

INP PAN
P-295

OLSKA AKADEMIA NAUK
STYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia

PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- **Koncepcja obowiązku ochrony podstawowych swobód**
- **Gwarancje swobody sumienia sędziego
w procesie cywilnym**
- **Napaść zbrojna w prawie międzynarodowym
– w poszukiwaniu współczesnej definicji**
- **Zestrzelenie samolotu typu *renegade*
a poszanowanie podstawowych praw człowieka**
- **Produkt kosmetyczny: analiza pojęcia
dla celów regulacyjnych**

3(177)
2008

WARSZAWA 2008
WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR

**POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH**

STUDIA PRAWNICZE

**Zeszyt
3(177) 2008**



**WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR
Warszawa 2008**

KOMITET REDAKCYJNY

ANDRZEJ BIERĆ, MAŁGORZATA BOGOMILSKA-KRÓL, JANUSZ BORKOWSKI,
JERZY CIEMNIEWSKI, LECH GARDOCKI, WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI, EWA ŁĘTOWSKA,
MARIA KRUK-JAROSZ, MARIA MATEY-TYROWICZ, JOANNA MUCHA, JAN SKUPIŃSKI,
TADEUSZ SMYCZYŃSKI, ANDRZEJ SZAJKOWSKI, ELŻBIETA TOMKIEWICZ,
ROMAN WIERUSZEWSKI, ANDRZEJ WRÓBEL, MACIEJ ZIELIŃSKI

Redakcja:

ANDRZEJ BIERĆ	redaktor naczelny
TADEUSZ SMYCZYŃSKI	z-ca red. naczelnego
JOANNA MUCHA	sekretarz Redakcji

© Copyright 2008 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 022 826·52·31 w. 181
fax 022 826·78·53
e-mail: inp@inp.pan.pl

**na stronie www.scholar.com.pl
można także kupić (oprócz zeszytów archiwalnych)
całe numery lub poszczególne artykuły
„Studiów Prawniczych” za lata 2006–2008**

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

Redakcja i korekta: *Iwonna Olszewska-Głowińska*
Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR (*Stanisław Beczek*), ul. Krakowskie Przedmieście 62
00-322 Warszawa
tel./fax 022 828·95·63, 022 828·93·91, 022 826·59·21
e-mail: info@scholar.com.pl, scholar@neostrada.pl, www.scholar.com.pl
Nakład: 500 egz. + 20 egz.
Druk i oprawa: Eikon Plus, Kraków

SPIS TREŚCI

dr hab. **Marek Szydło**

Uniwersytet Wrocławski

<i>Koncepcja obowiązku ochrony podstawowych swobód. Pośredni horyzontalny skutek przepisów TWE o podstawowych swobodach</i>	5
I. Negacja bezpośredniego horyzontalnego skutku przepisów TWE o podstawowych swobodach	5
II. Zagadnienie związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi. Obowiązek ochrony oraz bezpośredni horyzontalny skutek praw podstawowych	7
III. Teleologiczne oraz strukturalne relacje pomiędzy prawami podstawowymi a swobodami podstawowymi	18
IV. Recepja obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku na gruncie podstawowych swobód rynku wewnętrznego	22
V. Uwagi końcowe	37
<i>The concept of duty of protection of fundamental freedoms. The indirect horizontal effect of EC Treaty rules of fundamental freedoms</i>	38

Aneta Łazarska

asesor Sądu Rejonowego dla Warszawy Woli, Warszawa

<i>Gwarancje swobody sumienia sędziego w procesie cywilnym</i>	41
I. Sumienie sędziego jako kategoria prawna	41
II. Istota sumienia	42
III. Uprawnienie do niezawisłego i niezależnego orzekania	42
IV. Wolność procesu interpretacji prawa	44
V. Atrybut dyskrecjonalności	47
VI. Swoboda oceny dowodów	49
VII. Wolność procesu decyzyjnego	50
VIII. Niezależność myśli i ocen	51
IX. O idei jednego poprawnego rozstrzygnięcia	53
X. Odpowiedzialność przed prawem i sumieniem	54
XI. Sumienie jako gwarancja sprawiedliwego orzeczenia	55
<i>The guarantees of freedom of the judge's conscience in civil law procedures.</i>	56

dr **Michał Kowalski**

Uniwersytet Jagielloński, Kraków

<i>Napaść zbrojna w prawie międzynarodowym – w poszukiwaniu współczesnej definicji</i>	59
<i>Armed Attack in International Law – In Search of Contemporary Definition</i>	81

dr **Jan Kulesza**

Uniwersytet Łódzki

Zestrzelenie samolotu typu renegade

<i>a poszanowanie podstawowych praw człowieka</i>	83
I. Uwagi wprowadzające	83
II. Luftsicherheitsgesetz – niemiecka odpowiedź na zamachy z 11 września 2001 r.	84
III. Czy państwo może zabijać niewinnych obywateli?	87
IV. Wyrok Bundesverfassungsgerichtu z dnia 15 lutego 2006 r. .	93
V. Rozwiązanie polskie w świetle doświadczeń niemieckich. .	97
<i>Shooting down a renegade type plane and respecting basic human rights .</i>	103

dr **Marcin Ożóg**

Kraków

<i>Produkt kosmetyczny: analiza pojęcia dla celów regulacyjnych.</i>	105
I. Wstęp	105
II. Bezpieczeństwo produktów konsumpcyjnych a zagrożenie ich prawnej systematyki	107
III. Podstawowe zasady i kryteria klasyfikacji produktów konsumpcyjnych	108
IV. Pojęcie „kosmetyk” – uwagi ogólne . .	110
V. „Kosmetyk” a „produkt leczniczy”. . .	114
VI. Kosmetyki a inne kategorie produktów	129
VII. Ustawowy katalog kosmetyków	135
VIII. Pojęcie kosmetyku <i>de lege ferenda</i> . . .	136
<i>Cosmetic: Analysis of the notion for regulatory purposes .</i>	137
<i>Informacje dla Autorów.</i>	139
<i>Warunki prenumeraty „RUCH” SA</i>	140

MAREK SZYDŁO

KONCEPCJA OBOWIĄZKU OCHRONY PODSTAWOWYCH SWOBÓD. POŚREDNI HORYZONTALNY SKUTEK PRZEPISÓW TWE O PODSTAWOWYCH SWOBODACH

I. NEGACJA BEZPOŚREDNIEGO HORYZONTALNEGO SKUTKU PRZEPISÓW TWE O PODSTAWOWYCH SWOBODACH

Podmiotami zobowiązanymi z przepisów TWE o podstawowych swobodach¹, a więc adresatami tychże przepisów, są przede wszystkim państwa członkowskie². Możliwość zaś powoływania się na wspomniane przepisy przez podmioty z nich uprawnione³ wobec państw członkowskich jest nazywana bezpośrednim skutkiem, czy też bezpośrednią skutecznością przepisów o podstawowych swobodach⁴. Problematyczna i sporna jest natomiast kwestia tego, czy adresatami

¹ Chodzi o art. 28, 29, 39, 43, 49 i 56 TWE.

² Pojęcie „państwa członkowskiego” obejmuje przy tym w tym kontekście nie tylko tradycyjnie pojmowane organy państwa, wchodzące w skład władzy ustawodawczej, wykonawczej oraz sądowej, ale również rozmaite osoby fizyczne czy też jednostki organizacyjne, które są z danym państwem powiązane określonymi zależnościami natury organizacyjnej, personalnej lub też finansowej, tak iż państwo ma możliwość determinowania działalności wspomnianych osób i jednostek; zob. szerzej W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1: *Europäische Grundfreiheiten*, Berlin-Heidelberg 2004, s. 116 i n.; K. Hailbronner, G. Jochum, *Europarecht II. Binnenmarkt und Grundfreiheiten*, Stuttgart 2006, s. 89–90; D. Ehlers, *Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften*, Allgemeine Lehren, w: D. Ehlers (red.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin 2005, s. 198–199; H.D. Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, „Europarecht” 1995, nr 3, s. 209–210; M. Szydło, *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007, s. 146 i n.

³ To, jakie osoby lub podmioty mieszczą się w pojęciu „podmiotu uprawnionego” z podstawowych swobód, zależy od rodzaju wchodzącej w grę swobody. W przypadku swobody przepływu towarów oraz kapitału podmiotami uprawnionymi są tak naprawdę wszelkie możliwe podmioty prawa, a więc wszelkie osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, bez względu na ich obywatelstwo, siedzibę lub też miejsce inkorporacji. Wymienione dwie swobody mają bowiem charakter *stricto* przedmiotowy (a nie osobowy) i kwestia tego, kto się na daną swobodę powołuje, nie ma w istocie większego znaczenia. Z kolei w przypadku swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług podmiotami uprawnionymi z tychże swobód są: 1) osoby fizyczne będące obywatelami któregoś z państw członkowskich oraz 2) „spółki” w rozumieniu art. 48 TWE.

⁴ Na temat cechy bezpośredniej skuteczności norm wspólnotowego porządku prawnego zob. szerzej A.G. Toth, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, vol. 1, *Institutional Law*, Oxford 1990, s. 166 i n.; T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, s. 197 i n.; R. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2003, s. 178 i n.; R. Pescatore, *The Doctrine of „Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law*, „European Law Review” 1983, vol. 8, s. 155 i n.; S. Prechal, *Does direct effect still matter?*, „Common Market Law Review” 2000, vol. 37, s. 1047 i n.; B. de Witte, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, w: P. Craig, G. de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, s. 177 i n.; J.A. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community*

przepisów TWE o podstawowych swobodach są także (obok państw członkowskich) podmioty prywatne, a więc takie podmioty, które nie pozostają z danym państwem członkowskim w żadnych szczególnych relacjach zależności, umożliwiających temu państwu determinowanie działalności wspomnianych podmiotów⁵. Ewentualne uznanie podmiotów prywatnych za adresatów przepisów TWE o podstawowych swobodach sprawiłoby przy tym, że przepisom tym przysługiwałby dzięki temu przymiot bezpośredniej skuteczności horyzontalnej⁶.

Chociaż Trybunał Sprawiedliwości w swoim słynnym orzeczeniu w sprawie *Angonese* stwierdził, że zawarty w art. 39 TWE zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową musi być stosowany również w odniesieniu do podmiotów prywatnych⁷ (uznając tym samym podmioty prywatne za adresatów powołanego przepisu TWE), to jednak kwalifikowanie podmiotów prywatnych do kategorii adresatów przepisów Traktatu o podstawowych swobodach nie wydaje się zasadne⁸. Przeciwno takiemu pogładowi przemawia bowiem zbyt wiele doniosłych argumentów, jak chociażby ten, że w razie akceptacji wspomnianego poglądu doszłoby do daleko idącego ograniczenia przestrzeni swobody (wolności) zobowiązanych w ten sposób podmiotów prywatnych⁹, w tym zwłaszcza do ograniczenia przysługujących tym ostatnim podmiotom praw podstawowych, gwarantowanych we wspólnotowym porządku prawnym (chodzi tu np. o takie

Law, „Common Market Law Review” 1972, vol. 9, s. 425 i n.; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, 1.1, Warszawa 2000, s. 558 i n.

⁵ Rzecz jasna, państwo ma zawsze możliwość określonego wpływania na działalność podmiotów pozostających w obrębie jego suwerennej władzy (poprzez wydawanie ustaw, aktów administracyjnych itp.). Niemniej jednak w pojęciu „państwa członkowskiego” (na potrzeby przepisów TWE o podstawowych swobodach) mieszczą się tylko takie podmioty, na które państwo może wpływać w sposób szczególny, tj. przy wykorzystaniu instrumentów wykraczających poza stosowane powszechnie wobec wszystkich innych podmiotów. Podmioty niebędące pod takim szczególnym (specjalnym) wpływem państwa będą tu określane mianem „podmiotów prywatnych”.

⁶ Jeżeli zaś uznamy, że podmioty prywatne nie są adresatami przepisów o podstawowych swobodach, to wówczas przepisom tym trzeba też będzie odmówić cechy bezpośredniej skuteczności horyzontalnej; inaczej J. Baquero Cruz, którego zdaniem dany przepis TWE może być bezpośrednio horyzontalnie skuteczny nawet wówczas, gdy podmioty prywatne nie są jego adresatami; zob. J. Baquero Cruz, *Free movement and private autonomy*, „European Law Review” 1999, vol. 24, s. 605–606; na temat argumentów polemicznych w stosunku do tej tezy zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 394 i n.

⁷ Orzeczenie ETS w sprawie C-281/98 *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Zb. Orz. 2000, s. I-4139, pkt 34–36.

⁸ Słuszne jest natomiast inne twierdzenie ETS, że mianowicie adresatami omawianych przepisów są takie podmioty prywatne, które „w zbiorowy (kolektywny) sposób” regulują zarobkowe zatrudnienie czy też świadczenie usług; orzeczenia ETS w sprawach: 36/74 *B.N.O. Walrave i L.J.N. Koch v. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, Zb. Orz. 1974, s. 1405, pkt 17–18; 13/76 *Gaetano Dona v. Mario Mantero*, Zb. Orz. 1976, s. 1333, pkt 17; C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman; Royal club liegeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni oraz Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman*, Zb. Orz. 1995, s. I-4921, pkt 82–84; C-51/96 i C-191/97 *Christelle Deliege v. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo oraz Christelle Deliege v. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL i François Pacqué*, Zb. Orz. 2000, s. I-2549, pkt 47; C-176/96 *Jyri Lehtonen i Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v. Federation royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, Zb. Orz. 2000, s. I-2681, pkt 35.

⁹ H.D. Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, op. cit., s. 210.

prawa podstawowe, jak swoboda umów, prawo zrzeszania się, czy też ogólna wolność działania)¹⁰. Podmioty prywatne, będąc związane przepisami o podstawowych swobodach, musiałyby wszelkie swoje zachowania naruszające te swobody w dostateczny sposób usprawiedliwiać, zamiast korzystać z możliwie pełnej swobody postępowania¹¹. Ponadto trzeba pamiętać, że zachowania podmiotów prywatnych na rynku wewnętrznym są już w dostateczny sposób ograniczane i poddawane sankcjom na podstawie wspólnotowego prawa konkurencji i nie ma potrzeby zachowań tych w dodatkowy sposób ograniczać¹², tym bardziej że równoczesne związanie podmiotów prywatnych podstawowymi swobodami i regułami konkurencji mogłoby doprowadzić do wielu niepożądanych kolizji i sprzecznych rozstrzygnięć¹³. Bezpośredni horyzontalny skutek przepisów TWE o podstawowych swobodach stałby przy tym w opozycji do (przyjętej przez TWE) koncepcji opartego na konkurencji rynku wewnętrznego, który powinien się – poprzez rynek oraz konkurencję – sam regulować¹⁴.

II. ZAGADNIENIE ZWIĄZANIA PODMIOTÓW PRYWATNYCH PRAWAMI PODSTAWOWYMI. OBOWIĄZEK OCHRONY ORAZ BEZPOŚREDNI HORYZONTALNY SKUTEK PRAW PODSTAWOWYCH

Zagadnieniem podobnym do omawianego w niniejszym opracowaniu jest kwestia związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi (prawami człowieka), gwarantowanymi zarówno w porządkach konstytucyjnych poszczególnych państw, jak też w rozmaitych międzynarodowych traktatach dotyczących praw człowieka (zawartych także przez państwa członkowskie) oraz w samym wspólnotowym (unijnym) porządku prawnym. Jeżeli chodzi o prawa podstawowe gwarantowane w konstytucjach państw członkowskich, to zdecydowana większość krajowych porządków prawnych, razem z ukształtowaną na ich podstawie judykaturą, odrzuca koncepcję bezpośredniego związania podmiotów prywatnych wspomnianymi prawami podstawowymi. Najistotniejszy przy tym

¹⁰ Zob. szeroko K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht*, Berlin 2005, s. 161 i n.

¹¹ Nastąpiłoby więc odwrócenie obowiązującego w państwie prawnym paradygmatu: reguła (którą jest możliwie pełna swoboda postępowania jednostek) – wyjątek (którym jest ograniczenie tejże swobody), W. Kluth, *Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1997, nr 4, s. 570–571.

¹² Por. W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1, op. cit., s. 133; D. Ehlers, *Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften*, op. cit., s. 200; K. Hailbronner, G. Jochum, *Europarecht II*, op. cit., s. 94; J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin 2004, s. 136; M. Quinn, N. MacGowan, *Could Article 30 Impose Obligations on Individuals?*, „European Law Review” 1987, vol. 12, s. 167–168; C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten des EG-Vertrags unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft*, Berlin 2006, s. 46 i n.

¹³ W. Kluth, *Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, op. cit., s. 573; W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1, op. cit., s. 133; M. Quinn, N. MacGowan, *Could Article 30 Impose Obligations on Individuals?*, op. cit., s. 168–169; M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji*, op. cit., s. 418.

¹⁴ C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 59.

argument podnoszony przeciwko tej koncepcji odwołuje się do względów historycznych: mianowicie, prawa podstawowe zostały wprowadzone i zakorzenione w krajowych porządkach prawnych po to, by bronić poszczególne jednostki przed naruszeniami (wkroczeniami) powodowanymi przez państwo. W rezultacie to właśnie poszczególne państwa, nie zaś indywidualne jednostki, były od początku postrzegane jako podmioty odpowiedzialne za naruszenia praw i wolności jednostek. Ponadto ewentualne bezpośrednie związanie podmiotów prywatnych prawami podstawowymi było zawsze odbierane jako olbrzymie zagrożenie dla indywidualnej wolności, jako że podmioty uprawnione do czynienia użytku z praw podstawowych (uprawnione do powoływania ich przeciwko państwu) zostałyby nagle przez te prawa zobligowane oraz zmuszone do ich respektowania w relacjach z innymi podmiotami prywatnymi. Z drugiej wszakże strony we współczesnym społeczeństwie oraz w nowoczesnej gospodarce, w ramach których powstaje tak mnóstwo (i to wciąż wzrastających) zagrożeń ze strony poszczególnych podmiotów prywatnych dla innych jednostek, związanie tych podmiotów prawami podstawowymi staje się dla wielu coraz bardziej zasadne. Można by bowiem powiedzieć, że chociaż obowiązek respektowania praw podstawowych ogranicza w pewien sposób indywidualną wolność (podmiotów zobowiązanych), to jednak przyczynia się równocześnie do ochrony wolności innych jednostek i czyni tę ochronę bardziej efektywną¹⁵.

Od razu wszakże należałoby stwierdzić, że ochrona praw podstawowych poszczególnych jednostek przeciwko wkroczeniom (naruszeniom) powodowanym przez inne podmioty prywatne (która staje się tak istotna we współczesnym świecie) bynajmniej niekoniecznie musi być realizowana poprzez bezpośrednie związanie podmiotów prywatnych prawami podstawowymi, tj. poprzez nakładanie na te podmioty obowiązku przestrzegania praw podstawowych. W tym bowiem kontekście dostępne są także i inne prawne środki wspomnianej ochrony (przeciwko naruszeniom powodowanym przez podmioty prywatne). Jednym zaś z takich podstawowych środków, wypracowanym w ramach dogmatyki praw podstawowych, jest koncepcja tzw. obowiązku ochrony (*Schutzpflicht*). Ów wspomniany obowiązek ochrony jest pewnym rodzajem prawnego obowiązku, który zostaje nałożony na poszczególne państwa. Będąc zwiazanymi przez taki obowiązek, poszczególne państwa są zobligowane do podejmowania odpowiednich działań chroniących podmioty prywatne przeciwko innym jednostkom, które (w sposób bezprawny) wkraczają w prawa podstawowe przysługujące tym pierwszym podmiotom. Wkraczając w te prawa podstawowe, poszczególne jednostki (intruzi) mogą naruszać wiele istotnych dóbr i wartości, które są tradycyjnie chronione przez prawa podstawowe. W tym kontekście można wymienić chociażby: życie,

¹⁵ Zdaniem R. Alexy'ego, jednym z istotnych nieomogów debaty dotyczącej związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi jest to, że na pierwszym planie stawiana jest zazwyczaj kwestia ograniczenia indywidualnej wolności (zobowiązanych) podmiotów prywatnych, kwestia zaś ochrony wolności innych podmiotów prywatnych spychana jest na dalszy plan. Tymczasem ograniczenie wolności podmiotów prywatnych oraz ochrona tej wolności w odniesieniu do innych podmiotów są wartościami równoważnymi, które powinny być zawsze wzajemnie wyważane; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1994, s. 491.

zdrowie, godność osobową, indywidualną wolność, rodzinę czy też własność. W rezultacie państwo jest zobligowane do zapobiegania oraz do zwalczania wspomnianych (bezpprawnych) naruszeń dóbr i wartości chronionych przez prawa podstawowe, tak aby zagwarantować poszczególnym jednostkom (uprawnionym do czynienia użytku z praw podstawowych), że ich prawa są w pełni i efektywnie chronione oraz że nie będą unicestwione wskutek nadużywania prywatnej autonomii przez inne podmioty prywatne. Możliwe i dostępne środki wspomnianej ochrony (tj. zapobiegania i zwalczania naruszeń) są różnorodne, przykładowo obejmują: prawo karne (które może kwalifikować poszczególne rodzaje naruszeń praw podstawowych jako przestępstwa, zagrożone sankcjami karnymi), prawo deliktowe (które może traktować wspomniane naruszenia jako cywilnoprawne delikty, przyznając osobom poszkodowanym konkretne prywatnoprawne roszczenia), stosowne rozwiązania proceduralnoprawne, akty administracyjne wydawane przez władze publiczne czy też pewne działania faktyczne. Korelatem omawianego tutaj i spoczywającego na państwie obowiązku ochrony są prawa poszczególnych jednostek (prawa do ochrony), które na podstawie tych praw mogą się domagać od państwa konsekwentnego realizowania wspomnianych pozytywnych prawnych i faktycznych działań ochronnych, ukierunkowanych w ostatecznym rozrachunku na rozgraniczenie sfer wolności poszczególnych równych jednostek, a przy tym mogących być skutecznym narzędziem wdrażania (uskuieczniania) tego rozgraniczenia. W ten sposób, zaspokajając wzmiankowane prawo podmiotów prywatnych, państwo wypełnia jedno ze swoich głównych zadań¹⁶.

Można inaczej powiedzieć, że spoczywający na państwie obowiązek ochrony jest konstytucyjnym obowiązkiem, który obliguje państwo do tworzenia porządku prawnego regulującego relacje (stosunki) pomiędzy poszczególnymi równymi jednostkami, tak aby rozgraniczyć sfery wolności poszczególnych jednostek i chronić te sfery przed bezprawnym naruszaniem powodowanym przez podmioty prywatne we wzajemnych stosunkach między sobą.

Należy podkreślić, że omawiany tutaj obowiązek ochrony nie spoczywa na poszczególnych jednostkach (intruzach), których działalność stanowi zagrożenie dla dóbr i wartości chronionych prawami podstawowymi, lecz jest nałożony na państwo. Wypełniając ów obowiązek ochrony, państwo jest zobligowane do kreowania odpowiednich środków prawnych, które powinny być do dyspozycji podmiotów prywatnych i które mogłyby być wykorzystywane przeciwko intruzom. Istotne jest przy tym spostrzeżenie, że jeżeli spoglądamy na prawa podstawowe w ich tradycyjnym wymiarze, tj. jeżeli postrzegamy je jako prawa obronne przeciwko państwu, wówczas przedmiot tych praw, obejmujący swoim zakresem określone działania i zaniechania podmiotów uprawnionych, powinien być definiowany jako obszar, który jest w pewien sposób wyodrębniony (odgraniczony) i który jest (co do zasady) niedostępny dla władz publicznych. Jeżeli natomiast spoglądamy na prawa podstawowe z punktu widzenia omawianego obowiązku

¹⁶ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 410.

ochrony, to wówczas przedmiot ochrony tychże praw musi być definiowany i ujmowany jako pozytywne dobro prawne (jako pozytywne dobro chronione), którego integralność oraz nienaruszalność przed bezprawnymi działaniami innych podmiotów prywatnych (intruzów) państwo ma obowiązek zagwarantować¹⁷.

W tradycyjnej koncepcji praw podstawowych, w ramach której nacisk jest położony na obronny wymiar (obronną funkcję) tychże praw, państwo jawi się jako potencjalny przeciwnik czy też oponent wspomnianych praw. W kontekście natomiast opisywanego obowiązku ochrony państwo staje w pozycji „przyjaciela” praw jednostek. Ta różna pozycja państwa (przyjaciela oraz oponent) nie stoi bynajmniej w opozycji do roli państwa odzwierciedlanej we współczesnych konstytucjach. Z jednej bowiem strony państwo jest w stanie wkraczać w prawa podstawowe jednostek (i dlatego jest zobligowane przez konstytucję do powstrzymywania się od – przynajmniej tych nadmiernych i nieuzasadnionych – wkroczeń), z drugiej natomiast strony jedynie państwo ma tak naprawdę możliwość zapobiegania oraz zwalczania zagrożeń dla praw podstawowych, za które odpowiedzialne są inne podmioty prywatne. W rezultacie obciążający państwo obowiązek ochrony dóbr prawnych mieszczących się w przedmiocie poszczególnych praw podstawowych nie jest bynajmniej żadnym „obcym ciałem” w ramach konstytucyjnoprawnego rozumienia praw podstawowych. Nawet jeżeli konstytucja danego państwa nie wyraża takiego obowiązku wprost (*explicit*) i trzeba go dopiero wyprowadzać (wyinterpretowywać) z poszczególnych jej norm, nie oznacza to wówczas w żadnym wypadku kreowania (tworzenia) czegoś zupełnie nowego. Ujmując rzecz obrazowo, można by powiedzieć, iż jest to wówczas jedynie swego rodzaju otwieranie zapomnianej strony konstytucji (konstytucji państwa prawnego), potwierdzenie zaś, że tego rodzaju obowiązek ochrony rzeczywiście na państwie spoczywa, jest legitymowane chociażby tym, iż państwo obciąża ogólny obowiązek utrzymywania w swoich ramach pokoju i porządku¹⁸.

Realizacja przez państwo obciążającego je obowiązku ochrony jest w nieuchronny sposób związana z wkraczaniem w prawa podstawowe intruzów. Jest oczywiste, że działalność tychże intruzów, skierowana przeciwko prawom podstawowym innych podmiotów prywatnych, mieści się jednocześnie w przedmiocie ochrony im z kolei przysługujących określonych praw podstawowych (np. wolność wyrażania poglądów, wolność stowarzyszania się, wolność zgromadzeń, wolność działalności gospodarczej). W rezultacie, realizując obciążający je obowiązek ochrony, państwo ma do czynienia z dwoma (lub więcej) podmiotami praw podstawowych o wzajemnie kolidujących (sprzecznych) ze sobą interesach. Mianowicie, z jednej strony występuje ofiara, a więc podmiot prawa podstawowego, którego przedmiot (tj. chronione dobro prawne) został naruszony lub też

¹⁷ J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, w: J. Isensee, P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V: *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg 1992, s. 146.

¹⁸ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1: *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München 1988, s. 946.

co najmniej narażony na niebezpieczeństwo przez inną osobę prywatną (tj. przez intruza). Z drugiej natomiast strony występuje intruz, a więc podmiot, którego działania naruszyły lub zagroziły chronionemu dobru prawnemu ofiary (tj. dobru w postaci przedmiotu pewnego prawa podstawowego) i który to intruz uczynił to, opierając się – przynajmniej *prima facie* – na przysługującym mu określonym prawie podstawowym. Wypełniając swój obowiązek ochrony (na korzyść ofiary), państwo narusza prawa podstawowe intruzów, a mówiąc dokładniej – narusza mieszczące się w strukturze tych praw prawo (roszczenie) do obrony przed ingerencjami państwa w działania i zaniechania objęte przedmiotem danego prawa. Owo naruszenie powinno przy tym rzecz jasna w pełni czynić zadość tym wszystkim wymogom i przesłankom, jakie przewiduje konstytucja na wypadek wszelkich ograniczeń (i naruszeń) praw podstawowych (oraz mieszczącego się w nich prawa do obrony). W efekcie ochrona przez państwo przysługujących poszczególnym jednostkom praw podstawowych – realizowania w ramach obciążającego państwo obowiązku ochrony – okazuje się czymś ambiwalentnym: podczas gdy dla jednych (a konkretnie dla ofiar) stanowi ona niezaprzeczalną korzyść, dla drugih (a konkretnie dla intruzów) jest ona równoznaczna z określonym obciążeniem (ograniczeniem). W omawianym tutaj kontekście powstaje przy tym swoisty prawny trójkąt o następujących wierzchołkach: państwo – ofiara – intruz. Z punktu widzenia gwarantowanych konstytucyjnie praw podstawowych ofierze przypada w tym przypadku status pozytywny, tzn. przysługuje jej prawo do ochrony, intruzowi zaś przypada wówczas w udziale status negatywny, tzn. przysługuje mu prawo do obrony¹⁹.

Stojąc wobec – opisanych wyżej – kolidujących interesów podmiotów prywatnych (ofiary i intruzów), państwo jest zobowiązane do dokładnego wyważenia wspomnianych interesów oraz do znalezienia rozwiązania kompromisowego. Tego rodzaju wyważenia oraz pogłębionej oceny dokonuje z reguły ustawodawca zwykły, projektujący odpowiednie środki legislacyjne mające na celu realizację ciążącego na państwie obowiązku ochrony, przy czym powinien on w takich przypadkach respektować ogólną zasadę: *volenti non fit iniuria* (chcącemu nie dzieje się krzywda). Zgodnie z tą zasadą, jeżeli w prywatnoprawnych (tj. w poziomych) relacjach pomiędzy ofiarą a intruzem (jako podmiotami praw podstawowych) dominuje element dobrowolności i samostanowienia, ofiara zaś (jako podmiot danego prawa podstawowego) ma możliwość wyrażania dobrowolnej i niewymuszonej zgody na pewne ingerencje w przedmiot jej chronionego prawa ze strony innych podmiotów prywatnych, to wówczas intensywność ochronnych działań państwa (realizowanych w wykonaniu ciążącego na państwie obowiązku ochrony) powinna być mniejsza. W przeciwnym bowiem wypadku mogłoby dojść do niepożądanego i niepotrzebnego ograniczenia wolności i autonomii jednostek. Jeżeli natomiast w prywatnoprawnych relacjach pomiędzy ofiarą a intruzem element dobrowolności i samostanowienia występuje w mniejszym stopniu, ofiara zaś ma zdecydowanie mniejsze możliwości, aby przeciwstawić się bezprawnym

¹⁹ J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, op. cit., s. 147.

działaniom innych podmiotów prywatnych godzących w przedmiot danego prawa, wówczas siła i intensywność działań ochronnych państwa (związanych rzecz jasna z koniecznym wkroczeniem w prawa podstawowe intruzów) powinna być relatywnie większa²⁰.

Drugą ważną koncepcją wypracowaną w ramach dogmatyki praw podstawowych, dzięki której możliwe jest zapobieganie oraz zwalczanie (bezprawnych) naruszeń praw podstawowych powodowanych przez podmioty prywatne i która może być przy tym wykorzystywana w miejsce bezpośredniego związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi, jest koncepcja tzw. pośredniego horyzontalnego skutku praw podstawowych. Koncepcja ta została zbudowana na założeniu, że poszczególne prawa podstawowe są nie tylko prawami podmiotowymi o charakterze obronnym wobec państwa, a więc prawami, które mogą być wykorzystywane przez podmioty uprawnione w celu domagania się od państwa zaniechania wkraczania w sferę działań i zaniechań objętych przedmiotem danego prawa. Oprócz tego obronnego wymiaru poszczególne prawa podstawowe ucieleśniają też w sobie określony obiektywny porządek wartości, który jest konstytucyjnym rozstrzygnięciem o zasadniczym charakterze i który obowiązuje w przypadku (na gruncie) wszystkich działów prawa. Ten obiektywny porządek wartości daje impulsy dla działalności ustawodawczej, wykonawczej (administracyjnej) oraz sądowniczej państwa²¹. W rezultacie prawa podstawowe są wartościami o charakterze obiektywnym, które wiążą wszystkie (trzy) rodzaje władz w danym państwie.

Okoliczność, że prawa podstawowe są „wartościami”, oznacza, że mają one – z prawnego punktu widzenia – status zasad, a więc są normami, które obligują państwo do realizacji pewnego stanu rzeczy w takim stopniu (tak dalece), jak jest to tylko prawnie oraz faktycznie możliwe. Innymi słowy, zasady, włączając w to prawa podstawowe, są nakazami optymalizacji²².

Z kolei fakt, że prawa podstawowe są wartościami „obiektywnymi”, oznacza, że w ich przypadku istnieje konieczność abstrahowania od subiektywnej czy też podmiotowej strony tychże zasad. Wartości te muszą być po prostu realizowane (urzeczywistniane), bez względu na to, kto zagraża tym wartościom i w jakiej formie to czyni. Państwo ma po prostu obowiązek zagwarantowania realizacji tych zasad²³.

Prawa podstawowe, będąc „obiektywnymi wartościami” w powyższym rozumieniu, są uznawane za „konstytucyjne rozstrzygnięcie o charakterze fundamentalnym”²⁴, „fundamentalne normy decydujące o wartościach”²⁵, „rozstrzygnięcia,

²⁰ E. Klein, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1989, nr 27, s. 1636.

²¹ BVerfGE (Niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny) 39, 1 (41).

²² R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 75–76, 130 i n.

²³ Ibidem, s. 478–479.

²⁴ BVerfGE 7, 198 (205).

²⁵ BVerfGE 30, 173 (188).

które przesadzają o wartościach”²⁶, lub „idee, które dominują w ramach konstytucji”²⁷. Te obiektywne wartości promieniują na wszystkie działy (gałęzie) prawa.

Opierając się na założeniu, że prawa podstawowe są obiektywnymi wartościami promieniującymi na wszystkie działy prawa, koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku stanowi, że prawa podstawowe wpływają na interpretację oraz na stosowanie prawa prywatnego (a więc tego działu prawa, który reguluje prawne relacje pomiędzy podmiotami prywatnymi), przede wszystkim przez sędziów. Zgodnie z omawianą koncepcją prawa podstawowe powinny być uwzględniane i urzeczywistniane w przypadku interpretacji i stosowania każdej normy prywatnoprawnej, aczkolwiek tego rodzaju proprawnopodstawowe podejście uzyskuje szczególne znaczenie w przypadku tzw. klauzul generalnych, a więc norm, które mają charakter otwarty (zostały sformułowane w sposób otwarty) i które pozwalają na przyjmowanie bardzo różnych interpretacji. Odwołując się do koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku i interpretując w związku z tym dany przepis prawa prywatnego w świetle praw podstawowych (tak, aby urzeczywistnić te prawa), sędzia może interpretować tenże przepis nawet w taki sposób, który pozostaje w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem²⁸. Chociaż przy tym prawa podstawowe wpływają na interpretację prawa prywatnego, to jednak normy tego prawa nadal zachowują swój prywatny charakter, prawa i obowiązki kreowane zaś przez te normy nadal są prawami i obowiązkami o charakterze prywatnoprawnym. Równocześnie wszakże każdy sędzia przy interpretacji oraz przy stosowaniu takich norm ma obowiązek uwzględniać wpływ, jaki wywierają na nie prawa podstawowe²⁹.

Ujmując powyższe wskazania w nieco bardziej konkretny sposób, można by powiedzieć, że jeżeli pomiędzy podmiotami prywatnymi istnieje spór w kwestii, która jest regulowana przez prawo prywatne (np. spór dotyczący naruszenia prawa własności danego podmiotu przez inny podmiot prywatny lub spór dotyczący szkody wyrządzonej określonej podmiotowi przez inną jednostkę), sędzia rozstrzygający ten spór na podstawie przepisów prawa prywatnego jest zobligowany – właśnie ze względu na koncepcję pośredniego horyzontalnego skutku praw podstawowych – do interpretacji oraz stosowania powyższych przepisów (rządzących wzajemnymi relacjami pomiędzy stronami danego sporu) w taki sposób, aby wziąć pod uwagę te prawa podstawowe (te konstytucyjne zasady i wartości zawarte w prawach podstawowych), które przemawiają na korzyść pozycji strony sporu dochodzącej swojego roszczenia (pozycji) na podstawie przepisów prawa prywatnego. Innymi słowy, opierając się na porządku konstytucyjnym, sędzia jest zobligowany do zbadania, czy materialne przepisy prawa prywatnego stosowane przez niego w określonej sprawie są w jakikolwiek sposób powiązane

²⁶ BVerfGE 42, 64 (73).

²⁷ BVerfGE 42, 64 (74).

²⁸ BVerfGE 34, 269 (279 i n.); taka interpretacja, która pozostaje w sprzeczności z literalnym brzmieniem danego przepisu, nosi nazwę „teleologicznej redukcji”; H. Brandenburg, *Die teleologische Reduktion*, Göttingen 1983, *passim*.

²⁹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 481.

z prawami podstawowymi. Jeżeli sędzia stwierdzi istnienie takich powiązań, to wówczas interpretując oraz stosując wspomniane przepisy, ma on obowiązek zaakceptowania pewnych ich modyfikacji, które wynikają z faktu powiązania ich z konkretnymi prawami podstawowymi³⁰.

Jest przy tym rzeczą oczywistą, że gdy istnieje spór pomiędzy podmiotami prywatnymi (rządzony i rozstrzygany na podstawie przepisów prawa prywatnego), prawa podstawowe (tzn. wartości i zasady ucieleśnione w tych prawach) bardzo często przemawiają na korzyść pozycji nie tylko jednej strony sporu. Zazwyczaj bowiem każda ze stron takiego sporu znajduje się w pozycji podmiotu uprawnionego z jakiegoś prawa podstawowego i każda z nich jest uprawniona do uczynienia użytku z takiego prawa. Sprawia to, że zadanie sędziego staje się znacznie trudniejsze, jako że musi on wówczas wyważyć – w danej konkretnej sytuacji – prawa podstawowe każdego z zaangażowanych w spór podmiotów prywatnych i musi w związku z tym zbadać wpływ, jaki te prawa wywierają na pozycję każdej ze stron sporu.

Należy zauważyć, że w ramach omawianej koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku praw podstawowych to nie podmioty prywatne pozostają związane prawami podstawowymi i to nie one są zobligowane do respektowania wartości i zasad ucieleśnionych w tychże prawach w ramach prawnych relacji łączących wspomniane podmioty z innymi podmiotami prywatnymi. To bowiem państwo, a ujmując rzecz jeszcze dokładniej, sędzia (działający jako emanacja państwa) ma obowiązek interpretacji oraz stosowania prawa prywatnego w taki sposób, aby urzeczywistniać prawa podstawowe we wzajemnych relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi.

Zastanawiając się przy tym nad stosunkiem, w jakim pozostają względem siebie koncepcje obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku, należałoby stwierdzić, że ta ostatnia koncepcja stanowi w istocie część pierwszej. Inaczej mówiąc, koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku jest pewną formą konkretyzacji (szczególnym przypadkiem zastosowania) koncepcji obowiązku ochrony³¹.

³⁰ BVerfGE 7, 198 (206).

³¹ Aczkolwiek należy w tym miejscu odnotować również próby innego, niż to uczyniono wyżej, wyjaśnienia wzajemnych relacji pomiędzy koncepcją obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku praw podstawowych. I tak, zdaniem R. Alexy'ego, koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku nie jest bynajmniej częścią (czy też konkretyzacją) obowiązku ochrony. Ta pierwsza koncepcja jest bowiem zbudowana z trzech podstawowych elementów, które są w pełni równorzędne i które mają względem siebie charakter komplementarny. Pierwszym elementem jest prawo do obrony (prawo o charakterze negatywnym), jeżeli państwo (sędzia) nie bierze pod uwagę, w ramach prawnych relacji pomiędzy podmiotami prywatnymi, przysługujących tym podmiotom praw podstawowych, to wówczas narusza (wkracza w) prawo do obrony podmiotów prywatnych. Drugim elementem omawianej koncepcji jest prawo do ochrony, razem z będącym jego korelatem (i spoczywającym na państwie) obowiązkiem ochrony. Trzecim wreszcie elementem jest bezpośrednie związanie podmiotów prywatnych prawami podstawowymi. To bezpośrednie związanie jest oparte na założeniu, że konieczną i nieuchronną konsekwencją pośredniego horyzontalnego skutku jest zawsze bezpośredni horyzontalny skutek; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 484 i n.

Podsumowując tę część rozważań, można by powiedzieć, że nie istnieje bynajmniej potrzeba przyjmowania, iż prawa podstawowe gwarantowane w konstytucjach poszczególnych państw członkowskich bezpośrednio wiążą podmioty prywatne w ich relacjach z innymi podmiotami prywatnymi. Powodem zaś tego jest fakt, że wartości i zasady ucieleśnione w tych prawach równie dobrze mogą być we wspomnianych relacjach urzeczywistniane poprzez mediację (pośrednictwo) państwa, tj. poprzez odwołanie się do koncepcji obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku tychże praw.

Jeżeli chodzi natomiast o prawa podstawowe gwarantowane w międzynarodowych traktatach dotyczących praw człowieka (zawartych przez państwa członkowskie), to w tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje z pewnością Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz)³², jako że prawa podstawowe gwarantowane w tej Konwencji muszą być przestrzegane przez Unię Europejską jako ogólne zasady prawa wspólnotowego (art. 6 ust. 2 TUE). Ponadto trzeba pamiętać, że po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego Unia będzie zobowiązana do przystąpienia do EKPCz (nowy art. 6 ust. 2 TUE).

Prawa podstawowe gwarantowane przez EKPCz nie wiążą bezpośrednio podmiotów prywatnych³³. Konkluzja ta wynika *implicite* z art. 1 EKPCz i znajduje potwierdzenie w treści art. 33 i 34 EKPCz, skoro te ostatnie przepisy przewidują jedynie skargi przeciwko państwom-stronom EKPCz, a nie przeciwko poszczególnym jednostkom. Co więcej, Europejski Trybunał Praw Człowieka wyprowadził z gwarantowanych przez EKPCz praw obowiązek ochrony, a więc obowiązek obligujący państwa konwencyjne do przedsięwzięcia takich działań, które są ukierunkowane na ochronę podmiotów uprawnionych przeciwko bezprawnym wkroczeniom w gwarantowane przez EKPCz prawa, powodowanym przez inne podmioty prywatne³⁴. Według Trybunału poszczególne państwa mają obowiązek wydawać akty legislacyjne zakazujące podmiotom prywatnym działalności, która pozostaje w sprzeczności z gwarantowanymi przez EKPCz prawami podstawowymi³⁵. Wspomniane państwa są zobligowane nie tylko do powstrzymania się od wszelkich wkroczeń w życie człowieka (co gwarantuje art. 2 EKPCz), ale spoczywa na nich równocześnie obowiązek wydawania stosownych regulacji prawnokamych, które by mogły odstraszać podmioty prywatne od godzenia w życie innych osób. Państwa muszą też przeprowadzać drobiazgowo postępowania karne (śledztwa) w przypadku morderstwa oraz powinny karać osoby winne, tak

³² Podpisana w Rzymie w 1950 r.

³³ P. Szczekalla, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlin 2002, s. 900 i n.; D. Ehlers, *Die Europäische Menschenrechtskonvention*, Allgemeine Lehren, w: idem (red.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, op. cit., s. 43; H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, München 2005, s. 41.

³⁴ D. Ehlers, *Die Europäische Menschenrechtskonvention*, Allgemeine Lehren, op. cit., s. 34 i 43; P. Szczekalla, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten...*, op. cit., s. 712 i n.; W. Streuer, *Die positiven Verpflichtungen des Staates*, Baden-Baden 2003, s. 191 i n.

³⁵ Europejski Trybunał Praw Człowieka, Serie A, Yol. 44, par. 49 – Young.

aby zapobiegać przyszłym naruszeniom regulacji prawnokamych³⁶. Podobnie jest z zawartym w art. 3 EKPCz zakazem tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania: państwo konwencyjne nie tylko samo musi powstrzymać się od podejmowania tych zabronionych działań, ale musi też w sposób aktywny gwarantować, że wszystkie podmioty prywatne znajdujące się w obrębie jego jurysdykcji nie będą torturowane oraz niehumanitarnie lub poniżająco traktowane przez inne podmioty prywatne³⁷. Jak z powyższego wynika, w miejsce bezpośredniego związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi Europejski Trybunał Praw Człowieka rozwinął koncepcję obowiązku ochrony, który gwarantuje efektywną ochronę uprawnionym podmiotom prywatnym przeciwko innym podmiotom, poprzez państwową mediację (pośrednictwo).

Jeżeli chodzi o prawa podstawowe gwarantowane przez unijny porządek prawny, to należy stwierdzić, że brak jest stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości potwierdzającego tezę, iż podmioty prywatne pozostają związane (jako adresaci) prawami podstawowymi³⁸. Co prawda w orzeczeniu w sprawie *Defrenne v. Sabena* ETS uznał, że zawarty w art. 141 TWE (*ex art.* 119 Traktatu) zakaz dyskryminacji pomiędzy kobietami i mężczyznami w zakresie wynagrodzenia za pracę stosuje się nie tylko w odniesieniu do działań władz publicznych, ale rozciąga się również na umowy zawierane pomiędzy poszczególnymi podmiotami prywatnymi³⁹. Ponadto ważny wymiar dotyczący kwestii bezpośredniego horyzontalnego skutku wspólnotowych (unijnych) praw podstawowych został dodany przez Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej, a jako że jest to tekst pisany, można się więc po nim spodziewać, że zawarte są tam pewne wskazówki co do jego potencjalnej horyzontalnej skuteczności⁴⁰. W tym kontekście niektórzy autorzy wskazują na liczne prawa podstawowe przysługujące pracownikom (zawarte w rozdziale 4 Karty) oraz na inne podobne socjalne prawa podstawowe, które – według nich – są zdadne do tego, by powoływać je w sporach pomiędzy poszczególnymi podmiotami prywatnymi⁴¹. Twierdzi się też, że bez bezpośredniej horyzontalnej skuteczności wspomnianych socjalnych praw podstawowych zostałyby one pozbawione jakiegokolwiek praktycznego znaczenia⁴². Według Hilsona, chęć zagwarantowania *effet utile* może doprowadzić ETS do uznania

³⁶ Europejski Trybunał Praw Człowieka, RJD 1998-YIII, 3159, par. 115 – Osman.

³⁷ Europejski Trybunał Praw Człowieka, RJD 2001-V, par. 73 – *Z i inni v. Zjednoczone Królestwo*.

³⁸ D. Ehlers, *Die Grundrechte der Europäischen Union*, Allgemeine Lehren, w: idem (red.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, op. cit., s. 400; H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, op. cit., s. 41–42.

³⁹ Orzeczenie ETS w sprawie 43/75 *Gabrielle Defrenne v. Societe anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Zb. Orz. 1976, s. 455, pkt 39.

⁴⁰ C. Hilson, *Whats in a right? The relationship between Community, fundamental and citizenship rights in EU law*, „European Law Review” 2004, vol. 29, s. 645.

⁴¹ D. Curtin, R. van Ooik, *The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2001, vol. 8, s. 112.

⁴² M. Gijzen, *The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe?*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2001, vol. 8, s. 45–46.

bezpośredniego horyzontalnego skutku przynajmniej tych (unijnych) praw podstawowych, które mają charakter socjalny. Powołany autor przypomina w tym kontekście orzeczenie w sprawie *Defrenne v. Sabena* oraz okoliczność, że prawo do równego wynagrodzenia – zawarte w art. 141 TWE, które w powołanym orzeczeniu zostało uznane przez ETS za bezpośrednio horyzontalnie skuteczne – jest także zapisane w Karcie, a konkretnie w jej art. 23. Zdaniem powołanego autora, byłby to duży krok wstecz, gdyby art. 23 Karty nie został uznany za bezpośrednio horyzontalnie skuteczny⁴³.

Niemniej jednak wszystkie te głosy opowiadające się za bezpośrednią horyzontalną skutecznością unijnych praw podstawowych nie wydają się przekonujące. Rzecz jasna nikt nie powinien kwestionować tego, że pewne istotne wartości oraz zasady ucieleśnione w unijnych prawach podstawowych (szczególnie w tych o charakterze socjalnym, jak to ma miejsce w przypadku prawa do równego wynagrodzenia dla kobiet i mężczyzn) powinny być także urzeczywistniane w horyzontalnych relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi (a więc nie tylko w ramach tradycyjnych relacji pomiędzy z jednej strony Unią i państwami członkowskimi a z drugiej obywatelami unijnymi). Aby wszakże osiągnąć taki efekt, nie ma bynajmniej potrzeby odwoływania się do koncepcji bezpośredniego horyzontalnego skutku. W pełni porównywalny rezultat można bowiem uzyskać, wyprowadzając z unijnych praw podstawowych obowiązek ochrony, który będzie spoczywał na Unii oraz na jej państwach członkowskich⁴⁴. A zatem, biorąc za przykład prawo do równego wynagrodzenia za pracę dla kobiet i mężczyzn, które było rozważane w orzeczeniu *Defrenne v. Sabena*, należałoby stwierdzić, że to nie podmiot prywatny (pracodawca) jest tym podmiotem, który powinien być bezpośrednio związany obowiązkiem zagwarantowania równej płacy (na podstawie art. 141 TWE oraz art. 23 Karty) i przeciwko któremu to podmiotowi inny podmiot prywatny (pracownik) powinien dochodzić tego prawa. To raczej sama Unia oraz jej państwa członkowskie są obciążone obowiązkiem zagwarantowania równej płacy. W rezultacie Unia oraz państwa członkowskie mają obowiązek wydawania stosownych aktów legislacyjnych, nakładających na wszystkich pracodawców obowiązek niedyskryminowania ani mężczyzn, ani też kobiet w zakresie wynagrodzenia za pracę. Wbrew obawom żywionym przez wielu autorów, ten brak bezpośredniej horyzontalnej skuteczności omawianych tutaj praw podstawowych (włączając w to prawa socjalne) nie pozbawi bynajmniej tychże praw ich praktycznego znaczenia. Należy bowiem pamiętać, że wyprowadzany z (unijnych) praw podstawowych obowiązek ochrony posiada swój symetryczny korelat w postaci konkretnego prawa (roszczenia) przysługującego podmiotom uprawnionym z poszczególnych praw. Te poszczególne uprawnione jednostki

⁴³ C. Hilson, *Whats in a right?*, op. cit., s. 645–646; co więcej, sugeruje się także, że istnieje w Karcie pewien literalny punkt zaczepienia dla uznania jej bezpośredniej horyzontalnej skuteczności. Mianowicie, w preambule do Karty stanowi się, że „[k]orzystanie z tych praw zawiera odpowiedzialności i obowiązki wobec innych osób, wobec społeczności ludzkiej oraz wobec przyszłych pokoleń”; C. Hilson, *Whats in a right?*, op. cit., s. 646.

⁴⁴ H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, op. cit., s. 42.

mają prawną możliwość domagania się od Unii oraz od jej państw członkowskich efektywnej ochrony swoich praw przeciwko innym podmiotom prywatnym, które naruszają ich prawa (ta prawna możliwość może być określana mianem prawa do gwarancji ochrony)⁴⁵. Nie zapewniając takiej efektywnej ochrony przeciwko innym podmiotom prywatnym (tj. nie zapobiegając i nie zwalczając naruszeń praw podstawowych powodowanych przez podmioty prywatne), Unia oraz państwa członkowskie naruszają w istocie prawa podstawowe, które zobowiązane są przecież respektować. W każdym bądź razie to właśnie Unia oraz państwa członkowskie są wymienione w art. 51 Karty jako jej adresaci, a więc podmioty zobowiązane do przestrzegania jej postanowień (i zapisanych tam praw podstawowych). Jest rzeczą symptomatyczną, że we wspomnianym artykule Karty nie ma nawet najmniejszej wzmianki o podmiotach prywatnych. Rzecz jasna omawiany tutaj obowiązek ochrony praw podstawowych pozostaje aktualny jedynie w ramach kompetencji Unii i wyłącznie w tych przypadkach, gdy państwa członkowskie implementują prawo unijne⁴⁶ (zob. art. 51 ust. 1 Karty).

III. TELEOLOGICZNE ORAZ STRUKTURALNE RELACJE POMIĘDZY PRAWAMI PODSTAWOWYMI A SWOBODAMI PODSTAWOWYMI

W niniejszym opracowaniu przyjęta została teza, że analogiczna koncepcja obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku – podobna do tej przyjmowanej w odniesieniu do praw podstawowych – powinna być również wypracowana w przypadku podstawowych swobód rynku wewnętrznego. Przed szerszym przedstawieniem takiej koncepcji (zob. pkt IV opracowania) należałoby wszakże uczciwie przyznać, że pomiędzy wspomnianymi wyżej dwoma rodzajami praw podmiotowych (prawa podstawowe z jednej strony oraz podstawowe swobody z drugiej) występują istotne różnice, widoczne chociażby na płaszczyźnie teleologicznej. Mianowicie, głównym celem praw podstawowych (bez względu zresztą na to, czy będziemy rozpatrywali prawa podstawowe gwarantowane w konstytucjach poszczególnych państw członkowskich, w międzynarodowych traktatach praw człowieka czy też w unijnym porządku prawnym) jest gwarantowanie podmiotom uprawnionym pewnej indywidualnej sfery wolności (indywidualnej sfery możliwości postępowania), umożliwiającej tym podmiotom „indywidualne” (autonomiczne) samokształtowanie. Ta sfera indywidualnej wolności nie jest przy tym tworzona ani przez poszczególne państwa, ani też przez żadną ponadnarodową władzę, gdyż prawdziwym źródłem tej sfery jest naturalna, niepodzielna i niezbywalna godność człowieka. W rezultacie władze publiczne (każdego rodzaju) mogą jedynie gwarantować i zabezpieczać tę sferę (mogą też ją, w razie konieczności, ograniczać).

Wspomniana sfera indywidualnego i autonomicznego samokształtowania (w języku juredycznym określana mianem prawa podstawowego) jest gwarantowa-

⁴⁵ J. Kuhling, *Grundrechte*, w: A. von Bogdandy (red.), *Europaisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin-Heidelberg 2003, s. 602.

⁴⁶ Ibidem, s. 604.

na i zabezpieczana przez władze publiczne ze względu na godność człowieka lub – innymi słowy – ze względu na fakt, że każdy człowiek (każda istota ludzka) jest wartością jako taką (wartością samą w sobie). W rezultacie można powiedzieć, że zabezpieczanie przez państwo omawianej tutaj sfery jest motywowane względami czysto idealistycznymi, a mianowicie poszanowaniem przez państwo ludzkiej godności. Państwo respektuje godność człowieka i zabezpieczając prawa podstawowe, chce wysunąć poszczególne jednostki na pierwszy plan. W tym kontekście można powiedzieć, że prawa podstawowe są ze swojej natury zorientowane „indywidualistycznie”: w centrum każdego prawa podstawowego (jakiegokolwiek rodzaju) stoi zawsze konkretna i indywidualna ludzka istota, łącznie z jej szczególnymi potrzebami i pragnieniami. Wszelkie roszczenia (oraz działania i zaniechania) zawarte w ramach jurydycznej struktury każdego prawa podstawowego są przepełnione jedną główną ideą, którą jest indywidualne samokształtowanie oraz indywidualny rozwój poszczególnych (uprawnionych) osób. To indywidualistyczne podejście przy kształtowaniu jurydycznej struktury praw podstawowych jest w pełni usprawiedliwione: zabezpieczanie przez państwo indywidualnej sfery ludzkiej wolności jest bowiem trafnie uznawane za źródło legitymacji państwa. Jest to jeden z głównych powodów usprawiedliwiających istnienie państwa.

Podczas gdy indywidualne samokształtowanie jest słusznie uznawane za ostateczny cel praw podstawowych, tego samego nie da się powiedzieć o podstawowych swobodach rynku wewnętrznego. Podstawowe swobody nie są w takim stopniu „indywidualistycznie” zorientowane: zabezpieczanie indywidualnej wolności poszczególnych osób (inaczej mówiąc: zabezpieczanie indywidualnej sfery umożliwiającej uprawnionym osobom autonomiczne samokształtowanie) nie jest bynajmniej głównym celem wspomnianych swobód. W tym kontekście należałoby przypomnieć, że – zawarte w traktacie – reguły dotyczące swobodnego transgranicznego przepływu towarów, osób, usług i kapitału tworzą nie tyle prawa, ile raczej głównie i przede wszystkim – przynajmniej biorąc pod uwagę ich literalne brzmienie oraz genezę – obowiązki, spoczywające na państwach członkowskich w stosunku do Wspólnoty (Unii). Jest oczywiście prawdą, że z obowiązków tych Trybunał Sprawiedliwości wywodził także konkretne prawa, które przysługują poszczególnym jednostkom i które mogą być wykorzystywane przez te jednostki przeciwko państwom członkowskim (oraz przeciwko samej Wspólnocie)⁴⁷. Niemniej jednak należy podkreślić, że te (podmiotowe) prawa jednostek (przeciwko państwom członkowskim i Wspólnocie), wyprowadzone z reguł o swobodnym przepływie, są jedynie refleksem wspomnianych wcześniej, a spoczywających na państwach członkowskich, obowiązków i są usytuowane wyraźnie na drugim planie. Reguły o swobodnym przepływie są głównie i przede wszystkim obowiązkami (obowiązkami państw członkowskich względem Wspólnoty)⁴⁸.

⁴⁷ Zob. orzeczenie ETS w sprawie 26/62 NV *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, Zb. Orz. 1963, s. 1.

⁴⁸ H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, op. cit., s. 16.

Jeżeli chodzi o wyprowadzane z reguł o swobodnym przepływie i przysługujące poszczególnym jednostkom prawa, to należy przypomnieć, że prawa te mogą być dochodzone przez podmioty uprawnione przeciwko państwom członkowskim, co jest rezultatem wypracowanej przez ETS koncepcji bezpośredniego skutku. Wyprowadzając konkretne prawa z reguł o swobodnym przepływie (które to reguły pierwotnie zawierały jedynie obowiązki spoczywające na państwach członkowskich) i pozwalając uprawnionym podmiotom na powoływanie i dochodzenie tych praw przeciwko państwom członkowskim (jako rezultat koncepcji bezpośredniego skutku), Trybunał Sprawiedliwości chciał zmobilizować poszczególne jednostki do przejścia przez nie funkcji „strażnika” traktatowych reguł o swobodnym przepływie, która to funkcja była dotąd wykonywana jedynie przez Komisję. Innymi słowy, ETS chciał osiągnąć sytuację, w której poszczególne jednostki mogłyby kontrolować przestrzeganie i wypełnianie traktatowych reguł o swobodnym przepływie. Wypracowując koncepcję bezpośredniego skutku omawianych reguł oraz pozwalając uprawnionym podmiotom na dochodzenie (przeciwko państwom członkowskim) podmiotowych praw wywodzonych ze wspomnianych reguł, ETS chciał nie tyle wzmocnić indywidualne i wolnościowe prawa jednostek (ich indywidualną sferę wolności) – choć nie jest wykluczone, że również i to było pośrednim czy też częściowym celem Trybunału – ile raczej chciał poprawić stan przestrzegania traktatowych reguł o swobodnym przepływie oraz wzmocnić ich efektywność (osiągnąć *effet utile*). Można powiedzieć, że bezpośredni skutek podstawowych swobód (możliwość dochodzenia praw wywodzonych z nich) miał – przynajmniej w zamierzeniu Trybunału Sprawiedliwości – przyczynić się do dalszej integracji Wspólnoty, gdyż większa efektywność traktatowych reguł o swobodnym przepływie (osiągana dzięki koncepcji bezpośredniego skutku) jest bez żadnej wątpliwości użytecznym środkiem dalszego wzmacniania dzieła europejskiej integracji⁴⁹.

W rezultacie prawa wyprowadzane z podstawowych swobód są jedynie (*nota bene* bardzo skutecznym) środkiem realizacji idei rynku wewnętrznego i w tym kontekście odgrywają rolę instrumentalną. W przypadku podstawowych swobód ich funkcja przyczyniania się do ekonomicznej integracji w Europie stoi wyraźnie na pierwszym planie. Skoro ta integracyjna funkcja podstawowych swobód wybija się na plan pierwszy, wydaje się, że swobody te są mniej związane z poszczególnymi (uprawnionymi) podmiotami: osoby te pozostają wyraźnie na dalszym planie. Prawa wyprowadzane z podstawowych swobód mają charakter funkcjonalny: są one immanentnie powiązane z konkretnym celem, który polega na dalszej integracji w ramach rynku wewnętrznego. To właśnie ten integracyjny cel spowodował przyznanie poszczególnym jednostkom konkretnych praw, wyprowadzonych z podstawowych swobód⁵⁰.

⁴⁹ K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, op. cit., s. 132; T. Kingreen, R. Stórmer, *Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts*, „Europarecht” 1998, nr 3, s. 264.

⁵⁰ K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, op. cit., s. 150–151.

Biorąc pod uwagę okoliczność, że podstawowe swobody (razem z wyprowadzonymi z nich prawami) są bezpośrednio ukierunkowane na realizację idei rynku wewnętrznego (odgrywają funkcję sterowania w kierunku rynku wewnętrznego), indywidualistyczne i obronne komponenty tychże swobód (o ile w ogóle takie istnieją) są relatywizowane i odsuwane na dalszy plan. W przypadku podstawowych swobód nie można zatem przyjąć, że gwarantują one taką obronę, jak to się dzieje w przypadku praw podstawowych⁵¹.

Podczas gdy prawa podstawowe – broniąc indywidualnej wolności poszczególnych jednostek oraz czyniąc tę wolność wartością jako taką (wartością samą w sobie) – mogą być określone mianem gwarancji „indywidualnych”, podstawowe swobody rynku wewnętrznego – będąc instrumentem przyczyniania się do utworzenia oraz utrzymania rynku wewnętrznego oraz odgrywając instrumentalną rolę w procesie integracji – powinny być określane jako gwarancje „instytucjonalne”, które służą efektywnej realizacji instytucjonalnej koncepcji rynku wewnętrznego⁵². Skoro podstawowe swobody są – ze swojej istoty – tak wewnętrznie ukształtowane, by efektywnie realizować obiektywno-instytucjonalny porządek rynku wewnętrznego, można powiedzieć, że w ich przypadku mamy do czynienia z materialno-logicznym pierwszeństwem „instytucjonalnych” gwarancji nad „indywidualnymi” gwarancjami, tak przecież istotnymi w wypadku praw podstawowych⁵³.

Podczas gdy podmiotowo i indywidualistycznie zorientowane prawa podstawowe mogą być określone mianem „praw obywatelskich” (*Bürgerrechte*), zorientowane instytucjonalnie i w kierunku integracji podstawowe swobody należałoby raczej określać jako prawa rynkowe (*Marktrechte*)⁵⁴.

Biorąc pod uwagę przedstawione wyżej, a występujące na płaszczyźnie teleologicznej, różnice między prawami podstawowymi a podstawowymi swobodami, pojawia się pytanie, czy koncepcje obowiązku ochrony oraz pośredniej horyzontalnej skuteczności, immanentnie związane przecież z prawami podstawowymi, mogą być przeniesione i zastosowane w odniesieniu do podstawowych swobód, realizujących cele całkiem odmienne. W przekonaniu autora niniejszego opracowania zabieg taki jest w pełni uzasadniony, przemawia zaś za tym – mimo różnic w zakresie celów – bardzo podobna jurydyczna struktura praw podstawowych oraz podstawowych swobód. Mianowicie, oba rodzaje praw ucieleśniają w sobie określone wartości i przyznają uprawnionym z nich jednostkom konkretne materialne roszczenia, które mogą być następnie powoływane i dochodzone przeciwko państwu członkowskim w celu urzeczywistniania wspomnianych

⁵¹ J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., s. 346.

⁵² D. Schindler, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre*, Berlin 2001, s. 148–150, 177–178.

⁵³ W. Kluth, *Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, op. cit., s. 574.

⁵⁴ K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, op. cit., s. 151.

wartości⁵⁵. Ta możliwość urzeczywistniania określonych (nawet jeżeli w obu wypadkach różnych) wartości poprzez wykorzystywanie konkretnych roszczeń przeciwko władzom publicznym tworzy wspólną płaszczyznę dla obu rodzajów praw. Przyjmując, że w obu wypadkach chodzi tak naprawdę o dochodzenie przez uprawnione osoby określonych wartości inkorporowanych w tych instytucjach, koncepcje obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku, wypracowane w celu lepszej materializacji wartości zawartych w prawach podstawowych, mogą być również przyjęte w odniesieniu do podstawowych swobód. W ramach prawnej struktury podstawowych swobód obie wspomniane koncepcje będą się również przyczyniały – jak to się dzieje w przypadku praw podstawowych – do pełniejszej realizacji wartości immanentnie związanych z podstawowymi swobodami i będą czyniły tę realizację bardziej efektywną (wartości te będą urzeczywistniane nie tylko w relacjach wertykalnych, ale także w relacjach horyzontalnych, choć nie bezpośrednio, lecz poprzez państwową mediację). Różny od podstawowych praw cel podstawowych swobód nie stanowi w tym względzie istotniejszej przeszkody.

IV. RECEPCJA OBOWIĄZKU OCHRONY ORAZ POŚREDNIEGO HORYZONTALNEGO SKUTKU NA GRUNCIE PODSTAWOWYCH SWOBÓD RYNKU WEWNĘTRZNEGO

Dzięki Trybunałowi Sprawiedliwości koncepcja obowiązku ochrony jest już na gruncie podstawowych swobód w miarę utrwalona. Według ETS (orzeczenia *Komisja v. Francja* oraz *Schmidberger*) art. 28 TWE, zakazujący wszelkich ograniczeń ilościowych oraz środków o skutku równoważnym, nie zakazuje jedynie środków pochodzących od państwa, które, same w sobie, tworzą ograniczenia w handlu pomiędzy państwami członkowskimi. Przepis ten stosuje się również wtedy, gdy państwo członkowskie powstrzymuje się od przyjęcia środków wymaganych w celu zajęcia się przeszkodami w swobodnym przepływie towarów niespowodowanymi przez państwo. Fakt, że państwo członkowskie powstrzymuje się od podjęcia działań lub nie podejmuje adekwatnych środków w celu zapobiegania przeszkodom w swobodnym przepływie towarów, które są kreowane w szczególności przez działania podmiotów prywatnych na jego terytorium i są ukierunkowane na towary pochodzące z innych państw członkowskich, jest w stanie przeszkodzić w handlu wewnątrzwspólnotowym na równi z pozytywnym działaniem ze strony państwa członkowskiego. Dlatego też art. 28 TWE wymaga od państw członkowskich nie tylko powstrzymywania się przez nie same

⁵⁵ Niekiedy oba te rodzaje praw są określane mianem „praw podmiotowych”; zob. T. Kingreen, R. Störmer, *Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts*, op. cit., s. 263 i n.; J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., s. 32 i n.; niemniej jednak dla celów niniejszego opracowania odwoływanie się do koncepcji „praw podmiotowych” nie wydaje się konieczne, zwłaszcza że w porządkach prawnych państw członkowskich nie występuje jednolita koncepcja praw podmiotowych. Przeciwnie – można tam raczej mówić o istnieniu w tym zakresie niezwykle zróżnicowanych teorii: M. Nettesheim, *Subjektive Rechte im Unionsrecht*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2007, nr 3, s. 340–341.

od podejmowania środków lub od angażowania się w postępowanie stanowiące przeszkodę w handlu, ale również, odczytywany łącznie z art. 10 traktatu, zobowiązuje te państwa do podejmowania wszelkich koniecznych i odpowiednich środków zapewniających, że ta podstawowa swoboda jest na jego terytorium przestrzegana⁵⁶.

W powołanych wyżej orzeczeniach ETS uznał, że państwa członkowskie są w pełni odpowiedzialne za zwalczanie, szkodliwego dla swobodnego przepływu towarów, postępowania osób, które działają w pełni autonomicznie i które nie mogą być traktowane jako emanacja danego państwa członkowskiego. Państwo członkowskie jest zobowiązane chronić swobodny przepływ przed działaniami takich osób. W przypadku powstrzymywania się przez państwo członkowskie od zwalczania wspomnianych aktów pochodzących od podmiotów prywatnych, państwo to jest – ze wspólnotowego punktu widzenia – odpowiedzialne za mające wówczas miejsce naruszenia traktatowych reguł o swobodnym przepływie, przy czym narusza ono wówczas, przez zaniechanie, spoczywający na nim obowiązek działania. Jeżeli nawet szkodliwe dla swobodnego przepływu towarów działania podmiotów prywatnych nie mogą być przypisane samemu państwu członkowskiemu, na tymże państwie członkowskim spoczywa jego własny i autonomiczny obowiązek zwalczania takich szkodliwych działań. Realizacji tego obowiązku nie można zaniedbać⁵⁷.

Nie ulega wątpliwości, że omawiany tutaj obowiązek ochrony w pełni dotyczy nie tylko swobody przepływu towarów (tak jak to zidentyfikował ETS), ale także pozostałych podstawowych swobód. Co więcej, trudno byłoby podzielić pogląd, że wspomniany obowiązek ochrony powinien być zawsze wyprowadzany z odnośnego przepisu traktatu dotyczącego danej swobody, czytanego łącznie z art. 10 traktatu (tak jak to uczynił ETS)⁵⁸. Należałoby raczej przyjąć, że obowiązek ochrony wynika bezpośrednio z odnośnego przepisu TWE o podstawowych swobodach i dodatkowe powoływanie się w tym kontekście na art. 10 TWE nie jest konieczne. Za tym ostatnim poglądem przemawia fakt, że poszczególne podstawowe swobody ucieleśniają w sobie określone wartości (najistotniejsza wartość ma w tym kontekście charakter instrumentalny i jest ona związana z realizacją idei rynku wewnętrznego; kolejna, będąca wszakże zdecydowanie na dalszym planie, polega na tworzeniu podmiotom uprawnionym pewnej sfery

⁵⁶ Orzeczenia ETS w sprawach: C-265/95 *Komisja v. Francja*, Zb. Orz. 1997, s. I-6959, pkt 30–32; C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzuge v. Austria*, Zb. Orz. 2003, s. I-5659, pkt 57–59.

⁵⁷ K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, op. cit., s. 32–33; D. Schindler, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten*, op. cit., s. 41.

⁵⁸ Art. 10 TWE stanowi, że „Państwa Członkowskie podejmują wszelkie właściwe środki ogólne lub szczególne w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z niniejszego Traktatu lub z działań instytucji Wspólnoty. Ułatwiają one Wspólnocie wypełnianie jej zadań oraz powstrzymują się one od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów niniejszego Traktatu”; na temat tego przepisu zob. szerzej J. Tempie Lang, *The duties of cooperation of national authorities and Courts under Article 10 E.C.: two more reflections*, „European Law Review” 2001, vol. 26, s. 84 i n.; idem, *Community constitutional law: Article 5 EEC Treaty*, „Common Market Law Review” 1990, vol. 27, s. 645 i n.

wolności). Wartości tych nie dałoby się w pełni i efektywnie urzeczywistniać, gdyby państwa członkowskie powstrzymywały się od zwalczania działań podmiotów prywatnych szkodliwych dla podstawowych swobód. Podstawowe swobody, razem z inkorporowanymi w nich wartościami, mogą być w pełni realizowane jedynie wtedy, gdy nie grożą im szkodliwe działania podejmowane przez podmioty prywatne. Dlatego też państwowy obowiązek ochrony jest nieodzowną przesłanką normalnego wykonywania podstawowych swobód. Dla podmiotów uprawnionych z podstawowych swobód nie stanowi przecież większej różnicy to, czy przeszkody w swobodnym przepływie są rezultatem aktywności państwa (gdy państwo samo tworzy określone przeszkody), czy też wynikają one z zaniechań państwa polegających na niezwalczaniu (i dopuszczaniu do) szkodliwych działań ze strony podmiotów prywatnych (*nota bene*, te ostatnie działania mogą być niekiedy równie uciążliwe dla poszczególnych jednostek jak działania państwa). W rezultacie obowiązek ochrony może być wywodzony wprost z odnoszących przepisów traktatu dotyczących podstawowych swobód i może być stawiany na tej samej płaszczyźnie co inne obowiązki wynikające z tych przepisów⁵⁹.

Jest rzeczą interesującą, że w obydwu wspomnianych wyżej orzeczeniach, chociaż Trybunał przyjął koncepcję obowiązku ochrony, nie wspomniał nic na temat „prawa do ochrony”, które – jak można by się spodziewać – jest korelatem obowiązku ochrony i przysługuje poszczególnym jednostkom. W omawianym kontekście ETS odwołał się jedynie do idei rynku wewnętrznego, stwierdzając, że art. 28 traktatu (który to przepis „stосуje się wtedy, gdy państwo członkowskie powstrzymuje się od przyjęcia środków wymaganych w celu zajęcia się przeszkodami w swobodnym przepływie towarów niespowodowanymi przez państwo”) jest – używając jego słów – „niezbędnym instrumentem dla realizacji rynku bez wewnętrznych granic”⁶⁰. Stwierdzenie to sugeruje, że w rozumieniu Trybunału zwalczanie działalności podmiotów prywatnych szkodliwej dla swobodnego przepływu towarów jest jedynie „obowiązkiem” państwa członkowskiego wobec Wspólnoty, który to obowiązek polega na tworzeniu rynku wewnętrznego⁶¹. Powyższe byłoby zresztą zgodne ze spostrzeżeniem poczynionym w pkt III niniejszego opracowania, a mianowicie, że traktatowe reguły o swobodnym przepływie są głównie i przede wszystkim obowiązkami, a konkretnie – obowiązkami państw członkowskich wobec Wspólnoty.

Z drugiej jednak strony trzeba pamiętać, że będąc przede wszystkim obowiązkami, reguły o swobodnym przepływie przyznają też poszczególnym jednostkom konkretne prawa (roszczenia), które mogą być dochodzone przeciwko państwom członkowskim. Już w swoim słynnym orzeczeniu *van Gend & Loos* Trybunał

⁵⁹ W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1, op. cit., s. 79–81; na temat rozmaitych dogmatycznych zagadnień związanych z wywodzeniem obowiązku ochrony wprost z przepisów TWE o podstawowych swobodach, zob. też C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 77 i n.

⁶⁰ *Komisja v. Francja*, pkt 30; *Schmidberger*, pkt 57 orzeczenia.

⁶¹ Takie ujęcie jest również widoczne w innych fragmentach omawianych orzeczeń, gdzie ETS mówi jedynie o „obowiązkach” państw członkowskich, które mają zapewnić „właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego” (zob. np. pkt 60 orzeczenia w sprawie *Schmidberger*).

przyznał, że prawa jednostek powstają nie tylko wówczas, gdy są one wprost (*iexplicite*) przyznane im przez traktat, ale także z uwagi na obowiązki, które traktat nakłada na państwa członkowskie w jasno zdefiniowany sposób. Skoro zaś jednym z takich właśnie obowiązków nałożonych na państwa członkowskie przez traktatowe reguły o swobodnym przepływie jest obowiązek ochrony, to tym samym z obowiązku tego może być również wyprowadzone określone prawo, które przysługuje jednostkom, a mianowicie prawo do ochrony. Poszczególne jednostki są zatem uprawnione do dochodzenia prawa do ochrony od państw członkowskich i mają prawną możliwość domagania się od państw członkowskich podejmowania działalności skierowanej przeciwko podmiotom prywatnym przeszkadzającym w swobodnym przepływie. Równocześnie jednak te prawa poszczególnych jednostek nie umożliwiają im urzeczywistniania ich indywidualnej wolności i nie tworzą prawnych warunków umożliwiających im autonomiczne samokształtowanie. Skoro bowiem indywidualna wolność oraz autonomiczne samokształtowanie nie są celami podstawowych swobód (a przynajmniej nie są w tym kontekście celami pierwszoplanowymi), to tym samym prawo do ochrony wyprowadzane z podstawowych swobód nie może być skierowane na realizację tych ostatnich wartości. Prawo do ochrony jest raczej efektywnym instrumentem realizacji rynku wewnętrznego. W rezultacie prawo do ochrony zawarte w podstawowych swobodach przyczynia się do lepszego funkcjonowania rynku wewnętrznego i stanowi skuteczne narzędzie urzeczywistniania wartości tego rynku.

Dzięki koncepcji obowiązku ochrony podstawowe swobody rynku wewnętrznego są efektywnie chronione nie tylko przed działaniami samych państw członkowskich, ale także przed szkodliwymi działaniami podmiotów prywatnych. Chociaż te ostatnie podmioty nie są bezpośrednio związane traktatowymi regułami o swobodnym przepływie (a więc ich działania nie mogą być uznawane za naruszenie przepisów traktatu), dla poszczególnych podmiotów uprawnionych z podstawowych swobód praktyczny skutek jest całkiem podobny: w celu wypełnienia swojego obowiązku wobec Wspólnoty państwo członkowskie musi zakazać pewnych działań podmiotom prywatnym, a mianowicie działań naruszających przepisy TWE o swobodnym przepływie (tj. znacząco utrudniających dostęp do rynku w przyjmującym państwie członkowskim lub znacząco przeszkadzających w wykonywaniu poszczególnych swobód w państwie przyjmującym). Oznacza to, że zachowanie podmiotów prywatnych (tj. indywidualne zachowanie podmiotu naruszającego przepisy o podstawowych swobodach) zostaje pośrednio poddane przepisom o swobodnym przepływie⁶². Ale to poddanie może być określone jedynie jako „pośrednie”, gdyż następuje poprzez państwową mediację, nie zaś przez bezpośrednie związanie wspomnianymi regułami (jest to więc inny rodzaj związania podmiotów prywatnych regułami o swobodnym przepływie niż ten, który został przyjęty przez ETS w orzeczeniu *Angonese*).

⁶² A. Lohse, *Fundamental Freedoms and Private Actors – towards an ‘Indirect Horizontal Effect’*, „European Public Law” 2007, vol. 13, s. 181.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że realizując swój obowiązek ochrony oraz zakazując, bądź też przynajmniej ograniczając w pewnym stopniu określone zachowania podmiotów prywatnych (tak aby przyspieszyć swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału), państwo członkowskie narusza autonomię podmiotów prywatnych (intruzów) i wkracza w wiele podstawowych praw tychże osób. Jasne jest przecież, że utrudniając swobodny transgraniczny przepływ, podmiot prywatny (intruz) czyni zazwyczaj użytek z określonych przysługujących mu podstawowych praw (np. z prawa do swobodnego wyrażania poglądów, ze swobody zgromadzeń lub stowarzyszania się, ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej, ze swobody umów), zagwarantowanych w konstytucjach poszczególnych państw członkowskich oraz w unijnym porządku prawnym. Stąd też w omawianych tutaj sytuacjach państwo staje w istocie wobec dwóch kolidujących ze sobą fundamentalnych wartości. Z jednej strony występuje wartość w postaci podstawowej swobody podmiotu uprawnionego z przepisów TWE o swobodnym przepływie, który to podmiot chce być wolny od wszelkich przeszkód w transgranicznym przepływie, tak aby idea rynku wewnętrznego mogła być w pełni realizowana. Z drugiej strony występuje wartość w postaci prawa podstawowego przysługującego intruzowi, który wykonując to prawo przeszkadza do pewnego stopnia w transgranicznym przepływie. W danej konkretnej sytuacji obie te fundamentalne wartości muszą być przez państwo odpowiednio wyważone, tak aby osiągnąć pomiędzy nimi stan tzw. praktycznej zgodności.

Powyższa kolizja obu wspomnianych fundamentalnych wartości została w pełni dostrzeżona i rozważona przez ETS w orzeczeniu w sprawie *Schmidberger*, w którym musiał on odpowiedzieć m.in. na pytanie, czy zasada swobodnego przepływu towarów gwarantowana w traktacie przeważa (uzyskuje pierwszeństwo) nad zasadą ochrony praw podstawowych. W stanie faktycznym powołanej sprawy jedna z głównych autostrad na terenie Austrii (A13) była zamknięta ponad dobę z uwagi na demonstrację, która została zorganizowana oraz przeprowadzona przez *Transitforum Austria Tirol*, organizację założoną w celu ochrony biosfery w rejonie alpejskim. Organizacja ta, przeprowadzając demonstrację na autostradzie, czyniła użytek z przysługującego jej prawa podstawowego, a konkretnie z wolności wyrażania poglądów i z wolności zgromadzeń, które są gwarantowane przez EKPCz oraz przez austriacką konstytucję. Równocześnie podjęte przez tę organizację działania (demonstracja na autostradzie) stanowiły przeszkodę w transporcie towarów przez Austrię (także dla przedsiębiorstw pochodzących z innych państw), co wywołało pytanie, czy państwo austriackie, nie zakazując wspomnianej wyżej demonstracji, naruszyło traktatowe reguły o swobodnym przepływie.

Według Trybunału Sprawiedliwości fakt, że właściwe władze państwa członkowskiego nie zakazały demonstracji, która spowodowała kompletne zamknięcie głównej trasy tranzytowej (takiej jak autostrada A13) na przeciąg 30 godzin, może stanowić przeszkodę w handlu wewnątrzwspólnotowym i dlatego musi on być uznany za środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych, który jest, co do zasady, niezgodny z zobowiązaniami wspólnotowymi wypływającymi

z art. 28 i 29 traktatu⁶³. Równocześnie Trybunał przyznał, że władze austriackie były inspirowane względami związanymi z ochroną praw podstawowych demonstrantów do wolnego wyrażania poglądów i do wolnego zgromadzania się, które są odzwierciedlone i gwarantowane przez EKPCz i przez austriacką konstytucję⁶⁴. W opinii ETS, skoro zarówno Wspólnota, jak też państwa członkowskie zobowiązane są do respektowania praw podstawowych, ochrona tych praw stanowi legitymowany interes, który, co do zasady, usprawiedliwia naruszenia zobowiązań nałożonych przez prawo wspólnotowe, nawet jeżeli chodzi o zobowiązania wypływające z podstawowej swobody gwarantowanej przez traktat, takiej jak swoboda przepływu towarów⁶⁵. Trybunał trafnie zauważył, że rozpatrywana przez niego sprawa „rodzi kwestię potrzeby pogodzenia wymagań ochrony praw podstawowych we Wspólnocie z tymi wypływającymi z podstawowej swobody zawartej w traktacie i, w sposób szczególny, kwestię właściwego zakresu wolności wyrażania poglądów i wolności zgromadzania się, gwarantowanych przez art. 10 i 11 EKPCz, oraz swobody przepływu towarów, gdy te pierwsze stanowią podstawę usprawiedliwienia tej ostatniej”⁶⁶. Według ETS obydwa zaangażowane tutaj interesy (tj. prawa podstawowe i podstawowa swoboda) „muszą być wyważone stosownie do wszystkich okoliczności sprawy w celu określenia, czy pomiędzy tymi interesami została zachowana uczciwa równowaga”⁶⁷. ETS dodał, że wyważając wspomniane wyżej interesy, właściwe władze korzystają w tym względzie z szerokiego marginesu dyskrecjonalnej swobody⁶⁸.

Trafnie podkreślona przez Trybunał konieczność wyważenia i pogodzenia w konkretnej sprawie dwóch kolidujących ze sobą interesów (wartości), łącznie z potrzebą uwzględnienia wszystkich okoliczności danej sprawy, wypływa z faktu, że zarówno podstawowe swobody, jak też prawa podstawowe posiadają – z jurydycznego punktu widzenia – status „zasad”. Jak to zostało już powiedziane w pkt II opracowania, zasady są normami, które obligują państwo do realizacji (materializacji) pewnego stanu rzeczy w takim stopniu, jak jest to tylko prawnie i faktycznie możliwe. Innymi słowy, zasady są nakazami optymalizacji. Przeciwnieństwem tak rozumianych zasad są „reguły”. Inaczej niż zasady, reguły są normami, które mogą być zawsze albo spełnione, albo też niespełnione (naruszone)⁶⁹. Odmienne niż te pierwsze, reguły są stosowane poprzez mechanizm subsumpcji⁷⁰.

W razie wystąpienia konfliktu pomiędzy dwoma kolidującymi ze sobą regułami może on być rozwiązany poprzez wprowadzenie pewnej klauzuli wyjątkowej, która wyeliminuje ów konflikt, bądź też przez uznanie jednej z kolidujących za-

⁶³ Pkt 64 orzeczenia.

⁶⁴ Pkt 69 orzeczenia.

⁶⁵ Pkt 74 orzeczenia.

⁶⁶ Pkt 77 orzeczenia.

⁶⁷ Pkt 81 orzeczenia.

⁶⁸ Pkt 82 orzeczenia.

⁶⁹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 76.

⁷⁰ M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 1998, s. 121.

sad za nieobowiązującą⁷¹. W ten sposób jedna z kolidujących reguł, kiedy pozostaje w konflikcie z inną regułą, uzyskuje zawsze absolutne pierwszeństwo (w rezultacie można tu mówić o ustalonym abstrakcyjnie porządku pierwszeństwa reguł). Sytuacja wygląda wszakże zupełnie inaczej w przypadku konfliktu zasad (takich jak prawa podstawowe czy też podstawowe swobody). Konflikt zasad nie może być rozwiązany poprzez uznanie, że jedna z kolidujących zasad będzie zawsze uzyskiwała absolutne pierwszeństwo przed drugą z zasad (poprzez wprowadzenie pewnej klauzuli wyjątkowej lub też poprzez uznanie jednej z kolidujących zasad za nieobowiązującą – jak to jest możliwe w przypadku kolizji reguł). Konflikt zasad może być rozstrzygnięty jedynie poprzez staranne wyważenie ze sobą (pogodzenie) tych dwóch kolidujących zasad, tak aby ustalić w danej konkretnej sytuacji warunkowe pierwszeństwo jednej z nich. To pierwszeństwo danej zasady, ponieważ ustalone w konkretnej sytuacji, powinno być uznawane za „warunkowe”, gdyż jest ono aktualne i obowiązujące jedynie w tej konkretnej sytuacji, która była oceniana, natomiast w innej sytuacji wspomniane pierwszeństwo mogłoby wyglądać odwrotnie. W pewnych okolicznościach jedna z kolidujących zasad wyprzedza drugą, lecz w innych okolicznościach konflikt tych samych zasad mógłby już być rozwiązany zupełnie inaczej. Można przy tym powiedzieć, że w danej konkretnej sytuacji kolidujące ze sobą zasady mają różną wagę⁷², a zasada mająca (w danej sytuacji) większą (wyższą) wagę uzyskuje pierwszeństwo. Podczas gdy konflikt reguł rozgrywa się w wymiarze obowiązywania (bycia w mocy), tzn. jedna z kolidujących reguł jest zawsze uznawana za nieobowiązującą, konflikt zasad nie rozgrywa się w takim wymiarze (ponieważ wszystkie kolidujące ze sobą zasady pozostają w pełni w mocy), lecz rozgrywa się w wymiarze wagi⁷³. W rezultacie w przypadku kolizji zasad należałoby zawsze odpowiedzieć sobie na pytanie, która z kolidujących zasad ma większą wagę, z zastrzeżeniem, że owa waga jest zawsze oceniana w kontekście okoliczności danej konkretnej sprawy i nie jest bynajmniej ustalana w sposób absolutny (i abstrakcyjny).

Podstawowe swobody oraz prawa podstawowe są zasadami wspólnotowego (unijnego) porządku prawnego i korzystając z takiego statusu mają one równą wartość oraz rangę. Nie ma żadnej ustalonej abstrakcyjnie hierarchii pomiędzy tymi dwiema zasadami i żadna z nich nie uzyskuje absolutnego pierwszeństwa. W razie zaistnienia pomiędzy nimi kolizji w konkretnej sprawie (jak to było w stanie faktycznym w sprawie *Schmidberger*) powinno być przeprowadzone dokładne badanie w celu ustalenia, która z tych zasad ma wówczas większą wagę. To warunkowe i relatywne pierwszeństwo (większa waga) musi być ustalone w odniesieniu do specyficznych prawnych i faktycznych okoliczności występujących w danej konkretnej sytuacji. Te specyficzne prawne i faktyczne okoliczności danej sytuacji tworzą warunki, w jakich jedna z kolidujących zasad (np.

⁷¹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 77.

⁷² Na temat pojęcia „wagi” w kontekście zasad zob. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1978, s. 26 i n.

⁷³ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 79.

podstawowa swoboda) uzyskuje pierwszeństwo nad drugą zasadą (np. prawem podstawowym). W danej sytuacji jedna z kolidujących zasad uzyskuje relatywne pierwszeństwo przed drugą, po dokładnym rzecz jasna wyważeniu i ocenie wszystkich argumentów przemawiających za obydwoma zasadami. Za każdą z kolidujących zasad przemawiają bowiem – w danej konkretnej sytuacji – pewne argumenty i ich argumentacyjna waga musi być dokładnie oceniona. Ocena ta (wyważanie) powinna być przy tym zdominowana przez zasadę proporcjonalności. Prawdłowo przeprowadzony proces wyważania legitymuje i usprawiedliwia uzyskaną konkluzję (ujawnioną preferencję), zgodnie z którą w danych warunkach jedna z zasad uzyskuje pierwszeństwo przed drugą⁷⁴.

Biorąc pod uwagę fakt, że działalność państwa, która polega na ochronie osób korzystających z podstawowych swobód przeciwko zachowaniom innych podmiotów prywatnych (w ramach omawianej koncepcji obowiązku ochrony) i która pośrednio poddaje te podmioty prywatne obowiązkowi przestrzegania podstawowych swobód, prowadzi do wkroczenia w prawa podstawowe podmiotów prywatnych – co z kolei prowadzi do konieczności wyważania podstawowej swobody i prawa podstawowego, które ze sobą kolidują – niektórzy autorzy bronią poglądu, że omawiany tutaj obowiązek ochrony aktualizuje się jedynie w tych przypadkach, gdy działania podmiotów prywatnych (naruszających podstawowe swobody) przekraczają określony próg *de minimis*, który powinien być przy tym ustalany relatywnie wysoko. Innymi słowy, jedynie gdy działania podmiotów prywatnych są – ze względu na szkodliwe skutki – dostatecznie poważne i długotrwałe, państwo jest zobligowane do podejmowania odpowiednich kroków mających na celu ochronę osób korzystających z podstawowych swobód⁷⁵. W tym kontekście można by się także odwołać do faktów występujących w sprawie *Komisja v. Francja*, gdzie szkodliwe działania podmiotów prywatnych miały miejsce regularnie przez ponad 10 lat i zostały ocenione jako „poważne wypadki”, które „silnie wystawiły na szwank handel produktami rolniczymi we Francji”⁷⁶. Według niektórych autorów wprowadzenie wspomnianego wyżej progu *de minimis*, ustalonego przy tym na relatywnie wysokim poziomie, nie tylko przyczyniłoby się do lepszej ochrony praw podstawowych podmiotów prywatnych (intruzów), ale byłoby także korzystne dla administracyjnej autonomii poszczególnych państw członkowskich, która mogłaby być wówczas respektowana w szerszym zakresie⁷⁷.

Jednakże powyższy pogląd nie wydaje się w pełni przekonujący, jako że taki czysto kwantytatywny próg *de minimis* jest wyjątkowo niedookreślony i niedokładny (nieposiadający dostatecznej precyzji) i mógłby być w związku z tym bar-

⁷⁴ D. Schindler, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten*, op. cit., s. 166.

⁷⁵ J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., s. 147 i n.

⁷⁶ Pkt 40 i 44 orzeczenia.

⁷⁷ J. Schwarze, *Zum Anspruch der Gemeinschaft auf polizeiliches Einschreiten der Mitgliedstaaten bei Störungen des grenzüberschreitenden Warenverkehrs durch Private*, „Europarecht” 1998, nr 1, s. 58; J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., s. 149.

dzo niepraktyczny w codziennym stosowaniu. Z drugiej wszakże strony odrzucenie takiego (kwantytatywnego) progu nie oznacza bynajmniej, że każde działanie podmiotu prywatnego szkodliwe dla wykonywania (przez uprawnione osoby) podstawowych swobód powinno być automatycznie traktowane jako aktualizujące (i wywołujące) spoczywający na państwie obowiązek ochrony (i powinno być ostatecznie eliminowane). Wbrew temu należałoby raczej przyjąć, że w ramach obowiązku ochrony państwo członkowskie obowiązane jest zwalczać jedynie takie działania podmiotów prywatnych, które byłyby uznane za „przeszkodę” w swobodnym transgranicznym przepływie, gdyby zostały podjęte przez samo państwo. Powyższa konkluzja jest o tyle usprawiedliwiona, że zakres obowiązków, które spoczywają na państwach członkowskich w ramach (koncepcji) obowiązku ochrony, nie powinien się różnić od zakresu obowiązków tradycyjnie wyinterpretowywanych z przepisów TWE o swobodnym przepływie w odniesieniu do pozytywnej (i szkodliwej dla swobodnego przepływu) działalności państwa⁷⁸. W rezultacie można by wyróżnić trzy rodzaje działań, które powinny być traktowane jako aktywujące (wywołujące) spoczywający na państwach członkowskich obowiązek ochrony (i które są przez przepisy TWE o swobodnym przepływie zakazane również samym państwom członkowskim). Po pierwsze, dotyczy to działań, które mają charakter bezpośrednio dyskryminujący (z uwagi na przynależność państwową, usytuowanie statutowej lub rzeczywistej siedziby w przypadku spółek oraz pochodzenie w przypadku towarów). Po drugie, dotyczy to działań, które są określane mianem ukrycie dyskryminujących, a więc które odwołują się do innych kryteriów różnicujących niż przynależność państwowa, usytuowanie statutowej lub rzeczywistej siedziby w przypadku spółek oraz pochodzenie w przypadku towarów, lecz gdy te kryteria – pozornie wydając się obiektywne – prowadzą do takich samych rezultatów, jak gdyby posłużono się tymi pierwszymi kryteriami⁷⁹. Po trzecie, dotyczy to działań, które – nie będąc bezpośrednio lub

⁷⁸ W tym miejscu trzeba też wszakże wspomnieć o poglądzie, zgodnie z którym zakres obowiązków spoczywających na państwach członkowskich z mocy przepisów TWE o swobodnym przepływie powinien być różny, gdy obowiązki te odnosi się do ograniczeń powodowanych aktywną działalnością państwa, a więc gdy rozpatruje się podstawowe swobody w ich tradycyjnym wymiarze (z jednej strony), oraz gdy odnosi się te obowiązki państw członkowskich do ograniczeń powodowanych działaniami podmiotów prywatnych, w ramach omawianego tutaj obowiązku ochrony (z drugiej strony). W tym drugim przypadku, jak się twierdzi, zakres obowiązków spoczywających na państwach członkowskich powinien być znacznie mniejszy. W związku z tym proponuje się różne kryteria mające na celu ograniczenie zakresu tych obowiązków w porównaniu z pierwszą sytuacją; C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 104 i n.

⁷⁹ Por. S. O'Leary, *The Free Movement of Persons and Services*, w: P. Craig, G. de Burca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, s. 399-400; H.D. Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, op. cit., s. 213; W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1, op. cit., s. 169; E. Johnson, D. O'Keeffe, *From Discrimination to Obstacles to Free Movement: Recent Developments Concerning the Free Movement of Workers 1989-1994*, „Common Market Law Review” 1994, vol. 31, s. 1328; W.-H. Roth, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług. Zasady*, w: M. A. Dausies (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 432; orzeczenia ETS w sprawach: 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, Zb. Orz. 1974, s. 153, pkt 11; C-1/93 *Halliburton Services BV v. Staatssecretaris van Financien*, Zb. Orz. 1994, s. I-1137, pkt 15; C-330/91 *The Queen v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*, Zb. Orz. 1993, s. I-4017, pkt 14-15.

ukrycie dyskryminujące – stanowią tzw. szczególne czy też specyficzne ograniczenie (w przeciwieństwie do tzw. ograniczeń ogólnych)⁸⁰. Kwestia, kiedy dane działanie stanowi takie właśnie szczególne ograniczenie, została w przypadku towarów (tj. w wypadku rynku towarów) rozstrzygnięta przez ETS w orzeczeniu w sprawie *Keck*, zgodnie z którym dotyczy to środków (działań) kreujących wymogi odnoszące się do towarów jako takich (a konkretnie odnoszące się do ich formy, rozmiaru, wagi, składu, wyglądu, oznaczenia, opakowania itp.), a także środków ograniczających lub zakazujących „pewnych sposobów sprzedaży” (*certain selling arrangements*), o ile wszakże te ostatnie środki wpływają w różny sposób, czy to prawnie, czy też choćby tylko faktycznie, na komercjalizację (marketing, sprzedaż) towarów krajowych oraz towarów pochodzących z innych państw członkowskich (a więc są środkami dyskryminującymi towary z innych państw co najmniej w sensie faktycznym)⁸¹. Stosując przywołaną formułę *Keck* do pozostałych podstawowych swobód, można by zidentyfikować następujące zakazane przez te swobody działania (środki): a) działania, które wykluczają lub też chociażby utrudniają dostęp do rynku (*market access*) zatrudnienia, usług lub kapitałowego, bądź też zakazują lub przeszkadzają w podejmowaniu samodzielnej działalności gospodarczej; b) działania, które odnoszą się do wykonywania podstawowych swobód (nie dotyczą zatem samego dostępu do rynku) i które równocześnie dyskryminują faktycznie (stawiają *de facto* w gorszym położeniu) osoby pochodzące z innych państw członkowskich⁸². O wszystkich tych trzech wspomnianych powyżej rodzajach działań (tj. bezpośrednio dyskryminujących, ukrycie dyskryminujących oraz stanowiących tzw. szczególne ograniczenie) można powiedzieć, że przekraczają one pewien próg *de minimis*, z zastrzeżeniem, iż ów próg nie jest tu rozumiany czysto kwantytatywnie, lecz kwalitatywnie. Działania nieprzekraczające tego kwalitatywnie pojmowanego progu *de minimis* (np. niedyskryminujące faktycznie środki dotyczące niektórych sposobów sprzedaży towaru, niedyskryminujące faktycznie środki dotyczące wykonywania samodzielnej działalności gospodarczej), nawet jeżeli ograniczają w pewien sposób dostęp do rynku czy też wykonywanie podstawowych swobód, nie są zakazane przez przepisy TWE o podstawowych swobodach (nie są wystarczająco istotne)⁸³. W rezultacie, jeżeli te wspomniane wyżej działania są podejmowane przez podmioty prywatne, państwo nie musi ich zwalczać (przeciwdziałać im) w ramach omawianego tutaj obowiązku ochrony. Działania takie nie są zatem pośrednio poddane przepisom TWE o podstawowych swobodach.

Jest natomiast kwestią otwartą, czy również ETS zechce w przyszłości ograniczać spoczywający na państwach członkowskich obowiązek ochrony jedynie do zwalczania takich działań podmiotów prywatnych, które byłyby zakazane rów-

⁸⁰ A. Brigola, *Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot*, München 2004, s. 124 i 135.

⁸¹ Orzeczenie ETS w sprawie C-267/91 i C-268/91 *Postępowanie karne v. Bernard Keck i Daniel Mithouard*, Zb. Orz. 1993, s. I-6097, pkt 15–17.

⁸² C. Barnard, *The substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2004, s. 147–148, 239–240; C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 114.

⁸³ K.-H. Fezer, *Europäisierung des Wettbewerbsrechts*, „Juristenzeitung” 1994, nr 7, s. 324.

niez samym państwom członkowskim, gdyby to one podejmowały analogiczne działania (a więc czy ETS przyjmie, za czym opowiada się autor niniejszego opracowania, że zakres powinności państw członkowskich w ramach obowiązku ochrony pokrywa się zakresowo z obowiązkami spoczywającymi na państwach członkowskich w ramach tradycyjnego – negatywnego – wymiaru podstawowych swobód), czy też może – alternatywnie – omawiany tutaj zakres obowiązków różnicuje. Na podstawie dotychczas wydanych w omawianym zakresie orzeczeń (*Komisja v. Francja, Schmidberger*) nie sposób jest udzielić jednoznacznej odpowiedzi⁸⁴.

W pkt II niniejszego opracowania przywołana została – stosowana w niektórych krajowych porządkach prawnych w odniesieniu do praw podstawowych – koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku, stanowiąca, jak wspomniano, pewną formę konkretyzacji (i szczególnie przypadek zastosowania) koncepcji obowiązku ochrony. Jak się przy tym wydaje, koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku jest również w pełni przydatna w odniesieniu do podstawowych swobód rynku wewnętrznego i może być do nich z powodzeniem stosowana. Wynika to z tego, że podstawowe swobody – podobnie jak prawa podstawowe – są obiektywnymi zasadami (wartościami), które promieniają na wszystkie działy prawa i które muszą być urzeczywistniane przez każdy rodzaj władzy państwowej, włączając w to organy władzy sądowniczej. W rezultacie podstawowe swobody powinny także wpływać na interpretację i stosowanie przez sędziów (przez sądy) prawa prywatnego, regulującego stosunki prawne pomiędzy podmiotami prywatnymi. Podstawowe swobody powinny być urzeczywistniane w przypadku interpretacji i stosowania każdej normy o charakterze prywatnoprawnym, choć w szczególności ów wpływ podstawowych swobód powinien się w omawianym kontekście przejawiać w odniesieniu do tzw. klauzul generalnych. Sędzia powinien zatem interpretować i stosować postanowienia prawa prywatnego,

⁸⁴ Prawdą jest wszakże, iż w orzeczeniu w sprawie *Schmidberger*, określając zakres powinności spoczywających na państwach członkowskich w ramach obowiązku ochrony, ETS odwołał się (w pkt 56 orzeczenia) jedynie do formuły *Dassonville* (zgodnie z którą zakazany przez art. 28 TWE środkami o skutku równoważnym są wszelkie regulacje handlowe, które mogą, bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie, przeszkodzić w handlu wewnątrzwspólnotowym: orzeczenie ETS w sprawie 8/74 *Procureur du Roi v. Benoit and Gustave Dassonville*, Zb. Orz. 1974, s. 837, pkt 5), nie powołał zaś w ogóle formuły *Keck*, ograniczającej (nadmiernie przecież szeroki) zakres zastosowania formuły *Dassonville*. Powołując przy tym formułę *Dassonville*, Trybunał skonstatował, iż w sprawie tej państwo członkowskie (Austria) naruszyło swoje zobowiązania traktatowe (naruszyło obowiązek ochrony). Tymczasem w doktrynie zwrócono uwagę na fakt, że gdyby Trybunał do opisanie powinności spoczywających na państwach członkowskich w ramach obowiązku ochrony użył dodatkowo formuły *Keck* (tak jak to czyni, stosując art. 28 TWE w jego tradycyjnym – negatywnym – wymiarze), to wówczas najprawdopodobniej musiałby stwierdzić, że Austria nie naruszyła obowiązku ochrony swobody przepływu towarów. Blokada głównej austriackiej autostrady (z czym mieliśmy do czynienia w omawianej sprawie) dotyczyła bowiem nie towarów jako takich (ich dostępu do rynku), lecz raczej sposobów postępowania z towarami, które już znajdują się na danym rynku (były to więc działania analogiczne do *certain selling arrangements* w rozumieniu formuły *Keck*), przy czym tego rodzaju działanie było równie szkodliwe i uciążliwe dla towarów krajowych, jak i dla towarów pochodzących z innych państw członkowskich. W tym sensie działanie to miało charakter całkowicie niedyskryminacyjny i nie mogło zaktualizować spoczywającego na państwie członkowskim obowiązku ochrony; C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 195.

w szczególności zaś zawarte w nich klauzule generalne, w świetle podstawowych swobód, tak aby je urzeczywistniać w praktyce. Chodzi przy tym głównie o uniknięcie sytuacji, w której podmioty prywatne mogłyby się na podstawie przepisów prawa prywatnego zachowywać w sposób pozostający w sprzeczności z traktatowymi regułami o swobodnym przepływie. Dokonując wykładni przepisów prawa prywatnego w zgodności z regułami o swobodnym przepływie, sędzia krajowy może to czynić nawet w sposób sprzeczny z literalnym brzmieniem wspomnianych prywatnoprawnych regulacji. Ta spreczna z regułami wykładni językowej interpretacja będzie w pełni usprawiedliwiona bezpośrednim skutkiem przepisów TWE o swobodnym przepływie oraz ich pierwszeństwem przed przepisami krajowego prawa prywatnego.

W razie sporu pomiędzy podmiotami prywatnymi dotyczącego kwestii uregulowanych prawem prywatnym (np. spór dotyczący szkody, która została wyrządzona przez inny podmiot prywatny, lub też spór dotyczący działalności podmiotu prywatnego, która w świetle przepisów prawa krajowego może być kwalifikowana jako „czyn nieuczciwej konkurencji”) krajowy sędzia, który rozstrzyga tenże spór na podstawie przepisów krajowego prawa cywilnego, zobligowany jest – zgodnie z omawianą koncepcją pośredniej horyzontalnej skuteczności podstawowych swobód – do interpretacji i stosowania wspomnianych przepisów w taki sposób, by uwzględniać przy tym podstawowe swobody rynku wewnętrznego (tzn. zasady oraz wartości ucieleśnione w tychże swobodach) przemawiające na korzyść pozycji strony sporu dochodzącej swojego roszczenia (pozycji) na podstawie przepisów prawa prywatnego. Innymi słowy, wspólnotowy porządek prawny obliguje sędziego do badania, czy materialne przepisy krajowego prawa prywatnego, które są stosowane przez niego w konkretnej sprawie, są w jakikolwiek sposób powiązane z podstawowymi swobodami. Jeżeli są, to wówczas, dokonując wykładni oraz stosując te przepisy, sędzia musi zaakceptować pewne ich modyfikacje, które wynikają z faktu powiązania ich z podstawowymi swobodami. Co do zasady, sędziemu nie wolno rozstrzygnąć sporu pomiędzy podmiotami prywatnymi w taki sposób, aby umożliwić jednemu z zaangażowanych w ten spór podmiotów zachowanie sprzeczne z regułami o swobodnym przepływie (choć z drugiej strony zasada ta jest poddana pewnym wyjątkom przyjętym w ramach traktatowych reguł o swobodnym przepływie).

Te daleko idące obowiązki krajowych sędziów, wynikające z omawianej koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku przepisów TWE o podstawowych swobodach, mogą być wywiedzione w szczególności z pkt 17 znanego orzeczenia w sprawie *Dansk Supermarked*⁸⁵. Według Trybunału, „w żadnych okoliczno-

⁸⁵ Orzeczenie ETS w sprawie 58/80 *Dansk Supermarked A/S v. A/S Imerco*, Zb. Orz. 1981, s. 181; u genezy tej sprawy leżała umowa, jaką *Imerco*, będące stowarzyszeniem (grupą) kupców duńskich, zawarło z pewnym brytyjskim przedsiębiorcą i na podstawie której ten ostatni zobowiązał się do wyprodukowania specjalnego serwisu chińskiego (dekorowanego widokami duńskich zamków królewskich), zobowiązując się równocześnie nie eksportować tego serwisu do Danii. Duńska spółka *Dansk Supermarked* nie zastosowała się do tego zakazu i przedsięwzięła dystrybucję wspomnianego chińskiego serwisu w swoich sklepach na terytorium Danii. Sąd duński zakazał *Dansk Supermarked* dalszej dystrybucji spornego towaru, uznając, że jest to sprzeczne z duńską ustawą o marketingu (na

ściach nie jest możliwe, aby umowa zawarta pomiędzy podmiotami prywatnymi odstępowała od obligatoryjnych postanowień Traktatu o swobodnym przepływie towarów. Wynika z tego, że umowa zawierająca zakaz importu do państwa członkowskiego towarów sprzedawanych zgodnie z prawem w innym państwie członkowskim nie może być wzięta pod uwagę i nie można się na niej oprzeć w celu zaklasyfikowania sprzedaży takich towarów jako niewłaściwej lub nieuczciwej praktyki rynkowej⁸⁶.

Odczytując przytoczony powyżej *passus* z orzeczenia Trybunału czysto literalnie, można by powiedzieć, że wszystkie umowy zawarte pomiędzy podmiotami prywatnymi powinny zawsze pozostawać w pełnej zgodności z traktatowymi regułami o swobodzie przepływu towarów. Podmiotom prywatnym nie wolno więc zawierać umów, które by naruszały reguły o swobodnym przepływie towarów. W rezultacie podmioty prywatne są adresatami wspomnianych reguł i są bezpośrednio przez nie związane⁸⁷.

Jednakże tego rodzaju interpretacja przywołanego fragmentu orzeczenia Trybunału nie jest trafna. To bowiem nie umowa zawarta przez podmioty prywatne powinna być zgodna z traktatowymi regułami o swobodnym przepływie towarów i to nie podmioty prywatne muszą respektować wspomniane reguły, nie mogąc od nich odstępować. To raczej sąd krajowy jest bezpośrednio związany regułami o swobodnym przepływie i to właśnie jemu nie wolno oprzeć się na umowie lub też wziąć jej pod uwagę, jeżeli umowa taka narusza traktatowe przepisy o swobodzie przepływu towarów. Sąd krajowy powinien zakwalifikować wspomnianą umowę jako przeszkodę w przepływie towarów i powinien (opierając się na omawianej koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku) w ramach posiadanych przez siebie kompetencji uczynić wszystko, by nie mogła ona dłużej wywierać swoich szkodliwych dla swobodnego przepływu skutków. Rzecz jasna, sąd krajowy zobligowany jest do stosowania prawa krajowego i do oceniać wszelkich spornych umów (kwestionowanych przez określony podmiot lub podmioty prywatne) w świetle krajowego prawa prywatnego. Niemniej jednak z pkt 17 orzeczenia ETS w sprawie *Dansk Supermarked* jednoznacznie wynika, że interpretując postanowienia krajowego prawa (prywatnego) dotyczącego tego rodzaju umów, jak sporna umowa, i rozważając sposób, w jaki ta sporna umowa powinna być zakwalifikowana w świetle wspomnianych postanowień krajowego prawa prywatnego, sąd krajowy nie może udzielić ochrony umowie, która tworzy przeszkodę w swobodnym przepływie towarów. Jeżeli więc oceniana przez krajowy sąd umowa zawarta pomiędzy podmiotami prywatnymi jest sprzeczna z regułami o swobodnym przepływie towarów (lub z innymi podstawowymi swobodami), wówczas co do zasady sąd krajowy zobligowany jest interpretować

podstawie wspomnianej ustawy sprzedaż omawianego produktu została zakwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji). Przeciwnie temu orzeczeniu sądu krajowego *Dansk Supermarked* wniosło apelację, twierdząc, że art. 28 TWE wyklucza zastosowanie duńskiej ustawy o marketingu, na podstawie której duński sąd zakazał sprzedaży spornego produktu.

⁸⁶ Pkt 17 orzeczenia.

⁸⁷ E. Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden 1996, s. 282.

i stosować krajowe przepisy regulujące dany rodzaj umów w taki sposób, aby zdecydować, że sporna umowa nie zasługuje na ochronę w świetle wspomnianych postanowień krajowego prawa prywatnego. Jeżeli zatem przykładowo krajowe prawo prywatne stanowi, że naruszenie pewnego rodzaju umów stanowi zakazany czyn nieuczciwej konkurencji i równocześnie dana konkretna umowa należąca do powyższej kategorii stanowi przeszkodę w swobodnym przepływie towarów, wówczas sąd krajowy – będąc związany regułami o swobodnym przepływie, w tym też wynikającą z nich koncepcją pośredniego horyzontalnego skutku – musi interpretować i stosować wspomniane przepisy krajowego prawa prywatnego w taki sposób, aby rozstrzygnąć w końcowym orzeczeniu, że naruszenie tej konkretnej (spornej) umowy nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i że w rezultacie ta sporna umowa nie należy do kategorii umów chronionych przez prawo krajowe. Klasyfikując zaś w świetle krajowego prawa prywatnego naruszenie wspomnianej umowy jako czyn nieuczciwej konkurencji i udzielając w ten sposób ochrony tej umowie, sąd krajowy naruszyłby traktatowe reguły o swobodnym przepływie oraz obowiązek (ochrony) nałożony przez te reguły na władze krajowe.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, należałoby w pełni podzielić pogląd, że orzeczenie w sprawie *Dansk Supermarked*, niemal zawsze cytowane jako przykład bezpośredniego horyzontalnego skutku przepisów TWE o swobodnym przepływie (towarów), w istocie dotyczyło spoczywającego na sądzie krajowym obowiązku wzięcia pod uwagę, w trakcie interpretacji prawa krajowego, podstawowej swobody przysługującej drugiej stronie sporu⁸⁸. W rezultacie sprawa ta dotyczyła tak naprawę pośredniego horyzontalnego skutku.

Teza, że podmioty prywatne nie są (bezpośrednio) związane przepisami TWE o swobodnym przepływie została w pełni potwierdzona przez ETS w kilku różnych orzeczeniach wydanych już po orzeczeniu w sprawie *Dansk Supermarked*. Przykładowo w orzeczeniu *van de Haar* ETS zauważył, że: „Artykuł 85 [obecnie 81 – przyp. M.Sz.] traktatu należy do reguł konkurencji, które są adresowane do przedsiębiorstw (...). Artykuł 30 [obecnie 28 – przyp. M.Sz.], z drugiej strony, należy do reguł, które starają się zapewnić swobodę przepływu towarów i, w tym celu, wyeliminować środki podejmowane przez państwa członkowskie, które mogą w jakikolwiek sposób przeszkadzać w takim swobodnym przepływie”⁸⁹. Jeszcze wyraźniejsze stwierdzenia zawarte są w orzeczeniu w sprawie *Ylaamse Reisbureaus*, gdzie ETS uznał, iż: „Artykuły 30 i 34 [obecnie 28 i 30 – przyp. M.Sz.] traktatu dotyczą jedynie środków publicznych, a nie postępowania przed-

⁸⁸ A. Lohse, *Fundamental Freedoms and Private Actors – towards an ‘Indirect Horizontal Effect’* \ op. cit., s. 185.

⁸⁹ Orzeczenie ETS w sprawie 177 i 178/82 *Postępowanie karne v. Jan van de Haar i Kaveka de Meern* BY, Zb. Orz. 1984, s. 1797, pkt 11–12; jak zauważył Peter Oliver, nawet jeżeli Trybunał nie zajął się tutaj bezpośrednio kwestią tego, czy podmioty prywatne są adresatami art. 28 TWE, to twierdzenie, że są one takimi adresatami, jest po wydaniu tego orzeczenia znacznie osłabione; P. Oliver, *Free movement of goods in the EEC*, London 1988, s. 55.

siębiorstw”⁹⁰. Postępowanie przedsiębiorstw (i innych podmiotów prywatnych) jest poddane traktatowym regułom o swobodnym przepływie jedynie pośrednio, a mianowicie poprzez koncepcję obowiązku ochrony oraz poprzez stanowiącą jej część koncepcję pośredniego horyzontalnego skutku (obligującą sądy krajowe do interpretacji i stosowania prawa krajowego w świetle podstawowych swobód).

Urzeczywistnianie przez sądy krajowe podstawowych swobód w relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi i związany z tym zakaz opierania się na umowach, które są sprzeczne z regułami o swobodnym przepływie, nie jest bynajmniej absolutny. W ramach prawnej struktury podstawowych swobód są przecież zawarte pewne dopuszczalne wyjątki (odstępstwa), które mogą być powoływane we wszelkich konstelacjach, w jakich podstawowe swobody są stosowane, także w konstelacjach związanych z omawianym trójkątem (tzn. państwo działające poprzez sąd krajowy oraz dwie strony prywatnoprawnego sporu). W tym kontekście do najistotniejszych wyjątków należą te związane z koniecznością urzeczywistniania praw podstawowych (przysługujących podmiotom prywatnym), a ta konieczność może być wzięta pod uwagę w ramach orzeczniczego wyjątku w postaci nadrzędnych względów interesu publicznego. W rezultacie, urzeczywistniając podstawowe swobody w odniesieniu do podmiotów prywatnych (w ramach koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku) i biorąc pod uwagę podstawowe swobody (wartości i zasady zawarte w tych swobodach) przemawiające na korzyść pozycji strony sporu, która dochodzi tej pozycji (roszczenia) na podstawie postanowień prawa prywatnego, sąd krajowy musi także pamiętać o pozycji tej strony sporu (tej strony umowy), która chciałaby dochodzić realizacji tej umowy (odwołując się do przymusu państwowego) i która może się oprzeć w tym względzie na przysługujących jej podstawowych prawach, w tym zwłaszcza na swobodzie kontraktowania⁹¹ (swoboda kontraktowania zawiera w sobie m.in. swobodę kształtowania treści zawieranego kontraktu, nawet w sposób pozostający w sprzeczności z traktatowymi regułami o swobodnym przepływie). Skoro swoboda kontraktowania (jeśli ma być zapewniona, wymaga także wdrażania i przestrzegania wszystkich legalnie zawartych umów), jako prawo podstawowe, może usprawiedliwić naruszenie podstawowej swobody⁹², sąd krajowy jest zobligowany do wzięcia pod uwagę prawa podstawowego przysługującego przeciwnej stronie sporu i do wyważenia jej (uzgodnienia) z podstawową swobodą (która z kolei przemawia na korzyść innej strony danego sporu). W rezultacie uważne

⁹⁰ Orzeczenie ETS w sprawie 311/85 *ASBL Vereniging van Ylaamse Reisbureaus v. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, Zb. Orz. 1987, s. 3801, pkt 30.

⁹¹ Swoboda kontraktowania jest trafnie uznawana za część (element) wolności prowadzenia działalności gospodarczej, która to wolność jest, jako prawo podstawowe, gwarantowana w art. 16 Karty Praw Podstawowych; zob. M. Ruffert, *Grundrecht der Berufsfreiheit*, w: D. Ehlers (red.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, op. cit., s. 450; H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, op. cit., s. 247; zob. też orzeczenie ETS w sprawie C-240/97 *Hiszpania v. Komisja*, Zb. Orz. 1999, s. I-6571, pkt 99.

⁹² „Skoro zarówno Wspólnota, jak też jej państwa członkowskie są zobowiązane do przestrzegania podstawowych praw, ochrona tychże praw stanowi legitymowany interes, który, co do zasady, usprawiedliwia naruszenie zobowiązań nałożonych przez prawo wspólnotowe, nawet na podstawie podstawowej swobody gwarantowanej przez Traktat, takiej jak swoboda przepływu towarów”: orzeczenie ETS w sprawie *Schmidberger*, pkt 74.

wyważanie podstawowej swobody i prawa podstawowego (przedstawione wyżej w ramach koncepcji obowiązku ochrony) musi mieć miejsce także w ramach koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku. Ani podstawowe swobody, ani prawa podstawowe nie korzystają w tym kontekście z żadnego ustalonego abstrakcyjnie pierwszeństwa, jako że obie te wspólnotowe zasady mają równą rangę i w konkretnej sytuacji mogą co najwyżej uzyskać warunkowe pierwszeństwo.

V. UWAGI KOŃCOWE

Skoro pierwszoplanowymi adresatami przepisów TWE o swobodnym przepływie są państwa członkowskie, przepisom tym można przypisać bezpośredni weryfikalny skutek. Otwarta pozostaje kwestia, czy przepisom tym można także przypisać bezpośredni horyzontalny skutek, a więc czy do kategorii adresatów tych przepisów należą też podmioty prywatne. Odpowiedź na powyższe pytanie jest twierdząca jedynie w przypadku takich podmiotów prywatnych, które „w zbiorowy (kolektywny) sposób” regulują zarobkowe wykonywanie poszczególnych swobód. Chodzi zatem o podmioty, które tworzą pewne reguły w sposób przypominający wydawanie legislacyjnych aktów przez państwo, co przede wszystkim oznacza, że poszczególne jednostki nie mogą się w takich przypadkach dowolnie uchylić (odstąpić) od przestrzegania wzmiankowanych regulacji (jest to zatem swego rodzaju kolektywne stanowienie prawa przez podmioty prywatne). Jeżeli chodzi natomiast o pozostałe podmioty prywatne (niemające tego rodzaju regulacyjnej władzy), to argumenty przemawiające przeciwko ich bezpośredniemu wiązaniu przez reguły o swobodnym przepływie (szczególnie zaś niebezpieczeństwo nadmiernego wkroczenia w ten sposób w ich prywatną autonomię, która zarówno przez Unię, jak też przez państwa członkowskie jest respektowana pod auspicjami praw podstawowych) wydają się zdecydowanie przeważać nad argumentami przemawiającymi za takim bezpośrednim związaniem (do których należy w szczególności potrzeba efektywniejszej realizacji idei rynku wewnętrznego). Niemniej jednak odrzucenie koncepcji bezpośredniego horyzontalnego skutku (także w przypadku swobody przepływu pracowników, wbrew wyraźnym stwierdzeniom wypowiedzianym przez Trybunał w sprawie *Angonese*) nie oznacza bynajmniej, że podstawowe swobody rynku wewnętrznego (należące do najbardziej „prominentnych” zasad unijnego porządku prawnego) nie powinny być urzeczywistniane w ramach relacji pomiędzy podmiotami prywatnymi. Wartości i zasady zawarte w podstawowych swobodach powinny być urzeczywistniane także w relacjach horyzontalnych pomiędzy podmiotami prywatnymi, aczkolwiek powinno to następować dzięki odwołaniu się do koncepcji obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku (przy czym ta druga koncepcja jest elementem czy też częścią pierwszej koncepcji), które zostały wypracowane w krajowych porządkach prawnych niektórych państw członkowskich w odniesieniu do praw podstawowych. Istotne teleologiczne różnice pomiędzy podstawowymi swobodami rynku wewnętrznego oraz prawami podstawowymi nie są w tym względzie nieprzezwycięzalną przeszkodą, choć równocześnie powinny

one w pewien sposób wpływać na sposób stosowania obydwu koncepcji w odniesieniu do podstawowych swobód. Będąc związane obowiązkiem ochrony, państwa członkowskie są zobligowane do zwalczania zachowań i działań podmiotów prywatnych stanowiących przeszkodę w swobodnym przepływie. Koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku obliguje z kolei sądy krajowe w państwach członkowskich do interpretacji i stosowania postanowień krajowego prawa prywatnego w świetle podstawowych swobód. Urzeczywistniając podstawowe swobody w relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi (dzięki odwołaniu się do obu koncepcji), państwa członkowskie muszą jednocześnie respektować zaangażowane tutaj i przysługujące podmiotom prywatnym prawa podstawowe i muszą w związku z tym dokładnie wyważać (uzgadniać) podstawowe swobody i prawa podstawowe we wszystkich sytuacjach, w których jest to konieczne.

**THE CONCEPT OF DUTY OF PROTECTION
OF FUNDAMENTAL FREEDOMS.
THE INDIRECT HORIZONTAL EFFECT
OF EC TREATY RULES OF FUNDAMENTAL FREEDOMS**

Since the primary addressees of the provisions of the Treaty concerning the free movement of goods, persons, services and Capital are the Member States (and the Community itself), to these provisions can be attributed vertical direct effect. The question remains whether these provisions have also horizontal direct effect, so whether to the category of the addressees of them belong also private parties (i. e. parties not connected functionally or structurally with the Member States). The answer to this question is affirmative only in case of private parties with regulatory power, i. e. in case of parties who regulate "in a collective manner" the economic operations covered by the objective scope of fundamental freedoms. As far as the others private parties (i. e. with no regulatory power) are concerned the arguments against their direct bond by rules on free movement (especially the danger of excessive transgression of their private autonomy, which is respected by the EU and by the Member States under the auspices of fundamental rights) are strongly prevailing over the arguments for such a direct bond (especially the need of much more effective realization of the internal market's idea). But the rejection of the concept of horizontal direct effect (also in case of free movement of workers, even if it is contrary to the *Angonese* judgment of the ECJ) does not mean that fundamental freedoms of the internal market (which are the prominent principles of EU legal order) should not be materialized within the relations between private parties. The values and principles included in fundamental freedoms of the internal market should also be in force in case of horizontal relations between private parties, but thanks to the concept of "duty of protection" and the concept of "indirect third party effect" (the latter being the part of the former concept) which were elaborated in some constitutional legal orders of the Member States in case of fundamental rights. The important teleological and structural differ-

ences between fundamental freedoms of the internal market and the fundamental rights are not an insurmountable obstacle in that respect, although they should influence to some extent on the way in which both concepts are applied in case of fundamental freedoms. Being bound by the "duty of protection" Member States are obliged to combat such conduct and acts of private persons which form an obstacle in the free movement. The concept of "indirect third party effect" obliges the courts of Member States to interpreting and applying of the provisions of the national private law in the light of the fundamental freedoms. Materializing the fundamental freedoms within the relations between private parties (through the recourse to the discussed concepts) the Member States are also obliged to respect the private persons' fundamental rights which are involved here and must therefore thoroughly outweigh fundamental freedoms and fundamental rights in all situations in which this appears to be necessary.

ANETA ŁAZARSKA

GWARANCJE SWOBODY SUMIENIA SĘDZIEGO W PROCESIE CYWILNYM

I. SUMIENIE SĘDZIEGO JAKO KATEGORIA PRAWNA

Proces wymierzania sprawiedliwości wymaga wielkiego wkładu myśli, wiedzy i humanizmu. W procesie tym sędzia ma przyznaną szeroką władzę dyskrejonalną, która uprawnia do wyboru przepisu prawnego, swobody interpretacyjnej i dowodowej oraz wyboru konsekwencji prawnej. Sędzia, oceniając fakty i dowody, mimo woli łączy prawo ze swoim wewnętrznym poczuciem sprawiedliwości, jako że wszelka wizja rzeczywistości jest raczej jej subiektywnym odtworzeniem aniżeli bezpośrednim widzeniem. Opierając się na pewnych wskazówkach, biorąc pod uwagę określone fakty lub je odpowiednio interpretując, sędzia może stworzyć inny obraz rzeczywistości i wyprowadzić z niego inne zastosowanie norm prawnych¹. Atrybut władzy dyskrejonalnej nie uprawnia jednak do dowolności i arbitralności. Granice dyskrejonalności i swobody sędziego wyznacza konstytucyjna zasada podległości sędziego Konstytucji i ustawom. W ujęciu pozytywnym oznacza to, że sędzia orzeka, opierając się tylko na prawie oraz zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem, natomiast w ujęciu negatywnym, że nikt z zewnątrz nie może wywierać na niego jakiegokolwiek nacisku².

Wydając orzeczenia, sędzia w sposób ostateczny i nieodwracalny zmienia życie innych ludzi, dlatego w procesie wymierzania sprawiedliwości poza literą prawa szczególne znaczenie ma sumienie sędziego. Sędzia, obejmując urząd, ślubuje uroczystie służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, stać na straży prawa, obowiązki sędziego wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać zgodnie z przepisami prawa, bezstronnie według swego sumienia, dochować tajemnicy państwowej i służbowej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości (art. 66 Prawa o ustroju sądów powszechnych)³. Odwołanie do klauzuli sumienia w treści ślubowania nadaje sumieniu aksjologiczny i juredykcyjny wymiar. Sędzia, ferując wyroki, ma zatem obowiązek wydania rozstrzygnięcia, które będzie zgodne nie tylko z literą prawa, ale i z jego sumieniem.

¹ Ch. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa PWN 1959, s. 52.

² W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2000, s. 241 i n.; B. Wojciechowski, *Dyskrejonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004, s. 68.

³ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Komentarz do prawa o ustroju sądów powszechnych i ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa*, Warszawa 2002, s. 183.

II. ISTOTA SUMIENIA

Sumienie jest formą autorefleksji i osądu, jakie czyny należy uznać za obowiązujące i zakazane, słuszne i niesłuszne, złe i dobre⁴. W dziele ferowania wyroków sumienie sędziego wyznacza rozległy krąg suwerenności sędziego, stanowiąc czynnik indywidualizujący podejmowaną przez niego decyzję. Sumienie sędziego to swoisty miernik świadomości odpowiedzialności moralnej i prawnej za wydany wyrok, łączy w sobie nie tylko pierwiastki czysto etyczne (tzw. zmysł moralny), ale i wyznawane wartości czy elementy światopoglądowe. Sumienie sędziego stanowi wewnętrzną instancję orzekania moralnego, pierwotny i intuicyjny detektor dobra i zła⁵.

Działalność jurysdykcyjna dotyczy najważniejszych dóbr człowieka: życia, zdrowia, wolności, godności, autonomii, mienia. Orzeczenia sądowe nieodwracalnie i ostatecznie wpływają na życie innych ludzi, kształtując ich prawa i obowiązki, rozporządzając mieniem, ograniczając bądź pozbawiając wolności. Sędzia, wydając wyrok, jest związany prawem, jednak sumienie pozwala na indywidualizację rozstrzygnięcia. Wydanie sprawiedliwego orzeczenia wymaga niejednokrotnie odwołania się nie tylko do martwej litery prawa, ale do norm metaprawnych, aksjologii, do głosu własnego sumienia. Postępowanie według sumienia staje się więc przymiotem niezawisłości, jej wewnętrznym kompasem⁶.

Sumienie sędziego jest gwarancją, że najwyższe prawo nie stanie się najwyższym bezprawiem (*summum ius summa iniuria*), a poprawne z punktu widzenia prawa orzeczenie będzie również słuszne i sprawiedliwe.

III. UPRAWNIENIE DO NIEZAWISŁEGO I NIEZALEŻNEGO ORZEKANIA

Niezawisłość i niezależność to nie tylko podstawowe gwarancje praw i wolności obywatelskich, ale również prawa podmiotowe sędziów. Niezawisłość sędziowska oznacza, że sędzia w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości jest niezależny od stron sporu, jak i organów państwa i podlega wyłącznie Konstytucji, ustawom i własnemu sumieniu (art. 178 ust. 1 Konstytucji RP). Niezawisłość sędziowska jest zjawiskiem bardzo złożonym. W wymiarze zewnętrznym oznacza ona niezależność od władzy wykonawczej, parlamentu, partii politycznych, innych sędziów (naciski korporacyjne), opinii publicznej oraz stron postępowania⁷. Niezawisłość wewnętrzna zaś polega na rzeczywistym przekonaniu sędziego, że może on w pełni niezawisłe rozstrzygać powierzone mu sprawy⁸. Korelatem zasady niezawisłości po stronie sędziego jest obowiązek zachowania

⁴ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1996, s. 495.

⁵ J. Gudowski, *Węzłowe problemy skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 1, s. 9.

⁶ K. Piasecki, *Niezawisłość sędziowska – uwarunkowania i zagrożenia*, w: *Niezawisłość sędziowska. Materiały z konferencji naukowej z dnia 20 kwietnia 1990 r. w Popowie*, Warszawa 1990, s. 24–25.

⁷ T. Ereciński, *Rola rady sądownictwa w państwie demokratycznym*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 5, s. 3.

⁸ A. Murzynowski, A. Zieliński, *Ustrój wymiaru sprawiedliwości w przyszłej konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 9, s. 5.

bezzstronności, która obliguje sędziego do przeciwstawiania się ocenom płynącym z jego doświadczenia, stereotypów i uprzedzeń⁹. Zasada niezawisłości sędziowskiej ma charakter ustrojowy i gwarancyjny, przyznaje uprawnienia, ale i nakłada na sędziego obowiązki. Jak wynika z przyjętych przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych „Zasad Niezawisłości Sądownictwa”, przyznana sądownictwu niezawisłość nie tylko upoważnia sędziów, ale wręcz zmusza do sprawiedliwego prowadzenia procesów i pełnego przestrzegania praw występujących w nich stron¹⁰.

Prawo do niezawisłości i niezależności gwarantuje sędziemu swobodę sumienia w orzekaniu. W procesie cywilnym zapewnia ją instytucja wyłączenia sędziego w tych sytuacjach, w których orzekanie mogłoby być źródłem konfliktu wewnętrznego i dylematów moralnych sędziego. Sędzia podlega więc wyłączeniu z mocy ustawy w sprawach, w których jest stroną lub pozostaje w takim stosunku prawnym ze stroną, że wynik sprawy oddziaływa na jego prawa lub obowiązki, w sprawach jego małżonka, krewnych lub powinowatych w linii prostej, krewnych bocznych do czwartego stopnia, powinowatych bocznych do drugiego stopnia, osób związanych z nim z tytułu przysposobienia, opieki, kurateli, w sprawach, w których był lub jest pełnomocnikiem lub radcą prawnym jednej ze stron, w których w niższej instancji brał udział w wydaniu zaskarżonego orzeczenia, w sprawach o ważność aktu prawnego z jego udziałem sporządzonego lub przez niego rozpoznawanego oraz w sprawach, w których występował jako prokurator (art. 48 k.p.c.). Sędzia mógł również złożyć wniosek o wyłączenie, jeżeli pomiędzy nim a jedną ze stron zachodził stosunek osobisty mogący wywoływać wątpliwość co do jego bezstronności (art. 49 k.p.c.). Przepis ten w zakresie, w jakim ograniczał przesłankę wyłączenia sędziego jedynie do stosunku osobistego między nim a jedną ze stron lub jej przedstawicielem ustawowym, pomijając inne okoliczności, które mogłyby wywołać wątpliwości co do bezstronności sędziego, został uznany za niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Trybunał Konstytucyjny, uchylając przepis, wskazał że gwarancje bezstronności sędziowskiej nie mogą być ograniczone jedynie do stworzenia możliwości wyłączenia sędziego ze względu na istnienie bezpośrednich relacji o charakterze osobistym. Sędzia powinien mieć również możliwość wyłączenia się ze sprawy w wypadku okoliczności (zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych), mogących budzić uzasadnione wątpliwości co do wydania orzeczenia opartego na w pełni zobiektywizowanych przesłankach¹¹. Chodzi tu zatem o szczególnie układ stosunków już nie tylko osobistych, ale wszelkich stosunków, które powodowałyby trudność w zachowaniu przez sędziego bezstronnej postawy w rozstrzyganiu sporu dotyczącego stron. Cechą takich stosunków może być emocjonalne nastawienie do strony o zabarwieniu pozytywnym, jak i negatywnym lub powiązania wpływające na interesy lub pozycję życiową sędziego¹².

⁹ Orzeczenie TK z 9 listopada 1993 r., K 11/93, OTK 1993, nr 2, poz. 37.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Wyrok TK z 24 czerwca 2008 r., P 8/07, OTK-A 2008, nr 84, poz. 5.

¹² Postanowienie SN z 14 września 1977 r., I PO 15/1977, Lex, nr 7994.

Regulacja wyłączenia sędziego, jak trafnie wskazuje SN, mimo zamieszczenia w ustawie procesowej ma w istocie rzeczy charakter ustrojowy¹³, służy budowie społecznego zaufania do wymiaru sprawiedliwości, a celem jej jest zapewnienie sprawowania wymiaru sprawiedliwości w warunkach optymalnych, wyłączających ewentualne wątpliwości co do bezstronności sędziego, nie tylko samych stron, ale i samego sędziego¹⁴. Pozwala ona uniknąć konfliktów, jakie by mogły zachodzić w sumieniu sędziego, gdyby jego własny interes lub interes bliskich mu osób przeciwstawiał się wymiarowi sprawiedliwości¹⁵. Procesowa instytucja wyłączenia sędziego jest zatem gwarancją niezawisłości sumienia sędziego.

IV. WOLNOŚĆ PROCESU INTERPRETACJI PRAWA

Granice dyskrecjonalnej władzy i swobody sumienia sędziego wyznacza zasada podległości ustawie i Konstytucji. Podstawowe znaczenie ma zatem kwestia, czy ustawa daje sędziemu wolność absolutną, czy też wiąże sędziego w sposób całkowity¹⁶. Pełne związanie ustawą zakłada istnienie prawa kazuistycznego, jasnego i jednoznacznego, niewymagającego żadnej wykładni, a jedynie subsumpcji stanu faktycznego pod odpowiednią normę prawną, z kolei związanie częściowe pozwala na wartościowanie prawa poprzez system luzów decyzyjnych i klauzul generalnych¹⁷.

W procesie cywilnym sędzia podlega ustawie i Konstytucji, ma jednak prawo nie tylko do samodzielnego ustalania treści przepisu prawnego, ale i do rozwiązywania wszelkich wątpliwości co do jego rozumienia oraz trafności zastosowania w konkretnym przypadku pojęć ocennych¹⁸. Niejednokrotnie treść orzeczenia zależy od rezultatu wykładni prawa, która może być różna w zależności od jej przedmiotu czy metod. Z istoty wykładni wynika wiele możliwych interpretacji, a sam akt wykładni nacechowany jest subiektywizmem¹⁹. Ustawa zapewnia wolność interpretacji prawa, która wyznacza szeroką sferę swobody ocen i sumienia sędziego w procesie orzekania. Swoboda ta nie jest jednak absolutna, albowiem proces wykładni musi przebiegać według określonych reguł. Interpretacja prawa musi odbywać się wedle ustalonych przez naukę zasad wykładni prawa, ponadto konstytucyjna zasada podziału władzy (art. 10 ust. 1 Konstytucji) statuuje zakaz prawotwórczej wykładni prawa. Wynika z niej, że sądy nie mogą pod pozorem wykładni prawa tworzyć nowych norm prawnych ani modyfikować znaczenia

¹³ Uchwała SN z 6 marca 1998 r., III CZP 70/97, OSNC 1998, z. 9, poz. 132.

¹⁴ Postanowienie SN z 3 sierpnia 1973 r., II CZ 135/73, Biuletyn Informacyjny SN z 1973, nr 9, poz. 172; Postanowienie SN z 18 marca 1970 r., II CO 18/69, Lex, nr 6692.

¹⁵ A. Mogilnicki, E.S. Rapaport, *Kodeks postępowania karnego. Część II. Motywy ustawodawcze*, Warszawa 1929, s. 55.

¹⁶ B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004, s. 145.

¹⁷ R.A. Tokarczyk, *Sprawiedliwość jako naczelna wartość prawa*, PiP 1997, nr 6, s. 14–15.

¹⁸ T. Ereciński, K. Weitz, *Efektywność ochrony prawnej udzielanej przez sądy w Polsce*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 10, s. 10.

¹⁹ H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, Warszawa 1997, s. 195 i n.

norm już istniejących²⁰. Nie oznacza to jednak zarazem, że sąd pozbawiony jest swobody dokonywania twórczej wykładni prawa dla potrzeb jednostkowego rozstrzygnięcia. W kodeksie postępowania cywilnego występują liczne zwroty nie-dookreślone, luzy decyzyjne i klauzule upoważniające organ do podejmowania decyzji wedle indywidualnej oceny danego przypadku oraz klauzule będące odesłaniami do pozaprawnych zasad postępowania mających uzasadnienia aksjologiczne w ogólnych ocenach moralnych, obyczajowych czy religijnych²¹, które pozwalają uwzględnić indywidualizm każdego przypadku i sprawy.

Do klauzul generalnych upoważniających sąd do indywidualnego orzekania według uznania zaliczyć należy regulacje art. 322 i 5056 k.p.c. Zgodnie z tymi przepisami w sprawach o naprawienie szkody, dochody, zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, świadczenia z umowy dożywocia oraz w sprawach rozpoznawanych w postępowaniu uproszczonym, jeżeli sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, może zasądzić odpowiednią sumę według swojej oceny, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. *Rado legis* tego unormowania opiera się na założeniu, że niejednokrotnie mimo słuszności żądania co do zasady jego ściśle udowodnienie co do wysokości jest niemożliwe lub nader utrudnione. Oddalenie w takiej sytuacji powództwa z uwagi na niesprostanie ciężarowi dowodu i niewykazanie szczegółowo wysokości poniesionej szkody byłoby niewątpliwie oczywiście niesprawiedliwe. Regulacja ta pozwala więc na swobodną, aczkolwiek nie dowolną ocenę wysokości dochodzonego roszczenia. Przed zastosowaniem klauzuli z art. 322 k.p.c. zachodzi konieczność uprzedniego wyczerpania środków dowodowych. Dopiero gdyby mimo wyczerpania środków dowodowych okazało się, że nie ma możliwości ścisłego udowodnienia wysokości żądania, sąd może po rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy zasądzić odpowiednią sumę według swojej oceny. Przepis ten pozwala sędziemu zgodnie z jego sumieniem na wydanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia.

W kodeksie postępowania cywilnego występują również odwołania do zasad współżycia społecznego (np. w zakresie oceny czynności dyspozytywnych stron, tj. zawarcia ugody, cofnięcia pozwu, np. art. 184, 203 § 4, art. 223 § 2, art. 47913 § 2, art. 622 § 2 k.p.c.); czy uzasadnionych aksjologicznie norm metaprawnych, jak np. moralności, porządku publicznego (w zakresie wyłączenia jawności, np. art. 153 § 1, art. 427, 153 § 2 k.p.c.); podstawowych zasad porządku prawnego (w zakresie dopuszczalności skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 4241 § 2, art. 4242 k.p.c.), czy udzielania pomocy prawnej (art. 1131 § 2 pkt 1 k.p.c.), uznania orzeczenia (art. 1146 § 1 pkt 5 k.p.c.); słusznego interesu pracownika (art. 469 k.p.c.); niedozwolonych praktyk monopolistycznych (art. 47913 § 1 i 2 k.p.c.). Odwołania te pozwalają sędziemu uwzględnić w procesie wymierzania sprawiedliwości aksjologiczne idee

²⁰ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 228; idem, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 10, s. 7–8.

²¹ Podział przyjęty za S. Wronkowską, M. Zielińskim, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 296.

słuszności oraz wartości zakorzenione w systemie prawnym i kulturze naszego społeczeństwa.

Sąd ma również kompetencję do swobodnego, kształtowanego własnym przekonaniem i poczuciem sprawiedliwości, odnalezienia desygnatów zwrotów niedookreślonych, których treść i zakres jest niepewny i które nie ustalają bezpośrednio i wyczerpująco wszystkich elementów hipotezy i dyspozycji. Przykładowo skorzystanie przez stronę z przywileju zwolnienia od kosztów sądowych ustawa uzależnia od sądowej wykładni pojęcia „uszczerbku utrzymania” (art. 102 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych), możliwość udzielania niezbędnych pouczeń stronom co do czynności procesowych ustawa uzależnia od sądowej oceny ziszczenia się uzasadnionej potrzeby (art. 5, 212 zd. 2 k.p.c.). Podobnie sąd uwzględni wniosek strony o ustanowienie pełnomocnika z urzędu, jeżeli udział adwokata lub radcy prawnego uzna za „potrzebny” (art. 117 § 4 k.p.c.). Ustawodawca niejednokrotnie używa pojęć niedookreślonych wartościujących, pozostawiając ocenę stopnia winy, niesumiennego czy niewłaściwego postępowania każdorazowo w gestii sądu, dotyczy to np. „działania strony dla zwłoki” (art. 217 § 2 k.p.c.)²², „umyślności, niedbalstwa” (art. 82 k.p.c.), „braku winy strony” (art. 162, art. 168 § 1 k.p.c.), „postępowania niesumiennego lub oczywiście niewłaściwego” (art. 103 § 1 i 2, art. 520 § 3 k.p.c.), „świadomego podania nieprawdziwych okoliczności” (art. 120 § 4 k.p.c.), „złej wiary lub lekkomyślności” (art. 255, 545 § 4 k.p.c.). Niejednokrotnie sąd dokonuje kwalifikacji uzasadnionych bądź wyjątkowych wypadków, przykładowo w szczególnie uzasadnionych wypadkach sąd może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów procesu lub nie obciążać jej w ogóle kosztami procesu (art. 102 k.p.c.), w szczególnie uzasadnionych wypadkach sąd może w wyroku rozłożyć na raty zasądzone świadczenie, a w sprawach o wydanie nieruchomości lub opróżnienie pomieszczenia – wyznaczyć odpowiedni termin do spełnienia tego świadczenia (art. 320 k.p.c.), w wypadkach wyjątkowych dopuszczalne jest również przywrócenie terminu do dokonania czynności procesowej po upływie roku od uchybionego terminu (art. 169 § 4 k.p.c.). We wszystkich wymienionych sytuacjach ustawodawca nie egzemplifikuje przypadków wyjątkowych i szczególnie uzasadnionych ani też ich nie definiuje. Jak to trafnie wskazał Sąd Najwyższy co do wniosku o przywrócenie terminu, dynamika procesów, różnorodność występujących w nich stanów faktycznych, a także różnorodność i nieprzewidywalność zachowań (działań lub zaniechań) stron, nie pozwalają na sformułowanie uniwersalnej definicji wyjątkowego wypadku, prawodawca pozostawia więc ocenę w tym zakresie sędziemu, odwołując się do jego bezstronności, doświadczenia oraz poczucia sprawiedliwości²³. Stwierdzenie powyższe stanowi kwintesencję celów i racji, jakie przemawiają za istnieniem zwrotów niedookreślonych oraz rolę sędziowskiego sumienia w dekodowaniu ich znaczenia.

²² W orzecznictwie SN wskazuje się, że wniosek o przeprowadzenie dowodu nieprzydatnego do ustalania twierdzonych okoliczności faktycznych należy ocenić jako powołany jedynie dla zwłoki, por. wyrok SN z 7 marca 2001 r., I PKN 285/00, OSNCP 2003, nr 2, poz. 28.

²³ Postanowienie SN z 9 lutego 1999 r., I CKN 802/98, OSN 1999, nr 7–8, poz. 141.

Prawo do twórczej wykładni nie daje jednak sądowi podstaw do dowolnego kształtowania treści interpretowanych zwrotów czy klauzul generalnych. Na sądzie ciąży bowiem obowiązek identyfikacji treści tych pojęć z uwzględnieniem podstawowych zasad prawa, ogólnosystemowych wartości i konstytucyjnych standardów²⁴. Niemniej jednak zwroty niedookreślone, podobnie jak i klauzule generalne, pozwalają na subiektywizację rozstrzygnięcia sądowego i twórczą wykładnię prawa, gwarantując otwartość i niezależność myśli sędziów i są ważnym elementem swobody sumienia i ocen sądu.

V. ATRYBUT Dyskrecjonalności

Swobodę sumienia w procesie gwarantuje również sędziemu przyznanie atrybutu dyskrecjonalności. Dyskrecjonalne umocowanie pozwala sędziemu na dokonanie wyboru między dwoma lub większą liczbą dopuszczalnych sposobów zachowania. W procesie cywilnym dyskrecjonalnej władzy sędziego, przykładowo wskazując, została poddana możliwość zwolnienia strony od kosztów sądowych (art. 100 ust. 2, art. 101 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych)²⁵, możliwość udzielania stronie niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych (art. 5 i 212 k.p.c.) czy zastosowania prekluzji procesowej (art. 207 § 3 k.p.c.). Szczególny charakter i znaczenie ma dyskrecjonalna władza sądu w zakresie dopuszczania dowodów z urzędu (art. 232 k.p.c.). Wskazać należy, że mimo kolejnych zmian wprowadzonych do kodeksu postępowania cywilnego²⁶ ustawodawca pozostawił sądowi swobodę decyzji w tym zakresie. Dopuszczenie dowodu z urzędu przez sąd w procesie ma bowiem swoje głębokie uzasadnienie w racji sprawiedliwości materialnej, a dyskrecjonalność władzy sędziowskiej w tej materii ma znaczenie wręcz ustrojowe. Kontradyktoryjny model procesu nie zawsze bowiem pozwala urzeczywistnić ideę sprawiedliwości materialnej. Niekiedy, jak wskazuje SN, może powstać taka sytuacja procesowa, że nieprzeprowadzenie przez sąd z urzędu dowodu stanowiącego element zebranego materiału dowodowego stanowiłoby pogwałcenie elementarnych zasad, którymi kieruje się sąd przy wymierzaniu sprawiedliwości. Zaniechanie sądu mogłoby sprawić, że najwyższe prawo stałoby się najwyższą krzywdą²⁷.

Równie istotne znaczenie w procesie cywilnym ma dyskrecjonalne uprawnienie sądu drugiej instancji do pominięcia nowych faktów i dowodów w postępowaniu apelacyjnym. Uregulowanie art. 381 k.p.c. jest jednym z elementów systemu apelacji pełnej (*cum beneficio novorum*), na jakiej oparte jest postę-

²⁴ Wyrok TK z 15 września 1999 r., K 11/99, TTK 1999, nr 6, poz. 116.

²⁵ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. (Dz.U. Nr 167, poz. 1398).

²⁶ Ustawa z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 43, poz. 189), ustawa z dnia 24 maja 2000 r. (Dz.U. Nr 48, poz. 554), ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz.U. Nr 172, poz. 1804), ustawa z dnia 22 grudnia 2004 r. (Dz.U. Nr 13, poz. 98).

²⁷ Wyrok SN z 4 stycznia 2007 r., V CSK 377/06, Lex, nr 277303.

powanie odwoławcze. W systemie tym nowe fakty i dowody w postępowaniu apelacyjnym są dopuszczalne, tylko wyjątkowo mogą być przez sąd pominięte. Uprawnienie sądu do pominięcia spóźnionych faktów i dowodów wynika z konieczności dążenia do koncentracji procesu i zapewnienia sprawności postępowania. Względy te muszą jednak ustąpić w zestawieniu z zasadą sprawiedliwego procesu²⁸. Dyskrecjonalność władzy sędziowskiej w tym zakresie pozwala zatem uwzględnić okoliczności konkretnego przypadku, tak aby nakaz koncentracji materiału dowodowego nie stanowił przeszkody w wyjaśnieniu okoliczności koniecznych dla prawidłowego rozstrzygnięcia sporu. Dyskrecjonalność sędziowska ma szczególnie istotne znaczenie w zakresie prekluzji, niejednokrotnie bowiem względy sprawiedliwości uzasadniają odstępstwo od ściśle sformalizowanych reguł szybkości, ekonomii czy celowości postępowania.

Analizując dyskrecjonalne uprawnienia sądu czy to w sferze dopuszczania dowodu z urzędu, czy to pominięcia nowości w postępowaniu apelacyjnym, nie można tracić z pola widzenia, że z prawem strony do uzyskania sprawiedliwego rozstrzygnięcia skorelowany jest obowiązek sędziego sprawiedliwego orzekania. Sędzia niezależnie od prymatu autonomii woli stron na gruncie procesu cywilnego nie może wymierzać sprawiedliwości niezgodnie ze swoim sumieniem i przekonaniem. W tym kontekście wydaje się, że możliwość dopuszczenia dowodów z urzędu przez sąd przewidziana przez art. 232 k.p.c. stanowi o konstytucyjności procedury, w której sąd pełni rolę gwaranta sprawiedliwego orzeczenia. Niezależnie od zmian wprowadzanych do kodeksu postępowania cywilnego zasada kontradiktoryjności nie ma więc charakteru absolutnego i słusznie uzupełniona jest działaniami sądu *ex officio*²⁹. W przypadkach niepoddających się egzemplifikacji, uwarunkowanych realiami konkretnych okoliczności, możliwość przeprowadzenia dowodu z urzędu wspomaga prawidłowe realizowanie przez sąd jego podstawowej funkcji, jaką jest wymierzenie sprawiedliwości³⁰. W żadnym jednak razie władza sędziego w tym zakresie nie powinna być ograniczana tylko do wypadków wyjątkowych, przeciw tym ograniczeniom, jak trafnie wskazał SN, przemawia bowiem wykładnia językowa art. 232 zd. 2 k.p.c., ale i przesłanki ustrojowe i aksjologiczne³¹. Dyskrecjonalne działanie sądu w sferze dopuszczania z urzędu dowodów ma też swoje granice, nie może ono być podejmowane w interesie jednej ze stron, nie może też służyć zastępowaniu niedbanych stron, lecz wydaniu słusznego orzeczenia.

Władza dyskrecjonalna nie uprawnia do dowolności, nie może prowadzić do stronniczości i arbitralności. Granice jej wyznacza literatura i aksjologia prawa. W procesie sądowego stosowania prawa niezwykle istotną wartością jest pewność rozstrzygnięcia sądowego. Pewność ta gwarantuje przewidywalność wyda-

²⁸ T. Ereciński, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, t. 2, s. 129.

²⁹ C. Gromadzki, Głosa do wyroku SN z 12 grudnia 2000 r., „Przegląd Sądowy” 2003, nr 3, s. 149.

³⁰ A. Górski, *Dopuszczenie dowodu z urzędu a zarzucalność procesowa tej czynności*, „Palestra” 2001, nr 11–12, s. 45.

³¹ Wyrok SN z 22 lutego 2006 r., III CK 341/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 174.

nia orzeczenia, jego treści, jak i skutków. Dyskrecjonalność władzy sędziowskiej nie pozbawia rozstrzygnięcia sądowego jego cech pewności i przewidywalności. W istotę władzy sędziowskiej niezależnie od jej dyskrecjonalności wpisana jest bowiem zasada związania sędziego prawem. Inną rzeczą jest natomiast kwestia określoności prawa i transparentności orzecznictwa sądowego. Atrybut dyskrecjonalności gwarantuje jednak sędziemu w granicach prawa swobodę wyboru, wyważania celów, racji i wartości prawa i jest niezwykle ważną gwarancją sprawiedliwego orzekania.

VI. SWOBODA OCENY DOWODÓW

Ocena wiarygodności dowodów i ich mocy jest podstawowym zadaniem sądu orzekającego, wyrażającym istotę sądenia, a więc rozstrzygania kwestii spornych w warunkach niezawisłości, na podstawie własnego przekonania sędziego przy uwzględnieniu całokształtu zebranego materiału³². Ocena dowodów należy zarazem do najtrudniejszych zadań sędziego, najbardziej bowiem prawidłowo przeprowadzone postępowanie dowodowe nie daje gwarancji wydania trafnego rozstrzygnięcia, jeśli jego wyniki nie zostaną właściwie ocenione³³.

W procesie cywilnym obowiązuje swobodna ocena dowodów, zgodnie z którą sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 233 § 1 k.p.c.). Swoboda sądu przejawia się w dwóch płaszczyznach: wyboru określonych środków dowodowych i ich dopuszczalności oraz oceny poszczególnych środków dowodowych. W ramach tej oceny sędzia ma prawo do bezpośredniego oceniania, kwalifikowania, szacowania ważności poszczególnych faktów dla rozstrzygnięcia³⁴.

Granice swobodnej oceny dowodów wyznaczają trzy czynniki: logiczny, ustawowy i ideologiczny. Jak wskazuje T. Ereciński, na ocenę dowodu w procesie niewątpliwie wpływ mają też czynniki subiektywne, których praktycznie nie można wyeliminować. W sferze intelektualnej jest to inteligencja, zdolność kojarzenia, typ charakteru czy zasób doświadczeń życiowych³⁵. Wydaje się, że w tym katalogu subiektywnych kryteriów oceny dowodów znajduje się również sumienie sędziego, a ściślej wyznawane wartości i światopogląd. Nie oznacza to jednak, że sędzia w procesie oceny dowodów może kierować się wyłącznie uczuciami, emocjami, uprzedzeniami czy innymi czynnikami natury irracjonalnej³⁶. Niemniej nie ulega wątpliwości, że sędzia w indywidualnej ocenie okoliczności sprawy nie może jednak oderwać się od swojej, zdeterminowanej różnymi

³² Orzeczenie SN z 16 lutego 1996 r., II CRN 173/95, niepubl.

³³ H. Pietrkowski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2006, s. 349.

³⁴ L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001, s. 153.

³⁵ T. Ereciński, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, t. 1, op. cit., s. 540–543.

³⁶ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1996, s. 237.

czynnikami skali ocen i przekonań, od swego światopoglądu i w ogóle od swojej osobowości³⁷.

Wewnętrzny świat wartości niewątpliwie więc wpływa na ocenę poszczególnych dowodów i oddziałuje na siłę sędziowskiego przekonania co do wiarygodności i mocy dowodów. W doktrynie przekonanie sędziowskie definiuje się jako intelektualny stan pewności dotyczący prawdziwości dokonanych ustaleń faktycznych i słuszności podejmowanych decyzji, wyrażający gotowość podjęcia decyzji, a będący rezultatem oceny okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy³⁸. Swobodna ocena dowodów w procesie cywilnym pozwala zatem zachować zgodność pomiędzy wewnętrznym przekonaniem sędziego ukształtowanym na podstawie logicznej i wszechstronnej analizy dowodów a jego wewnętrznym poczuciem sprawiedliwości.

VII. WOLNOŚĆ PROCESU DECYZYJNEGO

Sędzia, rozstrzygając konkretny spór, zawsze jest związany nakazem jego rozstrzygnięcia w każdej sytuacji materialnoprawnej i procesowoprawnej. Sąd nie może więc odmówić wydania orzeczenia, jeżeli sprawa została już wszczęta (*idenegatio iustitiae*)³⁹. W ramach jednak tego ogólnego nakazu rozstrzygnięcia sędzia ma zapewnioną wolność procesu decyzyjnego, której gwarancją jest swoboda wyboru przepisu prawnego oraz wynikających z niego konsekwencji. W myśl zasady *da mihi fatum, dabo tibi ius* kwalifikacja prawna zgłoszonego roszczenia i wybór normy prawnej należy do sądu. Sąd jest związany jedynie żądaniem pozwu i jego podstawą faktyczną, ale już nie podstawą prawną. Rzeczą sądu, a nie strony, jak wskazuje Sąd Najwyższy, jest określenie, jakiemu przepisowi prawnemu należy przyporządkować dane żądanie pozwu⁴⁰. Prawo materialne, wyznaczając merytoryczną treść rozstrzygnięcia, zapewnia obiektywność orzeczeń sądowych⁴¹.

Wolność decyzyjną w fazie wyrokowania zapewnia sędziemu w procesie cywilnym również instytucja zdania odrębnego. Sąd zgodnie z art. 324 § 1 i 2 k.p.c. wydaje wyrok po niejawnym naradzie sędziów. Narada obejmuje dyskusję, głosowanie nad mającym zapaść orzeczeniem i zasadniczymi powodami rozstrzygnięcia oraz spisanie sentencji wyroku. W sprawach rozpoznawanych w składach kolegialnych decyzje zapadają większością głosów. Sędzia, który nie zgodził się z większością członków składu orzekającego, mając odmienny pogląd, ma prawo do zgłoszenia zdania odrębnego (*yotum separatum*). Zdanie odrębne może dotyczyć samego rozstrzygnięcia, jak i jego motywów. Sędzia składa je przy podpisywaniu sentencji i obowiązany jest je uzasadnić na piśmie przed podpisaniem

³⁷ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, PWN 1971, s. 345.

³⁸ J. Kubiak, *Zagadnienia przekonania sędziowskiego w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 6, s. 79.

³⁹ K. Piasecki, *Wyrok pierwszej instancji w procesie cywilnym*, Warszawa 1981, s. 102 i n.

⁴⁰ Orzeczenie SN z 29 marca 1946 r., C III 1054/45, PiP 1946, nr 5–6, s. 219.

⁴¹ J. Mokry, *Osobowość sędziego a niezawisłość sędziowska. Studia z prawa postępowania cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Zbigniewa Resicha*, Warszawa 1985, s. 219.

uzasadnienia. Niewątpliwie złożenie zdania odrębnego wymaga od sędziego nie tylko gruntownej znajomości sprawy i prawa, ale i odwagi cywilnej⁴². Prawo do zgłoszenia zdania odrębnego jest wyrazem niezawisłości sędziego, poszanowania jego prawa do indywidualizmu i swobody ocen. Sędzia, kwestionując kolegialne rozstrzygnięcie, ma prawo nie zgodzić się ze zdaniem większości i stanowisko swe ujawnić.

Proceduralne reguły kształtowania decyzji sądu stanowią niezwykle ważną gwarancję niezawisłego orzekania i swobody sumienia. Zdanie odrębne zaś służy poszanowaniu godności sędziego i jest wyrazem jego moralnej odpowiedzialności za wyrok⁴³. Jednocześnie istnienie tej instytucji, zrywając z fikcją jednomyślności decyzji sądowych, nadaje procesowi wymierzenia sprawiedliwości przymiot niezawisłości.

VIII. NIEZALEŻNOŚĆ MYŚLI I OCEN

Współczesny proces cywilny statuuje zasadę zawisłości sędziego, ale tylko od litery prawa i głosu sumienia. Czasy, kiedy sędzia, oceniając konkretną sprawę w pokoju narad, musiał poza prawem i sumieniem również uwzględniać wytyczne, zalecenia administracyjne, politykę, statystykę, minęły bezpowrotnie⁴⁴.

Prawo procesowe gwarantuje sędziemu niezależność procesu decyzyjnego i myśli prawnej. Wyjątkowo jednak ustawa przewiduje związanie sądu pierwszej instancji oceną prawną i wskazaniami sądu drugiej instancji w razie uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania (art. 386 § 6 zd. 1 k.p.c.). W doktrynie, jak i judykaturze wskazuje się, że ocena prawna obejmuje przepisy prawa materialnego i procesowego i oznacza wyjaśnienie przez sąd drugiej instancji istotnej treści tych przepisów i sposobu ich wykładni⁴⁵. Wskazania zaś co do dalszego postępowania mogą dotyczyć sposobu usunięcia stwierdzonych uchybień, zakresu wykorzystania materiału i czynności procesowych z poprzedniego postępowania. Już na gruncie poprzednio regulującego tę problematykę art. 389 k.p.c. w doktrynie podnoszono, że instytucja uchylecia orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania jest jednym z elementów systemu środków zaskarżania, której celem jest zapewnienie większej jednolitości orzecznictwa i ograniczenie ponownego zaskarżania orzeczenia wydanego przez sąd pierwszej instancji po przekazaniu sprawy przez sąd odwoławczy. Sąd odwoławczy ma możliwość dokonania trafniejszej oceny i wykładni przepisów prawnych niż sąd pierwszej instancji. Wskazywano też, że przepis ten stanowi wyją-

⁴² J. Żurawski, *Etyka zawodowa sędziego ze szczególnym uwzględnieniem niezawisłości sędziego (uwag kilka)*, w: *Niezawisłość sędziowska. Materiały z konferencji naukowej z dnia 20 kwietnia 1990 r.* w Popowie, Warszawa 1990, s. 63.

⁴³ E. Skrętowicz, *Zdanie odrębne w procesie karnym. Kwestie wybrane*, Annales UMCS 1984, t. XXXI, s. 108–109.

⁴⁴ Wypowiedź H. Kwaśnego, w: *Niezawisłość sędziowska. Materiały z konferencji naukowej z dnia 20 kwietnia 1990 r.* w Popowie, Warszawa 1990, s. 66.

⁴⁵ T. Ereciński, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, t. 2, op. cit., s. 152.

tek od zasady niezawisłości i dlatego powinien być interpretowany zawężająco⁴⁶. W kontekście powyższych rozważań niewątpliwie przepis art. 386 § 6 k.p.c. należy interpretować prokonstytucyjnie i nadać mu takie rozumienie, aby jego wykładnia nie naruszała prawa każdego sędziego do niezawisłego orzekania. Takie prokonstytucyjne rozumienie art. 386 § 6 k.p.c. odnajdujemy w orzecznictwie SN, gdzie wyraźnie wskazuje się, że tylko ta ocena i te wskazania są wiążące, których logiczną konsekwencją było uchylenie orzeczenia. Nowe rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji musi być zawsze wyrazem oceny i decyzji tego sądu, którego skrępowanie orzeczeniem sądu instancji wyższej ma na celu jedynie zapobieżenie powtórzeniu się okoliczności powodujących wadliwość uchylonego orzeczenia⁴⁷. Wskazania co do dalszego postępowania mają wytyczać właściwy kierunek działalności sądu pierwszej instancji, ale nie mogą jednak w żadnej mierze narzucać sposobu rozstrzygnięcia sprawy, naruszać zasady swobodnej oceny dowodów, ani też wiązać sądu w razie uzupełnienia postępowania dowodowego⁴⁸. Niewątpliwie taka doktrynalno-jurydyczna wykładnia „związana oceną prawną i wskazaniami” jest trafna, uwzględnia bowiem z jednej strony funkcję postępowania apelacyjnego jako instancji kontrolnej, ale i konstytucyjną zasadę niezawisłości sędziowskiej.

W postępowaniu kasacyjnym z kolei sąd, któremu sprawa została przekazana, jest związany wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy (art. 39820 k.p.c.). W judykaturze SN czyni się wyraźną dystynkcję między „oceną prawną i wskazaniami co do dalszego postępowania” a wykładnią prawa zawartą w orzeczeniu wydanym przez Sąd Najwyższy⁴⁹. Również na gruncie tej regulacji SN wskazuje, że sąd może odstąpić od zawartej w orzeczeniu Sądu Najwyższego wykładni prawa, jeśli stan faktyczny sprawy w wyniku ponownego jej rozpoznania uległ tak zasadniczej zmianie, że do nowo ustalonego stanu faktycznego należy zastosować przepisy prawa odmienne od wyjaśnionych przez Sąd Najwyższy⁵⁰. Art. 39820 k.p.c., jak trafnie podnosi T. Ereciński, powinien być tak rozumiany, że sąd, któremu sprawa została przekazana, o tyle jest związany wykładnią prawa zawartą w orzeczeniu Sądu Najwyższego, o ile Sąd ten nie zmienił swojego stanowiska w danej kwestii prawnej. Jest to uzasadnione, zwłaszcza zważywszy na fakt, że wykładnia Sądu Najwyższego bywa rozbieżna i dopiero jej rozwój z upływem czasu prowadzi do przyjęcia określonej linii orzecznictwa⁵¹.

Ustawa przewiduje również związanie sądu uchwałami Sądu Najwyższego rozstrzygającymi zagadnienia prawne w danej sprawie (art. 390 § 2 k.p.c.) oraz uchwałami mającymi moc zasad prawnych. Instytucja pytań prawnych, jak wskazuje doktryna, jest przede wszystkim środkiem prewencyjnym z punktu widzenia

⁴⁶ T. Ereciński, *W sprawie związania Sądu Najwyższego oceną prawną (art. 389 k.p.c.)*, „Państwo i Prawo” 1969 r., nr 7–8, s. 388.

⁴⁷ Wyrok SN z 20 lutego 2002 r., V CKN 757/00, Lex, nr 56021.

⁴⁸ Wyrok SN z 20 lutego 2002 r., V CKN 757/00, Lex, nr 56021; wyrok SN z dnia 13 marca 1975 r., III CRN 466/74, OSPiKA 1976, nr 3, poz. 63.

⁴⁹ Wyrok SN z 15 stycznia 2004 r., II CK 162/2003, Lex, nr 148240.

⁵⁰ Wyrok SN z 9 lipca 1998 r., I PKN 226/98, OSNAPiUS 1999, nr 15, poz. 486.

⁵¹ T. Ereciński, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, t. 2, op. cit., s. 266.

zapobiegania uprawomocnieniu się wadliwych orzeczeń sądowych⁵². Nie można jednak pomijać faktu, że instytucja ta z uwagi na związanie sądów niższej instancji w danej sprawie poglądem Sądu Najwyższego zawartym w podjętej uchwale może stanowić istotne ograniczenie konstytucyjnej zasady podległości sędziów tylko Konstytucji i ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji). Powstaje zatem pytanie, czy instytucja ta nie narusza zasady niezawisłości sędziowskiej i swobody sumienia. Wydaje się, że naruszeniu niezawisłości sędziowskiej zapobiega skutecznie ukształtowana w judykaturze zasada abstrakcyjności pytania prawnego. Pytanie prawne powinno bowiem być sformułowane abstrakcyjnie, w oderwaniu od okoliczności faktycznych danej sprawy, tak aby odpowiedź Sądu Najwyższego nie stanowiła zarazem rozstrzygnięcia danej sprawy⁵³. Wymaganie to ma na celu zarazem umożliwienie Sądowi Najwyższemu udzielenia odpowiedzi uniwersalnej, która może być wykorzystana przy rozstrzyganiu spraw, w których występują podobne wątpliwości co do wykładni i stosowania prawa. Przyjęcie zasady abstrakcyjności pytań prawnych gwarantuje zatem zachowanie niezawisłości sądu i swobody sumienia w orzekaniu.

W konsekwencji ugruntowane stanowisko doktryny, jak i judykatury dopuszczające określone, uzasadnione specyfiką postępowań odstępstwa od zasady związania sądów oceną prawną, wykładnią prawa czy wskazaniem co do dalszego postępowania nadaje przywołanym przepisom przymiot konstytucyjności i jest niezwykle ważną gwarancją niezawisłego orzekania i swobody sumienia sędziego.

IX. O IDEI JEDNEGO POPRAWNEGO ROZSTRZYGNIĘCIA

Wolność procesu interpretacji i subsumpcji prawnej, a również i sumienia sędziego wyklucza koncepcję istnienia „jednego poprawnego rozstrzygnięcia” w procesie cywilnym. Jak wskazuje Sąd Najwyższy, hipotetyczna możliwość rozbieżności w orzecznictwie jest znana w historii od momentu powstania sądownictwa orzekającego w różnych składach⁵⁴. Brak jednolitości w orzecznictwie sądowym nie przesądza o jego niesprawiedliwości. Rozbieżności w orzecznictwie wynikają niejednokrotnie z zastosowania reguł wykładni, które nie są jednolicie przyjmowane, a jednocześnie są elementem kultury prawnej społeczeństwa ulegającej stałym przekształceniom⁵⁵. Niejednolitość orzecznictwa jest po części wyrazem niezależności myśli sędziów i swobody ich sumienia. Przy czym chodzi tu oczywiście o tzw. rozbieżność twórczą, przełamującą skostnienie, rutynę, szkodliwe stereotypy sądowe. Tak rozumiana różnorodność orzecznictwa sądowego jest niewątpliwie istotną wartością⁵⁶.

⁵² T. Ereciński, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, t. 2, op. cit., s. 163.

⁵³ Postanowienie SN z 16 października 1995 r., III CZP 145/95, Biuletyn SN 1995, nr 10, s. 11.

⁵⁴ Wyrok z 12 września 1991 r., III ARN 32/91, PUG 1992, nr 2–3, poz. 4.

⁵⁵ W. Sanetra, *O pojęciu jednolitości orzecznictwa sądowego oraz sposobach jej zapewnienia*, PS 2007, nr 6, s. 18–19.

⁵⁶ Ibidem, s. 11.

Wolność ocen i swoboda sumienia ma jednak swoje granice. Sędzia, korzystając z przyznanych mu atrybutów wolności niezawisłego orzekania, musi uwzględniać podstawowe reguły i zasady wykładni prawa i porządku prawnego. Niebagatelną rolę w kształtowaniu standardów orzekania odgrywa również orzecznictwo sądowe i dorobek nauki. Sędzia, jakkolwiek nie jest związany orzeczeniami Sądu Najwyższego czy poglądami przedstawicieli nauki, to jednak myśl nauki czy judykatury powinna być dla niego drogowskazem wiodącym do znalezienia właściwego rozstrzygnięcia. Przy ocenie znaczenia orzecznictwa SN dla kształtowania myśli sędziów nie można bowiem pomijać, że u jego podstaw leży domniemanie szczególnych kwalifikacji, doświadczenia i wysokiej wiedzy prawniczej sędziów Sądu Najwyższego.

Sędzia, odwołując się do litery prawa i głosu sumienia, powinien też pamiętać, że działalność jurysdykcyjna służy również budowie społecznego zaufania do wymiaru sprawiedliwości. Fundamentem zaś tego zaufania składającego się na treść konstytucyjnego prawa do sądu jest zagwarantowanie pewności prawa oraz możliwości przewidywania w granicach prawa korzystnego rozstrzygnięcia.

X. ODPOWIEDZIALNOŚĆ PRZED PRAWEM I SUMIENIEM

Konstytucja gwarantuje każdemu prawo do dochodzenia naprawienia szkody wyrządzonej działaniami władzy publicznej, w tym wydaniem orzeczenia przez sąd (art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, art. 4171 § 2 k.c.). Na sądach i sędziach ciąży więc odpowiedzialność za prawidłowe stosowanie przepisów⁵⁷. Świadomość ciężącej odpowiedzialności nie może jednak unicestwiać fundamentalnego prawa sędziowskiego do niezawisłego orzekania. Wymierzenie sprawiedliwości jest bowiem specyficzną dziedziną, a możliwość różnych interpretacji prawa wyklucza z zasady istnienie jednego słusznego rozstrzygnięcia. Sędzia niejednokrotnie poszukuje i wybiera jedno z wielu rozwiązań, a wybór ten, zważywszy na niedoskonałość ludzkiego intelektu, z natury obarczony jest ryzykiem błędu. Obciążenie sędziego lękiem o to, że dokonywana przez niego interpretacja stosowanego prawa może spowodować – oprócz wywiedzenia przez stronę środka odwoławczego – także jego odpowiedzialność dyscyplinarną, karną lub cywilnoprawną, oznaczałoby *eo ipso* pozbawienie go niezawisłości i swobody orzekania⁵⁸.

Niezwykle zatem istotną gwarancją swobody sumienia i wolności dokonywanych ocen jest ukształtowana w judykaturze SN i doktrynie odrębna, autonomiczna definicja bezprawności w odniesieniu do działalności sądu⁵⁹. Odrębność ta jest uwarunkowana istotą i charakterem władzy sądowniczej, która sprawia, że orzekanie sędziego w warunkach niezawisłości i w sposób bezstronny jest zależne nie

⁵⁷ Wyrok TK z 2 października 2006 r., SK 34/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 118.

⁵⁸ J. Gudowski, *Cywilna odpowiedzialność sędziego (z uwzględnieniem aspektów historycznych i prawnoporównawczych). Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 999.

⁵⁹ T. Ereciński, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, t. 2, op. cit., s. 313; Wyrok SN z 17 maja 2006 r., I CNP 14/06, Lex, nr 200877; J. Gudowski, *Węzłowe problemy skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 1, s. 7–14.

tylko od obowiązujących ustaw, ale i „głosu sumienia” sędziego oraz swobody w ocenie prawa i faktów stanowiących podłoże sporu. Swoboda ocen sędziego wynika nie tylko z przypisanej mu władzy sędziowskiej, ale i z treści prawa pozytywnego, często posługującego się pojęciami niedookreślonymi i klauzulami generalnymi albo dekretnymi wprost pewien margines wolności jurysdykcyjnych sędziego. Stąd też jedynie elementarnej, kwalifikowanej i oczywiście niezgodności z prawem orzeczenia, przybierającej postać rażąco błędnej wykładni bądź niewłaściwego zastosowania prawa, można przypisać cechę bezprawności, uzasadniając odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa⁶⁰. Taka definicja bezprawności sądowej w pełni koreluje z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w którym wskazuje się, że państwo może ponieść odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną orzeczeniem sądowym tylko wtedy, gdy sąd naruszył prawo w sposób oczywisty bądź rażąco przekroczył granice swobodnego uznania⁶¹. Tak ukształtowana odpowiedzialność prawna, mimo że nie gwarantuje immunitetu sędziego w sprawach cywilnych, którego ustanowienie byłoby rzeczą pożądaną⁶², jest niezwykle ważną gwarancją swobody sumienia sędziego i jego wolności w sferze jurysdykcyjnej.

Na sędziach ciąży nie tylko odpowiedzialność prawna, ale i moralna za wydane orzeczenie. Władza sędziowska zobowiązuje do sprawiedliwego orzekania. W dziele jurysdykcji pełna zgodność pomiędzy treścią prawa a przekonaniem sędziowskim jest ideałem. Niejednokrotnie zachodzi bowiem tzw. sytuacja sumieniowa, kiedy to sędzia wchodzi w konflikt z własnymi zasadami moralnymi, zwłaszcza gdy prawo jest niesprawiedliwe i budzi wątpliwości moralne⁶³. Jest to niewątpliwie wielki dylemat, zważywszy na zasadę podporządkowania sędziego ustawie będącej paradygmatem sądowego stosowania prawa. Każdy z sędziów przeprowadza wówczas rachunek sumienia, ważąc racje „za” i „przeciw” odnośnie do mającego zapaść orzeczenia. W sytuacjach wewnętrznego konfliktu i wątpliwości moralnych to sumienie powinno być busolą wyznaczającą kierunek wiodący do odnalezienia sprawiedliwego rozstrzygnięcia⁶⁴.

XI. SUMIENIE JAKO GWARANCJA SPRAWIEDLIWEGO ORZECZENIA

Istotą pracy sędziego jest ocenianie i wartościowanie określonych faktów, zachowań i postaw ludzkich⁶⁵. Proces cywilny zapewnia zarazem szeroką sferę wolności tych ocen, wykładni i subsumpcji prawa. W granicach określonych prawem sędzia, ważąc przedstawione przez strony racje i argumenty, oceniając

⁶⁰ Wyrok SN z 24 lipca 2006 r., I BP 1/06, OSNP 2007, nr 15–16, poz. 216; Wyrok SN z 9 marca 2006 r., II BP 6/05, OSNCP 2007, nr 3–4, poz. 42; Wyrok SN z 31 marca 2006 r., IV CNP 25/05, OSNCP 2007, nr 1, poz. 17; Wyrok SN z 17 maja 2006 r., I CNP 14/06, Lex, nr 200877.

⁶¹ Wyrok ETS z 30 września 2003 r., w sprawie C-224/01 *Gerhard Köbler v. Austria*, Celex, nr 62001J0224.

⁶² J. Gudowski, *Cywilna odpowiedzialność sędziego...*, op. cit., s. 1110.

⁶³ W. Szewczuk, *Sumienie. Studium psychologiczne*, Warszawa 1988, s. 67, 207, 235.

⁶⁴ K. Piasecki, *Niezawisłość sędziowska...*, op. cit., s. 25.

⁶⁵ J.R. Kubiak, *Osobowość sędziego a stosowanie prawa*, „Nowe Prawo” 1977, nr 5, s. 668.

fakty i dowody, interpretując prawo i poszukując słusznego rozstrzygnięcia, niejednokrotnie odwołuje się do własnego poczucia sprawiedliwości i do głosu sumienia. Sumienie to sprawia, że akt wymierzania sprawiedliwości ma ludzki wymiar i nie jest tylko procesem mechanicznych ustaleń, wykładni i subsumpcji prawa. Sędzia w procesie tym to nie tylko, jak wskazał Monteskiusz, „usta, które wygłaszają brzmienie praw, nieożywione istoty, które nie mogą złagodzić ani ich siły, ani nawet samowoli”⁶⁶. Gdyby bowiem sądowe stosowanie prawa dało się zredukować do mechanicznych operacji wyciągania wniosków z norm obowiązujących, to sędziego można byłoby zastąpić maszyną matematyczną⁶⁷.

Konstytucja RP gwarantuje każdemu prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia jego sprawy przez bezstronny, niezależny i niezawisły sąd. W treści tego prawa zawarty jest też nakaz adresowany do sądu sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy. Niezależnie od przyjętego modelu postępowania, ideologii obowiązkiem sądu jest wydanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia, czyli orzeczenia odpowiadającego prawu i opartego na wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością ustalonym stanie faktycznym. Obowiązek sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy dla każdego sędziego powinien jednak być nie tylko nakazem prawa, ale i nakazem jego sumienia. W procesie cywilnym nakaz ten pozwala urzeczywistnić prawo procesowe, które przez instytucje wyłączenia sędziego, swobodnej oceny dowodów, atrybut dyskrecjonalności, zdanie odrębne gwarantuje sędziemu prawo do niezawisłego orzekania, wolność procesu interpretacji prawa i swobodę podejmowania decyzji sądowych.

Rozstrzygnięcie sprawiedliwe to nie tylko orzeczenie zgodne z prawem materialnym i formalnym, ale i rzeczywiście słuszne. Sumienie sędziego jest gwarancją, że najwyższe prawo nie stanie się najwyższą krzywdą, lecz będzie sztuką tego, co dobre i słuszne, w myśl zasady *ius est ars boni et aequi*.

THE GUARANTEES OF FREEDOM OF THE JUDGE'S CONSCIENCE IN CIVIL LAW PROCEDURES

This article introduces the guarantees of freedom of the judge's conscience in civil law procedures. Judges settle disputes and administer justice. Judges resolve conflicts related to private interests or the public interest. The results of their decisions are real and fundamental for human lives. Verdicts given by them decide the rights to freedom and property of the people; sometimes they also define the rights and duties of entities. Judges are subordinated to the constitution and laws. Judges vow to administer justice not only according to law. They take an oath to administer justice according to their conscience.

The conscience defines behavioral directives based on the category of “good” and “evil”. Conscience is a hypothetical ability or faculty that distinguishes

⁶⁶ Ch. Monteskiusz, *O duchu praw*, Warszawa 2002, s. 178.

⁶⁷ J. Wróblewski, *Wartość a decyzja sądowa*, Ossolineum 1973, s. 161.

whether our actions are right or wrong. The conscience has an ethical, axiological and legal dimension

There are seven guarantees of freedom of the judge's conscience in civil law procedures. First, judges are independent; they are subordinated only to the constitution and laws. Judges are privileged to immunity and cannot be dismissed. The independence of the judiciary is the basic right and freedom. Second, Judges are obliged to implement the actions specified in the law, while following the principle of impartiality and equal treatment of all citizens, but they have the right to interpret legal regulations. Third, judicial Discretion, vague terms, general clauses and decision margins allow for individual decisions. Fourth, evidence confirming facts in the case are evaluated in accordance with the principle of free evaluation of evidence. Free does not mean discretionary, the judge evaluates their reliability and strength of evidence on the basis of regulations, with the principle of correct reasoning, recommendation of knowledge and life experience. Fifth, the resolution of a case is not based on the mechanical deduction of consequences based on guidelines, being the general norms, but on the identification of an optimal solution. During the evidence hearing the judge considers and simultaneously determines which norms should be applied to the specific case and determines the legal grounds for the decision. Sixth, the judge has the right to *votum separatum*. Finally, judges are not obliged to apply judgment. They can depart from the interpretation defined in line of judgment if they consider that a change in the interpretation would better support justice. Judges have the freedom of thought and making decisions.

The judge's decisions in every case can't be mechanical deductions. This is rather more like finding the best solution and conviction of the optimal, well-argued decision, justified by the applied legal regulations and the conscience. The conscience causes that the judge's verdicts are just and have human dimensions.

MICHAŁ KOWALSKI

NAPAŚĆ ZBROJNA W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM – W POSZUKIWANIU WSPÓŁCZESNEJ DEFINICJI¹

I

Szeroko pojęta problematyka dopuszczalności użycia siły zbrojnej w prawie międzynarodowym publicznym zawsze należała do kwestii fundamentalnych. Jednakże w kilkunastu ostatnich latach stała się jeszcze bardziej aktualna i wymagająca pogłębionej refleksji. Związane jest to z pojawieniem się dwóch nowych uwarunkowań o podstawowym znaczeniu. Po pierwsze, począwszy od przełomu lat 80. i 90. XX w. doszło do gruntownej przemiany kształtu społeczności międzynarodowej, co musiało skutkować zapoczątkowaniem istotnych zmian w samym prawie międzynarodowym, które jest przecież niczym innym niż instrumentem regulacji stosunków w tej społeczności. Po drugie, na niespotykaną dotychczas skalę wzrosło zagrożenie przybierającym nowe formy terroryzmem międzynarodowym – symbolem pozostaje tu oczywiście 11 września 2001 r. i rozpoczęta następnie tzw. wojna z terroryzmem.

Współczesne prawnomiędzynarodowe zasady regulujące dopuszczalność użycia siły zbrojnej, określane mianem *ius ad bellum*, wykształcone zostały przed ponad pół wiekiem. Oparte zostały na sformułowanym w art. 2 ust. 4 Karty Narodów Zjednoczonych z 1945 r. (dalej KNZ) zakazie groźby i użycia siły, od którego to zakazu przewidziano wyłącznie dwa, wyraźnie ze sobą powiązane, wyjątki: użycie siły w ramach systemu bezpieczeństwa zbiorowego z upoważnienia Rady Bezpieczeństwa ONZ (dalej RB ONZ) na podstawie jej kompetencji z rozdziału VII KNZ, oraz użycie siły w ramach samoobrony na podstawie art. 51 KNZ². Oczywiście od samego przyjęcia norm *ius ad bellum* trwały spory dotyczące ich doprecyzowania, w wymiarze tak praktycznym, jak i doktrynalnym. Normy te były też wielokrotnie naruszane, jednakże niewątpliwie znacząco przyczyniły się do uchronienia świata przed przekształceniem się zimnej wojny w rzeczywistość³. Obecnie jednak przemodelowanie kształtu społeczności między-

¹ Tekst powstał w ramach projektu badawczego Nr 1 H02A 036 30 realizowanego przez INP PAN, w trakcie odbywania stypendium Fundacji im. Aleksandra von Humboldta.

² Jak trafnie ujął to Nico Krisch, system bezpieczeństwa zbiorowego i prawo do samoobrony mogą być postrzegane jako przejawy, odpowiednio, idealistycznego i realistycznego pojmowania polityki międzynarodowej, N. Krisch, *Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit*, Berlin 2001, s. 1; tam też szeroko o wzajemnych relacjach pomiędzy tymi pojęciami.

³ Szerzej zob. J. Kranz, *Wojna, pokój czy uspokajanie? Współczesne dylematy użycia siły zbrojnej*, Warszawa 2006, s. 9–30.

narodowej i ogrom nowych zagrożeń ze strony terroryzmu i wspierających go państw, i w konsekwencji konieczność przeciwdziałania tym zagrożeniom, każą stawiać pytania o ich współczesną adekwatność.

Znajduje to wyraźne odbicie we współczesnej praktyce państw. Spektakularnym przykładem w tym względzie była interwencja w Iraku w 2003 r., która stanowiąc niewątpliwie naruszenie prawa międzynarodowego⁴, obnażyła jednocześnie słabość regulacji prawnomiędzynarodowych w obliczu z jednej strony (potencjalnie) istniejących zagrożeń, a z drugiej strony braku faktycznej reakcji ze strony społeczności międzynarodowej na bezprawną odpowiedź na te zagrożenia. W konsekwencji wyżej wymienionych uwarunkowań przemodelowanie – przynajmniej do pewnego stopnia – prawnomiędzynarodowych zasad regulujących dopuszczalność użycia siły zbrojnej jawi się jako niezbędne.

Trzeba jednak zaznaczyć, że wspomniane pożądane zmiany prawnomiędzynarodowych zasad dopuszczalności użycia siły zbrojnej mają również znacznie głębszy kontekst, ponieważ – przez nieodzowne odniesienia do takich kwestii jak proces tworzenia norm prawa międzynarodowego (z istotną rolą norm zwyczajowych), problematyka podmiotowości prawnomiędzynarodowej, czy wręcz do przewartościowywania samych podstaw aksjologicznych międzynarodowego porządku prawnego – dotyczą samej istoty prawa międzynarodowego publicznego.

Nie ulega też żadnej wątpliwości – co należy podkreślić z całą mocą – że wszelkie zmiany w normowaniu dopuszczalności użycia siły zbrojnej w prawie międzynarodowym, zwłaszcza w kierunku ich poluzowania, niosą bardzo poważne zagrożenie deprecjacji samej zasady zakazu użycia siły zbrojnej. Wydaje się jednak, że wobec nowych zagrożeń i tendencji w praktyce państw znacznie większego zagrożenia deprecjacji zakazu użycia siły zbrojnej należy upatrywać w niepodjęciu wysiłków nakierowanych na zmiany. Trzeba zgodzić się z poglądem wyrażonym w literaturze, że alternatywą dla tych zmian będzie powrót do stanu prawnomiędzynarodowego sprzed KNZ, a więc sprzed wprowadzenia zakazu użycia siły zbrojnej obudowanego systemem bezpieczeństwa zbiorowego w obecnym kształcie⁵.

Ponieważ wątpliwa jest możliwość uzyskania powszechnie akceptowanego przez państwa kompromisu i wprowadzenia odpowiednich zmian do KNZ, odpowiedzi należy szukać w zredefiniowaniu pewnych pojęć, którymi posługuje się KNZ. Podejście takie pozwala na uniknięcie ogromnego niebezpieczeństwa, jakie niesie za sobą zanegowanie norm KNZ⁶, a równocześnie przez ich ostrożną

⁴ W literaturze polskiej na ten temat zob.: W. Czapliński, *Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1, s. 18 i n.; J. Symonides, *Wojna z Irakiem a prawo międzynarodowe*, „Rocznik Strategiczny” 2003/2004, s. 366 i n.

⁵ W. Czapliński, *Reforma ONZ – zasady użycia siły zbrojnej w stosunkach międzynarodowych*, w: J. Symonides (red.), *Organizacja Narodów Zjednoczonych – bilans i perspektywy*, Warszawa 2006, s. 677.

⁶ Głosy negujące normy KNZ są artykułowane w literaturze przedmiotu zwłaszcza przez część autorów amerykańskich na czele z Michaeliem J. Glennonem, zob. zwłaszcza M.J. Glennon, *Military Action against Terrorists under International Law: The Fog of Law: Self-Defense, Inherence and*

rekonstrukcję pozwala dostosować je do nowych wyzwań. Przykładem, który ukazuje potencję takiego podejścia, jest podejście do pojęcia napaści zbrojnej (ataku zbrojnego⁷) w kontekście prawa do samoobrony na podstawie art. 51 KNZ. Rozszerzające, ale równocześnie możliwie precyzyjne i systemowo spójne, zredefiniowanie tego pojęcia jest ze wszech miar pożądane, zwłaszcza że – jak ujmuje to Albrecht Randelzhofer – „despite the exertion of considerable effort, a generally recognized definition of ‘armed attack’ is yet to be found”⁸. Pozwoliłoby to bowiem państwom – pozostając na płaszczyźnie KNZ i jej gwarancji oraz przy zachowaniu szczególnej roli systemu bezpieczeństwa zbiorowego i RB ONZ – na bardziej adekwatne jednostronne reagowanie na istniejące zagrożenia przez korzystanie z prawa do samoobrony⁹. Ma to szczególną doniosłość zwłaszcza w kontekście powtarzających się sytuacji paraliżu RB ONZ. Niniejsze opracowanie, podejmując refleksję nad pojęciem napaści zbrojnej, stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób możliwe jest zdefiniowanie tego pojęcia we współczesnym prawie międzynarodowym w świetle wyżej przedstawionych uwarunkowań.

II

Art. 51 KNZ potwierdza przyrodzone prawo każdego państwa, przeciwko któremu dokonano napaści zbrojnej, do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony. Tym samym pojęcie napaści zbrojnej ma zasadnicze znaczenie dla wytyczenia zakresu prawa do samoobrony, gdyż we współczesnym prawie międzynarodowym – jeśli odrzuci się takie odczytanie zakazu użycia siły z art. 2 ust. 4 KNZ, że formułuje on jedynie próg, poniżej którego użycie siły nie jest zakazane¹⁰ – należy je uznać za jedyną dopuszczalną formę jednostronnego użycia siły przez państwo. KNZ nie definiuje jednak pojęcia napaści zbrojnej, co pozostawia otwartymi pytania o zakres znaczeniowy tego pojęcia. Odpowiedzi na te pytania muszą być udzielone w kontekście rozważenia stosunku pojęcia napaści zbrojnej do innych pojęć KNZ: groźby i użycia siły z art. 2 ust. 4 i agresji z art. 1 ust. 1, art. 39 i 53 ust. 1.

Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter, „Harvard Journal of Law and Public Policy” 2002, Vol. 25, s. 546 i n.; w szerszym kontekście zob. M.J. Glennon, *How International Rules Die*, „Georgetown Law Journal” 2005, Vol. 93, s. 939 i n.

⁷ Ang.: *armed attack*; fr.: *aggression armée*; hiszp.: *ataque armado*; ros.: *waarużonnoje napadienie*; chiński: *wuli gongji*; w niniejszym opracowaniu konsekwentnie używana jest zgodnie z przyjętą nomenklaturą forma „napaść zbrojna”; warto jednak postawić pytanie, czy dla współczesnego języka polskiego nie bardziej adekwatna byłaby forma „atak zbrojny”.

⁸ A. Randelzhofer, *Article 51*, w: B. Simma (red.), *Charter of the United Nations*, wyd. 2, Berlin 2002, s. 796.

⁹ Por. C. Stahn, *Terrorists Acts as “Armed Attack”: The Right to Self-Defense, Article 51(1/2) of the UN Charter, and International Terrorism*, „The Fletcher Forum of World Affairs” 2003, Vol. 27, s. 38; por. też K. Oellers-Frahm, *The International Court of Justice and Article 51 of the UN Charter*, w: K. Dicke i in. (red.), *Weltinnenrecht: Liber amicorum Jost Delbrück*, Berlin 2005, s. 516–517.

¹⁰ Dodać należy – antycypując dalsze rozważania – że odpowiednio szerokie zdefiniowanie pojęcia napaści zbrojnej pozbawia taką interpretację art. 2 ust. 4 KNZ większej doniosłości; por. np. R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford 1994, s. 240 i 245–246.

Najszerzy zakres znaczeniowy spośród wymienionych wyżej pojęć ma – w tradycyjnym ujęciu – zakaz groźby lub użycia siły z art. 2 ust. 4 KNZ. Pomimo braku specyfikacji użycia siły i pewnych wątpliwości podnoszonych w tym względzie na forum ONZ w początkowej fazie, pojęcie siły należy jednoznacznie rozumieć jako siłę zbrojną. Abstrahując w tym momencie od kwestii samej groźby, można powtórzyć dominujący w doktrynie pogląd, że o ile każda napaść zbrojna stanowi naruszenie zakazu użycia siły, o tyle nie każde naruszenie tego zakazu przyjmuje formę napaści zbrojnej¹¹. Jak się podkreśla, twórcy KNZ postawili wyższy próg dla kwalifikacji danych działań stanowiących użycie siły jako napaści zbrojnej pozwalającej na zgodne z prawem odparcie jej w drodze samoobrony na podstawie art. 51 KNZ¹². Brak już jednak zgodności co do tego, jaki jest poziom tego progu, a nie sposób nie zauważyć, że kwestia ta ma znaczenie zasadnicze.

Odnosnie do pojęcia agresji w rozumieniu KNZ kluczowe znaczenie ma Rezolucja 3314 przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1974 r.¹³, która stanowiła ukoronowanie długotrwałych prac na forum ONZ, podjętych początkowo przez Komisję Prawa Międzynarodowego. Rezolucja 3314 formułuje definicję agresji w załączonym aneksie, który w art. 1 określa agresję jako użycie siły zbrojnej przez państwo przeciwko suwerenności, terytorialnej integralności lub politycznej niepodległości innego państwa, albo w inny sposób niezgodny z KNZ. Mamy tu więc bardzo wyraźne nawiązanie do art. 2 ust. 4 KNZ, przy czym rezolucja mówi już precyzyjnie o sile zbrojnej oraz równie precyzyjnie o użyciu jej przez jedno państwo w stosunku do innego. Rezolucja 3314 zawiera również katalog aktów stanowiących agresję. Katalog ten ma jednak charakter – co jest podkreślone *expressis verbis* – jedynie przykładowy i nie jest wyczerpujący.

Pamiętać jednak należy, że Rezolucja 3314 nie ma charakteru wiążącego prawnie. Niemniej jednak przyjmuje się, że zawarta w niej definicja odzwierciedlona jest współcześnie w normie zwyczajowej. Takie stanowisko wyraźnie zajął Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (dalej MTS) w sprawie Nikaragui z 1986 r.¹⁴ MTS, opierając swoje rozstrzygnięcie na prawie zwyczajowym, wyraźnie oparł się na definicji z Rezolucji 3314. W podejściu MTS-u można dopatrywać się też wyraźnego zbliżenia pojęcia agresji z pojęciem napaści zbrojnej¹⁵. MTS podkreślił ponadto, że nie każde naruszenie zakazu użycia siły stanowi napaść zbrojną – nie stanowią jej naruszenia o mniejszym stopniu ciężkości¹⁶. Także w ostatnich kilku latach MTS kilkakrotnie odnosił się w swoim orzecznictwie do pojęcia napaści zbrojnej. Przy czym – dodajmy – niekoniecznie przyczy-

¹¹ A. Randelzhofer, *Article 51*, op. cit., s. 790 i cyt. tam literatura.

¹² Ibidem.

¹³ UN GARes. 3314 (XXIX), UN GAOR 29th Sess., Supp. No. 31 (1974).

¹⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Judgement of 27 June 1986, I.C.J. Reports 1986, s. 14 i n.; wszystkie orzeczenia MTS dostępne w języku angielskim i francuskim, <http://www.icj-cij.org>, stan z 15 kwietnia 2008 r.

¹⁵ Ibidem, zob. zwłaszcza § 195.

¹⁶ Ibidem, § 191 i § 247.

niając się do jej precyzyjnego definiowania. Dotyczy to na przykład rozważań zawartych w wyroku w sprawie platform wiertniczych z 2003 r. właśnie odnośnie do kwalifikacji jako napaści zbrojnej danych aktów użycia siły ze względu na ich charakter (stopień ciężkości)¹⁷.

Podobnie jawi się inny kluczowy dylemat: czy napaść zbrojna musi być przypisana państwu, czy też może wynikać z samodzielnych działań aktora niepaństwowego i w konsekwencji stanowić uzasadnienie odpowiedzi zbrojnej państwa w ramach samoobrony przeciw takiemu aktorowi niepaństwowemu. Od czasu wyroku w sprawie Nikaragui MTS stoi konsekwentnie na stanowisku interpretacyjnym wskazującym na konieczność przypisania napaści zbrojnej państwu, co wiąże się ściśle z odwołaniem do Rezolucji 3314. Stanowisko takie MTS podtrzymał w ostatnich kilku latach w opinii doradczej w sprawie muru z 2004 r.¹⁸, a także w wyroku w sprawie Konga z 2005 r.¹⁹ Zaskakuje jednak swoista lakoniczność MTS-u i zupełny brak odniesienia do ewoluujących stanowisk interpretacyjnych w tym względzie. Ich dobitnym przykładem jest stanowisko RB ONZ wyrażone w rezolucjach 1368 (2001) i 1373 (2001), w których przywołuje ona prawo do samoobrony przeciwko aktom terrorystycznym, zupełnie abstrahując od kwestii przypisania ich państwu.

Trzeba też przypomnieć, że sam wyrok w sprawie Nikaragui nie jest oceniany jednoznacznie i część doktryny, odwołując się głównie do *travaux préparatoires* Rezolucji 3314, oponuje przed zrównaniem pojęć napaści zbrojnej i aktu agresji i opowiada się za uznaniem napaści zbrojnej za pojęcie węższe, w takim znaczeniu, że nie każdy akt agresji stanowi napaść zbrojną²⁰. Podążając tym tokiem rozumowania i odnosząc się do pojęcia siły zbrojnej, można przyjąć, że nie każde użycie siły zbrojnej, które jest sprzeczne z art. 2 ust. 4 KNZ, stanowi akt agresji, natomiast nie każdy akt agresji stanowi napaść zbrojną dającą podstawę do odwołania się do prawa do samoobrony. W dalszym ciągu problematyczne jest jednak ustalenie precyzyjnych kryteriów pozwalających na rozróżnienie i odpowiednią kategoryzację poszczególnych aktów.

Problematyka definiowania pojęcia agresji stała się współcześnie bardzo aktualna także w kontekście rozwoju międzynarodowego prawa karnego i przyjęcia w 1998 r. Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (dalej MTK). Statut MTK wymienił zbrodnię agresji, jednakże jej zdefiniowanie – wobec symptomatycznych trudności z uzyskaniem kompromisu w tym względzie – przesunięte zostało do czasu Konferencji Rewizyjnej Statutu MTK. Jak ustalono na VI Zgromadzeniu Państw Stron Statutu MTK, które odbyło się na przełomie listopada i grudnia 2007 r. i było kontynuowane w czerwcu 2008 r., zostanie ona

¹⁷ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Merits, Judgement of 6 November 2003, I.C.J. Reports 2003, s. 161 i n.; zob. też D. Raab, 'Armed Attack' after the Oil Platforms Case, „Leiden Journal of International Law” 2004, Vol. 17, s. 723–725.

¹⁸ *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, s. 139 i n.; zob. zwłaszcza § 139.

¹⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Merits, Judgement of 19 December 2005; zob. zwłaszcza § 106–147.

²⁰ Tak np. A. Randelzhofer, *Article 51*, op. cit., s. 795–796.

zwołana w 2009 r., a odbędzie się w pierwszej połowie 2010 r. Pracę nad przygotowaniem projektu definicji podjęto w ramach Specjalnej Grupy Roboczej ds. Zbrodni Agresji²¹.

W ramach prac przygotowawczych dokonano wyraźnego rozróżnienia pomiędzy zbrodnią agresji (*crime of aggression*) rozumianą jako czyn jednostki a aktem agresji (*act of aggression*) jako działaniem państwa. Międzynarodowa odpowiedzialność prawnokama jednostek na podstawie zmienionego Statutu MTK dotyczyć będzie oczywiście zbrodni agresji. Ta znajdzie się jednak w jurysdykcji MTK dopiero wtedy, gdy państwo uprzednio dokona aktu agresji. Dla potrzeb Statutu MTK konieczne jest więc zdefiniowanie obu tych pojęć. W trakcie prac szersze poparcie znalazło posłużenie się właśnie pojęciem aktu agresji, a nie pojęciem napaści zbrojnej, gdyż – jak argumentowano – ta ostatnia jest ściśle związana z pojęciem samoobrony na podstawie art. 51 KNZ i pozbawiona ścisłej definicji w KNZ lub innych umowach międzynarodowych o charakterze powszechnym²². Natomiast za pozostającymi w mniejszości głosami optującymi za posłużeniem się pojęciem napaści zbrojnej stał argument, że ujęcie takie odzwierciedlałoby koncepcję, według której jedynie najcięższe naruszenia KNZ są objęte zbrodnią agresji²³. W obu przypadkach wyraźnie widoczne jest rozumienie napaści zbrojnej jako węższego, kwalifikowanego pojęcia mieszczącego się w pojęciu aktu agresji i ściśle powiązanego z prawem do samoobrony. W wieloaspektowej dyskusji dotyczącej definiowania aktu agresji w kontekście jego natury, przedmiotu i skutku dominującą pozycję zdobyło stanowisko opowiadające się za wprowadzeniem do Statutu MTK odwołania do definicji z Rezolucji 3314, czy wręcz za odwołaniem się do całej rezolucji jako takiej.

W kontekście jurysdykcji MTK kluczowe znaczenie ma też rozstrzygnięcie kwestii, w jaki sposób i przez kogo stwierdzone ma zostać, że do aktu agresji doszło. Jest to istotne zwłaszcza ze względu na kompetencje RB ONZ do stwierdzenia aktu agresji na podstawie art. 39 KNZ i ze względu na relacje między RB ONZ a MTK. Powstaje pytanie, czy wobec braku stwierdzenia zaistnienia aktu agresji przez RB ONZ kompetencją taką należy przyznać innym organom ONZ (Zgromadzeniu Ogólnemu, MTS-owi), czy wręcz samemu MTK. Każde z tych pytań pociąga za sobą szereg dalszych o szczegółowym charakterze (dotyczących na przykład prejudycjalności decyzji stwierdzającej akt agresji, czy też samych procedur, w których poszczególne ww. organy miałyby takie decyzje podejmować)²⁴. W szerszym kontekście pojawia się też pytanie, czy można uznać, że RB ONZ jest ograniczona prawnie w stwierdzeniu aktu agresji, czy pozostaje to

²¹ Szerzej o pracach grupy zob. np. M. Frankowska, *Zbrodnia agresji w Rzymskim Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego*, w: J. Menkes (red.), *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, Warszawa 2007, s. 164 i n.; N. Weisbord, *Prosecuting Aggression*, „Harvard International Law Journal” 2008, Vol. 49, s. 161 i n.; zob. też *Report of 13 December 2007 of the Special Working Group on the Crime of Aggression*, ICC-ASP/6/SWGCA/1.

²² *Report of 31 January 2007 of the Special Working Group on the Crime of Aggression*, ICC-ASP/5/SWGCA/3, § 14; *Report of 13 December 2007...*, § 13.

²³ *Report of 31 January 2007...*, § 15.

²⁴ Zob. M. Frankowska, *Zbrodnia agresji...*, op. cit., s. 177–180.

w jej swobodnym uznaniu jako kompetencja o charakterze czysto politycznym, a także w jakiej relacji pozostaje to do kompetencji państwa do jednostronnego stwierdzenia ataku zbrojnego przeciw niemu w celu odwołania się do prawa do samoobrony. Pytanie to jest o tyle istotne, że samoobrona na gruncie art. 51 KNZ pozostaje w ścisłym związku z systemem bezpieczeństwa zbiorowego.

Reasumując dotychczasowe rozważania, stwierdzić można, że podstawowe kwestie odnoszące się do definiowania pojęcia napaści zbrojnej we współczesnym prawie międzynarodowym dotyczą odpowiedzi na trzy pytania. Pierwsze dwa z nich mają charakter materialny – po pierwsze, w aspekcie przedmiotowym, jakie działanie stanowi napaść zbrojną, i po drugie, w aspekcie podmiotowym, kto takiego działania musi dokonać i przeciwko komu musi być ono skierowane, aby mogło być kwalifikowane jako napaść zbrojna. Odpowiedzi na te ściśle ze sobą powiązane pytania pozwolą na bardziej precyzyjne odniesienie pojęcia napaści zbrojnej do pojęć użycia siły i agresji. Problemy te zostaną omówione szerzej poniżej. Natomiast trzecie z podstawowych pytań ma charakter formalny i dotyczy kwestii, kto jest uprawniony do kwalifikacji danego aktu jako napaści zbrojnej.

III

Przy założeniu, że nie każde bezprawne użycie siły zbrojnej stanowi napaść zbrojną, odpowiedź na pytanie, jakie działanie stanowi napaść zbrojną, sprowadza się w pierwszym rzędzie do ustalenia odpowiednich kryteriów pozwalających na wyodrębnienie tych pojęć. Inaczej rzecz ujmując, chodzi tu o kryteria wyznaczające próg dla kwalifikacji danych działań stanowiących bezprawne użycie siły jako napaści zbrojnej. Wychodząc z takiego właśnie założenia, w wyroku w sprawie Nikaragui MTS uznał za rozstrzygający w tym względzie charakter stopnia ciężkości danego aktu. MTS wskazał na konieczność rozróżnienia *the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms*²⁵. Uznał ponadto w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, że o ile wsparcie udzielone przez Nikaragugę opozycji zbrojnej w Salwadorze mogło stanowić naruszenie zakazu użycia siły zbrojnej i zasady nieinterwencji, o tyle miało mniejszy stopień ciężkości niż napaść zbrojna²⁶. Pomimo krytyki w doktrynie takiego podejścia MTS²⁷, jego wyraźne i mocne potwierdzenie znalazło się po siedemnastu latach w wyroku w sprawie platform wiertniczych z 2003 r., gdzie zresztą wprost odwołano się do wyroku w sprawie Nikaragui w tym względzie²⁸. MTS uznał, że rozpatrywane akty użycia siły zbrojnej dokonane przez Iran, niezależnie czy rozpatrywane indywidualnie czy też łącznie, nie miały wystarcza-

²⁵ *Military and Paramilitary*..., § 191.

²⁶ Ibidem, § 247; w przywoływanym wyroku MTS posłużył się też w tym kontekście pojęciem incydentu granicznego (*a frontier incident*), jako aktu bezprawnego użycia siły zbrojnej niestanowiącego ataku zbrojnego, zob. zwłaszcza § 195.

²⁷ Zob. np. poglądy powoływane przez Christine Gray i cytowaną tam literaturę; Ch. Gray, *International Law and the Use of Forces*, wyd. 3, Oxford 2008, s. 179.

²⁸ *Oil Platforms*..., § 51.

jącego stopnia ciężkości, aby uznać je za najcięższe formy użycia siły zbrojnej i tym samym za napad zbrojny przeciwko Stanom Zjednoczonym uzasadniającą odwołanie się do prawa do samoobrony²⁹.

Nie wydaje się natomiast trafny pogląd, że w sprawie platform wiertniczych MTS rozszerzył zakres tego podejścia w tym sensie, że zgodnie z wyrokiem w sprawie Nikaragui kryterium stopnia ciężkości miało mieć zastosowanie tylko do aktów dokonanych przez nieregularne siły zbrojne (aktorów niepaństwowych), natomiast w sprawie platform wiertniczych podejście takie zostało rozszerzone także na działania dokonane przez regularne siły zbrojne państwa³⁰. O ile faktycznie sprawy te dotyczyły aktów użycia siły zbrojnej o innym charakterze, o tyle sugerowane rozszerzenie omawianego podejścia nie znajduje uzasadnienia ani w świetle wyroku w sprawie Nikaragui (gdzie kwestie kwalifikacji aktu użycia siły zbrojnej jako napadu zbrojnego podnoszone były w szerszym kontekście zakazu użycia siły zbrojnej i nie były ograniczane do niekonwencjonalnego użycia siły³¹), ani w wyroku w sprawie platform wiertniczych, w którym MTS bezpośrednio oparł się w tym kontekście na wyroku w sprawie Nikaragui bez żadnego odniesienia do rozszerzenia tego podejścia. Trudno także uznać za przekonujący w tym względzie argument wskazujący na art. 3 lit. g Rezolucji 3314 przywołanej przez MTS w wyroku w sprawie Nikaragui. Wśród przykładowo wyliczonych aktów agresji w art. 3 Rezolucji 3314 jedynie lit. g dotycząca agresji pośredniej (wysyłanie przez państwo lub w jego imieniu zbrojnych band, grup lub najemników, którzy dokonują aktów użycia siły zbrojnej przeciwko innemu państwu) *expressis verbis* odnosi się do stopnia ciężkości dokonanych aktów. Jednakże, pamiętając o jedynie przykładowym wyliczeniu aktów agresji w art. 3 Rezolucji 3314, trzeba zauważyć, że kryterium stopnia ciężkości pojawia się także w jej art. 2 w kontekście kompetencji RB ONZ do zakwestionowania uznania danego aktu za akt agresji właśnie z powodu niewystarczającego stopnia ciężkości samego aktu (aktów) lub ich skutków. W konsekwencji dokonane przez MTS odwołanie do kryterium stopnia ciężkości aktu w zakresie przekraczającym art. 3 lit. g nie jest sprzeczne z ujęciem Rezolucji 3314.

Niewątpliwie jednak samo wprowadzenie w ramach bezprawnego użycia siły zbrojnej rozróżnienia aktów o największym stopniu ciężkości, kwalifikowanych jako napad zbrojny, i aktów o mniejszym stopniu ciężkości, które – pozostając naruszeniem zakazu użycia siły – nie stanowią napadu zbrojnego, zmusza do krytycznej analizy. Nawet pomijając w tym miejscu zasadnicze trudności w obiektywnej kategoryzacji poszczególnych aktów użycia siły zbrojnej ze względu na ich stopień ciężkości³², uderza inna kwestia będąca konsekwencją takiego podejścia. Napad zbrojny dokonany przeciwko danemu państwu jest podstawą do

²⁹ Ibidem, § 64.

³⁰ Tak D. Raab, 'ArmedAttack'..., op. cit., s. 724–725.

³¹ *Military and Paramilitary*..., § 190.

³² Zob. np. szczegółową krytyczną analizę kategoryzowania poszczególnych aktów użycia siły zbrojnej dokonaną przez MTS w sprawie platform wiertniczych: D. Raab, 'ArmedAttack'..., op. cit., s. 726–732; por. też J. Kranz, op. cit., s. 70.

legalnej zbrojnej odpowiedzi w ramach prawa do samoobrony. Tymczasem koncepcja kwalifikacji aktu bezprawnego użycia siły zbrojnej przeciw państwu poniżej progu napaści zbrojnej pozbawia to państwo możliwości legalnej indywidualnej odpowiedzi zbrojnej na taki akt użycia siły zbrojnej przeciw niemu, ponieważ art. 51 KNZ wyraźnie wymaga zaistnienia napaści zbrojnej, a zbrojne środki odwetowe (represalia) są we współczesnym prawie międzynarodowym bezwzględnie niedopuszczalne. Trudno podzielić pogląd Albrechta Randelzhofera, że koncepcja taka jest „undoubtedly intended by the Charter, since the unilateral use of force is meant to be excluded as far as possible”³³. Należy raczej zgodzić się, że przyjęcie takiego rozróżnienia prowadzi do trudnej do zaakceptowania sytuacji, w której mamy do czynienia z – jak trafnie określił to Tarcisio Gazzini – „unrealistic loophole in the whole normative framework on the use of force, even assuming the effective functioning of the collective security mechanism”³⁴.

Trzeba jednak zauważyć, że – co zaskakujące – sam MTS w wyroku w sprawie Nikaragui nie wykluczył jednoznacznie możliwości dopuszczenia odpowiedzi zbrojnej przez państwo zaatakowane poniżej progu napaści zbrojnej³⁵. Kwestia ta została natomiast zupełnie pominięta przez MTS w wyroku w sprawie platform wiertniczych. Zostało to skrytykowane w zdaniu odrębnym, które sformułował do wyroku w sprawie platform wiertniczych sędzia Bruno Simma. Według niego pominięcie tej kwestii przez MTS może stwarzać wrażenie, że państwo, przeciwko któremu dokonano aktu zbrojnego kwalifikowanego ze względu na mniejszy stopień ciężkości poniżej progu napaści zbrojnej, nie ma prawa do odwołania się do legalnych środków odwetowych o charakterze militarnym³⁶. Tymczasem Bruno Simma opowiada się jednoznacznie za wyróżnieniem dwóch poziomów

³³ Według Albrechta Randelzhofera jest to konsekwencja przyjętej konstrukcji KNZ, która dylemat bezpieczeństwo czy sprawiedliwość w sposób zamierzony rozstrzyga na korzyść pierwszej z tych wartości. Autor ten jednak przyznaje, że prowadzi to do sytuacji, w której państwo, przeciwko któremu użyto siły zbrojnej poniżej progu napaści zbrojnej, korzysta z bardzo małej efektywnej ochrony i uznaje taką sytuację za „anything but satisfactory”, jak również za wątpliwą nawet w kontekście gwarantowania bezpieczeństwa; A. Randelzhofer, *Article 51*, op. cit., s. 790–792.

³⁴ T. Gazzini, *The changing rules on the use of force in international law*, Manchester 2005, s. 138; zob. też stanowisko Jochena A. Froweina, który stwierdza, że „[a] State against which forcible intervention takes place may certainly react by the use of force in a similar way”, J.A. Frowein, *Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, (1994 IV) 248 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Dordrecht 1995, s. 372.

³⁵ *Military and Paramilitary...*, zob. zwłaszcza § 249, gdzie MTS w kontekście odpowiedzi na użycie siły zbrojnej poniżej progu napaści zbrojnej mówi o „justified proportionate counter-measures on the part of the State which had been the victim of these acts” i tym samym nie wyklucza zbrojnych środków odwetowych; tak też np. T. Gazzini, *The changing rules...*, op. cit., s. 138; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, wyd. 4, Cambridge 2005, s. 194; por. też często przywoływaną interpretację Johna L. Hargrove’a, według której MTS nawet „strongly suggested” taką możliwość, J.L. Hargrove, *The Nicaragua Judgement and the Future of the Law of Force and Self-Defence*, „American Journal of International Law” 1987, Vol. 81, s. 138; odmiennie jednak np. Rosalyn Higgins, która w kontekście rozważań o proporcjonalności odnośnie do użycia siły zbrojnej pisała: „In the Nicaragua–US case the International Court of Justice introduced a requirement of proportionality into nonforceful countermeasures which were held by the Court to be the appropriate response to low-level uses of force that did not amount to an armed attack” (wyróżnienie moje), R. Higgins, *Problems...*, op. cit., s. 231.

³⁶ *Oil Platforms...*, *Separate Opinion of Judge Simma*, § 12.

legalnej odpowiedzi zbrojnej na nielegalne użycie siły zbrojnej. Po pierwsze, w sytuacji gdy ze względu na charakter aktu może być on kwalifikowany jako napad zbrojny w rozumieniu art. 51 KNZ, zaatakowanemu państwu przysługuje prawo do samoobrony. Po drugie, w sytuacji gdy użycie siły zbrojnej ze względu na mniejszy stopień ciężkości nie osiągnie progu kwalifikacji jako napad zbrojny, zaatakowanemu państwu przysługuje prawo do obrony zbrojnej, jednak w zasadniczo węższym zakresie, niż ma to miejsce w ramach samoobrony, z główną różnicą polegającą na wykluczeniu samoobrony zbiorowej³⁷. Uzasadniając swoje stanowisko, Bruno Simma szeroko odwołuje się do wyroku w sprawie Nikaragui. Według jego opinii MTS, mówiąc o przysługujących państwu, które zostało zaatakowane poniżej progu napadu zbrojnego, proporcjonalnych środkach odwetowych, nie mógł rozumieć przez nie wyłącznie środków o charakterze pokojowym³⁸.

Stanowisko takie budzi sprzeciw, gdyż wyłączając poza zakres samoobrony na podstawie art. 51 KNZ odpowiedź zbrojną na akt zbrojny poniżej progu napadu zbrojnego, staje się ono nie do pogodzenia zarówno z postanowieniami KNZ dotyczącymi dopuszczalności użycia siły zbrojnej, jak i zasadami odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw sformułowanymi w projekcie przygotowanym przez Komisję Prawa Międzynarodowego (dalej KPM)³⁹, które – jak się uważa – odzwierciedlają w rozważanym względzie prawo zwyczajowe. Zgodnie z tym projektem w kontekście użycia siły zbrojnej odpowiedzialność państwa jest wyłączona przez uprawnione odwołanie się do prawa do samoobrony zgodnie z KNZ (art. 21). Natomiast środki odwetowe (represalia) o charakterze zbrojnym są bezwzględnie niedopuszczalne (art. 22 w zw. z art. 50 ust. 1a). Trudno też podzielić stanowisko Instytutu Prawa Międzynarodowego w tej kwestii, wyrażone w przyjętej na sesji w Santiago w 2007 r. rezolucji dotyczącej samoobrony⁴⁰. Zgodnie z tym stanowiskiem w razie użycia siły zbrojnej poniżej progu napadu zbrojnego, zaatakowanemu państwu przysługują środki odwetowe w zgodzie z prawem międzynarodowym – jak więc należy rozumieć, z wyłączeniem środków o charakterze zbrojnym. Jednakże według omawianego stanowiska zaatakowane państwo *may also take strictly necessary police measures to repel attack*⁴¹. Niezależnie od przyjętej nazwy ekstraterytorialne działania zbrojne podjęte przez zaatakowane państwo sprowadzają się – o ile nie są kwalifikowane do działań w ramach samoobrony – do nielegalnych represaliów zbrojnych.

³⁷ Ibidem, § 13.

³⁸ Ibidem, § 12.

³⁹ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of the International Law Commission 2001, Vol. II, Part II, s. 26–143; szerzej na temat projektu KPM w j. polskim zob. np. W. Czapliński, *Kodyfikacja prawa o odpowiedzialności międzynarodowej państw*, „Studia Prawnicze” 2002, z. 4 (154), s. 33 i n.; projekt jest nadal przedmiotem dyskusji na forum ONZ, zob. rezolucję Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 6 grudnia 2007 r.: *General Assembly Resolution on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, A/RES/62/61.

⁴⁰ *Institut de Droit International, Tenth Commission, Present Problems of the Use of Armed Force in International law, A. Self-defence, Resolution of 27 October 2007, Session de Santiago – 2007*; tekst rezolucji dostępny na stronie Instytutu, <http://www.idi-iil.org>, stan z 15 kwietnia 2008 r.

⁴¹ Ibidem, § 5.

Powyższe ustalenia każą zakwestionować założenie, że nie każde bezprawne użycie siły zbrojnej stanowi napaść zbrojną dającą podstawę do podjęcia zbrojnej akcji odwetowej w ramach prawa do samoobrony. Założenie takie prowadzi w konsekwencji bądź do akceptacji sytuacji, gdy państwo, przeciwko któremu dokonano akcji zbrojnej poniżej progu kwalifikacji jako napaść zbrojna, będzie pozbawione możliwości jakiejkolwiek indywidualnej odpowiedzi zbrojnej, bądź alternatywnie prowadzi do uznania dopuszczalności pewnej formy zbrojnych środków odwetowych (represaliów). Ponadto bardzo trudne, jeśli w ogóle możliwe, pozostaje wprowadzenie precyzyjnych kryteriów kwalifikowania działań zbrojnych ze względu na stopień ciężkości: bądź jako napaść zbrojną, bądź jako inne mniej poważne formy użycia siły zbrojnej poniżej progu napaści zbrojnej. Należy więc przyjąć, że każde bezprawne użycie siły zbrojnej przeciw państwu – stanowiące samo przez się najpoważniejsze naruszenie KNZ – stanowi napaść zbrojną. Odpowiedź zbrojna zaatakowanego państwa w ramach prawa do samoobrony musi pozostawać zróżnicowana i odpowiednio dostosowana do charakteru napaści. W tym kontekście ocena stopnia ciężkości danej napaści zbrojnej jest jak najbardziej oczywista i zasadna. Wystarczające gwarancje stanowią jednak ograniczające prawo do samoobrony zasady konieczności i – przede wszystkim – proporcjonalności⁴². Mogą one prowadzić także do wyłączenia możliwości odwołania się do samoobrony zbiorowej w sytuacji napaści zbrojnej o mniejszym stopniu ciężkości. Natomiast odniesienie do wystarczającego stopnia ciężkości aktu użycia siły zbrojnej w art. 2 Rezolucji 3314 należy odczytywać jedynie w kontekście kompetencji RB ONZ do stwierdzenia aktu agresji na podstawie art. 39 KNZ i podjęcia dalszych środków na podstawie rozdziału VII KNZ.

Powyższe konstatacje prowadzą do uznania, że każde bezprawne użycie siły zbrojnej skierowane przeciw państwu stanowi naruszenie zakazu użycia siły z art. 2 ust. 4 KNZ i równocześnie każdorazowo stanowi też napaść zbrojną w rozumieniu art. 51 KNZ, który daje podstawę zaatakowanemu państwu do podjęcia odwetowej akcji zbrojnej w ramach prawa do samoobrony. Zakres dopuszczalnej samoobrony pozostaje zróżnicowany i podlega każdorazowej ocenie w danych okolicznościach faktycznych w świetle zasady konieczności i zasady proporcjonalności, co przy niskim stopniu ciężkości napaści zbrojnej może prowadzić także do wyłączenia dopuszczalności samoobrony zbiorowej i bardzo istotnego zredukowania zakresu samoobrony indywidualnej.

Ponadto można przyjąć, że każde bezprawne użycie siły zbrojnej przez państwo – powtórzmy: będące samo przez się najpoważniejszym naruszeniem KNZ – stanowi akt agresji w rozumieniu aktu państwa i w odróżnieniu od zbrodni agresji rozumianej jako czyn jednostki. Nie każdy jednak akt agresji musi prowadzić do uznania go za taki na podstawie art. 39 KNZ przez RB ONZ, która korzysta w tym względzie z dyskrecjonalnego charakteru swoich politycznych kompe-

⁴² Rosalyn Higgins ujęła ten problem w 1994 r. w formie pytania retorycznego: „Is the question of level of violence by regular forces not really an issue of proportionality, rather than a question of determining what is ‘an armed attack’?”, R. Higgins, *Problems...*, op. cit., s. 251; zob. też np. T. Gazzini, *The changing rules...*, op. cit., s. 138; Y. Dinstein, *War, Aggression...*, op. cit., s. 195.

tencji⁴³. Są one jednak ograniczone w tym sensie, że stwierdzenie aktu agresji przez RB ONZ ma jedynie konsekwencje dla zastosowania przez nią środków na podstawie rozdziału VII KNZ⁴⁴. Tym samym mamy do czynienia także z niemal pełnym zrównaniem aktu agresji z napaścią zbrojną. Akt agresji pozostaje pojęciem szerszym od napaści zbrojnej tylko w tym sensie, że może obejmować także groźbę użycia siły⁴⁵. O ile jednak groźba użycia siły może wchodzić w zakres znaczeniowy pojęcia agresja, o tyle tylko napaść zbrojna stanowi podstawę do odwołania się do prawa do samoobrony i jako taka stanowi szczególną formę agresji.

Osobną kwestią pozostaje pytanie, w jakich okolicznościach faktycznych mamy do czynienia z zaistnieniem bezprawnego użycia siły zbrojnej stanowiącego napaść zbrojną. Ze względu na nieograniczoną wręcz różnorodność możliwych do zaistnienia okoliczności faktycznych niewątpliwie nie sposób sformułować ich zamkniętego katalogu. Sytuacja jawi się stosunkowo jednoznacznie, gdy użycia siły dokonują konwencjonalne siły zbrojne danego państwa przeciwko innemu państwu. Wówczas każde takie działanie, niezależnie od rodzaju użytej broni⁴⁶, jak również niezależnie od jego celu i skutku⁴⁷, należy kwalifikować jako napaść zbrojną. Cel i skutek napaści zbrojnej będzie miał znaczenie jedynie w kontekście konieczności i proporcjonalności akcji odwetowej podjętej w ramach prawa do samoobrony. Współcześnie nie podlega jednak wątpliwości, że atak przeciw państwu może mieć również charakter niekonwencjonalny, co znacząco komplikuje sytuację. Jest to szczególnie aktualne w kontekście rozciągnięcia pojęcia napaści zbrojnej na akt terrorystyczny. Wydaje się, że również w stosunku do kwalifikowania aktu terrorystycznego jako napaści zbrojnej aktualne pozostają wyartykułowane wyżej zastrzeżenia odnoszące się do kryterium stopnia ciężkości danego aktu. Kwestia ta pozostaje też ściśle powiązana z aspektem podmiotowym definiowania pojęcia napaści zbrojnej, a więc problemem, kto takiego działania musi dokonać i przeciwko komu musi być skierowane, aby mogło być ono kwalifikowane jako napaść zbrojna.

⁴³ Jak się bowiem przyjmuje, art. 39 KNZ uprawnia RB ONZ do działania, ale nie nakłada na nią takiego obowiązku, J.A. Frowein, N. Krisch, *Article 39*, w: B. Simma (red.), *Charter...*, op. cit., s. 719.

⁴⁴ W kontekście politycznego charakteru kompetencji RB ONZ na podstawie art. 39 KNZ problematyczne wydaje się powiązanie stwierdzenia aktu agresji przez RB ONZ z jurysdykcją MTK, ibidem, s. 722; stąd też za trafne uznać należy wypracowane przez Specjalną Grupę Roboczą ds. Zbrodni Agresji podejście uwzględniające autonomię RB ONZ i MTK odnośnie do stwierdzenia aktu agresji, *Report of 13 December 2007...*, § 24.

⁴⁵ Y. Dinstein, *War, Aggression...*, op. cit., s. 184.

⁴⁶ W opinii doradczej w sprawie groźby lub użycia broni nuklearnej z 1996 r. MTS, odnosząc się ogólnie do postanowień KNZ regulujących dopuszczalność użycia siły (art. 2 ust. 4; art. 42 i art. 51), stwierdził, że postanowienia te dotyczą każdego użycia siły zbrojnej i nie odnoszą się do żadnego określonego rodzaju użytej broni. MTS stwierdził także, że sama KNZ „neither expressly prohibits, nor permits, the use of any specific weapon, including nuclear weapons”; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, § 38–39.

⁴⁷ Istotne znaczenie skutkowi napaści zbrojnej przypisuje np. Yoram Dinstein, który jednak w 4. wyd. cytowanej pracy znacząco złagodził swoje stanowisko w tym względzie, Y. Dinstein, *War, Aggression...*, op. cit., s. 193.

IV

Adresatami zawartych w KNZ norm regulujących dopuszczalność użycia siły zbrojnej są państwa i one też są w ten sposób chronione⁴⁸. Tym samym w tradycyjnym ujęciu napaść zbrojna w rozumieniu art. 51 KNZ musi być dokonana przez państwo przeciw innemu państwu. Współcześnie nie podlega jednak wątpliwości, że napaść zbrojna nie musi być dokonana bezpośrednio przez państwo, lecz może być także rezultatem działań podjętych przez aktorów niepaństwowych. Sporny pozostaje natomiast stopień, w jakim – jeśli w ogóle – działanie aktorów niepaństwowych mające stanowić napaść zbrojną musi być przypisane państwu⁴⁹. To zagadnienie zostanie omówione poniżej. Trzeba jednak zauważyć, że sporne pozostaje również uznanie, w jakich okolicznościach będziemy mieli do czynienia z działaniem zbrojnym przeciw państwu. W tym kontekście szczególnie znaczenie ma kwestia, czy charakter taki ma atak na obywateli danego państwa przebywających poza jego terytorium⁵⁰.

O ile pozostaje bezsporne, że napaść zbrojna nie musi być dokonana bezpośrednio przez państwo, o tyle – jak wspomniano powyżej⁵¹ – MTS postrzega konsekwentnie tę kwestię zgodnie z rygorystycznym stanowiskiem interpretacyjnym wypracowanym w sprawie Nikaragui i ściśle związanym z definicją agresji z rezolucji 3314. Po pierwsze więc, napaść zbrojna musi być przypisana państwu, i po drugie – zgodnie z art. 3 lit. g Rezolucji 3314 – musi dojść do wysyłania przez to państwo lub w jego imieniu aktorów niepaństwowych w celu dokonania aktów siły zbrojnej przeciwko innemu państwu, lub przy jego w tym istotnym zaangażowaniu (*substantial involvement*). Działania takie będą jednakże mogły być przypisane danemu państwu tylko wtedy, gdy będzie ono sprawować efektywną kontrolę (*effective control*) nad poszczególnymi podjętymi działaniami – natomiast nie będzie wystarczająca dla poniesienia odpowiedzialności międzynarodowej jedynie kontrola ogólna (*general control*) sprawowana nad aktorami niepaństwowymi, obejmująca na przykład dostawę broni, wsparcie organizacyjne, finansowe, logistyczne, szkoleniowe i inne⁵².

Powyższy standard kontroli efektywnej uznać należy za niezwykle rygorystyczny, a nawet – jak ujął to Robert Jennings – nierealistyczny⁵³. Jako taki był on od początku krytykowany⁵⁴. Na przestrzeni lat akcent był wyraźnie przenoszony na standard kontroli ogólnej. Symptomatyczny był w tym kontekście zwłaszcza wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (dalej

⁴⁸ Zob. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 683.

⁴⁹ Ch. Gray, *International Law...*, op. cit., s. 130.

⁵⁰ Ibidem, s. 156–160; zob. też Y. Dinstein, *War, Aggression...*, op. cit., s. 200–201 i cyt. tam literaturę.

⁵¹ Zob. pkt 2 niniejszego opracowania.

⁵² *Military and Paramilitary...*, § 115; MTS wypowiadał się w tym miejscu w kontekście przypisania odpowiedzialności międzynarodowej USA za działania nikaraguańskich *contras*; por. też § 195.

⁵³ *Military and Paramilitary...*, *Dissenting Opinion of Judge Jennings*, s. 543.

⁵⁴ Ibidem; zob. też np. A. Randelzhofer, *Article 51*, op. cit., s. 801.

MTKJ) w sprawie Tadić z 1999 roku⁵⁵. MTKJ, krytycznie odnosząc się do standardu kontroli efektywnej ustanowionej przez MTS, opowiedział się jednoznacznie za standardem kontroli ogólnej. MTKJ stwierdził, że aby przypisać działania aktorów niepaństwowych o militarnym lub paramilitarnym charakterze danemu państwu, należy dowieść, że dane państwo sprawuje ogólną kontrolę nad danym aktorem niepaństwowym nie tylko poprzez jego wyposażanie i finansowanie – co samo w sobie należałoby uznać za niewystarczające – lecz także poprzez koordynację lub wspomaganie ogólnych planów działań zbrojnych takiego aktora niepaństwowego⁵⁶. Nie jest natomiast konieczne udowodnienie, że dane państwo wydawało konkretne instrukcje odnośnie do dokonania poszczególnych aktów naruszających prawo międzynarodowe⁵⁷. Dotyczy to jednak – co warto wyrazić – podkreślić jako bardzo znaczące – jedynie zorganizowanych aktorów niepaństwowych o militarnym lub paramilitarnym charakterze, natomiast odnośnie do działań jednostek lub grup takiego charakteru nieposiadających zastosowanie znajdzie zasada kontroli efektywnej⁵⁸.

Standard kontroli ogólnej znalazł swoje dalsze potwierdzenie w konsekwencji wydarzeń z 11 września 2001 r. Nie sposób bowiem na podstawie standardu kontroli efektywnej przypisać odpowiedzialności za ataki z 11 września 2001 r. Afganistanowi pod rządami talibów. Natomiast odpowiedzialność taka staje się ewidentna przy zastosowaniu standardu kontroli ogólnej⁵⁹. Tymczasem *Operation Enduring Freedom* podjęta z powołaniem się na art. 51 KNZ przez USA i Wielką Brytanię znalazła szerokie poparcie międzynarodowe, a jej zgodność z prawem międzynarodowym nie jest zasadniczo kwestionowana. Co więcej, ujęcie takie wzmacnia stanowisko, że sama odpowiedź na atak z 11 września 2001 r., jaką była *Operation Enduring Freedom* w Afganistanie, mieściła się w istniejących ramach prawnomiędzynarodowych i jako taka nie stanowiła przewartościującego je precedensu mającego skutkować znaczącym poluzowaniem współczesnych zasad dopuszczalności użycia siły zbrojnej w prawie międzynarodowym⁶⁰. Pewne *novum* stanowiło właśnie wyraźne potwierdzenie standardu kontroli ogólnej w praktyce państw.

Trzeba jednak zauważyć, że w przyjętych w 2001 r. – zaznaczmy, że było to jeszcze przed wydarzeniami z 11 września⁶¹ – komentarzach do projektu dotyczącego zasad odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw KPM stała na stanowisku przyjętym przez MTS w sprawie Nikaragui. Zgodnie z art. 8 pro-

⁵⁵ *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No.: IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgement of 15 July 1999; orzeczenie dostępne <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>, stan z 15 kwietnia 2008 r.; zob. też wcześniejsze orzecznictwo międzynarodowe, na które powoływał się MTKJ: ibidem, § 125–130.

⁵⁶ Ibidem, § 131.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem, § 132 i 137.

⁵⁹ W ten sposób także np. C. Stahn, *'Nicaragua is dead, long live Nicaragua' – the Right to Self-defence under Art. 51 UN Charter and International Terrorism*, w: Ch. Walter i in. (red.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin 2004, s. 838–839.

⁶⁰ Por. ibidem, s. 837.

⁶¹ KPM przyjęła projekt wraz z komentarzami na swojej 53. sesji, która odbyła się w dniach od 23 kwietnia do 1 czerwca i od 2 lipca do 10 sierpnia 2001 r.

jektu KPM, który dotyczy przypisania państwu działania dokonanego przez aktorów niepaństwowych (art. 8 mówi o osobie lub grupie osób) i kierowanego lub kontrolowanego przez to państwo, działanie takie może być przypisane państwu, gdy jest dokonane zgodnie z instrukcjami danego państwa lub pod jego kierownictwem, lub też pod jego kontrolą. Przesłanki te mają charakter rozłączny i wystarczające jest ustalenie tylko jednej z nich. Kluczową kwestią pozostaje więc ustalenie koniecznego stopnia kontroli sprawowanej przez dane państwo nad działaniami dokonanymi przez aktorów niepaństwowych. Samo brzmienie art. 8 nie jest przesądzające w tym względzie. Jednakże w komentarzu do art. 8 KPM odniosła się aprobującą do standardu kontroli efektywnej ustalonego przez MTS w sprawie Nikaragui i krytycznie do standardu kontroli ogólnej wypracowanego przez MTKJ w sprawie Tadicia, zarzucając MTKJ, że jego jurysdykcja obejmuje odpowiedzialność kamą jednostki, a nie odpowiedzialność państwa. KPM podkreśliła również, że sprawa Tadicia dotyczyła nie kwestii odpowiedzialności państw, lecz kwestii stosowania zasad międzynarodowego prawa humanitarne-go. Odnosnie do samego standardu stopnia kontroli KPM wskazała natomiast, że „w każdym przypadku pozostaje kwestią oceny, czy poszczególne działanie było, lub nie było, dokonane pod kontrolą danego państwa w stopniu pozwalającym na przypisanie mu takiego kontrolowanego działania”⁶². Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy – jak ujął to MTKJ w sprawie Tadicia – stopień taki może zostać osiągnięty przez koordynację lub wspomaganie ogólnych planów działań zbrojnych aktora niepaństwowego łącznie z jego wyposażaniem, finansowaniem itp. O ile bez wątplenia stanowisko KPM jest bliższe standardowi kontroli efektywnej ustalonej przez MTS w sprawie Nikaragui, o tyle mocno dyskusyjne pozostaje, czy dokonała ona „kategorycznego odrzucenia” standardu przyjętego przez MTKJ w sprawie Tadicia⁶³.

Natomiast niewątpliwie jednoznacznego podtrzymania standardu kontroli efektywnej i odrzucenia standardu kontroli ogólnej dokonał sam MTS. W wyroku w sprawie Konga z 2005 r. MTS powołał się jeszcze na niewystarczające podstawy dowodowe wskazujące na kontrolę nad zbrojnymi aktorami niepaństwowymi przez, odpowiednio, Ugandę i Demokratyczną Republikę Konga i w konsekwencji nie przeszedł do rozważań dotyczących standardu stopnia kontroli⁶⁴. Uczynił to jednak obszernie i dobitnie w wyroku w sprawie zbrodni ludobójstwa z 2007 r.⁶⁵ w kontekście ewentualnego przypisania działań oddziałów zbrojnych bośniackich Serbów (konkretnie chodziło o masakrę w Srebrenicy) byłej Federacyjnej Republice Jugosławii (Serbii i Czarnogórze). MTS, uznając najpierw, że działań bośniackich Serbów nie można kwalifikować jako działań organów byłej Federacyjnej Republiki Jugosławii, rozważył następnie możliwość

⁶² *Draft Articles...*, s. 48.

⁶³ Tak A. Zimmermann, *The Second Lebanon War: Jus ad bellum, jus in bello and the Issue of Proportionality*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2007, Vol. 11, s. 114.

⁶⁴ *ArmedActivities...*, § 146 (w odniesieniu do DRK) i § 160 (w odniesieniu do Ugandy).

⁶⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgement of 26 February 2007.

przypisania ich temu państwu jako działań aktorów niepaństwowych przez nie kierowanych lub kontrolowanych. Powołał się w tym względzie bezpośrednio na art. 8 projektu KPM, uznając go za odzwierciedlający odpowiednią normę zwyczajową⁶⁶. Musi być ona, według MTS-u, interpretowana zgodnie z wyrokiem w sprawie Nikaragui ustanawiającym standard kontroli efektywnej⁶⁷, co również jednoznacznie uznał za oddające stan zwyczajowego prawa międzynarodowego⁶⁸. MTS krytycznie odniósł się też do wyroku MTKJ w sprawie Tadicia ustanawiającego standard kontroli ogólnej. W tym swoistym polemicznym dwugłosie dwóch międzynarodowych trybunałów MTS zasadniczo powtórzył, rozszerzając je nieznacznie, krytyczne argumenty podnoszone wcześniej przez KPM w przywoływanym wyżej komentarzu do art. 8 projektu⁶⁹. MTS odrzucił jednoznacznie standard kontroli ogólnej jako „[...] unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s and its international responsibility”⁷⁰.

O ile uznanie samego art. 8 projektu KPM za odzwierciedlenie normy zwyczajowej jest trafne⁷¹, o tyle uznanie przez MTS zwyczajowego charakteru standardu kontroli efektywnej idzie zdecydowanie za daleko i nie bierze pod uwagę wspomnianego wyżej zróżnicowania poglądów i praktyki w tym względzie. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na wyrażone w zdaniu odrębnym stanowisko sędziego Awn Shawkat Al-Khasawneh’a, który stwierdził, że „[i]t is far from self-evident that the overall control test is always not proximate enough to trigger State responsibility”⁷². Bezwarunkowe odrzucenie standardu kontroli ogólnej nie bierze też pod uwagę mnogości możliwych powiązań pomiędzy państwem a aktorami niepaństwowymi i koniecznego w tym względzie zróżnicowania oceny stopnia kontroli. Bardzo wysoki wymagany standard kontroli efektywnej niewątpliwie pozwala państwom ukrywać się za działaniami aktorów niepaństwowych. Jest to zresztą widoczne bardzo wyraźnie właśnie na przykładzie wyroku w sprawie zbrodni ludobójstwa z 2007 r., gdzie MTS – stosując standard kontroli efektywnej – nie dopatrywał się możliwości przypisania byłej Federacyjnej Republice Jugosławii działań bośniackich Serbów, pomimo istnienia szerokiego i niekwestionowanego wsparcia, oraz – jak ujął to Awn Shawkat Al-Khasawneh – istnienia „a unity of goals, unity of ethnicity and a common ideology”⁷³. Należy zgodzić się z Jerzym Kranzem, że racjonalność standardu kontroli efektywnej budzi wątp-

⁶⁶ Ibidem, § 398.

⁶⁷ Ibidem, § 399-100.

⁶⁸ Ibidem, § 401 *in fine*.

⁶⁹ Ibidem, § 403-105.

⁷⁰ Ibidem, § 406 *in fine*.

⁷¹ Inaczej jednak Antonio Cassese, który uznaje takie założenie za *undemonstrated* i oparte wyłącznie na wyroku w sprawie Nikaragui podtrzymanym następnie przez KPM; A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia*, „European Journal of International Law” 2007, Vol. 18, s. 651; cytowany autor wydaje się jednak pomijać fakt, że sam art. 8 projektu KPM nie rozstrzyga stopnia koniecznej kontroli; podniesione zastrzeżenia są natomiast trafne w stosunku do uznania zwyczajowego charakteru standardu kontroli efektywnej.

⁷² *Application of the Convention...*, *Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawneh*, § 39.

⁷³ Ibidem, § 36.

liwości, a „wysoko postawione wymogi prawne i progi dowodowe wydają się w rzeczywistości nie do spełnienia [...]”⁷⁴. Warto też zauważyć, że w dalece niesatysfakcjonującej krytyce stanowiska MTKJ wyrażonego w wyroku w sprawie Tadicia⁷⁵, MTS zupełnie pominął na przykład aspekt rozciągnięcia przez MTKJ standardu kontroli ogólnej wyłącznie w stosunku do działań zorganizowanych aktorów niepaństwowych o militarnym lub paramilitarnym charakterze.

Kwestia stopnia kontroli pozwalającego na przypisanie państwu działania dokonanego przez aktorów niepaństwowych, a kierowanego lub kontrolowanego przez to państwo pozostaje więc sporna, choć wydaje się, że – wbrew stanowisku MTS-u – coraz szerszą akceptację zyskuje standard kontroli ogólnej. Powstaje jednak pytanie o sytuację, w której będziemy mieli do czynienia z działaniem aktora niepaństwowego kwalifikowanym jako napaść zbrojna, lecz nie będzie możliwe przypisanie odpowiedzialności międzynarodowej innemu państwu niezależnie od przyjętego standardu kontroli. Sytuacja taka będzie oczywiście zdecydowanie częstsza przy zastosowaniu standardu kontroli efektywnej. Warto jednak podkreślić, że nawet przyjęcie szerszego standardu kontroli ogólnej – wymagającego jednak dowiedzenia, obok istnienia samego wsparcia, także pewnej koordynacji lub wspomagania ogólnych planów działań takiego aktora niepaństwowego – nie rozwiązuje sytuacji, gdy państwo, z którego terytorium następuje atak, nie chce lub nie jest w stanie mu zapobiec (co w praktyce pozostanie w zasadzie niemożliwe do rozróżnienia). Innymi słowy, dane państwo nie wspiera – lub nie wspiera w stopniu pozwalającym na przypisanie mu odpowiedzialności międzynarodowej nawet na podstawie testu kontroli ogólnej – danego aktora niepaństwowego, ale albo nie chce, albo nie jest władne zapobiec dokonaniu z jego terytorium, lub przygotowaniu na nim, napaści zbrojnej przez tego aktora. Czy w takiej więc sytuacji państwo, przeciwko któremu aktor niepaństwowy dokonał napaści zbrojnej, ma prawo do podjęcia w odpowiedzi działań zbrojnych w ramach samoobrony na podstawie art. 51 KNZ? Bezwarunkowe założenie odpowiedzi negatywnej prowadziłoby do daleko niesatysfakcjonującej sytuacji, w której aktor niepaństwowy dokonujący napaści zbrojnej z terytorium innego państwa byłby chroniony przez suwerenność tego państwa, a zaatakowane państwo pozbawione byłoby możliwości jakiegokolwiek odpowiedzi zbrojnej. Rozwój zorganizowanych grup terrorystycznych operujących z terytoriów innych państw czyni ten problem niezwykle aktualnym.

Powyższy dylemat unaoczniają zróżnicowane przykłady z aktualnej praktyki międzynarodowej dotyczące oceny legalności działań zbrojnych podjętych na skutek takich ataków ze strony aktorów niepaństwowych. Za przykład posłużyć tu mogą ataki odwetowe dokonywane przez Izrael przeciwko Hezbollahowi ope-

⁷⁴ J. Kranz, *Użycie siły zbrojnej a odpowiedzialność międzynarodowoprawna w świetle najnowszego orzecznictwa MTS*, w: J. Menkes (red.), *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, Warszawa 2007, s. 342.

⁷⁵ Odnośnie do szerokiej i gruntownej krytyki stanowiska MTS w tym względzie zob. A. Cassese, *The Nicaragua...*, op. cit., s. 650–663; warto dodać, że Antonio Cassese zasiadał w składzie izby apelacyjnej MTKJ, która wydała wyrok w sprawie Tadicia.

rującemu na terytorium Libanu. Na uwagę zasługuje szczególnie zakrojona na szeroką skalę odpowiedź zbrojna podjęta przez Izrael w lipcu 2006 r. w odpowiedzi na ostrzał raketowy terytorium Izraela dokonany przez Hezbollah z terytorium Libanu⁷⁶. Za inne przykłady służyć mogą działania zbrojne Turcji przeciw obozom Partii Pracujących Kurdystanu (PKK) w północnym Iraku⁷⁷, łącznie z ofensywą turecką ze stycznia 2008 r., a także późniejszymi działaniami zbrojnymi⁷⁸. Kolejny aktualny przykład to atak wojsk kolumbijskich na obóz organizacji FARC na terytorium Ekwadoru z marca 2008 r.⁷⁹ Wszystkie trzy wybrane przykłady – które, dodajmy, nie pozostają w odosobnieniu – są istotnie zróżnicowane tak faktycznie, jak i prawnie i dla ich pełnej oceny wymagałyby szczegółowej analizy. Dotyczy to na przykład problemu samej kwalifikacji jako napaści zbrojnej działań wymienionych wyżej aktorów niepaństwowych: o ile ze strony Hezbollahu doszło do ostrzału raketowego i innych działań charakterystycznych dla konwencjonalnego międzypaństwowego konfliktu zbrojnego, o tyle w dwóch pozostałych przykładach za napad zbrojny należałoby uznać ujęte (łącznie?) akty terrorystyczne dokonywane (jednakże niebezpośrednio przed samymi atakami) przez, odpowiednio, PKK przeciw Turcji i FARC przeciw Kolumbii. W tym miejscu ograniczę się tylko do podkreślenia faktu, że w żadnym z wymienionych wyżej przykładów nie można działań zbrojnych, dokonanych przez aktorów niepaństwowych, przypisać państwom, z których terytoriów te ataki emanowały – odpowiednio, Libanowi, Irakowi i Ekwadorowi – a w konsekwencji nie można tym państwom przypisać odpowiedzialności międzynarodowej. Zasadniczo nie jest to możliwe ani za pomocą odwołania się do standardu kontroli ogólnej, ani tym bardziej standardu kontroli efektywnej, wymienieni aktorzy pozostawali bowiem zasadniczo poza kontrolą tych państw⁸⁰.

⁷⁶ Stan faktyczny, jak również dokładną analizę prawnomiędzynarodową tego konfliktu określane go bądź jako druga wojna libańska bądź też jako wojna lipcowa – zarówno z punktu widzenia *ius ad bellum*, jak i *ius in bello* – przedstawia Andreas Zimmermann; zob. A. Zimmermann, *The Second...*, op. cit., s. 99 i n.

⁷⁷ Zob. Ch. Gray, *International Law...*, op. cit., s. 140–143 i cyt. tam literaturę.

⁷⁸ Turcja konsekwentnie nie powołuje się na prawo do samoobrony na podstawie art. 51 KNZ w kontekście działań zbrojnych przeciwko obozom PKK w północnym Iraku. Tak też było w kontekście ofensywy z 2008 r.; zob. parlamentarne upoważnienie do użycia siły zbrojnej przeciwko PKK z 17 października 2007 r. (*Karar No. 903*; dokument w języku tureckim dostępny na stronie tureckiego parlamentu, http://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar903.html, stan z 15 kwietnia 2008 r.), w którym mowa jest o działaniach w celu wyeliminowania zagrożenia terrorem i atakami terrorystycznymi przeciw Turcji kierowanymi z terytorium północnego Iraku; zwraca uwagę, że rząd został upoważniony do podjęcia działań zbrojnych „w ramach walki z terroryzmem zgodnie z prawem międzynarodowym”.

⁷⁹ Kolumbia powołała się na prawo do samoobrony na podstawie art. 51 KNZ; zob. jednak przyjętą w konsekwencji tego zdarzenia *Resolution of the Permanent Council of the Organization of American States*, OAE/Ser.G CP/RES. 930 (1632/08) z 5 marca 2008 r. (dokument dostępny na stronie internetowej Organizacji Państw Amerykańskich, <http://www.oas.org/consejo/resolutions/res930.asp>, stan z 15 kwietnia 2008 r.), w której Rada potwierdziła „the principle that the territory of a State is inviolable and may not be the object, even temporarily, of military occupation or of other measures of force taken by another State, directly or indirectly, on any grounds whatsoever”.

⁸⁰ Dyskusyjna pozostaje niewątpliwie relacja pomiędzy Hezbollahem a Libanem, zważywszy zwłaszcza, że Hezbollah w trakcie trwania konfliktu miał swoich przedstawicieli w rządzie Libanu. W tym miejscu przyjmuję argumenty Andreasa Zimmermanna wskazujące na wysoki stopień nieza-

Rozwiązaniem pozwalającym zaatakowanemu państwu na odpowiedź zbrojną w ramach samoobrony przeciwko aktorom niepaństwowym jest takie odczytanie art. 51 KNZ, które nie wymaga przypisania napaści zbrojnej państwu. Innymi słowy, napaści zbrojnej w rozumieniu art. 51 KNZ może dokonać także aktor niepaństwowy i w konsekwencji to przeciw niemu przysługuje zaatakowanemu państwu prawo do samoobrony. Taka interpretacja art. 51 KNZ jest o tyle możliwa, że z brzmienia art. 51 KNZ nie wynika *expressis verbis*, że napaść zbrojna musi być dokonana przez państwo. Niewątpliwie taka interpretacja z jednej strony stanowi odejście od tradycyjnego ujęcia tej kwestii, lecz z drugiej strony można argumentować, że stanowi dostosowanie odpowiednio elastycznych postanowień KNZ do nowych zagrożeń ze strony aktorów niepaństwowych. Co więcej, stosując wykładnię teleologiczną przyjąć należy, że celem art. 51 KNZ jest zapewnienie ochrony zaatakowanemu państwu przez możliwość podjęcia zgodnej z prawem obrony w ramach prawa do samoobrony niezależnie od źródła ataku⁸¹. Takie ujęcie znalazło wsparcie w stanowisku RB ONZ wyrażonym w przyjętych bezpośrednio po wydarzeniach z 11 września 2001 r. rezolucjach 1368 (2001) i 1373 (2001). W preambułach tych rezolucji RB ONZ uznała prawo do samoobrony przeciwko aktom terrorystycznym, zupełnie abstrahując od kwestii przypisania ich państwu. Nie można też nie zauważyć pojawiającej się w tym względzie praktyki państw (niezależnie od krytycznej oceny, którą może wywoływać), choć z pewnością pozostaje ona dalece niejednolita⁸².

Przeciwko takiej rozszerzającej interpretacji art. 51 KNZ bardzo wyraźnie wypowiedział się jednak MTS. Najpierw uczynił to w opinii doradczej w sprawie muru z 2004 r., ograniczając się jednak tylko do lakonicznego, lecz jednoznacznego stwierdzenia, że art. 51 KNZ „recognizes the existence of an inherent right of self-defence in case of armed attack by one State against another State”⁸³. MTS uchylił się więc od szerszego odniesienia się do stanowiska RB ONZ wyrażonego w rezolucjach 1368 (2001) i 1373 (2001). Uczynił tak ponownie w wyroku w sprawie Konga z 2005 r., gdzie stwierdził, że nie widzi potrzeby „to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces”⁸⁴. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na trafne głosy części sędziów MTS-u wyrażane w zdaniach odrębnych do wyżej przywoływanej

leżności Hezbollahu od władz libańskich i faktyczny brak efektywnej kontroli władz libańskich nad obszarem południowego Libanu, jako przesłanki przesadzające o niemożności przypisania Libanowi działań Hezbollahu jako działań organów tego państwa ani jako działań aktora niepaństwowego przez to państwo kierowanych lub kontrolowanych i to nawet przy odwołaniu do standardu kontroli ogólnej; A. Zimmermann, *The Second...*, o p. cit., s. 109–115; z drugiej strony wydaje się jednak, że ze względu na bezsporne, intensywne i sformalizowane powiązania pomiędzy Hezbollahem a Libanem standard kontroli ogólnej wydaje się wystarczający dla przypisania działań Hezbollahu Libanowi.

⁸¹ Por. ibidem, s. 117.

⁸² Zob. np. przykłady powoływane w: Th. Bruha, Ch.J. Tams, *Self-Defence Against Terrorist Attacks. Considerations in the Light of the ICJ's 'Israeli Wall' Opinion*, w: K. Dicke i in. (red.), op. cit., s. 96.

⁸³ *Legal Consequences...*, § 139.

⁸⁴ *Armed Activities...*, § 147; zob. też szerzej § 106–147.

opinii doradczej w sprawie muru z 2004 r. i wyroku w sprawie Konga z 2005 r. Krytycznie podnieśli oni właśnie zaniechanie ustosunkowania się przez MTS do takiego odmiennego interpretacyjnego ujęcia art. 51 KNZ wobec nowych zagrożeń⁸⁵. Niewątpliwie MTS nie wykorzystał powtarzającej się szansy na usystematyzowanie współczesnego międzynarodowego stanu prawnego w tym względzie.

Niemniej jednak powyższe stanowisko MTS-u zasługuje na wsparcie. O ile sam art. 51 KNZ nie stanowi *expressis verbis*, że napaść zbrojna musi być dokonana przez państwo, o tyle taka interpretacja wynika – w moim przekonaniu – z odczytania go w związku z pozostałymi zawartymi w KNZ normami regulującymi dopuszczalność użycia siły zbrojnej, a zwłaszcza w związku z art. 2 ust. 4 KNZ. Art. 2 ust. 4 wyraźnie odnosi się do zakazu użycia siły w relacjach między państwami i w taki też sposób powinien być interpretowany art. 51 KNZ stanowiący jeden z dwóch, obok systemu bezpieczeństwa zbiorowego, wyjątków od tego zakazu⁸⁶. Za taką interpretacją przemawia też sama konstrukcja art. 51 KNZ wiążąca prawo do samoobrony z mechanizmami systemu bezpieczeństwa zbiorowego. Interpretacja napaści zbrojnej jako aktu państwa staje się tym bardziej ewidentna, gdy przyjmie się proponowaną powyżej ściśle powiązaną wzajemnie interpretację pojęć użycia siły, aktu agresji i napaści zbrojnej. Warto też zwrócić uwagę, że brak przypisania państwu napaści zbrojnej i tym samym odpowiedzialności międzynarodowej stwarza poważne problemy z uzasadnieniem naruszenia suwerenności państwa, na którego terytorium inne państwo dokonało akcji zbrojnej w ramach samoobrony przeciwko aktorowi niepaństwowemu. Terytorium państwowe podlega bowiem w prawie międzynarodowym ochronie szczególnej, co wyraża się w zakazie „podejmowania przez inne państwa działań ekstraterytorialnych bez wyraźnej podstawy prawnej”⁸⁷. Niewątpliwie też odejście od konieczności przypisania państwu napaści zbrojnej powoduje tak daleko idące rozszerzenie uprawnienia państw do jednostronnego użycia siły zbrojnej, że wydaje się prowadzić do deprecjacji samego zakazu użycia siły zbrojnej. Jest to widoczne zwłaszcza w kontekście rozciągnięcia pojęcia napaści zbrojnej na akt terrorystyczny. Stwarza to tym samym ogromne niebezpieczeństwo nadużyć przez podejmowanie przez państwa arbitralnych działań i naruszania praw państw słabszych. Warto też zauważyć, że w ramach prac Specjalnej Grupy Roboczej ds. Zbrodni Agresji akt agresji (w odróżnieniu od zbrodni agresji jako czynu jednostki) jest rozumiany ściśle wyłącznie jako akt państwa i odnoszony do definicji z Rezolucji 331488.

⁸⁵ Zob. zwłaszcza zdania odrębne sędziego Petera Kooijmansa (§ 35–36) i sędzi Rosalyn Higgins (§ 33–35) do opinii doradczej w sprawie muru z 2004 r. i zdania odrębne sędziego Kooijmansa (§ 22–32) i sędziego Bruno Simmy (§ 4–15) do wyroku w sprawie Konga z 2005 r.

⁸⁶ Zob. np. K. Oellers-Frahm, *The International...*, o p. cit., s. 513.

⁸⁷ R. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Kraków 2004, s. 146.

⁸⁸ Głosy za uwzględnieniem w definicji aktu agresji aktów aktorów niepaństwowych, których nie można przypisać państwu, pojawiały się jedynie incydentalnie w pracach Grupy, zob. *Informal inter-sessional meeting of the Special Working Group on the Crime of Aggression, held at the Liechtenstein Institute on Self-Determination, Woodrow Wilson School, Princeton University, United States, from 11 to 14 June 2007*, ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, § 51.

Czy więc stojąc na gruncie konieczności przypisania napaści zbrojnej państwu, jest możliwe uznanie dopuszczalności prawa do samoobrony w sytuacji, gdy działań zbrojnych, których dokonali aktorzy niepaństwowi, nie można przypisać państwu na podstawie standardu kontroli efektywnej lub nawet ogólnej? Odpowiedź wydaje się pozytywna i łączy się z konstrukcją wyprowadzenia odpowiedzialności międzynarodowej z niewywiązania się przez państwo z pozytywnego obowiązku zapobieżenia dokonywania z jego terytorium działań stanowiących naruszenia prawa międzynarodowego – państwo ponosiłoby więc odpowiedzialność za zaniechanie⁸⁹. Można w tym kontekście mówić o pozytywnym obowiązku do efektywnego wykonywania swojej suwerenności terytorialnej. Jednakże, pomimo że państwo będzie niewątpliwie odpowiedzialne za delikt międzynarodowy polegający na niedopełnieniu pozytywnego obowiązku, odpowiedź zbrojna przeciw niemu w ramach prawa do samoobrony będzie niedopuszczalna, gdyż nie będziemy mieli do czynienia z napaścią zbrojną dokonaną przez to państwo. W konsekwencji, aby prawo do samoobrony mogło być stosowane, nacisk musi być położony na przypisanie działań zbrojnych aktorów niepaństwowych danemu państwu, co – przy założeniu równoczesnego spełnienia przesłanek przedmiotowych – prowadzić będzie do kwalifikacji tych działań jako napaści zbrojnej. Zakaz użycia siły zbrojnej przez państwa powinien być bowiem rozumiany nie tylko jako negatywny obowiązek podejmowania działań zbrojnych przeciwko innym państwom, ale także jako pozytywny obowiązek powstrzymania działań zbrojnych z jego terytorium przez zorganizowanych aktorów niepaństwowych. Ten pozytywny obowiązek stanowiłby więc poszerzony, wykraczający poza projekt KPM, standard przypisania mający zastosowanie wyłącznie odnośnie do działań zbrojnych zorganizowanych aktorów niepaństwowych o militarnym lub paramilitarnym charakterze. Jeśli dane działania zbrojne aktora niepaństwowego spełniałyby przesłanki przedmiotowe, ich przypisanie państwu stanowiłoby spełnienie przesłanki podmiotowej i tym samym stawałyby się one napaścią zbrojną w rozumieniu art. 51 KNZ. W tej sytuacji uzasadnione mogłoby się stać – zgodnie z ograniczeniami wynikającymi z zasady konieczności i proporcjonalności – odwołanie się przez zaatakowane państwo do prawa do samoobrony na podstawie art. 51 KNZ. Jednakże zasady konieczności i proporcjonalności prowadziłyby zasadniczo do ograniczenia samoobrony jedynie do działań zbrojnych przeciwko zorganizowanym aktorom niepaństwowym – warunkiem tego byłby oczywiście brak podjęcia przez dane państwo działań zbrojnych po stronie aktora niepaństwowego zaatakowanego w ramach prawa do samoobrony.

Trzeba jednakże zauważyć, że konstrukcja powyższa nie jest zgodna z dotychczasowym orzecnictwem MTS odnośnie do przypisania państwu napaści zbrojnej. Miał on możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii w wyroku w sprawie Konga. MTS nie dopatrył się jednak możliwości przypisania Demokratycznej Republice Konga odpowiedzialności za zaniechanie podjęcia działań przeciwko

⁸⁹ W tym kontekście można też odwołać się do konstrukcji należytej staranności (*due diligence*), zob. szerzej J. Kranz, *Wojna...*, op. cit., s. 75 i n.

grupom zbrojnym dokonującym działań zbrojnych przeciwko Ugandzie z terytorium tego państwa. MTS ograniczył się do lakonicznego uznania, na podstawie przedstawionego materiału dowodowego, że zaniechanie podjęcia działań przeciwko grupom zbrojnym nie jest równoznaczne z tolerowaniem (*tolerating*) lub aprobatą (*acquiescing*) dla tych działań⁹⁰.

W tej sytuacji możliwe jest odwołanie się do – jak proponuje to Andreas Zimmermann – konstrukcji zaniechania kwalifikowanego⁹¹. Z konstrukcją taką mielibyśmy do czynienia w sytuacji, gdy do podjęcia kroków przeciw zbrojnym aktorom niepaństwowym działającym na terytorium danego państwa i do zapobieżenia dokonywaniu działań zbrojnych wezwie to państwo RB ONZ występująca na podstawie swoich kompetencji z rozdziału VII KNZ. Zaniechanie podjęcia przez dane państwo takich kroków prowadziłoby do upoważnienia zaatakowanego państwa do działań w ramach samoobrony na podstawie art. 51 KNZ. Konstrukcja ta znajduje zastosowanie tak do przypadków Libanu, jak i Afganistanu pod rządami talibów, które to państwa były wielokrotnie wzywane przez RB ONZ do położenia kresu działaniom, odpowiednio, Hezbollahu i Al-Kaidy. Zgodnie z proponowaną konstrukcją, w rezultacie ich zaniechania mogły być przeciwko nim skierowane działania zbrojne w ramach samoobrony.

Konstrukcja ta wydaje się jednak nieprzekonująca. Uzależnienie odwołania się przez państwo do prawa do samoobrony od wcześniejszego podjęcia działań przez RB ONZ na podstawie rozdziału VII samo w sobie pozostaje dalece kontrowersyjne w świetle przewidzianych przez KNZ wzajemnych powiązań pomiędzy mechanizmami bezpieczeństwa zbiorowego i prawem do samoobrony. Przede wszystkim jednak konstrukcja taka wyklucza odwołanie się do prawa do samoobrony we wszystkich sytuacjach, w których RB ONZ nie podejmie odpowiednich działań. Co więcej, szerokie przyjęcie takiej konstrukcji przyczynić by się mogło do – eufemistycznie to ujmując – większej wstrzemięźliwości w formułowaniu tego typu wezwań przez RB ONZ. Warto pamiętać, że prawo do samoobrony skonstruowane jest właśnie jako swoisty realistyczny bezpiecznik zezwalający na jednostronne użycie siły przez państwa wtedy, gdy RB ONZ nie podejmuje koniecznych środków. Można też argumentować, że skierowanie przez RB ONZ do państwa wezwania o zapobieżenie działalności zbrojnej zorganizowanych aktorów niepaństwowych na jego terytorium potwierdza tylko pozytywny obowiązek państwa do efektywnego wykonywania swojej suwerenności terytorialnej, zaniechanie czego musi pociągać za sobą odpowiedzialność międzynarodową państwa.

V

Przedstawione powyżej uwagi niewątpliwie nie wyczerpują problematyki interpretacji pojęcia napaści zbrojnej. Poglębenia wymaga kwestia związana z py-

⁹⁰ *ArmedActivities...*, § 301; aprobuje A. Zimmermann, *The Second...*, op. cit., s. 121.

⁹¹ *Ibidem*.

taniem, w jakich okolicznościach faktycznych mamy do czynienia z zaistnieniem bezprawnego użycia siły zbrojnej, które stanowi napaść zbrojną. Podobnie, powyżej zasygnalizowano tylko problemy dotyczące uznania, w jakich okolicznościach będziemy mieli do czynienia z atakiem przeciw państwu, jak również kwestie dotyczące tego, kto jest uprawniony do kwalifikacji danego aktu jako napaści zbrojnej z uwzględnieniem szczególnej roli RB ONZ. Ponadto trzeba podkreślić znaczenie – jak to ujął Jerzy Kranz⁹² – drugiej strony problemu, czyli kwestii zakresu dopuszczalnych działań w samoobronie⁹³. Niewątpliwie przydatnymi i niezwykle efektywnymi narzędziami w tym względzie pozostają zasady konieczności i proporcjonalności, które same wymagają jednak prawnomiędzynarodowego rozwinięcia w kontekście ich zastosowania do *ius ad bellum*⁹⁴.

Sformułowane w niniejszym opracowaniu propozycje interpretacji pojęcia napaści zbrojnej miały jednak na celu ukazanie przede wszystkim tego, że możliwa jest taka interpretacja KNZ, która pozwala dostosować przewidziane nią zasady dopuszczalności użycia siły zbrojnej do nowych wyzwań przy równoczesnym zachowaniu gwarancji systemowych. W kontekście proponowanej interpretacji pojęcia napaści zbrojnej, państwa – pozostając na płaszczyźnie KNZ i jej gwarancji, ze szczególną rolą systemu bezpieczeństwa zbiorowego i RB ONZ – zyskują możliwość bardziej adekwatnego jednostronnego reagowania na istniejące zagrożenia przez korzystanie z prawa do samoobrony. Wyrazić należy żal, że możliwości takiej interpretacji KNZ w omawianym kontekście wydaje się jak dotąd nie dostrzegać MTS. Przyjmuje on rygorystyczne stanowisko interpretacyjne, któremu dodatkowo – jak sygnalizowano powyżej – często nie towarzyszy odpowiednio rozbudowana argumentacja prawna⁹⁵. Pewne zmiany zasad dopuszczalności użycia siły zbrojnej są bowiem bez wątpienia konieczne, a KNZ tworzy dla nich adekwatne i elastyczne ramy prawne.

ARMED ATTACK IN INTERNATIONAL LAW – IN SEARCH OF CONTEMPORARY DEFINITION

The text analyses one of the key notions of Chapter VII of the United Nations Charter, namely the armed attack notion. The interpretation of this notion – which still misses the generally accepted definition – is of crucial significance as it determines the scope of the right to self-defence under Article 51 of the UN Charter, which together with the collective security system create the only two exceptions

⁹² J. Kranz, *Wojna...*, op. cit., s. 76.

⁹³ Interesującą w tej kwestii np. C. Stahn, *Nicaragua...*, op. cit., s. 862–876.

⁹⁴ Odnosnie do propozycji w tym względzie zob. J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge 2004, zob. zwłaszcza s. 138–187.

⁹⁵ Odmienne jednak np. Alexander Orakhelashvili, który postrzega orzecznictwo MTS w omawianym kontekście jako „clear and straightforward” i równocześnie „making the entire legal framework more consistent, predictable and transparent [...]”, A. Orakhelashvili, *Legal Stability and Claims of Change: The International Court's Treatment of Jus ad Bellum and Jus in Bello*, „Nordic Journal of International Law” 2006, Vol. 75, s. 406.

to the prohibition on the use of armed force in international law. The notion is interpreted in relation to the use of force notion and the act of aggression notion. The understanding of the armed attack notion as the gravest form of the use of force is challenged. Also, the problem of the source of an armed attack is analysed. It is submitted that non-state actors themselves may not be perceived as a source of an armed attack. However, the standards relating to the attribution of non-state actors' military actions to States should be extended. In general, the presented interpretative approach towards defining the armed attack notion shows that it is indeed possible to interpret the *jus ad bellum* norms in such a manner as to, on the one hand, carefully adjust them to new threats in order to let States respond individually more adequately, but, on the other hand, to remain within the framework of the UN Charter and keep all the system safeguards.

JAN KULESZA

ZESTRZELENIE SAMOLOTU TYPU *RENEGADE* A POSZANOWANIE PODSTAWOWYCH PRAW CZŁOWIEKA

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Nowelizacją z dnia 2 lipca 2004 r.¹ wprowadzono do ustawy Prawo lotnicze² (dalej p.lot.) art. 122a, stanowiący podstawę do zestrzelenia porwanego przez terrorystów samolotu cywilnego, również z pasażerami na pokładzie, jeżeli „wymagają tego względy bezpieczeństwa państwa” i jest on „użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza”³. Chodzi oczywiście o potencjalne posłużenie się nim jak bronią, w celu rozbicia o wieżowiec czy w centrum miasta, tak jak miało to miejsce 11 września 2001 r. w Stanach Zjednoczonych. W zakresie procedury i przesłanek wspomniany przepis odsyła do odpowiedniej części ustawy o ochronie granicy państwowej⁴ (art. 18b). Nie rozwodząc się w tym miejscu nad rozwiązaniem polskim, należy wspomnieć, iż podobne regulacje zostały również przyjęte w Niemczech, Rosji⁵ i na Węgrzech⁶. Jednak odpowiednie przepisy niemieckiego Luftsicherheitsgesetz⁷ (dalej LuftSiG) zostały uchylone wyrokiem Bundesverfassungsgerichtu (niemieckiego federalnego Trybunału

¹ Dz.U. Nr 172, poz. 1805.

² Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. (Dz.U. Nr 130, poz. 1112 z późn. zm.).

³ Mianem samolotu *renegade* określa się cywilny samolot, który został przejęty siłą i który ma zostać użyty jako broń, do celowego rozbicia go o wybrany obiekt (wyrok Bundesverfassungsgerichtu z 15 lutego 2006 r., 1 BvR 357/05, ust. 7, dostępne http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_lbvr035705.html).

⁴ Ustawa o ochronie granicy państwowej z dnia 12 października 1990 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 461 z późn. zm.). Nowelizacja z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz.U. Nr 172, poz. 1805). Por. również rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 grudnia 2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 279, poz. 2757) zawierające uściślenie procedury decyzyjnej i przesłanek decyzji.

⁵ W marcu 2006 r., podaję za M. Beltran de Felipe, J.M. Rodriguez de Santiago, *Shooting Down Hijacked Airplanes? Sorry, We're Humanists. A Comment on the German Constitutional Court Decision of 2.15.2006, Regarding the Luftsicherheitsgesetz (2005 Air Security Act)*, The Berkeley Electronic Press Legal Series, Year 2007, Paper 1983, s. 3, dostępne <http://law.bepress.com/cgi/view-content.cgi?article=9355&context=expresso>.

⁶ G. Sulyok, *An Assessment of the Destruction of Rouge Civil Aircraft under International Law and Constitutional Law*, s. 23 i n., Fundamentum. Human Rights Review, Budapest 2005, Special Issue, dostępne http://www.challenge.mtaki.hu/eng/pdf/5_working_papers/5.pdf.

⁷ Ustawa z dnia 11 stycznia 2005 r., Bundesgesetzblatt I S. 78, dostępne http://www.transportrecht.de/transportrecht_content/1174037202.pdf.

Konstytucyjnego, dalej BVerfG) z dnia 15 lutego 2006 r.⁸, m.in. ze względu na sprzeczność takiego rozwiązania z podstawowymi prawami człowieka. Przyjęcie polskich przepisów przeszło niemal całkowicie niezauważone zarówno przez opinię publiczną, jak i prawników. Wydają się one przy tym niezwykle podobne do uchylonych przez Bundesverfassungsgericht, argumenty zaś przytoczone przez Trybunał zdają się mieć walor uniwersalny. Celowe wydaje się zatem prześledzenie losów niemieckiej ustawy oraz następnie odpowiedź na pytanie, czy również odpowiednie regulacje polskich ustaw pozostają w sprzeczności z konstytucyjnie chronionymi wartościami.

II. LUFTSICHERHEITSGESETZ – NIEMIECKA ODPOWIEDŹ NA ZAMACHY Z 11 WRZEŚNIA 2001 R.

Na wstępie warto wspomnieć, iż decyzja o przyjęciu Luftsicherheitsgesetz była podyktowana również wypadkiem, który zdarzył się we Frankfurcie nad Menem 5 stycznia 2003 r. Wówczas to psychicznie nie zrównoważony student psychologii krążył ponad dwie godziny nad centrum miasta, grożąc rozbiciem pilotowanej przez siebie jednosilnikowej awionetki o siedzibę Europejskiego Banku Centralnego, jeżeli nie zostanie mu umożliwiona rozmowa telefoniczna ze Stanami Zjednoczonymi. Mimo że taki atak mógłby spowodować jedynie uszkodzenie elewacji budynku (poza zniszczeniem awionetki), zdecydowano się wysłać w powietrze dwa samoloty typu F4-Phantom, choć – jak twierdzono – zestrzelenie nigdzie nie wchodziło w grę⁹. Ewakuowano też oczywiście wszystkie wieżowce¹⁰. Wypadek ten pociągnął jednak za sobą głosy postulujące zmianę Konstytucji RFN (Grundgesetz¹¹, dalej GG) w taki sposób, by możliwe było przeciwdziałanie podobnym przypadkom przez siły zbrojne¹². Pomysł ten upadł jednak ze względów czysto politycznych – projektodawcę¹³, frakcję CDU/CSU, podejrzewano o chęć wprowadzenia do ustawy zasadniczej szerokiej możliwości

⁸ 1 BvR 357/05...

⁹ Odmienne niż 11 września 1972 r., kiedy to krótko po zamachu terrorystycznym z 5 września, podczas olimpiady w Monachium, federalny minister obrony omal nie nakazał zestrzelić fińskiego samolotu podejrzanego o to, że został porwany. Przypuszczenia okazały się całkowicie bezpodstawne. Podaję za T. Linke, *Zur Rolle des Art. 35 GG in dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben*, „Neue Zeitschrift für Wehrrecht” (dalej NZWehr) 2004, nr 3, s. 11, dostępne http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsaezte/NZWehr_2004_115.pdf.

¹⁰ K. Rogusch, *Eine „Revolution im verteidigungspolitischen Denken”*, „Novo-Magazin” 2003, nr 3A (63), dostępne <http://www.novo-magazin.de/63/novo6314.htm>; Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben, Deutscher Bundestag Drucksache 15/2361 z 14 stycznia 2004 r., s. 14, dostępne <http://dip.bundestag.de/btd/15/023/1502361.pdf>; Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 3.

¹¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland z 23 maja 1949 r., Bonn 1998.

¹² Tak minister obrony RFN P. Struck oraz przewodniczący CSU E. Stoiber (podaję za K. Rogusch, *Eine...*, op. cit.). Tak również przewodniczący Bundesverfassungsgerichtu, H.-J. Papier (*Bundesrat? Nein, danke!*, Welt Online z 10 kwietnia 2004 r., dostępne http://www.welt.de/print-welt/article305982/Bundesrat_Nein_danke.html).

¹³ Projekt z uzasadnieniem: Deutscher Bundestag Drucksache 15/2649 z dnia 9 marca 2004 r., dostępne http://www.thomas-strobl.de/bundestag/bundestag_2004/1502649.pdf.

użycia sił zbrojnych na terenie kraju w czasie pokoju, nie tylko w zakresie koniecznym do realizacji zadań Luftsicherheitsgesetz¹⁴.

Zdecydowano się jednak jedynie na przygotowanie Luftsicherheitsgesetz, którego § 14 ust. 3 przewidywał w ostateczności, iż bezpośrednie zastosowanie broni jest możliwe tylko wówczas, gdy z okoliczności wynika, że samolot zostanie użyty przeciwko życiu ludzi, a skorzystanie z niej jest jedynym środkiem do odparcia tego bezpośredniego zagrożenia¹⁵. Zdaniem G. Robbersa była to formuła tożsama znaczeniowo z klauzulą brzmiącą: „z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością”¹⁶. Chodzić musiało o tzw. szczególnie ciężki nieszczęśliwy wypadek („Unglücksfall”), o którym wspomina art. 35 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 zd. 1 GG, stanowiący podstawę do użycia sił zbrojnych w czasie pokoju na terytorium RFN. Realnie rzecz ujmując, mogło to być zagrożenie rozbiciem samolotu o wieżowiec, elektrownię atomową lub niebezpieczny zakład produkcyjny¹⁷. Celem § 14 ust. 3 LuftSiG, jak i całej ustawy, miała być ochrona przed atakami na bezpieczeństwo ruchu powietrznego, w szczególności przed uprowadzeniami samolotów, aktami sabotażu i zamachami terrorystycznymi (§ 1 LuftSiG). Sama ustawa z kolei stwarzała podstawy w ogóle do użycia sił zbrojnych na terytorium RFN¹⁸ w czasie pokoju, w celu ochrony bezpieczeństwa ruchu powietrznego, oraz zawierała nowe wymogi dotyczące bezpieczeństwa pasażerów. Podnoszono, iż stanowi realizację Rozporządzenia WE nr 2320/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady, z dnia 16 grudnia 2002 r., ustanawiającego wspólne zasady w dziedzinie bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego¹⁹. Należy w tym miejscu wyraźnie zaznaczyć, że rozporządzenie to nie zawiera jednak jakiegokolwiek podstawy do podejmowania przez państwa członkowskie takich działań, jakie zaplanowano w § 14 ust. 3 LuftSiG czy art. 18b polskiej ustawy o ochronie granicy państwowej, ale jedynie zawiera dodatkowe wymogi dotyczące bezpieczeństwa pasażerów. Konieczność wprowadzenia § 14 ust. 3 uzasadniano też założeniem, zgodnie z którym należy zdjąć odpowiedzialność z żołnierzy, którzy mieliby

¹⁴ Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/89 z 30 stycznia 2004 r., s. 7885, 7889, dostępne <http://dip.bundestag.de/btp/15/15089.pdf>. Zagadnienie to nie będzie szerzej omawiane, projekt bowiem nie przewidywał zmiany przepisów Konstytucji służących ochronie życia i godności obywateli.

¹⁵ „Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwertigen Gefahr ist”.

¹⁶ G. Robbers, w: *Öffentliche Anhörung von sachverständigen zum Thema „Luftsicherheitsgesetz”*, Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/35 z 26 kwietnia 2004 r., s. 53, dostępne 3 lipca 2007 r. http://www.bundestag.de/ausschuesse/archiv/15/a04/Oeffentliche_Anhoerungen/Anhoerungen_2/Protokoll.pdf.

¹⁷ Begründung..., s. 20.

¹⁸ Należy pamiętać, że RFN stanowi państwo federacyjne, dokonano zatem ingerencji w kompetencje poszczególnych landów, zezwalając na użycie sił na ich terytorium. W przekonaniu projektodawców ingerencja ta mieściła się w ramach wyznaczonych przez art. 35 ust. 2 i 3 oraz 72–74 GG, była zatem dozwolona (por. Begründung..., s. 14, 20–21).

¹⁹ Dz.Urz. WE L 355 z 30 grudnia 2002 r., P. 0001 – 0022, dostępne <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002R2320:PL:HTML>. Akt ten także inspirowany był wydarzeniami z 11 września 2001 r., o czym przekonuje jego preambuła.

podjąć decyzję zestrzelenia, i przenieść ją na ministra obrony²⁰. Nowa regulacja miała wynikać z faktu, iż istniejące ogólne zasady niemieckiego systemu prawa miały być niewystarczające dla podjęcia decyzji o zestrzeleniu samolotu typu *renegade*, należało zatem stworzyć jasną podstawę ustawową, by stało się zadość wymaganiom państwa prawa (*Rechtsstaat*)²¹. Już jednak na etapie pierwszego czytania projektu w Bundestagu pojawiły się głosy, iż § 14 ust. 3 LuftSiG stanowi swoistą „licencję na zabijanie”²². Jednocześnie Zrzeszenie Pilotów Bundeswehry (*Verband der Kampfpiloten der Bundeswehr*) zadeklarowało, że jego członkowie odmówią wykonania rozkazu zestrzelenia cywilnego samolotu z pasażerami na pokładzie, nawet typu *renegade*. Nie można bowiem z mocy prawa wydawać rozkazu zabójstwa osób, które same są ofiarami przestępstwa, i nie można takiej „licencji na zabijanie” niewinnych obywateli uchylać²³. Podczas debaty zadano pytanie, czy Konstytucja RFN zezwala w art. 2 ust. 224 na takie poświęcenie życia jednego człowieka dla ratowania innego życia. Wskazano, iż powoływane na zasadzie analogii przepisy ustaw szczególnych, zezwalające policji na tzw. *finaler Rettungsschuss* nie odpowiadają sytuacji ujętej w § 14 ust. 3 LuftSiG. W tamtych wypadkach chodzi bowiem o uzasadnienie zastrzelenia porywacza, by ratować zakładników, natomiast Luftsicherheitsgesetz zakłada zabicie zarówno sprawców, jak i pasażerów samolotu (zakładników właśnie)²⁵. Nawet w szeregach partii popierających projekt pojawiały się również wątpliwości odnośnie do potencjalnego naruszenia obowiązku poszanowania godności ludzkiej, gwarantowanego przez art. 1 GG²⁶, poprzez dokonywanie porównania wartości życia ludzi znajdujących się w samolocie i na ziemi²⁷. Nie negowano jednak, iż faktycznie mamy do czynienia z kolizją dwóch obowiązków po stronie państwa – ochrony osób znajdujących się na pokładzie oraz na ziemi²⁸. Podniesiono również wątpliwości natury konstytucyjnej, odnośnie do użycia sił zbrojnych na podstawie art. 35 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 zd. 1 GG, w sytuacji odpierania zamachu

²⁰ O. Schilly, minister spraw wewnętrznych, uzasadniający projekt ustawy (Plenarprotokoll 15/89..., s. 7883).

²¹ Plenarprotokoll 15/89..., s. 7889.

²² W. Bosbach, w: Plenarprotokoll 15/89..., s. 7883.

²³ B. Hirsch, *Presseerklärung zum neuen Luftsicherheitsgesetz*, z 22 czerwca 2004 r., dostępne http://www.vbsk.net/images/luftsicherheit/hirsch_presse.GIF. Jak jednak wskazuje M. Haid, zestrzelenie samolotu w oparciu o § 14 ust. 3 LuftSiG nie stanowiłoby czynu bezprawnego, zatem brak byłoby podstawy dla odmowy wykonania rozkazu. W związku z tym odmowa taka oznaczałaby dla żołnierza odpowiedzialność kamą za niewykonanie rozkazu; (M. Haid, *Der „Eisbrecher“ Luftsicherheitsgesetz: Bundeswehreinsätze im Inland*, s. 6, dostępne <http://www.imi-online.de/download/IMI-Analyse-2006-03-MH-LuftSiG.pdf>).

²⁴ Art. 2 ust. 2 GG: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden”.

²⁵ E. Burgbacher, w: Plenarprotokoll 15/89..., s. 7888; por. podobnie M. Stadler, w: Plenarprotokoll 15/89..., s. 7893; J. Ipsen, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 22.

²⁶ Art. 1 ust. 1 GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlicher Gewalt”.

²⁷ Tak S. Stokar z frakcji BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, podaje za J. Bittner, *Frei zum Abschuss*, „Die Zeit” z 2 października 2003 r., nr 41, dostępne <http://www.zeit.de/2005/45/Luftsicherheit>.

²⁸ V. Epping, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 57–58.

terrorystycznego, w kontekście rozgraniczenia kompetencji władz federalnych i landowych²⁹.

W odpowiedzi na interesujące nas zarzuty naruszenia praw człowieka twierdzono, że § 14 ust. 3 LuftSiG nie reguluje wcale zestrzelenia samolotu typu *renegade* z pasażerami na pokładzie, ale stanowi jedynie klauzulę generalną stanowiącą podstawę do działania oraz normę kompetencyjną, nie jest zatem sprzeczny z Konstytucją RFN³⁰. Nie uznawano go też za tożsamy z rozwiązaniami przyjętymi dla tzw. *finaler Rettungsschuss* właśnie z tego względu, że nie formułuje on warunków, pod którymi takie zestrzelenie byłoby możliwe³¹. Z kolei M. Baldus, powołany przez Bundestag jako ekspert, wskazywał, że o ile zabójstwo sprawców zamachu da się uzasadnić tymi samymi przyczynami, co tzw. *finaler Rettungsschuss*, o tyle odnośnie do zabójstwa pasażerów samolotu pozostaje wybór pomiędzy podejściem utylitarystycznym (porównanie liczby ofiar) i fatalistycznym (poświęcenie wszystkich). Sam opowiadał się za ujęciem utylitarystycznym, podnosząc jednocześnie, że nie pozostaje ono w sprzeczności z Konstytucją RFN³². Z kolei zdaniem G. Robbersa brak § 14 ust. 3 LuftSiG stanowiłby zachętę dla terrorystów, by porywali samoloty i wykorzystywali je jako broń, skoro mieliby świadomość, że będą mogli w spokoju do końca zrealizować swój zbrodniczy zamiar. Autor ten przyznawał co prawda, że dochodzi do naruszenia godności ludzkiej, ale nie w sensie, który ma na myśli art. 1 GG. Art. 2 ust. 2 zd. 3 GG zezwala bowiem na pozbawienie życia, zatem także i godność nie doznaje w takim wypadku uszczerbku na gruncie art. 1 GG³³. Podnoszono wreszcie, że realnie rzecz ujmując zestrzelenie mogłoby nastąpić dopiero w takim stanie faktycznym, w którym pasażerowie byłiby już skazani na śmierć, nie byłoby bowiem wątpliwości, iż terroryści rozbiją samolot, jeżeli nie zostaną zestrzeleni. Strącenie samolotu zaś uratowałoby życie przynajmniej osób na ziemi, stanowiących cel zaplanowanego ataku³⁴.

III. CZY PAŃSTWO MOŻE ZABIJAĆ NIEWINNYCH OBYWATELI?

Mimo wszystkich zgłaszanych wątpliwości ustawa została przyjęta przez Bundestag i 11 stycznia 2005 r. podpisana przez Prezydenta RFN H. Kohlera.

²⁹ Zastrzeżenia takie zgłaszało m.in. 11 spośród 16 landów, frakcje CDU/CSU i FDP (por. Plenarprotokoll 15/89..., s. 7884, 7886–7888, 7890; por. podobnie również podczas drugiego i trzeciego czytania: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/115 z 18 czerwca 2004 r., s. 10538, dostępne <http://dip.bundestag.de/btp/15/15115.pdf>). Natomiast wnioskodawcy oraz frakcje BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN i SPD obstawały przy zgodności z ustawą zasadniczą (por. Plenarprotokoll 15/89..., s. 7886, 7888–7889).

³⁰ H.-Ch. Stróbele, w: Plenarprotokoll 15/89..., s. 7894–7895.

³¹ Ibidem, s. 7894.

³² M. Baldus, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 11–12; por. podobnie G. Robbers, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 23, 66–67.

³³ G. Robbers, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 43.

³⁴ Tak O. Schilly, minister spraw wewnętrznych, podają za M.G. Sicher, *Ist das Luftsicherheitsgesetz verfassungswidrig?*, dostępne <http://www.bundestag.de/dasparlament/2005/04/ThemaderWoche/001.html>.

Jednocześnie skierował on do Przewodniczących Bundestagu i Bundesratu oraz Kanclerza RFN listy, w których wyraził swoje wątpliwości odnośnie do konstytucyjności niektórych przepisów ustawy. Dotyczyły one poszanowania godności ludzkiej oraz naruszenia prawa do życia, gwarantowanych przez Konstytucję RFN. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Bundesverfassungsgerichtu oraz poglądami nauki nie było dopuszczalne dokonywanie porównania wartości życia w zestawieniu z innym życiem. Dalsze zastrzeżenia skupiały się wokół potencjalnego naruszenia art. 35 GG oraz wyczerpania kompetencji ustawodawczych władzy federalnej. Podpisanie mimo to ustawy zostało uzasadnione koniecznością podniesienia bezpieczeństwa ruchu lotniczego oraz niemożnością odrzucenia przez prezydenta tylko wątpliwych przepisów, przy jednoczesnym zachowaniu pozostałych. Prezydent H. Kohler zasugerował jednocześnie konieczność wypowiedzenia się przez Bundesverfassungsgericht³⁵.

Nie ucichła jednak dyskusja nad wątpliwymi rozwiązaniami Luftsicherheitsgesetz. Z jednej strony zwolennik nowej ustawy, M.G. Sicher, wskazywał, iż państwo, obciążone również obowiązkiem ochrony potencjalnie zagrożonych obywateli na ziemi, nie mogłoby zaniechać aktywności mającej na celu ich ochronę, skoro wiadomo byłoby o nadchodzącym zagrożeniu. Nie mogłoby zatem pozwolić, by samolot rozbił się, przez co zginęłaby jeszcze większa liczba obywateli³⁶. Również W. Mitsch, mimo wszystkich wyrażonych wątpliwości, skłaniał się ku pogładowi, iż tego rodzaju kolizja, jaka legła u podstaw § 14 ust. 3 LuftSiG, nie może znaleźć rozwiązania według „normalnych” zasad, w związku z czym powinna zostać wprost rozstrzygnięta przez samego suwerena (obywateli), reprezentowanego przez odpowiednie organy prawodawcze. Decyzja o zestrzeleniu samolotu nie może zostać pozostawiona jednej osobie. To właśnie ustawa powinna wskazywać warunki takiego rozstrzygnięcia. Luftsicherheitsgesetz uznał on zatem za krok we właściwym kierunku, choć nie wykluczył dalszej dyskusji, zmian, a nawet zmiany Konstytucji RFN, jeśli zajdzie taka konieczność³⁷.

Z drugiej strony, niejako w odpowiedzi na argument M.G. Sichera, M. Tresselt przeprowadził analizę historyczną powinności państwa względem obywatela i wynikającą z niej ich klasyfikację. Jego zdaniem podstawowym i pierwotnym

³⁵ Bundespräsident Horst Kohler unterzeichnet Luftsicherheitsgesetz – zugleich Zweifel an Verfassungsmafigkeit von Einzelvorschriften, z 12 stycznia 2005 r., dostępne <http://www.bundespraesident.de/Journalistenservice/Pressemitteilungen-11107.621599/Bundespraesident-Horst-Koehler.htm?global.back=/Journalistenservice/-/%2C11107%2C0/Pressemitteilungen.htm>.

³⁶ M.G. Sicher, *Ist das Luftsicherheitsgesetz...* W tym samym duchu F. Hase, *Das Luftsicherheitsgesetz: Abschuss von Flugzeugen als „Hilfe bei einem Unglücksfall“?*, „Die Öffentliche Verwaltung” (dalej DöV) 2006, nr 5, s. 213 i n., omówienie dostępne http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html#03_06.

³⁷ W. Mitsch, „Luftsicherheitsgesetz” – Die Antwort des Rechts auf den „11. September 2001”, „Juristische Rundschau” 2005, nr 7, s. 278–279. Dziwić musi jednocześnie, że w tym samym czasie, ale w innym czasopiśmie, ten sam autor prezentuje pogląd zgoła odmienny, twierdząc, że § 14 ust. 3 LuftSiG nie dotyczy wcale zestrzelenia samolotu, na którego pokładzie znajdują się niewinni pasażerowie, a jedynie takiego, na pokładzie którego znajdują się wyłącznie terroryści (W. Mitsch, *Abschusserlaubnis nach § 14 III LuftSiG*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” (dalej ZRP) 2005, nr 7, s. 243).

zadaniem państwa jest zabezpieczenie wolności obywatela, przez co rozumieć należy ochronę przed ingerencją ze strony osób trzecich. Po drugie, państwo ma zapewnić ochronę przed sobą samym, gwarantując prawa liberalne. Natomiast na trzecim poziomie państwo jest zobowiązane zapewnić ochronę „społeczną”, zatem przed zagrożeniami pochodzącymi z różnych źródeł. Zamach terrorystyczny niewątpliwie należy do tego rodzaju zagrożeń, jednak ochrona przed nim jest obowiązkiem państwa dopiero w trzecim rzędzie, jeśli chodzi o istotność obowiązków. Ochrona życia zaś stanowi niewątpliwie cel zaliczający się do pierwszej grupy obowiązków państwa. Zatem obowiązki względem obywateli na ziemi i na pokładzie samolotu nie są wcale równoważne, pierwszeństwo zyskuje obowiązek ochrony życia pasażerów samolotu³⁸.

Przeciwnikiem nowego rozwiązania był również R. Merkel, który określił § 14 ust. 3 LuftSiG jako „bezprzykładne złamanie tabu w prawnych fundamentach społeczeństwa”. Jego zdaniem przyjęte rozwiązanie oznaczało odebranie pasażerom samolotu statusu posiadaczy własnych, elementarnych praw oraz nałożenie na nich obowiązku poświęcenia własnego życia dla ratowania życia innych osób, do czego nie było podstaw i co stanowiło zabieg bez precedensu. W odpowiedzi na argumenty pojawiające się na etapie prac nad ustawą wskazywał, iż elementarne prawa człowieka są antyutilitarystyczne, chronią jednostkę, a nie nawet większy „powszechny pożytek”³⁹. Podążając niejako za tym argumentem, M. Tresselt utrzymywał z kolei, że w razie przyjęcia podejścia utilitarystycznego należałoby wprowadzić karalność próby samobójczej czy niszczenia własnego mienia, skoro z punktu widzenia społeczeństwa są to niewątpliwie zachowania przynoszące mu szkodę. Jednak celem systemu prawa nie jest dbanie o „pożytek społeczny”, lecz ochrona praw jednostki⁴⁰. Poza tym, zdaniem R. Merkela, § 14 ust. 3 LuftSiG nie stanowił żadnego ograniczenia praw przysługujących jednostce, co byłoby zgodne z ustawą zasadniczą, lecz po prostu całkowite pozbawienie tych praw, przez co naruszał także zasadę równego traktowania zawartą w art. 3 GG. Jednocześnie autor ten nie podważał legalności zestrzelenia samolotu, na którego pokładzie znajdują się jedynie terroryści, tak jak legalny jest tzw. *finaler Rettungsschuss*⁴¹. Podobnie W. Hofling i S. Augsburg wskazywali na naruszenie prawa do życia i godności pasażerów zestrzelonego samolotu. Ich zdaniem, przy ocenie wykroczenia przeciw art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 2 GG nie ma znaczenia motyw takiego naruszenia, ale jedynie zachowanie samej osoby dotkniętej ograniczeniem jej praw. Dlatego właśnie można konstytucyjnie uzasadnić tzw. *finaler Rettungsschuss*, a w interesującym nas zakresie zestrzelenie samolotu, na pokładzie którego znaj-

³⁸ M. Tresselt, *Renegade flights and the tragic choice: must the State sacrifice innocent people?*, s. 10, dostępne http://www.irmgard-coninx-stiftung.de/fileadmin/user_upload/pdf/archive/Matthias_Tresselt_III.pdf.

³⁹ R. Merkel, *Wenn der Staat Unschuldige opfert*, „Die Zeit” z 8 lipca 2004 r., nr 29, dostępne <http://www.zeit.de/2004/29/Abschussgesetz>.

⁴⁰ M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 8. Odnośnie do zabicia terrorystów por. podobnie M. Pawlik, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, „Juristenzeitung” (dalej JZ) 2004, nr 21, s. 1045.

⁴¹ R. Merkel, *Wenn der Staat...*, op. cit.

dują się jedynie terroryści⁴². Natomiast poświęcenie życia niewinnych pasażerów sprowadziłoby ich do roli obiektu państwowego działania, pozbawionego przysługujących mu praw. Nawet zaś teoretyczne przyjęcie braku naruszenia ich godności i tak nie doprowadziłoby do uchylenia wykroczenia przeciwko ich prawu do życia. Nie da się bowiem zaprzeczyć, że podstawę decyzji zestrzelenia stanowiłoby dokonanie porównania zysków i strat wynikających z zestrzelenia samolotu i rozbicia go zgodnie z planem terrorystów. Doszłoby zatem w istocie do wartościowania życia ludzkiego, co zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa Bundesverfassungsgerichtu jest absolutnie niedopuszczalne. W szczególności sprzeciw budziłoby wartościowanie pod względem prognozowanej długości życia, oznaczałoby to bowiem, że pasażerowie samolotu nie dość, że pozbawieni zostaliby przysługującej im prawnej ochrony, dodatkowo staliby się celem działań państwa wymierzonych w te właśnie dobra, które państwo zobowiązane jest chronić. Ich sytuacja prawna w danej chwili oraz prawo do ochrony byłoby kształtowane według prognozowanego, niepewnego przebiegu przyczynowości, zdarzenia, które dopiero miałyby nastąpić, wcale nie z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością⁴³. Z kolei przyjęcie dopuszczalności wartościowania życia mogłoby prowadzić do przekroczenia cienkiej linii, za którą jego obiektem staną się osoby stare i chore w zestawieniu z młodymi i zdrowymi⁴⁴.

Nie dałoby się również uzasadnić zestrzelenia „większą społeczną korzyścią”, w porównaniu z zaniechaniem przez państwo aktywności, prawa jednostek bowiem nie mogą być relatywizowane względem „dobra ogółu”. Tak samo nie zachodziłaby żadna kolizja równoważnych obowiązków po stronie państwa, art. 2 ust. 2 GG bowiem zakazuje jakiegokolwiek ingerencji w prawo do życia. Zatem obowiązek nienaruszania prawa do życia przez państwo jest silniejszy niż obowiązek jego ochrony⁴⁵. Nie można wreszcie założyć, że pasażerowie chcieliby poświęcić swoje życie dla ratowania życia innych i z drugiej strony nie można obciążyć ich takim obowiązkiem w imię solidarności społecznej⁴⁶. T. Hartleb wskazywał ponadto, że nie jest również dopuszczalne założenie, zgodnie z którym podejmowanie podróży lotniczej oznacza dobrowolne wystawienie się na niebezpieczeństwo śmierci, także z rąk przedstawicieli państwa, i dobrowolną rezygnację z prawa do życia w przypadku opisanym w § 14 ust. 3 LuftSiG. Istnieje zasadnicza różnica pomiędzy policjantami, żołnierzami zawodowymi, straża-

⁴² Szerzej na temat konstytucyjności takiego przypadku T. Hartleb, *Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben*, „Neue Juristische Wochenschrift” (dalej NJW) 2005, nr 20, s. 1398–1399.

⁴³ W. Höfling, S. Augsberg, *Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand*, JZ 2005, nr 22, s. 1082–1083. Por. podobnie T. Hartleb, *Der neue...*, op. cit., s. 1398.

⁴⁴ M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 9.

⁴⁵ W. Höfling, S. Augsberg, *Luftsicherheit...*, op. cit., s. 1084.

⁴⁶ Ibidem, s. 1085; por. podobnie M. Pawlik, *§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes...*, op. cit., s. 1049–1050; T. Hartleb, *Der neue...*, op. cit., s. 1399. Ten ostatni autor wskazuje między innymi, że trudno byłoby w przeciwnym razie uzasadnić np. karalność zabójstwa na żądanie (§ 216 StGB, odpowiednio art. 150 k.k. polskiego). Poza tym powstawałyby trudności praktyczne, w razie znanego decydemtu sprzeciwu choćby jednego pasażera; wątpliwe jest też, czy można by mówić o „dobrowolnym” zrezygnowaniu z prawa do życia.

kami, którzy świadomie i dobrowolnie wybierają zawód związany z ryzykiem, a pasażerami cywilnego samolotu, czy nawet jego załogą⁴⁷.

W. Höfling i S. Augsberg odrzucili wreszcie również koncepcję tzw. sytuacji wyjątkowej (*Ausnahmezustand*). Zgodnie z nią *Luftsicherheitsgesetz* stanowić miał ustawę wyjątkową, przewidującą nadzwyczajne środki walki z terroryzmem, który nie może być już zwalczany za pomocą „zwykłych” instrumentów, wciąga bowiem w grę konstytucyjnoprawną tożsamość samego państwa, kwestię jego egzystencji. W takim wypadku państwo nie mogłoby być związane zwyczajnymi zasadami, również jeśli chodzi o poszanowanie praw jednostki – od obywatela można by wymagać nawet poświęcenia własnego życia⁴⁸. Wspomniani autorzy podważyli samą wyjściową tezę o szkodliwości zamachu terrorystycznego dla funkcjonowania państwa⁴⁹. W podobnym kierunku zmierzała refleksja M. Pawlika. Autor ten dokonał analizy obowiązujących przepisów, w szczególności zezwalających na użycie broni palnej przez uprawnione do tego podmioty reprezentujące władzę państwową, oraz wspomnianej powyżej koncepcji „sytuacji granicznej” (*Grenzsituation*). Doszedł do wniosku, że § 14 ust. 3 *LuftSiG* już nie mieści się w filozofii rozwiązań przyjętych w ramach wyznaczanych przez dotychczasowe regulacje, a *jeszcze* nie zostaje objęty przez dogmatykę sytuacji wyjątkowych⁵⁰. Aby móc zmieścić się w tej ostatniej kategorii, zezwolenie na zabicie własnych obywateli musiałoby w szczególności dotyczyć sytuacji egzystencjalnego zagrożenia społeczeństwa, porównywalnej z atakiem zbrojnym, ujętym w art. 115a ust. 1 GG (*Yerteidigungsfall*) lub atakiem określonym w art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych⁵¹ (*Selbstverteidigungsrecht*) i jednocześnie stanowiącej atak terrorystyczny, zatem nie pochodzącej np. od osoby chorej psychicznie. Poza tym konieczny byłby jednoznacznie dodatni rachunek zysków i strat. Zdaniem M. Pawlika, § 14 ust. 3 *LuftSiG* nie spełniał warunków „sytuacji granicznej” między innymi z tego względu, że nie zawężył zastosowania tylko do ataku terrorystycznego i nie zawierał wskazówek odnośnie do określenia rachunku zysków i strat⁵². Podsumowując, autor ten prognozował, że przyjęte w omawianej ustawie rozwiązanie zapoczątkuje erozję dotychczas uznanych podstaw wartościowania, która może mieć skutki o wiele dalej idące niż tylko odnośnie do przypadku ujętego w § 14 ust. 3 *LuftSiG*⁵³. Z kolei T. Hartleb doszedł do wniosku, iż nie

⁴⁷ T. Hartleb, *Der neue...*, op. cit., s. 1399–1400.

⁴⁸ W. Höfling, S. Augsberg, *Luftsicherheit...*, op. cit., s. 1086.

⁴⁹ Wskazując, że nawet zamachy z 11 września 2001 r. nie spowodowały destabilizacji funkcjonowania Stanów Zjednoczonych (W. Höfling, S. Augsberg, *Luftsicherheit...*, op. cit., s. 1086).

⁵⁰ M. Pawlik, § 14 Abs. 3 des *Luftsicherheitsgesetzes...*, op. cit., s. 1046.

⁵¹ Ocena dopuszczalności wprowadzenia przez państwo regulacji zezwalającej na zestrzelenie samolotu typu *renegade* z punktu widzenia prawa międzynarodowego, w szczególności aktów ONZ oraz konwencji międzynarodowych dotyczących ruchu lotniczego, stanowi odrębne, obszerne i skomplikowane zagadnienie, przekraczające ramy tego artykułu, nie zostanie zatem dokonana. Szerzej jednak na ten temat B. Hirsch, *Zum Verbot des Rettungstotschlags*, NJW 2007, nr 17, s. 1189; M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 7, 10–11; M. Pawlik, § 14 Abs. 3 des *Luftsicherheitsgesetzes...*, op. cit., s. 1054; G. Sul yok, *An Assessment...*, op. cit.

⁵² M. Pawlik, § 14 Abs. 3 des *Luftsicherheitsgesetzes...*, op. cit., s. 1054–1055.

⁵³ Ibidem, s. 1046.

mamy również do czynienia z figurą „zagrożającego egzystencji ataku na całą społeczność”, uzasadniającego poświęcenie życia przez obywatela⁵⁴. Wreszcie M. Haid wyrażał wątpliwości odnośnie do prawidłowości przyjętych w ustawie rozwiązań, które stanowiły pierwszy w historii Niemiec przypadek umocowania władz publicznych do zabicia niewinnych ludzi. Był zdania, że spadające na gęsto zaludnione tereny szczątki samolotu i tak mogą doprowadzić do śmierci ludzi znajdujących się na ziemi⁵⁵. Za sprzeczne z Konstytucją RFN uznawała § 13–15 również D. Winkler⁵⁶.

Rozważano wreszcie także kwestię naruszenia przez RFN Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁵⁷ (dalej EKPCz). O ile zabójstwo porywaczy samolotu znajdować miało uzasadnienie w art. 2 ust. 2 lit. a EKPCz, o tyle nie dało się już na gruncie Konwencji uzasadnić rozwiązania zezwalającego na pozbawienie życia pasażerów oraz personelu porwanego samolotu⁵⁸. Pogląd ten podzielał M. Tresselt, uznając, iż art. 2 EKPCz nie daje podstawy do porównania wartości życia osób na pokładzie i na ziemi, a następnie podjęcia decyzji o zestrzeleniu, z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który zakres obowiązku ochrony życia przez państwo kształtuje różnie, w zależności od okoliczności danej sprawy, zaś wynika, że taka aktywność państwa nie obroniłaby się przed Trybunałem, gdyby przyszło mu orzekać w tej sprawie⁵⁹.

Również składający skargę do niemieckiego federalnego Trybunału Konstytucyjnego, wśród których znalazł się były wiceprzewodniczący Bundestagu B. Hirsch, wskazywali, że państwo nie może już obecnie (nie żyjemy bowiem w średniowieczu) decydować o poświęceniu życia jednych obywateli dla ratowania innych, a federalny minister obrony nie może grać roli Pana Boga rozstrzygającego, kto będzie żył, a kto będzie musiał się poświęcić dla dobra ogółu. *Luftsicherheitsgesetz* naruszać miał nie tylko Konstytucję RFN, lecz także moralne podstawy społeczeństwa⁶⁰. Wprowadzał bowiem, analogicznie do tzw. *finaler Rettungsschuss* – *finaler Rettungstotschlag*, dając państwu prawo zabicia ofiary przestępstwa, jeżeli minister obrony uzna, że tak będzie lepiej dla dobra

⁵⁴ Które to sytuacje przewidziane są w art. 12a GG (obowiązek obrony) i art. 20 ust. IV GG (obowiązek oporu). T. Hartleb, *Der neue...*, op. cit., s. 1400–1401.

⁵⁵ M. Haid, *Der „Eisbrecher“...*, op. cit. W wyniku ataku terrorystycznego nad Lockerbie w Szkocji śmierć ponieśli nie tylko pasażerowie samolotu rozerwanego bombą, ale też 11 mieszkańców miejscowości, na którą spadły szczątki. Poza tym zostało zniszczonych 21 budynków. Podaję za A. Meyer, *Wirksamer Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz?*, ZRP 2004, nr 6, s. 207.

⁵⁶ D. Winkler, *Die Systematik der grundgesetzlichen Normierung des Bundeswehreinsatzes unter Anknüpfung an die Regelung des LuftSiG*, DoV 2006, nr 4, s. 149 i n., omówienie dostępne http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html#02_06.

⁵⁷ Z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284. Szerzej na ten temat G. Sulyok, *An Assessment...*, op. cit., s. 21–22.

⁵⁸ W. Mitsch, *„Luftsicherheitsgesetz“...*, op. cit., s. 276; idem, *Abschusserlaubnis...*, op. cit., s. 243.

⁵⁹ M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 5–7.

⁶⁰ Podaję za J. Bittner, *Bürger frei zum Abschuss*, „Die Zeit” z 3 listopada 2005 r., nr 45, dostępne <http://www.zeit.de/2005/45/Luftsicherheit>.

ogółu⁶¹. Wskazywano również, że decyzja o zestrzeleniu będzie zawsze oparta jedynie na przypuszczeniu odnośnie do przyszłego rozwoju wypadków, przy czym nie ma pewności, że musi on zawsze rozwinąć się w taki sposób jak 11 września 2001 r. Poza tym, jak wynikało z praktyki, na terenie RFN przynajmniej kilka razy w tygodniu (około 10) zachodzi konieczność podrywania w powietrze dyżurujących samolotów bojowych celem sprawdzenia zachowania samolotów, w stosunku do których istnieje podejrzenie porwania⁶². Zazwyczaj okazuje się, że pilot miał trudności techniczne z radiem, wybrał błędną częstotliwość, zbyt późno odpowiadał na wezwania kontroli lotów bądź błędnie ustawił transponder na sygnał oznaczający uprowadzenie. Na jaw wyszło również, że piloci cywilni nie potrafią rozpoznać znaków dawanych przez samoloty wojskowe, mających na celu zmuszenie do zmiany kursu, podążania za nimi i lądowania⁶³.

IV. WYROK BUNDESVERFASSUNGSGERICHTU Z DNIA 15 LUTEGO 2006 R.

Wspomniane powyżej wątpliwości podzielił w dużej mierze Bundesverfassungsgericht, który w wyroku z dnia 15 lutego 2006 r. stwierdził sprzeczność niektórych przepisów Luftsicherheitsgesetz z Konstytucją RFN⁶⁴. Co prawda potwierdził prawo ustawodawcy federalnego do bliższego określania sposobu użycia wojska na terenie kraju dla zwalczania np. katastrof naturalnych czy nieszczęśliwych wypadków (art. 35 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 zd. 1 GG), jednak stwierdził, że nie jest dopuszczalne posługiwanie się specyficznie wojskową bronią. Orzekł jednocześnie, że w pojęciu szczególnie ciężkiego nieszczęśliwego wypadku mieści się również prawdopodobieństwo graniczące z pewnością nastąpienia katastrofy. Natomiast w interesującym nas zakresie Trybunał rozstrzygnął o sprzeczności i nieważności § 14 ust. 3 LuftSiG z art. 2 ust. 2 zd. 1 GG⁶⁵ (prawo do życia), w połączeniu z art. 87a ust. 2, art. 35 ust. 2 i 3 oraz art. 1 ust. 1 GG (poszanowanie godności) w przypadku, jeżeli zastosowanie przewidzianego w nim środka pociągnęłoby za sobą śmierć niewinnych pasażerów samolotu. Podkreślił jednak, iż sprzeczność ta nie zachodzi wówczas, gdy na pokładzie znajdują się jedynie terroryści⁶⁶. Uzasadniając swoją decyzję, Trybunał wskazał, iż pasażerowie samolotu są w wypadku opisanym w § 14 ust. 3 LuftSiG traktowani jako „przedmiot”, a nie podmiot działań władzy publicznej. Wartość i długość ich życia zostaje poddana ocenie podmiotu uprawnionego do wydania decyzji (federalnego ministra obrony), sama zaś decyzja oparta jest na założeniu, że ich

⁶¹ B. Hirsch, podają z <http://de.wikipedia.org/wiki/Luftsicherheitsgesetz>.

⁶² Dyżurują one w bazach Wittmund w Ostfriesland i Neuburg nad Dunajem (podają z J. Bittner, *Burger...*, op. cit.).

⁶³ J. Bittner, *Burger...*, op. cit.; *Blinder Alarm zwingt Luftwaffe wiederholt zu Anti-Terror-Flügen*, „Der Spiegel” z 23 października 2004 r., nr 44, dostępne <http://www.spiegel.de/spiegel/vorab/0,1518,324602,00.html>.

⁶⁴ 1 BvR 357/05, patrz przyp. 3.

⁶⁵ Patrz przyp. 24.

⁶⁶ Wyrok BYerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 140 i n.

śmierć jest nieuchronna, w związku z czym – w porównaniu z potencjalnymi szkodami na ziemi – ich życie nie ma już wartości lub jest jedynie małowartościowe. Można zatem ich poświęcić i w sposób umyślny zabić. Trybunał podkreślił, że taki tok rozumowania jest absolutnie niedopuszczalny. Państwo nie może chronić większości swoich obywateli poświęcając życie pewnej ich grupy. Rozważanie proporcji „życie *contra* życie”, według porównania liczby osób, które zginą w zestrzelonym samolocie, do liczby osób, które zginęłyby w razie zrealizowania terrorystycznego planu, jest niedopuszczalne. Nie jest również uprawniony zabieg polegający na traktowaniu pasażerów samolotu jako części broni, którą chcą posłużyć się terroryści, co ma uzasadniać relatywizowanie ich prawa do życia. Takie podejście oznacza bowiem traktowanie ich jako przedmiotu, części składowej maszyny, a nie podmiotu działań państwa, oraz pozbawia ich ludzkiej godności⁶⁷. Zezwolenie w § 14 ust. 3 LuftSiG na umyślne pozbawienie życia stanowi zatem **naruszenie istoty** jednego z podstawowych praw chronionych konstytucyjnie (prawa do życia), co jest sprzeczne z art. 19 ust. 2 GG⁶⁸. Bundesverfassungsgericht przypominał, iż co do zasady nie jest wykluczona ingerencja ustawodawcy również w prawo do życia, ale ingerencja taka musi pod każdym względem odpowiadać wymogom konstytucyjnym. Musi zatem mieścić się w kompetencjach federalnej władzy ustawodawczej⁶⁹, nie naruszać istoty prawa i wreszcie nie sprzeciwiać się podstawowym zasadom konstytucyjnym. Paragraf 14 ust. 3 LuftSiG zaś tych wymogów nie spełnia⁷⁰. Odnośnie do podstawowych zasad konstytucyjnych chodzi przede wszystkim o powiązanie z zasadą poszanowania godności ludzkiej, która jest nieodbieralna, nienaruszalna i niezależna w szczególności od potencjalnej długości życia⁷¹. Także z konieczności jej poszanowania wynika zakaz po stronie państwa traktowania obywatela jako przedmiotu podejmowanych działań, a niejako ich podmiotu. W szczególności nie wolno podejmować takich zachowań, które stawiałyby pod znakiem zapytania status obywatela jako podmiotu prawa⁷². Śmierć pasażerów samolotu na skutek jego zestrzelenia stanowi środek do celu, jakim jest uratowanie innych osób, są oni zatem urzeczowieni i przez to pozbawieni praw⁷³. Trybunał stwierdził również, że nie leży w jego kompetencji rozstrzyganie przy okazji tej sprawy, czy jednostka może być, a jeżeli tak, to pod jakimi warunkami, zobowiązana do poświęcenia własnego życia w interesie całego społeczeństwa, w razie ataku na całą społeczność (*Gemeinwesen*), mającego na celu jej upadek i znisz-

⁶⁷ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 37–39, 134.

⁶⁸ Art. 19 ust. 2: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”. Art. 19 ust. 1 określa warunki dopuszczalnego **ograniczenia** podstawowych praw jednostki, niegodzącego jednak w istotę danego prawa. Natomiast ustęp następny zakazuje naruszania istoty prawa.

⁶⁹ Kwestie te nie będą szerzej omawiane, ponieważ nie wiążą się ściśle z tematem artykułu. Argumentacja Bundesverfassungsgerichtu odnośnie do nich została zawarta w ust. 89–117 wyroku.

⁷⁰ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 85.

⁷¹ Ibidem, ust. 119.

⁷² Ibidem, ust. 121.

⁷³ Ibidem, ust. 124.

czenie⁷⁴. Paragraf 14 ust. 3 LuftSiG nie dotyczy bowiem takich właśnie sytuacji, w których celem zamachowca jest zniszczenie państwowego porządku prawnego i ładu społecznego⁷⁵. Bundesverfassungsgericht uznał wreszcie, iż nie stanowi podstawy dla omawianego przepisu roszczenie osób znajdujących się na ziemi, zagrożonych potencjalnie rozbiem samolotu zgodnie z planem terrorystów, o ochronę ich praw, środek użyty bowiem przez państwo w celu wywiązania się z tego obowiązku nie może być sprzeczny z ustawą zasadniczą, a taki jest w świetle powyższych wywodów⁷⁶. Ze względu na gęstość zaludnienia i stosunkowo niewielki obszar RFN należy również uwzględnić potencjalne zagrożenie dla ludzi powstające ze strony spadających szczątków samolotu, który zostałby zestrzelony zgodnie z § 14 ust. 3 LuftSiG. Przemawia to także przeciwko rozwiązaniom Luftsicherheitsgesetz, ale nie w kontekście ich konstytucyjności, lecz zastosowania w konkretnym przypadku.

Poza argumentami przytoczonymi przez Bundesverfassungsgericht warto jeszcze w kilku słowach przywołać niektóre głosy podmiotów, które ustosunkowały się w ramach postępowania do złożonej przed Trybunałem skargi. Der Deutsche BundeswehrVerband stanął na stanowisku, że § 14 ust. 3 LuftSiG mógłby powodować u żołnierzy ciężki konflikt moralny, związany z koniecznością dokonania wyboru pomiędzy obowiązkiem posłuszeństwa rozkazowi i ściśle osobistym rozstrzygnięciem własnego sumienia. Ustawa nie dawała również gwarancji zabezpieczenia przed postępowaniem karnym lub cywilnym, szczególnie przed sądami państw obcych⁷⁷. Z kolei Die Vereinigung Cockpit wskazywała na praktyczną niemożność zrealizowania przesłanek koniecznych do podjęcia decyzji zestrzelenia, np. ze względu na warunki pogodowe czy różnorodną motywację sprawców porywających samoloty⁷⁸. Rozwijając tę argumentację, Die Unabhngige Flugbegleiter Organisation UFO utrzymywała z kolei, iż informacje stanowiące podstawę oceny sytuacji i podjęcia decyzji o zestrzeleniu raczej nie będą pochodziły z pokładu samolotu, lecz z drugiej ręki, a poza tym sytuacja na pokładzie może zmieniać się z minuty na minutę⁷⁹. Faktem jest, że – przywołując ponownie wydarzenia z 11 września 2001 r. – samolot, który rozbił się w Pensylwanii, nie osiągnął celu właśnie ze względu na przypuszczalnie podjętą przez pasażerów próbę odbicia go z rąk porywaczy⁸⁰. Argumentację tę podzielił Bundesverfassungsgericht, wskazując na trudności w ustaleniu intencji porywaczy, czy też w ogóle rzeczywistej sytuacji na pokładzie oraz fakt, iż krótki okres, w jakim przyszłoby podjąć decyzję zestrzelenia, mógłby prowadzić

⁷⁴ Na ten temat szerzej, również w kontekście orzecznictwa Bundesverfassungsgerichtu: Ch. Calliess, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtverhältnis*, JZ 2006, nr 7, s. 321 i n.

⁷⁵ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 135. Szerzej na ten temat, w kontekście wyroku, B. Hirsch, *Zum Verbot...*, op. cit., s. 1189.

⁷⁶ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 138–139.

⁷⁷ Ibidem, ust. 67; o obawach tego rodzaju wspomina również J. Bittner, *Burger...*, op. cit.

⁷⁸ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 68.

⁷⁹ Ibidem, ust. 70.

⁸⁰ Inne pogłoski utrzymują, że został zestrzelony przez siły zbrojne Stanów Zjednoczonych.

do jej podjęcia nawet wówczas, gdyby nie była konieczna, niejako „na zapas”. Musiałaby przy tym zostać w istocie oparta zawsze na przypuszczeniach, nie zaś pewności odnośnie do potencjalnego dalszego przebiegu wypadków w razie zaniechania akcji zbrojnej. Odnosząc się do realnej realizacji dyspozycji § 13–15 LuftSiG, Trybunał zauważył również, iż biorąc pod uwagę rozmiar terytorium RFN i skomplikowaną, wielostopniową i zależną od wielu osób procedurę zawartą w tych przepisach, osoby podejmujące decyzję musiałyby działać pod niezwykle silnym naciskiem czasu, co zwiększałoby zagrożenie przedwczesnej, zatem błędnej decyzji zestrzelenia⁸¹.

Z kolei w opinii Bundestagu, dotyczącej wniesionej skargi konstytucyjnej, twierdzono, iż § 14 ust. 3 LuftSiG jest zgodny z ustawą zasadniczą. To terroryści, a nie państwo, pozbawiają pasażerów godności i traktują jako przedmiot podejmowanych działań. Artykuł 2 ust. 2 zd. 3 GG⁸² wyraźnie zaś zezwala na umyślne pozbawienie życia, umożliwiając ingerencję w prawo do życia. Jednocześnie realizacja dyspozycji § 14 ust. 3 LuftSiG wydaje się i tak faktycznie prawie nie do pomyślenia, biorąc pod uwagę gęstość zaludnienia i rozmiary RFN⁸³. Z kolei rząd federalny stwierdził, że korzystający z komunikacji lotniczej sami wystawiają się na ryzyko z nią związane i muszą być go świadomi⁸⁴. Argument ten Bundesverfassungsgericht określił jako „nieżyciową fikcję”, założenie pozbawione jakichkolwiek realnych podstaw⁸⁵.

Wyrok Bundesverfassungsgerichtu spotkał się z żywym odzewem zarówno w nauce⁸⁶, jak i wśród polityków. Wśród tych ostatnich, oprócz głosów apro-

⁸¹ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 125–129.

⁸² „In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden”.

⁸³ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 47–48; por. również argumentację rządu federalnego, ust. 54–57.

⁸⁴ Ibidem, ust. 56.

⁸⁵ Ibidem, ust. 131.

⁸⁶ Por. m.in.: Ch. Gramm, *Der wehrlose Verfassungsstaat?*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 2006, nr 11, s. 653 i n., omówienie dostępne <http://www.dvbl.de/servlet/PB/menu/1205508/index.html?fundstelle=653#>; K. Baumann, *Das Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz der Streitkräfte*, „JURA” 2006, nr 6, s. 447 i n., omówienie dostępne <http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html>; M. Sachs, *Uwagi do wyroku BVerfG z 15.02.2006 r. (1 BvR 357/05)*, „Juristische Schulung” 2006, nr 5, s. 448, omówienie dostępne <http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html>; M. Starostik, *Uwagi do wyroku BVerfG z dnia 15 lutego 2006 r. (1 BvR 357/05)*, dostępne <http://www.starostik.de/tips/2006/02/anwalt-berlin-flugzeugabschuss-verfassungswidrig.shtml>; A. Peilert, *BVerfG: Verfassungswidrigkeit des Abschusses von Renegade-Flugzeugen nach dem Luftsicherheitsgesetz*, „Die Kriminalpolizei” 2006, nr 2, s. 63 i n., dostępne [http://www.gdp-berlin.de/gdp/gdpbercms.nsf/id/kripo_lka/\\$file/kripo206.pdf](http://www.gdp-berlin.de/gdp/gdpbercms.nsf/id/kripo_lka/$file/kripo206.pdf); Ch. Pestalozza, *Inlandstötungen durch die Streitkräfte – Reformvorschläge aus ministeriellem Hause*, NJW 2007, nr 8, s. 492 i n.; Ch. Starek, *Uwagi do wyroku BVerfG z dnia 15 lutego 2006 r. (1 BvR 357/05)*, JZ 2006, nr 8, s. 417 i n.; W.-R. Schenke, *Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG*, NJW 2006, nr 11, s. 736 i n.; Ch. Gramm, *Wie weit darf die Staat bei „besonders schweren Unglücksfällen” gehen?*, „Unterrichtsbilder für die Bundeswehrverwaltung” (dalej UBWV) 2007, nr 4, s. 121 i n., dostępne http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsätze/UBWV_2007_121.pdf; O. Lepsius, *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act*, „German Law Journal” 2006, vol. 7, nr 9, s. 761 i n., dostępne <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=756>; M. Beltran de Felipe, J.M. Rodriguez de Santiago, *Shooting Down...*, op. cit.; B. Hirsch, *Zum Verbot...*, op. cit., s. 1188 i n.; M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 3–4.

kujących, pojawiły się również i kontestujące wyrok, pochodzące z frakcji, które popierały ustawę na etapie prac parlamentarnych. Przedstawiciele frakcji CDU/CSU zaczęli postulować zmianę Konstytucji RFN w taki sposób, by możliwe stało się użycie sił zbrojnych na terenie kraju w zakresie przewidzianym zakwestionowanymi przepisami⁸⁷. Podnoszono również, iż mimo wyroku Bundesverfassungsgerichtu możliwe jest zestrzelenie samolotu porwanego za granicą i mającego być wykorzystanym do zniszczenia celu na terenie RFN. Stanowi to bowiem atak na cały kraj, który jest porównywalny z napaścią zbrojną z wykorzystaniem sił konwencjonalnych, obowiązują zatem wówczas takie same zasady jak w czasie wojny i państwo jest uprawnione do odparcia takiej zbrojnej, wojennej agresji⁸⁸. Łącząc te dwie tendencje, federalny minister spraw wewnętrznych W. Schauble zaproponował taką zmianę Konstytucji, która ustanowiłaby przypadek *quasi*-obrony (*Quasi-Verteidigungsfall*), zezwalający na użycie takich środków, jak w celu odparcia ataku militarnego na RFN, tyle że odnośnie do porwanego samolotu⁸⁹. Natomiast aprobujący wyrok wskazywali, że gdyby wyrok Trybunału był inny, doszłoby w istocie do zaaprobowania wprowadzenia „prawa wojny” (*Kriegsrecht*) w celu zwalczania jedynie przestępczości⁹⁰.

V. ROZWIĄZANIE POLSKIE W ŚWIELE DOŚWIADCZEŃ NIEMIECKICH

Przechodząc do omawiania rozwiązania przyjętego w art. 122a⁹¹ p.lot. i art. 18b⁹² ustawy o ochronie granicy państwowej, należy zauważyć, iż choć w uzasadnieniu projektu zmian⁹³ wprost nawiązano do wydarzeń z 11 września

⁸⁷ *Urteil zum Luftsicherheitsgesetz. Union drängt auf Grundgesetzänderung*, „Spiegel Online” z 15 lutego 2006 r., dostępne <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,401054,00.html>.

⁸⁸ *Bundeswehr mufi Terrorangriffe aus der Luft abwehren*, „Welt Online” z 20 lutego 2006 r., dostępne http://www.welt.de/print-welt/article199274/Bundeswehr_muss_Terrorangriffe_aus_der_Luft_abwehren.html.

⁸⁹ *Kriegsrecht soli Abschuss erlauben*, „Zeit Online” z 1 stycznia 2007 r., dostępne <http://www.zeit.de/online/2007/01/terror-abschuss-schaeuble>. Na temat żywej reakcji innych polityków zobacz: *Kein „Quasi-Kriegsrecht”*, „Zeit Online” z 2 stycznia 2007 r., dostępne <http://www.zeit.de/online/2007/01/Flugsicherheit>. Z kolei odnośnie do definicji „obrony” według dokumentów Narodów Zjednoczonych B. Hirsch, *Zum Verbot...*, op. cit., s. 1189.

⁹⁰ *Urteil zum Luftsicherheitsgesetz. Union drängt...*

⁹¹ Który brzmi: „Jeżeli wymagają tego względy bezpieczeństwa państwa i organ dowodzenia obroną powietrzną, uwzględniając w szczególności informacje przekazane przez instytucje zapewniające służby ruchu lotniczego, stwierdzi, że cywilny statek powietrzny jest użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza, statek ten może być zniszczony na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz.U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1944).

⁹² Który w ust. 2 pkt 3 zezwala na zniszczenie samolotu w szczególności w razie: a) dokonywania zbrojnej napaści lub agresji przeciwko celom położonym na terytorium RP, c) gdy wymagają tego względy bezpieczeństwa a organ dowodzenia obroną powietrzną, uwzględniając w szczególności informacje przekazane przez państwowy organ zarządzania ruchem lotniczym, stwierdzi, że obcy statek powietrzny jest użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza.

⁹³ Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie granicy państwowej oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2523 z 5 lutego 2004 r., dostępne <http://www.senat.gov.pl/K5/dok/sejm/064/2523.pdf>.

2001 r., to jednak ani razu nie wspomniano o oczywistej konsekwencji zastosowania uchwalanych przepisów, a mianowicie śmierci pasażerów oraz załogi cywilnego samolotu⁹⁴. To samo dotyczy zresztą całego procesu legislacyjnego. Nikt też nie wyraził choćby cienia wątpliwości odnośnie do zgodności przyjmowanych rozwiązań z Konstytucją RP, mimo tak oczywistego wkroczenia w najcenniejsze prawnie chronione dobra obywateli. Więcej uwagi poświęcono dramatyzmowi sytuacji decydenta, a najdalej idącym przejawem troski o obywateli było stwierdzenie posła B. Komorowskiego, iż mamy do czynienia z decyzją „niesłychanie drastyczną, bolesną i ważną”⁹⁵. Jako powód wprowadzanych zmian podawano konieczność uregulowania kwestii kompetencyjnych w razie zaistnienia zdarzenia opisanego w art. 122a p.lot. oraz stworzenia podstawy prawnej dla ewentualnego zestrzelenia samolotu pasażerskiego. Za takim zestrzeleniem miało przemawiać potencjalne przyjęcie jako celu ataku z powietrza m.in. reaktora atomowego w Świerku, Pałacu Kultury i Nauki czy budynku Sejmu⁹⁶. Natomiast brak konsultacji społecznych projektu uzasadniono zakresem nowelizacji, który obejmować miał, zdaniem projektodawców, jedynie kompetencje ministra obrony narodowej w zakresie ochrony powietrznych granic państwowych⁹⁷. Słusznie już wówczas wskazywano, że biorąc pod uwagę długość reakcji sił zbrojnych, nawet zaopatrzonych w odpowiednie podstawy prawne (ok. 16–22 minut), projektowane przepisy mogą być nieprzydatne w praktyce, skoro np. samolot, który

⁹⁴ Najdalej posunął się ekspert Biura Legislacji Kancelarii Sejmu, M. Wiśniewski, mówiąc, iż zestrzelenie „Oznacza (...) w praktyce zniszczenie wszystkiego, co znajduje się na takim statku. W związku z tym trzeba liczyć się również ze śmiercią osób lecących takim statkiem” (Protokół z posiedzenia Komisji Obrony Narodowej (nr 121) z 26 maja 2004 r., Biuletyn nr 3218/IV, dostępne <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskmr/OBN-121>).

⁹⁵ Por. Protokół z posiedzenia Komisji Obrony Narodowej (nr 115) z 15 kwietnia 2004 r., Biuletyn nr 3081/IV, dostępne <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskmr/OBN-115>.

⁹⁶ Protokół z posiedzenia Komisji Obrony Narodowej (nr 110) z 10 marca 2004 r., Biuletyn nr 2922/IV, dostępne <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskmr/OBN-110>. Odnośnie do wypowiedzi przedstawiającego projekt pełnomocnika ministra obrony narodowej H. Pietrzaka, nie można nie zauważyć, że powodem wprowadzenia Luftsicherheitsgesetz nie było zdarzenie w Stuttgarcie, jak twierdził, lecz we Frankfurcie nad Menem, chyba że miał na myśli jakiś incydent nieznanym autorom niemieckim. Mylnie też poinformował posłów: „Mogę państwa poinformować, że w innych krajach obowiązują podobne rozwiązania, jak to, które proponujemy. W końcu ubiegłego roku podobną decyzję podejmowali Niemcy”, podczas gdy Luftsicherheitsgesetz podpisany został przez Prezydenta RFN dopiero dnia 11 stycznia 2005 r., a zatem i wszedł w życie dużo później. Dnia 10 marca 2004 r. projekt Luftsicherheitsgesetz był dopiero po pierwszym czytaniu i jeszcze przed publicznym wysłuchaniem ekspertów przez deputowanych, jego los nie był zatem nawet przesądzony. Pod koniec 2003 r. projekt ustawy dopiero wpłynął do Bundesratu (Bundesrat Drucksache 827/03 z dnia 7 listopada 2003 r., dostępne <http://dip.bundestag.de/brd/2003/0827-03.pdf>). Wydaje się również, że powołany przykład zdarzenia z 1987 r., kiedy to żadne z czterech państw (w tym i Polska) nie zdecydowało się na zestrzelenie samolotu wojskowego lecącego bez pilota, który ostatecznie rozbił się w Belgii, powodując śmierć kilku osób, wskazuje na popadanie z jednej skrajności, w drugą. O ile wówczas nikt by nie ucierpiał w razie zestrzelenia, a jednak decyzji takiej nie podjęto, o tyle obecnie chce się umożliwić zestrzelenie cywilnego samolotu pełnego pasażerów. Również Sekretarz Stanu w MON, J. Zemke, nie do końca ściśle wypowiadał się o zdarzeniu we Frankfurcie, twierdząc, że samolot krążył nad lotniskiem i nie wiadomo było, czego chce pilot (Protokół... z dnia 15 kwietnia 2004 r.). W rzeczywistości samolot krążył nad centrum miasta, a pilot żądał rozmowy telefonicznej ze Stanami Zjednoczonymi.

⁹⁷ Por. s. 19 uzasadnienia projektu.

wystartował z Okęcia, będzie nad centrum Warszawy w ciągu 2 minut⁹⁸. Niestety, uchwalenie wspomnianych przepisów nie wzbudziło najmniejszych choćby wątpliwości i przeszło również bez echa zarówno w nauce, jak i w prasie, jeśli nie liczyć publikacji o charakterze wyłącznie sprawozdawczym odnośnie do nowych rozwiązań⁹⁹. Jedynie M. Żylicz zasygnalizował *in abstracto* (nie w odniesieniu do omawianych przepisów) istnienie potencjalnych wątpliwości natury moralnej¹⁰⁰. Nie wzbudziło to wątpliwości również ze strony żadnego z organów, czy żadnej organizacji, powołanych w celu stania na straży poszanowania praw obywateli. Nie jest co prawda do końca jasne stanowisko ówczesnego Rzecznika Praw Obywatelskich, A. Zolla¹⁰¹, jednak faktem jest, że nie skierował on – podobnie jak i jego następcy, J. Kochanowski – wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności omawianych przepisów z Konstytucją RP. Należy zauważyć, iż zaraz po uchwaleniu *Luftsicherheitsgesetz* przez Bundestag R. Merkel wyraził zdziwienie faktem, że rozwiązania w niej przyjęte nie odbiły się w ogóle echem ani w opinii publicznej, ani wśród prawników¹⁰². Jednak dyskusja toczyła się od samego początku wśród deputowanych do Bundestagu już w trakcie uchwalania ustawy, a na forum publicznym, choć nieco opóźniona, wybuchła potem ze zdwojoną siłą. W przypadku polskich przepisów milczenie zostało przerwane dopiero niedawno przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, L. Gardockiego, który zaskarżył do Trybunału Konstytucyjnego art. 122a p.lot.¹⁰³

We wniosku o zbadanie konstytucyjności omawianych przepisów wskazano, iż ingerencja w prawo do życia musi spełniać wymogi proporcjonalności, adekwatności i subsydiamości regulacji, musi więc służyć ochronie innego dobra konstytucyjnie chronionego, niestojącego niżej w hierarchii praw, wolności i in-

⁹⁸ Poseł S. Janas, w: *Protokół...* (z 10 marca 2004 r.).

⁹⁹ Por. P. Pabisiak-Karwowski, *Nowe przepisy dotyczące ochrony przed atakami terrorystycznymi z powietrza*, WPP 2004, nr 4, s. 12–15; E. Kamińska, *Terroryzm lotniczy – wpływ prawa międzynarodowego na krajowy porządek prawny*, WPP 2006, nr 4, s. 53–56; A. Łukaszewicz, *W tej walce nie wystarczą paragrafy*, „Rzeczpospolita” z 5 kwietnia 2006 r., s. C3; Ż. Semprich, *Agresora wolno zestrzelić*, „Rzeczpospolita” z 24 lutego 2004 r.; por. również notatki w „Rzeczpospolitej” z 19 sierpnia 2004 r. (*Samolot z terrorystą można zestrzelić*) i 14 stycznia 2005 r. (*Można zestrzelić samolot*).

¹⁰⁰ M. Żylicz, *Terroryzm lotniczy*, „Palestra” 2004, nr 3–4, s. 129; idem, *Terroryzm lotniczy w świetle prawa międzynarodowego*, PiP 2005, nr 9, s. 27.

¹⁰¹ Z jednej strony A. Zoll wskazywał, że uchwalone przepisy są niedoskonałe, nie obejmują bowiem – w jego przekonaniu – zakresu swojego działania polskich statków powietrznych. Stał też na stanowisku, iż wobec większego niż dawniej zagrożenia terroryzmem, prawa człowieka nie mogą już stanowić jedynego punktu odniesienia podczas tworzenia prawa (*Nie można zestrzelić terrorysty*, „Rzeczpospolita” z 21 lutego 2005 r. Odpowiedź MON na zarzut RPO: *Samolot terrorysty wolno zestrzelić*, „Rzeczpospolita” z 12 kwietnia 2005 r.). Z drugiej strony A. Zoll formułował szereg pytań odnośnie do dopuszczalności ustawowego uregulowania omawianej sytuacji (*Prawa obywatelskie a problem bezpieczeństwa*, Wykład wygłoszony przez prof. Andrzeja Zolla na wieczorze akademickim 25 października 2004 r., „Gazeta Uniwersytecka” 2005, nr 4, dostępne <http://gu.us.edu.pl/index.php?op=artykul&rok=2005&miesiac=01&id=3193&type=nor>; Wykład inauguracyjny, wygłoszony 26 września 2005 r., na rozpoczęcie roku akademickiego 2005/06 w Kolegium Filozoficzno-Teologicznym OO. Dominikanów w Krakowie, „Teofil” 2005, nr 2, dostępne <http://www.teofil.dominikanie.pl/?f=artykul&id=254&nr=22>).

¹⁰² R. Merkel, *Wenn der Staat...*, op. cit.; por. podobnie W. Mitsch, *luftsicherheitsgesetz*”..., op. cit., s. 274.

¹⁰³ Wniosek dostępny <http://www.sn.pl/aktual/2.html>.

nych dóbr. Ustawodawca w art. 122a p.lot. odwołuje się jedynie do bardzo ogólnych przesłanek: „bezpieczeństwa państwa” oraz użycia samolotu do „działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza”. Powoduje to, że decyzja o zestrzeleniu może zostać podjęta nawet wówczas, gdy samolot przewozi niedozwolone produkty lub towary, zmienia kierunek lotu, przewozi nielegalnych imigrantów, kategoria „sprzeczności z prawem” bowiem odsyła do całego porządku prawnego. Nawet sam atak terrorystyczny może być skierowany jedynie przeciwko mieniu, infrastrukturze, np. komunikacyjnej czy obronnej. Zatem katalog dóbr, w ochronie których można poświęcić życie pasażerów samolotu, jest bardzo szeroki, zawiera również dobra o wartości niższej niż życie ludzkie. Prowadzi to do wniosku, że ograniczenie dóbr prawnych gwarantowanych konstytucyjnie odbyło się z naruszeniem zasad określających dopuszczalne wkroczenie w sferę wolności i praw jednostki. Naruszono zasadę konieczności (subsydiamości), wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Naruszenie to istnieje także wówczas (w połączeniu z pogwałceniem art. 2), gdy art. 122a p.lot. miałby stanowić podstawę do zestrzelenia samolotu w celu ochrony innych ludzi, znajdujących się na ziemi. Przesłanki podjęcia decyzji o zestrzeleniu nie spełniają bowiem wymogu dostatecznej ustawowej określoności zarówno pod względem merytorycznym, jak i formalnym, ze względu na umieszczenie ich w aktach prawnych różnej rangi. Ustawodawca naruszył również wyznaczone w art. 26 Konstytucji dopuszczalne ramy użycia sił zbrojnych na terytorium RP, upoważniając je do użycia siły wobec polskiego statku powietrznego znajdującego się w polskiej przestrzeni powietrznej. Dwa ostatnie zarzuty sformułowane we wniosku wskazują na naruszenie przez ustawodawcę prawa do życia (art. 38) oraz godności (art. 30) człowieka. Nie da się bowiem obronić w świetle zasady proporcjonalności poświęcenia życia jednych obywateli dla ratowania życia innych (co nie dotyczy potencjalnego poświęcenia życia agresora, np. na gruncie instytucji obrony koniecznej). Prawodawca nie jest uprawniony do wartościowania życia ludzkiego pod względem ilościowym czy szans na przeżycie. Nie jest zatem dopuszczalne ustawowe upoważnienie organów władzy publicznej do zabicia jednej osoby, w celu ratowania nawet większej liczby innych osób. Poza tym zezwolenie takie w istocie oznacza pozbawienie jednostki przysługujących jej praw i instrumentalne potraktowanie przez organy władzy, co narusza jej niezbywalną i nienaruszalną godność.

Inicjatywę Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego oraz przedstawioną przez niego argumentację należy oczywiście przyjąć z pełną aprobatą. Wydaje się jednocześnie, że wszystkie argumenty podniesione przeciwko *Luftsicherheitsgesetz*, dotyczące naruszenia prawa do życia i obowiązku poszanowania godności ludzkiej, można wprost odnieść również do art. 122a p.lot. i art. 18b ustawy o ochronie granicy państwowej¹⁰⁴. Nie powtarzając ich ponownie w tym miejscu, należy

¹⁰⁴ Wydaje się, że pogląd ten podzieliłaby również M. Słupska, omawiająca wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r., gdyby dostrzegła istnienie owych przepisów w polskim porządku prawnym. Autorka, odnosząc ów wyrok do prawa polskiego, konstatuje bowiem, że „Arbitralna decyzja ustawodawcy pozbawiająca (...) ochrony osoby podróżujące samolotem byłaby niedopuszczalna i niezgodna

jedynie zauważyć, że państwo nie jest uprawnione do decydowania o tym, czy przeżyją jego obywatele znajdujący się na ziemi, czy będący pasażerami i załogą porwanego samolotu. Zezwolenie na zestrzelenie obiektu typu *renegade* oznacza pozbawienie znajdujących się na pokładzie ludzi ochrony ich praw, do której przecież państwo jest właśnie powołane. Jest szczególnie niedopuszczalne powoływanie się w tym kontekście na potencjalnie krótki czas, jaki im pozostał do przeżycia, co ma uzasadniać ich poświęcenie. W takim wypadku można by chyba stosować taką miarę i do innych niż omawiane przypadków, w których mamy do czynienia z osobami o prognozowanym krótkim okresie życia. Nie jest też dozwolone traktowanie pasażerów i załogi jako części samolotu, zatem części broni użytej przez terrorystów, oznacza to bowiem uprzedmiotowienie jednostki, jednoznaczne z zaprzeczeniem jej niezbywalnej i przyrodzonej godności. Choć Konstytucja RP dopuszcza oczywiście ograniczenie w drodze ustawy praw przysługujących jednostce (art. 31 ust. 3), to jednak nie może ono w żadnym wypadku naruszać istoty danego prawa. W omawianym przypadku mamy w sposób niebudzący wątpliwości do czynienia już nawet nie z naruszeniem istoty prawa, lecz w ogóle z unicestwieniem prawa do życia oraz godności obywatela.

Naruszenie elementarnych praw człowieka przez regulacje art. 122a p.lot. i art. 18b ustawy o ochronie granicy państwowej jest tym bardziej rażące, że oba przepisy zostały stworzone jako reakcja na – miejmy nadzieję – odosobniony, jednorazowy przypadek wykorzystania samolotu cywilnego jako broni. Tworzenie przepisów dopasowanych do jednego, określonego, zaistniałego bądź potencjalnego przypadku zawsze budzi wątpliwości. W tym wypadku jednak zostały przekroczone wszelkie granice, skoro ustawodawca otworzył furtkę do naruszenia podstawowych praw człowieka. Należy zauważyć, iż w ciągu ostatnich 60 lat po II wojnie światowej dochodziło do mylnego zestrzeliwania cywilnych samolotów niebędących we władaniu terrorystów. Wystarczy przypomnieć najbardziej spektakularny przypadek zestrzelenia cywilnego samolotu pasażerskiego, który miał miejsce 1 września 1983 r., kiedy to radzieckie siły zbrojne zestrzeliły południowokoreańskiego Boeinga 747 z 269 osobami na pokładzie¹⁰⁵. Jednak ostatni taki incydent zdarzył się 3 lipca 1988 r. Wówczas amerykański krążownik U.S.S. Vincennes zestrzelił rakietami typu ziemia-powietrze cywilny samolot irańskich linii lotniczych z 290 osobami na pokładzie, biorąc go mylnie za wrogi samolot wojskowy. Należy przy tym zauważyć, że statek amerykański znajdował się na irańskich wodach terytorialnych, prowadząc pościg za kanonierką¹⁰⁶. Choć zatem

z Konstytucją RP” (M. Słupska, *Zwalczanie terroryzmu powietrznego w świetle prawa niemieckiego*, WPP 2007, nr 1, s. 26). Autorka nie zdaje sobie jednak sprawy z faktu, że decyzja taka została przez ustawodawcę polskiego podjęta już w 2004 r. i poszukuje jej wśród przepisów odnoszących się do Policji, gdzie oczywiście jej nie odnajduje. Natomiast w ostatnim czasie sprzeczność omawianych przepisów z Konstytucją RP dostrzegł M. Iwański (*Uprawnienie do zestrzelenia cywilnego statku powietrznego (kilka uwag w kwestii zgodności art. 122a prawa lotniczego z Konstytucją RP)*, WPP 2008, nr 1, s. 78, 80–83).

¹⁰⁵ Podaję za T. Linke, *Zur Rolle*, s. 11.

¹⁰⁶ Podaję za G. Sulyok, *An Assessment...*, s. 4. Autor ten dokonuje zresztą przeglądu wszystkich tego typu incydentów w ciągu ostatnich 60 lat.

należy podzielić nadzieję pośła P. Zaborowskiego, że z rozwiązania przyjętego w art. 122a p.lot. nigdy nie będzie trzeba korzystać, to jednak nie można zgodzić się z założeniem, zgodnie z którym „przyjęcie takiego rozwiązania prawnego jest potrzebne na wszelki wypadek”¹⁰⁷. Nie jest dopuszczalne, nawet przy założeniu braku konieczności realnego skorzystania z normy, tworzenie takich przepisów, które w sposób oczywisty i całkowicie jawny stanowią bezprzykładowe wkroczenie w dobra prawne obywateli o najwyższej wartości. W sytuacjach konfliktowych, takich jak w omawianym tu przypadku, należy raczej skłonić się ku pogładowi, że zdarzają się tego rodzaju kolizje dóbr, które umykają ścisłemu ujęciu prawnemu¹⁰⁸, co więcej, ustawodawca nie powinien próbować ich opisać i rozstrzygnąć w paragrafach ustawy. Ponieważ nawet ujęcie ich w ramy prawne nie zmienia bezprawnego charakteru każdego rozstrzygnięcia, decyzję w takich przypadkach powinno się pozostawić jedynie osobie odpowiedzialnej, kierującej się własnym sumieniem, moralnością oraz zasadami. Może ona co najwyżej liczyć na to, że biorąc pod uwagę rodzaj konfliktu, który musiała rozstrzygnąć, zostanie łagodnie potraktowana przez sąd. Nic nie zmienia jednak faktu, że bezprawie pozostanie bezprawiem¹⁰⁹ i jedynie niezawisły sąd będzie władny ocenić jej postępowanie. I to na jego wyrok powinien zdać się minister obrony czyjego zastępca, który podjął decyzję zestrzelenia, ryzykując nawet przewlekły i wyczerpujący proces, zagrażający jego pozycji zawodowej bądź urzędowej¹¹⁰.

Argumentację Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego – jak można przypuszczać¹¹¹ – podzielił ostatnio Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z dnia 30 października 2008 r. stwierdził sprzeczność art. 122a p.lot. z art. 2, art. 30 i art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W szczególności Trybunał zakwestionował dopuszczalność takiej regulacji, która stanowi podstawę dla umyślnego pozbawienia życia niewinnych obywateli, przypadkowo znajdujących się na pokładzie uprowadzonego samolotu, nawet jeśli ma to służyć ochronie innych osób na powierzchni ziemi. Podniesiono, iż życie ludzkie nie może podlegać wartościowaniu, także pod względem ilościowym lub potencjalnej długości jego trwania. Nie można też „uprzedmiotowić” pasażerów samolotu, traktując ich jako części maszyny, skazanych na śmierć. Jednocześnie zakwestionowany przepis nie spełnia wymagań art. 31 ust. 3 Konstytucji, dopuszczającego pewną gradację prawnej ochrony życia. Wskazano również, iż podjęcie decyzji o zestrzeleniu miałoby zostać oparte na ocenie mniej lub bardziej uwiarygodnionego prawdopodobieństwa

¹⁰⁷ Protokół... (z 10 marca 2004 r.).

¹⁰⁸ E. Burgbacher, podaje za <http://de.wikipedia.org/wiki/Luftsicherheitsgesetz>; por. podobnie H.-Ch. Ströbele, w: *Plenarprotokoll 15/89...*, s. 7893; J. Ipsen, w: *Plenarprotokoll 15/35...*, s. 22; M. Baldus, *Gefahrenabwehr in Ausnahmefällen – Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 2006, nr 5, s. 532 i n., omówienie dostępne <http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html>; M. Klingst, *Nur das Leben zahlt*, „Die Zeit” z 16 lutego 2006 r., nr 8, dostępne http://www.zeit.de/2006/08/01_leit_2_08_06?page=1.

¹⁰⁹ M. Klingst, *Nur das Leben...*, op. cit.

¹¹⁰ Ch. Starek, *Uwagi do wyroku BVerfG z dnia 15 lutego 2006 r...*, s. 418.

¹¹¹ W momencie kierowania zeszytu do druku brak było jeszcze uzasadnienia wyroku. Informacje na temat podstaw rozstrzygnięcia oparto na komunikacie prasowym Trybunału, wydanym zaraz po rozprawie, dostępne <http://www.trybunal.gov.pl/Rozprawy/2008/rozprawy.htm>.

uderzenia w cel naziemny, przy czym – biorąc pod uwagę deficyt czasu, dynamikę sytuacji i brak bezpośredniego kontaktu z osobami na pokładzie – stopnia owego prawdopodobieństwa nie da się ocenić w sposób precyzyjny. To z kolei powoduje wzrost ryzyka podjęcia błędnej decyzji.

Podsumowując powyższe rozważania, trafne wydaje się odwołanie – ku przestrodze – do słów przypisywanych Benjaminowi Franklinowi, użytych jako motto na stronie tytułowej Historycznego Przeglądu Konstytucji i Rządu Stanu Pensylwania, z 1759 r.: „Those who would give up Essential Liberty to purchase a little Temporary Safety, deserye neither Liberty nor Safety”¹¹².

SHOOTING DOWN A *RENEGADE* TYPE PLANE AND RESPECTING BASIC HUMAN RIGHTS

After the attacks of 9.11 many countries, including Poland and Germany, introduced regulations allowing to shoot down a civilian airplane used by terrorists to conduct an air attack. In Germany adopting the appropriate regulation was preceded by a lively discussion in the national Parliament as well as in the nationwide press. Even though the bill was executed, it was the subject to a constitutional complaint and to the decision of the Bundesverfassungsgericht, which on 15th February 2006 ruled that the law was an infringement on the basic human rights. According to the Tribunal, allowing to shot down a hijacked, civilian plane with passengers on board constitutes the breach of their right to life and to human dignity. A State may not deprive those individuals of its protection, especially it is not allowed to compare the value of the life of individuals endangered by the potential terrorist attack and those on board of the plane. Such a comparison may not be made neither based on the time, that the passengers have left to live, nor on the number of individuals, that would have to be killed and the number of ones rescued on the ground. The right of citizens to have their life protected by the State authorities serves them until the very end and the State may not deprive them of such a protection. The passengers may neither be treated as a part of a “weapon” used against the terrorists.

In Poland the execution of a similar bill went by unnoticed by the public opinion and the press. Moreover in the phase of parliamentary work no constitutional uncertainty was expressed. It was only not so long ago that the First Chairman of the Supreme Court decided to address the Constitutional Tribunal to examine the bill in order to check its compliance with the Polish Constitution. He blamed the regulation for infringing in particular the right to life and human dignity and exceeding the competences foreseen in the Constitution for the armed forces to exercise their powers within the State territory. The Tribunal in its sentence from

¹¹² „Ci, którzy porzucają Podstawową Wolność, aby uzyskać trochę Tymczasowego Bezpieczeństwa, nie zasługują ani na Wolność, ani na Bezpieczeństwo”.

Sept. 30th, 2008 agreed with him and claimed a contradiction between the particular Solutions and the dispositions of the Polish Constitution.

Evaluating the legislation in force, it should be noticed that the State is not allowed to decide on whether its citizens on the ground or those on board of the plane shall survive. Allowing to shoot down a renegade type object means depriving those on board of the plane of their right to have their life protected, to securing which the State is obliged. It is particularly impermissible to allege in this context the potentially short period of time they have to live, to justify their sacrifice. It is also not allowed to treat the passengers and crew as part of the plane, therefore a part of the weapon used by the terrorists, as it constitutes the objectification of a person, equal to depriving them of their innate and nonnegotiable dignity. It is also improper to create legislation fitting one particular, designated, existing or potential situation, including the occurrences of 11th September 2001. In conflict situations like the one we are dealing with here, it should be assumed, that the collisions of certain kinds of goods, that may not be framed within rigid legal norms, occur; furthermore, the legislator should not attempt to describe and decide on them in the content of a legal act. As even putting them within a legal framework will not change the illegality of every decision, finding the solution in such a situation should be left solely to a person in charge, judging in accordance with their own conscience and morality.

MARCIN OŻÓG¹**PRODUKT KOSMETYCZNY:
ANALIZA POJĘCIA DLA CELÓW REGULACYJNYCH****I. WSTĘP**

Zachodzące w XX w. przemiany w statusie kobiet oraz sposobie postrzegania zagadnień wieku, płci i ciała oznaczały niebywały awans problematyki wyglądu zewnętrznego, atrakcyjności, bycia „zawsze młodym”, pojawienie się zaś urządzeń do utrwalania i przesyłu obrazów, dzięki którym także wizerunek człowieka można w sposób praktycznie dowolny wiernie odwzorowywać, utrzymywać, przechowywać i zwielokrotniać, oznaczało prawdziwy boom na kosmetyki – produkty służące podkreśleniu, podtrzymaniu czy zmianie pewnych cech wyglądu ciała. Masowa dostępność kosmetyków – wcześniej stanowiących dobro luksusowe dostępne osobom z „wyższych sfer” – jest obecnie faktem². U podstaw ich obecności w życiu społecznym tkwi chęć muśnięcia powonienia, przywrócenia gładkości skóry czy przedłużenia rzęs, dla ulotnego i chwilowego – jakby nie było – zaprzeczenia prawdy o własnym ciele i oszukania innych lub dowiedzenia im ich własnej niedoskonałości. Błahość efektu i tym samym nadmierna zdawałoby się atencja, jaką darzone są kosmetyki w życiu społecznym, to jednak pozory, za którymi kryje się głębia idei takich jak: walka z czasem, przemijaniem, dążenie do perfekcji, poszukiwanie piękna, potrzeba bliskości, adoracji, akceptacji, zamiar zdobycia partnera. Chęć wcielenia tych idei w życie, przynajmniej na chwilę i przynajmniej dla pozoru, to siła napędowa popytu na kosmetyki, ich niegasnącej powszechnej popularności, której istota wyrażalna jest chyba jedynie w języku poezji czy eseju³, Doceniając znaczną i rosnącą – jak się zdaje –

¹ The European Centre for Comparative Commercial and Company Law (Centrum C-Law.org). Kontakt z autorem ozog@c-law.org.

² Dopiero w drugiej połowie XIX w. osiągnięcia nauki chemii umożliwiły uniezależnienie się przemysłu kosmetycznego od substancji pochodzenia naturalnego jako źródła składników wykorzystywanych w kosmetykach, a tym samym potanie kosmetyków i upowszechnienie ich użycia; zob. A. Hurton, *Erotyka perfum, czyli tajemnice pięknych zapachów*, Warszawa 1994, s. 49 i n.

³ Por. opinię do sprawy C-273/00 *Ralf Sieckmann*, Zb. Orz. 2002, s. I-11737, pkt 29, gdzie jej autor Rzecznik Generalny Ruiz-Jarabo Colomer w wywodzie poświęconym zagadnieniu graficznego opisanie zapachu (na potrzeby zgłoszenia tego zapachu do ochrony jako znaku towarowego) sięga, jako po argument, po wiersz Ch. Baudelaire'a *Le parfum* ze sławnego tomu *Les Fleurs du mal*. Zob. też. M. Wierchowiska, *Niewypowiedziane smaczne, nieopisane pięknie pachnące – opis smaku i zapachu w komunikatach perswazyjnych na przykładzie tekstów reklam telewizyjnych*, w: W. Gruszczyński, J. Bralczyk, G. Makowska (red.), *Polszczyzna w komunikowaniu publicznym. Prace poświęcone Profesor Halinie Satkiewicz z okazji jubileuszu Jej i Jej Zakładu*, Warszawa 1999, s. 107–114.

rolę, jaką pełnią kosmetyki w życiu społecznym, nie sposób jednak zapomnieć o związanych z kosmetykami zagadnieniach dotyczących samej materii kosmetyku jako produktu. Niestety, chciałoby się rzec: świat czystości, piękna, powabu i blasku, jaki oferują kosmetyki, ma swoją bardzo prozaiczną stronę miareczkowania, reakcji chemicznych, alergetestów, opakowań, okresów przydatności itp. Ma także swoje, i to nader ponure, tajemnice – historyczne już przypadki utraty wzroku spowodowane użyciem cienia do powiek, budzące słuszny odruch sprzeciwu praktyki testowania kosmetyków na zwierzętach. W ślad za tym obrót kosmetykami poddawany jest regulacji mającej na celu wymuszenie na ich producentach przestrzegania standardów formowania składu produktu kosmetycznego i prowadzenia działalności marketingowej mających na celu zagwarantowanie użytkownikom kosmetyków bezpieczeństwa korzystania z produktu na minimalnym – wzięwszy pod uwagę możliwości techniczne – poziomie. Okoliczności te uzasadniają potrzebę poddania szczegółowej analizie charakterystyki kosmetyku jako produktu samego w sobie oraz cech różniących ten produkt od produktów, z którymi kosmetyk może z dużym prawdopodobieństwem, w pewnych przynajmniej przypadkach, wykazywać niektóre cechy wspólne, jak produkty lecznicze, produkty biobójcze czy produkty żywnościowe. Potrzeba to tym bardziej uzasadniona, że zagadnienie administracyjnoprawnych wymogów bezpieczeństwa produktów nie cieszy się w Polsce większym zainteresowaniem, a samo zagadnienie administracyjnoprawnych wymogów bezpieczeństwa produktu kosmetycznego było przedmiotem jedynie przyczynkowych wypowiedzi⁴, z drugiej zaś strony przemysł kosmetyczny stanowi w Polsce istotną gałąź gospodarki, a wyroby polskiego przemysłu kosmetycznego od lat skutecznie konkurują na rynkach światowych z produktami uznanych marek⁵.

Trzon polskiego prawa w zakresie administracyjnoprawnych wymogów bezpieczeństwa produktów kosmetycznych stanowi ustawa o kosmetykach (u. o k.)⁶,

⁴ A. Chochoł, *Wyroby kosmetyczne w świetle nowych uregulowań prawnych ze szczególnym uwzględnieniem obowiązującej nomenklatury surowców kosmetycznych i instytucji zajmujących się ich jakością*, Zeszyty Naukowe AE w Krakowie 2006, nr 718, s. 33–48; A. Chochoł, *Regulacje prawne dotyczące kosmetyków – a świadomość konsumentów*, w: T. Sikora (red.), *Materiały VKonferencji Naukowej zorganizowanej przez Katedrę Zarządzania Jakością AE w Krakowie, 21–22 września 2006 r.*, Kraków, s. 139–143; J. Kaniewski, *Ochrona konsumenta przed szkodą wynikłą z użycia kosmetyku w prawie polskim i amerykańskim*, Zeszyty Naukowe AE w Krakowie 2006, nr 718, s. 21–34; A. Chochoł, B. Depa, *Zapewnienie bezpieczeństwa stosowania artykułów kosmetycznych*, Zeszyty Naukowe AE w Krakowie 2002, nr 599, s. 6–15.

⁵ „Producenci krajowi zbudowali w Polsce unikalną pozycję rynkową. Realizują ponad 30% łącznej sprzedaży kosmetyków, w tym ponad 50% sprzedaży w tzw. kosmetyce pielęgnacyjnej. Skuteczna konkurencja z dostawcami globalnymi jest możliwa z uwagi na wysoką jakość polskich produktów, konkurencyjne ceny i zaufanie klientów do marek rodzimych producentów. Z badań rynkowych GFK Polonia wynika, że Polacy po krótkim okresie zainteresowania (w latach 90.) importowanymi i zagranicznymi kosmetykami «powracają» do coraz lepszych jakościowo, estetycznie opakowanych i równie skutecznych oraz – co najważniejsze – tańszych produktów krajowych. W niektórych kategoriach specyfików podmioty polskie zdobyły pozycję dominującą”. – Grupa Kolastyna: *Raport o rynku kosmetyków*, dokument z 2008 r., dostępny http://www.grupakolastyna.pl/files/pdf/Raport_o_rynku.pdf.

⁶ Ustawa z dnia 30 marca 2001 r. o kosmetykach (Dz.U. Nr 42, poz. 473 z późn. zm.).

w swoim zasadniczym zrębie stanowiąca implementację dyrektywy 76/768⁷. Na początku lutego 2008 r. Komisja Europejska upubliczniła projekt rozporządzenia⁸ mającego zastąpić dyrektywę 76/768, którego wejście w życie – w perspektywie kilku lat – oznaczać będzie ujednolicenie i istotne „odświeżenie” wspólnotowych ram regulacyjnych dotyczących produktów kosmetycznych (jak również uchylenie ustawy o kosmetykach), przy zachowaniu wszakże znaczenia, jakie pojęciu „kosmetyk” nadawane jest w prawie wspólnotowym i polskim w chwili obecnej.

II. BEZPIECZEŃSTWO PRODUKTÓW KONSUMPCYJNYCH A ZAGADNIENIE ICH PRAWNEJ SYSTEMATYKI

Zagadnienie systematycznego podziału produktów z uwagi na potrzebę podania zagadnień związanych z ich wytwarzaniem i obrotem nimi ustawowej regulacji, której celem miałyby być zapewnienie bezpieczeństwa stosowania tych produktów przez ich użytkowników, należy do najtrudniejszych zagadnień prawa administracyjnego w ogólności. Trudności te wynikają z faktu, że po pierwsze, niektóre z produktów mogą wykazywać cechy pozwalające uzyskać im wieloraki (niekoniecznie „tylko” podwójny) status jako np. kosmetyku, produktu leczniczego czy żywności. Przykładem są tu produkty w rodzaju rozpuszczalnej gumy do żucia, dropsów, listków, pastylek itp. o smaku zazwyczaj miętowym lub owocowym (np. popularne cukierki Tik-Tak), które sprzedawane być mogą w formie niewielkich tabletek (a zatem sposób ich prezentacji skłaniać będzie do przyjęcia, że mamy do czynienia z produktem leczniczym), służą przywracaniu świeżego oddechu (a zatem pełnią funkcję kosmetyku), a ostatecznie po rozpuszczeniu w ślinie zostają połknięte (co sugeruje ich charakter jako żywności)⁹. Niejednoznacznością charakteru odznaczają się również produkty prezentowane w obrocie jako mające właściwości antyseptyczne lub antybakteryjne i jako takie wprowadzane do obrotu – w konkretnej sytuacji mogą one być kwalifikowane jako produkty biobójcze, kosmetyki, produkty lecznicze lub też wyroby medyczne¹⁰. Po drugie, kwalifikacja produktów odbywa się na podstawie syntetycznych definicji produktów i wynikających z nich nielicznych zasad ogólnych, które nie zawsze pozwalają w sposób jednoznaczny przesądzić o statusie produktu. Fakt, że dany produkt zostaje zaliczony do określonej kategorii normatywnej, niekoniecznie zaś musi mieć walor precedensu przy rozstrzyganiu o sposobie zaszeregowania produktów jemu podobnych lub rzekomo podobnych (np. o statusie produktu jako leczniczego może przesądzić obecność w produkcie nawet jednej substancji o udokumentowanych właściwościach leczniczych). Wynika stąd istotny mar-

⁷ Dyrektywa Rady nr 76/768/EWG z dnia 27 lipca 1976 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących produktów kosmetycznych (Dz.Urz. WE L 262 z 1976 r., s. 169).

⁸ Zob. pkt VIII niniejszej pracy.

⁹ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope of application of the cosmetics Directive 76/768/EEC (Art. 1(1) Cosmetics Directive). Fersion 4.0 (czerwiec 2007)*, s. 7, pkt 35.

¹⁰ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 10, pkt 53.

gines niepewności co do sposobu kwalifikacji produktu, mający źródło w wielości produktów będących w obrocie, pojawianiu się w obrocie wciąż nowych produktów i niemożności bardziej szczegółowego wytyczenia granic pomiędzy poszczególnymi ich kategoriami¹¹, co prowadzi do powiększania się szarej strefy produktów o niejednoznacznym statusie prawnym, zwanych potocznie „produktami z pogranicza”¹². Po trzecie, decyzja o zaliczeniu danego produktu konsumpcyjnego do określonej kategorii normatywnej rodzi, niejednokrotnie daleko idące, konsekwencje dla procesu wytwarzania i dystrybucji produktu (wzmógł nadzór nad produktem ze strony specjalnie w tym celu powołanych organów nadzoru w przypadku produktów leczniczych, obowiązek zapewnienia odpowiednich właściwości pod względem biodegradacji produktom chemii gospodarczej), czy wręcz może być czynnikiem decydującym o dopuszczalności wytwarzania produktu i jego wprowadzania do obrotu (uznanie produktu za leczniczy powoduje konieczność wdrożenia procedury dopuszczenia do obrotu, a reklama takiego produktu poddana zostaje daleko idącym ograniczeniom). Zagadnienie klasyfikacji produktów jest zatem polem rozstrzygnięć równie kontrowersyjnych, co ważnych z punktu widzenia całokształtu systemu prawnego bezpieczeństwa produktu, sprawności jego funkcjonowania i warunków funkcjonowania rynku, który w zależności od przyjętych rozstrzygnięć poddany zostanie mniejszym lub większym obciążeniom regulacyjnym.

III. PODSTAWOWE ZASADY I KRYTERIA KLASYFIKACJI PRODUKTÓW KONSUMPCYJNYCH

W orzecznictwie ETS wielokrotnie podkreślano – głównie na tle zagadnienia kwalifikacji produktu do leczniczych bądź też nieleczniczych – że produkty powinny być kwalifikowane jako przynależące do określonej kategorii normatywnej przez kompetentne w tym zakresie organy krajowe działające pod nadzorem sądów. Kwalifikacja taka powinna być dokonywana z wzięciem pod uwagę całości charakterystyki danego produktu, w szczególności jego składu, właściwości i dowodów na istnienie tych właściwości, jakie mogą być uzyskane w obecnym stanie zaawansowania wiedzy naukowej, zalecanego sposobu użycia produktu, zasięgu jego dystrybucji, stopnia upowszechnienia wśród konsumentów wiedzy o produkcie i zagrożeniach, jakie mogą towarzyszyć jego użyciu¹³. Pod uwa-

¹¹ Por. rozważania nad pojęciem „prawa” z art. 7 EKPCz, wymogami jego „dostępności” oraz „przewidywalności” w wyroku ETPCz z 15 listopada 1996 r. *Cantoni v. Francji*, ECHR 1996-V, s. 1628, § 28–36.

¹² Ang. *borderline products*. Podkreślimy, że mamy w tym przypadku do czynienia z kategorią pojęciową stworzoną wyłącznie na użytek języka prawniczego, nie natomiast jakąś odrębną kategorią normatywną – każdy z „produktów z pogranicza” będzie w rzeczywistości produktem przynależącym do którejś z typowych kategorii normatywnych, jego „graniczny” charakter będzie natomiast przejawiał się w trudnościach związanych z jego jednoznacznym zaszeregowaniem do tej czy innej kategorii.

¹³ Por. orzeczenia ETS w sprawach: C-227/82 *Van Bennekom*, Zb. Orz. 1983, s. 3883, pkt 29; C-112/89 *Upjohn*, Zb. Orz. 1991, s. 1-1703, pkt 23; C-369/88 *Delattre*, Zb. Orz. 1991, s. 1-1487, pkt 26 i 35; C-60/89 *Monteil/Samanni*, Zb. Orz. 1991, s. 1-1547, pkt 29; C-290/90 *Komisja v. Niemcy*, Zb. Orz. 1990, s. 1-3317, pkt 17; C-150/00 *Komisja v. Austria*, Zb. Orz. 2004, s. 1-3891, pkt 64 oraz połą-

gę należy wziąć również postać zewnętrzną nadaną produktowi, sposób jego opakowania oraz postawę przeciętnego, dobrze poinformowanego konsumenta, u którego nadana produktowi postać zewnętrzna powinna wzbudzić zaufanie zwykle żywione w stosunku do innych tego rodzaju produktów, ze względu na świadomość środków ostrożności towarzyszących wytwarzaniu tych produktów i wprowadzaniu ich do obrotu¹⁴. W rozwinięciu tez wyrażonych w orzecznictwie wskazano, że podejmując decyzję o zaliczeniu produktu do określonej kategorii, należy brać pod uwagę w szczególności¹⁵:

- wszelkiego rodzaju zapewnienia składane w związku z produktem wprost lub mające postać sugestii, w tym odesłania do innych źródeł informacji dotyczących produktu, jak infolinie czy publikacje naukowe. Za mające charakter sugestii może zostać uznane w szczególności opatrzenie produktu nazwą o określonej treści;
- kontekst sytuacyjny, w którym składane są zapewnienia i ich ogólny wydźwięk;
- sposób, w jaki produkt postrzegany jest przez publiczność lub osoby, do których w szczególności dany produkt jest adresowany;
- oznakowanie produktu i jakiegokolwiek ulotki dołączane do opakowania, w tym sposób ich graficznego opracowania;
- materiały promocyjne, w tym świadectwa osób, które skorzystały z produktu, oraz wszelkiego rodzaju literaturę naukową, pochodzące od dostawcy produktu;
- reklamę produktu, w tym wzmianki o produkcie pojawiające się w przekazach redakcyjnych, w telewizji, innych mediach czy Internecie; charakterystykę kanałów marketingu i dystrybucji;
- istnienie szczególnej grupy docelowej, do której adresowane są materiały informacyjne lub promocyjne dotyczące produktu, np. grup konsumentów cierpiących (lub szczególnie podatnych) na choroby określonego rodzaju albo też oddziaływanie określonych czynników środowiskowych.

Jak również wynika z orzecznictwa ETS, nie można wykluczyć zaistnienia pewnych odrębności krajowych w sposobie postrzegania określonych produktów jako przynależących do tej lub innej kategorii normatywnej¹⁶. Rozbieżności w tym zakresie są oczywiście z punktu widzenia celów Wspólnoty zjawiskiem niepożądanym, niemniej należy traktować je jako nieuniknione w sytuacji niepełnej harmonizacji prawa na poziomie Wspólnoty i uznać prawo państw członkowskich do podejmowania decyzji o sposobie zaszeregowania produktu w zakresie

czonych sprawach C-211/03, C-299/03, C-316/03, C-317/03, C 318/03 *HLH Warenvertriebs/Orthica*, Zb. Orz. 2005, s. I-5141, pkt 30 i 51.

¹⁴ Por. *Monteil/Samanni*, pkt 24.

¹⁵ Komisja Europejska, *Guidance document on the demarcation between the Cosmetic Products Directive 76/768 and the Medicinal Products Directive 2001/83 as agreed between the Commission services and the competent authorities of Member States*, s. 6, pkt 27.

¹⁶ Por. *Van Bennekom*, pkt 28; *Delattre*, pkt 27; *Komisja v. Niemcy*, pkt 15 i 16; C-201/96 *LTM/FIRS*, Zb. Orz. 1997, s. I-6147, pkt 24; C-270/96 *Sarget/FIRS*, Zb. Orz. 1998, s. I-1121, pkt 23.

przysługującego im szerokiego marginesu decyzyjnego¹⁷. Wynika stąd również *de facto* ograniczenie dla chcących się powoływać na zakwalifikowanie w określony sposób danego produktu przez powołane do tego organy w jednym państwie członkowskim w celu uzasadnienia zakwalifikowania w taki sam sposób na gruncie systemu prawnego w innym państwie członkowskim.

IV. POJĘCIE „KOSMETYK” – UWAGI OGÓLNE

1. Słowo „kosmetyk”

Słowo „kosmetyk” (z reguły występujące w mowie potocznej w liczbie mnogiej: „kosmetyki”) wywodzi się z greckiego słowa *ko-smē-tlkōs* (*Koosmētikos*) znaczącego tyle co „biegły w zdobieniu, upiększaniu”. Stanowi ono pochodną czasownika *ko-sméo* określającego czynność przywracania porządku, równowagi, harmonii (używa go np. Homer na określenie musztry wojskowej), obok tego również upiększania, zdobienia, omamentyzacji. Wykazuje słowo kosmetyk również bliski związek słowotwórczy ze słowem *kó-smos* (*Kosmos*) oznaczającym zorganizowaną i niepodzielną całość (będącą przeciwieństwem chaosu – stanu nieporządku i mroku), od którego z kolei wywodzi się, spopularyzowane przez A. von Humboldta jako tytuł jego fundamentalnego dzieła¹⁸ i spotykane obecnie w wielu językach europejskich słowo „kosmos”. Także słowa języka polskiego „myć” i „mydło” są spokrewnione z łacińskim *mundus* oznaczającym zarówno „umyty, wyczyszczony”, jak i „świat, całość”¹⁹. O ile na potrzeby rozważań prawnych ten „kosmiczny” kontekst znaczeniowy słowa kosmetyk można uznać za lingwistyczną i antropologiczną ciekawostkę, drugie z przypisywanych mu znaczeń niesie ze sobą istotną wskazówkę co do charakteru produktów, które zwykło się określać mianem kosmetyków²⁰. Kosmetykami są zatem produkty

¹⁷ Przegląd tych odrębności zob. Council of Europe Committee of Experts on Cosmetic Products: *Cosmetic products – Borderline situations/Produits cosmétiques – Les situations frontières*, Strasbourg 2001.

¹⁸ A. von Humboldt, *Kosmos – Entwurf einer physischen Weltbeschreibung*, t. I–V, 1845–1862.

¹⁹ Por. A.P. Kowalski, *Archeologia ciała*, w: W.J. Burszta (red.), *Ekran – mit – rzeczywistość*, Warszawa 2003, s. 58–59.

²⁰ Jeszcze w okresie międzywojennym kosmetyki zaliczane były powszechnie, wraz z produktami szeroko pojętej chemii gospodarczej, środkami biobójczymi („trucznymi” wedle ówczesnej terminologii) czy lekami dostępnymi bez recepty, do kategorii „artykułów drogerijnych” (od słowa *dróg* mającego dość niejasną etymologię – zob. Z. Hunter, *Z dziejów handlu drogerijnego*, Warszawa 1972, s. 22–24). Funkcjonowały w owym czasie (również na gruncie języka prawnego) pojęcia „handlu drogerijnego”, „sklepu zielarsko-drogerijnego”, „drogerii” (wymienne z określeniem „skład materiałów aptecznych”), zawodu „drogisty” (czy „drogerzysty”) itp., istniały prężnie działające organizacje drogistowskie (zob. Z. Hunter, *Z dziejów handlu...*, op. cit., s. 81 i n.). W okresie powojennym profesja drogisty zaczęła zanikać – prawdopodobnie z uwagi na wciąż rosnącą dominację przemysłowych metod produkcji kosmetyków, farb, środków biobójczych vel trucizn, środków opatrunkowych itp., co powodowało, że rola drogisty ograniczyła się wyłącznie do roli pośrednika w sprzedaży gotowych produktów, nie natomiast wytwórcy sprzedawanych produktów, od którego oczekiwać należało wiedzy fachowej, odbytej praktyki, przestrzegania szczególnych zasad odpowiedzialności czy innych cech niegdyś decydujących o odrębności tego zawodu. W ślad za tym pojęcie „drogerijny” i jemu

służące dokonywanym zasadniczo na powierzchni ciała zabiegom zdobienia, upiększania mającym zapewnić, że ciało czy też jego poszczególne części będą korzystnie postrzegane przez inne osoby. Nie bez znaczenia jest tu również satysfakcja samego użytkownika kosmetyku z własnej prezencji i zapewniająca mu tym lepsze samopoczucie świadomość, że jego dbałość o własne ciało jest doceniana przez jego otoczenie. Zapewnienie ciała korzystnego wyglądu czy zapachu nie jest jednak jedynie celem samym w sobie, w ten sposób bowiem użytkownik kosmetyku dąży do podkreślenia, a niejednokrotnie upozorowania pewnych cech swojego ciała, takich jak zdrowie, młodość, siła, zdolność prokreacji, których posiadanie decyduje o jego statusie społecznym i sposobie, w jaki jednostka postrzega siebie samą. Zasadniczo nie jest natomiast celem kosmetyku wywieranie na ciało wpływu, który miałby **faktycznie** zapewnić jego użytkownikowi dający się wyrazić w liczbach efekt poprawy zdrowia, przyływu sił, czy seksualnego wigoru. Produkty, które wywierają na ciało taki właśnie wpływ, zaliczane są (powinny być) do produktów leczniczych – takich, których zasadniczym celem jest modyfikacja funkcji ciała, a ściślej oddziaływanie na zachodzące w ciele procesy fizjologiczne. Poprawa funkcjonowania ciała może ewentualnie znaleźć odzwierciedlenie w polepszeniu jego wyglądu, tym samym „ubocznym” skutkiem zastosowania produktu leczniczego może być efekt kosmetyczny. Kosmetyk – wręcz przeciwnie – jest odpowiedzią na zawodność podejmowanych w stosunku do ciała leczniczych zabiegów, odpowiedzią na nieuchronność wystąpienia i nieodwracalność pewnych zdeterminowanych biologicznie procesów, takich jak starzenie się i utrata atrakcyjności fizycznej, w pewnych przypadkach może jednak być również pomocniczo stosowany w procesie terapeutycznym, np. dla maskowania zmian chorobowych, czy też stanowić instrument „aromaterapii” będącej metodą oddziaływania na ludzką *psyche*, poprzez poprawę samopoczucia osoby chorej, mogącą przynosić wymierny efekt terapeutyczny.

Dla porządku dodajmy, że ustawa o kosmetykach nie znajduje zastosowania do (popularnie zwanych w ten sposób) „kosmetyków” przeznaczonych do pielęgnacji zwierząt (szampony dla psów itp.) ani też roślin (nabłyszczacze do liści), nie mówiąc już o „kosmetykach” samochodowych czy „kosmetykach” przeznaczonych do pielęgnacji płyt nagrobkowych. Nie są również kosmetykami w rozumieniu komentowanej ustawy produkty przeznaczone w szczególności do balsamowania ciał osób zmarłych, w tym przeznaczone do zewnętrznego stosowania w celu zmiany wyglądu zmarłego. Literalnie rzecz biorąc, produkty takie mieszczą się w zakresie definicji z art. 2 ust. 2 u. o k., trudno jednak uznać, aby istniały podstawy do stosowania przepisów ustawy w sytuacji, gdy osoba, na której ciało nakładany jest kosmetyk, nie żyje – jest to bowiem niewątpliwie przypadek, gdy stosowanie ustawy nie jest „niezbęd[n]e” dla zapewnienia bezpieczeństwa zdrowia ludzi” w rozumieniu art. 1 ust. 1 u. o k. Zagadnieniu bezpieczeństwa produktów tego rodzaju (przy odmiennie zdefiniowanym obszarze ryzyk, jakie miałyby

pokrewne zniknęły z języka prawnego, a do dziś przetrwały praktycznie wyłącznie jako źródłosłów nazwy sklepu: drogeria, będącego miejscem, w którym prowadzona jest sprzedaż głównie produktów kosmetycznych.

wiązać się z ich używaniem) poświęcono przepisy odrębnych ustaw, w szczególności ustawy o substancjach i preparatach chemicznych (u.s.p.ch.)²¹.

2. Kosmetyk jako „substancja” lub „preparat”

Kosmetykiem w rozumieniu ustawy o kosmetykach jest „substancja” lub „preparat” (art. 2 ust. 1 u. o k.)²². Żadne z tych pojęć nie zostało w ustawie zdefiniowane, w świetle natomiast definicji formułowanych w innych ustawach (art. 2 ust. 1 pkt 1 i 2 u.s.p.ch., art. 2 pkt 16 i 18 u.ochr.rośl.²³) za „substancje” należy uznać, najogólniej rzecz ujmując, pierwiastki chemiczne i ich związki, za „preparaty” natomiast – mieszaniny lub roztwory składające się co najmniej z dwóch substancji. Ten czytelny podział ulega zaburzeniu na gruncie art. 3 pkt 3 u. o k., gdzie mowa jest o substancjach, preparatach chemicznych lub „ich” (substancji?, preparatów?) mieszaninach. Z kolei „kompozycje zapachowe” i „kompozycje aromatyczne” mogą, w świetle odpowiednio art. 3 pkt 7 i pkt 8 u. o k., składać się – przynajmniej w teorii – także z pojedynczej substancji; trafniej byłoby w związku z tym mówić o „składnikach zapachowych” i „składnikach aromatycznych” kosmetyku, rozumiejąc przez to pojęcie zarówno substancje, jak i preparaty o wymienionych szczególnych właściwościach²⁴. Nieścisłość ta zdaje się jednak nie rodzić w procesie stosowania ustawy większych konsekwencji praktycznych.

Kosmetykami nie są produkty przeznaczone do zdobienia ciała, niestanowiące same w sobie substancji lub preparatu, w tym m.in. peruki²⁵, pióra, sztuczne rzęsy, tipsy itp. Zmywalny tatuaż mający postać obrazka, który po zwilżeniu jest przenoszony z pergaminu, na którym go umieszczono, na skórę, powinien zostać zaklasyfikowany jako preparat w rozumieniu ustawy, a w dalszej kolejności jako kosmetyk. Jeżeli natomiast tatuaż taki miałby postać przedmiotu użytku (np. naklejane na skórę sztuczne piegi), za kosmetyk uważany być nie powinien²⁶. Za kosmetyk uznany powinien zostać jednak żel do włosów z brokatem, a zatem produkt składający się z masy kosmetycznej z zatopionymi w niej opalizującymi drobinami ze sztucznego tworzywa służącymi do ozdoby włosów, skóry twarzy, rąk itp. O ile można mieć wątpliwości, czy za produkt kosmetyczny uznany zostać powinien sam brokat (drobiny brokatu naklejane są na skórze podobnie jak – z zachowaniem wszelkich proporcji – tipsy są naklejane na paznokcie), o tyle

²¹ Ustawa z dnia 11 stycznia 2001 r. o substancjach i preparatach chemicznych (Dz.U. Nr 11, poz. 84 z późn. zm.).

²² W definicji kosmetyku w jej pierwotnej wersji mowa była jedynie o „substancji”, wzmianka o preparacie dodana została natomiast na mocy ustawy z dnia 30 października 2003 r. o zmianie ustawy o kosmetykach (Dz.U. Nr 208, poz. 2019).

²³ Ustawa z dnia 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin (Dz.U. z 2004 r. Nr 11, poz. 94 z późn. zm.).

²⁴ Z natury rzeczy kompozycja zapachowa ma skład złożony – składają się na nią substancje zapachowe, tj. substancje mające jednoznaczny, ściśle określony zapach, jak również substancje stabilizujące i utrwalające zapach w łącznej liczbie wahającej się od kilku-kilkunastu do nawet ok. 300.

²⁵ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 3–4, pkt 12–14.

²⁶ Ibidem, s. 10, pkt 49–50.

wątpliwości takich brak w przypadku samego żelu, który pomijając inne jego ściśle kosmetyczne funkcje (z których zasadniczą wydaje się być funkcja falująca lub prostująca włosy), służy w tym przypadku także do rozprowadzenia brokatu po włosach i jego związaniu z włosami (wykorzystane zostają w tym celu pewne skromne właściwości klejące żelu). Skoro więc żel przeznaczony jest do zewnętrznego stosowania na ciało człowieka i pełni to jako zasadnicze funkcje kosmetyczne, powinien zostać zakwalifikowany jako kosmetyk, nawet wzięwszy pod uwagę, że pełni on również drugorzędne funkcje niemające charakteru kosmetycznego w ścisłym, normatywnym znaczeniu.

Waciki, chusteczki, tzw. patyczki higieniczne itp. przeznaczone do nanoszenia na ciało kosmetyku, np. pudru, cieniu do powiek, albo do jego usuwania (np. dokonywania demakijażu), a zatem w istotny sposób pomocne w czynnościach polegających na zmianie wyglądu ciała czy jego oczyszczaniu, same nie są kosmetykami, jako niebędące substancją lub preparatem²⁷, co nie zmienia faktu, że używane przy ich wykorzystaniu substancje lub preparaty, np. tonik do demakijażu czy zmywacz lakieru do paznokci, są produktami kosmetycznymi²⁸. Analogicznie tkaniny, chusteczki, waciki itp. nasączone substancjami, które mają być uwalniane w procesie używania produktu, nadając ciału przyjemny zapach (np. tzw. chusteczki odświeżające), same w sobie kosmetykami nie są, jednak zawarte w nich substancje zapachowe powinny być uważane za kosmetyki. Podkreślić należy jednak, że takie zaszeregowanie wspomnianych substancji zapachowych opiera się na stwierdzeniu, że są one produktami w swojej istocie przeznaczonymi do zetknięcia się z ciałem człowieka i dopiero w zetknięciu z nim są w stanie prawidłowo pełnić przypisane im funkcje²⁹. Nie są zatem kosmetykami substancje zawarte w płynie do płukania tkanin, które nadają ubraniom (a tym samym pośrednio osobie, która je nosi) przyjemny zapach, jako zasadniczo nie przeznaczone do kontaktu z ciałem człowieka³⁰.

3. „Kosmetyk” a „produkt kosmetyczny”

Przedmiotem ustawy o kosmetykach jest zasadniczo zagadnienie wytwarzania i wprowadzania do obrotu „kosmetyków”, przy czym przez to pojęcie należy rozumieć substancje lub preparaty o wskazanym w art. 2 ust. 1 u. o k. przeznaczeniu, mające postać płynu, kremu, zawiesiny itp. W ustawie mowa jest jednak również w wielu przepisach o „opakowaniu kosmetyku” i „oznakowaniu” tego opakowania, a trudno się nie zgodzić, że opakowanie kosmetyku i oznakowanie tego opakowania (czy prościej: oznakowanie kosmetyku) nie są samym kosmetykiem w podanym wyżej ścisłym, ustawowym rozumieniu tego słowa. Opakowanie zawierające kosmetyk, wraz ze swoim oznakowaniem, sposobem prezentacji kosmetyku (na stoisku, w reklamie) i w ogóle całością właściwo-

²⁷ Ibidem, s. 4, pkt 16.

²⁸ Ibidem, s. 11, pkt 60–61.

²⁹ Ibidem, s. 4–5, pkt 18–19, 23.

³⁰ Zob. szerzej pkt VI.4. niniejszej pracy.

ści nadanych kosmetykowi oraz działań towarzyszących jego sprzedaży, tworzy natomiast „produkt kosmetyczny”, przy czym przez to pojęcie należy rozumieć formułę obecności kosmetyku w obrocie rynkowym³¹. Kosmetyk nie jest więc na gruncie ustawy o kosmetykach przedmiotem regulacji sam w sobie, ale jako produkt kosmetyczny: działania regulacyjne podejmowane są tu w związku z obecnością kosmetyku jako produktu w obrocie i prawdopodobieństwem podjęcia korzystania z tego produktu przez ludzi, których zdrowie miałoby zostać wystawione na niebezpieczeństwo. Nie zmienia tego fakt, że pewne wymogi ustawowe (np. te wynikające z art. 5 u. o k. dotyczące substancji i preparatów niedozwolonych lub warunkowo dozwolonych do stosowania w kosmetykach) odnoszą się w szczególności do samej masy kosmetycznej stanowiącej podstawę produktu kosmetycznego. Uzasadnione jest w tej sytuacji traktowanie pojęć „kosmetyk” i „produkt kosmetyczny” jako synonimów, o ile z kontekstu, w jakim pojęcie „kosmetyk” zostaje w ustawie użyte, nie wynika wyraźnie, że pojęciu temu należy nadawać ściśle, wspomniane wyżej znaczenie.

V. „KOSMETYK” A „PRODUKT LECZNICZY”

1. Uwagi wstępne

W definicji pojęcia kosmetyk z art. 1 ust. 1 dyrektywy 76/768, a w ślad za nim art. 2 ust. 1 u. o k. uwagę zwrócono na dwie cechy (a ściślej różne cechy podzielone na dwie grupy), które produkt powinien łącznie wykazywać, aby mógł zostać uznany za mający charakter produktu kosmetycznego, są to: przeznaczenie produktu do zewnętrznego kontaktu z ciałem człowieka (w szczególności jego kontaktu z wymienionymi w przepisach częściami ciała) oraz pełnienie przez kosmetyk którejś z wymienionych w przepisie funkcji³². Obie grupy cech łącznie charakteryzujących kosmetyk dla celów regulacyjnych zostaną poniżej kolejno omówione, przy czym tłem porównawczym dla tej analizy będą przesłan-

³¹ W myśl klasycznej koncepcji wzbogaconego produktu (*augmented product*) autorstwa T. Levitta (zob. T. Levitt, *Marketing success through differentiation of anything*, „Harvard Business Review” 1980, z. 58, nr 1, s. 83–91) w strukturze produktu można wyróżnić trzy poziomy: 1) rdzeń produktu – podstawową właściwość produktu, dla której jest on kupowany, 2) produkt rzeczywisty – właściwości dodatkowe produktu, których oczekują nabywcy decydujący się kupić określony produkt; składa się na nie pięć elementów: określony poziom jakości produktu, jego cechy, stylistyka, marka i opakowanie, oraz 3) produkt poszerzony – dodatkowe korzyści związane z produktem, które wyraźnie odróżniają ten produkt od oferty konkurencji, w tym perspektywa zmian, jakim może ulegać produkt w przyszłości. Substancja kosmetyczna w sensie mieszaniny związków chemicznych stanowi w tym ujęciu jedynie rdzeń produktu i przede wszystkim w tym właśnie znaczeniu dotyczy produktu ustawa o kosmetykach. W sytuacji natomiast gdy w ustawie mowa jest o opakowaniu kosmetyku, oznakowaniu tego opakowania itp., mamy do czynienia z rozszerzeniem znaczenia pojęcia „kosmetyku” na drugi poziom produktu wedle wspomnianej koncepcji i właściwie wówczas uprawnione jest stwierdzenie, że ustawa o kosmetykach dotyczy produktu kosmetycznego, nie zaś samej substancji kosmetyku w oderwaniu od zagadnienia formuły obecności tej substancji w obrocie rynkowym.

³² Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 6, pkt 28; Komisja Europejska, *Guidance document on the demarcation...*, s. 2, pkt 6.

ki uznania produktu za produkt leczniczy w rozumieniu art. 2 pkt 32 p.farm.³³ stanowiącego z kolei pochodną art. 1 ust. 2 dyrektywy 2001/83/4. Posunięcie to o tyle zasadne, że jak wynika z pkt 5 preambuły dyrektywy 76/768, w całym obszarze zagadnień związanych z wyznaczaniem zakresu znaczeniowego pojęcia „kosmetyk” wskazanie różnic dzielących kosmetyki oraz produkty lecznicze i wyroby medyczne pozostaje kwestią szczególnie istotną. W tym celu w definicji produktu kosmetycznego uwzględnione zostało zarówno zagadnienie sposobu korzystania z kosmetyków, jak i zagadnienie efektów, jakie miałyby zostać osiągnięte w wyniku takiego korzystania. Istnieją bowiem produkty, których cechy pozwalają uznać je za kosmetyki, niemniej ich przeznaczeniem jest wyłącznie prewencja zdrowotna. Z drugiej zaś strony pewne produkty mogą być z uwagi na pełnione funkcje zaliczone do kosmetyków, nie dotyczy to jednakże produktów zawierających substancje lub preparaty przeznaczone do spożywania, wdychania, wstrzykiwania lub wszczepiania do ciała ludzkiego. W ocenie produktu, czy ma charakter kosmetyczny czy leczniczy, należy wziąć pod uwagę wszelkie jego właściwości, w szczególności takie jak zdolność przyswajania przez organizm, stężenie substancji w produkcie, sposób wprowadzania produktu do organizmu, częstotliwość stosowania, miejsce stosowania, głębokość wnikania produktu w organizm³⁵.

2. Pojęcie „produkt leczniczy”

Zgodnie z art. 2 pkt 32 p.farm. produktem leczniczym jest „substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne”. W momencie powstania i w pierwotnej wersji definicja z art. 2 pkt 32 p.farm. stanowiła pochodną definicji „produktu leczniczego” sformułowanej w art. 1 ust. 2 ówczesnie obowiązującej we Wspólnocie dyrektywy 65/65/30 oraz definicji „weterynaryjnego produktu leczniczego” z art. 1 ust. 2 ówczesnie obowiązującej we Wspólnocie dyrektywy 81/85/1³⁷ (która to zresztą definicja w kwestii sposobu definiowania pojęcia „produkt leczniczy” odwoływała się do formuły art. 1 ust. 2 dyrektywy 65/65). Ich nieomal dosłownym powtórze-

³³ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 53, poz. 533 z późn. zm.).

³⁴ Dyrektywa 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.Urz. UE L 136 z 30 kwietnia 2004 r., s. 34; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 34, s. 262 z późn. zm.).

³⁵ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 13, pkt 75.

³⁶ Dyrektywa Rady 65/65/EWG z dnia 26 stycznia 1965 r. w sprawie zbliżenia przepisów prawnych i administracyjnych dotyczących produktów leczniczych (Dz.Urz. WE L 22 z 9 lutego 1965 r., s. 369/65).

³⁷ Dyrektywa Rady 81/851/EWG z dnia 28 września 1981 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do weterynaryjnych produktów leczniczych (Dz.Urz. WE L 317 z 6 listopada 1981 r., s. 1 z późn. zm.).

niem stały się definicje „produktu leczniczego” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2001/83 oraz „weterynaryjnego produktu leczniczego” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2001/8238 w ich pierwotnym brzmieniu (ta ostatnia, podobnie jak jej poprzedniczka, zaopatrzona w odesłanie do definicji „produktu leczniczego”, tj. produktu przeznaczonego do stosowania przez ludzi). Na mocy noweli do dyrektywy 2001/83 z marca 2004 r.³⁹ omawiane definicje uległy zmianom mającym na celu uwzględnienie w ich ramach ustaleń poczynionych w międzyczasie na tle zagadnienia interpretacji pojęcia „produktu leczniczego” w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS). Przedmiotem rozważań orzeczniczych było w głównej mierze zagadnienie prawnej delimitacji kategorii „produktu leczniczego” oraz kategorii innych produktów (w tym produktów, których wytwarzanie i obrót stanowiło przedmiot odrębnych uregulowań wspólnotowych, jak żywność czy kosmetyki), w sytuacji gdy status produktów tego rodzaju przypisywany mógł być substancjom lub preparatom o niepotwierdzonych właściwościach leczniczych, niemającym w ogóle właściwości leczniczych lub wręcz takim, których spożycie mogłoby być groźne dla życia i zdrowia użytkownika.

W stanowisku sformułowanym w sprawie *Van Bennekom*⁴⁰ kluczowej dla zagadnienia definiowania pojęcia „produktu leczniczego”, potwierdzonym w szeregu późniejszych orzeczeń⁴¹, ETS uznał, że w świetle art. 1 ust. 2 wówczas obowiązującej dyrektywy 65/65 produktem leczniczym jest produkt odpowiadający co najmniej jednej z dwóch sformułowanych w tym przepisie definicji. Zgodnie z definicją zawartą w pierwszym akapicie przepisu produktem leczniczym jest „jakakolwiek substancja lub połączenie substancji przeznaczone do leczenia lub zapobiegania chorobom u ludzi lub zwierząt” (produkt jest w tym przypadku definiowany przez pryzmat sposobu jego prezentacji, można zatem tę definicję określić jako „wizerunkową”), zgodnie natomiast z drugą definicją zawartą w akapicie drugim przepisu produktem leczniczym jest „jakakolwiek substancja lub połączenie substancji, które mogą być podawane ludziom lub zwierzętom w celu stawiania diagnozy leczniczej lub przywracania, korygowania lub modyfikacji funkcji fizjologicznych u ludzi lub zwierząt” (definicję tę określić można jako „funkcjonalną”)⁴². ETS nie omieszczał przy tym podkreślić, że każda z de-

³⁸ Dyrektywa 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych (Dz.Urz. L 311 z 28 listopada 2001 r., s. 1 z późn. zm.).

³⁹ Dyrektywa 2004/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. zmieniająca dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.Urz. L 136 z 30 kwietnia 2004 r., s. 58).

⁴⁰ *Van Bennekom*, pkt 16–20.

⁴¹ *Upjohn*, pkt 15; *Delattre*, pkt 15; *Monteil/Samanni*, pkt 11; C-219/91 *Ter Voort*, Zb. Orz. 1992, s. I-05485, pkt 10.

⁴² W polskim przekładzie urzędowym mowa jest o produktach, które są „przeznaczone do leczenia lub zapobiegania”, co nie w pełni oddaje istotę zagadnienia (przeznaczenie produktu może być odebrane od sposobu jego prezentacji). W wersji angielskiej tekstu akcent spoczywa wyraźnie na sposobie prezentacji produktu (ang. *presented for treating or preventing diseases*), jeszcze lepiej widoczne jest to w wersji francuskiej (fr. *présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies*).

inicji powinna być interpretowana możliwie szeroko z uwzględnieniem faktu, że korzystanie z produktów leczniczych wiąże się ze znacznym ryzykiem dla zdrowia osoby korzystającej, czego odzwierciedleniem jest znaczne zaostreżenie formułowanych na gruncie prawa unijnego zasad obrotu produktami leczniczymi, w szczególności uzależnienie wprowadzenia produktu do obrotu od wymogu uzyskania zezwolenia wydanego przez odpowiedni organ⁴³. Brak jest również, co do zasady, przeszkód, aby produkt niestanowiący produktu leczniczego w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 2001/83 (np. produkt kosmetyczny) został na gruncie prawa krajowego zakwalifikowany jako produkt leczniczy ze wszystkimi tego konsekwencjami w zakresie wymogów regulacyjnych ciążyących na podmiocie odpowiedzialnym wprowadzającym taki produkt do obrotu na terytorium danego państwa członkowskiego⁴⁴.

W kontekście „wizerunkowej” definicji produktu leczniczego podkreślono, że za takowy powinien być uważany nie tylko produkt mający rzeczywiście właściwości terapeutyczne lub lecznicze, ale również produkt, który wykazuje w tym zakresie niedostateczne właściwości, czy wręcz w ogóle nie ma właściwości, które są mu przypisywane⁴⁵. Istotny jest bowiem w tym przypadku fakt, że działając w zaufaniu do zaprezentowanego wizerunku produktu, przeciętny dobrze poinformowany konsument mógłby dojść do wniosku, że ma do czynienia z produktem leczniczym⁴⁶, celem dyrektywy jest zatem nie tylko uchronienie konsumentów przed produktami, które mogłyby im wyrządzić szkodę, ale również przed produktami, które mienia się produktami leczniczymi, choć w rzeczywistości nimi nie są, i miałyby być używane zamiast produktów leczniczych przewidzianych do użycia w konkretnym przypadku. Z uwagi na tę właśnie ochronną funkcję pojęcie „przeznaczanie” produktu dla celów leczniczych powinno być interpretowane możliwie szeroko⁴⁷. Należy przez nie rozumieć nie tylko niebudzące wątpliwości co do swojego charakteru „wskazywanie” na produkt jako leczniczy, czy jego „zalecanie” do stosowania jako produkt leczniczy przy posłużeniu się etykietami, ulotkami czy wypowiedziami ustnymi, ale również każdy przypadek działań, które przeciętny, dobrze poinformowany konsument może odebrać jako zapewnienie czy sugestię, że produkt wywrze na niego obiecany dobroczynny wpływ⁴⁸. W szczególności fakt, że produktowi nadana została przez jego producenta lub sprzedawcę postać tabletek, pigułek czy kapsułek, stanowi silną przesłankę do uznania, że produkt ma być udostępniany w obrocie rynkowym jako produkt leczniczy, niemniej przesłanki tej nie należy traktować na potrzeby kwalifikacji produktów jako jedynej czy też podstawowej, w sytuacji gdy pewne produkty żywnościowe tradycyjnie już mające postać zbliżoną do produktów leczni-

⁴³ *Upjohn*, pkt 16 i 21; C-35/85 *Tissier*, Zb. Orz. 1986, s. 1207, pkt 26.

⁴⁴ Por. *Tissier*, pkt 26; *Ter Voort*, pkt 41–42.

⁴⁵ *Van Bennekom*, pkt 17; *Upjohn*, pkt 16; *Ter Voort*, pkt 18; *Monteil/Samanni*, pkt 22; *Komisja v. Niemcy*, pkt 9.

⁴⁶ *Van Bennekom*, pkt 18; por. też Komisja Europejska, *Guidance document on the demarcation...*, s. 3, pkt 10; s. 5, pkt 22.

⁴⁷ *Van Bennekom*, pkt 17.

⁴⁸ *Van Bennekom*, pkt 18.

czych miałyby zostać do nich zaliczone na tej właśnie podstawie⁴⁹. W kontekście definicji „funkcjonalnej” produktu leczniczego stwierdzono natomiast, że pojęcie „przywracania, korygowania lub modyfikacji funkcji fizjologicznych” powinno być interpretowane na tyle szeroko, aby objąć swoim zakresem wszelkie substancje mogące wywierać wpływ na procesy zachodzące w organizmie⁵⁰, a jako przykład substancji, które nie spełniają tego warunku, wskazano pewne produkty kosmetyczne⁵¹. To, czy produkt jest rzeczywiście zdolny wywierać wpływ na zachodzące w organizmie procesy, powinno być przedmiotem oceny dokonywanej z uwzględnieniem całokształtu okoliczności danego przypadku, z wzięciem pod uwagę w szczególności farmakologicznych właściwości produktu, znajdujących potwierdzenie w badaniach prowadzonych w aktualnym stanie zaawansowania wiedzy naukowej, oraz sposobu używania produktu, zasięgu jego dystrybucji, stopnia rozpoznawalności produktu wśród konsumentów oraz rodzajów ryzyka związanych z użyciem produktu⁵². Właściwe organy państwa członkowskiego powinny przy tym uwzględniać rozstrzygnięcia dotyczące charakteru produktu powzięte na forach międzynarodowych, a za decydujące uznawać ustalenia komitetów naukowych działających pod egidą Wspólnoty⁵³.

Na podstawie wspomnianego orzecznictwa zmodyfikowano definicję produktu leczniczego z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2001/83 w celu wyodrębnienia przesłanek do uznania produktu za leczniczy, takich jak sposób jego prezentacji w obrocie albo faktycznie wykazywane przez produkt lecznicze właściwości. Ustalenia te znalazły odbicie również w zmianie formuły art. 2 pkt 32 p.farm., gdzie wzmianka o produkcie leczniczym jako „substancji lub mieszaninie substancji, przeznaczonej do zapobiegania lub leczenia chorób” zastąpiona została na mocy noweli z marca 2007 r.⁵⁴ wzmianką o nim jako o „substancji lub mieszaninie substancji, przedstawianej jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób”. Rekapitulację ustaleń powziętych w orzecznictwie ETS co do priorytetowego charakteru reżimu prawa farmaceutycznego w przypadku tzw. produktów z pogranicza stanowi art. 2 ust. 2 dyrektywy 2001/83 i stanowiący jego pochodną art. 3a p.farm., zgodnie z którym do produktu spełniającego jednocześnie kryteria produktu leczniczego oraz określone odrębnymi przepisami kryteria innego rodzaju produktu, w szczególności suplementu diety lub kosmetyku, stosuje się przepisy ustawy – Prawo farmaceutyczne. Przepis ustawy został dość niezręcznie sformułowany – w świetle powyższych ustaleń należy podkreślić, że możliwość zaistnienia przypadku podwójnej czy wielokrotnej kwalifikacji produktu dla potrzeb regulacyjnych ma charakter pozorny, a produkt spełniający przesłanki z art. 2 pkt 32 p.farm. jest produktem leczniczym bez względu na istniejącą

⁴⁹ *Van Bennekom*, pkt 19.

⁵⁰ *Upjohn*, pkt 21.

⁵¹ *Upjohn*, pkt 22.

⁵² *Upjohn*, pkt 23; *Monteil/Samanni*, pkt 30.

⁵³ *Delattre*, pkt 32.

⁵⁴ Ustawa z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 75, poz. 492).

możliwość jego alternatywnej kwalifikacji np. jako kosmetyku czy suplementu diety. Zagadnienie pozbawione jest zresztą większego znaczenia praktycznego w sytuacji, gdy zakres reglamentacji swobody działalności gospodarczej wynikający z ustawy – Prawo farmaceutyczne (jeśli produkt zidentyfikowany zostanie jako leczniczy) będzie z reguły wyczerpywał zakres reglamentacji wynikający z innych ustaw produktowych formułujących w tym zakresie łagodniejsze (w przypadku kosmetyków – znacznie łagodniejsze) wymogi⁵⁵.

3. „Kosmetyk” w świetle ustawowej definicji

3.1. Miejsce stosowania kosmetyku

Dana substancja lub preparat jest kosmetykiem, o ile ma przeznaczenie do zewnętrznego kontaktu ze wskazanymi w przepisie częściami ciała człowieka: skórą, włosami, wargami, paznokciami, zewnętrznymi narządami płciowymi, zębami i błonami śluzowymi jamy ustnej. Ze wzmianki o przeznaczeniu kosmetyku do „zewnętrznego kontaktu” z ludzkim ciałem, jak i z zamieszczonego w przepisie wyliczenia (które w świetle definicji z art. 1 ust. 1 dyrektywy 76/768 powinno być traktowane jako przykładowe) wynika, że kosmetyki są przeznaczone do, najogólniej rzecz ujmując, stosowania na odsłonięte części ciała (a więc nie podskórnice), a substancje w nich zawarte mogą być (jeśli w ogóle) asymilowane przez ciało w drodze absorpcji podskórnej, jedynie w jego powierzchniowym zetknięciu się z kosmetykiem. Jak wskazano w pkt 5 preambuły dyrektywy 76/768, do produktów kosmetycznych nie powinny być zaliczane produkty zawierające substancje lub preparaty przeznaczone do spożywania, wdychania, wstrzykiwania lub wszczepiania do ciała ludzkiego. Stosownie do odrębnych przepisów produkty takie z reguły będą kwalifikowane jako produkty lecznicze lub żywność.

Pochwa kobieca nie jest odsłoniętą częścią ciała, stąd przeznaczone do jej pielęgnacji środki higieny intymnej nie stanowią kosmetyków w rozumieniu ustawy⁵⁶. Podobnie rzecz ma się z produktami, których deklarowaną wyłączną lub podstawową funkcją jest dodatkowe uatrakcyjnienie stosunku seksualnego poprzez ułatwienie penetracji pochwy przez członek⁵⁷. Do odsłoniętych części ciała, na które może być stosowany kosmetyk, zaliczone zostały jednakże na

⁵⁵ Za nieporozumienie uznać należy wynikające z art. 9 ustawy z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 75, poz. 492) stwierdzenie, zgodnie z którym produkty spełniające w dniu wejścia w życie ustawy jednocześnie kryteria produktu leczniczego oraz kryteria innego rodzaju produktu określone odrębnymi przepisami, o których mowa w nowym art. 3a p.farm., mogą pozostawać w obrocie na dotychczasowych zasadach do dnia 31 grudnia 2009 r. Przepis art. 3a p.farm. nie formułuje nowej zasady, ale stanowi jedynie potwierdzenie ustalonej już dawno w licznych orzeczeniach ETS zasady interpretacji pojęcia „produkt leczniczy” – wspomniany przepis przejściowy zakłada natomiast w istocie rzeczy czasowe odstąpienie ustawodawcy polskiego od stosowania tej zasady.

⁵⁶ Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 5, pkt 25.

⁵⁷ Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 9, pkt 43. Osobno należy wskazać, że funkcja, jaką pełnią takie produkty, nie odpowiada żadnej z funkcji kosmetyku w rozumieniu jego ustawowej definicji – por. ibidem.

zasadzie wyjątku zęby oraz błony śluzowe jamy ustnej, a to z uwagi na występujące w obrocie produkty takie jak pasta do zębów, których kontakt z zębami i śluzówką jest jedynie powierzchniowy, a pozostałości produktu, po tym jak ten spełni swoją rolę, są niezwłocznie usuwane z organizmu. Nie oznacza to, że inne niż umiejscowione w jamie ustnej błony śluzowe stanowiące odsłonięte części ciała nie mogą być poddawane oddziaływaniu pewnych produktów, które mogłyby być przynajmniej z uwagi na miejsce ich stosowania traktowane jako kosmetyki⁵⁸. Fakt, że kosmetyk przeznaczony jest do zewnętrznego stosowania, nie oznacza jeszcze, że jego oddziaływanie na ciało człowieka powinno być wyłącznie powierzchniowe i ograniczać się do obszaru naskórka. W definicji pojęcia kosmetyku z art. 1 ust. 1 dyrektywy 76/768, a w ślad za nim definicji z art. 2 ust. 1 u. o k. obszar ciała ludzkiego, na jaki oddziałuje produkt, nie jest okolicznością, którą należałoby brać pod uwagę, gdy rozstrzyga się o charakterze produktu jako kosmetyku bądź też produktu leczniczego. Istotne jest natomiast, aby oddziaływanie kosmetyku na określony obszar ciała ludzkiego nie łączyło się z realizacją przezeń wymienionych w definicji funkcji. Z reguły produkty oddziałujące inaczej niż jedynie powierzchniowo będą pełniły tego rodzaju funkcje, można jednak postawić uogólniającą tezę, że za kosmetyk powinien zostać uznany nie tylko produkt, którego obszarem oddziaływania jest naskórek, ale również taki, który wywiera wpływ co najmniej na kondycję skóry właściwej⁵⁹. Zrozumiała jest w tej sytuacji sformułowana w dokumentach wspólnotowych teza o uznaniu za leczniczy produkt, którego przeznaczeniem jest przynoszenie ulgi w bólach stawów. Jakkolwiek produkt taki jest stosowany, podobnie jak niektóre kosmetyki, poprzez jego wmasowanie w skórę, oddziałuje on głęboko podskórną część ciała, które nie stanowią części odsłoniętych⁶⁰. Nie są natomiast kosmetykami produkty przeznaczone do spożywania przez ich użytkowników, jak to ma miejsce w przypadku produktów leczniczych czy żywności (inaczej mówiąc konsumowane w wąskim znaczeniu tego słowa).

3.2. Cel stosowania kosmetyku

Wyłącznym lub podstawowym celem, dla jakiego kosmetyk miałby być stosowany, jest w świetle definicji z art. 2 ust. 1 u. o k. utrzymanie ciała ludzkiego (jego odsłoniętych części) w czystości, jego pielęgnowanie, ochrona, perfumowanie, zmiana jego wyglądu lub ulepszenie jego zapachu⁶¹. Katalog funkcji, ja-

⁵⁸ Por. Komisja Europejska, *Guidance note: the „restricted fields...”, s. 3, pkt 13.*

⁵⁹ M. Audouard, M. Aulois-Griot, *Des produits cosmétiques aux produits „frontières”*. *A la recherche d'un cadre juridique*, „Bulletin de l'ordre”, décembre 2004, nr 385, s. 592.

⁶⁰ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...”, s. 8, pkt 41.* Osobno należy wskazać, że funkcja, jaką pełni taki produkt, polegająca najogólniej rzecz ujmując na przynoszeniu ulgi w dolegliwościach takich jak bóle reumatyczne, czy wywołane nadmiernym wysiłkiem, nie odpowiada żadnej z funkcji kosmetyku w rozumieniu jego ustawowej definicji – por. *ibidem*.

⁶¹ W definicji kosmetyku w jej pierwotnej wersji w miejsce wzmianki o „zmianie wyglądu ciała lub ulepszaniu jego zapachu” mowa była o „upiększaniu” ciała. Zmiana w wyśłowieniu przepisu, do jakiej doszło na mocy ustawy z dnia 30 października 2003 r. o zmianie ustawy o kosmetykach (Dz.U. Nr 208, poz. 2019), miała na celu dostosowanie ustawowej definicji do wymogów wynikających z art. 1 ust. 1

kie miałyby pełnić kosmetyk, należy uważać za zamknięty (jakkolwiek mogący podlegać dalszemu uszczegółowieniu⁶²), niemniej nie sposób nie zauważyć, że znalazły się wśród nich wszystkie podstawowe funkcje pełnione przez kosmetyki w życiu społecznym, a syntetyczny charakter definicji pozwala na jej stosunkowo szeroką interpretację⁶³. Co się tyczy kwestii mogących budzić wątpliwości: pojęcia „ulepszania zapachu ciała” nie należy utożsamiać z „perfumowaniem” występującym odrębnie w przepisie – funkcję „ulepszania zapachu ciała”⁶⁴ pełnią produkty mające na celu umożliwić użytkownikowi neutralizację zapachu, jaki wydają naturalne wydzieliny ciała ludzkiego, a ściślej pot. W definicji z art. 1 ust. 1 dyrektywy 76/768 brak jest odpowiednika wzmianki o „pielęgnowaniu” ciała za pomocą kosmetyku, obecnej w definicji z polskiej ustawy⁶⁵. Problemów interpretacyjnych nastroczać mogą również pojęcia „ochrona” i „zmiana wyglądu ciała”, wzięwszy pod uwagę fakt, że również pewne produkty lecznicze mogą realizować funkcje, dla których oba te pojęcia będą adekwatnym określeniem⁶⁶.

dyrektywy 76/768, a jej korzystnym niewątpliwie następstwem jest rezygnacja z zawartego w przepisie odwołania do dość enigmatycznej kategorii pojęciowej, jaką jest „piękno” ciała. O ile zabiegi „upiększające”, o których mowa w definicji w jej pierwotnym brzmieniu, można utożsamiać z działaniami mającymi na celu „zmianę wyglądu ciała” i w tym aspekcie nowelizacja nie wniosła zmian w zakresie znaczeniowym definiowanego pojęcia, o tyle w pierwotnej wersji definicji brak było wzmianki o „ulepszaniu zapachu ciała”.

⁶² Pomocny w ustaleniu i opisaniu funkcji kosmetyku jest obszerny wykaz funkcji składników stosowanych w produktach kosmetycznych zawarty w sekcji 1 załącznika do decyzji Komisji 2006/257/WE z dnia 9 lutego 2006 r. zmieniającej decyzję 96/335/WE ustanawiającą wykaz i powszechne nazewnictwo składników stosowanych w produktach kosmetycznych (Dz.Urz. UE L 97, s. 1) (por. też preambuła decyzji 96/335). Należy przy tym podkreślić, że jeden składnik kosmetyku może pełnić kilka spośród wymienionych funkcji, a kosmetyk może składać się z wielu składników i z tego względu łączyć w sobie różne funkcje.

⁶³ Pojęcie „funkcja kosmetyku” jest zresztą w świetle ustawy pojęciem języka prawnego definowanym jako „określenie wskazujące na przeznaczenie lub zastosowanie kosmetyku” (art. 3 pkt 10 u. o k.). Ustalenie funkcji, jaką pełni kosmetyk, ma, po pierwsze, kluczowe znaczenie dla uznania, czy produkt jest rzeczywiście kosmetykiem, czy też powinien zostać zaliczony do innej kategorii normatywnej produktów, w szczególności do produktów leczniczych. Po drugie, z przypisaniem kosmetykowi określonej funkcji wiąże się pewne, słabo zarysowane na gruncie ustawy o kosmetykach, odrębności regulacyjne (np. obowiązek szczególnego uwzględnienia cech miejsca stosowania kosmetyku przy sporządzaniu oceny wpływu na bezpieczeństwo zdrowia ludzi kosmetyku przeznaczonego wyłącznie do higieny intymnej – art. 11 ust. 1 pkt 4 u. o k.). Po trzecie, ustalenie funkcji, jaką pełni produkt kosmetyczny, ma istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa użytkownika w procesie korzystania przez niego z produktu, wynika z niej bowiem dla użytkownika istotna wskazówka co do sposobu użycia kosmetyku. Z tego też względu funkcja kosmetyku powinna być wskazana na jego opakowaniu jednostkowym, chyba że sposób prezentacji kosmetyku nie budzi w tym względzie żadnych wątpliwości (art. 6 ust. 2 pkt 7 u. o k.). Granicą związania producenta tym obowiązkiem jest konieczność zadośćuczynienia celowi zapewnienia bezpieczeństwa zdrowia ludzi (art. 1 ust. 1 u. o k.), co oznacza, że obowiązek wskazania funkcji kosmetyku powstaje w przypadku, gdyby brak takiego oznaczenia skutkować miał obniżeniem się poziomu bezpieczeństwa produktu.

⁶⁴ Ang. *correcting body odours*, fr. *corriger les odeurs corporelles*, niem. *der Körpergeruch zu beeinflussen*.

⁶⁵ Pojęcie pielęgnowania w potocznym rozumieniu obejmuje czynności mające na celu utrzymanie wyglądu ciała (ale również np. wyglądu ogrodu, czy w przenośni – trwałości wspomnień, tradycji itp.) w dobrym stanie i zapobieganie mogącym powstać sytuacjom, w których wygląd ten mógłby ulec pogorszeniu.

⁶⁶ Wątpliwości te dały o sobie znać zresztą już na tle zagadnienia interpretacji pierworzoru ustawowej definicji – zob. Komisja Europejska, *Guidance document on the demarcation...*, s. 4, pkt 16.

Jak wynika z komentowanej definicji, pełnienie przez kosmetyk wymienionych w niej funkcji ma być jego „wyłącznym lub głównym” celem, co oznacza, że produkt pełniący, oprócz wymienionych zasadniczych funkcji, również inne uboczne może także być kwalifikowany jako produkt kosmetyczny. Z uwagi na niektóre właściwości wykazywane przez pewne kosmetyki, np. bakteriobójcze w przypadku szamponu przeciwłupieżowego, mogące mieć w stosunku do typowych właściwości kosmetyku – w tym wypadku właściwości oczyszczających – charakter równorzędny, wymóg ten nie powinien być odczytywany w sposób nadmiernie rygorystyczny⁶⁷. Podobnie rzecz ma się z właściwościami produktu leczniczego pełniącego funkcje „przywracania, poprawiania lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu”. Oczywiście jest, że ze względu na ochronę zdrowia, której służy prawo wspólnotowe, sformułowaniu temu powinno być nadawane znaczenie dostatecznie szerokie, aby zakresem pojęcia produktu leczniczego objęte zostały wszelkie substancje mogące mieć wpływ na funkcjonowanie ludzkiego ciała. Kryteria te nie powinny jednak prowadzić do zaliczenia do produktów leczniczych pewnych produktów kosmetycznych (kremy nawilżające, kremy przeciwzmarszczkowe), które jakkolwiek wywierają wpływ na funkcjonowanie ludzkiego ciała, nie mają istotniejszego wpływu na przebieg procesów metabolicznych, a zatem nie zmieniają w sposób istotny sposobu jego funkcjonowania⁶⁸. Fakt, że substancja stanowiąca składnik kosmetyku występuje również w produkcie leczniczym jako substancja czynna, sam w sobie nie stanowi argumentu, że domniemany kosmetyk jest w rzeczywistości produktem leczniczym. Jest to jednak wskazówka, że dana substancja wykazuje właściwości przywracania, poprawiania lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu, co może przesądzić o uznaniu, że produkt ma lecznicze właściwości mogące wpływać na sposób jego prawnej kwalifikacji⁶⁹.

Produkt mający przeciwdziałać pewnym wrażeniom odbieranym przez skórę, czy też podrażnieniom skóry, takim jak swędzenie czy pieczenie jak również zmęczenie, uczucie ciężkości nóg itp., może w konkretnym przypadku stanowić produkt o charakterze kosmetyku lub też produkt leczniczy⁷⁰. Warunkiem uznania takiego produktu za kosmetyk jest przyjęcie, że służy on – i tak też jest prezentowany – likwidacji nieprzyjemnych wrażeń powstających na skórze, w przypadku gdy wrażenia te nie są wynikiem stanu chorobowego organizmu, jeżeli natomiast produkt służyć miałby zwalczaniu wrażeń skórnych o podłożu

⁶⁷ Zub. też pkt VI.1. niniejszej pracy.

⁶⁸ *Upjohn*, pkt 21–22, AG van Gerven opinia do sprawy *Komisja v. Niemcy*, pkt 7 i powołane tam argumenty Komisji, por. też Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 13, pkt 72; Komisja Europejska, *Guidance document on the demarcation...*, s. 7–8, pkt 31–34.

⁶⁹ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 13, pkt 74.

⁷⁰ Warto przy tym podkreślić, że sam fakt, iż produkt stosowany jest na skórę chorą, nie stanowi wystarczającej przesłanki do stwierdzenia, że jest to produkt leczniczy. W konkretnym przypadku produkt taki może bowiem służyć nie leczniczemu oddziaływaniu na skórę, ale czysto kosmetycznemu maskowaniu zmian chorobowych – zob. D. Degroote, L. Benaiche, M.-D. Campion, *Allegations santé et définition du médicament: quelle frontière?* „Bulletin de l'Ordre”, Avril 2003, nr 378, s. 71, 73; M. Audouard, M. Aulois-Griot, *Desproduits cosmétiques...*, s. 592.

chorobowym, powinien być kwalifikowany jako produkt leczniczy⁷¹. Podobnie produkt prezentowany w obrocie jako mający działanie antyseptyczne czy antybakteryjne nie będzie stanowił produktu leczniczego, w przypadku gdy taka jego charakterystyka nie łączy się z przypisaniem produktowi właściwości zapobiegania infekcjom lub chorobom skórny, a więc właściwości leczniczych, produkt taki może natomiast zostać uznany za kosmetyk, choć niewykluczone, że zamiast tego za produkt biobójczy⁷². Podobnie rzecz ma się z solami do kąpieli, które w konkretnym przypadku mogą być prezentowane nie tylko jako usuwające uczucie zmęczenia, ale również zwalczające jego przyczyny, jak również z pewnymi produktami do pielęgnacji stóp⁷³. Produkt przeznaczony do zwalczania cellulitisu wykazujący właściwości przywracania, poprawiania lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu powinien być traktowany zasadniczo jako produkt leczniczy⁷⁴. Produkt przeznaczony do złuszczenia naskórka (*peeling*) może być natomiast uważany za produkt kosmetyczny, jeżeli wyłącznym lub podstawowym celem jego zastosowania jest utrzymanie skóry w czystości, jej pielęgnowanie, ochrona lub zmiana jej wyglądu; niewykluczone jednak, że produkt określany jako *peeling* będzie stanowił, jako głęboko oddziałujący tzw. *peeling* chemiczny, produkt leczniczy⁷⁵. Pasta do zębów, której zasadniczą funkcją jest utrzymanie zębów w czystości, powinna być co do zasady uważana za produkt kosmetyczny, także wówczas, gdy pełni drugorzędną funkcję utrzymania zdrowia zębów⁷⁶. Nie jest natomiast produktem kosmetycznym produkt prezentowany w obrocie jako przeznaczony do pielęgnacji zębów, który miałby pozostawać na powierzchni zęba, zapobiegając rozwojowi płytki nazębnej. Wprawdzie służy on do zmiany kolorystyki zębów, co odpowiada jednej z funkcji, jaką może pełnić produkt kosmetyczny w świetle jego legalnej definicji, a którą jest „zmiana wyglądu ciała”, jest to jednak skutek uboczny zasadniczej funkcji, jaką pełni ów produkt, a mianowicie zwalczania płytki nazębnej stanowiącej jednostkę chorobową. W sytuacji gdy funkcji zmiany kolorystyki zębów nie sposób uznać za wyłączną lub podstawową funkcję pełnioną przez produkt, nie może on zostać

⁷¹ Por. *Delattre*, pkt 33–35; Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 9, pkt 46/7.

⁷² Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 10, pkt 54–55.

⁷³ Komisja Europejska, *Guidance document on the demarcation...*, s. 6, pkt 24.

⁷⁴ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 13–14, pkt 77.

⁷⁵ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 11, pkt 57. W przypadku niektórych z wersji językowych dyrektywy 76/768, z tiret drugiego Aneksu I do niej wynika sformułowane wprost wykluczenie z zakresu pojęcia kosmetyku produktów służących do złuszczenia naskórka skóry twarzy. Poza tym jednak w Aneksie brak jest jakiegokolwiek innej wzmianki o produktach służących do złuszczenia naskórka jako będących kosmetykami, co w połączeniu ze wspomnianym wykluczeniem stanowić może podstawę do twierdzenia, że produkty przeznaczone do peelingu w ogóle nie powinny być zaliczane do kosmetyków. Podkreślić należy jednak, że zawarty w Aneksie wykaz ma charakter jedynie przykładowego wyliczenia najbardziej typowych kategorii kosmetyków spotykanych w obrocie, stąd produkty do złuszczenia naskórka przeznaczone do zastosowania do innych części ciała niż skóra twarzy mogą być zaliczone do kosmetyków, o ile spełniają sformułowaną w definicji kosmetyku przesłankę funkcji, jakiej produkt kosmetyczny ma służyć; por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 11, pkt 58.

⁷⁶ Por. Komisja Europejska, *Guidance document on the demarcation...*, s. 5, pkt 19.

uznany za produkt kosmetyczny⁷⁷. Brak wspólnotowej definicji pojęcia „choroby”⁷⁸, czy w ogóle powszechnie akceptowanej koncepcji granic pomiędzy stanami zdrowia i choroby⁷⁹, w połączeniu z dyrektywą nakazującą nadawać pojęciu produktu leczniczego szerokie znaczenie, będzie sprzyjał we wszystkich tych przypadkach zaliczeniu produktów do produktów leczniczych.

4. Przypadki szczególne

4.1. „Kosmeceutyki”, „dermokosmetyki”, „kosmetyki dermatologiczne” itp.

W publikacjach poświęconych kosmetykom, zarówno tych naukowych, jak i popularnych, spotkać można wariacje na temat nazwy „kosmetyki”, takie jak „kosmeceutyki”, „dermokosmetyki” czy „kosmetyki dermatologiczne”, sygnalizujące obecność produktu o charakterze kosmetyku, który miałby wykazywać jednocześnie właściwości lecznicze, czy też – patrząc z drugiej strony – produktu leczniczego oddziałującego na ciało ludzkie w sposób podobny do kosmetyku. Widoczny jest tu wpływ koncepcji dyskutowanych w piśmiennictwie amerykańskim, gdzie od ponad 20 lat trwa spór nad szczegółowymi problemami kryteriów wyodrębnienia przez U.S. Food & Drug Administration (FDA) dla potrzeb regulacyjnych kosmetyków (*cosmetics*) oraz produktów leczniczych (*drugs*)⁸⁰, które to pojęcia nie są zresztą traktowane na gruncie prawa amerykańskiego jako

⁷⁷ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 11–12, pkt 63–64. Stanowisko sformułowane w tym dokumencie wydaje się jednak sprzeczne z treścią załącznika do decyzji Komisji 2006/257/WE z dnia 9 lutego 2006 r. zmieniającej decyzję 96/335/WE ustanawiającą wykaz i powszechne nazewnictwo składników stosowanych w produktach kosmetycznych (Dz.Urz. UE L 97, s. 1), w świetle którego kosmetyk może zawierać substancję, której funkcją będzie zapobieganie powstawaniu płytki nazębnej, a tym samym kosmetyk będzie mógł pełnić funkcję wspomagania ochrony przed powstawaniem płytki nazębnej – tym samym funkcja ta traktowana miałaby być jako kosmetyczna. Nie wykluczone jednak, że za znaczące – choć niejasne w charakterze należałoby w tym przypadku uznać sformułowanie mówiące o „wspomagającej” funkcji takiego kosmetyku, co oznaczałoby, że kosmetyk nie tyle zapobiega powstawaniu płytki nazębnej, co wspomaga działanie w tym zakresie innych produktów – w domyśle produktów mających charakter produktów leczniczych.

⁷⁸ Por. D. Degroote, L. Benaiche, M.-D. Campion, *Allegations santé...*, s. 70. Autorzy wskazują na bardzo szeroki zakres stanów, które w orzecznictwie sądów francuskich uznane zostały za chorobowe, wśród nich m.in. anomalie skórne, takie jak piegi i kurczaki.

⁷⁹ Zob. <http://pl.wikipedia.org/wiki/Choroba>.

⁸⁰ Spór rozpoczął się w 1987 r., kiedy to amerykańska Food & Drug Administration (FDA) skierowała do kilkunastu wiodących producentów kosmetyków wezwania do podporządkowania wprowadzanych przez nich do obrotu produktów – kremów przeciwzmarszczkowych i kremów przeciwko starzeniu się skóry – wymogom adresowanym do producentów produktów leczniczych. Motywem działań Agencji był w tym przypadku zarzut wprowadzającego w błąd charakteru oświadczeń marketingowych towarzyszących niektórym tego rodzaju produktom; ich producenci nierzadko bowiem obiecywali potencjalnym konsumentom radykalną poprawę kondycji skóry i organizmu w ogólności, co w mniemaniu Agencji dawało podstawę do uznania wspomnianych produktów, z uwagi na sposób ich prezentacji w obrocie, za mające charakter produktów leczniczych; zob. E.G. Murphy, *Cosmeceuticals – The Regulatory Environment or the Cosmetic Wars and Other Phenomena*, „Food Drug Cosmetic Law Journal” 1989, vol. 44, s. 41–48; B.A. Liang, K.M. Hartman, *Its only skin deep: FDA regulation of skin care cosmetic claims*, „Cornell Journal of Law and Public Policy” 1998–1999, vol. 8, s. 249–280.

mające rozłączny charakter⁸¹. Ukute około 1980 r. przez amerykańskiego dermatologa A. Kligmana pojęcie „kosmeceutyk” (*cosmeceutical*) stanowi zbitkę słów *cosmetic* oraz *pharmaceutical*, mające służyć określeniu produktu stanowiącego *tertium quid* w stosunku do zarówno produktu leczniczego, jak i kosmetyku, który z uwagi na swoje szczególne właściwości miałby stać się przedmiotem odrębnie formułowanych w stosunku do niego wymogów regulacyjnych. Twórca pojęcia zwrócił uwagę na przyrodzoną kosmetykom zdolność wpływania na strukturę i sposób funkcjonowania organizmu ludzkiego, ściślej jego części, jaką jest skóra. Zdolność oddziaływania na procesy fizjologiczne, uznawana na gruncie sec. 201 ust. 1 lit. g FDCA za cechę charakterystyczną dla produktów leczniczych, sama w sobie jego zdaniem nie powinna przesądzać o zaliczeniu produktu do produktów leczniczych – zasadniczy nacisk kładziony powinien być na funkcję, jaką produkt miałby pełnić, nie natomiast na sposób, w jaki założony efekt użycia produktu miałby być osiągnięty⁸². Sofistyczny argument często powoływany w późniejszej dyskusji nad omawianym zagadnieniem zasadzał się na uwypukleniu faktu, że nawet poddanie skóry oddziaływaniu czystej pod względem fizykochemicznym i mikrobiologicznym wody wywiera wpływ na sposób jej funkcjonowania, w konsekwencji, przy założeniu ścisłej interpretacji definicji pojęcia „produktu leczniczego” także zwykła woda powinna zostać jako taki produkt zakwalifikowana⁸³. Argument ten – wykorzystywany przez proponentów wyodrębnienia kosmeceutyków jako odrębnej kategorii jurydycznej – pozwala dostrzec, że to właśnie funkcja, a nie tyle sam sposób oddziaływania danej substancji, jest zasadniczym czynnikiem przemawiającym za zaostreniem bądź złagodzeniem wymogów prawnych dotyczących wprowadzania tej substancji do obrotu z uwagi na jej leczniczy bądź zgoła inny charakter. FDA nigdy nie zaakceptowała wspomnianego wyodrębnienia⁸⁴, jednak upowszechniło się ono w obrocie jako instrument marketingu niektórych „produktów z pogranicza”, sta-

⁸¹ Z akt procesu legislacyjnego amerykańskiej Food, Drugs & Cosmetic Act 1938 (FDCA) wynika, że pojęcia *cosmetic* oraz *drug* od początku uważane były za niemające charakteru rozłącznego. Zagadnienie kumulatywnego stosowania wymogów odnoszących się do produktów spełniających przesłanki ich zaliczenia do obu kategorii powodowało jednak na tyle istotne wątpliwości, że w 1962 r. rozdział V FDCA „Produkty lecznicze i wyroby medyczne” został wzbogacony o sekcję 509, zgodnie z którą przepisy rozdziału nie znajdują zastosowania do kosmetyków z zastrzeżeniem przypadków, gdy kosmetyk jest produktem leczniczym, wyrobem medycznym lub składnikiem któregośkolwiek z nich – zob. J.A. Greff, *Regulation of Cosmetics that are also Drugs*, „Food & Drug Law Journal” 1996, vol. 51, s. 243–272, zwł. s. 249–250.

⁸² Zob. A.M. Kligman, *Cosmeceuticals: A Broad-Spectrum Category between Cosmetics and Drugs*, w: P. Elsner, H.I. Maibach (red.), *Cosmeceuticals and Active Cosmetics. Drugs Versus Cosmetics. Second Edition*, Taylor & Francis 2005, s. 1–6.

⁸³ Zob. A.M. Kligman, *Cosmeceuticals...*, op. cit., s. 4–5; B.J. Vermeer, *Definition*, w: P. Elsner, H.I. Maibach (red.), *Cosmeceuticals...*, op. cit., s. 12.

⁸⁴ Stanowisko FDA w przedmiotowej kwestii jest następujące: „While the Food, Drug, and Cosmetic Act does not recognize the term «cosmeceutical», the cosmetic industry uses this word to refer to cosmetic products that have medicinal or drug-like benefits. The Food, Drug, and Cosmetic Act defines drugs as those products that cure, treat, mitigate or prevent disease or that affect the structure or function of the human body. While drugs are subject to a review and approval process by FDA, cosmetics are not approved by FDA prior to sale. If a product has drug properties, it must be approved as a drug”; U.S. Food and Drug Administration, Center for Food Safety and Applied Nutrition, Office of

jąc się również przyczyną zamieszania i niepewności co do faktycznie obowiązującego na gruncie prawa federalnego systematycznego podziału produktów dla celów regulacyjnych, jak również instrumentem nacisku producentów „kosmeceutyków” na zmianę stanowiska regulatora.

Mianem „kosmeceutyków” określane są z reguły produkty służące do pielęgnacji skóry, w szczególności poprzez jej regenerację, opóźnianie procesów starzenia, likwidację zmarszczek, cellulitisu, hiperpigmentacji, rozstępów czy zaskórników. Pełnią one funkcje właściwe kosmetykom, różnią się jednakże od przeciętnych kosmetyków bogatszym składem i istotnie większym stężeniem substancji aktywnych; często są to również produkty innowacyjne wykorzystujące najnowsze osiągnięcia biotechnologii i farmakologii. Efekt poprawy kondycji skóry jest w przypadku tych produktów osiągany poprzez znacznie głębszą ingerencję substancji zawartych w produkcie niż ma to miejsce w przypadku kosmetyków „zwykłych”, co znajduje również odbicie w sposobie ich prezentacji w obrocie (produkty te „wnikają głęboko w skórę”, „działają od wewnątrz” itp.). Ingerencja „kosmeceutyku” w procesy zachodzące w skórze nie ma więc charakteru wyłącznie powierzchniowego, jak to ma miejsce w przypadku „zwykłych” kosmetyków, a efekt kosmetyczny uzyskiwany jest lub przynajmniej ma być uzyskiwany poprzez modyfikację funkcji organizmu⁸⁵. Otwarte jest w tej sytuacji pytanie o to, czy w procesie kwalifikacji produktu dla potrzeb regulacyjnych na gruncie prawa polskiego i wspólnotowego kryterium funkcji, jaką pełni produkt, istotnie może być uznane za dominujące nad kryterium skali wpływu, jaką produkt ów może wywierać na organizm człowieka, gdy w przypadku „kosmeceutyków” wpływ ten jest większy niż w przypadku „zwykłych” kosmetyków.

W sytuacji gdy przedmiotem ochrony na gruncie art. 1 ust. 1 dyrektywy 76/768 i art. 1 ust. 1 u. o k. jest bezpieczeństwo zdrowia ludzi, odrzucić należy tezę o możliwości zmiany kwalifikacji produktu z uwagi na podobieństwo faktycznej bądź deklarowanej funkcji, jaką produkt ów miałby pełnić, w sytuacji gdy dalece bardziej miarodajnym kryterium oceny związanego z korzystaniem z produktu ryzyka dla zdrowia ludzi jest zdolność włączania się zawartych w produkcie substancji w zachodzące w organizmie procesy fizjologiczne (kryterium biologiczno-chemicznych cech produktu). Wciąż aktualne pozostaje jednak pytanie, czy w przypadku gdy modyfikacja funkcji organizmu ograniczać ma się wyłącznie do obszaru naskórka i skóry właściwej, mamy do czynienia z ingerencją substancji pochodzących z produktu zbyt daleko idącą, aby można było mówić o kosmetyku. Wyrażany jest pogląd, że na gruncie prawa wspólnotowego „kosmeceutyki” nie powinny być zaliczane do kosmetyków⁸⁶, co wciąż jednak niewiele wyjaśnia,

Cosmetics and Colors Fact Sheet, February 3, 1995; revised February 24, 2000, dokument dostępny www.fda.gov.

⁸⁵ Zob. np. L.E. Millikan, *Cosmetology, Cosmetics, Cosmeceuticals: Definitions and Regulations*, Clinics in Dermatology 2001, vol. 19, s. 371–373; W. Abramovits, *Definition of Cosmetology, Cosmetics, and Other Pertinent Terms*, „Clinics in Dermatology” 1988, vol. 6, nr 3, s. 5–8; B.A. Liang, K.M. Hartman, *Its only skin deep...*, op. cit., s. 261–263.

⁸⁶ B.J. Yermeer, *Definition*, s. 12; M. Audouard, M. Aulois-Griot, *Des produits cosmetiques...*, s. 599.

w sytuacji gdy same kryteria zaliczania produktów do kosmeceutyków pozostają niedookreślone. Z powołanych wyżej rozważań ETS i Komisji wynika, że do produktów leczniczych nie powinny być zaliczane pewne produkty kosmetyczne, które jakkolwiek wywierają wpływ na funkcjonowanie ludzkiego ciała, nie mają istotniejszego wpływu na przebieg procesów metabolicznych, a zatem nie zmieniają w sposób istotny sposobu jego funkcjonowania⁸⁷ – granica ta oparta na przesłance „istotności wpływu” pozostaje jednak płynna⁸⁸. Jakiegokolwiek odpowiedzi należałoby udzielić na pytanie o charakter „kosmeceutyków”, nie powinno podlegać dyskusji, że miejscem stosowania kosmetyku pozostaje powierzchnia skóry, skąd kosmetyk (zawarte w nim substancje) może oddziaływać podskórną, ale granicy tej sam jako produkt nie może przekroczyć. Przerwanie ciągłości skóry w procesie stosowania produktu jednoznaczne być powinno z uznaniem, że nie ma on charakteru kosmetyku, a w konsekwencji z uznaniem za produkt leczniczy. Nie jest zatem produktem kosmetycznym botulina (popularnie zwana botoksem) nawet w przypadku, gdy stosowana jest jako środek przeciwzmarszczkowy wyłącznie w celu uzyskania efektu czasowej poprawy wyglądu ciała (poprzez porażenie umiejscowionych pod skórą mięśni gładkich prowadzące do ich rozluźnienia i uzyskania efektu gładkości skóry) i wstrzykiwana w tym celu podskórną w pożądanym miejscu.

4.2. Produkty przeznaczone do „aromaterapii”

Pojęciem „aromaterapia” zwykło się określać terapeutyczne oddziaływanie na człowieka przy wykorzystaniu kosmetyków, w szczególności za pośrednictwem zmysłu węchu. Nie od dziś wiadomo, że przyjemny zapach sprzyja lepszemu samopoczuciu, a nieliczne jak dotychczas badania naukowe potwierdzają rolę obcowania z określonego rodzaju zapachami w modyfikacji sposobu odczuwania bólu, leczeniu zaburzeń, takich jak depresja czy zaburzenia łaknienia, jak również w rehabilitacji osób niepełnosprawnych umysłowo⁸⁹. Badania nad mechanizmem tego oddziaływania są wciąż w fazie początkowej⁹⁰, co jednak bezdyskusyjne i dostrzegalne już na pierwszy rzut oka mamy w tym przypadku do czynienia z mechanizmem oddziaływań polegającym na zetknięciu się osoby z zapachem, wywołującym u niej pewne wrażenia, które wywierają pośredni wpływ na samopoczucie tejże osoby, co z kolei ma wpływ na poprawę funkcjonowania jej organizmu – sam w sobie zapach nie wywiera więc wpływu na procesy fizjologiczne zachodzące w organizmie osoby, która się z zapachem styka. Sposób, w jaki zapach oddziałuje (jeżeli w ogóle) na organizm człowieka, powoduje jednocześnie, że jest to wpływ słaby, całkowicie nieporównywalny

⁸⁷ Zob. pkt V.3.2 niniejszej pracy.

⁸⁸ Zob. też D. Degroote, L. Benaiche, M.-D. Campion, *Allegations santé...*, s. 73–74.

⁸⁹ Zob. J.A. Graham, *Thepsychology of fragrance and aromatherapy*, w: H. Butler (red.), *Poucher's Perfumes, Cosmetics and Soaps 10th Edn.*, Kluwer Academic Publishers 2000, s. 763–764 i cyt. tam literatura.

⁹⁰ Por. A. Graham, *The psychology...*, op. cit., s. 764–766.

z wpływem, jaki wywierać mogą produkty lecznicze. Wiele zależy tu zresztą od indywidualnej wrażliwości osoby, która styka się z zapachem, oraz kombinacji biologicznych i społecznych czynników warunkujących sytuację, w której dochodzi do takiego kontaktu. Wszystko to powoduje, że mówienie o aromaterapii i samo posługiwanie się słowem „aromaterapia” kryje w sobie sporą dozę przesady – obecność „ładnych” zapachów może co najwyżej w pewnym stopniu wspomagać proces odzyskiwania równowagi zdrowotnej poprzez poprawę samopoczucia osoby chorej, jednak awansowanie tego zjawiska do rangi „aromaterapii” (i postawienie tym samym w jednym rzędzie z „chemioterapią” czy „radioterapią”) budzi wątpliwości z uwagi na zawartą w tym pojęciu zwodniczą sugestię o możliwości uzyskiwania przy wykorzystaniu produktów „aromaterapeutycznych” stanu rzeczywistej poprawy zdrowia, co mogłoby prowadzić do zaniechania podejmowania leczenia przy wykorzystaniu sprawdzonych metod terapeutycznych. Czy w zaistniałej sytuacji należy stawiać znak równości pomiędzy określeniem produktu jako „aromaterapeutyczny” a aktem przypisania temu produktowi charakteru produktu leczniczego bądź też wprowadzeniem konsumenta w błąd co do charakteru produktu? Wydaje się, że nie – przeciętny, a nawet niedoświadczony konsument powinien zdawać sobie sprawę ze znikomych możliwości, jakie drzemią w aromaterapii, i jej nierównorzędności jako metody terapeutycznej w stosunku do innych uznanych metod leczenia (choćby radioterapii), jak również z istnienia szeregu metod terapeutycznych wykorzystujących z różnym skutkiem różne bodźce mające wpływać na poprawę stanu zdrowia człowieka, jak balneoterapia czy krioterapia. Prezentacja w obrocie kosmetyków jako mających tak czy inaczej rozumiane właściwości „aromaterapeutyczne” nie stanowi w tej sytuacji argumentu przemawiającego za uznaniem, że mamy do czynienia z produktem leczniczym, którym obrót podlega odrębnym przepisom. Przypadki posłużenia się określeniami „aromaterapeutyczny” i jego pochodnymi można zresztą zaobserwować na rynku polskim w opisach niektórych produktów chemii gospodarczej (w szczególności płynów do płukania tkanin), a praktyka ta nie została jak dotychczas zakwestionowana, stąd wydaje się, że brak jest również podstaw do jej kwestionowania w przypadku, gdyby jej przedmiotem miały stać się kosmetyki. Odnotujemy jednak, że praktyka regulacyjna w tym zakresie nie jest jednolita – w systemach prawnych Holandii, Hiszpanii oraz Szwajcarii obowiązują ograniczenia w posługiwaniu się określeniem „aromaterapeutyczny” lub „terapia” w powiązaniu z produktami o charakterze kosmetyków, a to z uwagi na mogące powstać u konsumentów wrażenie co do istnienia leczniczych właściwości tak oznaczonych produktów⁹¹.

⁹¹ Zob. Council of Europe Committee of Experts on Cosmetic Products, *Cosmetic products...*, s. 81–83.

VI. KOSMETYKI A INNE KATEGORIE PRODUKTÓW

7. Kosmetyki a produkty biobójcze

Produktem biobójczym jest, stosownie do definicji sformułowanej w art. 3 pkt 1 u.p.b.⁹² (stanowiącej pochodną definicji z art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy 98/893) „substancja czynna lub preparat zawierający co najmniej jedną substancję czynną, w postaciach, w jakich są one dostarczone użytkownikowi, przeznaczony do niszczenia, odstraszania, unieszkodliwiania, zapobiegania działaniu lub kontrolowania w jakikolwiek inny sposób organizmów szkodliwych przez działanie chemiczne lub biologiczne”. Przepisy ustawy o produktach biobójczych nie znajdują zastosowania do kosmetyków, jednakże jedynie w zakresie, w jakim wynikać to miałyby z odrębnych przepisów (art. 2 pkt 5 u.p.b.), w tym ustawy o kosmetykach, która nie zawiera jednak żadnych szczególnych przepisów w tym względzie. W świetle dokumentów wspólnotowych produkty zaliczające się do zakresu przedmiotowego dyrektyw wymienionych w art. 1 ust. 2 dyrektywy 98/8 – wśród których znajduje się dyrektywa 76/768 – podlegają wykluczeniu z zakresu przedmiotowego zastosowania dyrektywy 98/8, i to nawet wówczas, gdyby dyrektywy te nie formułowały analogicznego, jak w przypadku dyrektywy 98/8, systemu dopuszczania do obrotu i oceny ryzyka, a zatem w tym aspekcie wynikający z tych dyrektyw standard ochrony zdrowia publicznego miałby być niższy⁹⁴. W zaistniałej sytuacji kosmetyki – nawet te wykazujące jednocześnie cechy produktu biobójczego – jako wchodzące w zakres przedmiotowy dyrektywy 76/768, powinny podlegać wyłącznie regulacji tejże dyrektywy oraz instrumentów prawa krajowego będących jej pochodnymi, do których należy m.in. ustawa o kosmetykach⁹⁵. Z art. 1 ust. 2 dyrektywy 98/8 wynika ponadto, że wyłączenie z zakresu tejże dyrektywy produktów pozostających w zakresie przedmiotowym innych dyrektyw wymienionych w przepisie pozostaje w związku z funkcją, jaką dany produkt miałby pełnić, do której to funkcji nawiązuje prawodawca wspólnotowy, poddając dany produkt właściwości określonej dyrektywy. Jeżeli zatem produkt kosmetyczny wykazujący właściwości biobójcze miałby pełnić funkcje, do których nawiązuje dyrektywa 76/768, wymienione w definicji produktu kosmetycznego z art. 1 ust. 1 dyrektywy 76/768, produkt taki powinien zostać uznany za niebędący przedmiotem regulacji dyrektywy 98/8 i instrumentów prawa krajowe-

⁹² Ustawa z dnia 13 września 2002 r. o produktach biobójczych (Dz.U. Nr 175, poz. 1433 z późn. zm.).

⁹³ Dyrektywa 98/8/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 lutego 1998 r. dotycząca wprowadzania do obrotu produktów biobójczych (Dz.Urz. WE L 228 z 8 września 2000 r., s. 6). Przepis ten odsyła, o czym warto wspomnieć, do Aneksu V dyrektywy 98/8 zawierającego przykładowe wyliczenie produktów uznawanych za produkty biobójcze.

⁹⁴ Komisja Europejska, *Guidance document agreed between the Commission services and the competent authorities of the Member States for the Biocidal Products Directive 98/8/EC and for the Proprietary Medicinal Products Directive 2001/83/EC and Veterinary Medicinal Products Directive 2001/82/EC – borderline between Directive 98/8/EC concerning the placing on the market of biocidal products, Directive 2001/83/EC concerning proprietary medicinal products and Directive 2001/82/EC concerning veterinary medicinal products*, Doc-Biocides-2002/0130.7.2002, s. 3-4, pkt 117–127.

⁹⁵ Komisja Europejska, *Guidance Document agreed...*, s. 3, pkt 78–86.

go będących jej pochodnymi⁹⁶. Przykładem są tu środki konserwujące stosowane w produktach kosmetycznych, które same w sobie mogą być kwalifikowane jako produkty biobójcze, jednak w sytuacji gdy zostają zastosowane w kosmetykach (a w art. 3 dyrektywy 76/768 oraz Załączniku VI do niej prawodawca wspólnotowy nawiązuje do tej szczególnej ich funkcji, czyniąc zastrzeżenie, że jedynie wybrane, figurujące w załączniku środki konserwujące mogą być w kosmetykach stosowane), należy przyjąć, że zagadnienie stosowania środków konserwujących w kosmetykach podlega w całości przepisom dyrektywy 76/768. W przypadku natomiast gdyby te same środki konserwujące miały zostać zastosowane w farbach lub detergentach, dopuszczalność ich zastosowania należałoby oceniać w świetle przepisów dyrektywy 98/8, z art. 1 ust. 2 tejże dyrektywy nie wynika bowiem, aby stosowanie konserwantów w farbach i detergentach było przedmiotem regulacji którejkolwiek z dyrektyw figurujących w tym przepisie⁹⁷. Podobne stanowisko należy zająć w przypadku, gdy produkt kosmetyczny wzbogacony zostaje o składnik mający właściwości biobójcze, niebędący substancją konserwującą, a włączony w skład kosmetyku w celu przydania mu jako produktowi pewnych właściwości biobójczych. Fakt, że kosmetyk pełni poza zasadniczymi funkcjami również tego rodzaju równorzędną funkcję (np. olejek do opalania wzbogacony o substancję odstraszającą komary, szampon przedwłupieżowy, który myje włosy i likwiduje grzyby odpowiedzialne za powstawanie łupieżu, czy płyn do płukania ust o właściwościach bakteriobójczych), nie powoduje utraty przez niego statusu kosmetyku lub nabycia przez kosmetyk statusu produktu biobójczego⁹⁸.

Co do zasady nie powinny być uważane za kosmetyki (a w przypadku gdy nie mają charakteru leczniczego lub terapeutycznego – również za produkty lecznicze) produkty służące do dezynfekcji, które mogą być stosowane na skórze⁹⁹. Z załącznika do rozp. z art. 6 ust. 2 u.p.b.¹⁰⁰ (stanowiącego odzwierciedlenie załącznika nr 5 do dyrektywy 98/8) wynika podział produktów biobójczych na kategorie oraz grupy produktów biobójczych w danej kategorii. Wśród nich wyodrębniona została „Kategoria I – Produkty dezynfekujące i produkty biobójcze o ogólnym zastosowaniu”, a w jej obrębie „Grupa 1 – Produkty biobójcze do higieny człowieka”, nader zwięźle (i podobnie rzecz ma się w załączniku do dyrektywy) scharakteryzowane jako „produkty biobójcze stosowane do utrzymywania higieny człowieka”. Rozróżnienia w tym zakresie będą przeprowadzane z wzięciem pod uwagę opisanych wyżej zasad, z których wynika pierwszeństwo kwalifikacji produktu jako kosmetycznego, niemniej będą miały one dość subtelny charakter. Tytułem przykładu wskażmy, że szampon przeciwłupieżowy stanowi

⁹⁶ Ibidem, s. 3, pkt 87–93; Komisja Europejska, *Manual of decisions for implementation of directive 98/8/EC concerning the placing on the market of biocidal products*, CA-Jul05-Doc.4-rev. Last modified: 04.07.2005, s. 17.

⁹⁷ Komisja Europejska, *Guidance Document agreed...*, s. 3, pkt 94–102.

⁹⁸ Ibidem, s. 3, pkt 103–116, ale odmiennie Komisja Europejska, *Manual of decisions...*, s. 17.

⁹⁹ Por. Komisja Europejska, *Guidance document agreed...*, s. 3, pkt 100–114; Komisja Europejska, *Manual of decisions for implementation...*, pkt 2.1.2.4.

¹⁰⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 17 stycznia 2003 r. w sprawie kategorii i grup produktów biobójczych według ich przeznaczenia (Dz.U. Nr 16, poz. 150 z późn. zm.).

produkt kosmetyczny pomimo wykazywanych przezeń właściwości eliminacji drobnoustrojów odpowiedzialnych za powstawanie łupieżu, chociaż przez wielu użytkowników jego funkcja eliminacji drobnoustrojów traktowana będzie jako główna, jak również w obrocie produkt jest reklamowany z podkreśleniem tej właśnie funkcji. Płyn do dezynfekcji rąk przeznaczony do stosowania np. przez pracowników branży spożywczej lub przedstawicieli służb medycznych będzie natomiast produktem biobójczym, jako mający wyeliminować drobnoustroje z powierzchni skóry, pomimo że również taki płyn wykazywać może pewne właściwości myjące. W ustaleniu różnic pomiędzy produktem kosmetycznym a produktem biobójczym pomocne jest również odwołanie się do przykładowych wykazów produktów każdego z rodzajów, jak również do list produktów, których stosowanie w kosmetykach jest zakazane lub też które stosowane mogą być w kosmetykach jedynie warunkowo, zakładając, że obecność w składzie produktu substancji figurujących na tych listach będzie stanowić wskazówkę co do charakteru produktu jako całości¹⁰¹.

2. Kosmetyki a żywność

Żywność (określana również jako „środki spożywcze”) zdefiniowana została w art. 2 ust. 1 rozporządzenia 178/2002¹⁰² jako jakiegokolwiek substancje lub produkty, przetworzone, częściowo przetworzone lub nieprzetworzone, przeznaczone do spożycia przez ludzi lub których spożycia przez ludzi można się spodziewać, w tym m.in. (art. 2 ust. 2 rozporządzenia 178/2002) napoje, guma do żucia i wszelkie substancje, łącznie z wodą, świadomie dodane do żywności podczas jej wytwarzania, przygotowania lub obróbki. Stosownie natomiast do art. 2 ust. 3 lit. e rozporządzenia 178/2002 środkami spożywczymi nie są kosmetyki.

Kluczową przesłanką, spośród wymienionych w definicji żywności, pozwalającą ustalić, że dana substancja lub dany produkt mają charakter produktów żywnościowych, jest ich przeznaczenie do spożycia (w wąskim znaczeniu tego słowa, jako „połknięte” – ang. *ingested*, fr. *ingerer*) lub prawdopodobieństwo, że mogłyby one zostać spożyte. Przesłanką uznania substancji lub produktu za żywność nie są natomiast, inaczej niż to ma miejsce np. w przypadku definicji kosmetyku, pełnione przez produkt szczególne funkcje, tak więc przeznaczenie produktu do spożycia lub istniejące prawdopodobieństwo, że mógłby on zostać spożyty, jest w tej sytuacji podstawową cechą charakterystyczną produktu żywnościowego¹⁰³. Inaczej niż w przypadku np. produktów leczniczych i żywności, kryterium przeznaczenia do spożycia i towarzyszące mu kryterium prawdopodobieństwa, że produkt miałby zostać spożyty, pozwala, z zastrzeżeniem nielicz-

¹⁰¹ Por. Komisja Europejska, *Guidance document agreed...*, s. 2, pkt 51–56.

¹⁰² Rozporządzenie (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz. Urz. UE L 31 z 1 lutego 2002 r., s. 1).

¹⁰³ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 6, pkt 31.

nych przypadków, dokonać jednoznacznego rozróżnienia pomiędzy żywnością a produktami kosmetycznymi przeznaczonymi jedynie do powierzchniowego kontaktu z ciałem ludzkim. Nie są zatem kosmetykami w ustawowym rozumieniu produkty, których spożycie ma dać efekt np. zaniku u osoby spożywającej zjawiska wypadania włosów i nadania jej włosom większej gęstości, określane niekiedy w obrocie jako „nutrikosmetyki” (gdzie przedrostek „nutri” zdaje się być pochodną angielskiego słowa „nutrition”, czyli po polsku „żywność”). Wątpliwości w zakresie kwalifikacji produktu jako żywnościowego lub kosmetycznego mogą zaistnieć natomiast w przypadku produktów mających *prima facie* charakter kosmetyków przeznaczonych do stosowania w jamie ustnej – jak np. pasta do zębów czy płyn do płukania ust. Wyłania się tu problem przeprowadzenia rozróżnienia pomiędzy produktem, „któr[ego] spożycia przez ludzi można się spodziewać” w rozumieniu art. 2 ust. 1 rozporządzenia 178/2002, a produktem, który mógłby zostać spożyty „w innych dających się przewidzieć warunkach stosowania” w rozumieniu art. 2 zd. 1 dyrektywy 76/768 oraz art. 4 ust. 1 u. o k. Jego rozwiązaniem powinno być uznanie za żywność produktu, w stosunku do którego należy domniemywać, że zostanie on lub mógłby zostać spożyty, w przeciwieństwie do produktów, które mogą zostać spożyte jedynie incydentalnie i których spożycie będzie nosiło znamiona nieprawidłowego stosowania produktu – dotyczy to m.in. produktów kosmetycznych przypadkiem połykanych (pasta do zębów, pianka do golenia), wdychanych (opary perfum) czy w inny sposób przenikających do organizmu (np. wskutek zatarcia oka tuszem do rzęs). Inną wskazówką przemawiającą za uznaniem, że produkt (np. płyn do płukania ust) ma charakter produktu kosmetycznego, jest przeznaczenie go jedynie do czasowego zetknięcia się z błoną śluzową jamy ustnej lub zębami, po czym produkt powinien zostać usunięty z jamy ustnej (wypluty), nie zaś połknięty, co z kolei wskazywałoby na jego charakter jako produktu żywnościowego. Na charakter produktu jako produktu kosmetycznego wskazuje również jego zdolność do bycia absorbowanym przez błonę śluzową jamy ustnej (przykład pasty do zębów „wzmacniającej dziąsła”), co z reguły nie jest cechą właściwą produktom żywnościowym¹⁰⁴.

Zwraca uwagę fakt zaliczenia w art. 2 rozporządzenia ust. 2 178/2002 wprost do środków spożywczych gumy do żucia, co do której zachodzą przesłanki pozwalające uznać ją w konkretnym przypadku za żywność, ale też za produkt kosmetyczny lub produkt leczniczy¹⁰⁵. Nie oznacza to jednak, że wszelkie produkty o charakterze gumy do żucia powinny być uznane za żywność – również w tym przypadku aktualność zachowuje sformułowana w art. 2 ust. 1 rozporządzenia 178/2002 przesłanka uznania za żywność produktu, jeżeli ten jest przeznaczony do spożycia przez ludzi lub jego spożycia przez ludzi można się spodziewać¹⁰⁶. Pod pojęciem gumy do żucia kryje się w istocie rzeczy cała gama produktów o dość niejednorodnym charakterze, które zwykło się w ten sposób określać

¹⁰⁴ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 6–7, pkt 32, s. 7–8, pkt 38.

¹⁰⁵ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 7, pkt 35.

¹⁰⁶ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 7, pkt 37.

z uwagi na ciągłą konsystencję jako ich najbardziej charakterystyczną cechę wspólną. Wśród produktów tych znajdują się zarówno gummy tzw. rozpuszczalne, które w miarę żucia rozpuszczają się w ślinie, a ich pozostałości są połykane, jak i gummy tzw. kosmetyczne, które w trakcie żucia uwalniają substancje czyszczące zęby lub odświeżające zapach (następnie połykane przez konsumenta), ale same po zużyciu powinny zostać wypłute. Ocena charakteru produktu powinna być w tym przypadku dokonywana z uwzględnieniem przekonania, jakie powstaje u przeciętnego dobrze poinformowanego konsumenta co do przeznaczenia do spożycia (lub też nie) produktu, którego zamierza użyć¹⁰⁷. Przeznaczenie gummy w całości lub też uwalnianych przez nią substancji do spożycia będzie regułą, stąd też decyzja prawodawcy unijnego o zaliczeniu gum do żucia *grosso modo* do produktów żywnościowych. Odmienne powinny być kwalifikowane jednakże – jako produkty kosmetyczne – gummy do żucia pełniące funkcje podobne do pasty do zębów, które są w całości, włącznie z uwolnionymi przez nie substancjami, usuwane z jamy ustnej po użyciu produktu, nie zaś połykane, jak miałyby to miejsce w przypadku produktu żywnościowego.

Postać nadana wprowadzanemu do obrotu produktowi może stanowić wskazówkę, jaki ma on charakter, czy produktu przeznaczonego do spożycia i tym samym wykluczone jest prawdopodobieństwo uznania go za produkt kosmetyczny. W szczególności postać kapsułek, tabletek, drażetek itp., które miałyby zostać połknięte w całości lub też po rozpuszczeniu w ślinie miałyby zostać połknięte powstała w ten sposób zawieszina, stanowi przesłankę do uznania, że produkt w tej postaci ma charakter produktu żywnościowego lub produktu leczniczego, nie jest natomiast produktem kosmetycznym, aczkolwiek wypada dodać, że również produkty kosmetyczne mogą przybierać postać tabletek i być przeznaczone do zewnętrznego stosowania po ich rozpuszczeniu w wodzie, np. niektóre maseczki kosmetyczne¹⁰⁸. Nie tyle więc sama postać produktu, co towarzyszące produktowi wskazówki o konieczności połknięcia produktu w ramach jego prawidłowego stosowania w zwykłych warunkach (lub też brak takowych) powinny być traktowane jako przesądzające o charakterze produktu. Nie znaczy to jednak, że przeznaczenie produktu nie może być wywiedzione z jego postaci, np. w przypadku gdy tabletki stanowiące produkt są zbyt duże lub za mało obłe, aby domniemywać, że miałyby one zostać połknięte.

Dla porządku dodajmy, że bez znaczenia dla kwalifikacji produktu żywnościowego jako takiego jest fakt, że może on również pełnić funkcję kosmetyku (np. piwo używane jako odżywka do włosów). Z drugiej strony kosmetyk nie nabiera cech produktu żywnościowego, jeżeli w jego składzie wykorzystane zostały substancje wyekstrahowane z produktów żywnościowych czy wręcz produkty żywnościowe (ryż, wino, czekolada, herbata, imbir i in.).

¹⁰⁷ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 6–7, pkt 32, s. 8, pkt 39.

¹⁰⁸ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 7, pkt 33.

3. Kosmetyki a zabawki

Pojęcie zabawki zdefiniowane zostało w § 2 rozporządzenia w sprawie zasadniczych wymagań dla zabawek (rozp. z.w.z.)¹⁰⁹ i oznacza „dowolny wyrób lub materiał zaprojektowany lub przewidziany do używania w czasie zabawy przez dzieci w wieku do lat 14”. W sytuacji gdy jedyną cechą charakterystyczną zabawki jest wynikające z jej formy lub towarzyszących jej deklaracji przeznaczenie do korzystania z niej w czasie zabawy, brak jest przeszkód dla uznania, że produkt kosmetyczny może w konkretnym przypadku stanowić jednocześnie zabawkę (np. farby przeznaczone do malowania ciała, farba do włosów, krem z brokatem) i z tego względu powinien spełniać również wymogi przewidziane dla wyrobów zabawkarskich, w szczególności stanowiące pochodną dyrektywy 88/378¹¹⁰. Produkty chemiczne często używane są w funkcji zabawek (np. plastelina, farby plakatowe, flamastry nasączone tuszem), albo też stanowią składnik zabawek (np. farba pokrywająca figurki żołnierzy), a małe dzieci, bawiąc się, wchodzi z tymi produktami w bezpośredni kontakt i nader często korzystają z nich w sposób nieplanowany przez producenta czy swoich opiekunów (zachowania w rodzaju oblizywania palca zmoczonego w farbie czy obgryzania kredek). W przepisach dyrektywy 88/378 oraz pochodnych jej instrumentów prawa krajowego sformułowanych zostało z tego względu szereg wymogów odnoszących się do zabawek, z których część odnosi się do zabawek z dziedziny chemii, i te właśnie wymogi wiązać będą m.in. producentów kosmetyków przeznaczonych do użytku przez dzieci do lat 14¹¹¹. Sugeruje się zresztą w dokumentach wspólnotowych¹¹², aby w ocenie zagrożeń, jakie miałyby nieść zabawka z dziedziny chemii, dla bezpieczeństwa korzystania z niej przez małe dzieci odwoływać się pomocniczo do wymogów bezpieczeństwa stosowania kosmetyków, a to z uwagi na podobieństwo sytuacji stosowania kosmetyku do sytuacji przelotnego zetknięcia się ciała małego dziecka z substancją lub preparatem chemicznym przeznaczonymi do zabawy lub wchodzącymi w skład zabawki. Niewykluczone zresztą, że produkt chemiczny, w tym produkt chemiczny mający charakter kosmetyku, będzie częścią zestawu przeznaczonego do zabawy (np. lalki, sprzedawanej w zestawie z jej własnymi „kosmetykami”) lub też opakowanie takiego produktu również samo w sobie przeznaczone będzie do zabawy. Nie uchybia to konieczności przestrze-

¹⁰⁹ Rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 14 listopada 2003 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla zabawek (Dz.U. Nr 210, poz. 2045).

¹¹⁰ Dyrektywa Rady 88/378/EEG z dnia 3 maja 1988 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących bezpieczeństwa zabawek (Dz.Urz. WE L 187 z 16 lipca 1988 r., s. 1); por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 10, pkt 51, s. 12, pkt 70.

¹¹¹ W szczególności należy wskazać, że stosownie do wymogów rozporządzenia do obrotu mogą być wprowadzone zabawki, które podczas ich używania zgodnie z ich przeznaczeniem lub w sposób możliwy do przewidzenia, mając na uwadze prawidłowe zachowanie dzieci, nie będą stwarzały zagrożenia dla bezpieczeństwa lub zdrowia użytkowników lub osób trzecich (§ 4 ust. 1 rozp. z.w.z.) oraz że zabawki muszą być zaprojektowane i wytworzone w taki sposób, aby podczas normalnego ich używania nie stwarzały zagrożenia dla organizmu dziecka w przypadku ich połknięcia, dostania się w inny sposób do jakiegokolwiek otworu w ciele dziecka bądź kontaktu ze skórą, śluzówką lub oczami (§ 17 ust. 1 rozp. z.w.z.).

¹¹² Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 12, pkt 67.

gania przez producenta zabawki wymogów ustawy o kosmetykach w zakresie, w jakim pochodzący od niego produkt wykazuje cechy kosmetyku w rozumieniu art. 2 ust. 1 u. o k.

4. Kosmetyki a produkty do czyszczenia tkanin

Produkty przeznaczone do czyszczenia tkanin (płyny, żele, proszki do prania, zmiękczenia, płukania itp.) nie są kosmetykami jako, co do zasady, nieprzeznaczone do kontaktu z ciałem człowieka, przeznaczone natomiast do utrzymania w czystości tkanin, które w dalszej kolejności mogą wchodzić w kontakt z ciałem człowieka. Produkty takie są, przy pozostawieniu ich zapachowych pozostałości, usuwane z ubrania (płukanie wodą, suszenie), zanim ubranie zostanie przez człowieka założone. Nie zmienia tej kwalifikacji fakt, że produkty do czyszczenia tkanin pełnią niekiedy funkcję podobną do funkcji perfumowania ciała właściwej kosmetykom – powodują mianowicie, że osoba ubrana np. w sweter wyprany w płynie wzbogaconym substancjami zapachowymi rozciąga wokół siebie przyjemny zapach nie inaczej niż osoba, która użyła dezodorantu, perfum, czy innego rodzaju kosmetyków, stosując je bezpośrednio na ciało. W reklamach produktów tego rodzaju spotkać można nawiązania do kosmetyków oraz wrażeń zapachowych i dotykowych przez nie powodowanych, niekiedy również sugerowane są „aromaterapeutyczne” właściwości reklamowanego produktu, regułą jest jednak również obecność w tego rodzaju reklamowych prezentacjach wyraźnych wskazań co do charakteru produktu jako przeznaczonego do czyszczenia tkanin, stąd brak jest również w tym przypadku podstaw, aby traktować je jako próbę przypisania produktom charakteru kosmetyku czy wręcz produktu leczniczego. Produkty do czyszczenia tkanin przynależą natomiast do najogólniej pojętej kategorii chemii gospodarczej, a zagadnienie ich bezpieczeństwa regulowane jest przepisami ustawy z 2001 r. o substancjach i preparatach chemicznych. Fakt, że tkaniny wchodzi w zakres przedmiotowy regulacji dyrektywy 96/74¹¹³ (dotyczącej zagadnienia nazewnictwa materiałów włókienniczych), jak również że dyrektywa 76/769¹¹⁴ (dotycząca zagadnień sprzedaży i stosowania niektórych niebezpiecznych substancji i preparatów) w sposób odrębny reguluje pewne kwestie związane z ochroną środowiska i zdrowia ludzi w związku z ewentualnością użycia w tkaninach substancji niebezpiecznych, nie stanowi jednak przeszkody dla poddania właściwości dyrektywy 76/768 i pochodnych jej instrumentów prawa krajowego substancji lub preparatów, którymi tkaniny miałyby być nasączone – w przypadku gdyby w konkretnej sytuacji substancje zawarte w tych tkaninach

¹¹³ Dyrektywa 96/74/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. w sprawie nazewnictwa produktów włókienniczych (Dz.Urz. WE L 32 z 3 lutego 1997 r.) (Polskie wydanie specjalne, rozdział 13, tom 18, s. 226).

¹¹⁴ Dyrektywa Rady 76/769/EWG z dnia 27 lipca 1976 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich odnoszących się do ograniczeń we wprowadzaniu do obrotu i stosowaniu niektórych substancji i preparatów niebezpiecznych (Dz.Urz. WE L 262 z 27 września 1976 r., s. 201 z późn. zm.).

miały być uwalniane w kierunku ciała, pełniąc w stosunku do niego funkcję kosmetyczną¹¹⁵.

VII. USTAWOWY KATALOG KOSMETYKÓW

W Załączniku nr I do dyrektywy 76/768 pt. „Przykładowy wykaz produktów kosmetycznych według kategorii” zestawiony został katalog produktów uważanych za kosmetyki¹¹⁶. Katalog ten ma – co wynika już z samego tytułu załącznika – charakter otwarty, możliwe jest zatem poszerzenie na gruncie prawa państwa członkowskiego katalogu kosmetyków o produkty w załączniku niewymienione, a mieszczące się w zakresie definicji kosmetyku z art. 1 ust. 1 dyrektywy 76/768. Analogicznie jak w przypadku dyrektywy również ten krajowy katalog kosmetyków powinien mieć otwarty charakter – wprowadzona nowelą do u. o k. z 2003 r. zmiana w art. 2 ust. 2 u. o k. polegająca na dodaniu słowa „najczęściej” („najczęściej występujące kategorie produktów będących kosmetykami”) jest wyjściem naprzeciw temu postulatowi. Oczywiście wydaje się w tej sytuacji stwierdzenie, że katalog kosmetyków ustalony w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 2 ust. 2 u. o k. nie ma za zadanie zastępować ustawowej definicji „kosmetyku”, ma natomiast być dodatkowo pomocny dla podmiotów stosujących prawo, stanowiąc „doprecyzowanie” tejże definicji¹¹⁷, innymi słowy, dodatkową definicję przez desygnaty, która uzupełnia definicję sformułowaną w art. 2 ust. 1 u. o k.

VIII. POJĘCIE KOSMETYKU *DE LEGE FERENDA*

Dyrektywa o kosmetykach ujrzała światło dzienne w 1976 r. i choćby z tego względu w ostatnich latach coraz bardziej aktualne stawało się pytanie o jej przystawalność do zmienionych warunków konkurencji na rynku kosmetyków, stanu zaawansowania budowy wspólnego rynku, warunków konkurencji międzynarodowej czy stanu wiedzy naukowej o składnikach kosmetyków i sposobie ich oddziaływania na ciało człowieka. Co więcej, w ciągu ponad 30 lat obowiązywania dyrektywa o kosmetykach znowelizowana została blisko 50 razy, przy czym nie zawsze w procesie nowelizacji udawało się dochować wymogu spójności regulacji. Komisja Europejska, mając te fakty na uwadze, wdrożyła w 2005 r. proces przeglądu wspólnotowych ram regulacyjnych w zakresie obrotu kosmetykami, traktując go jako część tzw. strategii lizbońskiej, której założeniem jest m.in. dokonanie przeglądu obowiązującego ustawodawstwa pod kątem obecności przepisów powodujących nadmierne zwiększenie obciążeń regulacyjnych, uproszczenie prawa i uczynienie go bardziej operatywnym, a przez to tym bardziej efektywnym w stosowaniu¹¹⁸. Na początku lutego 2008 r. opublikowany

¹¹⁵ Por. Komisja Europejska, *Manual on the scope...*, s. 5, pkt 20–21.

¹¹⁶ Zob. też pkt 10 preambuły projektu rozporządzenia powołanego w przyp. 117.

¹¹⁷ *Projekt ustawy o kosmetykach – uzasadnienie*, druk sejmowy Sejmu III Kadencji nr 2281 z 16 października 2000 r., s. 19.

¹¹⁸ Zob. Komisja Europejska, *Communication of the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions –*

został przez Komisję Europejską i poddany procedurze legislacyjnej w trybie kodecyzji projekt rozporządzenia mającego zastąpić dyrektywę, a tym samym doprowadzić – co wynika już z samego charakteru instrumentu prawnego, jakim jest rozporządzenie wspólnotowe – do ujednolicenia administracyjnoprawnych wymogów w zakresie obrotu kosmetykami na obszarze Wspólnego Rynku¹¹⁹. Projektowane rozporządzenie przejmuje – z niewielkimi zmianami mającymi redakcyjny charakter – definicję pojęcia „kosmetyk” z aktualnie obowiązującego art. 1 ust. 1 dyrektywy 76/768 (art. 2 ust. 1 lit. a projektowanego rozporządzenia), jednocześnie jednak wzbogacone zostaje w porównaniu z dyrektywą o przepis art. 1 ust. 2 (stanowiący pochodną pkt 5 preambuły dyrektywy 76/768), zgodnie z którym nie jest produktem kosmetycznym w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a projektowanego rozporządzenia substancja lub mieszanina substancji przeznaczona do spożywania, wdychania, wstrzykiwania lub wszczepiania do ciała ludzkiego. Tym samym dalszemu wzmocnieniu ulec ma zasada, wedle której produkty aplikowane podskórnie wdychane lub spożywane nie mają charakteru produktów kosmetycznych, choćby pełniły funkcje kosmetyczne. Można się też spodziewać, że w sytuacji gdy ramy regulacyjne w omawianym zakresie ulegną ujednoliceniu, pojęcie „kosmetyku” stanie się przedmiotem bardziej zdecydowanych wypowiedzi sądów, a jego granice ulegną wyostreniu, ponieważ nieaktualny stanie się argument o braku harmonizacji, mogący stanowić podstawę do utrzymywania się odrębności krajowych w zakresie definiowania pojęcia „kosmetyk” i związanej z tym fragmentacji rynku.

COSMETIC: ANALYSIS OF THE NOTION FOR REGULATORY PURPOSES

The article is a thorough analysis of the notion of “cosmetic” in light of the Council Directive 76/768/EEC on cosmetics, the Polish Act of 2001 on cosmetics, ECJ case law and European Commission guidance documents. It first sets the criteria for products classification and the general guidelines for delineating borders between the products for regulatory purposes. Then the meaning of the word “cosmetic” is discussed, the nature of cosmetic as a substance (or mixture of substances) and the distinction between the cosmetic-as-substance and the cosmetic product. It is followed by discussion of distinctions between the cosmetic and the medicinal product (this including the issues of “cosmeceuticals” and “aromatherapy”), the cosmetic and the biocidal product, the cosmetic and food, the cosmetic and the toy, the cosmetic and washing products. References are

Implementing the Community Lisbon programme: A strategy for the simplification of the regulatory environment, COM (2005) 0535 final; Komisja Europejska, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union*, SEC(2005) 175, COM (2005) 0097 final.

¹¹⁹ Komisja Europejska, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on cosmetic products*, Brussels, 5.2.2008COM(2008)49 final.

being made here also to the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on cosmetic products of February 2008, which shall replace the Council Directive 76/768/EEC in nearby future.

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 ŻWIAT 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 informacje 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.

WARUNKI PRENUMERATY „RUCH” SA

Prenumerata krajowa

Przez „RUCH” SA – wpłaty na prenumeratę przyjmują jednostki kolportażowe „RUCH” SA właściwe dla miejsca zamieszkania. Termin przyjmowania wpłat na prenumeratę krajową do 5 każdego miesiąca poprzedzającego okres rozpoczęcia prenumeraty.

Prenumerata opłacana w złotych ze zleceniem wysyłki za granicę

Informacji o warunkach prenumeraty i sposobie zamawiania udziela „RUCH” SA **Oddział Krajowej Dystrybucji Prasy, 01-248 Warszawa, ul. Jana Kazimierza 31/33**, Warszawa, telefony 022 5328-731 – prenumerata płatna w walucie obcej; 022 5328-816, 022 5328-734, 022 5328-819 – prenumerata płatna w PLN; infolinia 0-800-1200-29, wpłaty w PLN na konto w banku

PEKAO SA IV O/Warszawa
68124010531111000004430494

lub kasie Oddziału.

Dokonując wpłaty na prenumeratę w banku czy też w urzędzie pocztowym, należy podać: nazwę zamawiającej firmy, nazwę banku, numer konta, czytelny pełny adres odbiorcy za granicą, okres prenumeraty, rodzaj wysyłki (pocztą priorytetową czy ekonomiczną) oraz zamawiany tytuł.

Warunkiem rozpoczęcia wysyłki prenumeraty jest dokonanie wpłaty na nasze konto.

Prenumerata opłacana w dewizach przez odbiorcę z zagranicy

przelewem na nasze konto w banku

SWIFT banku: PKOPPLPWWA4

w USD PEKAO SA IV O/Warszawa IBAN PL54124010531787000004430508

w EUR PEKAO SA IV O/Warszawa IBAN PL46124010531978000004430511

po dokonaniu przelewu prosimy o przesłanie kserokopii polecenia przelewu z podaniem adresu i tytułu pod numer faksu +48 22 532-87-32.

Opłaty za prenumeratę można dokonać **czekiem** wystawionym na firmę „**RUCH SA OKDP**” i przesłanym razem z zamówieniem listem poleconym na nasz adres jw.

Informujemy, że klienci płacący z zagranicy mogą też dokonać wpłaty na prenumeratę **kartami kredytowymi VISA i MASTERCARD** w Internecie <http://www.ruch.pol.pl>.

Poza prenumeratą bieżące i archiwalne egzemplarze kwartalnika „Studia Prawnicze” dostępne są w sprzedaży wysyłkowej prowadzonej przez wydawcę (WN „Scholar”, ul. Krakowskie Przedmieście 62, 00-322 Warszawa; tel. 022 826-59-21, 022 828-95-63, www.scholar.com.pl, tam też pełne spisy treści zeszytów archiwalnych oraz możliwość zakupu pojedynczych artykułów w pdfach). Płatność przelewem po otrzymaniu przesyłki wraz z fakturą.

VAT 0% – rozporządzenie Ministra Finansów z 22.12.2000, Dz.U. Nr 121, poz. 1297, pkt 1289.

Cena 18,00 zł (VAT 0%)

ISSN 0039-3312



9 770039 331000

INDEKS 376620