczelnych reguł prawa karnego materialnego. Trudno wręcz wyobrazić sobie, aby tak fundamentalna zasada procesowa mogła zostać zrealizowana bez uwzględnienia np. zasady winy, reguły określającej czas popełnienia czynu zabronionego, form czynu i form jego popełnienia, okoliczności wyłączających odpowiedzialność. Sąd Najwyższy jest zatem zdania, że w toku postępowania dyscyplinarnego należy sięgać – na zasadzie analogii iuris – do rozwiązań przewidzianych w kodeksie karnym[34].

Podsumowanie oraz wnioski

W przepisach prawa dyscyplinarnego najczęściej spotykany jest nakaz odpowiedniego stosowania w postępowaniu dyscyplinarnym przepisów k.p.k., nie ma natomiast mowy o odpowiednim stosowaniu przepisów części ogólnej k.k., z wyjątkiem najnowszych regulacji dotyczących lekarzy, pielęgniarek i położnych, adwokatów oraz radców prawnych. Taki stan prawny nie przeszkodził jednak Sądowi Najwyższemu w przyjęciu w szeregu orzeczeń tezy o możliwości odpowiedniego lub analogicznego stosowania przepisów części ogólnej k.k. w postępowaniu dyscyplinarnym. Stanowisko to, szczególnie istotne w zakresie przepisów rozdziału III k.k., formułujących okoliczności wyłączające odpowiedzialność, da się zracjonalizować, i to przy wykorzystaniu wielu argumentów z zakresu teorii i dogmatyki prawa karnego. Każdy z nich prowadzi jednak do możliwości (nakazu) odpowiedniego stosowania regulacji uchylających odpowiedzialność karną do przewinień dyscyplinarnych.

Należy też wyraźnie podkreślić, że z uwagi na uznanie odpowiedzialności dyscyplinarnej za rodzaj odpowiedzialności karnej *sensu largo* (odpowiedzialności represyjnej), w przypadku braku ustawowych podstaw, zabieg organu stosującego prawo dyscyplinarne polegający na odpowiednim zastosowaniu przepisów k.k. będzie dopuszczalny, o ile nie będzie prowadził do pogorszenia sytuacji procesowej obwinionego. Analogia na niekorzyść w prawie represyjnym jest bowiem niedopuszczalna. To zastrzeżenie nie będzie aktualne w przypadku, gdy przepis prawa dyscyplinarnego wyraźnie przewiduje nakaz odpowiedniego stosowania przepisów części ogólnej k.k.

Rysującą się w ostatnich latach tendencję polskiego ustawodawcy do wprowadzania w prawie dyscyplinarnym uregulowań nakazujących odpowiednie

---

[34] Zob. L. Gardocki, op. cit., s. 193–194; P. Jóźwiak, *Stosowanie...*, op. cit., s. 30; R. Giętkowski, op. cit., s. 114.

stosowanie przepisów części ogólnej k.k. należy ocenić zasadniczo pozytywnie[35]. Nie oznacza to jednak, że na tle takich unormowań nie będą powstawały wątpliwości interpretacyjne. Wystarczy wskazać, że w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy oraz pielęgniarek i położnych należy odpowiednio stosować przepisy rozdziałów I–III k.k. i art. 53 k.k., a w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów i radców prawnych tylko przepisy rozdziałów I–III k.k. Tak wyraźne wskazanie przez ustawodawcę, które przepisy k.k. należy odpowiednio stosować wobec przewinień dyscyplinarnych, stanowi bardzo silną sugestię, że pozostałych przepisów odpowiednio stosować już nie można. Prowadzi to do dość zaskakującego wniosku, że w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów i radców prawnych nie należy odpowiednio stosować unormowania art. 53 k.k., formułującego dyrektywy i zasady wymiaru kary za przestępstwo.

Poza tym niektóre okoliczności uchylające odpowiedzialność karną opisane są w przepisach części szczególnej k.k. lub w przepisach karnych pozakodeksowych. Gdyby posiłkować się argumentacją przedstawioną w poprzednim punkcie, problemy z odpowiednim stosowaniem przepisów przewidujących te okoliczności raczej by się nie pojawiły. Nakazanie przez ustawodawcę odpowiedniego stosowania jedynie przepisów rozdziałów I–III k.k. czyni jednak możliwość stosowania tych uregulowań wątpliwą. Być może zatem lepszym rozwiązaniem byłoby wskazanie, że w postępowaniu dyscyplinarnym stosuje się odpowiednio przepisy k.k., z wyjątkiem enumeratywnie wymienionych niektórych z nich, na przykład dotyczących kary łącznej, przedawnienia czy zatarcia skazania. Takie wyliczenie negatywne wychodziłoby naprzeciw wskazanym problemom.

The Adequate Application of Circumstances Excluding Criminal Liability to Disciplinary Offenses

Abstract

The author assumes the legitimacy of distinguishing the concepts of criminal liability in the strict sense and criminal liability in the broad sense (repressive liability). Constitutional guarantees of criminal law apply to any kind of repressive liability, including disciplinary liability.

The provisions of disciplinary law usually order the adequate application of the regulations of the Code of Criminal Procedure and remain silent on the adequate application of the provisions of the Criminal Code. Nevertheless, in the doctrine and in the jurisdiction, taking into account functional arguments, it is most often assumed that

[35] Wychodzi ona zresztą naprzeciw postulatom formułowanym w literaturze przedmiotu. Zob. np. W. Kozielewicz, *Stosowanie prawa karnego materialnego i procesowego w postępowaniu dyscyplinarnym w sprawach sędziów (zarys problematyki)*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 464; L. Gardocki, op. cit., s. 199–200.

there is a possibility of adequate application of the provisions of the substantive criminal law.

Particularly important for the rationality of the legal response provided by disciplinary law provisions is resolving the issue of adequate application of the provisions formulating the circumstances excluding from criminal liability. The author proposes to look at this issue not only from the perspective of functional interpretation, but primarily basing on the normative and theoretical-dogmatic analysis. This leads to the conclusion that adequate application of these provisions in the disciplinary procedure is possible.

This paper also contemplates the normative consequences of the introduction of the regulations requiring adequate application of specific provisions of substantive criminal law to disciplinary offenses. There is formulated a *de lege ferenda* postulate on the merits of introducing regulations requiring adequate application of all the provisions of the Criminal Code, except for the enumerated provisions that are not congruent to the disciplinary provisions.

KEYWORDS

disciplinary liability, disciplinary offense, repressive liability, analogy in the law, adequate application of the provisions, circumstances excluding criminal liability

BIBLIOGRAFIA

1. Bielski M., *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 2009.
2. Bogdan G., *Rola kontratypów w prawie karnym skarbowym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1998, z. 1–2.
3. Bojańczyk A., *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną (na przykładzie odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych)*, „Państwo i Prawo" 2004, z. 9.
4. Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2005.
5. Bojarski T., *Kilka uwag na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną a karną*, „Państwo i Prawo" 2005, z. 3.
6. Czarnecki P., *Koncepcja kodeksu odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych – założenia modelowe*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego. Materiały konferencyjne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010.
7. Czarnecki P., *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013.
8. Gardocki L., *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006.
9. Giętkowski R., *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Gdańsk 2013.
10. Jóźwiak P., *Stosowanie prawa karnego materialnego i procesowego w postępowaniu dyscyplinarnym policjantów (zarys problematyki)*, [w:] *Odpowiedzialność dyscyplinarna w policji. I Seminarium Prawnicze w Pile z cyklu „Odpowiedzialność dyscyplinarna w służbach mundurowych"*, red. P. Jóźwiak, W. S. Majchrowicz, Piła 2011.

11. Jóźwiak P., *Zgoda pokrzywdzonego jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność dyscyplinarną (rozważania na przykładzie tajemnicy zawodowej w niektórych zawodach prawniczych)*, [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011.
12. Kardas P., *Przewinienie dyscyplinarne o charakterze ciągłym*, „Rejent" 2010, wydanie specjalne, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza*.
13. *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2010.
14. *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2: *Komentarz do artykułów 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2010.
15. *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2008.
16. *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2009.
17. *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2010.
18. Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna i karna notariusza – wzajemne relacje*, „Rejent" 2011, nr 6.
19. Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy – problematyka materialnoprawna i procesowa*, „Rejent" 2006, nr 9.
20. Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziego za wykroczenie*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 359–360.
21. Kozielewicz W., *Stosowanie prawa karnego materialnego i procesowego w postępowaniu dyscyplinarnym w sprawach sędziów (zarys problematyki)*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005.
22. Kryczko P., *Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] *Sanacja finansów publicznych w Polsce. Aspekty prawne i ekonomiczne*, red. K. Święch, A. Zalcewicz, Szczecin 2005.
23. Kubiak J. R., Kubiak J., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, „Przegląd Sądowy" 1994, nr 4.
24. Majewski J., *O wybranych pojęciach odpowiedzialności karnej*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.
25. Matarewicz J., *Czy sąd dyscyplinarny dla doradców podatkowych może stosować środki probacyjne?*, „Doradca Podatkowy" 2011, nr 5.
26. Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006.
27. Nowacki J., *„Odpowiednie" stosowanie przepisów prawa*, „Państwo i Prawo" 1964, z. 3.
28. Plebanek E., *Wielowarstwowa struktura przestępstwa a materialna treść i model struktury przewinień dyscyplinarnych*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.
29. *System Prawa Karnego*, t. 1: *Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010.
30. Światłowski A., *Jedna czy wiele procedur karnych. Z zagadnień wewnętrznego zróżnicowania form postępowania karnego rozpoznawczego*, Sopot 2008.
31. Wojtyczek K., *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego. Uwagi na gruncie Konstytucji RP*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1999, z. 1.
32. Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.
33. Zielińska E., *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Piotr Nowak

Uniwersytet Wrocławski
Wydział Nauk Społecznych
Instytut Studiów Międzynarodowych
e-mail: piotr.nowak@uni.wroc.pl

Działania ONZ wobec nowych zagrożeń w stosunkach międzynarodowych na przykładzie wybranych rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ w 2015 roku

Streszczenie

W artykule przedstawione są rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ z 2015 roku. Pierwsza część zawiera wprowadzenie teoretyczne do zagadnienia rezolucji, wyjaśnienie najważniejszych pojęć oraz roli rezolucji w prawie międzynarodowym. Następnie autor omawia wybrane rezolucje, wyjaśnia ich najważniejsze elementy oraz stara się odpowiedzieć na pytanie o skuteczność i aktualność działań Rady Bezpieczeństwa w odniesieniu do bezpieczeństwa międzynarodowego. W podsumowaniu przybliżone zostają działania Rady wobec nowych problemów zagrażających stabilności na świecie.

Słowa kluczowe

ONZ, rezolucje, Rada Bezpieczeństwa

Wstęp

Współczesny system stosunków międzynarodowych opiera się w pierwszej kolejności na Karcie Narodów Zjednoczonych i jej nieodłącznym elemencie – Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ). To właśnie na ONZ spoczywa obecnie obowiązek strzeżenia pokoju, zapobiegania konfliktom oraz reagowaniu w przypadku wybuchu wojny w jakimkolwiek rejonie świata. W artykule przedstawione

zostaną działania ONZ w 2015 roku właśnie w kwestii bezpieczeństwa. W pierwszej kolejności omówione zostaną teoretyczne i prawne podstawy działania ONZ, a więc Rada Bezpieczeństwa (RB) oraz podstawowy akt decyzyjny, jakim owa Rada dysponuje, czyli rezolucje. W drugiej części omówione będą podjęte w 2015 roku rezolucje, wraz z analizą ich wykonania i skuteczności na arenie międzynarodowej. W podsumowaniu podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie, czy obecnie ONZ spełnia powierzoną jej rolę i czy jej działania są skuteczne.

Rada Bezpieczeństwa

Główna odpowiedzialność za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa nałożona została przez państwa stanowiące ONZ w 1945 roku na Radę Bezpieczeństwa. Jest to jeden z głównych organów ONZ, posiadający monopol na podejmowanie decyzji o użyciu siły w stosunkach międzynarodowych. Akcją użycia siły może kierować sama Rada, może ona również autoryzować użycie siły przez układy bądź organizacje regionalne. Kwestia ta, o której stanowi artykuł 52 KNZ, powstała przede wszystkim na wniosek państw Ameryki Południowej, które w okresie negocjowania treści Karty rozpoczęły już w swoim regionie tworzenie tego typu organizacji[1].

Jedynym dopuszczalnym wyjątkiem od monopolu użycia siły przez Radę Bezpieczeństwa jest artykuł 51 Karty, który stanowi, że „naturalne jest prawo każdego członka Narodów Zjednoczonych, przeciwko któremu dokonano zbrojnej napaści, do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony, zanim Rada Bezpieczeństwa zastosuje odpowiednie środki”[2].

Obowiązki Rady w kwestiach utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa wynikają głównie z art. 24 ust. 1 KNZ: „W celu zapewnienia szybkiej i skutecznej akcji organizacji Narodów Zjednoczonych członkowie jej nakładają na Radę Bezpieczeństwa główną odpowiedzialność za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa oraz uznają, że Rada Bezpieczeństwa działa z tytułu tej odpowiedzialności z ich ramienia”[3]. Postanowienie to uzupełnia też art. 2 ust. 5, zobowiązując członków ONZ do okazania Radzie wszelkiej pomocy w każdej akcji podjętej zgodnie z Kartą NZ i powstrzymania się od udzielania pomocy jakiemukolwiek państwu, przeciwko któremu Organizacja zastosowała akcję prewencji lub przymusu[4].

---

[1] Por. M. Gawrycki, *Regionalne koncepcje bezpieczeństwa w Ameryce Łacińskiej*, Warszawa 2005, s. 40.

[2] Por. Karta NZ, art. 51.

[3] Ibidem, art. 24.

[4] W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 668.

W Radzie Bezpieczeństwa zasiadają przedstawiciele piętnastu państw. Pięć z nich, o statusie stałych członków, to: Stany Zjednoczone, Rosja, Chiny, Wielka Brytania oraz Francja. Oprócz nich w Radzie zasiada także dziesięciu tak zwanych członków niestałych, wybieranych na dwuletnią kadencję bez możliwości reelekcji. Wyróżnioną pozycję członków stałych podkreśla wyposażenie ich w możliwość blokowania decyzji w Radzie za pomocą prawa weta. Jest ono skuteczne w decyzjach merytorycznych Rady, w przeciwieństwie do decyzji proceduralnych, w których sprzeciw stałych członków nie ma znaczenia, gdyż decyzja podejmowana jest większością dziewięciu głosów[5], co wynika bezpośrednio z art. 27 ust. 3 KNZ. Kwestie proceduralne dotyczą przede wszystkim porządku posiedzeń, zwoływania posiedzeń nadzwyczajnych i kryzysowych. Wiąże się z nimi również instytucja tak zwanego podwójnego weta. Na jego podstawie każdy stały członek RB może najpierw doprowadzić do zablokowania traktowania danej sprawy jako proceduralnej, a następnie blokować przyjęcie decyzji w sprawie nieproceduralnej przez stosowanie weta. Do tej pory, aby uniknąć takich sytuacji, wykorzystywało się często autorytet przewodniczącego RB[6]. Radzie przewodniczy każde państwo po kolei, przez okres jednego miesiąca. Obecnie (stan na połowę 2016 roku) w randze członków niestałych Rady są następujące państwa: Angola, Egipt, Japonia, Malezja, Nowa Zelandia, Senegal, Hiszpania, Ukraina, Urugwaj oraz Wenezuela.

Od początku XXI wieku pojawiają się w doktrynie i w dyskusjach nad prawem międzynarodowym pomysły reformy Rady Bezpieczeństwa. Obecnie jej skład i działanie reguluje Karta Narodów Zjednoczonych oraz tak zwany *Gentleman'sagreement*, dotyczący podziału miejsc wśród niestałych członków. Wedle niego pięć miejsc przysługuje Afryce i Azji, dwa – Ameryce Łacińskiej, jedno – Europie Środkowej i Wschodniej oraz dwa – Europie Zachodniej i pozostałym państwom (na przykład Australii). Podział ten został sformalizowany za pomocą rezolucji Zgromadzenia Ogólnego 1991(XVIII)A[7]. W związku ze wspomnianą już dwuletnią kadencją w 2016 roku status niestałego członka Rady Bezpieczeństwa utraciły: Czad, Nigeria, Jordania, Chile oraz Litwa.

Rezolucje Rady Bezpieczeństwa

Decyzje merytoryczne Rady Bezpieczeństwa podejmowane są w formie rezolucji. Należy podkreślić, że w doktrynie prawa międzynarodowego mówi się zbiorczo o „uchwałach organizacji międzynarodowych". Wśród nich można wyróżnić zalecenia, decyzje, rezolucje, opinie itp. Zalecenia są zwykle uchwałami

[5] R. Kuźniar, *Bezpieczeństwo międzynarodowe*, Warszawa 2012, s. 358.
[6] Por. W. Czapliński, A. Wyrozumska, op. cit., s. 375.
[7] Ibidem, s. 374.

niewiążącymi, w przeciwieństwie do decyzji, które stanowią akty wiążące prawnie. Z kolei rezolucje są terminem zbiorczym, oznaczającym zarówno zalecenia, jak i decyzje[8].

Akty stanowione przez organizację międzynarodową, zwłaszcza akty jednostronne, mogą wyrażać nie tylko wolę tej organizacji, ale też, pośrednio, wolę państw je tworzących. W tym przypadku akty te mogą przypominać (lub stanowią) umowy międzynarodowe zawierane przez państwa w formie uproszczonej, zwłaszcza jeśli podejmowane są w drodze konsensusu[9]. Uchwały prawnie wiążące organizacji międzynarodowych mogą przybrać charakter aktów konkretno-indywidualnych. Stanowią one wówczas uchwały o charakterze wykonawczym, stanowiącym konsekwencje stosowania prawa[10]. W przypadku ONZ są to właśnie decyzje Rady Bezpieczeństwa, określane też jako rezolucje.

Zgodnie ze *Słownikiem Organizacji Narodów Zjednoczonych* opracowanym przez Janusza Rydzkowskiego rezolucja jest „uchwałą organów ONZ mającą charakter zaleceń i niemającą obowiązującej mocy prawnej. Ma natomiast duży ciężar moralny i polityczny, mogący doprowadzić do powstania pewnej praktyki"[11]. Często w literaturze przedmiotu spotyka się stwierdzenie: „podstawą prawną danych działań była rezolucja Rady Bezpieczeństwa nr…" – rozumiejąc prawo międzynarodowe wprost, nie jest to więc poprawne sformułowanie.

Rezolucja składa się z dwóch części: z preambuły, która zawiera polityczne uzasadnienie rezolucji, oraz z części operatywnej. Ta natomiast zawiera decyzję i wezwania do zastosowania się do jej treści[12].

Rezolucje są realizacją zasadniczych zadań RB, które polegają na pokojowym rozstrzyganiu sporów międzynarodowych oraz podejmowaniu działań i decyzji w przypadkach zagrożenia lub naruszenia pokoju i bezpieczeństwa bądź aktów agresji. Z art. 25 KNZ wynika, że decyzje Rady są wiążące, a ich legalność nie może być kwestionowana. Dodatkowo należy zaznaczyć, że Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Lockerbie* (ICJ Rep. 1992) uznał, iż Karta Narodów Zjednoczonych *de lege lata* nie daje mu prawa do kontrolowania legalności decyzji Rady Bezpieczeństwa podejmowanych na podstawie rozdziału VII Karty[13]. Określa się je wówczas jako uchwały *pro foro externo*[14]. Decyzje Rady są jednak kierowane do państw, co odbiera im przymiot bezpośredniej skuteczności.

Podjęcie przez Radę Bezpieczeństwa określonych działań związane jest z kilkoma kluczowymi kwestiami. Ocena okoliczności i kwalifikowanie faktów materialnych należy do Rady Bezpieczeństwa, która nie musi się kierować przesłankami

[8] Ibidem, s. 125.
[9] Ibidem, s. 123.
[10] Ibidem, s. 127.
[11] J. Rydzkowski, *Słownik Organizacji Narodów Zjednoczonych*, Warszawa 2000, s. 199.
[12] Ibidem.
[13] Por. ibidem, s. 373.
[14] Ibidem, s. 127.

prawnymi, na przykład prawną definicją agresji. Często są to więc przesłanki polityczne. W związku z tym, co warte podkreślenia, RB nigdy nie zakwalifikowała żadnej sytuacji jako *stricte* „agresji", najczęściej posługując się stwierdzeniem, że nastąpiło „zagrożenie dla pokoju"[15].

Rezolucje Rady Bezpieczeństwa w 2015 roku

Tytułem wstępu należy stwierdzić, że w 2015 roku Rada Bezpieczeństwa podjęła sześćdziesiąt cztery rezolucje o niezwykle zróżnicowanej tematyce. Dotyczyły one zarówno poszczególnych państw, takich jak Somalia, Libia czy Cypr, jak i raportów sekretarza generalnego dotyczących na przykład Sudanu i Sudanu Południowego. W 2015 roku Rada Bezpieczeństwa zajmowała się przede wszystkim tematyką Syrii (cztery rezolucje), Libii (pięć rezolucji) i Somalii (pięć rezolucji).

W niniejszym artykule przedmiotem badań i analizy będą rezolucje Rady Bezpieczeństwa skupiające się na wybranych problemach, nie zaś dotyczące bezpośrednio konkretnego kraju. Przeanalizowane zostaną rezolucje odnoszące się ogólnie lub szczegółowo do wybranych zagadnień, takich jak światowy terroryzm, „dzieci-żołnierze" czy rola kobiet w bezpieczeństwie narodowym. Ta ogólna tematyka w ubiegłym roku była przedmiotem rozważań Rady wielokrotnie. Aż piętnaście rezolucji, czyli ponad 25% wszystkich uzgodnień Rady, dotyczyło kwestii ogólnoświatowych, a nie konkretnego państwa lub strony konfliktu. Jest to niezaprzeczalnie znak nowych czasów i nowego środowiska bezpieczeństwa międzynarodowego po zakończeniu zimnej wojny. Po upadku systemu dwubiegunowego ryzyko globalnego konfliktu zbrojnego zmalało, wzrosło natomiast zainteresowanie zjawiskami i procesami, które mogą negatywnie wpływać na stabilność poszczególnych krajów i całych regionów. Zmieniło się również samo postrzeganie bezpieczeństwa i związanego z nim zagrożenia. Obecnie nie mówi się już jedynie o bezpieczeństwie militarnym, ale także o jego wymiarze ekonomicznym, społecznym czy kulturalnym. Zagrożeniem stały się grupy terrorystyczne, a potencjalnymi ofiarami są nie tylko zawodowi żołnierze, ale również dziennikarze, cywile czy elementy materialne, jak na przykład dziedzictwo kulturowe ludzkości. Wszystkie te nowe aspekty bezpieczeństwa znalazły swoje odzwierciedlenie w rezolucjach Rady Bezpieczeństwa.

[15] Por. W. Czapliński, A. Wyrozumska, op. cit., s. 668.

Zagrożenie ze strony międzynarodowego terroryzmu

Najczęściej (aż czterokrotnie) Rada skupiała się na zagadnieniu zagrożenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa spowodowanego aktami terrorystycznymi. Dotyczyły tego kolejno rezolucje nr 2199, 2249, 2253 oraz 2255. Pierwsza, podjęta 12 lutego 2015 roku, jako główne grupy terrorystyczne, będące podstawą zagrożenia międzynarodowego, wymienia Państwo Islamskie Iraku i Syrii (tzw. Daesh), Al-Qaidę oraz ANF – Front al-Nusra, który uważany jest za zbrojną siatkę Al-Qaidy w Syrii. Rada podkreślała w rezolucji zwłaszcza kwestię handlu ropą z przedstawicielami powyższych grup i zobowiązywała państwa członkowskie ONZ do unikania bezpośredniego lub pośredniego kontaktu z podejrzanymi dostawcami. Ponadto, państwa te miały podjąć środki konieczne do zamrożenia i zablokowania wszelkich aktywów i funduszy grup terrorystycznych, które uda się wyśledzić i zlokalizować. Jednocześnie każde państwo miało zapewnić, że nie będzie tolerować w granicach swoich jurysdykcji jakichkolwiek osób prywatnych, które wspierają terroryzm lub są o to podejrzewane. Dodatkowo państwa były zobowiązane do monitorowania, śledzenia i nadzorowania szlaków tranzytowych i handlowych oraz informowania o bezprawnych działaniach innych państw, które unikałyby zobowiązań zawartych w rezolucji.

Drugim ważnym zagadnieniem były decyzje dotyczące dziedzictwa kulturowego. Rada jednoznacznie potępiała akty dewastacji i barbarzyństwa polegające na niszczeniu dorobku kulturowego w Syrii i Iraku. Jednocześnie zobowiązywała państwa do podjęcia wszelkich środków uniemożliwiających handel, wywóz i szmuglowanie zabytków, dorobku archeologicznego, artefaktów i skarbów, które mogłyby posłużyć za źródło finansowania grup terrorystycznych. Podobne postanowienia zapadły w związku z ryzykiem handlu ludźmi i porwań dla okupu. Pierwsza w 2015 roku rezolucja dotycząca terroryzmu stanowiła jasny, wyraźny i szczegółowy wykaz działań zakazanych wobec grup terrorystycznych. Celem jej miało być zapobieżenie jakimkolwiek metodom finansowania terroryzmu, czy to przez handel, czy przez wywożenie zrabowanych skarbów z rejonu konfliktu. Rezolucja przede wszystkim miała za zadanie zamrożenie wszelkich funduszy grup terrorystycznych i tym samym utrudnienie im działania w przyszłości[16].

Druga rezolucja, której tematyką było zagrożenie ze strony terroryzmu, została podjęta prawie rok później, 20 listopada 2015 roku. We wstępie potępiała ona szereg ataków terrorystycznych, jakie miały miejsce w ciągu całego roku (26 czerwca w Sousse w Tunezji, 10 października w Ankarze, 31 października na Synaju, 12 listopada w Bejrucie oraz 13 listopada w Paryżu). Podkreślono znaczenie coraz silniejszej i bardziej niebezpiecznej grupy ISIL i uznano, że odpowiedź narodów świata musi być bardziej zdecydowana i bezpośrednia niż do tej pory. Powtórzono powinność wszystkich państw do współpracy w celu ograniczenia

[16] Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2199 z 12 lutego 2015 roku.

wpływów finansowych grup terrorystycznych oraz podniesiono problem rekrutacji międzynarodowej przez te grupy w państwach na całym świecie. W swoim ogólnym brzmieniu rezolucja ta była jednak przede wszystkim kondolencjami i wyrażeniem głębokiego żalu nad ofiarami wszystkich wymienionych zamachów terrorystycznych, a zarazem apelem do państw Narodów Zjednoczonych o bardziej stanowczą walkę z nowym zagrożeniem[17].

Ostatnie dwie rezolucje dotyczące terroryzmu podjęte zostały pod koniec roku, 17 i 21 grudnia. Pierwsza w swojej preambule przypomniała wszystkie dotychczasowe ustalenia związane z walką z terroryzmem, takie jak potrzeba pełnej współpracy, zapobiegania finansowemu wsparciu oraz walki z niszczeniem dobrodziejstwa kulturowego. Dodatkowo podkreśliła ona, że zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych wszystkie kraje mają obowiązek współpracować ze sobą i dokonywać wszelkich starań, by ostateczny cel, zwycięstwo w wojnie z terroryzmem, stał się rzeczywistością. W swoich bezpośrednich postanowieniach rezolucja obligowała państwa między innymi do zamrożenia aktywów organizacji terrorystycznych oraz ich sympatyków czy embarga handlowego na wszelkie towary mogące pochodzić ze strefy konfliktu. Większa część rezolucji dotyczyła sposobu pracy i kooperacji państw z Komitetem ds. Sankcji wobec ISIL i Al-Qaidy. Sam Komitet został zobligowany do stałego nadzorowania i ewentualnego poszerzania listy elementów objętych embargiem. Miał on kontynuować efektywną współpracę z Interpolem oraz innymi międzynarodowymi organizacjami zwalczającymi przestępczość w celu jak najskuteczniejszego ograniczania działania wybranych grup terrorystycznych. Jednocześnie Komitet miał prowadzić aktualną listę osób będących członkami grup terrorystycznych, zawierającą najświeższe informacje na ich temat, jak na przykład czas działania, okoliczności rekrutacji czy też potwierdzenie śmierci. Rezolucja w Aneksie nr 1 powoływała do życia Grupę Monitorującą, która miała być ciałem pomocniczym wobec Komitetu, badającym zagrożenie ze strony ISIL czy Al-Qaidy, sposoby rekrutacji grup terrorystycznych czy też efektywność współpracy poszczególnych państw z Komitetem. Grupa ta ma przygotowywać półroczne raporty ze swojej działalności.

Jeden z takich dokumentów datowany jest na 19 lipca 2016 roku. Jest on kompleksowym zestawieniem i omówieniem kluczowych spraw związanych z zagrożeniem ze strony Al-Qaidy i ISIS. Zawiera on dwie części: pierwsza dotyczy sytuacji w wybranych regionach, takich jak Europa, zachodnia Afryka czy Zatoka Perska; druga to rekomendacje grupy co do działań, jakie należy podjąć wobec zagrożenia terrorystycznego. W części pierwszej raport prezentuje informacje na temat działań terrorystów oraz kontruderzeń państw koalicji, a także szacowane siły bojówek ISIS oraz koszty operacji państw zachodnich i zyski, jakie osiąga ISIS w różnych regionach. Część druga poza rekomendacjami Grupy Monitorującej zawiera powtórzone z rezolucji nr 2253 strategie ONZ wobec walki

[17] Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2249 z 20 listopada 2015 roku.

z terroryzmem, takie jak zamrożenie aktywów, monitorowanie finansów, próba powstrzymania handlu bronią. Najbliższe tygodnie i miesiące wykażą, czy wspomniane rekomendacje zostały zrealizowane bardziej skutecznie niż te wskazane w rezolucji Rady[18].

Ostatnia w 2015 roku rezolucja dotycząca terroryzmu skupiała się na problemie Afganistanu. W preambule podkreślała znaczenie faktu, że w rządzie afgańskim zasiadają obecnie również przedstawiciele Talibów, którzy odcięli się od terrorystycznych ideologii i kontaktów z Al-Qaidą, co może gwarantować wzrost stabilności w regionie. Rezolucja w większości skupiała się na zagadnieniach znanych z dokumentów wcześniejszych. Poruszono problematykę zablokowania źródeł finansowania czy nadzorowania przepływu osób i finansów między terrorystami a poszczególnymi krajami na świecie[19].

Nieproliferacja broni masowego rażenia

Kolejną tematyką poruszaną co jakiś czas przez Radę Bezpieczeństwa było zagrożenie proliferacją broni masowego rażenia. Dotyczyły jej trzy rezolucje Rady, o numerach 2207, 2224 oraz 2231. Pierwsze dwie odnosiły się jedynie do przedłużenia mandatu Panelowi Eksperckiemu dotyczącemu broni masowego rażenia, powołanemu jeszcze w 2009 roku na mocy rezolucji nr 1874. Mandat został przedłużony kolejno do 5 kwietnia, a potem do 9 lipca 2016 roku. Ostatnia rezolucja, z dnia 20 lipca 2015 roku, o numerze 2231, była już o wiele bardziej rozbudowana. Zmieniła również w znaczny sposób środowisko międzynarodowe oraz od pewnego czasu ugruntowaną sytuację na Bliskim Wschodzie. Rezolucja ta wprowadzała zupełnie nowe rozdanie w kwestii relacji państw świata zachodniego z Iranem. Wcześniej, 14 lipca 2015 roku, doszło do podpisania z tym krajem międzynarodowego porozumienia nuklearnego. Stronami były: Iran, Chiny, Rosja, Francja, Stany Zjednoczone, Wielka Brytania (stali członkowie Rady Bezpieczeństwa), Niemcy oraz Unia Europejska. Zgodnie z porozumieniem inspektorzy ONZ mieli uzyskać dostęp do irańskich instalacji wojskowych, związanych również z procedurą opracowywania technologii jądrowych. Rezolucja była więc przede wszystkim swoistym potwierdzeniem i zaakceptowaniem przez Radę Bezpieczeństwa postanowień z Wiednia. Rada potwierdzała cofnięcie sankcji gospodarczych wobec Iranu (zwłaszcza dotyczących handlu ropą) i zastrzegała, że powrócą one w razie braku współpracy. Integralną częścią rezolucji był dokument porozumienia z Wiednia: Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA)[20].

[18] Monitoring Team Report, 19 lipca 2016 r., S/2016/629.
[19] Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2255 z 21 grudnia 2015 roku.
[20] Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2231 z 20 lipca 2015 roku.

Dodatkowe zagadnienia bezpieczeństwa międzynarodowego

Poza wyżej wymienionymi Rada Bezpieczeństwa ONZ w 2015 roku zajmowała się również w pojedynczych rezolucjach kwestiami związanymi z nowym pojmowaniem środowiska bezpieczeństwa, a więc nie tylko problemami *stricte* militarnymi. W rezolucji z 22 maja 2015 roku (nr 2220) Rada zajęła się problemem broni palnej, zwłaszcza w kontekście nielegalnego handlu bronią. W preambule rezolucji podkreślono, jak ważny jest to problem, ponieważ broń palna stanowi nieodłączny element praktycznie wszystkich konfliktów na świecie i co znamienne, to właśnie od niej szkód doznaje najwięcej cywilów, postronnych ofiar walk zbrojnych. Rezolucja została podjęta w ramach podsumowania raportu sekretarza generalnego ONZ z 27 kwietnia 2015 roku, w którym zebrał on wszystkie najnowsze dane na temat ilości broni na świecie oraz problemów związanych z jej nielegalnym handlem. Rada wzywała państwa członkowskie do działań mających na celu wzmocnienie bezpieczeństwa cywilów nie tyko w rejonach konfliktów, ale też w samych tych krajach, a także zachęcała państwa do wszelkich działań mających na celu ograniczenie, zniszczenie lub bezpiecznie przechowywanie jak największej ilości broni palnej celem ograniczenia jej dostępności na rynku. Nakazywała również przestrzeganie i wymuszanie przestrzegania licznych embarg handlowych, nałożonych wcześniej przez Radę na poszczególne kraje. Rada z podobnym apelem kierowała się do organizacji pozarządowych i międzynarodowych, aby w zakresie swoich możliwości i kompetencji dopełniały wszelkich starań w celu ograniczenia obrotu bronią palną na świecie. Zwracała się ponadto do państw, by przystępowały do Konwencji o Transnarodowej Przestępczości Zorganizowanej, uchwalonej w celu walki z wszelkimi przejawami takiej działalności. Obecnie stronami podpisanej 12 grudnia 2000 roku konwencji jest sto czterdzieści siedem krajów na całym świecie (weszła ona w życie 29 września 2003 roku, po wymaganej ratyfikacji przez czterdzieści krajów)[21].

Rezolucja z dnia 27 maja (nr 2222) była tematycznie zbieżna z poprzednią, dotyczącą handlu bronią. W tytule odnosiła się do ochrony cywilów w trakcie zbrojnych konfliktów. Przedmiotem swojej regulacji objęła zagrożenia, z jakimi w ramach konfliktów muszą się zmagać media i dziennikarze. Na samym początku rezolucja potępiała wszelką przemoc i agresję wobec mediów, dziennikarzy i personelu medialnego w sytuacjach, gdy są oni w strefie konfliktu i wykonują swoje zawodowe powinności. Podkreślono, że nietykalność mediów i dziennikarzy jest jednym z fundamentów demokratycznych standardów na świecie. Wszystkie państwa zostały zobligowane do ścigania jakichkolwiek aktów przemocy wobec dziennikarzy popełnionych na ich terytorium, a także do zapobiegania im. Kraje te miały również respektować niezależność i wolność mediów w relacjonowaniu konfliktu lub walk na terenie danego państwa. Rezolucja podkreślała, że powyższy

[21] Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2220 z 22 maja 2015 roku.

obowiązek nie dotyczy wyłącznie państw, ale każdej zorganizowanej grupy, biorącej udział w konflikcie zbrojnym. Rada w końcowych tezach swojego stanowiska zwróciła się do sekretarza generalnego, aby w raportach dotyczących ochrony cywilów w konfliktach zbrojnych wyszczególnił kwestię ochrony dziennikarzy i personelu medialnego jako osobnej kategorii cywilów, którym należy się szczególna ochrona na polu walki[22].

Niezwykle ważna i wciąż będąca źródłem wielu naruszeń kwestia prawa międzynarodowego dotyczącego dzieci i ich ochrony przed skutkami konfliktów zbrojnych była tematem rezolucji Rady Bezpieczeństwa z 18 czerwca (nr 2225). Potępiała ona wszelkie próby wcielania dzieci do armii, przymuszania ich do udziału w konfliktach oraz dokonywania na nich jakichkolwiek przestępstw seksualnych. Potwierdzono, że kategorycznym złamaniem prawa międzynarodowego są ataki na szkoły lub szpitale. Jednocześnie wspomniano o niebezpiecznym procederze wykorzystywania szkół jako centrów dowodzenia lub rekrutacji, co zachęca inne strony konfliktu do atakowania tych obiektów. Rada kategorycznie potępiła sprzeczne z prawem i etyką „ukrywanie się" strony wojującej pod szyldem szkoły lub szpitala, aby zapewnić sobie nietykalność. Wykorzystywanie dzieci jako żołnierzy zostało uznane za zbrodnię wojenną podobnie jak ludobójstwo, a wszystkie państwa wezwane zostały do aktywnego działania na rzecz schwytania i postawienia winnych przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości[23].

Oprócz dzieci również kwestia kobiet znalazła w 2015 roku swoje miejsce w tematyce rozważań Rady Bezpieczeństwa. W rezolucji nr 2242 kontekst bezpieczeństwa kobiet został ujęty w odniesieniu do szerokiego problemu handlu ludźmi i przemycania ich, zwłaszcza z rejonu Libii. Państwa ONZ zostały zobowiązane do wsparcia Libii w walce z tym niebezpiecznym, przestępczym procederem. Z rezolucji wynikało, że jednostki morskie znajdujące się u wybrzeży Libii w przypadku bycia świadkiem przemytu ludzi mają natychmiast podjąć wszelkie potrzebne działania, aby temu zapobiec. Miało więc chodzić o zatrzymywanie podejrzanych jednostek, zawracanie ich, aresztowanie załogi i inspekcje podejrzanych łodzi. Kluczowym elementem rezolucji było zezwolenie udzielone przez Radę każdej jednostce walczącej z przemytem ludzi na dokonywanie takich zatrzymań i kontroli nawet na wodach międzynarodowych oraz terytorialnych u wybrzeży Libii. Państwa zostały zobligowane do ścigania, aresztowania i osądzenia wszelkich osób związanych z procederem handlu ludźmi[24].

[22] Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2222 z 27 maja 2015 roku.
[23] Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2225 z 18 czerwca 2015 roku.
[24] Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2242 z 13 października 2015 roku.

Wnioski

Rok 2015 przyniósł wiele zmian w polityce bezpieczeństwa. Rozrost terytorialny tak zwanego Państwa Islamskiego, zamachy na terenie Europy, Turcji czy Tunezji, kryzys na Ukrainie czy wreszcie ponowne nawiązanie stosunków z Iranem nie pozostały bez echa w pracach Rady Bezpieczeństwa ONZ. Skupiała się ona w swoich rezolucjach na problemach globalnych i ogólnych, a także na kwestiach bardzo szczegółowych, dotyczących konkretnych państw. Liczba rezolucji oraz ich systematyczność świadczą o dużym zaangażowaniu Rady w pełnienie swej przewodniej funkcji, jaką jest strzeżenie bezpieczeństwa i pokoju na świecie. Podstawowe pytanie, na które należy odpowiedzieć, dotyczy skuteczności działań Rady i jej zdolności do szybkiego reagowania na wydarzenia dziejące się na świecie. Powyższe przedstawienie wybranych rezolucji pozwala wyprowadzić kilka wniosków i spostrzeżeń.

Po pierwsze, Rada stara się być na bieżąco z wydarzeniami i zagrożeniami. Odpowiada aktywnie na ataki terrorystyczne, problemy bezpieczeństwa, konflikty w różnych rejonach świata. Większość problemów w stosunkach międzynarodowych znajduje swe odzwierciedlenie w rezolucjach Rady, co potwierdza zaangażowanie się ONZ w problemy światowe.

Po drugie, niestety wiele rezolucji sprowadza się do deklaracji i potwierdzania kwestii oczywistych. Stanowiska Rady dotyczące nowych zagadnień bezpieczeństwa to przede wszystkim okólniki, sprowadzające się do ukazania, że jakiś problem istnieje. Rezolucje to w znacznej części zapewnienia o potrzebie działania i potwierdzenia, że Rada zdaje sobie sprawę z konkretnych zagrożeń. Część rezolucji stanowi wyraz solidarności ze światem, z wybranymi państwami, bez konkretnego rozwiązania problemu.

Po trzecie i najważniejsze, zestawiając rezolucje Rady z kluczowymi wydarzeniami, jakie miały miejsce na świecie w ubiegłym roku, z niepokojem dostrzec można, że główny organ odpowiedzialny za bezpieczeństwo nie radzi sobie z zagrożeniami, w których swoje interesy mają najpotężniejsze państwa świata, paradoksalnie zasiadające w Radzie ze statusem stałego członka. Zarówno problem Ukrainy, jak i Syrii nie jest skutecznie rozwiązywany na forum ONZ. Także jedno z najważniejszych wydarzeń 2015 roku, jakim było bezsprzecznie nowe rozdanie w stosunkach z Iranem, to owoc międzynarodowego porozumienia pomiędzy największymi graczami. Rada Bezpieczeństwa stanowiła ostatecznie jedynie „uroczyste potwierdzenie" ustaleń wiedeńskich. Trudno dostrzec w rezolucjach organu ONZ stanowcze i konkretne kroki podjęte wobec tak zwanego Państwa Islamskiego. Rok 2016 będzie niezwykle ważny i kluczowy w wielu aspektach. W pierwszej kolejności należy spodziewać się zdecydowanych działań w regionie Syrii, gdzie sytuacja na pewno nie może zostać odroczona o kolejne miesiące, biorąc pod uwagę postępy terrorystów i kryzys uchodźców. Zbliżający się szczyt NATO, w związku z nowymi wytycznymi strategii Stanów Zjednoczonych, może

być kluczowy, jeśli chodzi o problem rozmieszczenia dodatkowych sił natowskich w państwach Europy Środkowo-Wschodniej. Ewentualność taka jest z oczywistych względów punktem zapalnym w relacjach z Rosją, co może dodatkowo skomplikować na przykład problem kryzysu na Ukrainie. Dotychczasowe działania mocarstw niestety zdają się potwierdzać stanowisko, że Rada Bezpieczeństwa nie będzie głównym aktorem w rozwiązywaniu zbliżających się problemów bezpieczeństwa, lecz jedynie organem sankcjonującym pewne rozwiązania, podobnie jak miało to miejsce w Iraku w 2003 roku. Nie jest to jednak rozwiązanie bezpieczne, zwłaszcza w okresie, gdy ponownie pojawiają się w dyskursie głosy o paraliżującej bezsilności ONZ w rozwiązywaniu problemów bezpieczeństwa na świecie.

ACTIONS OF UN AGAINST NEW THREATS IN INTERNATIONAL SECURITY BASED ON THE EXAMPLE OF SELECTED UNSCR IN 2015

ABSTRACT

The articleis a presentation of resolution of UN Security Council in 2015. The first part is a theoretical introduction to the problem of resolution, an explanation of key concepts and the role of resolution in international law. The author discusses selected resolutions, explains their key elements and seeks to answer to aquestion of the effectiveness and relevance of the activities of the Security Council to international security in the world. The articleis a summary of the activities of the Council to the new problems that threaten world stability.

KEYWORDS

United Nations, resolutions, Security Council

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA PRZEDMIOTU

1. Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004.
2. Gawrycki M., *Regionalne koncepcje bezpieczeństwa w Ameryce Łacińskiej*, Warszawa 2005.
3. Kuźniar R., *Bezpieczeństwo międzynarodowe*, Warszawa 2012.
4. Rydzkowski J., *Słownik Organizacji Narodów Zjednoczonych*, Warszawa 2000.

DOKUMENTY

1. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2199 z 12 lutego 2015 roku.
2. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2220 z 22 maja 2015 roku.
3. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2222 z 27 maja 2015 roku.
4. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2225 z 18 czerwca 2015 roku.
5. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2231 z 20 lipca 2015 roku.

6. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2242 z 13 października 2015 roku.
7. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2249 z 20 listopada 2015 roku.
8. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2253 z 17 grudnia 2015 roku.
9. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr S/RES/2255 z 21 grudnia 2015 roku.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Agata Cebera

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Postępowania Administracyjnego
e-mail: agata.cebera@uj.edu.pl

Podmioty uprawnione do odszkodowania za niezgodne z prawem działanie organu administracji publicznej – analiza konstytucyjnoprawna

Streszczenie

Współcześnie problem odszkodowania za niezgodne z prawem działania organów władzy publicznej nabiera szczególnego znaczenia, a kompensata wyrządzonych przez nie szkód stanowi jeden z podstawowych filarów ochrony wartości, jakie niesie z sobą demokratyczne państwo prawa. Zgodnie z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, która została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej. Artykuł 417 § 1 k.c. precyzuje, że za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej odpowiedzialność ponosi Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego, lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa. Analiza powołanych przepisów wskazuje, że ustawodawca dość lakonicznie określił katalog podmiotów uprawnionych do tego odszkodowania, dlatego niezbędne jest podjęcie szczegółowych zabiegów interpretacyjnych w tym zakresie.

Słowa kluczowe

odpowiedzialność odszkodowawcza państwa, odpowiedzialność odszkodowawcza administracji, odszkodowanie

Wprowadzenie

Problem odszkodowania za niezgodne z prawem działania organów władzy publicznej nabiera dziś szczególnego znaczenia, a kompensata szkód wyrządzonych przez te organy jest jednym z podstawowych filarów ochrony wartości demokratycznego państwa prawa. Trybunał Konstytucyjny podkreślał to w wielu wyrokach, między innymi w wyroku z 20 stycznia 2004 roku[1], w którym wyjaśnił, że art. 77 ust. 1 Konstytucji RP musi być rozumiany nie tylko jako gwarancja prawa podmiotowego, ale także jako gwarancja poszanowania zasady legalizmu. Odpowiedzialność odszkodowawcza z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP stanowi bowiem środek wymuszający zgodne z prawem (zasadą legalizmu) działania organów władzy publicznej[2].

Należy podkreślić, że twórcy Konstytucji przyjęli założenie realistyczne: naruszenia prawa mogą się zdarzać, ale zawsze musi istnieć mechanizm zapewniający ustalenie i kompensację wynikłych stąd szkód[3]. Celem niniejszego opracowanie będzie określenie, jakim podmiotom przysługuje przedmiotowe uprawnienie do żądania naprawienia tej szkody.

W świetle art. 77 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, która została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej. Artykuł 417 § 1 k.c. precyzuje, że za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej odpowiedzialność ponosi Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa.

Analiza przywołanych przepisów pokazuje, że ustawodawca dość lakonicznie określił zakres podmiotowy odpowiedzialności deliktowej za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej, dlatego niezbędne jest podjęcie dalszych zabiegów interpretacyjnych.

Warto przy tym zauważyć, że odpowiedzialność deliktowa państwa jest uregulowana na poziomie konstytucyjnym w części dotyczącej praw i wolności obywatelskich. Zastosowana przez ustawodawcę systematyka jest charakterystyczna dla państw postkomunistycznych. Źródłem takiego stanu rzeczy jest prawdopodobnie to, że obywateli tych państw charakteryzuje brak zaufania do państwa[4]. Umieszczenie instytucji odpowiedzialności deliktowej organów władzy publicznej ma natomiast podkreślić gwarancyjny charakter odpowiedzialności kompensacyjnej państwa względem praw i wolności obywatelskich, a tym samym pozytywnie oddziaływać na zaufanie obywateli.

---

[1] SK 26/03, OTK ZU 2004, nr 1 A, poz. 3.

[2] Por. M. Safjan, J. Matuszyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009, s. 116.

[3] L. Garlicki, *Komentarz do Konstytucji RP*, t. V, Warszawa 2007, s. 4–5.

[4] B. István, *Eastern Europe in Transition. The case of Hungary, programs and Aspects of the Transformation of public administration in Hungary between 1990–2012*, "Acta juridica Hungarica" 2012, No. 53, s. 115–130.

1. Wzajemna relacja art. 77 ust. 1 Konstytucji RP i art. 417 k.c.

Analizę zakresu podmiotowego odpowiedzialności kompensacyjnej państwa zacząć należy od określenia wzajemnej relacji art. 77 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 417 k.c. Jest to szczególnie ważne z uwagi na specyfikę wykładni pojęć konstytucyjnych i ich autonomię znaczeniową. Wykładnia przepisów konstytucyjnych powinna mieć charakter autonomiczny i prowadzić do odczytywania znaczenia przepisów prawnych jedynie w powiązaniu z innymi przepisami tego aktu[5]. W literaturze sformułowano pogląd, w myśl którego istotą norm konstytucyjnych jest przede wszystkim wyznaczanie ram prawnych, w jakich mają się kształtować poszczególne zasady ustrojowe, funkcjonować naczelne organy państwa oraz w jakich mają być realizowane podstawowe prawa i wolności jednostek[6]. Innymi słowy, rolą konstytucji jest ścisłe określenie punktów odniesienia i wyznaczenie ogólnych granic[7], co niewątpliwie ma wpływ na sposób wykładni zawartych w niej pojęć.

Należy również zauważyć, że w świetle art. 8 ust. 2 Konstytucji RP przepisy konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że sama ustawa zasadnicza stanowi inaczej. Wspomniana zasada ma zastosowanie nie tylko do sądów, lecz również do wszystkich pozostałych organów stosujących prawo, w tym organów administracji publicznej[8]. Jak wyjaśnia Andrzej Mączyński, zasada bezpośredniości stosowania konstytucji oznacza nakaz stasowania wyrażonych w niej norm bez jednoczesnego powoływania się na normy ustawowe[9]. Powstaje zatem pytanie, czy art. 77 ust. 1 Konstytucji RP jest wystarczająco jasny i konkretny, aby mógł być bezpośrednio

---

[5] M. Stępski, *Artykuł 77 ust. 1 Konstytucji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – wybrane zagadnienia*, „Studia Iuridica" 2007, nr XLVII, s. 279. Szerzej por. TK z 14 marca 2000 r., P 5/99, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 60; z 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK ZU 2000, nr 4, poz. 109; z 7 lutego 2001 r., K 27/00, OTK ZU 2001, nr 2, poz. 29; z 14 marca 2006 r., SK 4/05, OTK ZU 2006, nr 3/A, poz. 29; z 7 marca 2007 r., K 28/05, OTK ZU 2007, nr 3/A, poz. 24. Por. M. Zubik, *Status prawny jednostki – między statyczną a dynamiczną interpretacją Konstytucji RP*, [w:] *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2006, s. 31–37; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Prawo do wynagrodzenia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie władzy publicznej*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 504.

[6] M. Stępski, op. cit., s. 279.

[7] Ibidem.

[8] J. Roszkiewicz, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez organy administracji publicznej*, „Przegląd Legislacyjny" 2015, nr 4, s 57. Jak wskazuje wspomniany autor, organy mogą więc posługiwać się samoistną, modyfikacyjną i interpretacyjną formą stosowania konstytucji, a w przypadku obalenia domniemania konstytucyjności przepisu przez TK wydaje się dopuszczalna również odmowa zastosowania przepisu.

[9] A. Mączyński, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo" 2000, nr 5, s. 6–7.

stosowany, tj. stosowany z pominięciem regulacji ustawowej (art. 417 k.c.). W doktrynie i orzecznictwie zdaje się dominować pogląd, w świetle którego możliwość taka jest dopuszczalna. Wspomniane podejście prezentują między innymi Marek Safjan[10], Gerard Bieniek[11], Ewa Łętowska[12], Marian Kępiński i Rafał Szczepaniak[13]. W orzecznictwie pogląd ten został również potwierdzony w wyrokach TK z 4 grudnia 2001 roku[14] i 23 września 2003 roku[15] oraz w wyrokach SN z 30 maja 2003 roku[16] i z 9 lipca 2003 roku[17]. Odmienny pogląd w tej mierze prezentuje między innymi Adam Szpunar[18], a także SN w wyrokach z 23 marca 2004 roku[19] i 6 lutego 2002 roku[20].

Z tej przyczyny podstawowym celem artykułu będzie przedstawienie ram podmiotowych omawianej instytucji prawnej na poziomie konstytucyjnym. Zagadnienia związane z realizacją zasady odpowiedzialności odszkodowawczej za delikty organów władzy publicznej na poziomie ustawodawstwa zwykłego zostaną poruszone jedynie w takim zakresie, jaki jest niezbędny do realizacji wspomnianego zamierzenia badawczego.Warto przy tym uściślić, że art. 417 k.c. stanowi konkretyzację art. 77 ust. 1 Konstytucji RP na poziomie ustawodawstwa zwykłego.

2. Osoby fizyczne

Warto wskazać, że prawo do wynagrodzenia szkody przysługiwać może „każdemu"[21]. W literaturze trafnie zauważa się, że pojęcia tego nie należy zawężać wyłącznie do obywateli polskich. Przeciwnie – jak zostało podkreślone, wykładnia rozszerzająca tak szerokiego terminu jest niezbędna. Wynika to również

---

[10] M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej (po 1 września 2004 r.)*, Warszawa 2004, s. 3.

[11] G. Bieniek, [w:] *Komentarz. Zobowiązania*, t. 3, cz. 1, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 429.

[12] E. Łętowska, *W kwestii zmian przepisów k.c. o odpowiedzialności za szkody wyrządzone działaniem władzy publicznej*, „Państwo i Prawo" 1999, nr 7, s. 75 i n.

[13] M. Kębiński, R. Szczepaniak, *O bezpośrednim stosowaniu art. 77 ust, 1 Konstytucji*, „Państwo i Prawo" 2000, nr 3, s. 79–84.

[14] SK 18/00, DzU z 2001, nr 145, poz. 1638.

[15] K 20/02, DzU z 2003, nr 170, poz. 1660.

[16] III CZP 34/03, „Prokuratura i Prawo" 2004, nr 2, poz. 30, z glosą częściowo krytyczną L. Boska, *Glosa do postanowienia SN z 30 maja 2003 r., III CZP 34/03*, „Prokuratura i Prawo" 2003, nr 12, s. 119–123.

[17] IV CKN 357/01, LEX nr 146444.

[18] A. Szpunar, *O odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo" 1999, nr 6, s. 87.

[19] V CK 376/03, LEX nr 183799.

[20] V CKN 1248/00, OSP 2002, nr 10, poz. 128.

[21] P. Kociubiński, *Powojenne przekształcenia własnościowe w świetle konstytucji*, [w:] *Powojenne przekształcenia własnościowe w świetle konstytucji*, red. P. Kociubiński, LEX/el. 2013.

z gwarancyjnego charakteru art. 77 ust. 1 Konstytucji RP. Działania organów publicznych mają być bowiem legalne i praworządne niezależnie od tego, czyjej sfery faktycznej i prawnej dotyczą.

Afirmując powyższy pogląd, wpada podkreślić, że skoro art. 77 ust. 1 Konstytucji RP posługuje się pojęciem „każdy"[22], to uprawnienie do żądania odszkodowania za niezgodne z prawem działania organów władzy publicznej przysługują wszystkim osobom fizycznym, niezależnie od tego, czy są obywatelami polskimi[23].

Odnosząc się natomiast do art. 417 k.c., podkreślić należy, że nie zawiera on żadnych postanowień co do osoby poszkodowanego[24]. Spostrzeżenie to ma doniosłe konsekwencje, ponieważ w praktyce oznacza, że zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego poszkodowanym uprawnionym do żądania odszkodowania może być każdy podmiot prawa cywilnego[25].

3. Osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej

Pewne wątpliwości mogą się pojawiać przy ocenie, czy art. 77 ust. 1 Konstytucji RP (a w konsekwencji również art. 417 i n. k.c.) znajduje zastosowanie do osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Zdaniem Zbigniewa Radwańskiego w świetle regulacji ustawowej nie budzi wątpliwości, że poszkodowanym w rozumieniu art. 417 k.c. może być każdy podmiot prawa cywilnego, więc nie tylko osoba fizyczna, ale i osoba prawna oraz jednostka organizacyjna mająca zdolność prawną, lecz nie wyposażona w osobowość prawną[26]. Z uwagi na hierarchię źródeł prawa należy jednak rozważyć, czy takiej interpretacji art. 417 k.c. nie sprzeciwia się regulacja konstytucyjna.

W celu weryfikacji tego poglądu niezbędne będzie przeprowadzenie oceny możliwości stosowania przepisów Konstytucji RP zawartych w części „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela" do osób prawnych, co wymaga *per se* każdorazowej analizy charakteru praw i wolności, których gwarantem i środkiem

---

[22] Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2012, s. 142; Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2004, nr 2, s. 14.

[23] P. Dzienis, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 141–143. Por. też R. Szczepaniak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2001, s. 76; Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, op. cit., s. 142; J. J. Skoczylas, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez władzę publiczną*, Warszawa 2005, s. 246.

[24] Z. Radwański, op. cit., s. 14; Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, op. cit., s. 142.

[25] Z. Radwański, op. cit., s. 14.

[26] Ibidem.

ochrony jest dany przepis[27]. Jak podkreślił TK w postanowieniu z 23 lutego 2005 roku[28], osoby prawne mogą być podmiotami wolności i praw konstytucyjnych, ale jedynie w ograniczonym zakresie, ponieważ niektóre z tych wolności i praw ze swej istoty nie mogą im przysługiwać. W odniesieniu do pozostałych praw i wolności podmiotowość osoby prawnej jest pochodna względem podmiotowości jednostki.

Prezentowane przez TK podejście opiera się na założeniu, że osoba prawna może być podmiotem tych praw, o ile umożliwia to pełniejsze korzystanie z nich przez osoby fizyczne. To samo dotyczy struktur niemających osobowości prawnej, na przykład stowarzyszenia zwykłego. Z referowaną tu koncepcją zdają się korespondować ustalenia doktryny, w świetle których ochrona konstytucyjna rozciąga się także na majątkowe prawa osób prawnych, co wynika z art. 64 Konstytucji[29].

Rafał Szczepaniak słusznie konkluduje, że zawężenie konstytucyjnej ochrony do osób fizycznych *de facto* ograniczałoby ich ochronę, ponieważ osoby prawne i inne jednostki organizacyjne są niczym innym, jak formą ludzkiej samoorganizacji[30]. Są one przecież formułowane przez ludzi i mają służyć lepszej realizacji określonych celów[31]. W literaturze wskazywano trafnie, że jednostki organizacyjne założone przez osoby fizyczne mogą być podmiotami konstytucyjnych praw i wolności wszędzie tam, gdzie brak podstaw do odmówienia im cech podmiotowości[32]. Za objęciem tych podmiotów zakresem stosowania art. 77 ust. 1 Konstytucji RP (art. 417 i n. k.c.) opowiada się również Zbigniew Banaszczyk[33].

4. Podmioty wykonujące władzę publiczną

4.1. Informacje ogólne

W literaturze zwraca się uwagę na bardzo ciekawe zagadnienie, którego istota sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy podmiotom sprawującym władzę publiczną przysługują roszczenia o naprawienie szkody, która może być im wyrządzona przez inne podmioty wykonujące tę władzę[34]. Poruszone zagadnienie jest źródłem licznych dylematów interpretacyjnych, jednakże najważniejsze z nich odnoszą się do kilku fundamentalnych kwestii.

---

[27] P. Granecki, *Odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną działaniem swojego funkcjonariusza (Wybrane zagadnienia)*, „Palestra" 2000, nr 11–12, s. 20.

[28] Ts 35/04, OTK ZU 2005, nr 13, poz. 25, s. 73 i n.

[29] Z. Radwański, op. cit., s. 14.

[30] R. Szczepaniak, op. cit., s. 76.

[31] Ibidem.

[32] L. Garlicki, op. cit., s. 96.

[33] Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, op. cit., s. 142.

[34] Ibidem.

Zgodnie z pierwszym podejściem, prezentowanym między innymi przez Ewę Bagińską, nie można dopuścić wzajemnej odpowiedzialności podmiotów wykonujących władzę publiczną[35]. Analiza autorki zdaje się jednoznacznie wskazywać, że przemawia za tym nie tylko dyspozycja art. 45 Konstytucji RP, lecz również względy jurydyczne i aksjologiczne[36]. Podobny pogląd wyraził SN w wyroku z 24 września 2008 roku. Z uwagi na praktyczną doniosłość sformułowanej przez sąd tezy należy poddać głębszej analizie jej fundamenty i przesłanki. Istota sprawy rozpatrywanej przez SN dotyczyła oceny, czy Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność za niezgodne z prawem ustanowienie zarządu komisarycznego w przedsiębiorstwie publicznym. Sąd Najwyższy oddalił powództwo przeciwko Skarbowi Państwa, w uzasadnieniu powołując dwie kategorie argumentów:

a) Podmiotami gwarantowanych praw i wolności konstytucyjnych (w tym art. 77 ust. 1 Konstytucji RP) nie są jednostki samorządu terytorialnego ani Skarb Państwa i inne państwowe osoby prawne.

Sąd Najwyższy wskazał, że zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 1998 roku[37] i nawiązującego do niej orzecznictwa Skarb Państwa odpowiada za szkodę wyrządzoną przedsiębiorstwu państwowemu w wyniku wykonania decyzji organu założycielskiego na podstawie art. 64 u.p.p. W uchwale tej przyjęto, że chodzi o odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną w wyniku legalnego pełnienia funkcji władczych.

Zupełnie inaczej wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 25 maja 1994 roku[38], w której sformułował pogląd, że podstawą odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przedsiębiorstwu państwowemu wykonaniem decyzji organu założycielskiego jest art. 471 k.c. w związku z art. 64 u.p.p.

Dokonanie oceny powołanych powyżej judykatów było niezwykle trudne, jednakże Sąd Najwyższy ostatecznie doszedł do dość przewrotnej konkluzji, że w zasadzie oba te rozstrzygnięcia pomijają całkowicie art. 417 § 1 k.c. jako podstawę prawną odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa. Formułując powyższy wniosek, SN zauważył, że pominięcie tego przepisu przez sądy nie nasuwa jakichkolwiek zastrzeżeń, wręcz przeciwnie, jest zabiegiem prawidłowym. Artykuł 77 ust. 1 Konstytucji znajduje się bowiem w rozdziale zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela". W związku z tym podmiotami gwarantowanych w tym rozdziale praw i wolności konstytucyjnych nie są jednostki samorządu terytorialnego, Skarb Państwa ani inne państwowe osoby prawne. Powyższy

[35] E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 429.

[36] Ibidem.

[37] III CZP 12/98, niepubl.

[38] III CZP 38/94, niepubl.

opis oceny prawnej skłonił sąd do konkluzji, że jednostek samorządu terytorialnego i przysługujących im praw majątkowych dotyczy wyłącznie art. 165, a Skarbu Państwa i sposobu zarządzania jego majątkiem – art. 218 Konstytucji.

b) bezprawność względna

W realiach omawianego judykatu sąd przyjął, że strona pozwana wyrządziła powodowej spółce szkodę wskutek naruszenia łączącego strony zobowiązania (umowy o zarządzanie przedsiębiorstwem państwowym) przez niezgodne z art. 65 ust. 1 u.p.p. ustanowienie zarządu komisarycznego, stanowiące czyn niedozwolony w rozumieniu art. 417 § 1 k.c. Znajdując podstawy do zastosowania koncepcji bezprawności względnej, SN wyjaśnił, że zachowanie dłużnika lub osoby trzeciej, w którym wierzyciel upatruje naruszenie zobowiązania, może oczywiście stanowić w konkretnej sytuacji czyn niedozwolony, aby jednak tak było, musi ono zdaniem SN naruszać normę prawa powszechnie obowiązującego, mającą na celu ochronę interesu wierzyciela. Innymi słowy, wymaganie ochrony interesu wierzycieli wiąże się z szeroko przyjmowaną w polskim piśmiennictwie koncepcją bezprawności względnej, według której norma prawna chroni określone interesy. Komentowana norma prawna, dekodowana z art. 65 ust. 1 u.p.p., ma w ocenie SN na celu ochronę interesów przedsiębiorstwa państwowego, a nie podmiotów wchodzących z nim w stosunki cywilnoprawne. W związku z tym, gdyby nawet rzeczywiście doszło do naruszenia art. 65 ust. 1 u.p.p., powodowa spółka nie mogłaby być uznana za osobę poszkodowaną tym naruszeniem w sposób uzasadniający powstanie wobec niej odpowiedzialności deliktowej opartej na art. 417 § 1 k.c.

Z referowaną tu koncepcją Sądu Najwyższego zdaje się nie zgadzać Zbigniew Banaszczyk[39], który w glosie częściowo krytycznej do wyroku SN z 24 września 2008 roku wyjaśnił, że każdemu właścicielowi przysługuje roszczenie o ochronę jego praw. Dotyczy to nie tylko ochrony windykacyjnej i negatoryjnej, ale także innych jej rodzajów. Twierdzenie tego autora opiera się na przekonaniu, że nie podlega kompensacji jedynie ten uszczerbek, który został wyrządzony samemu sobie, co ma miejsce przykładowo w sytuacji wyrządzenia przez jedno *statio fisci* szkody w mieniu znajdującym się w dyspozycji innego *statio fisci*. Sytuacja ta nie ma jednak miejsca w relacji pomiędzy Skarbem Państwa a państwową osobą prawną, nawet jeżeli na etapie pewnego uogólnienia można przyjąć, że własność państwowa jest wykonywana przez państwowe osoby prawne.

Formułując powyższy wniosek, Banaszczyk zastrzegł, iż wskazane zagadnienie jest źródłem poważnych rozbieżności w nauce prawa konstytucyjnego[40]. W jego

[39] Z. Banaszczyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 24 września 2008 r., II CSK 177/08*, „Palestra" 2010, nr 7–8, s. 277–285.

[40] Zob. przywołaną tam literaturę, w tym w szczególności: Z. Czeszejko-Sochacki, *Skarga konstytucyjna w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy" 1998, nr 1, s. 40–41; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 295.

ocenie gwarancją samodzielności jednostek samorządu terytorialnego (j.s.t.) jest oddanie im do dyspozycji ich mienia przez przyznanie im prawa własności i innych praw majątkowych. Z powyższą koncepcją koresponduje zasada jednolitej ochrony prawa własności, dlatego mienie należące do gminy podlega takiej samej ochronie, jak mienie innych podmiotów prawa[41]. Banaszczyk zauważa, że ze względu na pełnioną funkcję część składników majątku gminy stanowi tak zwane mienie publiczne, które jest konieczne do funkcjonowania organów władzy publicznej albo zaspokajania zbiorowych potrzeb ludności, a pozostała część służy realizowaniu przez gminę celów gospodarczych[42]. Powyższe skłania go do konkluzji, że SN bezpodstawnie zawęża podmiotowy zakres zastosowania art. 417 k.c.

Zwolennikiem możliwości stosowania do gmin i innych j.s.t. art. 77 ust. 1 Konstytucji RP jest również Bogusław Lanckoroński[43], który w glosie do wyroku SN z 24 września 2008 roku trafnie zauważył, że sąd stosuje koncepcję bezprawności względnej na gruncie polskiego reżimu odpowiedzialności deliktowej. Zastrzeżenia do koncepcji bezprawności względnej wynikają z faktu, iż jej stosowanie narzuca sposób ustalania przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, który należy uznać za sztuczny w systemach opierających się na generalnej formule bezprawności[44].

Za trafne wypada również uznać stanowisko Józefa Kremisa, w ocenie którego poszkodowanymi mogą być j.s.t., a także sam Skarb Państwa (jeżeli szkoda została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej przez j.s.t.)[45].

4.2. Możliwość korzystania przez podmioty publiczne z konstytucyjnych praw i wolności

Warto zauważyć, że punktem wyjścia obu omówionych poglądów jest zagadnienie dopuszczalności korzystania przez tak zwane podmioty publiczne z konstytucyjnych praw i wolności. Analiza nie może jednak ograniczać się wyłącznie do problemu ochrony prawa własności, jak czyni to Banaszczyk. Dobrym sposobem na ustalenie, w jakim zakresie podmiotom publicznym przysługują prawa i wolności konstytucyjne, będzie zbadanie dopuszczalności wniesienia przez te podmioty skargi konstytucyjnej na podstawie artykułu 79 Konstytucji RP. W świetle tego przepisu każdy, kogo konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone,

---

[41] Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, op. cit., s. 145. Por. przywołane tam: wyrok TK z 12 kwietnia 2000 r., K 8/98, OTK 2000, nr 3, poz. 87; J. Igantowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 158–159.

[42] Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, op. cit., s. 146.

[43] Glosa do wyroku SN z dnia 24 września 2008 r., II CSK 177/08, LEX/el.

[44] Por. rozdział dotyczący niezgodności z prawem i przedstawioną tam krytykę koncepcji bezprawności względnej.

[45] J. Kremis, [w:], *Kodeks cywilny, Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 706.

ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo obowiązkach określonych w konstytucji. W tym stanie rzeczy za trafny wypada uznać pogląd, że wniesienie skargi konstytucyjnej jest uzależnione od tego, że określone prawa i wolności (w tym uprawnienie do żądania odszkodowania z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP) przysługują temu skarżącemu *in genere*.

Formułując powyższy wniosek, wypada jednocześnie zauważyć, że w doktrynie i judykaturze możliwość wniesienia skargi konstytucyjnej do Trybunału Konstytucyjnego przez podmioty publiczne budzi pewne wątpliwości[46]. Jak trafnie zauważa Monika Haczkowska, dokonując oceny tego zagadnienia, należy odróżnić pozycję j.s.t. od pozycji innych podmiotów wykonujących zadania publiczne. O ile Trybunał dopuścił w swoim orzecznictwie możliwość wnoszenia skarg konstytucyjnych przez niektóre podmioty publiczne (pod warunkiem jednak, że nie wykonują zadań mieszczących się w sferze *imperium*), o tyle konsekwentnie odmawia zdolności skargowej j.s.t.[47]

Bardzo istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia omawianego zagadnienia prawnego ma postanowienie TK z 20 grudnia 2007 roku[48] dotyczące legitymacji skargowej KGHM Polska Miedź SA. Trybunał Konstytucyjny sformułował przekonującą tezę, że wobec zmieniającego się obszaru aktywności państwa (w szczególności powstawania nowych form, w ramach których państwo prowadzi działalność gospodarczą) o zdolności skargowej nie może decydować kryterium czysto formalne, tj. umiejscowienie danego podmiotu w określonym systemie organów władzy publicznej, ale kryterium materialne, tj. posiadanie przez skarżące podmioty pewnych cech koniecznych, wynikających z wykładni literalnej i funkcjonalnej tekstu konstytucji[49].

---

[46] M. Haczkowska, *Komentarz do art. 79 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskie*j, LEX/el. 2014. Por. L. Jamróz, *Skarga konstytucyjna wstępne rozpoznanie*, Warszawa 2011, s. 77–80.

[47] Jako przykład warto wskazać dopuszczoną do rozpoznania skargę samodzielnego zakładu opieki zdrowotnej. W wyniku jej rozpoznania zapadł wyrok TK z 4 kwietnia 2005 r. (SK 7/2003, OTK-A 2005, nr 4, poz. 34), w którym stwierdzono, że skarżący Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej (SPOZ) ma zdolność bycia podmiotem konstytucyjnego prawa ochrony własności i innych praw majątkowych z art. 64 ust. 2 Konstytucji RP. Zgodnie bowiem z art. 64 ust. 1 Konstytucji RP „każdy ma prawo do własności", jak też do „innych praw majątkowych". SPOZ posiada zdolność bycia podmiotem konstytucyjnego prawa, na które się powołuje. Wyrok przywołany za: M. Haczkowska, op. cit.

[48] SK 67/2005, OTK-A 2007, nr 11, poz. 168.

[49] Por. wyrok TK z 21 marca 2005 r. (SK 24/2004, OTK-A 2005, nr 3, poz. 25) w sprawie skargi Agencji Nieruchomości Rolnych, jak również wyrok z 25 lipca 2013 r. (SK 61/2012, OTK-A 2013, nr 6, poz. 84), w którym TK orzekał w sprawie skargi konstytucyjnej wniesionej przez szkołę wyższą. Por. M. Haczkowska, op. cit.; L. Jamróz, op. cit., s. 77–80.

Warto jednak zwrócić uwagę na prawidłowość, że Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie odmawia przyjęcia do rozpoznania skarg konstytucyjnych wnoszonych przez organy samorządu terytorialnego (głównie gminy)[50].

Istota argumentów TK sprowadza się do twierdzenia, że państwo nie może wystąpić ze skargą przeciwko samemu sobie[51]. W wyroku z 23 lutego 2005 roku[52] TK sformułował pogląd, że między sytuacją prawną osób prawnych wykonujących zadania publiczne, w szczególności gmin, a sytuacją prawną osób fizycznych i osób prawnych prawa prywatnego nie zachodzi podobieństwo, które uzasadniałoby objęcie tych pierwszych zakresem podmiotowym konstytucyjnego prawa do równego traktowania (art. 32 ust. 1). Wynika z tego, że określenie na płaszczyźnie ustawowej pozycji wszystkich osób prawnych w taki sam lub podobny sposób nie rozstrzyga o ich sytuacji prawnej na płaszczyźnie konstytucyjnej. W związku z tym w ocenie TK nie ma podstaw do utożsamiania zakresu konstytucyjnej ochrony jednostek samorządu terytorialnego i konstytucyjnej ochrony prywatnych osób prawnych za pomocą argumentu, że wszystkie te podmioty mają osobowość prawną. Uzależnienie zakresu zastosowania art. 79 ust. 1 Konstytucji wyłącznie od osobowości prawnej skarżącego prowadziłoby do wniosku, że również Skarb Państwa może występować ze skargą konstytucyjną. Sytuacja taka w ocenie TK zaprzeczałaby całkowicie istocie skargi konstytucyjnej i oznaczałaby w istocie, że państwo może występować ze skargą przeciwko samemu sobie. Omówiony powyżej pogląd TK został uzupełniony zastrzeżeniem, że niedopuszczalność skorzystania z instytucji skargi konstytucyjnej nie oznacza,

---

[50] TK w postanowieniu z 26 października 2001 r. (Ts 72/2001, OTK 2001, nr 8, poz. 298) wyjaśnił, że ustrojodawca, wprowadzając w konstytucji katalog praw i wolności oraz środki ich ochrony, kierował się założeniem, w myśl którego podstawową funkcją tych praw ma być funkcja ochronna. Wynika z niej przede wszystkim, iż wolności i prawa konstytucyjne chronią jednostkę przed nadmierną ingerencją organów władzy publicznej oraz zobowiązują te organy do podjęcia działań gwarantujących ich realizację. Z powyższego wynika, iż podmioty realizujące funkcje władzy publicznej nie mogą składać skarg konstytucyjnych, gdyż nie są one adresatami uprawnień wynikających z poszczególnych praw konstytucyjnych, lecz adresatami obowiązków związanych z realizacją praw innych podmiotów. Por. również postanowienia TK: z 26 października 2001 r., Ts 72/2001, OTK 2001, nr 8, poz. 298; z 3 kwietnia 2001 r., Ts 148/2000, OTK 2001, nr 3, poz. 72 i 73; z 6 kwietnia 2005 r., Ts 9/2005, OTK-B 2005, nr 3, poz. 143; z 14 września 2004 r., Ts 74/2004, OTK-B 2004, nr 5, poz. 313. Postanowienia przywołane za: M. Haczkowska, op. cit.

[51] Por. Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 249; P. Tuleja, *Skarga konstytucyjna w Polsce – 10 lat obowiązywania*, „Przegląd Legislacyjny" 2007, nr 3, s. 31; S. Jarosz-Żukowska, *W sprawie pożądanych zmian polskiego modelu skargi konstytucyjnej*, [w:] *Konieczne i pożądane zmiany Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. B. Banaszak, M. Jabłoński, Wrocław 2010, s. 257; M. Haczkowska, op. cit.

[52] Ts 35/04, OTK ZU 2005, nr 13, poz. 25, s. 77 i n. Por. również postanowienie TK z 12 października 2004 r., TS 35/04, OTK ZU 2005, nr 13, poz. 25, s. 73 i n.

że gminy nie mogą inicjować kontroli przepisów prawa z punktu widzenia konstytucyjnej ochrony ich samodzielności. W sprawach objętych zakresem działania gmin wynikającym z obowiązujących aktów normatywnych organy stanowiące gmin mogą występować do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskami w trybie kontroli abstrakcyjnej.

4.3. Ocena orzecznictwa TK

4.3.1. Podmioty wykonujące władzę publiczną (poza j.s.t.)

Przeprowadzona powyżej analiza orzecznictwa TK zdaje się dość jednoznacznie wskazywać, że ocena istnienia legitymacji procesowej powinna uwzględnić nie tylko kryteria funkcjonalne, lecz również podmiotowe, a w szczególności pozycję ustrojową tego podmiotu. Z tej przyczyny wyjątkowo dopuszcza się możliwość wnoszenia skarg konstytucyjnych przez podmioty publiczne. Sytuacja taka może być rozważana jedynie wówczas, gdy w zakresie objętym skargą podmiot publiczny nie wykonuje zadań mieszczących się w tak zwanej sferze *imperium*[53].

W doktrynie zwraca się uwagę na to, że TK konsekwentnie odmawia zdolności skargowej jednostkom samorządu terytorialnego. Zdaniem autorki niniejszego opracowania nie można na tej podstawie przesądzać, że j.s.t. nie mają *in genere* zdolności skargowej na podstawie art. 79 Konstytucji RP. Formułując powyższy wniosek, wypada zauważyć, że przyczyny odmowy wszczęcia postępowania w przytoczonym orzecznictwie były bardzo różne (na przykład błędne sformułowanie podstawy skargi). Można zatem domniemywać, że w przyszłości skarga j.s.t. złożona na podstawie art. 79 Konstytucji RP mogłaby zostać przyjęta do rozpoznania.

W kontekście przeniesienia powyższych rozważań na ocenę legitymacji czynnej do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP istotne jest stwierdzenie, że państwo nie może występować ze skargą przeciwko samemu sobie. Implikuje to odrzucenie możliwości występowania z roszczeniami odszkodowawczymi z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP (art. 417 k.c.) przez podmioty publiczne. Stanowisko takie zaprezentował między innymi SN w wyroku z 24 września 2008 roku[54], w którym wskazał, że art. 77 ust. 1 Konstytucji znajduje się w rozdziale zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela". Oznacza to, że podmiotami gwarantowanych w tym rozdziale praw i wolności konstytucyjnych co do zasady nie jest Skarb Państwa ani inne państwowe osoby prawne. Jedynie wyjątkowo, w zakresie, w jakim podmioty te nie wykonują władzy publicznej, a same stają się podmiotami administrowanymi, należy dopuścić możliwość wniesienia przez nie skargi konstytucyjnej.

---

[53] Por. również zdanie odrębne Sędziego Trybunału Konstytucyjnego E. Łętowskiej do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 22 maja 2007 r., SK 70/05, niepubl.

[54] Por. również wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2000 r., K 8/98, OTK Zb. Urz. 2000, nr 3, poz. 87.

4.3.2. Jednostki samorządu terytorialnego jako podmioty wykonujące władzę publiczną

W pełni afirmując przedstawiony powyżej pogląd, wypada podkreślić, że w przypadku j.s.t. i ich związków ocena ich legitymacji czynnej jest bardziej skomplikowana. W orzecznictwie sądów administracyjnych zwraca się bowiem uwagę na to, że z jednej strony j.s.t. są podmiotami praw i obowiązków wynikających z przyznanej im osobowości prawnej – przysługuje im prawo własności i inne prawa majątkowe (art. 165 ust. 1 Konstytucji RP), dlatego niewątpliwie mają interes prawny w żądaniu czynności organu administracyjnego albo udziału w postępowaniu administracyjnym, jeżeli dotyczą one tych praw i obowiązków[55]. Z drugiej strony podkreśla się, że wskazana zasada ulega ograniczeniom w sprawach, w których organ j.s.t. sam orzeka jako organ administracyjny wykonujący zadania publiczne[56]. Innymi słowy, samorząd terytorialny stanowi jeden z elementów struktury aparatu państwowego i wraz z administracją rządową bierze udział w realizacji zadań publicznych. Jednocześnie samorząd terytorialny został wyposażony w samodzielność i określone uprawnienia w relacjach z organami administracji rządowej[57]. W postanowieniu z 20 marca 2012 roku[58] NSA sformułował więc ogólną tezę, że gmina – tak jak inne j.s.t. – posiada szczególną pozycję ustrojową. Sąd uzasadnił ten pogląd, stwierdzając, że gmina z jednej strony jest nosicielem *imperium* (władztwa administracyjnego), z drugiej zaś podmiotem *dominium* (własności). Te dwie role gminy są rozdzielne. Czym innym jest uprawnienie, a zarazem obowiązek rozstrzygania spraw indywidualnych w zakresie i na zasadach określonych prawem i w ślad za tym – korzystanie z władztwa administracyjnego, a czym innym wykonywanie uprawnień właścicielskich w stosunku do majątku komunalnego. Istota „podwójnej roli" j.s.t. sprowadza się zatem do tego, że z jednej strony podlegają one kompetencji innych organów władzy publicznej, a z drugiej strony same sprawują władztwo publiczne wobec innych podmiotów.

Zdaniem autorki niniejszego opracowania powyższy opis oceny prawnej implikuje możliwość rozróżnienia trzech rodzajów stosunków prawnych, w których mogą występować j.s.t.:

a) stosunki prawne j.s.t. z organami władzy publicznej, w których j.s.t. podlegają kompetencjom tych organów (j.s.t. jest podmiotem administrowanym);
b) stosunki prawne między j.s.t. a innymi podmiotami, które nie są związane z wykonywaniem władzy publicznej przez j.s.t. (j.s.t. działa jak podmiot prywatny);

---

[55] Wyrok NSA z 21 marca 2013 r., I OSK 2405/11, LEX nr 1333104. Ponadto podkreśla się, że j.s.t. nie może być traktowana inaczej niż inne podmioty, gdyż naruszałoby to zasadę równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP).

[56] Wyrok NSA z 21 marca 2013 r., I OSK 2405/11, LEX nr 1333104.

[57] Wyrok TK z dnia 29 października 2009 r., K 32/08, OTK-A 2009, nr 9, poz. 139.

[58] II OSK 652/12, LEX nr 1125527.

c) stosunki prawne między j.s.t. a rozmaitymi podmiotami podlegającymi kompetencjom organów tej jednostki (j.s.t. jest podmiotem administrującym).

Ad. a. Stosunki prawne j.s.t. z organami władzy publicznej, w których j.s.t. podlegają kompetencjom tych organów (j.s.t. jako podmiot administrowany)

Analiza szczególnej pozycji ustrojowej j.s.t. zdaje się dość jednoznacznie prowadzić do wniosku, że j.s.t. jest uprawniona do wystąpienia z roszczeniem z art. 417 k.c. w sytuacji, gdy sama podlega kompetencji innych organów władzy publicznej. Spostrzeżenie to ma doniosłe konsekwencje prawne, dlatego warto je zilustrować następującymi przykładami.

PRZYKŁAD 1: ROZSTRZYGNIĘCIA NADZORCZE

Warto zwrócić uwagę, że w świetle postanowień ustaw samorządowych jeżeli uchwała czy zarządzenie organu j.s.t. (ewentualnie związku gmin lub związku powiatów) są sprzeczne z prawem, to organ nadzoru[59] może stwierdzić ich nieważność we własnym zakresie w terminie nie dłuższym niż trzydzieści dni od daty przedłożenia mu tej uchwały lub zarządzenia[60]. Ponadto, zakres uprawnień organu nadzoru nie jest uwarunkowany charakterem uchwały lub zarządzenia (nie musi być to uchwała ani zarządzenie z zakresu administracji publicznej).

Z referowanymi powyżej uprawnieniami organów nadzoru korespondują uprawnienia j.s.t. do ochrony przyznanej im konstytucyjnie samodzielności (art. 165 ust. 2 Konstytucji RP). Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 29 października 2009 roku[61] wyjaśnił, że ochrona samodzielności j.s.t. w aspekcie negatywnym oznacza wolność od arbitralnej ingerencji ze strony innych organów władzy publicznej. Wszelkie formy ingerencji w sferę działania j.s.t. muszą być – jak wskazuje TK – zgodne z konstytucją, określone przez ustawy i uzasadnione koniecznością zapewnienia ochrony wartości konstytucyjnych. Jak słusznie podkreślił TK, samodzielność j.s.t. w aspekcie negatywnym powinna obejmować wszelkie dziedziny jej działania[62].

[59] Zgodnie z art. 86 u.s.g. organami nadzoru nad działalnością j.s.t. są prezes Rady Ministrów i wojewodowie, a w zakresie spraw finansowych – regionalne izby obrachunkowe. Organy wymienione w art. 86 nie są jedynymi podmiotami uczestniczącymi w nadzorze nad działalnością gminną. W sprawowaniu tego nadzoru biorą także udział Sejm (art. 96 ust. 1) oraz minister właściwy do spraw administracji publicznej (art. 96 ust. 1 i 2, art. 97 ust. 1 i 3, art. 98a ust. 2). Por. P. A. Chmielnicki, *Komentarz do art. 86 ustawy o samorządzie gminnym*, LEX/el. 2013.

[60] Por. art. 91 ust 1 u.s.g. i art. 99 ust. 1a u.s.g.; art. 79 u.s.p. i art. 82 ust. 1 u.s.w. Szerzej na temat rozstrzygnięć nadzorczych zob. T. Woś, [w:] *Postępowanie sądowoadministarcyjne*, red. T. Woś, H. Knysiak-Sudyka, M. Romańska, Warszawa 2016, s. 94-95.

[61] K 32/08.

[62] Samodzielność w aspekcie pozytywnym zakłada natomiast możliwość swobodnego wyboru działań podejmowanych w celu realizacji zadań publicznych, przy czym granice tej swobody wyznacza konstytucja oraz ustawy.

Znajdując podstawy do uwzględnia koncepcji sformułowanej przez TK, należy przyjąć, że przejawem ochrony samodzielności j.s.t. zagwarantowanej w art. 165 ust. 2 Konstytucji RP jest możliwość zaskarżenia do sądu administracyjnego rozstrzygnięcia nadzorczego, a w efekcie doprowadzenie do wyeliminowania go z obrotu prawnego (w przypadku uwzględnienia skargi przez sąd administracyjny). Skoro tak, to nie ma racjonalnych argumentów przemawiających za odmową przyznania j.s.t. odszkodowania od Skarbu Państwa, jeżeli takie rozstrzygnięcie nadzorcze okazałoby się niezgodne z prawem i wyrządziłoby tej gminie szkodę majątkową. Samo wyeliminowanie z obrotu prawnego wadliwego rozstrzygnięcia nadzorczego nie chroni samodzielności j.s.t. w sposób pełny, ponieważ obarcza j.s.t. ryzykiem finansowym błędnego działania organu nadzoru. Nie chodzi o występowanie „państwa" przeciwko „państwu", bo gdyby rzeczywiście tak oceniać kwestionowanie rozstrzygnięć nadzorczych przez j.s.t., to skarga na nie do sądu administracyjnego byłaby niedopuszczalna. Chodzi natomiast o zapewnienie pełnej ochrony samodzielności j.s.t.

Przykład 2: Subwencje i dotacje celowe

Warto również zwrócić uwagę na problem występowania przez j.s.t. z roszczeniami odszkodowawczymi z art. 417 k.c. w przypadku nieterminowej wypłaty subwencji lub dotacji. Analiza orzecznictwa pokazuje, że takie powództwa były wnoszone przez j.s.t., co do zasady podlegały one jednak oddaleniu. Wypada przy tym zauważyć, że przyczyną oddalenia powództw nie był brak legitymacji czynnej j.s.t., lecz niespełnienie pozostałych przesłanek warunkujących powstanie odpowiedzialności z art. 417 k.c. W świetle tego należy zwrócić szczególną uwagę na następujące wyroki i uchwały SN:

W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 1992 roku[63] wprost dopuszczono możliwość występowania przez j.s.t. z roszczeniami przeciwko Skarbowi Państwa na podstawie art. 417 k.c. W uzasadnieniu uchwały SN sformułował bowiem pogląd, że sprawy z powództwa gminy przeciwko Skarbowi Państwa o naprawienie szkody wyrządzonej przez funkcjonariuszy państwowych w związku z nieprzekazaniem albo przekazaniem po upływie określonego terminu subwencji ogólnej lub dotacji celowej należą do drogi sądowej. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że istniejący między gminą a Skarbem Państwa nierównorzędny stosunek administracyjnoprawny nie wyklucza dochodzenia przez jedną ze stron w procesie cywilnym roszczeń odszkodowawczych wynikających z tego stosunku (na podstawie art. 417 k.c.). Pogląd, zgodnie z którym wyposażona w osobowość prawną gmina (dysponująca majątkiem i wykonująca zadania publiczne w imieniu własnym oraz na własną odpowiedzialność) jest na płaszczyźnie cywilnoprawnej podmiotem równym Skarbowi Państwa, nie budzi kontrowersji. Wypada również

[63] III CZP 138/91, OSNC 1992, nr 7–8, poz. 128.

dodać za Sądem Najwyższym, że w żadnym z przepisów prawa powszechnie obowiązującego nie można dopatrzeć się ani wyłączenia z drogi sądowej spraw tego rodzaju, ani ograniczenia zakresu odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez jego funkcjonariuszy.

W wyroku z 25 lipca 2003 roku[64] SN również uznał legitymację czynną gminy występującej z roszczeniem z art. 417 k.c. przeciwko Skarbowi Państwa. W tej sprawie powództwo zostało jednak oddalone z uwagi na niespełnienie pozostałych przesłanek warunkujących powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej. W uzasadnieniu podniesiono, że w świetle obowiązującego stanu prawnego niewypłacenie gminom w pełnej wysokości dotacji celowej na wypłatę dodatków mieszkaniowych przez wojewodę nie ma znamion bezprawności.

W wyroku SN z 31 marca 2005 roku[65] również legitymacja czynna została przyznana gminie. W tej sprawie powództwo zostało jednak oddalone z uwagi na niespełnienie wszystkich przesłanek warunkujących powstanie odpowiedzialności. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że niedokapitalizowanie PKP i doznawane przez to uciążliwości przez społeczność lokalną oraz niemożność zrealizowania celów inwestycyjnych PKP i zaspokojenia potrzeb mieszkańców nie świadczą o wystąpieniu po stronie jednostki samorządu terytorialnego szkody w rozumieniu art. 361 § 2 k.c.

Z referowaną tu koncepcją zdają się również korespondować ustalenia SN przedstawione w wyroku z 13 lutego 2015 roku[66]. W uzasadnieniu wyroku SN sformułował bowiem pogląd, że jednostce samorządu terytorialnego przysługuje roszczenie przeciwko Skarbowi Państwa o wypłatę dotacji jedynie w tym roku budżetowym, którego dotyczy umowa o jej przyznanie. Po jego upływie, w razie bezzasadnego niewykonania zobowiązania, jakie Skarb Państwa zaciągnął przez zawarcie umowy o przyznanie dotacji, jednostka ta może domagać się jedynie naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania na zasadach określonych w art. 471 k.c. Z przywołanego wyroku nie wynika jednak, że j.s.t. nie miałaby w tej sprawie możliwości wystąpienia z roszczeniem z art. 417 k.c., a jedynie wskazuje się, że dopuszczalne jest wystąpienie z roszczeniem z art. 471 k.c. W doktrynie prawa cywilnego zwraca się uwagę na to, że zbieg podstaw odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej jest możliwy.

Z powyższych rozważań wynika, że nie można wykluczyć odpowiedzialności Skarbu Państwa na podstawie art. 417 k.c. w przypadku nieprzekazania lub nieterminowego przekazania dotacji lub subwencji.

---

[64] V CK 108/02, FK 2004, nr 12, s. 62 z glosą krytyczną: A. Cisek, W. Miemiec, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 lipca 2003 r., V CK 108/02*, „Finanse Komunalne" 2004, nr 12, s. 66–76.

[65] V CK 520/0, LEX nr 301809.

[66] II CSK 232/14, LEX nr 1653743.

Przykład 3: Jednostka samorządu terytorialnego jako strona postępowania administracyjnego i sądowoadministracyjnego

Punktem wyjścia niniejszych rozważań było twierdzenie, że istota „podwójnej roli" j.s.t. sprowadza się od tego, iż z jednej strony podlegają one kompetencji organów władzy publicznej, z drugiej zaś same sprawują władztwo publiczne wobec innych podmiotów. W świetle tego należy przyjąć, że j.s.t. są również podmiotami praw i obowiązków wynikających z przyznanej im osobowości prawnej (przysługuje im prawo własności i inne prawa majątkowe), dlatego niewątpliwie mają interes prawny w żądaniu czynności organów administracyjnych albo udziału w postępowaniu administracyjnym, jeżeli postępowania te dotyczą ich praw i obowiązków[67]. Zgodnie z poglądem sformułowanym przez TK w wyroku z 29 października 2009 roku w takich wypadkach j.s.t. może występować jako strona w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym. W uzasadnieniu TK wyjaśnił również, że ochrona sądowa obejmuje tę sferę działania j.s.t., w której konstytucja zapewnia im samodzielność. Ochrona sądowa ma zatem na celu zapewnienie samodzielności j.s.t. w relacjach z innymi organami władzy publicznej, jak również przed działaniami tych organów. Implikuje to zdaniem TK możliwość przyznania j.s.t. zdolności sądowej w postępowaniu cywilnym, jak również uprawnienie do dochodzenia swoich praw w postępowaniu sądowoadministracyjnym w sytuacjach określonych w u.p.s.a., a więc wówczas, gdy są one adresatami decyzji administracyjnych lub innych aktów wymienionych w art. 3 § 2 pkty 2–4 tej ustawy.

Podzielając powyższy pogląd, wypada zatem podkreślić, że nie można wykluczyć wystąpienia przez j.s.t. z roszczeniem z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP w zakresie, w jakim nie wykonuje ona władzy publicznej, tj. nie działa na podstawie normy kompetencyjnej, a sama staje się podmiotem administrowanym, na przykład gdy chodzi o wykonywanie uprawnień majątkowych na zasadach, na jakich dokonują tego podmioty prywatne[68]. Wskazanemu podejściu nie sprzeciwiają się również funkcje odpowiedzialności odszkodowawczej, w szczególności funkcja gwarancyjna.

---

[67] Wyrok NSA z 21 marca 2013 r., I OSK 2405/11, LEX nr 1333104. Ponadto podkreśla się, że j.s.t. nie może być traktowana inaczej niż inne podmioty, gdyż naruszałoby to zasadę równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP).

[68] E. Łętowska w zdaniu odrębnym do postanowienia TK z 22 maja 2007 r. (SK 70/05, niepubl.) wyjaśniła, że na szczeblu konstytucyjnym nie ma podstaw do przeciwstawiania własności publicznej własności prywatnej. Rolą przymiotnika „prywatna" używanego w konstytucji jest jedynie zaakcentowanie, że współczesna koncepcja własności ma charakter odmienny od używanego w Konstytucji z 1952 roku. Dlatego „własność prywatna", o której mowa w Konstytucji z 1997 roku, obejmuje wszelką własność, także własność państwową i komunalną, w tym własność Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego.

Ad. b. Stosunki prawne między j.s.t. a innymi podmiotami, które nie są związane z wykonywaniem władzy publicznej przez j.s.t.

Odpowiedzialność z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP (art. 417 k.c.) nie powstaje, jeżeli szkoda pojawiła się na gruncie stosunku prawnego między j.s.t. a innymi podmiotami, które nie są związane z wykonywaniem władzy publicznej przez j.s.t., ponieważ nie jest spełniona przesłanka przedmiotowa odpowiedzialności (tj. „wykonywanie władzy publicznej").

Ad. c. Stosunki prawne między j.s.t. a podmiotami podlegającymi kompetencjom organów tej jednostki

Dokonując oceny ostatniej ze wskazanych ról j.s.t. w kontekście legitymacji czynnej do wystąpienia z roszczeniem z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP (art. 417 k.c.), należy stanowczo wykluczyć możliwość występowania j.s.t. z roszczeniami odszkodowawczymi w takim zakresie, w jakim organy tych jednostek brały udział w wykonywaniu władzy publicznej.

Pogląd ten może wydawać się kontrowersyjny i nieklarowny, dlatego niezbędne jest jego szersze omówienie. Należy zwrócić szczególną uwagę na problem statusu prawnego gmin i innych jednostek samorządu terytorialnego oraz ich organów w sytuacji, gdy zostały one upoważnione (bezpośrednio przez ustawodawcę lub w drodze zawartych porozumień) do orzekania w określonych kategoriach spraw administracyjnych (zazwyczaj w pierwszej instancji)[69]. Zgodnie z dominującym w orzecznictwie[70] i literaturze[71] poglądem j.s.t. nie może wnosić skarg na decyzje administracyjne w sprawach, w których jej organy wydawały decyzje administracyjne w pierwszej instancji. Nie ma też podstaw do uznania, że w takiej

[69] T. Woś, *Glosa do uchwały NSA z dnia 19 maja 2003 r., OPS 1/03*, „Samorząd Terytorialny" 2004, nr 12, s. 70.

[70] Por. również wyroki TK: z 29 października 2009 r., K 32/08, OTK-A 2009, nr 9, poz. 139; z 26 maja 2008 r., P 14/05, niepubl.; wyroki NSA: z 15 października 1990 r., SA/Wr 990/90, ONSA 1990, nr 4, poz. 7; z 12 stycznia 1994 r., II SA 1971/93, LEX nr 11746; z 31 stycznia 1995 r., II SA 1625/94, LEX nr 24040; z 16 lutego 2005 r., OSK 1017/04, Lex nr 171164; z 9 lipca 2008 r., II OSK 804/07, niepubl.; z 29 listopada 2005 r., FSK 2631/04, Lex nr 236287; postanowienia NSA: z 24 maja 2006 r., II FSK 818/05, Lex nr 274863; z 17 stycznia 2008 r., II GSK 342/07, Lex nr 453873; z 3 grudnia 2007 r., I OSK 1755/07, LEX nr 466171; z 2 lipca 2009 r., I OSK 815/09, niepubl.; z 20 marca 2012 r., II OSK 652/12, LEX nr 1125527; z 20 kwietnia 2012 r., II FSK 527/12, LEX nr 1137662.

[71] T. Woś, *Glosa do uchwały...*, op. cit., s. 70. Por. W. Chróścielewski, *Jednostka samorządu terytorialnego jako strona postępowania administracyjnego prowadzonego przez jej organ*, „Państwo i Prawo" 2003, nr 4, s. 32–44; M. Stahl, *Samorząd terytorialny w orzecznictwie sądowym. Rozbieżności i wątpliwości*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2006, nr 6, s. 42 i n.; J. P. Tarno, *Status prawny jednostki samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym i sądowym*, „Państwo i Prawo" 2006, nr 2, s. 27 i n.

sytuacji j.s.t. mogłaby być uczestnikiem postępowania sądowoadministracyjnego. Odmienne stanowisko zaprezentował NSA w uchwale z 19 maja 2003 roku[72].

W postanowieniu z 22 maja 2007 roku[73] TK sformułował pogląd, że sfera wolności i praw obywatelskich nie przenika się ze sferą kompetencji organów władzy publicznej. Status prawny organów władzy publicznej jest bowiem uregulowany w konstytucji poza przepisami o wolnościach i prawach człowieka i obywatela. W konsekwencji organy władzy publicznej wykonują zadania wynikające z ich kompetencji, a nie korzystają z praw i wolności obywatelskich. Pogląd ten zdaje się również podzielać NSA, który w wyroku z 20 kwietnia 2012 roku[74] wyjaśnił, że ten sam podmiot nie może raz występować w sprawie jako organ administracji wykonujący swoje władztwo, a innym razem, gdy uzna, że jest to dla niego korzystne – jako strona domagająca się ochrony przed działaniami organu administracji wyższego stopnia.

W świetle powyższych rozważań należy podzielić pogląd, że artykuł 165 ust. 1 i 2 Konstytucji RP nie wymaga zapewnienia j.s.t. statusu strony w postępowaniu sądowoadministracyjnym w sytuacji, w której jednostka ta nie występuje jako adresat działań władczych innych organów władzy publicznej, ale sama podejmuje takie działania wobec innych podmiotów. Wypada również podkreślić za przywołanym orzecznictwem, że konstytucja nie nakłada obowiązku przyznania w takiej sytuacji j.s.t. prawa do wniesienia skargi na decyzje organu odwoławczego. Dotyczy to również sytuacji, gdy decyzja administracyjna wydawana przez organ j.s.t. dotyka stosunków cywilnoprawnych, których jednostka ta jest stroną[75].

---

[72] OPS 1/03. Tak też: NSA w wyroku z 8 listopada 1999 r., II SA/Ka 81/98, niepubl.; SN w wyroku z 7 czerwca 2001 r., III RN 104/00, OSNP 2002, nr 1, poz. 4; w postanowieniu z 9 listopada 2001 r., III RN 189/01, OSNP 2002, nr 8, poz. 177. Por. L. Kiermaszek, R. Mikosz, *Legitymacja skargowa jednostki samorządu terytorialnego w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2005, nr 2–3, s. 24 i n.; G. P. Kubalski, *Wójt jako organ orzekający w postępowaniu dotykającym interesu prawnego gminy*, „Samorząd Terytorialny" 2008, nr 1–2, s. 72 i n.

[73] Postanowienie TK z 22 maja 2007 r., SK 70/05, OTK ZU 2007, nr 6, poz. 60, s. 87. Por. J. Trzciński, *Podmiotowy zakres skargi konstytucyjnej*, [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszow*i, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 213.

[74] II FSK 527/12, niepubl.

[75] Wyrok TK z 29 października 2009 r., K 32/08, LEX nr 523793. Jak słusznie zauważa T. Woś (*Glosa do uchwały...*, op. cit., s. 78–79), gmina nie jest stroną postępowania administracyjnego w rozumieniu art. 28 k.p.a. ani nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia skargi do sądu administracyjnego na decyzję administracyjną, choćby nawet miała w tym interes prawny w rozumieniu tego przepisu, jeśli do wydania decyzji w pierwszej instancji w tej sprawie upoważniony jest wójt (burmistrz, prezydent miasta) tej gminy, a jednocześnie prezydent miasta nie przestaje być organem właściwym do orzekania w sprawach indywidualnych z zakresu administracji publicznej zgodnie z generalnie określonymi kompetencjami przyznanymi mu w ogólnych normach kompetencyjnych i przepisami prawa materialnego. Zasada ta odnosi się również do sytuacji, kiedy miasto wykonuje zadania powiatu, a on sprawuje funkcje starosty.

Przenosząc powyższe rozważania na problematykę legitymacji czynnej j.s.t. w sprawie odszkodowania z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, należy uznać, że gmina nie może w tej sytuacji wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym, ponieważ w zakresie objętym roszczeniem sama wykonywała uprawnienia władzy publicznej.

Podsumowanie

Rozważania przedstawione w niniejszym artykule pokazują, jak istotne są aspekty administracyjnoprawne w zakresie oceny zasad i zakresu odpowiedzialności za niezgodne z prawem działania organów władzy publicznej. Bez odniesienia się do dorobku nauki prawa administracyjnego nie sposób dokonać prawidłowej wykładni przepisów determinujących zakres podmiotowy tej odpowiedzialności. Być może to właśnie brak dostatecznego uwzględnienia i analizy aspektów administracyjnoprawnych stanowi źródło tak wielu kontrowersji w ustalaniu zakresu podmiotowego odpowiedzialności odszkodowawczej za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej. Należy bowiem podkreślić, że wspomniana kwestia nie jest uregulowana na poziomie ustawowym ani konstytucyjnym, a w dodatku nie jest jednolicie rozstrzygana przez sądy i trybunały. Poważne dylematy interpretacyjne zarysowały się również w piśmiennictwie.

Przeprowadzona w niniejszym opracowaniu analiza zdaje się prowadzić do wniosku, że uprawnionymi do odszkodowania za delikty organów władzy publicznej są nie tylko obywatele, lecz również pozostałe osoby fizyczne. Zakresem podmiotowym są objęte ponadto osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Należy jednak podkreślić, że co do zasady roszczenia odszkodowawcze z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP (a w konsekwencji roszczenia oparte na art. 417 k.c.) nie przysługują podmiotom publicznym. Jedynie wyjątkowo można dopuścić występowanie przez tę kategorię podmiotów z roszczeniami z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, ale tylko w takim zakresie, w jakim podmioty te nie wykonują władzy publicznej, a same stają się podmiotami administrowanymi. Nie można zatem wykluczyć możliwości wystąpienia przez j.s.t. z roszczeniem z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, ale jedynie wówczas, gdy nie wykonuje ona władzy publicznej, a sama staje się podmiotem administrowanym, na przykład gdy chodzi o wykonywanie uprawnień majątkowych na zasadach, na jakich dokonują tego podmioty prywatne.

Entities Entitled to Demand Compensation for Illegal Acts of Public Authorities – Constitutional Law Analyzes

Abstract

In accordance with the art. 77 part 1 of the Constitution of the Republic of Poland each person has a right for compensation for the harm caused by illegal actions taken by the public authorities. Article 417 § 1 c.c. stipulates that the State Treasury, local government

unit or other entity entitled by law to act on behalf of the State is liable for damages incurred by illegal acts or omissions while exercising public authority. Analysis of the abovementioned provisions indicates that legislator briefly defines the list of entities entitled to demand this compensation, so that detailed interpretation of this issue is necessary.

Keywords

compensation, liability of public authorities, liability of administration

Bibliografia

1. Babiak M., *Prawo do wynagrodzenia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie władzy publicznej*, „Radca Prawny" 2002, nr 3.
2. Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006.
3. Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, Warszawa 2009.
4. Banaszczyk Z., *Glosa do wyroku SN z dnia 24 września 2008 r., II CSK 177/08*, „Palestra" 2010, nr 7–8.
5. Banaszczyk Z., *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2012.
6. Bieniek G., [w:] *Komentarz. Zobowiązania*, t. 3, cz. 1, red. J. Gudowski, Warszawa 2013.
7. Bosek L., *Glosa do postanowienia SN z 30 maja 2003 r., III CZP 34/03*, „Prokuratura i Prawo" 2003, nr 12.
8. Chmielnicki P., *Komentarz do art. 86 ustawy o samorządzie gminnym*, LEX/el. 2013.
9. Chróścielewski W., *Jednostka samorządu terytorialnego jako strona postępowania administracyjnego prowadzonego przez jej organ*, „Państwo i Prawo" 2003, nr 4.
10. Cisek A., Miemiec W., *Glosa do wyroku SN z dnia 25 lipca 2003 r., V CK 108/02*, „Finanse Komunalne" 2004, nr 12.
11. Czeszejko-Sochacki Z., *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003.
12. Czeszejko-Sochacki Z., *Skarga konstytucyjna w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy" 1998, nr 1.
13. Dzienis P., *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006.
14. Garlicki L., *Komentarz do Konstytucji RP*, t. V, Warszawa 2007.
15. Granecki P., *Odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną działaniem swojego funkcjonariusza (Wybrane zagadnienia)*, „Palestra" 2000, nr 11–12.
16. Haczkowska M., *Komentarz do art. 79 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskie*j, LEX/el. 2014.
17. Igantowicz J., Stefaniuk K., *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006.
18. István B., *Eastern Europe in Transition. The case of Hungary, programs and Aspects of the Transformation of public administration in Hungary between 1990–2012*, "Acta juridica Hungarica" 2012, No. 53.
19. Jamróz L., *Skarga konstytucyjna wstępne rozpoznanie*, Warszawa 2011.
20. Jarosz-Żukowska S., *W sprawie pożądanych zmian polskiego modelu skargi konstytucyjnej*, [w:] *Konieczne i pożądane zmiany Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. B. Banaszak, M. Jabłoński, Wrocław 2010.
21. Kębiński M., Szczepaniak R., *O bezpośrednim stosowaniu art. 77 ust, 1 Konstytucji*, „Państwo i Prawo" 2000, nr 3.

22. Kiermaszek L., Mikosz R., *Legitymacja skargowa jednostki samorządu terytorialnego w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2005, nr 2–3.
23. Kociubiński P., *Powojenne przekształcenia własnościowe w świetle konstytucji*, [w:] *Powojenne przekształcenia własnościowe w świetle konstytucji*, red. P. Kociubiński, LEX/el. 2013.
24. Kremis J., [w:], *Kodeks cywilny, Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008.
25. Kubalski G. P., *Wójt jako organ orzekający w postępowaniu dotykającym interesu prawnego gminy*, „Samorząd Terytorialny" 2008, nr 1–2.
26. Lewaszkiewicz-Petrykowska B., *Prawo do wynagrodzenia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie władzy publicznej*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006.
27. Łętowska E., *W kwestii zmian przepisów k.c. o odpowiedzialności za szkody wyrządzone działaniem władzy publicznej*, „Państwo i Prawo" 1999, nr 7.
28. Mączyński A., *Bezpośrednie stosowanie konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo" 2000, nr 5.
29. Radwański Z., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2004, nr 2.
30. Roszkiewicz J., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez organy administracji publicznej*, „Przegląd Legislacyjny" 2015, nr 4.
31. Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej (po 1 września 2004 r.)*, Warszawa 2004.
32. Safjan M., Matuszyk J., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009
33. Skoczylas J. J., *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez władzę publiczną*, Warszawa 2005.
34. Stahl M., *Samorząd terytorialny w orzecznictwie sądowym. Rozbieżności i wątpliwości*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2006, nr 6.
35. Stępski M., *Artykuł 77 ust. 1 Konstytucji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – wybrane zagadnienia*, „Studia Iuridica" 2007, nr XLVII.
36. Szczepaniak R., *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2001.
37. Szpunar A., *O odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo" 1999, nr 6.
38. Tarno J. P., *Status prawny jednostki samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym i sądowym*, „Państwo i Prawo" 2006, nr 2.
39. Trzciński J., *Podmiotowy zakres skargi konstytucyjnej*, [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszow*i, red. L. Garlicki, Warszawa 2000.
40. Tuleja P., *Skarga konstytucyjna w Polsce – 10 lat obowiązywania*, „Przegląd Legislacyjny" 2007, nr 3.
41. Woś T., *Glosa do uchwały NSA z dnia 19 maja 2003 r., OPS 1/03*, „Samorząd Terytorialny" 2004, nr 12.
42. Woś T., [w:] *Postępowanie sądowoadministarcyjne*, red. T. Woś, H. Knysiak-Sudyka, M. Romańska, Warszawa 2016.
43. Zubik M., *Status prawny jednostki – między statyczną a dynamiczną interpretacją Konstytucji RP*, [w:] *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*,

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Aleksander Wróbel

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Karnego
e-mail: aleksander.m.wrobel@gmail.com

Badania prawnoporównawcze w prawie karnym na przykładzie systemów prawa karnego Polski, Ukrainy oraz Rosji – od teorii po praktykę

Streszczenie

Poniższy artykuł dotyczy kwestii użycia instrumentów prawnoporównawczych w prawie karnym. Autor podejmuje próbę przedstawienia metodologicznych i praktycznych aspektów procesu prawnoporównawczego poprzez odniesienie do najpopularniejszych modeli procesu porównawczego, jak również prezentuje wstępnie różnice pomiędzy systemami karnymi Polski, Ukrainy oraz Rosji. Analizie poddane zostają podstawowe zagadnienia badanych systemów: różnice pomiędzy strukturą kodeksów karnych, systemem kar itd. Opracowanie może być wstępem do dalszych badań prawnoporównawczych w zakresie prawa karnego Polski, Ukrainy oraz Rosji.

Słowa kluczowe

prawo karne porównawcze, prawo karne Ukrainy, prawo karne Rosji, prawo karne Polski

Tematem niniejszego artykułu jest komparatystyka prawnicza w zakresie prawa karnego. Umownie można go podzielić na dwie części, z których pierwsza dotyczy rozważań natury metodologicznej, czyli prowadzenia badań prawnoporównawczych zarówno na poziomie ogólnym, jak i w dziedzinie prawa karnego. Druga część to uniwersalny wstęp do badań prawnoporównawczych systemów prawa karnego Polski, Ukrainy oraz Rosji. Wybór Ukrainy i Rosji jest uwarunkowany faktem sąsiadowania z tymi krajami, jak również samym rozwojem systemów tych

państw, który był niezwykle burzliwy, przechodząc przez okres transformacji typowy dla państw byłego Związku Radzieckiego.

Niniejsza praca jest skierowana do prawników zajmujących się prawem karnym. Jej celem jest wskazanie dostępnych instrumentów metodologicznych wykorzystywanych przez komparatystykę prawniczą, dostosowanych do specyfiki prawa karnego, a w szczególności prawa karnego Polski, Rosji oraz Ukrainy.

Komparatystyka prawnicza jako osobna dyscyplina jest stosunkowo młoda. Tradycyjnie uznaje się, że kamieniem milowym w jej rozwoju i symbolicznym dniem jej narodzin był Międzynarodowy Kongres Prawa Porównawczego, który miał miejsce w Paryżu w 1900 roku. Wtedy też sformułowano cele i funkcje prawa porównawczego. Jeden z najwybitniejszych uczestników Kongresu, Raymond Saleilles, upatrywał cele komparatystyki prawniczej w ustalaniu zasad prawa typowych dla systemów państw cywilizowanych. W jego rozumieniu miały one charakter uniwersalny, ale oczywiście były zmienne[1]. Prawo porównawcze nie stoi rzecz jasna w miejscu. Podejście do jego funkcji i sposobu przeprowadzania badań uległo znacznej rozbudowie.

Niektóre instrumenty komparatystyki miały swoje zastosowanie również w odległych czasach. Można je dostrzec na przykład w pracach Platona, który porównywał greckie państwa-miasta przy tworzeniu idealnego ustroju politycznego. Kolejnym wybitnym filozofem stosującym w swych pracach komparatystykę między innymi prawniczą był Arystoteles. W swoim dziele *Ustrój polityczny Aten* zbadał on ustroje stu pięćdziesięciu ośmiu greckich państw-miast. W średniowieczu natomiast przywiązywano do komparatystyki mniejszą wagę. Z pewnością było to powiązane z sytuacją militarną – zdobywcy narzucali swoje prawa podbitym ziemiom[2]. Dopiero czasy odrodzenia przyniosły właściwy rozkwit komparatystyki, który trwa do dzisiaj. Próby prac prawnoporównawczych na dużą skalę były podejmowane między innymi przez Gottfrieda Wilhelma Leibniza, który w 1667 roku podjął badania dotyczące praw państw cywilizowanych, jednak nie doprowadził ich do końca[3]. Komparatystką parał się również wybitny niemiecki prawnik Paul Johann Anselm von Feuerbach. Jego dzieło o muzułmańskim prawie karnym jest uznawane za jeden z przykładów wczesnego prowadzenia badań prawnoporównawczych[4].

Główną metodą komparatystki prawniczej w prawie karnym jest metoda porównawcza, która dzieli się na metody umożliwiające wykazanie podobieństw w postaci wspólnych rozwiązań prawnych lub też rozbieżności wskazujących na wyjątkowość rozwiązań instytucjonalnych w kilku systemach prawnych.

[1] H. C. Cutteridge, *Comparative Law: An introduction to the Comparative Method of Legal Study and research*, CUP Archive, 2015, s. 5.

[2] R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Kraków 2008, s. 41–46.

[3] H. C. Cutteridge, op. cit., s. 12.

[4] M. D. Dubber, *Comparative criminal Law*, The Oxford Handbook of Comparative Law 2006, s. 1293.

Konstrukcja metodologiczna badań prawnoporównawczych w prawie karnym powinna zależeć od celów i zadań, które chce się osiągnąć poprzez konkretne badanie. W nauce rozróżnia się następujące cele komparatystyki prawniczej: praktyczne, pedagogiczne, naukowe, socjologiczne i polityczne[5]. Dzisiejszej komparatystyce prawnokarnej przyświecają z pewnością wszystkie z wyżej wskazanych celów.

Warte wspomnienia wydają się również funkcje komparatystyki prawniczej:

- poznawcza – gromadzenie wiedzy o prawie;
- dydaktyczna – przedstawianie zgromadzonej wiedzy;
- prawotwórcza – porównywanie form stanowienia prawa;
- interpretacyjna – badanie orzecznictwa, doktryny, myśli prawnej;
- unifikacyjna – unifikacja prawa kraju, grupy krajów, wszystkich państw;
- ideologiczna – ocena i wpływ na kształtowanie nowego prawa[6].

Wybór określonego celu czy też celów oraz ustalenie funkcji badania komparatystycznego tworzy model badania komparatystycznego. W komparatystyce prawniczej wskazuje się na kilka modeli badania: model Constantinesco, model Kamby, model Péteriego, model Örücü, model Kötza i Zweigerta[7]. Poniżej przedstawiony zostanie krótki opis każdego z nich.

Model procesu komparatystycznego proponowany przez Consantinesco dzieli się na trzy fazy. Faza pierwsza polega na ogólnym poznaniu koncepcji występujących w porównywanych systemach prawnych, w szczególności poprzez badanie źródeł prawa tych systemów, ich treści, formy i funkcji. Druga faza polega na określeniu miejsca i znaczenia elementów składowych badanej koncepcji prawnej jako takiej i jej postaci w danym systemie prawnym. Ostatnia faza to na właściwe porównywanie wybranych elementów badanych systemów poprzez ich zestawienie, analizę krytyczną oraz wyprowadzenie stosownych wniosków[8].

Model Kamby również dzieli się na trzy fazy. Pierwsza polega na opisie badanych systemów, druga na identyfikacji konkretnych porównywanych cech prawa, a trzecia na przedstawieniu przyczyn występowania różnic i podobieństw, będących efektem realizacji fazy pierwszej i drugiej. Twórca modelu uzależnia samo porównywanie od istnienia rozbieżności między regulacjami prawnymi stosowanymi w podobnych sytuacjach[9].

---

[5] G. Winterton, "Comparative law Teaching", *Journal of Comparative Law* 1975, No. 23, s. 69–118.

[6] R. Tokarczyk, op. cit., s. 197–211.

[7] Ibidem, s. 69–70.

[8] Ibidem.

[9] W. J. Kamba, "Comparative Law: A Theoretical Framework", *The International and Comparative Law Quarterly* 1974, Vol. 23, No. 3, s. 485–519, [online] http://www.jstor.org.ezproxy.its.uu.se/stable/757885?pq-origsite=summon&seq=1#page_scan_tab_contents [dostęp: 2.02.2016].

Kolejnym modelem jest model Péteriego. Dzieli się on na trzy szczeble, zgodnie z którymi powinno być prowadzone badanie porównawcze. Pierwszy szczebel polega na stwierdzeniu możliwości porównywania, a co za tym idzie wybór odpowiedniego kryterium porównawczego. Szczebel drugi to ustalenie różnic i podobieństw między instytucjami badanych systemów prawnych. Szczebel trzeci ujęty jest nieco szerzej niż w poprzednim modelu i obejmuje oprócz wskazania istotnych wspólnych cech porównywalnych instytucji również ich tendencje rozwojowe oraz zmienność form, w których te instytucje występują[10].

Kolejnym modelem, wskazanym za Romanem Tokarczykiem, jest model Örücü. Wydaje się on bardziej rozbudowany od poprzednich. Składa się z następujących faz, które muszą każdorazowo występować przy badaniu komparatystycznym: opis badanych zjawisk, ich kwalifikacja, porównanie zjawisk zaklasyfikowanych do odpowiednich grup, mierzenie wyników badania, ich wyjaśnienie oraz weryfikacja rezultatów otrzymanych na podstawie poprzednich faz[11].

Najpopularniejszym modelem jest model Kötza i Zweigerta. Dzieli się on na kilka etapów badania prawnoporównawczego. Etap pierwszy polega na sformułowaniu problemu poprzez postawienie określonego pytania lub odpowiedniej hipotezy. Etap drugi to wybór materiału będącego przedmiotem porównywania. Najczęściej wybiera się odpowiednie systemy, które nadają się do porównywania z racji podobieństw, indywidualności rozwiązań w nich zawartych oraz ich praktycznego znaczenia. Trzeci etap polega na badaniu fragmentów wybranych systemów prawnych bez przedstawiania ocen. Po odpowiednim opisie należy ocenić badane instytucje poprzez wykazanie podobieństw, różnic oraz elementów identycznych. Przedostatni etap polega na budowaniu systemu rezultatów porównywania, który może być przedstawiony na przykład poprzez stworzenie nowej instytucji prawnej (jeśli przedmiotem badania jest instytucja). Ostatni etap realizuje się poprzez krytyczną ocenę informacji otrzymanych na skutek porównywania[12]. Konrad Zweigert i Hein Kötz w swoim podejściu wskazują na potrzebę zbadania faktów pozaprawnych przy badaniach prawnoporównawczych[13]. Promują oni podejście funkcjonalistyczne, twierdząc, że jego rdzeniem jest próba odnalezienia instytucji prawnych lub norm, które odgrywają odpowiednią rolę socjalną[14].

---

[10] Ibidem.

[11] Ibidem.

[12] S. Glanert, *Methods?*, [w:] *Methods of Comparative Law*, eds. P. G. Monateri, E. E. Cheltenham, UK 2012, s. 67–69; Emmanuel Platsas, "The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks", *Electronic Journal of Comparative Law* 2008, Vol. 12, No. 3, s. 2–5; R. Tokarczyk, op. cit., s. 71.

[13] J. Husa, "About the Methodology of Comparative Law – Some Comments Concerning the Wonderland", *Maastricht Working Papers* 2007, No. 5, s. 7.

[14] K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, New York 1998, s. 34–35.

Przedstawione modele są niezwykle pomocne przy badaniach prawnoporównawczych, należy jednak pamiętać, że nie jest to wyliczenie zamknięte i w zależności od potrzeb możliwe jest ich modyfikowanie czy też łączenie.

Przechodząc do komparatystyki prawa karnego, należy wskazać, że z uwagi na charakter tej dziedziny powinna ona badać rzeczywistość prawnokarną z uwzględnieniem jej rozwoju historycznego, brać pod uwagę czynniki socjologiczne oraz badać możliwy rozwój danego systemu prawa karnego. Przedmiotem badania tego rodzaju komparatystyki są: 1) doktryny prawnokarne i kryminologiczne porównywanego systemu; 2) ustawodawstwo prawnokarne oraz 3) praktyka stosowania przepisów prawnokarnych między innymi poprzez badanie orzecznictwa.

Badanie przy pomocy metody prawnoporównawczej przechodzi przez kilka etapów. Etapem zerowym, natury czysto technicznej, rzadko wymienianym, ale z pewnością pochłaniającym najwięcej czasu, jest opanowanie języka lub języków porównywanych systemów. Jest to zadanie bardzo trudne, ponieważ oprócz języka codziennego należy opanować sztuczny język prawa. Komparatystyka prawnicza wymaga od badacza, aby był tłumaczem, który nie tylko wskaże odpowiednik słowa, ale też dokona interpretacji przekładu, podając termin, który będzie zrozumiały dla prawnika z jego kraju. Przykładowo, częstą sytuacją jest opisowe tłumaczenie jakiejś instytucji, ponieważ podanie jej dosłownego tłumaczenia może wprowadzić odbiorcę w błąd. Ernst Rabel pisał, że głównym zadaniem przy badaniach prawnoporównawczych jest przezwyciężenie barier nałożonych przez język. Podkreślał on jednak, że same badania językowe nie są wystarczające i że w celu pełnego zrozumienia zbadanego słowa należy pochylić się nad praktyką stosowania prawa[15].

Pierwszy etap właściwych badań komparatystycznych polega na wyborze określonego wycinka systemu prawnego, konkretnej dziedziny prawa lub też instytucji. Pamiętać należy, aby był to wycinek nadający się do porównania, czyli taki, który występuje w obu porównywanych systemach. Badając instytucje funkcjonujące w jednym z systemów, możliwa jest jedynie ich analiza bez dokonywania zabiegów prawnoporównawczych. Problem pojawia się wtedy, gdy instytucje wprawdzie są obecne w obu systemach, ale w różnych dziedzinach prawa. Przykładem mogą być wykroczenia w polskim prawie, które zalicza się do instytucji prawa karnego, oraz wykroczenia w prawie ukraińskim, które zostały powierzone prawu administracyjnemu.

Drugi etap polega na określeniu podobieństw i różnic w rozwiązaniach dotyczących konkretnej instytucji. Praktycznym przykładem mogą być różnice i podobieństwa w konstruowaniu odpowiedzialności karnej za umyślne zabójstwo. Jako podobieństwo można wskazać karalność tego przestępstwa, różnica natomiast może zachodzić w wysokości kary grożącej za dane przestępstwo oraz w konstruowaniu

[15] J. Husa, op. cit., s. 6.

jego typów uprzywilejowanych (na przykład zabójstwo dziecka przez matkę po jego urodzeniu) lub też kwalifikowanych (na przykład zaostrzenie odpowiedzialności karnej za ojcobójstwo).

Dwuetapowe podejście pozwala na uniknięcie dwóch błędów badawczych: porównywania nieporównywalnego oraz nieprawidłowego porównania. Przykładem powyższych błędów może być porównywanie typów czynów zabronionych w prawie karnym krajów muzułmańskich (na przykład ukamienowanie kobiety za niewierność) z rozwiązaniami zawartymi w kodeksie karnym RP. Kodeks karny w Polsce nie przewiduje tego rodzaju typu czynu zabronionego oraz oczywiście kary w postaci ukamienowania.

Ogólna metoda prawnoporównawcza, podobnie jak jej odpowiednik w prawie karnym, zawiera następujące rodzaje badań: mikro- oraz makroporównywanie, wewnętrzne oraz zewnętrzne porównywanie, doktrynalne, normatywne oraz funkcjonalne porównywanie[16].

Makroporównywanie polega na badaniu przynależności badanego systemu prawnego do określonej rodziny prawnej. Przy makroporównywaniu brane są pod uwagę:

- źródła prawa porównywanych krajów;
- ideologia prawna (na przykład wpływ religii na prawo) porównywanych krajów;
- oddziaływanie na siebie systemów prawnych tych samych rodzin prawnych (na przykład recepcja prawa karnego angielskiego przez systemy prawa karnego Stanów Zjednoczonych oraz Australii);
- oddziaływanie na siebie systemów prawnych z różnych rodzin prawnych;
- oddziaływanie prawa karnego międzynarodowego i europejskiego na prawo karne poszczególnych państw.

Tymczasem mikroporównywanie polega na analizie następujących elementów:

- aktów prawnych albo ich części w porównywanych krajach;
- odpowiednich przepisów aktów prawnych porównywanych systemów prawnych;
- odpowiednich instytucji prawnych działających w ramach systemów prawnych porównywanych państw;
- definicji przedstawionych w doktrynie porównywanych państw;
- orzeczeń sądów porównywanych krajów.

Zarówno w makro-, jak i mikroporównywaniu należy brać pod uwagę:

- czynniki historyczne, socjalno-polityczne, psychologiczne oraz religijne wpływające na prawo karne danego systemu;

[16] А. А. Малиновский, Методология сравнительного уголовного права Библиотека криминалиста, Научьний журнал 2011, № 1, s. 324.

- specyfikę stanowienia i stosowania prawa w odpowiednim państwach;
- specyfikę unifikacji i harmonizacji prawa w określonym systemie prawa karnego;
- wpływ międzynarodowych regulacji prawnokarnych na odpowiedni system prawa.

Wewnętrzne porównywanie polega na zestawianiu odpowiednich instytucji prawnych w granicach jednego systemu prawa. Przykładem takiego badania może być na przykład porównywanie konstytucji Stanów Zjednoczonych i konstytucji stanu Pensylwania albo też nieco bliższe naszemu ustrojowi porównywanie definicji niepoczytalności w kodeksie karnym oraz w kodeksie cywilnym.

Z zewnętrznym porównywaniem mamy do czynienia, gdy porównujemy odpowiednie instytucje prawa karnego w systemach prawnych różnych państw. Przykładem tego rodzaju badania może być porównanie pojęcia stadialności popełnienia przestępstwa w kodeksach karnych Polski i Rosji. Pamiętać należy, że porównywaniu zewnętrznemu podlegać mogą systemy więcej niż dwóch systemów prawnych.

Niezwykle ważne jest porównywanie doktrynalne. Polega ono na zestawianiu określonych pozycji doktrynalnych lub też opinii określonych naukowców.

Normatywne porównywanie polega na badaniu treści norm prawnych lub definicji ustawowych w celu wykazania podobieństw oraz różnic. Przedmiotem badania przy porównywaniu tego rodzaju mogą być:

- akt prawny;
- norma prawna;
- część normy prawnej (hipoteza, dyspozycja, sankcja);
- konkretny artykuł odpowiedniego aktu prawnego;
- definicja zawarta w ustawie.

Porównywanie normatywne powinno wykazać różnice i podobieństwa wybranych regulacji poprzez ich formalnoprawną analizę. Można ją przedstawić w następujący sposób:

> badanie definicji zawartej w ustawie → doktrynalne ujęcie tej definicji → porównanie definicji ustawowej i doktrynalnej → uzyskanie doktrynalnego znaczenia pojęcia ustawodawczego[17]

Oprócz normatywnego wyróżnia się również porównywanie funkcjonalne. Polega ono na wykazaniu podobieństw oraz różnic badanych instytucji poprzez zestawienie ich funkcji. W porównywaniu tego rodzaju przedmiotem badania nie jest norma prawa, lecz jej wpływ na stosunki społeczne. Porównywanie funkcjonalne może polegać na analizie ilościowej i jakościowej funkcji prawa. Przykładowo

[17] Ibidem, s. 326.

różnice funkcjonalne pomiędzy ławą przysięgłych w Stanach Zjednoczonych a ławą przysięgłych w Rosyjskiej Federacji polegają na tym, że w Rosji instytucja ławników ma zastosowanie jedynie w sprawach z zakresu prawa karnego, natomiast w Stanach Zjednoczonych w sprawach karnych oraz cywilnych. Wynika z tego, że ławnicy w Stanach Zjednoczonych realizują o jedną funkcję więcej aniżeli w Rosji poprzez udział w sprawach cywilnych rozpatrywanych przez sąd.

Porównywanie funkcjonalne w zakresie ilościowym nie powinno sprawiać kłopotu, ponieważ ustawodawstwa odpowiednich krajów co do zasady przewidują dokładne wyliczenie realizowanych funkcji w samych aktach prawnych.

Analiza jakościowa wydaje się sprawiać nieco więcej trudności. Polega ona na porównaniu konkretnych instytucji pod kątem stopnia realizacji określonych funkcji. Analiza ta w praktyce może być prowadzona poprzez badanie statystyk sądowych w różnych państwach, wskazujących, na ile konkretna norma realizuje swoje funkcje (na przykład prewencyjną lub ochronną).

Ważne wydaje się również tak zwane porównywanie problemowe, które polega na analizie rozwiązań tych samych problemów społecznych (na przykład dotyczących aborcji, eutanazji, kary śmierci etc.) w różnych systemach prawnych[18]. Przykładem tego rodzaju porównywania może być badanie kwestii stosowania kary śmierci. W Polsce wyłączono ten rodzaj kary z kodeksu karnego. Rozwiązanie podobne zastosowano w kodeksie karnym Ukrainy, natomiast inne podejście do kary śmierci przedstawia kodeks karny Rosyjskiej Federacji – w wyliczeniu kar przewidziana jest kara śmierci, która nie jest jednak stosowana ze względu na moratorium obowiązujące od 2 lutego 1999 roku.

Ogromne znaczenie w badaniach prawnoporównawczych ma podejście historyczno-porównawcze. Polega ono na badaniu rozwoju dziedziny, która jest przedmiotem analizy. W przypadku prawa karnego należy stworzyć chronologię ustaw karnych obowiązujących w danym państwie lub na jego terytorium. Kolejnym etapem jest identyfikacja konkretnych instytucji w każdej z tych ustaw i rekonstruowanie ich zmian w perspektywie historycznej. Zabiegi te pozwolą na lepsze zrozumienie przyczyn przyjęcia konkretnej instytucji w takiej, a nie innej postaci w danym systemie prawnym. Badając rozwój prawa porównawczego, można zauważyć, że początkowo wielu autorów używało zamiennie pojęć porównawcze prawoznawstwo i historyczne prawoznawstwo, co tym bardziej uwydatnia znaczenie badań historycznych jako etapu w ramach badań prawnoporównawczych[19].

Pozytywne efekty badania historycznego można przedstawić na przykładzie ustawodawstwa karnego Rosji. Okres po rewolucji październikowej spłodził złej sławy kodeks karny z 1922 roku, który jednak nie był jedyną podstawą odpowiedzialności karnej. Przepisy karne były obecne w zarządzeniach, rozporządzeniach

[18] Ibidem, s. 329.
[19] H. C. Cutteridge, op. cit., s. 3.

i uchwałach, co prowadziło, jak można się domyślić, do ogromnych nadużyć. Podobne sytuacje miały miejsce pod auspicjami kolejnych kodeksów radzieckich. Zapewne z tej przyczyny w obowiązującej ustawie karnej Rosyjskiej Federacji pojawił się bezpiecznik w postaci wskazania w samym kodeksie, że tylko w nim są zawarte przepisy pociągające za sobą odpowiedzialność karną. Taka hermetyczność bez badania historycznego może się wydawać dość oryginalna, zaś podejście historyczne rozwiewa wątpliwości co do celowości takiego zabiegu, który tak naprawdę wprowadza pewność i przejrzystość w systemie prawa karnego.

Komparatystyka prawa, w tym również prawa karnego, może być realizowana przez stosowanie różnych podejść, pozwalających na analizę jego podstawowych instytucji. Przykładowo analiza prawnoporównawcza części ogólnej kodeksu karnego powinna się rozpocząć od zapoznania się z definicjami podstawowych instytucji prawa karnego, takimi jak przestępstwo, katalog kar, niepoczytalność itp. Niektóre systemy prawne nie zawierają definicji tych instytucji. W takim przypadku należy odwołać się do tez doktryny lub orzecznictwa. Przykładem może być pojęcie współuczestnictwa we francuskim prawie karnym, które nie jest zawarte w kodeksie karnym, ale jego opis jest dokonywany przez doktrynę prawa karnego. Pamiętać należy także, że niektóre instytucje prawa karnego w różnych systemach prawnych mogą być inaczej nazywane albo też mogą być nazywane podobnie, lecz różnić się w swojej konstrukcji. Odmienność występuje na przykład w podziale przestępstw zawartych w kodeksie karnym rosyjskim i polskim. Rosyjski kodeks karny dzieli przestępstwa na cztery kategorie (lekkie, średniej ciężkości, ciężkie, szczególnie ciężkie), natomiast polski kodeks dzieli je na dwie kategorie (zbrodnie i występki), o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

Z kolei badając część szczególną kodeksów karnych w różnych systemach prawnych, pamiętać należy o możliwości występowania typów czynów, które nie mają odpowiednika w porównywanym systemie, co nie znaczy, że działanie opisywane przez ten czyn nie jest karalne w danym kraju. Częstym zjawiskiem jest również odmienna konstrukcja tych samych typów czynów zabronionych. Przykładem może być przestępstwo łapówkarstwa w kodeksach karnych Ukrainy i Rosji oraz w kodeksie karnym Polski. W kodeksie rosyjskim i ukraińskim przestępstwo łapówkarstwa jest przestępstwem skutkowym-materialnym, odmiennie niż w kodeksie karnym polskim, który określa je jako przestępstwo formalne.

Przechodząc dalej, przy analizie orzecznictwa sądowego różnych systemów prawa karnego należy brać pod uwagę, oprócz samych sentencji wyroków, również ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Zarówno w Rosyjskiej Federacji, jak i w większości krajów postradzieckich pewnego rodzaju ułatwieniem w badaniu orzecznictwa w zakresie prawa karnego są wytyczne Sądu Najwyższego co do praktyki orzekania w sprawach dotyczących konkretnych typów czynów zabronionych. Zawierają one analizę orzeczeń Sądu Najwyższego i sądów niższych instancji dotyczących określonego typu czynu zabronionego i wskazują rozwiązania pojawiających się na tym gruncie wątpliwości.

Podkreślić należy, że badanie orzecznictwa pozwala w sposób zupełny określić kierunek rozwoju prawa karnego lub konkretnej instytucji danego kraju. Badanie orzecznictwa pozwala również określić problemy, z którymi boryka się dany system prawa karnego.

Zmierzając ku końcowi części metodologicznej, należy wskazać znaczenie i funkcje komparatystyki w polskim prawie karnym.

Przykładów zastosowania komparatystyki prawniczej w polskim prawie karnym jest wiele. Wynika to w pierwszej kolejności z czynników historycznych. Polska jako kraj rozdzielony pomiędzy zaborców charakteryzował się wielością regulacji prawa karnego.

Badania porównawcze regulacji karnych obowiązujących na terytorium Polski prowadził światowej sławy karnista, profesor Juliusz Makarewicz. W swoich pracach porównywał on wyżej wymienione regulacje, wskazując zarówno ich różnice, jak i podobieństwa[20]. Prace te były niezwykle przydatne przy tworzeniu polskiego kodeksu karnego z 1932 roku, ponieważ pozwoliły na uniknięcie błędnych rozwiązań i skorzystanie z cennego dorobku obowiązywania kodeksów karnych zaborczych.

Podobne prace, mające na celu porównanie kodeksów karnych obowiązujących na polskich ziemiach, przedstawił wybitny polski karnista Edmund Krzymuski[21]. W pracach tych porównywał on ustawy karne obowiązujące na ziemiach zaborczych, zestawiając ich rozwiązania i wzbogacając wiedzę o nich poprzez analizę historyczną ich obowiązywania oraz praktykę stosowania.

Okres późniejszy charakteryzuje się ogromnym wpływem regulacji karnych radzieckich na system polskiego prawa karnego. Z pewnością jest to okres, w którym komparatystyka prawa karnego stała się instrumentem politycznym, powodującym unifikację ustawodawstwa karnego bloku komunistycznego, zresztą unifikację niezwykle niekorzystną, jak pokazuje historia, w szczególności dla praw i wolności jednostki.

W drugiej części niniejszego artykułu autor przedstawia wstępną analizę systemów prawa karnego Ukrainy oraz Rosji. Charakter tego porównania wydaje się przydatnym, wstępnym narzędziem do badań prawnoporównawczych w zakresie prawa karnego wskazanych systemów. Zdaniem autora są one bardzo ważne w rzetelnych badaniach karnoporównawczych.

Jednym z najważniejszych aspektów poznania danego systemu prawa karnego jest zbadanie rozwoju historycznego prawa karnego w wybranym kraju lub krajach. Na terytorium Rosji ustawodawstwo to rozwijało się niezwykle burzliwie. Obwiązywały: Ustawa o nakazach karnych i poprawczych (1845), Ustawa

[20] Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa–Lwów 1924.

[21] Zob. E. Krzymuski, *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce*, Kraków 1921.

karna (1903), Kodeks Karny Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej (KK RFSRR) (1922, 1926, 1960) oraz Kodeks Karny Rosyjskiej Federacji (1996), nie wliczając ustawodawstwa radzieckiego z 1924, 1958 oraz 1991 roku. Tak duża liczba kodeksów da się wytłumaczyć zmianami politycznymi, ekonomicznymi, socjalnymi oraz ideologicznymi występującymi na terytorium rosyjskim.

Poniżej zostanie przedstawiona krótka charakterystyka każdego z wyżej wymienionych kodeksów w celu nakreślenia ewolucji kodyfikacji z zakresu prawa karnego.

Przed rewolucją obowiązywała Ustawa o Karach Karnych i Poprawczych (Ustawa o KKiP) z 1845 roku, w redakcji z 1885 roku. Była ona ustawą karną o charakterze bardzo konserwatywnym, nieskodyfikowanym w całości. Wielką zasługą Ustawy o KKiP było wprowadzenie w Rosji podziału ustaw karnych na część ogólną oraz szczególną[22]. Mimo braku całkowitego skodyfikowania Ustawa o KKiP była niezwykle obszerna: zawierała aż 2304 artykuły.

Odmiennie niż późniejsze ustawy karne, ustawa z 1845 roku dzieliła przestępstwa na zbrodnie i występki (*priestuplenija*) oraz wykroczenia (*prostupki*), a za ich popełnienie przewidywała jedenaście rodzajów kar z trzydziestoma siedmioma stopniami. Nazywano ten podział popularnie „drabinką"[23].

Kolejną kodyfikacją karną była zatwierdzona przez Mikołaja II Ustawa karna. Była ona uznawana za nowoczesną. Szczególnie doceniano jej część ogólną, która była dziełem Nikołaja Tagancewa. Na ziemiach rosyjskich obowiązywała jedynie część ogólna. Powodem takiego rozwiązania była sytuacja polityczna w kraju. W całości ustawa ta obowiązywała jedynie na ziemiach polskich byłego zaboru rosyjskiego od 1917 roku, a później w II Rzeczypospolitej, na terytorium Królestwa Polskiego i w Kresach Wschodnich do chwili wejścia w życie kodeksu karnego z 1932 roku.

Okres od 1917 roku charakteryzował się sporym chaosem w zakresie ustaw karnych. Podstawą odpowiedzialności karnej były ogłoszenia (*obraścczienija*) władzy skierowane do ludności, postanowienia Zjazdu Związków, dekrety, nakazy miejskich Zjazdów Pracowniczych, deputatów wiejskich i żołnierskich, instrukcje Narodowego Komisariatu Legislacyjnego Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich oraz praktyka sądowa. Sytuacja uległa zmianie po 1922 roku.

W dniu 1 czerwca 1922 roku nabrał mocy Kodeks Karny Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej. Był to niezwykle krótki kodeks, zawierający jedynie 218 artykułów. W założeniach był on stworzony w celu „ochrony ludu pracującego". Jedną z jego najważniejszych wad była szeroka interpretacja

---

[22] В. В. Мальцев, Введение в уголовное право, Волгоград 2000, s. 16–20.

[23] Н. И. Загородников, Выдающийся русский ученый-юрист Н. С. Таганцев, Учебное пособие, 1992; Н. С. Таганцев, Русское уголовное право: Лекции. Часть общая, Т. I–II, Москва 1994, s. 130–132.

przepisów. Włodzimierz Lenin w listach do członków partii podkreślał, że ma on być pisany jak najogólniej, ażeby mógł mieć zastosowanie do jak największej ilości przypadków działania przeciwko dyktaturze proletariatu.

Po utworzeniu Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich (ZSRR) podjęto działania mające na celu stworzenie ogólnego radzieckiego ustawodawstwa karnego. Efektem tych prac był Kodeks Karny Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej z 1926 roku.

W latach trzydziestych kodeks ten stał się instrumentem represji Józefa Stalina. Był on uzupełniany o nowe ustawy, które w sposób radykalny zaostrzały odpowiedzialność karną za najmniejsze przewinienia. Największe „żniwa" zebrał art. 58 niniejszego kodeksu – jego stosowanie w niezwykle dobitny sposób opisał Aleksander Sołżenicyn w swoim dziele *Archipelag GUŁag* z 1973 roku.

Po śmierci Stalina i wyborze na sekretarza Centralnego Komitetu Nikity Chruszczowa rozpoczęto prace nad nowym kodeksem karnym i już w 1958 roku przyjęto Podstawy Ustawodawstwa Karnego ZSRR i Republik Sojuszniczych (dalej: Podstawy). Po ich wejściu w życie w 1960 roku rozpoczęto prace nad reformą ustaw karnych w republikach radzieckich. Podstawy charakteryzowały się złagodzeniem przepisów karnych i nadaniem gwarancji praw obywatelskich.

Na początku lat osiemdziesiątych XX wieku rozpoczęto prace nad nowym kodeksem karnym. W 1988 roku opublikowano oficjalny tekst projektu Podstaw Ustawodawstwa Karnego ZSRR i Republik Sojuszniczych. W 1991 roku owe Podstawy zostały przyjęte w pierwszym czytaniu przez Radę Najwyższą ZSRR, nie weszły jednak w życie w związku z rozpadem ZSRR[24]. Uznano jednak, że do chwili przyjęcia nowego kodeksu karnego będą one obowiązywały na terytorium Rosyjskiej Federacji.

W 1997 roku wszedł w życie Kodeks Karny Rosyjskiej Federacji, który obowiązuje do dzisiaj. Składa się on z dwóch części: ogólnej i szczególnej, podzielonych na rozdziały, w których zawarto 360 artykułów.

Przyjrzyjmy się teraz Ukrainie, którą z pewnością można nazwać drugim najbardziej wpływowym krajem byłego Związku Radzieckiego. Z racji okoliczności historycznych można dopatrzyć się wielu podobieństw w ustawodawstwie karnym Ukrainy i Rosyjskiej Federacji.

Źródłami prawa karnego obowiązującymi na terytorium Ukrainy na początku XIX wieku były III Statut oraz normy prawa magdeburskiego. Od 1840 roku obowiązywał trzynasty tom Zbioru (*Zvodu*) ustaw Imperium Rosyjskiego oraz przyjęta w 1845 roku Ustawa o Karach Karnych i Poprawczych, o której była już mowa powyżej.

Po rewolucji bolszewickiej pierwszym większym aktem prawnym stanowiącym o odpowiedzialności karnej były Podstawy kierownicze RFSRR (dalej: Podstawy)

[24] С. В. Землюков, Реформа уголовного законодательства России: состояние, проблемы, перспективы, С. В. Землюков, Юриспруденция, 2003, № 11, s. 40–41.

przyjęte 21 marca 1920 roku. Na terytorium Ukrainy wprowadzono je 4 sierpnia 1920 roku. Była to pierwsza próba ujednolicenia działalności sądów i trybunałów, jak również unormowania chaosu związanego z wielością aktów będących podstawą odpowiedzialności karnej. Mimo próby ujednolicenia źródeł prawa karnego Podstawy zawierały wiele przepisów będących instrumentem politycznym w rękach władzy. Za przykład takich regulacji mogą posłużyć przepisy o odpowiedzialności na zasadach poręczenia sąsiedzkiego (*kruhovoi poruky*), które były podstawą pociągnięcia do odpowiedzialności karnej mieszkańców tej części miasta, w której zniszczono na przykład tory kolejowe[25].

Następną ustawą, która miała ogromny wpływ na rozwój prawa karnego na Ukrainie, był Kodeks Karny Ukraińskiej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej (KK USRR) przyjęty przez Ogólnoukraiński Centralny Komitet Wykonawczy 23 sierpnia 1922 roku. Szerokie zastosowanie miała w tym akcie prawnym zasada analogii, która dawała możliwość rozszerzającej interpretacji przepisów kodeksu. Część ogólna KK USRR była taka sama jak w KK RSRR. Odmienności występowały natomiast w części szczególnej: w KK USRR zawierała ona jedenaście artykułów więcej niż w KK RSRR[26].

Kolejnym etapem rozwoju ustawodawstwa karnego było zatwierdzenie Podstaw Ustawodawstwa Karnego ZSRR i Republik Sojuszniczych, które były wielokrotnie uzupełniane w okresie późniejszym.

Nasilenie represji wymusiło na władzy potrzebę zmiany i uzupełnień KK USRR, czego efektem było przyjęcie 8 czerwca 1927 roku nowego Kodeksu Karnego USRR. Był on jednak w ciągu następnych dwóch lat uzupełniany aż pięćdziesięcioma sześcioma ustawami, które w sposób znaczący zwiększyły ilość czynów powodujących odpowiedzialność karną.

Następna znaczna zmiana w systemie prawa karnego na ziemiach Ukrainy nastąpiła 28 grudnia 1960 roku dzięki zatwierdzeniu przez Radą Najwyższą nowego Kodeksu Karnego USRR, co wynikało z przyjęcia w 1958 roku Podstaw Ustawodawstwa Karnego ZSRR i Republik Sojuszniczych. Kodeks ten ogólnie wskazywał na złagodzenie polityki kryminalnej państwa. Obowiązywał on aż do 2001 roku, kiedy to zastąpił go nowy kodeks[27].

Po długich pracach, 5 kwietnia 2001 roku przyjęto Kodeks Karny Ukrainy (KK UA), który nabrał mocy 1 września 2001 roku. Składa się on z części ogólnej i szczególnej, podzielonych na rozdziały, w których zawarto 447 artykułów.

Krótki opis historii ustawodawstwa karnego Ukrainy oraz Rosji pozwala na identyfikację ustaw karnych, a co za tym idzie orzecznictwa i tez doktryny dotyczących konkretnych regulacji w przekroju historycznym. Upraszczając, osoba

---

[25] П. П. Музиченко, Історія держави і права України: Навч. Посібник, 4-те видання, Одесса 2003, s. 270.

[26] Ibidem, s. 295–296.

[27] Ibidem, s. 297.

prowadząca badania prawnoporównawcze w zakresie tych systemów karnych będzie wiedziała, gdzie szukać i jak chronologicznie podzielić badania.

Kolejnym uniwersalnym etapem będzie wskazanie podstawowych różnic pomiędzy badanymi systemami a – w naszym przypadku – kodeksem karnym Polski.

Tym razem autor rozpocznie od prezentacji systemu prawa karnego ukraińskiego. Pierwsza różnica pomiędzy ustawą polską a ukraińską jest wyraźnie widoczna w art. 3 KK UA. Przepis ten zawiera pięć ustępów, jednak na potrzeby niniejszej pracy najbardziej interesujące wydają się ust. 1–3[28].

Z art. 3 ust. 1 wynika, że obowiązujące przepisy stanowiące o odpowiedzialności karnej zawarte są jedynie w Kodeksie Karnym Ukrainy, czyli jest on jedynym źródłem prawa karnego na Ukrainie. Właśnie tego rodzaju podejście świadczy o wyjątkowości ustawodawstwa karnego w stosunku do innych dziedzin prawa oraz ustaw karnych, które obowiązywały przed 2001 rokiem i dopuszczały możliwość uregulowania kwestii odpowiedzialności za czyn niedozwolony w ustawach innych niż kodeks karny. Oznacza to również, że żadna podstawa odpowiedzialności karnej nie może istnieć poza KK UA. Gdy pojawia się sytuacja tego rodzaju, art. 3 ust. 2 wskazuje bezpośrednio, że taka ustawa lub przepis po wejściu w życie automatycznie zostaje włączona(y) do ustawy karnej z 2001 roku.

Art. 3 ust. 3 przewiduje zasady, które wskazują na to, że normy prawa karnego nie mogą istnieć poza KK UA. Jest to skutkiem zupełnej kodyfikacji przepisów prawa karnego. Kolejna zasada, której wyrazem jest treść ust. 3 art. 3, przewiduje nakaz zawarcia definicji przestępstwa i wszystkich jego pochodnych (zbieg przestępstw, recydywa, współsprawstwo, przygotowanie i usiłowanie przestępstwa) jedynie w KK UA[29].

Kolejnym przepisem, który znacznie wpływa na rozumienie KK UA, jest art. 12, zawierający klasyfikację przestępstw[30].

[28] Artykuł 3: „1. Ustawodawstwo Ukrainy o odpowiedzialności karnej zawiera się w Kodeksie Karnym Ukrainy, który opiera się na Konstytucji Ukrainy oraz przyjętych ogólnie zasadach i przepisach prawa międzynarodowego. 2. Ustawy Ukrainy o odpowiedzialności karnej, przyjęte po wejściu w życie niniejszego Kodeksu, zostaną dołączone do niego po wejściu w życie. 3. Karalność czynów, odpowiedzialność za nie oraz inne karnoprawne skutki ich popełnienia przewiduje jedynie niniejszy Kodeks".

[29] М. І. Хавронюк, М. І. Мельник, Науково-практичний коментар Кримінального Кодексу України, 6-те видання. Ред. М. І. Мельник, М. І. Хавронюк, Київ 2009, s. 17–18.

[30] Artykuł 12: „1. W zależności od stopnia ciężkości – przestępstwa dzielą się na przestępstwa lekkie, średniej ciężkości, ciężkie i szczególnie ciężkie. 2. Za przestępstwo lekkie uznaje się przestępstwo, za które przewiduje się karę w postaci pozbawienia wolności na okres nie dłuższy niż 2 lata albo inną łagodniejszą karę. 3. Za przestępstwo średniej ciężkości uznaje się przestępstwo, za które przewiduje się karę w postaci pozbawienia wolności na okres nie dłuższy niż 5 lat. 4. Za przestępstwo ciężkie uznaje się przestępstwo, za które przewiduje się karę pozbawienia wolności na okres nie dłuższy niż 10 lat.

Z treści art. 12 wynika, że klasyfikacji przestępstw dokonuje się na podstawie stopnia ich ciężkości, który jest określany wedle stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa godzącego w to samo dobro prawne i powodującego szkodę tego samego rodzaju. Formalnym wskaźnikiem stopnia ciężkości przestępstwa jest sankcja, którą wywołuje jego popełnienie. Jest ona zawarta w przepisach części szczególnej. Na podstawie tego artykułu przestępstwa dzielą się na: lekkie, średniej ciężkości, ciężkie, szczególnie ciężkie. Przestępstwami lekkimi zgodnie z art. 12 ust. 2 są przestępstwa, za które przewidziano karę pozbawienia wolności na okres dwóch lat albo karę łagodniejszą. Przy przestępstwie średniej ciężkości uregulowanym w ust. 3 art. 12 granica kary wzrasta do okresu nie dłuższego niż pięć lat. Przestępstwo ciężkie jest zagrożone karą pozbawienia wolności na okres nie dłuższy niż dziesięć lat, a przestępstwo szczególnie ciężkie – karą większą niż dziesięć lat albo karą dożywotniego pozbawienia wolności. W pracach prawnoporównawczych, w związku z różnicą pomiędzy klasyfikacją przestępstw, pojawia się problem przetłumaczenia terminu „zbrodnia" oraz „występek" na język ukraiński, ponieważ nie posiadają one odpowiedników kodeksowych. Rozwiązaniem może być tłumaczenie opisowe, przy którym rozmiary kar są wskaźnikiem dostosowania terminologii.

Pozostając przy pojęciu przestępstwa, należy podkreślić, że czyny, których popełnienie nie wywołuje odpowiedzialności na podstawie KK UA, mogą być również zawarte w Kodeksie Ukrainy o Wykroczeniach Administracyjnych (KUoWA)[31]. Art. 9 KUoWA stanowi, że wykroczeniem administracyjnym jest działanie lub zaniechanie posiadające cechy bezprawności, winy oraz które godzi w porządek publiczny, własność, prawa i wolności obywateli. W ust. 2 art. 9 KUoWA ustawodawca wskazał, iż odpowiedzialność za wykroczenia administracyjne zachodzi tylko wtedy, gdy te działania lub zaniechania nie pociągają odpowiedzialności na podstawie KK UA. KUoWA nie jest uznawany za część ustawodawstwa karnego i co za tym idzie – pozostaje całkowicie w gestii prawa administracyjnego[32]. Jest to rozwiązanie odmienne od tego, które znajdujemy w systemie polskim. Ten ostatni przewiduje odpowiedzialność za wykroczenia na podstawie przepisów kodeksu wykroczeń, który jest częścią systemu prawa karnego.

Kodeks karny Rosyjskiej Federacji również w wielu kwestiach różni się od kodeksu karnego Rzeczypospolitej Polskiej.

---

5. Za szczególnie ciężkie przestępstwo uznaje się przestępstwo, za które przewiduje się karę pozbawienia wolności na okres dłuższy niż 10 lat albo karę dożywotniego pozbawienia wolności".

[31] O. Sharvan, A. Wróbel, *Podstawy i treść odpowiedzialności administracyjnej na Ukrainie*, [w:] *Międzynarodowe Aspekty Prawa Administracyjnego*, red. B. Orlik, A. Puczko, Kraków 2011, s. 277–286.

[32] Л. М. Кривоченко, Кримінальне право України, загальна частина, Підручник, 4-те видання, Ред. В. В. Сташис, В. Я. Тацій, Харків Видавництво "Праві" 2010, s. 79–81.

Podobnie jak KK UA, KK RF stanowi o hermetyczności ustawodawstwa karnego w Rosyjskiej Federacji. Odmienne jest ujęcie tej kwestii już w art. 1 i w dalszej kolejności w art. 3 oraz art. 8[33].

W art. 1 wskazano, że ustawodawstwo karne w Rosyjskiej Federacji składa się jedynie z KK RF. Ten sam przepis stanowi również o tym, że nowe ustawy, które przewidują odpowiedzialność karną, podlegają włączeniu w KK RF.

Takie podejście uzasadnia się następująco: przyjęcie zamkniętego systemu ustawodawstwa karnego ma znaczenie progresywne, ponieważ ogranicza możliwość bezpodstawnego rozszerzenia odpowiedzialności karnej i stwarza dodatkowe gwarancje legalności i sprawiedliwości w ramach przepisów karnoprawnych[34].

Kolejnym przepisem mającym ogromne znaczenie dla wykazania zamkniętości systemu prawa karnego w Rosyjskiej Federacji jest art. 3 ust. 1. Wyraża on zasadę, że odpowiedzialność karna osoby zachodzi jedynie wówczas, gdy ta popełni czyn, który jest bezpośrednio wskazany w ustawie karnej, i wymierza się jedynie taką karę, którą ta sama ustawa wskazuje. Podsumowując, nie jest przestępstwem działanie, które nie zostało wskazane w KK RF.

Następną kwestią stanowiącą o różnicach systemowych pomiędzy KK RF i KK RP jest klasyfikacja przestępstw zawarta w art. 15 KK RF[35].

Z treści powyższego przepisu wynika, że podstawą rozróżnienia przestępstw co do ich ciężkości jest okres i rodzaj kary przewidzianej za ich popełnienie

---

[33] Artykuł 1: „1. Ustawodawstwo karne Rosyjskiej Federacji stanowi niniejszy Kodeks. Nowe ustawy, przewidujące odpowiedzialność karną, zostaną włączone w niniejszy Kodeks. 2. Niniejszy Kodeks opiera się na przepisach Konstytucji Rosyjskiej Federacji oraz przyjętych ogólnie zasadach i przepisach prawa międzynarodowego". Artykuł 3: „1. Karalność czynu, jak również odpowiedzialność oraz inne karnoprawne skutki jego popełnienia, przewiduje jedynie niniejszy Kodeks".

[34] А. В. Бриллиантов, Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный), А. В. Бриллиантов, Г. Д. Долженкова, Я. Е. Иванова и др, под ред. А. В. Бриллиантова, Москва 2011, s. 4–6.

[35] Artykuł 15: „1. W zależności od charakteru i stopnia społecznego niebezpieczeństwa działania przewidzianego niniejszym Kodeksem przestępstwa dzielą się na: lekkie, średniej ciężkości, ciężkie oraz szczególnie ciężkie. 2. Przestępstwami lekkimi są działania umyślne i nieumyślne, za popełnienie których najwyższa kara, przewidziana niniejszym Kodeksem, nie przekracza 2 lat pozbawienia wolności. 3. Przestępstwami średniej ciężkości są działania umyślne, za popełnienie których najwyższa kara, przewidziana niniejszym Kodeksem, nie przekracza 5 lat pozbawienia wolności, oraz działania nieumyślne, za popełnienie których najwyższa kara, przewidziana niniejszym Kodeksem, przekracza 2 lata pozbawienia wolności. 4. Przestępstwami ciężkimi są działania umyślne, za popełnienie których najwyższa kara, przewidziana niniejszym Kodeksem, nie przekracza 10 lat pozbawienia wolności. 5. Przestępstwami szczególnie ciężkimi są działania umyślne, za popełnienie których niniejszy kodeks przewiduje karę w postaci pozbawienia wolności od lat 10 lub karę surowszą".

oraz postać winy przy ich popełnieniu. Artykuł ten wymienia cztery kategorie przestępstw: lekkie, średniej ciężkości, ciężkie oraz szczególnie ciężkie[36].

Przestępstwa wymienione w ust. 2 i 3 (lekkie i średniej ciężkości) mogą być popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Natomiast przestępstwa z ust. 4 i 5 art. 15 KK RF mogą być popełnione jedynie umyślnie.

Zgodnie z ust. 1 przestępstwo uznaje się za lekkie, jeśli grozi za nie kara nieprzekraczająca dwóch lat pozbawienia wolności. Przestępstwo jest uznawane za średniej ciężkości, jeśli maksymalna kara za jego popełnienie nie przekracza lat pięciu oraz którego nieumyślne popełnienie pociąga za sobą karę powyżej dwóch lat pozbawienia wolności. W ust. 4 zawarto definicję przestępstwa ciężkiego, za popełnienie którego grozi kara pozbawienia wolności nieprzekraczająca dziesięciu lat pozbawienia wolności. Ostatnim i najbardziej dotkliwym rodzajem jest przestępstwo szczególnie ciężkie, za popełnienie którego grozi kara pozbawienia wolności powyżej dziesięciu lat, kara dożywotniego pozbawienia wolności oraz kara śmierci[37].

Powyższy podział przestępstw ma ogromne znaczenie praktyczne i powoduje szereg skutków prawnych. Na przykład recydywę uznaje się za niebezpieczną przy popełnieniu przestępstwa ciężkiego, za które sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności, a wcześniej już dwa lub więcej razy był skazany za umyślne przestępstwo średniej ciężkości na karę pozbawienia wolności albo jeśli był skazany wcześniej za ciężkie lub szczególnie ciężkie przestępstwo na karę rzeczywistego pozbawienia wolności.

Podsumowując temat klasyfikacji przestępstw, należy wskazać, że podobnie jak na Ukrainie, w Rosyjskiej Federacji oprócz przestępstw wymienionych w KK RF istnieją jeszcze wykroczenia administracyjne, które nie wchodzą w zakres ustawodawstwa karnego, lecz są całkowicie podporządkowane prawu administracyjnemu. Podobnie jak w ukraińskiej ustawie karnej, problemem praktycznym może być kwestia przetłumaczenia terminów „zbrodnia" i „występek" na język rosyjski w sposób pozwalający na poprawny odbiór przez rosyjskiego prawnika.

Taki ogólnikowy opis różnic systemowych bardzo ułatwi rozpoczęcie badań prawnoporównawczych związanych z prawem karnym czy to Ukrainy, czy też Rosji, ponieważ pozwoli określić obszar poszukiwań materiału oraz źródeł obowiązujących przepisów. Wybrane kraje są bardzo atrakcyjne pod względem badań prawnoporównawczych ze względu na wzrastającą wymianę osób oraz gospodarczą współpracę z Polską.

W ostatnich latach zainteresowanie komparatystyką w prawie karnym ogromnie wzrasta. W coraz większym stopniu dostrzega się jej przydatność jako instrumentu

---

[36] Р. Р. Галиакбаров, Уголовное право, Общая часть, Учебник Саратов, СГАП, 1997, s. 88–90.

[37] А. В. Бриллиантов, op. cit., s. 34–35.

dającego niewymierne korzyści poprzez dostarczanie rozwiązań problemów ojczystego prawa karnego. W czasach burzliwego rozwoju współpracy międzynarodowej wiedza o systemach prawa innych krajów, w tym o systemie prawa karnego, daje praktykującym prawnikom szerszą możliwość działania. Należy pamiętać, że badania komparatystyczne nie są drogą w jedną stronę. Mogą one polegać na promowaniu rozwiązań przyjętych w prawie polskim w innych krajach, na przykład na Ukrainie, czego też jesteśmy świadkami w ciągu ostatnich dwóch lat.

Porównanie tych systemów niesie również niewspółmierne korzyści praktyczne, na przykład przy wymierzaniu kary, w przeliczaniu okresu kary do odbycia lub w kwestiach podwójnej karalności obcokrajowców. Jest to konsekwencją wzrastającego przepływu obywateli z krajów sąsiednich do Polski. Przykładowo, tylko w 2013 roku w Polsce studiowało 15 123 studentów z ukraińskim obywatelstwem[38].

Należy też wspomnieć o wartości komparatystyki prawniczej z punktu widzenia naukowców, którzy się nią zajmują. Można ją przyrównać do podróży, a osoby zajmujące się nią do podróżników, którzy przemierzają kontynenty, poznając kultury prawne innych państw, dzieląc się jednocześnie rozwiązaniami systemu prawnego, z którego się wywodzą. Poznają oni nie tylko system prawny, ale i historię, społeczeństwo, bez którego prawo nie mogłoby istnieć. Podróż ta wymaga przygotowań, co wraz z rozwojem technologii oraz coraz szerszym otwarciem granic jest bardzo ułatwione. Często ta podróż jest tak wciągająca, że powoduje zapomnienie. Nabiera przy tym znaczenia słynna anegdota, mówiąca, że komparatyści prawa zgłębiają inne systemy prawa i jednocześnie zapominają o własnym.

The Study of Comparative Law in Polish, Ukrainian, and Russian Criminal Law Systems – from Theory to Practice

Abstract

The following article scrutinizes the topic of comparative studies in the field of criminal law. It attempts to depict both methodological and practical aspects of the legal comparison. The author presents the most popular models of the comparison process and the basic use of legal comparison between Polish, Ukrainian, and Russian criminal law systems. He also analyzes the basic differences in the mentioned systems: the differences in the structure of criminal law acts, their history, systems of punishments etc. Above-mentioned data could be a good start for further com-parative law studies in the area of criminal law of Poland, Ukraine, and Russia.

[38] Główny Urząd Statystyczny, *Szkoły wyższe i ich finanse w 2013 r.*, [online] http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/edukacja/edukacja/szkoly-wyzsze-i-ich-finanse-w-2013-r-,2,10.html [dostęp: 8.02.2016].

Keywords

comparative criminal law, Ukrainian criminal law, Russian criminal law, Polish criminal law

Bibliografia

1. Cutteridge H. C., *Comparative Law: An introduction to the Comparative Method of Legal Study and research*, CUP Archive, 2015.
2. Dubber M. D., *Comparative criminal Law*, The Oxford Handbook of Comparative Law 2006.
3. Glanert S., *Methods?*, [w:] *Methods of Comparative Law*, eds. P. G. Monateri, E. E. Cheltenham, UK 2012.
4. Husa J., "About the Methodology of Comparative Law – Some Comments Concerning the Wonderland", *Maastricht Working Papers* 2007, No. 5.
5. Kamba W. J., "Comparative Law: A Theoretical Framework", *The International and Comparative Law Quarterly* 1974, Vol. 23, No. 3, [online] http://www.jstor.org.ezproxy.its.uu.se/stable/757885?pq-origsite=summon&seq=1#page_scan_tab_contents [dostęp: 2.02.2016].
6. Krzymuski E., *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce*, Kraków 1921.
7. Makarewicz J., *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa–Lwów 1924.
8. Platsas E., "The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks", *Electronic Journal of Comparative Law* 2008, Vol. 12, No. 3.
9. Sharvan O., Wróbel A., *Podstawy i treść odpowiedzialności administracyjnej na Ukrainie*, [w:] *Międzynarodowe Aspekty Prawa Administracyjnego*, red. B. Orlik, A. Puczko, Kraków 2011.
10. *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego, Karpacz 1990, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990.
11. Tokarczyk R., *Komparatystyka prawnicza*, Kraków 2008.
12. Winterton G., "Comparative law Teaching", *Journal of Comparative Law* 1975, No. 23.
13. Zweigert K., Kötz H., *An Introduction to Comparative Law*, New York 1998.
14. Бриллиантов А. В., Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный), А. В. Бриллиантов, Г. Д. Долженкова, Я. Е. Иванова и др, под ред. А. В. Бриллиантова, Москва 2011.
15. Галиакбаров Р. Р., Уголовное право, Общая часть, Учебник Саратов, СГАП, 1997.
16. Загородников Н. И., Выдающийся русский ученый-юрист Н. С. Таганцев, Учебное пособие, 1992.
17. Землюков С. В., Реформа уголовного законодательства России: состояние, проблемы, перспективы, С. В. Землюков, Юриспруденция, 2003, № 11.
18. Кривоченко Л. М., Кримінальне право України, загальна частина, Підручник, 4-те видання, Ред. В. В. Сташис, В. Я. Тацій, Харків Видавництво "Праві" 2010.
19. Малиновский А. А., Методология сравнительного угаловного права Библиотека криминалиста, Научьний журнал 2011, № 1.
20. Мальцев В. В., Введение в уголовное право, Волгоград 2000.
21. Музиченко П. П., Історія держави і права України: Навч. Посібник, 4-те видання, Одесса 2003.

22. Таганцев Н. С., Русское уголовное право: Лекции. Часть общая, Т. I–II, Москва 1994.
23. Хавронюк М. І., Мельник М. І., Науково-практичний коментар Кримінального Кодексу України, 6-те видання. Ред. М. І. Мельник, М. І. Хавронюк, Київ 2009.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Numer 15 (4/2016)

Iwona Miedzińska

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Instytut Prawa Międzynarodowego
Katedra Prawa Europejskiego
e-mail: iwona.a.miedzinska@gmail.com

Pomoc państwa dla mediów publicznych w prawie Unii Europejskiej

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są regulacje unijne dotyczące dozwolonej pomocy udzielanej mediom publicznym przez państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz praktyka ich stosowania. Celem badań jest weryfikacja następującej tezy: prawo Unii Europejskiej w sposób ogólny reguluje kwestie dozwolonej pomocy państwa dla mediów publicznych, natomiast szczegółowe wytyczne formułowane są *ad causum*, w wyniku kontroli Komisji Europejskiej i pod wpływem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W pierwszej części autorka przedstawi regulacje unijne obowiązujące w przedmiotowej dziedzinie. Istotne znaczenie dla sektorowych zasad udzielania i kontroli pomocy państwa w obszarze radiofonii i telewizji ma komunikat Komisji z 2009 roku w sprawie stosowania zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej (Dz. Urz. UE C 257 z dnia 27 października 2009 roku). Następnie omówione zostaną wybrane orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, istotne z punktu widzenia zasad udzielania przez państwo pomocy dla mediów publicznych.

Słowa kluczowe

pomoc państwa, media publiczne, polityka medialna Unii Europejskiej, *Altmark*, pomoc *de minimis*

Wstęp

Przedmiotem artykułu są regulacje unijne dotyczące dozwolonej pomocy udzielanej mediom publicznym przez państwa członkowskie Unii Europejskiej (UE) oraz praktyka ich stosowania. Celem badań jest analiza przepisów traktatowych i aktów prawa wtórnego w przedmiotowym zakresie, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Przyjęta teza zakłada, że prawo Unii Europejskiej w sposób ogólny reguluje kwestie dozwolonej pomocy państwa dla mediów publicznych, natomiast szczegółowe wytyczne formułowane są *ad causum*, w wyniku kontroli Komisji Europejskiej i pod wpływem orzecznictwa TSUE. W celu zweryfikowania tej tezy autorka – oprócz przepisów traktatowych – prześledzi głównie komunikaty, decyzje i opinie Komisji Europejskiej (KE, Komisja) oraz dokona analizy wybranych orzeczeń TSUE, w tym wyroków dotyczących pomocy publicznej w sektorach innych niż radiofonia i telewizja, ale zawierających zasady, które mogą być stosowane *per analogiam* do każdej pomocy ze środków publicznych.

Zapewnienie niezakłóconej konkurencji i wolnego handlu wewnątrz UE przyczynia się między innymi do pobudzenia wzrostu gospodarczego całej Unii, dlatego też przepisy dotyczące zasad udzielania pomocy publicznej stanowią istotną część prawa konkurencji Unii Europejskiej[1]. Oprócz ogólnych reguł o charakterze horyzontalnym funkcjonują również sektorowe zasady udzielania i kontroli pomocy państwa, w tym także w obszarze radiofonii i telewizji. Przepisy te podlegają regularnym zmianom i reformom, ponieważ prawo w tej dziedzinie integracji stale się rozwija. KE w Komunikacie z dnia 8 maja 2012 roku pt. „Unowocześnienie unijnej polityki w dziedzinie pomocy państwa"[2] stwierdza, że unowocześnieniu systemu kontroli państwa przyświecają trzy główne cele:

- pobudzenie trwałego, inteligentnego i sprzyjającego włączeniu społecznemu wzrostu gospodarczego na konkurencyjnym rynku wewnętrznym;
- skupienie uwagi KE w działaniach kontrolnych prowadzonych *ex ante* na sprawach mających największy wpływ na rynek wewnętrzny, przy jednoczesnym wzmocnieniu współpracy państw członkowskich UE w zakresie egzekwowania reguł pomocy państwa;
- optymalizacja reguł i skrócenie czasu podejmowania decyzji[3].

W powyższym dokumencie KE przewidziała również zakończenie procesu reform horyzontalnych i sektorowych zasad udzielania pomocy państwa do końca 2013 roku.

---

[1] Por. M. Pęk, *Pomoc publiczna w obszarze radiofonii i telewizji w prawie Unii Europejskiej*, [online] http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/publikacje/analizy/maj2012_pomoc-publiczna_ue.pdf [dostęp: 20.01.2016].

[2] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Unowocześnienie unijnej polityki w dziedzinie pomocy państwa" (Tekst mający znaczenie dla EOG, COM(2012) 209 final).

[3] Ibidem, s. 3–4.

Regulacje unijne dopuszczają pomoc państwa w pewnych szczególnych sytuacjach, na zasadzie wyjątku, dlatego też jej kontrola pełni ważną rolę w ochronie wspólnego rynku. W tym kontekście głównym źródłem napięć w odniesieniu do narodowych polityk medialnych jest dualny model europejskich nadawców, a zwłaszcza konflikt interesów między nadawcami publicznymi i prywatnymi[4]. W Europie nadawcy publiczni wciąż zajmują pozycję dominującą, a ich udział w rynku medialnym, choć z roku na rok zmniejsza się, to jednak wciąż stanowi około 50%[5]. Według danych KE, europejscy nadawcy publiczni corocznie otrzymują ponad dwadzieścia dwa miliardy euro pomocy państwa w postaci opłat licencyjnych lub w formie bezpośredniej, co czyni ich – zaraz za sektorami rolnictwa i transportu – trzecim beneficjentem pomocy publicznej[6]. Tę dychotomię między wspólnymi celami ekonomicznymi a narodowymi interesami państw członkowskich uwzględniają przepisy prawa UE dotyczące pomocy publicznej[7].

Podstawowe regulacje prawne

Wśród najważniejszych regulacji prawnych UE odnoszących się do udzielania pomocy publicznej w obszarze radiofonii i telewizji należy wymienić następujące akty prawne:

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TfUE)[8],
- protokół w sprawie systemu publicznego nadawania w państwach członkowskich, protokół dołączony do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) w Traktacie z Amsterdamu zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty, z dnia 2 października 1997 roku (tak zwany Protokół Amsterdamski)[9],

[4] A. Jaskiernia, *Polityka Unii Europejskiej w sprawie zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej*, „Studia Medioznawcze" 2010, nr 4, s. 93.

[5] L. Pokrzycka, *Media i dziennikarstwo w Unii Europejskiej – szanse i zagrożenia. Zarys problematyki*, „Annales UMCS Sectio K Politologia" 2009, XVI, nr 2, s. 218.

[6] *Pomoc państwa: Komisja zmienia zasady dotyczące finansowania nadawców publicznych przez państwo*, [online] IP/09/1072, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1072_pl.htm [dostęp: 22.01.2016]. Por. P. Stępka, A. Woźniak, *Problem stosowania pomocy publicznej w kontekście działalności nadawców publicznych*, „Analiza Biura KRRiT" 2007, nr 1, s. 4.

[7] Podstawowym problemem polityki medialnej UE było znalezienie równowagi między interesami gospodarczymi a ochroną kultury. Zob. A. Jaskiernia, *Polityka medialna Unii Europejskiej jako czynnik kształtowania europejskiego ładu demokratycznego*, [w:] *Strategie rozwoju Unii Europejskiej*, red. J. Adamowski, K. A. Wojtaszczyk, Warszawa 2010, s. 68–69.

[8] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012, s. 47.

[9] Protokół w sprawie systemu publicznego nadawania w państwach członkowskich, Dz. Urz. UE C 310 z 16 grudnia 2004, s. 372.

- rozporządzenie Rady (WE) 994/98 z dnia 7 maja 1998 roku dotyczące stosowania art. 92 i 93 TWE do niektórych kategorii horyzontalnej pomocy państwa[10],
- rozporządzenie Rady Nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 roku ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE[11],
- rozporządzenie Komisji 360/2012 z dnia 25 kwietnia 2012 roku w sprawie stosowania art. 107 i 108 TfUE do pomocy *de minimis* przyznawanej przedsiębiorcom wykonującym usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym[12],
- dyrektywa Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 roku w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi[13],
- decyzja Komisji 2012/21/UE z dnia 20 grudnia 2011 roku w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TfUE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym[14],
- komunikat Komisji 2009/C 257/01 w sprawie stosowania zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej[15],
- komunikat KE w sprawie stosowania reguł UE w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym[16],

---

[10] Rozporządzenie Rady (WE) NR 994/98 z dnia 7 maja 1998 r. dotyczące stosowania art. 92 i 93 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do niektórych kategorii horyzontalnej pomocy państwa, Dz. Urz. UE L 142 z dnia 14 maja 1998 r., s. 1.

[11] Rozporządzenie Rady (WE) Nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, Dz. Urz. UE L 83 z 27 marca 1999 r., s. 1.

[12] Rozporządzenie Komisji (UE) nr 360/2012 z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* przyznawanej przedsiębiorstwom wykonującym usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, Dz. Urz. UE L 114 z dnia 26 kwietnia 2012 r., s. 8.

[13] Dyrektywa Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE L 318 z dnia 17 listopada 2006 r., s. 17 (Tekst mający znaczenie dla EOG, wersja skodyfikowana).

[14] Decyzja Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (notyfikowana jako dokument nr C(2011) 9380) (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz. Urz. UE L 7 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 3.

[15] Komunikat Komisji w sprawie stosowania zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej, Dz. Urz. UE C 257 z dnia 27 października 2009 r., s. 1 (Tekst mający znaczenie dla EOG).

[16] Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym

- komunikat Komisji do PE, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Unowocześnienie unijnej polityki w dziedzinie pomocy państwa" (tekst mający znaczenie dla EOG, COM(2012) 209 final).

Pomoc publiczna – podstawy traktatowe

Najważniejsze postanowienia dotyczące pomocy publicznej zostały zawarte w TfUE (wcześniej zawierał je TWE). W art. 107 ust. 1 TfUE wyrażona jest ogólna zasada, zgodnie z którą zakazana jest wszelka pomoc publiczna, finansowana z budżetu państwa lub w jakikolwiek inny sposób zakładająca użycie zasobów państwowych[17].

> Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi[18].

W sprawach połączonych C-106/09 P i C-107/09 P[19] TSUE stwierdził, że jeśli chodzi o ocenę warunku selektywności, to z utrwalonego orzecznictwa wynika, że art. 87 ust. 1 WE (obecnie art. 107 ust. 1 TfUE) wymaga ustalenia, czy w ramach danego systemu prawnego przepis krajowy może sprzyjać „niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów" w porównaniu z innymi, które w świetle celu tego systemu znajdują się w porównywalnej sytuacji faktycznej i prawnej. Choć wyrok ten dotyczył innej dziedziny, to jednak powyższa definicja selektywności z powodzeniem może być stosowana również w przypadku pomocy publicznej dla mediów. Stąd też przy ocenie warunku selektywności trzeba ustalić, czy dany przepis krajowy sprzyja niektórym nadawcom publicznym lub określonym produktom i usługom medialnym w porównaniu z innymi, których sytuacja faktyczna i prawna jest porównywalna.

---

interesie gospodarczym (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz. Urz. UE C 8 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 4.

[17] Na temat kryteriów kwalifikujących przekazanie określonych środków jako pomoc publiczną zob. M. Pęk, op. cit., s. 8–9.

[18] Art. 107 ust. 1 TfUE.

[19] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 listopada 2011 r. *Komisja Europejska (C-106/09 P) i Królestwo Hiszpanii (C-107/09 P) przeciwko Government of Gibraltar i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, dotychczas nieopublikowany, tekst orzeczenia dostępny na stronie http://curia.europa.eu.

Z kolei art. 107 ust. 3 lit. d) TfUE wśród obszarów, w których pomoc publiczna może – zależnie od okoliczności – zostać uznana za dopuszczalną, wymienia między innymi wyjątek mający znaczenie dla publicznej radiofonii i telewizji. Zgodnie z nim „za zgodną z rynkiem wewnętrznym może zostać uznana: […] d) pomoc przeznaczona na wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej i konkurencji w Unii w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem”[20]. Wyjątek ten został ujęty dosyć wąsko – możliwość jego zastosowania do uzasadnienia pomocy publicznej została ograniczona do tej działalności nadawców, która wspiera rozwój kultury.

Poza tym pomoc państwa dla publicznej radiofonii i telewizji opiera się w przeważającej mierze na przepisach szczególnych dotyczących usług realizowanych w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG). Art. 14 TfUE stwarza państwom członkowskim i Unii możliwość określenia specjalnych warunków, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą UOIG spełniać ich zadania[21]. Stwierdza on, że tego rodzaju usługi mają szczególne znaczenie dla systemu wspólnych wartości UE oraz przyczyniają się do wspierania spójności społecznej i terytorialnej. Pomoc publiczna z tytułu świadczenia UOIG jest dopuszczalna, ale jednocześnie uznaje się, że powinna być ona udzielana w zakresie nie większym niż konieczny do realizacji zadań związanych z misją oraz proporcjonalnie do zakładanych celów, tak aby uniknąć zniekształcenia warunków konkurencji i handlu, co byłoby sprzeczne z interesem UE[22].

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na zadania i kompetencje Komisji Europejskiej w odniesieniu do pomocy publicznej udzielanej przez państwa członkowskie. Zostały one określone w artykułach: 106 ust. 3, 108 i 109 TfUE. Mają one głównie charakter kontrolny i regulacyjny. Przede wszystkim KE we współpracy z państwami członkowskimi stale bada systemy pomocy istniejące w tych krajach oraz proponuje im stosowne środki konieczne ze względu na stopniowy rozwój lub funkcjonowanie rynku wewnętrznego[23]. Jeśli KE stwierdzi, że konkretna pomoc przyznana przez państwo lub przy użyciu zasobów państwowych nie jest zgodna z rynkiem wewnętrznym w rozumieniu art. 107 lub pomoc taka jest nadużywana, decyduje o jej zniesieniu lub zmianie w określonym terminie[24]. Jeśli dane państwo nie zastosuje się do tej decyzji, KE lub każde inne zainteresowane państwo członkowskie UE może, na zasadzie odstępstwa od postanowień art. 258 i 259 TfUE, wnieść sprawę bezpośrednio do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Poza tym na wniosek państwa członkowskiego Rada, stanowiąc jednomyślnie, może zdecydować, że pomoc, którą dane państwo przyznaje

[20] Art. 107 ust. 3 lit. d) TfUE.

[21] Zob. art. 14 TfUE.

[22] Szerzej na temat pomocy publicznej z tytułu realizacji UOIG zob. M. Pęk, op. cit., s. 10–11; P. Stępka, A. Woźniak, op. cit., s. 2–3.

[23] Art. 108 ust. 1 TfUE.

[24] Art. 108 ust. 2 TfUE.

lub zamierza przyznać, jest zgodna z rynkiem wewnętrznym na zasadzie odstępstwa od postanowień art. 107 lub rozporządzeń przewidzianych w art. 109, jeśli wyjątkowe okoliczności uzasadniają taką decyzję[25].

Kolejnym dokumentem prawa pierwotnego o istotnym znaczeniu dla systemów publicznego finansowania radiofonii i telewizji publicznej jest Protokół Amsterdamski, przyjęty w 1997 roku jako załącznik do TWE. W protokole tym potwierdzono pierwszorzędną rolę nadawców publicznych w rozwijaniu podstawowych potrzeb społeczeństwa (kulturalnych, demokratycznych i społecznych) oraz w zapewnieniu pluralizmu w mediach[26]. Stwierdzono, że przepisy prawa UE nie wpływają na możliwość udzielania przez państwa członkowskie pomocy publicznej, jeśli finansowanie przyznawane jest na wypełnianie misji publicznej, rozumianej jako cel „bezpośrednio związany z demokratycznymi, społecznymi i kulturalnymi potrzebami społeczeństwa", i nie powoduje zakłócenia konkurencji między nadawcami w sposób, który byłby sprzeczny ze wspólnym interesem[27].

Co do zasady, każde finansowanie ze środków publicznych przekraczające kryteria pomocy *de minimis* wpływa na warunki handlowe i konkurencję na rynku wewnętrznym, ale w pewnym zakresie wpływ ten ma charakter „tolerowalny" – prawo UE dopuszcza go z uwagi na realizację ważnych celów interesu ogólnego, w tym istotnych potrzeb społecznych, kulturalnych i demokratycznych. Granicą tolerancji jest jednak sytuacja, w której osiąga on taki stopień, że staje się sprzeczny ze wspólnym interesem. Przy badaniu ewentualnego spełnienia tego warunku należy wziąć pod uwagę konieczność realizacji mandatu służby publicznej oraz koszty z tym związane[28]. Tym samym podkreślono, że państwa członkowskie nie mają bezwzględnej swobody przy wyborze finansowania mediów publicznych, ponieważ KE ma prawo kontrolowania zgodności każdego systemu finansowania takich mediów z postanowieniami traktatowymi odnoszącymi się do udzielania pomocy publicznej[29].

Sam wybór sposobu finansowania pozostawiono ustawodawstwu poszczególnych państw członkowskich. W praktyce w większości z nich przyjęto system finansowania oparty o środki publiczne, najczęściej w postaci abonamentu wnoszonego w formie podatku lub opłat za posiadanie nośników sygnału radiowego

---

[25] Ibidem.

[26] Zob. preambuła Protokołu w sprawie systemu publicznego nadawania w państwach członkowskich, Dz. Urz. UE C 310 z 16 grudnia 2004, s. 372.

[27] Ibidem.

[28] M. Pęk, op. cit., s. 15.

[29] Szczegółowe zasady dotyczące dozwolonej pomocy dla mediów publicznych po raz pierwszy zostały zawarte w Komunikacie KE z 15 listopada 2001 roku. Zob. Komunikat Komisji w sprawie udzielania pomocy państwa dla radiofonii i telewizji publicznej, Dz. Urz. UE C 320 z dnia 15 listopada 2001 r., s. 5 (Tekst mający znaczenie dla EOG).

lub telewizyjnego[30]. Popularnym rozwiązaniem jest stosowanie tak zwanego systemu mieszanego, umożliwiającego finansowanie ze źródeł publicznych oraz z własnej działalności gospodarczej, tj. z wpływów z reklam oraz działalności komercyjnej. Przykładowo model BBC przewiduje finansowanie tamtejszych mediów publicznych z opłat abonamentowych oraz z działalności gospodarczej związanej z realizacją celów statutowych (obrót prawami autorskimi do audycji, rozpowszechnianie książek, czasopism, płyt, nagrań i kursów językowych, a także sprzedaż gadżetów oraz zyski finansowe)[31]. Oprócz tej permanentnej formy wspierania mediów ze środków publicznych należy zwrócić uwagę na stosowanie przez państwa różnych form pomocy o charakterze doraźnym (*ad hoc*), takich jak zwolnienia podatkowe, dodatkowe środki przeznaczone na inwestycje w infrastrukturę lub restrukturyzację firmy, kredyty preferencyjne czy też umorzenia pożyczek[32].

Pomoc publiczna – prawo wtórne

Rozporządzenie Rady 659/1999 ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 TWE[33] wprowadza rozróżnienie między „pomocą istniejącą", która nie wymaga notyfikacji, oraz „pomocą nową", która podlega obowiązkowi zgłoszenia Komisji. Przy czym pomoc państwa może mieć charakter „programu pomocowego" bądź też „pomocy indywidualnej". Programem pomocowym jest każde działanie, na podstawie którego, bez dalszego wprowadzania w życie wymaganych środków, można dokonać wypłaty pomocy indywidualnej na rzecz przedsiębiorstw określonych w ustawie w sposób ogólny i abstrakcyjny, oraz każde działanie, na podstawie którego pomoc, która nie jest związana z konkretnym projektem, może zostać przyznana jednemu lub kilku przedsiębiorcom na czas

[30] Opłaty abonamentowe są głównym źródłem finansowania nadawców publicznych w prawie wszystkich państwach członkowskich UE, z wyjątkiem Hiszpanii, Luksemburga i Portugalii. Na temat różnych definicji i sposobów ustalania abonamentu zob. L. Pokrzycka, op. cit., s. 217–218.

[31] Jednakże działalność komercyjna jedynie w niewielkim stopniu uzupełnia budżet, ponieważ ok. 75% środków wykorzystywanych przez BBC stanowią opłaty abonamentowe. Zob. T. Skoczek, *Między misją a komercją. Problemy finansowania mediów publicznych w Polsce*, Bochnia–Warszawa 2007, s. 15–16.

[32] P. Stępka, A. Woźniak, op. cit., s. 3–4.

[33] Obecnie art. 113 TfUE, zgodnie z którym Rada, stanowiąc jednomyślnie, zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Parlamentem Europejskim oraz Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, uchwala przepisy dotyczące harmonizacji ustawodawstw odnoszących się do podatków obrotowych, akcyzy i innych podatków pośrednich w zakresie, w jakim harmonizacja ta jest niezbędna do zapewnienia ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz uniknięcia zakłóceń konkurencji.

nieokreślony lub w nieokreślonej kwocie[34]. Z kolei pomoc indywidualna to pomoc, która nie jest przyznawana na podstawie programu pomocowego i podlega obowiązkowi zgłoszenia[35].

Rozporządzenie Rady 659/1999 określa procedury dotyczące zgłaszania i prowadzenia dochodzenia w odniesieniu do pomocy nowej. Zgodnie z art. 2 ust. 1 tego rozporządzenia państwa członkowskie mają obowiązek zgłaszania Komisji wszelkich planów przyznania nowej pomocy. W zgłoszeniu należy przedstawić wszystkie informacje umożliwiające KE podjęcie decyzji (tak zwane zgłoszenie kompletne). Art. 3 wprowadza klauzulę zawieszającą – pomoc nie może zostać udzielona do czasu podjęcia przez Komisję decyzji zezwalającej lub do czasu uznania takiej decyzji za podjętą. Procedura badania planów nowej pomocy może składać się z jednego lub z dwóch etapów i kończy się wydaniem decyzji przez KE. W ramach pierwszego etapu – wstępnego badania zgłoszenia – Komisja może ustalić, że notyfikowany środek nie stanowi pomocy publicznej, i wydać decyzję kończącą postępowanie. Może też stwierdzić, że nie ma żadnych wątpliwości co do zgodności danego środka ze wspólnym rynkiem, i podjąć decyzję o niewnoszeniu zastrzeżeń, która także kończy procedurę oceny.

Jeśli w ramach wstępnego badania KE stwierdzi, że istnieją wątpliwości co do zgodności badanego środka ze wspólnym rynkiem, podejmuje decyzję o wszczęciu formalnej procedury dochodzenia (drugi etap postępowania). Decyzje podejmowane w ramach etapu wstępnego badania zgłoszenia podejmowane są w ciągu dwóch miesięcy od otrzymania kompletnego zgłoszenia, ale okres ten może zostać wydłużony za zgodą zarówno KE, jak i zainteresowanego państwa członkowskiego[36]. Zgodnie z art. 4 ust. 6 rozporządzenia Rady 659/1999 jeśli KE nie podejmie decyzji w wyżej wskazanym terminie, pomoc uznaje się za dozwoloną. Zainteresowane państwo członkowskie może wtedy wprowadzić notyfikowane środki, po uprzednim zgłoszeniu Komisji, chyba że KE podejmie decyzję w terminie piętnastu dni roboczych od otrzymania zgłoszenia[37].

Rozporządzenie Rady 659/1999 określa również procedury dotyczące pomocy przyznanej bezprawnie i świadczonej niezgodnie z przeznaczeniem oraz zasady monitorowania istniejących programów pomocowych i pomocy indywidualnej[38]. Zasadą jest składanie przez państwa członkowskie corocznych sprawozdań w sprawie wszystkich istniejących programów pomocowych. Sankcją za niezgłoszenie sprawozdania, mimo wysłania przez KE ponaglenia w tej sprawie, może być zastosowanie środków przewidzianych w art. 18 wspomnianego wyżej rozporządzenia: rzeczowa zmiana programu pomocowego, wprowadzenie nowych wymogów proceduralnych lub wycofanie programu pomocowego. Szczegółowe przepisy

[34] Art. 1 lit. d) Rozporządzenia Rady 659/1999.
[35] Art. 1 lit. e) Rozporządzenia Rady 659/1999.
[36] Art. 4 ust. 5 Rozporządzenia Rady 659/1999.
[37] Zob. art. 4 ust. 6 Rozporządzenia Rady 659/1999.
[38] Zob. M. Pęk, op. cit., s. 22–23.

odnośnie do formy, treści i innych szczegółów dotyczących notyfikacji oraz sprawozdań rocznych określonych w rozporządzeniu Rady 659/1999 zawiera Rozporządzenie Komisji 794/2004[39], które ustanawia wzory odpowiednich formularzy.

Z kolei Dyrektywa Komisji 2006/111/WE określa kluczowe wymagania unijne dotyczące przejrzystości stosunków finansowych między organami państwowymi a przedsiębiorstwami publicznymi, w tym standardy rozdzielnej księgowości dla poszczególnych rodzajów działalności przedsiębiorstw. Przede wszystkim nakazuje ona państwom członkowskim, by zapewniły przejrzystość stosunków finansowych między organami publicznymi a przedsiębiorstwami publicznymi, tak aby wyraźnie wskazane były następujące elementy:

a) fundusze publiczne udostępniane bezpośrednio przez organy publiczne danym przedsiębiorstwom,
b) fundusze publiczne udostępniane przez organy publiczne za pośrednictwem przedsiębiorstw publicznych lub instytucji finansowych,
c) rzeczywiste wykorzystanie tych funduszy publicznych[40].

Z dniem 31 stycznia 2012 roku weszła w życie decyzja Komisji 2012/21/UE w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TfUE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych. Określa ona warunki, po spełnieniu których pomoc państwa w formie rekompensaty z tytułu usług publicznych świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym należy uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem i tym samym zwolnioną z obowiązku zgłoszenia określonego w art. 108 ust. 3 TfUE. Obecnie przedmiotowa decyzja ma zastosowanie tylko do określonych w art. 2 ust. 1 pięciu kategorii rekompensat, między innymi rekompensat nieprzekraczających rocznej kwoty 15 mln euro za świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym w dziedzinach innych niż transport i infrastruktura transportowa[41]. Ponadto, stosuje się ją wyłącznie w przypadkach, gdy okres, na jaki powierza się przedsiębiorstwu wykonywanie UOIG, nie przekracza dziesięciu lat (art. 2 ust. 2). Z uwagi na tak restrykcyjne warunki możliwość jej stosowania do pomocy publicznej w dziedzinie radiofonii i telewizji jest niezwykle ograniczona[42].

Wśród niewiążących aktów prawa wtórnego UE największe znaczenie w odniesieniu do problematyki pomocy państwa dla mediów publicznych mają komunikaty

---

[39] Rozporządzenie Komisji (WE) nr 794/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, Dz. Urz. UE L 140 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 1.

[40] Art. 1 ust.1 Dyrektywy Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi.

[41] Zob. art. 2 ust. 1 Decyzji Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TfUE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych.

[42] Zob. M. Pęk, op. cit., s. 22–23.

Komisji Europejskiej, zwłaszcza Komunikat 2009/C 257/01, dotyczący stosowania zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej[43]. Zastąpił on komunikat KE z 2001 roku[44], który jako pierwszy określił warunki finansowania przez państwo nadawców publicznych. Na podstawie komunikatu z 2001 roku KE przyjęła ponad dwadzieścia decyzji dotyczących finansowania nadawców publicznych, ujednolicając praktykę interpretacyjną najważniejszych przepisów prawnych w tej dziedzinie[45]. Późniejsze orzecznictwo TSUE, a w szczególności przełomowy wyrok z 2003 roku w sprawie *Altmark*[46], doprecyzowało zasady ustalone na podstawie tego komunikatu.

Najważniejsze zmiany, jakie wprowadził komunikat z 2009 roku, to większa możliwość egzekwowania odpowiedzialności przez państwa członkowskie i skuteczna kontrola na poziomie krajowym, w tym przejrzysta ocena nowych usług medialnych finansowanych ze środków publicznych. Potrzeba jego przyjęcia wiązała się ze zmianami technologicznymi, które doprowadziły do przemian na rynku nadawczym i audiowizualnym, między innymi do zwiększenia konkurencji oraz dostępności nowych usług medialnych[47]. Aby skutecznie konkurować na rynku, zarówno publiczni, jak i prywatni nadawcy musieli zróżnicować swoją działalność, wykorzystując nowe platformy dystrybucyjne i rozszerzając zakres świadczonych usług. Od czasu przyjęcia komunikatu z 2001 roku doszło również do ważnych zmian w dziedzinie prawa – między innymi wypracowano dyrektywę o audiowizualnych usługach medialnych[48], która rozszerzyła zakres przepisów audiowizualnych UE na wchodzące na rynek usługi medialne. Wspomniane zmiany technologiczne i prawne oraz konkurencja na rynku nadawczym wymusiły konieczność zaktualizowania komunikatu z 2001 roku[49].

---

[43] Komunikat Komisji w sprawie stosowania zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej, Dz. Urz. UE C 257 z dnia 27 października 2009 r., s. 1 (Tekst mający znaczenie dla EOG).

[44] Komunikat Komisji w sprawie udzielania pomocy państwa dla radiofonii i telewizji publicznej, Dz. Urz. UE C 320 z dnia 15 listopada 2001 r., s. 5 (Tekst mający znaczenie dla EOG).

[45] A. Jaskiernia, *Polityka Unii Europejskiej*..., op. cit., s. 94.

[46] Wyrok Trybunału z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00, *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, przy udziale Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Zb. Orz. 2003, s. I-07747.

[47] Kontekst i przyczyny przyjęcia nowego komunikatu wyjaśnia KE w jego wstępie. Zob. Dz. Urz. UE C 257 z dnia 27 października 2009 r., s. 1–2.

[48] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz. Urz. UE L 95 z dnia 15 kwietnia 2010 r., s. 1.

[49] Szerzej na temat przyczyn i okoliczności przyjęcia nowego komunikatu zob. A. Jaskiernia, *Polityka Unii Europejskiej...*, op. cit., s. 94–96.

W nowym komunikacie Komisja przypomniała, że przy dokonywaniu oceny interwencji państwa i zawartej w niej pomocy na podstawie art. 107 ust. 1 TfUE decydującym elementem jest skutek interwencji państwa, a nie jej cel. Zauważono, że ocena pomocy państwa dokonywana przez KE wymaga przejrzystości, w tym zapewnienia precyzyjnej definicji misji publicznej. Świadczenie takiej usługi musi zostać wyraźnie powierzone danemu przedsiębiorstwu, zaś wysokość rekompensaty z tego tytułu nie powinna przekraczać kosztów netto[50]. Jednocześnie Komisja podkreśliła, że państwa członkowskie powinny zapewnić regularny nadzór nad korzystaniem z zasobów państwowych oraz wypełnianiem misji publicznej[51].

Wspominany już komunikat KE z 2012 roku[52] objaśnia zasady dotyczące udzielania rekompensaty z tytułu UOIG. Prezentuje on analizę pojęć zawartych w art. 107 TfUE w oparciu o orzecznictwo TSUE, co ma istotne znaczenie praktyczne, albowiem wykracza poza zakres stosowania wspomnianej wyżej decyzji KE 2012/21/UE. Przykładowo, traktatowe zasady mają zastosowanie tylko wtedy, gdy beneficjentem pomocy państwa jest przedsiębiorstwo, a Trybunał stosuje szeroką, funkcjonalną interpretację tego pojęcia – jest nim każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, niezależnie od statusu prawnego i sposobu finansowania[53]. Równie szeroko TSUE interpretuje pojęcie działalności gospodarczej, określając tym mianem wszelką działalność polegającą na oferowaniu na rynku towarów i usług. Przy czym KE podkreśla, że kwestia istnienia rynku określonych usług może być zmienna i różnie wyglądać w poszczególnych państwach członkowskich – to, co obecnie nie stanowi działalności na rynku, może stać się nią w przyszłości[54].

Z uwagi na tematykę artykułu ważne jest objaśnienie przez KE pojęcia zasobów państwa, o którym mowa w art. 7 TfUE. Pomoc państwa w rozumieniu tego artykułu stanowią jedynie korzyści przyznane bezpośrednio lub pośrednio z zasobów państwowych, które mogą przyjmować wiele form, takich jak[55]:

- dotacje bezpośrednie,
- ulgi podatkowe,
- świadczenia w naturze,
- nienaliczanie przez państwo cen rynkowych za niektóre usługi,
- przyznanie bez przetargu pozwoleń na zajmowanie lub używanie domeny publicznej czy też innych specjalnych lub wyłącznych praw mających wartość ekonomiczną,

---

[50] Dz. Urz. UE C 257 z dnia 27 października 2009 r., s. 10.

[51] Ibidem, s. 8.

[52] Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz. Urz. UE C 8 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 4.

[53] Zob. ibidem, pkt 2.1.1., s. 5.

[54] Ibidem, s. 5–6.

[55] Ibidem, s. 8–9.

- opłaty lub obowiązkowe składki wymagane prawem krajowym, z których przychód jest przekazywany przedsiębiorstwom, którym powierzono wykonywanie danej UOIG, zarządzane i przydzielane zgodnie z przepisami właściwych ustaw.

Jednocześnie KE podkreśliła, że w wyroku w sprawie C-482/99 *Francja przeciwko Komisji*[56] TSUE potwierdził, że również zasoby przedsiębiorstwa publicznego stanowią zasoby państwowe w rozumieniu art. 107 TfUE, ponieważ organy publiczne są w stanie je kontrolować.

Rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych będzie wchodziła w zakres zastosowania art. 107 TfUE, jeśli wywiera wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi lub stwarza zagrożenie wywarcia takiego wpływu. Co do zasady wpływ ten zakłada istnienie rynku otwartego na konkurencję, jednakże zdaniem KE także pomoc przyznana przedsiębiorstwu działającemu na rynku niezliberalizowanym może wywierać wpływ na wymianę handlową, jeśli przedsiębiorstwo-beneficjent działa również na rynkach zliberalizowanych[57]. Co więcej, środki pomocy mogą wywierać wpływ na wymianę handlową nawet wtedy, gdy samo przedsiębiorstwo-beneficjent nie uczestniczy w działalności transgranicznej, ale wskutek utrzymania się lub zwiększenia jego podaży krajowej przedsiębiorstwa mające siedziby w innych państwach członkowskich mają ograniczone możliwości oferowania swych dóbr i usług w danym kraju[58].

Należy zauważyć, że nie ma ustalonego jednego miernika ani progu procentowego, poniżej którego można by przyjąć, że nie występuje wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Fakt, że w danym przypadku udzielono stosunkowo niewielkiej pomocy bądź też jej beneficjentem jest stosunkowo małe przedsiębiorstwo, nie oznacza, że pomoc ta nie ma wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi[59]. Z drugiej jednak strony w kilku przypadkach działalności handlowej o czysto lokalnym charakterze Komisja stwierdziła, że nie wywiera ona wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Tak było w przypadku basenów używanych przede wszystkim przez lokalną ludność, lokalnych szpitali, obsługujących wyłącznie okolicznych mieszkańców, lokalnych muzeów, potencjalnie mało atrakcyjnych dla zwiedzających z innych państw, a także lokalnych wydarzeń kulturalnych, których potencjalna publiczność ograniczona była do zasięgu lokalnego[60].

Określając zaś warunki, zgodnie z którymi rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych nie stanowi pomocy państwa, Komisja odwołuje się do zasad wywiedzionych z orzecznictwa TSUE.

---

[56] Wyrok Trybunału z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie C-482/99, *Republika Francuska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2002, s. I-04397.

[57] Dz. Urz. UE C 8 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 9.

[58] Ibidem. Por. M. Pęk, op. cit., s. 37–38.

[59] Dz. Urz. UE C 8 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 9.

[60] Szerzej zob. ibidem, s. 10.

Wybrane sprawy rozpatrywane przez Komisję Europejską oraz Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

To, czy pomoc państwa dla mediów publicznych jest zgodna ze wspólnym rynkiem, KE bada zarówno z własnej inicjatywy, jak i rozpatrując skargi składane przez różne podmioty, w tym nadawców prywatnych. Przykładowo, w 2008 roku telewizja TVN w związku z wątpliwościami, czy pieniądze publiczne (z abonamentu) służą jedynie wsparciu działalności TVP prowadzonej w ramach misji nadawcy publicznego, zwróciła się do KE z prośbą o zbadanie, czy równoczesne finansowanie TVP z abonamentu oraz reklam jest zgodne z prawem[61]. Zdaniem TVN stosowane w Polsce praktyki pozostawały w sprzeczności z prawem unijnym oraz naruszały zasady konkurencji na rynku usług telewizyjnych, skutkując nieuzasadnionym osłabieniem pozycji nadawców prywatnych względem TVP. Według TVN za niedozwoloną pomoc publiczną należy również uznać możliwość nieodpłatnego korzystania przez TVP z Archiwum Programowego oraz dyskryminowanie nadawców prywatnych w dostępie do tego archiwum. KE wyraziła opinię, że opłaty abonamentowe stanowią tak zwaną pomoc istniejącą, która zasadniczo nie podlega zwrotowi, oraz wskazała na potrzebę pewnych zmian prawnych, na przykład w zakresie definiowania misji publicznej oraz systemu finansowania mediów publicznych[62]. W połowie 2011 roku KE ponownie zajęła się zarzutami zbyt dużej rekompensaty dla TVP z tytułu pełnienia misji publicznej. Również w tym przypadku badanie krajowego systemu pomocy dla mediów publicznych zakończyło się sformułowaniem zaleceń w zakresie zmian systemu prawa.

Należy zauważyć, że na wniosek nadawców prywatnych KE badała analogiczny problem w wielu innych państwach członkowskich, między innymi w Niemczech, Francji, Hiszpanii, Portugalii i we Włoszech[63]. Zwykle przynajmniej częściowo Komisja podziela zastrzeżenia nadawców prywatnych, ale takie postępowania najczęściej kończą się bez decyzji o zwrocie wsparcia, ponieważ nadawcy i państwa członkowskie wprowadzają zalecane zmiany, na przykład w systemie finansowania tak zwanej misji publicznej. W 2006 roku KE nakazała holenderskiemu nadawcy publicznemu NOS zwrot ponad 76 mln euro wsparcia z budżetu państwa, zaś w 2004 roku duńskiej stacji TV2 zwrot ponad 84 mln euro[64]. Przypomnieć należy, że KE dopuszcza pomoc dla nadawców publicznych w zakresie pełnienia misji publicznej, ale ten wyjątkowy sposób finansowania powinien być

[61] *Skarga TVN na TVP: KE interweniowała już takich sprawach*, [online] http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1, 114873,4969208.html [dostęp: 15.05.2016].

[62] *KE przygląda się finansowaniu TVP i może zażądać zmiany prawa*, [online] http://europarlament.pap.pl/palio/html.run?_Instance=cms_ep.pap.pl&_PageID=1&_menuId=17&_nrDep=27926&_CheckSum=887216730 [dostęp: 15.05.2016].

[63] *Skarga TVN na TVP...*, op. cit.

[64] Ibidem.

przejrzysty i proporcjonalny, co oznacza, że całość wsparcia publicznego, na przykład środków z abonamentu, musi być przeznaczana na działalność, która mieści się w zakresie misji. Oceniając poszczególne przypadki, KE kieruje się przede wszystkim orzeczeniem TSUE w sprawie *Altmark*, o którym będzie mowa poniżej.

Jak już wspomniano, ważne z punktu widzenia zasad pomocy państwa dla mediów publicznych jest orzecznictwo TSUE. Niektóre z niżej zaprezentowanych wyroków zapadły na kanwie stanów faktycznych dotyczących pomocy państwa w innych obszarach niż radiofonia i telewizja, niemniej jednak zasady w nich określone mogą być stosowane *per analogiam* we wszystkich sektorach, podobnie jak definicje pojęć kluczowych w niniejszej pracy. Przykładowo, w wyroku w sprawie *Steinike & Weinlig*[65] Trybunał orzekł, że na pojęcie państwa bądź też źródeł państwowych składają się podmioty publiczne oraz podmioty prywatne ustanowione lub powołane przez państwo w celu administrowania pomocą udzielaną z budżetu państwa. Jednocześnie podkreślił, że aby dany środek finansowy przekazywany przez państwo można było uznać za pomoc publiczną, beneficjent w zamian za jego uzyskanie nie może być zobowiązany do świadczenia wzajemnego. Przy czym warunek ten uznał za spełniony również wtedy, gdy świadczenie wzajemne jest tylko symboliczne.

W wyroku w sprawie *Société Régie Networks przeciwko Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*[66] TSUE stwierdził, że aby opłatę można było uznać za integralny składnik pomocy, niezbędne jest – w świetle znajdujących zastosowanie uregulowań krajowych w zakresie programu pomocy lokalnym stacjom radiowym finansowanego w drodze opłaty parafiskalnej od sprzedaży czasu reklamowego – istnienie nierozerwalnego związku między tą opłatą a pomocą w tym znaczeniu, że dochody uzyskane z opłaty są obowiązkowo przeznaczane na finansowanie pomocy i bezpośrednio wpływają na stopień jej natężenia, a w konsekwencji na ocenę zgodności tej pomocy ze wspólnym rynkiem. W przeciwieństwie do KE, Trybunał stanął na stanowisku, że opłata od sprzedaży czasu reklamowego jest integralnym składnikiem systemu pomocy dla radiofonii i służy jego finansowaniu. Zauważył, że Komisja, dokonując oceny zgodności wyżej wspomnianego francuskiego systemu pomocy z odpowiednimi postanowieniami traktatu, nie uwzględniła sposobu finansowania tej pomocy, pomimo że był on integralną częścią systemu. W związku z tym TSUE stwierdził, że ocena zgodności tego systemu ze wspólnym rynkiem jest błędna, a co za tym idzie – orzekł nieważność spornej decyzji Komisji Wspólnot Europejskich z dnia 10 listopada 1997 roku o niewnoszeniu zastrzeżeń wobec zmiany systemu pomocy na rzecz lokalnych stacji radiowych. Jednocześnie Trybunał zawiesił skutki stwierdzenia nieważności spornej

[65] Wyrok Trybunału z dnia 22 marca 1977 r. w sprawie C-78/76, *Steinike & Weinlig przeciwko république fédérale d'Allemagne*, Zb. Orz. 1977, s. I-00171.

[66] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-333/07, *Société Régie Networks przeciwko Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*, Zb. Orz. 2008, s. I-10807.

decyzji do czasu wydania przez KE nowej decyzji, tak aby umożliwić jej usunięcie niezgodności z prawem. Warto zauważyć, że spod czasowego ograniczenia w zakresie skutków tego wyroku wyłączone zostały te przedsiębiorstwa, które przed datą ogłoszenia wyroku zaskarżyły przed sądem krajowym pobieranie opłaty parafiskalnej od reklamy emitowanej drogą radiową i telewizyjną lub wystąpiły w tym celu z innym równoważnym środkiem prawnym.

W wyroku w sprawach połączonych T-195/01 oraz T-207/01[67], dotyczącym pomocy państwa hiszpańskiego udzielanej w postaci ulgi podatkowej, Trybunał stwierdził, że przy ustaleniu, czy dany środek należy zakwalifikować jako istniejącą pomoc, czy też jako pomoc nową, nie należy kierować się czasem, jaki upłynął od wprowadzenia pierwotnego programu pomocowego, ani też wcześniejszą praktyką administracyjną. W odniesieniu do art. 1 lit. c) rozporządzenia Rady 659/1999, które ma zastosowanie do każdej sektorowej pomocy państwa, Trybunał zauważył, że wszelkie zmiany wpływające na istotę istniejącej pomocy należy uznać za nową pomoc. Nie może jednak być mowy o istotnej zmianie, jeśli nowy element daje się wyraźnie oddzielić od pierwotnego systemu pomocy.

Wśród orzeczeń TSUE na szczególną uwagę zasługuje przełomowy wyrok w sprawie *Altmark*[68], w którym Trybunał sformułował warunki, zgodnie z którymi rekompensata z tytułu świadczenia UOIG nie stanowi pomocy państwa z powodu braku wystąpienia jakiejkolwiek korzyści. Przedmiotowe orzeczenie zapadło w wyniku pytania prejudycjalnego, które powstało w ramach sporu między Altmark Trans GmbH („Altmark") a Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH w związku z udzieleniem temu pierwszemu przez Regierungspräsidium Magdeburg (rząd regionu Magdeburga) licencji na regularne usługi w zakresie przewozów autobusowych na terenie Landkreis Stendal (Niemcy) oraz subwencji publicznych na wykonanie tych usług.

W wyżej wspomnianym wyroku TSUE ustanowił następujące kryteria, których spełnienie powoduje, że rekompensata z tytułu świadczenia UOIG nie jest pomocą państwa[69]:

- istnienie usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym oraz akt powierzenia – przedsiębiorstwo będące beneficjentem powinno być rzeczywiście obciążone wykonaniem zobowiązania polegającego na świadczeniu usług publicznych, a samo zobowiązanie powinno być jasno określone;
- obowiązek wcześniejszego określenia parametrów, na podstawie których obliczana jest rekompensata;
- obowiązek unikania nadwyżki rekompensaty – rekompensata nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych

[67] Wyrok sądu pierwszej instancji (druga izba w składzie powiększonym) z dnia 30 kwietnia 2002 r. w połączonych sprawach T-195/01 oraz T-207/01, *Government of Gibraltar przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2002, s. II-02309.

[68] Zb. Orz. 2003, s. I-07747.

[69] Zob. pkty 87–93 wyroku w sprawie *Altmark*.

w celu wykonania zobowiązania w postaci świadczenia UOIG, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku;

- zasady wyboru usługodawcy – wybór przedsiębiorstwa, któremu zostanie powierzone świadczenie usług publicznych, powinien być dokonany w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, umożliwiającej wybór oferenta zdolnego świadczyć przedmiotowe usługi po najniższym koszcie albo w wyniku porównania kosztów ponoszonych przez przeciętne przedsiębiorstwo, dobrze zarządzane i zaopatrzone w środki niezbędne do świadczenia takich usług.

Przez „rozsądny zysk" KE rozumie taką stopę zwrotu z kapitału, której zażądałoby typowe przedsiębiorstwo, rozważające, czy podjąć się świadczenia danej UOIG w całym okresie powierzenia, przy uwzględnieniu poziomu ryzyka, które zależy od danego sektora, rodzaju usługi i mechanizmu ustalania rekompensaty[70]. Określając wysokość rozsądnego zysku, państwa członkowskie mogą wprowadzić kryteria motywujące, dotyczące głównie jakości świadczonych usług i wydajności, przy czym wzrost wydajności nie może być osiągany kosztem jakości świadczonych usług[71]. Niewątpliwie wyżej sformułowane warunki i kryteria mogą być stosowane *per analogiam* do pomocy państwa udzielanej w sektorze mediów publicznych, zwłaszcza, że wyżej wspomniany wyrok TSUE nie ograniczył możliwości ich zastosowania wyłącznie do świadczenia usług transportowych.

Z kolei w wyroku w sprawach połączonych T-309/04, T-317/04, T-329/04 i T-336/04[72] sąd pierwszej instancji przypomniał o istnieniu dużej swobody państw członkowskich w definiowaniu misji publicznej i podkreślił, że KE ma ograniczone możliwości oceny zasadności takiego, a nie innego zdefiniowania przez dane państwo UOIG, albowiem definicję takiej usługi może podać w wątpliwość wyłącznie w przypadku oczywistego błędu[73]. W powyższej sprawie TV2 i Dania zaskarżyły do TSUE decyzję Komisji z dnia 19 maja 2004 roku, która uznała finansowanie publiczne TV2 w latach 1995–2002 za system pomocy zgodny ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 86 ust. 2 TWE, ale stwierdziła, że doszło do udzielenia nadmiernej rekompensaty, nakazując jej zwrot.

Po rozpoznaniu sprawy sąd pierwszej instancji potwierdził zakres misji TV2 i unieważnił decyzję Komisji nakazującą zwrot pomocy publicznej. Stwierdził, że zaskarżona decyzja dotknięta była wadą niewystarczającego uzasadnienia, wynikającą z naruszenia przez KE ciążącego na niej obowiązku zbadania kwestii mających bezpośrednie znaczenie dla ustalenia istnienia pomocy państwa, uznając nieważność zaskarżonej decyzji bez potrzeby dalszego badania pozostałych

[70] Zob. M. Pęk, op. cit., s. 40.

[71] Dz. Urz. UE C 8 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 13.

[72] Wyrok sądu pierwszej instancji (piąta izba) z dnia 22 października 2008 r. w sprawach połączonych T-309/04, T-317/04, T-329/04 & T-336/04, *TV 2/Danmark A/S i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2008, s. II-02935.

[73] Ibidem, pkt 101.

zarzutów podniesionych w sprawach T-309/04, T-317/04, T-329/04 i T-336/04[74]. Jego zdaniem niewystarczający charakter uzasadnienia decyzji KE znajduje swe potwierdzenie w braku jakiegokolwiek poważnego badania w toku formalnego postępowania wyjaśniającego przyczyny, które legły u podstaw ustalania wysokości środków pochodzących z opłat abonamentowych i przekazywanych TV2. Sąd zauważył, że w decyzji tej KE nie odróżniła wpływów z reklam za okres 1995–1996 od opłaty abonamentowej. Jednocześnie podkreślił, że przyznanego państwom członkowskim uprawnienia do ustalenia szerokiej definicji UOIG, obejmującej także nadawanie programów skierowanych do ogólnego odbiorcy, nie może podważyć okoliczność, że nadawca świadczący usługi publiczne prowadzi również działalność handlową, w szczególności polegającą na sprzedaży przestrzeni reklamowych. Takie podważenie prowadziłoby do uzależnienia samej definicji UOIG od sposobu ich finansowania, „tymczasem usługa świadczona w OIG określana jest *ex hypothesi* przez wzgląd na interes ogólny, któremu służy, a nie na środki, które zapewniają jej świadczenie"[75]. Ponadto, sąd przypomniał, że zakazem objęta jest pomoc państwa, która spełnia cztery przesłanki: ma charakter interwencji państwa lub pomocy przyznanej przy użyciu zasobów państwowych; wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi; przyznaje beneficjentowi korzyść; zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji.

W odniesieniu do zagadnień z zakresu pomocy publicznej dla sektora medialnego należy zauważyć, że projekt polskiej ustawy o składce audiowizualnej wprowadza w miejsce dotychczas obowiązujących opłat abonamentowych tak zwaną składkę audiowizualną, która jest: „zryczałtowaną daniną publiczną ponoszoną, na zasadach określonych w niniejszej ustawie, przez odbiorców końcowych energii elektrycznej w celu finansowania misji publicznej instytucji mediów narodowych"[76]. Według projektodawcy, „skoro projektowana regulacja zastępuje system opłat abonamentowych i kreuje mechanizmy powodujące, że możliwe stanie się uzyskiwanie wpływów zbliżonych do tych, które byłyby osiągane przy konsekwentnym egzekwowaniu obowiązków wynikających z ustawy z 2005 r., nie może być uznana za akt realizujący nową pomoc publiczną w rozumieniu prawa unijnego"[77]. Jednak biorąc pod uwagę decyzje KE oraz orzeczenia TSUE omawiane w niniejszym artykule, zwłaszcza wyrok w sprawach połączonych T-195/01 oraz T-207/01, wydaje się, że planowana składka audiowizualna mogłaby zostać uznana za pomoc nową, a taka wymaga notyfikowania KE.

[74] Ibidem, pkt 234.

[75] Ibidem, pkty 107–108.

[76] *Ustawa z dnia ... o stawce audiowizualnej*, [online] http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-179-2016/$file/8-020-179-2016.pdf [dostęp: 15.05.2016].

[77] Ibidem.

Zakończenie

Prawo UE jedynie w sposób ogólny reguluje kwestie dozwolonej pomocy państwa dla mediów publicznych, natomiast szczegółowe wytyczne powstają *ad casum*, w wyniku kontroli Komisji Europejskiej i pod wpływem orzecznictwa TSUE. Istotne znaczenie dla sektorowych zasad udzielania i kontroli pomocy państwa w obszarze radiofonii i telewizji ma komunikat Komisji z 2009 roku, który zawiera interpretację przepisów prawa unijnego z przedmiotowego obszaru, ugruntowaną w dorobku KE z ostatnich lat i w orzecznictwie TSUE. Pierwszy komunikat KE z 2001 roku pozwolił ujednolicić praktykę interpretacyjną przepisów traktatowych w przedmiotowym sektorze, stając się ważnym punktem odniesienia dla późniejszych decyzji KE dotyczących stosowania przez państwa członkowskie pomocy publicznej w sektorze nadawczym. Późniejsze orzecznictwo TSUE, w szczególności wyrok z 2003 roku w sprawie *Altmark*, doprecyzowało te zasady, odnosząc je do konkretnych przypadków. Także późniejsza praktyka decyzyjna Komisji, odnosząc się do nowych problemów, rozwinęła interpretację zasad wywiedzionych z orzecznictwa Trybunału. Należy zauważyć, że Komisja Europejska odgrywa dosyć dużą rolę w kwestii unijnego prawa pomocy publicznej, albowiem traktaty przyznały jej istotne kompetencje kontrolne i decyzyjne.

Komisja podkreśla przede wszystkim swobodę państw członkowskich w kształtowaniu zakresu misji publicznej, a swoją rolę jako strażnika traktatów ogranicza do sprawdzenia jej pod kątem ewidentnych błędów. Nie jest zadaniem KE ustalanie, czy dany program ma być realizowany i finansowany jako UOIG, ani też kwestionowanie charakteru czy jakości określonego produktu bądź usługi. Definicja misji publicznej byłaby jednak błędna, gdyby obejmowała działania, których nie można zasadnie uznać za zaspokajające demokratyczne, społeczne i kulturalne potrzeby każdego społeczeństwa. Taka sytuacja występuje w przypadku reklamy, telezakupów, handlu elektronicznego czy też konkursów z nagrodami oferowanych przez połączenia telefoniczne o podwyższonej opłacie. Każde państwo członkowskie może swobodnie wybrać system finansowania radiofonii i telewizji publicznej. Może to być finansowanie wyłącznie ze środków publicznych w postaci opłat abonamentowych lub dotacji rządowych bądź też finansowanie zarówno ze środków publicznych, jak i z przychodów z działalności komercyjnej nadawcy. Do Komisji należy jedynie zbadanie, czy konkretne finansowanie nie narusza w niewspółmiernym stopniu konkurencji na wspólnym rynku. Nad prawidłowością i zasadnością decyzji wydawanych przez KE czuwa TSUE.

State Aid to Public Service Media in the Law of the European Union

Abstract

The article discusses the European Union regulations on permitted aid provided to the public media by member states of the European Union (EU) and the practice of their application. The aim of the research is to verify the following thesis: European Union law regulates the permitted state aid to public media only generally, but detailed guidelines are formulated *ad casum*, as a result of the control of the European Commission and according to the case law of the Court of Justice of the European Union. The first part will discuss the EU regulations in this area. The important document for sectoral policies and the provision of State aid control in the area of radio and television is the Commission Communication of 2009 on the application of State aid rules to public service broadcasting (OJ. EU C 257 of 27 October 2009). Then it will be discussed selected judgments of the Court of Justice of the European Union, important for the relevant rules of granting state aid to public media.

Keywords

state aid, public media, media policy of the European Union, the Altmark, *de minimis* aid

Bibliografia

Akty prawne i dokumenty

1. Decyzja Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (notyfikowana jako dokument nr C(2011) 9380) (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz. Urz. UE L 7 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 3.
2. Dyrektywa Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE L 318 z dnia 17 listopada 2006 r., s. 17 (Tekst mający znaczenie dla EOG, wersja skodyfikowana).
3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz. Urz. UE L 95 z dnia 15 kwietnia 2010 r., s. 1.
4. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Unowocześnienie unijnej polityki w dziedzinie pomocy państwa" (Tekst mający znaczenie dla EOG, COM(2012) 209 final).
5. Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz. Urz. UE C 8 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 4.

6. Komunikat Komisji w sprawie stosowania zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej, Dz. Urz. UE C 257 z dnia 27 października 2009 r., s. 1 (Tekst mający znaczenie dla EOG).
7. Komunikat Komisji w sprawie udzielania pomocy państwa dla radiofonii i telewizji publicznej, Dz. Urz. UE C 320 z dnia 15 listopada 2001 r., s. 5 (Tekst mający znaczenie dla EOG).
8. Protokół w sprawie systemu publicznego nadawania w państwach członkowskich, Dz. Urz. UE C 310 z 16 grudnia 2004, s. 372.
9. Rozporządzenie Komisji (UE) nr 360/2012 z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* przyznawanej przedsiębiorstwom wykonującym usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, Dz. Urz. UE L 114 z dnia 26 kwietnia 2012 r., s. 8.
10. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 794/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, Dz. Urz. UE L 140 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 1.
11. Rozporządzenie Rady (WE) Nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, Dz. Urz. UE L 83 z 27 marca 1999 r., s. 1.
12. Rozporządzenie Rady (WE) NR 994/98 z dnia 7 maja 1998 r. dotyczące stosowania art. 92 i 93 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do niektórych kategorii horyzontalnej pomocy państwa, Dz. Urz. UE L 142 z dnia 14 maja 1998 r., s. 1.
13. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012, s. 47.

Publikacje zwarte

1. Dudzik S., *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002.
2. Jaskiernia A., *Polityka medialna Unii Europejskiej jako czynnik kształtowania europejskiego ładu demokratycznego*, [w:] *Strategie rozwoju Unii Europejskiej*, red. J. Adamowski, K. A. Wojtaszczyk, Warszawa 2010.
3. Jaskiernia A., *Polityka Unii Europejskiej w sprawie zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej*, „Studia Medioznawcze" 2010, nr 4.
4. Kosiorowski Z., *Dysjunkcje misji. Media publiczne pomiędzy służbą, rynkiem a polityką*, Szczecin 2008.
5. *Media publiczne. System medialny w Polsce – pytania i dezyderaty*, red. P. Bielawski, A. Ostrowski, Poznań 2011.
6. Nykiel-Mateo A., *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*, Warszawa 2009.
7. Pokrzycka L., *Media i dziennikarstwo w Unii Europejskiej – szanse i zagrożenia. Zarys problematyki*, „Annales UMCS Sectio K Politologia" 2009, XVI, nr 2.
8. *Pomoc państwa. Wybrane zagadnienia*, red. B. Kurcz, Warszawa 2009.
9. Soczek T., *Między misją a komercją. Problemy finansowania mediów publicznych w Polsce*, Bochnia–Warszawa 2007.
10. Stępka P., Woźniak A., *Problem stosowania pomocy publicznej w kontekście działalności nadawców publicznych*, „Analiza Biura KRRiT" 2007, nr 1.

ŹRÓDŁA INTERNETOWE

1. *KE przygląda się finansowaniu TVP i może zażądać zmiany prawa*, [online] http://europarlament.pap.pl/palio/html.run?_Instance=cms_ep.pap.pl&_PageID=1&_menuId=17&_nrDep=27926&_CheckSum=887216730 [dostęp: 15.05.2016].
2. Pęk M., *Pomoc publiczna w obszarze radiofonii i telewizji w prawie Unii Europejskiej*, [online] http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/publikacje/analizy/maj2012_pomoc-publiczna_ue.pdf, s. 1 [dostęp: 20.01.2016].
3. *Pomoc państwa: Komisja zmienia zasady dotyczące finansowania nadawców publicznych przez państwo*, [online] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1072_pl.htm [dostęp: 22.01.2016].
4. *Skarga TVN na TVP: KE interweniowała już w takich sprawach*, [online] http://wiadomosci. gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,4969208.html [dostęp: 15.05.2016].
5. *Ustawa z dnia ... o stawce audiowizualnej*, [online] http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-179-2016/$file/8-020-179-2016.pdf [dostęp: 15.05.2016].

ORZECZNICTWO TSUE

1. Wyrok sądu pierwszej instancji (druga izba w składzie powiększonym) z dnia 30 kwietnia 2002 r. w połączonych sprawach T-195/01 oraz T-207/01, *Government of Gibraltar przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2002, s. II-02309.
2. Wyrok sądu pierwszej instancji (piąta izba) z dnia 22 października 2008 r. w sprawach połączonych T-309/04, T-317/04, T-329/04 & T-336/04, *TV 2/Danmark A/S i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2008, s. II-02935.
3. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 listopada 2011 r. *Komisja Europejska (C-106/09 P) i Królestwo Hiszpanii (C-107/09 P) przeciwko Government of Gibraltar i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, dotychczas nieopublikowany, tekst orzeczenia dostępny na stronie http://curia.europa.eu.
4. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-333/07, *Société Régie Networks przeciwko Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*, Zb. Orz. 2008, s. I-10807.
5. Wyrok Trybunału z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie C-482/99, *Republika Francuska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2002, s. I-04397.
6. Wyrok Trybunału z dnia 22 marca 1977 r. w sprawie C-78/76, *Steinike & Weinlig przeciwko république fédérale d'Allemagne*, Zb. Orz. 1977, s. I-00171.
7. Wyrok Trybunału z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00, *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, przy udziale Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Zb. Orz. 2003, s. I-07747.

Informacje o autorach

Marzena Andrzejewska – doktorantka w Katedrze Postępowania Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikantka adwokacka w Krakowskiej Izbie Adwokackiej. Jej naukowe zainteresowania koncentrują się wokół zagadnień modelu nadzwyczajnych środków zaskarżenia i kontroli odwoławczej oraz implikacji kontradyktoryjności w kontekście rzetelności postępowania karnego.

Maciej Andrzejewski – magister prawa, licencjat prawa kanonicznego, doktorant w Katedrze Postępowania Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz aplikant adwokacki w Krakowskiej Izbie Adwokackiej. Jego naukowe zainteresowania koncentrują się między innymi wokół zagadnień procesowych i materialnoprawnych aspektów wyroku łącznego oraz kształtowania się modelu postępowania przygotowawczego.

Katarzyna Byszek – absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, od 2015 roku doktorantka w Kolegium Ekonomiczno-Społecznym Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie. Główne obszary zainteresowań: polityka zdrowotna, finansowanie opieki zdrowotnej, ekonomia zdrowia, polityka lekowa, systemy opieki zdrowotnej państw Unii Europejskiej, ocena skutków regulacji w ochronie zdrowia. Publikacje: *A New Approach to Regulatory Impact Assessment in Poland* (*Young Public Policy Makers Case Studies: Living out of stereotypes*, ed. D. Klimovsky, Bratislava 2014), współautorstwo rozdziałów w monografii *Analiza skuteczności narzędzi wybranych polityk publicznych* (red. M. Sakowicz, Warszawa 2011).

Agata Cebera – radca prawny, doktorantka w Katedrze Postępowania Administracyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego

Anna Ceglarska – magister prawa, pracę magisterską pt. *Doktryna polityczno-prawna w* Dziejach *Polibiusza* napisała pod kierunkiem prof. dr hab. K. Chojnickiej. Obecnie doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, w Katedrze Historii Doktryn Politycznych i Prawnych. Obszar jej zainteresowań obejmuje filozofię i teorie polityczne starożytności, ze szczególnym uwzględnieniem myśli politycznej twórców nieuznawanych powszechnie za filozofów i polityków, między innymi Homera, Hezjoda, Herodota. Publikacje naukowe: *Polityczny obraz Grecji w świecie Iliady i Odysei* („Jurysta – Magazyn Prawniczy" nr 6/2013); *Polibiusz – zapomniany następca Platona* („Czasopismo Prawno-Historyczne" t. LXV, z. 1); *Historia rozwoju Republiki Rzymskiej według Polibiusza* („Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa", t. 6, nr 2); *Pojęcie sprawiedliwości w twórczości Hezjoda* (*Idee i wartości w języku i kulturze*, red. I. Matusiak-Kempa, A. Naruszewicz-Duchlińska, Olsztyn 2015).

Milena Garwol – mgr prawa, doktorantka w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zainteresowania: szeroko pojęte prawo karne materialne i procesowe, a także karnoprawne aspekty prawa medycznego. W jej dorobku naukowym znajdują się publikacje dotyczące nielegalnie pozyskiwanych dowodów do procesu karnego, środków zabezpieczających i tak zwanego umorzenia kompensacyjnego z art. 59a k.k.

Magdalena Krawczyk – doktorantka w Katedrze Prawa Własności Intelektualnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Zainteresowania badawcze autorki koncentrują się wokół prawa patentowego, prawnych uregulowań transferu technologii oraz ochrony tajemnic handlowych.

Marcin Leszczyński – mgr inż., doktorant w Katedrze Publicystyki Ekonomicznej i Public Relations na Uniwersytecie Ekonomicznym w Poznaniu. Zajmuje się tematyką międzynarodowego *public relations* w perspektywie ekonomii informacji, bada ekonomiczny wymiar postrzegania państw na arenie międzynarodowej. Oprócz działalności naukowej zajmuje się również popularyzowaniem swojej dyscypliny w mediach: jest publicystą „INNPoland" oraz prowadzi portal marcinleszczynski.pl, poświęcony tematyce międzynarodowego *public relations*. Wybrane publikacje: *Jakość życia jako czynnik kształtowania postrzegania państwa w perspektywie położenia geograficznego* (2015), *Ekonomia informacji – czyli dlaczego public relations potrzebuje redefinicji* (2015), *Wizerunek kraju a jego pozycja na arenie międzynarodowej na przykładzie państw Grupy Wyszehradzkiej* (2015), *Innowacyjność gospodarki jako czynnik postrzegania państwa na arenie międzynarodowej* (2015), *Wizerunek i reputacja kraju na arenie międzynarodowej – casus Polski* (2015),

Polska 20. marką świata – czy rzeczywiście jesteśmy silnym brandem? (2015), *Made in... – czy kraj pochodzenia ma znaczenie?* (2016).

Kamil Leśniewski – student IV roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Autor wystąpień dotyczących prawa humanitarnego oraz pracy służb specjalnych, a także publikacji na temat dowodów prywatnych w procesie karnym. Prezes oraz założyciel Koła Prawa Wojskowego i Konfliktów Zbrojnych UJ. Interesuje się kryminalistyką oraz militariami.

Krzysztof Michalak – doktorant w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant w Krakowskiej Izbie Adwokackiej.

Iwona Miedzińska – prawnik, politolog, doktorantka w Instytucie Prawa Międzynarodowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Zainteresowania badawcze: prawo unijne, współpraca sądowa w sprawach cywilnych, system instytucjonalny Unii Europejskiej, polityka zagraniczna i stosunki zewnętrzne Unii Europejskiej, polityka unijna w sektorze transportu kolejowego, prawa człowieka i systemy ich ochrony. Autorka kilkunastu artykułów naukowych z zakresu prawa Unii Europejskiej i integracji europejskiej. Najważniejsze publikacje: *Rola instytucji krajowych w procesach decyzyjnych Unii Europejskiej w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości z perspektywy teoretyczno-metodologicznej* (*Procesy decyzyjne w Unii Europejskiej z perspektywy teoretyczno-metodologicznej*, red. K. A. Wojtaszczyk, I. Miedzińska, K. Ł. Mazurek, Warszawa 2013); *Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – aspekty prawne* (*Wybrane problemy współczesnego prawa międzynarodowego*, red. K. Lankosz, G. Sobol, Kraków 2013); *Judicial cooperation in civil matters in the European Union*, (*The interaction of National Legal Systems: Convergence or Divergence? Conference Papers*, Vilnius 2013).

Piotr Nowak – doktorant na Wydziale Nauk Społecznych Uniwersytetu Wrocławskiego, absolwent prawa, stosunków międzynarodowych oraz dziennikarstwa na Uniwersytecie Wrocławskim. Autor artykułów naukowych poświęconych NATO oraz prawu międzynarodowemu. Uczestnik międzynarodowych i ogólnopolskich konferencji. Główne zainteresowania: stosunki międzynarodowe, prawo międzynarodowe, podróże.

Michał Piech – adwokat, ukończył studia doktoranckie w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor kilkunastu publikacji naukowych, publikowanych w najbardziej

renomowanych czasopismach prawniczych. Jego zainteresowania badawcze skupiają się na problematyce procesu karnego, prawa karnego, praw człowieka i prawa konstytucyjnego.

Khrystyna Potapenko – doktorantka w Katedrze Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Tytuł magistra zdobyła w 2012 roku na Narodowym Uniwersytecie im. Iwana Franki. Zakres zainteresowań: prawno-filozoficzne aspekty korupcji oraz sposoby jej przeciwdziałania, prawo administracyjne, mediacja, prawa cudzoziemców, filozofia prawa, filozofia polityczna. Współpracownik naukowy Instytutu Allerhanda, prezes organizacji pozarządowej Ehrlich European Development Institute oraz fundacji charytatywnej Victims of War in Ukraine. Poetka i tłumacz.

Piotr Staszczyk – doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant w Krakowskiej Izbie Adwokackiej.

Artur Szmigielski – prawnik, europeista, doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego oraz pracownik Departamentu Ochrony Konkurencji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Stypendysta ministra w latach 2014–2015. Interesuje się prawem antymonopolowym oraz prawami podstawowymi Unii Europejskiej.

Michał Walczak – prawnik, socjolog, biotechnolog, inżynier zootechnik, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Przewodniczący Zespołu ds. Innowacyjności w Badaniach oraz członek Komisji Prawnej Towarzystwa Doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zajmuje się prawem własności intelektualnej, prawem gospodarczym, prawem medycznym i farmaceutycznych oraz prawem międzynarodowym. Z uwagi na interdyscyplinarne wykształcenie interesuje się także teorią, filozofią i socjologią prawa oraz szeroko rozumianą ochroną przyrody oraz prawami zwierząt.

Michał Wantoła – absolwent prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorant w Katedrze Prawa Karnego UJ. W 2015 roku obronił pracę magisterską pt. *Bezprawność w prawie karnym i dyscyplinarnym. Zagadnienia węzłowe*, przygotowaną pod kierunkiem prof. UJ dra hab. Włodzimierza Wróbla. Przygotowuje rozprawę doktorską na temat teoretycznych i dogmatycznych podstaw odpowiedzialności karnej za usiłowanie. W roku akademickim 2013/2014 członek Sekcji Prawa Karnego Studenckiej Poradni Prawnej UJ. W kręgu jego zainteresowań naukowych znajdują się zagadnienia z zakresu szeroko rozumianego prawa karnego materialnego i procesowego oraz prawa medycznego. Wybrane publikacje: *Uprawnienia procesowe*

podmiotu z art. 52 k.k. i art. 24 § 5 k.k.s. w kontekście prawa do obrony w postępowaniu karnym („Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2014, z. 4, współautor: Jakub Bojke); *Niezależność orzecznicza sądu lekarskiego oraz jej konsekwencje w sferze obowiązywania zasad domniemania niewinności i ne bis in idem* (*Hipokrates przed sądem. Odpowiedzialność cywilna, karna i dyscyplinarna lekarza*, red. J. Mróz, R. Stężała, R. Strubel, M. Szczepaniak, A. Świerczyna, K. A. Wojdyło, Wrocław 2015); *Norma sankcjonowana w prawie karnym i dyscyplinarnym. Próba analizy porównawczej* („Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2015, nr 1/18).

Aleksander Wróbel – doktorant w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zainteresowania naukowe: prawo karne porównawcze, metodologia prowadzenia badań prawnoporównawczych oraz międzynarodowy arbitraż inwestycyjny. Od 2010 roku pełni funkcję koordynatora Szkoły Prawa Ukraińskiego, działającej w ramach Ośrodka Koordynacyjnego Szkół Praw Obcych Wydziału Prawa i Administracji UJ. Absolwent studiów magisterskich na Uniwersytecie w Uppsali. Stypendysta Haskiej Akademii Prawa Międzynarodowego oraz Instytutu Maksa Plancka we Fryburgu Bryzgowijskim. Pasjonat języków obcych – włada biegle językami: angielskim, szwedzkim, ukraińskim, rosyjskim; zgłębia języki: niemiecki, arabski oraz słowacki.

ZESZYTY NAUKOWE TOWARZYSTWA DOKTORANTÓW UJ
NAUKI SPOŁECZNE

Czasopismo naukowe wydawane od 2010 roku jako półrocznik, a od 2016 roku jako kwartalnik przez Towarzystwo Doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego. W ramach serii społecznej „Zeszytów Naukowych TD UJ" publikowane są teksty z różnych dyscyplin, głównie historii, socjologii, ekonomii i prawa. Na łamach czasopisma publikujemy:

- artykuły naukowe,
- opracowania będące wynikiem badań empirycznych,
- raporty i komunikaty,
- recenzje i omówienia tekstów ważnych dla danej dyscypliny,
- sprawozdania z konferencji, sympozjów, sesji naukowych, warsztatów.

Teksty publikowane na łamach „Zeszytów Naukowych" poddawane są procedurze recenzowania opisanej na stronie internetowej www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/pliki-do-pobrania, ponadto informuje się, że Redakcja zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego prowadzi działania antyghostwritingowe.

Osoby zainteresowane opublikowaniem tekstu w „Zeszytach Naukowych TD UJ" proszone są o nadsyłanie materiałów w języku polskim lub w jednym z języków kongresowych. Do druku przyjmowane są wyłącznie prace oryginalne, wcześniej niepublikowane. Materiały powinny zawierać dodatkowo streszczenia w języku polskim i angielskim, słowa kluczowe w języku polskim i angielskim oraz bibliografię, a także notę o Autorze wraz z afiliacją i adresem mailowym. Redakcja zastrzega sobie prawo do wprowadzania zmian w tekście. Na ostatnim etapie przygotowywania publikacji przewidziana jest także korekta autorska i autoryzacja.

Kontakt z redakcją: spoleczneznuj@gmail.com
Adres redakcji: ul. Czapskich 4/14, 31-110 Kraków