

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Plagiat jako immanentna granica wolności twórczości artystycznej
- Okoliczności usprawiedliwiające publikację danych ze sfery prywatności w prawie polskim
- Alkohol w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
- Zdolność do czynności prawnych a zdolność procesowa
– na wybranych przykładach w sprawach z zakresu prawa osobowego i rodzinnego
- Derogacja zasad konkurencji wobec przedsiębiorstw zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym a zasada proporcjonalności
- Przymusowe małżeństwo jako zbrodnia przeciwko ludzkości w świetle orzecznictwa Specjalnego Trybunału

2(188)
2011

WARSZAWA 2011
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (188) 2011

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2011



KOMITET REDAKCYJNY:

*Andrzej Bierć, Janusz Borkowski, Jerzy Ciemniowski, Władysław Czapliński,
Lech Gardocki, Ewa Łętowska, Małgorzata Król-Bogomilska,
Maria Kruk-Jarosz, Maria Matey-Tyrowicz, Joanna Mucha, Jan Skupiński,
Tadeusz Smoczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel*

Redakcja:

*Andrzej Bierć – reaktor naczelny
Tadeusz Smoczyński – z-ca red. naczelnego
Joanna Mucha – sekretarz Redakcji*

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN
ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Wydawnictwo Tekst sp. z o.o.
ul. Kossaka 72, 85-307 Bydgoszcz
tel./fax 52 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr iur. Mateusz Maria Bieczyński

Wykładowca prawa autorskiego na Uniwersytecie Artystycznym w Poznaniu

PLAGIAT JAKO IMMANENTNA GRANICA WOLNOŚCI TWÓRCZOŚCI ARTYSTYCZNEJ	7
I. Wprowadzenie	7
II. Przestępstwo plagiatu	10
1. Definicja pojęcia	10
2. Forma plagiatu	13
3. Przedmiot ochrony przed plagiatem	14
4. Status utworu jako warunek ochrony	16
5. Elementy dzieła sztuk wizualnych podlegające ochronie przed plagiatem	18
2. Plagiat a sztuka ludowa i folklor	31
3. Plagiat a formy dozwolonego użytku	38
III. Plagiat a cytaty	39
2. Plagiat a dzieło inspirowane (parodia i pastisz)	46
3. Plagiat a dzieło zależne (przeniesienie na inną technikę artystyczną)	50
4. Przyczyny zbieżności dwóch dzieł	53
IV. Wnioski	55
„PLAGIARISM AS AN IMMANENT LIMIT OF ARTISTIC FREEDOM“ PRESENTS THE MAIN PROBLEMS OF COPYRIGHTS RELATION TO THE CONTEMPORARY ARTS	57

dr Krystyna Święcka

Adiunkt na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

OKOLICZNOŚCI USPRAWIEDLIWIAJĄCE PUBLIKACJĘ DANYCH ZE SFERY PRYWATNOŚCI W PRAWIE POLSKIM	59
1. Wstęp	59
2. Pojęcie prywatności	61
3. Zgoda uprawnionego dotycząca rozpowszechniania wiadomości ze sfery prywatności	70
4. Prawo do publikacji informacji związanych bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby	75
5. Uwagi końcowe	84
RIGHT TO PUBLICATION OF INFORMATION ABOUT THE SPHERE OF PRIVACY IN POLISH LAW	86

mgr Maciej Tauber

Doktorant w Centrum Europejskim Uniwersytetu Warszawskiego

ALKOHOL W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ	89
1. Wprowadzenie.....	89
2. Swoboda przepływu towarów.....	90
3. Dyskryminacja podatkowa.....	111
4. Zakończenie	131
ALCOHOL IN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE CASE LAW	133

dr Joanna Bodio

Adiunkt w Katedrze Postępowania Cywilnego i Międzynarodowego Prawa Handlowego

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Marii Curie - Skłodowskiej w Lublinie

ZDOLNOŚĆ DO CZYNNOŚCI PRAWNYCH A ZDOLNOŚĆ PROCESOWA – NA WYBRANYCH PRZYKŁADACH W SPRAWACH Z ZAKRESU PRAWA OSOBOWEGO I RODZINNEGO.....	135
1. Zdolność procesowa rodziców dziecka w niektórych sprawach ze stosunku między rodzicami a dziećmi– art. 453 ¹ k.p.c.	145
2. Zdolność procesowa ubezwłasnowolnionego	146
3. Zdolność procesowa małoletniego w sprawach rodzinnych i opiekuńczych – art. 573 k.p.c.....	153
Podsumowanie	155
CONTRACTUAL CAPACITY VS. CAPACITY TO SUE OR BE SUE EXEMPLIFIED ON CASES OF PERSONAL AND FAMILY LAW	157

mgr Jakub Kociubiński

Doktorant w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Uniwersytetu Wrocławskiego

DEROGACJA ZASAD KONKURENCJI WOBEC PRZEDSIĘBIORSTW ZOBOWIĄZANYCH DO ŚWIADCZENIA USŁUG W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM A ZASADA PROPORCJONALNOŚCI ...	159
Zasada proporcjonalności w prawie UE	162
Test proporcjonalności	163
Restrykcyjna wykładnia art. 106 ust. 2 TFUE	164
Orzeczenie Corbeau – początek elastycznej wykładni art. 106 ust. 2 TFUE	165
Orzeczenie Almelo – ewolucja elastycznej wykładni art. 106 ust. 2 TFUE	169
Ciężar udowodnienia konieczności skorzystania z derogacji w trybie art. 106 ust. 2 TFUE	171
Ekonomiczne przesłanki wyłączenia z art. 106 ust. 2 TFUE	174
Uwagi końcowe – brak jednolitej wykładni.....	175
DEROGATION OF COMPETITION RULES FOR UNDERTAKINGS ENTRUSTED WITH THE OPERATION OF SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY.....	176

mgr Anita Ptaszyńska

Radca prawny, doktorantka w Instytucie Nauk Prawnych PAN

PRZYMUSOWE MAŁŻEŃSTWO JAKO ZBRODNIA PRZECIWKO LUDZKOŚCI W ŚWIELE ORZECZNICTWA SPECJALNEGO TRYBUNAŁU DLA SIERRA LEONE.....	178
Przymusowe małżeństwo a umowy międzynarodowe i dotychczasowe orzecznictwo trybunałów międzynarodowych	179
Akt oskarżenia i stanowisko obrony w sprawie AFRC.....	181
Postępowanie sądowe i wyrok Izby Procesowej Trybunału w sprawie AFRC	183
Zarzuty stawiane wyrokowi Izby Procesowej.....	188
Wyrok Izby Apelacyjnej Trybunał w sprawie AFRC oraz zarzuty stawiane temu wyrokowi.....	193
Przymusowe małżeństwo w sprawie RUF	196
Podsumowanie i wnioski	197
FORCED MARRIAGE AS A CRIME AGAINST HUMANITY UNDER THE JURISPRUDENCE OF THE SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE	200
Informacje dla autorów	201

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(188) 2011
Warszawa 2011

Mateusz Maria Bieczyński ■

PLAGIAT JAKO IMMANENTNA GRANICA WOLNOŚCI TWÓRCZOŚCI ARTYSTYCZNEJ

I. Wprowadzenie

Platońska teoria *mimesis* przez długi czas wyznaczała paradygmat myślenia o funkcji sztuki, za którą uważano odwzorowywanie otaczającego świata¹. Stosunkowo wcześniej jednak, bo już w czasach starożytnego Rzymu „*sztuka zaczęła naśladować samą siebie*”², a dzieła mistrzowskie admiirowano przez sporządzanie ich kopii³. Naśladowanie starożytności w sztukach plastycznych, charakterystyczne dla renesansu, utwierdzone zostało w drugiej połowie XVII wieku przez system akademickiej edukacji, wedle którego podstawą kształcenia było

¹ Zjawisko naśladownictwa jest znamienne dla sztuki i było przedmiotem badań wielu historyków sztuki, teoretyków estetyki i filozofii. Najbardziej doniosłe jest jednak platońskie porównanie malowidła z obrazem świata odbitym w lustrze. Alberti rozwinął tę teorię, wysuwając postulat takiego przedstawiania, jakby widz był naocznym świadkiem przedstawionych zdarzeń. Renesansowy teoretyk sztuki przyrównał na tej postawie ramę obrazu do okna przez które widz ogląda świat.

² Edukacja artystyczna opierała się na nauce rozwiązań należących do kanonu, czyli ogólnych wytycznych dotyczących sposobów obrazowania.

³ W starożytnym Rzymie sporządzano kopie znanych dzieł greckich – rzeźb i malowideł – które seryjnie reprodukowane były nabywane i wystawiane w domach zamożnych i wykształconych ludzi. Jak zauważa E. Gombrich, *seryjny wyrób reprodukcji na sprzedaż implikuje [...] taką funkcję obrazu, o jakiej świat przedgrecki zgoła nie miał pojęcia. Wartość obrazu uniezależnia się od praktycznego celu, dla którego został pomyślany; jest godny podziwu i zachwyty wyłącznie ze względu na swą urodę i rozgłos, a więc po prostu ze względu na artyzm* [E. Gombrich: *op. cit.*, s. 142].

kopiowanie dzieł dawnych mistrzów (twórców renesansowych)⁴, stosowane przez nich sposoby obrazowania traktowano bowiem jako najlepsze z możliwych rozwiązań problemów artystycznych⁵. Jeszcze w pierwszej połowie XIX wieku nowatorstwo polegało na umiejętności adaptacji wcześniejszych form do nowych tematów. Aby osiągnąć mistrzostwo należało zgłębić tajniki konwencji przedstawieniowych. Sytuacja ta zmieniła się radykalnie wraz z powstaniem pierwszych dzieł impresjonistycznych⁶. Prymat nowego stylu oraz kontrowersje wynikające z jego odmienności uwolniły uśpiony potencjał twórczy, czego wynikiem było powstanie różnorodnych grup artystycznych, w liczbie nie mającej precedensu w historii sztuki, forsujących nowe sposoby obrazowania⁷. Każdy kolejny kierunek artystyczny dążył do przełamania *decorum* tematycznego i formalnego. Forsowano oryginalność, jednak równolegle następujące nakierowanie dyskursu sztuki na samą siebie⁸ prowadziło do wykształcenia swoistego metajęzyka w jej obrębie. Artyści coraz częściej odwoływali się do twórczości swoich poprzedników w sposób o wiele bardziej bezpośredni niż miało to miejsce dotychczas. Tendencję tą utwierdziło wynalezienie i rozwój medium fotograficznego, które dawało nieograniczone możliwości rejestracji, repetycji i przetwarzania dawnych obrazów w nowe (np. kolaż czy fotomontaż). W ten sposób wiek XX, wraz z upowszechnieniem fotografii rozpoczął *erę reprodukcji*, co prowadziło do problematyzowania relacji oryginał-kopia oraz zakwestionowania przez nauki humanistyczne uprzywilejowanego statusu dzieła oryginalnego⁹. Jest tak również

⁴ Jak zauważa E. Gombrich *podkreślanie trwałości konwencji, roli wzorów i stereotypów w sztuce może spotkać się ze sceptycyzmem osób, które z tymi zagadnieniami nie pracowały* [Ibid., s. 31] tymczasem takie powielanie jest dla sztuki symptomatyczne. W *Akademiiach starannie stopniowano kursy – od kopiowania rycin do rysowania dzieł antycznych – [...] po wielu latach pozwalano artysty zmierzyć się z rzeczywistym motywem* [Ibid., s. 157].

⁵ Por.: Ibid., s. 335.

⁶ Tradycyjnie jako moment przełomowy traktuje się rok 1863, kiedy to Eduard Manet namalował w nowym stylu *Śniadanie na trawie*.

⁷ Zob. m.in. lit.: M. Porębski: *Dzieje sztuki w zarysie. Wiek XIX i XX*, Warszawa 1988; T. Richardson, N. Stangos (red.): *Kierunki i tendencje sztuki nowoczesnej*, Warszawa 1980; I.F. Walther (red.): *Art of the 20th Century*, Köln (Kolonja) 2005.

⁸ Sztuka stawała się autotematyczna, gdyż artyści sami komentowali zmiany zachodzące w sztuce w sposób artystyczny.

⁹ Na polu kulturoznawstwa oraz historii sztuki zaczęto zadawać pytanie o status dzieła i jego kopii. Z jednej strony wskazywano na demokratyzację sztuki, która dzięki możliwości jej reprodukowania stała się powszechnie dostępnym dobrem, z drugiej jednak zauważano, że powielanie prowadzi do utraty przez oryginał jego *aury* – aury wyjątkowości. Już w roku 1936 W. Benjamin w słynnym esej *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit* [zob.: W. Benjamin: *Dzieło sztuki w dobie reprodukcji technicznej*. [w:] *Tenże: Twórca jako wytwórca.*, Poznań 1975, s. 79].

współcześnie, gdy możliwość nieskończonego powielania w technologii cyfrowej skutkuje zwielokrotnieniem możliwych kanałów odbioru wszelkich treści, tak, że znaczenie dzieła oraz jego społeczna, kulturowa i ekonomiczna recepcja nie są konsekwencją jego reprezentacji przez oryginał, ale również przez każdą z kolejnych kopii. Łatwa dostępność dzieł innych twórców czyni doniosłym problem podobieństwa dzieł, ponieważ *artysta tworzący dzieło może w większym niż uprzednio stopniu pozostawać pod wpływem cudzej twórczości*¹⁰. Możliwość percepcji prawie każdego wytworu w jego zreprodukowanej postaci wyznacza paradygmat postrzegania obrazów jako łatwo dostępnego dobra, skutkując zacieraniem się w społecznym dyskursie różnic pomiędzy „prywatnym używaniem” i „publiczną eksploatacją”, jak również kwestionowaniem samych praw autorskich.

Cytat i wszelkiego rodzaju przetworzenia dzieł innych artystów stały się podstawową strategią twórców sztuki XX wieku i najnowszej również w obrębie technik tradycyjnych, jak malarstwo czy grafika. Jednocześnie jednak nie brakuje w historii sztuki oskarżeń kierowanych przez jednych artystów pod adresem innych o plagiat, fałszerstwo, przywłaszczenie pomysłu, naśladownictwo. Prawodawca, wychodząc naprzeciw zgłaszanym roszczeniom poszkodowanych twórców, nieuchronnie przyczynia się do ograniczenia swobody twórczej, limitując prawne sposoby eksploatacji utworów znajdujących się pod ochroną prawną-autorską. Taki mechanizm wzajemnego powiązania zakresu przyznanej ochrony z zakresem swobody twórczej wymusza poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, które długo nie stanowiło przedmiotu zainteresowania prawa: w jakim zakresie osobiste prawa autorskie jednego twórcy są granicą swobody twórczości artystycznej innych twórców? Z punktu widzenia problematyki omawianej w niniejszym opracowaniu w pierwszej kolejności przedmiotem zainteresowania będą przepisy prawa karnego autorskiego. Tematyka tak rozumianych ograniczeń będzie potraktowana szeroko, ponieważ dokładne wyjaśnienie wskazanych zagadnień wymaga porównania różnych przewidzianych prawem sposobów eksploatacji cudzej twórczości.

¹⁰ A. Jędrzejewska: *Odpowiedzialność za naruszenie autorskich praw majątkowych i osobistych przez popełnienie plagiatu*, ZN UJ PWiOWI z. 44/1987, s. 109.

II. Przestępstwo plagiatu

1. definicja pojęcia

Pojęcie *plagiatu*¹¹ nie zostało zdefiniowane przez polskiego prawodawcę¹². Brak definicji legalnej tego pojęcia nakazuje odwołać się do definicji słownikowej. Według *Słownika Wyrazów Obcych PWN* plagiat oznacza „*przywłaszczenie cudzego pomysłu twórczego, wydanie cudzego utworu pod własnym nazwiskiem lub dosłowne zapożyczenie z cudzego dzieła opublikowane jako oryginalne i własne; także taki przywłaszczony pomysł, wydany utwór lub zapożyczenie*”¹³. Przytoczona definicja słownikowa utożsamia analizowane pojęcie z wszystkimi przejawami zawłaszczenia wytworów cudzej działalności, zarówno w postaci skonkretyzowanej (utrwalonej za pomocą nośnika), jak również nieskonkretyzowanej (idealnej). Wskazana charakterystyka czynu znajduje częściowe odzwierciedlenie w normatywnej regulacji art. 115 § 1 pr. aut., który określa znamiona tzw. *kradzieży intelektualnej*¹⁴. Zgodnie z jego brzmieniem, niezgodne z prawem jest

¹¹ Słowo *plagiat* wywodzi się od łacińskiego słowa *plagiatus* („skradziony”), mającego swe źródło w *plagium* („porwanie”, „kradzież”). W piśmiennictwie prawniczym utrwalila się geneza etymologiczna tego słowa, które po raz pierwszy w kontekście przywłaszczenia cudzego utworu użył rzymski poeta Marcial (Marcjalis). W jednym ze swoich epigramów porównał on powtarzane, bezprawne zniewolenie wyzwolenca dokonane przez handlarza niewolników (*plagiarius*) do procedury nielegalnego przywłaszczenia dzieła innego autora. Stąd tradycyjnie plagiat odnoszono do dzieła literackiego. W starożytności plagiat nigdy jednak nie stał się pojęciem prawnym, a sankcje za jego popełnienie były jedynie natury moralnej (tzw. sankcja rozsiana). W piśmiennictwie prawniczym po raz pierwszy pojawiło się w ustawodawstwie francuskim (1762 r.).

¹² *Plagiat* zawsze pozostawał pojęciem pozaustawowym - nie występował w żadnej z dotychczasowych ustaw autorskich w polskim porządku prawnym. Brak go zarówno w ustawie z 1952, jak również obecnie obowiązującej regulacji z 1994 roku. Nie jest pojęciem ustawowym również w niemieckim porządku prawnym i w innych ustawodawstwach europejskich.

¹³ M. Bańko: *Wielki słownik wyrazów obcych PWN*, hasło: *Plagiat*, Warszawa 2005, s. 981.

¹⁴ Pojęcie *kradzieży intelektualnej* nie jest do końca precyzyjne dla określenia przepisu art. 115 § 1 pr. aut. bowiem podstawowym znamieniem wskazanego tam przestępstwa jest *przywłaszczenie*, które zgodnie z ogólną terminologią prawa karnego różni się od *kradzieży* brakiem elementu zaboru rzeczy, która znajduje się w posiadaniu sprawcy, przy czym sposób wejścia przez sprawcę w jej posiadanie jest obojętny dla bytu przestępstwa. [...] *Przywłaszczenie polega na uzurpowaniu sobie własności, tj. na zamiarze postąpienia z rzeczą tak, jak by się było jej właścicielem (animus rem sibi habendi). [...] Istota tkwi w stronie podmiotowej, tj. w zamiarze postąpienia z rzeczą jak własną bez żadnego tytułu prawnego* [A. Marek: *op.cit.*, s. 538-539]. Plagiat określa się czasem zjawiskową postacią deliktu [E. Wojnicka: *Ochrona autorskich...*, s. 133-137]. Sformułowanie jest o tyle słuszne,

zarówno przywłaszczenie sobie autorstwa, jak również wprowadzenie w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania. Przepis ten, choć zawiera tożsame z definicją słownikową określenie czynu (*przywłaszczenie*), wykazuje jednak istotną odmienność w charakterystyce zagrożonego dobra, ograniczając się jedynie do tych przypadków, gdy przedmiotem zawłaszczenia jest utwór w rozumieniu art. 1 § 1 pr.aut., czyli „każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”. Wpływa stąd wniosek, przy istotnej zbieżności słownikowej i ustawowej charakterystyki plagiatu, zakres znaczeniowy tego pojęcia w jego potocznym rozumieniu jest szerszy niż jego konstrukcja normatywna.

Definicja słownikowa określa mianem plagiatu zarówno działanie plagiatora jak również jego wytwór (rezultat tego działania)¹⁵. Takie podwójne rozumienie tego pojęcia przyjęło się również w orzecznictwie sądowym¹⁶ na podstawie art. 115 § 1 pr. aut. Dodatkową przesłanką utożsamienia wskazanego przepisu z plagiatem jest teza wyroku Sądu Najwyższego, który uznał, że „przeniesienie do utworu treści lub wyjątków z cudzego dzieła bez wyraźnego podania źródeł

o ile pojęcie *delikt* rozumieć będziemy w znaczeniu karno-prawnym, czyli jako synonim każdego czynu niedozwolonego, w tym wypadku zaś występkę, nie zaś cywilno-prawnym, czyli jako zobowiązanie wynikające z czynu niedozwolonego. Słusznie wskazuje A. Jędrzejewska, że *plagiat jest bardziej pojęciem prawa karnego niż cywilnego, co powoduje, że nie bardzo przystaje do odpowiedzialności cywilnej według przepisów ustawy o prawie autorskim* [A. Jędrzejewska: *op.cit.*, s. 111], błędnie jednak rozumie jego istotę, w stwierdzeniu: *jako pewnego rodzaju kradzież jest plagiat [...] pojęciem [...] prawa karnego*. Stąd używając utrwalonej w doktrynie nazwy *kradzież intelektualna* nie można zapominać o dodaniu „*tw.*”. Naruszenie autorstwa jest bowiem deliktem cywilnym jedynie na podstawie art. 78 pr.aut.

¹⁵ Takie utożsamienie wynika zapewne stąd, że oba znaczenia przypisywane plagiatowi odnoszą się w istocie do jednego procederu. Wydaje się jednak, że takie ujęcie nie jest słuszne z językowego punktu widzenia, ponieważ pojęcie plagiat, odnoszące się do materialnego nośnika powinno być kojarzone z wytworem. Przy określaniu działania słuszniejsze byłoby użycie sformułowania: *popętnia plagiat* lub *dokonuje plagiatu*. W języku potocznym pojawia się często obrazowa czasownikowa forma odrzeczownikowa: *plagiatuje*, wydaje się jednak, że stanowi ona nie do końca udatny neologizm.

¹⁶ Por.: E. Wojnicka: *op.cit.*, s. 124; Autorka wyróżnia 3 znaczenia plagiatu stosowane w orzecznictwie i piśmiennictwie prawniczym: 1) *cała praca zawierająca zapożyczenia niedozwolone w świetle prawa, której autor zataił ich źródło i twórcę*, 2) *przejęty bezprawnie fragment dzieła innego twórcy, do którego sprawca naruszenia uzurpuje sobie autorstwo*, 3) *działalność plagiatora*. Rozróżnienie wskazane w pkt. 1 i 2 wynikają z odróżnienia znamienia ilościowego, co przesądza, że mamy do czynienia jedynie z dwoma wariantami jednego rozumienia. Aby ten problem rozwiązać wystarczy mieć na uwadze różnicę między *plagiatem zupełnym* i *plagiatem częściowym*, a co za tym idzie ograniczenia znaczenia tego pojęcia jedynie do „przywłaszczonej” części.

zapożyczenia jest plagiatem i narusza autorskie dobra osobiste”¹⁷. Istotne jest jednak określenie stosunku pojęcia *plagiatu* do pojęcia *kradzieży intelektualnej*. Zakres ustawowej regulacji wydaje się bowiem szerszy o znamiona wskazane w drugim członie omawianego przepisu (następnik alternatywy), charakteryzującym „wprowadzenie w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu lub artystycznego wykonania”. Utożsamienie treści art. 115 § 1 pr. aut. z plagiatem wymagałoby bowiem dokonania rozróżnienia na *plagiat jawny* (oczywisty), *plagiat ukryty*¹⁸ (jako klasyczne formy występkę) oraz *plagiat pośredni* (jako konstrukcję uzupełniającą). Według tego rozróżnienia *plagiat jawny* obejmuje wszelkie dzieła, w których wprowadzono w obręb własnego utworu całość (*plagiat zupełny*) lub fragment(y) (*plagiat częściowy*) cudzego utworu z zatajeniem informacji dotyczących takiego zapożyczenia¹⁹. *Plagiat ukryty* jest wynikiem istotnej przeróbki utworu pierwotnego bez wskazania źródła inspiracji, a przy zachowaniu narzucającego się podobieństwa. Odnosi się on do dosłownych zapożyczeń (*kopiowanie*) w zmienionym układzie, ale również istotnych zmian, przy zachowaniu tej samej treści i konstrukcji wywodu (np. przejęcie oryginalnej narracji, następstwa argumentów, doboru przykładów lub rozwoju fabuły). W praktyce ta forma plagiatu jest najtrudniejsza do wykrycia, ponieważ elementy przejęte mieszają się z wkładem własnym plagiatora. Wreszcie *plagiat pośredni* polegałby na przypisaniu przez osobę trzecią dzieła komuś innemu niż jego faktyczny twórca (*wprowadzenie w błąd co do autorstwa*)²⁰. Zasadność takiego szerokiego rozumie-

¹⁷ Wyrok z dnia 15 czerwca 1989 r. Sąd Najwyższy III CRN 139/89. Orzeczenie pochodzi z czasów obowiązywania poprzedniej ustawy o prawie autorskim z 1952 roku. Ponieważ jednak regulacja art. 59 §1 odpowiada regulacji art. 115 § 1, gdzie została dodatkowo rozszerzona przyjmując, że wykładnia sądowa wskazanych przepisów odpowiada również obecnie obowiązującemu stanowi prawnemu.

¹⁸ Te dwa rodzaje plagiatu zostały wyróżnione również w orzecznictwie: Wyrok z dnia 20 maja 1983 r. Sąd Najwyższy I CR 92/83: Zdaniem Sądu Najwyższego zarzut jest prawdziwy nie tylko w przypadku plagiatu jawnego, ale także ukrytego (przeróbka cudzego utworu podawana za utwór własny) lub częściowego (wykorzystanie tylko niektórych części partii utworu cudzego).

¹⁹ Por.: M. Mozgawa, R. Radoniewicz: *Przepisy karne w prawie autorskim. Zagadnienia teorii i praktyki*, Prokuratura i Prawo 1997/7-8, s. 7-27; autorzy przyjmują, że *plagiat jawny* polega na przejęciu cudzego utworu w całości lub znacznej jego części w jego niezmienionej postaci lub z tylko minimalnymi zmianami, zaś *plagiat ukryty* wyraża się w reprodukcji cudzego utworu w istotnych elementach jego treści, lecz w postaci mniej lub bardziej przekształconej.

²⁰ W doktrynie na ogół *wprowadzenie w błąd co do autorstwa* traktowane jest rozdzielnie z klasyczną formą plagiatu. Na ewentualne zbieżności wskazuje się wówczas, gdy dochodzi do zmywu tego, komu autorstwo cudzego dzieła jest przypisywane z tym, kto tego przypisania faktycznie dokonuje [tak na ten temat J. Barta: *Plagiat muzyczny*, ZN UJ PWiOWI z. 17/1978, s. 60]. Zamach na to samo dobro czyni w istocie spór jedynie formal-

nia plagiatu wynika z ujęcia wskazanych przejawów *przywłaszczenia autorstwa* w jednym przepisie. We wszystkich przypadkach elementem decydującym jest tzw. *kradzież intelektualna*, polegająca na faktycznym przerwaniu więzi między autorem i jego dziełem, poprzez przypisanie tego dzieła komuś innemu. Pojęcie *plagiatu* w szerokim rozumieniu odnosiłoby się więc do wszystkich zachowań, które mają na celu oddzielenie dzieła od jego autora.

1. Forma plagiatu

Dla popełnienia plagiatu niezbędne jest przypisanie sprawcy winy umyślnej. W piśmiennictwie prawniczym sporne jest czy plagiat może być popełniony również z winy nieumyślnej²¹. W doktrynie znaleźć można pogląd, że „z punktu

nym, gdyż w obu przypadkach chodzi o formy tzw. *kradzieży intelektualnej*. Trzeba jednak podkreślić, że plagiator często musi uzyskać pomoc innych osób w przekazywaniu informacji o swoim autorstwie. Jak zauważa E. Wojnicka *o winie umyślnej plagiatora świadczy stworzenie pozoru autorstwa [...] Ten pozór może być wywołany przede wszystkim przez sposób prezentacji przejętego materiału oraz zawarte w utworze bądź towarzyszące rozpowszechnianiu informacje co do autorstwa. Z plagiatem mamy do czynienia wówczas, jeżeli wszystkie te czynniki łącznie są w stanie wywołać u odbiorców przeświadczenie, że twórcą jest osoba, której nazwisko „w tym charakterze uwidocznił na egzemplarzach utworu lub której autorstwo podano do publicznej wiadomości w związku z rozpowszechnianiem utworu” (art. 8 § 2 pr. aut.) - tzw. domniemanie autorstwa. Jak wynika z powyższego logicznym jest uznanie wprowadzenia w błąd co do autorstwa za jedną z form zjawiskowych przestępstwa tzw. *kradzieży intelektualnej* i ze względu na podobieństwo do drugiej z form będących przedmiotem regulacji jednego przepisu (art. 115 § 1 pr. aut.) jego rozumienie jako *plagiatu pośredniego*. Pojęcie *plagiatu pośredniego* było już wprawdzie używane przez Z. Bidzińskiego i J. Serdę [zob.: *Ochrona praw autorskich w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, ZN UJ PWiOWI z.17/1978, s. 15] oraz M. Szacińskiego [zob.: *Treść i ochrona praw autorskich*, NP 1977, nr 4, s. 477] w nieco innym znaczeniu. Autorzy ci określali tym mianem inne niż *plagiat jawny* i *plagiat ukryty* formy nieujawnienia lub fałszywego ujawnienia autorstwa wykorzystanych prac. Taki pogląd jest jednak niesłuszny we wszystkich tych przypadkach naruszeń gdy nie mamy elementu *przywłaszczenia* lub *przewłaszczenia*.*

²¹ Zob.: J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie*, Warszawa 2008, s. 73: Autorzy są zdania, że *plagiat, jako jeden z przejawów naruszenia autorskich praw osobistych, stwierdza się przy istnieniu winy umyślnej lub nieumyślnej oraz także przy jej braku po stronie naruszającego. Zawinienie ma znaczenie przy formułowaniu ocen etycznych, ze względu na zakres roszczeń twórcy oraz ze względu na odpowiedzialność karną. Wydaje się jednak, że przyjęcie takiego rozwiązania może prowadzić do okrycia autora dzieła naśladowącego złą sławą, nawet jeżeli nie zostanie stwierdzona jego wina. Przeciwnego zdania są Z. Bidziński i J. Serda, którzy uzależniają stwierdzenie plagiatu od winy umyślnej plagiatora (Z. Bidziński, J. Serda: *op.cit.*, s. 15). Oczywiście konieczność winy umyślnej przy orzeczeniu plagiatu stwierdziła E. Wojnicka. Według autorki wina ma znaczenie dla kwalifikacji zachowania jako przestępstwa i wymiaru kary, nie jest natomiast potrzebna dla stwier-*

widzenia prawa autorskiego pojęcie plagiatu można rozciągnąć także na przypadki nieumyślnego dokonania zapożyczeń”²². Taki punkt widzenia wynika jednak z cywilistycznego traktowania kradzieży intelektualnej. Przywłaszczenie autorstwa jest występkiem, co sugeruje prawną kwalifikację czynu na podstawie zamiaru bezpośredniego (*dolus directus*) w drodze działania (wykluczone jest popełnienie plagiatu z zaniechania). W praktyce przyjmuje się na ogół, że o popełnieniu plagiatu decydują kryteria obiektywnego (tzn. zewnętrznego) podobieństwa dwóch dzieł²³. Trudno jest bowiem w inny sposób wykazać zamiar bezpośredni, gdyż domniemywany plagiator na ogół zasłania się nieświadomością bezprawności dokonanego przejęcia cudzego dzieła (bądź jego fragmentu). Plagiat jest szczególną postacią przywłaszczenia określonego w art. 284 § 1 k.k., z czego wynika, że można zostać popełniony wyłącznie z winy umyślnej, stąd za A. Szewcem można przyjąć, że „plagiat zostaje dokonany z chwilą, gdy plagiator osiągnie cel swojego działania, tj. gdy wiadomość o rzekomym autorstwie dotrze do ogółu (do publiczności)”²⁴.

2. Przedmiot ochrony przed plagiatem

Przedmiotem ochrony art. 115 § 1 pr. aut. jest *prawo do autorstwa* lub po prostu samo *autorstwo utworu*²⁵. Jego naruszenie jest w istocie najsilniejszą inge-

denia naruszenia. Jej zdaniem jedynie zawinione naruszenie można nazwać plagiatem (por.: E. Wojnicka: *Ochrona autorskich...*, s. 136-137). Takie ujęcie problemu wydaje się słuszne z dwóch powodów. Po pierwsze chroni twórcę, któremu nie udowodniono winy przed dyskredytującym go zarzutem popełnienia plagiatu, po drugie pozwala na jednoznaczne odróżnienie plagiatu od innych rodzajów naruszeń (np. błędnego oznaczenia utworu).

²² J. Barta: *op.cit.*, s. 63.

²³ Przykładem może być uzasadnienie wyroku SN z 11 stycznia 1979 (I CR 393/78), w którym poczyniono następujące ustalenia przy określaniu podobieństwa pomiędzy dwoma rzeźbami: *jest niemożliwe, aby obie figurki mogły powstać od siebie niezależnie. Wspólną cechą obu rzeźb jest temat, pomysł i kompozycja rzeźbiarska. Tematem jest tu postać małego powstańca z karabinem maszynowym, pomysłem – ujęcie karabinu, hełm na głowie i pozostałe akcesoria, np. buty. Natomiast kompozycja jest to specyficzny układ, zespolenie tych wszystkich cech, które składają się na dany utwór, nie są przypadkowe, nie mogły powstać niezależnie. Wynika z tego, że jedna rzeźba musi pochodzić od drugiej.*

²⁴ Por.: A. Szewc: *Plagiat*, Monitor Prawniczy nr. 2 (43)/1996, s. 43-46.

²⁵ Prawo do autorstwa dzieła jest nieraz określane jako prawo do ojcostwa intelektualnego (*paternite*). W doktrynie niemieckiej, pod pojęciem plagiatu rozumie się współcześnie duchową kradzież czyjegoś dobra i wydanie go (upublicznienie) pod swoim nazwiskiem. „Plagiat zafałszowuje autorstwo poprzez naruszenie chronionych prawem autorskim praw osobistych prawdziwego autora danego dzieła. Ten jest więc plagiatozem, kto

rencją w związek autora z dziełem²⁶. Wszystkie ze wskazanych form plagiatu są nakierowane na przerwanie tej więzi, co stanowi poważne zagrożenie nie tylko interesów osobistych twórcy, ale również bezpieczeństwa obrotu prawnego²⁷.

Plagiat ma charakter formalny – polega na przywłaszczeniu autorstwa *cudzego utworu*²⁸. Podstawową przesłanką uznania czyjegoś dzieła za plagiat jest brak należytego oznaczenia prawowitego autora zapożyczanego utworu, co stanowi *conditio iuris* każdego dozwolonego użytku. Stwierdzenie przywłaszczenia

obce dzieło – dzieło innego twórcy – lub jego części zajmuje i określa jako dzieła własne” [C. Kalkies: *Kunstzitate in Malerei und Fotografie*, Karlsruher Schriften zum Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (KWI), Band 17, Köln/Berlin/München 2007, s. 9]. A. Szewc wyróżnił dwa możliwe znaczenia tego pojęcia, nie mające wprawdzie doniosłości prawnej, w kontekście plagiatu, ale warte odnotowania: „*autorstwo może być rozumiane jako zdarzenie prawne (akt kreacji dobra intelektualnego; stworzenie utworu, dokonanie wynalazku itp.) lub jako zespół wynikających stąd podmiotowych uprawnień osobistych – prawo do autorstwa, a w szczególności prawo do uchodzenia za twórcę dobra (prawo do jego „ojcostwa”). W pierwszym znaczeniu terminu tego używamy mówiąc np., że dana praca (utwór, dzieło, wynalazek) jest czyjegoś autorstwa, w drugim, gdy mówimy, że komuś przysługuje autorstwo danej pracy (utworu, dzieła, wynalazku)* [A. Szewc: *op.cit.*, s. 44, a także J. Preussner-Zamorska: *Prawo do autorstwa wynalazku*, ZNUJ PWiOWI, z. 2/1974, s. 30 i n.]. W sferze faktów naruszenie „autorstwa” w znaczeniu uprawnień podmiotowych wiąże się ściśle z negacją „autorstwa” innej osoby w znaczeniu zdarzenia prawnego.

²⁶ W piśmiennictwie prawniczym funkcjonują dwie teorie dotyczące przedmiotu ochrony osobistych praw autorskich. Jedna wskazuje, że ustawa uwzględnia pojedyncze (wyodrębnione) interesy niemajątkowe twórcy (np. prawo do decydowania o pierwszej publikacji, do integralności dzieła itp.) druga zaś odpowiada pogładowi, że mamy do czynienia z jednym autorskim dobrem osobistym, jakim jest związek autora ze swoim dziełem, a poszczególne przepisy prawa autorskiego odnoszące się do dóbr niemajątkowych są jedynie konkretyzacją poszczególnych aspektów dobra nadrzędnego (generalnego). Przypadek naruszenia autorstwa dzieła jest ujawnia ten problem najjaskrawiej. Niezależnie od przyjmowanego punktu widzenia, nie można nie uwzględnić ścisłego związku pomiędzy poszczególnymi uprawnieniami składającymi się na całokształt osobistych praw autora.

²⁷ Istotność takiego naruszenia wyraża się przede wszystkim w naruszeniu dobrego imienia twórcy, jego dotychczasowego dorobku, ale także dot. interesu osób, które np. posiadają dzieła tego artysty w swojej kolekcji. Słusznie zauważa się, że plagiat ma również szczególną doniosłość na płaszczyźnie moralnej czy etycznej, nie można się jednak zgodzić z twierdzeniem R. Golata, iż plagiat obecnie „*jest uważany za stosunkowo mało istotny z punktu widzenia ochrony utworów i przedmiotów praw pokrewnych, gdyż wymierzony jest on przede wszystkim w pozbawione rynkowego znaczenia prawa osobiste*”. Taki punkt widzenia odpowiada bowiem bardziej doktrynie prawa anglo-amerykańskiego (*copyright*), w którym prawa osobiste twórców traktuje się jako drugorzędne. Tymczasem jednak przywłaszczenie autorstwa jest ingerencją zarówno w podstawę autorskich praw osobistych jak również i majątkowych.

²⁸ *Cudze autorstwo* nie oznacza w tym kontekście *autorstwa konkretnej, określonej osoby*, ale oznacza obowiązek zaświadczenia o tym, że autorstwo należy do kogoś innego w znaczeniu abstrakcyjnym.

ma charakter faktyczny, ale pociąga za sobą konsekwencje prawne. Obowiązek oznaczenia autora oraz źródła przejmowanego utworu lub jego części, określony w art. 34 pr.aut. „nie ogranicza się do sytuacji, w których wykorzystanie cudzego utworu bez oznaczenia, że jest to utwór obcy, mogłoby wprowadzić w błąd przeciętnego odbiorcę co do autorstwa utworu”²⁹, obejmuje również korzystanie z utworów powszechnie znanych i rozpoznawalnych. Należy szczególnie podkreślić możliwość popełnienia plagiatu dzieła anonimowego lub wydanego pod pseudonimem. Zgodnie z orzeczeniem SN, „anonimowe opublikowanie utworu jest prawem twórcy (określonym w art. 16 pr. aut.), co nie stwarza w żadnym wypadku domniemania, że twórca publikujący utwór upoważnia osoby do przejmowania jego twórczości. Jeżeli ustalenie osoby twórcy nie jest możliwe, to warunek określony w art. 34 pr. aut. może wypełniać podanie informacji, że cytat pochodzi od anonimowego twórcy”³⁰.

4. Status utworu jako warunek ochrony

Ochroną przewidzianą w art. 115 § 1 pr. aut. objęte zostały jedynie te dzieła, które można uznać za utwór (lub artystyczne wykonanie) w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art.1). Tylko wobec nich może zostać popełniony plagiat. Jak łatwo zauważyć tak wyznaczony zakres przedmiotowy ochrony ma charakter zawężający wobec wszelkich przejawów twórczości, określonych w art. 73 Konstytucji RP. Nie każdy bowiem wytwór artystycznej działalności człowieka można uznać za posiadający znamię *indywidualnej twórczości (oryginalności)*. Z ograniczenia ochrony przed plagiatem wynika, że istnieje grupa dzieł oraz motywów, które nie podlegają ochronie; których używanie nie jest niczym ograniczone.

²⁹ Wyrok SN z dnia 23 listopada 2004 r., Sąd Najwyższy I CK 232/04; Jak słusznie zauważył A. Szewc mianem *plagiatorów piętnować należy również tych, którzy przywłaszczają sobie cudze autorstwo w odniesieniu do dzieł autorów zapomnianych, oraz w odniesieniu do dzieł autorów będących obywatelami krajów, z którymi nie łączy Polskę ani konwencja międzynarodowa ani dwustronne porozumienie. Dzieła takie można wprowadzić bez potrzeby płacenia honorarium autorskiego tłumaczyć, wydawać i w inny sposób odpłatny lub bezpłatny rozpowszechniać. Nie wolno jednak w sposób bezprawny przywłaszczać sobie ich autorstwa* [A. Szewc: *op.cit.*, s. 43].

³⁰ Wyrok SN z dnia 23 listopada 2004 r., Sąd Najwyższy I CK 232/04. Zwrócić uwagę należy jednocześnie o różnicy pomiędzy *utworem opublikowanym anonimowo* i *utworem anonimowym*. Wydany anonimowo jest bowiem utwór, którego twórca nie ujawnił swojego nazwiska, anonimowym jest zaś taki utwór, którego autora nie można zidentyfikować (utwór „osierocony”). Obowiązek oznaczenia dotyczy jednak obu przypadków.

Dla wskazania elementów kulturowego dorobku, do których dostęp jest swobodny, z których korzystanie nie wymaga zgody twórcy (autora), wypracowano w doktrynie prawniczej pojęcie domeny publicznej (fr. *domaine public*)³¹. Czasem nazywa się ją *połem swobodnej działalności*³², dla zaakcentowania możliwości twórczego przetwarzania wchodzących w jej obręb elementów. Elementy te można podzielić na cztery grupy³³: (1.) te, które nie mogą stać się przedmiotem prawa autorskiego, ponieważ nie spełniają przesłanek ochrony, (2.) te, których przewidziany prawem autorskim czas ochrony upłynął³⁴, (3) te, które nie podlegają ochronie, ponieważ powstały, kiedy ochrona jeszcze nie obowiązywała, (4) te, które zostały pozbawione ochrony prawa autorskiego³⁵.

Aby prawidłowo scharakteryzować wskazane kategorie w kontekście sztuk wizualnych uwzględnić należy specyfikę szeroko rozumianej produkcji artystycznej.

Pierwsza grupa obejmuje te wytwory ludzkiej działalności, których nie można zakwalifikować do kategorii utworów w rozumieniu prawa autorskiego

³¹ Pojęcie to po raz pierwszy pojawiło się w tym znaczeniu we francuskiej ustawie autorskiej z 1791 roku. T. Targosz wskazuje, że francuskie określenie *tomber dans le domaine public*, które znaczy tyle co „wpadanie” w domenę publiczną wyznaczyło paradygmat myślenia o nim jako o stanie niepożądanym, przed którym należy się chronić. Tymczasem z historii kształtowania praw autorskich, która polega na stopniowym obejmowaniu zakresem swojej ochrony kolejnych grup wytworów, wynika, że stan swobodnego użytku był stanem pierwotnym, niejako naturalnym [por.: T. Targosz: *Domena publiczna w prawie autorskim*, ZNUJ PWiOWI, z. 100/2007, s. 532-533].

³² D. Flisak: *Utwór multimedialny w prawie autorskim*, Warszawa 2008, s. 70.

³³ Por.: T. Targosz: *op.cit.*, s. 537, 542; [również:] J. Barta, M. Czajkowska Dąbrowska, Z. Ćwiakalski, R. Markiewicz, E. Traple: *Ustawa o Prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Kraków 2005, s. 94.

³⁴ Doktryna prawnicza wyróżnia również kategorię tzw. *utworów osieroconych*, czyli utworów bez autora. Do grupy tej zalicza się (1.) *utwory wobec których nie można ustalić (lub jest to bardzo utrudnione) podmiotu autorskich praw majątkowych (twórcy lub jego następcy prawnego) ani podmiotu prawa osobistych (twórcy lub osoby upoważnionej do wykonywania tych praw)*, (2.) *utwory w stosunku do których znana jest tożsamość podmiotu autorskich praw majątkowych (twórcy lub jego następcy prawnego) jak i podmiotu praw osobistych (twórcy lub osoby upoważnionej do wykonywania tych praw), ale nie można nawiązać z nim/nimi kontaktu (lub jest to bardzo utrudnione)*. W przypadku (2) zawsze należy autora oznaczyć, ponieważ możliwość popełnienia plagiatu nie jest wyłączona. W przypadku (1) przy dochowaniu należytej staranności wymaganej dla ustalenia autora, wobec dalszej niemożności, wymaga się przynajmniej oznaczenia utworu jako anonimowy [Por.: S. Stanisławska-Kloc: *Utwory „osierocone”*, ZNUJ PWiOWI, z. 100/2007, s. 451-476].

³⁵ Elementy przynależne do domeny publicznej, które zostały standardowo pozbawione ochrony prawa autorskiego wymienia art. 4 pr. aut. Są to (1) akty normatywne lub ich urzędowe projekty, (2) urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole, (3) opublikowane opisy patentowe lub ochronne, (4) proste informacje prasowe.

(art. 1 pr.aut.). Będą to przede wszystkim dzieła nie posiadające *indywidualnego charakteru*, czyli te, którym nie można przypisać znamienia *oryginalności*. W kontekście szeroko rozumianej twórczości artystycznej zaliczyć tu należy w pierwszej kolejności tzw. *uniwersalia*, czyli proste i powszechnie wytwarzane motywy plastyki (wzory przedstawieniowe), jak np. schematyczne ujęcie człowieka za pomocą kresek czy przedstawienie domu ze słońcem za pomocą prostych brył geometrycznych. Jako możliwe do opracowania przez wszystkich pozbawione są one indywidualnego charakteru. Określa się je często opozycyjnie, jako *trywialne*³⁶.

Na podobnej zasadzie do domeny publicznej zalicza się również pewne stale powtarzane motywy z tradycji artystycznej, jak utrwalone tradycją konwencji przedstawieniowe, które wskutek wielokrotnego powtarzania utraciły znamię oryginalności. Przykładem może być tzw. *poza sansovinowska*. Ogólnie rzecz ujmując, o ile zgodność dwóch dzieł ogranicza się do cech właściwych twórczości wielu artystów danej epoki bądź szkole czy kierunkowi artystycznemu, nie można mówić o plagiacie³⁷. Jak słusznie jednak zauważa J. Barta *gdzie [...] kończy się dozwolona wspólnota stylu, wynikająca z wzajemnej orientacji artystycznej czy mody, [...] trudno jest czasem ustalić*³⁸.

5. Elementy dzieła sztuk wizualnych podlegające ochronie przed plagiatem

Zgodnie z przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych ochroną objęty może być tylko *sposób wyrażenia* (ekspresja rozumiana jako zewnętrzna forma i treść utworu)³⁹, nie są zaś nią objęte pomysły, procedury,

³⁶ Starając się określić granice *powszechników* wskazuje się najczęściej na twórców tzw. *sztuki naiwnej*, którzy korzystają z prostych motywów sztuki ludów pierwotnych, sztuki ludowej oraz twórczości dziecięcej. Do domeny publicznej przynależą zatem jedynie proste motywy, które jednak mogą być twórczo przetwarzane stając się elementem dzieł chronionych prawem autorskim.

³⁷ J. Barta: *op. cit.*, s. 62: Autor proponuje kryterium oceny zależności (pokrewieństwa) dzieł oparte na stopniu podobieństwa. Jak pisze: *można [...] pokusić się o sformułowanie następującej zależności: dla stwierdzenia plagiatu wymagany jest tym większy stopień pokrewieństwa, im skromniejszy jest zakres oraz twórczy charakter elementów recypowanych*. Propozycja ta wydaje się trafna w przypadkach, gdy ewentualne podobieństwo między dziełami może wynikać z innych przyczyn niż bezpośrednie zapożyczenia.

³⁸ *Ibid.*, s. 59.

³⁹ Przedmiotowy zakres ochrony nie zawsze jest w piśmiennictwie prawniczym określany jednorodnie. Np. J. Górski pisze, że *ochrona wynikająca z prawa autorskiego odnosi się jedynie do formy zewnętrznej i wewnętrznej utworu* [zob.: J. Górski: *O plagiatkach i plagiatorach*, ZN UJ PWiOWI z.1/1974, s. 299].

metody i zasady działania (choć wynika to z potocznego rozumienia plagiatu)⁴⁰. Odstąpienie od prawno-autorskiej ochrony idei znalazło swoje odzwierciedlenie w akceptowanej przez doktrynę koncepcji tzw. dychotomicznego podziału utworu na ideę (wzgl. idee) oraz sposób wyrażania⁴¹. Mimo powszechności regulacji wykluczającej idee spod ochrony oraz zaakceptowania takiego stanu rzeczy przez doktrynę, zgłaszane są niekiedy postulaty przeciwne. Ujawnia to dwuaspektowość tego zagadnienia. Z jednej strony bowiem, objęcie idei ochroną znajduje swoje uzasadnienie w „*poczuciu sprawiedliwości nakazującym respektować każdy wysiłek twórczy i pracę umysłową*”⁴², z drugiej strony jednak, wprowadzenie takiego rozwiązania grozi ograniczeniem swobody twórczej poprzez stworzenie stanu niepewności prawnej, czy ujawniające się w procesie twórczym podobieństwo stanowi naruszenie prawa autorskiego innego twórcy, czy mieści się jeszcze w polu dozwolonego użytku⁴³.

Jak zauważają J. Barta i R. Markiewicz, „*pozostawienie poza ochroną autorską idei i pomysłów ma duże znaczenie również dla wytyczenia granic ochrony w zakresie sztuki współczesnej. Dotyczy to zwłaszcza sztuki konceptualnej i ready made*”⁴⁴. Stojące u podstaw wskazanych strategii twórczych przekonanie, że idea lub koncepcja ma większe znaczenie niż materialna realizacja dzieła, wyklucza w praktyce możliwość poszukiwania ochrony na gruncie prawa autorskiego dla wytworów tego typu twórczości, m.in. ze względu na brak spełnienia wymaganej przesłanki ustalenia. Pewne zastrzeżenia przeciw pełnemu pominięciu ochrony idei w przypadku dzieła plastycznego zgłosił A. Kopff. Wskazywał on mianowicie na fakt, że w gotowym dziele idea rozumiana jako „*temat subiektywnie ukształtowany (zorganizowany) przez artystę (obraz zindywidualizowany)*”⁴⁵

⁴⁰ Takie rozwiązanie odpowiada regulacjom międzynarodowym. Art. 2 Traktatu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim (Dz.U.05.3.12) stanowi, że ochrona praw autorskich obejmuje jedynie sposób wyrażania, a nie *idee, procedury, metody działania czy też pojęcia matematyczne jako takie*. Również art. 9 ust. 2 Porozumienia w sprawie handlowych aspektów prawa własności intelektualnej TRIPS (załącznik do Dz.U. z 1996 r. Nr 32, poz. 143) wyłącza spod ochrony prawa autorskiego idee, procedury, metody działania i koncepcje matematyczne.

⁴¹ Por.: K. Jasińska: *Ochrona idei – zagadnienia wybrane*, ZNUJ PWiOWI, z. 93/2006, s. 9-28; K. Grzybczyk: *Zagadnienie idei w prawie autorskim*, PiP z. 4/1997, s. 26-37.

⁴² K. Jasińska: *op.cit.*, s. 13.

⁴³ Por.: J. Barta, R. Markiewicz: *Ochrona dóbr osobistych w zakresie...*, s. 136.

⁴⁴ J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie...* (2007), s. 21-22.

⁴⁵ A. Kopff: *Dzieło sztuk plastycznych i jego twórca w świetle przepisów prawa autorskiego*, Kraków 1961, s. 62. Jak zauważa autor można by było zgodzić się be ze stwierdzeniem, że *samo kreowanie idei (ściśle mówiąc jej pomyślenie) nie uzasadnia jeszcze po stronie autora żadnym praw, [...] gdyby idea odpowiadała ściśle obiektywnemu tematowi*.

jest podstawowym wyznacznikiem oryginalności dzieła i jako taka jest istotnym czynnikiem uzasadniającym jego ochronę. Nasuwa to jasny wniosek, że według tego autora ochrona dzieła sztuk plastycznych, które jest utworem w świetle prawa autorskiego, obejmuje – przynajmniej częściowo – zawartą w nim ideę⁴⁶.

Podział na ideę i formę sugeruje istnienie dających się wyodrębnić części składowych dzieła sztuki, co ma prowadzić do odpowiedzi na pytanie, które z wyróżnionych elementów podlegają ochronie prawa autorskiego. Nie jest bowiem tak, że ochronie podlegają wszystkie elementy strony formalnej dzieła (art. 1 pkt. 2¹ pr.aut.). Potwierdza to Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 12 lutego 1999: „*Utworem jest rezultat działalności o charakterze twórczym, kreacyjnym, oryginalnym, charakteryzujący się indywidualnością. Nie jest nim natomiast taki rezultat pracy, który jest zdeterminowany przez opisywany obiekt czy zjawisko, założony cel (funkcję), który jest jednym z możliwych do osiągnięcia przez osoby (specjalistów) podejmujących się tego samego działania. Ochrona prawno-autorska nie rozciąga się też na sam proces twórczy, metodę twórczą czy technikę zastosowaną przy tworzeniu dzieła*”⁴⁷.

Jak wynika z powyższego, w przypadku dzieła sztuki poza ochroną prawno-autorską, obok wspomnianego już pomysłu na dzieło, znajdują się również

⁴⁶ Dla jasności najlepiej odwołać się do słów samego A. Kopffa, które stanowią doprecyzowanie poglądu o rozszerzonym zakresie ochrony dzieła sztuk plastycznych, które zostały sformułowane kilkanaście lat później [zob.: A. Kopff: *Autorskie prawa zależne w świetle teorii o warstwowej budowie utworu*, „*Studia Cywilistyczne*” z.10/1978, s. 148]: „Jeżeli obraz zindywidualizowany zaliczymy do elementów treści dzieła artystycznego, a jest to konieczne ze względu na postulat przeciwstawienia pojęć „treść” i „forma”, to jednocześnie będziemy musieli przyznać, że ochrona utworów artystycznych sięga głębiej aniżeli ochrona dzieł naukowych, w których treść z ochrony prawnoautorskiej nie korzysta”. W tym ujęciu idea będzie więc tożsama z treścią, a więc określonym merytorycznym przekazem, jakie dzieło ze sobą niesie. Problem ochrony idei w sztuce, rozumianych jako pomysł na dzieło lub na jego konkretne wykonanie (ale nie w zakresie wykorzystania określonej techniki, które nie podlega ochronie) przypomina problem, jaki pojawia się w przypadku tzw. *formatów telewizyjnych*, czyli ogólnych pomysłów na telewizyjną audycję. Ich ochrona w świetle prawa autorskiego jest trudna do wyinterpretowania, ponieważ w gruncie rzeczy przedmiotem są tu idee. Wypracowana w orzecznictwie sądów zagranicznych – głównie niemieckich – kryterium-zasada *wystarczającego opracowania* (*sufficiently elaborated*) wedle której im dokładniejszy i bardziej skonkretyzowany opis pomysłu, tym większą może zostać on objęty ochroną wyznacza w istocie granice ochrony idei również w odniesieniu do sztuki, nigdy bowiem ochroną nie może być objęta czysta idea [Por.: K. Jasińska: *Ochrona idei – zagadnienia wybrane*, ZNUJ PWiOWI, z. 93/2006, s. 15].

⁴⁷ Sygnatura orzeczenia: I SA/LU 29/98. Niemal literalne przytoczenie tej wykładni możemy znaleźć również w wyroku WSA w Opolu z dnia 14 października 2004 r. (sygn. II SA/Wr 1833/02) czy wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2006 roku (sygn. akt XXII GWzt 2/05), co przesądza o utwierdzeniu tego punktu widzenia w modelowej wykładni.

techniki artystyczne (metody twórcze) oraz styl. Jak wskazują J. Barta i R. Markiewicz „styl bowiem nie jest w istocie częścią dzieła, lecz stanowi zespół reguł estetycznych lub konwencji, który może być zastosowany w poszczególnych utworach”⁴⁸. Zgodnie z przyjętym przez autorów poglądem również „koncepcja (forma) utworu jako taka, rozumiana jako cechy (właściwości) poszczególnych planów dzieła i relacje między nimi, nie podlega ochronie (w oderwaniu od konkretnego utworu)”⁴⁹. Odrębnego zdania jest A. Kopff, który sformułował postulat objęcia prawnu-autorską ochroną również indywidualnego stylu artysty (jako przejawu *twórczości autorskiej*)⁵⁰. Zdaniem większości przedstawicieli doktryny tak szerokie ujęcie zakresu ochrony prowadziłoby jednak do istotnych ograniczeń twórczości⁵¹.

Choć takie elementy dzieła jak *styl* czy *idea* nie podlegają samoistnej ochronie stanowią one jednak istotne przesłanki determinujące ocenę podobieństwa dzieł, ponieważ zachowanie ich zbieżności może przesądzać o zasadności zarzutu⁵². Im będzie ich więcej tym większe prawdopodobieństwo naruszenia praw

⁴⁸ J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie...*(2007), s. 21-22.

⁴⁹ Ibid., s. 21-22.

⁵⁰ A. Kopff: *Dzieło sztuk plastycznych...*, s. 65 i n.

⁵¹ Por. m.in.: J. Barta, R. Markiewicz: *Ochrona dóbr osobistych...* (1986), s. 136; E. Wojnicka: *Ochrona autorskich...*, s. 106.

⁵² Styl jako właściwość dzieła jest w kontekście sztuki współczesnej kwestionowana, w szczególności w piśmiennictwie amerykańskim. Problem ten syntetycznie wyjaśnia A. Gupta: „*I’ll be your mirror*” – *contemporary art and the role of style in copyright infringement analysis*, University of Dayton Law Review, Vol. 31/2005, s. 54 – 62. Jak zauważa autor, w kontekście historycznym kopiowanie oraz zapożyczanie były związane z tą cechą formalną dzieła, którą historycy sztuki, tacy jak Heindrich Wölfflin oraz Ernst Gombrich definiują jako styl artystyczny. Rozumienie roli artystycznych zapożyczeń oraz ich relacji do prawa autorskiego rozpoczyna dyskusja na temat pojęcia stylu w sztuce współczesnej. Jak zauważa autor kategoryzacja dzieła z punktu widzenia stylu oraz wykorzystanie analizy stylistycznej są podstawowymi (prymarnymi) metodami historii sztuki dla zdefiniowania (określenia) czasu, miejsca produkcji (wytworzenia) oraz autora dzieła sztuki. Styl jako pojęcie generalne odnosi się zarówno do abstrakcyjnej kategorii, do której dany obiekt przynależy, jak również do techniki wykorzystanej przy jego tworzeniu. Stąd, styl funkcjonuje jako sposób (moda) klasyfikacji form wizualnych oraz jako środek (means) autoryzacji dzieła sztuki. [...] W swojej późniejszej roli styl był inherentnie powiązany z konsekwentem oraz wyceną dzieła (valuation). Jak zauważa Gupta, w sztuce współczesnej (contemporary art) styl jest coraz mniej widoczny. Zostaje często zastąpiony przez metodę. Jak zauważa autor za Arthurem C. Danato [*After the End of Art: Contemporary Art and the Pale of History*] znaczenie sztuki najnowszej jest tak abstrakcyjne [...] jak dalece jej intencje są konceptualne; bardziej bazuje ona bowiem na filozoficznym namyśle niż na formalnych oraz piktorialnych kryteriach stylu. To wszystko powoduje, że w prawie brak jest pojęć dla oceny sztuki współczesnej, w której wbrew tradycyjnemu pojmowaniu styl nie jest idiomem lub formalnym językiem (wyróżnikiem), który jest elementem dzieła, wynikającym z indywidualnych praktyk twórczych. Arjun Gupta wskazuje w jaki sposób sądy rozstrzygają sprawy zapożyczeń w sztuce i jakie kryteria stosują przy ocenie podobieństwa dzieł – podobieństwo kwalifikowane,

osobistych autora utworu pierwotnego. Plagiatem więc może być np. wykonywanie konkretnego motywu w określonej manierze, nie będzie nim samo użycie identycznej techniki, np. powtórzenie eksperymentalnego nakładania farby na płótno za pomocą grzebienia.

Poszukiwanie odpowiedzi na pytanie o słusność wyłączenia idei spod prawnego autorskiej ochrony i łącząca się z nim sugestia, że jedynie niektóre elementy utworu podlegają ochronie prawa autorskiego, a co za tym idzie, że nie we wszystkich przypadkach przejęcie twórczego elementu z cudzego dzieła bez oznaczenia źródła zapożyczenia oraz podania twórcy będzie uzasadnioną podstawą zarzutu popełnienia plagiatu, wymusza rozważenie zagadnień ontologicznych utworu, bowiem jedynie analiza jego budowy może doprowadzić do określenia zakresu ochrony przyznanego przez art. 115 § 1 pr.aut., który, zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami, stanowi ograniczenie swobody twórczości artystycznej. Punktem wyjścia dla tych rozważań będą koncepcje budowy dzieł wypracowane w piśmiennictwie prawniczym dotyczącym autorskich praw zależnych, problematyka ta sprowadza się bowiem do poszukiwania analitycznych wzorców określania stopnia podobieństwa dzieł, co, na zasadzie pokrewieństwa tematów, może stanowić istotną pomoc w przypadkach niedozwolonego naśladownictwa w postępowaniach prowadzonych pod zarzutem popełnienia plagiatu⁵³.

czyli pociągające za sobą konsekwencje prawne. Otóż według tradycyjnego postrzegania *sztuka wizualna funkcjonuje poprzez ekspresję linii, form, powierzchni oraz koloru. Ta formalna ekspresja jest percypowana (odbierana, czytana) przez widza. Tym samym, dzieło sztuki jest interpretowane przez jego obecność (materialność) jako fizyczną reprezentacją określoną przez jej formalne elementy (np. kolor, linie, formy oraz powierzchnię)*. Ponieważ przedmiotem ochrony prawa autorskiego jest sposób wyrażania, to właśnie o podobieństwo sposobów wyrażania powinniśmy pytać gdy rozumiemy pytanie o podobieństwo dzieł. A. Gupta powołuje się na stwierdzenie krytyka sztuki, Susan Sontag, *że nie można mówić o stylu jako o przeciwieństwie zawartości [o treści rozłącznej od formy] ponieważ, aby mówić o stylu istnieje jedynie możliwość mówienia o dziele jako o całości*. Jak słusznie zauważa Gupta prawo autorskie pozostaje niemal bezsilne w przypadku dzieł, których *ekspresja oraz przedmiot wyobrażenia zbiegają się, sąd bowiem utożsamia naturalizm jako styl z obiektywnym pojmowaniem treści (zawartości)*. Uprzywilejowanie mimetycznej a co za tym idzie realistycznej koncepcji sztuki wynika z racjonalności oceniających, tymczasem współcześnie sztuka często nic nie przedstawia tylko jest – stanowi obiekt sam w sobie. Jak zauważa autor *sądowa koncepcja obrazu jako znaku odpowiadającemu idei wyrażonej w języku wizualnym stanowi trafne rozwiązanie tam, gdzie idea oraz ekspresja pozostają złączone*. Nie jest niemożliwe przypisanie sztuce współczesnej oryginalności, ponieważ tradycyjny sposób jej pojmowania nie jest znamieniem regulacji prawnej, która w ogólny sposób chroni *sposób wyrażania*, ale znamieniem wykładni tego prawa, które poszukuje w sztuce niepowtarzalności oraz naturalizmu, jako generalnych wyznaczników ochrony, zapominając, że ochronie powinno podlegać pojedyncze dzieło.

⁵³ W doktrynie ugruntowany jest pogląd, że koncepcje budowy dzieła powinny stanowić podstawę dla określania stosunków prawnego-autorskich. W analizie struktury

Tradycyjnie wyróżnia się dwie opozycyjne względem siebie koncepcje budowy dzieła: (1.) *koncepcje strukturalne*, charakteryzujące dzieło jako zbiór stałych, wzajemnie zdeterminowanych elementów, które można rozpatrywać osobno oraz (2.) *koncepcje integralne*, zakładające niemożliwość wyizolowania poszczególnych składników dzieła, ze względu na ich wzajemne uwarunkowanie.

Za najbardziej oryginalną koncepcję strukturalną w literaturze polskiej uznaje się tzw. *warstwową teorię budowy dzieła* A. Kopffa, która powstała na podstawie poglądów niemieckiego prawnika Kohlera oraz koncepcji estetycznej polskiego filozofa estetyki R. Ingardena. Opiera się ona na poglądzie o istnieniu trzech warstw dających się wyodrębnić w utworze plastycznym: (1.) *formy zewnętrznej*, (2.) *formy wewnętrznej* oraz (3.) *obrazu zindywidualizowanego*.

Pierwszą z nich, zgodnie z autorską definicją należy rozumieć jako „*podpadający pod zmysł wzroku sposób przedstawiania, a więc to co moglibyśmy nazwać techniką artystyczną w wąskim tego słowa znaczeniu*” (Kohler). Innymi słowy, „*forma zewnętrzna jest to pewien szczególny układ farb, zaczerpnięty z określonego arsenału środków technicznych, który nadaje obrazowi zdolności bycia widzianym*”⁵⁴. W kolejnym opracowaniu A. Kopff napisał, że „*przez formę zewnętrzną rozumie [...] całokształt artystyczny środków przedstawieniowych, podpadających bezpośrednio pod zmysł odbiorcy, a więc np. kolor, światłocien*”⁵⁵. Wynika stąd, że *forma zewnętrzna* równoznaczna jest *sposobowi utrwalenia (ustalenia) dzieła*; oznacza sposób jego uformowania za pomocą środków plastycznych⁵⁶. W procesie recepcji dzieła jest ona rozpoznawana przez widza jako pierwsza.

Przez drugą ze wskazanych warstw – *formę wewnętrzną* – rozumie autor „*te czynniki*”⁵⁷, które służą *obleczeniu obrazu zindywidualizowanego w kształt artystyczny*

dzieła pokłada się nadzieję na uzyskanie narzędzi pomocnych przy określaniu kryteriów (warunków), jakie muszą zostać spełnione przez twórcę dzieła odwołującego się do twórczości innej osoby, aby jego wytwór można było sklasyfikować na pomocą pojęć prawa autorskiego, takich jak: *utwór samodzielny*, *utwór inspirowany* lub *utwór zależny*. Cienka granica pomiędzy niektórymi ze wskazanych kategorii a plagiatem wydaje się być wystarczającym uzasadnieniem dla adaptacji (z uwzględnieniem modyfikacji koniecznych ze względu na odmienność problematyki) wypracowanych w doktrynie koncepcji budowy dzieł na grunt rozważanej w niniejszym opracowaniu problematyki.

⁵⁴ A. Kopff: *Dzieło sztuk plastycznych...*, s. 49.

⁵⁵ Id.: *Autorskie prawa zależne...*, s. 153.

⁵⁶ Id.: *Dzieło sztuk plastycznych...*, s. 65.

⁵⁷ Autor wymienia przykładowe czynniki należące do *formy wewnętrznej*, takie jak: „*kompozycja dzieła, rozwinięcie akcji w czasie, jej chwilowe zawieszenie lub ostateczne przerwanie, stopniowe wytwarzanie nastroju, używanie paradoksów, wzajemny układ przedmiotów i postaci, ich „ustawienie” w stosunku do perceptora, świadome pozostawienie miejsc niedopowiedzianych lub przeciwnie ich precyzyjne dopowiedzenie połączone czasem ze szczególnym akcentowaniem pewnej kwestii*” itp. Wymienione elementy mają jednak różną

właściwy danej dziedzinie sztuki”⁵⁸. Nie jest to jednak definicja uniwersalna, gdyż, zgodnie z omawianą teorią, znajduje ona zastosowanie jedynie w stosunku do grupy dzieł określonych przez A. Kopffa mianem *przedstawieniowych*⁵⁹. Ujmując pojęcie skrótowo można je utożsamić z „ogółem plastycznych środków przedstawiających”, które budują wyraz dzieła jako całości⁶⁰. W tym sensie A. Kopff *przedstawienie* rozumiał wąsko, jedynie jako synonim *odzwierciedlenia* czegoś znanego z rzeczywistości⁶¹. Forma wewnętrzna odnosi się więc do elementów stylistyki obrazowej, takich jak nastrój lub rodzaj narracji (również wizualnej).

Zgodnie z teorią *trójwarstwowej budowy dzieła* elementy tak pojmowanej *formy zewnętrznej* i *wewnętrznej* traktowane oddzielnie nie podlegają ochronie,

naturę, która częściowo przynależy samemu dziełu, częściowo zaś dotyczy procesu jego lektury (repcji). Oznacza to, że natura wskazanych czynników jest raz obiektywna (wynika z aspektu formalnego dzieła), a raz subiektywna (jest wynikiem odczytania aspektu formalnego).

⁵⁸ Id.: *Autorskie prawa zależne...*, s. 153.

⁵⁹ Podział na dzieła *przedstawieniowe* i *beprzedstawieniowe* jest jednym z założeń omawianej koncepcji, które budzić mogą zastrzeżenia z punktu widzenia nauk zajmujących się badaniem sztuk pięknych (przede wszystkim historii sztuki). Według A. Kopffa *dzieła przedstawieniowe* to takie dzieła, które *odzwierciedlają pewien wygląd rzeczy w ujęciu zindywidualizowanym przez autora utworu*. Przeciwnie do wskazanych *dzieła beprzedstawieniowe* (m.in. abstrakcyjne) pozbawione są tego odzwierciedlenia. Zaproponowany podział jest dalece umowny, gdyż istnieje szereg dzieł, których kwalifikacja mogłaby budzić zastrzeżenia. Niejednoznaczność taka ujawnia się w przypadku dzieł operujących figurami geometrycznymi, złudzeniami optycznymi oraz plamą barwną (m.in. tasyzm, malarstwo rastrowe), które zaliczane do abstrakcji niejednokrotnie zawierają odzwierciedlenie realnych przedmiotów, a to jedynie najprostsze z możliwych przykładów. Posłużenie się abstrakcją jest ponadto również zabiegiem indywidualizującym dzieło, przesądzającym o jego obiektywnej oryginalności i niepowtarzalności. A. Kopff jest jednak zdania, że dzieło abstrakcyjne jest obrazu zindywidualizowanego pozbawione, co utrudnia w istocie określenie zakresu przysługującej mu ochrony.

⁶⁰ Id.: *Dzieło sztuk plastycznych...*, s. 65.

⁶¹ A. Kopff przyjmował, że *obraz zindywidualizowany to temat subiektywnie ukształtowany (zorganizowany) przez artystę* (Ibid., s. 62). Mając na uwadze fakt pozbawienia przez autora dzieł abstrakcyjnych obrazu zindywidualizowanego świadczy o przyjęciu kryterium realistycznego oceny dla kształtowania tematu. Według niego kryterium oddzielającym dzieła abstrakcyjne jest jego zdaniem brak *sugestii przedmiotu przedstawionego* (Ibid., s. 64). Istotnym mankamentem takiego założenia była bezsilność wobec dzieł powstałych w wyniku niekontrolowanego intelektualnie procesu twórczego. Dla przykładu surrealiści opracowali zasadę automatyzmu, która miała polegać na wytwarzaniu dzieł za pomocą powtarzalnych gestów lub techniki dekalkomanii polegające na odciskaniu farby pomiędzy dwoma płaszczyznami, co powodowało, że tworzyła ona nieprzewidywalne kształty. Niejednokrotnie następnie były one interpretowane przez artystę, który domalowywał detale.

co nie przesądza jednakże o braku ich doniosłości dla oceny czy mamy do czynienia z niedozwolonym naśladownictwem.

Ostatni, trzeci składnik dzieła wyróżniony przez A. Kopffa, „*obraz zindywidualizowany*, został zdefiniowany jako *twórcza koncepcja indywidualizująca zdarzenie typu ogólnego (ogólną sytuację przedstawieniową)*, zawierająca w sobie to wszystko, co składa się na rzeczową, psychologiczną i ideologiczną treść dzieła sztuki, ukształtowaną indywidualnie, a więc zgodnie z przekonaniem oraz predyspozycjami twórczymi artysty”⁶². W przekonaniu autora to właśnie obraz zindywidualizowany zasługiwał na ochronę.

Jak zauważał autor „*w dziełach sztuki mamy do czynienia wyłącznie z obrazami zindywidualizowanymi, przez które przejawiają się obiektywne tematy*”⁶³.

Z powyższej konstatacji wynika, że obraz zindywidualizowany w ujęciu A. Kopffa stanowi styl indywidualnego artysty skonkretyzowany w formie pojedynczego działu, będącego interpretacją wybranego przez autora tematu. Innymi słowy jako zespół cech wizualnych właściwych konkretnemu dziełu (cech immanentnie wpisanych w jego byt lub jeszcze inaczej całości kształt dzieła percypowany przez jego odbiorcę) obraz zindywidualizowany jest jedyną cechą, która może przesądzać o jego indywidualności i oryginalnym charakterze. Oznaczało to, że sam temat czy idea (pomysł) jest dostępny dla każdego i nie podlega ochronie, ale twórca może go tak zmodyfikować w swoim umyśle, że nabierze cech indywidualnych.

Zgodnie z omawianą teorią poszczególne warstwy wchodzą ze sobą w obustronne interakcje w obrębie dzieła jako całości. I tak „*forma zewnętrzna wraz z formą wewnętrzną sumują się tworząc zespół środków artystycznego oddziaływania zwany stylem*”⁶⁴.

Z punktu widzenia rozważanej w niniejszym opracowaniu problematyki plagiatu, niedozwolonym będzie, według A. Kopffa jedynie wykorzystanie obrazu zindywidualizowanego, względnie obu form (wewnętrznej i zewnętrznej) złączonych z tym obrazem, nigdy jednak samych form osobno. Nie jest więc plagiatem np. wywołanie tego samego wrażenia za pomocą tych samych środków, w tej samej manierze, jeśli doprowadzi to do powstania odmiennego obrazu zindywidualizowanego⁶⁵. Autor, stosownie do zaproponowanej koncepcji bu-

⁶² Id.: *Autorskie prawa zależne...*, s. 149. Definicja ta została przez autora rozbudowana w porównaniu z zaproponowaną uprzednio, wedle której *obraz zindywidualizowany obejmuje wszystko to, co składa się na rzeczową, psychologiczną i ideologiczną treść dzieła sztuki oraz wyposażenia ich w odpowiednie, a więc wyposażenia ich w odpowiednią, a więc właściwą formę zewnętrzną i wewnętrzną* [Id.: *Dzieło plastyczne...*, s. 72].

⁶³ Ibid., s. 62.

⁶⁴ Ibid., s. 70.

⁶⁵ Autor teorii warstwowej budowy dzieła postuluje jednak wprowadzenie ochro-

dowy dzieła, opowiedział się za poglądem, że „*granica swobodnego użytkowania cudzego utworu kończy się tam, gdzie zaczyna się recypowanie obrazu zindywidualizowanego*”⁶⁶.

Koncepcja trójwarstwowej budowy utworu nie zawiera wskazania modelu wnioskowań o podobieństwie dzieł, a jedynie określenie na jakich płaszczyznach (warstwach) może takie podobieństwo zachodzić, ujawniać się, jakich może dotyczyć. Spróbujmy jednak skonstruować takie modelowe rozumowanie – da się ono bowiem z omawianej koncepcji odtworzyć.

Zgodnie z centralnym założeniem A. Kopffa przyznanie samodzielnego bytu prawnego poszczególnym warstwom wydzielonym w obrębie jednego dzieła umożliwia postrzeganie ich jako przedmiotu obrotu i prowadzi do wyjaśnienia stopnia podobieństwa dzieł jako wyniku przejmowania warstw z utworu macierzystego do dzieła nowego⁶⁷. Celem takiego zabiegu jest oddzielenie (1.) *warstw recypowanych*, czyli elementów istniejących w ramach wcześniej powstałego utworu oraz (2.) *warstw dopełniających*, czyli elementów stworzonych dzięki wysiłkowi twórczemu autora nowego dzieła. Takie rozumowanie, jako konstrukcja teoretyczna ma stworzyć możliwość ujęcia każdego dzieła jako stosunku elementów przyjętych i elementów nowych. Koncepcja analizy podobieństwa dzieł wypływająca z teorii warstwowej budowy dzieła A. Kopffa wiąże się z przyjęciem założenia wstępnego o możliwości sporządzenia rachunku podobieństw i różnic między dziełem pierwotnym a dziełem wtórnym, stąd jest ona rodzajem teorii windykacyjnej.

Mechanizm takiej oceny można by sprowadzić do następujących operacji logicznych: (1.) rozbiór dzieła na warstwy, (2.) wskazanie zawłaszczonych elementów podlegających ochronie (w obrębie wydzielonych warstw), (3.) ocena charakteru i stopnia przekształceń przejętych elementów, (4.) rozstrzygnięcie o układzie stosunków prawnych pomiędzy twórcą macierzystym a twórcą nowego dzieła (zależnym lub plagiatorem).

ny indywidualnego stylu artysty, rozumianego jako ogólniejsza cecha twórczości, która ujawnia się w większej liczbie dzieł jednego artysty, nie podaje on jednak narzędzi na precyzyjne określenie tych cech.

⁶⁶ Ibid., s. 63.

⁶⁷ Założenie to było już literaturze przedmiotu wielokrotnie krytykowane. Klowna koncepcja teoretyczna znajduje nieprzekraczalne trudności jej zastosowania w praktyce. Jak zauważyła E. Wojnicka *praktycznym skutkiem przedstawionych założeń jest przyznanie uprawnień do dzieła opracowanego dwu lub więcej twórcom. Każdy z nich występuje jako podmiot własnego prawa do tych warstw utworu, które stworzył samodzielnie* [E. Wojnicka: *Autorskie prawa zależne*, Łódź 1990, s. 30]. Istotne trudności powstają wówczas, gdy uświadomimy sobie, że autor dzieła zależnego jest na ogół w pewnym stopniu „dłużnikiem twórczym” autora, do którego dzieła sam nawiązywał. Powstaje bowiem pytanie, czy w takiej sytuacji ów trzeci twórca (a chronologicznie pierwotny) będzie mógł zgłaszać roszczenia wobec autora dzieła przetwarzającego przetworzenie?

Przedstawiony powyżej model rozumowania spotkał się z krytyką w piśmiennictwie prawniczym. Jak zauważyła E. Wojnicka, jego zastosowanie w praktyce wymaga założenia, że przejęciu (*przywłaszczeniu* czy *zapożyczeniu*) ulegają nie całe warstwy a poszczególne elementy tworzące dzieła⁶⁸. Zdaniem autorki proces porównywania dwóch dzieł oparty na wyodrębnianiu warstw jest zbyt skomplikowany wobec ograniczonych walorów poznawczych, które charakteryzują uzyskane za jego pomocą wyniki⁶⁹. Ponadto nie jest on teorią uniwersalną, gdyż nie sprawdza się – na co wskazuje sam autor – w przypadkach *dzieł sztuki bezprzedstawieniowej*⁷⁰. W praktyce więc warstwy okazują się pojęciami nieoperatywnymi i idealizującymi ze względu na zbyt szeroki zakres znaczeniowy, który został im przypisany. Ponadto dla poprawności rozstrzygnięcia spraw o plagiat, ważniejsze od określania podobieństwa warstw, wydaje się precyzyjne wskazanie przejętych i przetworzonych elementów lub fragmentów dzieła pierwotnego oraz ich prawna ocena⁷¹.

⁶⁸ Koncepcję warstwowej budowy utworu poddała krytycznej analizie E. Wojnicka, wskazując te założenia, które zdaniem autorki budzić mogą najpoważniejsze zastrzeżenia. Wskazuje ona m.in.: (1.) możliwa jest zależność między dziełami nie polegająca na przejęciu całej warstwy (jak zakładał A. Kopff), a jedynie pojedynczych elementów, (2.) wątpliwości jakie powstają przy zastosowaniu teorii w praktyce, w szczególności problem z wyodrębnieniem poszczególnych warstw, (3.) niejasny zakres pojęciowy 3 wymienionych warstw, których zamkniętych definicji w zasadzie nie da się wskazać. Ponadto należy zauważyć, że: (1.) wyciągnięcie błędnych wniosków z teorii R. Ingardena, m.in. o możliwości trafnego odczytania intencji autora w interpretacji dzieła sztuki, (2.) dokonywanie zbyt uogólnień na polu sztuki, szczególnie przez marginalizację zjawisk, które z punktu widzenia prezentowanej teorii nie dają się łatwo zakwalifikować [Ibid., s. 30-32].

⁶⁹ Por.: Ibid., s. 35-36. Autorka opracowania proponuje zastosowanie rozwiązania pośredniego pomiędzy różnymi koncepcjami. W miejsce teorii warstwowej budowy utworu E. Wojnicka proponuje dokonywanie oceny w trzech etapach, co ma prowadzić do uniknięcia jednostronności koncepcji: (1.) w niektórych przypadkach naturę dzieła zależnego poprawnie tłumaczy koncepcja integralna, zakładająca twórcze odtworzenie wartości oryginału w utworze pochodnym, (2.) niekiedy organ rozstrzygający może ograniczyć się do ogólnego wskazania przejętej warstwy, zgodnie z koncepcją trójwarstwowej budowy dzieła, (3.) w wielu sytuacjach, zmierzając do pełnego wyjaśnienia sprawy, trzeba określić przejęty element pierwowzoru, a następnie ocenić stopień twórczego przekształcenia analizowanych składników w ramach nowego utworu [Ibid., s. 37]. Wydaje się jednak, że propozycja ta posiada duży stopień abstrakcyjności i w jeszcze większym stopniu oddala nas od istoty problemu.

⁷⁰ Ibid., s. 34.

⁷¹ Amerykańska doktryna wypracowała kilka różnych odmian tzw. testu na substancjalne podobieństwo (*test for substantial similarity*), używane czasem w różnych kombinacjach przez sądy [Zob.: A. Gupta: *op.cit.*, s. 50-51; M. Szaciński: *Naruszenie autorskich dóbr osobistych w postaci plagiatu, niedozwolonych zapożyczeń oraz zniekształceń utworu*, Palestra z.6/1981, s. 29]: (1.) *abstractions test*, porównuje podobieństwo pomiędzy

Cenne w koncepcji A. Kopffa jest z całą pewnością: (1.) ustalenie, że „*dla gruntownego poznania przedmiotu praw autorskich niezbędne jest uwzględnienie analiz estetycznych*”⁷², (2.) rozróżnienie pomiędzy ideą (zarówno jako ogólnym tematem dzieła; jak również samym pomysłem przedstawienia tego tematu), a jej konkretyzacją (nazwanym obrazem zindywidualizowanym), (3.) zwrócenie uwagi na to, że idea, choć sama nie podlega ochronie jest ważnym kryterium oceny czy doszło do naruszenia cudzych praw autorskich.

Istotnym mankamentem omawianej koncepcji jest marginalizacja znaczenia bardzo charakterystycznego dla sztuki współczesnej zabiegu przejmowania fragmentu lub całości cudzego dzieła, który zostaje przeniesiony niejako fizycznie i stanowi przedmiot twórczego przekształcenia (wizualny cytat bezpośredni)⁷³. Można odnieść wrażenie, że autor, pomijając sztukę kolażu foto-

dwoma dziełami, rozumiane jako *seria abstrakcji* o wzrastającej ogólności, (2.) *patterns test*, czyli *test schematów*, sprawdza układ dzieł rozumiany jako sekwencja poszczególnych elementów jego struktury wizualnej, a także rozwój wzajemnej zależności charakteru, (3.) *extrinsic-intrinsic test*, bada podobieństwo generalnych idei oraz specyficznej ekspresji pomiędzy dwoma dziełami; chodzi tutaj o analizę specyficznych kryteriów, które mogą być wyliczone, (4.) *audience test*, opierający się na rozpoznaniu podobieństwa przez modelowego widza (tzw. *przeciętnego odbiorcy*), (5.) *critical analysis test*, polega na analizie jakościowej i ilościowej podobieństw między dziełami prowadzonej przez biegłych; (6.) *economic detriment test*, oceniający szkodę gospodarczą poniesioną przez autora dzieła oryginalnego. Według większości ze skazanych testów warunkiem stwierdzenia istotnego podobieństwa dzieł jest spełnienie w teście *total concept and feel criteria* – podobieństwo nie może być jedynie jego poczuciem. Kryterium to bierze więc pod uwagę zarówno ideę dzieła, jak również jego formalną stronę jako całość. Zestawianie podobieństw pomiędzy dziełami jest metodą pozwalającą, jak się przyjmuje, stwierdzić istnienie plagiatu. Tę metodę można zilustrować orzeczeniami zarówno polskiej, jak również obcej judykatury. Jak podaje A. Wojnicka, podobne porównawcze metody są właściwe dla orzecznictwa francuskiego posługującego się wieloznacznym terminem „*contrefaçon*” [Contrefaçon jest określeniem na proces nielegalnego duplikowania i kopiowania wartościowych rzeczy, niezależnie od tego jak określane jest ich autorstwo, Por.: A. Wojnicka: *Ochrona autorskich dóbr osobistych*, Łódź 1997, s. 131]. Proponuje się zastosowanie dwóch kryteriów ustalających czy popełniono plagiat. Pierwsze, obiektywne polega na określeniu liczby podobieństw pomiędzy porównywanymi dziełami. Drugie, subiektywne, odwołuje się do wrażenia „*deja vu*” przeciętnego czytelnika, który porównuje oba dzieła: „*jeżeli czytelnik drugiego utworu ma odczucie „deja vu” związane z wcześniejszym dziełem, oznacza to, że doszło do jego niedozwolonego naśladownictwa, ponieważ rozpoznawalne jest piątno pierwszego twórcy* [A. Wojnicka: *Ochrona autorskich...*, s. 132, [por.:] E. Wojnicka: *Autorskie prawa osobiste*, [w:] *System prawa prywatnego, tom XIII, Prawo autorskie*, (red.) Z. Radwański, Warszawa 2007, s. 247].

⁷² A. Kopff: *Dzieło sztuk plastycznych...*, s. 48.

⁷³ E. Wojnicka: *Autorskie prawa zależne...*, s. 33: bywa bowiem tak, że ktoś przejmuje [...] pewien fragment utworu dający się wskazać niejako fizycznie i czyni go przedmiotem twórczego przekształcenia.

graficznego (fotomontaż), stracił w istocie z oczu samo pojęcie dzieła sztuki w jego artystycznej różnorodności i posługując się zbytnimi uogólnieniami, niejako zapominał niezwykle istotne ruchy artystyczne z początków XX wieku⁷⁴. A. Kopff, podobnie jak i jego komentatorzy, nie dostrzegł wagi technik kolażowych, jako silnego nurtu sztuki współczesnej, domagając się „zaostżenia wymogów” w kształtowaniu granic pola wolnego naśladownictwa, co miało jego zdaniem na celu „ochronę interesów twórców w pełni oryginalnych”⁷⁵. Zauważyć należy, że od czasu powstania omawianego opracowania sztuka ewoluowała w dalszym ciągu w kierunku rozszerzania pola możliwych zapożyczeń, a kolaż stanowi jedynie ich zapowiedź, stając się w międzyczasie elementem artystycznego kanonu. Chociażby z tego względu teoria A. Kopffa wymaga gruntownej rewizji⁷⁶.

Dostrzegając te wady A. Wojciechowska przeprowadziła krytyczną analizę koncepcji A. Kopffa polegającą na przesunięciu akcentów w dyskursie na temat granic dozwolonego działania twórcy zależnego z problematyki budowy utworu na zagadnienie swobody interpretacji⁷⁷. Autorka, podążając za teorią *dzieła otwartego* R. Ingardena⁷⁸ i U. Eco⁷⁹ stwierdziła, że skoro „*dzieło jest ze swej istoty tworem otwartym na interpretację, toteż twórca zależny jest uprawniony*

⁷⁴ Kolaż jest techniką charakterystyczną dla ruchów awangardowych 20-lecia międzywojennego. Wówczas nastąpił jego największy rozwój, w szczególności w obrębie ruchu dadaistycznego. W Polsce największe dokonania na tym polu należy przypisać takim artystom jak Mieczysław Berman, Jan Maria Brzeski czy Kazimierz Podśadecki [zob. literatura: A. Turowski: *Budowniczość świata*, Kraków 2000; S. Czekalski: *Awangarda i mit racjonalizacji. Fotomontaż polski okresu dwudziestolecia międzywojennego*, Poznań 2000].

⁷⁵ A. Kopff: *Dzieło sztuk plastycznych...*, s. 49. Dzieła opierające się na kopiowaniu dzieł innych twórców A. Kopff określa za doktryną niemiecką jako *niewolniczą „twórczość”* następczą (*abhängige Nachschöpfung*). Jego zdaniem jedyny wyjątek na tym polu może być ustanowiony wedle kryterium celowościowego, jakim jest sporządzanie kopii dla celów muzealnych i konserwatorskich. Kopia kontaminacyjna lub dokonana przez rekonstruującego dzieło zaginione może być zdaniem autora nawet uznane za utwór; na tej samej zasadzie co wykonania.

⁷⁶ Koncepcję A. Kopffa z dzisiejszej perspektywy można uznać za jedną z koncepcji opartej na tradycyjnym pojmowaniu sztuki. Problem ten był wielokrotnie omawiany w literaturze przedmiotu w zachodnim piśmiennictwie prawniczym, w szczególności amerykańskim.

⁷⁷ A. Wojciechowska: *Granice swobody interpretacji w twórczości zależnej*, ZNU PWiOWI, 36/1984, s. 43-55.

⁷⁸ A. Wojciechowska zwraca uwagę na fakt, że A. Kopff dokonał błędnej interpretacji R. Ingardena, przypisując mu niesłusznie pogląd o możliwości odtworzenia jedynie słusznej intencji twórczej zawartej w dziele, gdy tym czasem filozof estetyki zakładał coś zupełnie przeciwnego [Ibid., s. 44].

⁷⁹ U. Eco: *Interpretacja i nadinterpretacja*, Kraków 1996, s. 45-66.

do swobodnej interpretacji utworu przy jak najmniejszych ograniczeniach”⁸⁰. Przed prawem autorskim stoi zatem zadanie wyznaczenia granic swobody interpretacji zarówno treściowej, jak również formalnej utworów. Taki punkt wyjścia odpowiada również problematyce plagiatu, gdyż pozwala zauważyć jak cienka granica oddziela go od twórczości zależnej i form dozwolonego użytku.

A. Wojciechowska, wychodząca od twierdzenia, że „dzieło sztuki nie jest przedmiotem materialnym, lecz intencjonalnym, tzn. konstytuowanym w intencjonalnych aktach twórcy i odbiorcy”, stwierdza, że odpowiedź na pytanie o to, jak wiele wolno interpretatorowi, sprowadza się do stwierdzenia czy został spełniony „obowiązek respektowania granic pola możliwych konkretyzacji wyznaczonych przez schemat utworu”⁸¹. Jak słusznie zauważa autorka, takie podejście, zgodne z akceptowaną w naukach humanistycznych fenomenologiczną koncepcją dzieła sztuki, nie oznacza nigdy wierności idei autora, bądź „wierności dziełu z przeświadczeniem o istnieniu jedynie słusznej interpretacji, najlepszego rozumienia utworu, jedynie właściwego wypełnienia miejsc niedookreślenia”⁸². Konfrontując swoje podejście z koncepcją A. Kopffa, autorka zauważa, że tak zwane miejsca niedookreślenia [...] występują we wszystkich warstwach utworu, a nie jak wskazywał A. Kopff jedynie w jednej, określonej warstwie. Na tej podstawie autorka kwestionuje przydatność warstwowej teorii budowy dzieła do oceny granic interpretacji w dziele zależnym, w szczególności w kontekście specyfiki dzieł sztuki współczesnej, które niejednokrotnie celowo zmierzają do zakwestionowania takiej ich struktury. Poszukując innych kryteriów oceny granic swobody interpretacji A. Wojciechowska zaproponowała przyjęcie za teorią dzieła otwartego U. Eco trzech kategorii dzieł, jako przesłanek pozwalających na ocenę czy doszło do naruszenia praw autora dzieła macierzystego. Wyróżnione zostały następujące kategorie: „(1.) dzieła, w których zakres miejsc niedookreślenia, odpowiadający polu swobody interpretacyjnej jest określony przez możliwość wypełniania gotowej, jednoznacznie uformowanej struktury utworu, (2.) dzieła, w których zakres miejsc niedookreślenia, a zatem pole swobody interpretacyjnej odbiorcy, odpowiada polu możliwości odnajdywania przez odbiorcę wielorakich wewnętrznych relacji utworu oraz wypełniania tą drogą ustalonej struktury utworu, (3.) dzieła, w których zakres miejsc niedookreślenia, odpowiadający polu swobodnej interpretacji, jest wyznaczony przez zakres możliwego współudziału odbiorcy w tworzeniu dzieła poprzez wybór ostatecznej formy utworu będącego dziełem w ruchu oraz możliwość tej struktury, jak to się dzieje w stosunku do poprzednio wymienionych dzieł”⁸³. Stosownie do

⁸⁰ Ibid., s. 43.

⁸¹ Ibid., s. 48.

⁸² Ibid., s. 48.

⁸³ Ibid., s. 52.

wskazanych grup autorka proponuje „ocenę swobody twórcy zależnego [...] uzależnić od stopnia otwartości, to znaczy od rozległości pola możliwych interpretacji dzieła”⁸⁴. To natomiast czy będziemy mieli do czynienia z dziełem samoistnym czy zależnym stosownie do przyjętej za U. Eco dialektyce wahadłowej wyznaczać będzie kryterium oryginalności rozumiane jako „zerwanie z banalnym zorganizowaniem materiału i stworzeniem nowego rodzaju organizacji, powiększającego zasób przekazywanych informacji, ale stanowi ład w stosunku do parametrów przyjętych przez nową wypowiedź. [...] Oryginalność polega bowiem na tworzeniu nowego języka, ale nigdy nie jest to język nie istniejący: twórca wprowadza moduły nieładu zorganizowanego do określonego systemu językowego, ażeby zwiększyć jego możliwości informacyjne”⁸⁵.

Koncepcja badania zależności dzieł zaproponowana przez A. Wojciechowską nie rozwiązuje wszystkich problemów, jakie dotyczą tej problematyki i jest na tyle ogólna, że trudno doszukać się w niej jednoznacznych przesłanek zaliczania dzieł do poszczególnych, wskazanych przez autorkę grup. Należy jednak zwrócić uwagę na dwa istotne punkty tej koncepcji. Po pierwsze niezwykle cenne wydaje się zasygnalizowanie różnorodności dzieł sztuki współczesnej i zwrócenie uwagi na ich otwartą na interpretację strukturę, po drugie zaś uznanie z punktu wyjścia za oczywiste, że dzieła sztuki istnieją we wzajemnym powiązaniu – są uwarunkowane przez tradycję (warunek zrozumiałości) – i jako takie podlegają nieustannej reinterpretacji. Przeniesienie ciężaru argumentacji z zagadnienia budowy dzieła na granice interpretacji umożliwia ponadto odstąpienie od tradycyjnego, rygorystycznego podejścia do autorsko-prawnej ochrony przez zwrócenie uwagi na jego ograniczające oddziaływanie na zakres swobody wypowiedzi artystycznej. Takie rozwiązanie stanowi również argument wskazujący, że dla oceny podobieństwa dzieł, jako uzasadniającego zarzut popełnienia plagiatu, niezbędne jest odróżnienie poszczególnych sposobów wykorzystywania dzieła macierzystego, jakimi są, obok plagiatu, swobodny użytek, twórczość inspirowana oraz zależna.

2. Plagiat a sztuka ludowa i folklor

Zanim zostaną omówione poszczególne formy czynienia użytku z czyjegoś utworu koniecznym jest zwrócenie uwagi na trudności kwalifikacji *sztuki ludowej* i jej wytworów. Z jednej strony bowiem uznaje się, że korzystanie z motywów

⁸⁴ Ibid., s. 54.

⁸⁵ Ibid., s. 53.

charakterystycznych dla sztuki ludowej nie jest w żaden sposób ograniczone (np. nie wymaga niczyjej zgody posługiwanie się elementami stroju ludowego). Przyjęcie takiego rozwiązania bywa jednak krytykowane, ponieważ każde dzieło ma swojego autora. Stąd, pojawia się w doktrynie propozycja, aby „*zasady dozwolonego korzystania z utworów ludowych [...] zbliżały się, co najmniej do zasad obowiązujących przy korzystaniu z dzieł, których autorsko-prawna ochrona wygasła*”⁸⁶. W praktyce życia artystycznego przyjęcie takiego założenia okazuje się jednak niewystarczające, a ponadto, w kontekście plagiatu, zmiana przyporządkowania elementu do innej grupy może okazać się niezwykle istotna. Art. 115 § 1 pr.aut. wyznacza bowiem standard ochrony autorstwa dla dzieł dających się zakwalifikować jako utwór bez względu na to czy okres prawno-autorskiej ochrony upłynął czy nie. Oznacza to, że w przypadku dzieł zaliczonych do grupy oznaczonej nr. (2) nadal możliwe jest popełnienie plagiatu, mimo iż wygasła ochrona praw majątkowych przysługujących autorowi. Autorstwo, będące jednym z praw osobistych twórcy, ze swej natury jest nieograniczone w czasie i niezbywalne (art. 16 pr.aut.). Zakwalifikowanie wytworów sztuki ludowej do grupy oznaczonej nr. (2) skutkuje nałożeniem na każdego, kto zamierza z nich skorzystać obowiązku oznaczenia autora i źródła przejmowanego fragmentu. Wynika stąd, że swobodny dostęp do elementów przynależnych domenie publicznej, uzasadniany treściową i intelektualną ciągłością twórczości artystycznej, ogranicza się do korzystania z nich w sposób określony, przy spełnieniu warunku formalnego, jakim jest jego należyte oznaczenie.

Dokonanie przyporządkowania wytworów sztuki ludowej do właściwej grupy dzieł w obrębie domeny publicznej wymaga odpowiedzi na następujące pytania: (1.) co stanowi element przynależny do zbioru motywów i wzorów sztuki ludowej?, (2.) gdzie kończy się eksploatacja tych wzorów i motywów, będąca kultywowaniem tradycji, a gdzie zaczyna się ich twórcze wykorzystanie, mogące prowadzić do powstania utworów chronionych w świetle prawa autorskiego?, (3.) czy zakres ochrony przysługujący twórcom dzieła odwołującego się do sztuki ludowej jest ograniczony przez fakt, że korzysta on z powszechnie dostępnych motywów?, i wreszcie (4.) czy spoczywający na organach władzy publicznej obowiązek wpierania działalności zmierzającej do ochrony, zachowania i rozwoju tożsamości kulturowej mniejszości, wynikający z art. 18 pkt. 2 Ustawy z 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (u.mn.et) obejmuje swoim zakresem również ochronę prawno-autorską? A także (5.) czy członkom wspólnoty, w której obrębie dane wzory zostały ukształtowane przysługują jakieś szczególne uprawnienie w zakresie ich eksploatacji?

⁸⁶ Ibid., s. 55.

O ile więc można zgodzić się z poglądem, że motywy i elementy sztuki ludowej należą do domeny publicznej, to wobec braku legalnej definicji nie przesądza to o uznaniu zakresu samego pojęcia *sztuka ludowa*, a więc nie wystarcza dla określenia warunków przypisania określonego dzieła do grupy jej wytworów. Zgodnie z rozumieniem słownikowym sztuka ludowa oznacza „*twórczość warstw społecznych, żyjących poza głównym nurtem rozwoju cywilizacji, nauki i sztuki, wykonywaną na własny użytek, z własnych potrzeb estetycznych, ściśle związaną z życiem człowieka*”⁸⁷. Przy charakterystyce wytworów sztuki ludowej wskazuje się jednocześnie na ich cechy właściwe, jakimi są: (1.) jedność twórcy i odbiorcy, (2.) anonimowość jej wytworów (twórczość zbiorowa), (3.) kryteria stylowe oparte na formie elementów składowych oraz ich układzie kompozycyjnym, (4.) powtarzalność wzorów i motywów.

Przedstawione kryteria uzasadniają zaliczenie dzieł sztuki ludowej do grupy wytworów niewypełniających ustawowych znamion utworu (art. 1 § 1 pr.aut.) i odpowiednio, nie wymagających spełnienia żadnych warunków formalnych przy ich eksploatacji. Adekwatność wskazanych kryteriów nie pozostaje jednak bezsporna. Po pierwsze dlatego, że kolektywizacja działalności intelektualnej ma zawsze pewne granice i nie każdy wytwór wykonany w jakiejś społeczności pozbawiony jest autora. Po drugie dlatego, że wobec osłabienia tradycji ujawnia się współcześnie tendencja do odrywania się poszczególnych motywów i wzorów zaliczanych do sztuki ludowej od ich pierwotnych funkcji (rytualnych, obrzędowych czy integracyjnych).

Wskazanie stanowiska doktryny odnośnie tego zagadnienia wymaga zwrócenia uwagi na zaistniałą rozbieżność terminologiczną. W artykułach i opracowaniach dotyczących tej problematyki pojawia się na ogół zamiennie ze *sztuką ludową* pojęcie *folklor*⁸⁸ (folklor w wąskim rozumieniu), gdy tymczasem

⁸⁷ K. Czubalska-Sulkiewicz (red.): *Słownik terminologiczny sztuk pięknych*, Warszawa 2003, s. 233, hasło: *sztuka ludowa*. Do sztuki ludowej zalicza się więc takie dziedziny i gatunki twórczości jak: plastyka, muzyka, tańce, legendy, podania, opowieści, bajki czy poezja. Są one niejako artystyczną stroną zwyczajów i obrzędów ludowych. Wszystkie te zjawiska były i są nierozdzielnie związane ze sobą oraz z życiem wsi. Wytwory sztuki ludowej nie są samodzielnymi dziełami sztuki, lecz zawsze pełnią określoną funkcję w życiu wsi, a ich wartość artystyczna idzie w parze ze znaczeniem użytkowym. Należy jednak zauważyć, że wobec spadku liczebności ludności obszarów wiejskich oraz homogenizacją kultur wiejskich z miejskimi zaciera się tak klarowny i jednoznaczny charakter twórczości artystycznej lokalnych społeczności.

⁸⁸ Zob.: M. Poźniak-Niedzielska: *Problemy ochrony folkloru w prawie autorskim*, PiP nr.8-9/1970, s. 325-333; Samo pojęcie *folkloru* przeszło natomiast znaczeniową ewolucję. Termin „*folklor*” wprowadził do obiegu naukowego brytyjski pisarz William Thoms w 1846 roku, określając nim najstarsze składniki kultury takie jak „pradawne zwyczaje, obyczaje, obrzędy, zabobony, ballady, przysłówia etc.” Termin ten zaczął obejmować

wedle słownikowej definicji oznacza on „tradycyjną, zwłaszcza ludową kulturę jakiejś społeczności lub jakiegoś narodu, obejmującą obyczaje, pieśni, wierzenia oraz twórczość artystyczną”⁸⁹, co sugeruje, iż jego zakres jest szerszy niż zakres pojęcia *sztuka ludowa*, która stanowi najważniejszy, choć nie jedyny z jego przejawów (folklor w szerokim rozumieniu)⁹⁰.

Na wąskie rozumienie *folkloru* przez doktrynę wskazuje M. Poźniak-Niedzielska, wedle której pojęcie to należy rozumieć wyłącznie w odniesieniu do pewnej formacji historycznej i wykluczyć z jego zakresu „*utwory tych twórców ludowych, którzy współcześnie [...] kontynuują tradycje artystyczne swego kraju lub regionu*”⁹¹. Według autorki dzieła te należy określić mianem *folklorystycznych*, i w odróżnieniu od *folkloru*, zastosować wobec nich ogólne zasady prawa au-

nie tylko kulturową płaszczyznę symboliczną, ale również elementy kultury materialnej, a więc również sztukę ludową. Wyróżnia się obecnie 3 rodzaje folkloru: (a.) tradycyjny (w postaci reliktyw dawnych praktyk), (b.) współczesny (przede wszystkim w obrębie tzw. subkultur), (c.) rekonstruowany (polegający na sytuacjach celowo zaaranżowanych) – [zob.: J. Burszta: *Słownik etnologiczny, terminy ogólne*, Warszawa/Poznań 1987, hasło: *folklor*].

⁸⁹ M. Bańko (red.): *Wielki Słownik Wyrazów Obcych* PWN, Warszawa 2005, s. 406, hasło: *folklor*.

⁹⁰ Folklor dodatkowo dotyczy praktyk utrwalonych w grupach (wzgl. społecznościach) wyodrębnionych na podstawie różnych kryteriów, np. socjohistorycznego (f. chłopski, miejski itp.), środowiskowego (f. żołnierski, przestępczy, uczniowski itp.), zawodowego (np. górniczy czy rybacy), regionalnego (góralski, kaszubski, śląski etc.), etnicznego (np. cygański lub żydowski), [por.: R. Sulima, *Folklor* [w:] *Wielka encyklopedia powszechna* PWN, Warszawa 2001-2006]. Takie szerokie ujęcie jest właściwe również dla prawa międzynarodowego. W niemających charakteru prawnego *Zaleceniach UNESCO w sprawie ochrony tradycyjnej kultury i folkloru* z 15 listopada 1989 roku wskazano, sformułowano definicję folkloru określając, iż *obejmuje on całość opartej na tradycji kreatywności wspólnoty kulturalnej, wyrażanej przez grupy lub poszczególne jednostki, oraz uznawanej jako odzwierciedlenie jej oczekiwań, jak też kulturalnej i społecznej tożsamości. Formami folkloru są między innymi: język, literatura, muzyka, taniec, gry, mity, obrzędy, obyczaje, rękodzieła, architektura i inne sztuki* [Por.: A. Przyborowska-Klimczak: *Międzynarodowa ochrona niematerialnego dziedzictwa kulturalnego*, [w:] *Problemy współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vol. III 2005, s. 7]. Szerszy zakres znaczeniowy pojęcia *folklor* w stosunku do zakresu znaczeniowego pojęcia *sztuka ludowa* został jasno ujęty w przez Zarząd Główny Stowarzyszenia Twórców Ludowych. W przygotowanej przez Zarząd analizie określono *folklor* jako *wiedzę ludu utożsamianą z całokształtem kultury ludowej [...], której podstawową cechą jest bezpośredniość i ustność przekazu pokoleniowego, anonimowość i tradycyjność wytworów*, natomiast *sztuka ludowa* odnosi się do materialnych wytworów lub wykonan opartych na tej wiedzy [Por.: *Analiza stanu współczesnej twórczości ludowej w Polsce*, opracowanie Biura Zarządu Głównego Stowarzyszenia Twórców Ludowych na zlecenie Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, 2007 r., dostępne na: <http://www.zgstl.kei.pl/dopobrania/analiza.pdf>, odczyt: 10.01.2009, godz. 17.00].

⁹¹ M. Poźniak-Niedzielska: *op.cit.*, s. 331.

torskiego, przyznając ochronę stosownie do ich *oryginalności*⁹². Cel takiego rozróżnienia wydaje się słuszny, skutkuje ono bowiem zaliczeniem do (1) ze wskazanych grup dzieł wchodzących do domeny publicznej jedynie tych wytworów sztuki ludowej (folkloru w wąskim ujęciu), którym nie można przypisać statusu utworu m.in. ze względu na brak możliwości określenia osoby ich twórcy. Wytwory te mogą być swobodnie wykorzystywane w twórczej działalności i dowolnie przetwarzane. Pewne zastrzeżenia budzi jednak samo użycie pojęć *folklor* i *folklorystyczny* oraz zawężenie znaczenia pierwszego z nich do synonimu *sztuki ludowej*. Takie zabiegi wydają się sztucznym i niepotrzebnym namnażaniem pojęć, tym bardziej, że nie znajduje to potwierdzenia w aktach normatywnych i orzecznictwie.

Bardziej zasadne wydawałoby się rozróżnienie na: *wytwory sztuki ludowej* i stosownie *utwory inspirowane sztuką ludową*. Polski ustawodawca posługując się pojęciem *sztuka ludowa* w art. 85 pr.aut. Zgodnie z jego brzmieniem (§ 1) „*każde artystyczne wykonanie utworu lub dzieła sztuki ludowej pozostaje pod ochroną niezależnie od jego wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia*”. Z kolei (§ 2), stanowiący, że „*artystycznymi wykonaniami, w rozumieniu ust. 1, są w szczególności: działania aktorów, recytatorów, dyrygentów, instrumentalistów, wokalistów, tancerzy i mimów oraz innych osób w sposób twórczy przyczyniających się do powstania wykonania*”, wprowadził wyraźne preferencje dla tych wytworów *folkloru* (w szerokim ujęciu), które można wyodrębnić za pomocą kryteriów etnologicznych (wskazuje na to przymiotnik *ludowy*), a więc wedle klasyfikacji narodowościowej, etnicznej i regionalnej.

Zagadnienie *sztuki ludowej* i *folkloru* łączy się ze statusem mniejszości narodowych i etnicznych oraz ich prawami do zachowania tradycyjnej kultury⁹³.

⁹² Ibid., s. 331.

⁹³ Ustawa z 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym, zgodnie z art.1, reguluje sprawy związane z zachowaniem i rozwojem tożsamości kulturowej mniejszości narodowych i etnicznych oraz zachowaniem i rozwojem języka regionalnego. Wprowadza ona dwie kategorie mniejszości: 1) narodową, którą jest grupa obywateli (a.) mniej liczna od pozostałej części ludności Rzeczypospolitej Polskiej, (b.) w sposób istotny odróżniająca się od pozostałych obywateli językiem, kulturą lub tradycją, (c.) i dążąca do zachowania ich odrębności, (d.) mająca świadomość własnej historycznej wspólnoty, ukierunkowując się na jej wyrażanie i ochronę, (e.) której przodkowie zamieszkiwali obecne terytorium Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej 100 lat, (f.) utożsamiająca się z narodem zorganizowanym we własnym państwie, oraz 2) etniczną, którą jest grupa polskich obywateli, do której zastosowanie znajdują pkt. (a.) do (e.), ale która nie utożsamia się z narodem zorganizowanym we własnym państwie. Za mniejszości narodowe uznaje się mniejszości: (a.) białoruską, (b.) czeską, (c.) litewską, (d.) niemiecką, (e.) ormiańską, (f.) rosyjską, (g.) słowacką, (h.) ukraińską, (i.) żydowską. Za mniejszości etniczne ustawa uznaje mniejszość (a.) karaïmską, (b.) łemkowską, (c.)

Członkowie mniejszości narodowych i etnicznych zgłaszają często roszczenia do określonych motywów ukształtowanych i utrwalonych w ich tradycji. Dotyczy to w szczególności przypadków, gdy przedmiotowym wytworom (np. wizerunkom) przypisuje się w danej społeczności określone funkcje (np. religijne)⁹⁴. W tym przypadku jednak ich ochrona nie będzie znajdowała podstaw w przepisach prawa autorskiego; nie będzie polegać na formułowaniu ogólnych zakazów ich wykorzystania ze względu na prawa ich autora, ale jedynie zakazów określonego sposobu korzystania z nich na zasadach ogólnych (np. obraza uczuć religijnych). Wobec zaniku tradycji ustanawianie prawnno-autorskiej ochrony *sztuki ludowej* czy *folkloru* stanowiłoby poważne ograniczenie swobody twórczej, prowadząc do ograniczenia żywotności jej motywów i wzorów.

Stąd, spoczywający na organach administracji państwowej obowiązek wspierania działalności zmierzającej do ochrony, zachowania i rozwoju tożsamości kulturowej mniejszości narodowych i etnicznych (art. 18 pkt. 2 u.mn. et.), podobnie jak wynikający ze zobowiązań międzynarodowych obowiązek ochrony folkloru jako formy wyrazu kulturowego (Konwencja UNESCO z dnia 20 października 2005 roku w sprawie ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego, Dz.U.07.215.1586) sprowadza się do stworzenia możliwie dogodnych uwarunkowań dla podejmowania działalności twórczej w oparciu o wskazane motywy, w szczególności przez poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności, przede wszystkim takich jak wolność wypowiedzi, infor-

romską, (d.) tatarską. Ponadto zaznaczyć należy roszczenia grup wykazujących poczucie odrębnej tożsamości, jakimi są Ślązacy oraz Kaszubi.

⁹⁴ Rzeczpospolita Polska należy do europejskich państw o najmniejszym odsetku mniejszości narodowych i etnicznych. W 2002 roku 96% obywateli zadeklarowało narodowość polską. Na naszym terytorium nie występuje zasadniczo problem tzw. ludności tubylczej, jak np. ludność indiańska w Ameryce Północnej. Zagadnienie to jest węzłowe dla państw postkolonialnych. Dla przykładu w prawnym dyskursie na temat sztuki prowadzonym w Australii podejmowany jest temat praw społeczności aborygeńskich do tradycyjnych motywów, którym przypisywana jest funkcja magiczna (związana z wierzeniami) i których używanie jest regulowane w obrębie tych społeczności dyspozycjami prawa zwyczajowego [zob.: M. Rimmer: *Four Stories about Copyright Law and Appropriation Art*, [w:] *Media and Arts Law Review*, Vol. 3, No. 4/1998, s. 180-193, [a także:] M. Rimmer: *Daubism: Copyright Law and Artistic Works*, [w:] *Murdoch University Journal of Law*, Vol. 9, No. 4/2002, [na:] http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n4/rimmer94_text.html]. Również w państwach afrykańskich istnieje silny wpływ prawa zwyczajowego na zasady korzystania z tradycyjnych motywów (folklor). Prawo zwyczajowe zastrzega bowiem możliwość wytwarzania przedmiotów w tradycyjnych technikach dla wybranych rodzin w obrębie klanów [zob.: P. Kuruk: *African customary law and the protection of folklore*, *Copyright Bulletin*, vol. XXXVI, No.2/2002, s. 4-32, [a także:] A.O.Amegatcher: *Protection of folklore by Copyright – a contradiction in terms*, *Copyright Bulletin*, vol. XXXVI, No. 2/2002, s. 33-41].

macji i komunikowania, a także przez stworzenie jednostce możliwości wyboru form wyrazu kulturowego (art. 2 pkt. 1 Konwencji UNESCO z 2005 roku), nie zaś wprowadzanie dodatkowych gwarancji ochronnych prawa autorskiego, co mogłoby przynieść skutek odwrotny od zamierzonego⁹⁵.

Art. 85 pr.aut. spełnia w tym kontekście rolę gwaranta praw wszystkich osób, które zajmują się wykonywaniem sztuki ludowej. Użyte w nim sformułowanie „*każde artystyczne wykonanie utworu lub dzieła sztuki ludowej*” wskazuje jednoznacznie na szeroki zakres określania przedmiotu regulacji, którym może być wszelka działalność wykonywana zgodnie z utrwaloną tradycją⁹⁶.

Ustawodawca zrezygnował z osobnej regulacji dotyczącej tworzenia zbiorów sztuki ludowej, jak miało to miejsce w ustawie autorskiej z 1952 roku, której art. 9 stanowił, że „*twórcy zbioru starych rękopisów, pieśni ludowych, melodii, przysłów, bajek, opowieści i innych utworów sztuki ludowej, jak również twórcy wypisów, antologii i edycji krytycznych służy prawo autorskie, jeżeli opracowanie wykazuje cechy twórczości, zwłaszcza pod względem wyboru, układu lub ustalenia tekstu*”, zastępując ją bardziej ogólnym unormowaniem art. 3 pr.aut. zgodnie, z którym „*zbiory, antologie, wybory, bazy danych spełniające cechy utworu są przedmiotem prawa autorskiego, nawet jeżeli zawierają niechronione materiały, o ile przyjęty w nich dobór, układ lub zestawienie ma twórczy charakter, bez uszczerbku dla praw do wykorzystanych utworów*”. Z porównania zakresów normowania obu przepisów wynika, że zakres ochrony przysługujący twórcom zbioru dzieł sztuki ludowej

⁹⁵ W części wprowadzającej Konwencji w sprawie ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego z 2005 roku, w osobnym punkcie zawarto pokreślenia znaczenia praw własności intelektualnej dla wspierania tych, którzy mają udział w twórczości kulturalnej. Polska nie jest sygnatariuszem Konwencji UNESCO w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturalnego z dnia 17 października 2003 r. przyjętej podczas 32 sesji Konferencji Generalnej UNESCO. Choć w *Zaleceniach w sprawie ochrony tradycyjnej kultury w folkloru* z 15 listopada 1989 roku pojawił się postulat roztoczenia ochrony prawnej, z uwzględnieniem praw własności intelektualnej i praw osób uczestniczących w działalności na rzecz folkloru, to w samym tekście Konwencji UNESCO z 2005 roku brak jego konkretyzacji.

⁹⁶ W analizie Zarządu Głównego Stowarzyszenia Plastyków Ludowych (ZG STL) z 2007 roku postulowano, aby najważniejszą rolę w rozwoju tradycji ludowej przypisać autentycznym nosicielom znajomości technologii oraz form swego regionu etnograficznego, opanowanych drogą tradycji, tzn. wyuczonych u starych mistrzów w danej wsi lub rodzinnym domu (s. 2). Jednocześnie zaproponowano, aby mistrzowie poszczególnych gałęzi sztuk plastycznych byli zweryfikowani przez ekspertów Rady Naukowej STL i otrzymywali status twórcy ludowego równy dyplomowi artysty akademickiego z analogicznymi uprawnieniami, m.in. do zwolnienia z 22% podatku VAT (s. 2) [zob.: *Analiza stanu współczesnej twórczości ludowej w Polsce*, opracowanie Biura Zarządu Głównego Stowarzyszenia Twórców Ludowych na zlecenie Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, 2007 r., dostępne na: <http://www.zgstl.kei.pl/dopobrania/analiza.pdf>, odczyt: 10.01.2009, godz. 17.00]

zyskał solidniejsze podstawy, gdyż objęte nim zostały również te wytwory, które nie stanowią utworów w rozumieniu prawa autorskiego. Równocześnie ustawodawca zastrzegł możliwość naruszenia autorskich praw do kompilowanego materiału.

Z powyższych ustaleń wynika, że na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa autorskiego wyodrębnić można dwa przypadki prawnej ochrony utworu wykorzystującego motyw *sztuki ludowej*: (1.) zbiór, antologia, wybór lub baza danych dotyczące wytworów sztuki ludowej, (2.) wykonanie utworu lub dzieła sztuki ludowej. Jak wynika z konstrukcji przepisów prawa autorskiego, w obu przypadkach występować będą istotne podobieństwa między obiema formami twórczej działalności pod względem przyznanego zakresu ochrony. W obu przypadkach autorzy takich opracowań nie mogą rościć sobie żadnych praw do oryginału, ich utwór zaś chroniony jest jedynie w odniesieniu do formy, gdy uzasadnia to oryginalność wykonania lub jeżeli *indywidualny charakter* zbioru wynika z doboru, układu lub zestawienia opracowywanego materiału. Samo umieszczenie określonych motywów sztuki ludowej we własnym dziele nie będzie oznaczało objęcia go automatycznie ochroną prawną-autorską, ale dzieło dokonujące interpretacji tych motywów nie może być ochrony zupełnie pozbawione. O przedmiotowym rozgraniczeniu decydować może jedynie wspomniane kryterium „*oryginalności*”. W takim zakresie, w jakim dane dzieło ujawnia twórczą interpretację wspomnianych motywów podlega ono ochronie przewidzianej w art. 115 § 1 pr. aut. Można zatem stwierdzić, że stosownie do wkładu twórczego autora dzieła „nawiązującego” kształtuje się jego autorska ochrona.

Wskazane konsekwencje prawne zaliczenia wytworów sztuki ludowej do jednej z grup wyróżnionych w obrębie domeny publicznej dotyczą w istocie szerszego problemu kwalifikacji podobieństwa dzieł jako konsekwencji jednego ze wskazanych w ustawie sposobów korzystania z cudzej twórczości. Stąd, aby odpowiedzieć czy w danym przypadku doszło do popełnienia plagiatu konieczne jest wykluczenie innych form użytkowania dzieł.

3. Plagiat a formy dozwolonego użytku

Dozwolony użytek w prawie autorskim wiązany jest ściśle z omawianym już pojęciem *domeny publicznej*, rozumianej jako zbiór dzieł, których wykorzystywanie – co do zasady – nie jest ograniczone prawami (przynajmniej materialnymi) innych osób. Dyskurs na temat natury domeny publicznej dotyczy również problemu tzw. *sztuki zapożyczeniowej* lub *apropriatywnej* (ang. *appropriation art*), ponieważ pojawiają się postulaty, aby w pewnym sensie uprzywilejować artystów

w zakresie możliwości korzystania z dorobku innych osób – również jeśli dzieła są objęte autorskimi prawami majątkowymi. Dla przykładu D. Lange zaproponował, aby wyodrębnić – za pomocą prawnej regulacji – osobne sposoby korzystania z cudzego dorobku twórczego, pozwalające odróżnić działania artystów od *bezpośredniego piractwa*. Pomysł ten jest godny rozważenia, jednak autor nie podaje propozycji takiego rozwiązania⁹⁷.

1. Plagiat a cytaty

Podobieństwo znamion plagiatu i cytatu sprawia, że na polu prawnej oceny zapożyczenia z dzieła innego twórcy może dochodzić do kontrowersji⁹⁸. Stąd odróżnienie obu form korzystania z cudzego dzieła przyczyni się do ustalenia zakresu znaczeniowego omawianych pojęć w praktyce.

W obecnie obowiązującym ustawodawstwie polskim, podobnie zresztą jak w ustawodawstwach europejskich⁹⁹, przewidziano możliwość korzystania

⁹⁷ Por.: D. Lange: *Reimagining the public domain*, Law and Contemporary Problems, Vol. 66/2003, s. 479.

⁹⁸ W przypadku dzieła sztuk wizualnych będziemy mieli do czynienia z cytatem szczególnego rodzaju, gdyż przedmiotem zapożyczenia nie będzie tekst, ale obraz (*cytat obrazowy*). Z punktu widzenia niniejszego opracowania interesująca będzie więc taka sytuacja, w której jedno dzieło (element cytowany) zostaje włączone do utworu (dzieła plastycznego) innego twórcy (element cytujący), niezależnie od tego czy dostało ono przedstawione we fragmencie, w całości, zostało pomniejszone czy powiększone. Jednocześnie tak rozumiany „cytat w sztuce” należy odróżnić od cytatu w rozumieniu prawa. Pierwszy ma o wiele szersze pole znaczeniowe, ponieważ może obejmować również dzieła, które nie spełniają wymagań prawnych w zakresie cytowania.

⁹⁹ Dla genezy *prawa cytatu* w polskim porządku prawnym istotne znaczenie miała jego recepcja z prawa niemieckiego, jako obowiązującego na ziemiach polskich w okresie zaborów. Pierwsza regulacja prawna dotycząca *prawa cytatu* w prawie niemieckim pochodzi z roku 1837 [*Preußischen Gesetzes zum Schutze des Eigentums an Werken der Wissenschaft und der Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung*]. Stanowiła ona, że nie jest przedrukami (na który należało uzyskać zgodę autora) dosłowne przytoczenie pojedynczych fragmentów wcześniej wydrukowanego dzieła. Już w 1870 roku dodano dodatkowe uwarunkowania legalności takiego zapożyczenia [por.: Th. Seydel: *Die Zitierfreiheit als Urheberrechtsschranke*, München 2002, s. 18-19]. Po pierwsze wskazano na konieczność samodzielności dzieła wykorzystującego cytat, po drugie zaś obowiązek wskazania autora przytaczanego fragmentu. Z konstrukcji przepisu wynikało rozróżnienie na *cytat mały* (*Kleinzitat*) oraz *cytat duży* (*Grosszitat*), który dotyczył jedynie tekstów naukowych. Czasownik *wydrukowany* zastąpiono również o wiele pojemniejszym, *opublikowany*. Regulacja ta włączona do prawa niemieckiego po zjednoczeniu państw związkowych (1871) była obowiązującym prawem również na ziemiach polskich byłego zaboru pruskiego. W 1907 roku regulacją tą objęto również fotografię, wprowadzając liczne rozwiąza-

z cudzego utworu, w sposób nie naruszający praw autorskich twórcy, bez konieczności uzyskania jego zgody, określaną jako *prawo cytatu*¹⁰⁰. Wprowadzenie takiej regulacji jest uzasadniane koniecznością ochrony dóbr, takich jak konstytucyjnie zagwarantowany *swobodny dostęp do kultury* (art. 73 *in fine*), rozumianej jako zbiór wytworów twórczej działalności wszystkich ludzi oraz *swobody twórczości artystycznej*¹⁰¹ i *krytyki naukowej*. Forma dowolnego użytku polegająca na możliwości przytaczania fragmentu cudzego utworu (bądź drobnego dzieła w całości) wywoływać może jednak kontrowersje, gdyż potencjalnie może prowadzić do konfliktu z gwarancją ochrony praw twórców (naruszać osobiste i majątkowe prawa autorskie). Cel omawianej regulacji, jakim jest pogodzenie sprzecznych interesów zdeterminował szereg warunków i okoliczności, jakie musi spełnić cy-

nia kazuistyczne [Zob.: T. Krüger: *Die Freiheit des Zitats im Multimedia-Zeitalter*, Berlin 2004, s. 10-13; M. O. Morant: *Das Zitat aus urheberrechtlicher Sicht*, Basel/Genf/München 2006, s. 14-17].

¹⁰⁰ Ustawa nie zawiera legalnej definicji cytatu. Według *Słownika Wyrazów Obcych* PWN cytatem są *słowa przytoczone dosłownie z jakiegoś tekstu lub czyjejś wypowiedzi ustnej; cytacja*. Słownik odnosi się do literackiego rozumienia tego terminu. Wydaje się nie uwzględniać możliwości wprowadzania cytatów obrazowych. Można jednak postulować rozszerzenie znaczenia tej definicji i słowo *tekst* rozumieć szeroko jako każdy *tekst kultury*, a więc również wizualne formy przekazu. W doktrynie na ogół preferowane jest słownikowe znaczenie tego pojęcia. G. Tylec [*Glosa do wyroku SN z dnia 23 listopada 2004 r.*, [w:] *OSP Rok „L”, indeks 2006, C 54, s. 255*] postuluje odróżnienie cytatu, który polega na przejęciu *elementu dzieła plastycznego, który ma charakter jednorodnej całości, aczkolwiek jest on tylko fragmentem dzieła pierwotnego* od zapożyczenia, którym będzie wykorzystanie np. „wyciętej” komputerowo postaci, bez otaczającego tę postać tła, bądź też przedstawienie kilku elementów dzieła również „wyciętych” z oryginału, bez zachowania istniejącej między tymi elementami proporcji wzajemnego ułożenia lub wielkości. Takie rozróżnienie nie wydaje się jednak przekonujące. Należy również zauważyć, że przyjmowane w piśmiennictwie prawniczym i orzecznictwie sformułowanie: *prawo cytatu* nie jest do końca precyzyjne i może okazać się mylące. Jak słusznie zauważa A. Michalak *prawo cytatu, jako część regulacji poświęconych dozwolonemu użytkowi nie kreuje żadnego prawa podmiotowego na rzecz osoby pragnącej skorzystać z fragmentu innego dzieła, jak nieraz błędnie się zakłada, lecz jest ono swoistym zezwoleniem ze strony państwa na wykorzystanie fragmentu innego dzieła* [A. Michalak: *Dozwolony użytek utworu audiowizualnego w reklamie*, *Monitor Prawniczy* nr 2/2003, [na:] http://www.monitorprawniczy.pl/index.php?cid=20&id=1130&mod=m_artykuly], czyli wyjątkiem od reguły wymagającej zgody uprawnionego (autora utworu cytowanego), a co za tym idzie wymaga od cytującego dochowania należytej staranności w ocenie czy zostały przez niego spełnione ustawowe przesłanki dozwolonego użytku, w szczególności zaś wymogi należytego oznaczenia pochodzenia cytatu i autorstwa utworu cytowanego.

¹⁰¹ Według poprzednio obowiązującej ustawy (pr.aut. z 10 lipca 1952 r.) dowolny użytek cudzego dzieła określony był bardziej ogólnie. Art. 3 § 4 stanowił, że *utworu, który ma cechy samodzielnej twórczości, chociaż podnieję do niego dał cudzy utwór, nie uważa się za opracowanie cudzego utworu*.

tujący, aby jego działanie nie było bezprawne. Cytowanie musi bowiem wpisywać się przynajmniej w jeden z ustawowo określonych sposobów takiego wykorzystania. Zgodnie z art. 29 pr.aut. „*wolno przytaczać w utworach stanowiących samoistną całość urywki rozpowszechnionych utworów lub drobne utwory całości, w zakresie uzasadnionym wyjaśnieniem, analizą krytyczną, nauczaniem lub prawami gatunku twórczości*”¹⁰². Prawodawca, z uwagi na szeroko pojęty interes społeczny odstąpił od całkowitej monopolizacji utworów (absolutyzacji prawa twórców do decydowania o możliwości korzystania ze swojego utworu), określił jednak ściśle zasady swobodnego z nich korzystania, których przekroczenie (uchybiecie) pociągać za sobą może sankcje prawne (karne i cywilne)¹⁰³.

Brak wskazania konkretnego rodzaju twórczości nakazuje przyjąć, że *prawo cytatu* dotyczy wszystkich rodzajów twórczości (zarówno dzieła literackiego, utworu muzycznego, dzieła audiowizualnego itp.), z uwzględnieniem najróżniejszych hybryd gatunkowych (np. strona internetowa, która może być pojmowana jako utwór multimedialny w szerokim znaczeniu). Warunkiem takiej legalności jest jednak twórczy charakter dzieła zawierającego cytat, co wyłącza możliwość przytaczania fragmentów w pracach nie stanowiących utworów w świetle ustawy (art. 1 pr.aut.). Innymi słowy przy braku osobistego (indywidualnego) wkładu twórczego nie możemy mówić o korzystaniu z prawa cytatu. Według orzeczenia poznańskiego Sądu Apelacyjnego „*stwierdzenie, że utwór stanowi przejaw „działalności twórczej”, oznacza, że utwór powinien stanowić rezultat działalności o charakterze kreacyjnym. Przesłanka ta, niekiedy określana jako przesłanka „oryginalności” utworu, zrealizowana jest wówczas, gdy istnieje subiektywnie nowy wytwór intelektu*”¹⁰⁴. O samoistości utworu decyduje więc wkład autorski, w postaci intelektualnej pracy, jaka była konieczna dla otrzymania określonego rezultatu. Zgodnie z orzeczeniem SN, „*jeżeli [...] mowa o cytacie plastycznym, którym posługują się takie gatunki twórczości jak pastisz, karykatura czy kolaż, to trzeba zwrócić uwagę, że powstające w ramach takich gatunków utwory, aby mogły być uznane za samodzielne, muszą na tyle zmieniać sens i sytuację przejmowanego utworu, by było wiadomo, że przedstawiają własne spojrzenie na problematykę zawartą w utworze inspirowanym i nie są zwykłym naśladownictwem*”¹⁰⁵. Podsta-

¹⁰² A. Flisek (red.): *Prawo autorskie i prasowe*, Białystok 2007, s. 18.

¹⁰³ Przyjęcie takie rozwiązania należy ocenić pozytywnie. Brak możliwości korzystania z cudzej twórczości nie tylko ograniczyłby samą sztukę, ale również zubożyłby dialog społeczny i faktyczną możliwość pełnego odbioru dzieła, łącznie z wyłączeniem możliwości komentowania wydarzeń na polu kultury. Łatwo bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której autorowi danego utworu nie jest na rękę krytyka jego twórczości, nie wydaje on więc zgody na takie wykorzystanie jego utworu.

¹⁰⁴ Wyrok z dnia 7 listopada 2007 r., Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I ACa 800/07.

¹⁰⁵ Wyrok SN z dnia 23 listopada 2004 r., I CK 232/04, OSNC 2005/11/195; OSP 2006/5.

wowym kryterium oceny wkładu autorskiego nie jest więc rozmiar przytaczanego we własnym dziele utworu, lecz ich wzajemne relacje. Jak wyraźnie wskazuje art. 29 pr.aut. w ramach cytowania cudzych utworów „*wolno przytaczać [...] urywki rozpowszechnionych utworów lub drobne utwory w całości*”. W świetle tego przepisu nie jest ważne jak istotny był dany fragment dla utworu wyjściowego (cytowanego), czy np. był sednem jego konceptu, ale podstawowe znaczenie ma to jak istotny wkład wносił do dzieła nowego (cytującego; zawierającego cytat). Jak wskazano w sentencji wyroku SN z dnia 23 listopada 2004 r. „*przytaczany utwór musi pozostawać w takiej proporcji do wkładu twórczości własnej, aby nie było wątpliwości co do tego, że powstało dzieło własne*”¹⁰⁶. Z istoty prawa cytatu wynika, że cytat nie powinien być głównym czynnikiem stanowiącym o walorze dzieła nowego oraz nie powinien być jego większością¹⁰⁷. Przy ocenie czy dany cytat spełnia te wymagania formalne należy uwzględnić przede wszystkim kontekst w jakim dany cytat występuje w utworze oraz cel w jakim został on przytoczony. Problemami praktycznymi, jakie mogą powstawać przy takiej ocenie jest kwalifikacja utworu jako *drobnego*. Czy będzie nim np. każda fotografia, rysunek czy grafika? Jak długi będzie to kawałek zapisu video? Wydaje się, że ocena będzie tu zależeć od indywidualnych cech i wyglądu takiego utworu oraz kontekstu, w jakim ten wzór zostanie zamieszczony. Tej samej natury problemem jest odpowiedź na pytanie czy dużych rozmiarów obraz zreprodukowany w małej skali i włączony do fotograficznego kolażu jako jeden z jego komponentów powinien być kwalifikowany jako utwór *drobny*? Przy rozstrzyganiu tej wątpliwości należy posłużyć się kryterium celowości. Z jednej strony bowiem słuszny jest pogląd, że cytat powinien być możliwie najmniejszy, z drugiej jednak jego wielkość powinna być zdeterminowana osiągnięciem wyznaczonego celu, jakim jest zrozumiałość nowego dzieła dla odbiorców – autor nie powinien stosować ograniczeń rozmiarów cytowanego fragmentu, jeżeli miałyby to prowadzić do zatarcia klarowności wniosków płynących z cytowania¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Wyrok SN z dnia 23 listopada 2004 r., I CK 232/04, OSNC 2005/11/195; OSP 2006/5.

¹⁰⁷ Por.: A. Wachowska: *Prezentacje multimedialne a prawo*, Rzeczpospolita 2008/9/13: autorka formułuje tezę, że *rozmiar dozwolonego cytatu nie może być na tyle duży, aby dochodziło w gruncie rzeczy do reprodukcji cudzego dzieła*. Dosłowne rozumienie tego warunku wydaje się być niezgodne ze sformułowaną zasadą cytatu, który zezwala również na przytaczanie w całości dzieł drobnych, ponadto w przypadku technik cyfrowych, dysponujących możliwościami skalowania często mamy do czynienia z faktyczną reprodukcją dzieła, ale wielokrotnie pomniejszonego.

¹⁰⁸ Por.: G. Tylec: *Glosa do wyroku SN z dnia 23 listopada 2004 r., I CK 232/04*, OSP 2006/5/54.

W piśmiennictwie prawniczym pojawiają się rozbieżne poglądy co do tego czy *prawo cytatu* ma zastosowanie do zbiorów cytatów o cechach utworu. Tymczasem w kontekście współczesnej praktyki artystycznej doniosłość tego zagadnienia systematycznie wzrasta, bowiem coraz większa liczba artystów decyduje się na uczynienie czyjejś twórczości materiałem dla własnych działań twórczych. Tej tendencji odpowiada oczekiwanie uznania faktycznej i prawnej możliwości dokonywania tego typu kreacji. Tymczasem w piśmiennictwie prawniczym rozpowszechniony jest pogląd, zgodnie, z którym dzieła składające się wyłącznie z cytatowych zapożyczeń nie spełniają ustawowego wymogu oryginalności i określona przez *prawo cytatu* możliwość korzystania z fragmentów cudzych utworów nie znajduje w ich przypadkach zastosowania¹⁰⁹. Przeciwnie zdanie wyraziła J. Hołda odnośnie *filmu kompilacyjnego (fund footage)*¹¹⁰. Autorka przyjmuje, że określany tym mianem montaż filmowy jest opracowaniem cudzego utworu (art. 2 § 1 pr.aut.), które nie wymaga zgody autora, gdyż jego powstanie opiera się na *prawie cytatu* (art. 29 § 1 pr.aut.). W świetle utrwalonego w doktrynie kierunku interpretacji przywoływanych przepisów taka interpretacja wydaje się nieuzasadniona, przede wszystkim przez zbyt szeroką interpretację przesłanki *praw gatunku twórczości*¹¹¹. O wiele bardziej przekonująca byłaby bowiem kwalifikacja

¹⁰⁹ Por.: J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie...* (2008), s. 120 i 124: autorzy wyrażają pogląd iż tworzenie antologii może być uzasadnione jedynie celem naukowym i dydaktycznym, nie zaś artystycznym. Twórczy charakter dzieła złożonego wyłącznie z cytatów budzi ich wątpliwości. Również A. Tylec [op.cit.] wyklucza taką możliwość: *Na skutek cytowania nie powstaje bowiem żadne nowe dzieło, a jedynie utwór główny, istniejący już wcześniej ubogaca swą treść o element innego utworu bądź o cały drobny utwór. Tak więc przeświadczenie osoby cytującej co do istnienia „własnego utworu” musi istnieć już przed dokonaniem zabiegu cytowania. W żadnym stopniu cytat nie może tego przeświadczenia zmieniać.* Autor stoi więc na stanowisku, iż mimo subiektywnego kryterium uznania utworu decydujące znaczenie ma wkład własny, którym nie są inne cytaty.

¹¹⁰ Por.: J. Hołda: *Found footage film. Wybrane zagadnienia prawne*, Monitor Prawniczy nr. 4/2007, [na:] http://www.monitorprawniczy.pl/index.php?cid=25&id=1857&mod=m_artykuly. *Found footage* jest to technika tworzenia dzieł audiowizualnych polegająca na zestawianiu ze sobą fragmentów dzieł innych twórców w nową całość. Wykorzystane fragmenty są na ogół krótkie, kilku- lub kilkunastosekundowe. Autorka uważa, że w przypadku tak rozumianego *filmu kompilacyjnego* nie mamy do czynienia z plagiatem ponieważ cechą charakterystyczną tego sposobu kreacji jest „świadome (wręcz „demonstracyjne”) wykorzystywanie innych utworów filmowych” oraz fakt, że „swoista swoboda cytowania należy do praw, jakimi rządzi się *fund footage*”, jako gatunek twórczości.

¹¹¹ Przypadek *found footage film* przypomina przypadek tzw. *sampli muzycznych*, które polegają na zestawianiu zapisów muzycznych i fragmentów nagrań. J. Barta oraz R. Markiewicz wskazują, że niewątpliwie generalne odwołanie się do „praw gatunku twórczości” nie legalizuje wszystkich zapożyczeń z cudzego utworu mających miejsce w nagraniach muzyki typu hip-hop – konieczne jest dodatkowe uzasadnienie przyczyn skorzystania

filmu kompilacyjnego jako utworu na podstawie art. 3 pr.aut., jako pewnego rodzaju zbioru¹¹². Zgodnie z jego treścią utworem są „*zbiory, antologie, wybory, bazy danych, o ile przyjęty w nich dobór, układ lub zestawienie ma twórczy charakter, bez uszczerbku dla praw do wykorzystanych utworów*”. W konsekwencji oznaczałoby to, że bez nadania publikacji osobistego piętna nie będzie można uznać jej za

z cytatu [J. Barta, R. Markiewicz: *op.cit.*, s. 123]. Choć autorzy nie podają jednak przykładu takiego uzasadnienia, co czyni ten postulat wieloznacznym, wydaje się, że bardzo szerokie rozumienie *praw gatunku twórczości*, jako kryterium uniwersalnego nie jest uzasadnione. Trudno bowiem jednoznacznie określić kiedy powstaje nowy gatunek i jakie cechy powinien posiadać. Odpowiedź na pytanie czy wystarczającym uzasadnieniem byłaby chęć uzyskania efektu artystycznego (aspekt subiektywny) czy też wykorzystanie utworu musiałoby wiązać się np. z treścią utworu powstającego, pozostaje otwarte. Z jednej strony autorzy podają, że *przy interpretacji tych przesłanek należy wziąć pod uwagę orzeczenie SA w Poznaniu z dnia 26 kwietnia 2000 r., wydane w związku z art. 10 ust. 1 konwencji berneńskiej dotyczącej swobody cytowania, w którym stwierdzono: „Prawo międzynarodowe, inkorporowane do systemu prawa krajowego z uwagi na art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, przyznaje w kwestii korzystania z legalnie udostępnionych dzieł także zwyczajowi charakter prawotwórczy”. [...] Cytat może również służyć wyłącznie wywołaniu zamierzonego artystycznego efektu, np. w utworze literackim lub poezji [Ibid., s. 121]. Z drugiej jednak strony poddają krytyce kryterium *praw gatunku twórczości* [Ibid., s. 123]. Zdaniem J. Barty i R. Markiewicza *sam [...] gatunek sztuki jako taki, np. „kolaż”, nie usprawiedliwia eksploatacji cudzych dzieł. Według autorów nie wystarcza w tym przypadku samo powołanie się na „prawa gatunku twórczości”. Konieczne jest bowiem nadto – jak przyjęto w orzeczeniu SN z 23 listopada 2004 r. – by powstające w ramach tych gatunków utwory „na tyle zmieniały sens i sytuację przejmowanego utworu, by było wiadomo, że przedstawiają własne spojrzenie na problematykę zawartą w utworze inspirującym i nie są zwykłym naśladownictwem. Tylko wtedy przejęcie cudzej twórczości nie wymaga zgody twórcy” [Ibid., s. 122]. W przytoczonym przez autorów orzeczeniu sąd stwierdził również, że cytowany urywek lub nawet cały drobny utwór musi pozostawać w takiej proporcji do wkładu własnego własnej twórczości, aby nie było wątpliwości co do tego, że powstało własne, samoistne dzieło [Orzeczenie SN z 23 listopada 2004 r.]*, co sugeruje, że zbiór cytatów, w sądowej ocenie nie byłby uznany za samoistny utwór.*

¹¹² Przez kompilację należy rozumieć dzieło (nie zawsze utwór w rozumieniu prawa autorskiego) będące zestawieniem lub połączeniem fragmentów dzieł innych autorów (lub niekiedy własnych), które przejawia twórczy charakter i własny, oryginalny sens. Wedle *Słownika Wyrazów Obcych* [red. M. Bańko, Warszawa 2005], *kompilacja to tekst będący połączeniem fragmentów innych tekstów lub zestawieniem wyników cudzych badań, traktowanych zwykle jako dzieło niesamodzielne, o niewielkiej wartości poznawczej*. Trudno zgodzić się drugą częścią przytoczonej definicji, a to ze względu na liczne przejawy działań twórczych wypełniających znamiona *kompilacji* o jednoznacznie twórczym charakterze. Przykładem może być *antologia*, czyli publikacja (w szerokim rozumieniu) będąca wyborem dzieł lub ich fragmentów, jednego lub wielu autorów dokonana według określonych zasad, opatrzona tytułem. W świetle przepisów prawa autorskiego warunkiem uznania kompilacji cytatów (antologii) z dzieł wielu autorów (również artystów) będzie *nadanie publikacji osobistego piętna* [J. Kolczyński: *Co wolno, czego nie wolno*, Rzeczpospolita 2002/11/18].

utwór i stosownie do takiej kwalifikacji wykorzystane fragmenty nie będą mogły być uznane za dozwolone cytaty.

Dla uznania cytatu za dozwolony konieczne jest jego oznaczenie (art. 34 pr.aut.) przez podanie autora oraz źródła¹¹³. Niedopełnienie tego obowiązku narażać będzie cytującego na zarzut popełnienia plagiatu. Odpowiednio zaś jego dopełnienie będzie wyłączało odpowiedzialność z art. 155 § 1 pr.aut. (przesłanka eksculpująca), jednak nie wykluczy innego rodzaju naruszeń. To właśnie samo oznaczenie lub jego brak, jak również sposób tego oznaczenia decydują o kwalifikacji dzieła wykorzystującego zapożyczony materiał wizualny. Zapożyczenie fragmentu lub całości warstwy wizualnej dzieła innego twórcy, nie posiadające elementów nowych będzie kopią¹¹⁴, jeżeli dokonujący go upubliczni informacje zarówno dotyczące źródła zapożyczenia (autor, dzieło) oraz samego faktu naśladowania; fałszerstwem¹¹⁵, jeżeli zostaną zatajone informacje dotyczące faktu

¹¹³ Przyjmuje się, że wymóg oznaczenia twórcy spełniony jest dopiero wtedy, kiedy w nowo powstałym dziele bez problemów można zidentyfikować, który fragment został zaczerpnięty i z jakiego źródła. W przypadku dzieła mającego charakter statyczny (np. kolaż) lub sekwencyjny (np. prezentacja filmowa) warunek oznaczenia będzie spełniony, gdy w sąsiedztwie dzieła znajdzie się stosowna informacja. Słuszne wydaje się uznanie za wystarczające dla należytego oznaczenia wskazanie nawiązania w tytule dzieła np. *Las Meninas Velasqueza* Picassa. Innego rodzaju sytuacja powstaje w przypadku dzieła multimedialnego (np. strony internetowej), w którym możliwe jest dowolne przechodzenie pomiędzy częściami prezentacji. W tym przypadku konieczne jest oddzielne oznaczenie każdego wykorzystanego fragmentu, gdyż na ogół trudno jest wskazać początek lub koniec prezentacji. Możliwy jest jednak również dodatkowy odnośnik (np. link) ze wskazaniem mapy serwisu i oznaczeniem miejsc w których znajdują się cytaty i ich charakterystyką.

¹¹⁴ Kopie powtarzają obce dzieła. W przeciwieństwie do kopii cytat obok identycznego powtórzenia innego dzieła zawiera również swoisty element twórczy stanowiący o jego istocie – będący wkładem artysty cytującego. Cytaty ponadto służą zasadniczą odmiennych celom niż kopie. Cytaty w przeciwieństwie do kopii dążą do nowej interpretacji lub nowego przedstawienia lub po prostu prowokacji i otwierają możliwość prowadzenia kreatywnego dyskursu na temat sztuki i zawartego w nowym dziele powtórzenia.

¹¹⁵ Fałszerstwo tym różni się od plagiatu, że naśladowca nie przypisuje sobie czyjegoś autorstwa tylko wprowadza w błąd do co faktycznie przez siebie wykonanego dzieła. Odróżnienie plagiatu od fałszerstwa nie zawsze wydaje się tak oczywiste. Zwłaszcza w obiegowych opiniach często myli się je, ponieważ w obu przypadkach mamy do czynienia z bezprawnym naśladownictwem. Mówi się czasem o plagiacie jako o *ukrytym fałszerstwie*. W przypadku fałszerstwa bowiem faktyczny autor dzieła przypisuje je innemu twórcy, aby tym samym podwyższyć jego wartość. Jak zauważa J. Barta *odrębną od plagiatu kategorię stanowi fałszerstwo dzieł sztuki. W tych przypadkach twórca nie przywłaszcza sobie cudzego autorstwa lecz – przeciwnie – pozbawia się świadomie własnego autorstwa, przypisując bezpośrednio lub pośrednio stworzone przez siebie utwory innemu twórcy. Przy fałszerstwie bezpośrednim utwór zostaje wyraźnie sygnowany nazwiskiem osoby innej niż faktyczny twórca. Może być to również osoba nigdy nie istniejąca; wówczas mówimy często już nie o fałszerstwie ale o mistyfikacji* [J. Barta: *op.cit.*, s. 58].

naśladownictwa przy oznaczeniu zgodnym z autorstwem wzoru; plagiatem, jeżeli zatajone zostaną zarówno informacje dotyczące źródła jak i faktu naśladowania.

2. Plagiat a dzieło inspirowane (parodia i pastisz)¹¹⁶

Doktryna wyodrębnia obok twórczości zależnej również *twórczość inspirowaną*, jako jedną z form swobodnego użytku, charakteryzując ją jako taką, dla której „*cudzy utwór stanowi jedynie podniętę do stworzenia własnego dzieła, jest impulsem twórczym, materiałem do swobodnej parafrazy, jest wykorzystywany w ramach swobodnego korzystania z cudzych dzieł*”¹¹⁷. Takie rozumienie *twórczości inspirowanej* znajduje swoją prawną podstawę w regulacji art. 2 ust. 4 pr.aut. z 1994, który stanowi, że „*za opracowanie nie uważa się utworu, który powstał w wyniku inspiracji cudzym utworem*”¹¹⁸. W piśmiennictwie prawniczym utrwalili się poglądy na temat satyry i karykatury, jako odrębnego gatunku twórczości stanowiącego modelowy przykład *twórczości inspirowanej*¹¹⁹. Prawnymi konsekwencjami określenia danego utworu jako satyryczny jest zwolnienie ich twórcy z obowiązku otrzymania zgody autora dzieła karykaturowanego na wykorzystanie jego utworu oraz swoboda cytowania¹²⁰. Samo jednak zaliczenie parodii do twórczości inspirowanej nie daje odpowiedzi na pytanie jakiego rodzaju twórczość należy zaliczyć do parodii, czy też jakie cechy musi posiadać utwór, aby można było uznać, że stanowi parodię i wreszcie jakiego rodzaju działania mieszczą się w swobodzie przyznanej parodiującemu?

¹¹⁶ J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie*, Warszawa 2008, s. 121, [por. też]: J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkański, R. Markiewicz, E. Traple: *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 348.

¹¹⁷ A. M. Niżankowska, *Prawo do integralności utworu*, Kraków 2007, s. 339, za Traple, s. 127.

¹¹⁸ Ustawodawca w ustawie autorskiej z 1994 roku zrezygnował z wcześniejszej redakcji tego przepisu, która pochodzi z 1926 roku i była niemal dosłownie powtórzona w ustawie z 1952 roku, według której *wymóg uzyskania zezwolenia nie stosuje się do dzieł, które mają cechy samodzielnej twórczości, chociaż podniętę do nich dał cudzy utwór*.

¹¹⁹ Zob.: A. Jędrzejowska: *op.cit.*, s. 114; A. Kopff: *Granice swobodnego użytkowania dzieł chronionych prawem autorskim*, ZNUJ PWiOWI z. 44/1961, s. 46 i 50; J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkański, R. Markiewicz, E. Traple: *op. cit.*, s. 206; J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie*, Warszawa 2008, s. 121; J. Barta, R. Markiewicz: *Przedmiot prawa autorskiego*, [w:] *System prawa prywatnego, tom XIII, Prawo autorskie*, (red.) Z. Radwański, Warszawa 2007, s. 40-41; J. Barta: *op. cit.*, s. 50.

¹²⁰ J. Barta i R. Markiewicz wyrażają nawet pogląd, że swoboda parodiowania oraz prawo cytatu stanowią gwarancję możliwie szerokiego zakresu swobody twórczej, por.: J. Barta i R. Markiewicz: *Prawo autorskie*, Warszawa 2008, s. 105.

Brak legalnej definicji pojęć karykatura, satyra, parodia i pastisz nakazuje odwołać się do definicji słownikowych i piśmiennictwa prawniczego¹²¹. Pozwalają one skojarzyć ze wskazanymi nazwami pewne stałe cechy, które są istotną wskazówką determinującą kwalifikację określonego dzieła, jako należącego lub nienależącego do jednego ze wskazanych gatunków. Cechy te są w istocie podstawą rozstrzygania w dyskursach sądowych, w których nie wyjaśnia się ich znaczenia¹²². Braki te częściowo pokrywa doktryna¹²³.

Przyjmuje się, że utwór parodiujący powinien być nakierowany na krytyczny dialog z utworem parodiowanym i w tym sensie posiadać cechy wypowiedzi autotematycznej; stanowić meta-wypowiedź o tematyce artystycznej. Taka

¹²¹ Słownik Wyrazów Obcych PWN podaje następujące definicje: karykatura (s. 610), to *obraz lub opis uwydatniający i wyolbrzymiający charakterystyczne cechy postaci, przedmiotów, zjawisk, aż do ich śmieszności*; parodia (s. 945), to *wypowiedź lub utwór, zwłaszcza literacki, będące ośmieszeniem jakiegoś stylu, dzieła, gatunku literackiego, czyjejś konwencji językowej. Komiczna przeróbka poważnego utworu*; pastisz (s. 949), to *dzieło plastyczne lub utwór literacki albo muzyczny, będące świadomym naśladownictwem stylu lub manieri innego twórcy, innego kierunku, innej szkoły lub epoki*; satyra (s. 1126), to *utwór literacki ośmieszający i piętnujący osoby, wady i przywary ludzkie, poglądy, obyczajowość, stosunki społeczne i polityczne; także ogół utworów o tym charakterze*. Porównanie tych pojęć prowadzi do ich odróżnienia. Mimo podobieństwa istnieją między nimi wyraźne różnice. W niemieckim piśmiennictwie prawniczym na różnice te zwracał uwagę B. von Backer: *Parodiefreiheit und Güterabwägung*, GRUR 2004, nr 2, s. 104. Najważniejszą konstatacją jest, że karykatura i satyra, w przeciwieństwie do parodii oraz pastiszu nie odnoszą się do dzieł innych twórców lecz do osób i stanów. Stąd, z interesującego nas tu punktu widzenia pojęciami właściwymi do dalszej analizy będą parodia i pastisz.

¹²² Zob.: U. Wolf: *Spötter vor Gericht. Eine vergleichende Studie zur Behandlung von Satire und Karikatur im Recht der Bundesrepublik, Frankreichs, Englands und der USA*, Frankfurt/M 1996, s. 66-67: Autor zwraca uwagę na fakt, że sędziowie ograniczają się jedynie do przywołania kryteriów rozpoznawczych satyry, takich jak wyolbrzymienie czy ostrość wypowiedzi, nie wprowadzając do dyskursu uogólniających definicji. [Por. też:] M. Spence: *Intellectual property and the problem of parody*, The Law Quarterly Review, Vol. 114/1998, s. 595: Autor wskazuje na zróżnicowanie parodii pod względem przedmiotu na który są nakierowane, przy jednoczesnym ograniczeniu dyskursu sądowego jedynie do jej rozumienia jako *zmianę funkcji lub znaczenia językowego lub artystycznego materiału*. Jego zdaniem w orzecznictwo napotyka trudności w jednoznacznym rozgraniczaniu pojęć takich jak „satyra”, „ironia”, „burleska”, „karykatura”, „trawestacja” i „parodia”, co sprawia, że wzajemne relacje pomiędzy nimi pozostają otwarte.

¹²³ Zob.: A-M. Niżankowska: *op.cit.*, s. 341. Autorka korzysta z definicji zaczerpniętej z: *Literatura polska. Przewodnik encyklopedyczny*, (red.) J. Krzyżanowski, t. II, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1985, s. 148, charakteryzując parodię jako *antyetyczne, skierowane przeciwko indywidualnej formie lub treści, potraktowanie dzieła wyjściowego, świadomą stylizacją pełniącą funkcję bądź satyryczną, obliczoną na zwalczanie i ośmieszanie przeciwnika, bądź humorystyczną, mającą żartobliwie wyolbrzymiać cechy pierwowzoru i w ten sposób pośrednio wyrazić uznanie dla jego indywidualnego i niepowtarzalnego charakteru*.

konstatacja nie przesądza jednak czy skorzystanie z odwołania do dzieła parodiowanego musi ograniczać się jedynie do zagadnień artystycznych¹²⁴. Może się bowiem zdarzyć tak, że dzieło innego twórcy wykorzystywane w parodii nie ma za przedmiot dzieła pierwotnego, ale określoną rzeczywistość kojarzoną z tym dziełem. Jak wskazują J. Barta i R. Markiewicz, „*dozwolone jest tworzenie parodii, które polega na wyjaskrawieniu i zageszczeniu cech wzorca. Jej poprawny odbiór jest możliwy tylko przy wcześniejszej znajomości utworu wyjściowego, cel zaś sprowadza się do ośmieszania, krytyki, karykatury lub żartu z utworu parodiowanego*”¹²⁵. Autorzy wskazują jednak zasadność przyjęcia za obowiązującą również w polskiej doktrynie prawa autorskiego tezy niemieckiego orzecznictwa, zgodnie z którą „*w przypadku parodii lub karykatury dopuszczalne jest pełne wykorzystanie cudzego dzieła do stworzenia nowego utworu, o ile w tym utworze widoczne jest wyrażenie „zaprzeczenie” dzieła wyjściowego, a okoliczność, że krytyczna ocena odnosi się nie do samego wykorzystania dzieła, lecz raczej do środowiska, z którym jest ono identyfikowane, nie ma tu znaczenia*”¹²⁶. Jak wynika z powyższego twórca parodii nie ma obowiązku zachowania oryginalnej wymowy dzieła parodiowanego w odniesieniu np. do okoliczności zewnętrznych jego powstania czy poglądów środowiska twórczego, w którym powstało. W tym sensie parodia może posiadać również cechy karykatury, a granicę interpretacji wyznaczać będzie ostra krytyka¹²⁷. W polskiej doktrynie ukształtował się pogląd, że „*zasada dowcipu, żartu, lecz żartu prawdziwego i pozbawionego szkodliwej złośliwości, wyznacza granicę dzieła inspirowanego*”¹²⁸. Jednakże uznaje się, że zasadą jest brak bezprawności parodii, która nie powinna być traktowana jako niedozwolona ingerencja w sferę autorskich praw osobistych ze względu na „*założone w tym gatunku kwestiono-*

¹²⁴ Zagadnienie to jest ściśle związane ze sposobem pojmowania *sztuki krytycznej*. Z jednej strony pod tym terminem rozumie się bowiem sztukę krytyczną wobec rzeczywistości, podejmującą trudne tematy, z drugiej zaś sztukę krytyczną wobec tradycji przedstawieniowej i w tym sensie autotematyczną, która poprzez krytykę mechanizmów rządzących światem sztuki podejmować może również krytykę instytucji, które taki (krytykowany) stan rzeczy (porządek) utrwalają. W obu przypadkach bowiem możemy spotkać się z wykorzystaniem, często parodystycznym dzieła innego twórcy. W tym sensie utwór parodiujący zbliża się do krytyki artystycznej, również zaliczanej do utworów inspirowanych, [por.: Ibid., s. 342].

¹²⁵ J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie*, Warszawa 2008, s. 122.

¹²⁶ Ibid., s. 122.

¹²⁷ Por.: J. Barta: *op.cit.*, s. 50: Jak wskazuje autor: w przypadku np. *literatury czy plastyki parodia lub pastisz polegają, ogólnie rzecz ujmując, na nowym, żartobliwym, czasem satyrycznym czy ośmieszającym przedstawieniu znanej z innego dzieła fabuły, treści, zdarzenia, sytuacji, których sens oraz wymowa ulegają przedstawieniu, nieraz całkowitemu odwróceniu.*

¹²⁸ A. Kopff: *Granice swobodnego użytkowania...*, s. 46 i 51.

wanie wzorca”¹²⁹. Jak słusznie podnosi się w piśmiennictwie amerykańskim postulatem de lege ferenda jest aby prawo w „analizie naruszeń prawa autorskiego liczyło się z funkcją sztuk wizualnych jako wyrazem kulturowych przemian obejmujących krytycyzm, komentarz, parodię w ramach podstawowej kodyfikacji swobodnego użytku”¹³⁰. Problem satyry jest również wzorcowy dla wyznaczania granic możliwości przekształceń czyjegoś utworu, a co za tym idzie określania granic swobody wypowiedzi twórczej w orzecznictwie i piśmiennictwie niemieckim. W wielu orzeczeniach bowiem stwierdzono, że wolność satyry jest konsekwencją szerokiego zakresu ochrony określonego przez gwarancję wolności sztuki wyrażoną przez art. 5 ust. 3 Niemieckiej Ustawy Zasadniczej (*Grundgesetz*)¹³¹. Wynika stąd, że swoboda korzystania z dzieła parodiowanego powinna być rozumiana szeroko i obejmować również możliwość wykorzystania tych samych imion bohaterów czy tytułu dzieła¹³². Parodiujący może więc zarówno cytować dzieło lub jego fragment, jak również je twórczo przetwarzać, np. „tłumaczyć” na inną technikę artystyczną.

Dla przykładu twórca *ready mades*, Marcel Duchamp w 1919 posłużył się tanią reprodukcją *Mona Lisy* Leonada da Vinci, na której domalował wąsy, a całość zatytułował L.H.O.O.Q., tworząc rodzaj intelektualnego rebusu, którego rozwiązanie nawiązuje do legendy narosłej wokół słynnego obrazu i jego autora. Jak zauważa E. Traple tego typu przetworzenia budzą istotne wątpliwości na płaszczyźnie ewentualnych naruszeń praw autorskich osobistych¹³³. Posłużenie się przez parodiującego reprodukcją całości dzieła innego twórcy lub też działanie bezpośrednio na jego reprodukcji mogłoby bowiem w pierwszej

¹²⁹ J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkalski, R. Markiewicz, E. Traple: *op. cit.*, s. 206.

¹³⁰ A. Gupta: *op. cit.*, s. 79.

¹³¹ Zob.: U. Wolf: *op. cit.*, s. 34-36.

¹³² J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie*, Warszawa 2008, s. 43, s. 68, s. 79, .

¹³³ E. Traple: *Dzieło zależne jako przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 1973, s. 36: Autorka wskazuje, że możliwości naruszenia dóbr osobistych przez dzieło inspirowane może dostarczać choćby sztuka pop-artu, której założeniem programowym jest degradacja formy i czerpanie tej formy z drugiej ręki. Stąd przetworzenie tak wybitnych dzieł jak „Mona Lisa” czy „Wolność wiodąca lud na barykady” nastąpiło w sposób odejmujący tym dziełom całe bogactwo formy, przeobrażający tę formę w ostentacyjnie ubogi schemat. Istotnie sztuka współczesna kwestionuje formę, co stanowi punkt wyjścia dla krytycznego komentarza. W literaturze anglosaskiej wskazuje się na to, że w przypadku braku wyraźnego uznania satyry jako szczególnego gatunku, twórczość określana tym mianem znajduje się na marginesie, a jej status upodabnia się do dzieł, które nie znajdują ochrony ponieważ ich walor estetyczny łączy się z funkcjonalnym [zob.: C. Fenzel: *Still Life with ‘Spark’ and ‘Sweat’: The Copyrightability of Contemporary Art in the United States and United Kingdom*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 2007, Vol. 24 Nr 2, [na:] http://www.law.arizona.edu/Journals/AJICL/AJICL2007/contents_v24n2.cfm].

kolejności wchodzić w konflikt z *prawem do integralności utworu* parodiowanego¹³⁴. W świetle poczynionych powyżej ustaleń taki zabieg wydaje się jednak dozwolony na gruncie doktryny prawa autorskiego, jako odpowiadający gatunkowi satyry. Duchamp uczynił bowiem podstawą swojego działania portret Leonarda i za pomocą stosunkowo prostego zabiegu podjął dialog z jego wcześniejszymi interpretacjami, tworząc w efekcie dzieło, które z jednej strony stanowi parodię renesansowego wizerunku, z drugiej zaś karykaturę malarza i jego modelki. Francuski dadaista otworzył tym samym drogę licznym naśladowcom, którzy idąc jego drogą prześcigali się w wariacjach na temat leonardowskiego oryginału i duchampowskiej karykatury. Przypadek Duchampa wskazuje na pokrewieństwo prawnych zagadnień cytatu i satyry (parodii czy karykatury), które można zaobserwować również w twórczości fotomontażowej wykorzystywanej od lat dwudziestych jako materiał ilustracyjny w prasie satyrycznej. Jest to szczególnie wyraźne w twórczości jednego z prekursorów tej techniki, J. Heartfielda, który tworząc anty-nazistowskie karykatury wykorzystywał niemal wyłącznie materiał wizualny stworzony przez kogoś innego (przede wszystkim propagandę nazistowską).

Jak wynika z powyższego, parodia i karykatura stanowią gatunki twórczości, które umożliwiają przełamanie prawnego monopolu autora do eksploatacji własnego utworu i stanowią szeroki margines uznania dzieł inspirowanych. Dzięki takiemu rozwiązaniu doszło do złagodzenia reżimu prawa autorskiego na rzecz swobody twórczości artystycznej. Oczywiście w wielu wypadkach granica pomiędzy plagiatem, a dziełem inspirowanym pozostaje bardzo cienka. Co do zasady za kryterium rozgraniczające utwór inspirowany od opracowania uznać należy twórcze przetworzenie elementów utworu inspirowanego oraz stopień w jakim o jego charakterze decydują własne, indywidualne elementy (dodane). Wydaje się jednak, że w przypadku satyry i karykatury kryterium dominacji elementów nowych nad przejętymi zostanie złagodzone w stosunku do przypadków dzieł cytujących o innym charakterze. W przypadku gatunków satyrycznych bowiem samo wykorzystanie najbardziej charakterystycznych elementów cudzego utworu, w których przejawia się najwyraźniej indywidualność jego twórcy i oryginalność jego pomysłu nie będą wystarczającą przesłanką do uznania takiego wytworu za plagiat, bowiem tak pojmowana „wtórność” jest ich cechą gatunkową.

¹³⁴ Por.: A.M. Nizankowska, *op. cit.*, s. 115 [oraz:] J. Serda: *Adaptacja dzieła literackiego a naruszenie autorskich dóbr osobistych jego twórcy*, ZNUJ PWiOWI 1974, z. 1, s. 353.

3. Plagiat a dzieło zależne (przeniesienie na inną technikę artystyczną)

Zagadnieniem jakie pozostaje w ścisłym związku z problematyką twórczości zależnej, inspirowanej, prowokującej pytanie o możliwość popełnienia plagiatu jest tzw. *przeniesienie* („tłumaczenie”) *na inną technikę artystyczną*. Jako mieszczące się w zakresie znaczeniowym tego pojęcia można uznać wszystkie przypadki, w których dochodzi do zmiany techniki artystycznej przy zachowaniu wyraźnych podobieństw formalnych między dziełami. A. Kopff, stosownie do opracowanej przez siebie teorii warstwowej budowy utworu, rozumiał zmianę techniki jako „wymianę” *formy zewnętrznej utworu*¹³⁵. Z kolei A. Jędrzejewska określiła dzieła powstałe w wyniku takiego przetworzenia jako „tzw. *adaptacje artystyczne, które powstają dzięki reprodukowaniu dzieła sztuki innymi środkami niż te, którymi posługiwał się twórca samoistny, np. dokonanie reprodukcji obrazu przez wyrzycie w kamieniu lub przez wykonanie miedziorytu*”¹³⁶.

W świetle obecnie obowiązujących przepisów prawa autorskiego trudno jednoznacznie rozstrzygnąć, czy wynik takiego działania należy kwalifikować jako dzieło zależne czy inspirowane. Ustawa o prawie autorskim z 1952 w art. 3 § 1 pr. aut. z 1952 roku, zaliczała ten sposób tworzenia do opracowań (twórczości zależnej) wymagając uzyskania zezwolenia twórcy oryginału jako *conditio iuris* dla jego wykonania. W prawie autorskim z 1994 roku pojawił się przepis o podobnym brzmieniu (art. 2 § 1), w którym jednak ustawodawca zrezygnował z zaliczenia *przeniesienia na inną technikę artystyczną* do opracowań¹³⁷. Okoliczność tak wyraźnej

¹³⁵ A. Kopff: *Autorskie prawa zależne...*, s. 154: Autor podawał możliwe przykłady takiego zabiegu, takie jak *przeniesienie obrazu utrwalonego za pomocą malowidła sporządzonego farbami olejnymi na miedzioryt lub wypukłą rzeźbę wykonaną przez cyzelera, utrwalenie mozaiki w postaci malowidła ustalonego farbami olejnymi lub sporządzenie witrażu na podstawie dzieła malarskiego*.

¹³⁶ A. Jędrzejewska: *op.cit.*, s. 114. Autorka z jednej strony określa wynik przeniesienia na inną technikę artystyczną jako adaptację, z drugiej jednak traktuje ją jako dzieło inspirowane a nie twórczość zależną. Jest to pewna niekonsekwencja w świetle regulacji art. 2 § 1 pr. aut.

¹³⁷ Porównanie obu przepisów wskazuje wyraźnie na zmianę w kwalifikacji prawnej *przeniesienia na inną technikę artystyczną* w świetle przepisów prawa autorskiego obowiązujących od 1994 roku. I tak art. 3 § 1. pr. aut. z 1952 roku stanowił, że *przedmiotem prawa autorskiego jest również opracowanie cudzego utworu; należą tu w szczególności: tłumaczenie, przeróbka, przeniesienie na inną technikę artystyczną, układ muzyczny, przeróbka na muzyczne instrumenty mechaniczne i przeniesienie na film*, natomiast odpowiadający mu przepis Art. 2 § 1 pr. aut. z 1994 usuwa m.in. interesującą nas strategię artystyczną: *Opracowanie cudzego utworu, w szczególności tłumaczenie, przeróbka, adaptacja, jest przedmiotem prawa autorskiego bez uszczerbku dla prawa do utworu pierwotnego*.

zmiany nakazuje rozumieć tę ingerencję prawodawcy w treść prawnej regulacji określającej kategorii twórczości zależnej, jako działanie celowe, nakierowane na usunięcie zastrzeżeń zgłaszanych przez doktrynę prawa na tym polu¹³⁸ i pozostawienie marginesu swobody dla sądowej oceny przypadków twórczości, która opiera się na takim przeniesieniu.

Okolicznością przemawiającą za zaliczeniem *tłumaczenia na inną technikę artystyczną* do twórczości inspirowanej jest to, że porównywane dzieła należą do różnych dziedzin twórczości artystycznej. Ocena prawna powinna być zatem uzależniona od pokrewieństwa zastosowanych przez obu twórców technik artystycznych. Jak słusznie bowiem zauważa A. Jędrzejowska trudno doszukiwać się popełnienia plagiatu w przypadku różnych środków wyrazu pozwalających na łatwe odróżnienie porównywanych dzieł. Zdaniem autorki w takich przypadkach będziemy mieli do czynienia z dziełem inspirowanym, a nie plagiatem¹³⁹.

Więcej wątpliwości budzi natomiast bliskość wykorzystanych technik, np. przeniesienie obrazu olejnego na techniki graficzne, ich podobny sposób recepcji sugeruje bowiem o wiele większy stopień zależności. Kwalifikacja prawna dzieła jako inspirowanego lub zależnego ma doniosłe konsekwencje na płaszczyźnie prawa autorskiego, gdyż twórca zależny jest zobowiązany wobec twórcy pierwotnego do poszanowania przysługujących mu praw autorskich osobistych poprzez: (1.) obowiązek uzyskania jego zgody na wykorzystanie dzieła pierwotnego, (2.) oznaczenie dzieła zależnego przez wskazanie autora oraz źródła zapożyczenia, (3.) rzetelnego wykorzystania dzieła pierwotnego¹⁴⁰.

¹³⁸ Dla przykładu A. Kopff wyraził pogląd o niesłusznym zaliczaniu wszystkich przejawów omawianego przeniesienia do twórczości zależnej. Zdaniem autora bowiem *przeniesienie dzieła z jednej techniki na drugą może przedstawiać się jako znaczne osiągnięcie artystyczne, a to tym bardziej, że nie polega ono wyłącznie na rozwiązywaniu problemu technicznego* [A. Kopff: *Dzieło sztuk plastycznych...*, s. 49].

¹³⁹ A. Jędrzejowska: *op.cit.*, s. 114.

¹⁴⁰ Zakres punktu (3.) jest w doktrynie sporny. Jak zauważa A. M. Niżankowska z jednej strony domniemuje się, że wyrażenie zgody na wykonanie dzieła zależnego jest jednoznaczne z zaakceptowaniem twórczych zmian w tym dziele koniecznych z punktu widzenia dokonującego opracowania, z drugiej jednak strony *problematyka obowiązku dochowania wierności dziełu pierwotnemu przez twórcę dzieła wtórnego jest jedną z najbardziej spornych kwestii tak w nauce prawa i orzecznictwie, jak w praktyce. Najczęściej bowiem przepisy ustaw autorskich odnoszą się wprost jedynie do sytuacji twórcy, którego dzieło jest udostępniane publicznie w pierwotnej postaci. Nie wspominają natomiast nic o zmianach wprowadzanych do dzieła pierwotnego przy tworzeniu dzieła zależnego, o ich dopuszczalności i akceptowalnym zakresie. Istotą wszelkich zmian dzieł zależnych jest zaś wprowadzenie twórczych zmian co najmniej w zakresie treści lub formy do dzieła wyjściowego* [Niżankowska, *op. cit.*, s. 337].

Problem relacji między dziełem zależnym, a plagiatem polega na sposobie oznaczenia dzieła i w tym sensie jest zapośredniczony przez decyzję jaką podejmie twórca w chwili jego pierwszej publikacji. Dzieło zależne, niezależnie od swojej postaci (np. adaptacja, remix, przeróbka) wymaga uzyskania zgody autora utworu, do którego nawiązuje. Taki stan rzeczy prowadzi do pytania, czy twórca zależny będzie uznany za plagiatora jeśli nie dopełni tego obowiązku? Jak wskazuje E. Wojnicka odpowiedź będzie twierdząca przy łącznym spełnieniu dwóch przesłanek. Jeżeli twórca zależny przedstawi się jako *wyłączny twórca dzieła wykazującego podobieństwa do innej pracy i jednocześnie, gdy podobieństwa te okażą się doniosłe dla uznania zależności pracy od pierwowzoru*¹⁴¹.

4. Przyczyny zbieżności dwóch dzieł

Stwierdzenie podobieństwa dzieł oraz wykluczenie pokrewnych plagiatów form użytkowania utworu innego twórcy nie jest jednak wystarczające dla sformułowania jednoznacznego wniosku, że doszło do popełnienia plagiatu. Dla takiej konkluzji wymagane jest wskazanie przyczyn tego podobieństwa, które przesądzać będą o odpowiedzialności twórcy dzieła „wtórnego”. W polskim piśmiennictwie prawniczym wskazuje się trzy możliwe przyczyny wizualnej zbieżności (podobieństwa) dzieł: (1) zbieżność wynikająca z zapożyczenia świadomego, (2) z zapożyczenia nieświadomego oraz (3) będąca wynikiem przypadkowej, tzw. podwójnej twórczości¹⁴². Wskazane warianty można odnieść również do dzieła sztuki wizualnej.

W pierwszym ze wskazanych przypadków mieścić się będą wszystkie te sytuacje, gdy cudze dzieło zostanie inkorporowane do nowego dzieła zgodnie z intencją artysty-naśladowcy, niezależnie od tego czy upubliczni ten utwór pod nazwiskiem własnym czy nazwiskiem twórcy pierwotnego. Sposób oznaczenia będzie decydował o kwalifikacji prawnej (np. plagiat lub fałszerstwo), ale wskazane przypadki łączyć będzie jednak świadomość sprawcy.

W drugim z przypadków będziemy mieć do czynienia z nieświadomą imitacją dzieła innego twórcy. Jest to rodzaj naśladownictwa wynikający z silnego osadzenia danego dzieła-pierwowzoru w podświadomości twórcy, który pod wpływem silnego wrażenia niezamierzenie korzysta z napotkanego u innego artysty wzoru wizualnego. Jest to sytuacja określana w psychologii mianem

¹⁴¹ E. Wojnicka: *Ochrona autorskich dóbr...*, s. 129.

¹⁴² Por.: J. Barta: *op. cit.*, s. 54.

kryptomnezji. Najczęściej zjawisko to tłumaczy się w odniesieniu do wspomnień, które nie są dostępne naszej świadomości (*reminiscence*), które przeciwstawia się wspomnieniom uświadomionym (*logical memories*). W takiej sytuacji może dojść do popełnienia plagiatu, jeżeli umysł nie rozpoznaje reminiscencji w powiązaniu z zespołem dookreślających ją okoliczności (czas, miejsce napotkania innego dzieła), lecz zalicza ją do nowo powstałych idei. W naukach dotyczących zasad funkcjonowania ludzkiego umysłu przyjmuje się bowiem, że świadomość człowieka nie obejmuje wszystkich bodźców w sposób zupełny. W polskiej doktrynie również określona została możliwość takiej nieświadomej inspiracji. A. Jędrzejowska wskazuje, że „z reminiscencją mamy do czynienia w przypadku utrwalenia się w pamięci twórcy cudzego dzieła w taki sposób, że pod jego wpływem tworzy on swoje dzieło, podobne do poprzedniego, będąc jednak przekonany o oryginalności swojej twórczości”¹⁴³. Autorka wyraża przekonanie, że sytuacja reminiscencji w przedstawionym powyżej rozumieniu wyłącza możliwość kwalifikacji danego zapożyczenia jako plagiatu. Zdaniem autorki nie zostaje jednak w ten sposób wyłączona wszelka odpowiedzialność naśladowcy.

Przypadek trzeci, jakim jest tzw. *twórczość podwójna*, może występować przede wszystkim w sytuacjach równoczesnego odwołania się przez twórców obu porównywanych dzieł do tych samych wzorców. Słusznym wydaje się wzięcie pod uwagę przy ocenie takiej okoliczności czy obaj twórcy nie mieli realnej szansy powzięcia wiadomości o tworzeniu przedmiotowych dzieł. W razie odpowiedzi negatywnej zachodzi duże prawdopodobieństwo, że nie doszło do popełnienia plagiatu. W takich przypadkach konieczna jest jednak duża ostrożność w formułowaniu oceny prawnej. Przypadkowa zbieżność dwóch dzieł prowadzi w istocie do sprzeczności między prawami autorskimi owych twórców. Brak jest jednoznacznego sposobu na jej rozstrzygnięcie. Z jednej strony wskazuje się na kryterium pierwszeństwa opracowania, z drugiej zaś kryterium znajomości. W pierwszym przypadku za prawowitego twórcę należy uznać tego, który jako pierwszy wykonał swoje dzieło (niekoniecznie upublicznił), w drugim zaś tego, co do którego nie zachodzi podejrzenie naśladownictwa. Oba kryteria wydają się jednak nie w pełni obiektywne. Stąd, dla badania przyczyn podobieństwa niezwykle pomocna okazuje się pomoc biegłego, która jest dodatkowo uzasadniona ogólną zasadą procesową, jaką jest spoczywający na organach obowiązek dochodzenia prawdy materialnej. Stwierdzenie podobieństwa, które jest okolicznością faktyczną, decydującą o zasadności wszczęcia postępowania wymaga ustalenia jej przyczyn w sposób możliwie dokładny. Podobny pogląd został wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 maja 1983 roku, w którym orzekł, że „ocena

¹⁴³ A. Jędrzejowska: *op. cit.*, s. 113.

*prawdziwości lub nieprawdziwości zarzutu [popęlnienia plagiatu] [...] wymaga dowodu z opinii biegłego, opartej na właściwym materiale porównawczym (pracach obu artystów). Brak tego dowodu uzasadnia zarzut oceny dowodów w sprawie przeprowadzonych jako nie czyniącej zadość wymogom art. 233 § 1 k.p.c., nie opartej bowiem na wszechstronnym rozważeniu całości materiału sprawy*¹⁴⁴. Rolą biegłego jest zatem wykluczenie błędnej kwalifikacji dzieła jako plagiatu, w sytuacji, gdy podobieństwo jest wynikiem np. równoczesnego odwołania do tych samych motywów utrwalonych w tradycji przedstawieniowej. Stawiane biegłemu przez sędziego pytanie nie powinno jednocześnie uniemożliwiać mu dokonania oceny globalnej porównywanych dzieł. Stąd, we wszystkich sytuacjach spornych powołanie biegłego powinno być regułą, a jego rola polegać na wykluczeniu przypadkowej zbieżności¹⁴⁵.

5. Wnioski

Ustanowiony w art. 115 § 1 pr.aut. prawno-karny zakaz przywłaszczania cudzego autorstwa, który w praktyce artystycznej skierowany jest przeciw nie-autoryzowanemu korzystaniu z czyjegoś dorobku twórczego stanowi zasadę wyznaczającą granicę swobody twórczości artystycznej. Innymi słowy, plagiat, rozumiany jako powtórzenie cudzego utworu, bądź jego fragmentu, bez wskazania jego faktycznego autora, stanowi bezwzględne ograniczenie wolności twórczej. Jak wynika ze specyfiki przekazu wizualnego, w przypadkach zarzutu o popełnienie plagiatu dzieła sztuki rzadko kiedy możemy mówić o klasycznych przykładach *kradzieży intelektualnej*, z jaką mamy do czynienia np. w przypadku dzieła literackiego, a częściej spotkać się można z *niedozwolonym naśladownictwem*. W większości przypadków chodzi o powtórzenie takich cech charakterystycznych dzieła jak *forma i układ dzieła*¹⁴⁶. Wynika to m.in. ze statycznego charakte-

¹⁴⁴ Wyrok z dnia 20 maja 1983 r. Sąd Najwyższy I CR 92/83.

¹⁴⁵ Jak słusznie zauważa M. Szaciński *w celu stwierdzenia plagiatu należy nie tylko ustalić podobieństwo między utworami, ale również wykazać, że plagiator znał utwór będący przedmiotem plagiatu, a to w celu wykluczenia przypadkowego podobieństwa utworów, które mogły powstać niezależnie od siebie z bezpośrednim wykorzystaniem dzieł wcześniejszych lub nawet utworów stanowiących domaine public (np. folklor)* [M. Szaciński: *op. cit.*, s. 28].

¹⁴⁶ Por.: Wyrok z dnia 20 maja 1983 r. Sąd Najwyższy I CR 92/83; jak zauważa M. Mozgawa *dla bytu przestępstwa (zarówno przywłaszczenia autorstwa jak i wprowadzenia w błąd) nie ma znaczenia to, jakiej części cudzego utworu (czy artystycznego wykonania) dotyczy zachowanie sprawcy, niewątpliwie jednak musi to być element istotny chronionego utworu (a nie np. sama idea czy stosowana metoda naukowo-badawcza)*, zob.: M. Mozgawa: *op. cit.*, s. .

ru dzieł sztuki, których percepcja, w przeciwieństwie np. do dzieła literackiego, poza nielicznymi wyjątkami, zamknięta jest w symbolicznym „tu i teraz” (ich znaczeniowej teraźniejszości). Zgodnie z przesłanką obiektywnego (zewnętrznego/wizualnego) podobieństwa o plagiacie decydować będzie natężenie tożsamości (współwystępowania) elementów istotnych w obu dziełach, a podstawa takiego ustalenia będzie miała charakter formalny (ocenny i pozaprawny)¹⁴⁷. Jednocześnie ważne jest zwrócenie uwagi na fakt, że kryterium oceny podobieństwa dzieł uznawane w orzecznictwie francuskim, odwołujące się do oceny subiektywnej, opartej na wrażeniu *deja vu* przeciętnego odbiorcy (czytelnika/widza), który porównuje oba dzieła, nie wydaje się być kryterium uniwersalnym w przypadku dzieł sztuki, ze względu na nieuwzględnianie oddziaływania tradycji artystycznej, jako zewnętrznego czynnika mogącego determinować wizualną zbieżność. Różny jest bowiem stopień przypominania, a *deja vu* odnosi się do uwarunkowań psychicznych, jak również wiedzy, co czyni go mniej operatywnym niż przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego¹⁴⁸.

Jednocześnie prawodawca mając na uwadze ograniczający skutek szerokich uprawnień prawno-autorskich dla swobody twórczości artystycznej wprowadził do obowiązującego stanu prawnego szereg okoliczności stanowiących wyjątki od zasady ogólnej wyrażonej w art. 115 § 1 pr. aut., które prowadzić mogą do złagodzenia jego rygoryzmu. Praktyka pokazuje bowiem, że o wiele częściej niż z przytaczaniem gotowych fragmentów cudzych utworów spotykamy się z sytuacją, w której stanowią one inspirację dla nowego dzieła. Dzieło pierwotne (macierzyste) nie jest przytaczane *explicite*, a jedynie w dziele nowym ujawnia się jego wyraźny ślad. To właśnie intensywność tego śladu decyduje o prawnej kwalifikacji zapożyczenia-odwołania, jako plagiatu, dzieła zależnego, cytatu lub dzieła inspirowanego. Artysta decydujący się na podjęcie twórczego dialogu z innym artystą przez odwołanie do jego utworu może więc skorzystać z jednej z określonych prawem dróg. Ponieważ bezwzględną przesłanką plagiatu jest brak oznaczenia przejętego fragmentu dzieła innego twórcy, oznacza to więc, że dla uniknięcia odpowiedzialności z art. 115 § 1 pr. aut. będzie należyte jego oznaczenie. Zasada oznaczonego korzystania z cudzego utworu nie ma jednak charakteru absolutnego i również podlega ograniczeniom, tym razem natury cywilno-prawnej¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Por.: Wyrok z dnia 20 maja 1983 r. Sąd Najwyższy I CR 92/83.

¹⁴⁸ Por.: E. Wojnicka: *Ochrona autorskich dóbr...*, s. 132.

¹⁴⁹ Zob.: wyrok SN z dnia 11 III 1980 r. w sprawie II CR 9/80. Ochrona z art. 23 dotyczy również twórczości nie spełniającej warunków bycia utworem w rozumieniu ustawy o prawie autorskim; na tej podstawie może uzyskać ochronę również intelektualny związek twórcy ze swoim dziełem w szerokim rozumieniu (por.: Z. Bidziński, J. Serda: *op.*

„PLAGIARISM AS AN IMMANENT LIMIT OF ARTISTIC FREEDOM“ PRESENTS THE MAIN PROBLEMS OF COPYRIGHTS RELATION TO THE CONTEMPORARY ARTS.

The beginning of this publication gives a brief explanation of the problem of appropriating the works of others and legal implication connected with it. This part seeks to explain the importance of the tendency in the contemporary visual arts to copy and appropriate the result of someone's else creativity, first and foremost famous and easily recognisable works.

As a rule the person, who created a specific work, owns the copyright of it. The creator is often called the author of the work. As practice shows this situation is often not that simple, especially in case with the appropriation.

The second part of this article characterises the legal institution of plagiarism and the conditions of the copyrights' protection. This chapter gives an answer of what the plagiarism is.

Plagiarism is regulated by the art. 115 of the polish copyright law. The main part of the publication provides basic information about copyrights and related rights in the context of this regulation.

This part answers the following questions: (1.) which special rules of plagiarism are relevant in case with folk art?, (2.) what is the relation between plagiarism and several forms of legal use such as quotation, inspired work and derrivated work?

This part deals in particular with the challenges concerning the protection of copyrighted works in contemporary art. Here the answer to the question 'what are the reasons of work's similarities?' is given.

The next section is dedicated to show how the authors can find and use works in the public domain as well as what the public domain is.

Copyright laws try to find a balance between the rights they give to authors and the right of the public to access and use these works. The creators also benefit from having an access and a possibility to use the works of previous authors, which inspire them and help them learn techniques, which can be used to develop new works. The public domain and copyright limitations provide this balance between the rights of authors and the rights of the public. It is important that different authors to create new works often use the works in the public

cit., s. 92-93). Prawo autorskie (art. 23 k.c.), przewiduje ochroną dobra osobistego w postaci twórczości artystycznej w o wiele szerszym rozumieniu niż prawo autorskie. Działanie takie może być bowiem uznane za bezprawne ze względu na naruszenie dóbr osobistych w rozumieniu ogólnym prawa cywilnego.

domain. When an original work is translated, adapted or changed in any other form, the new work is called a derivative work. Derivative works are also protected by copyrights, even if the original works from which they were derived are in the public domain. The person who created the derivative work is its author and owns its copyright. If someone wishes to use (reproduce, translate, adapt, etc.) a derivative work, which is protected by copyrights, must obtain permission from the author.

One of the important question of this section is: what happens in case with an anonymous work of art? One should take into consideration, that in some cases authors wish to remain anonymous or use a pseudonym in order to hide their true identity from the public. In these cases, the author still owns the copyright to his works.

The final part of the publication explains three common types of copyright infringement and how they can be avoided. Infringement takes place when a copyrighted work is used (reproduced, translated, adapted, exhibited or performed in public, distributed, broadcasted, or communicated to the public) without the permission of the right holders or under a limitation to copyright. The main copyrights infringement is plagiarism, which means the act of copying a work, wholly or partially, and then pretending to be its original author.

In conclusion some additional information is given, which includes the most important questions about the use of copyrights in the practice.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(188) 2011
Warszawa 2011

Krystyna Świącka ■

OKOLICZNOŚCI USPRAWIEDLIWIAJĄCE PUBLIKACJĘ DANYCH ZE SFERY PRYWATNOŚCI W PRAWIE POLSKIM

1. Wstęp

Koncepcja chronionej prywatności kryje w sobie sprawy związane z wolnością sumienia i wyznania, preferencji seksualnej, swobody wyrażania poglądów, nietykalność mieszkania. Nie istnieje żadna spójna i powszechnie akceptowana definicja sfery życia prywatnego. Każdej z tych sfer dotyczyło wiele orzeczeń Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Podstawą tych rozstrzygnięć był najczęściej art. 8 *Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*¹.

Konstytucja RP również nie zawiera definicji prywatności, choć w art. 47 stanowi ogólnie, że „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego”².

¹ Konwencja z 4 listopada 1950 r. sporządzona w Rzymie (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284).

Brzmienie art. 8 Konwencji: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.”

² Ochrona prawna w rozumieniu konstytucyjnym obejmuje nie tylko sferę cywilnoprawną, ale również dotyczy prawa prasowego, karnego, administracyjnego czy prawa bankowego.

Brzmienie art. 47 Konstytucji RP: każdy ma prawo do ochrony prywatnej życia prywat-

Sfera prawnie chronionej prywatności nie powinna być zasadniczo odmiennie rozumiana zakresowo w rozmaitych gałęziach prawa. Nadrzędna pozycja normy konstytucyjnej stwarza odpowiednią podstawę dla poszukiwania wspólnych, uniwersalnych elementów³. Z drugiej strony ogranicza prawo władz publicznych związane ze zbieraniem informacji o obywatelach (art. 51). Również ustawa z 29 sierpnia 1997 roku *o ochronie danych osobowych*⁴ chroni pewną autonomię człowieka, zakazując przetwarzania i gromadzenia danych, np. dotyczących jego preferencji seksualnych (art. 27), co wydaje się dotyczyć również osób publicznych. Można stąd wywnioskować, iż istnieje “przestrzeń, domena nieosiągalności” dla innych, gdzie prawo do informacji schodzi na plan dalszy.

Ochrona dóbr osobistych jest koniecznym elementem prawa w państwie demokratycznym, dzięki której zagwarantowano bezpieczeństwo co do intymności i nienaruszalności naszego życia prywatnego. Publikacje na ten temat mogą być jedynie za naszą zgodą i ze szczególnych ku temu przyczyn.

Zawód dziennikarza jest zawodem uprzywilejowanym. Ustawa Prawo prasowe zawiera szczególne przesłanki, które wyłączają (lub ograniczają) odpowiedzialność prawną dziennikarza. Przypadkiem szczególnym jest art. 14 ust. 6, który generalnie zakazuje *expressis verbis* publikowania informacji i danych dotyczących prywatnej sfery życia. Regulacja ta przewiduje dwa warunki, których wystąpienie uchyla bezprawność ingerencji w sferę prywatności: 1) jeżeli ujawnione informacje bezpośrednio wiążą się z działalnością publiczną danej osoby lub 2) gdy osoba uprawniona wyrazi na to zgodę.

Przepis ten stanowi ustawową okoliczność uchylającą odpowiedzialność dziennikarza. Nie jest zasadne zatem pomijanie tej regulacji i odwoływanie się do pozaustawowej podstawy wyłączającej bezprawność, jaką jest “uzasadniony interes społeczny” i zmuszający sędziego do każdorazowego balansowania interesu publicznego z innym konkurencyjnym interesem.

Należy też zauważyć, że ustawodawca usunął zwrot wskazujący na to, że dopuszczalne jest naruszenie prywatności, gdy “wymaga tego obrona społecznie uzasadnionego interesu”⁵. Wydaje się, iż nowelizacja wskazanego przepisu była

nego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Art. 51 Konstytucji: nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących swojej osoby.

Inne przepisy chroniące prywatność to: art. 23 i 24 k.c.; art. 14 ust. 6 pr. pras.; art. 81 pr. aut.

³ Zob. M. Safjan: Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych, “Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, z. 1, s. 232, 235;

⁴ Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.

⁵ Art. 1 pkt 5 ustawy z 11 kwietnia 1990 r. o uchyleniu kontroli publikacji i widowisk, zniesieniu organów tej kontroli oraz o zmianie ustawy Prawo prasowe, Dz.U. nr 29, poz. 173.

słuszna, zaś zwrot “uzasadniony interes” był zbyteczny i mieścił się w zadaniach prasy, jaki wynika z art. 1 pr. pras.⁶

Wydaje się, że sądy również nie do końca zmieniły swoje stanowisko, szczególnie Sąd Najwyższy, który trzyma się kontratypu “interesu publicznego” również w sprawach dotyczących ochrony prywatności⁷.

2. Pojęcie prywatności

Doktryna zgodnie podnosi trudność w zdefiniowaniu prawa do prywatności (*right of privacy*), jest to bowiem idea prawna mieszcząca w sobie wiele płaszczyzn⁸. Jest to nasz świat wewnętrzny, gdzie podejmujemy decyzje zgodnie z własną wolą, gdzie osoby trzecie nie mają wstępu. Jest to również nasz obszar wolności sumienia (swoboda w wyborze przekonań, poglądów, wyznawanej religii itp.), nietykalność mieszkania, preferencji seksualnej czy innych wyborów, decyzji dotyczących naszej prywatności. Prywatność to z jednej strony obszar decydowania o sobie samym, nasza niezależność od innych, z drugiej sfera ukrycia przed światem zewnętrznym, sfera intymności, odosobnienia, znana wyłącznie osobom najbliższym (*right to be alone*)⁹. Generalnie uznaje się, że dysponowanie przez człowieka wpływem informacji o niej samej jest istotą konstrukcji prywatności. Najczęściej definiowane pojęcie “prywatności” ma charakter

⁶ Wydaje się, że odmienne stanowisko reprezentuje: B. Kordasiewicz: Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności, “Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 1, s. 31, który nie przywiązuje wagi do nowelizacji tego przepisu. Zdaniem tego autora zmiana ta miała na celu wprowadzenie ład u konstrukcyjnego do obowiązującego uregulowania ustawowego, w celu usunięcia wątpliwości, że uzasadniony interes nie odnosi się tylko do tego dobra osobistego.

Podobnie R. Stefanicki: Cywilnoprawna ochrona prywatności osób podejmujących działania publiczne, “Studia Prawnicze” 2004, z. 1, s. 30.

⁷ Aczkolwiek odnotować można orzeczenia, które zostały rozstrzygnięte wyłącznie na podst. art. 14 ust. ust. 6 pr. pras., np. wyrok z 12 września 2001 r. (VCKN 440/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 68) w sprawie ujawnienia zarobków prezesa spółdzielni mieszkaniowej. Wyrok z 17 kwietnia 2002 r. IV CKN 925/00, OSP 2003, z. 5, poz. 60).

⁸ Zob. szerzej: K. Świąćka: Okoliczności wyłączające bezprawność naruszenia dóbr osobistych przez prasę, Warszawa 2010, s. 39 i n.

⁹ Zob. Samuel. D. Warren, Louis D. Brandeis: The Right to Privacy, Harvard Law Review 1890, s. 193 – 200. Autorom tym przypisuje się zdefiniowanie pojęcia prawa do prywatności. Przeanalizowali oni amerykańskie i brytyjskie orzecznictwo sądowe oraz doktrynę prawa cywilnego i stwierdzili, że decyzje sądów w sprawach dotyczących publikacji prasowych opisujących prywatne życie obywateli, było oparte na podstawie prawa do prywatności, nigdy *expressis verbis* nie wyrażonej, ale służącej ochronie nienaruszalnej osobowości przysługującej każdemu człowiekowi.

elastyczny i zarazem dynamiczny, co pozwala obejmować swoim zakresem nowe aspekty życia, gdy tylko taka potrzeba ochrony pojawi się w dostateczny sposób. Decydują zatem o tym potrzeby społeczne i zmieniający się stan zagrożenia sfery życia prywatnego jednostki¹⁰. Istota prywatności wiąże się z poczuciem godności każdego człowieka¹¹.

Prywatność człowieka nie polega na tym, że np. sfera intymna jest niedostępna dla innych, ale na tym, że każdy sam decyduje, jak dalece pragnie odkryć się przed innymi ludźmi¹². Prywatność jest więc zakresem naszej kontroli nad tym, co inni o nas wiedzą. Ochrona dóbr osobistych jest koniecznym elementem prawa w państwie demokratycznym, dzięki której czujemy się chronieni co do intymności i nienaruszalności swego życia prywatnego. Bez zgody osoby zainteresowanej i specjalnych ku temu przyczyn informacje na ten temat nie mogą być przedmiotem publikacji prasowej. Z istotą prywatności związane jest jej przenikanie się z innymi prawami i dobrami chronionymi, przy zachowaniu pewnej jednak autonomii poszczególnych zakresów ochrony. Prywatność jest pojęciem, które ciągle ulega ewolucji, zawierając w sobie prawo do odosobnienia, samotności, spokoju, prawo anonimowości, prawo do ochrony nazwiska, wizerunku i głosu oraz prawo do tajemnicy i poufności. Jest to zatem pojęcie wieloznaczne, wspólne dla wielu dziedzin prawnych, jak prawo cywilne, nie wykluczając prawa własności intelektualnej czy prawa konstytucyjnego, karnego, administracyjnego.

Naruszenie prywatności przez media może nastąpić poprzez fizyczne wtargnięcie reporterów w czyjeś życie i sferę prywatności, np. podglądanie kogoś w jego mieszkaniu, w szpitalu. Naruszeniem jest też rozpowszechnianie wiadomości o czyimś życiu intymnym czy też publikowanie skrótowych, manipulowa-

¹⁰ Zob. T. Kononiuk: Prywatność w mediach, "Studia Medioznawcze" 2005 nr 1, s. 33.

¹¹ Uznanie przyrodzonej godności, równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej stanowi postawę praw człowieka. Większość filozofów utożsamia godność człowieka z jego wartością w ogóle. Jest wartością podstawową, nie wymagającą żadnych definicji. Por. I. Kant: Uzasadnienie metafizyki moralności (przeł. J. Gałęcki), Warszawa 1972, s. 58.

¹² Por. M. Safjan: Prawo do ochrony życia prywatnego, [w:] Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona (pod red. L. Wiśniewskiego), Warszawa 1997, s. 127 i n. Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy (nr 42) z 1970 r. Podaje, że "prawo do prywatności wyraża się przede wszystkim w prawie do prowadzenia własnego życia z minimum ingerencji (*interference*). Obejmuje prywatne, rodzinne i domowe życie, fizyczną i psychiczną integralność, honor i reputację, prawo do tego, aby nie być przedstawionym w fałszywym świetle, do nieujawniania zarówno faktów obojętnych, jak i kłopotliwych, do zakazu publikacji bez zgody własnej wypowiedzi i wizerunku, ochronę przed ujawnianiem informacji przekazanych lub otrzymanych w warunkach poufności".

nych informacji o życiu rodzinnym. W takiej sytuacji jednostka jest publicznie określona, co rodzi poczucie krzywdy i naruszenie godności osoby ludzkiej¹³.

Ochrona prywatności konstruowana jest w obrębie prawa cywilnego, jak i prawa publicznego. Wspólny jest tutaj zakres aksjologiczny, jak i cel ochrony. Nakaz respektowania prywatności, jako podstawowego prawa osobistego, przyznany jest również w normie konstytucyjnej (w art. 47 Konstytucji) spowodowała ochronę systemową. Prawo do prywatności wyraża bowiem pewną koncepcję wolności jednostki wobec samego państwa i jego instytucji, jak i w stosunku do innych osób. Każda ingerencja publiczna musi odnosić się do danej sprawy i winna być uzależniona od celu w każdym konkretnym przypadku.

Trafnie zwrócono uwagę w piśmiennictwie¹⁴, że ujęcie konstytucyjne zawarte w art. 47, ale i art. 51 ust. 1 tego przepisu, który zawiera ogólnie ujętą gwarancję autonomii osoby (nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczącej jego osoby), powinno wpłynąć na weryfikację dotyczącą poglądów prywatności¹⁵. W tej kwestii jednym z centralnych problemów jest spór o granice dostępu do informacji związanych z daną osobą.

Należy też zauważyć, że prywatność nie podlega nigdzie ochronie absolutnej, mimo że jest wartością powszechnie akceptowaną¹⁶.

W polskiej doktrynie przyjęta została tzw. teoria sfer, której zwolennikiem był A. Kopff¹⁷. Przyjmuje ona istnienie sfery intymnej, prywatnej i dostępnej publicznie. W zależności od tego, do jakiej kategorii zaliczymy dane informacje,

¹³ Zob. T. Kononiuk: Prywatność w mediach, *Studia Medioznawcze* 2005 nr 1, s. 31.

¹⁴ M. Wild: Ochrona prywatności w prawie cywilnym (koncepcje sfer a prawo podmiotowe), „*Państwo i Prawo*” 2001, nr 4, s. 54.

¹⁵ Tak M. Safjan: Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych, „*Kwartalnik Prawa Prywatnego*” 2002, z. 1, s. 237.

¹⁶ Europejska Konwencja Praw Człowieka w art. 8 ust. 2 określa przesłanki, które mogą usprawiedliwić ingerencję władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, jak: interes bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, zapobieganie zamieszkom lub przestępczości, ochrona zdrowia i moralności, ochrona praw i wolności innych osób. Katalog ten jest wyczerpujący i inne podstawy nie mogą być przyczyną ingerencji publicznej w sferę prywatności.

Zob. stanowisko doktryny negującej absolutną ochronę prywatności: M. Safjan: *Refleksje...* op.cit. s. 239.; B. Kordasiewicz: *Cywilnoprawna...* op.cit, s. 32.

Wydaje się, że odmienne stanowisko zajmuje: P. Sut, Czy sfera intymności jest dobrem osobistym chronionym w prawie polskim?, *Palestra* 1995, nr 7-8, s. 54; tenże Ochrona sfery intymności w prawie polskim uwagi de lege lata i de lege ferenda, *RPEiS* 1994, nr 4, s. 102 i n.

¹⁷ A. Kopff: Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne), „*Studia Cywilistyczne*” 1972, t. XX, s. 3-40.

zależać będzie swoboda ich rozpowszechniania. Informacje ze sfer publicznej dotyczyć będą przede wszystkim działalności publicznej danej osoby i zachowań w tym zakresie (np. wystąpienia publiczne, udział w demonstracji). Tutaj też zaliczymy informacje zawarte w oficjalnych komunikatach urzędowych czy konferencjach prasowych¹⁸.

Zdaniem doktryny do sfery prywatności należą wiadomości, o których sama osoba decyduje, że chce je zachować w tajemnicy (np. przekonania polityczne, religijne, stan zdrowia, stan majątkowy). Jednak jest to sfera, która wzbudza również wiele kontrowersji i niejasności. Przykładowo informacje o stanie majątkowym danej osoby. Orzeczenia sądowe, w tym zakresie, zajęły stanowisko, iż dane te nie wchodzą do zakresu prywatności i mają charakter powszechnej dostępności¹⁹. Pogląd taki może budzić jednak zastrzeżenia²⁰.

Jeszcze więcej wątpliwości wzbudza oddzielenie sfery prywatnej od intymnej (tutaj niektórzy zaliczają np. stan zdrowia). Przykładem zdarzenia zakwalifikowanego do sfery intymnej było orzeczenie szwajcarskiego Sądu Federalnego dotyczące zdjęcia zabitej znanej osoby²¹. Wydaje się, iż tego typu wydarzenia, jak zamieszczanie zdjęć osób nieżywych, jest po prostu niemoralne i sprzeczne z zasadą przyzwoitości. Nie wyklucza to oczywiście prób klasyfikowania czy tworzenia nowego katalogu chronionych dóbr, np. tajemnica śmierci.

Wydaje się, iż podział na sfery teoretycznie da się uzasadnić, w praktyce jednak wzbudza wiele niejasności i wydaje się zbyteczny. Problematiczne są próby zakwalifikowania danego zdarzenia czy to do sfery prywatnej, czy intymnej. Tym bardziej, że dla każdego z nas granica ta przebiega inaczej.

A. Kopff²² opowiadał się za nienaruszalnością świata intymnego każdej osoby, niezależnie od racji, które mogłyby przeciwko temu przemawiać²³. Jed-

¹⁸ Zob. J. Barta, R. Markiewicz: *Media a dobra osobiste*, Warszawa 2009, s. 76 i n. Zob. również J. Taczkowska: *Autoryzacja wypowiedzi*, Warszawa 2008, s. 162 i n.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 19 stycznia 1987, I CR 333/86, niepubl., wyrok S.A. w Łodzi z dnia 18 lutego 1998r., I CA 38/98 [w:] J. Barta, R. Markiewicz: *Media a dobra osobiste.. op.cit.*, s. 78.

²⁰ Co słusznie zauważają J. Barta i R. Markiewicz: *op.cit.*, s. 78.

²¹ Podaję za J. Barta, R. Markiewicz: *op.cit.*, s. 92.

²² Zob. A. Kopff: *Koncepcja prawa do intymności...* *op.cit.*, s. 3-40. Autor ten operuje z natury rzeczy kryteriami nieookreślonymi, jego sposób przedstawienie prywatności jest bardzo ogólny, mało precyzyjny, co stwarza m.in. znane kłopoty z ujęciem granic pomiędzy sferami prywatności, a zwłaszcza z oddzieleniem sfery intymności (najintensywniej chronionej) od sfery ograniczonej dostępności.

²³ Przeważa pogląd o absolutnym zakazie wkraczania w sferę intymności danej osoby, zob. np. orz. SN z 13 lipca 1977, I CR 234/77. Por. też pogląd P. Suta, że prywatna sfera życia z art. 14 ust. 6 pr.pras. nie obejmuje sfery intymności, którą należy traktować jako odrębne dobro osobiste. (Czy sfera intymności jest dobrem osobistym chronionym

nak, jak zauważył M. Safjan²⁴, jest to pogląd może i szlachetny, ale mało realny, bo są jednak sytuacje, w których ujawnienie okoliczności dotyczących sfery intymnej konieczne jest do dochodzenia i ochrony praw innych osób (np. choćby w związku z ustaleniem ojcostwa, rozwodem).

O dostępności decyduje nie tyle “naturalna” właściwość czy cecha określonej informacji, ale decyzja samej osoby o zachowaniu lub też nie takiej informacji w sferze poufności. Proponowany więc przez A. Kopffa²⁵ podział na sfery dostępności (intymna, prywatna) dokonywany według zobiektywizowanych kryteriów i przypisywalności poszczególnych informacji do tak wyróżnionych sfer, nie ma więc większego znaczenia. Zatem nie treść przekazu (“obiektywna” wymowa informacji), ale wola danej osoby decyduje o dostępności informacji.

Do zakresu sfery prywatności orzecznictwo zalicza też dane osobowe, którym to poświęcona jest ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych. Wśród danych osobowych ustawa wyróżnia tzw. dane sensytywne (wrażliwe), do których zalicza pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne, filozoficzne, przynależność wyznaniową, partijną, jak również dane o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym oraz dane dotyczące skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatach karnych, a także innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym lub administracyjnym²⁶.

Przyjęty w doktrynie i judykaturze pogląd, iż osoba, która podejmuje działalność publiczną, narażona jest na wystawianie swoich poczynań przed osąd opinii publicznej i winna liczyć się z krytyką swego postępowania, nie wynika, iż taka osoba pozbawiona jest prawa do prywatności. Krytyka jej postępowania ma dotyczyć tylko tych działań, które mogą wpływać na ocenę jej działalności pub-

w prawie polskim, *Palestra* 1995 nr 7-8, s. 50 i n).

²⁴ M. Safjan: Czy prywatność jest wartością chronioną w społeczeństwie demokratycznym, *Rzeczpospolita* 1998 nr 45; tenże: *Refleksje...op.cit.*, s. 239. Autor ten sugeruje, że pojęcie sfery niedostępności należałoby zastąpić pojęciem sfery wrażliwej, szczególnie chronionej (co nie znaczy, że chronionej absolutnie). Zaznacza jednak, że pewien walor, związany z wyróżnieniem mniej lub bardziej intensywnej ochrony określonych kategorii informacji, nie powinien być podważany.

²⁵ Zob. A. Kopff: Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne), *“Studia Cywilistyczne”* 1972, t. XX, s. 3-40. Autor ten operuje z natury rzeczy kryteriami niedookreślonymi, jego sposób przedstawienia prywatności jest bardzo ogólny, mało precyzyjny, co stwarza m.in. znane kłopoty z ujęciem granic pomiędzy sferami prywatności, a zwłaszcza z oddzieleniem sfery intymności (najintensywniej chronionej) od sfery ograniczonej dostępności.

²⁶ Zob. wyrok SA w Poznaniu z 13 listopada 2001 r., I Aca 1140/2001, *Wokanda* 2002, nr 11, s. 46; wyrok SA w Poznaniu z 14 listopada 2003 r., I Aca 1062/2003, *OSA* 2005, z. 2, poz. 6.

licznej (problematyka ta będzie omówiona w dalszej części rozważań). Tak samo jak “zwykła” osoba, tak i osoba publiczna “automatycznie” nie rezygnuje ze swej prywatności²⁷. To ona sama decyduje, na ile zdarzenia ze sfery prywatności chce udostępnić na zewnątrz. Każdą decyzję należy uszanować. Inną kwestią są zasady postępowania dziennikarzy szukających sensacji, przyciągających odbiorców.

Nie wydaje się zatem zasadny pogląd, iż skutkiem popularności jest utrata prywatności. Jest to najczęściej decyzja samych zainteresowanych, którzy chcą być celebrytami²⁸.

Przykładowo jednym z pierwszych “celebrytów” był A. Einstein, w czasach, kiedy “porządni” ludzie unikali rozgłosu. Jego wielka popularność wynikała z wielu aspektów. Przede wszystkim zauważano, że nie jest “bezbarwnym molem książkowym ani kostycznym akademikiem”²⁹. Jednak Einstein mimo, że narzekał na rozgłos, w rzeczywistości brał udział w wystąpieniach publicznych. Gdyby rzeczywiście tego nie chciał, mógłby łatwo uniknąć tych wszystkich wywiadów, zdjęć, ale geniusz kochał popularność (mimo, że uważał, iż sława oglupia).

Rozszerza się ingerencja mediów. Często media usprawiedliwiają dobrem publicznym to, co naprawdę nim nie jest. Trzeba bowiem wiedzieć, kiedy można przekroczyć granice prywatności.

Okoliczności wyłączające bezprawność w sytuacji wkroczenia w obszar poufności bez zgody danej osoby, na przykład związanymi z wolnością prasy, będą regulowały wyraźne przepisy ustawy zezwalające na takie naruszenia dobra (art. 14 ust. 6 pr.pras.). W takiej sytuacji decydującą rolę odgrywać będzie z natury rzeczy obiektywna kwalifikacja danej informacji, a nie podmiotowe kryterium, odwołujące się do woli danej jednostki. W tej sytuacji podział na informacje prywatne i dotyczące sfery intymnej, co do której ochrona jest bardziej intensywna, wydaje się, nie odgrywa większej roli przy ocenie bezprawności.

Prywatność jest chyba obecnie najbardziej zagrożonym przez media dobrem, co jest związane z szukaniem sensacji, skandali. Wtargnięcie w ogóle w sferę prywatności wydaje się niezasadne, jeżeli nie ma ku temu wyraźnej podstawy prawnej. Nasza ciekawość i szukanie “*news*” dziennikarskiego nie uzasadnia opisywania jakiegokolwiek “wycinka” z życia znanych osób (aktorów, prezenterów radiowo-telewizyjnych, polityków itd.).

²⁷ Jedynym wyjątkiem, co do ingerencji w prywatność osób publicznych, można argumentować na rzecz najważniejszych osób w państwie, np. stan zdrowia prezydenta.

²⁸ Przykładowo w świecie artystycznym są osoby, które mimo wykonywanego zawodu zachowują prywatność (np. piosenkarka E. Bartosiewicz).

²⁹ W. Isaacson: Einstein. Jego życie, jego wszechświat. Warszawa 2010, s. 266.

Koncepcja, zaproponowana przez A. Kopffa dotycząca oddzielenia sfery intymnej od prywatnej, przyjęta przez orzecznictwo, wydaje się, jest nie do zaakceptowania. Przykładem może być sprawa ujawnienia przez dziennikarza wiadomości, iż powódka (obecnie mężatka) była wcześniej prostytutką. Oczywiście jest, że fakt prawdziwości nie wyłącza odpowiedzialności dziennikarza. Argumentacja zaś sądu, że sfera intymna podlega pełnej ochronie prawnej, a sfera prywatna nie, jest bezzasadna. Bo czy zakwalifikowanie pracy powódki jako prostytutki, po prostu, do sfery prywatności, osłabiłoby jej ochronę? Czy zaspokojenie zainteresowania społecznego życiem innych osób, usprawiedliwia taką publikację? W uzasadnieniu czytamy, iż sfera prywatna łączy się niekiedy ze sferą powszechnej dostępności, w której istotną rolę odgrywa kryterium “usprawiedliwionego zainteresowania”³⁰. Odwołuje się przy tym do art. 14 ust. 6 pr. pras., argumentując, że nie obejmuje on sfery intymnej³¹. Nie można z tym absolutnie się zgodzić. Nie ma znaczenia, jak intymne wiadomości z życia prywatnego chcemy ujawnić. Istotne jest, czy mają one związek bezpośredni (a nie nawet pośredni) z działalnością publiczną danej osoby. W wyżej wymienionym przypadku o takiej ewentualności w ogóle być mowy nie może.

Pojęcie prywatności nie zostało również zdefiniowane w orzecznictwie *Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, a zakres tego pojęcia jest bardzo szeroki. Na podstawie prawa do prywatności rozstrzygano także problemy dotyczące naruszenia prywatności poprzez korzystanie z równie ważnej wolności, jaką jest wolność słowa (art. 10 *Konwencji*). W każdej ze spraw Trybunał musiał zbadać, czy restrykcje nałożone na prawo do prywatności były zgodne z prawem, tj. czy ograniczenia były zgodne z sytuacjami wyliczonymi w art. 8 § 2 *Konwencji*³², czy ogra-

³⁰ Dodatkowo należy również sprzeciwić się kryterium “usprawiedliwionego zainteresowania” przyjęte w orzecznictwie i doktrynie (za orzecznictwem Trybunału Europejskiego w Strasburgu), bez podania zakresu znaczeniowego tego pojęcia. Oczywiście pewne kwestie mogą i są przedmiotem zainteresowania publicznego. Mieścić się będzie tutaj uprawnienie prasy do żądania informacji związane z jawnością życia publicznego i realizowane w stosunku do organów władzy publicznej, czy osób pełniących funkcje publiczne. Wynika to z celu zadań prasy.

³¹ Wyrok SN z dnia 11 marca 1986 r., I CR 4/86, OSPiKA 1987, poz. 86, z głosem A. Kopffa (OSPiKA 1987, poz. 4, s. 181) oraz tego autora: Koncepcja... op.cit., s. 32 i n.

³² Brzmienie art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r.: “1. Każdy ma prawo do poszanowania swego życia prywatnego i rodzinnego, swego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.” (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284).

niczenie to było nałożone przez prawo krajowe zgodnie z procedurami, czy przepis był wystarczająco przejrzysty i łatwo dostępny oraz czy sposób ograniczenia był proporcjonalny do osiągnięcia zamierzonego celu. Trybunał skupiał się na ocenie naruszenia, czy w danym państwie istniały instrumenty ochrony prywatności dostępne dla skarżącego, w tym również za taki instrument uznawana jest jakakolwiek forma odszkodowania, która wynagradza naruszenie³³.

W sprawie *Von Hannover przeciwko Niemcom*³⁴, gdzie skarżącą była księżniczka występująca o ochronę swej prywatności z powodu ciągłego prześladowania przez paparazzich oraz pojawiania się publikacji niezwiązanych z jej życiem publicznym. Trybunał stwierdził, że ochrona prywatności ma szczególną doniosłość przede wszystkim z punktu widzenia rozwoju osobowości każdego człowieka. Z tego powodu rozwinął on potoczny sens pojęcia „prywatność”, wychodząc poza ramy stosunków rodzinnych, a włączając do nich również stosunki towarzyskie. Artykuł 8 Konwencji chroni przede wszystkim jednostkę przed arbitralnymi działaniami władz publicznych i nakierowany jest w większym stopniu na ochronę interesów indywidualnych niż zbiorowych³⁵.

Sprawa *PG i JH przeciwko Wielkiej Brytanii*³⁶ była kolejnym krokiem w definiowaniu prywatności. Trybunał nawiązał tam do racjonalnych oczekiwań co do prywatności w ocenie czy dana sytuacja posiada prywatny charakter. Jako przykład podano ocenę sytuacji, że zachowania osoby znajdującej się w tłumie nie można traktować jako noszące znamiona prywatności przez racjonalnie myślącego członka społeczeństwa. W sprawie *Halford przeciwko Wielkiej Brytanii*³⁷ Trybunał również nawiązał do koncepcji racjonalnych oczekiwań, uznając, że skarżąca miała prawo sądzić, iż jej rozmowa telefoniczna wykonana na posterunku policji miała charakter prywatny, wobec czego policja nie mogła skorzystać

³³ M. Tugendhat, QC, I. Christie: The law of privacy and the media... op.cit., s. 422.

³⁴ *Von Hannover przeciwko Niemcom*, skarga nr 59320/00 (ETPC z 24 czerwca 2004).

³⁵ Zob. orzeczn. *X i Y przeciwko Netherlands*, skarga nr 8978/80, seria A nr 91 (ETPC z 26 marca 1985) 8 EHRR 235, w którym uznano, iż fizyczna i psychiczna integralność, łącznie z jej życiem seksualnym jest częścią życia prywatnego. Dlatego wymagane są szczególnie ważne względy, aby władze publiczne mogły w życie prywatne ingerować. Prawo do poszanowania życia prywatnego nie rozciąga się jednak na stosunki seksualne uprawiane zawodowo za wynagrodzeniem. Niektóre strony życia seksualnego mogą być przedmiotem takiej ingerencji z uwagi na konieczność ochrony moralności publicznej lub zdrowia dzieci i młodzieży. Podobnie: sprawa *Norris przeciwko Irlandii*, seria A 142 (ETPC z 26 października 1988), skarga nr 10581/83.

³⁶ *P.G. i J.H. przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 44787/98, ECHR 2001 - IX

³⁷ *Halford przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 20605/92 (ETPC z 25 czerwca 1997), Reports 1997 - III.

z informacji powziętych nielegalnie. Jako sferę prywatną Trybunał również uznał monitoring wykonany przez policję lub instytucje zajmujące się ochroną. Dlatego jakkolwiek użytek w celu innym niż ochrona osób, mienia lub społeczeństwa przez policję będzie naruszał artykuł 8 Konwencji. Wspomnieć także należy sprawę *Niemietz przeciwko Niemcom*³⁸, która dotyczyła legalności korzystania z podsłuchów przez pracodawcę. Jeden z sędziów Trybunału stwierdził, iż czynności wykonywane w pracy, w razie wątpliwości, będą miały charakter prywatny, gdy rozgrywają się w miejscu, do którego dostęp nie jest powszechny. Trybunał uznał, że miejsce pracy w tym przypadku należało do sfery prywatności, gdyż tam również rozwija się kontakty z innymi ludźmi, a prawo do prywatności chroni jednostkę właśnie po to, by bez obaw nawiązywała i rozwijała swoje kontakty z innymi osobami.

Wszelkie ograniczanie dostępu do informacji lub prawa ich publikacji wzbudzać będą sprzeciw i traktowane będzie jako działanie niesłuszne, które prowadzi do wprowadzania specyficznej cenzury obyczajowej czy też politycznej. Czy w ogóle możliwe jest wprowadzenie hierarchii wartości? Media coraz częściej nie występują w interesie publicznym, lecz zbierają informacje sensacyjne. Czy w interesie publicznym jest przekazywanie społeczeństwu informacji dotyczących rzekomych romansów głowy państwa, nagromadzenie pikantnych szczegółów naruszających zasady przyzwoitości? Sam sposób przekazania informacji jest bardzo ważny i świadczy, czy mamy do czynienia z rzetelną informacją.

Prasa w swojej działalności niekiedy jest natarczywa i zatracą granice dobrego smaku i przyzwoitości. Doniesienia towarzyskie, plotki stały się towarem, i to towarem na tyle cennym, że dziennikarze nie bacząc na koszty, krzywdę innych osób, gonią za sensacją. Mimo zmieniających się wartości uznawanych w danym społeczeństwie, prawo do prywatności w pełni zasługuje na ochronę, dlatego to ustawodawca winien jasno uregulować kwestie odpowiednich środków ochrony. Wydaje się, że w naszym ustawodawstwie prawo do prywatności jest w pełni chronione.

Sfera życia prywatnego podlega szczególnej ochronie prawnej³⁹, która jednak wyjątkowo podlega pewnym ograniczeniom.

³⁸ *Niemietz przeciwko Niemcom* (ETPC z 16 grudnia 1992), seria A nr 251 – B.

³⁹ Co do zasady należy skonstatować, że samo prawo do przedstawiania i krytyki wszelkich zjawisk realizowane w warunkach swobodnego doboru tematu i opracowania materiału prasowego nie jest wystarczającą przesłanką uchylenia bezprawności wkroczenia w sferę prywatności życia.

Tak m.in. orz. SN z 6 grudnia 1990 r., I CR 575/90, OSP 1992 nr 10, poz. 214, z głosem J. Serdy.

3. Zgoda uprawnionego dotycząca rozpowszechniania wiadomości ze sfery prywatności

Zgoda uprawnionego stanowi okoliczność wyłączającą bezprawność działania. Zgoda uprawnionego w sytuacji wkraczania przez media w jego dobra osobiste najczęściej dotyczy sfery prywatności oraz rozpowszechniania wizerunku czy też rozporządzanie korespondencją bez zgody uprawnionego.

Odnosząc się do charakteru prawnego zgody reprezentowane są dwa stanowiska. Wydaje się, iż obecnie aprobatę doktryny zdobywa koncepcja, iż zgoda jest odwołalnym działaniem prawnym, zbliżonym w swoim charakterze do oświadczenia woli⁴⁰. Do skuteczności zgody wystarczy, iż uprawniony działa z rozeznaniem, a nie jest wymagana zdolność do czynności prawnej. Inni przedstawiciele doktryny prawa cywilnego traktują zgodę uprawnionego jako szczególnego rodzaju jednostronną czynność prawną o charakterze upoważniającym⁴¹. W doktrynie podkreśla się, że praktyczną konsekwencją tego ostatniego poglądu jest umożliwienie odpowiedniego zastosowania wówczas norm odnoszących się do czynności prawnych. Stosować do niej wówczas należy na przykład przepisy o wadach oświadczenia woli czy zdolności do czynności prawnych. Dla ważności zgody wymaga się, aby uprawniony posiadał zdolność do czynności prawnych.

Wydaje się, iż głównym argumentem zwolenników pierwszego stanowiska, iż zgoda jest czynem zgodnym z prawem podobnym do czynności prawnej, jest niestosowanie przepisów dotyczących zdolności do czynności prawnych. Wystarczy, by osoba, której dobro osobiste przysługuje, działała z rozeznaniem. Decydujące znaczenie ma świadomość osoby, która tej zgody udziela. W sytuacji, gdy osoba małoletnia nie zdawałaby sobie sprawy z faktycznych konsekwencji swego postępowania nie nastąpiłoby uchylenie bezprawności naruszenia pra-

⁴⁰ Tak m.in.: A. Matlak: *Cywilnoprawna ochrona wizerunku*, "Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2004, nr 2, s. 338; M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 110; M. Sośniak: *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, *Prace Prawnicze UJ* 1959, z. 6, s. 136 – 143.; tenże: *Funkcje i skuteczność zgody uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych* [w:] *Prace z prawa cywilnego*, Księga pamiątkowa ku czci profesora Józefa Stanisława Piątowskiego, Warszawa 1985, s. 67; P. Słezak: *Ochrona prawa do wizerunku*, Katowice 2009, s. 34.

⁴¹ Tak np. S. Grzybowski: *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 120; M. Nestorowicz: *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa – Poznań 1972; tenże, *Prawo medyczne*, Toruń 1994); Z. Banaszczyk [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 1999, s. 935..

wa. Nie odmawiając racji temu stanowisku, należy zauważyć, że do podobnych wniosków można dojść uznając zgodę za jednostronną czynność upoważniającą. Czynność taka polega na upoważnieniu innej osoby do pewnego zachowania się, które by w braku takiego upoważnienia nie miało podstawy prawnej. Skoro nie ma tu ani zobowiązania, ani też rozporządzenia, to do osoby ograniczonej w zdolności do czynności prawnej, jako wyjątek, nie stosujemy art. 17 k.c.⁴² Zatem osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych może samodzielnie dokonać jednostronnej czynności upoważniającej bez potrzeby zgody swego przedstawiciela ustawowego.

W sytuacji, kiedy osoba nie była świadoma znaczenia wyrażanej zgody czy też była wprowadzona w błąd zastosowanie mają wówczas przepisy o wadach oświadczenia woli. Wydaje się, że szczególnie znacznie ma brak świadomości (art. 82 k.c.) co do oceny skutków swego postępowania. Ogólnie można powiedzieć, że brak świadomości charakteryzuje się brakiem rozeznania, niemożnością zrozumienia posunięć własnych czy też innych osób, niezdawaniem sobie sprawy ze znaczenia własnego postępowania. Należy zatem ocenić, czy i w jakim zakresie składający oświadczenie woli zdawał sobie sprawę ze znaczenia własnego zachowania. Chodzi przy tym nie o możliwość oceniania znaczenia własnego postępowania w ogólności, lecz w odniesieniu do konkretnego zachowania się.

Bardziej problematyczne jest zagadnienie osób małoletnich, które nie ukończyły trzynastu lat. W myśl art. 14 § 1 k.c. czynność prawna dokonana przez takie osoby jest nieważna. W imieniu tej osoby czynności dokonuje przedstawiciel ustawowy, w praktyce w zasadzie rodzice. Przedstawiciel ustawowy podlega jednak ograniczeniu. Nie może bez zezwolenia sądu dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu (art. 101 § 3 kro). Należy mieć też na względzie, iż może on dokonywać czynności "z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej" (art. 95 § 1 k.c.). Wydaje się, iż kwesta zarządu sprawowana przez przedstawiciela ustawowego dotyczy spraw majątkowych. Należy zatem zauważyć, iż poza tym rozważaniem jest sfera niemajątkowa. W braku unormowania szczególniego dotyczącego wyrażenia zgody na wkraczanie w dobra osobiste można mówić o sytuacji wyjątkowej. Można tutaj przyjąć różne rozwiązania. Opowiadałabym się za poglądem, że zgoda przedstawiciela ustawowego nie jest wystarczająca i należy uznać potrzebę wyrażania zgody również przez osobę małoletnią, jeśli działa ona z dostatecznym rozeznaniem. Przykładem kontrowersyjnego orzeczenia w tym temacie może być wyrok SN w sprawie naruszenia tajemnicy korespondencji osoby małoletniej. Sąd uznał, iż nie doszło do naruszenia dobra

⁴² Zob. S. Grzybowski: System prawa cywilnego, t. I, Ossolineum 1985, s. 344 i n.

osobistego, a w konsekwencji i bezprawności działania, gdyż rodzice powódki wyrazili zgodę na publikację fragmentów listów do niej kierowanych⁴³. W tym miejscu jedynie można zauważyć, że taka ingerencja w dobra osobiste dziecka może wpływać na jego psychikę.

Wydaje się zatem, iż sam przedstawiciel ustawowy nie może jednak dokonać skutecznie (ani nawet za zezwoleniem sądu opiekuńczego) takich czynności prawnych, które ze względu na swoją właściwość czynności są wyłączone z zakresu przedstawicielstwa. Należą tutaj akty będące przejawami uczuć⁴⁴.

Jest to zagadnienie na tyle doniosłe, iż winno być podstawą dalszych rozważań doktryny.

Sporna cały czas jest kwestia skutków, jaki wywołuje owa zgoda. Wychodząc z założenia, że zgoda na naruszenie dobra osobistego jest szczególną czynnością prawną (do której nie stosujemy przepisów o zdolności do czynności prawnych), można zatem przyjąć, że do udzielenia zezwolenia wystarczy rozpoznanie, a przede wszystkim osoba udzielająca zgody winna zdawać sobie sprawę z konsekwencji swojego zachowania. Większość osób przyjmuje, że zgoda uchyla bezprawność niezależnie od woli wyrażającego zgodę. Musimy jednak mieć na uwadze całokształt okoliczności sprawy. Dopiero z tym zastrzeżeniem możemy uznać, że w określonych sytuacjach wymienione wcześniej dobra osobiste nie zostają naruszone wobec wyrażenia zgody przez osobę uprawnioną.

Zgoda ta może być w każdym czasie odwołana i winna zawierać uprawnienie wkroczenia w określone dobro⁴⁵. Zgoda nie przybiera charakteru rozporządzenia powodującego stałe przeniesienie lub wygaśnięcie prawa osobistego. Odnosi się tylko do sfery wykonywania praw, jako że występuje nierozzerwalność dóbr osobistych z ich podmiotem.

W prawie cywilnym milczenie nie jest wyrażeniem woli. Co prawda, przez samo zachowanie się (w sposób dorozumiany) można tą wolę wnioskować, ale w przypadku zgody uprawnionego na wkroczenie w jego dobra osobiste zasadą winna być zgoda jednoznaczna. To, że ktoś wyraźnie nie protestuje, nie oznacza jego dorozumianej zgody. Milczenie nie może być wyrazem zgody, a wręcz odwrotnie, zgoda zawsze musi być wyraźna i określać zakres i warunki, aby granice zezwolenia nie zostały przekroczone.

⁴³ Wyrok SN z dnia 30 listopada 1982 r., II CR 435/82 za T. Grzeszak [w:] System prawa prywatnego, t. 13. Prawo autorskie (red J. Barta), Warszawa 2007, s. 556.

⁴⁴ Zob. co do czynności prawnych dokonywanych przez przedstawiciela ustawowego: S. Grzybowski: System... op.cit., s. 349 - 350.

⁴⁵ Zob. M. Sośniak: Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych [w:] Prace z prawa cywilnego (pod red. B. Kordasiewicza, E. Łętowskiej), Wrocław – Warszawa 1985, s. 65 i n.; A. Szpunar: Zgoda pokrzywdzonego w zakresie dóbr osobistych, RPEiS 1990 nr 1.

Naruszenie sfery życia prywatnego nastąpi zawsze, gdy będzie brak zgody osoby zainteresowanej czy też działanie takie nie ma związku z bezpośrednią działalnością publiczną. Jednak zgoda nie obejmuje oczywiście publikowanie informacji nieprawdziwych⁴⁶.

Naruszeniem dóbr osobistych jest również nagrywanie bez zgody czy wiedzy danej osoby jego wypowiedzi, a następnie odtwarzanie tych nagrań. Analogiczna sytuacja dotyczy nagrywania rozmów telefonicznych i ich emisji podczas programu radiowego czy telewizyjnego. Wolno natomiast utrzymywać i odtwarzać publiczne wypowiedzi i mowy wygłaszane podczas obrad Sejmu, Senatu, sejmików samorządowych, obrad rad miasta czy gminy, wystąpienia na publicznych zebraniach, wiecach itp.⁴⁷

Porównując powyższe rozważania do praktyki sądów, przypomnę orzeczenie Sądu Najwyższego z 1990 r.⁴⁸. Stan faktyczny dotyczył sytuacji, w której w 1998 r. w programie TVP wyemitowano audycję z cyklu "Osądźmy sami", której twórcami byli pozwani. Tematem programu była sprawa, która miała już swoje rozstrzygnięcie jako sprawa karna, a mianowicie mąż powódki w sądzie I instancji został uniewinniony od zarzutu znęcania się fizycznego i moralnego nad żoną. Sąd II instancji wydał odmienny wyrok, skazując go za popełnienie zarzucanych czynów. W programie telewizyjnym wystąpił mąż powódki oraz część osób zeznających w charakterze świadków w procesie karnym. Powódka zaś nie wyraziła zgody na emisję programu, po której Minister Sprawiedliwości zaskarżył zapadły w sprawie wyrok na korzyść skazanego, który następnie został uniewinniony w obu instancjach. Powódka zarzuciła naruszenie jej prawa do prywatności przez ujawnienie bez jej zgody szczegółów życia prywatnego oraz publikowanie danych z rozprawy rozwodowej, przy jednoczesnym pokazaniu prawdziwych wizerunków jej męża oraz powołanych przez niego świadków. Sprawilo to, że została ona z łatwością rozpoznana przez swoje towarzyskie i zawodowe otoczenie. Ponadto, publikacja ta nie była związana z obroną społecznie uzasadnionego interesu ani nie miała nic wspólnego z działalnością publiczną. SN orzekł, że mimo wolności wypowiedzi, dziennikarz ma obowiązek działania zgodnie z etyką zawodową i zasadami współżycia społecznego oraz w granicach określonych przepisami prawa. Zgodnie z art.

⁴⁶ Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 maja 1988 r., I ACa 287/98 [w:] *Dobra osobiste*, oprac. B. Gawlik, s. 321 i n.

⁴⁷ Zob. art. 25 pr.aut.; K. Święcka, J. Święcki: *Prawo autorskie i prawa pokrewne*. Komentarz, Warszawa 2004, s. 66 i n.; K. Święcka: *Prasowe instrumenty informacyjne*, "Studia Medioznawcze" 2006, nr 1, s. 27 in..

⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 1990 r. I CR 575/90, OSP 1992 nr 10, poz. 210.

14 ust. 6 pr.pras. nie wolno bez zgody osoby zainteresowanej publikować informacji oraz danych prywatnej sfery życia, chyba że wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby. Bezprawne jest zatem rozpowszechnianie przez dziennikarza w środkach masowego przekazu bez zgody osoby zainteresowanej informacji i danych dotyczących sfery jej życia prywatnego wyłącznie z powołaniem się na prawo do przedstawiania i krytyki wszelkich zjawisk, realizowane w warunkach swobodnego wyboru tematu. Rozpowszechniając w audycji informacje z małżeńskiego życia powódki w warunkach prowadzących do uchylenia jej anonimowości, pozwani skorzystali ze swobody słowa w sposób naruszający jej dobra osobiste.

Problem wolności słowa, zdaniem dziennikarzy, pozostaje nierzadko w konflikcie z ochroną prywatności w odniesieniu do osób powszechnie znanych i rozpoznawalnych, jak: aktorzy, muzycy, postacie medialne. Dziennikarze i wydawcy, przedstawiając szczegóły prywatnego życia takich osób, w wytaczanych im procesach o ochronę dóbr osobistych twierdzą, że takie publikacje odgrywają służebną rolę wobec oczekiwań czytelników, którzy mają prawo dowiadywać się nie tylko o lepszych stronach znanych postaci, ale także o tych mniej chwalebnych. Nadmienić wypada, że najczęściej takie działania mają miejsce w tzw. prasie kolorowej, tabloidach. W sprawach takich zapadło już sporo znamiennych orzeczeń sądowych, które wyraźnie wskazują, że zainteresowanie sensacją i plotkami o znanych powszechnie osobach nie może uzasadniać wkraczania w ich życie prywatne. Nie są to bowiem kryteria wyznaczania standardów prasowych, jak orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie (VI ACa 455/05), który nakazał gazecie „Fakt” i jej redaktorowi naczelnemu przeproszenie aktorki J. Brodzik za opublikowanie serii zdjęć sugerujących, że była pijana⁴⁹.

Kontrowersyjne jest również stanowisko sądu, iż do sfery życia prywatnego każdej ze stron należą dobrowolne stosunki między mężczyzną i kobietą. Każda z nich może je ujawniać, wyjąć z zakresu spraw swego życia prywatnego, bez względu na to, że z uwagi na dwustronność stosunków ujawnią się okoliczności życia prywatnego drugiej strony. Okoliczność życia prywatnego traci wów-

⁴⁹ Fotoreportaż przedstawiał ją wracającą do domu z nocnego klubu z aktorem P. Wilczakiem, w tym, zdjęcie, na którym przed domem siada na chodniku opatrzone sugestywnym komentarzem. W rzeczywistości aktorka zasłabła po zażyciu leku na uczulenie słoneczne, który wszedł w reakcję z alkoholem, o czym nie została poinformowana przez lekarza. Redaktor naczelny „Faktu” argumentował swe działania w sposób następujący: jego zdaniem osoby publiczne chętnie same prezentują się w mediach, wręcz kreują, a dla młodzieży stają się idolami, wzorami. Dlatego prasa ma obowiązek dostarczać także informacji dla nich nieprzyjemnych, ponieważ są one „reflektorem” oczekiwań czytelnika. (M. Domagalski: Gwiazdy też mają prywatność, Rzeczpospolita z 10 czerwca 2006).

czas swój prywatny charakter, jeżeli osoba, której dotyczy, wynosi ją sama lub ktoś do tego uprawniony, poza ramy życia prywatnego⁵⁰.

Kryterium zgody uprawnionego jako przesłanka uchylająca odpowiedzialność wydaje się niekiedy iluzją, gdzie ingerencja w sferę prywatności osób publicznych często prowadzi do banalizacji życia publicznego i kompromitacji polityki. Nie zawsze dostrzegają to osoby publiczne, które ujawniają kulisy swego życia osobistego i czynią z tego wyborczą strategię, by tylko zaistnieć w mediach. Osoby publiczne, jak i prywatne, ukazujące się w mediach na ogół nie przewidują, bo nie są w stanie, wszystkich konsekwencji takiego kroku. Skomercjalizowane media wykorzystują to i nie poczuwają się do żadnej winy, tłumacząc to prawami rynku.

Może dobre prawo ukształtuje dobre obyczaje, chociaż można tu mieć wątpliwości. Granice między tym, co prywatne, a tym, co publiczne, przesuwają się w czasie i przestrzeni. Tej płynności nie da się instytucjonalnie uregulować. W sporze o te granice bardzo często żadna strona pełnej racji nie ma i mieć nie może. W Polsce, w ostatnich dwudziestu latach, od momentu uzyskania wolności, niektórzy rozumieją, że można wszystko, dyskrekcja może być takim hamulcem w upublicznianiu pewnych wiadomości. Dyskrekcja jest pojęciem, w którym się wiele mieści, a obecnie została całkowicie spłycona. Wolność zaś jest bardzo trudna. Dyskrekcja zaś wcale nie kłóci się z piękną cechą szczerości, z mówieniem prawdy.

Nie ma też znaczenia, że opublikowane informacje są obiektywnie prawdziwe, niezbędne jest bowiem uzyskanie wprost zgody osoby uprawnionej⁵¹.

4. Prawo do publikacji informacji związanych bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby

Prawo do prywatności ulega ciągłej zmianie dzięki rozwojowi środków masowego przekazu. Jednocześnie cały czas styka się wobec konfliktu z wolnością słowa i prasy. Dziennikarz musi się zastanawiać nad sensem, celowością upublicznienia prywatnych faktów z życia osoby publicznej, przedstawiania osoby w niekorzystnym świetle wobec opinii publicznej. Podstawowym celem niniejszych rozważań nie są zagadnienia dotyczące konfliktu między wolnością słowa

⁵⁰ Zob. wyrok z dnia 5 lutego 1973, 3K 2199/36, OSP 1937, poz. 743 (choć można mieć tutaj zdanie odmienne).

⁵¹ Zob. wyrok SA w Warszawie z 3 kwietnia 1997 r., IACa 148/97, Wokanda 1998, nr 4, s. 40.

i prasy a prawem do prywatności. Jedynie pragnę zasygnalizować kierunki ochrony osób, które znalazły się w kręgu zainteresowania społecznego. To nie nasze zainteresowanie daną osobą wino być podstawą dociekań prasy, ale znaczenie społeczne zachowania się danej osoby w związku z pełnioną przez nią funkcją.

Usprawiedliwia się często ową ingerencję w sferę prywatności – interesem publicznym. Czym jest interes publiczny? W przypadku dziennikarza ma on obowiązek dostarczania obywatelom ważnych informacji dotyczących zachowania i postępowania osób publicznych, ale i w tym wypadku wolność prasy nie powinna być nadużywana. Powinniśmy przyjąć jako zasadę niewkraczanie w sferę prywatną danej osoby (także osoby publicznej).

Normą szczególną jest art. 14 ust. 6 pr.pras., dopuszczający publikowanie materiału prasowego zawierającego dane dotyczące prywatnej sfery życia, nawet bez zgody osoby uprawnionej, gdy informacje takie dotyczą bezpośrednio działalności publicznej tej osoby.

Przepis art. 14 ust. 6 zawiera jeden z elementów warunkujących uchylenie bezprawności działania dziennikarza i należy go zaliczyć do ustawowych okoliczności uchylających jego odpowiedzialność. Chociaż i tutaj pojawiły się zdania odmienne, odmawiające znaczenia tej regulacji, uznając, że przepis ten nie zmienia w niczym ogólnych reguł ochrony dóbr osobistych, w tym nie wyłącza zastosowania kontratypu “interesu społecznego”⁵². Trudno się jednak z taką argumentacją zgodzić, z uwagi na jednoznacznie brzmiący przepis.

Przesłanka ta zawiera w sobie dwa elementy, a mianowicie: ujawniane informacje dotyczą sfery prywatnej osoby prowadzącej działalność publiczną oraz mają bezpośredni związek z tą działalnością.

Przyjęta regulacja prawa polskiego nie określa, jakie osoby należy zaliczyć do kręgu “osób prowadzących działalność publiczną”. Doprecyzowania wymaga w tej sytuacji stosunek pojęciowy do innych pojęć bliskobrzmiących, jak osoby publiczne, powszechnie znane, funkcjonariusze publiczni, co jednak nie jest przedmiotem niniejszych rozważań⁵³.

W niniejszym opracowaniu jedynie zaznaczę, że pojęcie to wzbudza niejasności i jest różnie interpretowane przez doktrynę, jak i orzecznictwo. Przychyliłabym się jednak do tego, aby to pojęcie używać zamiennie z “osobami pełniącymi funkcję publiczną”⁵⁴. W przeciwieństwie do osób publicznych, oso-

⁵² Tak B. Kordasiewicz: *Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2000, z. 1, s. 30-31.

⁵³ Zob. szerzej: K. Świącka: *Okoliczności...* op.cit., s. 295 i n.

⁵⁴ Tak też M. Kowalski: *glosa do wyroku z 11 października 2001 r., OSP 2002 nr 12, s. 634–635*;

Odmienne stanowisko: M. Zaremba: Granice prawa obywateli do informacji o ży-

by prowadzące działalność publiczną nie muszą być osobami znanymi. Swoim zakresem obejmuje osoby związane z szeroko rozumianymi instytucjami życia publicznego i społecznego. Można tutaj zaliczyć przede wszystkim urzędników publicznych, ale i osoby pracujące w organizacjach pozarządowych w sferze zadań publicznych, jak i dziennikarzy, jako osoby wykonujące zawód zaufania publicznego w rozumieniu art. 17 Konstytucji RP⁵⁵.

Bezpośredni związek ujawnionych informacji z działalnością publiczną

Drugą okolicznością uchylającą odpowiedzialność dziennikarza za publikację informacji ze sfery prywatności jest jej bezpośredni związek z działalnością publiczną tej osoby.

W doktrynie pojawił się pogląd, iż nie wystarczy wykazać, że dana informacja miała związek z działalnością publiczną, ale pokazać, że miała wpływ na kształtowanie opinii społecznej i uzasadnia taką ingerencję w prywatność danej osoby⁵⁶. Zdaniem niektórych autorów na tle tego przepisu zachodzi zależność wprost proporcjonalna pomiędzy ową zdolnością danej informacji a dopuszczalnym stopniem ingerencji w prywatną sferę życia danej osoby. Można zatem wnioskować, że im głębsza ingerencja, tym bardziej ważne muszą być argumenty⁵⁷.

Wydaje się, iż w tej sytuacji znowu następuje odesłanie do ważenia przeważających interesów, a zatem powrót do pozaustawowego kontratypu "uzasadnionego interesu", co wydaje się w tej sytuacji niezasadne⁵⁸.

Nie ma znaczenia, czy informacje ujawnione mają charakter intymny - bardziej czy mniej. Istotna jest jedynie możliwość wykazania, że informacja może oddziaływać negatywnie lub pozytywnie na sposób prowadzenia przez nią działalności publicznej. Musi zatem zaistnieć ów związek przyczynowo - skutkowy. Publikowana informacja może dotyczyć cech podmiotu prowadzącego ową działalność (np. kompetencje fachowe, stan zdrowia) czy też faktów z jego życia prywatnego (jak: relacje łączące ten podmiot z innymi osobami, powodującymi konflikt interesów, np. relacje seksualne, rodzinne czy przyjaźni)⁵⁹. Będą to

ciu prywatnym osób prowadzących działalność publiczną, *Studia Medioznawcze* 2005, nr 1, s. 51.

⁵⁵ Zauważyć należy, że ustawodawca niekiedy posługuje się jakimi zwrotami jak: działalność publiczna, zawodowa i twórcza (np. naukowa, artystyczna), zob. art. 41 pr.pras.

⁵⁶ Por.: B. Kordasiewicz: *Cywilnoprawna...op.cit.*, s. 33.

⁵⁷ B. Kordasiewicz: *Cywilnoprawna... op.cit.*, s. 32-33; R. Stefanicki: *Cywilnoprawna ochrona prywatności osób podejmujących działalność publiczną*, *Studia Prawnicze* 2004, z. 1, s. 27.

⁵⁸ Tak też M. Zaremba: *op.cit.*, s. 46.

⁵⁹ M. Zaremba: *op.cit.*, s. 52. Zob. J.P. Dobel: *Judging of Private Lives of Public*

zatem informacje mające wpływ na sposób wykonywania obowiązków zawodowych. Zdaniem sądu będą to np. dane o zachodzącym w sytuacji danej osoby konflikcie jego interesu prywatnego i interesu publicznego czy o pobieranym wynagrodzeniu⁶⁰. Wydaje się więc, iż słuszne jest stanowisko tej części doktryny, która przepisy art. 14 ust. 6 pr.pras. stosuje niezależnie od charakteru intymnej informacji, jak choćby stan zdrowia, relacje seksualne, jeżeli tylko zaistnieją przesłanki w powołanym przepisie. Oczywiście nie bez znaczenia jest tu społeczna doniosłość danego rodzaju działalności.

Zatem wszelkie informacje, mające związek pośredni z daną działalnością publiczną, nie mieszczą się w tej kategorii. Będą to więc cechy czy fakty, które świadczą o kompetencjach moralnych podmiotu. Będą tu np. mieściły się informacje o sposobie odnoszenia się do bliskich mu osób. W analizowanej tematyce Sąd Najwyższy skonstatował, iż “ujawnione w artykule prasowym fakty dotyczące konfliktów z matką dziecka na tle kontaktów z małoletnią, braku zaufania do jej matki, sposobu spełniania świadczeń alimentacyjnych (...), nie wpływają wprost na treść i jakość funkcjonowania instytucji kierowanej przez powoda ani na jego działalność w pogotowiu opiekuńczym.”⁶¹

Jednak i sąd w tym zakresie nie ma jednolitego stanowiska. Inne zapatrywanie miał Sąd Apelacyjny, który uznał, że “informacje o pobycie powoda w restauracji M. wraz z osobą będącą przedmiotem zainteresowania Policji (...) nie może być uznana za informację z życia prywatnego powoda – pełniącego ważną funkcję publiczną – i to w dodatku nie wiążącą się z bezpośrednio z działalnością publiczną powoda”⁶².

W związku z powyższym powstaje szereg wątpliwości dotyczących ujawniania obłudy, fałszywych twierdzeń osoby kreującej własny wizerunek publiczny (traktowany w znaczeniu potocznym jako opinia o danym człowieku). Osoba, która przyznaje sobie prawo do pouczenia innych, uznaje się za autorytet w danej dziedzinie, musi się liczyć z tym, że dopuszczalne będzie ujawnienie jej czynów sprzecznych z głoszonymi przez nią naukami moralnym. Zdaniem jednak M. Zaremby, kompetencje moralne podmiotu i ich demaskowanie, nie mają raczej oparcia w treści art. 14 ust. 6 pr.pras.,

Officials, Administration & Society 1998 May, vol. 30, s. 2; W. A. Galston: The Limits of Privacy: Culture, Law and Office, The George Washington Law Review 1999, vol. 67, s. 1202–1203.

⁶⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 12 września 2001 r., V CKN 440/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 68.

⁶¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2003 r., IV CKN 925/00, OSP 2003, z. 5, poz. 60.

⁶² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 września 2005, I Aca 1443/03, “Lex” nr 177008.

jako przesłanki wyłączającej bezprawność naruszenia cudzej prywatności⁶³. Okoliczności te jednak mogą mieć wpływ na ocenę danej osoby, np. w podjęciu decyzji wyborczej. Jednak sytuacji, gdzie postawa moralna jest podstawą wyłączającą bezprawność, można dopatrywać się w orzecznictwie Trybunału Europejskiego⁶⁴. Sąd strasburski w uzasadnieniu wyroku z 28 sierpnia 1992 r. w sprawie *Schwabe v. Austrii*⁶⁵ uznał, że wypowiedź młodego polityka zasługuje na ochronę, ponieważ jego intencją było wykazanie podwójnej moralności innego polityka. Sytuacja dotyczyła polityka Uwe Schwabego, który ujawnił, że jeden z polityków partii konkurencyjnej został przed laty pociągnięty do odpowiedzialności karnej za spowodowanie wypadku samochodowego (wyrok ten wcześniej uległ zatarciu). Chciał w ten sposób chronić swego kolegę partyjnego, którego żądano dymisji, dlatego że spowodował podobne przestępstwo drogowe. Schwabe został skazany przez sąd niemiecki za zniesławienie. Trybunał udzielił mu ochrony, uznając, że orzeczenie sądu niemieckiego narusza art. 10 Konwencji.

Wydaje się zatem, że sądy w kwestii naruszenia prywatności winny odejść od argumentacji, iż “ujawnieniu podlegać powinny takie informacje z prywatnej sfery życia, których przemilczenie byłoby dla interesu publicznego szkodliwe”⁶⁶. Jak również dyskusyjny jest zakres tego przepisu w odniesieniu do postawy moralnej danej osoby. Wydaje się, że w przesłance tej nie mieszczą się wytykane postawy moralne danej osoby. Problematyczne jest zakwalifikowanie zaleceń moralnych, jako przesłanki wyłączającej bezprawność naruszenia cudzej prywatności. Argumentacja, iż nikt nie ma prawa do okłamywania opinii publicznej w celu stworzenia swego wizerunku, najczęściej ma charakter moralny, nie może zaś stanowić argumentację natury prawnej⁶⁷.

Możliwe jest jednak i przeciwne stanowisko, dopuszczające ocenę moralną do prowadzonej działalności publicznej. Opowiadając się za ewentualnym dopuszczeniem uzasadnienia moralnego krytyki danej osoby, można wskazać, iż nikt nie ma prawa do oszukiwania opinii publicznej w celu stwarzania swojego pozytywnego wizerunku⁶⁸. Przykładowo osoba deklarująca się przeciw rozwo-
dom, sama jest rozwodnikiem; wypowiadająca się przeciw naturystom, sam jest

⁶³ M. Zaremba: *Granice...* op.cit., s. 53.

⁶⁴ W orzeczeniach Trybunału Europejskiego, mimo niekiedy braku spójności, można zauważyć również zdecydowaną wolę ochrony życia prywatnego.

⁶⁵ I. C. Kamiński: *Swoboda wypowiedzi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Zakamycze 2006, s. 177 i n.

⁶⁶ Z uzasadnienia wyroku z 11 października 2001 r. II CKN 559/99, OSNC 2002, nr 6, poz. 82.

⁶⁷ M. Zaremba: op.cit., s. 54.

⁶⁸ Ibidem.

czynnym naturystą; opowiadająca się za wartościami rodzinno – chrześcijańskimi ma kochankę.

Jak już wspominałam, wydaje się, iż należy przychylić się do tej części doktryny, negującej absolutną ochronę prywatności (intymności, wrażliwości)⁶⁹. Przyjmuje się, że ochrona ta jest tym większa, im dotyka sfery bardziej ukrytej przed opinią publiczną. Sprawa nie jest tak oczywista, kiedy mamy konkretną sytuację, i należy wówczas rozważyć, co to znaczy działalność publiczna⁷⁰. Przykładem niech będzie ślub danej osoby, romans z osobą znaną powszechnie⁷¹. Zauważyć tutaj należy, że nie ma znaczenia w kwestii naruszenia prywatności, czy jest to prawda. Samo pisanie nieprawdy jest już działaniem bezprawnym. Czy samo dokonanie pewnych działań publicznie kwalifikuje je poza sferą prywatności? Odpowiedź nasuwa się sama, oczywiście nie. Wydaje się, że dopiero orzecznictwo w danej konkretnie sprawie będzie musiało rozstrzygać większość wątpliwości.

Czynności, które w zasadzie należą do sfery życia prywatnego, tracą ten charakter, gdy dana osoba przedsięwzięcie je publicznie lub rozgłasza je sama albo przez uprawnione do tego osoby na wystawia “widok publiczny”. W jednym z orzeczeń sąd konstatawał, iż ramy życia prywatnego mogą zostać przekroczone przez czynności i zaniechania, które w ten sposób naruszają prawo, że ujawniają się poza tą sferą lub w takiej postaci obrażają obyczajność lub zwyczaj⁷².

⁶⁹ M. Safjan: Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych, KPP 2002, z. 1, s. 239.; B. Kordasiewicz: Cywilnoprawna... op.cit., s. 32. Odmienne stanowisko: P. Sut: Czy sfera intymności jest dobrem osobistym chronionym w prawie polskim?, *Palestra* 1995, nr 7-8, s. 54; tenże autor: Ochrona sfery intymności w prawie polskim uwagi de lege lata i de lege ferenda, *RPEiS* 1994, nr 4, s. 102 i n.

⁷⁰ Wyrok SN z 7 czerwca 2001 r. (III CKN 266/00, nie publik.): “W sytuacji, gdy skarżący postanowił poddać pod osąd publiczny dane dotyczące prywatnej sfery jego życia (...), i uznał, że właściwą formą zmanifestowania swojego niezadowolenia z działalności sądu jest protest głodowy w miejscu publicznym, to jego zachowanie od chwili rozpoczęcia akcji protestacyjnej przybrało charakter działalności publicznej w rozumieniu art. 14 ust. 6 pr.pras. (...). Dopuszczalne było zatem publikowanie, bez zgody skarżącego, informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia, jeżeli łączyły się one bezpośrednio z prowadzoną publicznie akcją protestacyjną, jednakże pod warunkiem nienaruszania dóbr osobistych skarżącego”.

⁷¹ Por. np. wyroki SA w Krakowie z 5 grudnia 1997 r., I ACa 572/97 niepubl. czy SA w Rzeszowie z 27 marca 1997 r. I ACa 34/97 omówione w: J. Sadowski: Naruszenie dóbr osobistych przez media. Analiza praktyki sądowej, Warszawa 2003, s. 40 i n.

W kwestii uroczystości ślubnych w jednej ze spraw sąd I inst. uznał ślub za ceremonię publiczną, dostępną dla nieograniczonego kręgu osób. Sąd apelacyjny miał zdanie odmienne, i uznał że przedmiotowa publikacja naruszyła sferę prywatności. Zawarcie małżeństwa, choć dokonywane jest publicznie, należy do prywatnej sfery życia małżonków (SA z 5. 12. 1997; I ACa 572/97).

⁷² Zob. wyrok z dnia 12 grudnia 1934, 3K 1380/34, Zbiór Orzeczeń 1935, z. 8, poz. 302; *RPEiS* 1936, z. 2, s. 352-353.

Okolicznościami faktycznymi z życia prywatnego są sytuacje dotyczące tych czynności i zachowania się pewnej osoby, które nie pozostają w żadnym związku z jej zawodem lub takimi jej stosunkami, do których żadne publicznie – prawne przepisy nie mogłyby mieć zastosowania⁷³.

Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo uzasadniają większe zainteresowanie, a - co za tym idzie - i wkraczanie w prywatną sferę życia osób pełniących funkcje publiczne. Ograniczenie sfery prywatnej uzasadniają sferą powszechnej dostępności w takim zakresie, w jakim informacje lub dane związane są z jej działalnością publiczną. Uzasadnia się to społecznymi racjami. Należy podkreślić, że to zainteresowanie jest o tyle zasadne, o ile rzutuje na wykonywanie zadań w sferze publicznej⁷⁴.

W kwestii ochrony prawa do prywatności osób pełniących funkcje publiczne sądy orzekły, że osoby te mają węższy zakres ochrony niż prawo do prywatności osób prywatnych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i poglądami doktryny cechą prawa do prywatności jest to, że ochroną tą objęta jest dziedzina życia osobistego, rodzinnego i towarzyskiego człowieka. Ochrona ta nie obejmuje działalności publicznej osoby ani też sfery działań i zachowań, które ogólnie są pojmowane jako osobiste (lub prywatne), jeżeli działania te lub zachowania wiążą się ściśle z działalnością publiczną⁷⁵.

Trudno się jednak zgodzić z uzasadnieniem Trybunału Konstytucyjnego, który odwołuje się do przeważającego “w doktrynie poglądu, w myśl którego w odniesieniu do osób ubiegających się lub pełniących funkcje publiczne, prawo do prywatności podlega istotnemu ograniczeniu. Zgodnie z tym poglądem, o ile sfera życia intymnego (w znaczeniu szerszym niż potocznie przyjęte) objęta jest pełną ochroną, o tyle ochrona sfery życia prywatnego podlega pewnym ograniczeniom, uzasadnionym “usprawiedliwionym zainteresowaniem”. Jest to oczywiste, że osoba kandydująca do pełnienia funkcji publicznej godzić się musi z takim zainteresowaniem opinii publicznej, wyrażającym się między innymi wolą uzyskania jak najszerszego zakresu informacji o jej życiu (również prywatnym) i przeszłości⁷⁶. Wątpliwości wzbudza już zakres pojęciowy, a przede

⁷³ Zob. wyrok z dnia 14 listopada 1932, IIK 875/32, OSP 1933, poz. 94.

⁷⁴ Zob.: A. Piskorz - Ryń: Dla kogo tajemnica wynagrodzeń, Rzeczpospolita 1997, nr 28; M. Łoszevska - Ołowska: Sfera życia prywatnego a działalność prasy na podstawie orzecznictwa sądów cywilnych, “Studia Medioznawcze” 2002 nr 2, s. 68.

⁷⁵ Z uzasadnienia wyroku z 3 października 2002 r., III RN 89/02, OSN 2003, nr 18, poz. 426.

⁷⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 1998 r., K 24/98, OTK 1998 nr 6, poz. 97.

wszystkim zasadność oddzielenia sfery intymnej⁷⁷ od prywatnej, a szczególnie zwrot “uzasadnionego zainteresowania” tą sferą życia. Dla każdego zwrot ten oznacza zupełnie co innego i nie może określać zakresu ochrony tak ważnej sfery życia. Takim wyznacznikiem uzasadnionego prawnie zainteresowania jest art. 14 ust. 6 pr.pras., który określa zakres możliwości publikacji prasowej, gdy fakty z życia prywatnego związane są bezpośrednio z działalnością publiczną tej osoby⁷⁸. Oczywiście zakres tych wiadomości z życia prywatnego może być szerszy (nawet spraw z życia intymnego, jak choroby), jeśli chodzi o osoby zajmujące bardzo ważne stanowiska publiczne (prezydenci, premierzy państw)⁷⁹. Dane o charakterze osobowym mogą być ujawniane (w tym także gromadzone) tylko wtedy, gdy na to wyrażnie zezwala prawo. Byłoby to sprzeczne nie tylko z prawem cywilnym, Konstytucją RP, ale i Międzynarodowym Paktem Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 17)⁸⁰.

Poza sferą prywatności “kwestie wzbudzające publiczne zainteresowanie”, mogą być przedmiotem kontroli społecznej, ale i tutaj prasa nie może przekraczać pewnych granic dozwolonej krytyki, o czym była już mowa. Prasa, wykonująca swoje obowiązki, musi mieć poczucie odpowiedzialności za przekazywane informacje.

Pojęciem “uzasadnionego zainteresowania” posługuje się Trybunał Europejski, ale i on ogranicza jego zastosowanie do sfery prywatnej. W odniesieniu do Trybunału należałoby raczej używać sformułowania “publiczne znaczenie i zatroskanie”. Nie chodzi tu bowiem o rzeczywiste zainteresowanie społeczeń-

⁷⁷ Teorię dotyczącą oddzielenia sfery intymnej od prywatnej dokonał A. Kopff. Zob. glosa do wyroku z 11 marca 1986 r., I CR 4/86, OSPiKA 1987, nr 4, s. 181.

⁷⁸ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. nr 133, poz.883) określiła prawo każdego do ochrony dotyczących go danych osobowych stanowi konkretyzację prawa do prywatności zawartego w art. 47 Konstytucji RP. Prawo do ochrony danych osobowych jest prawem każdego, z tego punktu widzenia brak jest podstaw do wyłączenia *a priori* z zakresu tej ochrony osób publicznych. Ale jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy ujawnienie przez organ gminy na żądanie prasy informacji o tym, którzy dyrektorzy powołani zostali na swe stanowiska bez procedury konkursowej przewidzianej prawem, jak i imion i nazwisko tych osób, nie narusza prawa do prywatności tych osób, ani prawa do ochrony danych osobowych. (Wyrok z dnia 3 października 2002 r., III RN 89/02, OSN 2003, nr 18, poz. 426). Do samego uzasadnienia można mieć zastrzeżenia.

⁷⁹ Prawdopodobnie Hitler był chory na nieuleczalną chorobę Parkinsona i obecnie niektóre jego “szalone” decyzje tłumaczy się właśnie stanem zdrowia.

⁸⁰ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1996 r, ratyfikowany przez Polskę, w art. 17 głosi, iż “1. Nikt nie może być narażony na samowolną bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię. 2. Każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami” (Dz.U. z 1997 r., nr 38, poz.167).

stwa jakimiś sprawami, lecz o zainteresowanie “normatywne”, tzn. dyktowane przez rangę zagadnień wynikających z ich związku z pojęciem demokratycznego społeczeństwa⁸¹. W stosunku do osoby powszechnie znanej Trybunał uznał, iż opinia publiczna nie ma uzasadnionego interesu w byciu informowanym o tym, jak osoba ta spędza czas i jak się zachowuje w życiu prywatnym, nawet jeśli pojawia się w miejscach, które nie zawsze mogą być uznane za odosobnione⁸². Zdaniem Trybunału wyłącza ochronę prywatności sytuacja, gdy dana osoba sama stara się na sobie skupić uwagę, na przykład przez udział w demonstracji⁸³.

Trybunał Europejski również stwierdził, że nie narusza art. 10 *Konwencji* wydanie tymczasowego zakazu rozpowszechniania książki byłego lekarza François Mitteranda, ujawniającej historię choroby francuskiego prezydenta⁸⁴. Sąd strasburski zauważył również, że istnieją wystarczające powody do wydania stałego zakazu dystrybucji tej pozycji, jednak ze względu na upływ czasu od śmierci polityka (ponad 9 miesięcy) oraz fakt, iż dane w niej zawarte przedostały się do Internetu, brak w niniejszej sprawie naglącej potrzeby społecznej do orzeczenia takiego środka. Dlatego jest on nieproporcjonalny w stosunku do celu⁸⁵.

Trybunał też wielokrotnie podkreślał, iż informacja o wysokości zarobków osób pełniących funkcje publiczne nie jest elementem ich życia prywatnego⁸⁶.

Zadaniem mediów jest nadzór nad życiem publicznym. Wydaje się, że granicą tej misji jest prywatność (zdrowie, sfera seksualna). Pomijam tu sytuację, gdy osoba godzi się czy wręcz chce uczestniczyć w “samoprezentacji” w prasie.

Regulacje odnoszące się do dóbr osobistych należą do “delikatnej” materii, nie zawsze możliwej do regulacji przez ustawodawcę⁸⁷.

⁸¹ Zob. I. C. Kamiński: .op.cit., s. 225.

⁸² ETPC, sprawa *Von Hannover przeciwko Niemcom*, wyrok z 24 czerwca 2004 r [w:] M. Zaremba: Prawo prasowe. Ujęcie praktyczne, Warszawa 2007, s. 234.

⁸³ ETPC, sprawa *P.G i J.H. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 25 września 2001 r., [w:] M. Zaremba: Prawo... op.cit., s. 234.

⁸⁴ Książka ta miała ukazać się kilka dni po śmierci prezydenta, jednakże wdowa po nim i dzieci doprowadzili do ustanowienia zakazu, argumentując, iż publikacja ta narusza pośrednio ich życie intymne.

⁸⁵ ETPC, wyrok z 18 maja 2004, sprawa *Editions Plon przeciwko Francji* [w:] w:] M. Zaremba: Prawo... op.cit., s. 237.

⁸⁶ ETPC, wyrok z 21 stycznia 1999 r. w sprawie *Fressoz i Roire przeciwko Francji*; wyrok z 26 lutego 2002 r. w sprawie *Krone Verlag GmbH & Co. KG przeciwko Austrii* [w:] I.C Kamiński: op.cit., s. 445 i s. 331. Zob. też: K. Świąćka, J. St. Świąćki: Informowanie społeczeństwa przez administrację: weberyzacja działań urzędniczych czy patologia? [w:] P. Suwaj, D.R.Kijowski (red.) Patologie w administracji publicznej, Warszawa 2009, s. 387-388.

⁸⁷ Zob. B. Kordasiewicz: Jednostka wobec środków masowego przekazu, Wrocław, 1991, s. 158.

W konkluzji rozważań należy stwierdzić, że prawo do prywatności jest co prawda chronione, jednak nie jest to ochrona absolutna. Granice wkraczania w to prawo wyznacza prawo prasowe, jak również dodatkową przesłanką jest cel informacyjny wynikający z art. 1 pr.pras. Bez wątpienia informacje nieprawdziwe, nierzetelne są działaniem bezprawnym. Na tym tle pojawia się kwestia wyważania dwóch racji. Z jednej strony - zasada wolności słowa i prawa do informacji, z drugiej - prawo jednostki do poszanowania jej prywatności.

Zastosowanie środków służących ochronie dóbr osobistych, przewidzianych w prawie prasowym, jak: żądanie sprostowania przez zamieszczenie odpowiedniego oświadczenia, nie wyłącza możliwości skorzystania z ochrony wynikającej z kodeksu cywilnego⁸⁸.

Mimo restrykcyjnego przepisu art. 14 ust. 6 pr. pras., wydaje się, że orzecznictwo Europejskiego Trybunału również chroni życie prywatne, pomimo iż polityk wystawia swe publiczne działania na szeroką publiczną kontrolę i krytykę. Życie rodzinne i prywatne nadal podlega ochronie, chociaż opinia publiczna ma prawo do poznania tych spraw, ale tylko tych, które łączą się ze sprawowaniem urzędu bądź mają wpływ na ocenę wiarygodności polityka⁸⁹.

5. Uwagi końcowe

Konkludując, nie można postawić wyraźniej granicy między prawami osobistymi (prawem do prywatności) a prawem do informacji. Jednak należy zauważyć, iż osoby sprawujące funkcje publiczne, czy też takie, które w wyniku działalności zawodowej stały się osobami znanymi, zajmujące naczelne stanowiska w państwie, politycy, skazani są na znacznie większą dociekliwość oraz krytykę mediów. Dziennikarz za każdym razem powinien zadać sobie takie pytanie przed publikacją, czy może, czy nie dotyczy tym osobiście drugiej osoby, czemu ta wypowiedź ma służyć. Zadaniem mediów jest dostarczanie obiektywnych informacji, dlatego prasa nie może poddać się regułom wolnego rynku, gdyż wtedy zostanie sprowadzona wyłącznie do sensacji i rozrywki⁹⁰.

⁸⁸ Tak też orz. SN z dnia 8 lutego 1990 r. II CR 130/89, OSN 1991 nr 8-9, poz 108; orz. SN z 24 sierpnia 1990, II CR 405/90 Palestra 1991 nr 8-9, s. 78; uchwała SN (7) z 7 grudnia 1993, III CZP 160/93, Wokanda 1994 nr 2, poz.1.

⁸⁹ ETPC wyrok z 6 lutego 2002 r., *sprawa Tammer przeciwko Estonii* [w:] I. C. Kamiński: op.cit., s. 162.

⁹⁰ K. Świąćka: *Konflikt między wolnością mediów a prawami osobistymi jednostki* [w:] G. Dammacco, B. Sitek., O. Cabaj: (red.) *Człowiek między prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, Olsztyn – Bari 2008, s. 395.

Rozstrzygnięcie, którym wartościom dać pierwszeństwo, nie jest łatwe i nie da się w sposób decydujący wyciągnąć jednoznacznych wniosków. Każdy przypadek należy potraktować indywidualnie i dążyć do ustalenia, którym wartościom dać ochronę. Nie oznacza to, że nie należy próbować wyznaczać takiej granicy i formułować podstawowe zasady, mając jednak na uwadze, że każda sprawa jest inna i wymaga indywidualnego podejścia⁹¹.

Granice w zakresie ukazywania działalności osób publicznych wyznacza art. 41 i 14 ust. 6 prawa prasowego. Wykraczają poza te granice: używanie słów powszechnie używanych za obelżywe zarówno w stosunku do przedmiotu (*ad rem*) podlegające ujemnej ocenie (np. kretyński bełkot), jak i podmiotu (*ad personam*) przybierające formę zniesławienia czy znieważenia (np. idiota, chory psychicznie); nierzetelność dziennikarska, polegająca np. na fałszowaniu informacji czy opieraniu się na subiektywnych założeniach (poza krytyką mieszczącą się w kategoriach estetycznych)⁹².

Trzeba przyznać, że normy prawa konstytucyjnego nakazują zachowanie szacunku dla każdego człowieka i liczenie się z jego poczuciem własnej godności, osobistej wartości.

Wkraczanie w sferę prywatności nie wydaje się uzasadnione żadnym interesem publicznym. Taka powinna być zasada, od której pewnie nie można wykluczyć wyjątków, ale winno być to odstępstwo szczególne. Ten wyjątek zawarty jest w art. 14 ust. 6 pr.pras. Także sposób przekazywania informacji często świadczy o tym, że nie tylko trudno mówić o dobru społecznym, jak i o jakichkolwiek zasadach przyzwoitości. Często jest to pogoń za sensacją, zwiększeniem oglądalności czy poczytności. Nie jest to jednak problem podlegający regulacjom prawnym. Informacje dotyczące romansów tego czy innego prezydenta są może i interesujące, ale czy konieczne dla ochrony słusznego interesu? Rozwiązania należy szukać między wolnością mediów – prawem do informacji – a prywatnością. Wydaje się, że nie jest słuszne wyznaczanie sztywnej granicy, lecz szukanie harmonii, właściwej proporcji między tymi sferami. Mimo że w samej konstytucji zauważany jest już konflikt między prawem do informacji a prawem innych osób, to nie można ominąć art. 54 Konstytucji gwarantującego wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Życie pokaże, w jakim kierunku ewoluować będą opinie, poglądy i przekonania.

⁹¹ Ibidem.

⁹² B. Michalski: Podstawowe problemy prawa prasowego, Warszawa 1998, s. 131.

RIGHT TO PUBLICATION OF INFORMATION ABOUT THE SPHERE OF PRIVACY IN POLISH LAW

One of the interests protected by the law is an individual's privacy. We should also remember that, most of all, it is an individual himself who always remains a decision-maker while determining the scope of his privacy to be protected, and this is his right within informative autonomy that remains the crucial point of reference for legal evaluations. It does not mean that there are no exceptions to this, nevertheless, the scope of press invasion of this sphere of human life is determined unanimously either by the legislator (as it is in the Polish law – Art. 14 par. 6 of the PL, or in the Lithuanian Civil Code - Art. 2.23 § 3) or by the court jurisdiction.

Circumstances of private and family life include such spheres of life with reference to which social interest does not cause the state's invasion. The sphere of private life is subject to special legal protection. A principle banning dissemination of information from the sphere of privacy in the mass media should be adopted. Invasion of this sphere of life is exceptionally admissible under Art. 14 par. 6 of the PL when a specific behavior of a criticized person, which he/she has been accused of, goes beyond the boundaries of private or family life in its strict sense, and directly influences a public activity.

In the case of invasion of the sphere of privacy, the issue whether the allegations are true recedes into the background. The first criterion of the investigation should be the question whether social usefulness of given facts justifies publication of information about an individual's personal life in the media. The provision of Art. 14 par. 6 of the PL allows publication of information about an individual's private life only if it is directly connected with his/her activity. It is assumed that some facts from an individual's life must be capable of contributing to the evaluation of actions he/she is carrying out within his/her public activity. A degree of privacy does not matter here (more or less intimate relations) but the fact whether revealed information from an individual's life may impact on the way they are conducting their public activity.

It should be added that the jurisdiction of the European Court protects private life of, e.g. a politician, too. Family and private life is still subject to protection even though public opinion has the right to learn about such matters but only those which are connected with politicians' official position or those that influence the evaluation of their credibility⁹³.

⁹³ The judgment of the ECJ of 6th February 2002, *Tammer v. Estonia* [in:] I. C. Kamiński: *op.cit.*, p. 162.

Regulations concerning “exclusion of privacy protection” of public figures are nowadays recognized in many contemporary legal systems either by means of explicit legislative decisions or jurisdiction, and they are commonly treated as a necessary element of control exercised in a democratic state of law over persons performing important functions in the society. For instance Art. 9 of the French Civil Code stipulates that private life is explicitly and specially protected within the right to personality.

Lithuanian Civil Code expressly bans publication of information from the sphere of privacy. It is exceptionally admissible with regard to persons holding public offices without their consent only if it is justified by reasonable public interest (Art. 2.23).

The prerequisites of invasion of the sphere of privacy are similar in most countries (it results from the jurisdiction, doctrine or legislation). They include: holding a public position/office by individuals, a possibility provided by disseminated information to evaluate their actions in connection with their functions.

We cannot draw a clear border between the right to privacy and the right to information. Nevertheless, it should be noticed that individuals performing public functions (or those who have become popular in result of their professional activity, e.g. actors or journalists) have the right to privacy protection too. Persons who are popular, those who hold top offices/positions in a state, or politicians, are doomed to be subject of greater inquisitiveness and criticism of the media, but the scope of such interest should be determined statutorily or shaped by means of court jurisdiction.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(188) 2011
Warszawa 2011

Maciej Tauber ■

ALKOHOL W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

1. Wprowadzenie

Alkohol, obecny w Europie od tysięcy lat, ma współcześnie ogromny wpływ na jej gospodarkę i obywateli. Kraje Unii Europejskiej wytwarzają 25% światowej produkcji alkoholu, w tym ponad połowę światowej produkcji wina. Alkohol jest społecznie, kulturowo i ekonomicznie związany z codziennym życiem Europejczyków, którzy znajdują zatrudnienie przy produkcji, sprzedaży oraz reklamie wyrobów alkoholowych. Dla wielu krajów i regionów Unii Europejskiej produkcja określonych rodzajów napojów alkoholowych jest częścią narodowej bądź lokalnej tożsamości. Wino jest wytwarzane w ponad 150 regionach Unii Europejskiej (w tym w 75 regionach Francji, 21 Włoch i 17 Hiszpanii), a same Niemcy odpowiedzialne są za 7.5% światowej produkcji piwa. Spożycie alkoholu w Europie jest w dużej mierze społecznie i kulturowo ugruntowane w życiu codziennym, stanowiąc element zwyczajów żywieniowych bądź towarzyskich. Nie może zatem dziwić fakt, że alkohol, który z racji swojej specyfiki jest ważnym elementem kultury państw członkowskich, pełni również ważną rolę w ewolucji swobody przepływu towarów w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu.

Niniejszy artykuł ma na celu wskazanie, jak ogromny wpływ wywierają orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej związane z wyrobami alkoholowymi nie tylko na kształt prawa Unii Europejskiej, ale również na codzienne życie Europejczyków. Sprawy dotyczące m.in.: braci *Dassonville*, likieru

Cassis de Dijon, handlu za pośrednictwem Internetu, legalności skandynawskich monopolii państwowych można bez wahania określić mianem kamieni milowych w procesie europejskiej integracji.

Po pierwsze, przedstawiony zostanie wpływ orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE związanego z napojami alkoholowymi na rozwój swobody przepływu towarów, a tym samym na handel na obszarze Unii Europejskiej. Po drugie, przedstawiona zostanie rola Trybunału Sprawiedliwości w likwidowaniu barier w handlu pomiędzy państwami członkowskimi, które wynikają z różnic w krajowych systemach podatkowych.

2. Swoboda przepływu towarów

Swoboda przepływu towarów jest współcześnie jedną z najbardziej zaawansowanych w realizacji swobód rynku wewnętrznego. Artykuł 2 traktatu w sprawie utworzenia Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (EWG) z 1957 r. przewidywał dążenie do utworzenia wspólnego rynku, który wskazywany był jako ostateczny cel integracji. Jak pisze K. Łastawski: „*traktat przyznawał główną rolę w procesach integracyjnych znoszeniu wszelkich ograniczeń w ruchu towarów między państwami członkowskimi*”. Środkiem koniecznym dla zaistnienia wspólnego rynku była zdefiniowana w artykule 9 unia celna: „*Podstawą Wspólnoty jest unia celna, obejmująca całą wymianę towarową. Unia ta opiera się na zakazie stosowania między państwami członkowskimi ceł przywozowych i wywozowych oraz wszelkich podobnych im w skutkach opłat, jak również na wprowadzeniu wspólnej taryfy celnej w ich stosunkach z krajami trzecimi*.” Tym samym traktat tworzył ramy prawne dla funkcjonowania unii celnej, która miała stać się faktem z końcem 1969 r. W praktyce wewnątrz Wspólnoty 1 lipca 1968 r. zniesione zostały bariery celne¹ i obowiązywać zaczęła Wspólna Taryfa Celna (WTC)² w stosunkach z państwami trzecimi.³

¹ Wcześniejsze zniesienie ceł na obszarze Wspólnoty spowodowane było w dużej mierze wprowadzeniem w 1968 r. strefy wolnego handlu pomiędzy państwami członkowskimi utworzonego w 1960 r. Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (*European Free Trade Association – EFTA*).

² Wspólna Taryfa Celna (WTC) ustanowiona na mocy rozporządzenia Rady (pierwotne rozporządzenie 950/68 zostało zastąpione rozporządzeniem 2658/87) ma za zadanie gwarantować, że towar po przekroczeniu granicy zewnętrznej Unii znajdować się będzie w wolnym obrocie i będzie traktowany jak towar unijny. Szerzej: J. Planavova-Latanowicz, *Wolności rynku wewnętrznego w: Integracja Europejska. Wybrane Problemy*, red. D. Milczarek, A. Z. Nowak, Warszawa 2003, s. 144-145.

³ K. Łastawski, *Od idei do integracji europejskiej*, Warszawa 2004, s. 163-165.

Ważnym elementem dla swobody przepływu towarów, w tym alkoholu, było zdefiniowanie, czym jest sam towar. Definicję towaru, której nie odnajdziemy w traktacie, zawdzięczamy orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawie ustanowienia przez włoskie władze specjalnej opłaty nakładanej na wywożone dzieła sztuki.⁴ Towarem są „wszelkie produkty posiadające wartość wymierną w pieniądzu i mogące jako takie stanowić przedmiot transakcji handlowych”.⁵

Współcześnie, po zmianach wprowadzonych przez Traktat z Lizbony, treść swobody przepływu towarów na terytorium Unii Europejskiej regulują przede wszystkim artykuły Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) odnoszące się do unii celnej (art. 30 zakazujący ceł i opłat o skutku równoważnym oraz art. 31 – dostosowanie monopolu państwowych) oraz znoszące ograniczenia ilościowe w imporcie i eksporcie, w tym środki wywołujące jednakowy skutek (art. 34-37 TFUE).⁶

Ponadto, wśród instrumentów prawa wtórnego ważnych dla omawianego tematu należy wymienić przede wszystkim rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 110/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. w sprawie definicji, opisu, prezentacji, etykietowania i ochrony oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 1576/89.⁷ Porusza ono kwestie związane m.in.: z definicją napoju spirytusowego (*napój przeznaczony dla ludzi, posiadający szczególne właściwości organoleptyczne, o zawartości alkoholu min. 15% obj., charakteryzujący się określonymi sposobami wytwarzania*), z kategoriami napojów spirytusowych oraz pozostałymi elementami opisanymi w tytule rozporządzenia.

W wyniku działalności orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu, przepisy art. 28, 30, 34 i 35 TFUE, pomimo, iż adresowane do państw członkowskich, stały się bezpośrednio skuteczne i umożliwiają jednostkom powoływanie się na nie w sporach przed sądami krajowymi.

Poniższy wywód poświęcony będzie przede wszystkim stosowaniu przez Trybunał art. 34 – 37 TFUE w odniesieniu do wyrobów alkoholowych.

⁴ Sprawa 7/68 *Komisja przeciwko Włochom*, Zb. Orz. 1968, s.617. Tłumaczenie w: W.Czapliński, R.Ostrijhansky, P.Saganek, A.Wyrozumska, *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2005, s.478.

⁵ W.Czapliński, M.Szwarc, *Swoboda przepływu towarów* w: *Prawo Unii Europejskiej*, red. J.Barcz, Warszawa 2005, s. II-45, II-46; J.Planavova-Latanowicz, op.cit., s.141-142.

⁶ J.Planavova-Latanowicz, op.cit., s.142, R.Skubisz (red.), E.Skrzydło-Tefelska, A.Wróbel, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2003, s.86, E.Skibińska, *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s.59-60.

⁷ Dz. Urz. WE z 13.2.2008, L 39/16.

W traktacie nie odnajdujemy nie tylko definicji towaru, ale również precyzyjnej definicji pojęć takich jak „ograniczenia ilościowe” czy „środki o skutku równoważnym do ograniczenia ilościowego”.

Zdefiniowaniem pojęcia „ograniczenie ilościowe” ponownie zajął się TSUE, który w sprawie 2/73 *Riseria Luigi Geddo v. Ente Nazionale Risi*⁸ uznał, że są to środki ograniczające, stosownie do okoliczności, częściowo lub całkowicie import, eksport lub tranzyt towarów będących w wolnym obrocie na terenie wspólnoty.⁹

Definicja środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych zawarta była natomiast w dyrektywie 70/50 z 22.12.1970 r. „w sprawie zniesienia środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w imporcie nie przewidzianych przez inne przepisy wydane na mocy Traktatu”.¹⁰ Po upływie krótkiego okresu czasu stała się ona jednak niewystarczająca i TSUE podjął się uzupełnienia definicji środków o skutku podobnym do ograniczeń ilościowych, którą odnajdujemy w słynnym orzeczeniu w sprawie braci Dassonville.¹¹

Pierwszą znaczącą sprawą jaka miała związek ze swobodnym przepływem towarów i alkoholem zarazem była właśnie **sprawa 8/74 Prokurator Królewski v. Benoit i Gustave Dassonville**,¹² z którą do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zwrócił się brukselski sąd pierwszej instancji.

Zgodnie z artykułem 1 królewskiego dekretu nr 57 z 2 grudnia 1934 r. obrót i magazynowanie alkoholi zaopatrzonych w oznaczenie miejsca ich pochodzenia uzależnione było od posiadania oficjalnego dokumentu, który potwierdzałby prawo do użytkowania danego oznaczenia. Przepisy dotyczyły kilku oznaczeń, w tym również oznaczenia „Scotch whisky”. Wspomniana szkocka whisky stała się kością niezgody pomiędzy braćmi Dassonville, prowadzącymi przedsiębiorstwo zajmujące się hurtową sprzedażą alkoholu, a belgijskimi władzami.

Gustave Dassonville, właściciel przedsiębiorstwa, nabył we Francji sprowadzoną z Wielkiej Brytanii (wtedy nie należącą jeszcze do EWG) szkocką whisky. Przetransportował ją następnie na terytorium Belgii. Sprowadzona w ten sposób whisky posiadała brytyjską nalepkę potwierdzającą jej pochodzenie oraz zaświadczenie o opłaceniu akcyzy we Francji, nie towarzyszyło jej jednak świadectwo pochodzenia. Z tego powodu wszczęte zostało przez pro-

⁸ Sprawa 2/73 *Riseria Luigi Geddo* przeciwko *Ente Nazionale Risi*, Zb. Orz. 1973, s.865.

⁹ R. Skubisz (red.), E. Skrzydło-Tefelska, A. Wróbel, op.cit., s.87.

¹⁰ Dz. Urz. WE 1970 L 13/29.

¹¹ W. Czapliński, *Zarys prawa europejskiego*, Warszawa 1999, s.54.

¹² Sprawa 8/74 *Prokurator Królewski* przeciwko *Benoit i Gustave Dassonville*, Zb. Orz. 1974, s.873.

kuratora dochodzenie o naruszenie przepisów wspomnianego królewskiego dekretu. W toku postępowania bracia Dassonville podnieśli zarzut sprzeczności przepisów belgijskich z prawem ówczesnie wspólnotowym wskazując na fakt, że wymóg posiadania świadectwa autentyczności stawia podmiot sprowadzający towar z innego państwa członkowskiego w gorszym położeniu aniżeli podmiot sprowadzający towar bezpośrednio z kraju trzeciego, ponieważ nabywca pośredni ma duże trudności z uzyskaniem świadectw autentyczności towaru od producenta.

Podstawowy argument wykorzystany przez braci Dassonville do obrony był taki, że przepis stosowany przez władze belgijskie, wymagający od importera równoległego (wtórnego) posiadania świadectwa pochodzenia towaru jest środkiem o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych, który w świetle art. 30 TWE (obecnie art. 34 TFUE) jest zabroniony. Tym samym, argumentowali, omawiany przepis jest niczym innym jak ukrytą barierą dla handlu wewnątrz-wspólnotowego.¹³

Belgijski sąd skierował do Trybunału w Luksemburgu pytanie, czy krajowy przepis zakazujący importu alkoholu oznaczonego zastrzeżoną przez dane państwo nazwą bez wymaganych dokumentów potwierdzających prawo do posługiwania się określoną nazwą należy uznać w świetle ówczesnych przepisów dotyczących swobody przepływu towarów (art. 30, 31, 32 i 36 TWE) za środek równoważny do ograniczeń ilościowych.

Na rzecz oskarżonych argumenty przedstawiła Komisja, dla której jakikolwiek środek mogący wywrzeć negatywny wpływ na swobodny przepływ towarów jest środkiem o skutku podobnym do ograniczenia ilościowego, oraz Rzecznik Generalny, który wyraził opinię podobną do zaprezentowanej przez Komisję.

Trybunał Sprawiedliwości w swoim wyroku stanął po stronie braci Dassonville. W punkcie 5 orzeczenia sformułował zdanie, które stało się powszechnie znane jako tzw. formuła Dassonville: „wszystkie przepisy państw członkowskich dotyczące obrotu, które mogą utrudniać handel wewnątrz-wspólnotowy pośrednio czy bezpośrednio, rzeczywiście czy choćby tylko potencjalnie – muszą być uznane za środki o skutkach podobnych do ograniczeń ilościowych”

Ponadto, w odpowiedzi na argument władz belgijskich, które usprawiedliwiały wprowadzone przepisy przy pomocy art. 30 Traktatu (obecnie art. 36 TFUE) dotyczącego wyłączeń od zasady swobodnego przepływu, Trybunał stwierdził, że państwa członkowskie mogą prowadzić działania mające na celu zapobieganie nieuczciwym praktykom, ale tylko pod warunkiem, że „takie środki

¹³ W.Czapliński, R.Ostrihansky, P.Saganek, A.Wyrozumska, *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2005, s.458-459; A.Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002, s.16.

są rozsądne i nie stanowią instrumentu arbitralnej dyskryminacji lub ukrytej bariery handlu pomiędzy państwami członkowskimi”.¹⁴

Trybunał w Luksemburgu nakazując w danej sprawie państwom kierowanie się rozsądkiem w tworzeniu krajowych regulacji, stworzył ponadto podwaliny pod tzw. zasadę rozsądku, która rozwinięta została w późniejszym orzecznictwie.¹⁵

Środki wywierające podobne skutki do ograniczeń ilościowych opisane w sprawie Dassonville, zdaniem doktryny, sformułowane były zbyt szeroko i nie odnosiły się bezpośrednio do kwestii dyskryminacji. Wystarczało, że środek zastosowany przez państwo mógł potencjalnie utrudnić handel wewnątrz Wspólnoty. Sąd w danej sprawie, zdaniem D. Wilshera, odniósł się do kwestii dyskryminacji jedynie pośrednio uznając, że wyłącznie bezpośredni importerzy, w relacji do importerów wtórnych, mogą bez problemu uzyskać świadectwo autentyczności. Według A. Zawidzkiej, Trybunał wybrał inną drogę i w żaden sposób nie poruszył kwestii dyskryminacji. Miało to na celu służyć pogłębianiu procesu integracji, ponieważ sąd nie ograniczył się jedynie do zwalczania protekcjonizmu i różnych form dyskryminacji ale skupił się na usuwaniu wszelkich przeszkód w handlu, które mogłyby utrudnić tworzenie w pełni funkcjonalnego wspólnego rynku. Należy jednak zauważyć, że w danej sprawie Trybunał miał uproszczone zadanie, ponieważ porównywane produkty były fizycznie identyczne i nie było problemu z identyfikacją właściwego konkurenta.¹⁶

Sprawa Dassonville zwróciła uwagę Trybunału po raz pierwszy nie tylko na wpływ niektórych regulacji krajowych mogących wywołać efekt podobny do ograniczeń ilościowych w swobodnym przepływie towarów, ale również na kwestię możliwego konfliktu pomiędzy krajowymi przepisami dotyczącymi własności intelektualnej a prawem wspólnotowym odnoszącym się do geograficznych oznaczeń pochodzenia towaru.¹⁷ Na podstawie ówczesnych ustaleń międzynarodowych, a dokładniej paryskiej konwencji o ochronie własności intelektualnej z 1883 r., przepisy dotyczące pochodzenia towarów były częścią krajowych przepisów prawa własności intelektualnej.¹⁸ Konwencja paryska dzieliła oznaczenia

¹⁴ W.Czapliński, R.Ostrihansky, P.Saganek, A.Wyrozumska, *Prawo Wspólnot...*, op.cit., str.458-460.

¹⁵ A.Zawidzka, op.cit., s. 18-19.

¹⁶ D.Wilsher, *Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market*, “European Law Review” Vol.38, No.1, February 2008, s. 10; A.Zawidzka, op.cit., s. 17-18.

¹⁷ R.Joliet, *EEC Law and Appellations of Origin: The Scotch Whisky Case* w “The Modern Law Review” Vol.38, No.2 (March, 1975), s.200.

¹⁸ Belgia wprowadziła należycie do swojego porządku prawnego określenie pochodzenia szkockiej whisky. P.Oliver, *Free Movement of Goods in the European Community*, London 1996, s.131.

geograficzne na dwie kategorie: oznaczenia pochodzenia towarów (*indications of source*) oraz nazwy pochodzenia towarów (*appellations of origin*).

Przy okazji tej sprawy zwróćmy uwagę obecne uregulowania kwestii oznaczenia pochodzenia towaru w prawie unijnym. Kładą one nacisk na nazwę pochodzenia towaru, która ma za zadanie wskazać określony obszar geograficzny, gwarantujący towarom tam wytworzonym określone unikalne właściwości.¹⁹

Warto jednak w tym miejscu wspomnieć, w skrócie, o regulującej daną materię legislacji unijnej, która stworzyła system oznaczeń pochodzenia na terenie wspólnoty m.in. w odniesieniu do napojów alkoholowych. Uregulowane to zostało Rozporządzeniem 1576/89²⁰ w sprawie napojów spirytusowych, które w załączniku II wymienia szkocką whisky wśród alkoholi, którym przyznano ochronę wynikającą z oznaczenia geograficznego. Rozporządzenie 2081/92/EWG o ochronie geograficznych oznaczeń i nazw pochodzenia dla produktów rolnych i środków żywności²¹ rozszerzyło prowizję wcześniejszego rozporządzenia i wprowadziło dwa rodzaje ochrony: chronione oznaczenia pochodzenia (tzw. PDO – *Protected Designations of Origin*) oraz chronione oznaczenia geograficzne (tzw. PGI – *Protected Geographical Indications*). PDO oraz PGI odnoszą się do nazw konkretnych regionów, miejsc bądź krajów, z tymże dużo trudniej jest uzyskać status PDO, ponieważ wymaga on udowodnienia ścisłego związku produktu z miejscem wytworzenia.

Cieężko jest wskazać jednoznaczną odpowiedź na pytanie, skąd właściwie wzięła się whisky. Irlandczycy twierdzą, że pojawiła się ona po raz pierwszy wśród zielonych pól Irlandii, a Szkoci, że nad brzegami szkockich jezior. Faktem jednak jest to, że w szkockich górach można naliczyć tyle gorzelni, ile jest winnic w rejonie Bordeaux. Szkocja pozostaje głównym wytwórcą whisky na świecie i to Szkocja jest synonimem jej najwyższej jakości. Szkoci swoją whisky zawdzięczają w dużej mierze poborcom podatkowym, na myśl o których każdy amator whisky powinien zawołać „*God bless the excisemen!*”; tak bardzo gnębili oni Szkotów, że przenosili się oni w najdalsze zakątki szkockich gór, odkrywając tam nieskazitelnie czyste źródła oraz najlepsze torfowiska – składniki niezbędne do wytwarzania aromatycznych sładów do produkcji szkockiej whisky.²²

¹⁹ M.Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Zakamycze 2002, s. 140-147.

²⁰ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1576/89 z dnia 29 maja 1989 r. ustanawiające ogólne zasady definicji, opisu i prezentacji napojów spirytusowych, Dz. Urz. L 160 z 12.6.1989, str. 1.

²¹ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2081/92 z dnia 14 lipca 1992 r. w sprawie ochrony oznaczeń geograficznych i nazw pochodzenia produktów rolnych i środków spożywczych, Dz. Urz. L 208 z 24.7.1992, str. 1.

²² G.Delos, *Wielka Księga Alkoholi Świata*, Warszawa 1994, s.21-22.

Szkocja szczyci się swoją whisky, której historia sięga końca XV wieku, a dokładniej 1494 r., kiedy to pojawiła się pierwsza pisemna o niej wzmianka w dokumentach wspomnianych poborców podatkowych. Dotyczyła ona dostawy ośmiu butelek jęczmienia opatowi Johnowi Cor w celu wytworzenia „*aqua vitae*”. Wspomniana ilość zboża pozawalała ówczesznie na wytworzenie 1500 butelek trunku, co sugeruje nam, że destylacja była już w Szkocji procesem ugruntowanym.²³

Od czasów średniowiecza to właśnie opactwa zajmowały się w Szkocji produkcją alkoholi, w tym whisky, używając do tego prymitywnych jeszcze alembików. Początkowo, jak w przypadku większości trunków alkoholowych, whisky pełniła rolę lekarstwa. Z czasem wiedza na temat destylacji szkockiej whisky zaczęła wychodzić poza mury opactw i stała się dochodowym zajęciem dla wielu Szkotów. Skala produkcji osiągnęła taki poziom, że w 1506 r. zaniepokojone władze wydały w Edynburgu dekret, ograniczający prawo sprzedaży whisky do cyrulików i chirurgów (ówczesnych lekarzy). Był to pierwszy dokument mający na celu ograniczenie produkcji oraz nadmiernego spożycia alkoholu. Patrząc na stopień upowszechnienia się trunku, można uznać, że whisky stała się napojem narodowym Szkotów już w XVI w.²⁴

Szkocka whisky została oficjalnie zdefiniowana na początku XX wieku, dokładnie w 1909 r., za pośrednictwem uchwalonego w Wielkiej Brytanii „The Scotch Whisky Act”, definiującego czym jest szkocka whisky.²⁵ Jednak ważnym wcześniejszym aktem dotyczącym whisky uchwalonym w Wielkiej Brytanii była ustawa o gorzelnianach Wash Act z 1823 r., która była ukoronowaniem starań nielegalnych wytwórców whisky, działających „w gorzelnianym podziemiu” w szkockich górach. Jako pierwszy licencję uzyskał George Smith, twórca słynnej Glenlivet, którą to zachwycał się sam król Jerzy IV podczas swojej wizyty w Edynburgu w 1822 r. Powstanie tej gorzelni datowane jest na 1745 r., a jej produkt, czyli „The Glenlivet”, uchodzi do dziś za symbol doskonałości i elegancji. Inne znane szkockie marki to m.in.: najslawniejsza w świecie whisky typu „single malt” „Glenfiddich”, Dalmore, czy Glendeveron.²⁶

Szkocka whisky produkowana jest z jęczmienia słodowanego (whisky słodowa – single malt) lub częściej z zestawienia whisky słodowej z alkoholem zbo-

²³ www.scotch-whisky.org.uk

²⁴ G.Delos, op.cit., s.26-30.

²⁵ Aktualna legislacja brytyjska dotycząca szkockiej whisky to „Scotch Whisky Act 1988” z 28 czerwca 1988 r. wraz z rozporządzeniami wykonawczymi, które weszły w życie w czerwcu 1990 r. W.Gogoliński, *Leksykon Whisky*, Warszawa 1997, s.301; www.opsi.gov.uk

²⁶ G.Delos, op.cit., s.31-33.

zowym (blended whisky). Jeśli chodzi o proces produkcyjny whisky, to decydujący wpływ na jakość trunku ma sztuka i staranność destylacji. Pewną wyjątkowość przejawia w tej kwestii whisky słodowa, której smak zależy przede wszystkim od regionu pochodzenia (4 regiony w Szkocji: *Highland*, *Islay*, *Lowland* i *Cambeltown*). Niezależnie od rodzaju whisky, jej produkcja składa się z kilku stałych etapów. Podczas zacierania zboża używa się słoju jęczmiennego (rzadziej żytniego), dzięki któremu zachodzi przemiana skrobi zawartej w ziarnach w cukier. W szkockich gorzelnianach powstały zacier po kilkudniowej fermentacji destyluje się w miedzianych alembikach. Rezultatem jest surowy spirytus o mocy od 65% do prawie 95%, który winien dojrzewać w dębowych beczkach nie krócej niż 3 lata. Dojrzały spirytus rozcieńcza się następnie wodą i ewentualnie miesza z innymi spirytusami.²⁷

Kodyfikacja dotycząca szkockiej whisky dotarła również na poziom Wspólnot Europejskich, które w 1989 r. w rozporządzeniu Rady EWG 1576/89/EWG²⁸ zdefiniowały whisky i inne napoje alkoholowe. Zaczęły również chronić „szkocką whisky” jako określenie geograficzne. Wspólnoty Europejskie przyznały również szkockiej whisky status chronionego oznaczenia pochodzenia (PDO) na mocy rozporządzenia 2081/92.

Legislacja brytyjska jak i unijna, jednoznacznie określają, że „szkocką whisky można produkować jedynie na terenie Szkocji z zacierów zbożowych, sporządzonych z dodatkiem naturalnych drożdży, i destylować do mocy nie wyższej niż 94,8%. Dojrzewanie w.s.z. odbywa się w beczkach dębowych o pojemności nie przekraczającej 700 l i musi trwać minimum 3 lata, a jedynym dozwolonym dodatkiem jest naturalny karmel. Moc w.s.z. dopuszczanej do obrotu na terenie Unii Europejskiej nie może być niższa niż 40%.”²⁹

Dodatkowo wystarczy wspomnieć, że szkocka whisky jest obecnie najpopularniejszym wyrobem spirytusowym na świecie, serwowanym w 200 krajach.³⁰ W celu łatwiejszego zrozumienia, jak ważna jest szkocka whisky dla Szkotów, warto rozważyć kilka faktów przedstawionych w 2006 r. przez szkocki rząd:

- około 41,000 miejsc pracy w Szkocji zależy od produkcji szkockiej whisky – stanowi to około 2% całkowitego zatrudnienia w Szkocji i generuje około 800 milionów funtów zysku rocznie,

²⁷ G.Delos, op.cit., s.25; W.Gogoliński, op.cit., s.301-303.

²⁸ Obecnie zastąpione przez Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 110/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. w sprawie definicji, opisu, prezentacji, etykietowania i ochrony oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 1576/89. Dz. Urz. WE z 13.2.2008, L 39/16.

²⁹ W.Gogoliński, op.cit., s.302-303.

³⁰ www.scotch-whisky.org.uk

- na poziomie Wielkiej Brytanii szkocka whisky odpowiada za 65,000 miejsc pracy i zyski wysokości 1.3 miliarda funtów,
- przemysł whisky zapewnia około 7,000 miejsc pracy w nieuprzemysłowionych częściach Szkocji,
- przemysł whisky jest drugim pod względem zysków przemysłem eksportowym (po elektronice) w Szkocji, a piątym w skali całej Wielkiej Brytanii (po chemikaliach, wyrobach metalurgicznych, tekstyliach i wyposażeniu biur),
- Wartość eksportu whisky przekroczyła kwotę 2 miliardów za każdy rok przez ostatnie 12 lat.³¹

Środek wyraźnie uznany za dyskryminacyjny spotykamy w sprawie **8/77 Openbaar Ministerie v. Van Tiggele**.³² TSUE rozpatrywał wspomnianą sprawę mniej więcej w tym samym czasie co sprawę Cassis de Dijon, która zostanie omówiona w dalszej części niniejszego artykułu. W sprawie Van Tiggele sąd w Luksemburgu nie zajmował się dyskryminacją wyłącznie pośrednio lecz badał jej bezpośrednią formę w świetle art. 30 TWE (obecnie art. 34 TFUE). Sprawa dotyczyła holenderskiego ustawodawstwa dotyczącego ustalania cen minimalnych przy sprzedaży wyrobów alkoholowych, a dokładniej regulacji ustanowionej przez Produktschap voor Gedistilleerde Dranken³³ (zgodnie z królewskim dekretem z 18 grudnia 1975 r.) zaaprobowanej przez ministra finansów 19 grudnia 1975 r. Ustanawiała ona na terytorium Holandii system minimalnych cen detalicznych różniących się od siebie w zależności od rodzaju alkoholu. Minimalna cena alkoholu znanego jako „new hollands gin” oraz vieux była w Holandii obli-

³¹ www.scotland.gov.uk

³² Sprawa Openbaar Ministerie przeciwko J.P Van Tiggele, Zb. Orz. 1978, s.25.

³³ Produktschap voor Gedistilleerde Dranken jest w Holandii tzw. publiekrechtelijke bedrijfororganisatie, czyli organizacją biznesu i przemysłu opartą na prawie publicznym. Termin ten odnosi się do systemu zorganizowanych grup interesu składających się zarówno z pracodawców jak i pracowników funkcjonujących w różnych sektorach gospodarki. Posiadają one zdolność, na podstawie prawa publicznego, do regulowania swoich stosunków w obrębie danego sektora oraz są odpowiedzialne za doradzanie rządowi w kwestii danego sektora. Powstanie tego typu organizacji było możliwe po 1922, kiedy stwierdzono, że formalna władza może być powierzona strukturze innym niż te określone w holenderskiej konstytucji. Dzięki temu w 1950 r. powstała ustawa o organizowaniu biznesu i przemysłu (Wet op de Bedrijfsorganisatie), na mocy której utworzono Radę Społeczno-Ekonomiczną oraz umożliwiono powstanie stowarzyszeń przemysłowych. Omawiana organizacja zrzeszająca przedsiębiorców i pracowników branży destylacyjnej funkcjonuje od 1 stycznia 1956 r. Od 1 lipca 2002 funkcjonuje pod nazwą Productschap Dranken, po połączeniu w jedną organizację sektorów m.in: piwa, napojów bezalkoholowych i wód, napojów destylowanych. www.eurofound.europa.eu

czana na podstawie katalogu cen producenta za sztukę, powiększona o HFL 0.60 oraz podatek VAT i w żadnym przypadku nie mogła być niższa niż HFL 11.25 za litr. Minimalna cena alkoholu znanego jako „old hollands gin” wynosiła HFL 11.25 za litr. Dla pozostałych alkoholi minimalna cena detaliczna równa była cenie zakupu powiększonej o podatek VAT. Niedługo potem powyższe wartości zostały zwiększone do HFL 11.70 z uwagi na wzrost kosztów produkcji.³⁴

O naruszenie powyższej regulacji został oskarżony licencjonowany restaurator z Maasdam, Jacobus Philippus van Tiggele, który dopuścił się sprzedaży alkoholu po cenach niższych aniżeli wymienione w ustawodawstwie, a zadaniem Trybunału było stwierdzenie, czy ustalenie minimalnej ceny detalicznej można zakwalifikować jako środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych.

Trybunał w Luksemburgu powołał się w pierwszej kolejności na wypracowaną przez siebie formułę Dassonville, a następnie stwierdził, że ustalenie minimalnej ceny, stosowanej bez rozróżnienia tak do produktów krajowych jak i importowanych, może mieć negatywny wpływ na promocję towarów importowanych. Dana regulacja winna być zatem traktowana jako środek równoważny do ograniczenia ilościowego. Następuje to poprzez zablokowanie przez omawianą regulację możliwości odzwierciedlenia niższej ceny zakupu w późniejszej cenie detalicznej. Ponadto, pomimo, iż stosowne władze mogą na zasadzie wyjątku uznać prawo podmiotu do sprzedaży danego towaru po cenie niższej aniżeli wymieniona w prawie, to sama konieczność ubiegania się o takie uprawnienie może stanowić środek o skutku równoważnym do ograniczenia ilościowego. Tym samym regulacja dotycząca ustalania cen ustanowiona przez władze holenderskie uznana została za dyskryminacyjną, mimo iż stosowana była bez różnicowania do produktów krajowych i importowanych, kwalifikując się pod zakaz wynikający z art. 30 TWE (obecnie art. 34 TFUE).³⁵

Alkohol, który pojawił się w sprawie, czyli „new hollands gin” oraz „old hollands gin” to nie zwykły dzin, ale najwcześniejsza jego forma. Powyższe nazwy mogą być odrobinę mylące, ponieważ odnalezienie informacji na temat powyższego trunku na ich podstawie jest wyjątkowo trudne. Właściwa nazwa tego holenderskiego trunku to jenever lub genever, w Polsce znanego bardziej pod nazwą jałowcówka. Nazwa jenever wywodzi się od holenderskiego słowa „juniper”, oznaczającego główny składnik tego trunku, czyli jagodę jałowca. Badacze jako wynalazcę jenever wskazują holenderskiego alchemika Sylwiusa de Bouve, sprzedającego swój wynalazek w końcu XVI w. jako lek (podobnie jak większość omawianych w niniejszym artykule alkoholi). Jałowcówka nazywana

³⁴ Orzeczenie 82/77 *Openbaar Ministerie v. van Tiggele*, Zb. Orz. 1978, s.25.

³⁵ P. Craig, G. de Burca, *EU Law*, Oxford 2008, s.674; sprawa 8/77, Zb. Orz. 1978, s.25.

w Holandii jenever lub genever pierwotnie produkowana była w wyniku destylacji wina słodowego aż do uzyskania przezeń 50% zawartości alkoholu. Jednak tak wytworzony trunek nie charakteryzował się przyjemnym smakiem. Wytwórcy, aby poprawić smak, zaczęli stosować różne dodatki w postaci ziół i przypraw, poszukując właściwego składnika. W zastosowanej metodzie prób i błędów zwyciężyła jagoda jałowca.

Współcześnie holenderski dzin produkowany jest według oryginalnej i bardziej tradycyjnej od brytyjskiej metody polegającej na mieleniu ziaren zbóż (żyto i jęczmień z dodatkiem słołu) i mieszaniu ich następnie z wodą. W ten sposób otrzymujemy zacier, który zostaje scukrzony, poddany procesowi fermentacji i destylowany w tradycyjnych alembikach. Po pierwszej destylacji następuje druga, już z użyciem jałowca i innych aromatów. Wiek holenderskiego dzinu nie jest podawany w sposób dosłowny. Rozróżniamy jednak 3 rodzaje jenever: *jonge* (młody), *oude* (stary), zdecydowanie najpopularniejsze, oraz *zeer oude* (bardzo stary) sprzedawany w kamionkowych karafkach. Warto zauważyć, że zajmująca się produkcją jenever holenderska firma Bols jest najstarszą i bardzo dobrze znaną, założoną w 1575 r., wytwórnią wódek na świecie.

Holenderski dzin charakteryzujący się słodkim smakiem winien być przechowywany w niskiej temperaturze, podawany bardzo zimny w specjalnie schłodzonych szklankach i spożywany w formie tzw. „shot”.

Zgodnie z unijną legislacją³⁶ jedynie trunki wytwarzane w Holandii, Flandrii, gdzie również silnie rozwinęła się tradycja wytwarzania jałowcówki, Belgii, oraz dwóch krajach związkowych (Nadrenia-Westfalia i Dolna Saksonia) mogą stosować nazwę jenever.³⁷

W danej sprawie na pierwszy rzut oka zasady ustalania cen funkcjonujące na terytorium Holandii nie miały charakteru dyskryminacyjnego. Uniemożliwiały jednak zakup wyrobów alkoholowych w innym państwie członkowskim po niższych cenach i sprzedawanie ich następnie na terenie Holandii po cenach niższych aniżeli wymienione w krajowych przepisach.

Poglądy Trybunału w Luksemburgu zawarte zarówno w sprawie Dassonville, jak i van Tiggele, były sformułowane prawdopodobnie zbyt restrykcyjne, ponieważ odnosiły się one do stanu faktycznego, w którym istnieją identyczne dobra krajowe, a przepisy dotyczą wersji importowanej danego dobra. W sytuacji, w której importer nie mógłby wskazać bezpośredniego konkurenta, musiałby udowodnić istnienie na rynku towarów pośrednio konkurencyjnych. Musiałby

³⁶ Aktualnie ta kwestia regulowana jest przez Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 110/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. – to samo które ma zastosowanie do szkockiej whisky.

³⁷ G.Delos, op.cit., s. 122-123; www.drinkfocus.com; www.dutchamsterdam.nl.

również wykazać dyskryminację opierając się na silnym materiale dowodowym. W przypadku powództwa prywatnego byłoby to wyjątkowo skomplikowane i kosztowne.

Kamieniem milowym dla swobody przepływu towarów była sprawa **120/78 Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein** (Cassis de Dijon),³⁸ która m.in. pozwoliła na zawężenie wykładni środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych ze sprawy Dassonville.

W centrum zainteresowania w powyższym orzeczeniu znalazł się likier Cassis de Dijon (likier pochodzący z Dijon, stolicy Burgundii, gdzie wytwarza się najpopularniejszy likier owocowy – cassis) wytwarzany we Francji z czarnej porzeczki. Początkowo alkoholem konserwowano owoce w czasie dużego urodzaju. Tak zakonserwowane owoce często w późniejszym czasie konsumowane były z dodatkiem białego wina. Tego typu „mieszanki”, kiedy zyskały popularność wśród lokalnej ludności, zaczęto serwować w lokalnych kawiarniach. W rezultacie Auguste-Denis Lagoute i jego zięć Lejay, gorzelnicy z Dijon, otworzyli wspólne przedsiębiorstwo w 1836 r. z zamiarem wprowadzenia likieru na rynek. Udało im się to w 1841 r., a do jego produkcji wykorzystali czarną porzeczkę, uznając ją za najbardziej aromatyczną. Za ich przykładem poszło przynajmniej dziesięciu gorzelników z regionu Dijon, a w przededniu II wojny światowej ich liczba sięgnęła osiemdziesięciu. Likier Cassis, ze względu na dużą zawartość witaminy C w czarnej porzeczce, znany był ze swych właściwości leczniczych, ale częściej służył bardziej prozaicznym celom.

Wytwórcy likierów owocowych w celu wydobycia jak największej ilości smaku, przede wszystkim zwracając uwagę na surowiec, używają jak najprostszych technik. Na ogół nie stosują oni destylacji. Świeże owoce macerowane są w alkoholu o charakterze neutralnym. Następnie otrzymany nalew filtruje się, dodaje cukru i leżakuje w dębowych beczkach.³⁹

Cassis de Dijon to likier wytwarzany we Francji z czarnej porzeczki i zawierający 16-22% alkoholu. Niemiecka firma Rewe-Zentral-AG zamierzała sprowadzić na teren Republiki Federalnej Niemiec wspomniany likier i w tym celu wystąpiła do Federalnego Monopolu Spirytusowego o zezwolenie na import. Urząd wydał decyzję odmowną, argumentując, że francuski produkt nie zawiera wymaganej przez prawo niemieckie ilości alkoholu, czyli 25%. Importer, wskazując, że niemieckie przepisy dotyczące minimalnej zawartości spirytusu w alkoholu naruszają zasady prawa wspólnotowego, zaskarżył decyzję do sądu administracyjnego, który następnie skierował sprawę do heskiego trybunału

³⁸ Sprawa 120/78 Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (*Cassis de Dijon*), Zb. Orz. 1979, s.649.

³⁹ G.Delos, op.cit., s. 193-196.

finansowego. W orzeczeniu prejudycjalnym wydanym w danej sprawie TSUE sformułował dwie bardzo istotne dla prawa Unii Europejskiej zasady: zasadę uznania standardów oraz zasadę wymogów imperatywnych.⁴⁰

Zasada uznania standardów, określana również jako zasada wzajemnego uznania (*mutual recognition*), oznacza, że każdy towar legalnie wytwarzany i sprzedawany zgodnie ze standardami obowiązującymi w jednym z krajów członkowskich powinien być automatycznie dopuszczony do swobodnego obrotu we wszystkich pozostałych państwach członkowskich. Bardzo trafnie ujął tę zasadę w odniesieniu do omawianej sprawy D.Chalmers: „*Ponieważ dane dobro zostało uregulowane we Francji, Niemcy muszą, co do zasady, zaakceptować zdrowy rozsądek francuskich władz oraz zaakceptować fakt, że jeśli coś jest wystarczająco dobre dla Francuzów, najprawdopodobniej będzie również dobre dla Niemców.*”⁴¹

Druga zasada dotycząca wymogów imperatywnych umożliwia każdemu państwu członkowskiemu wprowadzenie pewnych ograniczeń swobodnego przepływu towarów poprzez powołanie się na ważny i uzasadniony interes publiczny, w szczególności skuteczność kontroli podatkowej, ochronę zdrowia publicznego, rzetelność obrotu handlowego czy ochronę konsumentów. Przedstawiony katalog nie miał jednak charakteru zamkniętego i rozwijany był w późniejszym orzecznictwie Trybunału. Wprowadzane ograniczenia, jeśli mają zostać uznane za zgodne z prawem Unii Europejskiej, nie mogą jednak prowadzić do naruszenia zasad proporcjonalności, konieczności, niezbędności i podlegają każdorazowej kontroli ze strony TSUE w ramach tzw. testu proporcjonalności. Najpierw Trybunał ocenia, jaki cel przyświeca zastosowanej przez państwo członkowskie regulacji oraz czy jest ona przewidziana w prawie UE. Następnie do sądu należy stwierdzenie, czy dana regulacja służy realizacji wskazanego celu oraz czy nie można by było tego samego celu osiągnąć środkami wywierającymi mniejszy wpływ na handel wewnątrzunijny.⁴²

Wpływ orzeczenia *Cassis* na unijny porządek prawny dotyczący swobody przepływu towarów jest nie do przecenienia. Do czasu wydania przez Trybunał tego orzeczenia, aby zlikwidować przeszkody wynikające z istnienia różnych standardów w różnych państwach członkowskich wymagane było przyjęcie

⁴⁰ W.Czapliński, R.Ostrihansky, P.Saganek, A.Wyrozumska, *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2005, s.364.

⁴¹ D.Wilsher, *Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market* w „European Law Review” Vol.38, No.1, February 2008, s. 11.

⁴² A.Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002, s.19-23.

wspólnotowych przepisów harmonizacyjnych. Proces ten jednak był wyjątkowo długotrwały i wymagający jednomyślności w Radzie. Ponadto, ówczesna harmonizacja wyjątkowo szczegółowa, charakteryzowała się małą elastycznością, bardzo często nieadekwatną w przypadku szybko rozwijających się sektorów przemysłu. Tym samym zasada wzajemnego uznania standardów oraz dokładniejsze zdefiniowanie możliwych przeszkód w handlu zawarte w sprawie *Cassis* przyczyniły się do zmiany modelu harmonizacji, z ekstensywnej i bardzo szczegółowej do bardziej elastycznej i prostszej w zastosowaniu. Owa zmiana została określona w późniejszym czasie mianem „nowego podejścia do harmonizacji”.

Ważnym elementem w orzeczeniu *Cassis*, zdaniem P. Olivera, było odwrócenie elementu domniemania legalności regulacji krajowych. W przypadku spraw wcześniejszych, *Dassonville* i *van Tiggele*, ciężar dowodu, jak już wspomniano, spoczywał na podmiotach indywidualnych. Od czasu *Cassis* ciężar dowodu spoczywa na państwach członkowskich, które muszą udowodnić zgodność swojej regulacji z prawem unijnym.⁴³

Innym dowodem na to, jak duży wpływ miało orzeczenie *Cassis na proces budowy rynku wewnętrznego*, są również dwa dokumenty: Komunikat Komisji wydany 3 października 1980 r., dotyczący konsekwencji związanych z wydaniem orzeczenia w sprawie *Cassis de Dijon*, oraz Biała Księga zatytułowana „*Completing the Internal Market*” przygotowana przez Komisję w 1985 r. W komunikacie Komisja potwierdzała funkcjonowanie zasady wzajemnego uznania oraz możliwość funkcjonowania wyjątków od tej zasady. Ponadto, Komisja zdefiniowała w nim swoje kompetencje w zakresie przygotowywania harmonizacji, skupiając się przede wszystkim na regulacjach krajowych, które w świetle obowiązujących przepisów uznawane byłby za zgodne z zasadą wymogów imperatywnych. Biała Księga z 1985 r., będąca podstawą rozpoczęcia prac nad późniejszym Jednolitym Aktem Europejskim, niejednokrotnie odnosiła się do wypracowanych w orzeczeniu *Cassis* zasad.⁴⁴

Komisja ponownie zainteresowała się niemieckim ustawodawstwem alkoholowym tym razem dotyczącym niemieckiego wymogu (nakazu) czystości piwa (*Reinheitsgebot*). Przepis kwestionowany w orzeczeniu **178/84 Komisja v. Republika Federalna Niemiec**⁴⁵ obowiązywał w Niemczech od 1516 r. i na pierwszy rzut oka mogło się wydawać, że nie nosi znamion celowego działania RFN mającego na celu tworzenie barier w swobodnym przepływie towarów. Jednakże stanowił on, że „*piwo produkowane w Niemczech może być wytwarzane*

⁴³ M.Szpunar, op.cit., s. 26.

⁴⁴ A.Zawidzka, op.cit., s. 22-28; M.Szpunar, op.cit., s.30-32.

⁴⁵ Sprawa 178/84 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec (*Reinheitsgebot*), Zb. Orz. 1987, s.1227.

jedynie ze słoju jęczmiennego, chmielu, drożdży i wody". Ograniczone było tym samym stosowanie jakichkolwiek dodatków do piwa, a nazwę „piwo” można było stosować wyłącznie do napojów wyprodukowanych zgodnie z omawianym przepisem. Tym samym każde inne piwo, które w świetle niemieckich przepisów nie było piwem, w tym wypadku francuskie, nie mogło być jako takie dystrybuowane na terenie RFN. Rzeczą oczywistą jest, że żadnego producenta piwa nie zadowoliłaby możliwość nazywania swojego produktu „piwo-podobnym”.

Warto bliżej się przyjrzeć instytucji nakazu czystości w celu lepszego zrozumienia niemieckiego punktu widzenia.

Reinheitsgebot, czyli dosłownie nakaz czystości, w tym wypadku piwa, jest przede wszystkim najstarszą istniejącą do dziś regulacją dotyczącą bezpieczeństwa żywności.

Piwo, a raczej napój podobny do piwa, wynaleziony został już w starożytnej Mezopotamii ok. 10,000 lat temu, gdzie zetknęły się z nim starożytne cywilizacje Rzymu i Grecji. Kiedy następnie Rzymianie przekroczyli Alpy, zetknęli się z inną kulturą, która również trudniła się wytwarzaniem trunku alkoholowego ze zboża, nie zaś z winogron będących w ówczesnych czasach głównym źródłem alkoholu. Najstarszym dowodem na warzenie piwa w Niemczech i niewątpliwie w całej Europie, była odnaleziona w 1935 r. w kopcu pogrzebowym znajdującym się nieopodal bawarskiej wioski Kasendorf, 10 kilometrów od Kulmbach, amfora, datowana na 1400 lat p.n.e. Nosila ona ślady pszenicy wymieszanej z dębowymi liśćmi i obecnie można ją oglądać w Bawarskim Muzeum Piwa w Kulmbach. Starożytna niemiecka metoda warzenia piwa bardzo różniła się od współczesnych metod, ale technicznie trunek wytworzony w ten sposób był piwem.⁴⁶

Znaczny rozwój sztuki warzenia piwa przypada na wiek XV, kiedy to owa sztuka stała się nie tylko bardziej zaawansowana i smaczna, ale również dochodowa. Ta ostatnia okoliczność spowodowała, że wielu nieuczciwych wytwórców piwa zaczęło używać w procesie warzenia piwa tańszych i często kiepskiej jakości przeróżnych składników (m.in.: owoce, jaja, zioła). Doprowadziło to do sytuacji, w której wytworzone w ten sposób piwo było nie tylko niesmaczne, zdarzało się, że było również trujące. Dla zakochanych w dobrym piwie Bawarczyków taka sytuacja była niedopuszczalna.⁴⁷

Oryginalny nakaz czystości piwa (Reinheitsgebot), jak już wspomniano, datowany jest na 1516 r. Dokładnie pojawił się on w książęcym dekreście z 23 kwietnia 1516 r., wydanym w Ingolstadt przez współrządzających Bawarią Wilhelma IV i Ludwiga X. Zakładał on, że piwo może być wytwarzane jedynie przy

⁴⁶ www.bayerisches-brauereimuseum.de; www.germanbeerinstitute.com.

⁴⁷ www.beerchurch.com

użyciu jęczmienia, chmielu i wody.⁴⁸ Odnaleźć można jednak wzmiankę o tym, iż pierwotnie ów nakaz ukazał się w mieście Augsburg ok. 1490 r. umożliwiając władzom lokalnym nakładanie na jego podstawie podatków od piwa, a dokładniej kar finansowych na wyszynki serwujące „złe” piwo, a piwo przez nie wytworzone – niszczyć. Dopiero później, czyli w 1516 r., jego zasięg został rozszerzony na całą Bawarię.

Nakaz czystości w kolejnych wiekach obejmował swym zasięgiem coraz większe terytorium, przechodząc z jednego niemieckiego księstwa do drugiego, aby w 1906 r. stać się już oficjalnym prawem na terenie II Rzeszy Niemieckiej. Prawo to, oprócz wcześniej już wspomnianych, za podstawowy składnik w produkcji piwa uznało również drożdże. Ciekawostką może być fakt, iż wyrażenie „Reinheit” (czystość) nie było wymienione w oryginalnym tekście nakazu, a pojawiło się oficjalnie dopiero w czasach Republiki Weimarskiej w 1919 r., kiedy to wprowadzono nazwę Reinheitsgebot. Nakaz czystości stał się wówczas częścią niemieckiego prawa podatkowego oraz inspiracją dla browarników m.in. w Norwegii, Grecji oraz Szwajcarii, którzy dobrowolnie stosują się do ustanowionych nakazem zasad. Udało mu się również przetrwać czasy Trzeciej Rzeszy i nadal pozostaje częścią prawa podatkowego Republiki Federalnej Niemiec. Ów nakaz stał się jednak również obiektem zainteresowania Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Nie ulega wątpliwości, że niemiecki Reinheitsgebot przyczynił się do zbudowania wyjątkowej reputacji jaką cieszy się niemieckie piwo na świecie. W Niemczech istnieje ok. 900 browarów i wszystkie z dumą umieszczają na swoim produkcie sentencje: „*Gebraucht nach dem deutschen Reinheitsgebot*” lub „*Gebraucht nach dem Bayerischen Reinheitsgebot von 1516*”.

Trybunał w Luksemburgu orzekł jednak, że niemiecki nakaz czystości piwa stoi w sprzeczności ze swobodą przepływu towarów. Spotykamy się w danej sprawie z kontynuacją linii orzeczniczej ze sprawy Cassis de Dijon, a mianowicie uznawania standardów. Niedozwolone jest, zdaniem TSUE, utrzymywanie regulacji bez wyraźnego uzasadnienia, które stawiają produkt pochodzący z innego państwa członkowskiego w gorszej pozycji tylko dlatego, że wytwarzany jest z innych składników, nie uznanych w danym państwie członkowskim.⁴⁹

⁴⁸ Może dziwić fakt, że wśród wymienionych składników nie ma drożdży. Było to spowodowane niedokładnym w ówczesnych czasach zrozumieniem procesu warzenia piwa. Drożdże uważane były za efekt uboczny procesu fermentacji, a nie jej główny składnik. Dokładne działanie drożdży odkryte zostało dopiero w XIX wieku dzięki pracy francuskiego mikrobiologa Louisa Pasteura i duńskiego botanika Emila Christiana Hansena.

⁴⁹ W.Czapliński, R.Ostrihansky, P.Saganek, A.Wyrozumska, *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2005, s. 1195- 1203.

W powyższym orzeczeniu odnajdziemy jeszcze jedno bardzo ciekawe zagadnienie – dyskryminację odwrotną, którą możemy scharakteryzować w skrócie stwierdzeniem, że dany przepis nie może istnieć na poziomie wymiany handlowej pomiędzy państwami członkowskimi, może za to obowiązywać producentów piwa na terenie Niemiec. Wydaje się, że niemieccy producenci nie mają nic przeciwko obowiązywaniu na terenie Niemiec nakazu czystości piwa, wykorzystując, jak wspomniano wyżej, zawartą w nim metodę produkcji jako element promocji.

Inną formą zakłócania swobodnego przepływu towarów na obszarze Unii Europejskiej są monopole państwowe, które zajmują szczególną pozycję przede wszystkim w krajach skandynawskich, m.in.: Szwecji i Finlandii.

W Szwecji bardzo długo utrzymywał się państwowy monopol produkcyjny oraz dystrybucyjny w odniesieniu do towaru jakim jest alkohol. Szwedzka tradycja przeciwdziałania nadmiernemu spożyciu alkoholu sięga początku XX wieku. Szwedzka polityka alkoholowa pierwszej połowy XX wieku, oparta na księdze przydziałów szczegółowo regulującej zakup alkoholu, stawiana była za przykład dla innych krajów, pokazując w jaki sposób można rozwiązywać problemy alkoholowe stosując politykę o charakterze restryktywnym, a nie absolutnego zakazu. W 1955 r. zniesiono księgę przydziałów i w zamian wprowadzono wysokie podatki na alkohol. Ponadto w Szwecji funkcjonował monopol na sprzedaż alkoholu (Systembolaget), dokładnie określone zasady serwowania alkoholu, limity wiekowe, zakaz reklamy oraz wysokie kary za jazdę pod wpływem alkoholu. Przystąpienie Szwecji do Unii Europejskiej w 1995 r. przyniosło znaczne zmiany, które obejmowały m.in.: zniesienie czterech spośród pięciu istniejących monopolów oraz dostosowanie podatków akcyzowych. Zaowocowało to większym zaangażowaniem sektora prywatnego w import alkoholu na terytorium Szwecji. Wcześniej import alkoholu (wyrobów spirytusowych, wina oraz mocnego piwa) do dystrybucji przez Systembolaget zapewniany był przez jednego dostawcę, należącą do państwa firmę Vin & Sprit. Obecnie w Szwecji funkcjonuje ok. 300 importerów alkoholu oraz spora liczba producentów. Jedni i drudzy mają prawo sprzedawać swoje zasoby Systembolaget oraz bezpośrednio restauratorom. Powołano do życia również organ nadzorujący dystrybucję alkoholu, który ma za zadanie przyjmować ewentualne skargi od producentów i innych podmiotów na asortyment dystrybuowany przez Systembolaget. Spowodowało to znaczne zróżnicowanie oferowanych produktów alkoholowych na szwedzkim rynku. Dodatkowo z uwagi na unijne regulacje zniesione zostały szwedzkie limity dotyczące zawartości alkoholu w napojach destylowanych oraz piwie.⁵⁰

⁵⁰ J.Cisenros Örnberg, *The Europeanization of Swedish Alcohol Policy*, Stockholm

W sprawie C-189/95 *postępowanie karne przeciwko H. Franzenowi*,⁵¹ pan Harry Franzen został oskarżony przez szwedzkie władze o dystrybuowanie alkoholu poza regulowanym przez państwo obiegiem. Sprzedawał on w swoim sklepie wino sprowadzone z Danii, ok. 30 butelek, i oskarżony został przez prokuraturę o bezprawny handel alkoholem.⁵²

W postępowaniu przed szwedzkim sądem pan Franzen kwestionował szwedzkie prawo alkoholowe (*Alkohollag*), które weszło w życie 1 stycznia 1995 r. i ma za zadanie regulować produkcję oraz handel napojami alkoholowymi w Szwecji. Celem szwedzkiego ustawodawstwa jest ponadto poprzez ograniczanie spożycia wyrobów alkoholowych, zwłaszcza tych wysokoprocentowych, ochrona ludzkiego zdrowia. W świetle omawianego szwedzkiego prawa, za napój alkoholowy uznaje się produkt którego zawartość alkoholu przekracza 2.25%. Obejmuje on wina (zawartość alkoholu nie wyższa niż 22%), piwa o zawartości alkoholu od 2.25% do 3.5%, mocne piwa o zawartości alkoholu powyżej 3.5% oraz wyroby spirytusowe inne niż wcześniej wymienione. Ponadto od producentów oraz hurtowników wymagana jest właściwa licencja uprawniająca do określonej działalności, z tą różnicą że licencja produkcyjna umożliwia również sprzedaż hurtową produktów określonych w licencji. Dodatkowo import wina, mocnego piwa oraz wyrobów spirytusowych również wymaga posiadania licencji produkcyjnej bądź hurtowej. Licencje wydawane są przez Inspekcję Alkoholową (*Alkoholinspektion*), która odpowiada za nadzór nad wydanymi pozwoleniami. Aby uzyskać pozwolenie, dany podmiot musi spełnić wiele warunków, w tym m.in.: prawne, ekonomiczne oraz zdolność do spełnienia wymogów stawianych przez Dyrektywę Rady 92/12/EWG z 25 lutego 1992 r. - ogólne warunki dotyczące wyrobów objętych podatkiem akcyzowym, ich przechowywania, przemieszczania oraz kontrolowania.⁵³ Szwedzkie prawo alkoholowe wyraźnie wskazuje na państwowy Systembolaget, jako na podmiot odpowiedzialny za sprzedaż detaliczną wina, mocnego piwa oraz wyrobów spirytusowych. Posiadacze licencji produkcyjnych oraz sprzedaży hurtowej mogą sprzedawać alkohol jedynie firmom zajmującym się sprzedażą detaliczną, innym posiadaczom wymienionych licencji lub posiadaczom licencji na sprzedaż napojów alkoholowych. Handel alkoholem bez wymaganej licencji jest w Szwecji przestępstwem podlegającym procedurze postępowania karnego. Taka kwalifikacja prawna zastosowana została do p. Franzena.

2009, s.46-47.

⁵¹ Sprawa C-189/95 *postępowanie karne przeciwko H. Franzenowi*, Zb. Orz. 1997, s.I-5909.

⁵² W.Czapliński, R.Ostrihansky, P.Saganeek, A.Wyrozumska, op.cit., s.470-471.

⁵³ Dz. Urz. EWG Nr L 76/1.

Dodatkową kwestią, jaką zainteresował się Trybunał w Luksemburgu w omawianej sprawie, było szwedzkie prawo dotyczące środków związanych z reklamą napojów alkoholowych. Wprawdzie nie wprowadza ono absolutnego zakazu reklamy napojów alkoholowych, jednak zakazuje stosowania środków, które mogłyby zachęcać do ich spożywania takich jak m.in.: wybrane techniki promocyjne, tzw. sprzedaż obnośna lub reklama w radiu, telewizji oraz gazetach i ilustrowanych magazynach. Reklama napojów alkoholowych dozwolona jest w formie ulotek dostępnych w punktach sprzedaży, czyli w dużej mierze w sieci sklepów detalicznych Systembolaget lub w środkach transportu posiadających licencję na serwowanie alkoholu. Ponadto odniesienia do alkoholu mogą się również pojawiać w artykułach prasowych poświęconych danej tematyce.

Zgodnie z danymi przedstawionymi przed Trybunałem Systembolaget posiada sieć 384 sklepów na terenie Szwecji. Zakupów można też dokonywać po uprzednim zamówieniu za pośrednictwem 550 lokalnych pośredników (np. sklepy spożywcze, stacje benzynowe), na 56 trasach autobusów lub w 45 urzędach pocztowych.

Pan Franzen w postępowaniu przed szwedzkim sądem podnosił argument niezgodności szwedzkiego prawa alkoholowego z art. 30 oraz 31 TWE (obecnie art. 36 oraz 37 TFUE), co skłoniło lokalny sąd do skierowania trzech pytań w trybie prejudycjalnym do TSUE. Pierwsze i drugie pytanie dotyczyło zgodności Systembolaget z art. 30 i 31 TWE. Trzecie pytanie dotyczyło możliwości ewentualnego dostosowania Systembolaget do art. 31 TWE. Pan Franzen przedstawił tezę, że szwedzkie regulacje wpływają negatywnie na import do Szwecji napojów alkoholowych z innych państw członkowskich, przede wszystkim poprzez system licencji oraz wskazywanie przez Systembolaget produktów, które mogą być wprowadzone. Ponadto, promocja wyrobów alkoholowych z innych państw członkowskich realnie może się odbywać wyłącznie za pośrednictwem Systembolaget.

Artykuł 31 TWE dotyczący monopoli państwowych o charakterze handlowym nie zakazuje w sposób absolutny ich istnienia, nakazuje jednak aby wykluczona była wszelka dyskryminacja.

Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, odpowiadając tym samym na dwa pierwsze pytania zadane przez szwedzki sąd, że warunki funkcjonowania szwedzkiego monopolu handlowego są zgodne z art. 31 TWE (obecnie art. 37 TFUE). Uznał również, że przepisy związane z typem licencjonowania z jakim mamy do czynienia w Szwecji mogą być uchylone na podstawie art. 30 i 31 TWE jeżeli, co w tej sytuacji nie ma miejsca, są nieproporcjonalne do celu, jakim jest ochrona zdrowia publicznego.⁵⁴

⁵⁴ Sprawa C-189/95 postępowanie karne przeciwko H.Franzenowi, Zb. Orz. 1997,

Potwierdzenie legalności państwowego monopolu miało dla Szwecji, która wstąpiła do Unii Europejskiej w 1995 r., ogromne znaczenie. Jednakże nie był to koniec problemów z nim związanych.

W sprawie C-170/04 *Rosengren i inni przeciwko Riksåklagaren*⁵⁵ w centrum zainteresowania Trybunału w Luksemburgu ponownie pojawiło się szwedzkie prawo alkoholowe (*Alkohollag*).

Panowie Rosengren i inni, obywatele Szwecji, zamówili korespondencyjnie kilka skrzynek hiszpańskiego wina nie korzystając przy tym z usług pośrednika. Skrzynki wina, nie przedstawione do oclenia, zostały przez szwedzkie władze skonfiskowane pod zarzutem nielegalnego importu sprzecznego ze szwedzkim prawem. Konfiskata została następnie potwierdzona przez sąd w Goteborgu oraz Sąd Apelacyjny Zachodniej Szwecji. Pan Rosengren i inni odwołali się do Sądu Najwyższego, który uzależnił rozstrzygnięcie sprawy od wyjaśnienia, czy kwestionowane przepisy nie naruszają swobody obywateli do bezpośredniego importu napojów alkoholowych, z zastrzeżeniem, że transport nie był wykonany osobiście. Sąd Najwyższy w celu wyjaśnienia tej kwestii skierował do TSUE cztery pytania. Pytania dotyczyły legalności szwedzkiego zakazu importu alkoholu przez obywateli oraz tego, czy powinien on być oceniany pod względem zgodności z art. 28 TWE (obecnie art. 34 TFUE), czy z art. 31 TWE (obecnie art. 37 TFUE).

Dla Trybunału w Luksemburgu było jasne, że szwedzkie władze powierzyły sprzedaż alkoholu instytucji monopolistycznej, jaką jest Systembolaget. Ważne było zatem stwierdzenie, czy kompetencje przyznane szwedzkiemu monopolowi nie wykraczają poza zakres wskazany w art. 31 TWE. Sędziowie TS wyraźnie stwierdzili, że szwedzkie przepisy ograniczające import napojów alkoholowych przez osoby prywatne mają wpływ na swobodny przepływ towarów na terenie ówczesnej Wspólnoty Europejskiej, tym samym nie mogą być uznane za element funkcjonowania monopolu i powinny być rozstrzygane w świetle art. 28 TWE jako środek o skutku równoważnym do ograniczenia ilościowego. Trybunał zaznaczył również, że kwestionowany środek nie może być usprawiedliwiony na podstawie art. 30 TWE, przede wszystkim z uwagi na fakt, że nie jest proporcjonalny.⁵⁶

W omawianej sprawie TSUE wyraźnie wskazał, że szwedzkie przepisy zakazujące obywatelom importu napojów alkoholowych i przyznające szwedzkiemu monopolowi Systembolaget dyskrecyjną władzę, aby odmówić

s.I-5909.

⁵⁵ Sprawa C-170/04 *Rosengren i inni przeciwko Riksåklagaren*, Zb. Orz. 2007, s.I-04071.

⁵⁶ Ibidem.

sprowadzenia zamówionego przez klienta alkoholu (zostało to zmienione w 2005 r.) są sprzeczne z Traktatem. Ponadto, monopol importowy został uznany za odrębny od monopolu sprzedażowego i w związku z tym nie może być usprawiedliwiony względami ochrony zdrowia. Orzeczenie w sprawie Rosengren wywołało początkowo duże zamieszanie w Szwecji, jednakże po dłuższej chwili szwedzkie władze doszły do wniosku, że dane orzeczenie nie przesądza o niezgodności szwedzkiego prawa alkoholowego z prawem Unii Europejskiej.⁵⁷ Było to spowodowane orzeczeniem w sprawie holenderskiego „koła miłośników wina”.

Orzeczenie w sprawie pana Joustra miało ogromne znaczenie dla nowoczesnego ujęcia swobody przepływu towarów, ponieważ zwycięstwo odniosły narodowe urzędy skarbowe, a klęskę ponieśli konsumenci.

Stało się to za sprawą orzeczenia TSUE z 23 listopada 2006 **C-5/05 *Staatssecretaris van Financiën przeciwko B.F.Joustrze***.⁵⁸

W danej sprawie sąd krajowy zwrócił się do Trybunału z prośbą o interpretację przepisów dyrektywy 92/12/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. w sprawie ogólnych warunków dotyczących wyrobów objętych podatkiem akcyzowym, ich przechowywania, przyprywu i kontrolowania,⁵⁹ która w artykułach 7-10 określała, w którym kraju winien być opłacony podatek akcyzowy.

Obywatel Holandii, pan B. F. Joustra, zamówił przez internet dla siebie oraz innych osób fizycznych będących członkami „koła miłośników wina” wino z Francji, gdzie zostało ono również opłacone. Warto zaznaczyć, że p. Joustra nie przekroczył limitów zawartych w dyrektywie (90 litrów dla wina, w tym maksymalnie 60 litrów wina musującego), które wskazywałyby na handlowy cel jego działalności. Zorganizował on następnie transport zakupionego wina z Francji za pośrednictwem holenderskiej firmy przewozowej i nie szukając zysku dystrybuował on sprowadzone wino w swoim garażu. Problem pojawił się w momencie, gdy zjawił się holenderski urząd skarbowy i naliczył owemu obywatelowi wysoką akcyzę do zapłacenia. Za sprawą jego skargi TSUE zajął się powyższą sprawą i na nieszczyć holenderskiego obywatela przyznał rację holenderskiemu fiskusowi.

Trybunał orzekł, że wspomnianą dyrektywę „(...) należy interpretować w ten sposób, że jeśli, tak jak w sprawie przed sądem krajowym, osoba prywatna niedziałająca w ramach działalności gospodarczej ani też w celu zarobkowym nabywa w jednym państwie członkowskim dla własnego użytku i dla użytku innych osób prywatnych wyroby podlegające akcyzie, które zostały dopuszczone do konsumpcji w tym państwie członkowskim, oraz zleca ich transport do

⁵⁷ J.Cisenros Örnberg, op.cit., s.52.

⁵⁸ Sprawa C-5/05 *Staatssecretaris van Financiën przeciwko B.F.Joustrze*, Zb. Orz. 2006, s.I-11075.

⁵⁹ Dz. Urz. EWG Nr L 76/1.

drugiego państwa członkowskiego na własny rachunek przedsiębiorstwu transportowemu mającemu siedzibę w tym drugim państwie członkowskim, zastosowanie znajduje art. 7 i 8 dyrektywy, co oznacza, że podatek akcyzowy jest również pobierany w tym państwie. W takim przypadku podatek akcyzowy pobrany w pierwszym państwie członkowskim na podstawie art. 7 ust 6 tej dyrektywy podlega zwrotowi zgodnie z jej art. 22 ust. 3”. W skrócie oznacza to tyle, że tylko alkohol, jak i inne wyroby objęte zgodnie z dyrektywą podatkiem akcyzowym, kupiony i transportowany osobiście przez osoby fizyczne jest zwolniony z akcyzy w docelowym państwie członkowskim.⁶⁰

Sklepy internetowe od wielu lat przygotowywały się do rozszerzenia swoich możliwości handlu alkoholem na skalę transgraniczną, wykorzystując w tym celu różnice w akcyzach pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi (np. akcyza na wino we Francji to aż 0 procent). Jednak w świetle powyższego wyroku muszą one zweryfikować swoje plany. Powyższej sytuacji szary obywatel może uniknąć tylko, jeśli osobiście kupi właściwy trunek w jednym kraju, a następnie własnym środkiem lokomocji przetransportuje go z powrotem. Może również, pozostając w zgodzie z przepisami, zapłacić akcyzę w obu państwach, a następnie domagać się zwrotu akcyzy zapłaconej w kraju pochodzenia alkoholu.

3. Dyskryminacja podatkowa

Dla państw członkowskich wewnętrzny system podatkowy jest zagadnieniem o kluczowym znaczeniu, a podatki odnoszące się do wyrobów alkoholowych naturalnie zajmują wyjątkowe miejsce w owym systemie. Nie może zatem zaskakiwać fakt, że wraz z rozwojem swobody przepływu towarów krajowe regulacje podatkowe dotyczące alkoholu znalazły się sferze zainteresowania Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w Luksemburgu. Podstawą dla działań Trybunału z danego zakresu w celu ochrony jednolitego rynku są obecnie art. 110-113 TFUE (poprzednio art. 90-93 TWE) zakazujące stosowania dyskryminujących opłat wewnętrznych na towary importowane podobne do towarów krajowych, a w szczególności art. 110 TFUE (wcześniej art. 90 TWE).⁶¹

Art. 110 TFUE brzmi następująco:

„Żadne Państwo Członkowskie nie nakłada bezpośrednio lub pośrednio na produkty innych Państw Członkowskich podatków wewnętrznych jakiegokolwiek

⁶⁰ <http://e-prawnik.pl/orzecznictwo/europejski-trybunal-sprawiedliwosci/sprawdzanie-towarow-z-innych-panstw-ue-a-akcyza>

⁶¹ http://ec.europa.eu/health/ph_projects/1998/promotion/fp_promotion_1998_a01_27_en.pdf

rodzaju wyższych od tych, które nakłada bezpośrednio lub pośrednio na podobne produkty krajowe.

Ponadto żadne Państwo Członkowskie nie nakłada na produkty innych Państw Członkowskich podatków wewnętrznych, które pośrednio chronią inne produkty.”⁶²

Ustęp 1 artykułu 110 TFUE wyraźnie mówi o zakazie stosowania opodatkowania dyskryminacyjnego w jakiegokolwiek formie, ustęp 2 natomiast o zakazie wprowadzania przez państwa członkowskie opodatkowania protekcyjnego. Państwa członkowskie UE zachowały kompetencje wyłączne w kwestii ustalania podatków wewnętrznych z pewnymi tylko wyjątkami m.in.: podatkiem od wartości dodanej (VAT) oraz podatkiem akcyzowym na tytoń, paliwa silnikowe, oleje opałowe, gaz oraz, co w tym miejscu należy podkreślić, alkohol i napoje alkoholowe. Powyższe wyjątki regulowane są w unijnym porządku prawnym przez dyrektywy harmonizujące. Nie zwalnia to jednak państwa z obowiązku dostosowania pozostałych podatków do wymogów wynikających z art. 110 TFUE, który uzupełnia postanowienia art. 30-37 TFUE chroniąc swobodę przepływu towarów przed zaburzeniem jej funkcjonowania za sprawą dyskryminacyjnego opodatkowania.⁶³

Ważnym elementem art. 110 ust. 1 TFUE jest zdefiniowanie towaru podobnego. Podobieństwo towaru w interpretacji TSUE może wynikać z tego, jak postrzegają dany towar przepisy celne lub podatkowe, bądź częściej z faktu, czy w opinii konsumenta porównywane towary mają podobne cechy (w tym wypadku np. zawartość alkoholu, podobne właściwości organoleptyczne) oraz czy w równym stopniu zaspokajają jego konkretne potrzeby.

W przypadku opodatkowania protekcyjnego (art. 110 ust. 2 TFUE) ważne jest już nie samo podobieństwo towarów krajowych i zagranicznych, lecz to, czy znajdują się one względem siebie w stosunku konkurencji substytutowej, rzeczywistej lub potencjalnej. Drugim ważnym elementem są również motywy, jakie przyświecają państwu członkowskiemu wprowadzającemu dany podatek, tzn. czy państwo ma na celu ochronę własnych produktów.⁶⁴

Dodatkowym elementem określającym kwestie podatkowe są regulacje prawa wtórnego Unii Europejskiej w sferze podatków pośrednich, które, jak wspomniano powyżej, ograniczają swobodę państwa w ogólnie pojętej sferze podatków.

⁶² Tłumaczenie za: B.Porzecka (red.), *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 73.

⁶³ P. Craig, G. de Burca, *EU Law*, Oxford 2008, s. 648; W.Czapliński, M.Szwarc, *Swoboda przepływu towarów w: Prawo Unii Europejskiej*, red. J.Barcz, Warszawa 2005, s. II-50, II-51.

⁶⁴ Z.Brodecki (red.), *Wolność gospodarcza*, Warszawa 2003, s. 109-111; W.Czapliński, M.Szwarc, *Swoboda przepływu towarów w: Prawo Unii Europejskiej*, red. J.Barcz, Warszawa 2005, s. II-51, II-52.

Podstawą Unii Europejskiej w zakresie harmonizacji ustawodawstw jest art. 113 TFUE (poprzednio art. 93 TWE), który umożliwia Radzie, stanowiącej jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą prawodawczą i po konsultacji z Parlamentem i Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, uchwalanie przepisów dotyczących harmonizacji ustawodawstw odnoszących się do podatków pośrednich na potrzeby funkcjonowania jednolitego rynku.

Powyższemu przepisowi zawdzięczamy harmonizację podatku pośredniego powszechnie nazywanego podatkiem od wartości dodanej (VAT, *Value Added Tax*) oraz podatku akcyzowego.

Po zniesieniu przez Europejską Wspólnotę Gospodarczą ceł importowych, którym wcześniej podlegały towary przekraczające granice, kolejnym świadczeniem fiskalnym pozostającym do rozstrzygnięcia był podatek obrotowy. Dostosowanie regulacji prawnych związanych z podatkiem obrotowym było nieodłącznym elementem w osiągnięciu nadrzędnego celu, jakim był wspólny rynek. W tym celu EWG poszukiwało systemu, który, pozostając neutralnym, łączyłby w sobie cechy podatku pośredniego i ogólnego od konsumpcji pobieranego na podstawie rodzimej konsumpcji towarów i usług. Najlepszym rozwiązaniem okazał się podatek od wartości dodanej VAT.⁶⁵

11 kwietnia 1967 r. dwie dyrektywy, I i II Dyrektywa, wprowadziły obowiązek zastąpienia podatków obrotowych wspólnym systemem podatku od wartości dodanej (VAT). Szósta Dyrektywa, przyjęta 17 maja 1977 r., zobowiązywała państwa członkowskie do przyjęcia podatku VAT do 1 stycznia 1978 r. Jednak z uwagi na to, że tylko Belgii i Wielkiej Brytanii udało się spełnić ten wymóg, przyjęta została Dziewiąta Dyrektywa, przedłużająca termin wprowadzenia VAT do stycznia 1979 r. Niestety w dalszym ciągu nie zrealizowana pozostawała idea wspólnego rynku. Kontrole na granicach, formalności z tym związane oraz kwestia dużego zróżnicowania podatków akcyzowych, wszystko to powodowało znaczne utrudnienia. Realizacja jednolitego rynku przypadła na dzień 1 stycznia 1993 r. Z tego powodu w końcu 1992 r. przyjęte zostały przez Wspólnotę Europejską dwie dyrektywy dotyczące podatku VAT (wprowadzające poprawki do już istniejących dyrektyw), oraz dyrektywy dotyczące podatku akcyzowego.⁶⁶

Aktualnie obowiązującymi są: I dyrektywa (67/227/EWG) w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących podatków obrotowych, oraz VI dyrektywa (77/388/EWG) w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru

⁶⁵ B.Brzeziński, J.Głuchowski, C.Kosikowski, *Harmonizacja prawa podatkowego Unii Europejskiej i Polski*, Warszawa 1998 r., s. 81-85

⁶⁶ Ibidem, s. 85-87.

podatku. Są one bezpośrednio skuteczne, co oznacza, że umożliwiają one obywatelom państw członkowskich w przypadku błędnej implementacji przez państwo powołanie się na ich postanowienia przez sąd.⁶⁷ Podatek VAT, będący podatkiem powszechnym, dotyczy również alkoholu i pojawi się w dalszej części niniejszego artykułu.

W 1992 r. przyjęto dyrektywy dotyczące podatków akcyzowych (od spożycia). Szczególne znaczenie ma dyrektywa 92/12/EWG z 25.2.1992 r. w sprawie ogólnych warunków dotyczących wyrobów objętych podatkiem akcyzowym, ich przechowywania, przemieszczania oraz kontrolowania, mająca charakter horyzontalny i wprowadzająca ówczesnie wspólnotowy, obecnie unijny system akcyzowy. Określana mianem konstytucji unijnego systemu podatku akcyzowego, obejmuje ona swoim zasięgiem wyroby akcyzowe zharmonizowane takie jak: paliwa silnikowe, oleje opałowe i gaz, wyroby tytoniowe oraz alkohole i napoje alkoholowe. Jako uzupełnienie uchwalone zostały również dyrektywy strukturalne dotyczące wymienionych wyrobów.⁶⁸

W kontekście tematyki niniejszego artykułu najważniejsze są 2 dyrektywy strukturalne z 1992 r., odnoszące się bezpośrednio do podatku akcyzowego od alkoholi i napojów alkoholowych. Zadaniem dyrektyw strukturalnych jest szczegółowe uregulowanie przepisów w zakresie struktury i stawek minimalnych podatku akcyzowego od wyrobów akcyzowych zharmonizowanych. Kwestia podatku akcyzowego od wyrobów alkoholowych uregulowana jest w:

- dyrektywie Rady 92/83/EWG z dnia 19 października 1992 r. w sprawie harmonizacji struktury podatków akcyzowych od alkoholu i napojów alkoholowych, ustalającej wspólne definicje dla wszystkich wyrobów alkoholowych objętych działaniem danej dyrektywy,
- dyrektywie Rady 92/84/EWG z dnia 19 października 1992 r. w sprawie zbliżenia stawek podatków akcyzowych od alkoholi i napojów alkoholowych, która ustanawia minimalne stawki podatku akcyzowego nakładanego na alkohol i napoje alkoholowe (w tym wyroby pośrednie, wino i piwo) w państwach członkowskich.⁶⁹

Dyrektywa Rady 92/83/EWG definiuje kategorie alkoholi oraz napojów alkoholowych objętych podatkiem akcyzowym. Kategorie wymienione w dyrek-

⁶⁷ A.Szewczyk, P.Zapadka, *Harmonizacja podatków pośrednich – wybrane orzecznictwo ETS*, „Edukacja Prawnicza”, 02 (86) luty 2007.

⁶⁸ B.Brzeziński, J.Głuchowski, C.Kosikowski, op.cit., s.157; J.Piotrowska, *Wspólnotowe przepisy w zakresie podatku akcyzowego – kwestie regulowane w dyrektywach unijnych a kwestie regulowane przepisami krajowymi*, „Monitor Prawa Celnego”, kwiecień nr 4(104)/2004, s.142-144.

⁶⁹ J.Piotrowska, op.cit., s.142-144

tywie to: piwo; wino; napoje powstałe w wyniku fermentacji inne niż piwo i wino (np. jabłecznik) oraz produkty pośrednie (np. sherry); alkohol etylowy (czyli napoje spirytusowe). Odnajdziemy w niej również specjalne prowizje, których adresatami są małe browary i destylarnie, konkretne produkty oraz regiony geograficzne. Warto zaznaczyć, że kategoria alkohol etylowy odnosi się jedynie do wyrobów przeznaczonych do konsumpcji w postaci napoju alkoholowego.

Dyrektywa 92/84/EWG zawiera ustalenia dotyczące minimalnych stawek podatku akcyzowego względem alkoholu i napojów alkoholowych. Rada Unii Europejskiej nie uznała pełnej harmonizacji w tej dziedzinie za konieczną, dzięki czemu państwa członkowskie zachowały suwerenność – po uwzględnieniu oczywiście stawek minimalnych – w ustalaniu podatku akcyzowego w zależności od sytuacji w danym kraju.⁷⁰

Analizując orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE dotyczące kwestii podatkowych można wyraźnie zauważyć, że znaczna ilość wniesionych spraw dotyczyła różnego rodzaju wyrobów alkoholowych.

Pod koniec lat 70. i na początku 80. Komisja Europejska zaskarżyła do Trybunału w Luksemburgu m.in. regulacje podatkowe dotyczące alkoholu czterech państw, kolejno Francji, Wielkiej Brytanii, Włoch oraz Danii.

W sprawie 168/78 *Komisja Europejska przeciwko Francji* Komisja Europejska zarzuciła Republice Francuskiej utrzymywanie dyskryminującego systemu podatkowego dotyczącego produktów spirytusowych, który inaczej traktował koniak (i napoje wytworzone na bazie wina bądź owoców, m.in.: calvados, armaniak), a inaczej whisky (oraz inne napoje wytworzone na bazie spirytusu, m.in.: rum, gin, wódka).⁷¹ Francja, broniąc swoich regulacji, argumentowała przede wszystkim, że koniak i whisky są różnie klasyfikowane na potrzeby wspólnej taryfy celnej. Ponadto, zdaniem rządu francuskiego, koniak i whisky nie rywalizują o ten sam rynek, ponieważ wytwarzane są z innych składników oraz powstają w wyniku dwóch odmiennych procesów produkcyjnych. W rezultacie otrzymujemy dwa produkty o różnych właściwościach, gdyż whisky to tzw. aperitif,⁷² a koniak to tzw. digestif.⁷³

TSUE po rozpatrzeniu sprawy uznał, że od strony podatkowej oba gatunki alkoholu powinny być traktowane jednakowo i tym samym uznał francuskie

⁷⁰ B.Brzeziński, J.Głuchowski, C.Kosikowski, op.cit., s. 169170; http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/excise_duties/alcoholic_beverages/index_en.htm

⁷¹ Z.Brodecki (red.), op.cit., s.111.

⁷² Napój alkoholowy, pity (zwł. we Francji) przed posiłkiem jakoby dla pobudzenia apetytu. W.Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, Warszawa 2000, s.42.

⁷³ We Francji „digestif” oznacza likier lub wódkę ziołową, ułatwiającą trawienie.

przepisy za sprzeczne z ówczesnym art. 95 TWE (obecnie art. 110 TFUE). Charakterystycznym elementem dla tej sprawy oraz innych „wczesnych” spraw dotyczących alkoholu było to, że TS nie wskazał konkretnie, który akapit ówczesnego art. 95 TWE powinien mieć w takiej sytuacji zastosowanie. W danej sprawie ograniczył się jedynie do stwierdzenia niezgodności francuskiej regulacji z art. 95 TWE w ogólnym sensie. Trybunał dosłownie orzekł, że nie jest konieczne dokładne wskazanie, czy omawiane alkohole są do siebie w pełni lub tylko częściowo podobne, jeśli w jakikolwiek sposób konkurują z krajowymi produktami, a francuski system podatkowy ma wyraźnie charakter protekcyjnistyczny.⁷⁴

Omawiane orzeczenie było wyjątkowe pod względem wiedzy, jaką wykazał się trybunał o procesie produkcyjnym koniaku i whisky. Oba trunki cechujące się podobną zawartością alkoholu (średnio 40%) oraz poddawane procesowi destylacji, różnią się od siebie rodzajami surowców potrzebnych do ich wytworzenia. Francja na tej podstawie rozróżniła oba gatunki alkoholu, nakładając dodatkowy podatek produkcyjny na ten trunek, który nie był wytwarzany z wina lub owoców, czyli whisky. Ważne jest zatem bliższe przyjrzenie się tym dwóm produktom.

Koniak, jak każdy popularny trunek, ma swoją legendę, według której wszystko zaczęło się od snu. Pewnej nocy w połowie XVII wieku kawalerowi Croix-Maron przyśniło się, że diabeł w celu pozyskania jego duszy gotował go w kotle. Po nieudanej pierwszej próbie szykowano w piekle drugą, lecz na swoje szczęście kawaler się obudził. Wydawałoby się, że będzie szczęśliwy, że uszedł z życiem, ale on z miejsca ruszył do swojej destylarni. Dla niego przesłanie wynikające ze snu było jasne: skoro diabeł zamierzał wydobyć duszę człowieka podgrzewając go po raz drugi, to być może analogicznie duszę wina uzyska się po powtórnej destylacji.

Wina przeznaczone do destylacji znacznie różnią się od tych, które przeznaczone są do bezpośredniego spożycia. Te pierwsze charakteryzują się niską zawartością alkoholu (poniżej 10%), co powoduje, że pierwszy „odpęd”, najlepiej o niskiej zawartości cukru a wysokiej kwasu, również zawiera niewielką ilość alkoholu (ok. 28%). Druga destylacja prowadzi do tego, że wyrób finalny jest bardziej aromatyczny. Wina destyluje się tuż po zakończeniu procesu fermentacji (ok. 4 tygodnie po zakończeniu zbiorów). Wino wlewa się do miedzianych kotłów grzanych bezpośrednio od dołu, a ponieważ alkohol wrze w temperaturze niższej niż woda (78°C), wyparowuje wcześniej, a zawarta w nim woda zostaje w kotle. Opary które uchodzą przez rurę odprowadzającą są następnie schładzane w spiralnej chłodnicy zanurzonej w wodzie. Wynikiem pierwszej destylacji

⁷⁴ P. Craig, G. de Burca, op.cit., s. 654.

jest płyn o zawartości alkoholu 26-33% i objętości mniej więcej $\frac{1}{3}$ użytego wina. Właściwy produkt otrzymuje się po powtórnej destylacji. Świeżo otrzymany młody i bezbarwny alkohol czeka teraz długi okres (od 3 lat do wręcz dziesięcioleci) starzenia w beczkach z dębowego drewna, podczas którego przeistacza się on właśnie w koniak.⁷⁵ Francja, podejmując próbę ochrony koniaku za pośrednictwem przepisów podatkowych, na pewno była świadoma faktu, że oryginalny koniak pochodzi z francuskiego rejonu Cognac.

Na pytanie skąd wzięła się whisky znaleźć można odpowiedź w pierwszej części niniejszego artykułu. W tym miejscu główne znaczenie dla celów porównawczych będzie miał jedynie proces produkcyjny whisky i jej typologia.

Zasadniczo wyróżniamy trzy typy whisky: szkocką, irlandzką i amerykańską. Szkocka whisky produkowana jest z jęczmienia słodowanego (whisky słodowa – single malt) lub częściej z zestawienia whisky słodowej z alkoholem zbożowym (blended whisky). Irlandzką whiskey wytwarza się z różnych gatunków zbóż (bez użycia torfu). Amerykańska whiskey, szybko produkowana i tak samo szybko konsumowana, produkowana jest głównie z żyta i kukurydzy (Bourbon whiskey).

Jeśli chodzi o proces produkcyjny whisky, to decydujący wpływ na jakość trunku ma sztuka i staranność destylacji. Pewną wyjątkowość przejawia w tej kwestii whisky słodowa, której smak zależy przede wszystkim od regionu pochodzenia. Niezależnie od rodzaju whisky, jej produkcja składa się z kilku stałych etapów. Podczas zacierania zboża używa się słodu jęczmiennego (rzadziej żytniego), dzięki któremu zachodzi przemiana skrobi zawartej w ziarnach w cukier. W szkockich i irlandzkich gorzelniach powstały zacier po kilkudniowej fermentacji destyluje się w miedzianych alembikach, w Stanach Zjednoczonych wyłącznie w aparatach kolumnowych. Rezultatem jest surowy spirytus o mocy od 65% do prawie 95%, który winien dojrzewać nie krócej niż 3 lata. Dojrzały spirytus rozcieńcza się następnie wodą i ewentualnie miesza z innymi spirytusami.⁷⁶ Należy dodać, że whisky nie jest trunkiem wytwarzanym we Francji, co w znacznej mierze przyczyniło się do wspomnianego rozstrzygnięcia przez Trybunał omawianej sprawy.

Bardzo podobne rozstrzygnięcia do sprawy 168/78 zapadły w dwóch włoskich oraz dwóch duńskich sprawach, które rozpatrywane były niemalże równocześnie przez Trybunał w Luksemburgu. Sprawa **169/78 Komisja przeciwko Włochom**⁷⁷ dotyczyła włoskiego systemu podatkowego, który faworyzował krajowe destylowane wyroby alkoholowe wytworzone z winogron względem im-

⁷⁵ G.Delos, op.cit., s.65-70.

⁷⁶ G.Delos, op.cit., s. 21, 34-35,51-52,57-59; W.Gogoliński, op.cit., s. 266-284.

⁷⁷ Sprawa 169/78 *Komisja przeciwko Włochom*, Zb. Orz. 1980, s.385.

portowanych napojów destylowanych na bazie winogron bądź trzciny cukrowej. W sprawie 171/78 *Komisja przeciwko Danii*,⁷⁸ oceniany był pod względem zgodności z art. 95 TWE (obecnie art. 110 TFUE) podatek ustanowiony na duńskie „aquavit”, trunek uznany przez duńskie władze za trunek narodowy, który był 35% niższy aniżeli podatek na inne destylowane napoje m.in.: gin lub whisky. Oba rządy, duński i włoski, broniły się przedstawiając podobne argumenty do rządu francuskiego ze sprawy 168/78, ale podobnie jak wcześniej nie przyniosło to zamierzonego rezultatu i TS analogicznie uznał je za niezgodne z ówczesnym art. 95 TWE.⁷⁹

Ciekawy casus znajdujemy w duńskiej sprawie 171/78, która rok później, tzn. w 1979 r., została powiązana z inną sprawą wniesioną z powództwa cywilnego, mianowicie *C-68/79 Hans Just przeciwko Duńskiemu Ministerstwu spraw Fiskalnych*.⁸⁰ Obie dotyczyły interpretacji, na potrzeby danych spraw, ówczesnego artykułu 95 TWE oraz stwierdzenia zgodności duńskiej regulacji nr 151 dotyczącej opodatkowania alkoholi ustanowionej 4 kwietnia 1978 r. z prawem wspólnotowym. Zgodnie z krajową regulacją „aquavit” oraz „schnapps” objęte były podatkiem wysokości 167.50 duńskich koron za litr czystego alkoholu etylowego. Podatek na „inne produkty” wynosił 257.15 duńskich koron za litr czystego alkoholu etylowego. Powód w sprawie C-68/79, Hans Just, był importerem wina oraz wyrobów spirytusowych, zajmował się również produkcją napojów alkoholowych. Dużo większy udział w prowadzonej przez pana Justa działalności gospodarczej miały „inne produkty” spirytusowe, aniżeli produkty typu *aquavit*. Pan Just z zeznania podatkowego dowiedział się, że wszystkie trunki nie będące z rodzaju „aquavit” opodatkowane są wyższym podatkiem (DKR 257.15). Został również poinformowany, że nieopłacenie należnego podatku naliczonego zgodnie z prawem spowoduje uruchomienie postępowania egzekucyjnego, a jego przedsiębiorstwo zostanie wykreślone ze spisu celnego. Hans Just uregulował zobowiązania podatkowe, a następnie wniósł sprawę do duńskiego sądu, wnioskując o stwierdzenie niezgodności duńskiej regulacji, rozróżniającej „aquavit” i inne wyroby spirytusowe, z artykułem 95 TWE (obecnie art. 110 TFUE).

Duńskie „aquavit” i „schnapps” produkowane ze zbóż (głównie żyta) i ziemniaków są niczym innym jak duńską wódką. Najwcześniejsza *wzmianka o istnieniu „aquavit”* pochodzi z XVI w., a oba terminy bardzo często stosowane

⁷⁸ Sprawa 171/78 *Komisja przeciwko Danii*, Zb. Orz 1980, s.447.

⁷⁹ http://ec.europa.eu/health/ph_projects/1998/promotion/fp_promotion_1998_a01_27_en.pdf

⁸⁰ Sprawa 68/79 *Hans Just przeciwko Duńskiemu Ministerstwu spraw Fiskalnych*, Zb. Orz. 1980, s.501

są w Danii zamiennie, ponieważ większość duńskich „schnapps” kwalifikowana jest do kategorii „aquavit”.⁸¹ Unijne rozporządzenie 110/2008 charakteryzuje „aquavit” lub „akvavit” jako „napój spirytusowy kminkowy – lub koperkowy – aromatyzowany destylatem z roślin lub przyprawami korzennymi”. Minimalna zawartość alkoholu w „aquavit” powinna wynosić 37,5%.⁸² Wynika z tego, że „aquavit” nie różni się bardzo, w kwestii samej tylko zawartości alkoholu, od wyrobów spirytusowych pochodzących z innych państw członkowskich.

W obu sprawach TSUE musiał odpowiedzieć zasadniczo na trzy identyczne pytania. Pierwsze dotyczyło kwestii, czy zgodne jest z prawem ówczesnie wspólnotowym stosowanie regulacji podatkowej, która ustanawia inny podatek na „aquavit” i „schnapps”, a inny na pozostałe wyroby spirytusowe. Odpowiedź na pierwsze pytanie musiała uwzględnić wskazany przez duński rząd fakt, że zgodnie z duńskim ustawodawstwem obie kategorie alkoholi rozróżnione były na podstawie użytych do produkcji surowych składników i ekstraktów oraz zawartości alkoholu i właściwości smakowych. Wskazywany był tym samym niedyskryminacyjny charakter duńskiej regulacji ze względu na pochodzenie towaru. Drugie pytanie było następujące: czy importowane produkty winny być opodatkowane taką samą stawką jak identyczne produkty krajowe, czy jak produkty krajowe o zbliżonym podobieństwie oraz, czy wszystkie importowane wyroby spirytusowe muszą być opodatkowane zgodnie z niższą krajową stawką, pomimo faktu, że „inne produkty” krajowe opodatkowane są wyższą stawką. Trzecie pytanie dotyczyło kwestii, która stawka, w sytuacji sprzeczności z prawem dwóch różnych stawek podatkowych, winna być w rezultacie zastosowana, oraz czy na ówczesny artykuł 95 TWE mogą powołać się tylko importerzy, czy również duńscy producenci.

W odpowiedzi na pierwsze pytanie sąd po przeanalizowaniu danej regulacji stwierdził, że ma ona charakter dyskryminacyjny względem nieokreślonej liczby produktów już sprowadzonych na terytorium Danii, oraz takich, które dopiero mogą być sprowadzone. Ponadto, dany przepis jest tak skonstruowany, że umożliwia ochronę krajowej produkcji „aquavit”. Nie oznacza to automatycznie, że Trybunał zabronił stosowania różnych stawek podatkowych do różnych wyrobów alkoholowych. Zastrzegł jednak, że tego typu krajowe regulacje nie mogą w żadnej sposób służyć dyskryminacji i ochronie krajowych wyrobów.

⁸¹ <http://www.danish-schnapps-recipes.com/danish-schnapps-aquavit.html>; <http://www.nordicway.com/search/Nordic%20Spirits.htm>

⁸² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 110/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. w sprawie definicji, opisu, prezentacji, etykietowania i ochrony oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 1576/89.

Drugie i trzecie pytanie zostały przez sąd potraktowane jako alternatywne względem siebie. Przede wszystkim podatki krajowe nakładane na towary importowane nie mogą mieć charakteru dyskryminacyjnego lub protekcyjnistycznego. Artykuł 95 TWE (obecnie art. 110 TFUE), który ma charakter bezpośrednio skuteczny od 1962 r., odnosi się do towarów pochodzących z innych państw członkowskich, a co za tym idzie nie mogą się na niego powoływać krajowi producenci.

Czwarte pytanie pojawiło się w sprawie Hansa Justa i dotyczyło kwestii zwrotu podatków zapłaconych na podstawie krajowych przepisów niezgodnych z prawem wspólnotowym. Sąd orzekł w tej kwestii, że procedura zwrotu podatku pobranego na podstawie przepisów sprzecznych z prawem wspólnotowym nie może różnić się od krajowej procedury stosowanej w podobnych sprawach i nie może utrudniać dochodzenia roszczeń zgłaszanych na podstawie prawa wspólnotowego.

Duńska regulacja uznana została w wyroku z dnia 27 lutego 1980 r.⁸³ za sprzeczną z artykułem 95 TWE (obecnie art. 110 TFUE) przez Trybunał w Luksemburgu, który ponownie nie widział konieczności wskazania konkretnego ustępu mającego zastosowanie w danej sprawie.

Druga włoska sprawa, mianowicie **216/81 COGIS (*Compagnia Generale Interscambi*) przeciwko *Amministrazione delle Finanze dello Stato***⁸⁴ dotycząca włoskiego podatku od whisky, miała duży wkład, podobnie jak sprawa 168/78 Komisja przeciwko Francji, w interpretację przez Trybunał ustępu 1 artykułu 95 TWE (obecnie art. 110 TFUE), a dokładniej zagadnienia podobieństwa produktów. Odnajdziemy w niej również interpretację ustępu 2 artykułu 95 TWE w kwestii konkurencyjności towarów. Można zatem zaobserwować pożądaną próbę precyzowania przez Trybunał Sprawiedliwości UE przepisów ówczesnego artykułu 95 TWE, a obecnie art. 110 TFUE.

Włoski system podatkowy skonstruowany był w taki sposób, że faworyzował wyroby spirytusowe wytworzone na bazie wina kosztem whisky. Firma COGIS, przedsiębiorstwo zajmujące się importem whisky na terenie Włoch, wstąpiła na drogę sądową przeciwko włoskiej administracji finansowej podnosząc przed mediolańskim sądem niezgodność włoskich przepisów z prawem wspólnotowym.

Sąd krajowy skierował do TS zapytanie, czy Republika Włocha, poprzez nałożenie na whisky sprowadzaną z Wielkiej Brytanii podatku opłacanego w momencie importu towaru na rynek krajowy, będącego odpowiednikiem wło-

⁸³ 27 lutego 1980 r. zapadł wyrok w obu omawianych sprawach: 171/78 oraz 68/79.

⁸⁴ Wyrok w sprawie 216/81 COGIS (*Compagnia Generale Interscambi*) przeciwko *Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Zb. Orz. 1982, s.447.

skiego podatku nakładanego na krajową produkcję (przy zastrzeżeniu, że krajowa produkcja korzysta ze zredukowanej stawki tego podatku) naruszyła artykuł 95 TWE. W odpowiedzi ETS najpierw powołał się na wcześniej przegraną przez Włochy sprawę 169/78, dotyczącą odmiennego opodatkowania produktów wytworzonych na bazie wina i produktów otrzymanych w procesie destylacji zboża lub trzciny cukrowej. Na jej podstawie Trybunał wskazał, że artykuł 95 TWE należy postrzegać jako gwaranta pełnej neutralności (*complete neutrality*) wewnętrznego systemu podatkowego w odniesieniu do konkurencji pomiędzy krajowymi i importowanymi produktami. Przepis ustępu 1 artykułu 95 TWE powinno się interpretować jako zakazujący stosowania jakichkolwiek procedur podatkowych mogących zakłócić zasadę równego traktowania produktów importowanych i krajowych. Trybunał uznał, że na potrzeby interpretacji ustępu 1 artykułu 95 konieczne jest zdefiniowanie koncepcji produktów podobnych (*similar products*), która winna charakteryzować się wskazaną w tego typu sytuacjach elastycznością. Produkty podobne winny mieć zbliżoną charakterystykę oraz zaspokajać podobne potrzeby z punktu widzenia konsumenta. Na charakterystykę składają się ponadto takie elementy jak: pochodzenie i metoda produkcji wyrobów alkoholowych, ich prawdopodobne zastosowanie oraz wpływ na gusta konsumentów w całej wspólnocie, w oderwaniu od jakiegokolwiek krajowego zróżnicowania podatkowego i bez potrzeby odwoływania się do klasyfikacji celnej. Do produktów spełniających wymienione kryteria podobieństwa zastosowanie będzie miał ustęp 1 artykułu 95 TWE.

Jeśli produkty nie są podobne w rozumieniu ustępu 1 artykułu 95 TWE, zastosowanie ma wtedy, zgodnie z linią orzecniczą ze sprawy 169/78, ustęp 2 omawianego artykułu do wszystkich przypadków pośredniej dyskryminacji towarów będących w stosunku konkurencji, pełnej bądź częściowej, pośredniej lub bezpośredniej.

Trybunał w danej sprawie stwierdził, że importowane wyroby spirytusowe wytworzone w procesie destylacji na bazie zboża i rumu oraz wyroby spirytusowe wytworzone na bazie wina mają wystarczająco wspólnych cech, aby, w określonych okolicznościach, być alternatywą dla konsumentów. Z uwagi na fakt, że produkty te konkurują ze sobą na rynku, krajowy system podatkowy nie może mieć charakteru protekcyjnego względem produktów krajowych. Przepis włoski został tym samym uznany za niezgodny z artykułem 95 TWE.

Zwrócić należy uwagę na fakt, że na zdefiniowaną w tej sprawie, oraz wcześniejszej sprawie 168/78 Komisja przeciwko Francji, koncepcję podobieństwa produktów TSUE powoływać się będzie w późniejszym orzecznictwie.

Z uwagi na ilość spraw wniesionych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej można stwierdzić, że włoski system podatkowy pozostawał w du-

żej sprzeczności z duchem ówczesnego artykułu 95 TWE (obecnego art. 110 TFUE). Kolejny raz Komisja Europejska wystąpiła przeciwko Republice Włoskiej, a dokładniej jej systemowi opodatkowania alkoholi, w **sprawie 391/81**.⁸⁵

Początkowo włoski system podatkowy VAT oparty był, oprócz standardowej stawki VAT, na jednej zredukowanej i dwóch wyższych stawkach odnośnie wyrobów alkoholowych. Po nowelizacji wszystkie wyroby alkoholowe opodatkowane były według wyższych stawek VAT, jednakże nadal funkcjonowało pewne rozróżnienie. Dżin oraz inne alkohole, posiadające świadectwo pochodzenia zarejestrowane na terenie z którego pochodzą, opodatkowane były najwyższą stawką VAT (38%), a pozostałe wyroby alkoholowe podlegały opodatkowaniu stawką dużo niższą (20%). Komisja Europejska przed wniesieniem sprawy przed Trybunał upominała Włochy, że wprowadzony na ich terenie system podatkowy obciążał wyższym podatkiem VAT prawie wszystkie importowane wyroby alkoholowe. W uprzywilejowanej sytuacji były wszystkie alkohole wytworzone na terenie Włoch, które – zdaniem Komisji – były tym samym chronione przez włoskie władze przed konkurencją. Włochy broniły się stwierdzając, że alkohole oznaczone świadectwem pochodzenia to nic innego jako dobra o charakterze luksusowym, skierowane do lepiej sytuowanych grup społecznych i z tego względu opodatkowane są wyższą stawką podatku VAT w imię sprawiedliwości dystrybucyjnej. TS nie zgodził się z argumentami rządu włoskiego i uznał, że omawiany system podatkowy ma za zadanie wyłączenie krajowych produktów spod działania wyższej stawki podatkowej i tym samym nie może być zgodny z art. 95 TWE. Dodatkowym dowodem na protekcyjnistyczny charakter włoskich przepisów były przedstawione w toku postępowania dane statystyczne pokazujące, że w latach 1975-1981 98.5% importowanych alkoholi opodatkowanych było wyższą stawką podatku VAT, a w tym samym czasie 98.5% krajowej produkcji opodatkowane było stawką niższą.

Omawiane orzeczenie stanowiło w dużej mierze potwierdzenie linii orzeczniczej dotyczącej podobieństwa produktów wywiedzionej ze spraw m.in.: 169/87 *Komisja przeciwko Włochom* oraz 171/78 *Komisja przeciwko Danii*. Ważne w tym orzeczeniu było stwierdzenie Trybunału, że w ówczesnej chwili, co zostało również potwierdzone współcześnie w „szwedzkiej” sprawie 167/05, prawo wspólnotowe nie odbiera państwom członkowskim możliwości ustanawiania podatków rozróżniających pewne produkty, ale tylko pod warunkiem, że: takie rozróżnienie oparte jest na obiektywnych kryteriach (*objective criteria*), uzasadnione jest względami ekonomicznymi, nie stoi w sprzeczności z przepisami traktatu lub prawa wtórnego, w żaden sposób nie służy dyskryminacji, pośredniej lub

⁸⁵ Sprawa 391/81 *Komisja przeciwko Włochom*, Zb. Orz. 1983, s.601.

bezpośredniej, w stosunku do produktów importowanych oraz nie ma na celu ochrony konkurencyjnych towarów krajowych.

Znacznie trudniejszą i bardziej wymagającą sprawą pod względem merytorycznym była dla Trybunału Sprawiedliwości sprawa **170/78 *Komisja przeciwko Wielkiej Brytanii***,⁸⁶ w której wyrok częściowy zapadł w 1980 r. a końcowy dopiero w 1983 r. Dotyczyła ona kwestii, czy wino i piwo mogą być dla celów podatkowych postrzegane jako towary substytucyjne. Wydanie orzeczenia w danej sprawie wymagało od sędziów wnikliwej analizy istoty rynku alkoholi.

Na terenie Wielkiej Brytanii podatek nałożony na wino był niemalże pięciokrotnie wyższy aniżeli podatek od piwa. Komisja Europejska, wspierana przez Republikę Włoch, uznała, że brytyjskie przepisy naruszają tym samym ówczesny art. 95 TWE. Podstawowym argumentem wykorzystanym przez Komisję był fakt, że Wielka Brytania jest znaczącym producentem piwa, a wino jest towarem w dużej mierze importowanym z innych państw członkowskich. Komisja zgłaszając swoje zastrzeżenia najprawdopodobniej wzięła pod uwagę fakt, że Brytyjczycy uważają piwo, tak jak Szkoci whisky, za swój narodowy napój, a sam przemysł browarniczy zajmuje bardzo ważne miejsce w brytyjskiej gospodarce. Warto zauważyć, że współcześnie piwo w Wielkiej Brytanii zapewnia roczne zyski wysokości 28 miliardów funtów oraz jest jednym z jej wiodących towarów eksportowych. Istotny jest także fakt, że 90% piwa konsumowanego w Wielkiej Brytanii jest wytworzone na jej terenie.⁸⁷

W omawianej sprawie Trybunał w Luksemburgu musiał rozstrzygnąć dwie kwestie. Pierwsza to substytucyjność wina i piwa. Druga to odpowiedź na pytanie, czy podatek nałożony na wino w Wielkiej Brytanii może być uznany za zgodny z art. 95 TWE, obecnie art. 110 TFUE.

Trybunał miał duże problemy z osiągnięciem satysfakcjonującej konkluzji. W wydanym w lutym 1980 r. wyroku częściowym Trybunał przedstawił swoją wykładnię art. 95 TWE, włączając w to interpretację ustępu 1 i 2 wspomnianego artykułu, jednocześnie stwierdzając, że nie jest w stanie jednoznacznie rozstrzygnąć sporu. Nakazał również stronom ponowne przeanalizowanie całej sprawy. Na posiedzeniu w lipcu 1982 r. TS uznał, że zebrany materiał jest nadal niewystarczający do wydania ostatecznego wyroku. Rozstrzygnięcie nastąpiło dopiero w lipcu 1983 r. po przeanalizowaniu przez Trybunał w Luksemburgu przedstawionych przez strony argumentów.

⁸⁶ Sprawa 170/78 *Komisja przeciwko Wielkiej Brytanii*, Zb. Orz. 1983, s.2265.

⁸⁷ www.beerandpub.com – witryna British Beer and Pub Association – Stowarzyszenia reprezentującego interesy brytyjskich browarów i pubów, zrzeszającego 98% producentów piwa na terenie Wielkiej Brytanii oraz ok. 50% brytyjskich pubów.

Piwo i wino to produkty, które z całą pewnością nie spełniają kryterium podobieństwa wynikającego z ustępu 1 art. 95 TWE. Sąd stwierdził jednak, że mimo to, nawet jeśli tylko częściowo lub potencjalnie, konkurują one ze sobą. W celu określenia ich konkurencyjności w świetle ustępu 2 art. 95 TWE konieczne było przeanalizowanie nie tylko obecnego stanu rynku, lecz również przyszłych możliwości jego rozwoju. Badając substytucyjność produktów, nie powinno się zwracać uwagi tylko na zwyczaje konsumentów w danym kraju bądź regionie, ponieważ mogą się one zmieniać w zależności od miejsca i czasu. Nie ulegało także wątpliwości, zdaniem sędziów, że polityka podatkowa kraju członkowskiego EWG nie powinna służyć „krystalizacji” zwyczajów konsumenckich w celu faworyzowania krajowego przemysłu. Porównywanie w dużej mierze odmiennych procesów produkcyjnych obu trunków wydawało się bezcelowe. Dlatego też bardzo przydatna dla Trybunału okazała się sugestia rządu włoskiego, iż w danej sprawie konkurencja substytutowa dotyczy nie wina ogólnie, lecz przede wszystkim wina najtańszego i najbardziej popularnego. Ten rodzaj wina posłużył w rezultacie sędziom TS do porównania fiskalnych aspektów, uwzględniając zawartość alkoholu oraz cenę, obu trunków.

Trybunał stwierdził w swoim wyroku, że krajowy system podatkowy, który w większym stopniu obciąża lekkie wina wytworzone ze świeżych winogron pochodzące z innych państw członkowskich aniżeli produkowane w kraju piwo, ma na celu ochronę krajowej produkcji piwa i tym samym jest niezgodny z ustępem 2 artykułu 95 TWE.

Powyższe orzeczenie ustanowiło swoisty precedens, stwierdzając istnienie stosunku konkurencji pomiędzy winem i piwem oraz zapoczątkowało całą serię orzeczeń dotyczących tej kwestii.⁸⁸

9 lipca 1987 r. zapadł wyrok w kolejnej tego typu sprawie, mianowicie **C-356/85 Komisja przeciwko Belgii**.⁸⁹ Sprawa związana była z nałożeniem przez belgijskie władze wyższego podatku VAT na wino, czyli w tym wypadku towar głównie importowany, aniżeli na piwo, towar powszechnie wytwarzany w Belgii. Podobnie jak w sprawie „brytyjskiej” piwo jest dla Belgów ważnym elementem nie tylko ze względu na wkład jaki wnosi do gospodarki ale również pod względem kulturowym. W małym Królestwie Belgii wytwarza się około 450 różnych gatunków piwa, spośród których wiele posiada spersonalizowane szklanki, w których winno być podawane.

⁸⁸ B.Baumberg, P.Anderson, *Health, alcohol and EU Law: understanding the impact of European single market law on alcohol Policies*, „European Journal of Public Health”, Volume 18 Number 4 August 2008, p.393.

⁸⁹ C-356/85 *Komisja przeciwko Belgii*, Zb. Orz. 1987, s.3299.

Tym razem jednak sędziowie Trybunału w Luksemburgu nie stwierdzili kolizji belgijskich regulacji z art. 110 TFUE (ówczesnym art. 95), uznając argumenty przedstawione przez Komisję w danej sprawie za niewystarczające do stwierdzenia naruszenia przepisów wspólnotowych. Nie zgodzili się oni z założeniem Komisji, że 6-proc. różnica w podatku VAT pomiędzy winem (podatek 25%) a piwem (podatek 19%) może w znaczący sposób wpływać na kształtowanie nawyków konsumenckich. Nie wykazano tym samym protekcyjnych intencji rządu belgijskiego mających na celu ochronę krajowej produkcji piwa.⁹⁰

Powyższa sprawa stanowiła dowód na to, że różne opodatkowanie towarów krajowych i importowanych nie zawsze jest równoznaczne z protekcyjnym i naruszeniem tym samym ustępu 2 artykułu 95 TWE; pod warunkiem oczywiście, że tego typu rozróżnienie podatkowe będzie niewielkie, a cena produktów będzie wyraźnie inna.⁹¹

Podobna linia orzecznicza została podtrzymana w niedawnej sprawie **C-167/05 Komisja przeciwko Szwecji**.⁹² Komisja Europejska zarzuciła, tym razem Szwecji, stosowanie opodatkowania akcyzowego faworyzującego towar krajowy – piwo, kosztem głównie importowanego wina. Zdaniem Komisji, szwedzki podatek akcyzowy od piwa był niższy od podatku akcyzowego stosowanego do określonego typu wina, pozostającego z piwem w stosunku konkurencyjnym. W Szwecji do wina stosowany był podatek progresywny, do piwa ustalony podatek nie ulegał zmianie. Dodatkowo, do ostatecznej ceny wina i piwa doliczany był jeszcze 25% podatek. Zdaniem Komisji były to przesłanki świadczące o protekcyjnym charakterze szwedzkiego systemu podatkowego i próbie manipulowania zwyczajami konsumentów.

Pozycja piwa w Szwecji jest dosyć specyficzna. Od czasów średniowiecza do mniej więcej XVII w. piwo uznawane było w Szwecji za trunk narodowy. Jednak od XVII w. zaczęło tracić swoją pozycję na korzyść wyrobów spirytusowych. Szwedzkie browary posiadały wyłączne prawo do destylacji i zainteresowane były wytwarzaniem bardziej dochodowych wyrobów spirytusowych, aniżeli piwa. W XIX w. w Szwecji wytwarzanych było wiele rodzajów piwa, niektóre spełniały funkcję tylko lokalnych trunków, inne wzorowane były na piwach niemieckich oraz brytyjskich. Typowo szwedzkie piwa (*dubelt öl* i *enkelt öl*) wytwarzane były metodą górnej fermentacji. Impulsem, który przyczynił się do ponownego wzrostu zainteresowania Szwedów piwem, było importowane z Wielkiej Brytanii piwo typu porter. Wymyślony przez londyńczyka w 1720 r., porter wytwarzany

⁹⁰ <http://www.law.qmul.ac.uk/people/academic/docs/Commission%20v%20Sweden%20WTD.pdf>

⁹¹ P. Craig, G. de Burca, op.cit., s. 658.

⁹² C-167/05 *Komisja przeciwko Szwecji*, Zb. Orz. 2008, s.I-2127.

był metodą górnej fermentacji ze słodu w części aromatyzowanego dymem torfowym z domieszką skarmelizowanego słodu barwiącego. Po długim leżakowaniu w drewnianych beczkach gotowy produkt był prawie przezroczysty z lekko czerwonym odcieniem. Pod koniec XVII w. William Knox sprowadził technologię produkcji portera do Szwecji, zakładając browar w Goeteborgu. W XIX w. pojawiło się również ciemne piwo, którego receptura wywodziła się z Bawarii, a produkcją zajął się Fredrik Rosenquist of Åkershult. Wszystko to przyczyniło się do wytworzenia się szwedzkiego stylu ważenia piwa *lageröl*. W XIX w. wprowadzono także na szwedzki rynek lekkie piwo typu *pils*.

Szwedzkie browarnictwo osiągnęło swój szczyt na początku XX w., kiedy to na terenie Szwecji pracowało 240 browarów. W XX w. bardzo duży wpływ na przemysł browarniczy w Szwecji miał ruch antyalkoholowy oraz państwo. Rezultatem było istnienie w połowie XX w. w Szwecji tylko 25 czynnych browarów. Sytuacja zmieniła się dopiero po akcesji Szwecji do Unii Europejskiej w 1995 r. Pomimo tego, Szwecja, gdzie funkcjonuje instytucja Systembolaget (opisana w pierwszej części niniejszego artykułu), pozostaje krajem o najwyższym stopniu uregulowania i opodatkowania przemysłu browarniczego.⁹³

W 1997 r. Szwecja zredukowała podatek nakładany na piwo o 40%, a w 2001 r. zredukowała również o 18.8% podatek nakładany na wino. Szwecja uważała, że redukcja podatku od wina z 2001 r. przywróciła równowagę w opodatkowaniu obu trunków. Komisja jednak uznała, że redukcja podatku od piwa z 1997 r., powodująca wzrost sprzedaży, przyczyniła się do „wykryształowania” się zwyczajów konsumenckich na korzyść piwa, ograniczając tym samym potencjał rynkowy drugiego trunku, czyli wina. Szwecja, wspierana przez rząd łotewski, w odpowiedzi argumentowała, że jej celem nie jest ochrona wytwarzanego w kraju piwa, a określenie sprawiedliwej relacji cen wina i piwa jest zadaniem wyjątkowo trudnym. Należy zwrócić uwagę na fakt wskazywany przez szwedzki rząd, że nawet w sytuacji identycznego opodatkowania mocnego piwa i najtańszego wina cena wina nadal pozostaje dwa razy wyższa niż piwa. Tym samym, zdaniem Szwecji i Łotwy, Komisja nie wykazała możliwego wpływu podatków na kształtowanie zwyczajów konsumentów. Do tego samego wniosku doszedł Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 8 kwietnia 2008 r. orzekając, że odmienne opodatkowanie wina i piwa, uwzględniając okoliczności cenowe istniejące na terenie Szwecji, nie wpływa na zachowanie konsumenta, nie ma charakteru protekcyjnistycznego i w związku z tym nie narusza ustępu 2 art. 90 TWE.⁹⁴

⁹³ <http://www.europeanbeerguide.net/swedintr.htm>; <http://www.nawidelcu.pl/alkohole/piwo/porter-i-stout,1,1,235>

⁹⁴ <http://www.law.qmul.ac.uk/people/academic/docs/Commission%20v%20Swe>

Kolejną sprawą dotyczącą podobieństwa alkoholi była sprawa **243/84 John Walker & Sons Ltd przeciwko Ministeriet for Skatter og Afgifter**.⁹⁵

John Walker & Sons Ltd. jest właścicielem marki *Johnny Walker*, której historia sięga XIX wieku, kiedy to John Walker porzucił pracę na roli i w 1820 r. zakupił sklep spożywczy w mieście Klimarnock, w szkockim regionie Ayrshire. Początkowo marka sprzedawanego wyłącznie w sklepie trunku, nosiła nazwę „Walker’s Klimarnock Whiskey”, a kiedy sprzedaż rozszerzyła się na region Ayrshire zmieniła nazwę na „John ‘Johnny’ Walker”. W 1857 r. zmarł John Walker, a produkcją, już wtedy popularnego trunku, zajęli się syn Alexander Walker oraz wnuk Alexander Walker II, któremu najprawdopodobniej wspomniany napój zawdzięcza swoją dzisiejszą pozycję. Sławna butelka, będąca symbolem marki, pojawiła się po raz pierwszy w 1870 r. Powszechnie rozpoznawalne dzisiaj atrybuty tej marki, czyli nazwa „Johnny Walker” oraz postać, zostały wprowadzone w 1908 r. przez, ówczesnie zarządzającego firmą, Jamesa Stevensona. Współcześnie whisky *Johnny Walker*, nadal produkowana w Klimarnock, sprzedawana jest w liczbie 120 milionów butelek rocznie, co czyni ją najlepiej dystrybuowaną i rozpoznawalną odmianą szkockiej whisky na świecie.⁹⁶

Zgodnie z duńskim rozporządzeniem No 98 z 17 marca 1971 r., znowelizowanym rozporządzeniem No 149 z 11 kwietnia 1984 r., wino likierowe, którego zawartość alkoholu nie przekracza 20%, opodatkowane było od litra gotowego produktu. Na mocy rozporządzenia No 153 z 6 maja 1980 r., znowelizowanego rozporządzeniem No 149 z 11 kwietnia 1984 r., whisky, wina likierowe o zawartości alkoholu wyższej niż 20% oraz gronowe wina likierowe o zawartości alkoholu wyższej niż 23% opodatkowane były podatkiem od litra czystego alkoholu etylowego oraz podatkiem będącym częścią ceny, po jakiej dany towar sprzedawali hurtownicy.

Rozstrzygnięcie w danej sprawie wymagało odpowiedzi na dwa pytania. Pierwsze dotyczyło podobieństwa whisky i wina likierowego w świetle ustępu 1 artykułu 95 TWE (obecnie art. 110 TFUE) i zgodności krajowej regulacji z danym przepisem prawa wspólnotowego. Drugie pytanie uzależnione było od odpowiedzi Trybunału na pierwsze pytanie i brzmiało, czy powyższe alkohole

den%20WTD.pdf; <http://e-prawnik.pl/orzecznictwo/europejski-trybunal-sprawiedliwosci/piwo-i-wino-moze-byc-roznie-opodatkowane>;
<http://www.adwokatura.pl/newsletter/gfx/File/001/Newsletter%20kwiecień%202008.pdf>

⁹⁵ Sprawa 243/84 John Walker & Sons Ltd przeciwko Ministeriet for Skatter og Afgifter, Zb. Orz. 1986, s.875.

⁹⁶ http://www.east-ayrshire.gov.uk/comser/tourism/famous_industry.asp; <http://www.wineandalcohol.com/alcohol/johnnie-walker-scotch-whisky>

powinny zostać porównane pod kątem zgodności kwestionowanej regulacji z ustępem 2 artykułu 95 TWE. Ponadto, sąd krajowy spytał, czy ma związek ze sprawą to, że historyczną przesłanką dla istnienia danej regulacji krajowej jest chęć zapewnienia przez duńskie władze krajowym producentom wina, którzy prowadzą uprawy w trudnych warunkach klimatycznych, szerszego dostępu do rynku.

Duński rząd, wspierany przez rząd włoski, stwierdził w toku postępowania, że whisky oraz wina likierowe różnią się od siebie w znaczący sposób. Przede wszystkim procesem produkcyjnym (użyte surowce) oraz charakterystyką, co powoduje, że nie bez powodu klasyfikowane są odmiennie na potrzeby Wspólnej Taryfy Celnej, a samo dodanie neutralnego alkoholu do wina owocowego nie może czynić takowego wyrobem spirytusowym.

Trybunał sprawiedliwości podtrzymał w swoim orzeczeniu w tej sprawie interpretację podobieństwa towarów wypracowaną w orzeczeniach: 168/78 Komisja przeciwko Francji oraz 216/81 COGIS przeciwko Amministrazione delle Finanze dello Stato. Tym samym ETS podszedł do kwestii podobieństwa rozstrzygając, czy są one podobne i porównywalne. W tym celu konieczne było przede wszystkim przeanalizowanie obiektywnych cech charakterystycznych obu trunków takie jak: pochodzenie, czy metody produkcji, w tym właściwości organoleptyczne, czyli smak oraz zawartość alkoholu. Ponadto, konieczne było stwierdzenie, czy oba trunki zaspokajają identyczne potrzeby konsumentów.

Zdaniem Trybunału, omawiane wyroby alkoholowe wyraźnie się od siebie różnią. W kwestii surowców użytych do produkcji, wino likierowe wytworzone jest na bazie owoców w wyniku naturalnego procesu fermentacji, a szkocka whisky na bazie zbóż poddanych procesowi destylacji. Organoleptyczne właściwości obu produktów są również wyraźnie różne, a sam fakt, że zawierają alkohol nie jest wystarczający dla stwierdzenia podobieństwa w kontekście artykułu 95 TWE ustęp 1. Tym samym, zdaniem sędziów Trybunału, na potrzeby ustępu 1 artykułu 95 TWE wina likierowe oraz whisky nie powinny być postrzegane jako produkty podobne.

W odpowiedzi na drugie pytanie, dotyczące zgodności zróżnicowanego opodatkowania whisky i win likierowych z ustępem 2 artykułu 95 TWE, ETS odwołał się do swojego wcześniejszego orzeczenia w sprawie 319/81 *Komisja przeciwko Włochom*. Stwierdził, że prawo wspólnotowe (w ówczesnym stadium rozwoju) nie ograniczało prawa każdego państwa członkowskiego do ustanawiania regulacji, które dla celów podatkowych rozróżniałyby produkty na podstawie obiektywnych kryteriów.

Powyższa sprawa jest dobrym przykładem większej ostrożności sędziów Trybunału w stosowaniu artykułu 95 TWE, a dokładniej, wskazywania konkret-

nego ustępu mającego zastosowanie.⁹⁷ W sprawie Johnny Walker przekonujemy się również, że efekt protekcyjny nie występuje w sytuacji, gdy krajowa produkcja rozłożona jest proporcjonalnie pomiędzy różne określone kategorie podatkowe.⁹⁸

Bardzo ciekawą sprawą dotyczącą relacji pomiędzy art. 90 TWE (obecnie art. 110 TFUE) a wprowadzonymi do wspólnotowego porządku prawnego Dyrektywami 92/83/EWG i 92/84/EWG była sprawa **C-166/98 *Société Critouridienne de Distribution (Socridis) przeciwko Receveur Principal des Douanes***.⁹⁹

W danej sprawie Trybunał Sprawiedliwości UE musiał rozstrzygnąć kwestię istnienia odmiennego reżimu podatkowego wina i piwa, jednak tym razem w świetle wspomnianych dwóch dyrektyw strukturalnych.

Francuski sąd Tribunal de Grande Instance de Foix skierował do Trybunału w Luksemburgu pytanie odnośnie legalności dyrektywy Rady 92/83/EWG w sprawie harmonizacji struktury podatków akcyzowych od alkoholu i napojów alkoholowych oraz dyrektywy Rady 92/84/EWG w sprawie zbliżenia stawek podatków akcyzowych od alkoholi i napojów alkoholowych.

Socridis podniosło w postępowaniu przed francuskim sądem zarzut sprzeczności obu dyrektyw z ustępem 2 artykułu 95 TWE (obecnie art. 110 TFUE), ponieważ jego zdaniem uprawomocniają one dyskryminacyjne i zakłócające konkurencję praktyki, polegające na faworyzowaniu produkcji wina kosztem produkcji piwa.

Dyrektywa 92/83 określa zakres i metodę obliczania stawki podatku akcyzowego odnośnie alkoholi, a artykuł 3 danej dyrektywy stwierdza, że podatek akcyzowy od piwa ustalany jest według liczby hektolitrów/stopni Plato lub liczby hektolitrów/rzeczywistej zawartości alkoholu objętościowo w gotowym produkcie. Artykuł 9 punkt 1 uzależnia wysokość podatku akcyzowego od wina od liczby hektolitrów gotowego produktu. Z kolei zgodnie z artykułem 5 dyrektywy 92/84 ustanowione zostały minimalne stawki podatku akcyzowego od wina niemusującego na poziomie 0 ECU i również od wina musującego 0 ECU za 1 hektolitr produktu. Zgodnie zaś z artykułem 6 dyrektywy 92/84 minimalna akcyza na piwo wynosi 0,748 ECU za 1 hektolitr/stopień Plato lub 1,87 ECU za 1 hektolitr/stopień zawartości alkoholu w produkcie gotowym.

Francja implementowała obie dyrektywy w postaci art. 438 oraz art. 520 Generalnego Kodeksu Podatkowego (*Code Générale des Impôts*). Art. 438 wpro-

⁹⁷ P. Craig, G. de Burca, op.cit., s. 656.

⁹⁸ B. Baumberg, P. Anderson, op.cit., 393-394.

⁹⁹ Sprawa C-166/98 *Société Critouridienne de Distribution (Socridis) przeciwko Receveur Principal des Douanes*, Zb. Orz. 1999, s.I-03791.

wadzał podatek akcyzowy wysokości FRF 54.85 za hektolitr wina musującego oraz wysokości FRF 22 za hektolitr innego wina. Art. 520 wprowadził specjalną opłatę w wysokości FRF 6.25 za hektolitr i stopień zawartości alkoholu dla piw do 2.8% zawartości alkoholu oraz FRF 12.50 dla pozostałych piw.

Socridis argumentował, że przed harmonizacją piwo i wino we Francji opodatkowane było zgodnie z tym samym kryterium (objętości) oraz obowiązywały zbliżone stawki podatkowe (FRF 19.50/hl piwo, FRF 22/hl wino). Skutkiem tego, zdaniem powoda, był znaczny wzrost podatku akcyzowego od piwa. Legalność wspomnianych dyrektyw kwestionowana była przez powoda z trzech przyczyn. Po pierwsze, są one niezgodne z ustępem 2 artykułu 95 TWE, po drugie, są niezgodne z art. 93 (harmonizacja ustawodawstw podatkowych) ponieważ nie harmonizują podatków lecz wręcz przeciwnie, prowadzą do większych różnic, oraz po trzecie, uzasadnienie wprowadzenia obu dyrektyw jest niezgodne z art. 253 (uzasadnienie decyzji).

Ten fakt skłonił sąd krajowy do skierowania do TS pytania prejudycjalnego w trybie art. 234 TWE odnośnie do sprzeczności obu omawianych dyrektyw z ustępem 2 artykułu 95 TWE. Dokładnie pytanie dotyczyło faktu, czy dyrektywy ustalające minimalną stawkę podatku akcyzowego od piwa na poziomie 1,87 ECU za 1 hektolitr/stopień zawartości alkoholu w produkcie gotowym równocześnie ustalając podatek akcyzowy od wina odnoszący się jedynie do kwestii objętości i wynoszący zero są zgodne z prawem wspólnotowym. Sąd krajowy miał wątpliwości czy taka sytuacja nie wymaga od państw członkowskich podniesienia stawki podatku akcyzowego do ustalonego minimum i tym samym nie prowadzi do dyskryminacji wina i piwa.

Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu odniósł się do zadanego pytania w następujący sposób. W kwestii niezgodności dyrektywy 92/83/EWG oraz Dyrektywy 92/84/EWG z ustępem 2 artykułu 95 TWE sąd zauważył, że dyrektywy, które pozostawiają państwowi szeroki zakres implementacji są zgodne z traktatem. Ponadto, wspomniane dyrektywy ustalają jedynie minimalne stawki podatku akcyzowego, pozostawiając państwom członkowskim znaczną władzę dyskrecjonalną w ustalaniu stawek podatkowych, które wyłączałyby możliwość ochrony krajowej produkcji w rozumieniu artykułu 95 TWE. Zarzut ten musi być zatem odrzucony.

Zdaniem Trybunału, zgodność dyrektyw z art. 93 TWE również nie może być kwestionowana, ponieważ celem działania wspólnotowego ustawodawcy nie była harmonizacja podatków dotyczących wina i piwa. Rada, działając na podstawie art. 93 TWE, mając na względzie sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego, dążyła do harmonizacji krajowych ustawodawstw odnośnie podatków akcyzowych wina i piwa.

Podważony został również przez sędziów Trybunału zarzut niedotrzymania obowiązku odpowiedniego uzasadnienia decyzji wynikającego z art. 253 TWE. Trybunał odwołał się do wcześniejszego stwierdzenia, że celem dyrektywy 92/84/EWG nie jest harmonizacja stawek podatku akcyzowego lecz ustanowienie minimalnej stawki podatku akcyzowego dla produktów dwóch różnych kategorii.

Z analizy powyższych spraw wynika, że nie istnieją sztywne ramy dla ustanawiania stawek podatkowych przez państwa członkowskie. Istnieje jednak czytelna zasada, że ustanawiane stawki podatkowe nie mogą w większym stopniu obciążać towarów importowanych. Oznacza to, że państwo członkowskie posiadające na swoim terenie znaczną produkcję piwa i posiadające wyższy podatek na wino niż na piwo, musi być bardzo ostrożne i świadome wniosków płynących z przedstawionego orzecznictwa.¹⁰⁰

4. Zakończenie

Zdaniem J.H. Bergerona, proces uniwersalizacji i negacji interesu narodowego można zaobserwować w wielu sferach prawa wspólnotowego, obecnie unijnego, jednakże najbardziej widoczny jest on w procesie kształtowania się swobody przepływu towarów. W wyniku ewolucji art. 28 TWE (obecnie art. 34 TFUE), odnoszący się do ograniczeń ilościowych, za sprawą bezpośredniej skuteczności prawa wspólnotowego, stał się uprawnieniem jednostki przeciwko tego typu ograniczeniom.¹⁰¹

Uniwersalizację zainicjowało orzeczenie dotyczące włoskich dzieł sztuki definiujące, czym jest towar w świetle prawa Unii Europejskiej. Kontynuację tego procesu znajdujemy następnie w orzeczeniu *Dassowille* rozszerzającym zakres środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych i orzeczeniu *Cassis de Dijon*, które uzupełniło ów zakres o kontrolę nad wszystkimi regulacjami krajowymi mogącymi wpływać na handel. W wyniku powyższych orzeczeń stało się jasne, że państwa członkowskie nie mogą już wpływać na wymianę handlową w celu ochrony swoich narodowych interesów. Wpływ orzeczeń został również rozszerzony na kwestie nie związane bezpośrednio z handlem wewnątrzwspól-

¹⁰⁰ P.Anderson, B.Baumberg, *Alcohol in Europe. A public health perspective. A report for the European Commission*, July 2006, p.350, http://ec.europa.eu/health-eu/news_alcoholineurope_en.htm

¹⁰¹ J.H.Bergeron, *An Ever Whiter Myth: The Colonization of Modernity in European Community Law w: Europe's Other: European Law Between Modernity and Postmodernity*, red. P.Fitzpatric, J.H.Bergeron, Aldershot 1998, s.16.

notowym, a pozostające dotychczas w gestii państw członkowskich, jak na przykład polityka ustalania cen. Uniwersalizacja posunęła się wręcz do wymuszenia niekiedy na państwach członkowskich pośredniej rezygnacji z własnych tradycji, czego dramatycznym przykładem może być orzeczenie dotyczące nakazu czystości piwa (*Reinheitsgebot*) pochodzącego z 1516 r. oraz wpływ prawa Unii Europejskiej i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE na funkcjonowanie skandynawskich monopolii państwowych regulujących rynek alkoholi. Bolesny dla poszczególnych państw proces tworzenia i regulacji wspólnego rynku w rezultacie miał na celu nic innego jak konsolidację Europy i przywrócenie jej światowej gospodarce.

W kwestii podatków nie ulega wątpliwości, że „alkoholowe” orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu również przyczyniły się do realizacji idei jednolitego rynku poprzez odpowiednią wykładnię przepisów traktatów, a dokładnie art. 90 TWE (obecnie art. 110 TFUE). Wynika z niej jednoznacznie, że państwa członkowskie muszą być wyjątkowo ostrożne tworząc krajowe przepisy podatkowe. Muszą zwracać uwagę na możliwe podobieństwa produktów (krajowych i importowanych), przede wszystkim w sytuacji bezpośredniej lub potencjalnej konkurencji pomiędzy nimi oraz unikać regulacji, które w jakikolwiek sposób mogłyby wpływać na zachowania konsumentów na danym rynku.

W świetle prowadzonych w niniejszym artykule wywodów oraz przytoczonych przykładów można zauważyć, że „alkoholowe” orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej są bardzo dobrym przykładem negatywnej harmonizacji, która wpłynęła bardzo korzystnie na rozwój jednolitego rynku.

ALCOHOL IN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE CASE LAW

Alcohol has been present in Europe for thousands of years now. Today the production and consumption of alcohol has a great impact on the economies of the member states of the European Union, it is socially, culturally and economically related to the everyday life of Europeans, and 25% of its global production comes from the EU countries. For some EU countries production of certain types of alcohol is a very important part of their national or local identity. For example, wine is produced in 150 regions of the European Union and Germany alone produces 7,5% of world's beer production. Alcohol has always played a very important role in the evolution of the theory of free movement of goods in the 'everyday' life of the Court of Justice of the European Union.

The *Dassonville* case inspired the Court of Justice in Luxembourg to define the theory of measure having equivalent effect to a quantitative restriction. *Cassis de Dijon* case has not only helped to improve the *Dassonville* formula but also initiated, on the basis of mutual recognition principle, the new attitude towards harmonization in the European Union. In the area of taxes, the alcohol-based case law also played a significant role. The famous case of comparison between beer and wine in the United Kingdom not only forced the Court to interpret article 110 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), but also showed to the member states that they need to be very cautious in constructing their tax systems.

This study proves that the alcohol-based case law improved and accelerated the process of constructing the EU's internal market.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(188) 2011
Warszawa 2011

Joanna Bodio ■

ZDOLNOŚĆ DO CZYNNOŚCI PRAWNYCH A ZDOLNOŚĆ PROCESOWA – NA WYBRANYCH PRZYKŁADACH W SPRAWACH Z ZAKRESU PRAWA OSOBOWEGO I RODZINNEGO

W nauce przyjmuje się, że zdolność procesowa jest odpowiednikiem zdolności do czynności prawnych, co oznacza że osoba fizyczna posiada zdolność procesową w takim zakresie, w jakim wyposażona jest w zdolność do czynności prawnych¹. Istnieją jednak osoby, które pomimo braku albo ograniczonej zdolności do czynności prawnych, mają zdolność procesową. Szczególne przypadki zdolności procesowej występują w - szeroko rozumianych - sprawach rodzinnych

¹ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2008, s. 142; W. Broniewicz, *Brak zdolności procesowej i jego skutki w procesie cywilnym*, Nowe Prawo 1967, nr 7-8, s. 929; M. Jędrzejewska i K. Weitz [w:] T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Tom I*, Warszawa 2009, s. 243; M. Sychowicz [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1-366. Tom I*, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2010, s. 303; P. Telenga [w:] J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki (red.), O. Marcewicz, P. Telenga, M.P. Wójcik, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 94; J. Jodłowski [w:] J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk – Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1997, s. 179; A. Zieliński, *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 1996, s. 49; Z. Zieliński, *Zdolność do dokonywania czynności procesowych przez osobę poddaną opiece*, *Palestra* 1982, nr 6-7, s. 17; H. Mądrzak [w:] H. Mądrzak (red.), E. Marszałkowska – Krześ, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2003, s. 103; postanowienie SN z dnia 13 października 1982r., III CRN 129/82, Lex nr 8473

oraz w sprawach z zakresu prawa osobowego. Pod pojęcie spraw rodzinnych *sensu largo* mieścić się będą zarówno sprawy rozpoznawane w postępowaniu procesowym (w postępowaniu odrębnym w sprawach ze stosunku między rodzicami a dziećmi), jak i w postępowaniu nieprocesowym (sprawy z zakresu prawa rodzinnego, opiekuńczego i kurateli).

Ustalenie wzajemnych relacji zdolności procesowej i zdolności do czynności prawnych wymaga rozważenia kilku kwestii: po pierwsze - czy zdolność procesowa pokrywa się ze zdolnością do czynności prawnych, czy jedynie pozostaje z nią w związku, po drugie - czy możliwe jest posiadanie zdolności procesowej bez zdolności do czynności prawnych i po trzecie - czy osoba nieposiadająca lub posiadająca ograniczoną zdolność do czynności prawnych ma w ogóle zdolność procesową w postępowaniu cywilnym, a jeżeli tak, to czy tzw. pełną, czy ograniczoną. Odpowiedź na te pytania trzeba rozpocząć od zdefiniowania pojęcia zdolności do czynności prawnych i zdolności procesowej.

Kodeks cywilny nie definiuje pojęcia zdolności do czynności prawnych, za to w doktrynie można znaleźć różne jej określenia. Według A. Woltera zdolność do czynności prawnych to zdolność do tego, aby własnym działaniem nabywać prawa oraz zaciągać zobowiązania². Zdaniem S. Grzybowskiego, jest to zdolność do tego, „aby przez czynności prawne swym własnym działaniem nabywać lub utracać prawa albo zaciągać zobowiązania i w ogóle wywoływać skutki prawne”³. Z. Radwański definiuje zdolność do czynności prawnych jako kwalifikację osoby do dokonywania swoistych działań konwencjonalnych, jakimi są czynności prawne⁴, które powodują zmianę sytuacji prawnej tej osoby⁵. S. Szer uważa, że „zdolność do czynności prawnych jest to zdolność dokonywania we własnym imieniu czynności prawnych, czyli zdolność do działania z zamiarem wywołania określonych skutków prawnych, mianowicie ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego”⁶. Według E. Łętowskiej zdolność do czynności prawnych polega na „nabywaniu praw i obowiązków w zakresie prawa cywilnego przez własne, świadome czyny”⁷. Podobnie E. Skowrońska-Bocian stwierdza, że „zdolność do czynności prawnej osoby fizycznej to możliwość nabywania praw i obowiązków

² A. Wolter [w:] A. Wolter, J. Ignatowicz, A. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1996, s. 155

³ S. Grzybowski [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, pod red. S. Grzybowskiego, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985, s. 338

⁴ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 140

⁵ T. Sokołowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2009, s. 68

⁶ S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1967, s. 100

⁷ E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1994, s. 69

przez samodzielne składanie oświadczeń woli”⁸. M. Pazdan podkreśla, że zdolność do czynności prawnych stanowi personalne kwalifikacje osoby, uznane przez prawo za przesłanki tej zdolności, od posiadania których prawo uzależnia ważność i skuteczność czynności prawnych zdziałanych przez daną osobę we własnym imieniu oraz inne skutki prawne, a więc chodzi tu o możliwość wywołania skutków tylko przez własne działanie i we własnym imieniu⁹. Natomiast M. Watrakiewicz zdolność do czynności prawnych określa jako zdolność do składania oświadczeń woli we własnym imieniu i ze skutkami prawnymi dla siebie, a A. Doliwa – jako zdolność do tego, aby za pomocą własnych oświadczeń woli, czyli we własnym imieniu, nabywać oraz zbywać prawa i zaciągać zobowiązania cywilnoprawne¹⁰. Zdolność do czynności prawnych zaliczana jest do kategorii tzw. zdolności czynnych, gdyż polega na aktywnym działaniu określonego podmiotu¹¹.

Zdolność procesowa definiowana jest przez kodeks postępowania cywilnego jako zdolność do czynności procesowych (art. 65 § 1 k.p.c.). W doktrynie dodaje się, że jest to możliwość samodzielnego działania i skutecznego dokonywania czynności procesowych w postępowaniu, osobiście lub przez wyznaczonego pełnomocnika¹². Zdolność procesowa obejmuje zarówno czynne, jak i bierne uczestniczenie w czynnościach procesowych, co oznacza, że również inne podmioty postępowania mogą wobec danej osoby dokonywać czynności ze skutkiem prawnym¹³. Zdolność procesową powinien mieć każdy podmiot postępowania procesowego¹⁴, nieprocesowego, egzekucyjnego, czy zabezpieczającego, a więc nie

⁸ E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne - część ogólna. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 89

⁹ M. Pazdan [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna. T. I*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2007, s. 979; tenże: *Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 1967, s. 110

¹⁰ M. Watrakiewicz, *Wiek a zdolność do czynności prawnych*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2003, z. 3, s. 505; A. Doliwa, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2004, s. 227

¹¹ M. Serwach [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka (red.), W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świderski, M. Wojewoda, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 171

¹² W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2004, s. 113; J. Jodłowski, *op.cit.*, s. 179; W. Broniewicz, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 142; A. Zieliński, *Zdolność...*, *op.cit.*, s. 15-16; A. Zieliński, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 49; H. Mądrzak, *op.cit.*, s. 102

¹³ W. Broniewicz, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 142; H. Mądrzak, *op.cit.*, s. 102; J. Jagieła, *Brak zdolności sądowej i procesowej – jako podstawy wznowienia postępowania*, *Przegląd Sądowy* 2002, nr 2, s. 28; M. Sychowicz [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1-366. Tom I*, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2010, s. 303

¹⁴ M. Sawczuk, *Zdolność procesowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1963, s. 40

tylko strony (powód i pozwany), wnioskodawca i uczestnicy postępowania nieprocesowego, ale także pełnomocnik, przedstawiciel ustawowy, współuczestnik, interwenient, dłużnik, wierzyciel, czy syndyk. Zdolność podmiotów postępowania do podejmowania czynności procesowych dotyczy wszelkich czynności przewidzianych w kodeksie postępowania cywilnego w całym postępowaniu, takich jak wytaczanie powództw, wnoszenie wniosków (wszczynających postępowanie nieprocesowe, egzekucyjne, czy dowodowych), zaskarżanie orzeczeń sądowych, składanie oświadczeń, udzielanie pełnomocnictwa procesowego¹⁵.

Kodeks postępowania cywilnego nie posługuje się pojęciem pełnej, czy ograniczonej zdolności procesowej. Wskazuje tylko podmioty, które mają zdolność procesową, w tym osoby fizyczne posiadające pełną zdolność do czynności prawnych (art. 65 § 1 k.p.c.) oraz czynności, jakie mogą być podejmowane przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych (art. 65 § 2 k.p.c.). Kodeks nie określa także, które z osób fizycznych nie posiadają zdolności procesowej, a jedynie wskazuje, że osoby takie mogą podejmować czynności procesowe tylko przez swojego przedstawiciela ustawowego (art. 66 k.p.c.). Artykuł 65 § 1 k.p.c. określając podmioty posiadające zdolność procesową odsyła wprost do przepisów kodeksu cywilnego. Osobami posiadającymi zdolność procesową są te, które mają pełną zdolność do czynności prawnych, a więc osoby pełnoletnie (w tym te, które zawarły związek małżeński przed ukończeniem 18 roku życia) i nie ubezwłasnowolnione (art. 10 i 11 k.c. oraz art. 10 k.r.o.). O istnieniu i zakresie zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej decyduje: wiek (art. 11, 12 i 15 k.c.), zawarcie małżeństwa przez osobę małoletnią (art. 10 w zw. z art. 11 k.c.), ubezwłasnowolnienie całkowite lub częściowe (art. 12 i 15 k.c.) oraz ustanowienie doradcy tymczasowego (art. 548 i 549 § 1 k.p.c.)¹⁶. Ze względu na to, że zdolność do czynności prawnych jest kategorią prawną, a nie przyrodzoną – nie mają na nią wpływu inne, poza wskazanymi przez ustawodawcę, okoliczności¹⁷. W szczególności na zakres zdolności do czynności prawnych nie wpływa choroba psychiczna, leczenie w poradni zdrowia psychicznego, niedorozwój umysłowy, czy inne zaburzenia stanu psychicznego¹⁸. Oznacza to, że oso-

¹⁵ M. Jędrzejewska i K. Weitz, *op.cit.*, s. 242; M. Sychowicz, *op.cit.*, s. 305; M. Sawczuk, *Zdolność procesowa w postępowaniu cywilnym*, *op.cit.*, s. 35

¹⁶ S. Grzybowski, *op.cit.*, s. 338; M. Watrakiewicz, *op.cit.*, s. 505; J. Jodłowski, *op.cit.*, s. 156; A. Doliwa, *op.cit.*, s. 228

¹⁷ S. Grzybowski, *op.cit.*, s. 338; M. Serwach, *op.cit.*, s. 172

¹⁸ Wyrok SN z dnia 4 maja 1965r., I CR 81/65, LEX nr 5795; postanowienie SN z dnia 30 marca 1966r., I CZ 18/66, LEX nr 5959; postanowienie SN z dnia 26 sierpnia 1970r., I CZ 84/70, OSNC 1971, nr 5, poz. 90; wyrok SN z dnia 19 maja 1976r., IV PRN 8/76, LEX nr 7828; wyrok SN z dnia 23 września 1999r., II UKN 131/99, OSNC 2001, nr 3, poz. 77; wyrok NSA w Gdańsku z dnia 13 lipca 2001r., I SA/Gd 980/00, LEX nr 53892;

ba fizyczna, która nie została ubezwłasnowolniona (całkowicie lub częściowo), posiada pełną zdolność do czynności prawnych do chwili śmierci¹⁹.

Przyjmuje się, że osoba fizyczna, która ma pełną zdolność do czynności prawnych, może dokonywać wszelkich czynności o charakterze cywilnoprawnym w granicach przysługującej jej zdolności prawnej²⁰. Podjęte przez nią działania mogą dotyczyć majątku oraz osoby uprawnionego, sporządzenia lub odwołania testamentu (art. 944 § 1 k.c.), sprawowania władzy rodzicielskiej, przysposobienia dziecka (art. 114¹ § 1 k.r.o.), pełnienia funkcji opiekuna (art. 148 k.r.o.) lub kuratora (art. 178 § 2 w zw. z art. 148 k.r.o.), czy zaciągania zobowiązań wekslowych²¹.

Ze względu na to, że zdolność procesową osób fizycznych ocenia się według materialnoprawnego kryterium zdolności do czynności prawnych uważa się w doktrynie, że odpowiednio - osoby posiadające pełną zdolność do czynności prawnych mają pełną zdolność procesową, osoby posiadające ograniczoną zdolność do czynności prawnych – ograniczoną zdolność procesową, a osoby, które nie mają zdolności do czynności prawnych, nie mają także zdolności procesowej²². Idąc tym tokiem rozumowania, osobami posiadającymi tzw. ograniczoną zdolność procesową są: małoletni, między 13 a 18 rokiem życia (z wyjątkiem tych, którzy zawarli wcześniej związek małżeński), osoby ubezwłasnowolnione częściowo, a także osoby, dla których ustanowiono doradcę tymczasowego (art. 15 k.c., art. 548 § 1 i 549 § 1 k.p.c.). Nie będą miały zdolności procesowej osoby, które nie ukończyły lat trzynastu oraz ubezwłasnowolnione całkowicie (art. 12 k.c.).

Przeniesienie wprost zdolności do czynności prawnych na zdolność procesową nie do końca jednak jest adekwatne. O ile przełożenie to dotyczyć może zakresu podmiotowego tych zdolności, to wątpliwości budzi ich zakres przedmiotowy. Zakresem podmiotowym określam krąg osób posiadających zdolność procesową i zdolność do czynności prawnych, tzw. pełną, ograniczoną lub jej nieposiadających, a przedmiotowym - zakres czynności procesowych dokonywanych przez te osoby w postępowaniu cywilnym. Istnieje bowiem grupa podmiotów, która pomimo posiadania ograniczonej zdolności do czynności prawnych,

A. Wolter, *op.cit.*, s. 156; M. Sawczuk, *Zdolność procesowa a stan psychiczny strony*, Nowe Prawo 1959, nr 10, s. 1217; M. Serwach, *op.cit.*, s. 173

¹⁹ M. Serwach, *op.cit.*, s. 175

²⁰ S. Grzybowski, *op.cit.*, s. 350; M. Serwach, *op.cit.*, s. 173-174; A. Wolter, *op.cit.*, s. 162; Z. Radwański, *op.cit.*, s. 257

²¹ M. Serwach, *op.cit.*, s. 173-174

²² W. Broniewicz, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 142, J. Jodłowski, *op.cit.*, s. 179; M. Jędrzejewska i K. Weitz, *op.cit.*, s. 243; A. Doliwa, *op.cit.*, s. 230; P. Telenga, *op.cit.*, s. 94; A. Zieliński, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 49; M. Sychowicz, *op.cit.*, s. 306

ma pełną zdolność procesową, tzn. może dokonywać wszystkich czynności procesowych w poszczególnych sprawach (o czym niżej).

Nie ulega wątpliwości, że zakres podmiotowy i przedmiotowy osób posiadających tzw. pełną zdolność procesową, pokrywa się z zakresami pełnej zdolności do czynności prawnych. Te same osoby, które mają pełną zdolność do czynności prawnych, posiadają też pełną zdolność procesową. Osoby posiadające pełną zdolność procesową mogą dokonywać wszelkich czynności procesowych we wszelkiego rodzaju postępowaniach i sprawach, podobnie jak osoby mające pełną zdolność do czynności prawnych są uprawnione do dokonywania wszelkich czynności prawnych. W obu przypadkach, dokonywanie czynności prawnych i procesowych może następować osobiście lub przez pełnomocnika.

Należy rozważyć, czy taka sama analogia istnieje w przypadku ograniczonej zdolności do czynności prawnych i tzw. ograniczonej zdolności procesowej. Analizę tego zagadnienia warto rozpocząć od ustalenia, na czym polega ograniczenie zdolności do czynności prawnych, a na czym zdolności procesowej.

Ograniczenie zdolności do czynności prawnych dotyczy możliwości dokonywania czynności prawnych. Przyjmuje się, że możliwość dokonywania czynności prawnych przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych jest zróżnicowana w zależności od rodzaju czynności²³. M. Watrakiewicz rozróżnia pięć grup takich czynności: 1) czynności prawne, które osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych nie może dokonywać, 2) czynności prawne, które może dokonywać, ale za zgodą przedstawiciela ustawowego, 3) czynności prawne, które może dokonywać samodzielnie, 4) czynności prawne, które może dokonywać samodzielnie, ale po uzyskaniu określonego wieku, 5) czynności prawne, co do których ustawodawca nie rozstrzygnął, czy mogą być dokonywane przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych²⁴.

Osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych nie może sporządzić i odwołać testamentu (art. 944 k.c.)²⁵. Za to za zgodą przedstawiciela ustawowego może dokonywać czynności rozporządzających lub zobowiązujących (art. 17 k.c.)²⁶. Ponadto dla pewnych szczególnie ważnych czynności prawnych, których sam przedstawiciel ustawowy nie mógłby dokonać w imieniu ograniczonego w zdolności do czynności prawnych, konieczne jest zezwolenie sądu.

²³ M. Pazdan [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449*¹¹. Tom I, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2008, s. 99;

²⁴ M. Watrakiewicz, *op.cit.*, s. 516 – podział ten dotyczy małoletnich, którzy mają ograniczoną zdolność do czynności prawnych

²⁵ S. Grzybowski, *op.cit.*, s. 350; A. Wolter, *op.cit.*, s. 162; E. Łętowska, *op.cit.*, s. 70; T. Sokołowski, *op.cit.*, s. 78

²⁶ Z. Radwański, *op.cit.*, s. 256; M. Watrakiewicz, *op.cit.*, s. 516-518

Zezwolenie sądu potrzebne jest w sprawach dotyczących: dokonywania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu oraz wyrażanie zgody na dokonywanie takich czynności przez dziecko (art. 101 § 3 k.r.o.), sprawowania pieczy nad osobą i majątkiem pozostającego pod opieką (art. 155 i 156 k.r.o.), ustanowienia kurateli (art. 178 k.r.o.)²⁷.

Osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych może dokonywać pewnych czynności samodzielnie (tj. bez zgody przedstawiciela ustawowego), zwłaszcza gdy nie stanowią one rozporządzenia lub zobowiązania²⁸. W szczególności dotyczy to: możliwości zawierania umów należących do umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego (art. 20 k.c.), rozporządzania swoim zarobkiem (art. 21 k.c.), dysponowania przedmiotami danymi jej przez przedstawiciela ustawowego do swobodnego użytku (art. 22 k.c.), zawierania umów zwiększających jej prawa lub zmniejszających obowiązki (np. przyjęcie darowizny, z którą nie są związane żadne zobowiązania)²⁹. Osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych może także być pełnomocnikiem (art. 100 k.c.), ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą (art. 426 k.c.), dokonać aktu przebaczenia (art. 899 § 1, 930 § 2, 1010 § 2 k.c.), wyrażać zgodę na przysposobienie (art. 118 k.r.o.), czy dysponować środkami pieniężnymi zgromadzonymi na jej rachunku (art. 58 pr. bank.)³⁰.

M. Watrakiewicz zauważa, że w pewnym zakresie ustawodawca zmienił granicę wieku wyznaczającą zdolność do czynności prawnych. Artykuł 22 § 3 k.p. zezwala osobie ograniczonej w zdolności do czynności prawnych na nawiązanie stosunku pracy oraz dokonywanie czynności prawnych, które go dotyczą, bez zgody przedstawiciela ustawowego. Jednocześnie z art. 190 k.p. wynika, że zdolność pracowniczą mają osoby, które ukończyły 16 lat³¹. W zakresie stosunku pracy, osoby między 16 a 18 rokiem życia mają zatem pełną zdolność do czynności prawnych, z ograniczeniem wynikającym ze zdania drugiego art. 22 § 3 k.p.³². Natomiast małoletni, który ukończył 13 a nie ukończył 16 lat, na gruncie prawa pracy jest traktowany tak, jakby nie miał zdolności do czynności prawnych³³.

²⁷ Z. Radwański, *op.cit.*, s. 255

²⁸ A. Wolter, *op.cit.*, s. 161; M. Serwach, *op.cit.*, s. 204; A. Doliwa, *op.cit.*, s. 233

²⁹ Z. Radwański, *op.cit.*, s. 256; E. Łętowska, *op.cit.*, s. 71

³⁰ T. Sokołowski, *op.cit.*, s. 79; S. Grzybowski, *op.cit.*, s. 350; M. Serwach, *op.cit.*, s. 204-205; uchwała SN z dnia 13 grudnia 1994r., III CZP 159/94, OSNC 1995, nr 3, poz. 53

³¹ M. Watrakiewicz, *op.cit.*, s. 525

³² J. Jaśkowski [w:] J. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz bieżący do art. 22 kodeksu pracy* (Dz.U.98.21.94), LEX/el. 2011

³³ M. Watrakiewicz, *op.cit.*, s. 525

Także na gruncie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, oświadczenie konieczne do uznania ojcostwa może złożyć osoba, która ukończyła szesnaście lat i nie istnieją podstawy do jej całkowitego ubezwłasnowolnienia (art. 77 k.r.o.). A. Sylwestrzak podkreśla, że art. 77 k.r.o. znajduje zastosowanie zarówno względem ojca składającego oświadczenie o uznaniu, jak i matki dziecka, której oświadczenie potwierdzające ojcostwo warunkuje skuteczność aktu uznania. Zdolności do złożenia oświadczenia koniecznego do uznania nie będą miały zatem: osoby małoletnie poniżej szesnastego roku życia, osoby ubezwłasnowolnione całkowicie oraz osoby, które nie zostały ubezwłasnowolnione całkowicie, lecz wobec których istnieją podstawy do całkowitego ubezwłasnowolnienia. Nie mogą one działać osobiście, ani też występować przez przedstawiciela ustawowego³⁴.

Podobnie jest z zawarciem małżeństwa (art. 10 i 11 k.r.o.). Osoba pozostająca pod władzą rodzicielską lub opieką, która ukończyła 16 lat i uzyskała zezwolenie sądu opiekuńczego, może sama – bez zgody opiekuna – zawrzeć związek małżeński. W takiej sytuacji reprezentacja przez opiekuna jako przedstawiciela ustawowego jest niemożliwa, chyba że został on ustanowiony pełnomocnikiem na podstawie art. 6 k.r.o.³⁵. Także rodzice, którzy nie mają pełnej zdolności do czynności prawnych mogą uczestniczyć w sprawowaniu bieżącej pieczy nad osobą dziecka i w jego wychowaniu, chyba że sąd opiekuńczy ze względu na dobro dziecka postanowi inaczej (art. 96 § 2 k.r.o.).

M. Watrakiewicz wskazuje, że istnieje też grupa czynności prawnych, co do których ustawodawca nie rozstrzygnął, czy mogą być dokonywane przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych. Są to czynności prawne zobowiązujące lub rozporządzające, w których osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych, nie rozporządza swoim prawem albo nie zaciąga zobowiązania³⁶.

Zatem osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych albo nie może w ogóle dokonywać niektórych czynności prawnych i traktowana jest jak osoba niezdolna do czynności prawnych³⁷ albo może dokonywać pewnych czynności osobiście (działając samodzielnie, za zgodą przedstawiciela ustawowego lub za zezwoleniem sądu) lub za pośrednictwem swojego przedstawiciela usta-

³⁴ A. Sylwestrzak [w:] H. Dolecki (red.), T. Sokołowski (red.), M. Andrzejewski, A. Lutkiewicz-Rucińska, A. Olejniczak, A. Sylwestrzak, A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, LEX, 2010

³⁵ J. Marciniak, *Opiekun jako przedstawiciel ustawowy małoletniego*, Annales UMCS, Sectio G, vol. VIII, Lublin 1961, s. 351

³⁶ M. Watrakiewicz, *op.cit.*, s. 526

³⁷ A. Wolter, *op.cit.*, s. 160

wowego³⁸. Samodzielne dokonywanie czynności prawnych powoduje, że osoba taka traktowana jest tak, jakby miała pełną zdolność do czynności prawnych³⁹.

Osoba fizyczna ograniczona w zdolności do czynności prawnych ma zdolność procesową w sprawach wynikających z czynności prawnych, których może dokonywać samodzielnie (art. 65 § 2 k.p.c.). Z przepisu wynika zatem, że w sprawach tych osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych ma tzw. pełną zdolność procesową, co oznacza, że może dokonywać samodzielnie wszelkich czynności procesowych (nawet bez zgody swojego przedstawiciela ustawowego). *A contrario* należy uznać, że – co do zasady – w sprawach, w których nie może dokonywać czynności samodzielnie, nie ma ona zdolności procesowej.

M. Sawczuk twierdzi, że ograniczona zdolność procesowa jest *de facto* zdolnością procesową pełną, tzn. zdolnością do wszystkich czynności, ale tylko w pewnych procesach. „Ograniczenie” odnosi się do zakresu spraw, w których zdolność procesowa jest przyznana np. małoletniemu lub osobie ubezwłasnowolnionej częściowo. Dlatego, jego zdaniem, nie powinno się mówić o ograniczonej zdolności procesowej, bo ta nie jest niczym ograniczona, tylko o sprawach, w których określonemu podmiotowi „użycza” się zdolności procesowej. Co za tym idzie, pełnoletni nie ubezwłasnowolniony ma zdolność procesową we wszystkich sprawach, a małoletni i ubezwłasnowolniony częściowo (a także osoba, dla której ustanowiono doradcę tymczasowego – podkr. J.B.) ma zdolność procesową do wszystkich czynności procesowych, ale tylko w niektórych sprawach⁴⁰.

K. Korzan aprobując przedstawiony pogląd wyjaśnia, że zdolnością procesową jest zdolność do działania w postępowaniu cywilnym ze wszystkimi skutkami jakie wynikają z prawa procesowego i materialnego. Tak określoną zdolność procesową art. 65 § 1 k.p.c. nakazuje oceniać według kryterium pełnej zdolności do czynności prawnych. Podkreśla on, że z tego właśnie powodu pojęcie zdolności procesowej wiąże się tylko z osobami mającymi pełną zdolność do czynności prawnych, czyli z osobami uprawnionymi do samodzielnego działania. Zakres tej samodzielnności nie jest jednak w prawie materialnym oznaczony w sposób jednolity, bowiem – w określonych wypadkach – prawo do samodzielnego działania przysługuje także osobom mającym ograniczoną zdolność do czynności prawnych, co nie pozostaje bez wpływu na zdolność procesową. Jego zdaniem, w sprawach wynikających z czynności prawnych, które mogą być wykonywane samodzielnie, osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych ma zdolność procesową taką samą, jak osoba z pełną zdolnością do czynności prawnych. Przeto z jednolitego pojęcia zdolności procesowej da się

³⁸ M. Pazdan, *Kodeks cywilny...*, *op.cit.*, s. 99; Z. Radwański, *op.cit.*, s. 255

³⁹ A. Wolter, *op.cit.*, s. 161

⁴⁰ M. Sawczuk, *Zdolność procesowa w postępowaniu cywilnym*, *op.cit.*, s. 53

wyodrębnić pełną zdolność procesową we wszystkich sprawach i pełną zdolność procesową w niektórych sprawach⁴¹.

Podobnie W. Broniewicz uważa, że ograniczenie zdolności procesowej oznacza, iż osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych może uczestniczyć wprawdzie we wszystkich czynnościach procesowych, ale tylko w procesach wynikających z czynności prawnych, których może dokonywać samodzielnie. W innych procesach, osoba taka nie może uczestniczyć w żadnych czynnościach⁴². Według J. Jodłowskiego i H. Mądrzaka, ograniczona zdolność procesowa także polega nie na ograniczeniu czynności procesowych, jakich może dokonywać osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych, ale na ograniczeniu rodzajów spraw, w jakich może ona działać samodzielnie. Natomiast w pozostałych sprawach, osoby ograniczone w zdolności do czynności prawnych mogą podejmować czynności procesowe tylko przez swojego przedstawiciela ustawowego⁴³. Zatem osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, w sprawach, które wynikają z czynności, których może dokonywać samodzielnie, posiada zdolność procesową w pełnym zakresie⁴⁴.

M. Sychowicz podkreśla, że kodeks postępowania cywilnego nie zna zdolności procesowej ograniczonej do pewnych tylko czynności procesowych, ani nie przyznaje zdolności procesowej z wyłączeniem określonych czynności procesowych. Wyjątkowe przepisy upoważniające do podjęcia konkretnych czynności procesowych (np. 560 § 1 k.p.c.), nie oznaczają przyznania ograniczonej do niej zdolności procesowej⁴⁵. Skoro zatem ograniczona zdolność procesowa polega nie na ograniczeniu czynności procesowych w sprawie, a na dokonywaniu wszystkich czynności procesowych w ograniczonych rodzajach spraw, to należy zastanowić się, czy w ogóle można mówić o ograniczonej zdolności procesowej, czy o pełnej zdolności procesowej lub po prostu zdolności procesowej w niektórych sprawach. Dlatego też w dalszej części artykułu posługuję się pojęciem tzew. ograniczonej zdolności procesowej.

Porównując zakres przedmiotowy ograniczonej zdolności do czynności prawnych z zakresem tzw. ograniczonej zdolności procesowej, należy stwierdzić, że nie do końca się one pokrywają. Ograniczenie zdolności do czynności prawnych dotyczy możliwości dokonywania niektórych czynności prawnych.

⁴¹ K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 2004, s. 115-116; tenże: *Podmioty postępowania nieprocesowego (cz. II)*, Rejent 2005, nr 3, s. 28-29

⁴² W. Broniewicz, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 142; tenże: *Brak...*, *op.cit.*, s. 929

⁴³ J. Jodłowski, *op.cit.*, s. 179-180; H. Mądrzak, *op.cit.*, s. 103; P. Telenga, *op.cit.*, s. 94

⁴⁴ M. Jędrzejewska, K. Weitz, *op.cit.*, s. 243; J. Marciniak, *op.cit.*, s. 372

⁴⁵ M. Sychowicz, *op.cit.*, s. 305

Podczas gdy przy tzw. ograniczonej zdolności procesowej osoba fizyczna może dokonywać wszystkich czynności procesowych (czyli ma pełną zdolność procesową), ale tylko w niektórych sprawach.

1. Zdolność procesowa rodziców dziecka w niektórych sprawach ze stosunku między rodzicami a dziećmi – art. 453¹ k.p.c.

Rodzicom dziecka mającym ograniczoną zdolność do czynności prawnych, przyznano zdolność procesową do dochodzenia ustalenia lub zaprzeczenia pochodzenia dziecka oraz ustalenia bezskuteczności uznania ojcostwa. Przyznanie zdolności procesowej uwarunkowane jest spełnieniem dwóch przesłanek - małoletni muszą ukończyć 16 lat i nie mogą istnieć podstawy do ich całkowitego ubezwłasnowolnienia.

Szesnaścieletni rodzice dziecka mogą więc samodzielnie wnieść pozwy w sprawach o ustalenie pochodzenia dziecka (czyli o ustalenie ojcostwa i o ustalenie macierzyństwa) oraz o zaprzeczenie pochodzenia dziecka (tj. o ustalenie nieistnienia określonego stosunku prawnego wobec tego, że nie zachodzi domniemanie pochodzenia określonego dziecka od męża matki; o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa; o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego wynikającego z uznania ojcostwa w sytuacji, gdy zachodziła tzw. nieważność bezwzględna uznania ojcostwa oraz o zaprzeczenie macierzyństwa)⁴⁶. Kodeks postępowania cywilnego rozszerza rodzaje spraw, w których osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych może występować osobiście. Nie są to zatem tylko sprawy wynikające z czynności prawnych, których można wykonywać samodzielnie.

Osoby posiadające ograniczoną zdolność do czynności prawnych w wymienionych sprawach mają tzw. pełną zdolność procesową. Mogą one zatem skutecznie dokonywać samodzielnie wszelkich czynności procesowych (jak np. udzielanie pełnomocnictwa, wnoszenie wniosków, czy zaskarżanie orzeczeń sądowych). Do dokonania tych czynności nie jest więc wymagana zgoda ich przedstawiciela ustawowego, ani sądu opiekuńczego. Czynność prawna ściśle osobista, dokonana przez opiekuna w imieniu osoby poddanej jego pieczy, jest pozbawiona skutków prawnych⁴⁷.

⁴⁶ J. Bodio [w:] J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki (red.), O. Marcewicz, P. Tęla, M.P. Wójcik, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 540

⁴⁷ J. Marciniak, *op.cit.*, s. 352

Należy jednak podkreślić, że krąg osób mających zdolność procesową w sprawach dotyczących ustalenia lub zaprzeczenia pochodzenia dziecka oraz ustalenia bezskuteczności uznania ojcostwa nie odnosi się do wszystkich osób o ograniczonej zdolności do czynności prawnych. Zdolność procesową mają tylko rodzice dziecka, którzy ukończyli 16 rok życia, są ubezwłasnowolnieni częściowo albo ustanowiono dla nich doradcę tymczasowego. Jeżeli rodzice dziecka są ubezwłasnowolnieni całkowicie, albo mają mniej niż 16 lat, wytoczenie powództwa w wymienionych sprawach, jak również dokonywanie innych czynności procesowych może być dokonane jedynie przez ich przedstawiciela ustawowego (opiekuna lub rodzica, jeżeli osoba ubezwłasnowolniona pozostaje jeszcze pod władzą rodzicielską). Opiekun do dokonania takich czynności powinien uzyskać zgodę sądu opiekuńczego (art. 156 k.r.o.)⁴⁸. Wynika z tego, że w sprawach dotyczących ustalenia lub zaprzeczenia pochodzenia dziecka oraz ustalenia bezskuteczności uznania ojcostwa, osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, w wieku między 13 a 16 rokiem życia została zrównana z osobą nieposiadającą zdolności do czynności prawnych (ubezwłasnowolnioną całkowicie, albo poniżej 13 roku życia), co oznacza, że nie ma ona zdolności procesowej.

2. Zdolność procesowa ubezwłasnowolnionego

Postępowanie o ubezwłasnowolnienie toczy się w interesie osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie (całkowite lub częściowe - art. 13 i 16 k.c.)⁴⁹. W związku z tym, osoba ta może uczestniczyć w postępowaniu dotyczącym jej ubezwłasnowolnienia. Z art. 546 § 1 pkt 1 k.p.c. wynika, że jest ona uczestnikiem z mocy prawa, tj. bez konieczności podejmowania w tym zakresie jakichkolwiek czynności procesowych sądu lub wnioskodawcy, a nawet wtedy, gdy nie bierze udziału w postępowaniu⁵⁰. Poza zakresem artykułu pozostaje, sporna w doktrynie kwestia, czy osoba, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie może sama zgłosić taki wniosek⁵¹. Do czasu ubezwłasnowolnienia ma ona bowiem pełną zdolność do czynności prawnych, a tym samym pełną zdol-

⁴⁸ Z. Krzemiński, *Postępowanie odrębne w sprawach ze stosunków między rodzicami a dziećmi*, Warszawa 1978, s. 23

⁴⁹ K. Lubiński, *Podmioty legitymowane do zgłoszenia wniosku o wszczęcie postępowania o ubezwłasnowolnienie*, *Palestra* 1973, nr 9, s. 29

⁵⁰ J. Bodio, *op.cit.*, s. 710

⁵¹ Por. K. Lubiński, *Podmioty...*, *op.cit.*, s. 28-29; tenże: *Postępowanie o ubezwłasnowolnienie*, Warszawa 1979, s. 53; K. Korzan, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 355; postanowienie SN z dnia 20 października 1965r., II CR 273/65, OSN 1966, nr 7-8, poz. 124

ność procesową, chyba że w trakcie postępowania o ubezwłasnowolnienie ustanowiono dla niej doradcę tymczasowego. Ustanowienie doradcy tymczasowego powoduje ograniczenie w zdolności do czynności prawnych na równi z osobą ubezwłasnowolnioną częściowo (art. 549 k.p.c.). Pomimo ustanowienia doradcy tymczasowego, osoba, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie może sama zaskarżać postanowienia sądu, w tym postanowienie zarządzające oddanie jej pod obserwację w zakładzie leczniczym, czy o przedłużeniu terminu obserwacji⁵². Osoba taka bierze udział we wszelkich czynnościach postępowania o ubezwłasnowolnienie, a zatem należy jej doręczać pisma procesowe i zawiadamiać o terminach rozprawy. Dopuszczalność dokonywania czynności procesowych wynika z art. 546 § 1 pkt 1 k.p.c.⁵³.

Natomiast bez wpływu na zdolność do czynności prawnych, a tym samym zdolność procesową, pozostaje ustanowienie dla osoby, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie, w trakcie postępowania kuratora⁵⁴.

Ubezwłasnowolnienie częściowe skutkuje ograniczeniem zdolności do czynności prawnych i ustanowieniem kuratora. Zakres działania kuratora jest sporny. K. Piasecki, K. Lubiński i T. Sokołowski twierdzą, że kurator osoby ubezwłasnowolnionej ma kompetencję do jej reprezentowania oraz do zarządu jej majątkiem tylko wtedy, gdy postanowi tak sąd opiekuńczy. Wskazuje na to treść art. 181 k.r.o.⁵⁵. Natomiast zdaniem Sądu Najwyższego, kuratorowi ustanowionemu zgodnie z art. 16 § 2 k.c., nie jest w tym celu potrzebne szczególne upoważnienie sądu opiekuńczego. Może on działać także w sprawach dotyczących zarządu majątkiem osoby ubezwłasnowolnionej częściowo⁵⁶. Podobne stanowisko zajmuje M. Serwach, według której takie działanie kuratora zapewni osobie ubezwłasnowolnionej możliwość aktywnego udziału w obrocie cywilnoprawnym⁵⁷.

Zgoda kuratora nie jest wymagana nie tylko przy dokonywaniu tych czynności, które osoba ubezwłasnowolniona częściowo może wykonywać samodzielnie, ale także przy niektórych czynnościach z zakresu prawa rodzinnego, np. do złożenia wniosku o zezwolenie na zawarcie małżeństwa (art. 11 k.r.o.). Chyba że zachodzi przypadek określony w art. 12 k.r.o., tzn. że osoba taka jest dotknięta chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym. W takim przypadku

⁵² M. Serwach, *op.cit.*, s. 189

⁵³ K. Lubiński, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 52

⁵⁴ *Ibidem*, s. 49

⁵⁵ K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, Kraków 2003, s. 142; K. Lubiński, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 53; T. Sokołowski, *op.cit.*, s. 83-84

⁵⁶ Postanowienie SN z dnia 30 września 1977 r., III CRN 132/77, OSNC 1978, nr 11, poz. 204

⁵⁷ M. Serwach, *op.cit.*, s. 203

do zawarcia małżeństwa konieczne byłoby zezwolenie sądu⁵⁸. W postępowaniu tym osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych ma zdolność procesową na podstawie art. 573 k.p.c.⁵⁹. Sąd wydaje postanowienie zezwalające na zawarcie małżeństwa, jeżeli stan zdrowia lub umysłu takiej osoby nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa (art. 12 k.r.o.).

W sprawach dotyczących osoby częściowo ubezwłasnowolnionego, ma on zdolność procesową i może działać sam w procesie, tzn. może samodzielnie podejmować wszystkie czynności wchodzące w skład postępowania sądowego - tak jak osoba posiadająca pełną zdolność procesową, włącznie z ustanowieniem pełnomocnika procesowego oraz z możliwością usunięcia kuratora od zastępstwa osoby ubezwłasnowolnionej częściowo, jeżeli składa on oświadczenia sprzeczne z jej wolą⁶⁰. Podobnie zachowuje zdolność procesową w postępowaniu o ubezwłasnowolnienie całkowite małoletni pomimo posiadania przedstawiciela ustawowego⁶¹.

Ubezwłasnowolnienie całkowite powoduje utratę zdolności do czynności prawnych i konieczność ustanowienia dla ubezwłasnowolnionego przedstawiciela ustawowego – opiekuna, chyba że osoba taka pozostaje jeszcze pod władzą rodzicielską. Niezależnie od tego, czy postępowanie toczyło się wobec osoby, która posiadała pełną czy też ograniczoną zdolność do czynności prawnych, od chwili wydania orzeczenia sądowego traktowana jest ona jak osoba, która nie ukończyła 13. roku życia, a więc nie może samodzielnie występować w obrocie prawnym⁶². M. Serwach podkreśla, że osoba ubezwłasnowolniona całkowicie nie może sporządzić ani odwołać testamentu, sprawować opieki lub dokonać przysposobienia, czy zawrzeć związku małżeńskiego. Ubezwłasnowolnienie całkowite nie prowadzi natomiast do powstania jakichkolwiek ograniczeń w sferze działalności artystycznej, literackiej czy twórczej, osobie tej przysługuje także pełna ochrona dóbr osobistych⁶³.

Powołane skutki prawne następują z chwilą uprawomocnienia się postanowienia orzekającego ubezwłasnowolnienie. Postanowienie o ubezwłasnowolnieniu (całkowitym lub częściowym) ma charakter konstytutywny, ze skutkiem

⁵⁸ A. Zielonacki [w:] H. Dolecki (red.), T. Sokołowski (red.), M. Andrzejewski, A. Lutkiewicz-Rucińska, A. Olejniczak, A. Sylwestrzak, A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, LEX, 2010.

⁵⁹ K. Korzan, *Glosa do postanowienia SN z dnia 8 IX 1970, II CZ 115/70*, Państwo i Prawo 1972, z. 11, s. 162

⁶⁰ Uzasadnienie postanowienia SN z dnia 8 września 1970r., II CZ 115/70, OSNC 1971, nr 6, poz.104 oraz K. Korzan, *Glosa...*, *op.cit.*, s. 162-163

⁶¹ K. Lubiński, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 54

⁶² M. Serwach, *op.cit.*, s. 192

⁶³ *Ibidem*, s. 193

ex nunc, a więc nie dotyczy czynności, które już zostały dokonane⁶⁴. Czynności te mogą być jednak skutecznie podważone w oparciu o przepisy odnoszące się do wad oświadczenia woli, w szczególności na podstawie art. 82 k.c.⁶⁵.

Jednakże osoba ubezwłasnowolniona jest uprawniona do zaskarżania postanowień nawet wówczas, gdy ustanowiony został doradca tymczasowy albo kurator (art. 560 § 1 k.p.c.). Oznacza to, że ubezwłasnowolniony ma w zakresie zaskarżania orzeczeń zdolność procesową, zarówno przed, jak i po uprawomocnieniu się postanowienia o ubezwłasnowolnieniu. Skutek prawny w postaci ograniczenia lub utraty zdolności do czynności prawnych następuje po uprawomocnieniu się postanowienia o ubezwłasnowolnieniu. Do tego czasu osoba, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie ma pełną zdolność do czynności prawnych i pełną zdolność procesową, gdyż – jak wspomniano – na ich zakres nie mają wpływu zaburzenia psychiczne (chyba że ustanowiony został dla niej doradca tymczasowy). Może ona zatem zaskarżać nieprawomocne orzeczenia. Po uprawomocnieniu się postanowienia o ubezwłasnowolnieniu, ubezwłasnowolniony może udzielić pełnomocnictwa do zaskarżania orzeczeń w drodze skargi kasacyjnej, a także składać wniosek o zmianę lub uchylenie ubezwłasnowolnienia (o czym niżej).

Wprawdzie zgodnie z art. 66 k.p.c. osoba nie mająca zdolności procesowej może podejmować czynności procesowe tylko przez swego przedstawiciela ustawowego, a przepis ten dotyczy nie tylko osób nie mających w ogóle zdolności do czynności prawnych, lecz odnosi się także do sytuacji, gdy chodzi o sprawy wynikające z czynności, których określona osoba nie może dokonać samodzielnie, a więc i do częściowo ubezwłasnowolnionego⁶⁶. To należy podkreślić, że Kodeks postępowania cywilnego nie różnicuje, czy prawo do zaskarżania postanowień ma osoba ubezwłasnowolniona częściowo, czy całkowicie. Należy więc zastanowić się, czy możliwe jest dokonywanie czynności procesowych w postaci zaskarżania orzeczeń, przez osobę nie mającą zdolności do czynności prawnych - ubezwłasnowolnionego całkowicie.

Osoba nieposiadająca zdolności do czynności prawnych nie może samodzielnie występować w obrocie cywilnoprawnym, co odnosi się do wszystkich czynności zarówno jednostronnych, jak i dwustronnych, rozporządzających oraz zobowiązujących, odpłatnych lub pod tytułem darmym⁶⁷. Czynność prawna dokonana przez osobę, która nie ma zdolności do czynności prawnych, jest

⁶⁴ Wyrok SN z dnia 30 kwietnia 1964 r., I PR 143/64, OSNC 1965, nr 6, poz. 97

⁶⁵ M. Serwach, *op.cit.*, s. 194

⁶⁶ Uzasadnienie postanowienia SN z dnia 8 września 1970r., II CZ 115/70, OSNC 1971, nr 6, poz.104

⁶⁷ M. Serwach, *op. cit.*, s. 195

nieważna, z wyjątkiem art. 14 § 2 k.c. Inaczej jest w przypadku czynności procesowych, dotyczących osoby ubezwłasnowolnionego, podejmowanych przez niego w toku postępowania, które są ważne i skuteczne.

Jak wspomniano, osoba, która ma być ubezwłasnowolniona może zaskarżać wszystkie postanowienia sądu wydawane w trakcie postępowania do czasu ich uprawomocnienia się. Może zaskarżyć w drodze apelacji postanowienie o ubezwłasnowolnieniu, czy w drodze zażalenia – postanowienie w przedmiocie ustanowienia i odwołania doradcy tymczasowego (art. 551 § 2 i 560 k.p.c.). Może także wystąpić z wnioskiem o uchylenie albo zmianę ubezwłasnowolnienia (art. 559 § 3 k.p.c.), które – co podkreśla K. Korzan – nie jest zaskarżeniem orzeczenia w ścisłym tego słowa znaczeniu⁶⁸.

Przepisy art. 559 § 3 i 560 k.p.c. są zatem przepisami szczególnymi w stosunku do art. 65 i 66 k.p.c. Z literalnego brzmienia art. 559 § 3 i 560 k.p.c. wynika, że prawo do „zaskarżania” – nieprawomocnych i prawomocnych - postanowień dotyczących ubezwłasnowolnienia ma zarówno osoba ubezwłasnowolniona całkowicie (niemająca zdolności do czynności prawnych), jak i częściowo (posiadająca ograniczoną zdolność do czynności prawnych). Oznacza to, że przy zaskarżaniu postanowień o ubezwłasnowolnienie, osoba ubezwłasnowolniona (całkowicie i częściowo) ma zdolność procesową. Wskazuje na to możliwość wniesienia nie tylko przez ubezwłasnowolnionego częściowo - wniosku o zmianę ubezwłasnowolnienia na całkowite, ale i przez ubezwłasnowolnionego całkowicie - wniosku o zmianę ubezwłasnowolnienia na częściowe (art. 559 § 2 k.p.c.). Zarówno ubezwłasnowolniony częściowo, jak i całkowicie może też wnieść wniosek o uchylenie ubezwłasnowolnienia. Zatem ograniczenie lub brak zdolności do czynności prawnych nie powoduje w tym przypadku braku zdolności procesowej (tak samo: K. Korzan⁶⁹). Nadto, zakładając racjonalność ustawodawcy, gdyby zaskarżanie postanowień dotyczących ubezwłasnowolnienia było przewidziane tylko dla osób ubezwłasnowolnionych częściowo, znalazłoby to odzwierciedlenie w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego.

Przyjmuje się, że art. 560 k.p.c. ma zastosowanie do wszystkich spraw o ubezwłasnowolnienie, a więc zarówno do spraw orzekających ubezwłasnowolnienie, jak i do spraw o uchylenie lub zmianę ubezwłasnowolnienia⁷⁰. Chociaż warto wskazać, że art. 559 § 3 k.p.c. odrębnie reguluje możliwość wystąpienia z wnioskiem o uchylenie lub zmianę ubezwłasnowolnienia samemu ubezwłasnowolnionemu. Należy także podkreślić, że postępowanie o uchylenie lub zmia-

⁶⁸ K. Korzan, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 373

⁶⁹ K. Korzan, *Podmioty...*, *op.cit.*, s. 37

⁷⁰ Uchwała (7) SN z dnia 10 listopada 1969 r., III CZP 56/69, OSNC 1970, nr 7–8, poz. 118

nę ubezwłasnowolnienia nie jest kontynuacją toczącego się poprzednio postępowania o ubezwłasnowolnienie (choć stosuje się do niego przepisy normujące to postępowanie) i nie stanowi środka zaskarżenia orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu, lecz jest środkiem prawnym i spełnia funkcje podobną do przewidzianej w art. 560 k.p.c.⁷¹. Uchylenie lub zmiana rodzaju ubezwłasnowolnienia możliwe są w sytuacji, gdy istnieje prawomocne postanowienie orzekające ubezwłasnowolnienie i gdy ustaną przyczyny, dla których je orzeczono. Przepis art. 559 § 1 k.p.c. nie zezwala natomiast opierać wniosków o uchylenie ubezwłasnowolnienia na tej podstawie, że zdaniem wnioskodawcy poprzednie postanowienie było nietrafne⁷². K. Lubiński podkreśla, że osoba ubezwłasnowolniona może tak samo zaskarżać postanowienia o ubezwłasnowolnieniu w celu obrony przed orzeczeniem ubezwłasnowolnienia, jak i w celu obrony przed nieuzasadnionym trwaniem ubezwłasnowolnienia, niezależnie od woli jej przedstawiciela ustawowego. Dlatego też art. 560 k.p.c. stosuje się w postępowaniu o uchylenie lub zmianę ubezwłasnowolnienia, a ubezwłasnowolniony (jako uczestnik z mocy prawa) jest uprawniony do zaskarżania wydanych w tym postępowaniu postanowień, nawet wtedy, gdy postępowanie o uchylenie ubezwłasnowolnienia toczy się z urzędu. Działanie w tym postępowaniu obok ubezwłasnowolnionego, posiadającego pełną zdolność procesową, jego przedstawiciela ustawowego stwarza wypadek tzw. podwójnej reprezentacji⁷³.

Prawo do samodzielnego zaskarżania postanowień wydanych w trakcie postępowania o ubezwłasnowolnienie, ma ubezwłasnowolniony również bez udziału lub zgody kuratora, a nawet wbrew jego woli⁷⁴. Może on także udzielić pełnomocnictwa do zaskarżania postanowień o ubezwłasnowolnieniu, co ma znaczenie przy wnoszeniu skargi kasacyjnej (ze względu na przymus adwokacko – radcowski)⁷⁵. Sąd Najwyższy uważa, że skoro art. 560 k.p.c. zezwala na zaskarżanie postanowień

⁷¹ K. Lubiński, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 200

⁷² Postanowienie SN z dnia 5 lipca 1972 r., II CR 206/72, LEX nr 7100; J. Bodio, *op.cit.*, s. 721

⁷³ K. Lubiński, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 202 i 210

⁷⁴ Orzeczenie SN z dnia 10 października 1957r., III CR 478/57, OSN 1959, nr 1, poz. 22; uchwała SN (7) z dnia 10 listopada 1969r., III CZP 56/69, OSN 1970, nr 7-8, poz. 118; postanowienie SN z dnia 1 października 1999r., II CKN 657/99, Prokuratura i Prawo – wkł. 2000, nr 3, poz. 27; E. Wengerek [w:] J. Policzkiwicz, W. Siedlecki, E. Wengerek, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1973, s. 111

⁷⁵ Orzeczenie SN z dnia 10 października 1957 r., 3 CR 478/57, OSN 1959, nr 1, poz. 22; postanowienie SN z dnia 24 stycznia 1968r., I CR 631/67, OSNCP 1968, nr 8-9, poz. 153; postanowienie SN z dnia 1 października 1999r., II CKN 657/99, Prokuratura i Prawo - wkł. 2000, nr 3, poz. 27; J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga. Postępowanie zabezpieczające. Tom 3*, Warszawa 2009, s. 147

o ubezwłasnowolnieniu samemu ubezwłasnowolnionemu, niezależnie od rodzaju zaburzeń psychicznych i stopnia zdolności kierowania swoim postępowaniem, to tym samym może on skutecznie upoważnić do zaskarżania inną osobę, udzielając jej pełnomocnictwa procesowego⁷⁶.

Natomiast zdaniem. J. Gudowskiego, wniosek o wznowienie postępowania może w imieniu ubezwłasnowolnionego złożyć tylko jego przedstawiciel ustawowy, gdyż ubezwłasnowolniony może wnosić tylko środki odwoławcze, a nie nadzwyczajne środki zaskarżenia (odmiennie: K. Lubiński; art. 560 § 2 k.p.c.)⁷⁷. Wydaje się jednak, że skoro ubezwłasnowolniony ma zdolność procesową w postępowaniu dotyczącym ubezwłasnowolnienia oraz w postępowaniu o zmianę lub uchylenie ubezwłasnowolnienia, które dotyczy przecież prawomocnych postanowień, skoro ma możliwość wnoszenia zwykłych środków odwoławczych oraz skargi kasacyjnej (przez możliwość udzielenia pełnomocnictwa adwokatowi lub radcy prawnemu), to powinien także mieć możliwość wznowienia postępowania. Stąd wniosek *de lege ferenda* o zmianę przepisów w tym zakresie. Wszakże umożliwienie ubezwłasnowolnionemu zaskarżania postanowień dotyczących jego ubezwłasnowolnienia ma na celu nie tylko zapewnienie ochrony praw tego szczególnego uczestnika postępowania, ale także ochronę interesu społecznego⁷⁸.

Podkreślić należy, że osoba ubezwłasnowolniona całkowicie nie ma zdolności do czynności prawnych nawet wtedy, gdy odzyskała sprawność umysłową, bowiem do uzyskania tego przymiotu (choćby w ograniczonym zakresie) niezbędne jest uchylenie lub zmiana postanowienia orzekającego jej ubezwłasnowolnienie⁷⁹. Ubezwłasnowolniony (częściowo lub całkowicie) ma jednak pełną zdolność procesową, ale wyłącznie w sprawach dotyczących jego ubezwłasnowolnienia, co oznacza, że nie ma zdolności procesowej lub ma tzw. ograniczoną zdolność procesową – w zależności od rodzaju ubezwłasnowolnienia - w innych sprawach. Wyjątkiem są sprawy między rodzicami a dziećmi i sprawy o zezwolenie na zawarcie małżeństwa, w których zdolność procesową ma także osoba ubezwłasnowolniona częściowo (579 i n. k.p.c. i art. 561 § 2 k.p.c. w zw. z art. 65 § 2 k.p.c. i art. 12 § 1 k.r.o.).

⁷⁶ Uzasadnienie postanowienia SN z dnia 24 stycznia 1968r., I CR 631/67, OSNC 1968, nr 8-9, poz. 153

⁷⁷ J. Gudowski, *op.cit.*, s. 146; uchwała (7) SN z dnia 10 listopada 1969r., III CZP 56/69, OSNC 1970, nr 7-8, poz. 118; postanowienie SN z dnia 18 września 2001r., V CZ 131/01, LEX nr 553752; uchwała Izby Cywilnej SN z dnia 14 października 2004 r., III CZP 37/04, OSNC 2005, nr 3, poz. 42; K. Lubiński, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 208

⁷⁸ K. Lubiński, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 39

⁷⁹ M. Serwach, *op.cit.*, s. 173

3. Zdolność procesowa małoletniego w sprawach rodzinnych i opiekuńczych – art. 573 k.p.c.

Artykuł 573 § 1 k.p.c., stanowiąc wyjątek od art. 65 k.p.c., przyznaje osobie pozostającej pod władzą rodzicielską, opieką lub kuratelą pełną zdolność procesową, tj. zdolność do podejmowania czynności w postępowaniu dotyczącym jej osoby, chyba że nie ma ona zdolności do czynności prawnych. Oznacza to, że w postępowaniu nieprocesowym, w sprawach z zakresu prawa rodzinnego, opiekuńczego i kurateli, nie mają zdolności procesowej osoby poniżej 13 roku życia i ubezwłasnowolnione całkowicie. Małoletni poniżej 13 roku życia może podejmować czynności procesowe tylko przez przedstawiciela ustawowego⁸⁰. Natomiast w szerszym zakresie, niż w postępowaniu procesowym, art. 573 k.p.c. przyznaje zdolność procesową małoletniemu, który ukończył 13 lat, ale tylko w sprawach dotyczących jego osoby, rozpoznawanych wyłącznie w postępowaniu przed sądem opiekuńczym⁸¹.

Będą to w szczególności sprawy o zezwolenie na zawarcie małżeństwa (art. 561 § 1 k.p.c.), a także sprawy ze stosunków między rodzicami a dziećmi, a więc: 1) sprawy związane z władzą rodzicielską (przyznanie, powierzenie wykonania, ograniczenie, zawieszenie, pozbawienie i przywrócenie władzy rodzicielskiej, ustalenie, ograniczenie albo zakazanie kontaktów z dzieckiem), a także zmiany rozstrzygnięć w tym przedmiocie, zawarte w wyroku orzekającym rozwód, separację, unieważnienie małżeństwa lub ustalającym pochodzenie dziecka (art. 579 i 582¹ k.p.c.), 2) sprawy dotyczące uznania ojcostwa (art. 581 k.p.c.), 3) rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka, co do których brak porozumienia między rodzicami (art. 582 k.p.c.), 4) zezwolenie na dokonanie przez rodziców czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka lub na wyrażenie zgody przez rodziców na dokonanie takiej czynności przez dziecko (art. 583 k.p.c.), 5) nadanie dziecku nazwiska (art. 584 k.p.c.), 6) sprawy o przysposobienie (art. 585 i n. k.p.c.) oraz sprawy o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką (art. 598¹ i n. k.p.c.).

Artykuł 573 k.p.c. nie ma zastosowania w sprawach dotyczących majątku małoletniego oraz w postępowaniu, które nie dotyczy jego osoby⁸².

⁸⁰ A. Rydzewski, *Problematyka uczestnictwa małoletnich w postępowaniu przed sądem opiekuńczym w sprawach z zakresu „władzy rodzicielskiej”*, Rejent 1997, nr 11, s. 100

⁸¹ A. Zieliński, *Zdolność...*, *op.cit.*, s. 22; J. Gudowski, *op.cit.*, s. 190; K. Korzan, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 116; Z. Bidziński, J. Serda, *Wybrane zagadnienia postępowania w sprawach rodzinnych, opiekuńczych i kurateli*, Nowe Prawo 1966, nr 1, s. 80

⁸² E. Wengerek, *op.cit.*, s. 145; A. Zieliński, *Zdolność...*, *op.cit.*, s. 22

H. Dolecki podkreśla, że w wymienionych sprawach dziecko, które ukończyło 13 lat posiada pełną zdolność procesową, a więc jest uprawnione do osobistego działania i nie musi być reprezentowane ani przez rodziców ani przez opiekuna. Kwestia reprezentacji wchodzi w grę tylko wówczas, gdy postępowanie takie dotyczy osoby nie mającej ukończonego 13 roku życia⁸³, albo gdy postępowanie dotyczy mienia małoletniego.

Osobisty udział małoletniego może być ograniczony lub wyłączony tylko ze względów wychowawczych (art. 572 § 2 k.p.c.). Przepis ten może znaleźć zastosowanie jedynie wtedy, gdy małoletni, który ukończył 13 lat, jest uczestnikiem postępowania według art. 510 k.p.c.⁸⁴. Wydanie postanowienia o wyłączeniu udziału małoletniego w postępowaniu powoduje wstąpienie do sprawy jego przedstawiciela ustawowego, gdyż znajduje się on w takiej samej sytuacji, jak małoletni, który nie ukończył 13 lat⁸⁵. W doktrynie przyjmuje się bowiem, że przyznanie osobie wymienionej w art. 573 k.p.c. zdolności do działania w postępowaniu, nie pozbawia przedstawiciela ustawowego udziału w sprawie, gdyż jest on uczestnikiem z mocy prawa (art. 576 k.p.c.)⁸⁶. A. Zieliński podkreśla, że uprawnienie to jest zupełnie niezależne od uprawnienia samego małoletniego i odnosi się do wszystkich spraw z wyjątkiem spraw o ustanowienie opieki⁸⁷. Jeżeli jednak postępowanie dotyczy osoby, która powinna znajdować się pod pieczęą przedstawiciela ustawowego, a ten nie został ustanowiony, to art. 573 § 1 k.p.c. odnosi się także do tej osoby⁸⁸. Jednakże postępowanie może toczyć się dalej dopiero po ustanowieniu przedstawiciela ustawowego⁸⁹. K. Korzan podkreśla, że osoby wymienione w art. 573 k.p.c. mają prawo usunąć przedstawiciela ustawowego od działania w sprawie, jeżeli ten składa oświadczenie sprzeczne z jej wolą⁹⁰.

Zdaniem E. Wengereka, osoby, które nie mają zdolności do czynności prawnych i na skutek tego pozbawione są zdolności procesowej, nie mogą skutecznie działać w postępowaniu. Są one uczestnikami, jeżeli postępowanie dotyczy ich praw, ale reprezentuje ich przedstawiciel ustawowy. W sytuacji, gdy zachodzi

⁸³ H. Dolecki, *Sytuacja prawna małoletniego w postępowaniu przed sądem opiekuńczym w sprawach dotyczących władzy rodzicielskiej*, Nowe Prawo 1976, nr 11, s. 1522

⁸⁴ A. Rydzewski, *op.cit.*, s. 100

⁸⁵ J. Gudowski, *op.cit.*, s. 190; A. Rydzewski, *op.cit.*, s. 100

⁸⁶ E. Wengerek, *op.cit.*, s. 145; J. Gudowski, *op.cit.*, s. 190; A. Zieliński, *Zdolność...*, *op.cit.*, s. 24; odmiennie: H. Dolecki, *op.cit.*, s. 1522

⁸⁷ A. Zieliński, *Zdolność...*, *op.cit.*, s. 24

⁸⁸ T. Żyznowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 506-10888. Tom II*, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2006, s. 186; J. Gudowski, *op.cit.*, s. 190; E. Wengerek, *op.cit.*, s. 145; uzasadnienie orzeczenia SN z dnia 11 stycznia 1957r., 2 CR 1014/56, OSPiKA 1958, nr 6, poz. 147

⁸⁹ E. Wengerek, *op.cit.*, s. 145

⁹⁰ K. Korzan, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 117

możliwość sprzeczności interesów dziecka (lub osoby pozostającej pod opieką) i przedstawiciela ustawowego, sąd opiekuńczy powinien ustanowić kuratora dla reprezentowania dziecka (lub osoby pozostającej pod opieką)⁹¹.

Podsumowanie

Brak wskazania w Kodeksie postępowania cywilnego osób posiadających zdolność procesową, powoduje konieczność odesłania w tym zakresie do przepisów materialnoprawnych. Kodeks postępowania cywilnego wprowadza jednak wyjątki od zasady, że przepisy prawa materialnego o zdolności do czynności prawnych, określają zdolność procesową⁹². Zakres przedmiotowy zdolności do czynności prawnych nie do końca pokrywa się z zakresem zdolności procesowej. Jak wspomniano, te same osoby, które mają pełną zdolność do czynności prawnych, mają też tzw. pełną zdolność procesową. Jednakże niektóre osoby posiadające ograniczoną zdolność do czynności prawnych (ubezwłasnowolnieni częściowo lub małoletni z art. 453¹ i 573 k.p.c.), mogą dokonywać czynności procesowych (w tym zaskarżać orzeczenia sądu), a więc mają zdolność procesową nie tylko w sprawach wynikających z czynności prawnych, które mogą wykonywać samodzielnie, ale i w sprawach, w których ich udział przewiduje Kodeks postępowania cywilnego (tj. dotyczących ubezwłasnowolnienia oraz w niektórych sprawach rodzinnych i opiekuńczych). W tych sprawach traktowani są jak osoby o pełnej zdolności do czynności prawnych, w pozostałych zaś – jakby nie miały zdolności do czynności prawnych. M. Sawczuk podkreśla, że z Kodeksu postępowania cywilnego nie wynika, by małoletni, czy osoba ubezwłasnowolniona posiadali zdolność procesową np. w sprawach o stwierdzenie zgonu, czy o uznanie za zmarłego⁹³, co oznacza, że kodeks taksatywnie wymienia sprawy, w których osobom z ograniczoną zdolnością do czynności prawnych przyznaje się zdolność procesową. K. Korzan zwraca także uwagę, że osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych nie może działać w postępowaniu cywilnym samodzielnie w sprawach, w których przepisy prawa materialnego wymagają do skutecznego podejmowania czynności prawnych zgody przedstawiciela ustawowego. W takich sprawach czynności dokonuje za nią przedstawiciel ustawowy⁹⁴.

⁹¹ E. Wengerek, *op.cit.*, s. 145-146

⁹² A. Zieliński, *Zdolność...*, *op.cit.*, s. 21

⁹³ M. Sawczuk, *Zdolność procesowa w projekcie k.p.c.*, Nowe Prawo 1962, nr 2, s. 232-233

⁹⁴ K. Korzan, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 114

Wyjątkowo możliwe jest dokonywanie czynności procesowych przez ubezwłasnowolnionego całkowicie, a więc przez osobę bez zdolności do czynności prawnych, ale – co należy podkreślić – tylko w sprawach dotyczących jej ubezwłasnowolnienia (art. 559 § 3 i 560 k.p.c.). W pozostałych sprawach, osoba nie mająca zdolności do czynności prawnych nie ma także zdolności procesowej, nie może więc np. być pełnomocnikiem⁹⁵. Nie może zatem własnym działaniem dokonywać skutecznie czynności prawnych (z wyjątkiem art. 14 § 2 k.c.)⁹⁶ i procesowych. Braku zdolności procesowej nie domniemywa się⁹⁷. Osoba fizyczna nie mająca zdolności procesowej w rozumieniu art. 66 k.p.c. to nie tylko osoba nie mająca w ogóle zdolności procesowej, ale i osoba posiadająca tzw. ograniczoną zdolność procesową, gdy chodzi o sprawy, w których nie może dokonywać czynności samodzielnie⁹⁸. Prawo procesowe odsyła więc do przepisów prawa cywilnego i pozostawia im ocenę, jakich czynności prawnych może dokonywać samodzielnie osoba fizyczna ograniczona w zdolności do czynności prawnych⁹⁹. Za osoby pozbawione zdolności procesowej czynności podejmuje ich przedstawiciel ustawowy – rodzice, opiekun lub kurator (art. 66 k.p.c.), z wyjątkiem tych czynności, przy których reprezentacja przez przedstawiciela ustawowego nie jest możliwa, jak np. przy zawarciu małżeństwa (art. 11 § 1 k.r.o.), czy sporządzenia lub odwołania testamentu (art. 944 k.c.)¹⁰⁰.

Brak jest automatycznej zależności między zdolnością do czynności prawnych i zdolnością do czynności procesowych (zdolnością procesową)¹⁰¹. W związku z tym, nie można mówić, że zdolność procesowa jest odpowiednikiem zdolności do czynności prawnych, a jedynie, że pozostaje z nią w ścisłym związku¹⁰². Związek obu tych zdolności widoczny jest także w tym, że te same przyczyny, które powodują utratę zdolności do czynności prawnych, powodują także utratę zdolności procesowej¹⁰³. Zaś zdolność do czynności prawnych, tak samo jak zdolność procesowa jest atrybutem osoby fizycznej, której nie można się zrzec¹⁰⁴.

⁹⁵ M. Serwach, *op.cit.*, s. 178

⁹⁶ A. Doliwa, *op.cit.*, s. 237

⁹⁷ M. Sawczuk, *Zdolność procesowa a stan psychiczny strony*, *op.cit.*, s. 1213

⁹⁸ M. Sychowicz, *op.cit.*, s. 309; postanowienie SN z dnia 30 września 1977r., III CRN 132/77, OSNC 1978, nr 11, poz. 204

⁹⁹ Uzasadnienie postanowienia SN z dnia 30 września 1977r., III CRN 132/77, OSNC 1978, nr 11, poz. 204

¹⁰⁰ A. Wolter, *op.cit.*, s. 159

¹⁰¹ Uzasadnienie wyroku TK z dnia 7 marca 2007r., K 28/05, OTK-A 2007, nr 3, poz. 24

¹⁰² Tak też: K; Korzan, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 115

¹⁰³ M. Sawczuk, *Zdolność procesowa w postępowaniu cywilnym*, *op.cit.*, s. 45

¹⁰⁴ T. Sokołowski, *Kodeks cywilny...*, *op.cit.*, s. 69

CONTRACTUAL CAPACITY VS. CAPACITY TO SUE OR BE SUED EXEMPLIFIED ON CASES OF PERSONAL AND FAMILY LAW

In doctrine it is accepted that capacity to sue or be sued is a counterpart of contractual capacity, which means that a natural person has got capacity to sue or be sued in the same respect as it is equipped with contractual capacity. There are, however, persons who despite not having contractual capacity or having limited contractual capacity, have got capacity to sue or be sued.

Establishing correlation between contractual capacity and capacity to sue or be sued requires considering the following: 1) whether the capacity to sue or be sued covers the contractual capacity or they are only interrelated, 2) whether it is possible to have capacity to sue or be sued without having contractual capacity, 3) whether a person not having contractual capacity or having it limited have the capacity to sue or be sued in civil proceedings and if it does whether it is full or limited.

Presuming directly contractual capacity for capacity to sue or be sued is not in every respect correct. Since the Code of Civil Procedure does not designate persons having capacity to sue or be sued, it is necessary to refer in that respect to provisions of material law. The Code of Civil Procedure, however, gives exceptions to the rule according to which provisions of material law on contractual capacity prescribe the capacity to sue or be sued. However, some persons with limited contractual capacity (partially incapacitated or minors from articles 453¹ and 573 of the Code of Civil Procedure) have full capacity to sue or be sued not only in cases deriving from legal activities that they are capable to perform but also in cases concerning their incapacitation as well as some cases of family and custody law. Exceptionally, it is possible for a person certified as being mentally unsound, thus a person without contractual capacity to perform procedural activities, but only in cases referring to its incapacitation (articles 559§3 and 560 of the Code of Civil Procedure).

There is no express dependence between contractual capacity and capacity to sue or be sued. Therefore, capacity to sue or be sued cannot be said to be a counterpart of contractual capacity; nevertheless it can be said that they are strictly connected.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(188) 2011
Warszawa 2011

Jakub Kociubiński ■

DEROGACJA ZASAD KONKURENCJI WOBEC PRZEDSIĘBIORSTW ZOBOWIĄZANYCH DO ŚWIADCZENIA USŁUG W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM A ZASADA PROPORCJONALNOŚCI

Uwagi wstępne - pojecie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym

Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym (*Services of General Economic Interest*) stanowią jedną z „wspólnych wartości Unii” przyczyniając się do wspierania jej „spójności społecznej i terytorialnej”¹. Czym zatem są usługi należące do tej szczególnej kategorii wskazanej w art. 106 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)²? Są to usługi, które charakteryzują się dwoma podstawowymi elementami; służą interesowi ogólnemu (*general interest*) oraz mają charakter gospodarczy³.

¹ Art. 14 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE z 30.03.2010, C83/47. Wszystkie cytaty TFUE w dalszej części pracy z tego samego źródła.

² Przed wejściem w życie 1 grudnia 2009 r. Traktatu Reformującego obecny art. 106 TFUE był art. 86 Traktatu ustanawiającego Wspólnotą Europejską (TWE). Od chwili wejścia przepisu w życie jego treść nie uległa zmianie, dlatego w dalszej części pracy stosowana będzie numeracja obecna. Tabele ekwiwalencyjne dostępne są w Dz. Urz. UE z 30.03.2010, C83/361.

³ L. M. Soriano, *How proportionate should anti-competitive state intervention be?*, w: *European Law Review*, 28 (1), 2003, s. 114.

Pierwszy z elementów – interes ogólny jak zauważa E. Malaret Garcia, stanowi równoważnik pojęcia „interes publiczny” i jego odpowiedników funkcjonujących w poszczególnych państwach członkowskich Unii (*public interest, algemeen belang, d'intérêt public*)⁴. Oczywiście występują istotne różnice w organizacji usług użyteczności publicznej pomiędzy poszczególnymi krajami UE, ale pewne cechy, takie jak to, że usługi publiczne świadczone są pod kontrolą władz i w związku z tym państwowy regulator posiada szczególne narzędzia interwencji, są wspólne dla wszystkich państw członkowskich⁵.

W kontekście świadczenia usług, na gruncie prawa UE, pojęcie „interes ogólny” po raz pierwszy pojawiło się w 1996 roku w Komunikacie Komisji *Services of general interest in Europe*⁶. Komunikat oraz zmieniający go, pochodzący z 2000 roku Komunikat *Usługi użyteczności publicznej w Europie* a także pochodząca z 2003 roku *Zielona księga na temat usług użyteczności publicznej* definiuje usługi świadczone w ogólnym interesie jako wszelkie usługi posiadające charakter gospodarczy lub niegospodarczy, których realizacja jest gwarantowana przez władze publiczne w ramach realizacji swoich zadań (*public service obligations*)⁷. Innymi słowy, państwo uznaje, że dana usługa niezbędna jest społeczności i w związku z tym podejmuje odpowiednie kroki zapewniające jej świadczenie, jeżeli brak jest mechanizmów rynkowych, które by to zapewniły (*market failures*)⁸.

Drugi z elementów, czyli gospodarczy charakter wskazuje, że art. 106 ust. 2 TFUE dotyczy tylko tych podmiotów świadczących usługi w interesie ogólnym, które są przedsiębiorstwami⁹. Od czasu orzeczenia w sprawie *Höfnier* Trybunał Sprawiedliwości stosuje rozszerzającą, funkcjonalną interpretację pojęcia „przed-

⁴ E. Malaret Garcia, *Public Service, Public Services, Public Functions and Guarantees of Rights of Citizens: Unchanging needs in a Changed Context*, w: M. Freedland, S. Sciarra (red.), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and labour law Perspectives*, Oxford University Press 1998, s. 57.

⁵ Ibidem.

⁶ Commission Communications on services of general interest in Europe, Dz. Urz. UE z 26.09.1996, C 281/3.

⁷ Komunikat Komisji. Usługi użyteczności publicznej w Europie, 20.09.2000, COM(2000) Dz. Urz. UE z 19.01.2001, C 17/04; Komisja Europejska. Zielona Księga w sprawie usług użyteczności publicznej. 21.05.2003, COM(2003) 270 final.

⁸ Ibidem.

⁹ A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law. Texts, Cases & Materials*, Oxford University Press 2008, s. 621. Por. także opinię Rzecznik Generalnej Stix-Hackl do połączonych spraw C-34/01 i C-38/01, *Enirisorse SpA v. Ministero delle Finanze*, [2003] ECR I-14243. Por także orzeczenie 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungschutzzerechten mbH (GVL) v. Komisja*, [1983] ECR 483.

siębiorstwo”¹⁰. Przedsiębiorstwem będzie więc każdy podmiot (*entity*), niezależnie od charakteru prawnego i sposobu w jaki jest finansowany, który prowadzi działalność gospodarczą (*economic activity*). Działalność gospodarcza natomiast definiowana jest jako oferowanie towarów usług na rynku¹¹. Nie ma przy tym znaczenia, czy celem jej jest osiągnięcie zysku, czy nie¹². Zdaniem Trybunału, to czy dany podmiot zaliczony zostanie do tej kategorii powinno zostać każdorazowo określone z uwzględnieniem okoliczności specyficznych dla danej sytuacji¹³.

A zatem jak wskazują A. Jones i B. Sufrin usługi w ogólnym interesie gospodarczym będą działalnością gospodarczą wykonywaną w interesie publicznym¹⁴. Kraje członkowskie, co do zasady posiadają swobodę podczas określania, które usługi realizują interes ogólny¹⁵. Jedynym ograniczeniem jest wykonywana przez Komisję Europejską kontrola, czy wskazanie przez władze państw członkowskich nie zostało dokonane w wyniku rażącego błędu (*manifest error of assesement*)¹⁶.

¹⁰ Orzeczenie C-41/90, *Klaus Höfner na Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, [1991] ECR, I-01979, § 21.

¹¹ Orzeczenia 118/85, *Komisja v. Włochy*, [1987] ECR 2599, § 7; C-35/96, *Komisja v. Włochy*, § 36; Orzeczenia C-180/98 do C-184/98, *Pavel Pavlov i inni v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, [2000] ECR I-6451, § 75; C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz*, [2001] ECR I-8089, § 19; C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh na Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] ECR I-1577, § 47; C-82/01P, *Aéroports de Paris, v. Komisja*, [2002] ECR I-9297, § 79.

¹² Decyzja IV/31.734 – *Film purchases by German television stations*, Dz. Urz. WE z 03.10.1989, L284/36. Organy władzy publiczne prowadzące działalność komercyjną także zostaną zgodnie z zaprezentowaną wykładnią uznane za przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa UE. Przesłanką wyłączającą możliwość uznania danej działalności za gospodarczą i w efekcie podmiot ją wykonujący za przedsiębiorstwo jest realizowanie władczych uprawnień wykorzystujących przymus publicznoprawny wobec obywateli. Por. Orzeczenia C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol*, [1994] ECR I-00043, § 27; C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl v. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, [1997] ECR I-01547, § 22. Także por. orzeczenie 52/76, *Luigi Benedetti v. Munari F.lli s.a.s.*, [1977] ECR 163 i opinia Rzecznika Generalnego Reischla do tego orzeczenia pkt. 191 i 192 również opinia Rzecznika Generalnego Capotorti w sprawie 82/77, *Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden, v. Jacobus Philippus van Tieggele*, [1978] ECR 25, pkt. 539 – 542. Również decyzja IV/29.883 – AROW/BNIC, Dz. Urz. WE z 31.12.1982, L379/1.

¹³ A. Svetlicinii, *Back to the Basics: Concept of Undertaking and Economic Activity in SELEX Judgment*, w: *European Law Reporter*, N. 12, Dezember 2009.

¹⁴ A. Jones, B. Sufrin, op. cit., s. 621.

¹⁵ J. Gundel, Article 86, G. Hirsh, F. Montag, F. J. Säcker (red.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, Sweet & Maxwell 2008, s. 1293.

¹⁶ Komunikat Komisji. Usługi użyteczności..., op. cit. Por. także Orzeczenie T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd i BUPA Ireland Ltd v. Komisja*, [2005] ECR II-00741, § 169.

W związku z tym nie jest możliwe stworzenie wyczerpującej listy usług, których świadczenie zostało uznane za wypełniające interes ogólny, szczególnie, że Trybunał i KE preferują podejście *ad causum* podyktowane zdaniem E. Szyszczak obawą przed zbytnim zawężeniem omawianej koncepcji¹⁷. Wśród przykładowych usług uznanych za świadczone w ogólnym interesie gospodarczym można wymienić dostarczanie energii elektrycznej¹⁸, podstawowe usługi pocztowe¹⁹, gospodarkę odpadami²⁰, nadawanie programów telewizyjnych²¹, dostawy wody²².

Zasada proporcjonalności w prawie UE

Regulacja rynku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym stanowi szczególne wyzwanie dla prawa konkurencji. Przepis art. 106 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej stanowi, że „Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (...) podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych (...)”. W związku z tym kluczowym zagadnieniem jest określenie zakresu dopuszczalności przewidzianej derogacji. Stanowiąca jedną z zasad naczelnych UE zasada proporcjonalności, będąca wytyczną podczas wykładni przepisów prawa wtórnego w istotny sposób przyczynia się więc do sposobu w jaki art. 106 ust. 2 TFUE będzie interpretowany²³.

Funkcjonująca w *acquis communautaire* zasada proporcjonalności czerpie wiele z doktryny prawa niemieckiego. Oryginalnie na poziomie kształtowania polityki gospodarczej zasada proporcjonalności pozwalała podważyć regulacje, których stosowanie jest nadmiernie uciążliwe (*excessive*) w stosunku do przewidywanych korzyści lub też w kiedy w ogóle nie były konieczne do realizacji zaplanowanych celów²⁴. Jednakże zasada proporcjonalności na poziomie prawa Unii Europejskiej,

¹⁷ E. Szyszczak, *Public Services in Competentive Markets*, w: *Yearbook of European Law*, 2001, s. 47.

¹⁸ Sprawa C-393/92, *Gemeente of Almelo i inni v. NV Energiebedrijf Ijsselmij*. [1994] ECR I-01477.

¹⁹ Sprawy C-320/91, *Postępowanie karne przeciwko Paulowi Corbeu* [1993] ECR I-02533 i C-340/99, *TNT Traco v. Poste Italiane SpA i inni* [2001] ECR I-04109.

²⁰ Sprawa C-209/98, *Sydhavens Sten & Grus ApS v. Křbenhavn Kommune*, [2000] ECR I-3743.

²¹ Sprawa C-155/73, *Sacchi*, [1974] ECR 409.

²² Decyzja 82/371, *NAVEVA-ANSEAU*, Dz. Urz. UE z 20.11.1982, L 167/39.

²³ J. Gundel (red.), op. cit., s. 1298.

²⁴ J. Schwarze, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell 1992, s. 685 – 686. Por. także orzeczenie 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, [1970] ECR 01125.

mimo dającego się zauważyć podobieństwa z jej odpowiednikami istniejącymi w systemach prawnych poszczególnych krajów członkowskich, jest jednak pojęciem autonomicznym i do jej opisania nie wystarczy dokonanie prostej analogii²⁵.

Na gruncie Traktatów, przepis art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) stanowi, że „zgodnie z zasadą proporcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów”²⁶. Postanowienia TUE konkretyzuje *Protokół nr. 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności*²⁷. Akty prawa wtórnego jak i działania państw członkowskich w zakresie jakim mieszczą się w sferze stosowania prawa UE podlegają więc kontroli pod kątem ich zgodności z zasadą proporcjonalności²⁸. Jak zauważyła L. Moral Soriano, zasada proporcjonalności służy za narzędzie podczas ustalania właściwej równowagi między przeciwstawnymi interesami, z jednej strony celami prowadzonej przez państwa członkowskie polityki gospodarczej a z drugiej prawami uczestników gry rynkowej oraz celami UE²⁹. Przywołując barwne porównanie użyte przez Lorda Diplock’a z brytyjskiej Izby Lordów w orzeczeniu *R v. Goldsmith*, zasada proporcjonalności polega na tym, żeby nie rozbijać orzecha młotem kowalskim kiedy można użyć dziadka do orzechów³⁰.

Test proporcjonalności

W związku z kontrolą proporcjonalności zakresu derogacji przewidzianej w przepisie art. 106 ust. 2 TFUE stosuje się test proporcjonalności, który składa się z trzech elementów³¹. Po pierwsze należy zbadać, czy istnieje bezpośredni związek przyczynowy (*casual link*) pomiędzy środkiem państwowym, którego podstawę stanowi art. 106 ust. 2 TFUE a interesem publicznym (ogólnym interesem)³². Kolejny etap polega na analizie, czy stopień wprowadzonego środkiem ograniczenia odpowiada korzyściom, które dzięki niemu odnosi interes ogólny. Trzecim, ostatnim elementem testu jest sprawdzenie, czy korzystny efekt nie mógłby być osiągnięty za pomocą innych, mniej restrykcyjnych środków³³.

²⁵ P. Craig, G. De Búrca, *EU Law. Texts, Cases, Materials, Fourth Edition*, Oxford University Press 2008, s. 544-545

²⁶ Traktat o Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE z 30.03.2010, C 83/13.

²⁷ Protokół nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, Dz. Urz. UE z 30.03.2010 L83/206.

²⁸ P. Craig, G. De Búrca, op. cit., s. 544-545.

²⁹ L. M. Soriano, op. cit., s. 113. Por. także G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, w: *Yearbook of European Law*, 13/1993, s.111 – 112.

³⁰ Orzeczenie *R v. Goldsmith*, [1983] 1 WLR 151, 155.

³¹ J. Schwarze, op. cit., s. 686 i n.

³² Ibidem.

³³ J. L. Buendia Sierra, *Article 86 – Exclusive Rights and other Anti-competitive*

Pierwszy z elementów testu proporcjonalności jest stosunkowo najłatwiejszy do udowodnienia. W celu zapewniania ochrony przed obowiązywaniem reguł konkurencji w pełnym zakresie w ramach wyłączenia przewidzianego w art. 106 ust. 2 TFUE, prawa specjalne lub wyłączne muszą w pewien sposób (*in some way*) przyczyniać się do realizacji zadań leżących w interesie ogólnym³⁴. Zwrócić uwagę należy na konieczność rozróżnienia pomiędzy koniecznością zapewnienia realizacji interesu publicznego (ogólnego) i jednocześnie uwzględnienia interesu Wspólnoty³⁵. Udowodnienie istnienia dwóch pozostałych przesłanek jest znacznie bardziej problematyczne³⁶.

Restrykcyjna wykładnia art. 106 ust. 2 TFUE

Tradycyjnie wykładnia art. 106 ust. 2 TFUE dokonywana była w analogiczny sposób jak art. 36 TFUE³⁷. W obu przypadkach uchylenie zasad ogólnych dopuszczalne było tylko wtedy kiedy było niezbędne (*indispensable*) do osiągnięcia zamierzonego celu o charakterze nieekonomicznym³⁸. Ponieważ prawa wyłączne co do zasady sprzeczne będą z art. 37 TFUE, w związku z tym jedyną możliwością ich zastosowania będzie skorzystanie z wyłączenia przewidzianego w art. 106 ust. 2 TFUE. Przyjmując restrykcyjną interpretację przepisu prawa wyłączne, będące najdalej idącą formą ingerencji państwa w gospodarkę, dozwolone będą tylko w przypadku braku możliwości zastosowania jakiegokolwiek innego środka³⁹. W praktyce skutkowało to niemożnością przyznania

State Measures, w: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition. Second Edition*, Oxford University Press 2007, s. 591.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Decyzje 82/371, *NAWEWA-ANSEAU*, § 66 i 82/861/EEC: Commission Decision of 10 December 1982 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/29.877 - British Telecommunications), Dz. Urz. WE z 21.12.1982, L360/42. Także orzeczenia C-18/88, *Régie des télégraphes et des téléphones v. GB-Inno-BM SA*, [1991] ECR I-05941 i C-155/73, *Sacchi*.

³⁹ Orzeczenia 41/83, *Komisja v. Wlochy*, [1985] ECR 873; C-41/90, *Höfner*, § 24; C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v. Siderurgica Gabrielle*, [1991] ECR I-5009 i C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) na Panellinia Omospondia Syllogon Prosspikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) and Sotirios Kouvelas na Nicolaos Avdelas and Others*, [1991] ECR I-2925, § 38 także C-67/96, *Albany*; C-115/97, *Bretjens*, [1999] ECR I-6025; C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV v. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, [1999] ECR I-6121; C-266/96, *Corsica Ferries France SA v. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, [1998] ECR I-3949.

praw wyłącznych przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym⁴⁰.

Orzeczenie Corbeau – początek elastycznej wykładni art. 106 ust. 2 TFUE

Odejście od restrykcyjnej wykładni art. 106 ust. 2 TFUE, efektywnie uniemożliwiającej zastosowanie przepisu, spowodowało wzrost roli zasady proporcjonalności⁴¹. Innymi słowy, dopuszczalność, w trybie art. 106 ust. 2 TFUE środków państwowych stanowiących naruszenie reguł konkurencji uzależniona jest interpretacji zasady proporcjonalności⁴². Zdaniem T. Tridimasa stopień w jakim akceptowalne są działania państw członkowskich mające na celu zapewnienie świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym nie jest jednak określany przez zasadę proporcjonalności *per se* ale poprzez konieczność realizacji celów UE, którym zasada ta służy⁴³.

W przypadku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, mających charakter uniwersalny (*universal service*), zadaniem władz publicznych jest zagwarantowanie, żeby dana usługa była dostarczana na pożądanym poziomie i po rozsądnej cenie (*reasonable price*) wszystkim obywatelom⁴⁴. Wymóg zapewnienia jednakowego standardu usługi wszystkim jej odbiorcom powodować może konieczność ustanowienia jednolitej taryfy opłat. W takim przypadku *raison d'être* ustanowienia praw wyłącznych będzie zapewnienie podmiotowi zobowiązanemu do zarządzaniem usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym możliwości realizacji celu poprzez finansowanie działalności

⁴⁰ Por. W. Sauter, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, w: *European Law Review*, v. 33, n. 2, April 2008, s. 169 – 170.

⁴¹ M. M. Ross wiąże zmianę podejścia Trybunału z wprowadzeniem w tym czasie w wyniku wejścia w życie Traktatu z Amsterdamu art. 16 TWE (wtedy art. 7D), obecnego art. 14 TFUE podnoszącego dostęp do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym do zasad naczelných Unii. Por. M. Ross, *Article 16 EC and Services of General Interest : from Derogation to Obligation*, w: *European Law Review*, Vol. 25, No. 1, February 2000, s. 31 – 34.

⁴² L. M. Soriano, op. cit., s. 116.

⁴³ T. Tridimas, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard for Scrutiny*, w: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing 1999, s. 67 i n.

⁴⁴ Por. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów. Biała Księga na temat usług użyteczności publicznej, Bruksela 12.05.2004, COM(2004) 374 final, s. 4. Por. także H. Cox, *Decision Criteria and Principles for Public Services*, w: *Les annales de l'économie publique, sociale et coopérative*, Vol 66, no 2, June 1995, s. 147 – 158 i M. T. Karayigit, *The Notion of Services of General Economic Interest Revisited*, w: *European Public Law*, Vol. 15, no. 4, December 2009, s. 584.

w obszarach gdzie generuje straty z zysków uzyskanych na innych terenach. Jest to tzw. subsydiowanie krzyżowe.

Opisywane działania regulacyjne podejmowane są w celu przeciwdziałania powstawaniu zjawiska zwanego *cherry-picking* (używane są również określenia *cream-skimming*, *écremage*)⁴⁵. Wiele czynników odpowiada za ogólna opłacalność prowadzenia operacji na danym obszarze; gęstość zaludnienia, struktura demograficzna, etc. *Cherry-picking* oznacza takie zachowanie uczestników gry rynkowej (na konkurencyjnym rynku), które polega na ograniczeniu zasięgu swojej działalności tylko do obszarów na, których osiąga się zysk. Automatycznie oznacza to, że na obszarach, gdzie operator nie jest w stanie wygenerować profitu, dana usługa nie będzie w ogóle oferowana⁴⁶.

Zagrożenia związane z przedstawionym powyżej zjawiskiem pokazuje konieczność elastycznej interpretacji art. 106 ust. 2. TFUE w kontekście proporcjonalności środków podejmowanych w ramach przewidzianej w przepisie derogacji. W związku z najnowszymi tendencjami w ewolucji narzędzi regulacyjnych państwa w ramach organizacji rynku usług użyteczności publicznej, w szczególności z tzw. *Pakiem Altmark* zauważyć należy, że prawa wyłączne wcale nie muszą być jedyną metodą gwarantującą świadczenie uniwersalnej usługi o określonym standardzie i rozsądnej cenie⁴⁷. Władze publiczne mogą zdecydować się zamiast tego na przyznawanie operatorowi rekompensaty z tytułu pełnienia usługi publicznej, pokrywającej straty generowane w wyniku dostarczania tej usługi na określonych w zobowiązaniu warunkach⁴⁸.

⁴⁵ Szerzej na temat subsydiowania krzyżowego por. M. Fehling, *Problems of Cross-Subsidisation*, w: M. Krajewski, U. Neergaard, J. Van de Gronden (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, T. M. C. Asser Press 2009, s. 129 – 148.

⁴⁶ Szerzej na ten temat por. A. E. Kahn, *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, MIT Press 1989, s. 220 – 246.

⁴⁷ Por. Decyzja Komisji (WE) nr 842/2005 z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, Dz. Urz. UE z 29.11.2005, L312/67; Wspólnotowe ramy dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, Dz. Urz. UE z 29.11.2005, C297/4 a także Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „W kierunku Aktu o jednolitym rynku – W stronę społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności, 50 propozycji na rzecz wspólnej poprawy rynku pracy, przedsiębiorczości i wymiany”, Bruksela 11.11.2010, COM(2010) 608 final. Por. także F. Louis, A. Valery, *Ferring Revisited: The Altmark Case and State Financing of Public Service Obligation*, w: *World Competition*, Vol. 27, no. 1, 2004, s. 53 – 74.

⁴⁸ Por. C. H. Bovis, *Financing Services of General Interest in the EU: How do Public*

Oczywiście odpowiedź na pytanie, czy rzeczywiście w danej sytuacji nie ma alternatywy dla ustanowienia praw wyłącznych w celu zapewnienia świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, w praktyce bywa niejednoznaczna. Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Campus Oil* jednoznacznie odrzucił pogląd, że ustanowienie monopolu w celu ochrony rynku przed zjawiskiem *cherry-picking* w związku z koniecznością realizacji celu leżącego w interesie ogólnym jest dopuszczalne⁴⁹. ETS argumentował, że przyznanie pomocy publicznej pozwoliłoby osiągnąć ten sam cel bez konieczności stosowania aż tak restrykcyjnych metod.⁵⁰

Orzeczenie w sprawie *Corbeau* dało początek nowej, mniej restrykcyjnej linii orzeczniczej dotyczącej proporcjonalności dopuszczalnych środków w ramach derogacji zawartej w art. 106 ust. 2 TFUE⁵¹. Sprawa dotyczyła sektora powszechnych usług pocztowych a więc obszaru, ze względu na swoją specyfikę szczególnie wrażliwego na zjawisko *cherry-picking*⁵². Okoliczności faktyczne sprawy wyglądały następująco: Przedsiębiorstwo należące do Paula Corbeau rozpoczęło na terenie miasta Liège świadczenie usług konkurencyjnych wobec państwowego operatora pocztowego (*Régie des Postes*). Usługi oferowane przez Paula Corbeau miały wyższy standard oraz niższą cenę niż te oferowane przez publicznego konkurenta, ale ich zasięg terytorialny był ograniczony⁵³.

Procurement and State Aids Interact to Demarcate between market Forces and Protection, w: *European Law Journal*, Vol. 11, no. 1, January 2005, s. 95 i n.

⁴⁹ Orzeczenie 72/83, *Campus Oil Limited i inni v. Minister for Industry and Energy and others*, [1984] ECR 02727, § 45 – 46.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Orzeczenie C-320/91, *Corbeau*. Na ten temat także L. Hancher, *Casenote on Corbeau*, w: *Common Market Law Review*, 31/105, 1994, s. 111 – 120.

⁵² Operacje w sektorze usług pocztowych wymagają zaangażowania dużych środków (środki transportu, personel) zarówno do doręczania jak i zbierania przesyłek. Do tego konieczne jest utrzymywanie sieci magazynów - sortowni, co też wymaga znacznych zasobów. W związku z tym, a także ze względu na koszty paliwa, które stanowi kluczową pozycję w strukturze kosztów usług pocztowych, dla osiągnięcia zysku potrzebna jest duża ilość klientów zlokalizowanych blisko siebie. A zatem najbardziej opłacalne jest działanie na terenach wysoce zurbanizowanych. W wypadku obszarów wiejskich ilość klientów jest wielokrotnie mniejsza, obszar znacznie większy a stałe koszty jak infrastruktura, personel, środki transportu pozostają na poziomie takim samym (lub nawet wyższym) w operacjach na terenach miejskich. Znacznie wyższe są za to koszty paliwa. W związku z tym zapewnienie opłacalności działalności w zakresie usług pocztowych na terenach miejskich jest znacznie trudniejsze a w przypadku wymogu, żeby standard oferowanych usług był jednakowy w miastach i poza nimi, praktycznie niemożliwe. Dla przykładu firmy kurierskie, które operują na zliberalizowanym rynku oferują usługi o znacznie niższym standardzie na obszarach o peryferyjnym położeniu.

⁵³ T. Prosser, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press 2005, s. 136.

Trybunał w swoim rozstrzygnięciu sprawy *Corbeau* po raz pierwszy potwierdził znaczenie *cherry-picking*⁵⁴. W sentencji orzeczenia ETS argumentował, że podmiot zobowiązany do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym powinien mieć możliwość realizacji swojej misji w warunkach stabilności finansowej (*economic equilibrium*), bo taki stan umożliwi wyrównanie strat (*offset*) ponoszonych w niektórych obszarach działalności przez zyski generowane w innych rejonach operacji⁵⁵. Trybunał dalej dowodził, że opisane powyżej subsydiowanie krzyżowe, umożliwiające oferowanie usług będących przedmiotem powierzenia na warunkach określonych przez regulatora, uzasadnia ograniczenie konkurencji w tym sektorze. Gdyby bowiem konkurenci posiadali dostęp do rynku i mieli możliwość operowania w tylko w tych jego częściach, gdzie jest to najbardziej opłacalne (czyli gdyby rynek został zliberalizowany), uzyskaliby w ten sposób możliwość zaoferowania korzystniejszych warunków świadczenia usługi niż podmiot zobowiązany, bo nie musieliby uwzględniać konieczności rekompensowania strat ponoszonych w innych obszarach swojej działalności⁵⁶.

Zdaniem ETS wystarczającą przesłanką umożliwiającą skorzystanie z derogacji jest stwierdzenie, że reguły traktatowe utrudniają (*obstruct, verhinderen*) świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, bez konieczności udowadniania, że podmiot, któremu świadczenie tych usług zostało powierzone nie przetrwałby (lub utraciłby równowagę finansową czy też ekonomiczną żywotność), w przypadku nieuchylenia przepisów konkurencji⁵⁷. Ponadto Trybunał uznał, że państwa członkowskie nie muszą udowadniać, że nie istnieje, choćby teoretyczna żadna inna możliwość osiągnięcia celów leżących w ogólnym interesie gospodarczym bez korzystania z wyłączenia przewidzianego w art. 106 ust. 2 TFUE⁵⁸.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Orzeczenie C-320/91, *Corbeau*, § 17. Por. także M. Szydło, Artykuł 86, w: A. Wróbel, (red.), *Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz. Tom I*, Wolters Kluwer 2008, s. 525

⁵⁶ F. Díez Estella, *Abusive Practices in the Postal Services? – Part I*, w: *European Competition Law Review*, Vol. 27, no. 4, April 2006, s. 193.

⁵⁷ Por. także orzeczenia C-157/94, *Komisja v. Holandia*, [1997] ECR I-5699; C-158/94, *Komisja v. Włochy*, [1997] ECR I-5789; C-159/94, *Komisja v. Francja*, [1997] ECR I-5815.

⁵⁸ J. Holmes, *The Competition Rules and the Acts of Member States*, P. Roth, V. Rose (red.), *Bellamy & Child: European Community Law of Competition. Sixth Edition*, Oxford University Press 2008, s. 1065–1066. Por. także orzeczenia C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, [1999] ECR I-05751; C-115 do 117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, [1999] ECR I-6025; C-219/97 *Drijvende Bokken*. [1999] ECR I-6121; C-266/96, *Corsica Ferries*, [1998] ECR I-03949.

Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu sprawie *Corbeau* nie przesądził, że środki przeznaczone na pokrycie kosztów działania w obszarach deficytowych muszą pochodzić ze świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym⁵⁹. Monopolizacja innego rynku, gdzie wcale nie musi występować element interesu publicznego (*an activity which was objectively distinct from the service of general economic interest*) jest dopuszczalna jeśli zyski wygenerowane w wyniku wolnej od konkurencji działalności na nim zostaną użyte do finansowania usług użyteczności publicznej⁶⁰.

Nie jest natomiast możliwa do pogodzenia z zasadą proporcjonalności sytuacja, kiedy z pod pełnego obowiązywania reguł konkurencji wyłączone zostaną usługi dodatkowe o wyższym standardzie, które nie mieszczą się w ramach zaspokajania interesu ogólnego (*specific services dissociable from the service of general interest*)⁶¹. Chodzi o usługi typu *premium*, w przypadku omawianej sprawy *Corbeau*, w sektorze usług pocztowych, obejmują one odbiór przesyłki z siedziby nadawcy, możliwość zmiany odbiorcy po wysyłce oraz krótszy czas realizacji usługi. Zdaniem ETS usługi takie, jeśli oferują je konkurenci, ze względu na swoją specyfikę i warunki świadczenia nie mają negatywnego wpływu na równowagę finansową (*do not compromise the economic equilibrium*) przedsiębiorstwa zobowiązanego do dostarczania usługi uniwersalnej⁶².

M. Ross podsumowując wykładnię zasady proporcjonalności dokonaną przez Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Corbeau* wskazuje, że decyzja o skorzystaniu z derogacji w trybie art. 106 ust. 2 TFUE opiera się na wyborze wynikającym z preferowanych przez regulatora wartości a nie na czysto ekonomicznej analizie skutków regulacji⁶³.

Orzeczenie Almelo – ewolucja elastycznej wykładni art. 106 ust. 2 TFUE

Rozwinięcie wykładni art. 106 ust. 2 TFUE w związku z proporcjonalnością derogacji zasad konkurencji dla podmiotów zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w związku z koniecznością ich ochrony przed zjawiskiem *cherry-picking* przyniosło rozstrzygnięcie w sprawie *Alme-*

⁵⁹ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 594.

⁶⁰ Orzeczenie C-320/91, *Corbeau*, § 18.

⁶¹ Ibidem, § 19. Por. także L. Flynn, C. Rizza, *Postal Services and Competition Law: A Review and Analysis of the EC Case-Law*, w: *World Competition*, Vol. 24, no. 4, December 2001, s. 478 – 480.

⁶² Ibidem, § 21.

⁶³ M. Ross, op. cit., s. 25 – 27. Por. także S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*. Oficyna Wydawnicza Zakamycze 2002, s. 342.

lo⁶⁴. Istotną różnicą dotyczącą okoliczności faktycznych między sprawą *Corbeau* a *Almelo* był fakt, że o ile w pierwszym przypadku ograniczenie konkurencji wynikało z regulacji prawnych stworzonych przez władze publiczne, o tyle w drugim było skutkiem działania operatora usług użyteczności publicznej⁶⁵.

U podstaw sprawy leżało zagadnienie, czy porozumienia zawarte na zasadzie wyłączności pomiędzy lokalnym producentem energii elektrycznej a dystrybutorem zgodne są z unijnymi zasadami konkurencji. Prawo Holandii, gdzie opisywana sytuacja miała miejsce nie przewidywało w tamtym czasie żadnej formy monopolizacji rynku importu energii elektrycznej⁶⁶. Trybunał nie miał więc wątpliwości, że naruszone zostały art. 101 ust. 1 i 102 TFUE. Dopuszczalność analizowanego porozumienia zależała więc od możliwości skorzystania z derogacji przewidzianej w art. 106 ust. 2 TFUE.

Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygając omawianą sprawę ponownie odwołał się do zasady proporcjonalności, zaznaczając, że powinna być interpretowana do pewnego stopnia elastycznie (*with a certain degree of flexibility*). ETS stanął na stanowisku, że ograniczenia konkurencji na skutek działań innych uczestników gry rynkowej, zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, będzie akceptowalne tak długo jak dzięki temu będą w stanie dostarczać będącą przedmiotem zobowiązania usługę⁶⁷. W związku z tym, konieczna jest analiza ekonomicznych warunków na jakich operuje przedsiębiorstwo świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności struktury kosztów związanych ze świadczeniem usługi użyteczności publicznej, ram prawnych funkcjonowania i charakterystyki rynku⁶⁸.

Biorąc pod uwagę powyższe czynniki Trybunał doszedł do konkluzji, że akurat w przypadku dostaw energii elektrycznej ustanowienie monopolu jest konieczne, bo inaczej potencjalni konkurenci rozpoczęliby swoje operacje w tych

⁶⁴ Orzeczenie C-393/92, *Almelo*. Trybunał Sprawiedliwości nie odszedł jednak całkowicie od restrykcyjnej wykładni art. 106 ust. 2. TFUE. Por. orzeczenie C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV i inni v. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, [1998] ECR I-04075.

⁶⁵ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 595.

⁶⁶ *NV Electriciteits-Maatschappij IJsselcentrale*, późniejszy *NV Energiebedrijf IJssel-mij*, w 1918 roku otrzymał licencję (koncesję) na dostawę energii w obszarach wiejskich na zasadach braku wyłączności (*een niet-exclusive concessie*).

⁶⁷ Orzeczenie C-393/92, *Almelo*, § 49.

⁶⁸ J. Holmes, op. cit., s. 1067., op. cit., 11.053. Por. także decyzja COMP 38.745 – *BdKEP*, [2006] niepublikowana, § 78, gdzie KE uznała, że analiza nie została przeprowadzona prawidłowo ponieważ operacyjne i finansowe uwarunkowania świadczenia usługi publicznej nie zostały w wystarczającym stopniu zbadane (odwołanie od decyzji por. T-490/04, *Niemcy i Deutsche Post v. Komisja*, usunięta z rejestru, Dz. Urz. UE z 05.07.2008, C171/48).

częściach rynku, gdzie możliwe jest osiągnięcie największych zysków i w ten sposób pozbawili (*cream off*) zobowiązanego dostawcy zasobów niezbędnych do pokrycia kosztów świadczenia usługi w tych obszarach, gdzie ponosi się z tego tytułu straty⁶⁹. W kontekście zastosowania zasady proporcjonalności, zwraca uwagę fakt, że Trybunał rozstrzygając sprawę *Almelo* w ogóle nie zajął się sprawdzeniem, czy istnieją mniej restrykcyjne środki pozwalające na osiągnięcie tych samych celów⁷⁰.

Ciążar udowodnienia konieczności skorzystania z derogacji w trybie art. 106 ust. 2 TFUE

Kluczowym podczas badania środków objętych derogacją przewidzianą w art. 106 ust. 2 TFUE pod kątem ich zgodności z zasadą proporcjonalności jest ustalenie na kim, państwie członkowskim/podmiocie uprzywilejowanym czy na Komisji Europejskiej spoczywa ciężar udowodnienia, czy cel (w interesie ogólnym) mógłby zostać osiągnięty mniej restrykcyjnymi metodami. W serii orzeczeń w sprawach związanych z monopolizacją rynków dystrybucji gazu ziemnego i energii elektrycznej (tzw. *Gas and Electricity Monopolies Cases*) Trybunał wskazał, że kraje członkowskie nie muszą wskazywać, że nie istnieją żadne, choćby hipotetycznie możliwe inne rozwiązania zapewniające realizację założonego celu, za czym optowała Komisja⁷¹. Dla ETS wystarczające jest, żeby państwa członkowskie w sposób dostateczny wskazały (*sufficiently explained*) negatywne następstwa zniesienia monopolu na danym rynku⁷². Rzecznik Generalny Darmon zwrócił jeszcze dodatkowo uwagę, że zasady konkurencji nie powinny mieć zastosowania jeżeli spowodowałyby niestabilność finansową operatora zobowiązanego do świadczenia usług użyteczności publicznej⁷³.

Oczywiście zakres i stopień ingerencji w rynek środków podejmowanych w ramach derogacji zawartej w art. 106 ust. 2 TFUE, koniecznych do zagwarantowania świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym będą się różniły

⁶⁹ Orzeczenie C-393/92, *Almelo*, § 46 – 49.

⁷⁰ T. Prosser, op. cit., s. 137.

⁷¹ Orzeczenie C-159/94, *Komisja v. Francja (Gas and Electricity Monopolies)*, [1997] ECR I-05815, § 90 – 107. Pozostałe sprawy to C-157/94, *Komisja v. Holandia*, [1997] ECR I-5699; C-158/94, *Komisja v. Włochy*, [1997] ECR I-5789. Czwarta sprawa C-160/94, *Komisja v. Hiszpania*, [1997] ECR I-5851 wniesiona przez Komisję, której zdaniem rząd Hiszpanii ustanowił *de facto* monopol na rzecz publicznego przedsiębiorstwa *Reseda* została oddalona w związku z tym, że KE nie była w stanie udowodnić istnienie takiego monopolu.

⁷² J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 596.

⁷³ Opinia Rzecznika Generalnego Darmona do sprawy C-159/94, *Komisja v. Francja*, pkt. 146.

w zależności od sektora gospodarki. W orzeczeniu w sprawie FFSA, SPI podzielił argumentację Komisji Europejskiej, że na podstawie art. 107 i 106 ust. 2 TFUE zwolnienia podatkowe udzielone przez władze Francji, będącemu monopolistą publicznemu operatorowi pocztowemu *La Poste*, były zgodne z zasadami konkurencji bo rekompensowały koszty świadczenia usług użyteczności publicznej (*public service obligation*)⁷⁴. Koszty te były generowane przez znajdujące się na obszarach wiejskich placówki, których konieczność utrzymania wynikała ze zobowiązania do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. Sąd Pierwszej Instancji za przekonujące uznał analizy finansowe KE według, których korzyści finansowe monopolu nie w pełni pokrywały koszty wynikające ze zobowiązania i w związku z tym uznał, że dodatkowe źródło przychodów (pomoc publiczna w formie zwolnień podatkowych) było potrzebne do zapewniania dostarczania usług, do których *La Poste* została zobowiązana⁷⁵. W sentencji orzeczenia SPI podkreślił szerokie dyskrecyjne kompetencje Komisji Europejskiej w wykładni i stosowaniu art. 106 TFUE⁷⁶.

Zagadnienie proporcjonalności praw wyłącznych w rozumieniu art. 106 ust. 1 TFUE ustanowionych w ramach derogacji przewidzianej w art. 106 ust. 2 TFUE stało się przedmiotem analizy SPI podczas rozstrzygania sprawy *Air Inter*⁷⁷. Francja uznając konieczność (interes ogólny) istnienia regularnych połączeń lotniczych pomiędzy głównymi ośrodkami miejskimi na terenie kraju zdecydowała się przyznać publicznemu przewoźnikowi wspólnotowemu *Air Inter* prawa wyłączne do obsługi połączeń Paryż (Orly) – Tuluza i Paryż (Orly) – Marsylia⁷⁸. Rozwiązanie miało umożliwić krzyżowe subsydiowanie deficytowego połączenia z Marsylią ze środków generowanych przez wysoko dochodowe połączenie z Tulużą. Sprawa trafiła do Sądu Pierwszej Instancji w związku ze

⁷⁴ Orzeczenie T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSA-GA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) and Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) v. Komisja*, [1997] ECR II-00229 oraz decyzja 98/365/EC: Commission Decision of 1 October 1997 concerning alleged State aid granted by France to SFMI- Chronopost [notified under document number C(1997) 3146], Dz. Urz. UE z 09.06.1998. L164/37.

⁷⁵ Orzeczenie T-106/95, FFSA, § 180.

⁷⁶ Ibidem, § 89 i 90.

⁷⁷ Orzeczenie T-260/94, *Air Inter SA v. Komisja*, [1997] ECR II-997.

⁷⁸ *Air Inter (Lignes Aériennes Intérieures)* nie był klasycznym przedsiębiorstwem publicznym w rozumieniu art. 106 ust. 1 TFUE. Przewoźnik stanowił przykład charakterystycznego dla francuskiego modelu gospodarczego przedsiębiorstwa prywatno-publicznego (tzw. *société d'économie mixte, SEM*), gdzie w strukturze własności firmy poza dominującym kapitałem publicznym występują też podmioty prywatne.

skargą linii lotniczej TAT (*Transport Aérien Transrégional*), której władze Francji nie pozwoliły na ustanowienie połączeń na liniach, gdzie zostały ustanowione prawa wyłączne na rzecz *Air Inter*, a zdaniem skarżącego nie mogły tego zrobić zgodnie z rozporządzeniem 2408/92/EC w sprawie dostępu przewoźników lotniczych Wspólnoty do wewnątrzwspólnotowych tras lotniczych⁷⁹. Strona pozwana broniła się argumentem, że środek w postaci wprowadzenia praw wyłącznych, w ramach wyłączenia wynikającego z przepisu art. 106 ust. 2 TFUE, jest proporcjonalny w stosunku do celu, któremu służy.

Sąd Pierwszej Instancji po raz kolejny podkreślił, że art. 106 ust. 2. TFUE zawiera wyjątek od stosowania zasad konkurencji i jako taki powinien być interpretowany w sposób zawężający⁸⁰. Wobec tego obowiązywanie reguł konkurencji może zostać uchylone tylko w takim zakresie w jakim uniemożliwiają (*obstruct*) świadczenie powierzonych usług w ogólnym interesie gospodarczym, a nie jeśli tylko je utrudniają (*hinderd or made more difficult*). Orzeczenie zawiera również stwierdzenie, że w przypadku użycia przepisu art. 106 ust. 2 TFUE ciężar udowodnienia konieczności uchylecia zasad konkurencji spoczywa na stronie powołującej się na przepis⁸¹. Po raz kolejny także podkreślone zostało znaczenie ekonomicznej analizy podczas oceny proporcjonalności działań podejmowanych ramach derogacji w art. 106 ust. 2 TFUE⁸².

A zatem dla rozstrzygnięcia sprawy *Air Inter* konieczne jest dokonanie oceny, czy w ówczesnym stanie prawnym możliwe byłoby osiągnięcie zamierzonych celów leżących w interesie ogólnym (utrzymywanie deficytowych połączeń) bez konieczności ustanawiania monopolu w ramach wyłączenia przewidzianego w art. 106 ust. 2 TFUE⁸³. Rozporządzenie 2408/92/EC, na które powoływała się strona skarżąca zawiera przepisy regulujące działalność niedochodowych połączeń lotniczych, których utrzymanie konieczne jest ze względu na interes ogólny. Rozporządzenie przewiduje, w takiej sytuacji bezpośrednio subsydia państwowe dla operatora zobowiązanego do

⁷⁹ Rozporządzenie Rady nr 2408/92/EWG z dnia 23 lipca 1992 r. w sprawie dostępu przewoźników lotniczych Wspólnoty do wewnątrzwspólnotowych tras lotniczych, Dz. Urz. WE z 24.08.1992, L240/8.

⁸⁰ Orzeczenie T-260/94, *Air Inter*, § 135. Por także orzeczenia 127/73, *Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM na NV Fonior (BRT II)*, [1974] ECR 313, § 19; C-242/95, *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner (DSB)*, [1997] ECR I-04449, § 50; C-157/94, *Komisja v. Holandia*, § 37; C-159/94, *Komisja v. Francja*, § 53; C-340/99, *TNT Traco SpA v. Poste Italiane SpA i inni*, [2001] ECR I-4109, § 56.

⁸¹ Ibidem, § 115.

⁸² Ibidem, § 105 i 106.

⁸³ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 598.

świadczenia takich połączeń⁸⁴. W związku z tym, skoro istniejące regulacje umożliwiają realizację danego celu, nieproporcjonalnym będzie ustanawianie praw wyłącznych przy wykorzystaniu derogacji zawartej w przepisie art. 106 ust. 2 TFUE. ETS zaznaczył bowiem, że właściwe zastosowanie art. 106 ust. 2 TFUE wymaga świadomości, że środki (*means*) same w sobie nie stanowią celu (*ends*)⁸⁵.

Ekonomiczne przesłanki wyłączenia z art. 106 ust. 2 TFUE

Przytoczone orzecznictwo wskazuje na elastyczne podejście do zasady proporcjonalności w wykładni art. 106 TFUE. W każdym jednak przypadku Trybunał wskazuje konieczność przeprowadzenia analizy rynku i podjęciu decyzji o ewentualnym zastosowaniu art. 106 ust. 2 TFUE w oparciu o przesłanki ekonomiczne⁸⁶. Orzeczenie w sprawie *Komisja v. Portugalia* zawiera wytyczne, jak zdaniem Trybunału, powinno zostać przeprowadzone takie badanie⁸⁷. Pierwszym etapem jest oszacowanie kosztów netto (*net costs*) związanych ze świadczeniem usługi uniwersalnej (w ogólnym interesie gospodarczym). Ewaluacja powinna zostać dokonana w oparciu o obiektywne i przejrzyste kryteria. Co do zasady uwzględnia się wszystkie koszty poniesione przez operatora niezależnie od stopnia jego efektywności⁸⁸. Oszacowane powinny zostać również korzyści finansowe dla przedsiębiorstwa uprzywilejowanego związane z zastosowaniem danego środka państwowego (w ramach derogacji). Kolejny etap analizy polega na zestawieniu tych dwóch wartości z uwzględnieniem innych źródeł przychodu badanego przedsiębiorstwa takich jak pomoc publiczna. Dopiero w oparciu o zgromadzone w wyniku zalecanego przez Trybunał badania ekonomicznych uwarunkowań świadczenia danej usługi w ogólnym interesie gospodarczym i skutków planowanych działań regulacyjnych, decyzja o ewentualnym skorzystaniu z wyłączenia zawartego w przepisie art. 106 ust. 2 TFUE powinna zostać podjęta⁸⁹.

Koncepcja proporcjonalności stosowania art. 106 ust. 2 TFUE wyłaniająca się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości ma zdaniem J. L. Buendii Sierry dynamiczny charakter⁹⁰. Innymi słowy badanie ograniczającego konkurencję środka państwowego w ramach derogacji wynikającej z art. 106 ust. 2 TFUE, pod

⁸⁴ Art. 4 rozporządzenia 2408/92/EC.

⁸⁵ L. M. Soriano, op. cit., s. 113.

⁸⁶ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 599.

⁸⁷ Orzeczenie C-334/03, *Komisja v. Portugalia*, [2005] ECR I-08911, § 33.

⁸⁸ Por. także orzeczenie C-280/00, *Altmark Trans GmbH na Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, na Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, [2003] ECR I-07747.

⁸⁹ Orzeczenie C-334/0, *Komisja v. Portugalia*, § 33.

⁹⁰ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 599 – 600.

kątem jego zgodności z zasadą proporcjonalności, powinno uwzględniać w pełni wszystkie okoliczności faktyczne danej sprawy w szczególności techniczne uwarunkowania świadczenia danej usługi⁹¹. Postęp technologiczny wpływa bowiem nie tylko na zmianę samego sposobu i metod dostarczania usługi będącej przedmiotem zobowiązania, ale także na strukturę kosztów związanych z tą działalnością⁹². W związku z tym rozwiązania organizacji rynku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, wykorzystujące przepis art. 106 ust. 2 TFUE z biegiem czasu mogą zostać uznane za nieproporcjonalne wobec celu, któremu służą.

Uwagi końcowe – brak jednolitej wykładni

Zasada proporcjonalności odgrywa niewątpliwie dużą rolę podczas wykładni art. 106 TFUE i organizacji warunków świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości nie pozwała jednak na wskazanie jednolitej linii orzeczniczej odnośnie interpretacji wyłączenia zawartego w przepisie art. 106 ust. 2 TFUE pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności. Początkowe restrykcyjne podejście zastąpione zostało elastyczną interpretacją *Corbeau* i *Almelo*, ale rygorystyczne podejście powróciło w orzeczeniu w sprawie *Air Inter*⁹³. Brak spójnej linii orzeczniczej wynika w głównej mierze z tego, że uwarunkowania świadczenia usług użyteczności publicznej są tak różne w poszczególnych sektorach, że w każdym z nich inne narzędzia regulacyjne sprawdzają się najlepiej⁹⁴. Wobec tego ze względu na specyfikę poszczególnych sektorów, nie wydaje się możliwe wskazanie uniwersalnego modelu w jaki proporcjonalność środków zastosowanych w trybie art. 106 ust. 2 TFUE powinna być interpretowana.

⁹¹ A. Macnab (red.), *Bellamy & Child. Materials on European Community Law of Competition. 2009 Edition*, Oxford University Press 2009, s. 1327 – 1328.

⁹² Dobrym przykładem opisywanego zjawiska jest rynek usług telekomunikacyjnych. Rozwój technologii telefonii komórkowej sprawił, że zapewnienie dostępu do telefonii stacjonarnej przestało być priorytetem regulatora. Zjawisko to daje się zaobserwować również w związku z postępowaniem w dziedzinie mobilnego Internetu. Cel, którym jest zapewnienie dostępu do środków komunikacji, w przypadku obszarów peryferyjnie położonych staje się łatwiejszy do realizacji i nie wymaga już zastosowania działań regulacyjnych stanowiących daleko idącą ingerencję w rynek. Por. Gallup Europe, Report: "The situation of telecommunications services in the regions of the European Union", April 2000.

⁹³ J. Maillo, *Article 86 EC. Services of General Interest and EC Competition Law*, w: G. Amato, C-D, Ehlermann, A. Komninos (red.), *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Hart Publishing 2007, s. 700 – 702.

⁹⁴ Por. także G. Davies, *Article 86 EC, the EC's Economic approach to Competition Law, and the General Interest*, w: *European Competition Journal*, Vol. 5, no. 2, August 2009, s. 549 – 584.

DEROGATION OF COMPETITION RULES FOR UNDERTAKINGS ENTRUSTED WITH THE OPERATION OF SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

The model of regulatory framework for Services of General Economic Interest (SGEI) is a pivotal point in a Europe-wide political and legal debate of liberalisation *versus* welfare interests. The principle of proportionality is well-established as *acquis communautaire*. It requires each measure taken by the EU legislator to be based on a fair assessment and balancing of interests, as well as on a reasonable choice of means.

Article 106 (2) TFEU allows the Member States to exclude certain services from the scope of the Treaty Rules. It could be perceived as a shield for public service against demands of highly competitive, liberalised market. On the other hand all decisions of Member States excluding public service provides from competition rules are subject of review for their compliance with the general principles. So the key question is whether a measure is necessary to achieve legitimate goals of general interest or whether it goes further than that. In the field of Article 106 (2) TFEU the European Court of Justice developed extensive and inconsistent case law. From very restrictive approach allowing only these measures which have been indispensable to achieve SGEI goals to a more flexible interpretation in more recent cases.

This paper provides an overview of an interplay between the principle of proportionality and the policy-based measures to create preferential conditions for SGEI operators.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(188) 2011
Warszawa 2011

Anita Ptaszyńska ■

PRZYMUSOWE MAŁŻEŃSTWO JAKO ZBRODNIA PRZECIWKO LUDZKOŚCI W ŚWIETLE ORZECZNICTWA SPECJALNEGO TRYBUNAŁU DLA SIERRA LEONE

20 lutego 2008 roku Specjalny Trybunał dla Sierra Leone (dalej: Trybunał)¹ po raz pierwszy na świecie uznał przymusowe „małżeństwo” (*forced marriage*) za samoistne przestępstwo, a dotknięte nim kobiety, określane mianem bush wives, rebel wives, za pokrzywdzone. Wyrok taki wydała Izba Apelacyjna skazując Alexa Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara oraz Santie Borbor Kanu (dalej wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC)², uznający ich za winnych m.in. w zakresie zarzutu 8 sformułowanego w uzupełnionym akcie oskarżenia, tj. popełnienia przestępstwa zmuszania kobiet i dziewcząt do przymusowych „małżeństw”

¹ Trybunał został powołany do życia na mocy traktatu międzynarodowego zawartego pomiędzy Organizacją Narodów Zjednoczonych a rządem Sierra Leone z dnia 16 stycznia 2002 roku w celu osądzenia osób ponoszących największą odpowiedzialność za poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego oraz ustawodawstwa Sierra Leone, popełnione na terytorium tego państwa począwszy od 30 listopada 1996 roku, włącznie z przywódcami, którzy popełniając te zbrodnie stanowili zagrożenie dla procesu pokojowego w Sierra Leone zgodnie z art. 1 porozumienia i art. 1 ust. 1 Statutu Specjalnego Trybunału.

² Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu, SCSL-2004-16-A-675, 22.02.2008 r. (dalej: wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC), dostępny na: <http://www.sc-sl.org/CASES/ProsecutorvsBrimaKamaraandKanuAFRCCase/AppelalJudgment/tabid/216/Default.aspx> (odwiedzony 2.12.2010 r.).

z rebeliantami. Uznano, iż czynem tym sprawcy naruszyli art. 2 lit. i) Statutu Specjalnego Trybunału³ poprzez dopuszczenie się innych niehumanitarnych czynów.

Oskarżeni w niniejszej sprawie: Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara oraz Santigie Borbor Kanu po przeprowadzonym w maju 1997 roku w Sierra Leone zamachu stanu objęli stanowiska członków Najwyższej Rady AFRC (*Supreme Council AFRC*), będącej najważniejszym ciałem decyzyjnym wojskowej junty. Po grudniu 1998 roku Alex Tamba Brima objął dowództwo w AFRC, Brima Bazzy Kamara został zastępcą dowódcy, zaś Santigie Borbora Kanu powołano na stanowisko szefa sztabu. Do zakończenia działań zbrojnych pozostawali oni najwyższymi rangą dowódcami AFRC⁴.

Konflikt wewnętrzny w Sierra Leone

Konflikt wewnętrzny w Sierra Leone rozpoczął się w marcu 1991 roku wystąpieniem zbrojnym oddziałów bojówki partyzanckiej Zjednoczonego Frontu Rewolucyjnego (*Revolutionary United Front*, dalej: RUF), wspieranej przez Liberię w jednym z dystryktów administracyjnych kraju. Celem rebelii było obalenie rządu Sierra Leone i objęcie władzy, które stopniowo realizowano przejmując kontrolę w kolejnych dystryktach. Niemniej po czterech latach walki na terenie działań wojennych pojawiła się nowa siła przeciwna RUF, określana jako Siły Obrony Cywilnej (CDF, *Civil Defence Forces*), która dążyła do obrony cywilów przed atakami rebeliantów RUF. Działania CDF skutkowały powolnym wyparciem RUF z większości zajmowanych przez nią pozycji w kraju. Jednakże często dochodziło również do konfliktów CDF z oddziałami armii rządowej, z powodu waśni z lokalnymi przywódcami armii. Sytuację zaognił przeprowadzony w maju 1997 roku zamach stanu, w wyniku którego wyłoniono naczelny organ władzy określany mianem Rewolucyjnej Rady Sił Zbrojnych (*Armed Forces Revolutionary Council*, dalej: AFRC), w którym zasiedli przedstawiciele RUF na czele z majorem Johnny’em Paulem Komorą. Jego zastępcą został Foday Sankoh. Mimo objęcia władzy formalnie, AFRC nadal nie sprawowała kontroli nad terytorium całego kraju, a w celu tym prowadziła szeroko zakrojone działa-

³ Statut Specjalnego Trybunału stanowi załącznik do porozumienia pomiędzy Organizacją Narodów Zjednoczonych a rządem Sierra Leone z dnia 16.01.2002 r., dostępny na: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnD1MJeEw%3d&tabid=176> (odwiedzane: 2.12.2010 r.).

⁴ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC, SCSL – 2004 – 16 – A, Summary, s. 5, dostępne na: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=eqdB1%2fnMMYU%3d&tabid=173> (odwiedzane: 3.12.2010 r.).

nia zbrojne. W wyniku tego znacznie wzrosła skala popełnianych okrucieństw. 23 października 1997 narzucono AFRC porozumienie pokojowe. Mimo zaprzestania działań zbrojnych, wycofania się oddziałów AFRC z zajmowanych pozycji i przywrócenia prawowitego prezydenta Ahmeda Kabbaha, do stycznia 2002 roku nadal dokonywano masowych zbrodni na terenie Sierra Leone⁵.

Postępowanie w sprawie AFRC wszczęto 7 marca 2005 roku przed Specjalnym Trybunałem dla Sierra Leone⁶. 20 czerwca 2007 roku zapadł wyrok w pierwszej instancji uznający wszystkich oskarżonych: Alexa Tambę Brima, Brima Bazzy Kamarę oraz Santigiego Borbora Kanu za winnych zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości oraz innych poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego (w tym rekrutowania i wykorzystywania dzieci-żołnierzy)⁷. Od wyroku tego prokurator wniósł apelację, którą uwzględniono. W wyroku Izby Apelacyjnej uznano przymusowe małżeństwo za „inny nieludzki czyn” stanowiący zbrodnię przeciwko ludzkości.

25 lutego 2009 roku przed Trybunałem zapadł kolejny wyrok skazujący trzech przywódców RUF za przestępstwa przymusowego małżeństwa – jako nieludzkie czyny stanowiące zbrodnie przeciwko ludzkości⁸.

W obu sprawach przymusowe małżeństwo zostało ujęte w aktach oskarżenia jako odrębny zarzut, obejmujący zbrodnie przeciwko ludzkości na podstawie art. 2 lit i) (inne nieludzkie czyny).

Przymusowe małżeństwo a umowy międzynarodowe i dotychczasowe orzecznictwo trybunałów międzynarodowych

Przymusowe małżeństwo nie było dotychczas wyszczególnione w żadnych przepisach umów międzynarodowych. Nie czyni tego ani art. 27 IV Konwencji Genewskiej o Ochronie Osób Cywilnych Podczas Wojny z dnia 12 sierpnia 1949 roku stanowiący, że „[k]obiety będą specjalnie chronione przed wszelkimi zamachami na ich cześć, zwłaszcza przed zgwałceniem, zmuszaniem do prostytucji i wszelką obrazą wstydlivości”⁹, ani Protokół Dodatkowy II do konwencji

⁵ Krzysztof Trzciński, *Wojny w Liberii i Sierra Leone (1989-2002): Geneza, przebieg i następstwa*, Warszawa 2002, s. 120-145.

⁶ Akt oskarżenia przeciwko Brima, Kamara, Kanu, SCSL – 2004 – 16 – PT, wpłynął do Trybunału 18.02.2005 r., dostępny na: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=Of5nG3SDgf0=&tabid=106> (odwiedzane 1.12.2010 r.).

⁷ Wyrok Izby Procesowej w sprawie AFRC, SCSL – 16 – A, ust. 602-604, s. 186 – 187.

⁸ Prosecutor v Sesay, Kallon and Gbao, SCSL-04-15-T, wyrok Izby Procesowej z 25.02.2009, s. 7, ust. 28, dostępne na: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=AoknUKBsH50%3d&tabid=215> (odwiedzone 1.12.2010 r.).

⁹ Zapis ten był wielokrotnie krytykowany, m.in. za to, że „ignoruje fizyczne, psychologiczne i społeczne szkody wyrządzone kobiecie, wykraczające daleko poza

genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczących ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych sporządzony w Genewie 8 czerwca 1977 roku (Dz. U. z 1992 r., nr 41, poz. 175, załącznik), znajdujący również zastosowanie do konfliktu w Sierra Leone, w art. 4 ust. 2 lit. a) i e). Wprowadzono jedynie wyraźny zakaz „zamachów na życie, zdrowie lub fizyczną albo psychiczną równowagę osób, zwłaszcza zabójstw, jak też okrutnego traktowania, takiego jak tortury, okaleczenia lub wszelkie postacie kar cielesnych” oraz „zamachów na godność osobistą, w szczególności traktowania poniżającego i upokarzającego, gwałtu, zmuszania do prostytucji i wszelkich postaci zamachów na obyczajność” – nie zawierają wyszczególnienia przymusowego małżeństwa¹⁰.

Potrzeba ochrony kobiet w czasie konfliktów zbrojnych stała się niezbędna z uwagi na coraz częste wykorzystywanie swoistej strategii przemocy wobec kobiet w trakcie konfliktów zbrojnych. Znalazło to odzwierciedlenie w rezolucjach nr: 1820 Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych, podjętej w czerwcu 2008 roku¹¹, 1829 Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych uchwalonej 4 sierpnia 2008 roku i uznającej znaczącą rolę kobiet w zapobieganiu i rozwiązywaniu konfliktów oraz przywracaniu pokoju oraz 1325 (2000)¹², która wzywa do pełnego i równego uczestnictwa kobiet w inicjatywach pokojowych. Kolejna rezolucja ONZ nr 1888 z 2009 r.¹³ w sprawie przemocy seksualnej wobec kobiet i dzieci w konfliktach zbrojnych, podkreśliła odpowiedzialność wszystkich państw za pociągnięcie do odpowiedzialności winnych zbrodni przeciw ludzkości i zbrodni wojennych, łącznie z przestępstwami związanymi z przemocą seksualną i innymi rodzajami przemocy wobec kobiet i dziewcząt. Zaś rezolu-

zamaz na „honor”, ale także ponieważ okazuje się także potęgować wrażenie, że ofiara jest „brudna” lub „doprowadzona do upadku” i bez wartości dla społeczeństwa”, Catherine Niarchos, *Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Human Rights Quarterly*, Volume 17, Number 4, 1995, ust. 649-690, s. 649.

¹⁰ Dostępne na http://www.pck.org.pl/pliki/konwencje/ii_pd.pdf (odwiedzone 10.12.2010 r.).

¹¹ W rezolucji tej po raz pierwszy uznano gwałt za zagrożenie dla społeczności, pokoju i bezpieczeństwa. Pomimo, że rezolucja ta nie dała podstaw prawnych do ścigania karnego, to dała wyraźną informację, iż gwałt nie będzie dalej traktowany jako taktyka wojenna, Resolution 1820 (2008) Rady Bezpieczeństwa z 19.06.2008 r., dostępna na: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/391/44/PDF/N0839144.pdf?OpenElement> (odwiedzane 9.12.2010 r.).

¹² <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/448/13/PDF/N0844813.pdf?OpenElement> (odwiedzane 9.12.2010 r.).

¹³ United Nations Security Council, Resolution 1888 (2009), Women, Peace and Security <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/534/46/PDF/N0953446.pdf?OpenElement> (odwiedzane 9.12.2010 r.).

cja nr 1889¹⁴ dotyczy potrzeb i interesów kobiet po zakończeniu konfliktu oraz w inicjatywach pokojowych.

Przymusowe małżeństwo nie zostało uznane za odrębne przestępstwo przez inne trybunały międzynarodowe. Niemniej nie ulega wątpliwości, iż orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Byłej Jugosławii (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY*) oraz Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy (*International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR*) przyczyniło się w dużym stopniu do kryminalizacji przestępstw na tle seksualnym na gruncie prawa międzynarodowego. *Znalazło ono przede wszystkim podstawy w treści uchwalonych statutów, reguł procesowych i dowodowych*¹⁵.

Z kolei przepis art. 72 bis Reguł Procesowych i Dowodowych Trybunału dopuszcza rozważenie „odpowiedniego stosowania traktatów, zasad oraz norm międzynarodowego prawa zwyczajowego”, jak również „ogólnych zasad prawa wywodzących się z prawa krajowych systemów prawnych świata [...], które nie są sprzeczne ze Statutem, Porozumieniem i z międzynarodowym prawem zwyczajowym oraz międzynarodowo uznanych norm i standardów”¹⁶.

Niewątpliwie orzecznictwo Trybunału w sprawie szeroko rozumianej przemocy seksualnej skutkowało uchwaleniem 14 czerwca 2007 roku w Sierra Leone ustawy w sprawie przemocy domowej (*Domestic Violence Act*), ustawy w sprawie rejestracji zwyczajowych małżeństw i rozwodów (*Registration of Customary Marriage and Divorce Act*) oraz ustawy w sprawie przejęcia majątku (*Devolution of Estates Act*), które znacząco poprawiły prawną pozycję kobiet i dziewcząt¹⁷.

Akt oskarżenia i stanowisko obrony w sprawie AFRC

W lutym 2004 roku Prokurator zwrócił się z wnioskiem o możliwość uzupełnienia aktów oskarżenia w trzech sprawach, aby m.in. dodać zarzut dotyczący przymusowego małżeństwa jako zbrodni przeciwko ludzkości, opartej na stanie faktycznym powołanym już w akcie oskarżenia. Obrona podniosła, że przymusowe małżeństwo nie stanowi zbrodni przeciwko ludzkości, a postawiony zarzut

¹⁴ United Nations Security Council, Resolution 1889 (2009), <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/542/55/PDF/N0954255.pdf?OpenElement> (odwiedzane 9.12.2010 r.).

¹⁵ Zobacz na przykład art. 96 ust. 1-3, 34 Reguł Procesowych i Dowodowych Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Byłej Jugosławii.

¹⁶ Reguły Procesowe i Dowodowe z dnia 16.01.2002 r. ze zm., dostępne na: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=xTBQdsmEuic%3d&tabid=176> (odwiedzane 2.12.2010 r.).

¹⁷ Zobacz: The International Rescue Committee in Sierra Leone – Fact Sheet, October 2007, s. 3, dostępne na: www.theirc.org/resources/2007/irc-sierra-leone-fact-sheet.pdf (odwiedzane 2.12.2010 r.).

narusza zasadę legalności. Na mocy orzeczenia Izby Procesowej Trybunał dopuścił możliwość uzupełnienia aktu oskarżenia w zakresie przymusowego małżeństwa w sprawach AFRC i RUF¹⁸. Natomiast w sprawie CDF Izba Procesowa uznała, że dodanie nowych zarzutów skutkowałoby opóźnieniem rozpoczęcia procesu i odmownie ustosunkowała się do wniosku Prokuratora¹⁹.

W sprawie AFRC zarzut 8 aktu oskarżenia dotyczy innych nieludzkich czynów, które zgodnie z art. 2 lit. i) Statutu stanowią otwartą klauzulę obejmującą zachowania nie wymienione wyraźnie w art. 2 lit. a) – h) Statutu²⁰.

W swoim stanowisku w przedmiocie zarzucanej zbrodni przymusowego małżeństwa Prokurator podniósł, że jej waga jest porównywalna do innych zbrodni objętych jurysdykcją Trybunału. Zauważył, że na przestępstwo to „składają się zachowania zamierzone w celu narzucenia statusu małżonka przemocą lub groźbą użycia przemocy lub przymusu, tak jak ten wywołany przez strach przed przemocą, przymusem, pozbawieniem wolności, dręczeniem, uciemiężeniem psychologicznym lub nadużyciem władzy wobec ofiary bądź przez wykorzystanie przymusowego położenia²¹. Zaznaczono, że jest ono odmienne „od czynów seksualnych, bowiem przymusza osobę do odgrywania pozorów małżeństwa poprzez groźbę lub przymus”²². Zatem nawet, jeżeli przymusowe małżeństwo zwykle obejmuje także czynności seksualne, posiada swoje odrębne znamiona i stanowi zachowanie wystarczająco poważne, aby zostać zakwalifikowane jako czyn nieludzki. Prokurator dowodził, że niewolnictwo seksualne nie zawsze wyczerpuje wszystkie elementy przymusowego małżeństwa, np. osoba zniewolona seksualnie nie zawsze jest przymuszana aby pozorować, że jest żoną sprawcy. Z uwagi na powyższe, zdaniem oskarżyciela małżeństwo przymusowe jako czyn

¹⁸ Prokurator v. Brima, Kamara & Kanu, Case No. SCSL-04-16-PT, Decision on Prosecution Request for Leave to Amend the Indictment z 6.05.2004, ust. 6, 12, 34, 46, 52, dostępne na: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=b9rzzrNZKzBU=&tabid=157> (odwiedzane: 4.12.2010 r.).

¹⁹ Prosecutor v. Norman, Fofana & Kondewa, Case No. SCSL-04-14-PT, Decision on Prosecution Request for Leave to Amend the Indictment z 20.05.2004, ust. 6, 10, 53, dostępne na: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=2HXkGYl7w80%3d&tabid=153> (odwiedzane 4.12.2010 r.).

²⁰ Art. 2 Statutu Trybunału stanowi, że: „Trybunał jest uprawniony do sądzenia każdego, kto dopuścił się następujących przestępstw popełnionych w ramach rozległego lub systematycznego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej: a) zabójstwa, b) eksterminacji, c) niewolnictwa, d) deportacji, e) uwięzienia, f) tortur, g) zgwałcenia, niewolnictwa seksualnego, przymusowej prostytucji, wymuszonej ciąży oraz jakiegokolwiek innej formy przemocy seksualnej, h) prześladowania z powodów politycznych, rasowych, etnicznych lub religijnych, i) innych nieludzkich czynów.”

²¹ Wyrok Izby Procesowej w sprawie AFRC, s. 216, ust. 701.

²² *Ibidem* s. 216, ust. 701.

niehumanitarny może obejmować swoim zakresem przemoc seksualną lub niewolnictwo, jednak obejmuje ono również odrębne elementy. Jednocześnie Prokurator stwierdził, iż kwestia statusu przymusowego małżeństwa jako zbrodni w świetle zwyczajowego prawa międzynarodowego nie podlega dyskusji, skoro jest ono penalizowane w ramach innych niehumanitarnych czynów, których zakres przedmiotowy jest wyraźnie określony, co nie jest chyba tak oczywiste, skoro powszechnie mówi się o nich jako o „pustych kartach, które Trybunały muszą zapełnić treścią w swoich precedensowych procesach”²³.

W przeciwieństwie do powyższego, obrona oskarżonego Kanu twierdziła, iż „przymusowe małżeństwa nie mogą zostać zakwalifikowane jako zbrodnia przeciwko ludzkości, ponieważ nie charakteryzują się one szkodliwością porównywalną do jakiegokolwiek innego czynu przywołanego w art. 2 lit. a) - h) Statutu”. obrońca podnosił twierdzenie, że skoro zachowanie opisane przez Prokuratora nie może zostać zaliczone jako niewolnictwo seksualne, to nie stanowi też zbrodni przeciwko ludzkości. Uzasadniał to argumentując, iż użycie przemocy wobec kobiety, aby wstąpić w stosunek podobny do małżeństwa nie niesie za sobą ładunku szkodliwości porównywalnego do jakiegokolwiek innego czynu wymienionego w art. 2 lit. a) - h) Statutu” w szczególności w świetle bardziej złożonych i zawierającym różne niuanse stosunków między „mężem” i „żoną”²⁴.

Postępowanie sądowe i wyrok Izby Procesowej Trybunału w sprawie AFRC

Rozpatrując zarzuty aktu oskarżenia, Izba Procesowa uznała, iż materiał dowodowy uzasadnia przyjęcie pozaseksualnego charakteru porwań kobiet i dziewcząt, zmuszanych do poddania się narzucanemu „stanowi małżeńskiemu” oraz wykonywania różnych powinności małżeńskich.²⁵ Jednak po rozpatrzeniu całego materiału dowodowego w sprawie, Izba Procesowa stwierdziła decyzją większości, że nie została przekonana dowodami oskarżenia, aby wypełnione zostały znamiona pozaseksualnego przestępstwa przymusowego małżeństwa w sposób niezależny od przestępstwa niewolnictwa seksualnego z art. 2 lit. g) Statutu. Stanowisko to uzasadniano tym, że kategoria „innych niehumanitarnych czynów”, mimo że stanowi katalog otwarty, powinna być interpretowana zawężająco

²³ Theodor Meron, *Prawa człowieka wkraczają na nowe terytoria: dochodzenie odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka przed Międzynarodowymi Trybunałami Karnymi*, dostępne na : http://www.hfhrpol.waw.pl/Nowicki/images/stories/file/Theodor_Meron.pdf s. 14 (odwiedzone 5.12.2010 r.).

²⁴ Wyrok Izby Procesowej w sprawie AFRC, ust. 702, s. 217.

²⁵ Decisions on Defence Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98, SCSL – 04 – 16 - T SCSL-04-16-T, ust. 165, s.53, dostępne na: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=PVnTbmxuZck=&tabid=157> (odwiedzane 20.12.2010).

i znajdować zastosowanie wyłącznie do zachowań o charakterze pozaseksualnym aż do granic obrazy ludzkiej godności²⁶.

Izba Procesowa wskazała, że przestępstwo „innych nieludzkich czynów” po raz pierwszy zostało wprowadzone w art. 6 lit. c Karty Norymberskiej²⁷ oraz art. II ust. 1 lit. c) Control Council Law No. 10²⁸, a jego zakaz jest uznany w zwyczajowym prawie międzynarodowym. Dodatkowo odwołano się do sprawozdania ILC *Crimes against the peace and security of mankind* nr 10(A/51/10), które podnosi że: „niemożliwym było stworzenie wyczerpującej listy nieludzkich czynów, które mogą stanowić zbrodnie przeciwko ludzkości. Po pierwsze ta kategoria zachowań ma na celu objęcie zachowań dodatkowych, które są podobne, zważywszy ich ciężar gatunkowy, do tych wymienionych w poprzedzających punktach. Po drugie zachowanie to musi rzeczywiście powodować szkodę dla człowieka w rozumieniu fizycznej lub psychicznej integralności, zdrowia lub ludzkiej godności”²⁹.

Powołując się na powyższe sprawozdanie opowiedziano się za tezą, iż „[w]ymienienie tych czynów w sposób wyczerpujący stworzyłoby jedynie niepożądaną sposobność do obchodzenia tego zakazu”³⁰, przyjętą w wyroku Izby Orzekającej w sprawie Zorana Kupreškić³¹. Izba Procesowa skupiła się na szczegółowych regulacjach niewolnictwa, w tym niewolnictwa seksualnego oraz na szerszym omówieniu zjawiska przymusowego małżeństwa w tym kontekście.

Wskazano, że zakaz niewolnictwa seksualnego jako szczególnej formy niewolnictwa³² funkcjonuje jako zwyczajowa norma prawa międzynarodowego, a zakres pojęciowy niewolnictwa jako zbrodni przeciwko ludzkości jest ugruntowany³³.

²⁶ Prosecutor v. Norman et al., SCSL-04-14-PT, Reasoned Majority Decision on Prosecution Motion for a Ruling on the Admissibility of Evidence, 24.05. 2005 r., ust. 19(iii).

²⁷ Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze z dnia 8.08.1945 r., dostępne na: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/NurembergIndictments.html> (odwiedzane 10.12.2010 r.).

²⁸ Nuremberg Trials Final Report Appendix D : Control Council Law No. 10 Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, dostępne na: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp> (odwiedzane 10.12.2010 r.).

²⁹ Report of the ILC, 6 May-26 July 1996, U.N. GAOR, 51st Sess. Supp. No. 10. UN Doc. A/51/10, s. 15.

³⁰ Wyrok Izby Procesowej w sprawie AFRC, s.215 ust. 697.

³¹ Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al., IT – 95 – 16 – T, 14.01.2000, ust.563 s. 224.

³² Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery, *Final report on Contemporary forms of Slavery: Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict*, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22.06.1998, ust. 29 – 30.

³³ Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery, *Update to the final report on Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict* E/CN.4/Sub.2/2000/21, 6 June 2000, ust. 51.

Izba Procesowa odwołała się do orzecznictwa innych trybunałów ad hoc, w tym powołano sprawę Kunarac, w której sprawcy zostali oskarżeni i skazani za niewolnictwo jako zbrodnię przeciwko ludzkości, polegającą na przetrzymywaniu dziewcząt w warunkach zniewolenia dla celów seksualnych. Prokurator w sprawie Kunarac pogrupował zarzuty niewolnictwa i gwałtu jako zbrodnie przeciwko ludzkości razem zgodnie ze złożonym stanem faktycznym (systematyczne gwałty i zniewolenie kobiet w mieście Foča)³⁴. Wówczas zapadło orzeczenie skazujące za niewolnictwo jako zbrodnię przeciwko ludzkości, pochłaniające swoim zakresem gwałt, traktowanie dziewcząt jako prywatnej własności, a także przymusowe wykonywanie czynności domowych³⁵. Przyjęta definicja niewolnictwa została utrzymana w mocy w wyroku sądu drugiej instancji³⁶.

W oparciu o powyższe orzeczenie Izba Procesowa wskazała, że dotychczasowa praktyka sądowa ICTY i ICTR znalazła następnie odzwierciedlenie w Rzymskim Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego³⁷.

W omawianej sprawie Izba Procesowa oprócz elementów konstytutywnych zbrodni przeciwko ludzkości wskazanych w art. 2 Statutu, dodała następujące dodatkowe elementy:

1. sprawca wykonuje wszystkie lub niektóre uprawnienia władcze wynikające z prawa własności w stosunku do jednej lub większej liczby osób, takie jak nabywanie, sprzedawanie, użyczanie czy handel wymienny taką osobą bądź osób czy poprzez stosowanie podobnego w skutkach pozbawienia ich wolności,
2. sprawca wymógł na takiej osobie lub osobach poddanie się jednemu lub większej liczbie zachowań o charakterze seksualnym,
3. sprawca dopuścił się zachowania zmierzającego do wymuszenia na osobie poddania się zniewoleniu seksualnemu lub w świetle uzasadnionego rozeznania prawdopodobne jest jego wystąpienie³⁸.

W świetle tych ustaleń wskazano, że pozbawienie wolności „może, w pewnych okolicznościach obejmować przymusową pracę lub redukowanie osoby do statusu sługi”³⁹. Zdaniem Izby Procesowej zrozumieliśmy było również to, iż

³⁴ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, IT-96-23-PT, akt oskarżenia, 1.12.1999, zarzuty 14-17

³⁵ Wyrok Izby Procesowej w sprawie *Kunarac*, ust. 542, 543, 728 i nast., s. 193 – 194, 237 i nast.

³⁶ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie *Kunarac*, ust. 106-124, s. 33 – 38.

³⁷ Wyrok Izby Procesowej w sprawie AFRC, ust. 707, s. 218.

³⁸ Wyrok Izby Procesowej w sprawie AFRC, ust. 698, s. 215; zob. Rome Statute Elements of Crimes, art. 7 ust. 1 lit. g) 2.

³⁹ Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, 7.09.1956 (Dz.U. z 1963 załącznik nr 1 do

zachowanie to „obejmuje handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi”⁴⁰. Ponadto podnoszono, że własność przejawiająca się posiadaniem nie wymaga zamknięcia osób w konkretnym miejscu, ale może obejmować sytuację, w której osoby pojmane pozostają pod kontrolą więźących je, ponieważ nie mają one gdzie iść oraz obawiają się o swoje życie⁴¹. W warunkach zniewolenia brak jest zgody ofiary, będącej wyrazem wolnej woli⁴².

Izba Procesowa dalej argumentowała, że wszystkie kobiety lub dziewczyny, które przymuszono do udawanego małżeństwa znajdowały się w okolicznościach, które wypełniają elementy przestępstwa niewolnictwa seksualnego. Ponadto zdaniem Izby Procesowej, nawet gdyby istniały dowody na samoistność zjawiska przymusowego małżeństwa, to i tak samo w sobie nie wyczerpałoby ono znamion zbrodni przeciwko ludzkości, ponieważ nie byłoby to zachowanie o porównywalnej wadze co czyny wymienione w art. 2 lit. a) - h) Statutu. Dodatkowo stwierdzono, że całość materiału dowodowego powołanego przez Prokuratora na okoliczność przymusowego małżeństwa dowodzi zaistnienia zachowań wyczerpujących elementy niewolnictwa seksualnego, bowiem wiązało się ono z uprowadzeniem z użyciem przemocy dziewcząt z ich domów lub innych miejsc schronienia i przetrzymywania przez oddziały AFRC, podczas gdy przesuwali się one poprzez różne dystrykty, regiony i przeprowadzały ataki. Dziewczęta i kobiety były pojmovane wbrew ich woli jako „żony” przez poszczególnych rebeliantów. Izba Procesowa wnioskowała, że stosunek sprawcy do „żony” miał charakter właścicielski i pociągał za sobą sprawowanie kontroli przez sprawcę nad ofiarą, w tym kontroli nad seksualnością ofiary oraz jej pracą. Posiłkowano się przykładami, np. oczekiwaniem że „żona” będzie przenosić rzeczy, stanowiące własność rebelianta, podczas gdy przenosili się z jednego miejsca do następnego, że będzie gotowała dla niego i prała jego ubrania⁴³. Podobnie Izba Procesowa była zdania, że użycie zwrotu „żona” w odniesieniu do ofiary wskazywało na zamiar sprawowania przez sprawcę władztwa nad ofiarą, a nie zamiar przyjęcia

Nru 33, poz. 185).

⁴⁰ Eve La Haye, *Rome Statute of the International Criminal Court, Elements of Crimes*, art. 8 ust. 2 lit. b) xxii -2 – Sexual Slavery, w: Roy S. Lee, Ed. – red., *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley 2001, s. 191.

⁴¹ Ibidem, s. 191-192.

⁴² Wyrok sądu I instancji w sprawie *Kunarac*, ust. 542; wyrok sądu II instancji w sprawie *Kunarac*, ust. 129-131; Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery, Update to the Final Report on Systematic rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict E/CN.4/Sub.2/2000/21, 6.06.2000, ust. 51.

⁴³ Exhibit P-32, Zainab Bangura, *Expert Report on the Phenomenon of “Forced Marriage” in the context of the Conflict In Sierra Leone and more specifically, In the context of the Trials against the RUF and AFRC Accused only*, s. 14.

statusu małżeństwa albo quasi-małżeńskiego nakładającego wzajemne obowiązki nieodłączne w stosunkach mąż- żona. Podczas gdy stosunek rebeliantów do ich „żon” miał co do zasady charakter właścicielski, ofiara mogła zostać przekazana dalej lub oddana innemu rebeliantowi według uznania sprawcy⁴⁴.

Wreszcie argumentowano, że żadna z ofiar nie twierdziła, że uważała się za faktycznie „poślubioną”⁴⁵. Raczej zeznawały, iż były „brane za żony”, przetrzymywane wbrew woli, a część z nich próbowała uciec⁴⁶.

W świetle powyższego, Izba Procesowa uznała większością głosów (zdanie odrębne sędzi Doherty), że materiał dowodowy przedstawiony przez Prokuratora objęty jest w całości przestępstwem niewolnictwa seksualnego oraz, że nie ma luki prawnej, która wskazywałaby na konieczność wyodrębnienia oddzielnego przestępstwa przymusowego małżeństwa jako innego niehumanitarnego czynu.

Co więcej Izba Procesowa stwierdziła, iż zarzucane przestępstwo o ubocznym, nie-seksualnym charakterze zostało niewłaściwie umiejscowione w akcie oskarżenia w części zatytułowanej „zarzuty 6-9; przemoc seksualna” i że zarzut nr 8 jest zbędny w zakresie, w jakim przestępstwo niewolnictwa seksualnego zostało rozpatrzone w ramach zarzutu 9 (zamachy na godność osobistą (art. 3 lit. e) Statutu). Pozostałe przestępstwa o nie-seksualnym charakterze zostały rozpatrzone w zarzucie 11. Zarzut 8 został zatem oddalony⁴⁷. Przyjmując takie rozwiązanie Izba Procesowa niewątpliwie pogrupowała zdarzenia wbrew złożonemu stanowi faktycznemu i dokonała jego sztucznego rozdziału. W konsekwencji wydzieliła część zachowań objętych elementami zbrodni niewolnictwa seksualnego i powołała orzecznictwo w sprawie Kunarac, które miało świadczyć o kontynuacji linii orzeczniczej, a pozostałe zachowania objęła zarzutem zamachu na godność osobistą, przy czym nie przyjęto kumulatywnej kwalifikacji prawnej, która odzwierciedliłaby niepodzielność rozpatrywanego stanu faktycznego. Do takiego zabiegu należy odnieść się krytycznie, gdyż pod osąd nie poddano rzeczywistego, ale fikcyjny stan faktyczny. Powyższy błąd został usunięty w orzeczeniu Izby Apelacyjnej, która jednak w ogóle nie zaakcentowała nieprawidłowości w subsumcji stanu faktycznego, co – z uwagi na wagę naruszenia prawa, powinno zostać wytknięte.

Zarzut 9 (zamach na godność osobistą) został postawiony dodatkowo albo jako alternatywa do zarzutu 6 (gwałt), zarzutu 7 (niewolnictwo seksualne oraz

⁴⁴ Ibidem, s. 13,15.

⁴⁵ TFI-085, Transcript 9.03.2005, s. 37.

⁴⁶ Por. TFI-085, Transcript 7.04.2005, s. 43-44, 121; TFI-334, Transcript 20.05.2005, s. 4-5; TFI-282, Transcript 13.04.2005, s. 15-18; Transcript 14.04.2005, s. 39.

⁴⁷ Wyrok Izby Procesowej w sprawie AFRC, ust.714, s. 220.

wszelkie inne formy przemocy seksualnej) oraz zarzutu 8 (inny nieludzki czyn, małżeństwo przymusowe).⁴⁸ Rozpatrując ten zarzut Izba Procesowa zważyła, że art. 3 lit. e) Statutu stoi na straży godności osobistej poprzez wprowadzenie zakazu „zamachów na godność osobistą, w szczególności poniżającego i upokarzającego traktowania, gwałtu, przymusowej prostytucji oraz jakiegokolwiek innej formy czynu lubieżnego”. Następnie wskazano szeroki zakres przedmiotowy tego przestępstwa, umożliwiający jego szeroką interpretację. W związku z tym Izba przyjęła, oprócz naruszenia art. 3 konwencji genewskiej i II protokołu dodatkowego, zgodnie z art. 3 Statutu, następujące elementy przestępstwa zamachu na godność osobistą:

1. sprawca dopuścił się zamachu na godność osobistą w stosunku do ofiary;
2. poniżenie lub upokorzenie było na tyle poważne, aby zostało powszechnie uznane za zamach na godność osobistą;
3. sprawca umyślnie dopuścił się lub wziął udział w działaniu lub zaniechaniu, które powszechnie było by uznane za powodujące poważne poniżenie, upokorzenie lub w inny sposób stanowi poważny atak na ludzką godność; oraz
4. sprawca był świadomy, że jego działanie lub zaniechanie mogło spowodować taki skutek⁴⁹.

Najważniejszą konsekwencją przymusowego małżeństwa, było to że ich ofiary doznawały uszkodzeń ciała na skutek powtarzających się gwałtów, przemocy seksualnej, pracy przymusowej, kar cielesnych oraz pozbawienia wolności. Następnie w kontekście wyżej wymienionych elementów zamachów na godność osobistą wymieniono, iż wiele z ofiar przymusowego małżeństwa doznało głębokiej traumy psychicznej na skutek zmuszania ich do oglądania okaleczania lub zabójstw członków najbliższej rodziny zanim zostały „żonami” sprawców tych okrucieństw oraz na skutek określania ich jako „żon” rebeliantów, które skutkowało wykluczeniem ich ze społeczności⁵⁰.

Zarzuty stawiane wyrokowi Izby Procesowej

W kontekście powyżej przytoczonego fragmentu uzasadnienia należy wysunąć zarzut niezbyt docieklivego ustalania przez Izbę Procesową stanu faktycznego, jak również przeplatania okoliczności relewantnych czynu oraz innych okoliczności nieistotnych dla bytu samego przestępstwa. Przede wszystkim war-

⁴⁸ Akt oskarżenia w sprawie AFRC, ust. 51-57.

⁴⁹ Decisions on Defence Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98, ust. 115, s. 44; zob. Statut Rzymski, Elementy Zbrodni, Art. 8 ust. 2 lit. b) (xxi).

⁵⁰ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC, ust. 199, s.65-66.

to zwrócić uwagę na nieprzekonujący dobór materiału dowodowego, a co za tym idzie na niepełne ustalenie stanu faktycznego sprawy. Brak bowiem w uzasadnieniu wzmian, iż „żony” pod wpływem przymusowego położenia uczestniczyły również w procederze wojennym. Z dostępnych badań zjawiska przymusowego małżeństwa wynika, że kobiety uprowadzone przez rebeliantów były przeszkolone w zakresie posługiwania się bronią, kobiety te były również bardzo ważne dla „systemu wojennego”, gdyż były wykorzystywane jako szpiegdy, brały udział w grabieżach, a także do przygotowywania jedzenia, opiekowały się rannymi i chorymi. Jak się zaznacza jedyną różnicą między grupami rebeliantów a oddziałami wojsk rządowych, było to, iż w tych ostatnich pomiędzy żołnierzami istniał podział takich obowiązków jak pranie, sprzątanie czy gotowanie. Zatem należy wnioskować, że żaden oddział czy grupa rebeliancka nie przetrwałaby długo bez takiego logistycznego wsparcia „żon”⁵¹.

Nie sposób jednoznacznie wskazać powód braku w uzasadnieniu tego niezwykle istotnego elementu w opisie zjawiska przymusowego małżeństwa. Czy można mówić tu o swoistym oportunizmie, niewłaściwie pojętej ochronie ofiar, czy znajduje ono uzasadnienie w uwarunkowaniach politycznych⁵².

Należy zatem podkreślić, iż nie wskazanie tego istotnego elementu naraża wyrok Izby Procesowej na zarzut braku obiektywizmu. Tym niemniej, przytoczenie faktów ukazujących kobiety jako osoby przymuszone do brania czynnego udziału w konflikcie zbrojnym w najmniejszym stopniu nie podważa tezy, iż przymusowe małżeństwo oznaczało wykonywanie władztwa, łamanie ducha, rozbijanie rodzin oraz społeczności jak również rozprzestrzenianie chorób.

Natomiast odrębnym problemem jest sformułowanie przez Izbę Procesową wniosku, iż z uwagi na używanie określenia „żona” kobiety podlegały ostracyzmowi społecznemu. Twierdzenie to wydaje się błędne z uwagi na to, iż kobiety te w momencie trwania przymusowego małżeństwa były wyłączone ze społeczności, a jej członkowie nie znali ich losów i nie wiedzieli czy w ogóle żyją. Ostracyzm był reakcją, która pojawiła się następnie – po ustaniu stanu przymusowego małżeństw i próbie powrotu tych kobiet w ich rodzinne strony. Zatem z uwagi na czas wystąpienia ostracyzmu społecznego – po ustaniu rozpatrywanego

⁵¹ S. McKay, D. Mazurana, *Where are the girls? Girls Fighting Forces Northern Uganda, Sierra Leone and Mozambique, Their Lives After The War*, 2004, s.117.

⁵² G.J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton 2000, s. 8 – 9, w innej sprawie rozstrzyganej przez Trybunał kwestia niezawisłości była wprost podniesiona przez adwokatów jednego z oskarżonych – Samuela Hinga Normana, twierdzących że istnienie Komitetu Zarządzającego wpływa na niezależność Trybunału. Izba Apelacyjna 13 marca 2004, SCSL-04-15-PT-059-II odrzuciła te zarzuty, tekst decyzji Izby Apelacyjnej dostępny na: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=an39Vi%2fwKos%3d&tabid=195>, ust. 47, s. 4.

stanu faktycznego, nie jest on objęty elementami przestępstwa przymusowego małżeństwa i nie powinien być wymieniany na równi z zachowaniami statuującymi samo zdarzenie przestępcze. Natomiast z uwagi na dotkliwość konsekwencji ostracyzmu w stosunku do ofiar przymusowego małżeństwa powinien być on podniesiony przez Izbę przy ewentualnym wymiarze kary i wpływać na jej wysokość.

Niewątpliwie niezwykle istotnym elementem zjawiska przymusowego małżeństwa jest element psychicznej traumy ofiary, którą co prawda Izba Procesowa wymieniła, ale dopiero Izba Apelacyjna podkreśliła jej znaczenie. W tym kontekście uważam za konieczne odwołanie się do bogatej literatury przedmiotu, wskazującej na rozmiar cierpień psychicznych ofiar, których waga skutkuje tym, że przymusowe małżeństwo jest porównywalne do zachowań wymienionych w art. 2 lit. a – h. Podnosi się bowiem, że kobiety, które brały udział w walkach nie były dumne ze swoich postępów, bały się, że ich rodziny i członkowie lokalnych społeczności będą wstydić się i bać ich. Stąd w większość pomijały one milczeniem to co przydarzyło się im, bądź co same czyniły w czasie konfliktu, z obawy przed stygmatyzacją i zemstą.⁵³ Rzeczony wstyd wiązał się zarówno ze stosunkami społecznymi jak i stosunkami personalnymi natury intymnej, włączając w to poczucie wstydu za bycie określaną jako „rebeliant” oraz posiadania „dziecka – rebelianta”. Powyższe skutkowało poczuciem winy, nie tyle osobistej, co społecznej jako osoby, tj. która przyniosła wstyd jej rodzinie. Kobiety często podawały jako powód nieuczestniczenia w programach demobilizacyjnych to, że przystępowały one do wojowników nie z własnej woli, a przystąpienie do programu rozbrojenia stanowiłoby swoiste przyznanie się do tego iż przyłączyły się do rebeliantów dobrowolnie, co one z kolei traktowały jako niewyobrażalne w powojennym społeczeństwie⁵⁴.

Warte jest podkreślenia, iż Izba Procesowa przytoczyła stosunkowo obszerny obraz przymusowego małżeństwa, przywołując wyrywkowo okrucieństwa, jakim były poddane kobiety, na końcu którego zaakcentowała używanie określenia „żony”, co jest zdaniem autora niezwykle istotne, wbrew temu, co niekiedy podnosi się w piśmiennictwie, że argumentacja Izby była wyłącznie oparta o samo określenie „żony”⁵⁵. Wskazać należy, że teza ta została wyrwana

⁵³ Szerzej: Chris Coulter, *Reconciliation or Revenge: Narratives of Fear and Shame among Female Ex-combatants in Sierra Leone*, s.2.

⁵⁴ Susan McKay and Dyan Mazurana (2004) *Where are the girls? Girls Fighting Forces Northern Uganda, Sierra Leone and Mozambique, Their Lives After The War*. Canada International Center for Human Rights and Democratic Development, McKay and Mazurana 2004: 117.

⁵⁵ Jennifer Gong-Gershowitz, *Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity?*, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 8, Issue 1 (Fall 2009), s.62.

z kontekstu, ponieważ Izba Procesowa wyraźnie uznała, że stosowanie przez rebeliantów pojęcia „żony” było rozmyślne i strategiczne w celu zniewolenia i manipulowania psychologicznego kobiet z zamiarem traktowania ich jak przedmiotu posiadania⁵⁶. Izba Procesowa nie poprzestała zatem na samej warstwie słownej zjawiska ale przedstawiła także jego skutki psychologiczne, które były rozmyślnie wykorzystywane przez rebeliantów w ich taktyce wojennej.

Odnosząc się do zdania odrębnego sędzi Julii Sebutinde, należy wskazać iż mimo skoncentrowania się w nim na odmiennościach między małżeństwem aranżowanym w czasie pokoju a przymusowym małżeństwem w czasie konfliktu, we wnioskach nie podważono wyroku Izby Procesowej w zakresie zakwalifikowania zjawiska przymusowego małżeństwa jako zbrodni niewolnictwa seksualnego⁵⁷. Niemniej należy ocenić je pozytywnie, gdyż przedstawiło w sposób pełniejszy niż w uzasadnieniu wyroku Izby Procesowej omawiane zjawisko i dało asumpt do dalszych dyskusji.

Zaś argumentacja przytoczona w zdaniu odrębnym sędzi Doherty, która uznała przymusowe małżeństwo za inną zbrodnię przeciwko ludzkości, została w znakomitej części podzielona przez Izbę Apelacyjną.

Chcąc zgłębić problematykę zjawiska przymusowego małżeństwa warto odwołać się do opinii eksperta powołanego przez oskarżenie Zainaba Bangura, który m.in. stwierdził że fundamentalną różnicą między aranżowanym małżeństwem w czasach pokoju a małżeństwem przymusowym w czasie wojny był brak zaangażowania członków rodziny w przygotowanie i ułożenie tego „małżeństwa”, brak oficjalnej ceremonii oraz brak starań o uzyskanie zgody na „małżeństwo” rodziców kobiety.⁵⁸ Niemniej wyznaczenie elementów istotnych przymusowego małżeństwa budzi wiele emocji i podnoszenia odmiennych kwestii np. zaręczyn⁵⁹.

Nie należy jednak zapominać, jak słusznie się zaznacza, że jest to rozpraszanie prawdziwego problemu, jakim jest zjawisko przymusowego małżeństwa podczas konfliktu w Sierra Leone, które nie przypomina żadnej formy małżeństwa, jakkolwiek by go nie nazwać⁶⁰. Nie sposób nie zgodzić się z powyższą uwagą, bowiem nie chodzi tu w ogóle o małżeństwo, o którym mowa na przykład w Rezolucji Parlamentu Europejskiego w sprawie roli kobiet w życiu społecznym,

⁵⁶ Wyrok Izby Procesowej w sprawie RUF, SCSL-04-15-T, ust. 1466, s. 448.

⁵⁷ Separate Concurring Opinion of the Hon. Justice Julia Sebutinde Appended to Judgement Pursuant to Rule 88 (C), ust. 1-2, s. 574.

⁵⁸ Transcript, 3.10.2005. s.10 – 12.

⁵⁹ Szerzej: Jennifer Gong-Gershowitz, *Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity?*, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 8, Issue 1 (Fall 2009), s.66.

⁶⁰ Ibidem, s.66.

gospodarczym i politycznym Turcji (2004/2215(INI))⁶¹. Należy zatem podkreślić jak wysoce mylące jest użycie nazwy „przymusowego małżeństwa” na określenie przedmiotowego zjawiska, bowiem dalej zbyt często myli się ono z praktykami przymusowego – aranżowanego małżeństwa z zakresu praw człowieka, a nie zbrodnią międzynarodowego prawa humanitarnego.

Teza ta warta jest ciągłego akcentowania, tym bardziej że niekiedy dążąc do stworzenia jak najpełniejszej definicji przymusowego małżeństwa spotyka się np. takie zaskakujące twierdzenia, że Izba Procesowa nie ustaliła, aby którakolwiek ofiara zeznała, że „sam fakt stwierdzenia przez rebelianta, że będzie ona jego żoną spowodowało jakąś szczególną traumę fizyczną czy psychiczną”⁶². Skłaniając się do doświadczenia życiowego, trudno nie uznać, iż gwałty, pozbawienie wolności, wysyłanie na linię ognia – wszystko z wolą „męża” mogły nie spowodować szkody psychicznej. Jakkolwiek autorka powyższego zarzutu nie sprzeciwia się powyższemu mówiąc, że nie sugeruje to, że takie zachowanie nie stanowiło oczywistego naruszenia praw człowieka. Jednak podążając tym tokiem rozumowania można by dojść do wniosku, że zjawisko przymusowego małżeństwa nie miało miejsca, bowiem żadna z ofiar nie mówiła o swoim oprawcy jako o „mężu”. Zatem należy zachować umiar i zdrowy rozsądek w argumentacji, kierować się doświadczeniem życiowym i powstrzymać się od formułowania zarzutów wyłącznie w oparciu o warstwę semantyczną danego zjawiska.

Reasumując, Izba Procesowa odrzuciła twierdzenia aktu oskarżenia i uznała, iż kategorię otwartą zbrodni przeciwko ludzkości wymienionych w art. 2 lit.i) Statutu jako pozostałe nieludzkie czyny należy ograniczać do czynów o pozaseksualnym charakterze. Ponadto stwierdziła, iż dowody przedstawione przez Prokuratora nie wykazały elementów pozaseksualnych zjawiska przymusowego małżeństwa w sposób niezależny od zbrodni niewolnictwa seksualnego, natomiast zdarzenia dowiedzione są pochłonięte zbrodnią niewolnictwa seksualnego. Dodatkowo Izba Procesowa wyraźnie stwierdziła, iż brak jest luki prawnej, która uzasadniałaby konieczność uznania odrębnej zbrodni przymusowego małżeństwa, jako innego nieludzkiego czynu⁶³.

⁶¹ Dostępne na:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005IP0287:PL:HTML>.

⁶² Jennifer Gong-Gershowitz, *Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity?*, Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 8, Issue 1 (Fall 2009), s. 68.

⁶³ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC ust.176, s.57.

Wyrok Izby Apelacyjnej Trybunał w sprawie AFRC oraz zarzuty stawiane temu wyrokowi

Izba Apelacyjna uznała twierdzenie Izby Procesowej o wąskim rozumieniu terminu „innych niehumanitarnych czynów” wyłączającym z jego treści przestępstwa seksualne za dotknięte błędem co do prawa⁶⁴. Dalej orzekła, że przymusowe małżeństwo to nie niewolnictwo seksualne, bowiem brak tu stosunku właścicielskiego, zamiast niego – jak wykazało postępowanie dowodowe, sprawcy dążyli do narzucenia swego rodzaju przymusowego związku małżeńskiego (*forced conjugal association*). Zachowanie to miało polegać na uprowadzeniu w warunkach naznaczonych wielką przemocą, przymuszeniu do podążania razem z walczącymi oddziałami, zniewoleniu oraz wykonywaniu różnorodnych „powinności małżeńskich”, w tym odbywania regularnych stosunków seksualnych, wykonywania wymuszonych prac domowych, takich jak sprzątanie, gotowanie dla „męża”, znoszenia wymuszonej ciąży oraz opieki i wychowania dzieci zrodzonych z tego „małżeństwa”⁶⁵. Rozumowanie to wydaje się być prawidłowe, bowiem ofiara nie tylko miała znosić wykonywanie „uprawnień właścicielskich” przez swojego prześladowcę, ale także wykazywać się zaangażowaniem w tę sztuczną i narzuconą przemocą sytuację, bowiem tego chociażby wymagało wychowywanie dzieci rebeliantów. Zatem używane określenia „żony” nie było tylko cynicznym przydomkiem, ale odzwierciedlało rzeczywistą kontrolę sprawowaną nad kobietą i było rodzajem psychologicznej manipulacji jej uczuciami i wolą, co słusznie uwypukliła Izba Apelacyjna w swoim orzeczeniu. Kontrola ta była narzucana siłą, bądź groźbą jej użycia, często więc skutkowała nie tylko obrażeniami ciała ofiary ale także ogromnym cierpieniem psychicznym⁶⁶. Z uwagi na powyższe podnoszono, iż przymusowe małżeństwo, na które składa się przede wszystkim element przymusowego związku małżeńskiego (*forced conjugal association*) nie stanowi przestępstwa w przeważającej części seksualnego, mimo, że jego zakres obejmuje także niedobrowolne stosunki seksualne⁶⁷.

Wreszcie Izba Apelacyjna uznała, że zaistniałe zjawisko przymusowego małżeństwa wyczerpuje swoją treścią zbrodnię innych niehumanitarnych czynów, o której mowa w art. 2 lit. i) Statutu. Należy podzielić przedstawioną argumentację, iż jego zakres obejmuje elementy wspólne z przestępstwem niewolnictwa seksualnego i pozbawieniem wolności, lecz poza ich zakresem znaczeniowym pozostają również inne elementy. Bowiem omawiane zjawisko obejmuje przede wszystkim powstanie przy użyciu przemocy lub groźby jej użycia przymusowego

⁶⁴ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC ust. 186, s. 61.

⁶⁵ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC ust. 190 s. 62.

⁶⁶ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC ust. 192, s. 63.

⁶⁷ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC ust. 178, s. 57.

związku małżeńskiego, skutkującego ogromnym cierpieniem oraz poważnym fizycznym i psychicznym okaleczeniem ofiary. Ponadto, w odróżnieniu do niewolnictwa seksualnego, Izba Apelacyjna uznała, że przymusowe małżeństwo dotyczy stosunków zindywidualizowanych: pomiędzy ofiarą („żoną”) a sprawcą, których naruszenie z strony kobiety mogło skutkować różnymi dyscyplinarnymi konsekwencjami⁶⁸. Powołanie się na dyscyplinarne konsekwencje naruszenia „zasad” przymusowego małżeństwa, mimo że co do zasady słuszne, wymagałoby szerszego uzasadnienia oraz uwypuklenia kwestii zapoznania kobiet przez rebeliantów z tymi konsekwencjami. Niewątpliwie w przypadku niewolnictwa seksualnego niepoddanie się przez ofiarę woli sprawcy również skutkowało konsekwencjami, w tym i zagrożeniem życia, z tym że ofiara raczej mogła się domyślać konsekwencji swojego nieposłuszeństwa, bądź znać je z obserwacji współofiara a konsekwencje mógł wymierzyć którykolwiek ze sprawców. Natomiast w przypadku przymusowego małżeństwa istniał swoisty kodeks postępowania wobec nieposłusznej „żony”, które stosował jej „mąż”.

W kontekście wyroku Izby Apelacyjnej stawiany przez piśmiennictwo zarzut, że przymusowe małżeństwo różni się od małżeństwa aranżowanego nie brakiem zgody rodziców, ale brutalnością przemocy oraz skalą zbrodni⁶⁹, nie przekonuje ponieważ nie jest poparty żadnymi dowodami. Natomiast można wątpić czy kobieta – ofiara przemocy różnicowałaby skalę brutalności zachowania w zależności od tego, czy zdarzyło się ono podczas działań zbrojnych czy w czasie pokoju (czy gwałt w czasie pokoju przynosi mniejsza traumę niż w czasie wojny?), bądź od tego czy los taki dotknął więcej kobiet (argument rozpoznań danego przestępstwa).

Należy także ustosunkować się krytycznie do wyrzykowego powoływania przez piśmiennictwo tez, bez ich rzetelnego powołania, szerszego kontekstu i uzasadnienia, bowiem np. zarzut, że wymienione przez Izbę Procesową „powinności małżeńskie” (*“conjugal duties”*) takie jak gotowanie, sprzątanie, stanowią inkorporację stereotypowego pojmowania pracy kobiet w orzecznictwie międzynarodowego prawa⁷⁰ stanowią nie tylko nieprawdziwy wniosek, ale mogą także wprowadzić w poważny błąd co do argumentacji Trybunału. Co prawda rzeczywiście użyto sformułowania „powinności małżeńskich” (*“conjugal duties”*),

⁶⁸ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC ust.195, s. 65.

⁶⁹ Jennifer Gong-Gershowitz, *Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity?*, Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 8, Issue 1 (Fall 2009), s. 75

⁷⁰ Jennifer Gong-Gershowitz, *Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity?*, Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 8, Issue (Fall 2009), s.74

które mimo że nie jest zbyt fortunne, nie traktuje *expressis verbis* o powinnościach kobiety, co zdaje się sugerować zarzut, zatem emocje z tym związane są tu niczym nie uzasadnione. Nie można zgodzić się również z poglądem, iż gdyby usunąć seksualny element przymusowego małżeństwa, zostałaby tylko etykieta „żony” oraz tak zwane „małżeńskie powinności”, jak gotowanie i pranie bielizny. W oparciu o tak niepełne przedstawienie stanu faktycznego postawiono pytanie czy takie zachowanie wystarcza do uznania, że mamy do czynienia z nową zbrodnią przeciwko ludzkości, aby następnie stwierdzić, że Izba Apelacyjna odpowiedziała na nie twierdząco⁷¹. Przede wszystkim należy wskazać, że teza powyższa wypacza fakty, a błędne założenia prowadzą do błędnych wniosków. Trudno zgodzić się z poglądem, że w opisie przymusowego małżeństwa nie chodzi o zachowanie sprawcy ale jedynie i wyłącznie o samą etykietkę „żony”⁷². Bowiem nie odnosi się on do skutków używania tego określenia, zwłaszcza cierpienie psychiczne⁷³ i opisu zachowań określanych jako przymusowe małżeństwo, które stanowią o modus operandi, gdyż sprawcy wiedzieli, że w ten sposób osiągają kontrolę nad kobietami. Stąd nie można poprzestać na samym stwierdzeniu, że sprawcy używali określenia „żona”, ale niezbędnym jest dodanie, że określenie to powodowało ogromne cierpienie psychiczne ofiar, które jak podnosi sędzia Doherty w swoim zdaniu odrębnym jest wystarczającym powodem aby uznać czyn za zbrodnię przeciwko ludzkości, ponieważ „zbrodnia jest przede wszystkim rozpatrywana przez pryzmat psychicznego i moralnego cierpienia ofiary”, co również podzieliła Izba Apelacyjna w swoim wyroku⁷⁴.

Z związku z wielkim cierpieniem psychicznym ofiar przymusowych małżeństw Izba Apelacyjna udzieliła twierdzącej odpowiedzi na pytanie, czy przymusowe małżeństwo wypełnia elementy zbrodni „innych nieludzkich czynów”.

Przy czym zgodnie z art. 2 Statutu Izba Apelacyjna Trybunału wymieniła następujące elementy, jako konstytuujące przestępstwo nieludzkich czynów:

1. sprawca dopuszczając się nieludzkiego czynu spowodował ogromne cierpienie lub poważne uszkodzenie ciała lub zdrowia psychicznego lub fizycznego;

⁷¹ Ibidem, s. 64.

⁷² Ibidem, s. 68.

⁷³ Prokurator Rapp uważał, że jedynym sposobem dochodzenia odpowiedzialności za szkody psychiczne spowodowane przez pozaseksualne elementy przymusowego małżeństwa jest uznanie go za oddzielną zbrodnię przeciwko ludzkości na gruncie międzynarodowego prawa karnego, *Forced Marriage Appeal May Influence ICC*, 24.07.2007, dostępne na: <http://iwpr.net/index.php?m=p&o=337374&s=f&apc> (odwiedzone 20.12.2010).

⁷⁴ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC, ust.193, 63.

2. waga przedmiotowego czynu była porównywalna do zachowań przywołanych w art. 2 lit. a) - h) Statutu; oraz
3. sprawca miał świadomość istnienia okoliczności fatycznych, które stanowią o wadze czynu (Patrz: Rome Statute, Elementy Przepistwa, Art. 7 ust. 1 lit. k)⁷⁵. Obejmuje to sytuację, gdy sprawca wiedział, że bardziej prawdopodobnym jest iż jego działanie lub zaniechanie spowoduje poważne fizyczne cierpienie lub poważne uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia psychicznego lub fizycznego, niż że ten skutek nie wystąpi albo dopuścił się poważnego ataku skierowanego przeciwko ludzkiej godności i przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego i na to się godzi⁷⁶.

Izba Apelacyjna wyraziła zdecydowany pogląd, iż waga przymusowego małżeństwa była porównywalna do innych wymienionych zbrodni przeciwko ludzkości, w tym uwięzienia, tortur, gwałtu, niewolnictwa seksualnego oraz przemocy seksualnej⁷⁷. Natomiast sprawcy mieli świadomość przestępczego charakteru swojego zachowania⁷⁸.

Ponadto Izba Apelacyjna przychyliła się do twierdzenia Prokuratora, że zarzut 8 aktu oskarżenia dotyczący innych nieludzkich czynów, jako stanowiący zwyczajowe prawo międzynarodowe nie narusza zasady *nullum crimen sine lege*⁷⁹.

Przymusowe małżeństwo w sprawie RUF

W wyroku w sprawie RUF Izba Procesowa uznała Hassana Sesaya, Morrisa Kallona i Augustine'a Gbao za winnych dwóch odrębnych zbrodni przeciwko ludzkości: niewolnictwa seksualnego oraz „innego nieludzkiego czynu” scharakteryzowanego przez Izbę Procesową jako przymusowe małżeństwo. Przyjmując kumulatywną kwalifikację za obydwie zbrodnie w oparciu o elementy wskazane w wyroku Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC uzasadniła swoje orzeczenie tym, że „związek małżeński” związany z długotrwałą stygmatyzacją społeczną, która utrudniała ofierze powrót do zdrowia i reintegrację społeczną, został jej narzucony siłą. Wskazała również na cierpienia, które łącznie z okaleczeniami fizycznymi były wyrządzane kobietom dotkniętym zjawiskiem przymusowych małżeństw. Izba uznała, że zachowanie sprawców polegające na braniu „żon”

⁷⁵ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC, ust. 198, s.65.

⁷⁶ Prosecutor v. Mitar Vasiljevic (Trial Judgement) IT-98-32-T, 29.11.2002, ust. 236, s.89-90.

⁷⁷ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC, ust. 200, s. 66.

⁷⁸ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC 201, s. 66.

⁷⁹ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie AFRC, ust. 198, s. 65.

spowodowało poważne cierpienie lub poważne uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia psychicznego⁸⁰. To ostatnie twierdzenie nie jest jednomyślnie przyjmowane w piśmiennictwie, bowiem podnosi się, iż określanie kobiet lub dziewcząt jako „żony” stanowi dowód zamiaru zademonstrowania stosunku właścicielskiego, dominacji czy kontroli, aniżeli dowód zamiaru narzucenia „statusu małżeńskiego”, który oznacza wzajemne korzyści i obowiązki, których tu zupełnie brak⁸¹. Powyższe twierdzenie nie wydaje się uzasadnione, bowiem przymusowe „małżeństwo”, oprócz samej niezbyt fortunnej nazwy, może wprowadzać w błąd w związku z pojęciem aranżowanych małżeństw na gruncie praw człowieka.

Podsumowanie i wnioski

Niewątpliwie przymusowe małżeństwo skutkuje krańcowymi uczuciami poniżenia i upokorzenia zarówno u ofiar jak i ich rodzin. Jej ofiary podlegają stygmatyzacji i wykluczeniu. Kobiety zamiast otrzymać pomoc są odrzucane. To odrzucenie emocjonalne i społeczne stanowi najgorszą konsekwencję dla ofiar⁸².

Zatem skuteczna reakcja na takie traktowanie kobiet w czasie konfliktów zbrojnych wymaga woli politycznej przywódców w zakresie wyraźnego mandatu do podjęcia walki z przemocą (seksualną) wobec kobiet, wypracowania przejrzystych dyrektyw, wytycznych, jak również zapewnienia wsparcia dla lokalnych społeczności kobiet w celu udzielenia pomocy ofiarom przemocy seksualnej⁸³.

Jest to tym bardziej istotne, że skala zjawiska jest ogromna. Spośród 733 losowo wybranych kobiet, spośród których 143 (20 procent) były to dziewczęta w wieku od 6 do 17 lat – 383 (52 procent) doznało przemocy seksualnej, 345 (47 procent) przyznało, że zostały zgwałcone, a 192 (26 procent) zeznało, że padły ofiarą zbiorowego gwałtu, natomiast 306 (41 procent) oświadczyły, że były porwane a 25 (3 procent) przyznało, że zostały zmuszone do poślubienia swojego porywacza⁸⁴.

⁸⁰ Wyrok Izby Procesowej w sprawie RUF, SCSL-04-15-T, ust. 1293, s. 400.

⁸¹ Jennifer Gong-Gershowitz, *Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity?*, Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 8, Issue 1 (Fall 2009) s. 76.

⁸² Heidemarie Wiecek-Zeul, *Violence against women in conflicts –How can development policy help?* High Level Conference, 5.03.2009 Berlin, s.17-18.

⁸³ *Violence against women in conflicts –How can development policy help?* High Level Conference, 5.03.2009 Berlin, s. 24.

⁸⁴ *The Impact of Conflict on Woman and Girls in West and Central Africa and the UNICEF Response* 7, 2005, s. 7 (dostępne na: www.unicef.org/publications/files/Impact_final.pdf odwiedzone 29.03.2011).

Na tym tle wydany wyrok jest niezwykle istotny dla międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości⁸⁵. Izba Apelacyjna podkreśliła szczególne psychologiczne cierpienie ofiar oraz ich stygmatyzację, które zostały uznane za odmienne od pozostałych form przemocy seksualnej, w szczególności niewolnictwa seksualnego. Mimo pewnych braków w sferze argumentacji w uzasadnieniu wyroków należy uznać wyrok Izby Apelacyjnej za bardzo ważny bowiem podjął próbę wyraźnego sformułowania przestępstwa przymusowego małżeństwa, który wyznaczył oczekiwany od dawna kierunek i powinien znaleźć kontynuację w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Karnego i trybunałów *ad hoc*.

Nie należy zapominać jednak o innym wymiarze tego zjawiska – ofiary przymusowych małżeństw w Sierra Leone, które często są odrzucane przez własne rodziny i społeczności, często z dziećmi, walczą o przetrwanie⁸⁶. Prawdopodobnie dla nich bardziej istotnym są wartości materialne pozwalające przeżyć niż uznanie ich cierpienia przez judykaturę. Kwestia ta stanowi jeden z głównych problemów międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości, bowiem rzadko zapadłe wyroki zbiegają się z wysiłkami w kwestii uzyskania odszkodowań⁸⁷.

Reasumując, należy stwierdzić, że przymusowe małżeństwo może obejmować swoim zakresem przemoc seksualną lub niewolnictwo, jednak obejmuje ono również odrębne elementy, w tym warstwę słowną zjawiska akcentującego używanie określenia „żony”, będącym nie tylko cynicznym przydomkiem, ale też odzwierciedleniem rzeczywistej kontroli sprawowanej nad kobietą i było rodzajem psychologicznej manipulacji jej uczuciami i wolą. Ponadto, w odróżnieniu do niewolnictwa seksualnego, jak wskazała Izba Apelacyjna Trybunału, przymusowe małżeństwo dotyczyło stosunków zindywidualizowanych: pomiędzy ofiarą („żoną”) a sprawcą.

Zatem Trybunał Specjalny dla Sierra Leone był w stanie zidentyfikować zachowania stanowiące przymusowe małżeństwo, które stanowi zbrodnię przeciwko ludzkości jako inny nieludzki czyn, natomiast nie był w stanie doprecy-

⁸⁵ Zob. D. Steinberg, *Make Forced Marriage a Crime Against Humanity: The UN Must*

Protect Conflict Zone “Bush Wives,” Christian Science Monitor, June 9, 2008, s. 9; M. Frulli, *Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a ‘New’ Crime against Humanity*, Journal of International Criminal Justice, June 2008, s. 1033.

⁸⁶ Amnesty International Report, *Sierra Leone: Getting reparations right for survivors of sexual violence*, 1.11.2007, AFR 51/005/2007, dostępne na: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR51/005/2007/en/4cda5d8e-d370-11dd-a329-2f46302a8cc6/afr510052007en.pdf>, s. 7-9 (odwiedzane 20.12.2010 r.).

⁸⁷ Stephen Rapp, *Violence against women in conflicts –How can development policy help?* High Level Conference, 5.03.2009 Berlin, s. 34.

zować tych zbrodni w formie niebudzącej wątpliwości definicji. Niemniej uznać należy, że powszechnie akceptowane standardy międzynarodowe pozwoliły Trybunałowi na skazanie winnych kolejnej zbrodni przeciwko ludzkości, a wydane wyroki zmierzają w kierunku wypracowania jednolitej linii orzeczniczej w tym zakresie, ponieważ wydane orzeczenia na elemencie cierpienia ofiary zgodnie z ogólnym duchem prawa humanitarnego, które przede wszystkim ma na celu ochronę ludzkiej godności, co należy uznać za zdecydowanie pozytywne i pożądane rozwiązanie.

FORCED MARRIAGE AS A CRIME AGAINST HUMANITY UNDER THE JURISPRUDENCE OF THE SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE

This article attempts to make progress on understanding the problems linked to forced marriage, as The Special Court for Sierra Leone the first time ever acknowledged it as a crime against humanity, and consequently recognized the women afflicted by it (bush wives, rebel wives) as victims.

The forced marriage was not embraced in the international agreements until now. The need of protection of women in the armed conflicts has become indispensable, because of the very frequent use of such strategy of violence against women during armed conflicts. It found a reflection in several UN Security Council resolutions: S/RES/1820 (2008), S/RES/1829 (2008) and S/RES/1325 (2000), which in particular are concerned with the protection of women's rights through the mechanisms of transitional justice and criminal justice.

Yet, forced marriage has not been recognized as a separate crime by other international criminal courts. Nevertheless, the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and International Criminal Tribunal for Rwanda contributed to creating a new crime on the ground of international law.

Undoubtedly, forced marriage results in extreme feelings of humiliation and indignity both by the victims and their families. The bush wives instead of being accepted are being excluded from the community. This emotional and social rejection becomes the worst consequence for the victims.

Against this background the judgments of the Special Court for Sierra Leone is very important for the international criminal justice, since the Appeals Chamber of the Court in the AFRC case underlined the particular suffering of victims and their stigmatization, which were considered different than in other forms of sexual violence, especially sexual slavery.

Informacje dla Autorów

Prosimy o nadsyłanie artykułów w formie elektronicznej (na dyskietkach bądź e-mailem) oraz w formie komputerowych wydruków na adres:

Kwartalnik „Studia Prawnicze”
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
ul. Nowy Świat 72
00-330 Warszawa
e-mail: inp@inp.pan.pl

Komputerowy wydruk winien być podpisany własnoręcznie przez Autora.

Artykuły powinny spełniać następujące warunki formalne:

- **Abstrakt:** tekst powinien być poprzedzony nie dłuższym niż 200 słów streszczeniem, zawierającym informację o tematyce i głównych tezach artykułu. Abstrakt, łącznie z tytułem, należy przetłumaczyć na język angielski.
- **Tekst:** Objętość artykułu nie powinna przekraczać dwóch arkuszy wydawniczych (ok. 44 strony znormalizowane, 80 000 znaków typograficznych). Cytowanie i powołania innych autorów powinny być oznaczone w tekście w formie przypisów, umieszczonych na dole odnośnej strony i mieć formę przyjętą w ostatnich zeszytach kwartalnika. Pełną bibliografię należy dołączyć na osobnej stronie na końcu artykułu.

Autor jest zobowiązany podać swoją afiliację i tytuł naukowy oraz adres korespondencyjny: stacjonarny i mailowy.

Recenzje: o przyjęciu bądź nieprzyjęciu artykułu do druku decyduje opinia dwóch recenzentów.

Nadesłane materiały nie będą zwracane.