

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Ochrona praw mniejszości narodowych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Komitetu Praw Człowieka ONZ – analiza porównawcza
- Przemiany własności w rolnictwie – kontekst systemowy z perspektywy prawa krajowego i unijnego
- Nowa dyrektywa tytoniowa w świetle postanowień Konstytucji RP
- Deficyty polskiego ustawodawstwa w zakresie przeciwdziałania mowie nienawiści i przestępstwom z nienawiści
- Prawo do poznania matki biologicznej według krajowego prawa rodzinnego
- Uwarunkowania ochrony wolności osobistej świadka w procesie karnym
- Współczesne rozumienie pojęcia międzynarodowego prawa gospodarczego

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (197) 2014

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2014



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

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

**Czasopismo znajduje się na liście czasopism naukowych Ministerstwa Nauki
i Szkolnictwa Wyższego z 2012 r. z liczbą 6 punktów za publikację.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów
ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, uzgodniła z Redakcją czasopisma
THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL OF SOCIAL AND HUMANITIES (CEJSH)
internetową publikację ich angielskich streszczeń.

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

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

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

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

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

mgr Grażyna Baranowska

Instytut Nauk Prawnych PAN

OCHRONA PRAW MNIEJSZOŚCI NARODOWYCH W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA ORAZ KOMITETU PRAW CZŁOWIEKA ONZ – ANALIZA PORÓWNAWCZA	7
1. Wstęp	7
2. Skargi indywidualne – ETPCz oraz KPCz	8
3. Pisownia imion i nazwisk	9
4. Edukacja	14
5. Efektywny udział w życiu politycznym	22
6. Podsumowanie	26
PROTECTION OF THE NATIONAL MINORITIES – A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE CASE LAW	28

prof. dr hab. Alina Jurcewicz, mgr Paweł Popardowski

Instytut Nauk Prawnych PAN

PRZEMIANY WŁASNOŚCI W ROLNICTWIE – KONTEKST SYSTEMOWY Z PERSPEKTYWY PRAWA KRAJOWEGO I UNIJNEGO	29
I.	29
II.	30
III.	32
IV.	34
V.	35
VI.	41
VII.	44
VIII.	49
IX.	52
X.	54
XI.	55
XII.	58
XIII.	61
XIV.	63
XV.	69
XVI.	71
TRANSFORMATION OF PROPERTY IN AGRICULTURE – SYSTEM CONTEXT FROM PERSPECTIVE OF POLISH AND EU LAW	72

Łukasz Gruszczyński, Michał Ziółkowski

Instytut Nauk Prawnych PAN

NOWA DYREKTYWA TYTONIOWA W ŚWIELE POSTANOWIEŃ KONSTYTUCJI RP	73
1. Wprowadzenie	73
2. Nowa dyrektywa tytoniowa	75
3. Formalne przesłanki kontroli konstytucyjności	85
4. Identyfikacja problemu konstytucyjnego	93
5. Obowiązek stosowania jednolitych opakowań: ocena konstytucyjności ograniczeń wolności działalności gospodarczej	98
6. Obowiązek stosowania jednolitych opakowań: problematyka ograniczenia praw majątkowych i wyłączenia z praw ze znaku towarowego	103
7. Konkluzje	110
THE NEW TOBACCO PRODUCTS DIRECTIVE IN THE LIGHT OF POLISH CONSTITUTIONAL LAW	111

dr Aleksandra Gliszczyńska-Grabias

Instytut Nauk Prawnych PAN

DEFICYTY POLSKIEGO USTAWODAWSTWA W ZAKRESIE PRZECIWDZIAŁANIA MOWIE NIENAWIŚCI I PRZESTĘPSTWOM Z NIENAWIŚCI	113
1. Wprowadzenie	113
2. Obszar polskiej legislacji i jego najważniejsze deficyty	115
3. Trudna historia projektów zmian Kodeksu karnego	121
4. Swastyka jako symbol szczęścia – praktyka stosowania przepisów Kodeksu karnego przez prokuratury i sądy w Polsce	125
5. Uwagi końcowe	127
TYTUŁ ANGIELSKI	128

dr Dorota Krekora-Zajęc

Uniwersytet Warszawski

PRAWO DO POZNANIA MATKI BIOLOGICZNEJ WE DŁUG KRAJOWEGO PRAWA RODZINNEGO	129
Znaczenie psychologiczne prawa do poznania matki	129
Definicja matki w prawie polskim	132
Ustalenie macierzyństwa w prawie polskim przed wejściem w życie nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 6 listopada 2008 r.	135
Współczesne problemy z ustaleniem macierzyństwa	136
Prawo do ustalenia pochodzenia od matki w przypadku przysposobienia	137
Tajemnica przysposobienia a prawo do poznania swojej matki biologicznej	140
Prawo do poznania matki genetycznej	142
Prawo do poznania matki genetycznej a prawo do prywatności	

matki genetycznej	144
Prawo do poznania matki biologicznej i genetycznej w prawie włoskim i brytyjskim	147
STRESZCZENIE ANGLIJSKI	153

dr hab. Radosław Koper

Uniwersytet Śląski w Katowicach

UWARUNKOWANIA OCHRONY WOLNOŚCI OSOBISTEJ ŚWIADKA W PROCESIE KARNYM	155
1. Uwagi wstępne.....	155
2. Wolność jako kategoria ludzka, społeczna i prawna	156
3. Zakres i specyfika ochrony wolności osobistej świadka w procesie karnym	166
4. Standard konstytucyjny i konwencyjny a ochrona wolności osobistej świadka w procesie karnym	175
5. Uwagi podsumowujące.....	179
THE CONDITIONINGS OF PROTECTION OF WITNESS'S PERSONAL LIBERTY IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....	180

dr Bartosz Ziemblicki

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

WSPÓŁCZESNE ROZUMIENIE POJĘCIA MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA GOSPODARCZEGO	181
1. Międzynarodowe prawo gospodarcze a prawo międzynarodowe gospodarcze i prawo gospodarcze międzynarodowe.....	182
2. Międzynarodowe prawo gospodarcze a prawo międzynarodowe publiczne, międzynarodowe prawo biznesu i prawo prywatne międzynarodowe	184
3. Międzynarodowe prawo gospodarcze a transnarodowe prawo gospodarcze	189
4. Międzynarodowe prawo gospodarcze publiczne a międzynarodowe prawo gospodarcze prywatne	190
5. Międzynarodowe prawo gospodarcze a międzynarodowe prawo handlowe i międzynarodowe prawo finansowe.....	191
Podsumowanie	193
MODERN UNDERSTANDING OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW	194
Informacje dla Autorów.....	195

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (197) 2014
Warszawa 2014

Grażyna Baranowska ■

OCHRONA PRAW MNIEJSZOŚCI NARODOWYCH W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA ORAZ KOMITETU PRAW CZŁOWIEKA ONZ – ANALIZA PORÓWNAWCZA

1. Wstęp

Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej ETPCz lub Trybunał) oraz Komitet Praw Człowieka ONZ (dalej KPCz lub Komitet) orzekają w sprawie skarg indywidualnych zarzucających naruszenie przez państwa odpowiednio Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹ oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych². Zakres przedmiotowy skarg obejmuje m.in. naruszenia praw osób należących do mniejszości narodowych. Celem niniejszego artykułu jest analiza porównawcza wyroków ETPCz oraz decyzji KPCz dotyczących praw mniejszości narodowych. Prezentacja całości orzecznictwa wykracza niewątpliwie poza objętość jednego artykułu. Z uwagi na wagę poruszanej problematyki analiza została zawężona do trzech wybranych tematów: pisowni imion i nazwisk, edukacji oraz udziału w życiu politycznym.

¹ www.echr.coe.int, 28.01.2013.

² <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>, 28.01.2013.

2. Skargi indywidualne – ETPCz oraz KPCz

Jurysdykcji ETPCz podlega aktualnie 47 państw, w tym od 1 maja 1993 roku Polska³. Do Trybunału wpływa ogromna ilość skarg, jednak ponad 90% nie zostaje uznane za dopuszczalne i nie jest rozpatrywane. Trybunał do dnia dzisiejszego wydał już ponad 15 000 wyroków. Konwencja bezpośrednio odnosi się do mniejszości narodowych jedynie w zakresie zakazu dyskryminacji w art. 14 oraz art. 1.1 protokołu 12, lecz ochrona przewidziana w kilku artykułach odnosi się – zgodnie z orzecznictwem Trybunału – również do praw osób należących do mniejszości narodowych⁴. W ramach Rady Europy podnoszono propozycje protokołu dodatkowego do Konwencji, gwarantującego prawa mniejszości narodowych, lecz dotychczas nie udało się osiągnąć dla niego wystarczającego poparcia⁵. Zgodnie z art. 34 Konwencji skargi indywidualne mogą składać osoby fizyczne, organizacje pozarządowe oraz grupy jednostek, niemniej zdecydowana większość skarg jest składana przez osoby fizyczne. Przykładem skargi złożonej przez grupę osób pochodzących z mniejszości narodowych jest skarga *Muonio Saami Village* przeciwko Szwecji⁶, której autorem była ludność tubylcza Saami zamieszkująca jedną wioskę.

Komitet Praw Człowieka rozpatruje sprawozdania składane przez 162 państwa-strony Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej Pakt) na temat przestrzegania praw wynikających z Paktu. Ponadto obywatele 115 państw-stron Paktu, które ratyfikowały pierwszy protokół fakultatywny, mogą składać skargi indywidualne o naruszenie postanowień Paktu. Polska ratyfikowała go w 1991 roku⁷. Komitet w przeciwieństwie do ETPCz nie jest stałym organem, zbiera się 3 razy do roku, aby rozpatrywać skargi i sprawozdania. Obywatele państw-stron składają też do tego organu znacznie mniej skarg, do

³ Więcej na temat systemu ochrony praw człowieka w ramach Rady Europy: A. Bisztyga, *Ochrona praw człowieka w systemie Rady Europy*, w: B. Banaszak i inni, *System ochrony Praw człowieka*, s. 117–165.

⁴ W szczególności art. 5.2, 6.3, 8, 9, 10, 11, 14 Konwencji, art 2, 3 Prot. 1. Por.: *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, Research Division, Strasburg 2011, s. 9–16.

⁵ *Report: An additional protocol to the European Convention on Human Rights on national minorities*, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Parliamentary Assembly, Council of Europe, November 2011.

⁶ Decyzja o skreśleniu z listy skarg z dnia 9 stycznia 2001, skarga 28222/95 *Muonio Saami Village przeciwko Szwecji*.

⁷ Więcej na temat systemu ochrony praw człowieka w ramach ONZ: R. Wieruszewski, *ONZ-owski system ochrony praw człowieka*, w: B. Banaszak i inni, *System ochrony Praw człowieka*, s. 57–116; A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka, kompetencje, funkcjonowanie, orzecznictwo*, Warszawa 1994.

kwietnia 2012 zostało ich złożonych łącznie 2145, a Komitet wydał 915 decyzji⁸. Komitet jest jednym z dziewięciu organów traktatowych ONZ, w siedmiu⁹ z nich funkcjonuje mechanizm skargi indywidualnej, w związku z czym członkowie mniejszości narodowych w zakresie naruszeń ich praw mogą również składać skargi do innych Komitetów¹⁰. Ochronę praw osób należących do mniejszości narodowych zapewnia art. 27 Paktu, stanowiący: *W tych Państwach, w których istnieją mniejszości etniczne, wyznaniowe lub językowe, osoby należące do tych mniejszości nie będą pozbawione prawa do tego, aby wspólnie z innymi członkami swojej grupy pielęgnować własną kulturę, wyznawać i praktykować własną religię oraz posługiwać się własnym językiem*¹¹. Podobnie jak w Konwencji, prawa osób należących do mniejszości narodowych są chronione również przez gwarancje zawarte w innych artykułach¹². Do artykułów Paktu państwo w chwili ratyfikacji może złożyć zastrzeżenia i deklaracje. Francja na przykład zadeklarowała, że wspomniany art. 27 Paktu nie ma do niej zastosowania¹³.

3. Pisownia imion i nazwisk

Imiona i nazwiska mają szczególne znaczenie dla osób należących do mniejszości narodowych, ponieważ mają silny związek z językiem i tożsamością

⁸ Statistical survey of individual complaints dealt with by the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (23 April 2012), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/procedure.htm>, 28.01.2013.

⁹ Komitet Praw Człowieka, Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, Komitet Przeciwno Torturom, Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet, Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych, Komitet ds. Wymuszonych Zaginięć, Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych.

¹⁰ M.in. do Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, por. np. *UN minority rights: international standard and guidance for implementation*, United Nations Human Rights Office, New York and Geneva 2010, s. 19.

¹¹ Więcej na temat art. 27 Paktu: R. Wieruszewski, *Artykuł 27. Ochrona mniejszości*, w: R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych*, s. 682–695.

¹² Głównie w art. 1, 2.1, 12, 17, 18, 19, 20, 22, 25, 26. Komitet rozpatruje jedynie skargi wniesione na artykuły z rozdziału 3 Paktu, w związku z czym skargi mogą dotyczyć jedynie art. 6–27. Por. Odpowiednie rozdziały w R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych*.

¹³ (...) (8) *In the light of article 2 of the Constitution of the French Republic, the French Government declares that article 27 is not applicable so far as the Republic is concerned.* http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en%23EndDec

jednostki, a także wskazują na więzi z rodziną i szerszą społecznością. Dlatego pisownia imion i nazwisk była wielokrotnie przedmiotem skarg składanych przez osoby należące do mniejszości narodowych, zarówno do ETPCz, jak i do KPCz. Podstawą prawno-traktatową było naruszenie prawa do życia prywatnego (odpowiednio art. 8 Konwencji oraz 17 Paktu). Wpisuje się to w ogólny trend interpretacyjny Trybunału i Komitetu w stosunku do prywatności, który wykracza poza tradycyjne aspekty ochrony autonomii jednostki, akcentując szerszy zewnętrzny kontekst odnoszący się do swobody kształtowania relacji jednostki z innymi osobami¹⁴.

Komitet odniósł się do znaczenia, jakie imię i nazwisko ma dla jednostki, w decyzji¹⁵, w której skarżący powoływali się na to, że zakaz zmiany imienia i nazwiska na hinduskie stanowi naruszenie art. 17: „*The Committee observes that article 17 provides, inter alia, that no one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence. (...) The Committee is of the view that a person's surname constitutes an important component of one's identity and that the protection against arbitrary or unlawful interference with one's privacy includes the protection against arbitrary or unlawful interference with the right to choose and change one's own name*”¹⁶. Podobnie ETPCz w wielu wyrokach podkreślał, że choć Konwencja nie zawiera bezpośredniego odniesienia do imion, to kwestia ta dotyczy życia prywatnego i rodzinnego: „*The Court notes that Article 8 does not contain any explicit reference to names. Nonetheless, since it constitutes a means of personal identification and a link to a family, an individual's name does concern his or her private and family life*”¹⁷.

W sprawie *Güzel Erdagöz przeciwko Turcji*¹⁸ Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji w związku z brakiem zgody na zmianę imienia skarżącej na brzmienie zgodne z językiem mniejszości narodowej. Skargę wniosła urodzona w 1930 roku Kurdyjka pochodząca ze wschodu Turcji. Próbowwała w 2001 roku bezskutecznie zmienić zapis swojego imienia z Güzel na Gözel, uzasadniając

¹⁴ A. Gliszczyńska-Grabias, K. Sękowska-Kozłowska, *Artykuł 17. Prawo do prywatności*, w: R. Wieruszewski (red.), s. 371–374; G. Pentassuglia, *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law. A Comparative Perspective*, s. 66–68.

¹⁵ Decyzja Komitetu Praw Człowieka z dnia 31 października 1994 w sprawie 453/1991 *Coeriel i Aurik przeciwko Holandii*.

¹⁶ Ibidem pkt 10.2.

¹⁷ Wyrok ETPCz, z dnia 25 listopada 1994, skarga 18131/91 *Stjerna przeciwko Finlandii*, par. 37, por. również: Wyrok ETPCz z dnia 2 czerwca 2005, w sprawie 77785/01 *Znamenskaya przeciwko Rosji*, par. 23.

¹⁸ Wyrok ETPCz z dnia 21 października 2008, w sprawie 37483/02 *Güzel Erdagöz przeciwko Turcji*.

to tym, że całe jej otoczenie zawsze tak na nią mówiło. Sąd odmówił, ponieważ wybrana przez skarżącą forma imienia „gözel” bazuje na lokalnej formie wymowy tureckiego słowa „güzel” (pięknie) i nie figuruje w słowniku języka tureckiego. Güzel Erdagöz wniosła skargę do Trybunału, podnosząc, że jej imię o kurdyjskim pochodzeniu zostało sturczone, w związku z czym jest ona ofiarą dyskryminacji ze względu na język i przynależność do mniejszości narodowej. ETPCz stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji, zauważając, że odmowa ze strony tureckiego sądu nie miała jasnej podstawy prawnej ani wystarczającego i istotnego uzasadnienia i w związku z tym nie mogła być uznana za ‘konieczną w demokratycznym społeczeństwie’. Trybunał w uzasadnieniu podkreślił więc, że naruszenie przez Turcję Konwencji wynika nie z samej niezgody na zapis nazwiska zgodnie z lokalną (mniejszościową) wymową, ale ze względu na towarzyszące temu okoliczności prawne i faktyczne.

Fakt, że art. 8 Konwencji nie gwarantuje przedstawicielom mniejszości narodowych *per se* zapisu imienia zgodnie z ich językiem, podkreślił Trybunał w skardze *Kemal Taşkın i inni przeciwko Turcji*¹⁹, w której ośmiu kurdyjskich skarżących skarżyło się na decyzje zabraniające im zmiany tureckich imion na kurdyjskie. W tej sytuacji chodziło jednak o całkowitą zmianę imion – przykładowo *Kemal* (tur. doskonałość) na *Dilxwaz* (kurd. pożądany), które ponadto zawierały litery niewystępujące w alfabecie tureckim: q, w, ou, x. Trybunał stwierdził, że w tym wypadku nie doszło do naruszenia Konwencji, ponieważ brak zgody na zmianę imion wynikał z występowania w nich liter niewystępujących w języku tureckim. Takie ograniczenie w zakresie nadawania imion Trybunał uznał za uzasadnione.

W innej skardze dotyczącej imion mniejszościowych, *Stjerna przeciwko Finlandii*, Trybunał podniósł, że jeśli skarżący chce zmienić nazwisko, musi przedstawić przekonujące argumenty zarówno w kwestii niedogodności, których w związku z posiadanym nazwiskiem doświadcza, jak i związek z wybranym nowym. Przedstawicielowi mniejszości szwedzkiej żyjącemu w Finlandii nie zezwolono na zmianę nazwiska ze „Stjerna” na „Tavaststjerna”, którym posługiwali się jego przodkowie w XVIII wieku. Trybunał uznał, że 200 lat to na tyle dużo, że nie można przykładać zbytniego znaczenia do więzi rodzinnych łączących go z przodkami, którzy posługiwali się tym nazwiskiem²⁰. W kwestii niedogodności związanych z posiadanym nazwiskiem Trybunał uznał, że skarżący nie wykazał, iż są one bardziej znaczące niż doświadczone przez dużą ilość osób w dzisiejszej

¹⁹ Wyrok ETPCz z dnia 2 lutego 2010, w sprawie 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05, 45609/05 *Kemal Taşkın i inni przeciwko Turcji*.

²⁰ *Stjerna przeciwko Finlandii*, par. 43.

Europie: „(...) any more significant than those experienced by a large number of people in Europe today, where movement of people between countries and language areas is becoming more and more commonplace”²¹. ETPCz podkreślił również fakt, że Stjerna miał wiele możliwości prawnych zmiany nazwiska, z których nie skorzystał²². Na istniejące krajowe rozwiązania prawne, z których mógł skorzystać skarżący, Trybunał wskazał również w wyroku w sprawie *Bulgakov przeciwko Ukrainie*²³. Skargę wniósł Rosjanin mieszkający na Ukrainie, którego imię Dmitriy (Дмитрий) zostało zapisane na określonych stronach w paszporcie w wersji Dmytro (Дмитро) i sąd nie zgodził się na zmianę imienia w tym miejscu w dokumencie. Trybunał nie stwierdził naruszenia, uznając, że ukraińska wersja imienia Dmitriy Bulgakov była stosowana wobec skarżącego już dłuższy czas w oficjalnych dokumentach, on zaś nie skorzystał ze specjalnej procedury zmiany imienia²⁴.

Kilka lat po tym wyroku, w 2011 Komitet Praw Człowieka rozstrzygał w zbliżonej sprawie *Leonid Raihman przeciwko Łotwie*²⁵. Podobnie jak w skardze *Bulgakov przeciwko Ukrainie*, skarżący był przedstawicielem mniejszości rosyjskiej w kraju postsowieckim, w którym wprowadzono ustawodawstwo zmierzające do zmian imion i nazwisk. W tej sytuacji skarga dotyczyła zmiany zarówno imienia, jak i nazwiska, a skarżący był członkiem mniejszości rosyjsko-żydowskiej. Urodzonemu w 1959 roku skarżącemu, w wyniku dostosowania nazw własnych do reguł języka łotewskiego, w 1998 roku zamieniono imię i nazwisko z „Leonid Raihman” na „Leonîds Raihmans”. Autor skargi podkreślił, że forma ‘wygląda i brzmi dziwnie’ i nie przypomina ani żydowskiego, ani rosyjskiego, ani łotewskiego imienia, co między innymi wywołuje problemy w jego życiu codziennym i utrudnia relacje z innymi członkami mniejszości²⁶. Komitet uznał w tym wypadku odgórną zmianę imienia i nazwiska za nieuzasadnioną i stanowiącą arbitralną ingerencję w życie prywatne skarżącego oraz stwierdził naruszenie art. 17 Paktu²⁷.

W 2007 roku Komitet uznał za niedopuszczalną skargę wniesioną przez członka mniejszości polskiej na Litwie²⁸. Autor, którego imię oficjalnie było

²¹ Ibidem, par. 42.

²² Ibidem, par. 44.

²³ Wyrok ETPCz z dnia 11 września 2007 w sprawie 59894/00 *Bulgakov przeciwko Ukrainie*.

²⁴ Ibidem, par. 54.

²⁵ Decyzja KPCz z dnia 28 października 2011 w sprawie 1621/2007 *Leonid Raihman przeciwko Łotwie*.

²⁶ Ibidem, pkt 3.1.

²⁷ Ibidem, pkt 8.3.

²⁸ Decyzja KPCz o niedopuszczalności z dnia 24 lipca 2007 w sprawie 1285/2004

zapisywane jako Michał Kleckovski, chciał zmienić zapis na Michał Kleczkowski lub, co sam zaproponował, zważając na to, że w języku litewskim nie ma liter „ł” i „w”, jako Michal Kleczkovski²⁹. Skarżący, podobnie jak później Leonid Raihman, podnosił fakt, że imię to ‘wygląda i brzmi dziwnie’, nie będąc ani formą polską, ani litewską. Argumentował również, że ma problemy z udowodnieniem związków z rodziną mieszkającą za granicą oraz że w wielu krajach, między innymi w Austrii, Francji i Stanach Zjednoczonych, jego nazwisko uznawane jest w zapisie Kleczkowski³⁰. KPCz uznał skargę za niedopuszczalną – odnosząc się do zarzutu, że nazwisko skarżącego powinno być napisane polskimi literami, stwierdził, że autor skargi nie ma podstaw do roszczeń („*author has not substantiated any claim under the Covenant*”)³¹. W stosunku do twierdzenia skarżącego, że zapis jego nazwiska powinien być tak zmieniony, by odzwierciedlać polskie pochodzenie (Kleczkovski), Komitet uznał, że autor nie wyczerpał drogi krajowej w zakresie zmiany zapisu nazwiska (jedynie złożył podanie do organów administracji w celu zmiany nazwiska, nie zaskarżając decyzji organów)³². Komitet analizując stan faktyczny, zauważył, że choć zapis ortograficzny różni się w wersji polskiej i litewskiej, to wymowa pozostaje taka sama – trudno zatem jednoznacznie powiedzieć, jaka byłaby decyzja Komitetu, gdyby skarżący wyczerpał drogę krajową. Bardzo podobna skarga, wniesiona przez wuja skarżącego, Tadeusa Kleckovskiego, została uznana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka za nieuzasadnioną i w związku z tym niedopuszczalną (*manifestly ill-founded and not disclosing any appearance of a violation of article 8*) 31 maja 2001³³.

W kwestii używania imion i nazwisk w zapisie i brzmieniu języka mniejszości narodowej ETPCz oraz KPCz przyjęły więc bardzo zbliżone stanowisko: jest ono chronione w ramach prawa do życia prywatnego, ale ochrona ta jest bardzo ograniczona. Z pewnością nie obejmuje prawa do zapisu imienia literami nie występującymi w alfabecie danego państwa³⁴. Ponadto oba organy badają cel ograniczeń – najczęściej ochronę języka państwowego – oraz to, czy niedogodność dla skarżącego była racjonalna i proporcjonalna. W wypadku stwierdzenia, że ograniczenia były arbitralne, zarówno Trybunał, jak i Komitet stwierdzają naruszenie praw skarżącego³⁵.

Kleckovski przeciwko Litwie.

²⁹ Ibidem, pkt 3.4.

³⁰ Ibidem, pkt 3.3.

³¹ Ibidem, pkt 8.3.

³² Ibidem, pkt 8.4.

³³ Ibidem, pkt 4.5.

³⁴ KPCz: *Kleckovski przeciwko Litwie.*, ETPCz: *Kemal Taşkın i inni przeciwko Turcji.*

³⁵ KPCz: *Coeriel i Aurik przeciwko Holandii*, ETPCz: *Güzel Erdagöz przeciwko Turcji.*

4. Edukacja

W dobie powszechnej i obowiązkowej edukacji nabiera ona bardzo istotnego znaczenia dla zachowania tożsamości mniejszości narodowych³⁶. Pakt wspomina o edukacji w art. 18.4, który mówi o poszanowaniu wolności rodziców lub opiekunów prawnych do zapewnienia swym dzieciom wychowania religijnego i moralnego zgodnego z własnymi przekonaniami („*ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions*”). Ponadto w Komentarzu Ogólnym do art. 18 Komitet zastrzegł, że nie może to zostać ograniczone przez państwa³⁷. Konwencja nie zawiera żadnych artykułów dotyczących edukacji, ale już pierwszy protokół z 1952 roku zawiera artykuł gwarantujący prawo do nauki, w którym ujęto bardzo podobne do art. 18.4 Paktu sformułowanie odnoszące się do praw rodziców: „*Nikt nie może być pozbawiony prawa do nauki. Wykonując swoje funkcje w dziedzinie wychowania i nauczania, Państwo uznaje prawo rodziców do zapewnienia tego wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi*”³⁸. Żaden z dokumentów nie gwarantuje więc nauczania w wybranym języku. Również orzecznictwo Komitetu i Trybunału, poza jednym wyjątkiem, wskazuje na to, że chronione jest jedynie prawo do wychowania religijnego, a nie do edukacji w języku mniejszości.

Dotychczas Trybunał rozpatrywał 36 skarg, w których autorzy powoływali się na naruszenie art. 2 pierwszego protokołu dodatkowego. Z tych skarg 14 dotyczyło naruszeń praw wobec osób należących do mniejszości narodowych (choć nie zawsze miały one status mniejszości), a kolejnych 12 dotyczyło wolności wyznania w szkołach, w zdecydowanej większości wniesionych również przez osoby należące do mniejszości. Pokazuje to, że mimo braku bezpośredniego odniesienia do edukacji mniejszościowej, artykuł ten jest wyjątkowo ważny dla osób należących do mniejszości narodowych. W aspekcie prawa do edukacji członków mniejszości narodowych ważne są również wyroki ETPCz w sprawie dostępu dzieci romskich do szkół. Skarg do Komitetu dotyczących edukacji było znacznie mniej³⁹ i dotyczyły stricte edukacji religijnej oraz wychowania moralnego.

³⁶ P. Thornberry, *Education*, w: M. Weller (red.), *Universal Minority Rights. A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Nowy Jork 2007, s. 325–363.

³⁷ Komentarz Ogólny Komitetu Praw Człowieka nr 22 z dnia 30 lipca 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4., par. 8.

³⁸ Art. 2, 1 protokołu dodatkowego do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

³⁹ Decyzja KPCz z dnia 9 kwietnia 1991, w sprawie 040/1978 *Erkki Juhanni Hartikainen, w swoim imieniu i w imieniu innych przeciwko Finlandii*; Decyzja o niedopusz-

4.1. Lekcje religii

W sprawie obowiązkowych lekcji religii, ETPCz i KPCz wyznaczyły bardzo podobny standard, który ma duże znaczenie dla osób należących do wyznań mniejszościowych. ETPCz rozstrzygał skargę członka mniejszości religijnej, który nie miał możliwości zwolnienia dziecka z obowiązkowej lekcji religii⁴⁰. Trybunał, badając treści przekazywane w podręczniku oraz podstawę programową przedmiotu, doszedł do wniosku, że nie spełniają kryteriów obiektywności i pluralizmu⁴¹, w związku z czym naruszone zostały prawa skarżącego gwarantowane w art. 2 pierwszego protokołu dodatkowego. Podobnie Komitet w decyzji *Erkki Juhanni Hartikainen w swoim imieniu i w imieniu innych przeciwko Finlandii* stwierdził, że jeśli nauczanie religijne jest obowiązkowe, musi być prowadzone w sposób neutralny i obiektywny⁴².

W innej ważnej skardze do Komitetu, *Arieh Hollis Waldman przeciwko Kanadzie*, skarżący podnosił, że finansowanie przez państwo szkół katolickich, a już nie szkół innych wyznań – w jego sytuacji chodziło o żydowską – jest naruszeniem Paktu. Komitet stwierdził naruszenie art. 26 (zakaz dyskryminacji) i nie uznał za konieczne rozpatrywania naruszenia art. 18.⁴³ Komitet, argumentując, powołał się między innymi na to, że państwa nie mają obowiązku finansować szkół prywatnych, ale jeśli to robią, musi się to odbywać bez dyskryminacji: „*In this context, the Committee observes that the Covenant does not oblige States parties to fund schools which are established on a religious basis. However, if a State party chooses to provide public funding to religious schools, it should make this funding available without discrimination*”⁴⁴.

4.2. Język nauczania

O ile standard dotyczący nauczania religii wynika jasno z Paktu i Konwencji oraz z ich interpretacji przez ETPCz i KPCz, to kwestia nauczania

czalności KPCz dnia 26 października 1995 w sprawie 472/1991 *J. P. L., w swoim imieniu i w imieniu swoich synów, M. i A., przeciwko Francji*; Decyzja KPCz z dnia 3 listopada 1999 w sprawie 694/1996 *Arieh Hollis Waldman przeciwko Kanadzie*, Decyzja KPCz z dnia 23 listopada 2003 w sprawie 1155/2003 *Unn i Ben Leirvåg, ich córka Guro, Richard Jansen i jego córka Maria, Birgit i Jens Orning i córka Pia Suzanne oraz Irene Galåen i Edwin Paulsen i ich syn Kevin Johnny Galåen przeciwko Norwegii*.

⁴⁰ Wyrok ETPCz z dnia 9 października 2007, w sprawie 1448/04 *Hasan i Eylem Zengin przeciwko Turcji*.

⁴¹ Ibidem, par. 70.

⁴² *Erkki Juhanni Hartikainen*, pkt 10.4.

⁴³ *Arieh Hollis Waldman przeciwko Kanadzie*, pkt 10.7.

⁴⁴ Ibidem, pkt 10.6.

w językach mniejszościowych nie została w nich ujęta. Również orzecznictwo wskazuje co do zasady na to, że państwa nie muszą prowadzić nauczania w innym niż oficjalny języku. Pierwsza skarga do ETPCz dotycząca prawa do edukacji w konkretnym języku, rozstrzygnięta w 1968 roku, dalej jest jedną z najważniejszych spraw dotyczących wyboru języka, w którym jest prowadzona edukacja. W skardze *Belgian Linguistics przeciwko Belgii*⁴⁵ sześciu skarżących podnosiło, że obowiązujące w Belgii przepisy dotyczące języka w edukacji, zakładające, że w regionach flamandzkich językiem edukacji jest flamandzki, we francuskojęzycznych francuski, a w niemieckich niemiecki, naruszają przepisy Konwencji. Rozstrzygając tę kwestię, Trybunał podkreślił, że ani protokół dodatkowy, ani art. 14 nie gwarantują prawa do edukacji w wybranym języku: „*In the present case the Court notes that Article 14, even when read in conjunction with Article 2 of the Protocol, does not have the effect of guaranteeing to a child or to his parent the right to obtain instruction in a language of his choice. The object of these two Articles read in conjunction, is more limited: it is to ensure that the right to education shall be secured by each Contracting Party to everyone within its jurisdiction without discrimination on the ground, for instance, of language*”⁴⁶. Niemniej uzasadnienie Trybunału mówi jednocześnie o tym, że środki podjęte przez Belgię nie są zbyt nieproporcjonalne w stosunku do interesu publicznego („*does not consider that the measures adopted in this matter by the Belgian legislature are so disproportionate to the requirements of the public interest*”)⁴⁷, co oznacza, że gdyby brak możliwości wyboru języka edukacji był nieproporcjonalny wobec okoliczności, oznaczałoby naruszenie art. 14 w związku z art. 2 pierwszego protokołu dodatkowego. Trybunał w wyroku stwierdził, że Belgia nie naruszyła zakazu dyskryminacji ze względu na język, ale że część skarżących była dyskryminowana ze względu na miejsce zamieszkania⁴⁸.

Od czasu tego wyroku Trybunał konsekwentnie powtarza, że Konwencja nie gwarantuje prawa do wyboru języka, w którym ma przebiegać edukacja, również dla mniejszości narodowych. Jedyne dotychczasowy wyjątek stanowi wyrok

⁴⁵ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 12 lipca 1968, w sprawie 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 *Belgian Linguistics przeciwko Belgii*.

⁴⁶ *Belgian Linguistics przeciwko Belgii*, The Law, I, part B, par. 11.

⁴⁷ *Belgian Linguistics przeciwko Belgii*, The Law, I, part B, par. 11, por. również de Varennes, *Linguistic Identity and Language Rights*, w: M. Weller (red.), *Universal Minority Rights. A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Nowy Jork 2007, s. 306–308.

⁴⁸ *Belgian Linguistics przeciwko Belgii*, The Law, I, part B, par. 11.

w skardze *Cypr przeciwko Turcji*⁴⁹. Skarga ta dotyczyła wielu różnych naruszeń, w zakresie edukacji chodziło o prawa mniejszości narodowej Greków cypryjskich mieszkających w enklawach na terenie kontrolowanym przez Turków. Mieli oni możliwość greckojęzycznej edukacji podstawowej, ale nauczanie drugiego stopnia odbywało się jedynie w języku tureckim i angielskim, kontynuować greckojęzyczną edukację mogli na drugiej części wyspy. ETPCz uznał, że w tej szczególnej sytuacji skarżący mieli prawo do szkół drugiego stopnia w języku innym niż oficjalny, podkreślając, że dzieci ukończyły edukację podstawową w języku greckim i władze powinny być świadome tego, że rodzice i dzieci chcą kontynuacji w języku greckim. Ponadto ETPCz powołał się na tradycje językowe greckich Cypryjczyków żyjących w enklawach⁵⁰. Sytuacja na Cyprze charakteryzowała się także tym, że wcześniej istniały tam szkoły drugiego stopnia, które zlikwidowano, oraz podpisana była umowa międzynarodowa zezwalająca Grekom na prowadzenie takiej edukacji na kontrolowanej przez Turków północy⁵¹. W związku z tym wyrok ten nie zmienia linii orzecznictwa Trybunału, a jedynie dotyczy bardzo specyficznej sytuacji, w której państwo miało obowiązek zapewnienia edukacji mniejszościowej.

Kolejna sprawa, dotycząca edukacji na terytorium spornym (Naddniestrze), to skarga *Catan i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*⁵². Skarga dotyczyła nie tyle języka, ile alfabetu używanego do jego zapisu, ponieważ rząd autonomiczny Naddniestrza w 1994 roku zakazał używania alfabetu łacińskiego w szkołach. Na podstawie tych regulacji w 2002 i 2004 roku zamknięto szkoły, w których uczyły się dzieci skarżących i jedynym sposobem, w jakim mogli oni kontynuować naukę w języku mołdawskim i alfabecie łacińskim, było dojeżdżanie do szkół na terytorium kontrolowanym przez Mołdawię, ok. 20 km od miejsca zamieszkania. Trybunał, rozpatrując skargę, zwrócił uwagę na brak możliwości kontynuowania edukacji w języku i alfabecie nauczonym oficjalnie w Naddniestrzu, ponieważ nie ma żadnej instytucji edukacji wyższej, która naucza w języku mołdawskim zapisanym cyrylicą⁵³. Podniósł również, że rodzice uznawali połączenie języka i alfabetu za sztuczne („*in a combination of language and alphabet which they consider artificial and which is unrecognized anywhere else in*

⁴⁹ Wyrok ETPCz z dnia 10 maja 2001 w sprawie 25781/94 *Cypr przeciwko Turcji*.

⁵⁰ Ibidem, par. 278.

⁵¹ Por. np. Geoff, Gilbert, *The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Human Rights Quarterly, Volume 24, Number 3, August 2002, pp. 762–763.

⁵² Wyrok ETPCz z dnia 19 października 2012 w sprawie 43770/04 *Catan i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*.

⁵³ Ibidem, par. 141.

the world")⁵⁴. ETPCz stwierdził, że Rosja naruszyła art. 2 pierwszego protokołu dodatkowego⁵⁵.

Badając skargi *Cypr przeciwko Turcji* oraz *Catan i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, Trybunał poświęcił dużo uwagi dwóm okolicznościom: po pierwsze, szkoły nauczające w innym niż oficjalny języku zostały zlikwidowane, a po drugie, skarżący nie mieli rozsądnej możliwości kontynuowania rozpoczętej nauki. Niemniej obie skargi dotyczą bardzo specyficznych okoliczności i jako takie były też rozpatrywane przez Trybunał, trudno je więc przekładać na inne sytuacje.

Choć więc na mocy Konwencji mniejszościom narodowym nie przysługuje prawo do edukacji w języku innym niż oficjalny, państwo nie może ich karać za domaganie się tego. Trybunał stwierdził tak w skardze *İrfan Temel i inni przeciwko Turcji*⁵⁶. Skarżącymi było 18 studentów Uniwersytetu Afyon Kocatepe w Turcji, którzy zostali zawieszeni na dwa semestry za składanie podań o wprowadzenie nieobowiązkowych zajęć z języka kurdyjskiego na uczelni. Władze uczelni argumentowały to tym, że podania są częścią nowej strategii PKK⁵⁷, stosowania przez Kurdów 'obywatelskiego nieposłuszeństwa', w tym między innymi domaganie się edukacji w języku kurdyjskim⁵⁸. Choć ostatecznie decyzja ta została anulowana przez sąd administracyjny, studenci stracili możliwość studiowania przez jeden semestr. Trybunał uznał, że kara nałożona na studentów nie może zostać uznana za uzasadnioną i proporcjonalną w rozumieniu Konwencji i stwierdził naruszenie art. 2 pierwszego protokołu dodatkowego.

Trybunał rozpatrywał również wiele skarg dotyczących ograniczenia dostępu do edukacji osób o pochodzeniu romskim przez umieszczanie ich w klasach specjalnych⁵⁹. Odnosząc się do praktyki umieszczania dzieci romskich w klasach specjalnych na podstawie testów, w których wypadały one zazwyczaj znacznie gorzej niż dzieci o innym pochodzeniu etnicznym, stwierdził, że nieudolność władz w kwestii integracji dzieci romskich w zwykły system oświaty stanowi

⁵⁴ Ibidem, par. 143.

⁵⁵ Ibidem, par. 144, par. 149–150.

⁵⁶ Wyrok ETPCz z dnia 3 marca 2009 w sprawie 36458/02, *İrfan Temel i inni przeciwko Turcji*.

⁵⁷ Partia Pracujących Kurdystanu (Kurd.: Partiya Karkerên Kurdistan), założona w 1978 roku kurdyjska lewicowa organizacja niepodległościowa, wpisana przez Unię Europejską i USA na listę organizacji terrorystycznych.

⁵⁸ Ibidem, par. 15.

⁵⁹ M.in. Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 13 listopada 2007 w sprawie 57325/00 *D.H. i inni przeciwko Republice Czeskiej*; Wyrok ETPCz z dnia 5 czerwca 2008 w sprawie 32526/05 *Sampanis i inni przeciwko Grecji*; Wyrok ETPCz z dnia 11 grudnia 2012 w sprawie 59608/09 *Sampani i inni przeciwko Grecji*; Wyrok ETPCz z dnia 29 stycznia 2013 w sprawie 11146/11 *Horváth and Kiss przeciwko Węgrom*.

wobec nich dyskryminację i narusza ich prawo do edukacji. W tych wyrokach Trybunał wykazał obowiązek zapewnienia członkom mniejszości narodowej, również tym, którzy nie posługują się językiem oficjalnym przed rozpoczęciem edukacji szkolnej, efektywnego dostępu do szkoły.

Przechodząc do standardu uniwersalnego, warto wskazać na inne niż Pakt dokumenty ONZ dotyczące tej kwestii. Konwencja UNESCO Przeciwko Dyskryminacji w Edukacji⁶⁰ z 1960 r., wskazuje na to, że mniejszościom narodowym powinno się pozwolić na prowadzenie własnej edukacji z możliwością nauczania w języku mniejszościowym, jeśli nie będą oni w ten sposób wykluczeni z udziału w życiu większości, edukacja nie będzie na niższym poziomie niż normalna i będzie do wyboru (art. 5c). Warto również wskazać na rozwój ochrony praw w tym zakresie w ramach ONZ – art. 13.3 Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych zawiera sformułowanie bardzo podobne do art. 18.4 Paktu, a więc wskazuje jedynie na wychowanie religijne i moralne zgodne z poglądami rodziców lub opiekunów prawnych. Ale już Komentarz Ogólny do tego artykułu z 1999 roku wskazuje na to, że państwa mają obowiązek zapewnienia, by edukacja była kulturalnie odpowiednia dla mniejszości i ludów tubylczych („*fulfil (facilitate) the acceptability of education by taking positive measures to ensure that education is culturally appropriate for minorities and indigenous peoples*”)⁶¹.

4.3. Ubiór religijny w przestrzeni szkolnej

Ostatnim aspektem związanym z edukacją, w której zostanie porównane orzecznictwo Trybunału i Komitetu, to kwestia ubioru religijnego w przestrzeni szkolnej. Choć wydaje się to być temat związany bardziej z wolnością wyznania, ma on niezwykle istotne znaczenie dla mniejszości narodowych, gdyż może wyznaczyć granice dostępności edukacji dla członków mniejszości narodowych. W wyniku korelacji wielu zjawisk – między innymi dostępności edukacji dla dziewcząt i kobiet w krajach, w których w poprzednich generacjach wykształcenie otrzymywali wyłącznie mężczyźni oraz migracje z krajów muzułmańskich – szczególnie krytycznym problemem stało się noszenie chust muzułmańskich w szkołach publicznych. Trybunał kilka razy rozstrzygał, że zakaz noszenia chust muzułmańskich w szkołach wprowadzony przez państwa-strony nie narusza Konwencji. Stwierdził tak w wypadku zakazu dotyczącego nauczycielek⁶²,

⁶⁰ http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html z dnia 11.02.2013.

⁶¹ Komentarz Ogólny Komitetu Praw Ekonomicznych, Gospodarczych i Kulturalnych: Prawo do edukacji (art. 13) z dnia 8 grudnia 1999 E/C.12/1999/10, par. 50.

⁶² Decyzja o niedopuszczalności ETPCz z 15 stycznia 2001, sprawa 42393/98 *Dahlab przeciwko Szwajcarii*.

studentek na uczelniach wyższych⁶³ oraz uczennic szkół ponadpodstawowych, obejmującego lekcje wychowania fizycznego⁶⁴. Podobnie zakaz noszenia ubiorów religijnych dla uczniów i uczennic uczęszczających do szkół ponadpodstawowych, na który skarżyli się muzułmanie i sikhowie we Francji, nie został uznany przez Trybunał za naruszający Konwencję⁶⁵.

Inaczej podszedł do tego problemu Komitet, który decydując w skardze *Raihon Hudoyberganova przeciwko Uzbekistanowi*⁶⁶, stwierdził naruszenie Paktu wobec autorki skargi, która została pozbawiona możliwości ukończenia studiów w hijabie. Komitet w decyzji podkreślił, że stwierdził naruszenie w konkretnym kontekście⁶⁷, w związku z tym wyciąganie szerszych wniosków może nie być do końca właściwe, decyzja ta stoi jednak niewątpliwie w sprzeczności do wyroku ETPCz w sprawie *Leyla Şahin przeciwko Turcji*. Osiem lat później wydano

⁶³ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 10 listopada 2005, skarga 44774/98, *Leyla Şahin przeciwko Turcji*.

⁶⁴ Wyrok ETPCz z dnia 4 grudnia 2008, w sprawie 31645/04 oraz 27058/05, *Kervanci przeciwko Francji* oraz *Dogru przeciwko Francji*.

⁶⁵ Decyzja o niedopuszczalności ETPCz z dnia 30 czerwca 2009, skargi 27561/08, *Ranjit Singh przeciwko Francji*, 25463/08, *Jasvir Singh przeciwko Francji* (obie skargi dotyczą noszenia „keski” przez sikhów), 43563/08 *Aktas przeciwko Francji*, 14308/08 *Bayrak przeciwko Francji*, 18527/08 *Gamaleddyn przeciwko Francji*, 29134/08 *Ghazal przeciwko Francji* (skargi dotyczące noszenia chust przez muzułmanów).

⁶⁶ Decyzja KPCz z dnia 8 grudnia 2004 w sprawie 931/2000 *Raihon Hudoyberganova przeciwko Uzbekistanowi*.

⁶⁷ *Raihon Hudoyberganova przeciwko Uzbekistanowi*, par. 6.2.: „(...)The Committee considers that the freedom to manifest one's religion encompasses the right to wear clothes or attire in public which is in conformity with the individual's faith or religion. (...) It recalls, however, that the freedom to manifest one's religion or beliefs is not absolute and may be subject to limitations, which are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals, or the fundamental rights and freedoms of others (article 18, paragraph 3, of the Covenant). In the present case, the author's exclusion took place on 15 March 1998, and was based on the provisions of the Institute's new regulations. The Committee notes that the State party has not invoked any specific ground for which the restriction imposed on the author would in its view be necessary in the meaning of article 18, paragraph 3. Instead, the State party has sought to justify the expulsion of the author from University because of her refusal to comply with the ban. Neither the author nor the State party have specified what precise kind of attire the author wore and which was referred to as “hijab” by both parties. In the particular circumstances of the present case, and without either prejudging the right of a State party to limit expressions of religion and belief in the context of article 18 of the Covenant and duly taking into account the specifics of the context, or prejudging the right of academic institutions to adopt specific regulations relating to their own functioning, the Committee is led to conclude, in the absence of any justification provided by the State party, that there has been a violation of article 18, paragraph 2”.

kolejną decyzję Komitetu, która potwierdza, że ma on inne podejście do tego problemu niż Trybunał. W decyzji z 2012 roku⁶⁸ Komitet stwierdził, że wydalenie młodego sikha ze szkoły za to, że nosił zakazane przez prawo francuskie keski⁶⁹, stanowi nieproporcjonalne i niepotrzebne ograniczenie wolności religii. Sikhowie, których podobnie jak muzułmanów dotyczyło wprowadzone we Francji w 2004 roku prawo zakazujące noszenia religijnego ubioru do szkół⁷⁰, składali też skargi do EPTCz⁷¹, lecz zostały one uznane za niedopuszczalne. Ta sama sytuacja faktyczna została więc odmiennie oceniona przez oba organy, które wydały dwa różne orzeczenia. Podczas gdy Trybunał wskazuje między innymi na szeroki margines swobody państw, Komitet, rozważając skargi dotyczące wolności wyznania, przykłada większą wagę do balansowania praw⁷².

Podsumowując, zarówno Konwencja, jak i Pakt zawierają w swej treści prawo rodziców lub opiekunów prawnych do zapewnienia swym dzieciom wychowania religijnego i moralnego zgodnie z własnymi przekonaniem. Ma to szczególne znaczenie dla mniejszości narodowych, ponieważ zazwyczaj uczą się religii większości osób zamieszkujących kraj. Jak podkreślają i Komitet, i Trybunał, gdy nauczanie religii jest obowiązkowe, musi być prowadzone w sposób neutralny i obiektywny⁷³. Mniejszości nie mają prawa do edukacji w języku innym niż oficjalny – dwa wymienione przykłady wskazują na to, że w wyjątkowych sytuacjach ETPCz uznawał za naruszenie likwidację istniejącej edukacji w języku (zapisie) nieoficjalnym. Na temat noszenia ubioru religijnego w szkołach, widoczne jest różne podejście obu organów: Trybunał uznaje, że państwo może zakazywać uczniom i uczennicom noszenia symboli religijnych w szkołach, z kolei Komitet uznał, że zakaz ten, zwłaszcza w omówionych sytuacjach, narusza postanowienia Paktu.

⁶⁸ Decyzja KPCz z dnia 4 grudnia 2012 w sprawie 1852/2008, *Bikramjit Singh przeciwko Francji*.

⁶⁹ Nakrycie głowy używane przez sikhów jako „miniturban”.

⁷⁰ Article L141–5–1, Créé par Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 - art. 1 JORF 17 mars 2004 en vigueur le 1er septembre 2004; http://www.legifrance.gouv.fr/_10.02.2013.

⁷¹ *Ranjit Singh przeciwko Francji, Jasvir Singh przeciwko Francji*.

⁷² Por: Saïla Ouald Chaib: *Freedom of Religion in Public Schools: Strasbourg Court v. UN Human Rights Committee*, <http://strasbourgobservers.com/2013/02/14/freedom-of-religion-in-public-schools-strasbourg-court-v-un-human-rights-committee/>, 15.02.2013.

⁷³ Por. *Erkki Juhanni Hartikainen* pkt 10.4; *Hasan i Eylem Zengin przeciwko Turcji* par. 70, Komentarz Ogólny Komitetu Praw Człowieka nr 22 z dnia 30 lipca 1993 r., CCPR/C/21/Rev.1/Add.4., Par. 6: *The Committee is of the view that article 18.4 permits public school instruction in subjects such as the general history of religions and ethics if it is given in a neutral and objective way.*

5. Efektywny udział w życiu politycznym

Bez efektywnego udziału w życiu politycznym członków mniejszości narodowych niemożliwe jest osiągnięcie równości i identyfikacji mniejszości z państwem. Gwarancje dotyczące uczestnictwa w życiu politycznym zawierają oba traktaty. Artykuł 25 Paktu gwarantuje wszystkim obywatelom korzystanie z czynnego i biernego prawa wyborczego bez żadnej dyskryminacji. Konwencja nie zawiera gwarancji dotyczącej udziału w życiu politycznym, ale już w pierwszym protokole dodatkowym zostało zawarte prawo do wolnych wyborów (art. 3).

Analizie poddane zostaną dwa aspekty – ukształtowanie systemu wyborczego oraz używanie języka, gdyż są to tematy niezwykle istotne dla efektywnego uczestnictwa w życiu politycznym mniejszości narodowych. Sposób ukształtowania systemu wyborczego może uniemożliwić skuteczne korzystanie z niego przez mniejszości (na przykład poprzez wysoki próg wyborczy), a kwestia języka jest istotna dla osób, których język ojczysty nie jest językiem oficjalnym.

5.1. System wyborczy

Pierwsza ważna skarga, w której Trybunał rozstrzygał w sprawie systemu wyborczego w związku z mniejszościami narodowymi, to *Lindsay i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁷⁴. Autorzy skarżyli wprowadzenie innego systemu wyborczego w Irlandii Północnej – proporcjonalnego zamiast obowiązujących w reszcie kraju jednomandatowych okręgów wyborczych. Celem tego systemu była ochrona mniejszości i w związku z tym inny system wyborczy został uznany za uzasadniony i nie naruszający Konwencji⁷⁵.

Przełomowym wyrokiem w kwestii uczestnictwa w życiu politycznym był wyrok ETPCz w skardze *Mathieu-Mohin i Clerfayt przeciwko Belgii*⁷⁶. Choć Trybunał nie stwierdził naruszenia Konwencji przez Belgię, to ustalił wiele ważnych zasad związanych z prawem wyborczym. Skarga została wniesiona przez dwóch polityków, którzy kandydowali z okręgów flamandzkojęzycznych, ale składali przysięgę w języku francuskim i tym samym zasiadali w Radzie Wspólnoty Francuskiej (*French Community Council*), a nie Flamandzkiej. Trybunał stwier-

⁷⁴ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 8 marca 1979 w sprawie 8364/78 *Lindsay i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

⁷⁵ Por. również: M. Weller, *Effective participation of minorities in public life*, w: M. Weller (red.), *Universal Minority Rights. A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Nowy Jork 2007, s. 487–488.

⁷⁶ Wyrok ETPCz z dnia 2 marca 1987 w sprawie 9267/81 *Mathieu-Mohin i Clerfayt przeciwko Belgii*.

dził między innymi, że art. 3 pierwszego protokołu dodatkowego chroni również prawo do bycia wybieranym⁷⁷. W orzeczeniu Trybunał wskazał także na to, że system wyborczy musi być oceniany w ogólnym kontekście kraju, w przypadku Belgii w szczególności duże znaczenie ma terytorialny podział językowy⁷⁸. Inna sprawa, w której Trybunał stwierdził, że system wyborczy kraju nie narusza postanowień Konwencji, to skarga *Yumak i Sadak przeciwko Turcji*⁷⁹. Bardzo wysoki, 10% próg wyborczy, który partia musiała pokonać na poziomie krajowym, uniemożliwiał w praktyce partiom reprezentującym mniejszości zdobycie mandatów w parlamencie. Skarżący politycy zdobyli w swoim okręgu wyborczym 49,5% głosów, lecz ich partia nie przekroczyła progu wyborczego na poziomie krajowym, w wyniku czego większość mandatów z ich okręgu wyborczego zdobyła partia, która osiągnęła w nim wynik wyborczy 14%. Choć Trybunał uznał próg wyborczy za ‘*excesive*’, to nie stwierdził naruszenia art. 3 pierwszego protokołu dodatkowego⁸⁰.

Jak wykazał Trybunał w wyrokach *Sejdić i Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie*⁸¹ i *Aziz przeciwko Cyprowi*⁸², nie wszystkie sposoby regulowania systemu wyborczego są zgodne z Konwencją. Za naruszające Konwencję Trybunał uznał uniemożliwienie członkom mniejszości narodowych kandydowania na poszczególne stanowiska (*Sejdić i Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie*), oraz niemożliwość zarejestrowania się na liście wyborców ze względu na przynależność do mniejszości (*Aziz przeciwko Cyprowi*). O ile sytuacja na Cyprze, z którą związana była skarga *Aziz przeciwko Cyprowi*, wydaje się być jasnym naruszeniem Konwencji i tym samym nie wywoływać polemik, to wyroki w sprawach *Sejdić i Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie* oraz *Yumak i Sadak przeciwko Turcji* budzą sporo kontrowersji⁸³.

⁷⁷ Ibidem, par. 51.

⁷⁸ Ibidem, par. 57.

⁷⁹ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 8 lipca 2008 w sprawie 10226/03 *Yumak i Sadak przeciwko Turcji*.

⁸⁰ Ibidem, par. 147–148.

⁸¹ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 22 grudnia 2009 w sprawie 27996/06 i 34836/06, *Sejdić i Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie*.

⁸² Wyrok ETPCz z dnia 22 czerwca 2004 w sprawie 69949/01 *Aziz przeciwko Cyprowi*.

⁸³ *Sejdić i Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie* m.in. w związku z tym, że system wyborczy kraju opiera się na porozumieniu z Dayton, a jego celem jest wygaszanie konfliktu między Serbami, Chorwatami i Bośniakami w okresie powojennym. Z kolei wyrok *Yumak i Sadak przeciwko Turcji* budzi kontrowersje w związku z faktem, że uniemożliwia reprezentację parlamentarną znacznej części społeczeństwa, a stan faktyczny skargi wskazują na to, że regulacje uderzają szczególnie ciężko w partie reprezentujące mniejszość etniczną, która stanowi większość w niektórych rejonach państwa.

Jedną z niewielu spraw sytuacji, które były rozpatrywane zarówno przez Komitet, jak i przez Trybunał, to zasady udziału w referendum dotyczącym prawa do samostanowienia w Nowej Kaledonii, gdzie wprowadzono kryterium zamieszkania na tym terytorium przez dziesięć lat, co obejmowało dwa pełne cykle wyborcze. Celem tych regulacji była między innymi ochrona ludności tubylczej. Choć do obu organów skargi zostały złożone przez inne osoby, dotyczyły tego samego stanu faktycznego. W 2000 roku Komitet rozstrzygnął skargę *Marie-Hélène Gillot i inni przeciwko Francji*⁸⁴, stwierdzając, że regulacje dotyczące referendum są uzasadnione, podobnie stwierdził w 2005 roku Trybunał, rozstrzygając skargę *Py przeciwko Francji*⁸⁵. Oba organy, rozstrzygając skargi, rozważały kontekst historyczny oraz szczególną pozycję ludności tubylczej.

W zakresie problematyki efektywnego uczestnictwa ludności tubylczej w życiu politycznym istnieje bogate orzecznictwo Komitetu. Rozstrzygając skargę *Apirana Mahuika i inni przeciwko Nowej Zelandii*⁸⁶, stwierdził, że mają one prawo do brania udziału w podejmowaniu decyzji, które ich dotyczą: „*especially in the case of indigenous peoples, the enjoyment of the right to one's own culture may require positive legal measures of protection by a State party and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them*”⁸⁷. Komitet już we wcześniejszych decyzjach stwierdził, że nie jest konieczna zgoda danej grupy, ważny jest proces konsultacji oraz faktyczne rozważanie racji tej grupy⁸⁸, a państwo nie musi konsultować decyzji z każdą z mniejszych grup, jeśli prowadzi konsultacje przez organizacje zrzeszające⁸⁹.

5.2. Język w życiu politycznym

Dla osób należących do mniejszości narodowych duże znaczenie ma używanie języka w życiu politycznym. W tej kwestii należy rozpatrzyć dwa aspekty: posługiwanie się przez kandydatów językiem oficjalnym państwa oraz możliwość komunikowania się z wyborcami w języku innym niż oficjalny. Zarówno Komitet, jak Trybunał wypowiedziały się podobnie w zakresie obowiązku posłu-

⁸⁴ Decyzja KPCz z dnia 26 lipca 2002 w sprawie skargi 932/2000 *Marie-Hélène Gillot i inni przeciwko Francji*.

⁸⁵ Wyrok ETPCz z dnia 11 stycznia 2005 w sprawie 66289/01 *Py przeciwko Francji*.

⁸⁶ Decyzja KPCz z dnia 20 października 2000 w sprawie 547/1993 *Apirana Mahuika i inni przeciwko Nowej Zelandii*.

⁸⁷ Ibidem, pkt 9.5.

⁸⁸ Decyzja KPCz z dnia 22 listopada 1996 w sprawie skargi 671/1995 *Jouni E. Länsman i inni przeciwko Finlandii*.

⁸⁹ Decyzja KPCz z dnia 3 grudnia 1991 w sprawie 205/1986 *Grand Chief Donald Marshall przeciwko Kanadzie*.

giwania się językiem oficjalnym przez kandydatów do władz, rozpatrując skargi *Podkolzina przeciwko Litwie*⁹⁰ oraz *Antonina Ignatane przeciwko Łotwie*⁹¹. W obu wypadkach chodziło o kandydatów rosyjskojęzycznych, od których wymagano znajomości języka oficjalnego. Badając, czy wymagania Litwy wobec skarżącej były uzasadnione, Trybunał powołał się na ustaloną w *Mathieu-Mohin i Clerfayt przeciwko Belgii* szeroką swobodę, jaką mają kraje w określeniu kryteriów kwalifikujących kandydatów do wyborów⁹². Trybunał uznał kryteria i ich cel za uzasadnione i stwierdził, że naruszenie wystąpi jedynie wtedy, gdy państwo pozbawi osobę do korzystania z czynnego prawa wyborczego arbitralnie. W tej sytuacji skarżąca miała wymagany certyfikat poświadczający jej znajomość języka litewskiego, ale zostały z nią przeprowadzone dodatkowe rozmowy, w których była pytana o powody swoich wyborów politycznych, co Trybunał uznał za arbitralne⁹³. Podobnie w sprawie *Antonina Ignatane przeciwko Łotwie* skarżąca w 1993 roku zdała egzamin z języka łotewskiego na trzecim, najwyższym poziomie, a w 1997 została wykreślona z listy kandydatów w wyborach lokalnych ze względu na niewystarczającą znajomość języka⁹⁴. Podobnie jak Trybunał w skardze *Podkolzina przeciwko Litwie*, również Komitet nie stwierdził, że nałożony na kandydata obowiązek posługiwania się językiem oficjalnym jest naruszeniem praw skarżącej, ale okoliczności, w których to się odbyło – decyzję o niewystarczającym stopniu umiejętności językowych wydał jeden urzędnik, nie zważając na zdobyty wcześniej certyfikat – stanowią naruszenie jej praw⁹⁵. Choć oba przedstawione przypadki stanowią naruszenie odpowiednio Konwencji i Paktu, wskazują one również na to, że dla kandydata do władz, będącego członkiem mniejszości narodowej, uzasadniony jest wymóg posługiwania się językiem urzędowym.

W 1985 roku Trybunał uznał za niedopuszczalną skargę *Fryske Nasjonale Partij i inni przeciwko Holandii*⁹⁶, w której skarżący wnieśli skargę na to, że nie mogli zarejestrować partii w języku fryzyjskim. Trybunał uznał skargę za niedopuszczalną *ratione materiae*, podkreślając, że Konwencja nie gwarantuje prawa do użycia konkretnego języka do celów wyborczych. W niedawnym

⁹⁰ Wyrok ETPCz z dnia 9 kwietnia 2002 w sprawie 46726/99 *Podkolzina przeciwko Litwie*.

⁹¹ Decyzja KPCz z dnia 25 lipca 2001 w sprawie *Antonina Ignatane przeciwko Łotwie*.

⁹² *Podkolzina przeciwko Litwie*, par. 33.

⁹³ Ibidem, par. 36–38.

⁹⁴ *Antonina Ignatane przeciwko Łotwie*, par. 2.1; 2.2.

⁹⁵ Ibidem, par. 7.4.

⁹⁶ Decyzja ETPCz o niedopuszczalności z dnia 12 grudnia 1985 w sprawie 11100/84 *Fryske Nasjonale Partij i inni przeciwko Holandii*.

wyroku *Şükran Aydın i inni przeciwko Turcji*⁹⁷ Trybunał wskazał jednak, że zakaz używania języka nieoficjalnego do kontaktu z wyborcami jest naruszeniem Konwencji. W tej sprawie skarżący zostali skazani za używanie języka kurdyjskiego w trakcie kampanii wyborczych w latach 2002 i 2007. Trybunał, rozważając skargę, przypomniał, że Konwencja nie przewiduje *per se* prawa do używania konkretnego języka do kontaktu z władzami, również nie w celach wyborczych, oraz podkreślił, że państwa w zakresie polityki językowej mają szczególnie duży margines uznania. Niemniej Trybunał stwierdził, że rozważana sprawa nie dotyczyła kontaktów z władzami czy urzędami, lecz skarżących z innymi osobami prywatnymi w kontekście spotkań publicznych w czasie kampanii wyborczej⁹⁸, oraz że restrykcja nie odpowiadała potrzebom społecznym, nie była proporcjonalna do uzasadnionego celu ani nie była konieczna w demokratycznym społeczeństwie⁹⁹. Tym samym Trybunał ograniczył przestrzeń publiczną, w której państwo może wymagać posługiwania się językiem oficjalnym.

Trybunał wielokrotnie badał, czy systemy wyborcze są zgodne ze standardami Konwencji, analizując każdą skargę również pod kątem sytuacji i historii kraju. Choć orzecznictwo Komitetu w tym zakresie nie jest tak bogate jak Trybunału, to również Komitet, rozpatrując uregulowania w Nowej Kaledonii¹⁰⁰, przykładając dużą wagę do tego, że sytuacja musi zostać rozpatrzona w odpowiednim kontekście. ETPCz i KPCz badają więc za każdym razem szczegółowo konkretną sytuację. Szczególną pozycję przypisuje się ludności tubylczej, mającej prawo do brania udziału w podejmowaniu decyzji, które ich dotyczą. W zakresie języka w życiu politycznym zarówno Komitet, jak i Trybunał uznają, że obowiązek posługiwania się językiem oficjalnym przez kandydatów do władz jest uzasadniony. Państwo może również wymagać, aby kontakt z organami państwowymi w celach wyborczych przebiegał w języku oficjalnym, ale, jak wykazał wyrok Trybunału ze stycznia 2013 roku, w kampanii wyborczej kandydaci mogą się posługiwać językiem nieoficjalnym.

6. Podsumowanie

Pakt i Konwencja zabezpieczają prawa mniejszości narodowych poprzez ochronę praw osób należących do tych mniejszości. Komitet i Trybunał chronią

⁹⁷ Wyrok ETPCz z dnia 22 stycznia 2013 w sprawie 49197/06 *Şükran Aydın i inni przeciwko Turcji*.

⁹⁸ Ibidem, par. 50–52.

⁹⁹ Ibidem, par. 56.

¹⁰⁰ *Marie-Hélène Gillot i inni przeciwko Francji*, pkt. 12.2, 13.2, 13.16.

mniejszości narodowe tak samo jak wszystkie inne mniejszości, jedynie w niektórych aspektach ludność tubylcza ma większą ochronę niż inne grupy, co jest szczególnie widoczne w orzecznictwie Komitetu. Ochrona praw mniejszości narodowych zapewniona przez Trybunał i Komitet jest co prawda pośrednia, ale orzecznictwa obu organów wyznaczają w tym temacie pewne standardy.

Poddano analizie trzy wybrane tematy – pisownię imion i nazwisk, edukację i udział w życiu politycznym. Pierwszy z nich jest przykładem tematu interpretowanego przez ETPCz i KPCz tak samo. W interpretacji obu organów imię i nazwisko jest chronione w ramach prawa do życia prywatnego (odpowiednio art. 8 Konwencji oraz 17 Paktu), ale ochrona jest rozumiana dość wąsko. Przede wszystkim ograniczenia dotyczące nadawania albo zmiany imienia czy nazwiska nie mogą być arbitralne, a niedogodności skarżącego zbyt daleko idące. Jednoznaczne w orzecznictwie obu organów jest również to, że ochrona nie obejmuje prawa do zapisu imion literami niewystępującymi w alfabecie oficjalnym państwa. Również w pozostałych dwóch tematach – edukacji i udziale w życiu politycznym – orzecznictwo obu organów jest bardzo zbliżone, czego przykładem są decyzje i wyroki w sprawie Nowej Kaledonii czy obowiązku posługiwania się językiem oficjalnym przez kandydatów do władz. W badanych obszarach nie nastąpiła ewolucja orzecznictwa, rzadkie wyjątki w wyrokach ETPCz¹⁰¹ wynikały ze specyfiki badanej sytuacji, a nie zmian w podejściu Trybunału.

W analizie wykazano jednak również sprawy, w których orzecznictwa Komitetu i Trybunału nie są zgodne: badając te same ustawy francuskie dotyczące noszenia ubiorów religijnych przez uczniów szkół państwowych, Trybunał – w przeciwieństwie do Komitetu – nie stwierdził naruszenia. Wpisuje się to w szerszy trend tego, że wolność wyznania jest interpretowana inaczej na poziomie Rady Europy i ONZ. Kolejną istotną różnicą jest margines swobody, odgrywający bardzo dużą rolę w orzecznictwie Trybunału. W wyrokach przytaczanych w niniejszej pracy podkreślał niezwykle często, że dotyczą one sfery, w której państwa mają szeroki margines swobody¹⁰². Powoduje to, że w wypadku niektórych problemów, nie ma możliwości, aby wskazać jednoznaczny standard Trybunału i tym samym niemożliwe jest porównanie orzecznictw. W zdecydowanej większości badanych tematów orzecznictwo Trybunału i Komitetu jest jednak zbliżone i pozwala na wskazanie międzynarodowego standardu ochrony praw mniejszości narodowych.

¹⁰¹ Np. *Cypr przeciwko Turcji* w zakresie języka edukacji.

¹⁰² Np. *Stjerna przeciwko Szwecji*, par. 39: “The Court deduces that in the particular sphere under consideration the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation”.

PROTECTION OF THE NATIONAL MINORITIES
– A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS AND THE UN HUMAN RIGHTS
COMMITTEE CASE LAW

The article analyses case law concerning national minority protection in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and UN Human Rights Committee. The protection of national minorities is realized through protecting individual right of persons belonging to minorities. Due to significant amount of cases and given the importance of discussed issues, the analysis is restricted to three topics: names, education and political participation. The case law has set some important standards in those areas. In most of the analyzed aspects the approach of both organs has been the same, for example in regard to names and surnames of persons belonging to national minorities. The research also showed areas in which the case law was not consistent – while examining cases concerning the same French law regarding wearing of religious clothing by students in state schools, the UN Committee, contrary to the Court, found a violation by the state. However, in the vast majority of studied subjects, the jurisprudence of the Court and Committee is very similar and allows to formulate an international standard of national minority protection. Among national minorities indigenous people enjoy in some aspects greater protection than other groups, which is particularly evident in the Committee decisions.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (197) 2014
Warszawa 2014

Alina Jurcewicz, Paweł Popardowski ■

PRZEMIANY WŁASNOŚCI W ROLNICTWIE – KONTEKST SYSTEMOWY Z PERSPEKTYWY PRAWA KRAJOWEGO I UNIJNEGO

I.

Własność stanowi szczególną instytucję prawną. Pomimo swojego cywilnoprawnego rodowodu we współczesnym ujęciu własność przestała być postrzegana wyłącznie przez pryzmat regulacji prawa cywilnego stając się w swej istocie instytucją „wspólną” dla całego porządku prawnego¹. Jej uniwersalne odniesienie wyrażające się w oddziaływaniu na kształt ustroju społeczno-gospodarczego każdej struktury państwowej powoduje, że własność stanowi zasadniczą instytucję w całym systemie prawnym.

Również w obszarze regulacyjnym ujmowanym jako prawo rolne problematyka własności zajmuje centralną pozycję. Mało tego, szczególny charakter własności w rolnictwie wyrażający się w znaczącym oddziaływaniu na treść tego prawa obowiązków o charakterze publicznoprawnym tradycyjnie ujmowany jest w doktrynie jako jedna z przesłanek uzasadniających wyróżnienie prawa rolnego jako odrębnej gałęzi w systemie prawa².

¹ Por. W. Pańko, *O prawie własności i jego współczesnych funkcjach*, Katowice 1984, s. 80–81.

² Por. np. A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1969, s. 227–228; M. Korzycka-Iwanow, *Ochrona własności rolniczej w nawiązaniu do koncepcji własności rolniczej Profesora Andrzeja Stelmachowskiego*, *Studia Iuridica Agraria*, t. IX, Białystok 2011, s. 119.

Własność w rolnictwie charakteryzuje się również szczególnym jej przedmiotem. Silne eksponowanie w ramach prawa rolnego elementu funkcjonalnego – prowadzenie działalności rolniczej, wiąże nierozdzielnie instytucję własności z gospodarstwem rolnym³. W tym ujęciu własność w rolnictwie (własność rolnicza) postrzegana jest jako kompleks praw i obowiązków określających sytuację prawną właściciela gospodarstwa rolnego⁴.

Celem niniejszego opracowania jest ukazanie w kontekście systemowym istoty współczesnego normatywnego postrzegania własności w rolnictwie i przypisywanych temu prawu funkcji, a także przemian w ujmowaniu tej formy własności. Z tego też względu Autorzy, analizując prawo własności środków produkcji rolnej, zwracają uwagę nie tylko na zmiany w normatywnym ujęciu własności rolniczej, ale również podejmują próbę ukazania zmieniającego się kontekstu społecznego, politycznego i gospodarczego rzutującego na postrzeganie tej instytucji prawa. W tym względzie szczególne znaczenie przypisano zmianom modelu legislacyjnego dotyczącego sektora rolnego wynikającym z transformacji ustrojowej, jaka nastąpiła w Polsce na przełomie lat 80/90-tych XX wieku oraz będących następstwem przystąpienia Polski do Unii Europejskiej co wiązało się z włączeniem rodzimego sektora rolnego w ramy Wspólnej Polityki Rolnej (WPR)

II.

Własność stanowi jedną z naczelných instytucji w każdym porządku prawnym. To w niej upatruje się bowiem filaru ustroju społeczno-gospodarczego państwa⁵. Wywiedziona z obowiązującego porządku prawnego normatywna konstrukcja własności określa nie tylko zakres uprawnień właściciela względem przedmiotu swego prawa, ale również wyznacza dopuszczalne formy własności,

³ Na ten aspekt zwraca również uwagę A. Stelmachowski, w: T. Dybowski (red.), *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe. Tom 3*, Warszawa 2007, s. 187–188; A. Stelmachowski, K. Zaradkiewicz, w: E. Gniewek (red.), *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe, Tom 3*, Warszawa 2013, s. 316–317.

⁴ A. Stelmachowski, w: P. Czechowski, M. Korzycka-Iwanow, S. Prutis, A. Stelmachowski, *Polskie prawo rolne na tle ustawodawstwa Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 24, tenże, w: T. Dybowski (red.), *System...*, op. cit., s. 189.

⁵ Por. W. Bienkowski, *Problemy teorii rozwoju społecznego*, Warszawa 1966, s. 151; M. Bednarek, *Przemiany własności w Polsce. Podstawowe koncepcje i konstrukcje normatywne*, Warszawa 1994, s. 7; J. Jabłońska-Bonca, *Własność – w labiryncie interdyscyplinarnych problemów. Kilka uwag wstępnych*, w: J. Jabłońska-Bonca (red.), *Krytyka prawa. Niezależne studium nad prawem. Tom I. Własność*, Warszawa 2009, s. 12.

stanowiąc w ten sposób zasadnicze narzędzie umożliwiające prawodawcy bezpośrednio oddziaływanie na rzeczywistość społeczną i gospodarczą⁶. Normatywny model własności stanowi zatem egzemplifikację woli prawodawcy co do oczekiwanego kształtu relacji społecznych i gospodarczych w ramach struktur państwowych.

Spoglądając z perspektywy historycznej na przemiany, jakie dokonały się w społeczeństwie i gospodarce, można stwierdzić, że te immanentnie wiązały się ze zmianą spojrzenia na własność⁷. Pojmowanie własności, a co za tym idzie również jej normatywne ujęcie, nigdy nie wykazywało charakteru statycznego, lecz ewoluowało wraz z przeobrażeniami, jakie następowały w organizacji społeczeństwa.

Przemiany własności nie są zjawiskiem odległym czasowo. I chociaż własność towarzyszy rozwojowi społecznemu od zarania dziejów, to nadal nie można mówić o wykrystalizowaniu się jednej uniwersalnej koncepcji normatywnego ujęcia własności. Mało tego, doświadczenia ostatniego stulecia pokazują, jak nadal szeroka i różnorodna jest płaszczyzna koncepcyjnego podejścia do prawa własności. Co przy tym znamienne, ujawniające się na tym tle rozbieżności interpretacyjne często swoje źródło czerpią w uwikłaniu jurydycznego ujęcia własności w pewne założenia aksjologiczne, ideologiczne, doktrynalne, a nawet świadomościowe⁸. Także współczesne spojrzenie na własność nie jest od nich wolne. Nadal bowiem otwarte pozostają, istotne z punktu widzenia konstrukcji własności, pytania dotyczące wyznaczenia podmiotowych i przedmiotowych granic własności. Nierozstrzygnięte są także wątpliwości związane z ochroną własności. W swej istocie sprowadzają się one do określenia wzajemnej relacji po-

⁶ Por. J. Wawrzyniak, *Władza a własność, czyli o wybranych problemach ewolucji stosunków między władzą polityczną a władzą ekonomiczną*, w: J. Jabłońska-Bonca (red.), *Krytyka prawa...*, op. cit., s. 140–145; D. Mitrega, I. Ostrój, *Wpływ państwa na zmiany struktury własnościowej w warunkach gospodarki rynkowej*, w: J. Żabińska (red.), *Państwo w gospodarce rynkowej*, Katowice 1992, s. 41 i nast.

⁷ Powyższa konstatacja nie przeczy istnienia „ponadczasowej” idei własności wyrażającej się w ujmowaniu przez jednostkę lub grupę społeczną wyłączności do korzystania i dysponowania rzeczami lub innymi dobrami niematerialnymi (traktowanie czegoś jako swoje), W. Pańko, *O prawie własności...*, op. cit., Katowice 1984, s. 15.

Zob również szerzej na temat relacji pomiędzy przemianami społecznymi a pojmowaniem własności: A. Stelmachowski, w: T. Dybowski (red.), *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe. Tom 3*, Warszawa 2007, s. 76–87; A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 183–207; Z. K. Nowakowski, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1980, s. 22–26; A. Jurcewicz, *Prawne formy ingerencji państwa w sferę produkcyjnego wykorzystania gruntów rolnych*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1989, s. 10–24; J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2000, s. 46–53.

⁸ J. Jabłońska-Bonca, *Własność...*, op. cit., s. 22.

między wartością, jaką we współczesnych systemach opartych na modelu gospodarki wolnorynkowej stanowi własność prywatna, a interesem publicznym mogącym stanowić legalną przesłankę ograniczeń w zakresie dysponowania przez właściciela przedmiotem własności. W wielu przypadkach rozbieżne podejścia do sygnalizowanych problemów czerpią swoje źródło w czynionych *a priori* odmiennych założeniach dotyczących znaczenia i funkcji społecznej i gospodarczej prawa własności.

III.

Przedstawione powyżej wątpliwości interpretacyjne ujawniają się również w odniesieniu do własności w rolnictwie. Także na tej płaszczyźnie postrzeganie własności oraz jej roli społecznej i gospodarczej podlegało zmianom. Nawet współcześnie, pomimo relatywnej stabilności uwarunkowań społeczno-gospodarczych w ujęciu globalnym, nie można mówić o wykrystalizowaniu się uniwersalnego i w swoim założeniu niezmiennego postrzegania tej formy własności. W tym względzie nadal aktualna i niezmiennie istotna pozostaje przede wszystkim kwestia dotycząca wyznaczenia zakresu i stopnia intensywności obowiązków nakładanych na rolnika, które rzutują – w sposób bezpośredni lub pośredni – na realizację przez niego uprawnień właścicielskich.

Sektor rolny charakteryzuje się silnym interwencjonizmem państwowym. Oddziaływanie państwa w odniesieniu do tego obszaru aktywności wytwórczej człowieka warunkowane jest różnymi względami. W generalnym ujęciu czynna ingerencja państwa zmierza do zapewnienia maksymalizacji efektywności wytwórczej w rolnictwie poprzez stymulowanie procesów produkcyjnych⁹. Zwiększenie zdolności produkcyjnych (zapewnienie efektywności ekonomicznej produkcji rolnej) umożliwia państwu stworzenie, a w dalszej perspektywie czasowej również utrzymanie, w możliwie najszerszym zakresie niezależności (samowystarczalności) żywnościowej¹⁰. Często jednak oddziaływanie państwa, a w szczególności dobór właściwych instrumentów interwencji, wykracza poza aspekt wyłącznie proprodukcyjny, przyjmując szerszą formę stanowiącą odzwierciedlenie aktualnych oczekiwań co do roli społecznej i gospodarczej, jaką ma pełnić wieś i rolnictwo w danym systemie państwowym. Nie można bowiem pomijać, że we współczesnym ujęciu ingerencja państwa, ukierunkowana w swoim założeniu na zapewnienie efektywności produkcyjnej w rolnictwie, stanowi wyraz nie tylko

⁹ F. Budzyński, *Interwencjonizm a efektywność gospodarowania w rolnictwie*, w: *Doświadczenia i perspektywy interwencjonizmu w rolnictwie*, Warszawa 1992, s. 45–46.

¹⁰ Ibidem, s. 46.

dążenia państwa do zapewnienia i utrzymania odpowiedniego potencjału gospodarczego, ale również realizacji zasadniczych potrzeb społecznych, w tym przede wszystkim prawa do żywności (o odpowiedniej jakości)¹¹.

Instrumenty interwencji państwowej, zarówno o charakterze cywilnoprawnym, jak i administracyjnoprawnym, wpływają na treść prawa własności w sektorze rolnym. Wynikający z nich rozbudowany system nakazów i zakazów determinuje sposób, w jaki rolnik realizuje przysługujące mu uprawnienia właścicielskie. Obowiązki związane z prowadzeniem działalności wytwórczej w rolnictwie w swej konstrukcji mają stanowić czynnik motywujący rolnika do dysponowania przedmiotem swojej własności w sposób zgodny z przypisanymi rolnictwu przez prawodawcę celami społecznymi i gospodarczymi. Dotyczy to zasadniczo wszelkich przejawów realizacji przez rolnika uprawnień właścicielskich, przy czym niekiedy oddziaływanie obowiązków na własność w sektorze rolnym przyjmuje charakter pośredni¹².

Znamienny dla własności w rolnictwie jest rozbudowany system obowiązków kształtujących treść tego prawa. Szczególny charakter produkcji rolnej wynikający przede wszystkim z jej naturalnego charakteru oraz kluczowa rola społeczna efektów tej produkcji (żywności) wiąże się z tym, że prawo własności w rolnictwie kształtowane jest nie tylko przez partykularny interes właściciela (rolnika), ale również interes publiczny. Nie można bowiem pomijać, że uzasadniane szeroko rozumianym interesem publicznym obowiązki związane z ochroną środowiska i zdrowia publicznego, w tym m.in. obowiązek przestrzegania wymogów fitosanitarnych oraz prawidłowej kultury rolnej, w większości dominujących systemów gospodarczych stanowią coraz istotniejszy determinant wyznaczający treść prawa własności¹³.

Dostrzegane na tle własności rolniczej zjawisko swoistej „inflacji” obowiązków właścicielskich, co należy podkreślić, stanowi wyraz generalnej tendencji do coraz mocniejszego akcentowania elementu społecznego przy wyznaczaniu treści prawa własności¹⁴. We współczesnych prawodawstwach prawa socjalne, ochrona

¹¹ Por. H. M. Haugen, *Food Sovereignty – An Appropriate Approach to Ensure the Right to Food?*, Nordic Journal of International Law 2009 (78), s. 263 i nast.

¹² Przykładowo związane z mechanizmem wsparcia bezpośredniego obowiązki związane z ochroną przyrody, zapewnienia rozwoju strukturalnego oraz bezpieczeństwa i jakości żywności (*cross-compliance*).

¹³ Por. np. I. Bezlepkina, R. Jongeneel, F. Brouwer, K. Dillen, A. Meister, K. de Rost, M. Demont, *Environmental and health standards in the dairy sectors of the EU, the USA and New Zealand*, w: F. Brouwer, G. Fox, R. Jongeneel (red.), *The Economics of Regulation in Agriculture. Compliance with Public and Private Standards*, Cabi International 2012, s. 117–130.

¹⁴ Por. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka*

środowiska i zdrowia publicznego znacząco oddziałują na sposób postrzegania prawa własności. Własność od dawna przestała być ujmowana jako instytucja prawna ukierunkowana wyłącznie na realizację patrykularnych interesów właściciela. Wartości ogólnospołeczne, nawet jeżeli pozostają w sprzeczności z interesem właściciela, stanowią istotny czynnik oddziaływania na treść i granice prawa własności. Prawo własności nie jest postrzegane jako prawo absolutne¹⁵. Wzrost znaczenia funkcji społecznej w odniesieniu do prawa własności powoduje, że prawo to znacząco traci swój indywidualny charakter. Jego treść coraz mocniej wyznacza natomiast element społeczny wynikający z przypisywanych temu prawu funkcji. Nie ulega bowiem wątpliwości, że do istotnych elementów prawa własności należą również jego funkcje. Prawo własności nie ma przecież wyłącznie charakteru autonomicznego nastawionego na samorealizację właściciela, pełni ono również istotne funkcje o charakterze ogólnospołecznym. Tym samym w prawie własności należy upatrywać nie tylko sfery uprawnień właścicielskich, ale również sfery obowiązków nakładanych na właściciela w związku z przypisywanymi temu prawu funkcjami społecznymi.¹⁶

IV.

Zmiany w postrzeganiu własności charakterystyczne są również dla polskiego rolnictwa. Od II połowy XX wieku model regulacyjny dotyczący krajowego sektora rolnego ulegał znaczącemu przewartościowaniu w zakresie doboru instrumentów zmierzających do realizacji zakładanej przez prawodawcę polityki agrarnej. Wyrazem takich zmian było m.in. różne ujmowanie celów i roli społecznej przypisywanych własności w rolnictwie.

Przedstawienie ujawniających się na tle polskiego rolnictwa odmienności w zakresie normatywnego ujęcia własności wymaga scharakteryzowania właściwych dla wybranego okresu założeń polityki rolnej państwa, a także – będących wyrazem jej realizacji – zasadniczych rozwiązań jurydycznych rzutujących (bezpośrednio lub pośrednio) na realizację przez rolnika przysługujących mu uprawnień właścicielskich. W tym względzie wymierne dla ukazania zmian w sposobie

w *Konstytucji RP*, Zakamycze 1999, s. 212.

¹⁵ M. Safjan, *Konstytucyjna ochrona własności*, Rzeczpospolita dnia 12 lipca 1999, s. C2.

¹⁶ Por. wyrok TK z dnia 5 listopada 1997 roku, sygn. akt K 22/97, publ. OTK 1997, nr 3–4, poz. 41; orzeczenie TK z dnia 28 maja 1991 roku, sygn. akt K 1/91, publ. OTK 1991, nr 1, poz. 4; orzeczenie TK z dnia 15 grudnia 1992, sygn. akt K 6/92, publ. OTK 1992, nr 2, poz. 27; wyrok TK z dnia 25 maja 1999 roku, sygn. akt SK 9/98, publ. OTK 1999, nr 4, poz. 78.

oddziaływania ustawodawcy na treść prawa własności w rolnictwie będzie miało porównanie założeń polityki agrarnej i towarzyszącej jej regulacji prawnorolnej: 1) w okresie PRL – w szczególności w kontekście rozwiązań prawnorolnych przyjętych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w jego pierwotnym brzmieniu¹⁷; 2) w okresie po transformacji ustrojowej z lat 1989–1990; 3) w okresie po przystąpieniu RP do Unii Europejskiej, w następstwie czego rodzimy sektor rolny został włączony w ramy Wspólnej Polityki Rolnej (WPR). Każdy ze wskazanych okresów, istotny z punktu widzenia rozwoju polskiego rolnictwa, cechuje się bowiem odmiennym doбором instrumentów jurystycznych właściwych dla realizacji zakładanej polityki agrarnej.

V.

W okresie PRL działania w odniesieniu do sektora rolnego cechowało dążenie do „przebudowy” ustroju agrarnego państwa¹⁸. Zasadniczym celem było włączenie rolnictwa w ramy systemu nakazowo-rozdzielczego. W ten sposób dążono do objęcia całej gospodarki kraju jednolitym mechanizmem centralnego zarządzania procesami gospodarczymi. Wyrazem zaś tendencji „centralistycznych” w zakresie sterowania procesami gospodarczymi w rolnictwie była tendencja do coraz szerszego ujmowania własności rolniczej w uspołecznione formy gospodarowania¹⁹. Oddziaływanie państwa na sektor rolny wiązało się również ze zmianami w zakresie preferencji co do formy prowadzenia działalności

¹⁷ Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93.

¹⁸ A. Stelmachowski, w: A. Stelmachowski, B. Zdziennicki, *Prawo rolne*, Warszawa 1980, s. 47–48.

¹⁹ Zob. szerzej na temat własności uspołecznionej W. Opalski, *Mienie ogólnonarodowe w świetle prawa cywilnego*, Warszawa 1975. Stanowiło to konsekwencję charakterystycznego dla ówczesnego porządku prawnego zjawiska typizacji własności (podział własności na typy i różnicowanie poszczególnych typów własności w zakresie doboru środków ochrony prawnej). Typizacja własności pozwalała przeciwstawianie na płaszczyźnie regulacyjnej własności uspołecznionej i własności indywidualnej (prywatnej) i preferowanie tej pierwszej jako zasadniczej formy własności dla przyjętego ustroju społeczno-gospodarczego. Własność prywatną (indywidualną) traktowano nawet jako formę przejściową, która w wyniku zachodzących przemian w zakresie uwarunkowań społecznych i gospodarczych miała się przekształcić we własność społeczną. Podkreślić jednak należy, że antagonizm zachodzący pomiędzy własnością społeczną a własnością prywatną w okresie PRL z czasem ulegał stopniowemu osłabieniu, czego wyrazem były m.in. kolejne nowelizacje Konstytucji PRL z 1952 r. Tym niemniej do czasu nowelizacji Konstytucji PRL z 1989 r. charakterystyczna była preferencja własności uspołecznionej. Por. szerzej A. Stelmachowski, K. Zaradkiewicz, w: E. Gniewek (red.), *System...*, op. cit., t. 3, s. 234.

wytwórczej w rolnictwie. W tym względzie charakterystyczne było dążenie do oparcia zasadniczego trzonu produkcji na kolektywnych formach prowadzenia działalności rolniczej (spółdzielnie rolnicze), a także tych opartych na własności państwowej (PGR – Państwowe Gospodarstwa Rolne). W konsekwencji prowadzona wówczas wobec indywidualnych gospodarstw rolnych polityka znacząco ukierunkowana była na przejmowanie pod różnymi tytułami prawnymi gruntów z tych gospodarstw i przekazywanie ich w ramy zasobu własności państwowej. Jednocześnie wobec gospodarstw, pozostających nadal poza uspołecznionym zasobem, dążono do wprzęgnięcia ich w system gospodarki planowej za pomocą instrumentów administracyjnoprawnych obwarowanych sankcjami karnymi, później zaś przy pomocy systemu kontraktacji.

Skorelowane ze wskazanymi założeniami polityki rolnej były również działania zmierzające do kształtowania struktury agrarnej. Po II wojnie światowej polskie rolnictwo cechowało się znacznym rozdrobnieniem areалу uprawnego. Na zdominowanie struktury rolnej przez gospodarstwa małoprolne na znacznym obszarze terytorium kraju znaczący wpływ miała reforma rolna przeprowadzona na podstawie dekretu PKWN z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej²⁰. W jej ramach dokonywano bowiem nadania na rzecz bezrolnych i małoprolnych rolników gruntów rolnych, których powierzchnia – zgodnie z art. 13 ust. 2 dekretu – nie mogła przekraczać 5 ha. Przyjęty przez dekret powszechny charakter nadania gruntów, a także duże zainteresowanie ze strony rolników objęciem gruntów rolnych, powodowało, że w wielu regionach kraju powierzchnia przyznawanych gruntów rolnych wynosiła jedynie 1–2 ha²¹.

Niekorzystne ukształtowanie struktury agrarnej determinowało ustawodawcę do wprowadzenia instrumentów prawnych służących utrzymaniu jedności organizacyjnej i ciągłości produkcyjnej gospodarstwa rolnego, a tym samym kształtowaniu właściwej struktury agrarnej. Wprowadzone mechanizmy prawne odnoszące się zarówno do czynności *inter vivos* oraz *mortis causa* w swoim założeniu ukierunkowane były na zapobieganie nadmiernemu podziałowi gospodarstw rolnych w ramach obrotu cywilnoprawnego, a także – co również charakterystyczne – uniemożliwieniu koncentracji znacznej powierzchni gruntów w rękach prywatnych²². Zjawisko koncentracji własności

²⁰ Dz.U. z 1944 r. Nr 4, poz. 17 ze zm.

²¹ Por. szerzej w tej kwestii P. Popardowski, w: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Przepisy wprowadzające. Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe. Tom I*, Warszawa 2013, s. 258–260; B. Kordasiewicz, *Dziedziczenie testamentowe gospodarstw rolnych*, Warszawa 1978, s. 13–15.

²² Por. A. Jurcewicz, *Problematyka prawna ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego (na tle zarysu historycznego w sferze obrotu nieruchomościami rolnymi)*, *Więś i Rolnictwo* 2006, nr 1, s. 71–72 oraz W. Jurcewicz, *Ewolucja regulacji prawnej dotyczącej gospodaro-*

postrzegano bowiem jako przejaw tendencji kapitalistycznych (wolnorynkowych) pozostających w sprzeczności z przyjętym ustrojem społeczno-gospodarczym.

Charakterystyczne dla regulacji dotyczącej obrotu nieruchomościami rolnymi w okresie PRL było eksponowanie elementu podmiotowego. Wprowadzone rozwiązania dotyczące przejścia własności rolniczej nie tylko kładły nacisk na utrzymanie właściwej powierzchni gospodarstwa rolnego (normy obszarowe – minimalne, podstawowe i maksymalne), ale również wprowadzały ograniczenia w zakresie osoby nabywcy. Nabycie nieruchomości rolnej w ramach czynności *inter vivos* oraz *mortis causa* powiązane zostało z wymogiem posiadania przez nabywcę kwalifikacji rolniczych. W zamierzeniu prawodawcy wprowadzenie ograniczeń podmiotowych skutkujące zawężeniem kręgu nabywców nieruchomości rolnych ukierunkowane było nie tylko na utrzymanie zdolności produkcyjnych gospodarstwa rolnego. Ingerencja państwa w sferę uprawnienia rolnika do rozporządzania nieruchomością rolną (pomimo werbalnie eksponowanego dążenia do poprawy struktury agrarnej) w swej istocie determinowana była celami o charakterze politycznym. Zmierzała ona bowiem do uprzywilejowania państwa w zakresie przejmowania indywidualnej własności nieruchomości rolnych. Taki model pozwalał na uspołecznienie pozostających dotychczas w rękach prywatnych pewnej liczby indywidualnych gospodarstw rolnych, a tym samym możliwość – również na płaszczyźnie produkcji rolnej – realizacji podstawowego założenia ideologicznego państwa socjalistycznego, jakim był monopol państwa w odniesieniu do środków produkcji²³.

Wyrazem takiego podejścia były m.in. wprowadzone rozwiązania dotyczące obrotu i dziedziczenia gospodarstw rolnych. W odniesieniu do obrotu nieruchomościami rolnymi wprowadzono istotne ograniczenia. Już dekret o reformie rolnej przewidywał (art. 13), że zbycie lub podział nieruchomości rolnej objętych działaniem dekretu dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach²⁴.

wania gruntami rolnymi w latach 1944–1984, *Wiś i Rolnictwo* 1985, nr 1, s. 39.

²³ Na tę kwestię zwracają również uwagę np. A. Jurcewicz, *Problematyka...*, s. 75; A. Lichorowicz, *Szczególny porządek dziedziczenia gospodarstw rolnych w Polsce po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 31.01.2001 r.*, *Rejent* 2001, nr 9, s. 88–89, P. Popardowski, w: K. Osajda (red.), *Kodeks...*, t. I, s. 256.

²⁴ Po uprzednim uzyskaniu zezwolenia gminnej rady narodowej, która podlegała dodatkowo zatwierdzeniu przez prezydium rady narodowej wyższego stopnia. Ponadto utrzymano w mocy m.in. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 września 1919 r. dotyczące przenoszenia własności nieruchomości ziemskich (Dz.U. z 1919 r. Nr 73, poz. 428 ze zm.) wymagające do skutecznego przeniesienia własności ziemskiej uzyskanie stosownego zezwolenia władz państwowych. Co znamienne przy tym, o kwalifikacji danej nieruchomości jako ziemskiej, a tym samym objętej obowiązkiem uzyskania zezwolenia przy przeniesieniu własności, stosowano wymóg normy obszarowej, której wielkość

Uzależnienie przeniesienia własności ziemskiej od elementów administracyjnych wyrażających się w obowiązku uzyskania zezwolenia właściwych organów państwowych, a także wymóg zachowania norm obszarowych, prowadziły do istotnego zahamowania formalnego obrotu nieruchomościami rolnymi. Skutkiem było powszechne zawieranie nieformalnych umów prowadzących do przeniesienia własności gruntów rolnych²⁵.

Negatywnych konsekwencji ograniczeń w obrocie nieruchomościami rolnymi nie zmieniło zniesienie wymogu uzyskania zgody na zbycie nieruchomości rolnej wskutek wejścia ustawy z dnia 13 lipca 1957 r. o obrocie nieruchomościami chłopskimi²⁶. Ustawa ta zastąpiła mianowicie ograniczenia o charakterze administracyjnym cywilnoprawnymi metodami regulacji. Podkreślić jednak trzeba, że realizując te same założenia polityki rolnej, akt ten również istotnie ograniczał przenoszenie własności nieruchomości rolnych. Następowало to poprzez wprowadzenie różnych norm obszarowych²⁷ oraz ograniczeń podmiotowych w odniesieniu do osoby nabywcy, wymagając posiadania kwalifikacji rolniczych²⁸.

Zahamowanie zbywalności nieruchomości rolnych w ramach obrotu *inter vivos* prowadziło w znacznym stopniu do rozdrobnienia gospodarstw rolnych, głównie w następstwie ich dziedziczenia. W konsekwencji ustawą z dnia 29 czerwca 1963 r. o ograniczeniu podziału gospodarstw rolnych²⁹ zostały wprowadzone rozwiązania zmierzające do zachowania całości organizacyjnej i ciągłości produkcyjnej gospodarstwa rolnego w ramach dziedziczenia, które z niewielkimi modyfikacjami przejął również Kodeks cywilny (art. 1058–1985 k.c.). Ustawa ta przewidywała przede wszystkim ograniczenia podmiotowe w odniesieniu do spadkobierców gospodarstwa rolnego, które były stosowane zarówno na etapie otwarcia spadku, jak i w postępowaniu działowym. W świetle postanowień ustawy dziedziczyć gospodarstwo rolne mogły wyłącznie osoby posiadające

(5 ha) twórczo wywodzone na podstawie orzecznictwa Sądu Najwyższego z panujących ówczesnie uwarunkowań ustrojowych (por. orzeczenie SN 1088/48, „Zbiór Urzędowy” z 1949 r., poz. 69).

²⁵ A. Jurcewicz, *Problematyka...*, s. 73.

²⁶ Dz. U. z 1957 r. Nr 39, poz. 171 ze zm.

²⁷ Ustawa przewidywała, że maksymalna norma obszarowa dla gospodarstwa rolnego wynosi 15 ha, zaś w przypadku gospodarstwa hodowlanego 20 ha. Jeżeli jednak nabycie następowało w ramach dziedziczenia lub nabywcą był małżonek właściciela, jego zstępni, zastosowanie miały normy obszarowe przyjęte w dekreście o reformie rolnej, tj. 100 ha powierzchni ogólnej, 50 ha użytków rolnych, na terenie województw zachodnich i północnych – 100 ha, niezależnie od wielkości użytków rolnych.

²⁸ Por. A. Jurcewicz, *Problematyka...*, s. 74–75, P. Popardowski, w: K. Osajda (red.), *Kodeks...*, t. I, s. 259.

²⁹ Dz.U. z 1963 r. Nr 28, poz. 168.

odpowiednie kwalifikacje lub wykazujące związek z prowadzoną w tym gospodarstwie działalnością rolniczą. Gospodarstwo rolne w ramach postępowania działowego mógł natomiast otrzymać wyłącznie ten spadkobierca spośród powołanych do dziedziczenia, który dawał gwarancję ciągłości i prawidłowości prowadzenia działalności rolniczej. Osoby nieposiadające kwalifikacji rolniczych (nierolnicy) zostały wyłączone z dziedziczenia gospodarstwa rolnego.

Wprowadzonym przez ustawę z dnia 29 czerwca 1963 r., a następnie przez kodeks cywilny ograniczeniom w zakresie dziedziczenia gospodarstw rolnych przypisywano również znaczącą rolę w kształtowaniu modelu gospodarki opartej na własności uspołecznionej. Znaczące ograniczenia podmiotowe, związane przede wszystkim z koniecznością wykazywania się kwalifikacjami rolniczymi, których często nie spełniali powołani do dziedziczenia spadkobiercy, prowadziły do preferencji państwa w ramach dziedziczenia ustawowego gospodarstw rolnych (pozwalało to na przejmowanie na własność pozostających dotychczas w rękach prywatnych gospodarstw rolnych). Artykuł 1063 k.c. dopuszczał przejmowanie na własność państwa gospodarstwa rolnego, jeżeli żaden z spadkobierców powołanych do jego dziedziczenia nie spełniał wymogów dotyczących kwalifikacji rolniczych. W tym trybie następowało również upaństwowienie gospodarstw do dziedziczenia, których powołane były osoby trwale niezdolne do pracy w chwili otwarcia spadku (art. 1063 § 2 k.c.). W tym jednak przypadku Skarb Państwa był zobligowany do dokonania spłat na rzecz tych osób, których wysokość odpowiadała wartości udziałów w gospodarstwie po odliczeniu długów związanych z jego prowadzeniem.

Tożsame założenia polityczne, jakie eksponowane były na płaszczyźnie stosunków cywilnoprawnych, przypisywano również nowo wprowadzonym instrumentom o charakterze administracyjnoprawnym. Także w tym obszarze regulacyjnym dążono do poszerzenia zasobu własności państwowej poprzez stanowienie rozwiązań pozwalających na władcze pozbawienie rolnika własności gruntów rolnych i włączenie ich w ramy uspołecznionych form własności³⁰. Przyjmowano bowiem, że w sektorze rolnictwa indywidualnego powinny pozostać jedynie silniejsze ekonomicznie gospodarstwa, natomiast słabe należy eliminować, aby na pochodzących z nich gruntach budować gospodarkę uspołecznioną³¹.

Na takim założeniu oparta była m.in. ustawa z dnia 28 czerwca 1962 r. o przejmowaniu nieruchomości rolnych na własność państwa za zaległe

³⁰ Por. A. Jurcewicz, *Prawne formy ingerencji państwa w sferę produkcyjnego wykorzystania gruntów*, Warszawa 1989, s. 51.

³¹ Tak W. Jurcewicz, *Ewolucja regulacji prawnej dotyczącej gospodarowania gruntami rolnymi w latach 1944–1984*, *Wiś i Rolnictwo* 1985, nr 1, s. 158.

należności³². Pozwalała ona na przejmowanie na własność przez państwo gospodarstw rolnych ze względu na istniejące zadłużenie właściciela (lub posiadacza samoistnego) z tytułu należności publicznoprawnych enumeratywnie wskazanych w jej treści³³ (tzw. należności scalonych)³⁴.

Jeszcze bardziej restrykcyjne rozwiązania dotyczące przejmowania własności rolnej przez państwo wprowadzała ustawa z dnia 24 stycznia 1968 r. o przymusowym wykupie nieruchomości wchodzących w skład gospodarstw rolnych³⁵. Na jej podstawie dopuszczono możliwość przymusowego wykupu nieruchomości rolnych wchodzących w skład zaniedbanych gospodarstw, tj. takich gospodarstw, w których – zgodnie z kryteriami określonymi w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa z dnia 26 marca 1968 r.³⁶ – w okresie 3 lat nie wykorzystano pod uprawę wszystkich gruntów rolnych lub nie osiągnięto określonej wielkości produkcji.

Instrumenty pozwalające na władcze przejmowanie własności gruntów rolnych i włączenie ich w zasób państwowy przewidziano również w ramach systemu rent. Ustawa z dnia 29 maja 1974 r. o przekazaniu gospodarstw rolnych

³² Dz.U. z 1969, nr 17, poz. 130.

³³ Zgodnie z art. 2 ust. 1 wszczęcie postępowania o przejęcie na własność gospodarstwa rolnego następowało po scaleniu zadłużenia rolnika z tytułu należności określonych w ust. 3 art. 2. Scaleniu podlegały zatem: 1) należności podatkowe, 2) zaległości w obowiązkowych dostawach w przeliczeniu na równoważnik pieniężny, 3) zaległości z tytułu składek na rzecz Państwowego Zakładu Ubezpieczeń za obowiązkowe ubezpieczenia majątkowe, 4) zaległości z tytułu funduszu gromadzkiego, 5) niespłacone w terminie pożyczki bankowe lub raty tych pożyczek, 6) niespłacone zaliczki kontraktacyjne, 7) zaległości z tytułu opłaty elektryfikacyjnej i opłat melioracyjnych, 7) zaległe należności Państwowego Funduszu Ziemi oraz Banku Rolnego związane ze sprzedażą nieruchomości.

³⁴ Pozbawienie własności rolnika następowało na podstawie postanowienia sądu powszechnego (sądu powiatowego) wydanego w postępowaniu wszczętym na wniosek organu finansowego w wykonaniu uchwały powiatowej rady narodowej (art. 3 ust. 1). Znamienne było jednak to, że konstrukcja postępowania sądowego w swej istocie zakładała preferencję żądania wnioskodawcy i poczynionych przez niego w postępowaniu administracyjnym ustaleń co do wysokości zadłużenia. Sąd w zakresie swojej kognicji badał jedynie, czy przedstawione scalone należności są ostateczne oraz czy zachodzą przesłanki przewidziane przez ustawę dotyczące przejęcia własności nieruchomości rolnych (art. 4), co w praktyce wykluczało możliwość kwestionowania przez rolnika prawidłowości poczynionych przez organ finansowy (wnioskodawcę) ustaleń co do istnienia i wysokości zadłużenia. Por. A. Jurcewicz, *Prawne...*, op. cit., s. 57–58.

³⁵ Dz.U. z 1968 r. Nr 3, poz. 14 ze zm.

³⁶ Rozporządzenie Ministra Rolnictwa z dnia 26 marca 1968 r. w sprawie zaliczania gospodarstw rolnych do kategorii wykazujących niski poziom produkcji wskutek zaniedbania i w sprawie ustalania wysokości nakładów niezbędnych do przywrócenia żywności gruntów (Dz.U. 1968 r. Nr 11, poz. 58).

na własność za rentę lub spłaty pieniężne³⁷ oraz poprzedzająca ją ustawa z 24 stycznia 1968 r. o rentach i innych świadczeniach dla rolników przekazujących nieruchomości rolne na własność państwa³⁸ dopuszczały możliwość przejęcia gospodarstwa rolnego z urzędu w zamian za zaopatrzenie rentowe dla właścicieli, jeżeli prowadzone przez nich gospodarstwo rolne wykazywało niski poziom produkcji.

Zaznaczyć należy, że stosowanie przedstawionych powyżej instrumentów administracyjnoprawnych cechowało się znaczącą uznaniowością (arbitralnością). W wielu przypadkach organy administracji państwowej, realizując swobodnie interpretowane założenia polityki rolnej, włączały w skład zasobu państwa również te grunty rolne, w odniesieniu do których nie zostały spełnione przesłanki wskazane w przepisach prawa³⁹.

Stanowione w okresie PRL regulacje cywilnoprawne i administracyjnoprawne charakteryzowały się znacznym stopniem ingerencji państwa w rolniczą własność. Przyjęte rozwiązania cechowała przy tym wielopłaszczyznowość ingerencji państwa w odniesieniu do własności w rolnictwie. Oddziaływano zarówno na sferę realizacji przez właściciela (rolnika) uprawnień do rozporządzenia nieruchomością rolną, jak i korzystania z niej. Aktywność państwa, poza eksponowanym formalnie elementem poprawy struktury agrarnej, istotnie determinowana była również dążeniami o charakterze politycznym, które wyrażały się w możliwie najszerszym włączeniu sektora rolnego w ramy uspołecznionych form własności. W tym zakresie szczególnie charakterystyczne było stanowienie norm administracyjnoprawnych pozwalających na władcze przejmowanie własności nieruchomości rolnych w związku z niewłaściwym prowadzeniem działalności rolniczej.

VI.

Zmiany w postrzeganiu własności w rolnictwie, zarówno w kontekście jej funkcji oraz ujęcia jurydycznego, stanowią również pochodną zmian ustrojowych, jakie nastąpiły w Polsce na przełomie lat 1989–1990. Jednym z podstawowych założeń transformacji ustrojowej było bowiem przeprowadzenie zmian w sferze własnościowej. Ich istota wyrażała się w odstąpieniu od deklarowanej na gruncie ówczesnego prawodawstwa marksistowskiej koncepcji własności zakładającej

³⁷ Dz.U. z 1974 r. Nr 21, poz. 188 ze zm.

³⁸ Dz.U. z 1968 r. Nr 3, poz. 15.

³⁹ Por. A. Jurcewicz, *Prawne...*, s. 65–66.

dywersyfikację własności i środków jej ochrony⁴⁰ na rzecz jednolitego pojęcia własności oraz rezygnacji ze zróżnicowania pod względem podmiotowym przyśługujących właścicielowi środków ochrony jego prawa⁴¹. W tym właśnie modelu własności ustawodawca upatrywał bowiem fundamentu dla nowo kształtującego się ustroju społeczno-gospodarczego opartego na idei społecznej gospodarki rynkowej⁴². Zerwanie z marksistowską teorią własności, a co za tym idzie również z eksponowaną na tle ówczesnego prawodawstwa preferencją własności uspołecznionej, miało otworzyć drogę do rozwoju własności prywatnej nie tylko w odniesieniu do dóbr konsumpcyjnych, ale także środków produkcji. W swoich założeniach docelowy model gospodarki zakładał bowiem sprywatyzowanie całości gospodarki z pozostawieniem jedynie niektórych, istotnych z punktu widzenia szeroko rozumianego bezpieczeństwa państwa, przedsiębiorstw państwowych zarządzanych w formach skomercjalizowanych⁴³.

Normatywnym wyrazem wskazanych przemian własnościowych była nowelizacja Konstytucji z 1952 roku dokonana ustawą z dnia 29 grudnia 1989 roku o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej⁴⁴ oraz nawiązująca do niej nowela Kodeksu cywilnego przeprowadzona ustawą z dnia 28 lipca 1990 roku⁴⁵. Na płaszczyźnie regulacji konstytucyjnej ustawodawca, uchylając art. 12–18 Konstytucji z 1952 r., odstąpił od charakterystycznego dla prawodawstwa socjalistycznego różnicowania własności, uznając jednocześnie za pry-

⁴⁰ Konstrukcja własności zakładająca jej typizację, tj. podział na typy i formy, swoje uzasadnienie czerpała w marksistowskiej koncepcji podziału na środki produkcji i środki konsumpcji. Podstawowym założeniem filozofii marksistowskiej było uznanie prymatu czynnika ekonomicznego w rozwoju społecznym. Stąd też przyjmowano, że zasadniczym determinantem rozwoju społecznego jest zdobycie i właściwe wykorzystanie środków produkcji. W uspołecznieniu środków produkcji postrzegano natomiast jedyną właściwą formę ich wykorzystania. Por. W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii. Filozofia XIX wieku i współczesna*, Tom III, Warszawa 1978, s. 50 i nast.

⁴¹ Por. M. Bednarek, *Koncepcja własności w dobie transformacji ustrojowej w Polsce*, KPP 1993, z. 4, s. 448; M. Bednarek, *Przemiany...*, op. cit., s. 70 i nast.; S. Rudnicki, *Własność nieruchomości*, Warszawa 2008, s. 13–14; A. Stelmachowski, w: T. Dybowski (red.), *System...*, op. cit., s. 89 i nast.

⁴² Por. C. Kosikowski, *Zadania państwa w zakresie zmiany typu gospodarki*, w: C. Kosikowski (red.), *Państwo i prawo w gospodarce rynkowej. Problemy dostosowawcze*, Łódź 1993, s. 11 i nast.

⁴³ W. Olszowy, *Problematyka prawna oddziaływania przez państwo na przedsiębiorczość państwową*, w: C. Kosikowski (red.), *Państwo...*, op. cit., s. 71.

⁴⁴ Dz.U. z 1989 r. Nr 75, poz. 444 ze zm. W dalszej części opracowania Konstytucja z 1952 w brzmieniu po nowelizacji z dnia 29 grudnia 1982 roku cyt. jako „dawna Konstytucja” – d.k.

⁴⁵ Ustawa z dnia 28 lipca 1990 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1990 r. Nr 55, poz. 312 ze zm.).

mat ustrojowy zasadę równouprawnienia wszystkich podmiotów gospodarczych (art. 6 d.k.). Powyższe rozwiązanie przekładało się również na przyjęty w Konstytucji model ochrony własności. Państwo gwarantowało bowiem ochronę (każdej) własności i prawa do dziedziczenia, poręczając zarazem całkowitą ochronę własności osobistej (art. 7 d.k.).⁴⁶

Na gruncie stosunków cywilnoprawnych przyjęte rozwiązania ustrojowe wyrażały się natomiast w uchyleniu przepisów art. 126–135 k.c. stanowiących podstawę do dyferencjacji na tle kodeksowym własności na jej określone typy, tj. na własność społeczną obejmującą: własność państwową (socjalistyczna własność ogólnonarodowa), własność spółdzielczą, własność innych organizacji społecznych ludu pracującego oraz własność osobistą (art. 132 k.c.). Wyrazem tych przemian była również rezygnacja z wyodrębnienia w ramach kategorii uczestników obrotu cywilnoprawnego jednostek gospodarki uspołecznionej.

W odniesieniu do rolnictwa ustawodawca, dążąc do zniesienia normatywnego różnicowania własności, a także chcąc dostosować ten sektor gospodarki do wymogów wolnego rynku, zliberalizował dotychczasową regulację kodeksową dotyczącą problematyki prawnorolnej. Wiązało się to głównie ze zniesieniem istniejących poprzednio ograniczeń w sferze obrotu nieruchomościami rolnymi *inter vivos* i *mortis causa*. Zrezygnowano zatem z obowiązku posiadania kwalifikacji rolniczych przez nabywców gruntów rolnych jak i przestrzegania wszelkich norm obszarowych. Oznaczało to pełną liberalizację obrotu nieruchomościami rolnymi.

Podstawowym założeniem dokonanych w tej materii zmian było zatem przeprowadzenie pełnej „prywatyzacji” rolnictwa⁴⁷. Jednym z przejawów tej tendencji była m.in. likwidacja Państwowych Gospodarstw Rolnych (PGR) dokonana na podstawie ustawy z dnia 19 października 1991 o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa⁴⁸ oraz powierzenie zarządu nieruchomościami rolnymi pozostałymi po zlikwidowanych gospodarstwach rolnych Agencji Własności Rolnej Skarbu Państwa.⁴⁹

⁴⁶ Zob. szerzej nt. pojęcia własności osobistej na tle art. 7 Konstytucji A. Łabno-Jabłońska, *Nowa konstytucyjna regulacja własności w Polsce*, w: *Zagadnienia prawa cywilnego, samorządowego i rolnego*, Katowice 1993, s. 32 i nast., a także orzeczenia TK z dnia 4 grudnia 1990 roku, sygn. akt K 12/9, publ. OTK 1990, nr 1, poz. 7 z glosą krytyczną Cz. Żuławskiej, publ. PiP 1991, nr 4, poz. 101.

⁴⁷ Por. S. Prutis, *Adekwatność instrumentów prawnych do potrzeb rozwoju polskiego rolnictwa*, w: *Z zagadnień prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci prof. A. Stelmachowskiego*, Białystok 1991, s. 161 i nast.

⁴⁸ Dz.U. z 1991 r. Nr 107, poz. 464 ze zm.

⁴⁹ Obecnie Agencji Nieruchomości Rolnych.

Tak więc cechą rozwiązań prowadzonych w odniesieniu do sektora rolnego była daleko posunięta ich liberalizacja. Szczególnie jaskrawo dążenie to ujawniło się na tle regulacji Kodeksu cywilnego, gdzie – jak wskazano – zasadniczo zrezygnowano z szczególnego (odrębnego) regulowania własności rolnej. Wskutek uchylenia przez Trybunał Konstytucyjny⁵⁰ znacznej części przepisów kodeksowych dotyczących dziedziczenia gospodarstw rolnych, poza przepisami odnoszącymi się do zniesienia współwłasności gospodarstw rolnych (art. 213–221 k.c.) oraz pojęcia i przeniesienia gospodarstwa rolnego (art. 55³ i art. 55⁴ k.c.), brak jest regulacji szczególnej dotyczącej własności rolniczej. Wynikające z tego „zrównanie” dotyczącej własności *in generale* i własności rolniczej wskazuje jednoznacznie tendencję ustawodawcy do rezygnacji ze stosowania instrumentów cywilnoprawnych dla kształtowania właściwej struktury agrarnej⁵¹.

VII.

Istotne znaczenie dla postrzegania własności w rolnictwie odgrywają normy konstytucyjne. Eksponowany na tle uregulowań ustawy zasadniczej model własności (art. 20, art. 21 i art. 64 konstytucji)⁵² oraz wytyczne w zakresie kształtu ustroju rolnego kraju (art. 23 konstytucji) stanowią bowiem bezpośrednie odzwierciedlenie preferencji prawodawcy co do kształtu stosunków własnościowych w rolnictwie. Uwzględnienie kontekstu konstytucyjnego pozwala zatem na „doprecyzowanie” normatywnego ujęcia własności w rolnictwie zarówno w kontekście treści tego prawa, jak i jego granic. Nie można pomijać, że konstytucja, jako akt o najwyższej mocy wiążącej, w swej istocie wyznacza zasadnicze ramy jureidyczne i wskazuje na podstawowe założenia ideologiczne wiążące przy kreowaniu oraz interpretacji poszczególnych instytucji prawnych ujętych w aktach niższego rzędu, co dotyczy również własności dóbr związanych z produkcją rolną⁵³. Swoista normatywna nadrzędność konstytucyjnego ujęcia

⁵⁰ Wyrok TK z dnia 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P 4/99, publ. OTK 2001 nr 1, poz. 5.

⁵¹ Por. również w tej kwestii A. Lichorowicz, *Perspektywy nowej regulacji obrotu gruntami rolnymi (uwagi wprowadzające)*, Studia Iuridica Agraria t. VIII, Białystok 2010, s. 7–8; K. Stefańska, *Pojęcia „nieruchomość rolna” i „gospodarstwo rolne” w ujęciu Kodeksu cywilnego i ich znaczenie dla rozwoju regulacji prawnorolnej*, Studia Iuridica Agraria, t. VII, Białystok 2009, s. 96–98.

⁵² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.) dalej cyt. jako konstytucja.

⁵³ Por. w odniesieniu do własności w rolnictwie T. Kurowska, *Ochrona gospodarstwa rodzinnego – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, Studia Iuridica Agraria, t. VIII,

własności względem jego kodeksowego odpowiednika wyraża się zatem w tym, że własność statuowana na tle regulacji konstytucyjnej jako prawo podstawowe i zasada ustrojowa wyznacza określone wymagania dotyczące treści i pojmowania własności w aktach niższego rzędu⁵⁴. W swej istocie normy konstytucyjne kreują zasadnicze ramy własności, które podlegają konkretyzacji w aktach niższego rzędu, zarówno co do treści, jak i granic tego prawa⁵⁵.

Na płaszczyźnie regulacji konstytucyjnej szczególne znaczenie dla kształtu regulacji prawnorolnej, w tym również dotyczącej stosunków własnościowych w rolnictwie, odgrywa art. 23 konstytucji⁵⁶. Przepis ten wskazuje na wyróżnienie przez prawodawcę w ramach ustroju społeczno-gospodarczego kraju szczególnego obszaru regulacyjnego ujmowanego jako ustrój rolny⁵⁷. W ujęciu konstytucji rolnictwo stanowi segment gospodarki wolnorynkowej (art. 21 konstytucji), z tym, że w odróżnieniu od innych przejawów aktywności gospodarczej podlega ono szczególnym wytycznym dotyczącym kształtu struktury organizacyjnej⁵⁸. Zgodnie bowiem z art. 23 konstytucji podstawą ustroju rolnego państwa ma być rodzinne gospodarstwo rolne. Wynikająca z tego przepisu deklaracja w zakresie struktury produkcji rolnej oznacza przy tym nie tylko utrzymanie dotychczas ukształtowanej struktury organizacyjnej w rolnictwie polskim⁵⁹ i uznania jej za właściwą formę stosunków społeczno-gospodarczych na wsi⁶⁰, ale również

Białystok 2010, s. 16 i nast. oraz w zakresie oddziaływania konstytucji na kodeksowe ujęcie własności w ujęciu ogólnym S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna...*, op. cit., s. 15–18; . B. Banaszkiewicz, *Konstytucyjne...*, op. cit., s. 29–30 oraz orzeczenie TK z dnia 20 października 1992 roku, sygn. akt K 1/92, publ. OTK 1992, nr 2, poz. 23 oraz orzeczenie TK z dnia 28 stycznia 1991 roku, sygn. akt K 13/90, publ. OTK 1991, nr 1, poz. 3.

⁵⁴ B. Banaszkiewicz, *Konstytucyjne...*, op. cit., s. 30.

⁵⁵ Wyrok TK z 10 lipca 2012 r., sygn. akt T 15/12, publ. OTK-A 2012, nr 7, poz. 77.

⁵⁶ Tak też w kwestii „oddziaływania” art. 23 konstytucji na własność w rolnictwie por. m.in. A. Stelmachowski, K. Zaradkiewicz, w: E. Gniewek (red.), *System.. op. cit.*, t. 3, s. 281–282, T. Kurowska, *Ochrona...*, op. cit., s. 16–17; T. Kurowska, *Gospodarstwo rodzinne w świetle art. 23 Konstytucji RP*, w: K. Skotnicki, K. Winiarski (red.), *Własność i jej ograniczenia w prawie polskim*, Częstochowa 2004, s. 46–47; M. Szymańska, *Znaczenie własności rolniczej w kształtowaniu ustroju rolnego*, *Studia Iuridica Agraria* t. IX, Białystok 2009, s. 240–241.

⁵⁷ B. Banaszkiewicz, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 237–238.

⁵⁸ A. Stelmachowski, K. Zaradkiewicz, w: E. Gniewek (red.), *System...*, op. cit., t. 3, s. 281.

⁵⁹ Ibidem, s. 282.

⁶⁰ Takie stwierdzenie nie wyklucza przy tym istnienia w ramach obszaru produkcji rolnej innych form organizacyjnych, A. Lichorowicz, *Konstytucyjne podstawy ustroju rolnego Rzeczypospolitej w świetle art. 23 Konstytucji*, w: M. Wyrzykowski (red.), *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, Warszawa 2001, s. 124.

wymaga od prawodawcy podejmowania działań zmierzających do zapewnienia jej efektywności. W świetle art. 23 konstytucji nie chodzi więc jedynie o utrzymanie dominującej roli rodzinnych gospodarstw rolnych w strukturze agrarnej jako cel sam w sobie, lecz także o stworzenie rozwiązań prawnych zmierzających do osiągnięcia (i utrzymania) właściwego stanu rozwoju polskiego rolnictwa zarówno w aspekcie gospodarczym, jak i społecznym.

Implikacje wynikające z art. 23 konstytucji determinują również spojrzenie na własność w rolnictwie. Normy wyznaczające zakres uprawnień właścicielskich i rzutujące na sposób wykonywania prawa własności w odniesieniu do środków produkcji rolnej w swej istocie „wplatają się” w płaszczyznę związaną z kształtowaniem ustroju rolnego. Szczególny charakter własności w rolnictwie wynika z jej powiązania z gospodarstwem rolnym stanowiącym zasadniczy czynnik kreujący działalność produkcyjną w sektorze rolnym. Ten immanentny związek ujmuje również art. 23 konstytucji. Przepis ten pozwala bowiem na uznanie konstrukcyjnej odrębności gospodarstwa rolnego jako składnika majątku, który może być poddany szczególnej regulacji prawnej zmierzającej do realizacji deklarowanego w jego treści kształtu ustroju rolnego kraju opartego na gospodarstwach rodzinnych⁶¹. Wynikająca z art. 23 konstytucji deklaracja dotycząca ustroju rolnego państwa nie może jednak naruszać norm dotyczących ustroju społeczno-gospodarczego państwa (art. 20) oraz postanowień statuujących konstytucyjną ochronę własności i prawa do dziedziczenia (art. 21 konstytucji). Tym samym dążenie do utrzymania właściwego ustroju rolnego opartego na rodzinnym gospodarstwie rolnym nie uzasadnia kwestionowania znaczenia własności prywatnej jako fundamentu stroju społeczno-gospodarczego kraju, jak również stanowienia rozwiązań wyłączających gwarantowaną konstytucyjnie wolność dysponowania majątkiem⁶². Nie wyklucza to jednak, w szczególności w obszarze regulacji prawnospadkowej, aby prawodawca w zakresie przysługującej mu swobody porządkowania mechanizmu dysponowania dobrami majątkowymi w pewnym zakresie wprowadził szczególne modyfikacje dotyczące nabywania gospodarstwa rolnego, które służą realizacji wynikającej z art. 23 konstytucji dotyczącej kształtu ustroju rolnego. Takie podejście do postrzegania własności

⁶¹ Por. A. Lichorowicz, *Konstytucyjne podstawy ustroju rolnego RP (w świetle art. 23 Konstytucji)*, *Studia Iuridica Agraria* 2000, t. I, s. 26, oraz w odniesieniu do regulacji prawnospadkowej dotyczącej gospodarstwa rolnego wyrok TK z 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P 4/99, publ. OTK 2001, poz. 5 oraz wyrok TK z 5 września 2007 r., sygn. akt P 21/06, publ. OTK-A 2007, nr 8, poz. 96.

⁶² Zob. szerzej w kwestii wolnościowego wymiaru własności i jego odzwierciedlenia na tle regulacji konstytucji K. Zaradkiewicz, *Instytucjonalizacja wolności majątkowej. Koncepcja prawa podstawowego własności i jej urzeczywistnienie w prawie prywatnym*, Warszawa 2013, s. 137–148.

w rolnictwie przyjął również Trybunał Konstytucyjny m.in. w wyroku z dnia 31 stycznia 2001 r. (sygn. akt P 4/99), w którym badał zgodność z konstytucją przepisów Kodeksu cywilnego statuujących szczególny reżim dziedziczenia gospodarstwa rolnego, oraz w wyroku z 5 września 2007 r. (sygn. akt 21/06) dotyczącym oceny zgodności z konstytucją przepisów intertemporalnych dotyczących dziedziczenia gospodarstw rolnych ujętych w ustawie z 23 kwietnia 1964 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny⁶³. W judykatach tych Trybunał Konstytucyjny wskazał, że art. 23 zd. 2 konstytucji wyraża zakaz eliminacji instytucji dziedziczenia lub wprowadzenia takich rozwiązań, które wykluczałyby swobodę testowania lub równą ochronę praw wszystkich spadkobierców. Nie wyłącza on natomiast wprowadzenia co do spadków, w których skład wchodzi gospodarstwo rolne, szczególnej regulacji modyfikującej w określonych punktach ogólne przepisy prawa spadkowego. Modyfikacje te nie mogą być dowolne, ale służyć mają praktycznej realizacji wyrażonej w art. 23 zasady, zgodnie z którą gospodarstwo rodzinne jest podstawą ustroju rolnego państwa.

Specyfika własności w rolnictwie wiąże się również z silnym oddziaływaniem na to prawo obowiązków (głównie o charakterze administracyjnoprawnym) nakładanych na właściciela w związku z prowadzoną przez niego aktywnością produkcyjną. Wiaże się to ze szczególną rolą, jaką ogrywa rolnictwo nie tylko w obszarze gospodarki narodowej, ale również w funkcjonowaniu społeczeństwa. Zapewnienie dostępności żywności, spełniającej odpowiednie wymogi jakościowe, stanowi zasadniczy determinant służący zapewnieniu właściwego funkcjonowania struktur społecznych⁶⁴. Tym samym obowiązki nakładane na rolnika oddziałujące na sposób wykonywania przez niego produkcji rolnej służą przede wszystkim realizacji interesu ogólnospołecznego wyrażającego się m.in. w zapewnieniu odpowiedniej jakości produkcji rolnej, bezpieczeństwa fitosanitarnego czy ochronie krajobrazu wiejskiego. Powiązanie własności i obowiązków społecznych, które wyznaczają granice tego prawa⁶⁵, co należy podkreślić, stanowi cechę współczesnego postrzegania własności. Własność nie jest ujmowana jako prawo absolutne, nastawione wyłącznie na realizację interesu jednostkowego⁶⁶. Z prawa własności nie wynika niczym nieograniczona kompetencja jednostki do swobodnego eksploatowania dobra będącego przedmiotem własności. Ujmowanie własności poprzez pozbawienie granic kompetencję jednostki do realizacji władztwa nad określonym dobrem

⁶³ Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 297 ze zm.

⁶⁴ C. Spedding, *Sustainable Agriculture*, The International Journal of Human Rights (1998), v. 2, n. 2, s. 29–31.

⁶⁵ Por. K. Zaradkiewicz, *Instytucjonalizacja...*, op. cit., s. 366–367.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 369.

w wielu przypadkach wiązałoby się z uznaniem dopuszczalności ingerencji w prawa innych osób czy też wspólnoty⁶⁷. W konsekwencji istnienie ograniczeń w zakresie dysponowania dobrem stanowiących przedmiot własności stanowi element nierozzerwalnie związany z tym prawem⁶⁸. Postrzeganie nie tylko przez pryzmat uprawnień przysługujących właścicielowi, ale i obowiązków stanowi wyraz nawiązania do koncepcji określanej mianem – *społecznego związania prawa własności (Sozialbindung)*. Wywodząca się z niemieckiej tradycji konstytucyjnej koncepcja ta zakłada, że uprawnienie ustawodawcy do wyznaczania granic prawa własności jest tym większe, a ochrona tego prawa tym mniejsza, im bardziej przedmiot prawa własności spełnia funkcje społeczne (np. w odniesieniu do gruntów rolnych). U podstaw tej koncepcji leży założenie o istnieniu podwójnej natury prawa własności. Dostrzega się bowiem, że prawo to wyraża nie tylko element personalny, ale również socjalny, a elementy te wzajemnie się przenikają i koegzystują. W swojej skrajnej formie idea „uspołecznienia” własności, a co za tym idzie upatrywania w prawie własności także obowiązków właścicielskich, wyrażana była na tle tzw. *koncepcji solidaryzmu społecznego* L. Duguita. Zakładała ona, że właściciel nie jest wcale podmiotem uprawnionym, lecz jedynie przedstawicielem społeczeństwa zarządzającym w jego imieniu przedmiotem własności. W tym ujęciu własność przedstawiała być prawem jednostki, a stawała się funkcją społeczną. Zarysowane koncepcje zasadniczo rzutują na współczesne postrzeganie własności. Własność nie jest już bowiem traktowana jako prawo absolutne dające właścicielowi nieograniczone uprawnienie do dysponowania przedmiotem tego prawa. Jednocześnie dysponowanie przedmiotem własności często wiąże się z nałożeniem na właściciela szeregu obowiązków (głównie o charakterze publicznoprawnym) determinujących sposób realizacji przez niego swojego władztwa nad rzeczą. Wyraźnie zależność ta ujawnia się w odniesieniu do własności nieruchomości rolnych. Wykonywanie uprawnień właścicielskich w odniesieniu do tego przedmiotu własności podlega szeregowi ograniczeń statuowanych przez normy prawa krajowego i Unii Europejskiej. Wynika to ze szczególnej funkcji, jaką przypisuje się własności rolnej w związku ze specyfiką wytwarzanych dóbr i ich znacze-

⁶⁷ Por. orzeczenie TK z dnia 28 maja 1991 r., sygn. akt K 1/91, publ. OTK 1991 poz. 4; orzeczenie TK z 20 kwietnia 1993 r., sygn. akt P 6/92, publ. OTK 1993, poz. 8, wyrok TK z 5 maja 1999 r., sygn. akt SK 9/98, publ. OTK ZU z 1999 r. nr 4, poz. 78. Zob. również K. Zaradkiewicz, *Instytucjonalizacja wolności majątkowej. Koncepcja prawa podstawowego własności i jej urzeczywistnienie w prawie prywatnym*, Warszawa 2013, s. 138–139.

⁶⁸ J. Wasilkowski, *Pojęcie własności we współczesnym prawie polskim*, Warszawa 1972, s. 58; F. Zoll, *W świetle funkcjonalizmu własności. Na tle spuścizny po Leonie Duguit*, PN 1947, t. I, s. 26.

niem gospodarczym, oddziaływaniem na środowisko naturalne i znaczącym różnicowaniem strukturalnym.

VIII.

Zasadnicze znaczenie dla postrzegania własności w rolnictwie miało przyłączenie RP do Unii Europejskiej. Z dniem akcesji w ramy krajowego porządku prawnego zostało włączone *acquis communautaire* UE. W odniesieniu do polskiego rolnictwa wiązało się to jednocześnie z jego ujęciem w ramy Wspólnej Polityki Rolnej (WPR). Tym samym normy prawne właściwe dla tej polityki unijnej stały się zasadniczym determinantem wyznaczającym ramy funkcjonowania rodzimego sektora rolnego.

Wspólna polityka rolna stanowi szczególnie obszar regulacyjny na tle prawodawstwa unijnego charakteryzujący się znacznym stopniem interwencji państwowej. Takie podejście prawodawcy unijnego stanowi pochodną specyficznych uwarunkowań w zakresie produkcji rolnej oraz znaczenia gospodarczego i społecznego tego sektora w ramach Unii. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w wielu aspektach rolnictwo wykazuje znaczące odmienności w wobec pozostałych sektorów gospodarki unijnej. W konsekwencji w płaszczyźnie regulacyjnej postanowienia dotyczące rolnictwa w pewnym stopniu określają odstępstwa od generalnych reguł Traktatu⁶⁹. Tym samym analiza własności w odniesieniu do środków produkcji rolnej wymaga uwzględnienia specyficznego ujęcia tego prawa w świetle postanowień ustawodawstwa dotyczącego Wspólnej Polityki Rolnej.

Na tle prawodawstwa unijnego – co należy podkreślić – prawo własności początkowo w ogóle nie było przedmiotem zainteresowania traktatu ustanawiającego EWG głównie ze względu na jego ogólny charakter⁷⁰. Równolegle do Traktatu Rzymskiego w państwach członkowskich obowiązywała Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁷¹

⁶⁹ A. Jurcewicz, w: P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2011, s. 82.

⁷⁰ Zob. A. Jurcewicz, *Własność w ujęciu prawa wspólnotowego – zarys*, Studia Iuridica Agraria, t. V, Białystok 2005, s. 69 i nast.

⁷¹ Sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 – Dz. U. 1993 nr 61, poz. 284, uzupełniona Dz. U. 1995 nr 36, poz. 177, zm. Dz. U. 1998 nr 147, poz. 962. Bliżej zob. T. R. G. van Banning, *The Human Right to Property*, Intersentia, Antwerp 2002, s. 64 i nast.; C. B. Schutte, *The European Fundamental Right of Property: Article 1 of Protocol No 1 to the European Convention on Human Rights: its Origins, its Working and its Impact on National Legal Order*, Kluwer Law International, 2004, s. 17 i nast.; J. E. S. Fawcett, *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford 1987, s. 15.

(EKPCiPW). Obowiązywała wówczas ogólna zasada odesłania w sprawach własności do prawa krajowego państw członkowskich, która w niezmienionej postaci funkcjonuje też obecnie w treści art. 345 TFUE (art. 295 TWE, art. 222 Traktatu Rzymskiego).

Treść art. 345 TFUE, regulując stosunek postanowień prawa unijnego do norm krajowych w kwestii własności, stanowi, że „traktaty nie przesądzają w niczym zasad prawa własności w państwach członkowskich”. Oznacza to pozbawienie prawa własności jako prawa z zakresu prawa cywilnego poza zakresem regulacji UE, umożliwiając tym samym swobodne kształtowanie porządku własnościowego przez państwa członkowskie.

Na poziomie prawa unijnego własność rozumiana jest szeroko⁷². Należy ją raczej identyfikować z ekonomicznym pojęciem mienia (używany w prawie międzynarodowym) niż z ujęciem cywilistycznym, jako że obejmuje nie tylko własność *sensu stricte*, ale także ograniczone prawa rzeczowe, zobowiązania (np. dzierżawa, najem)⁷³, oraz dotyczy nie tylko prawa do rzeczy, ale także do dóbr niematerialnych⁷⁴, obejmując też np. interesy ekonomiczne przedsiębiorcy wynikające z jego reputacji⁷⁵.

Ponieważ stosunki własnościowe odgrywają pierwszoplanową rolę w gospodarce każdego państwa, to wyłączenie porządku własnościowego z prawnych ram integracji gospodarczej, jaką zakładano w traktacie, nie mogło pozostawać

⁷² Treść art. 222 TEWG (art. 345 TFUE) wywodzi się z Deklaracji Schumana z 9 maja 1950 r., odznaczającej się programowym, a nie prawnym charakterem. Stąd też użyty zwrot „zasady własności” nie ma znaczenia techniczno-prawnego, ale raczej ekonomiczny. Zwrócił na to uwagę Adwokat Generalny w opinii do trzech połączonych spraw wniesionych przed ETS przez Komisję przeciwko Portugalii, Francji i Belgii, dotyczących zasad własności w prywatyzowanych przedsiębiorstwach – sprawy: nr C-367/98 *Commission v Portugal*, nr C-483/99 *Commission v France*, nr C-503/99 *Commission v Belgium*, ECR 2002, s. I-4733.

⁷³ Wyrok ETPC w sprawie *Spadea i Scalabrino v Italy* z 28.09.1995 r., skarga nr 12868/87, sprawa nr 23/1994/470/551, ECHR seria A. 315-B; wyrok ETPC w sprawie *Scollo v Italy* z 28.09.1995 r., skarga nr 19133/91, sprawa nr 24/1994/471/552, ECHR seria A. 315-C.

⁷⁴ Jak własność intelektualna, zob. decyzję Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *Smith Kline and French Laboratories v Netherlands* z 4.10.1990 r., skarga nr 12633/87, DR 66/70.

⁷⁵ Zob. Ch. Jr. Donahue, T. E. Kauper, P. Martin, *Cases and materials on property. An introduction to the concept and the institution* West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1993, s. 110 i nast.; C. Mik, *Prawo własności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, PiP 1993, z. 5, s.25, 1993; I. Nakielska, *Prawo do własności w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Gdańsk 2002. Zob. też wyrok ETPC w sprawie *Tre Traktoerer (Umlaut) AB v Sweden* z 7.07.1989 r., skarga nr 10873/84, sprawa nr 4/1988/148/202, ECHR seria A. 159.

bez wpływu na procesy integracyjne. Należy przy tym pamiętać o fundamentalnych dla tych procesów traktatowych zasadach (niedyskryminacji, proporcjonalności) i swobodach podstawowych⁷⁶, jak swoboda przepływu kapitału czy wolność efektywnej konkurencji, które ze swojej strony również wpływają na porządek własnościowy w państwach członkowskich. W takiej sytuacji interpretacja treści wówczas obowiązującego art. 295 traktatu (TWE) do czasu utworzenia Unii Europejskiej sprawiała poważne trudności, tym bardziej, że bardzo niewiele było orzeczeń ETS, które przyczyniłyby się do jego rozumienia. Niemniej jednak jasne były przynajmniej dwie kwestie. Po pierwsze, ówczesny art. 295, obecny zaś art. 345 TFUE w praktyce nie ma żadnego wpływu na rozstrzygnięcia krajowego prawodawcy w zakresie prawa własności jako prawa rzeczowego. Po drugie, w doktrynie prawa europejskiego powszechnie uznaje się, że przepis ten nie stanowi gwarancji prawnej własności, ale też nie blokuje stworzenia takiej gwarancji⁷⁷.

Z punktu widzenia unormowań unijnego prawa pierwotnego własność ujmowana jest w aspekcie negatywnym i pozytywnym. Ten pierwszy wyrażony został w art. 345 TFUE w formule, iż nie przesądza w niczym zasad prawa własności w państwach członkowskich, co oznacza, że w zakresie tego ograniczenia funkcjonują pozostałe postanowienia traktatu. Nie mogą wpływać na istotę tego prawa, mogą jednak ingerować w sposób korzystania z prawa własności. Aspekt pozytywny sprowadza się do wypełniania i realizacji – mimo ograniczeń wynikających z art. 345 TFUE – podstawowych zasad traktatowych, swobód, reguł konkurencji oraz założeń unijnych polityk⁷⁸.

⁷⁶ Zob. ogólnie C. Mik, *Ochrona prawa własności w prawie europejskim*, w: T. Jasudowicz, C. Mik (red.), *O prawach człowieka w podwójną rocznicę paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie profesor Annie Michalskiej*, pod red. T. Jasudowicza, C. Mika, Toruń 1996; I. Lach, *Europejskie aspekty prawa własności*, w: C. Mik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, Toruń 1999; A. Graś, *Własność nieruchomości w prawie Unii Europejskiej*, Przegląd Zachodni 2001, nr 2.

⁷⁷ Zob. S. Hambura, M. Muszyński, *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z komentarzem*, Bielsko-Biała 2002, s. 566; zob. też w kwestii zakresu zastosowania art. 345 TFUE: M. Muszyński, *Przejęcie majątków niemieckich przez Polskę po II wojnie światowej*, Bielsko-Biała 2003, s. 351; M. Muszyński, *Nacjonalizacja mienia cudzoziemców w Polsce a problem rekompensaty za mienie pozostawione*, Przegląd Sejmowy 2006, nr 1, s. 60.

⁷⁸ Zob. wyrok ETS w sprawie nr C-350/92 Spain v Council, ECR 1995, s. I-1985; sprawa nr C-30/90 Commission v United Kingdom, ECR 1992, s. I-829.

IX.

Zarówno doktryna, jak i judykatura, szczególnie zaś Adwokaci Generalni starali się określić zakres zastosowania art. 345. Okolicznością wyłączającą stosowanie tego postanowienia jest brak elementu wspólnotowego (unijnego). Tak właśnie stwierdził Trybunał w sprawie Annibaldi⁷⁹, w której powód utrzymywał, że wskutek objęcia krajowym aktem prawnym jego nieruchomości gruntowych obrębem parku przyrodniczo-archeologicznego, został pozbawiony własności bez odszkodowania. ETS orzekł, że z brzmienia ówczesnego art. 222 TEWG (obecnie art. 345 TFUE) wynika, że w zakresie przedmiotowego aktu krajowego państwo członkowskie zachowało swobodę decyzji. Zatem ustawodawstwo krajowe, takie jak ustawa ustanawiająca park przyrodniczo-archeologiczny w celu ochrony i poprawy środowiska oraz spuścizny kulturalnej regionu, nie jest objęte prawem wspólnotowym. Nie przedstawiając wykładni art. 222 TEWG (art. 345 TFUE), Trybunał stwierdził jedynie, że w związku z jego brzmieniem, sytuacja prawna skarżącego ma charakter wyłącznie wewnętrzny (krajowy).

Wątpliwości co do zgodności z prawem wspólnotowym zrodziły się wobec krajowych aktów prawnych w sprawie Fearon⁸⁰, które wprowadzały zakaz prowadzenia wywłaszczeń w stosunku do podmiotów, zamieszkujących w obrębie trzech mil od nieruchomości gruntowej (w przypadku osób prawnych wszyscy udziałowcy winni odpowiadać temu wymogowi). Podkreślano, że te podjęte w interesie powszechnym środki krajowe mają na celu m.in. zapobiec spekulacjom gruntami oraz gwarantować własność tym, którzy z nich korzystają. Strona powodowa jednak podnosiła dyskryminacyjny charakter tej regulacji. Trybunał stwierdził, że chociaż art. 222 (obecnie art. 345) nie kwestionuje prawa państw członkowskich do ustanowienia systemu wywłaszczeń przez podmioty publiczne, to jednak system taki musi być zgodny z podstawową zasadą niedyskryminacji oraz swobodą przepływu osób (tj. osiedlania się).

W sprawie Konle⁸¹ uznano za niezgodny z traktatem, tzn. swobodą przepływu kapitału i swobodą przedsiębiorczości, system uprzedniego, administracyjnego zatwierdzania umów sprzedaży nieruchomości obowiązujący w Tyrolu. Broniąc zasad prawa krajowego, Austria powoływała się na art. 222 (obecnie art. 345), na podstawie którego – według niej państwa członkowskie mogą kontrolować krajowe zasady prawa własności. Podnosiła też, że wyłącznie system

⁷⁹ Sprawa nr C-309/96 Daniele Annibaldi v Sindaco del Comune di Guidonia, Presidente Regione Lazio, 1997 ECR s. I-7493.

⁸⁰ Sprawa nr C-182/83 Robert Fearon and others v Irish Land Commission, 1984 ECR s. 3677.

⁸¹ Sprawa nr C-302/97 Klaus Konle v Austria, 1999 ECR s. I-3099.

owego zatwierdzania umożliwia państwowym i lokalnym władzom utrzymanie kontroli zgodności planowania przestrzennego z zadaniami leżącymi w interesie powszechnym, co w regionie, takim jak Tyrol, jest szczególnie ważne z uwagi na niewielką część gruntów podlegających zabudowaniu. Wyjaśniając relacje art. 222 do podstawowych zasad traktatu, Trybunał stwierdził, że „(...) chociaż zasady prawa własności pozostają w gestii każdego państwa członkowskiego na podstawie art. 222 traktatu, to postanowienie to nie powoduje wyłączenia tych reżimów z zakresu zastosowania podstawowych zasad traktatu”.

W sprawie CILFIT⁸² Trybunał powiedział, że przepisy prawa wspólnotowego winny być interpretowane bez pomijania ich kontekstu, w świetle prawa wspólnotowego jako całości, z uwzględnieniem jego celów i aktualnego stadium rozwoju. Taka też wykładnia celowościowa (obok językowej) winna być przyjęta wobec art. 345 traktatu⁸³. Zgodnie z opinią Adwokata Generalnego⁸⁴ „art. 295 TWE (art. 345 TFUE) powinien być interpretowany jako zapewniający państwowemu członkowskiemu w sposób generalny swobodę organizowania zasad prawa własności, nie gwarantując jednak, że wspólnotowe instytucje nie będą wkraczały w podmiotowe prawo własności”.

W literaturze wyrażane są rozbieżne poglądy co do zakresu zastosowania art. 345 TFUE. Nie wchodząc w bliższą analizę poszczególnych stanowisk, wystarczy wspomnieć, że jedni stoją na stanowisku, że odnosi się on wyłącznie do zasad prawa własności związanych z przedsiębiorstwami, szczególnie zaś w odniesieniu do ich prywatyzacji i nacjonalizacji, inni – że wyłącza z zakresu stosowania zasad traktatowych własność w ogólności, włączając własność intelektualną. Całkowite wyłączenie kompetencji organów Unii w kwestii własności budzi poważne wątpliwości, jako że uniemożliwiałoby funkcjonowanie wspólnego rynku i osiągnięcie jego celów. Kolejna grupa podnosi, że w swoim orzecznictwie ETS nie zaakceptował i pewnie nie zaakceptuje środka niezgodnego z podstawowymi zasadami traktatowymi, takimi jak zasada niedyskryminacji, proporcjonalności, swobody podstawowe i reguły konkurencji⁸⁵. Niektórzy słusznie uważają⁸⁶,

⁸² Sprawa nr 238/81 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health, 1982 ECR s. 3415.

⁸³ Wskazują, D. Lasok, P. A. Stone, *The Conflict of Laws in the European Community Law*, Abington 1987, s. 66.

⁸⁴ Zob. opinia Adwokata Generalnego Ruiz-Jarabo Colomera w sprawie nr C-56 i 58/64 Etablissements Consten S.r.l. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission, 1966 ECR s. 352.

⁸⁵ Zob. H. Smit, P. Herzog, *The law of The European Economic Community. A Commentary on the EEC Treaty*, Times Mirror Books 1991.

⁸⁶ Zob. S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej: między neutralnością a zaangażowaniem*, Zakamycze 2002, s. 271–285;

że art. 345 nie może być interpretowany w sposób uniemożliwiający bądź utrudniający osiągnięcie podstawowych celów traktatu, w związku z czym zawarta w nim klauzula neutralności nie ma charakteru absolutnego. Za trafne uznać zatem wypada też stanowisko⁸⁷, zgodnie z którym art. 345 nie należy traktować jako wyłączającego prawo własności z unijnego porządku. Nie do przyjęcia jest zatem „antyintegracyjna” jego interpretacja, dopuszczająca np. kształtowanie krajowych zasad prawa własności niezgodnie z zasadami prawa unijnego czy też wyłączająca możliwość regulacji jakichkolwiek aspektów własności przez UE.

X.

Konieczność zapewnienia poszanowania podstawowych zasad traktatu oraz realizacji jego celów stanowiła podstawę dla uznania szerokiego zakresu kompetencji UE przez ETS w sprawie nr C-235/89⁸⁸, w której Trybunał stwierdził, że w przypadku braku w prawie unijnym postanowień harmonizujących daną dziedzinę, państwa członkowskie zachowują kompetencje do stanowienia w niej regulacji. Jednak nawet wówczas państwa członkowskie nie mogą stanowić przepisów krajowych niezgodnych z traktatem. Trybunał wskazał, że (ówczesny) art. 295 TWE nie może być interpretowany w taki sposób, aby państwa członkowskie w sferze regulacji dotyczących własności mogły wydawać przepisy, na podstawie których dopuszczalne byłyby naruszenia zasady swobody przepływu towarów w ramach rynku wewnętrznego, która zawarta jest w traktacie.

W sprawie nr C-491/01⁸⁹ Trybunał stwierdził, że z art. 295 (obecnie art. 345) wynika jedynie uznanie przez Wspólnotę kompetencji państw członkowskich do określenia zasad rządzących krajowym systemem własności, co jednak nie wyklucza kompetencji Wspólnoty do wpływania na wykonywanie krajowego prawa własności. W sprawie nr C-350/92⁹⁰ Rada wskazała, że postanowienie to pozostawia określoną swobodę państwom członkowskim w sferze organizacji ich zasad prawa własności, ale nie można na jego podstawie wnosić braku kompetencji Wspólnoty do interweniowania w sferę własności podmiotów indywidualnych, ponieważ oznaczałoby to paraliż władzy Wspólnoty.

T. Skoczny, *Państwowe monopole handlowe w prawie wspólnotowym*, Studia Europejskie 1997, nr 3, s. 45.

⁸⁷ Tak M. Muszyński, *Nacjonalizacja...*, op. cit., s. 60.

⁸⁸ *Commission v Italy*, 1992, ECR s. I-777.

⁸⁹ *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd.*, 2002 ECR s. I-11453.

⁹⁰ *Spain v Council*, 1995 ECR s. I-1985.

W sprawie nr C-503/04⁹¹ Trybunał podkreślił, że państwo członkowskie nie może powoływać się na przepisy, praktyki lub inne sytuacje w jego porządku prawnym dla uzasadnienia nieprzestrzegania zobowiązań wynikających z prawa wspólnotowego. Treść art. 295 TWE nie wyłącza obowiązujących w państwach członkowskich zasad prawa własności spod podstawowych reguł traktatu, a szczególne cechy systemu prawa własności państwa członkowskiego nie mogą uzasadniać naruszenia swobodnego świadczenia usług z powodu nieprzestrzegania przepisów wspólnotowej dyrektywy. Trybunał uznał wręcz, że wykonanie zobowiązań państw członkowskich wynikających z prawa wspólnotowego musi nastąpić, nawet jeśli to miało uchybić zasadzie pewności prawa oraz ochrony uprawnionych (uzasadnionych) oczekiwań, zasadzie *pacta sunt servanda* oraz naruszyć prawo własności, gwarantowanych w krajowym systemie prawnym.⁹²

W doktrynie podkreśla się⁹³, że choć pewne kwestie dotyczące własności pozostają na mocy art. 345 w wyłącznej kompetencji państw członkowskich (przykładowo Unia nie może wywłaszczyć), to krajowe zasady prawa własności podlegają kontroli ze względu na ich zgodność z traktatem, prawem wtórnym realizującym unijne polityki oraz EKPCiPW. Swoboda państw członkowskich w sferze własności dotyczy przede wszystkim kwestii istnienia samego prawa, natomiast jego wykonywanie winno być zgodne z prawem unijnym. Z kolei Unia nie ma kompetencji realizowania zasad traktatowych w sposób, który naruszałby istotę prawa własności. Może jednak podejmować działania stanowiące ingerencję w to prawo, jeśli jest to niezbędne do realizacji celów i zasad traktatu.

XI.

Mając na uwadze, że gospodarka europejska, a w ślad za tym traktaty, opierają się na uznaniu dominującej pozycji własności prywatnej – to pomimo braku konkretnych uregulowań prawnych – od początku swego istnienia Wspólnota chroniła prawo własności z „innej strony”, mianowicie poprzez orzecznictwo ETS w sprawach ochrony praw podstawowych. Ponieważ traktat nie zawierał katalogu praw podstawowych, to aby przeciwdziałać poszukiwaniu przez podmioty bezpośrednio poszkodowane prawem wspólnotowym ochrony praw

⁹¹ Commission v Germany, 2007 ECR s. I-6153.

⁹² W sprawie nr C-351/07 CEPAV DUE, (j.n.p.) Adwokat Generalny w swojej opinii z 11.09.2008 r. uznał wyrażoną powyżej zasadę za słuszną.

⁹³ P. J. G. Kapteyn, P. VerLoren Van Themaat, *Introduction to the law of the European Communities*, Hague-London-Boston 1998, s. 1119 i nast.

podstawowych w porządkach prawnych państw członkowskich – co mogłoby prowadzić do „nieuszanowania” zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego wobec prawa krajowego – Trybunał „wywiódł” w porządku wspólnotowym prawa podstawowe, obowiązujące we wszystkich państwach członkowskich. Oparł się przy tym na przynależnym mu uprawnieniu do „zapewnienia przestrzegania prawa” (art. 220 TWE), przy czym „prawo” rozumiał jako obiektywny wzorzec wartości, a nie obowiązującą wówczas wersję prawa pierwotnego⁹⁴. Ponadto w sprawie nr 29/69 Stauder⁹⁵ Trybunał powołał się na możliwość sądowego zbadania nieuregulowanych w prawie wspólnotowym spraw poprzez odwołanie się do „powszechnych zasad prawnych, które są wspólne porządkom prawnym państw członkowskich”.

Później, w sprawie nr 4/73 Nold⁹⁶ ETS odwołał się zarówno do „wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich”, jak i (po raz pierwszy) do ratyfikowanych przez te państwa międzynarodowych traktatów o prawach człowieka, rozumianych przede wszystkim jako Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁹⁷. ETS stwierdził, że prawa podstawowe stanowią integralną część ogólnych zasad prawa, których przestrzeganie zapewnia Trybunał, chociaż zakres tych praw nie był ujęty w żadnym wiążącym akcie prawa wspólnotowego⁹⁸. I chociaż właśnie z uwagi na klauzulę neutralności zawartą w treści art. 345 TFUE w prawie unijnym brak jest postanowień, które zapewniałyby bezpośrednio ochronę prawu własności, to prawo to było i jest chronione w ramach ochrony praw podstawowych⁹⁹, która spełnia rolę ocenną co do naruszeń tego prawa.

⁹⁴ Zob. F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa-Wrocław 2001, s. 257 i nast.

⁹⁵ E. Stauder v Ulm-Sozialamt, ECR 1969, s. 419.

⁹⁶ J. Nold Kohlen – und Baustoffgroshandlung v Commission, ECR 1974, s. 491.

⁹⁷ Trzeba zaznaczyć, że w ramach EKPC ochrona prawa własności nie obejmuje prawa do nabycia własności, zob. decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie Linde przeciwko Szwecji z 9.05.1986, skarga nr 11628/85, publ. DR 47/270; decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie Agneessens przeciwko Belgii z 12.10.1988, skarga nr 12164/86, publ. DR 70/59. W ramach praw podstawowych w UE ochroną otoczone jest istniejące prawo własności. Natomiast w ramach swobód podstawowych gwarantowane jest prawo do własności jako element autonomicznej wolności gospodarczej. Ochronie podlega głównie równość szans w dostępie do własności. Zob. C. Mik, *Ochrona...*, op. cit. s. 231; I. Lach, *Europejskie aspekty...*, op. cit. s. 290.

⁹⁸ W 2000 r. prawa podstawowe zostały zapisane w Karcie Praw Podstawowych UE, która – do czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony – miała wyłącznie deklaracyjny charakter.

⁹⁹ Zob. K. Lenaerts, *Fundamental rights in the European Union*, European Law Review, v. 25 (2006) n. 6, s. 586 i nast.

Po utworzeniu Unii Europejskiej wprowadzenie bezpośredniej ochrony prawa własności nastąpiło z wejściem w życie Traktatu z Maastricht w 1993 r. W wyniku ustaleń konferencji w Amsterdamie w 1997 r. art. 6 ust. 2 TUE (poprzednio – F ust. 2) podkreślał, że Unia Europejska chroni prawa podstawowe, które gwarantowane są przez Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a które wywodzą się ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich.

Podczas tejże konferencji w Amsterdamie, zmieniając traktat o UE (TUE), do wskazanego powyżej art. 6 dodano ust. 1, który chronił prawo własności nie tylko jako zasadę prawa wynikającą ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich, ale gwarantował ochronę jako zasadę instytucjonalną. Stanowił on, że „Unia opiera się na zasadach wolności, demokracji i poszanowaniu praw człowieka i podstawowych wolności oraz praworządności; zasady te są wspólne wszystkim państwom członkowskim”. Statuuując zasadę instytucjonalną, postanowienia powyższe sprawiały, że gwarancje ochrony prawa własności nie były równoległe wobec art. 295 TWE.

W obecnie obowiązującym – po Traktacie Lizbońskim – „nowym” art. 6 TUE Unia w ust. 1 uznaje prawa, wolności i zasady określone w Karcie Praw Podstawowych UE, która stała się częścią prawa pierwotnego Unii, natomiast w ust. 2 UE przystępuje do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Prawa podstawowe, zagwarantowane w tej konwencji oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych państw członkowskim, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne (ust. 3 art. 6 TUE).

Można przyjąć, że art. 6 TUE – nie kształtując co prawda treści prawa własności jako prawa podstawowego, ale chroniąc władanie własnością – stanowi granice, w jakich państwo może realizować swoje uprawnienia wynikające z art. 345 TFUE.

Źródłami prawa w zakresie własności jest orzecznictwo ETS, SPI oraz Europejska Karta Praw Podstawowych (od czasu konferencji w Nicei). Karta ustanawia katalog praw podstawowych UE, w których prawo własności zajmuje istotne miejsce. Stanowi się w niej, że „każda osoba ma prawo do posiadania, używania, rozporządzania i przekazania w spadku własności nabytej zgodnie z prawem. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym, w przypadkach i na warunkach przewidzianych w ustawie, za uczciwym odszkodowaniem za jej utratę, wypłaconym we właściwym terminie. Korzystanie z własności może podlegać regulacji ustawowej w zakresie, w jakim

jest to konieczne ze względu na interes ogólny”.

Jeśli chodziło o moc prawną tego politycznego w swym charakterze katalogu praw podstawowych, jakie zawarte są w Karcie, to przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony nie była ona zbyt duża, jako że postanowienia te nie miały charakteru bezwzględnie obowiązującego¹⁰⁰. Niemniej jednak odzwierciedlały one fundamentalne wartości wyrażane przez państwa członkowskie, z których wywodzone są ogólne zasady wspólnotowego prawa. Nie ulega wątpliwości, że Karta stanowiła „esencję” *acquis communautaire* w zakresie praw podstawowych i przenosiła pośrednio na obszar UE ochronę własności z Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Niewątpliwie zatem sama Karta Praw Podstawowych, jak i orzecznictwo ETS były blisko związane z ujęciem prawa własności w EKPCiPW. Obecnie – w związku z przystąpieniem Unii Europejskiej do tej konwencji (art. 6 ust. 2 TUE), obowiązaniem Karty Praw Podstawowych jako części prawa pierwotnego (ust. 1) oraz uznaniem praw podstawowych za część prawa Unii jako zasad ogólnych prawa (ust. 3) – sytuacja stała się bardziej klarowna. Ochrona prawa własności jako prawa podstawowego wykonywana jest obecnie na podstawie traktatu jako część prawa pierwotnego a nie – jak dotychczas – w ramach gwarancji wynikającej z niepisanej zasady ogólnej prawa wspólnotowego.

XII.

W kontekście wspólnej polityki rolnej pojawił się w ramach ustawodawstwa rolnego Wspólnoty szczególny aspekt ogólnych zasad prawa wspólnotowego, a mianowicie uznawania i kształtowania prawa własności. Podstaw uznania prawa własności jako generalnej zasady prawa wspólnotowego oraz kształtowania się standardów ochrony tego prawa można upatrywać w fundamentalnym wyroku w sprawie nr C-44/79 Hauer v Land Rheinland-Pfalz¹⁰¹. Tło sprawy było następujące. W 1975 r. L. Hauer wystąpiła do władz landu o pozwolenie na uprawę winorośli w swej posiadłości w Bad Durkheim, przy czym pozwolenie takie na krótko przedtem (parę dni) udzielone zostało właścicielom niektórych sąsiadujących gruntów. Zgodnie z właściwym prawodawstwem niemieckim winorośl można uprawiać na gruntach uznanych w tym celu za odpowiednie. Władze landu odrzuciły wniosek L. Hauer w styczniu 1976 r., uzasadniając odmowę faktem, że posiadane przez nią grunty nie były „w tym celu odpowiednie”.

¹⁰⁰ Zob. F. G. Jacobs, *Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice*, *European Law Review* (2001) v. 26, n. 4, s. 338.

¹⁰¹ *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, ECR 1979, s. 3727.

W tym samym miesiącu złożyła ona formalną skargę na tę odmowną decyzję, która to skarga została odrzucona w październiku 1976 r. na podstawie przyjętego w międzyczasie rozporządzenia Rady 112/76 w sprawie środków mających na celu dostosowanie potencjału upraw winorośli do potrzeb rynkowych¹⁰², które zakazywało nowych nasadzeń odmian winorośli sklasyfikowanych jako odmiany winne, a także zakazywało udzielania zezwoleń na nowe nasadzenia.

Szczegółowe pytania, z którymi zwrócono się do TS, odnosiły się bardziej do interpretacji rozporządzenia aniżeli jego mocy obowiązywania. Pierwsze z nich dotyczyło stosowania zakazu nowych nasadzeń winorośli, o które wnoszono w chwili wystąpienia o zezwolenie na uprawę winorośli przed wejściem w życie rozporządzenia, drugie zaś – stosowania zakazu w ogóle, tzn. niezależnie od tego, czy dane grunty były uznane za odpowiednie do uprawy winorośli w rozumieniu niemieckiego prawodawstwa.

W dość krótkim czasie Trybunał udzielił na te pytania odpowiedzi, stwierdzając, że wynikające z rozporządzenia zakazy w istocie miały zastosowanie w sytuacjach, w których ubiegano się o zezwolenie na uprawę winorośli przed jego wejściem w życie, oraz że stosowały się niezależnie od charakteru gruntów. Rozstrzygnięcie to doprowadziło do sedna sprawy. Mianowicie, rozpatrując sprawę sąd niemiecki zaznaczył, że jeśli rozporządzenie zostało zinterpretowane w taki sposób, to nie może mieć zastosowania w Niemczech, jako że nie było zgodne z art. 12 i 14 konstytucji niemieckiej dotyczących prawa własności i prawa prowadzenia działalności gospodarczej. Trybunał dokonał więc oceny jego mocy prawnej w kontekście zasad prawa wspólnotowego. Na wstępie rozważył kwestię miejsca prawa własności we wspólnotowym systemie, biorąc za punkt wyjścia art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁰³, który według Trybunału odzwierciedlał „wspólne tradycje konstytucyjne państw członkowskich”¹⁰⁴. Trybunał zauważył, że postanowienie to uznawało, iż „każda osoba fizyczna lub prawna ma prawo do spokojnego użytkowania swoich nieruchomości”, ale jednocześnie zachowało „prawo państwa do przyjmowania takich ustaw, jakie uzna za konieczne w celu kontroli wykorzystywania własności zgodnie z interesem ogólnym”. Pomimo że Trybunał przyjął pogląd, że rozporządzenie miało na celu kontrolę użytkowania nieruchomości, to uznał jednak,

¹⁰² Dz. Urz. WE 1976 L 135/32.

¹⁰³ Protokół nr 1 i 4 do EKPC – Dz. U. 1995, nr 36, poz. 175, zm. Dz. U. 1998, nr 147, poz. 962. Warto zauważyć, że bezpośrednie powołanie się przez ETS na Protokół nr 1 stanowił nowy element w orzecznictwie dotyczącym prawa własności.

¹⁰⁴ We wszystkich zbadanych wówczas przez ETS systemach prawnych państw członkowskich (a było ich dziewięć) dawały one wyraz poszanowaniu funkcji społecznej własności.

że przepis Konwencji nie umożliwiał mu udzielenia wystarczająco wyczerpującej odpowiedzi w przypadku tego problemu i rozpatrzył przepisy stosowane w różnych państwach członkowskich, w tym przypadku konstytucji niemieckiej, włoskiej i irlandzkiej¹⁰⁵. Wnioski Trybunału sprowadzały się do stwierdzenia, że posiadanie nieruchomości wiąże się nierozłącznie z istnieniem pewnych obowiązków, dostosowaniem się do wymogów społecznych oraz wymogów dobra wspólnego. W ten sposób Trybunał starał się wykazać, że ograniczenia prawa własności są dopuszczalne nie tylko na gruncie prawa międzynarodowego, ale też konstytucyjnego państw członkowskich oraz prawa wspólnotowego – z uwagi na ogólny interes ówczesnej Wspólnoty. Ograniczenia te nie powinny jednak, w świetle ich celu, stanowić ingerencji w prawa właściciela o charakterze nieproporcjonalnym i nie do zniesienia, jak i nie mogą godzić w istotę tych praw¹⁰⁶. Trybunał zauważył też, że wszystkie państwa Wspólnoty produkujące wino nałożyły ograniczenia na uprawę winorośli, wybór odmian i sposób uprawy i że nigdzie nie uznano tych ograniczeń za naruszające prawo własności.

Mając na uwadze, że rozporządzenie 162/76 było przykładem takiego ograniczenia, Trybunał rozpatrzył, czy wprowadzone zakazy zgodne były z celami zakładanymi we wspólnotowym prawodawstwie dotyczącym winorośli, tzn. z ustanowieniem trwałej równowagi na rynku wina i poprawą jakości wina wprowadzanego na rynek. W tym kontekście rozporządzenie to było środkiem tymczasowym dążącym do zapobieżenia wzrostowi nadprodukcji, która już miała miejsce. Dlatego też postanowiono, że nie stanowiło to nieuzasadnionego ograniczenia wykonywania prawa własności, ponieważ uzasadniały to cele, do których Wspólnota zmierzała w interesie ogólnym. Tym samym Trybunał

¹⁰⁵ Właśnie w przypadku konstytucji tych państw członkowskich funkcja społeczna własności została w nich wyraźnie wyrażona. I tak, konstytucja niemiecka stanowi, że z prawem własności wiążą się obowiązki społeczne, a korzystanie z własności winno odpowiadać interesowi ogółu. We włoskiej konstytucji podkreśla się społeczną funkcję własności, w irlandzkiej zaś – iż wykonywanie prawa własności winno być zgodne z zasadą sprawiedliwości społecznej i służyć interesowi ogółu.

¹⁰⁶ Zob. wyrok w sprawie C-44/79 Hauer, op. cit., pkt 23. Adwokat Generalny w tej sprawie, odwołując się do wyroku w sprawie C-4/73 J. Nold Kohlen – und Baustoff-großhandlung v Commission (ECR 1974, s. 491), podkreślił, że prawo własności nie jest prawem absolutnym i podlega ograniczeniom uzasadnionym koniecznością realizacji celów Wspólnoty pod warunkiem, że istota tego prawa pozostanie nietknięta. Przy zapewnieniu przez wszystkie państwa członkowskie ochrony prawa własności na poziomie konstytucyjnym, Adwokat Generalny wywodził trzy zasady wspólne wszystkim tym państwom 1) podlega ono ochronie przed arbitralnym jego pozbawieniem, 2) pozbawienie prawa własności (wywłaszczenie) dopuszczalne jest w interesie publicznym i za odszkodowaniem, 3) ograniczenia wykonywania prawa własności mogą być ustanawiane wyłącznie na podstawie przepisów prawnych.

zgodził się zarówno z opinią Adwokata Generalnego, jak i uwagami rządu niemieckiego.

Następnie Trybunał rozważył, czy rozporządzenie stanowiło naruszenie prawa do swobodnego prowadzenia działalności gospodarczej. Wskazano, że rozporządzenie to nie uniemożliwiało nikomu uprawy istniejących winorośli, a tak dalece jak zakaz dotyczył swobody działalności związanej z jej uprawą, stanowił on naturalną konsekwencję ograniczenia prawa własności i z tych przyczyn był uzasadniony.

Adwokat Generalny zajął się kwestią wypłaty rekompensaty za takie ograniczenie prawa własności i stwierdził, że mogłoby to mieć miejsce, gdyby działanie prowadziło do wywłaszczenia, jednakże w jego opinii w tym przypadku taka sytuacja nie miała miejsca¹⁰⁷. Wręcz przeciwnie, wspólna organizacja rynku wina nie przewiduje wypłaty premii, gdy producent postanowi na stałe zaprzestać uprawy winorośli na danym obszarze¹⁰⁸.

XIII.

Mogłoby się wydawać, że kwestie nabywania bądź utraty prawa własności należą do ekskluzywnych kompetencji państw członkowskich i zamykają się w granicach powołanego powyżej art. 6 TUE. Należy jednak pamiętać, że kwestie wolności nabywania i posiadania nieruchomości na cele związane z realizacją zasady swobody przedsiębiorczości reguluje stosowany bezpośrednio art. 50 TFUE (art. 44 TWE, art. 54 TEWG). Stanowi on, iż „w celu urzeczywistnienia swobody przedsiębiorczości (...) Rada i Komisja (...) wykonują funkcje (...) umożliwiając nabycie i korzystanie z własności gruntu znajdującego się na terytorium danego państwa członkowskiego przez obywateli innego państwa członkowskiego (...)”. Co prawda, działanie art. 50 TFUE ograniczone jest treścią art. 52 TFUE (art. 46 TWE, art. 56 TEWG), który przyznaje pierwszeństwo sprawom porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia pub-

¹⁰⁷ Przyjął on, że jednym z koniecznych warunków uznania, że nastąpiło wywłaszczenie, jest trwałe i definitywny charakter pozbawienia własności. Nie oznacza to jednak, że każde trwałe ograniczenie prawa własności automatycznie powinno być uznane za jego pozbawienie. Zbadania też wymaga „ekonomiczny ciężar” nałożony na właściciela przez zastosowany środek prawny – czy jest on do zniesienia, czy też posiadane prawo czyni bezużytecznym ekonomicznie. W sprawie L. Hauer zakaz uprawiania nowych winorośli nie uczynił gruntu bezużytecznym ekonomicznie, ponieważ mógł służyć pod inne uprawy, a zatem zachował zadowalającą wartość ekonomiczną.

¹⁰⁸ Rozporządzenie Rady nr 1493/1999, Dz. Urz. UE 1999 L179/1.

licznego przed zadaniami gospodarczymi Wspólnoty, jednakże niewątpliwie art. 50 TFUE spełnia zasadniczą rolę w zakresie kształtowania i wykonywania prawa własności w państwach członkowskich UE. Można stwierdzić, że przepis ten dość istotnie ogranicza swobodę kształtowania porządku prawnego w zakresie prawa własności przez państwa członkowskie. Interesującym przykładem w tym względzie służy powoływana już sprawa nr C-302/97 Konle v Austria¹⁰⁹.

Przybliżając sedno sprawy, należy wskazać, iż jej podłożem była zmiana uchwalonej i obowiązującej jeszcze przed przystąpieniem Austrii do UE ustawy o obrocie nieruchomościami w Tyrolu¹¹⁰, która nastąpiła w 1966 r. (a zatem już po uzyskaniu członkostwa w Unii). Zamiast ustawowego obowiązku składania oświadczenia o zamiarze nabycia tzw. drugiego domu (które dotyczyło tylko obywateli austriackich, podczas gdy cudzoziemcy mieli obowiązek uzyskania zgody na nabycie), ustawa z 1996 r. wprowadziła generalny wymóg uzyskania urzędowego zezwolenia jeszcze przed nabyciem nieruchomości przez wszystkich nabywców, a więc zarówno obywateli austriackich, jak i obcokrajowców. Z powodu nieuzyskania zgody na nabycie drugiego domu w Tyrolu niemiecki obywatel (K. Konle) zaskarżył tyrolską ustawę o obrocie nieruchomościami z 1996 r. jako naruszającą prawo wspólnotowe.

Na mocy traktatu akcesyjnego Austrii (art. 70) mogła ona utrzymać obowiązujące rozwiązania prawne dotyczące „drugich domów” przez pięć lat od przystąpienia, co stanowiło regulację wyjątkową w stosunku do traktatów podstawowych (TWE, TUE). Trybunał przyjął, że po uzyskaniu członkostwa UE nowo uchwalony przepis może „zmieścić się” w takiej regulacji wyjątkowej, jeśli co do istoty zgodny jest z poprzednią regulacją bądź łagodzi lub usuwa wcześniej istniejącą przeszkodę, która utrudniała wykonywanie wspólnotowych praw i wolności. Jeśli jednak nowa regulacja opiera się na innej koncepcji ogólnej oraz ustanawia nową procedurę, to nie może być uznawana za równoznaczną z regulacjami z chwili przystąpienia.

Co prawda regulacja z 1996 r. usunęła zróżnicowane traktowanie w zakresie nabywania nieruchomości przez obywateli austriackich i cudzoziemców (nie polepszając przy tym sytuacji obcokrajowców), ale wprowadziła jednocześnie kontrolę ich nabywania w drodze obowiązku uzyskiwania zgody na nabycie drugiego domu. W efekcie Trybunał uznał austriacką ustawę z 1996 r. za niezgodną z art. 63 TFUE (art. 56 TWE, art. 73(b) TEWG) i art. 70 traktatu adhezyjnego Austrii tym bardziej, że zdaniem Trybunału zawarte w niej rozwiązania mogły prowadzić do uprzywilejowania wniosków na nabycie nieruchomości składa-

¹⁰⁹ 1997 ECR, s. I-3099.

¹¹⁰ Tiroler Grundverkehrsgesetz 1993.

nych przez jej własnych obywateli.

Trzeba podkreślić, że ujęcie prawa własności jako prawa podstawowego ma taki skutek, iż nie tylko winno ono być respektowane przez wspólnotowe instytucje oraz państwa członkowskie, ale też winno być chronione. Skoro tak, to – jak już podkreślano powyżej – rodziło się pytanie, do jakiego stopnia organy UE, wykonując w duchu wspólnotowym uprawnienia w zakresie ochrony prawa własności, mogą ingerować w proces legislacyjny formowania tego prawa przez ustawodawcę krajowego. Jak powiedziano, na gruncie treści art. 345 TFUE trudno jest wprost wywieść jakieś uprawnienia instytucji UE poza nakazem nienaruszania reżimu własności w państwach członkowskich. Z drugiej strony jednak, jeśli pamięta się o związkach między własnością a procesem integracji gospodarczej w ramach UE, któremu służyć mają różne swobody (jak wskazano powyżej swoboda przedsiębiorczości), to nie sposób jest interpretować art. 345 w sposób powodujący całkowite wyłączenie prawa własności z orbity zainteresowania prawa unijnego. Na podstawie dotychczasowych rozważań można przyjąć, iż to proces integracji gospodarczej określa granice, w jakich państwa członkowskie mogą swobodnie kształtować swój własnościowy porządek prawny, ponieważ nie pozwala on na naruszanie zasad i swobód unijnego prawa.

Stąd też trzeba było uznać, że państwa członkowskie, kształtując prawo własności, nie są niezależne od wspólnotowego *acquis communautaire*, ale muszą liczyć się przede wszystkim z wymogami art. 50 TFUE (art. 44 TWE, art. 54 TEWG) oraz art. 6 TUE. Trybunał podkreślał, że uprawnienia poszczególnych państw członkowskich na podstawie art. 295 TWE nie wyłączają obowiązku działania w zgodności z podstawowymi zasadami traktatowymi (sprawa Konle i inne). Natomiast w całkowitej gestii państw członkowskich pozostaje działalność normotwórcza w zakresie treściowego kształtowania prawa własności.

XIV.

W odniesieniu do WPR niewiele jest obszarów materii prawnej, co do których nie wypowiedziałby się Trybunał. Dotyczy to również własności w odniesieniu do środków produkcji rolnej i wyznaczenia granic tego prawa. I tak, w kwestii ograniczeń prawa własności w kontekście wspólnej organizacji rynku rolnego, ograniczenia te uwidoczniły się w sprawie C-280/93, *Germany v. Council*, w której Niemcy utrzymywały, iż wprowadzenie wspólnej organizacji rynku bananów pozbawiło handlowców, tradycyjnie wprowadzających na rynek banany z krajów trzecich, udziału w rynku, co naruszyło ich prawa własności. Trybunał stwierdził stanowczo, że żaden podmiot gospodarczy nie może domagać się prawa

do własności w udziale rynkowym, który posiadał do czasu ustanowienia wspólnej organizacji rynku danego produktu, ponieważ udział taki był jedynie czasową sytuacją rynkową, narażoną na ryzyko w zmieniających się okolicznościach.

Kwestie dotyczące kreowania praw własności pojawiły się zwłaszcza na tych rynkach, na których Unia wprowadziła kwoty produkcyjne. Zauważono, że „nie można ignorować ożywionego handlu kwotami, który rozwinął się w niektórych państwach członkowskich”¹¹¹, co można przeciwstawić pogładowi Trybunału Obrachunkowego, że handel kwotami nie pozwolił na pełną skuteczność w zakresie zmniejszania nadprodukcji¹¹². Fundamentalne jest pytanie, w jakim zakresie działanie mające na celu ograniczenie produkcji może być uważane w świetle prawa UE za prowadzące do prawa własności, które winno być chronione.

System kwot mlecznych jest w pełni tworem prawa unijnego. Został wprowadzony rozporządzeniem nr 857/84, które mając na celu ograniczenie nadmiernej produkcji mleka i przetworów mlecznych, przewidywało nakładanie opłat karnych na producentów lub skupujących przekraczających określone ilości referencyjne, pod warunkiem że opłata nakładana na skupującego miała przechodzić na producenta. Kwestia praw własności wynika z faktu, że istnienie kwot mlecznych zależy od połączenia dwóch elementów: producenta i gospodarstwa.

Początkowy przydział kwoty mlecznej, który został dokonany w 1984 r., uzależniony był od wielkości dostaw lub sprzedaży bezpośredniej producenta we właściwym roku referencyjnym. Pomimo że pierwotny przydział kwoty zależał od działalności produkcyjnej rolnika, to późniejsze przekazywanie kwot powiązane zostało w prawodawstwie Wspólnoty z gospodarstwem. Artykuł 7 ust. 1 rozporządzenia nr 857/84 zastrzegał, że w przypadku sprzedaży, dzierżawy lub przekazania gospodarstwa w drodze dziedziczenia całość lub część odpowiadającą ilości referencyjnej należy przekazać nabywcy, dzierżawcy lub następcy zgodnie z procedurami, które zostaną ustalone. Określono ograniczoną liczbę wyjątków, trzeba jednak zauważyć, że same rozporządzenia Rady nie wypowiedziały się w sprawie zwrotu właścicielowi kwoty mlecznej po wygaśnięciu dzierżawy i rekompensaty dla odchodzącego dzierżawcy, który nie zamierzał kontynuować produkcji mleka. Tym niemniej rozporządzenie wykonawcze Komisji nr 1371/84¹¹³ w art. 5 ust. 3 odnosiło się do innych przypadków przekazywania

¹¹¹ M. Cardwell, *Milk Quotas...*, s. 91.

¹¹² Raport specjalny Trybunału Obrachunkowego nr 4/93 w sprawie implementacji systemu kwot dotyczącego kontroli produkcji mleka (Dz. Urz. WE C 12 z 15.01.1994, s. 1–64).

¹¹³ Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1371/84 z dnia 16 maja 1984 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania opłaty dodatkowej, o której mowa w art. 5c rozporzą-

kwot, które miały „porównywalne skutki prawne” dla producentów.

Wiele z poruszanych już kwestii pojawiło się w sprawie 5/88, *Wachauf*¹¹⁴. W orzeczeniu tym Trybunał wyraźnie stwierdził, że zwrot gospodarstwa po wygaśnięciu dzierżawy wywoływał „porównywalne skutki prawne” jak formy przekazywania wymienione w rozporządzeniu, a zatem, że zasadniczo kwota „idzie” wraz z gospodarstwem. W dalszej części orzeczenia przyjął, że przynajmniej w przypadku, gdy kwota była wynikiem (jak to określił Trybunał – „owocem”) pracy dzierżawcy, pozbawienie go owych „owoców pracy” bez rekompensaty stanowiłoby naruszenie jego fundamentalnych praw. Jednakże TS stwierdził, że prawodawstwo unijne pozostawiło państwom członkowskim wystarczająco dużo swobody, aby zagwarantować dzierżawcy zatrzymanie całości lub części swej kwoty bądź rekompensatę, jeśli by z niej zrezygnował. Można się domyślać, że Trybunał powziął postanowienie w tych sprawach, ponieważ pojawił się spór w kontekście krajowego programu dla „wychodzących” (*outgoers*) z systemu, dotyczący kwestii, iż ta część kwoty, za którą dzierżawca otrzymał rekompensatę, nie może zostać przeniesiona na właściciela, ale powinna być uznana za „zwolnioną”.

Dopiero później wyjaśniło się, że użycie przez Trybunał określenia „owoc jego (dzierżawcy) pracy” nie było przypadkowe. Trybunał doszedł do wniosku, że sama kwota nie stanowi przedmiotu prawa własności, ale w szczególnym przypadku, gdy wydzierżawiane gospodarstwo nie było jednostką mleczarską, a dzierżawca nabywał krowy mleczne i wprowadzał urządzenia techniczne wymagane do produkcji mleka, kwota ta stanowiła „owoc jego pracy”. Wynika to z orzeczenia w sprawie C-2/92, *Bostock*¹¹⁵, która dotyczyła skutków wygaśnięcia umowy dzierżawy gospodarstwa wydzierżawionego jako mleczarskie w Anglii

dzienia (EWG) nr 804/68 (Dz. Urz. WE L 132 z 18.05.1984, s. 11–16).

¹¹⁴ Sprawa dotyczyła naruszenia praw dzierżawcy farmy mleczarskiej. Został on mianowicie po wygaśnięciu umowy dzierżawy pozbawiony prawa do odszkodowania z tytułu definitywnego zakończenia produkcji mleka, przewidzianego w akcie prawa wspólnotowego. Właściciel gospodarstwa nie wyraził zgody na zaprzestanie produkcji po zorientowaniu się, że wypłata dzierżawcy odszkodowania pozbawi gospodarstwo kwoty mlecznej, chociaż wszystkie urządzenia i zwierzęta gospodarskie stanowiły własność dzierżawcy. Trybunał stwierdził, że pozbawienie dzierżawcy korzyści z „owoców jego pracy” i z poczynionych inwestycji byłoby sprzeczne z wymogami ochrony praw podstawowych. Uznano zatem, że kwota mleczna ma wartość ekonomiczną i stanowi aktywa gospodarstwa rolnego. Rzecznik podkreślił, że definitywne pozbawienie dzierżawcy odszkodowania wskutek wygaśnięcia umowy dzierżawy może zostać uznane za pozbawienie własności.

¹¹⁵ Opinia Trybunału z dnia 24 marca 1995 r. w sprawie 2/92, *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*, ECR 1994, s. I-00955.

przed wejściem w życie Agriculture Act 1986. W efekcie kwota mleczna wraz z gospodarstwem powróciła do właściciela bez wyraźnego postanowienia o rekompensacie. Dzierżawca utrzymywał, że stanowiło to naruszenie generalnej zasady uznawania własności w prawie wspólnotowym. Trybunał potwierdził, że wymogi wynikające z ochrony praw podstawowych w porządku prawnym Wspólnoty są także wiążące dla państw członkowskich, kiedy wdrażają one wspólnotowe przepisy¹¹⁶. Nie przyjął jednak argumentu dzierżawcy, że ochrona prawa własności wymaga, aby państwo członkowskie wydało postanowienie o zapłacie odchodzącemu dzierżawcy przez właściciela rekompensaty lub przyznaniu mu bezpośredniego prawa domagania się od właściciela rekompensaty. Trybunał podkreślił, że o ile w sprawie 5/88, *Wachauf*, zajmował się ochroną owoców pracy dzierżawcy, o tyle prawo własności zagwarantowane we wspólnotowym porządku prawnym nie obejmuje prawa do zbytu w celu osiągnięcia zysku wartości takiej jak ilości referencyjne (kwoty), przyznawane w ramach wspólnej organizacji rynku, która nie pochodzi z majątku lub aktywności zawodowej zainteresowanej osoby¹¹⁷.

Podobny pogląd przyjęto w sprawie C-38/94, *Country Landowner's Association*¹¹⁸, dotyczącej wprowadzenia praw do premii (kwot produkcyjnych) przyznawanych producentom baraniny, koźliny bądź wołowiny i cielęciny. W tych przypadkach prawa do premii mogły być przekazywane przez producenta wraz z gospodarstwem lub – pod warunkiem oddania części praw do rezerwy krajowej – bez przekazania gospodarstwa. Właściciele ziemscy utrzymywali, że państwa członkowskie powinny wprowadzić mechanizm rekompensaty za straty, które ponieśli właściciele gruntów. W szczególności dotyczyło to sytuacji, gdy prawo do premii przekazywane było przez producentów nieposiadających gruntów, na których prowadzili działalność rolniczą. Właściciele ziemscy utrzymywali, że przydział swobodnie przekazywanych kwot producentom skutkował będzie zmniejszeniem wartości kapitałowej gruntów. Przyjmując tę opinię, Ministerstwo odrzuciło zobowiązanie do udzielania odszkodowania (rekompensaty) z tego tytułu. Trybunał zaś potwierdził swoje orzeczenie w sprawie *Bostock*, oświadczając, że żadna z generalnych zasad porządku prawnego Wspólnoty, a w szczególności zasada ochrony prawa własności, nie wymaga wypłaty takiego odszkodowania. Z drugiej strony uznał, że każde państwo członkowskie powinno ocenić potrze-

¹¹⁶ T. Tridimas, *General Principles of EC Law*, Oxford 1999, s. 226–227.

¹¹⁷ Zob. także wyrok Trybunału z dnia 22 października 1991 r. w sprawie C-44/89, *Georg von Deetzen v. Hauptzollamt Oldenburg*, ECR 1991, ECR, s. I-05119.

¹¹⁸ Wyrok Trybunału z dnia 9 listopada 1995 r. w sprawie C-38/94, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Country Landowners Association*, ECR 1995, s. I-03875.

bę zastosowania takich działań, mając zwłaszcza na uwadze krajowe ustalenia co do wdrażania przepisów, o których mowa, a także krajowe przepisy dotyczące relacji pomiędzy właścicielem a dzierżawcą.

Z kolei w nieco innej sytuacji, ale podobnie wypowiedział się Sąd Pierwszej Instancji¹¹⁹ w połączonych sprawach *O'Dwyer i inni*, w których irlandzcy producenci mleka twierdzili, że obniżenie kwoty mlecznej bez przyznania im prawa do odszkodowania, pomimo że wcześniejsze obniżki związane były z odszkodowaniem, spowodowało naruszenie ich prawa własności, wolności prowadzenia działalności gospodarczej i wykonywania zawodu oraz zasady proporcjonalności i niedyskryminacji. Podnosili, że kwoty produkcyjne stanowią aktywa i posiadają rzeczywistą wartość ekonomiczną. Pozbawienie ich tych aktywów bez wypłaty odszkodowania – jak podkreślali – stanowiło ingerencję w prawo własności, która była nie do zniesienia i zagroziła dalszemu funkcjonowaniu ich gospodarstw.

SPI przypominał, że chociaż prawo własności, wolność prowadzenia działalności gospodarczej oraz wykonywania zawodu stanowią ogólne zasady prawa wspólnotowego, to nie mają one charakteru absolutnego i powinny być ujmowane w kontekście ich społecznej funkcji. Mogą zatem ulec ograniczeniu, w szczególności w sferze wspólnej organizacji rynku, przy założeniu, że ograniczenia te faktycznie odpowiadają celom interesu ogólnego Wspólnoty i nie stanowią w jego świetle ingerencji o charakterze nieproporcjonalnym i nie do zniesienia, naruszającej istotę tych praw. SPI wskazał, że obniżenie kwot mlecznych wprowadzono w celu stabilizacji sektora produktów mlecznych ze względu na ogólny interes Wspólnoty. Ograniczenie produkcji mleka jest uzasadnione i nie stanowi naruszenia prawa własności, natomiast producent nie może oczekiwać, że obniżenie limitu produkcji nie nastąpi albo związane będzie z odszkodowaniem. Dotyczy to w szczególności wspólnej organizacji rynków rolnych, w ramach której przeprowadza się ciągłe zmiany dostosowujące ją do zaistniałej sytuacji gospodarczej. W sprawie tej sąd z całym naciskiem podkreślił, że brak odszkodowania w przypadku ingerencji w prawo własności nie narusza tego prawa, jeśli jest to zgodne z interesem ogólnym. Brak odszkodowania nie może też być uznany za środek niewspółmierny, jeśli nie jest rażąco nieodpowiedni do osiągnięcia celu.

Kwestia odszkodowania rozpatrywana była również przez Trybunał w połączonych sprawach C-20/00, *Booker Aquaculture* i C-64/00, *Hydro Seafood*¹²⁰,

¹¹⁹ Wyrok SPI z dnia 13 lipca 1995 r. w połączonych sprawach T-466/93, T-469/93, T-473/93, T-474/93 i T-477/93, T. O'Dwyer, T. Keane, T. Cronin, J. Reidy v. Rada Unii Europejskiej, ECR 1995, s. II-02071.

¹²⁰ Wyrok Trybunału z dnia 10 lipca 2003 r. w połączonych sprawach C-20/00 oraz C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd* (C-20/00) i *Hydro Seafood GSP Ltd* (C-64/00) v. The Scottish Ministers, ECR 2003, s. I-07411.

w których hodowcy ryb podnosili, że brak odszkodowania naruszył ich prawo własności. Chodziło o sytuację, w której zobowiązani oni byli, zgodnie ze wspólnotowym prawem, do uboju chorych roczników ryb hodowlanych, zanim osiągnęły odpowiednią do sprzedaży wielkość oraz pilnej sprzedaży ryb o odpowiedniej wielkości, nie wykazujących objawów choroby, co nie pozwoliło skarżącym uzyskać odpowiedniej ceny. Hodowcy podnosili, że istnienie i zakres prawa do odszkodowania stanowią ważne elementy składające się na równowagę między interesem ogólnym a indywidualnymi prawami, gwarantując, że ochrona przed wywłaszczeniem i pozbawieniem możliwości korzystania z własności wynikająca z art. 1 Protokołu nr 1 do EKPCz nie jest pozorna i zupełnie nieefektywna. Skarżący uważali, że zastosowane środki były nieproporcjonalne i stanowiły ingerencję nie do zniesienia, naruszając istotę prawa własności.

Powołując się na wcześniejsze orzeczenia i argumentację, Trybunał stwierdził, że chociaż w pewnych sprawach, działając w ramach marginesu swobody, Wspólnota (Unia) może uznać zasadność przyznania właścicielom zwierząt gospodarskich, które zostały oddane na ubój, częściowego czy też pełnego odszkodowania¹²¹, to nie można z tego wnosić, że obowiązuje w prawie UE ogólna zasada wymagająca wypłaty odszkodowania w każdych okolicznościach. Nie oznacza to również, że istnieje zasada ogólna, zgodnie z którą wypłata odszkodowania nie zostanie uznana za słuszną w żadnym przypadku.

W sprawie C-63/93, *Duff & Others v. Minister for Agriculture and Food, Ireland & Attorney General*¹²² twierdzono m.in., że niemożność przyznania dodatkowych kwot mlecznych producentom, którzy przyjęli plany rozwoju w ramach prawa wspólnotowego, naruszyła prawa własności. Trybunał orzekł jednak, że przepisy te nie wpływały na istotę prawa własności, ponieważ miały na celu ogólny interes Wspólnoty i pozwalały producentom na kontynuację produkcji mleka na poziomie sprzed wejścia nowych przepisów w życie.

Podsumowując, orzecznictwo TS i SPI wskazuje, iż przyznanie odszkodowania przy naruszeniu prawa własności w każdym przypadku rozpatrywane jest indywidualnie i bierze pod uwagę fakt, czy właściciel został obciążony ciężarem „nie do zniesienia”, jako że ingerencja w prawo własności nie może być ekscesywna. Brak odszkodowania nie może być też uznany za środek niewspółmierny,

¹²¹ Wyrok Trybunału z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie C-315/93, *Filip CV and O. Verdegem NV v. Belgium*, ECR 1995, s. I-00913.

¹²² Wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 1996 r. w sprawie C-63/93, *Fintan Duff, Liam Finlay, Thomas Julian, James Lyons, Catherine Moloney, Michael McCarthy, Patrick McCarthy, James O'Regan, Patrick O'Donovan v. Minister for Agriculture and Food i Attorney General*, ECR 1996, s. I-00569.

jeśli nie jest rażąco nieodpowiedni do osiągnięcia celu¹²³. Zgodnie z Trybunałem w ramach ochrony prawa własności w prawie unijnym nie obowiązuje ogólna zasada wypłaty odszkodowania w każdych okolicznościach¹²⁴, a i w doktrynie wyraża się takie samo przekonanie, że zasada ochrony prawa własności nie wymaga wypłaty odszkodowań w każdych okolicznościach.

Natomiast obowiązek wypłaty odszkodowania może być wypełniony, gdy przewidziany jest w akcie prawa pochodnego wywołującego skutek bezpośredni (np. w rozporządzeniu lub decyzji). Gdy chodzi o dyrektywy i decyzje ramowe, to odszkodowania można domagać się na podstawie implementujących je krajowych aktów prawnych¹²⁵. Ponadto w doktrynie wyrażono pogląd, że w prawie unijnym rozdzielono ochronę prawa własności od prawa do odszkodowania za jego naruszenie, które nie podlega ochronie. Tak więc w podsumowaniu można stwierdzić, iż analiza orzecznictwa prowadzi do wniosku, że w prawie unijnym nie obowiązuje ogólna zasada przyznawania odszkodowania w przypadku naruszenia prawa własności. Nie tylko brak pełnego odszkodowania, ale nawet brak jakiegokolwiek odszkodowania nie jest – w braku postanowień prawa pochodnego – uważany za naruszenie prawa własności.

XV.

Instrumenty powiązane z WPR istotnie oddziałują również na zakres obowiązków rolnika związanych z wykonywaniem przez niego prawa własności. Charakterystyczne jest to, że również w tym zakresie podejście prawodawcy unijnego podlegało zmianom. Szczególnie jaskrawo zmiana w tym obszarze regulacyjnym ujawnia się w odniesieniu do funkcji jaką pełnić mają obowiązki nakładane na rolnika w związku z wykonywaniem przez niego uprawnień właścicielskich. Zwrócić bowiem należy uwagę, że stopniowo następująca reorientacja WPR z polityki o charakterze *stricte* proprodukcyjnej w kierunku polityki strukturalnej wiązała się ze stopniowym poszerzaniem zakresu stanowionych przez prawo unijne obowiązków dotyczących prowadzenia działalności rolniczej. Po reformie Raya MacSharry'ego początkującej okres ściślejszego powiązania polityki rolnej z poli-

¹²³ Zob. wyrok w połączonych sprawach T-466/93, T-469/93, T-473/93 oraz T-477/93.

¹²⁴ Zob. powoływany wyrok w połączonych sprawach C-20/00 i C-64/00.

¹²⁵ Obowiązek wskazania podstawy prawnej w akcie unijnym wynika m.in. z powoływanych już spraw: C-315/93, *Flip i Verdegem*; C-38/94, *Country Landowners Association*; C-63/93, *Duff*.

tyką rozwoju obszarów wiejskich¹²⁶ rolnictwo przestało być postrzegane wyłącznie jako jeden z sektorów gospodarki UE. Coraz mocniejsze akcentowanie elementów strukturalnych w ramach WPR wiązało się z uznaniem przez prawodawcę unijnego, że rolnictwo europejskie stanowi wielofunkcyjny (*multifunctionality*) obszar aktywności wytwórczej związany zarówno z realizacją celów gospodarczych, jak i pozaprodukcyjnych, w tym m.in. związanych z ochroną środowiska naturalnego, zapewnieniem bezpieczeństwa i jakości żywności¹²⁷. To właśnie szeroko zakreślone spektrum inklinacji przypisywanych działalności rolniczej w ramach UE uzasadniało nałożenie na rolników szeregu nowych obowiązków, które – w swoim założeniu – przyczyniać się mają do realizacji celów aktualnie eksponowanych w ramach WPR.

Znamienne na tle regulacji WPR jest to, że współcześnie obowiązki nakładane na rolnika w znacznej mierze zostały powiązane z mechanizmem wsparcia bezpośredniego. Obowiązki te zostały zatem oderwane od kryterium prowadzenia działalności wytwórczej w rolnictwie i związane z podmiotem funkcjonującym w ramach struktury wiejskiej, tj. rolnikiem. Taki stan rzeczy stanowił pochodną zmiany postrzegania przez prawodawcę unijnego roli rolnictwa europejskiego, która wiązała się z jednoczesną reorientacją celów dotychczasowych instrumentów WPR, w tym również płatności bezpośrednich¹²⁸. Płatności przestały być bowiem ujmowane jako instrument wsparcia produkcyjnego wobec przypisania im nowej roli – zapewnienia zrównoważonego rozwoju obszarów wiejskich. Tym samym nastąpiło swoiste przewartościowanie funkcji płatności bezpośrednich. Poza funkcją dochodową ukierunkowaną na zwiększenie dochodów rolniczych coraz większe znaczenie zaczęła odgrywać funkcja stymulacyjna zmierzająca do zwiększenia roli rolnika w ochronie bezpieczeństwa i jakości żywności oraz

¹²⁶ Zob. szerzej nt. reformy Raya MacSharry'ego P. Popardowski, *Ewolucja wspólnej polityki rolnej*, w: A. Jurcewicz (red.), *Prawo i polityka rolna Unii Europejskiej. System prawa Unii Europejskiej. Tom XXVII*, Warszawa 2010, s. 32 i nast.

¹²⁷ Por. J. Zięba, M. Bocheński, *Polityka struktur rolnych i rozwoju obszarów wiejskich*, w: A. Jurcewicz (red.), *Prawo i polityka rolna...*, op. cit., s. 81–86; Hart, M. Farmer, D. Baldock, *The role of cross compliance in greening EU agricultural policy*, w: F. Brouwer, G. Fox, R. Jongeneel (red.), *The Economics...*, op. cit. s. 9–25

¹²⁸ Zob. szerzej np. E. Tomkiewicz, *Geneza i funkcje rolniczych dopłat bezpośrednich w ustawodawstwie wspólnotowym*, w: R. Budzinowski (red.), *Problemy prawa rolnego i ochrony środowiska. Profesorowi Wiktorowi Pawlakowi w dziewięćdziesiątą rocznicę urodzin*, Poznań 2004, s. 235 i nast.; D. Łobos-Kotowska, M. Stańko, *Płatności bezpośrednie a zrównoważony rozwój obszarów wiejskich*, PiP 2011, nr 10, s. 88–100; A. Hawrylewicz-Łuka, *Spełnianie wymogów wzajemnej zgodności (cross-compliance) przy ubieganiu się o płatności bezpośrednie jako poszanowanie środowiska naturalnego*, w: W. Górski, J. Bucieńska, M. Niedziałka, R. Stec, D. Strus (red.), *Administracja publiczna – człowiek a środowisko*, Warszawa 2011, s. 116–141.

rozwoju struktur rolnych (ochrony środowiska, krajobrazu wsi, zasobów kulturowych wsi)¹²⁹. Wyrazem nowego ukierunkowania płatności bezpośrednich jest uzależnienie ich uzyskania od spełnienia przez rolnika wymogów wzajemnej zgodności (*cross compliance*) powiązanych merytorycznie z celami dotyczącymi rozwoju strukturalnego, ochrony środowiska naturalnego oraz jakości i bezpieczeństwa żywności. Niedochowanie wymogów wzajemnej zgodności prowadzi bowiem do zmniejszenia lub pozbawienia rolnika płatności bezpośrednich. W tym znaczeniu statuowany w ramach mechanizmu wsparcia bezpośrednio obowiązek zachowania wymogów wzajemnej zgodności (*cross compliance*) w swej istocie stanowi pośrednie ograniczenie swobody realizacji jego uprawnień w odniesieniu do przedmiotu własności¹³⁰. Istnienie takich ograniczeń w zakresie realizacji władztwa nad rzeczą, co jednak charakterystyczne, jest „rekompensowane” poprzez przyznanie rolnikowi środków finansowych w ramach płatności bezpośrednich.

XVI.

Własność stanowi jedną z najistotniejszych instytucji w każdym porządku prawnym. Jej jurydyczne ujęcie stanowi bowiem odzwierciedlenie panującego w danym systemie porządku społecznego i gospodarczego. Ewolucja struktur społecznych oraz następujące przemiany gospodarcze istotnie rzutowały na zmianę postrzegania własności i jej funkcji. Stąd też prawne ujęcie własności nigdy nie wykazywało elementu statycznego, lecz rozwijało się wraz z przeobrażeniami, jakie następowały w ustroju społeczno-gospodarczym. Jednocześnie postrzeganie własności, nawet współcześnie, często nie jest wolne od czynionych względem jej pewnych założeń ideologicznych, doktrynalnych czy aksjologicznych.

Eksponowane na tle prawa polskiego i prawa Unii Europejskiej pojmowanie własności nie ma charakteru jednolitego. Konstytucyjne ujęcie własności, a także to ukształtowane na gruncie prawodawstwa UE, traktuje własność jako prawo podstawowe odnoszące się nie tylko do „rzeczonego” prawa własności, ale również innych praw majątkowych. W tym przypadku jurydyczna konstrukcja własności zbliżona jest do jej ekonomicznego ujęcia. Na gruncie Kodeksu cywilnego własność postrzegana jest natomiast jako przysługujące podmiotowi prawa cywilnego prawo rzeczowe o najszerszym zakresie uprawnień przysługujących właścicielowi względem przedmiotu własności.

¹²⁹ Por. D. Łobos-Kotowska, M. Stańko, *Płatności bezpośrednie...*, op. cit., s. 91.

¹³⁰ Por. M. Korzycka-Iwanow, *Ochrona...*, op. cit., s. 121.

Niezależnie od przedstawionych różnic w jurydycznym postrzeganiu własności współczesne ujęcie tego prawa cechuje się wyraźnym akcentowaniem jego funkcji społecznych. Prawo własności utraciło bowiem swój czysto indywidualistyczny charakter wyrażający się w przyznaniu właścicielowi niezbywalnej i nieograniczonej (absolutnej) władzy nad przedmiotem własności. We współczesnym ujęciu z prawem własności wiążą się nie tylko uprawnienia właściciela względem przedmiotu własności, ale także obowiązki, zaś państwo, ze względu na ważny interes społeczny, ma możliwość ingerowania w sferę uprawnień właścicieli za pomocą statuowanych ograniczeń w zakresie dysponowania przedmiotem własności, a nawet pozbawienia właściciela tego prawa.

TRANSFORMATION OF PROPERTY IN AGRICULTURE – SYSTEM CONTEXT FROM PERSPECTIVE OF POLISH AND EU LAW

In the article, the Authors attempt to systematically formulate “property”, from the point of view of both – Polish and EU legislation. They highlight various understandings of property and point out, how complicated the evolution of this law aspect has been.

The point of reference in the conducted analysis is the assumption that property is one of the most important elements of the legal order. It is also perceived as a pillar of social and economic system. At the same time, property, and more precisely – its juridical concept assumed by a legislator as a factor shaping not only the content of property right but also determining its allowable forms, constitutes a fundamental instrument used by a country to influence its social and economic reality.

As a reference to the Polish law, the Authors presented understandings of property that result from the constitution and civil law and pointed out fundamental differences between them. They highlighted also the fact that the constitutional concept of property is normatively superior to the other concept, what is reflected by the fact that property, formulated in the Constitution as an elementary right, determines the requirements concerning statutory understanding of property.

According to the principles of EU legislation, property is also perceived as an elementary right, but, as in the Polish law, it does not constitute an absolute (unlimited) right. It is though indicated that public interest in the broad sense of the term may constitute a legal prerequisite for interference in owner’s entitlements.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (197) 2014
Warszawa 2014

Łukasz Gruszczyński, Michał Ziółkowski ■

NOWA DYREKTYWA TYTONIOWA W ŚWIELE POSTANOWIEŃ KONSTYTUCJI RP

1. Wprowadzenie

W grudniu 2012 r. Komisja Europejska (dalej również jako „Komisja”) opublikowała projekt nowej dyrektywy tytoniowej.¹ W porównaniu z obecnie obowiązującymi przepisami, nowe prawo przewiduje istotne zaostreżenie środków kontroli wyrobów rynku tytoniowego w państwach członkowskich. Zgodnie z jej założeniami zakazana będzie sprzedaż wszelkich papierosów smakowych, w tym również mentolowych. Tekstowe ostrzeżenia na opakowaniach zostaną zastąpione przez graficzno-słowne, a ich rozmiar ulegnie znacznemu powiększeniu. Dyrektywa wprowadza także szereg mechanizmów kontrolnych w stosunku do tzw. nowatorskich wyrobów tytoniowych oraz wyrobów innych niż tytoniowe, ale zawierających nikotynę (e-papierosy).

Projekt dyrektywy tytoniowej spotkał się z mieszanym przyjęciem. Z jednej strony zwolennicy zaostreżenia aktualnie obowiązujących przepisów docenili skalę proponowanej reformy,² niektórzy jednak wskazywali, że w wielu

¹ Projekt Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w sprawie produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych i powiązanych wyrobów, 19 grudnia 2012 r., COM(2012) 788 final.

² Por. Oświadczenie European Respiratory Society, dostępne na stronie: <http://www.ersnet.org/news/item/4607-ers-welcomes-tobacco-products-directive.html>.

obszarach nowa dyrektywa mogła być bardziej restrykcyjna³ (np. w zakresie obowiązkowego stosowania jednolitych opakowań lub szerszego zakazu stosowania określonych dodatków w papierosach). Z drugiej strony przeciwnicy zarzucali projektowi nadmierną ingerencję w wolność prowadzenia działalności gospodarczej oraz zwracali uwagę na negatywne konsekwencje ekonomiczne związane z wdrożeniem nowych rozwiązań. W tym kontekście najczęściej wskazywano na zmniejszenie wpływów budżetowych z tytułu podatków od wyrobów tytoniowych, likwidację części miejsc pracy w branży tytoniowej oraz rozwój szarej strefy.⁴ W polskiej prasie pojawiły się również dość liczne krytyczne głosy prawników wskazujące, że niektóre rozwiązania przewidziane przez projekt dyrektywy tytoniowej mogą być sprzeczne z Konstytucją.⁵

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie oceny rozwiązań przewidzianych przez nową dyrektywę tytoniową w zakresie ich zgodności z Konstytucją. O tym że, nie jest to jedynie intelektualne ćwiczenie mogą świadczyć doświadczenia innych państw. Spory dotyczące konstytucyjności przepisów regulujących rynek wyrobów tytoniowych stały się bowiem w ciągu ostatniej dekady powszechnym zjawiskiem, zaś sądy konstytucyjne wielu państw miały już możliwość dokonania oceny różnych rozwiązań regulacyjnych, w tym i takich, które są przewidziane przez nową dyrektywę.⁶ Jest więc prawdopodobne, że również w Polsce może zostać podjęta próba zakwestionowania – w abstrakcyjnym trybie kontroli hierarchicznej zgodności norm – konstytucyjności ustawy implementującej postanowienia nowej dyrektywy. Wskazywać na to mogą krytyczne wypowiedzi władz różnych ogólnokrajowych organizacji pracodawców, a więc jednego z podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o zbadanie konstytucyjności aktu

³ Por. G. Ross, *The EU's New Tobacco Directive: Protecting Cigarette Markets, Killing Smokers*, Forbes 10.01.2013, dostępne na stronie <http://www.forbes.com/sites/realspin/2013/01/10/the-eus-new-tobacco-directive-protecting-cigarette-markets-killing-smokers/>.

⁴ Np. The Irish Tobacco Manufacturers' Advisory Committee, *Submission in response to the Public Consultation on a proposal for an EU Directive on the Tobacco Products Directive*, 16.01.2013, dostępne na stronie http://www.itmac.ie/files/DownloadPlus/file/EU_Tobacco_Products_Directive_-_ITMAC_Submission.pdf; Komunikat Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych z posiedzenia w dniu 16 stycznia 2013 r.

⁵ P. Otto, P. Szymaniak, *Dyrektywa tytoniowa może naruszać polskie przepisy*, Dziennik Gazeta Prawna, 20.12.2012; E. Skrzydło-Tefelska, *Przepisy nie zniechęcą do palenia papierosów*, Dziennik Gazeta Prawna, 21.02.2013.

⁶ Np. *Imperial Tobacco Limited v. The Lord Advocate (Scotland)*, 12.12.2012, [2012] UKSC 61, Supreme Court of the United Kingdom; *JT Intl. and BAT Australia-sia Ltd. v. Australia*, 5.12.2012, S409/2011 & S389/2011, High Court of Australia; *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. U.S. Food and Drug Administration*, 24.08.2012, 11-5332, U.S. Court of Appeals for the District of Columbia (Washington).

prawnego.⁷ Nie można również wykluczyć możliwości złożenia *in casu* skargi konstytucyjnej lub przedstawienia pytania prawnego.

W tym miejscu należy poczynić jedno zastrzeżenie. Niniejszy artykuł koncentruje się jedynie na ocenie konstytucyjności rozwiązań przewidzianych przez nową dyrektywę tytoniową. Co do zasady nie poruszamy kwestii związanych ze zgodnością samej dyrektywy z normami prawa europejskiego wyższego rzędu (np. Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁸ lub przepisami traktatowymi określającymi podstawę prawną do wydania takiej dyrektywy) oraz normami prawa międzynarodowego (np. prawem Światowej Organizacji Handlu; zwanej dalej: „WTO”).

2. Nowa dyrektywa tytoniowa

2.1. Prawo europejskie a wyroby tytoniowe

Prawo europejskie reguluje aktualnie szereg aspektów rynku wyrobów tytoniowych. Wśród różnych aktów prawnych najważniejsza wydaje się być Dyrektywa 2001/37/WE,⁹ która harmonizuje ustawodawstwo państw członkowskich w zakresie etykietowania produktów tytoniowych, maksymalnej zawartości substancji chemicznych w papierosach oraz zasad umieszczania określonych informacji na opakowaniach. W szczególności dyrektywa ta wprowadza wymóg umieszczania na opakowaniach ostrzeżeń tekstowych o ustalonych rozmiarach – co do zasady 30% i 40% przedniej i tylnej strony opakowania (art. 5.5) – i treści (art. 5.2 oraz Załącznik I) oraz zezwala państwom członkowskim na wprowadzenie ostrzeżeń graficznych w formie zdjęć przedstawiających skutki palenia (art. 5.3).¹⁰ W tym kontekście Komisja Europejska w decyzji wydanej w 2005 r. przedstawiła katalog ostrzeżeń graficzno-słownych dla każdego państwa członkowskiego.¹¹ Dyrektywa przewiduje również zakaz stosowania określonych

⁷ Por. Związek Przedsiębiorców i Pracodawców, *Stanowisko ZPP ws tzw. Dyrektywy Tytoniowej*, 11.01.2013, dostępne na stronie <http://zpp.net.pl/pl/Aktualnosci/STANOWISKO-ZPP-WS-TZW.-DYREKTYWY-TYTONIOWEJ>.

⁸ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz. U. 2010 C 83, s. 389.

⁹ Dyrektywa 2001/37/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 czerwca 2001 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych, Dz. U. L 194 z 18 lipca 2001 r., s. 26.

¹⁰ Na tej podstawie niektóre z państw członkowskich wprowadziły obowiązek umieszczania ostrzeżeń graficznych. Obecnie dotyczy to Belgii, Danii, Francji, Hiszpanii, Irlandii, Litwy, Malty, Rumunii, Węgier oraz Wielkiej Brytanii.

¹¹ Commission Decision of 26 May 2005 on the library of selected source documents containing colour photographs or other illustrations for each of the additional

sformułowań na opakowaniach, które mogłyby sugerować mniejszą szkodliwość danej kategorii wyrobów tytoniowych i tym samym wprowadzać w błąd konsumentów (np. określeń „light”, „mild” lub „low tar”) (art. 7). Dyrektywa wyznacza także maksymalne poziomy stężenia substancji chemicznych (nikotyny, tlenku węgla i substancji smolistych) w papierosach.

Odrębne przepisy¹² wprowadzają zakaz ponadgranicznej reklamy wyrobów tytoniowych oraz sponsoringu przedsiębiorstw tytoniowych w prasie, radiu i internecie. Zakaz ten, na podstawie dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych,¹³ obejmuje również wszelkie działania marketingowe (nie tylko reklamę, ale również tzw. *product placement* oraz sponsoring) w telewizji. W tym miejscu należy również wspomnieć o dyrektywie harmonizującej strukturę oraz stawki podatku akcyzowego nakładanego na wyroby tytoniowe.¹⁴ Jej celem jest ograniczenie konkurencji cenowej pomiędzy różnymi markami wyrobów tytoniowych oraz zagwarantowanie ich odpowiedniej wysokości (co bezpośrednio przekłada się na cenę finalną produktu).

W zakresie nie objętym powyższymi przepisami, państwa członkowskie zachowują pełną swobodę stanowienia prawa dotyczącego kontroli wyrobów rynku tytoniowego (np. wprowadzenia zakazów palenia w miejscach publicznych,¹⁵ publicznego prezentowania wyrobów tytoniowych w miejscach sprzedaży czy też zasad dotyczących sprzedaży nieletnim), pod warunkiem, że przepisy takie nie naruszają innych wymogów prawa europejskiego (np. w zakresie swobody przepływu towarów¹⁶).

warnings listed in annex 1 to Directive 2001/37/EC of the European Parliament and of the Council, C(2005) 1452 final.

¹² Dyrektywa 2003/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, odnoszących się do reklamy i sponsorowania wyrobów tytoniowych, Dz. U. L 152 z 20 czerwca 2003 r., s. 16.

¹³ Dyrektywa 2010/13/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (wersja ujednolicona), Dz. U. L 95 z 15.04.2010, s. 1–24.

¹⁴ Dyrektywa Rady 2011/64/UE z dnia 21 czerwca 2011 r. w sprawie struktury oraz stawek akcyzy stosowanych do wyrobów tytoniowych, Dz. U. L 176 z 5 lipca 2011 r., s. 24–36.

¹⁵ Ale por. Zalecenie Rady Unii Europejskiej z dnia 30 listopada 2009 r. w sprawie środowisk wolnych od dymu tytoniowego, Dz. U. C 296 z 5.12.2009, s. 4–14.

¹⁶ Por. Ł. Gruszczyński, *Zakaz publicznego prezentowania wyrobów tytoniowych w punktach sprzedaży jako środek o skutku równoważnym – glosa do orzeczenia Trybunału EFTA z 12.09.2011 r. (E-16/10)*, Europejski Przegląd Sądowy, Nr 2/2013, s. 48.

2.2. Proces przyjęcia nowej dyrektywy tytoniowej

Prace nad zmianami do dyrektywy 2001/37/WE rozpoczęły się w połowie 2009 r. od sporządzenia oceny oddziaływania w zakresie gospodarczym, społecznym oraz zdrowotnym różnych rozwiązań regulacyjnych. W jej ramach przeprowadzono także konsultacje publiczne (październik-grudzień 2010 r.), które – co prawdami okazały się być jednymi z największych w historii Unii, ale jednocześnie nie dały jednoznacznych odpowiedzi.¹⁷ Samą publikację projektu dwukrotnie przekładano – częściowo wynikało to z dużej ilości opinii zgłoszonych w ramach konsultacji, a częściowo z wątpliwości prawnych co do niektórych rozwiązań proponowanych w dyrektywie.¹⁸ Dodatkowo w październiku 2012 r., po korupcyjnych oskarżeniach związanych z możliwością zniesienia dotychczasowych zakazów dotyczących tytoniu doustnego (snus), rezygnację ze swojego stanowiska złożył komisarz John Dalli odpowiedzialny za przygotowanie zmian.¹⁹ Prace nad projektem kontynuował jego następca Tonio Borg.

Sam projekt nowej dyrektywy tytoniowej został ostatecznie opublikowany przez Komisję Europejską 19 grudnia 2012 r. W toku prac okazało się, że proponowane zmiany będą na tyle głębokie, że zdecydowano się na przyjęcie całkowicie nowej dyrektywy. W uzasadnieniu projektu Komisja wskazała na konieczność aktualizacji istniejących przepisów w związku z: (i) przyjęciem Konwencji Ramowej WHO o Kontroli Wyrobów Rynku Tytoniowego (zwanej dalej „FCTC”),²⁰ której stroną jest zarówno Unia, jak i wszystkie państwa członkowskie; (ii) rozwojem wiedzy naukowej dotyczącej uzależnień tytoniowych (w szczególności w zakresie efektywności ostrzeżeń zdrowotnych oraz zagrożeń wynikających z używania niektórych dodatków); (iii) istnieniem przeszkód w swobodnym przepływie towarów wynikających z różnic pomiędzy państwami członkowskimi w zakresie etykietowania produktów oraz określania dozwolonych składników, oraz (iv) problemami z przestrzeganiem aktualnie obowiązujących przepisów, np. w zakresie transgranicznej sprzedaży na odległość.²¹ W związku z ograniczonymi

¹⁷ Komisja Europejska, *Report on the public consultation on the possible revision of the Tobacco Products Directive (2001/37/EC)*, lipiec 2011, dostępne na stronie http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/consultation_report_en.pdf (w konsultacjach wzięło udział 85.000 podmiotów).

¹⁸ Alberto Alemanno na swoim blogu – *Further delay in the revision of the EU Tobacco Products Directive*, 29.02.2012, dostępne na stronie <http://www.albertoalemanno.eu/articles/further-delay-in-the-revision-of-the-eu-tobacco-products-directive>.

¹⁹ Komisja Europejska, *Press statement on behalf of the European Commission*, 16 października 2012 r., Memo/12/788.

²⁰ Konwencja Ramowa WHO o Kontroli Rynku Wyrobów Tytoniowych, otwarta do podpisu 16.06.2003, 2302 UNTS 166 (weszła w życie 27 lutego 2005 r.).

²¹ Uzasadnienie do Projektu dyrektywy tytoniowej, s. 2–3.

kompetencjami, które przysługują Unii Europejskiej w dziedzinie ochrony zdrowia, dyrektywa została oparta na art. 114 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej²² (zwany dalej „TFUE”), który dotyczy tworzenia i funkcjonowania rynku wewnętrznego, a nie art. 168, gdzie działalność Unii może mieć charakter jedynie koordynujący. Warto przy tym wskazać, że jest to ta sama podstawa, z której skorzystano przyjmując Dyrektywę 2001/37/WE. W kontekście tej dyrektywy wybór art. 114 TFUE jako podstawy prawnej był również kontrolowany przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwany dalej „TSUE”), który potwierdził prawidłowość działań Komisji.²³

Projekt po jego publikacji został przesłany do Parlamentu Europejskiego oraz Rady Unii Europejskiej. Pomimo sprzeciwu ze strony niektórych członków, w tym i Polski, Rada przyjęła swój tekst 21 czerwca 2013 r., wprowadzając jednocześnie szereg modyfikacji w stosunku do projektu zaproponowanego przez Komisję. Wśród zmian należy wspomnieć o rezygnacji z zakazu sprzedaży papierosów typu „slim” oraz ograniczeniu rozmiarów ostrzeżeń zdrowotnych.²⁴ Parlament Europejski zaakceptował swoją wersję dyrektywy 8 października 2013 r. W związku z tym, że pozycje obu instytucji różniły się pomiędzy sobą, w ramach trilogu (negocjacje pomiędzy przedstawicielami Parlamentu, Rady oraz Komisji) wypracowano wersję kompromisową, zaś porozumienie w tej sprawie zostało zawarte 18 grudnia 2013 r. Parlament przyjął następnie dyrektywę (w brzmieniu odpowiadającym zawartemu porozumieniu) na posiedzeniu 26 lutego 2014 r.,²⁵ zaś Rada Unii Europejskiej zrobiła to 14 marca 2014. Dyrektywa została opublikowana 29 kwietnia 2014 r. od tego czasu państwa członkowskie mają 2 lata na jej implementację.

Jak wspomniano już o tym powyżej, Polska przyjęła przedstawiony projekt bardzo negatywnie. W oficjalnym stanowisku rządu skrytykowano zarówno przepisy zakazujące stosowania w papierosach dodatków aromatyzujących (w tym przede wszystkim mentolu), jak i zakaz sprzedaży papierosów typu slim.

²² Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. U. C 83 z 30.03.2010 r., s. 47–199.

²³ Wyrok ETS w sprawie C-491/01, *The Queen przeciwko Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*. [2002] Rec. I–11453.

²⁴ Rada Unii Europejskiej, *Council agrees its position on revised EU tobacco directive*, 21 czerwca 2013, 11388/13 Presse 284 (komunikat prasowy).

²⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w sprawie produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych i powiązanych wyrobów oraz uchylająca dyrektywę 2001/37/WE, Dz. U. L 127 z 29.04.2014, s. 1–38.

Odrzucono również możliwość wprowadzenia jednolitych opakowań dla wszystkich marek wyrobów tytoniowych. Z drugiej strony rząd poparł wprowadzenie ostrzeżeń graficznych i powiększenie ich rozmiarów.²⁶ Stanowisko rządu wsparła również sejmowa komisja ds. europejskich.²⁷ Sprzeciw wobec niektórych rozwiązań przewidzianych w dyrektywie wyrażały także inne państwa członkowskie UE (np. Bułgaria, Rumunia, Czechy).²⁸ Ostatecznie większość rozwiązań zaproponowanych przez Komisję została przyjęta. Wyjątkiem jest tu zakaz sprzedaży papierosów typu „slim” oraz wydłużenie okresu przejściowego dla zakazu sprzedaży papierosów mentolowych. Pomimo prób podejmowanych w Parlamencie ostatecznie nie wprowadzono wymogu jednolitych opakowań.

2.3. Podstawowe założenia nowej dyrektywy tytoniowej

Nowa dyrektywa przewiduje szereg istotnych zmian w zakresie regulacji wyrobów tytoniowych. Poniżej przedstawiono jej najważniejsze założenia (w wersji finalnej jaka została przyjęta przez Parlament Europejski).

a) Limity określonych substancji oraz raportowanie

W art. 3 dyrektywy określono maksymalną zawartość substancji smolistych, nikotyny, tlenku węgla w dymie papierosowym. Wielkości te odpowiadają obecnie obowiązującym limitom przewidzianym przez Dyrektywę 2001/37/WE i mogą być w przyszłości zmodyfikowane przez Komisję Europejską w odpowiedzi na uzgodnienia dokonywane przez strony w ramach FCTC. Państwa członkowskie mają prawo do określania limitów dla innych substancji wydzielanych przez wyroby tytoniowe. Dodatkowo dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do nałożenia na producentów i importerów wyrobów tytoniowych określonych wymogów w zakresie raportowania (np. w odniesieniu do składników wchodzących w skład wyrobu tytoniowego oraz wydzielanych substancji i ich zawartości) (art. 5).

b) Dodatki aromatyzujące i smakowe

Dyrektywa zakazuje wprowadzania do obrotu wyrobów tytoniowych z dodatkami aromatyzującymi, o ile dodatki takie tworzą wyraźny aromat lub smak inny niż aromat lub smak tytoniu (art. 7.1). W praktyce dotyczy to aromatów

²⁶ Stanowisko RP w sprawie Wniosku Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w sprawie produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych i powiązanych wyrobów, 30 stycznia 2013 r.

²⁷ Kancelaria Sejmu, Biuro Komisji Sejmowych, Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji do spraw Unii Europejskiej (nr 121) z dnia 6 lutego 2013 r.

²⁸ Ibidem, s. 14.

lub smaków przypraw, ziół, alkoholu, słodczy, mentolu lub wanilii i obejmuje nie tylko sam tytoń, ale również komponenty, takie jak filtry, papier, opakowania czy kapsułki (art. 7.7). Z obowiązku tego są zwolnione wyroby tytoniowe inne niż papierosy, takie jak cygara, cygaretki oraz tytoń fajkowy oraz tytoń do samodzielnego skręcania (art. 7.12). Zdaniem Komisji produkty te są używane przez starszych konsumentów, a głównym założeniem dyrektywy jest ograniczenie ilości nowych użytkowników (przy czym kategoria ta obejmuje głównie osoby młode).²⁹ Jak wskazują badania naukowe, na których opiera się Komisja, papierosy smakowe i aromatyzowane są często wybierane przez osoby zaczynające palenie, ponieważ maskują one ostry smak tytoniu, który może wydawać się nieprzyjemny dla osoby dotychczas niepalącej. Na marginesie należy jednak wskazać, że wśród użytkowników tych wyrobów, szczególnie papierosów mentolowych, jest oczywiście wielu długoletnich palaczy. Dyrektywa przewiduje również, że powyższe wyłączenie może być zmodyfikowane w przypadku istotnej zmiany okoliczności, np. w zakresie modeli konsumpcji wśród osób młodych. Dodatkowo, na skutek sprzeciwu części państw członkowskich, powyższe zakazy w stosunku do mentolu będą dopiero stosowane dopiero od 2020 r. (art. 7.14). Jest to istotna zmiana w porównaniu do pierwotnego projektu przedstawionego przez Komisję, który nie przewidywał żadnego okresu przejściowego dla tego typu substancji smakowych.

Art. 7 zakazuje również stosowania we wszystkich wyrobach tytoniowych określonych dodatków, jak witaminy, oraz takich, które stwarzają wrażenie, że wyrób tytoniowy jest korzystny dla zdrowia lub wiąże się z nim zmniejszone zagrożenie dla zdrowia; kofeiny, tauryny oraz innych dodatków i związków pobudzających, kojarzonych z energią i witalnością, a także dodatków barwiących wydzielane substancje (art. 7.6).

Powyższe wymogi znajdują częściowe odzwierciedlenie w postanowieniach FCTC. W szczególności jej art. 9 przewiduje uprawnienie Konferencji Stron do wydania wytycznych „z zakresu uregulowania kwestii zawartości składników i wydzielanych substancji”. Wytyczne takie zostały rzeczywiście wydane w 2010 r.³⁰ Zachęcają one państwa-strony do wprowadzenia zakazów lub ograniczeń w zakresie stosowania składników, które poprawiają smak wyrobów tytoniowych. Jako przykłady takich składników wskazano cynamon, imbir oraz miętę.³¹ Analogiczne zalecenia dotyczą dodatków, które zostały ujęte w art. 7.6 dyrektywy.

²⁹ Uzasadnienie do projektu dyrektywy tytoniowej, s. 6. Stanowisko to zostało poparte zarówno przez Radę, jak i Parlament Europejski.

³⁰ Partial Guidelines for Implementation of Articles 9 and 10 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, przyjęte przez Konferencję Stron Konwencji, 15–20 listopada 2010 r., FCTC/COP4(10).

³¹ Ibidem, par. 3.1.2.2.

Jednocześnie należy wskazać, że z punktu widzenia prawa międzynarodowego wytyczne, w przeciwieństwie do postanowień samej Konwencji, nie mają dla stron charakteru wiążących zobowiązań.

W tym miejscu warto również wspomnieć o orzeczeniu wydanym w 2012 r. przez Appellate Body w ramach WTO w sporze pomiędzy Indonezją a Stanami Zjednoczonymi,³² które wydaje się, że miało istotny wpływ na kształt dyrektywy. Appellate Body stwierdził, że Stany Zjednoczone naruszyły zobowiązania wynikające z Porozumienia WTO o Technicznych Barrierach w Handlu, zakazując stosowania wszystkich dodatków aromatyzujących i smakowych za wyłączeniem mentolu. Rozwiązanie takie zostało uznane za dyskryminujące, ponieważ papierosy typu mentolowego były produkowane w Stanach, a pozostałe papierosy smakowe były importowane. Sytuacja taka ma również miejsce w przypadku Unii Europejskiej. Ostatecznie jednak, tak jak wspomniano o tym powyżej, Parlament Europejski oraz Rada zdecydowały się zróżnicować (ale jedynie w trakcie trwania okresu przejściowego) traktowanie poszczególnych dodatków aromatyzujących i smakowych.

c) Etykietowanie i opakovania

Dyrektywa znacznie poszerza aktualne wymogi dotyczące ostrzeżeń zdrowotnych. W przeciwieństwie do Dyrektywy 2001/37/WE ostrzeżenia mieszane składające się z tekstu oraz kolorowej fotografii o drastycznej treści mają być obowiązkowe we wszystkich państwach członkowskich. Na opakowaniu mają się również pojawić numery telefonów, adresy e-mail lub adresy stron internetowych, gdzie konsumenci mogą zasięgnąć informacji o programach wsparcia dla osób, które chcą rzucić palenie (art. 10.1). Sam rozmiar ostrzeżenia również ulega istotnemu zwiększeniu. Według nowej dyrektywy ma on zajmować 65% przedniej, jak i tylnej płaszczyzny jednostkowego opakowania. Komisja Europejska została również umocowana do zmiany treści ostrzeżeń tekstowych oraz dokonania odpowiednich modyfikacji w bibliotece obrazów wykorzystywanych w ostrzeżeniach mieszanych.

Z obowiązku umieszczania ostrzeżeń mieszanych zwolniono tytoń do palenia inny niż papierosy i tytoń do samodzielnego skręcania papierosów, pozostawiając decyzje w tym zakresie państwom członkowskim (art. 11.1). Dla tego typu produktów inna jest również wielkość ostrzeżeń (co do zasady 30% i 40% odpowiednio przedniej i tylnej części opakowania). To samo dotyczy etykietowania wyrobów tytoniowych bezdymnych (np. tabaka), przy czym co do zasady

³² Report Appellate Body, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, Report, przyjęty 24 kwietnia 2012 r., WT/DS406/AB/R.

ostrzeżenia tekstowe powinny zajmować jedynie 30% powierzchni opakowania (art. 12). Są to rozwiązania zbieżne z aktualnie obowiązującą dyrektywą. Odmienność stosowanego standardu uzasadniono, tak jak w przypadku dodatków aromatyzujących i smakowych, grupą docelową danych produktów. Wyroby tytoniowe inne niż papierosy i tytoń do skręcania są używane bowiem przede wszystkim przez starszych palaczy, a ostrzeżenia mają oddziaływać przede wszystkim na młodszych i przyszłych użytkowników.³³ W przypadku zmiany okoliczności (np. zmiany modeli konsumpcji) Komisja jest uprawniona do dokonania odpowiedniej modyfikacji powyższych przepisów (art. 11.6 oraz 12.3).

Nowa dyrektywa, tak jak i obecnie obowiązująca dyrektywa, zabrania także stosowania na opakowaniach takich elementów, które mogłyby wprowadzać konsumentów w błąd, co do cech wyrobu lub skutków dla zdrowia związanych z jego użyciem; sugerować, że dany wyrób tytoniowy jest mniej szkodliwy niż inne lub że ma pozytywne aspekty albo skutki (np. dodaje energii, jest o organicznym charakterze); odnosić się do aromatu, smaku, środków aromatyzujących lub innych dodatków bądź ich braku; sprawiać, że wyrób przypomina produkt spożywczy (art. 13.1). W praktyce najczęściej dotyczy to informacji typu „light”, „mild” „low tar” czy też „no additives” (lub ich odpowiedniej wersji narodowej) umieszczanych na opakowaniach.

Same opakowania wyrobów tytoniowych zostały ujednolicone w zakresie kształtu oraz minimalnej ilości produktu, jaki jest w nich sprzedawany (art. 14.1). Dodatkowo państwa członkowskie zostały zobowiązane do zapewnienia by wszystkie opakowania jednostkowe wyrobów tytoniowych były opatrzone niepowtarzalnym identyfikatorem, który umożliwia ustalenie szeregu informacji wskazanych przez dyrektywę (art. 15).

Reguły dotyczące etykietowania są zasadniczo zbieżne z wymogami FCTC, choć odnośnie rozmiarów ostrzeżeń znacznie wychodzą poza minimalne wymogi stawiane przez Konwencję. Zgodnie z art. 11 FCTC strony umowy są zobowiązane do umieszczenia na opakowaniach ostrzeżeń informujących o szkodliwych skutkach konsumpcji wyrobów tytoniowych, przy czym ostrzeżenia takie powinny pokrywać co do zasady 50% lub więcej powierzchni paczki, ale nie mniej niż 30%. Konwencja pozostawia stronom umowy swobodę w zakresie wyboru pomiędzy ostrzeżeniami tekstowymi, graficznymi lub mieszanymi.

d) Wyroby inne niż tytoniowe

Dyrektywa wprowadza również szczegółowe wymagania dotyczące papierosów elektronicznych. Zgodnie z art. 20 wprowadzanie takich produktów

³³ Uzasadnienie do Projektu dyrektywy tytoniowej, s. 8.

do obrotu wymaga wcześniejszego zgłoszenia właściwym organom państw członkowskich, zawierającego szereg danych dotyczących efektów zdrowotnych związanych z użytkowaniem produktu. Jednocześnie dyrektywa wprowadza maksymalną zawartość nikotyny w płynie (20 mg/ml) oraz zakazuje wszelkich form reklamy papierosów elektronicznych (odpowiednio art. 20.3 oraz 20.5).

e) Jednolite opakowania

Dyrektywa wbrew wcześniejszym zapowiedziom nie przewiduje obowiązku stosowania jednolitych opakowań. Decyzję w tym zakresie pozostawiono państwom członkowskim, które mają możliwość wprowadzania przepisów dotyczących kwestii nieuregulowanych w dyrektywie, o ile jest to uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym oraz niezbędne i proporcjonalne w stosunku do tego celu (przy założeniu, że przepisy te nie będą stanowić środka arbitralnej dyskryminacji lub tworzyć ukrytego ograniczenia handlu między państwami członkowskimi). Warto dodać, że we wstępie do dyrektywy *explicite* wskazano standaryzację (normalizację) opakowań wyrobów tytoniowych jako przykład takich przepisów.³⁴ Dyrektywa nie definiuje również, na czym może polegać standaryzacja opakowań. Powszechnie przyjmuje się, że oznacza ona zakaz umieszczania na opakowaniach wyrobów tytoniowych cech wyróżniających dany produkt, takich jak kolory, symbole, loga producenta oraz znaki towarowe. Sama marka wyrobu może być zapisana jedynie znormalizowaną czcionką. Standaryzacji może podlegać również kolor paczki, który jest taki sam dla wszystkich producentów wyrobów tytoniowych.³⁵

Można jedynie spekulować, dlaczego ostatecznie zrezygnowano z wprowadzenia standaryzacji opakowań na terytorium całej Unii Europejskiej. Częściowo wydaje się, że było to spowodowane wątpliwościami w zakresie zgodności takiego rozwiązania z zobowiązaniami międzynarodowymi Unii oraz państw członkowskich wynikającymi z prawa WTO, w szczególności postanowień Porozumienia w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (zwanego dalej „Porozumieniem TRIPS”).³⁶ Porozumienie to tworzy minimalne standardy w zakresie, między innymi, ochrony prawa do znaku towarowego, przewidując

³⁴ Dyrektywa tytoniowej, Wstęp, par. 53.

³⁵ Por. Rozdział 2 australijskiej ustawy Tobacco Plain Packaging Act 2011, No. 148, 2011, An Act to discourage the use of tobacco products, and for related purposes, ComLaw Authoritative Act C2011A00148.

³⁶ Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, podpisane 15 kwietnia 1994, 1869 U.N.T.S. 299, wersja w języku polskim opublikowana w ramach obwieszczenia Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz. U. 1996, Nr 32, poz. 143.

m.in. zakaz bezzasadnego utrudniania używania znaku towarowego poprzez nakładanie określonych wymogów polegających na przykład na obowiązku używania znaku w szczególnej formie lub w sposób szkodzący jego zdolności odróżniania towarów lub usług jednego przedsiębiorstwa od towarów lub usług innych przedsiębiorstw (art. 20). W tym kontekście kilka państw wszczęło w 2012 r. postępowania przed organami WTO do spraw rozstrzygania sporów, zarzucając Australii, która wprowadziła jako pierwszy kraj na świecie wymóg stosowania jednolitych opakowań, naruszenie postanowień Porozumienia TRIPS.³⁷ W grę może również wchodzić naruszenie postanowień dwustronnych umów inwestycyjnych zawartych przez poszczególne państwa członkowskie z krajami trzecimi w zakresie zakazu dokonywania bezprawnego wyłączenia (z praw do znaku towarowego) oraz obowiązku wypłacenia odpowiedniego odszkodowania w przypadku dokonania takiego wyłączenia. Postępowanie takie, również skierowane przeciwko Australii, zostało zainicjowane w 2011 r. przez Philip Morris Asia Limited³⁸ w oparciu o dwustronną umowę o ochronie inwestycji zawartą pomiędzy Hong Kongiem a Australią.³⁹ W związku z tym, że finansowe konsekwencje negatywnego orzeczenia wydanego przez WTO lub międzynarodowy trybunał arbitrażowy mogą być znaczne, wydaje się że Komisja Europejska zdecydowała się na pozostawienie państwom członkowskim swobody decyzji w zakresie wprowadzania wymogów standaryzujących wygląd opakowań wyrobów tytoniowych. Oczywiście niebagatelne znaczenie miał tu również opór niektórych państw członkowskich.

Z drugiej strony należy wspomnieć, że wytyczne do FCTC zachęcają, ale nie zobowiązują, państwa strony do przyjęcia środków regulacyjnych, które ograniczałyby lub zakazywały „wykorzystywania na opakowaniach logo, kolorów, wizerunków marki lub informacji promocyjnych innych niż nazwy marek i nazwy wyrobów napisanych w standardowym kolorze i standardową czcionką.”⁴⁰

³⁷ Por. np. Request for the Establishment of a Panel by Ukraine, *Australia – Certain Measures concerning Trademarks and other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS434/11, 17 August 2012.

³⁸ Notice of Claim under the Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments, 15.07.2011, dostępny na stronie: <http://www.dfat.gov.au/foi/downloads/dfat-foi-11-20550.pdf>.

³⁹ Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments [1993] ATS 30.

⁴⁰ Guidelines for Implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, przyjęte przez Konferencję Stron Konwencji, 17–22 listopada 2008 r., FCTC/COP3(10), par. 46.

f) Inne postanowienia

Nowa dyrektywa utrzymuje zakaz wprowadzania do obrotu tytoniu do stosowania doustnego (art. 17) przewidzianego przez dyrektywę 2001/37/WE. Nie zmieniono również tradycyjnego wyłączenia przysługującego w tym zakresie Szwecji na mocy postanowień aktu o przystąpieniu tego kraju do Wspólnot Europejskich.⁴¹

Dyrektywa zawiera także postanowienia dotyczące transgranicznej sprzedaży wyrobów tytoniowych na odległość (art. 18) oraz nowatorskich wyrobów tytoniowych (art. 19). W odniesieniu do tej ostatniej kategorii przewiduje ona wymóg zgłoszenia takich produktów przed ich wprowadzeniem na rynek. Zgłoszenie takie musi zawierać określone dane dotyczące m.in. toksyczności, właściwości uzależniających oraz atrakcyjności wyrobu.

3. Formalne przesłanki kontroli konstytucyjności

3.1. Dyrektywa tytoniowa jako przedmiot kontroli Trybunału Konstytucyjnego

Trybunał Konstytucyjny (dalej jako „TK”) nie orzekał dotąd o zgodności dyrektywy z Konstytucją.⁴² W postanowieniach o sygn. P37/05⁴³ oraz sygn. U 6/08⁴⁴ wykluczono możliwość wydania na podstawie art. 188 Konstytucji orzeczenia o niekonstytucyjności aktu prawa pochodnego UE. Jednakże w sprawie o sygn. SK 45/05⁴⁵ Trybunał Konstytucyjny dokonał oceny konstytucyjności rozporządzenia w postępowaniu inicjowanym skargą konstytucyjną. O ile z perspektywy traktatowej zasady lojalnej współpracy i odnoszącego się do niej orzecznictwa TSUE takie działanie nie ma podstaw prawnych i może zostać uznane za naruszenie zobowiązań państwa członkowskiego,⁴⁶ o tyle z perspektywy

⁴¹ Art. 151 i załącznik XV Aktu dotyczącego warunków przystąpienia oraz dostosowań w Traktatach – Przystąpienie Republiki Austrii, Republiki Finlandii i Królestwa Szwecji, Dz. U. C 241, s. 21.

⁴² Orzeczenia w sprawach europejskich nie wykluczają jednak takiej możliwości (zob. m.in. wyroki TK z 11 maja 2004 r., sygn. K 18/04, OTK ZU nr 5/A.2005, poz. 49; z 27 kwietnia 2005 r., sygn. P 1/05, OTK ZU nr 4/A/2005, poz. 42; z 18 lutego 2009 r., sygn. Kp 3/08, OTK ZU nr 2/A/2009, poz. 9; z 24 listopada 2010 r., sygn. K 32/09, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 108).

⁴³ Postanowienie TK z 19 grudnia 2006 r., OTK ZU nr 11/A/2006, poz. 177.

⁴⁴ Postanowienie TK z 17 grudnia 2009 r., OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 178.

⁴⁵ Wyrok TK z 16 listopada 2011 r., OTK ZU nr 9/A/2011, poz. 97.

⁴⁶ Tak: P. Bogdanowicz, P. Marcisz, *Szukając granic kontroli – glosa do wyroku TK z 16.11.2011 r. (SK 45/09)*, Europejski Przegląd Sądowy, Nr 9/2012, s. 47.

konstytucyjnej zagadnienie to jest bardziej złożone. Nie powinno dziwić, że dla TK, podobnie jak dla innych sądów konstytucyjnych, punktem wyjścia dla rozważań o własnej kognicji są normy konstytucyjne, na których opiera się wszakże proces przekazywania kompetencji i integracji europejskiej.⁴⁷

W świetle pierwszego stanowiska prezentowanego w doktrynie, kontrola konstytucyjności prawa pochodnego UE jest niedopuszczalna z uwagi na jego autonomiczny charakter.⁴⁸ W nawiązaniu do ugruntowanej w orzecznictwie TSUE interpretacji,⁴⁹ akcentując „multicentryczność” współczesnego systemu prawa,⁵⁰ można argumentować, że prawo unijne nie pozostaje w relacji nadrzędności i podrzędności względem norm konstytucyjnych. Konsekwencją tezy o wielości oddziałujących na siebie centrów prawodawczych jest wielość porządków prawnych, które choć obowiązują na tym samym terytorium i są funkcjonalnie, a niekiedy również i treściowo powiązane, to jednak stanowią podsystemy złożonego i wieloskładnikowego systemu.⁵¹ Obrazowo rzecz ujmując, „jednym z (...) podsystemów jest piramida aktów normatywnych wypracowanych przez parlament krajowy z konstytucją na jej szczycie. Drugim jest sieć prawa europejskiego”.⁵² W ramach tego stanowiska podnosi się szereg argumentów przeciwko kontroli konstytucyjności aktów prawa pochodnego UE. Po pierwsze, kontrola TK ogranicza się do aktów stanowionych przez krajowe organy władzy publicznej. Po drugie, ewentualne orzeczenie o niekonstytucyjności aktów prawa pochodnego stanowiłoby naruszenie wiążących zobowiązań międzynarodowych.

⁴⁷ Szeroko o orzecznictwie sądów konstytucyjnych i możliwości kontroli prawa pochodnego zob. K. Wójtowicz, *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 73 i nast.

⁴⁸ Pogląd ten zdecydowanie reprezentują m.in. J. Barcz, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.05.2005 r. (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K18/04*, Kwartalnik Prawa Publicznego, Nr 4/2005, s. 175–176 i 178–179; W. Czapliński, *Prawo wspólnotowe a prawo wewnętrzne w praktyce sądów konstytucyjnych państw członkowskich (wybrane zagadnienia)*, Kwartalnik Prawa Publicznego, Nr 2/2004, s. 25; S. Biernat, *Miejsce prawa pochodnego Wspólnoty Europejskiej w systemie konstytucyjnym Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. a członkostwo polskie w Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 1999, s. 185–186.

⁴⁹ Zob. wyroki z: 15 lipca 1964 r., C-6/64, *Costa p. Enel*; Zb. Orz. 1964, s. 00585; 22 października 1987 r. w sprawie C-314/85, Foto-Frost, Zb. Orz. 1987, s. 4199; 2 sierpnia 1996 r., C-473/93, *Komisja p. Księstwu Luksemburga*, Zb. Orz. 1996, s. I-3207.

⁵⁰ E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, Państwo i Prawo nr 4/2005, s. 3 i nast.

⁵¹ E. Łętowska, *Prawo europejskie wobec trybunałów konstytucyjnych państw członkowskich: możliwość rewizji implicite konstytucji?*, w: *Stosowanie prawa międzynarodowego i wspólnotowego w wewnętrznym porządku prawnym Francji i Polski*, red. M. Granat, Warszawa 2007, s. 147.

⁵² Ibidem.

Wynikająca wprost z art. 91 ust. 3 Konstytucji zasada pierwszeństwa stosowania prawa pochodnego UE nie odnosi się wyłącznie do ustaw i aktów wykonawczych, ale obejmuje cały porządek prawny, nie wyłączając Konstytucji. Po trzecie, ewentualne orzeczenie o niekonstytucyjności aktów prawa pochodnego nie może prowadzić do utraty mocy obowiązującej tych aktów, a tylko taki skutek przewiduje art. 190 ust. 3 Konstytucji w wypadku wydania wyroku negatywnego przez TK. Po czwarte, prawo pochodne stanowione jest przy udziale polskich organów władzy publicznej, które zobowiązane są działać zgodnie z normami konstytucyjnymi.

W świetle drugiego poglądu prawo pochodne UE może stanowić przedmiot kontroli TK na podstawie art. 79 Konstytucji.⁵³ Akty instytucji UE nie są co prawda ani ustawą, umową międzynarodową w rozumieniu art. 188 pkt 1 Konstytucji,⁵⁴ ani też przepisem prawa wydany przez centralny organ państwowy w rozumieniu art. 188 pkt 3 Konstytucji. Akty prawa pochodnego UE można jednak zaliczyć do kategorii „aktów normatywnych” w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji. Przepis ten stanowi zaś samodzielną względem art. 188 Konstytucji podstawę prawną kompetencji TK.⁵⁵ O ile bowiem art. 188 pkt 1–3 Konstytucji odnosi się do aktów normatywnych polskich organów władzy publicznej, o tyle art. 79 ust. 1 Konstytucji, czyniąc rozróżnienie między ustawą i aktem normatywnym, dotyczy każdego aktu stosowanego przez sądy i organy administracji na terytorium Rzeczypospolitej. Kontrola konstytucyjności uzależniona jest za-

⁵³ Zob. m.in. T. Jaroszyński, *Rozporządzenie wspólnotowe jako przedmiot skargi konstytucyjnej*, Europejski Przegląd Sądowy Nr 4/2007, s. 37; M. Masternak-Kubiak, W. Jakimo, *Pozycja ustrojowa Trybunału Konstytucyjnego po akcesji Polski do Unii Europejskiej*, w: *Konieczne i pożądane zmiany Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, red. B. Banaszak, M. Jabłoński, Warszawa 2010, s. 360; K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Kraków 2007, s. 327; K. Wójtowicz, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a członkostwo w Unii Europejskiej*, w: *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, red. E. Popławska, Warszawa 2000, s. 171–172; A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, w: *Otwarcie konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 90–91.

⁵⁴ Zob. m.in. L. Garlicki, L. Garlicki, *Uwaga 16 do art. 188*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom V, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 28; L. Garlicki, M. Masternak-Kubiak, *Władza sądownicza a stosowanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej*, w: *Otwarcie konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 182.

⁵⁵ Należy jednak zauważyć, że w doktrynie prawa konstytucyjnego istnieje spór, czy pojęcie „inny akt normatywny” z art. 79 ust. 1 Konstytucji można rozumieć autonomicznie względem art. 188 Konstytucji (szerzej o sporze zob. M. Wyrzykowski, M. Ziółkowski, *Prawo do skargi konstytucyjnej*, w: *System Prawa Administracyjnego*, Tom 2, red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, Warszawa 2012, s. 317 i powołane tam poglądy).

tem od tego, czy akt prawa pochodnego zawiera normy generalne i abstrakcyjne oraz czy stanowił podstawę ostatecznego rozstrzygnięcia o konstytucyjnych prawach i wolności skarżącego.

Orzekając o konstytucyjności rozporządzenia nr 44/2001,⁵⁶ w wyroku o sygn. SK 45/09, TK przychylił się do drugiego z prezentowanych powyżej poglądów, nawiązując przy tym do wcześniejszych ustaleń o nadrzędnej roli Konstytucji oraz precyzując swój pogląd na miejsce i rolę prawa unijnego w polskim porządku konstytucyjnym.⁵⁷ Kluczowe dla trybunalskiego uzasadnienia są tezy o: a) nadrzędności obowiązywania i stosowania Konstytucji; b) wieloskładnikowości systemu prawnego, którego zwornikiem jest norma konstytucyjna; c) konstytucyjnej podstawie procesu integracji europejskiej (art. 90 Konstytucji) oraz pierwszeństwa stosowania prawa UE przed ustawami (art. 91 ust. 3 Konstytucji); d) podziale kompetencji kontrolnych między TSUE a TK; e) subsydiarności trybunalskiej kompetencji do kontroli konstytucyjności prawa pochodnego UE; f) zawieszeniu stosowania na terytorium Rzeczypospolitej niezgodnych z Konstytucją norm prawa unijnego jako skutku ewentualnego wyroku Trybunału Konstytucyjnego; oraz g) zbieżności aksjologicznej unijnego i konstytucyjnego porządku prawnego.

Trybunał sformułował zarazem wymogi, jakie winny zostać spełnione, aby poddać kontroli konstytucyjności akt prawny instytucji UE. Po pierwsze, akt ten powinien odpowiadać cechom aktu normatywnego w konstytucyjnym rozumieniu (tj. stanowić część obowiązującego w Polsce porządku prawnego oraz zawierać normy prawne generalne i abstrakcyjne). Po drugie, akt ten powinien zawierać normy, na podstawie których sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach albo o obowiązkach jednostek, określonych w Konstytucji. Po trzecie, akt prawny instytucji UE powinien być adresowany nie tylko do państw członkowskich, ale określać sytuację prawną jednostki.

Orzekając o konstytucyjności rozporządzenia 44/2001, TK nie ograniczył zakresu swej kontroli w żaden sposób. Trybunał nie przychylił się tym samym do wyrażanego w piśmiennictwie konstytucyjnym postulatu zawężenia kontroli tylko do oceny *ultra vires*.⁵⁸

⁵⁶ Rozporządzenie Rady (WE) z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. UE L 12 z 16.01.2001, s. 1, ze zm.).

⁵⁷ Zob. wyroki TK z: 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04, OTK ZU nr 5/A/2005 poz. 49; 27 kwietnia 2005 r., sygn. P 1/05, OTK ZU nr 4/A/2005 poz. 42; 5 października 2010 r., sygn. SK 26/08, OTK ZU nr 8/A/2010, poz. 73; 24 listopada 2010 r. sygn. K 32/09, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 108.

⁵⁸ K. Wójtowicz, *Sądy konstytucyjne...*, s. 69–103 i por. K. Wojtyczek, *Trybunał Konstytucyjny w europejskim systemie konstytucyjnym*, Przegląd Sejmowy Nr 4/2009, s. 185.

Wyrok o sygn. SK 45/09 skoncentrowany jest na pytaniu o dopuszczalność kontroli konstytucyjności rozporządzenia. TK nie wykluczył jednakże (choć nie potwierdził też jej wprost) możliwości kontroli dyrektywy, o ile zostaną spełnione wskazane powyżej wymogi. Przemawiają za tym następujące argumenty: po pierwsze, w uzasadnieniu sformułowano ogólną tezę o dopuszczalności kontroli aktów należących do prawa UE.⁵⁹ Po drugie, przywołane powyżej wymogi trybunalskie mają charakter ogólny i znajdują zastosowanie nie tylko do rozporządzenia. Nawiązując do zróżnicowania aktów instytucji UE oraz ich różnego znaczenia dla rozstrzygnięć indywidualnych wydawanych przez organy władzy publicznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, TK przyjmuje, że jest kwestią kazuistycznego rozstrzygnięcia: czy akt inny niż rozporządzenie może zostać poddany kontroli konstytucyjności.⁶⁰ Po trzecie, Trybunał wyraźnie rozróżnił kontrolę legalności aktów prawa pochodnego UE sprawowaną przez TSUE od kontroli konstytucyjności, zastrzegając dla siebie pozycję „sądu ostatniego słowa”. Kwestię dopuszczalności kontroli konstytucyjności innych niż rozporządzenie aktów pozostawiono otwartą. Zważywszy, że dyrektywy zawierają normy generalne i abstrakcyjne, a niektóre ich przepisy mogą wywierać bezpośredni skutek (oczywiście przy spełnieniu określonych warunków przewidzianych przez prawo europejskie) oraz stanowić podstawę ostatecznego rozstrzygnięcia organów władzy publicznej o konstytucyjnych prawach i wolnościach jednostki, powołując się na wyrok o sygn. SK 45/09, można bronić *in casu* poglądu o dopuszczalności zakwestionowania przepisów dyrektywy w trybie inicjowanym skargą konstytucyjną.⁶¹

⁵⁹ Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „aktem normatywnym, w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji, może być nie tylko akt normatywny wydany przez któryś z organów polskich, ale także – po spełnieniu dalszych warunków – akt wydany przez organ organizacji międzynarodowej, której członkiem jest Rzeczpospolita Polska. Dotyczy to w pierwszym rzędzie aktów należących do prawa Unii Europejskiej, stanowionych przez instytucje tej organizacji. Akty takie wchodzą bowiem w skład obowiązującego w Polsce porządku prawnego i wyznaczają sytuacje prawne jednostki.”

⁶⁰ Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „nie zawsze łatwe jest ustalenie, czy sąd lub organ administracyjny orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach albo o obowiązkach skarżącego określonych w Konstytucji na podstawie prawa unijnego. Często bowiem sądy lub organy administracyjne orzekają na podstawie prawa polskiego, ustanowionego w celu implementacji prawa unijnego. Dotyczy to dyrektyw, a także w pewnych przypadkach rozporządzeń. Możliwa jest także sytuacja, w której podstawę prawną indywidualnego aktu stosowania prawa stanowi norma prawna skonstruowana na podstawie przepisów unijnych i polskich. Ustalenie tego, jaki akt stanowi podstawę prawną orzeczenia sądu lub organu administracyjnego, jest istotne dla rozstrzygnięcia co do przedmiotu kontroli sprawowanej w trybie art. 79 ust. 1 Konstytucji. Rozstrzygnięcie ewentualnych wątpliwości w tej kwestii będzie zależeć m.in. od ustalenia treści przepisów prawa unijnego i ich skutków”.

⁶¹ Zastrzegamy, że jest to teoretyczna hipoteza sformułowana z perspektywy

W naszej jednak ocenie, podstawowe znaczenie dla rozważań o kognicji Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do aktów prawa pochodnego UE ma teza, że obowiązujące w Rzeczypospolitej normy są ze sobą powiązane więzami kompetencyjnymi i treściowymi, tworząc jeden uporządkowany i zamknięty zbiór (system), oraz teza, że akt przekazania kompetencji UE ma charakter konstytucyjnie legitymowanej czynności konwencyjonalnej udzielenia treściowo ograniczonej kompetencji prawodawczej.⁶² Skoro kontrola konstytucyjności polega z jednej strony na ocenie, czy akt normatywny został wydany zgodnie z konstytucyjną normą udzielającą kompetencji prawodawczej, z drugiej zaś – na ocenie, czy wytwór tego aktu (ustanowione normy) nie przekraczają konstytucyjnych norm merytorycznych,⁶³ to – w wypadku kontroli aktów prawa pochodnego UE – TK może orzekać jedynie o niezgodności czynności prawodawczej stania normy prawa pochodnego UE. W świetle ustaleń TK w wyrokach o sygn. K 32/08 oraz SK 45/09 norma upoważniająca do przekazania kompetencji warunkuje dopuszczalność dokonania czynności prawodawczej przez instytucje UE w tym sensie, że wyznacza nieprzekraczalne granice dla działalności instytucji UE.⁶⁴ W pozostałym zakresie kontrola aktu prawodawczego i jego wytworu jest zastrzeżona dla TSUE. Stanowiąc prawo pochodne, instytucje UE nie są bowiem bezpośrednio związane normami konstytucyjnymi każdego państwa członkow-

prawa konstytucyjnego oraz wymaga operacjonalizacji w konkretnym stanie faktycznym i prawnym. Z perspektywy prawa UE i orzecznictwa TS UE nie ulega bowiem wątpliwości, że przepisy dyrektywy nie powinny co do zasady stanowić podstawy niekorzystnych dla jednostek rozstrzygnięć organów krajowych. Nie ulega też wątpliwości, że przepisy dyrektywy (poza szczególnymi sytuacjami, jak w sprawie *Mangold*) nie powinny prowadzić do powstania obowiązków lub praw w stosunkach prywatnoprawnych (np. wyrok TS UE z 7 stycznia 2004 r., *Wells p. Secretary of State for Transport, Local government and the Regions*, C 201/02). Z uwagi jednak na wielość możliwych stanów faktycznych i prawnych, uzależnionych od sposobu implementacji, treści zakazów wynikających wprost z przepisów dyrektywy, a także regulowanej dziedziny stosunków społecznych, nie można wykluczyć oparcia rozstrzygnięcia krajowego na dyrektywie (np. zakazie odnoszącym się do smakowych wyrobów tytoniowych). Należy ponadto przypomnieć, że w celu uzasadnienia kontroli przepisów dyrektywy, odwołując się do wyroku o sygn. SK 45/09, TK zawsze może wykorzystać koncepcję szerokiego rozumienia pojęcia podstawy rozstrzygnięcia na gruncie art. 79 ust. 1 Konstytucji oraz koncepcję normy rozczłonkowanej (zob. odpowiednio wyroki TK z: 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 108 i 23 kwietnia 2008 r., sygn. SK 16/07, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 45).

⁶² Szerzej o rozumieniu przekazania kompetencji zob. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 79–206 i 279.

⁶³ Szerzej o współczesnym rozumieniu kontroli konstytucyjności zob. m.in. S. Wronkowska, *Kilka uwag o prawodawcy negatywnym*, Państwo i Prawo nr 10/2008, s. 14 i nast.

⁶⁴ Szerzej o zakresie dopuszczalnych wzorców konstytucyjnych zob. m.in. K. Wojtyczek, *Trybunał Konstytucyjny...*, s. 185.

skiego, ale normami traktatowymi. Zakres kontroli TK jest zatem bardzo wąski i sprowadza się do oceny, czy akt instytucji UE nie stanowi działania *ultra vires* z perspektywy konstytucyjnej.⁶⁵ Akty prawa UE ustanowione z naruszeniem zasady kompetencji powierzonych nie są wszakże objęte zasadą pierwszeństwa, a ich kontrola znajduje swoje uzasadnienie w traktatowej zasadzie ochrony ich tożsamości narodowej państw członkowskich.⁶⁶

Podsumowując: w obecnym stanie rozwoju orzecznictwa konstytucyjnego wydaje się, że nie można wykluczyć (co jednak wydaje się być mało prawdopodobne) kontroli dyrektywy tytoniowej, w zakresie, w jakim zawiera ona normy abstrakcyjne, generalne i bezpośrednio skuteczne, określające sytuację jednostki, jeżeli na ich podstawie wydane zostało ostateczne rozstrzygnięcie o konstytucyjnych prawach i wolnościach. W naszej jednak ocenie ewentualna dopuszczalność kontroli konstytucyjności dyrektywy tytoniowej może sprowadzać się wyłącznie do oceny, czy instytucje UE działały w ramach kompetencji konstytucyjnie przekazanych.⁶⁷ W tym kontekście pojawia się również interesujące pytanie o to, czy i do jakiego stopnia TK jest związany ewentualnymi wcześniejszymi ustaleniami TSUE, który również jest uprawniony do badania, czy doszło do przekroczenia zakresu uprawnień przez poszczególne instytucje przy przyjmowaniu danego aktu prawnego. Jednak ze względu na brak wystarczającego miejsca sygnalizujemy jedynie istnienie takiego problemu bez przeprowadzania jego analizy.

3.2. Ustawa implementująca jako przedmiot kontroli Trybunału Konstytucyjnego

O ile kwestia kontroli konstytucyjności dyrektywy nie została jeszcze przesądzona przez Trybunał Konstytucyjny, o tyle nie budzi wątpliwości, ani w orzecznictwie, ani w doktrynie prawa konstytucyjnego, dopuszczalność kontroli ustaw implementujących akty instytucji UE.⁶⁸

⁶⁵ Szerzej na przykładzie orzecznictwa konstytucyjnego innych państwa zob. K. Wójtowicz, *Kontrola konstytucyjności aktów Unii Europejskiej podjętych ultra vires – między pryncypiami a lojalną współpracą*, w: *W służbie dobru wspólnemu*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Warszawa 2012, s. 515 i nast.

⁶⁶ Por. K. Wójtowicz, *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, Przegląd Sejmowy nr 4/2010, s. 21.

⁶⁷ Z tego punktu widzenia istotna może być kwestia wyboru przez Komisję Europejską takiej, a nie innej podstawy prawnej dla nowej dyrektywy tytoniowej (por. z uwagami w rozdziale 2.2 niniejszego artykułu).

⁶⁸ Odmienny pogląd prezentowany jest w literaturze prawa karnego i międzynarodowego (zob. np. P. Hofmański, *Glosa do wyroku TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. P 1/05*, Państwo i Prawo nr 9/2005, s. 116).

W wyroku o sygn. P 1/05 TK kontrolując przepisy zezwalające na przekazanie obywatela polskiego do państwa członkowskiego UE na podstawie europejskiego nakazu aresztowania, stwierdził, że jego „podstawową funkcją ustrojową (...) jest badanie zgodności aktów normatywnych z Konstytucją, a obowiązek ten dotyczy także sytuacji, gdy zarzut niekonstytucyjności dotyczy tego zakresu ustawy, który służy implementacji prawa Unii Europejskiej”.⁶⁹ Pogląd ten podtrzymano następnie w wyroku o sygn. SK 26/08,⁷⁰ w którym kontroli poddano przepisy procedury karne implementujące decyzję ramową w sprawie europejskiego nakazu aresztowania.⁷¹ W uzasadnieniu Trybunał stwierdził, że choć niewątpliwie orzeczenie niekonstytucyjności przepisów implementujących wpływa na ocenę samego aktu implementowanego, tym niemniej jednak przedmiotem rozważań i rozstrzygnięcia są wyłącznie wątpliwości konstytucyjne odnoszące się do przepisów prawa krajowego.⁷² Trybunał zauważył ponadto, że w przedmiocie konstytucyjności przepisów implementujących europejski nakaz aresztowania merytorycznie wypowiedział się niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny, a „za dopuszczalnością kontroli konstytucyjności przepisów wewnętrznych implementujących decyzje ramowe, również w kontekście decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania, wypowiedziały się organy powołane do sprawowania kontroli konstytucyjności prawa w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej.”⁷³ Stanowisko sformułowane w wyroku o sygn. P 1/05 zaważyło również na decyzji o dopuszczalności merytorycznego rozpoznania niektórych przepisów regulujących organizację rynku rybnego (wyrok o sygn. Kp 1/09⁷⁴).

Orzekając o konstytucyjności aktów implementujących prawo wydawane przez instytucje UE, TK nie czynił dotychczas różnicy odnośnie dopuszczalnego zakresu kontroli konstytucyjności. W polskim orzecznictwie konstytucyjnym nie jest obecne, wypracowane przez niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny, rozróżnienie między kontrolą norm zawartych wyłącznie w akcie implementującym a kontrolą norm rekonstruowanych jednocześnie z przepisów aktu implementowanego i implementującego.⁷⁵ Na tym tle zarysowała się jednak rozbieżność w polskiej doktrynie prawa konstytucyjnego.

⁶⁹ Cyt. wyrok TK o sygn. P 1/05.

⁷⁰ Cyt. wyrok TK o sygn. SK 26/08.

⁷¹ Decyzja ramowa Rady nr 2002/584/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, Dz. Urz. WE L 190 z 18.07.2002, s. 1; dalej: decyzja ramowa.

⁷² Cyt. wyrok TK o sygn. SK 26/08.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Wyrok z 13 października 2010 r., sygn. Kp 1/09, OTK ZU nr 8/A/2010, poz. 74.

⁷⁵ Szerzej zob. K. Wójtowicz, *Kontrola konstytucyjności aktów Unii Europejskiej...*, s. 515.

W świetle pierwszego poglądu, każdy akt normatywny wydany przez organy władzy publicznej w celu implementacji prawa UE może zostać poddany kontroli TK niezależnie od tego, czy akt ten rozwija, implementuje czy powtarza regulację europejską.⁷⁶ Art. 188 ust. 1 Konstytucji nie różnicuje bowiem kompetencji Trybunału z uwagi na cel ustawy i obejmuje swym zakresem również te akty, które implementują prawo UE. Normy wyrażone w aktach prawa pochodnego UE i ustawach je implementujących mają ponadto różny status z perspektywy TK. Pierwsze zostały bowiem ustanowione w następstwie skorzystania z traktatowych norm kompetencyjnych i zgodnie z traktatowymi normami merytorycznymi. Normy ustawowe stanowiące są z kolei na podstawie konstytucyjnej kompetencji prawodawczej i w zgodzie z konstytucyjnymi zasadami prawa.

W świetle drugiego i podzielanego przez nas częściowo poglądu, akty implementujące prawo UE muszą być zgodne z Konstytucją, ale „tylko w takim zakresie, w jakim prawo danej organizacji pozostawia organom krajowym swobodę decyzyjną”⁷⁷ (np. jak ma to miejsce w przypadku niektórych dyrektyw). Przekazanie kompetencji na podstawie art. 90 ust. 1 Konstytucji modyfikuje bowiem kompetencje TK. Należy ponadto zauważyć, że w wypadku tożsamości zakresu normowania na poziomie europejskim i krajowym, pogląd przeciwny oznaczałby w istocie pośrednią kontrolę konstytucyjności norm wyrażonych w aktach prawa UE. Jak wyjaśnialiśmy to w poprzednim podrozdziale, kontrola taka wydaje się być dozwolona ale jedynie w bardzo wąskim zakresie, tj. ustalenia, czy dany akt instytucji UE będący przedmiotem implementacji nie stanowi działania *ultra vires* z perspektywy konstytucyjnej.

4. Identyfikacja problemu konstytucyjnego

Wydaje się, że szereg rozwiązań przewidzianych przez nową dyrektywę tytoniowej może potencjalnie budzić wątpliwości o charakterze konstytucyjnym. W szczególności problematyczne wydają się być dwa mechanizmy:

- (i) zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów tytoniowych z dodatkami smakowymi i aromatyzującymi, w tym przede wszystkim papierosów mentolowych w zakresie zgodności z gwarancją wolności gospodarczej wyrażoną w art. 22 Konstytucji; oraz
- (ii) obowiązek umieszczania na opakowaniach określonych ostrzeżeń zdrowotnych w zakresie gwarancji otrzymywania, pozyskiwania i rozpowszechniania informacji wyrażonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji.

⁷⁶ Por. L. Garlicki, *Konstytucja a „sprawy zewnętrzne”*, Przegląd Sejmowy nr 4/2007, s. 208.

⁷⁷ Por. K. Wojtyczek, *Trybunał Konstytucyjny...*, s. 182.

Ze względu na nasze konkluzje w poprzedniej części artykułu nie ma jednak potrzeby dokonywania oceny powyższych rozwiązań w świetle gwarancji konstytucyjnych. Zakres kontroli przepisów dyrektywy (lub ustawy implementującej), które nie pozostawiają swobody regulacyjnej państwom członkowskim jest bowiem bardzo ograniczony i sprowadza się jedynie do oceny, czy działanie UE mieści się w ramach kompetencji konstytucyjnie przekazanych. Z tego też względu zdecydowaliśmy się skupić w niniejszej części jedynie na jednym rozwiązaniu, które jest dopuszczane, lecz niewymagane, przez dyrektywę, tj. na bezwzględnym nakazie stosowania jednolitych opakowań wyrobów tytoniowych.

Na wstępie należy zaznaczyć, że ewentualna ocena konstytucyjności ingerencji prawodawczej wymaga w pierwszym rzędzie uwzględnienia art. 31 ust. 3 Konstytucji jako wzorca kontroli.⁷⁸ Za ugruntowany w orzecznictwie konstytucyjnym⁷⁹ oraz przyjmowany w doktrynie prawa konstytucyjnego⁸⁰ uważamy pogląd, że przepis ten stanowi uniwersalny punkt odniesienia dla oceny każdego ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności.⁸¹ Wynikający z zasady demokratycznego państwa prawnego⁸² czy, jak przyjmuje się w doktrynie prawa z samej istoty norm konstytucyjnych jako zasad prawa,⁸³ zakaz nadmiernej ingerencji prawodawczej w prawa i wolności, wymaga udzielenia odpowiedzi

⁷⁸ Por. wyrok TK z 6 grudnia 2011 r., sygn. SK 3/11, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 113; aprobowując zob. A. Mączyński, *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Księga XX-lecia Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 94; E. Łętowska, J. Królikowski, A. Łyszkowska, J. Sokólska-Warchoł, *Zasada skargowości – wątpliwości i uwarunkowania na tle *acquis constitutionnel**, w: *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a ich praktyczna realizacja*, red. K. Budziło, Warszawa 2010, s. 113.

⁷⁹ Np. wyroki TK: z 21 lipca 2010 r., sygn. SK 21/08, OTK ZU nr 6/A/2010, poz. 62; z 26 maja 2008 r., sygn. SK 25/07, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 62; z 6 kwietnia 2004 r., sygn. SK 56/03, OTK ZU nr 4/A/2004, poz. 29.

⁸⁰ Np. M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy*, w: *Obywatel – jego wolności i prawa*, opr. B. Oliwa-Radzikowska, Warszawa 1998; zob. też szczegółowe rozważania K. Wojtyczka, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 77–94.

⁸¹ Zob. jednak wyrażany niekiedy w orzecznictwie pogląd, że zakres ingerencji prawodawczej wyznacza zarówno art. 31 ust. 3 Konstytucji, jak i ogólna zasada proporcjonalności wywodzona z art. 2 Konstytucji (wyrok TK z 25 listopada 2003 r., sygn. K 37/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 96).

⁸² Np. wyrok z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94, OTK 1995, poz. 12; aprobowując w późniejszym orzecznictwie zob. m.in. wyrok z 12 stycznia 1999, sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2; wyrok z 7 lutego 2001 r., sygn. K 27/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 29; z 29 czerwca 2001 r., sygn. K 23/00, OTK ZU nr 5/2001, poz. 124; z 8 lipca 2008 r., sygn. P 36/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 103.

⁸³ Np. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2005, s. 205.

każdorazowo na trzy pytania: o przydatność, o konieczność oraz o proporcjonalność *sensu stricto* ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Choć orzecznictwo konstytucyjne nie jest w tym zakresie jednolite,⁸⁴ w piśmiennictwie panuje zgoda, że art. 31 ust. 3 Konstytucji i sformułowane w nim warunki, ze względu na które dopuszczalne jest ograniczenie praw i wolności, nie podlegają interpretacji rozszerzającej.⁸⁵

Ingerencję prawodawczą można uznać za przydatną, jeżeli jest ona racjonalnie uzasadniona w danym stanie prawnym i faktycznym oraz służy bezpośrednio realizacji zamierzonych przez nią celów. Obrazowo w orzecznictwie podkreśla się, że wymóg „przydatności polega na przeprowadzeniu „testu racjonalności instrumentalnej”, tzn. do ustalenia, czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (...) warunków tych nie spełniają tylko takie przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami (są irrelewantne).”⁸⁶ W wariantie restrykcyjnym przyjmuje się, że chodzi tu nie tylko o realizację zamierzonego celu, ale i jego konstytucyjne uzasadnienie.⁸⁷ Ocenie przydatności może służyć przede wszystkim identyfikacja *ratio legis* ograniczenia oraz powiązanie go z konkretną wartością konstytucyjną, którą ma chronić.⁸⁸ Kluczowe znaczenie ma także ocena stabilności tendencji legislacyjnej oraz tendencji rozwojowych w ocenianym zakresie.⁸⁹

Ingerencję prawodawczą można uznać za konieczną, jeżeli służy ochronie interesu publicznego, z którym jest powiązana. W wariantie restrykcyjnym

⁸⁴ Zob. np. wyrok dotyczący konstytucyjności ustawy specjalnej o szczególnym trybie postępowania i realizacji inwestycji drogowych oraz szczególnych zasadach wywłaszczeń pod budowę dróg publicznych (wyrok z 16 października 2012 r., sygn. K 4/10, OTK ZU nr 9/A/20012, poz. 106 wraz ze zdaniem odrębnym sędziego W. Hermelińskiego).

⁸⁵ Zob. m.in. L. Garlicki, uwaga 15 do art. 31 ust. 3, w: *Konstytucja...*, s. 14; L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, Państwo i Prawo nr 1/2001; M. Wyrzykowski, *Granice...*, s. 47.

⁸⁶ Cyt. wyrok TK o sygn. P 61/08.

⁸⁷ Zob. też obszerne omówienie orzecznictwa K. Wójtowicz, *Zasad proporcjonalności jako wyznacznik konstytucyjności norm*, w: *Księga XX-lecia Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, passim oraz K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności w: Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, passim.

⁸⁸ W orzecznictwie przyjęto, że *ratio legis* należy jednak ustalać „na podstawie historii legislacyjnej badanych regulacji albo intencji deklarowanych przez ustawodawcę przed ich przyjęciem, a nie na podstawie ich rzeczywistych skutków (jak słusznie zwraca uwagę K. Wojtyczek, przeprowadzanie testu przydatności przez pryzmat skutków regulacji byłoby błędem logicznym)” (cyt. wyrok o sygn. P 61/08).

⁸⁹ Wyrok TK z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11, OTK ZU nr 6/A/2013, poz. 85.

wymóg zachowania konieczności ingerencji prawodawczej rozstrzyga o tym, że wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (tj. bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, ochrony zdrowia i moralności publicznej albo ochrony praw i wolności) nie da się *in concreto* osiągnąć bez wprowadzenia ograniczeń praw i wolności lub przy zastosowaniu innych ograniczeń.⁹⁰

Ingerencję prawodawczą można uznać za proporcjonalną w wąskim znaczeniu jeżeli pozostaje w bezpośrednim związku i proporcji do nałożonych ciężarów. Ograniczenia konstytucyjnych praw podmiotowych nie mogą w sposób nieadekwatny nakładać ciężarów na podmioty praw i wolności.

Stosując powyższe kryteria do oceny przydatności obowiązku stosowania jednolitych opakowań wyrobów tytoniowych, trudno jest udzielić jednoznacznej odpowiedzi. Do niedawna rozwiązanie to nie było testowane w praktyce,⁹¹ ciężko więc jest empirycznie ocenić jego efektywność (wymagało by to co najmniej kilkuletniej obserwacji, która pozwoliłaby na ustalenie zmian w trendach spożycia). Badania naukowe sugerują natomiast, że: (i) opakowania wyrobów tytoniowych są istotnym nośnikiem treści reklamowych i mogą wpływać na zachowanie konsumentów (szczególnie młodych osób); oraz (ii) aktualnie stosowane opakowania mogą zmniejszać siłę oddziaływania ostrzeżeń zdrowotnych.⁹² Według niedawno opublikowanych wstępnych badań (przeprowadzonych już po wprowadzeniu nowego prawa w Australii) większość palaczy częściej twierdziła, że papierosy sprzedawane w jednolitych opakowaniach smakują im mniej niż poprzednio i oceniała palenie jako mniej satysfakcjonujące. Palacze kupujący papierosy w jednolitych opakowaniach znacznie częściej rozważali również rzucenie palenia.⁹³ Trudno jednak na tym etapie ocenić, jak te poglądy przekładają się na rzeczywiste zachowania konsumentów. Warto również dodać (jak już wspomniano o tym powyżej), że wytyczne FCTC zachęcają państwa do wprowadzenia ograniczeń w sprzedaży papierosów smakowych oraz rozważenia sensowności wymogu jednolitych opakowań. Wytyczne są oparte na najnowszym dostępnym wyniku badań naukowych.⁹⁴

⁹⁰ Cyt. wyrok TK o sygn. P 56/11.

⁹¹ Pierwszym krajem (i do tej pory jedynym), który wprowadził wymóg stosowania jednolitych opakowań, jest Australia (od grudnia 2012).

⁹² Cancer Council Victoria, *Plain packaging of cigarettes: a review of the evidence*, 2011, dostępne na stronie: http://www.cancervic.org.au/downloads/mini_sites/Plain-facts/TCUCCVEvOverview_FINALAUG122011.pdf.

⁹³ M. A. Wakefield, L. Hayes, S. Durkin, R. Borland, *Introduction effects of the Australian plain packaging policy on adult smokers: a cross-sectional study*, BMJ Open 2013;3: e003175 doi:10.1136/bmjopen-2013-003175.

⁹⁴ Por. *Partial Guidelines for Implementation of Articles 9 and 10*, s. 1.

Jeżeli chodzi o istniejącą tendencję legislacyjną, to wydaje się ona być zarówno stabilna, jak i jednoznaczna. Od czasów wejścia w życie w 1995 r. pierwszej ustawy mającej na celu kompleksowe przeciwdziałanie uzależnieniom tytoniowym,⁹⁵ państwo polskie wprowadzało coraz bardziej restrykcyjne rozwiązania, zakazując stopniowo stosowania określonych oznaczeń na opakowaniach wyrobów tytoniowych (np. light), zwiększając rozmiar ostrzeżeń zdrowotnych na takich opakowaniach, wprowadzając zakaz reklamy wyrobów tytoniowych oraz poszerzając listę miejsc objętych zakazem palenia. Po części zmiany te wynikały z konieczności dostosowania prawa krajowego do wymogów wspólnotowych, a po części z konieczności dokonania transpozycji postanowień FCTC do polskiego porządku prawnego. W tym kontekście wprowadzenie obowiązku stosowania jednolitych opakowań byłoby kolejnym logicznym krokiem wpisującym się w dotychczasowe tendencje regulacyjne.

Z drugiej strony, część badaczy kwestionuje skuteczność tego rozwiązania regulacyjnego, wskazując, że opakowanie nie ma zasadniczego wpływu na zachowanie młodych konsumentów (a tym bardziej starszych użytkowników). Czynnikiem, które odgrywają rolę, są natomiast ceny produktów oraz środowisko rodzinne i społeczne danej osoby.⁹⁶

Pomimo istnienia sprzecznych (lub co najmniej niejednoznacznych) dowodów naukowych w zakresie skuteczności analizowanego rozwiązania, wydaje się, że przepisy te przeszłyby test przydatności. TK zasadniczo pozostawia ustawodawcy znaczny margines swobody w ocenie i doborze środków regulacyjnych mających na celu realizację określonego celu (tu ochronę zdrowia i życia ludzi, w tym przede wszystkim osób młodych). Warto w tym miejscu ponownie przywołać przytoczoną powyżej opinię TK (P 61/08), w której stwierdził, że warunkowi przydatności „nie spełniają tylko takie przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami”. Nie wydaje się, by jakkolwiek z tych sytuacji miała tu miejsce, szczególnie, że część badań rzeczywiście potwierdza skuteczność wymogu jednolitych opakowań.

Stosując powyżej określone kryteria do oceny niezbędności wymogu, należy stwierdzić, że realizuje on jedną z wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości, jaką jest ochrona zdrowia (w tym kontekście można się odwołać

⁹⁵ Ustawa z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych, Dz. U. z 1996, Nr 10, poz. 55.

⁹⁶ J. Heckman, *Report of James J. Heckman, UK Plain Packaging Consultation*, sierpień 2012, s. 4. Zgodnie z badaniami opinii społecznej przeprowadzonymi w 2012 r. przez Eurobarometer jedynie 1% młodych ludzi stwierdziło, że wygląd paczki odgrywał jakąkolwiek rolę w rozpoczęciu przez nich palenia (TNS Opinion & Social, Special Eurobarometer 385, *Attitudes of Europeans towards Tobacco* (May 2012), s. 70, dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_385_en.pdf).

do badań naukowych przytoczonych powyżej). Problematiczna natomiast jest kwestia ustalenia istnienia mniej restrykcyjnych środków (tj. mniej ingerujących w inne prawa i wolności konstytucyjne), które osiągnęłyby zakładany cel. Zdaniem przedsiębiorstw tytoniowych, powołujących się na różne badania naukowe, takimi środkami mogłyby być między innymi ulepszone programy prewencyjne, wprowadzanie cen minimalnych na produkty tytoniowe, poprawa skuteczności egzekwowania prawa w zakresie zakazu sprzedaży produktów tytoniowych nieletnim.⁹⁷ Z drugiej strony zwolennicy nakazu stosowania jednolitych opakowań wskazują (również powołując się na badania naukowe), że środki te mają charakter komplementarny i wzajemnie się uzupełniają. W konsekwencji nakaz stosowania jednolitych opakowań powinien być postrzegany jako część większego programu regulacyjnego.⁹⁸ Rozstrzygnięcie tego problemu wymagałoby zapewne przeprowadzenia bardziej szczegółowych badań. Tym niemniej, naszym zdaniem, TK również i w tym miejscu pozostawiłby znaczną swobodę regulacyjną ustawodawcy w zakresie oceny istniejących dowodów potwierdzających brak istnienia realnych alternatyw.

Ocena proporcjonalności *sensu stricto* została przedstawiona poniżej (zob. punkty 5–6 niniejszego artykułu).

5. Obowiązek stosowania jednolitych opakowań: ocena konstytucyjności ograniczeń wolności działalności gospodarczej

Art. 22 Konstytucji stanowił wielokrotnie przedmiot rozważań w orzecznictwie konstytucyjnym.⁹⁹ Za ugruntowany uważamy pogląd, że beneficjentem konstytucyjnej ochrony są „osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi”¹⁰⁰ (w tym i osoby prawne). Przynależna im wolność działalności gospodarczej obejmuje w szcze-

⁹⁷ Por. np. British American Tobacco New Zealand, *Proposal to Introduce Plain Packaging of Tobacco Products in New Zealand*, Submission of BAT (New Zealand) Limited, 5 października 2012 (dostępny na stronie [http://www.batnz.com/group/sites/bat_5lpj9k.nsf/vwPagesWebLive/DO8TX6FE/\\$FILE/medMD8ZBUJZ.pdf?openelement](http://www.batnz.com/group/sites/bat_5lpj9k.nsf/vwPagesWebLive/DO8TX6FE/$FILE/medMD8ZBUJZ.pdf?openelement)).

⁹⁸ T. Voon, A. Mitchell, *Face Off: Assessing WTO Challenges to Australia's Scheme for Plain Tobacco Packaging*, 22 Public Law Review 218 (2011) i wskazana tam literatura.

⁹⁹ Zob. m.in. cyt. wyrok o sygn. Kp 1/09 oraz wyrok pełnego składu z 18 lipca 2012 r., sygn. K 14/12, OTK ZU nr 7/A/2012, poz. 82.

¹⁰⁰ Np. wyroki z 7 maja 2001 r., sygn. K 19/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 82 oraz z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33.

gólności możliwość: a) wyboru przedmiotu i form działalności gospodarczej;¹⁰¹ b) prowadzenia i wykonywania tej działalności w sposób niezakłócony nadmiernymi i nieznajdującymi uzasadnienia w ważnym interesie publicznym działaniami organów władzy publicznej;¹⁰² c) wyboru momentu zakończenia tejże działalności.¹⁰³ W wyroku o sygn. K 46/07, orzekając o niekonstytucyjności zasad tworzenia i działania wielkopowierzchniowych obiektów handlowych, Trybunał stwierdził jednak, że „omawiana wolność (...) może i musi podlegać różnego rodzaju ograniczeniom, co wynika choćby z zaakcentowania w art. 20 ‘społecznego’ charakteru gospodarki rynkowej. Ograniczenia te (...) mogą być większe niż w odniesieniu do praw lub wolności o charakterze osobistym bądź politycznym. W interesie państwa leży bowiem tworzenie ram prawnych obrotu gospodarczego, pozwalających zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, o ile skutki te ujawniają się w sferze nieobojętnej dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości.”¹⁰⁴ Punktem wyjścia oceny ograniczeń wolności działalności gospodarczej powinien być zarówno wymóg realizacji przez nie „ważnego interesu publicznego”, o którym mowa w art. 22 Konstytucji, jak i przesłanki wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji.¹⁰⁵

Z perspektywy celu niniejszego artykułu najistotniejsza jest jednak sprawa o sygn. K 2/02,¹⁰⁶ w której kontroli konstytucyjności poddano przepisy wprowadzające ograniczenia w zakresie reklamy alkoholu oraz posługiwania się wizerunkiem reklamowym przypadkowo zbieżnym z wizerunkiem reklamowym właściwym dla wyrobów lub producentów alkoholu. W naszej ocenie analiza konstytucyjności przepisów nakazujących stosowanie jednolitych opakowań wymaga uwzględnienia następujących poglądów Trybunału:

Po pierwsze, każda, bezpośrednia lub pośrednia, realna lub nawet hipotetyczna (potencjalna) w skutkach, regulacja reklamy (w tym i prezentacji wyrobu), jak również regulacja sprzedaży może zostać uznana za ograniczenie konstytucyjnej wolności gospodarczej.¹⁰⁷

¹⁰¹ Np. wyrok TK z 21 kwietnia 2004 r., sygn. K 33/03, OTK ZU nr 4/A/2004, poz. 31.

¹⁰² Np. wyroki TK z 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 56 oraz z 10 października 2001 r., sygn. K 28/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 212.

¹⁰³ Np. wyrok TK z 26 marca 2007 r., sygn. K 29/06, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 30.

¹⁰⁴ Wyrok TK z 8 lipca 2008 r., sygn. K 46/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 104 i powołane tam orzecznictwo.

¹⁰⁵ Cyt. wyrok TK o sygn. K 46/07.

¹⁰⁶ Wyrok TK z 28 stycznia 2003 r., sygn. K 2/02, OTK ZU nr 1/A/2003, poz. 4.

¹⁰⁷ TK recypował w istocie formułę *Dassonville*, *Keck* oraz *Ker-Optika* na polski

Po drugie, ocena konstytucyjności przepisów wprowadzających ograniczenia reklamy lub sprzedaży wymaga w szczególności odniesienia się do problematyki neutralnego charakteru ograniczeń (tj. czy zostały one sformułowane przez prawodawcę bez jakiegokolwiek rozróżnienia na producentów zagranicznych i krajowych)¹⁰⁸ oraz uwzględnienia krajowego kontekstu społeczno-gospodarczego ograniczeń.¹⁰⁹

Po trzecie, ograniczenia reklamy lub sprzedaży alkoholu albo produktów wpływających w zbliżony sposób na zdrowie jednostki są podyktowane adreśowanym do prawodawcy konstytucyjnym nakazem ochrony zdrowia, którego podstawę stanowi art. 68 ust. 1 Konstytucji oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji. Powołanie się przez prawodawcę i uzasadnienie ograniczeń ochroną zdrowia jest równoważne z ochroną „ważnego interesu publicznego”, o którym mowa w art. 22 Konstytucji.

W wyroku o sygn. K 2/02 zwrócono ponadto uwagę na znaczenie czynnika czasu dla oceny konstytucyjności przepisów wprowadzających ograniczenia reklamy lub sprzedaży. Z uwagi na konieczność ochrony praw nabytych, prawodawca powinien, jeżeli jest to konstytucyjnie uzasadnione, rozróżnić zastosowanie ograniczeń do zdarzeń przyszłych oraz „sytuacji w toku” oraz rozważyć stratyfikację ograniczeń w czasie. Służyć temu może właściwa regulacja intertemporalna pozwalająca w szczególności na stopniowe, rozłożone w czasie, wprowadzanie coraz dalej idących przedmiotowo lub podmiotowo ograniczeń.

W naszej ocenie powyższe ustalenia wymagają też odpowiedniego uwzględnienia stanowiska TK sformułowanego w wyroku o sygn. P 26/09,¹¹⁰ w którym orzeczono o konstytucyjności przepisów przewidujących sankcję administracyjną w postaci obligatoryjnego cofnięcia przez organ administracji zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych w sytuacji, gdy w punkcie prowadzonym przez przedsiębiorcę doszło do jednostkowego podania lub sprzedaży alkoholu osobie nieletniej przez podwładnego mu pracownika. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że „zapewnienie prawidłowego rozwoju

grunt konstytucyjny jeszcze przed przystąpieniem Polski do UE.

¹⁰⁸ TK podkreślił, że „specyfika zakazów reklamy polega na tym, że są to ograniczenia z natury rzeczy silniej faktycznie godzące w producentów zagranicznych. Ci ostatni bowiem dopiero mają zaistnieć na rynku, czemu służyć ma reklama i promocja; natomiast firmy rodzime (przynajmniej już istniejące) są już na rynku znane”.

¹⁰⁹ TK, przywołując przykłady z orzecznictwa TS UE, stwierdził, że dotkliwy społeczny problem alkoholizmu w danym społeczeństwie może uzasadniać nawet „drastyczne” ograniczenia w zakresie reklamy alkoholu. Kwestia zachowania przez prawodawcę właściwej relacji między społeczno-gospodarczą sytuacją a wprowadzanym ograniczeniem i uzasadnieniem go stanowić powinna przedmiot każdorazowej oceny Trybunału.

¹¹⁰ Wyrok z 5 kwietnia 2011 r., sygn. P 26/09, OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 18.

dzieci i młodzieży oraz ochrona przed demoralizacją wynikającą ze spożywania przez nie alkoholu jest „ważnym interesem publicznym”, o którym mowa w art. 22 Konstytucji. (...) Dążenie ustawodawcy do tego, by reglamentować sprzedaż alkoholu, a w przypadku nieletnich nie tyle ograniczyć, ile eliminować jego spożywanie, jest uzasadnione. Pełna swoboda działalności gospodarczej w tej dziedzinie mogłaby zagrażać nie tylko bezpieczeństwu państwa i obywateli, ale także porządkowi publicznemu. Na wykładnię art. 22 Konstytucji niewątpliwie wpływ ma brzmienie art. 72 ust. 1 Konstytucji, z którego wynika obowiązek państwa ochrony dziecka (w ujęciu konstytucyjnym pojęcie dziecko oznacza osobę poniżej 18 lat) i jego praw nie tylko przed demoralizacją, ale też przed przemocą, okrucieństwem i wyzyskiem wynikającym m.in. z nadużywania alkoholu przez nie samo i przez bliskie mu osoby.”¹¹¹

W wyroku o sygn. P 26/09 sformułowano ponadto ważną wypowiedź preferencyjną, która – w naszej ocenie – może znaleźć odpowiednie zastosowanie do analizy każdej regulacji ograniczającej wolność działalności gospodarczej w zakresie reklamy lub sprzedaży nieletnim i młodzieży używek o negatywnym wpływie na ich zdrowie (jak również przepisów, które pośrednio ograniczają konsumpcję u takich osób). TK stwierdził bowiem, że „waga interesu publicznego w przypadku nieletnich wynika z faktu negatywnego wpływu spożycia nawet niewielkich ilości alkoholu na ich rozwój fizyczny, psychiczny i intelektualny (...) Negatywne skutki społeczne takich postaw dzieci i młodzieży stanowią zagrożenie dla zdrowia publicznego i mają wpływ na wzrost przestępczości i innych zjawisk patologicznych u małoletnich, także po osiągnięciu przez nich pełnoletności. Zjawiska te obejmują nie tylko dysfunkcje zdrowotne i moralne, ale także społeczne w postaci ubóstwa, obniżenia szans życiowych osób pijących i ich rodzin, a także obniżenia poziomu bezpieczeństwa społeczeństwa.”¹¹²

Odnosząc powyższe ustalenia do oceny nakazu stosowania jednolitych opakowań (o ile taki zostanie w ogóle wprowadzony), wyrażamy pogląd, że rozwiązanie takie, przy spełnieniu warunków określonych poniżej, nie będzie naruszało art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przemawiają za tym następujące argumenty:

Po pierwsze, nakaz taki znajduje uzasadnienie w pozytywnych obowiązkach konstytucyjnych prawodawcy w zakresie ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 Konstytucji) oraz ochrony nieletnich i młodzieży (art. 72 ust. 1 Konstytucji). W szczególności za uzasadniony w świetle szczególnej konstytucyjnej ochrony dzieci i młodzieży przed niekorzystnymi dla zdrowia i uzależniającymi skutkami stosowania używek można uznać obowiązek stosowania jednolitych opakowań.

¹¹¹ Ibidem, punkt 4.3. części III wyroku.

¹¹² Ibidem, punkt 4.3. części III wyroku, *in fine*.

Jak sugerują badania, o których wspomniano powyżej, opakowanie produktu tytoniowego stanowi ważny element promocyjny, szczególnie istotny w kontekście osób małoletnich oraz młodych, eksperymentujących dopiero z paleniem papierosów.

Po drugie, polski ustawodawca, decydując się na wprowadzenie tego typu ograniczeń, powinien przewidzieć odpowiedni okres przejściowy. Wprowadzenie takiego okresu (np. w formie odpowiednio długiego *vacatio legis* albo adekwatnych przepisów intertemporalnych) pozwalałoby chronić interesy w toku przedsiębiorstw tytoniowych (oraz innych podmiotów, takich jak producenci opakowań itp.). Oczywiście dyskusyjny pozostaje okres, który mógłby być uznany za odpowiedni.

Po trzecie, ewentualny nakaz powinien uwzględniać kontekst społeczno-gospodarczy. Konieczne jest zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie o efektywność i skuteczność obowiązujących już ograniczeń w sprzedaży i użyciu wyrobów tytoniowych oraz ich znaczenie dla kształtu i rozwoju rynku właściwego. Przykładowo, utrzymujące się od wielu lat – pomimo ograniczeń reklamy, zakazu sprzedaży i użycia w miejscach publicznych – na wysokim poziomie spożycie wyrobów tytoniowych wśród osób niepełnoletnich i młodych, może w polskich warunkach uzasadniać podjęcie dalej idących ograniczeń, takich jak obowiązek stosowania jednolitych opakowań.

Po czwarte, przedmiotowe propozycje prawodawcze muszą mieć charakter neutralny w rozumieniu przyjętym w wyroku o sygn. K 2/02 (tzn. dotyczą w takim samym stopniu wyrobów krajowych, jak i importowanych). Ze względu na wiążące Polskę zobowiązania unijne oraz międzynarodowe (w tym przede wszystkim prawo WTO) zakazujące dyskryminacji pomiędzy towarami zagranicznymi i krajowymi można jednak oczekiwać, że ewentualny nakaz nie będzie różnicował wyrobów ze względu na ich pochodzenie.

Na marginesie wypada tylko przypomnieć, że wprowadzając nakaz stosowania jednolitych opakowań, ustawodawca powinien uczynić to w sposób precyzyjny i komunikatywny, nie pozostawiając wątpliwości interpretacyjnych, których nie sposób usunąć przez zastosowanie powszechnie akceptowanych dyrektyw wykładni.¹¹³ Sam nakaz, podobnie jak związane z nim prawa i obowiązki przedsiębiorców tytoniowych, powinny zostać uregulowane w ustawie, a ewentualne uprawnienie organów do wydawania aktów wykonawczych, celem dostosowywania przedmiotowo istotnego zakazu do zmieniających się warunków społecznych i gospodarczych z uwzględnieniem postępu naukowego oraz treści norm prawa międzynarodowego, nie powinno zawierać dalszych, dynamicznych

¹¹³ Zob. szerzej test określoności prawa: wyrok TK z 19 maja 2011 r., sygn. K 20/09, OTK ZU nr 4/A/2011, poz. 35.

odesłań. Z perspektywy konstytucyjnej istotne jest, aby ewentualna regulacja ustawowa i podstawowa tworzyły stabilną podstawę do podejmowania przez przedsiębiorstwa tytoniowe przyszłych decyzji o produkcji i wprowadzaniu do obrotu wyrobów tytoniowych lub innych wyrobów, a tym samym podstawę do prowadzenia stabilnej działalności gospodarczej.

6. Obowiązek stosowania jednolitych opakowań: problematyka ograniczenia praw majątkowych i wywłaszczenia z praw ze znaku towarowego

Kolejny problem konstytucyjny dotyczy możliwości zakwalifikowania obowiązku stosowania jednolitych opakowań jako wywłaszczenia w rozumieniu art. 21 ust. 2 Konstytucji. Analiza orzecznictwa zagranicznych sądów konstytucyjnych oraz postępowań przed międzynarodowymi trybunałami¹¹⁴ wskazuje bowiem, że zarzut taki podnoszony jest przez uprawnionych z rejestracji znaku towarowego.

W tym kontekście pierwszą kwestią, z którą będzie musiał się zmierzyć TK, jest określenie natury praw wynikających ze znaku towarowego. Zagadnienie to nie było dotychczas przedmiotem zainteresowania orzecznictwa konstytucyjnego.¹¹⁵ Prawo ze znaku towarowego można bowiem ujmować jako prawo o charakterze wyłącznie negatywnym, tzn. dającym jedynie uprawnienie do powstrzymania innych od używania zarejestrowanego znaku towarowego lub też jako prawo zawierające również aspekt pozytywny, tj. uprawnienie do używania przez daną osobę znaku towarowego. Jeżeli prawo ze znaku towarowego ma tylko aspekt negatywny, to wprowadzenia wymogu jednolitych opakowań nie można uznać za jakiegokolwiek ograniczenie praw, bo osoby trzecie nie uzyskują możliwości używania takiego znaku. W konsekwencji, o odjęciu praw można więc mówić jedynie w sytuacji uznania istnienia pozytywnego aspektu prawa. Kwestia ta jest różnie regulowana w poszczególnych krajach (a niektóre systemy w ogóle nie rozstrzygają tego problemu). Umowy międzynarodowe, których stroną jest Polska, również nie regulują tej kwestii jednoznacznie (w kontekście ochrony znaku towarowego najważniejsze będzie Porozumienie w sprawie handlowych

¹¹⁴ Np. wspomniany już wcześniej wyrok australijskiego Sądu Najwyższego w sprawie *JT Intl. and BAT Australiasia Ltd. v. Australia*; spór w WTO pomiędzy Ukrainą a Australią (por. przypis nr 40) oraz spór inwestycyjny pomiędzy Philip Morris Asia Limited a Australią.

¹¹⁵ Zob. jednak ustalenia polskiej doktryny prawa: R. Skubisz, M. Trzebiatowski, *Prawo ochronne na znak towarowy*, w: *System prawa prywatnego, Tom 14b. Prawo własności przemysłowej*, red. R. Skubisz, Warszawa 2012, s. 780–806 i powołana tam literatura.

aspektów praw własności intelektualnej oraz Konwencja Paryska).¹¹⁶ Ze względu na złożoność zagadnienia oraz ograniczenia wielkościowe niniejszego tekstu dla potrzeb dalszej dyskusji przyjmujemy jednak, bez przeprowadzania pogłębionej analizy, że w prawie polskim istnieje pozytywny aspekt praw do znaku towarowego.¹¹⁷ Podejście to wydaje się być również uzasadnione w świetle przytoczonego powyżej orzeczenia TK o sygn. K 2/02, w którym w sposób dorozumiany uznano istnienie prawa do używania znaku.

Art. 21 ust. 2 Konstytucji stanowił wielokrotnie przedmiot rozważań w orzecznictwie konstytucyjnym¹¹⁸, niemniej jednak TK jak dotąd nie wypowiedział się w sposób pełny, czy i w jakich okolicznościach odjęcie praw wynikających z rejestracji znaku towarowego stanowi wyłączenie, którego konstytucyjną dopuszczalność ogranicza cel publiczny oraz wymóg słusznego odszkodowania. Przepis ten może być samodzielnym i odrębnym względem art. 64 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji wzorcem kontroli konstytucyjności.¹¹⁹ Zagadnienie wydaje się tym bardziej interesujące, że w orzecznictwie konstytucyjnym różnie definiowany jest zakres normowania art. 21 ust. 2 Konstytucji. W zależności od przywołanej linii orzeczniczej przepis ten może zostać uznany za adekwatny wzorzec oceny przepisów o jednolitych opakowaniach lub za wzorzec nieadekwatny, co przenosi ciężar analizy na art. 64 ust. 1 Konstytucji.

Na przeszkodzie kwalifikacji jako wyłączenia ustawowego nakazu stosowania jednolitych opakowań wyrobów tytoniowych stoją wyroki o sygn. K 61/07 oraz o sygn. P 25/02.¹²⁰ W szczególności w drugim z nich TK orzekł o nieadekwatności art. 21 ust. 2 Konstytucji jako wzorca kontroli przepisów wprowadzających przymusowy wykup akcji i nadał wyłączeniu indywidu-

¹¹⁶ Interesującą dyskusję na temat pozytywnego i negatywnego aspektu praw do znaku towarowego w kontekście obu umów międzynarodowych można znaleźć w S. Frankel, D. Gervais, *Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement*, Vanderbilt Journal of Transnational Law (2013, forthcoming); M. Davison, *The Legitimacy of Plain Packaging under International Intellectual Property Law: Why There is no Right to Use a Trademark under either the Paris Convention or the TRIPS Agreement*, w: A. Mitchell, T. Voon, J. Liberman (red.), *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues*, Edward Elgar Publishing 2012.

¹¹⁷ Zob. R. Skubisz, M. Trzebiatowski, *Prawo ochronne...*, s. 781 i nast.

¹¹⁸ Zob. obszerne omówienie i krytyczną analizę – K. Zaradkiewicz, *Instytucjonalizacja wolności majątkowej. Koncepcja prawa podstawowego własności i jej urzeczywistnienie w prawie prywatnym*, Warszawa 2013, s. 190–339 oraz 433–549.

¹¹⁹ W tym kontekście należy podkreślić, że o ile naruszenie art. 21 ust. 2 Konstytucji pociąga za sobą naruszenie konstytucyjnej gwarancji własności, o tyle podobne sprzężenie nie zawsze zachodzi w przeciwnym kierunku.

¹²⁰ Wyrok z 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 65; zob. też wyrok TK z 9 grudnia 2008 r., sygn. K 61/07, OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 174.

alny charakter, wskazując, że generalne i abstrakcyjne odjęcie własności lub innych praw majątkowych nie stanowi wywłaszczenia, ale ingerencję w prawo własności ze skutkiem podobnym do wywłaszczenia lub też niedopuszczalną konstytucyjnie nacjonalizację. Poprawnym w takim wypadku wzorcem kontroli konstytucyjności jest art. 64 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.¹²¹

Kolejna trudność w kwalifikacji przepisów o jednolitych opakowaniach jako wywłaszczenia wiąże się z obecnym w orzecznictwie Trybunału poglądem, że istotą wywłaszczenia jest nie tylko odjęcie i przejście praw na inną osobę, ale i wpisany w to cel publiczny. W wyroku o sygn. P 16/08 przyjęto, że wywłaszczenie polega na odjęciu własności podmiotu prawa prywatnego tylko na rzecz Skarbu Państwa lub innego podmiotu prawa publicznego.¹²² Nie jest zatem wywłaszczeniem w konstytucyjnym rozumieniu przewidziane prawem przejście własności lub jej ograniczenie wbrew woli uprawnionego podmiotu prawa prywatnego na inny podmiot prawa prywatnego.¹²³ W piśmiennictwie podkreśla się, że „cecha publiczności” musi być związana nie tylko z materialną charakterystyką celu wywłaszczenia, ale i z podmiotową charakterystyką osoby, na rzecz której to wywłaszczenie jest dokonywane.”¹²⁴

W świetle poglądów wyrażonych w wyrokach o sygn. P 25/02, sygn. K 61/07 oraz sygn. P 16/08 wprowadzenia bezwzględnego nakazu stosowania jednolitych opakowań wyrobów tytoniowych nie można byłoby zakwalifikować jako wywłaszczenia, aby bowiem do niego doszło, musi być ono dokonane mocą wydanego na podstawie ustawy aktu o charakterze indywidualnym (np. decyzją

¹²¹ TK stwierdził wówczas, że „rozszerzanie zakresu pojęcia wywłaszczenia na każdą formę pozbawienia własności, bez względu na formę, budzi poważne wątpliwości. (...) gdyby wywłaszczenie rozumieć szeroko – jako wszelkie pozbawienie własności bez względu na formę – to wówczas zaciera się różnica między wywłaszczeniem a niedozwoloną przez Konstytucję nacjonalizacją. Zaciera się również granica między wywłaszczeniem a ograniczeniami ustalającymi treść i zakres ochrony prawa własności. (...) w przypadku wywłaszczenia – dotyczy to ograniczenia lub odjęcia w całości na cele publiczne konkretnej nieruchomości na rzecz konkretnego podmiotu (Skarbu Państwa lub konkretnej gminy), dokonywane w drodze decyzji administracyjnej” (zob. też np. wyrok TK z 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU nr 3/2000, poz. 87).

¹²² Zob. np. wyrok z 17 grudnia 2008 r., sygn. P 16/08, OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 181 oraz wyrok TK z 29 maja 2001 r., sygn. K 5/01, OTK ZU nr 4/2001, poz. 87.

¹²³ W orzecznictwie konstytucyjnym za ugruntowany można uznać pogląd, że przekształceń uprawnień do lokali spółdzielczych nie należy ujmować w kategorii wywłaszczenia, o którym mowa w art. 21 ust. 2 Konstytucji (por. wyrok TK z 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 65; z 21 grudnia 2005 r., sygn. SK 10/05, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 139, z 11 września 2006 r., sygn. P 14/06, OTK ZU nr 8/A/2006, poz. 102).

¹²⁴ Np. L. Garlicki, uwaga 18 do art. 21, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 15.

administracyjną), a następcą prawnym wywłaszczonego musi stać się Skarb Państwa albo inny podmiot prawa publicznego.¹²⁵ Co prawda, dyrektywa nie stawia tu żadnych szczególnych wymagań, ale można założyć, że ewentualna ustawa przyjmie rozwiązania zbieżne z australijskim prawem. W konsekwencji nakaz taki nie będzie wiązał się z formalnym unieważnieniem rejestracji, a jedynie będzie polegał na niemożliwości używania znaków towarowych na opakowaniach wyrobów tytoniowych.

Należy jednak zauważyć, że nie jest to jedyna możliwa interpretacja art. 21 ust. 2 Konstytucji. Po pierwsze, w orzecznictwie konstytucyjnym przyjmuje się, że autonomiczne rozumienie wywłaszczenia obejmuje nie tylko odjęcie praw w sposób indywidualny i konkretny (np. wywłaszczenie w drodze decyzji administracyjnej), ale również generalny i abstrakcyjny (np. wywłaszczenie *ex lege*).¹²⁶ Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie orzekał wszakże o zgodności przepisów wprowadzających wywłaszczenie z mocy prawa pod budowę dróg publicznych z art. 21 ust. 2 Konstytucji.¹²⁷ Po drugie, konstytucyjny wymóg istnienia celu publicznego jest warunkiem dopuszczalności wywłaszczenia, a nie zaś jego cechą konstytutywną. Podstawowe znaczenie ma już samo odjęcie własności.¹²⁸ Po trzecie, możliwa jest taka kumulacja ograniczeń prawa własności (np. przez nałożenie publicznoprawnych obciążeń własności ponad pożytki przynoszone przez jej przedmiot), iż prowadzić będzie ona do pośredniego (ukrytego) wywłaszczenia.¹²⁹

Uwzględniając specyfikę odjęcia praw wynikających z rejestracji znaku towarowego, można argumentować, że nakaz stosowania jednolitych opakowań wyrobów tytoniowych narusza istotę (rdzeń) konstytucyjnie chronionego prawa majątkowego i w ten sposób stanowi przejaw wywłaszczenia w rozumieniu art. 21 ust. 2 Konstytucji. Wówczas jednak konieczne jest odwołanie się do

¹²⁵ Podobne stanowisko przyjął australijski sąd konstytucyjny (porównaj przypis nr 6).

¹²⁶ Zob. np. wyrok TK z 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU nr 3/2000, poz. 87.

¹²⁷ Zob. np. wyroki: z 14 marca 2000 r., sygn. P 5/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 60; z 28 lutego 2008 r., sygn. K 43/07, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 8; z 19 maja 2009 r., sygn. K 47/07, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 68; cyt. wyrok TK o sygn. K 20/09.

¹²⁸ Zob. na przykładzie obszernych wywodów o celu wywłaszczenia w wyroku TK z 13 grudnia 2012 r., sygn. P 12/11, OTK ZU nr 11/A/2012, poz. 135.

¹²⁹ Zob. np. wyroki TK z 8 października 2007 r., sygn. K 20/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 102 oraz z 16 października 2007 r., sygn. K 28/06, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 104; zob. też stan prawny i faktyczny leżący u podstaw wyroku o sygn. K 8/08, w którym Trybunał Konstytucyjny z uwagi na ramy zaskarżenia nie rozpoznał jednak, czy wprowadzone przez prawodawcę ograniczenia stanowią w istocie ukrytą formę wywłaszczenia (wyrok TK z 18 marca 2010 r., sygn. K 8/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 23).

wypracowanej w orzecznictwie konstytucyjnym koncepcji istoty (rdzenia) prawa podmiotowego, co w wypadku prawa własności oznaczałoby dowiedzenie, że prawodawca ograniczeniami doprowadził do „wynaturzenia prawa własności” (uprawnionego z tytułu znaku towarowego) czy nałożenia na właściciela ciężaru nie do zniesienia.¹³⁰

W tym zaś kontekście podstawowe znaczenie mają ustalenia, jakich dokonano w przywoływanym już wyroku o sygn. K 2/02. Wychodząc z założenia, że „wywłaszczenie” ma status autonomicznego pojęcia konstytucyjnego, któremu w orzecznictwie nadano szerokie rozumienie obejmujące nie tylko odjęcie własności *sensu stricto* ale i odjęcie innych praw majątkowych,¹³¹ tak osób fizycznych, jak i innych osób prawa prywatnego, Trybunał przyjął, iż możliwy jest „zarzut wywłaszczenia praw wynikających ze znaku towarowego i możliwa ocena konstytucyjności tego zabiegu. Aby jednak mówić o wywłaszczeniu praw wynikających ze znaku towarowego, trzeba mieć do czynienia z zakazem bezwzględny”.¹³² Jednakże ocena takiego zarzutu wymaga każdorazowo uwzględnienia specyfiki znaku towarowego oraz kontekstów normatywnego i społecznego, w jakich on funkcjonuje. Trybunał stwierdził, że aby można było mówić o wywłaszczeniu w sensie konstytucyjnym, konieczne jest w szczególności takie ograniczenie praw, które pozbawia znak towarowy jego odróżniającej i ochronnej funkcji. Nie każde zatem ograniczenie możliwości posługiwania się znakiem towarowym (np. przy reklamie alkoholu lub wyrobów tytoniowych) można zakwalifikować jako wywłaszczenie z praw. Zakaz reklamy alkoholu lub wyrobów tytoniowych i związane z tym ograniczenia w posługiwaniu się znakiem towarowym nie prowadzą *per se* do wywłaszczenia. Oceniając zarzut wywłaszczenia praw ze znaku towarowego należy odpowiedzieć na pytanie, czy wprowadzone ograniczenia pozostawiają uprawnionemu ze znaku towarowego możliwość rozporządzania swoim prawem oraz domagania się jego ochrony. W szczególności istotne jest, czy uprawniony może efektywnie posługiwać się znakiem towarowym poza zakresem normowania regulacji poddanej kontroli konstytucyjności (np. w Internecie, korespondencji, kontaktach między profesjonalistami).¹³³

¹³⁰ Cyt. wyroki o sygn. P 11/98, SK 9/98.

¹³¹ Zob. np. cyt. wyrok TK o sygn.. P 5/99; wyrok z 3 kwietnia 2008 r., sygn. K 6/05, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 41.

¹³² Cyt. wyrok o sygn. K 2/02.

¹³³ W wyroku o sygn. K 2/02 Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że podnoszący zarzut wywłaszczenia zobowiązany jest przeprowadzić oddzielny dowód na okoliczność, w jaki sposób i jak daleko znak towarowy chroni „prawo do reklamowania się”.

Z perspektywy zarzutu naruszenia konstytucyjnej ochrony praw majątkowych kluczowe jest, w jakim zakresie proponowane rozwiązanie wyłącza rzeczywiste i efektywne, w sensie ekonomicznym, używanie znaku w charakterze znaku towarowego na opakowaniach towarów, a także przy oferowaniu i wprowadzaniu tych towarów do obrotu, z czym może wiązać się zerwanie trwałego związku między znakiem a towarem, a w konsekwencji z utratą przez znak funkcji odróżniającej. Jeżeli wprowadzenie jednolitych opakowań oznaczać miałyby także wyłączenie użycia znaku w charakterze znaku towarowego przy imporcie lub eksporcie oraz składowaniu towaru w celu oferowania i wprowadzenia do obrotu, a także oferowaniu lub świadczeniu usług pod tym znakiem, zarzut nieproporcjonalnego ograniczenia praw majątkowych należałoby uznać za uzasadniony (art. 64 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji). Wymienione powyżej formy użycia zalicza się wszakże do najistotniejszych z punktu widzenia funkcji odróżniającej.¹³⁴ Wykazanie natomiast zasadności zarzutu wywłaszczenia praw wynikających ze znaku towarowego w związku z nakazem stosowania jednolitych opakowań, wymagałoby szczegółowej oceny całej regulacji oraz spełnienia kryteriów wskazanych w wyroku o sygn. K 2/02.

Zważywszy wynik testu przydatności i wzgląd na konieczność ochrony zdrowia (zob. wyżej uwagi w punkcie 4), przy ocenie proporcjonalności *sensu stricte*, dla TK decydujące może być objęcie proponowaną regulacją również form użycia w charakterze znaku towarowego oraz wprowadzenie ewentualnych ograniczeń w rozporządzaniu nim. Uwzględniając wypracowane¹³⁵ w piśmiennictwie i orzecznictwie pojęcia „użycia” i „użycia rzeczywistego”,¹³⁶ ocena konstytucyjności (zarówno w zakresie przewidzianym przez art. 21 ust. 2, jak i art. 64 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji) proponowanej regulacji wymagałaby w szczególności odpowiedzi na następujące pytania: Po pierwsze, czy obowiązek stosowania jednolitych opakowań powiązany jest z ograniczeniem lub wyłączeniem używania znaku towarowego w Internecie, jako kanale dystrybucji towarów? Pomimo braku fizycznego i bezpośredniego kontaktu nabywcy z towarem oznaczonym konkretnym znakiem towarowym, zastosowanie znaków towarowych w nazwie domeny internetowej, w tagach lub treści stron WWW, połączone z możliwością nabycia określonych towarów w ramach usług świadczonych drogą elektroniczną, może realizować funkcję odróżniającą znaku.¹³⁷ Po drugie, czy obowiązek stosowania jednolitych

¹³⁴ Zob. R. Skubisz, M. Trzebiatowski, *Prawo ochronne...*, s. 793.

¹³⁵ Dz. U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1117, ze zm.

¹³⁶ Zob. R. Skubisz, M. Trzebiatowski, *Prawo ochronne...*, s. 781–785 i powołana tam literatura.

¹³⁷ Zob. jednak zastrzeżenia R. Skubisz, M. Trzebiatowski, *Prawo ochronne...*,

opakowań powiązany jest z ograniczeniem albo wyłączeniem używania znaku towarowego w dokumentach związanych z towarem, a w szczególności: dziennikach, rachunkach, zawiadomieniach, listach handlowych oraz innych pismach dotyczących wytwarzania lub wprowadzania do obrotu towarów, dla których zarejestrowano tenże znak? Po trzecie, czy obowiązek stosowania jednolitych opakowań powiązany jest z ograniczeniem albo wyłączeniem używania znaku towarowego w zewnętrznej sferze działalności gospodarczej uprawnionego (np. przy publicznym zawieraniu i wykonywaniu umów, używaniu znaku na środkach transportu, urządzeniach stosowanych przez uprawnionego w jego działalności gospodarczej lub na uniformach służbowych pracowników zatrudnianych przez uprawnionego)? Po czwarte, czy obowiązek stosowania jednolitych opakowań skutkuje również ograniczeniem uprawnionego w wykorzystaniu znaku towarowego w ramach innych dóbr niematerialnych (np. ograniczeniem w umieszczeniu fragmentów lub całości znaku słownego, słowno-graficznego lub graficznego we wzorze przemysłowym?). Dla kwalifikacji konstytucyjnej znaczące może być bowiem rozstrzygnięcie, czy ograniczając użycie znaku towarowego, prawodawca ogranicza jednocześnie użycie charakterystycznej dla znaku czcionki, linii, kształtu, konturu lub kolorystyki w indywidualnie oznaczonej rzeczy, takiej jak np. witryna internetowa, książka, regał, etui na telefon. Po piąte, czy obowiązek taki będzie łączył się również z zakazem umieszczania informacji handlowych o oferowanych wyrobach zawierających znak towarowy w miejscach sprzedaży?

Wydaje się, że jedynie w wypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytania można mówić o takiej kumulacji ograniczeń, która mogłaby zostać uznana nie tylko za nieproporcjonalne ograniczenie praw majątkowych, ale również za wyłączenie w konstytucyjnym rozumieniu. Dodatkowo należy pamiętać, że obowiązek stosowania jednolitych opakowań uniemożliwia jedynie używanie znaku towarowego na opakowaniach wyrobów w jego aspekcie graficznym, nie ogranicza jednak możliwości wykorzystania znaku w warstwie tekstowej (np. umieszczania słowa „Marlboro” na opakowaniu papierosów). Fakt ten przemawia, nawet w przypadku udzielenia pozytywnych odpowiedzi na niektóre z powyższych pytań, przeciwko uznaniu obowiązku stosowania jednolitych opakowań za wyłączenie w rozumieniu art. 21 ust. 2 Konstytucji lub nadmierne ograniczenie prawa własności (art. 64 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 3 Konstytucji).

7. Konkluzje

Analiza relacji pomiędzy prawem unijnym a polskim prowadzi nas do wniosku, że zakres ewentualnej kontroli postanowień nowej dyrektywy tytoniowej ze strony TK może mieć jedynie bardzo ograniczony charakter. Zakładając, że dyrektywa taka będzie zawierała normy abstrakcyjne, generalne i bezpośrednio skuteczne, określające sytuację jednostki, zaś na podstawie tych norm wydane zostanie ostateczne rozstrzygnięcie o konstytucyjnych prawach i wolnościach, to kontrola Trybunału będzie sprowadzała się wyłącznie do oceny, czy instytucje UE działały przy uchwalaniu dyrektywy w ramach kompetencji konstytucyjnie przekazanych (w przypadku niespełnienia tych warunków kontrola zaś będzie w ogóle niemożliwa). Z podobnym zakresem kontroli będziemy mieli do czynienia w przypadku tych przepisów krajowych, które implementują postanowienia dyrektywy niepozostawiające swobody regulacyjnej państwom członkowskim.

Z drugiej strony, z nieograniczonym zakresem kontroli mamy do czynienia w przypadku postanowień prawa krajowego dotyczących obszarów, w których dyrektywa pozostawia swobodę państwom członkowskim. W tym kontekście dokonaliśmy analizy jednego rozwiązania (tj. obowiązku stosowania jednolitych opakowań). W oparciu o przeprowadzoną analizę doszliśmy do wniosku, że szanse uznania takiego nakazu za niekonstytucyjny, przy spełnieniu określonych wymogów legislacyjnych, są niewielkie.

THE NEW TOBACCO PRODUCTS DIRECTIVE IN THE LIGHT OF POLISH CONSTITUTIONAL LAW

The article assesses the compatibility of the new Tobacco Products Directive (TPD) with the Polish Constitution. It concludes that although the Polish Constitutional Tribunal remains in principle competent to review acts of EU law (including directives if certain conditions are met), the scope of such a review is very limited and consists only of assessing whether EU institutions acted within scope of the competences transferred to them. The same holds true for domestic measures which merely implement directives. As a consequence, any review of the TPD provisions will be very restricted and can hardly lead to their inapplicability on the Polish territory.

The article also assesses the compatibility with the Polish Constitution of the plain packaging requirement, which is not provided for, but only suggested by the TPD. In this context, it concludes that the Tribunal will be fully competent to review any national measure that introduces such a restriction. Although the outcome of such a review cannot be predicted with certainty, the article posits that there are good grounds to believe that the plain packaging requirement will be considered constitutional (i.e. in particular with respect to those provisions of the Constitution which protect property and freedom of economic activity).

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (197) 2014
Warszawa 2014

Aleksandra Gliszczyńska-Grabias ■

DEFICYTY POLSKIEGO USTAWODAWSTWA W ZAKRESIE PRZECIWDZIAŁANIA MOWIE NIENAWIŚCI I PRZESTĘPSTWOM Z NIENAWIŚCI

1. Wprowadzenie

Ustanawianie w krajowych porządkach prawnych przepisów dotyczących mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści w sposób bezpośredni wiąże się z zagadnieniem wrogów tolerancji w demokratycznym państwie i społeczeństwie. Warto zatem rozpocząć od kilku uwag na temat tego, kim są owi „wrogowie tolerancji”? Trzeba bowiem zauważyć, że – zwłaszcza w odniesieniu do mowy nienawiści, a jeśli chodzi o przestępstwa z nienawiści – w odniesieniu do bardziej surowego karania właśnie za ten nienawistny charakter przestępstwa – zagadnienie tolerancji (i nietolerancji) pojawia się dwukrotnie. Po pierwsze, pojawia się w kontekście samej mowy nienawiści i nienawistnej motywacji przy przestępstwach z nienawiści, które postrzegane są jako przejaw nietolerancji, po drugie zaś – w odniesieniu do karania za nie, które przynajmniej dla niektórych może stanowić przejaw nietolerancji. Pytają oni wówczas, dlaczego mamy ograniczać wolność słowa rasisty czy karać surowiej za podpalenie domu właśnie czeczeńskich uchodźców? Czy takie restrykcje prawne nie są same w sobie przejawem nietolerancji?¹. By posłużyć się też innym przykładem: jeśli uznać

¹ Jest to zarazem pytanie o to, czy tolerancja należy się również wrogom tolerancji, które z kolei można uznać za pewną parafrazę podstawowego założenia koncepcji demokracji obronnej (ang. *militant democracy*), zgodnie z którą prawa i zasady demokracji nie mają zastosowania do wrogów demokracji: partie dążące w swoich programach do

wypowiedzi Lecha Wałęsy o miejscu osób homoseksualnych w społeczeństwie za przejaw mowy nienawiści, to można zarzucić mu nietolerancję, ale nietolerancję niektórzy będą zarzucać jego krytykom². Jeszcze inny przykład: czy w słynnej sprawie „duńskich karykatur” nietolerancyjni wobec muzułmańskiej wrażliwości religijnej okazali się wydawcy prasy, w której opublikowano karykaturalne rysunki przedstawiające Mahometa, czy też nietolerancja cechowała raczej zachowanie członków muzułmańskiej mniejszości w wielu państwach Europy, podpalających w proteście przeciwko „znieważeniu Proroka” budynki redakcji prasowych i szturmujących ambasady Danii³?

Z jednej strony zatem staramy się w pewnych przypadkach użyć przepisów prawa dla zwalczania nietolerancji, jednak z drugiej strony – sam fakt takiego karania może być oceniany jako forma nietolerancji. Taki paradoks jest jednak pozorny. Gdy bowiem więcej szkody czy krzywdy (rozumianych bardzo szeroko) wynika z tolerowania pewnych zachowań niż z ich penalizacji, tolerancja dla tych działań przestaje być uzasadniona. Nawiązując do poglądów, które przedstawia Jeremy Waldron, najbardziej dotkliwymi i uzasadniającymi wkroczenie prawa w sferę wolności wypowiedzi skutkami mowy nienawiści są naruszenie dobra publicznego, jakim jest pokojowe, oparte na zasadach równości i wzajemnego poszanowania współistnienie wszystkich w ramach społeczeństwa oraz pogwałcenie godności osób będących adresatami mowy nienawiści – godności, która stanowi podstawę i uzasadnienie pełnoprawnej obecności członków mniejszości w społeczeństwie⁴. Tak definiowane dobro publiczne zasługuje zdaniem autora na silniejszą ochronę niż wolność wyrażania nienawistnych poglądów i opinii. Zgadzając się z Waldronem, należy stwierdzić również, że decyzja o penalizowaniu mowy nienawiści i surowszym karaniu przestępstw z nienawiści wynika z tych samych przesłanek, które stoją u podstaw zasady tolerancji: poszanowania wolności, godności i autonomii jednostki. Jeśli zatem uważamy, że koszty dla dobra publicznego, jakim jest pełnoprawne uczestnictwo wszystkich w życiu społecznym bez dyskryminacji, wynikające z nieskrępowanego szerzenia nienawistnych słów i czynów, są wyższe niż kosz-

obalenia systemu demokratycznego nie mogą zatem, zgodnie z założeniami demokracji obronnej, powoływać się na prawo do wolności zrzeszania się. Na temat współczesnego ujęcia tej koncepcji zob. w szczególności M. Thiel (red.), *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, Farnham, Burlington 2009.

² Lech Wałęsa stwierdził, że homoseksualistów w polskim Sejmie powinno się umieszczać w ostatnich ławach albo nawet „za murem”: <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/816660,Geje-za-murem-Poslowie-nie-potepia-Lecha-Walesy>.

³ A. Sari, *The Danish Cartoons Row: Re-Drawing the Limits of the Right to Freedom of Expression?*, Finnish Yearbook of International Law, Vol. 16, 2006.

⁴ J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press 2012.

ty wynikające z ich penalizowania, to dokonujemy ważenia wartości, w wyniku którego uznajemy, że nietolerancja zawarta w mowie nienawiści i przestępstwach z nienawiści jest czymś społecznie groźniejszym. O tym, że jest tak w istocie, przekonuje nie tylko doświadczenie historyczne (w szczególności czas II wojny światowej i wieloletniej nazistowskiej kampanii antysemickiej nienawiści przed dokonaniem zbrodni Holokaustu), lecz również rezultaty badań prowadzonych m.in. przez Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej: ukazują one, jak dotkliwe konsekwencje ponoszą ci, wobec których w dzisiejszej Europie mowa nienawiści i przestępstwa z nienawiści kierowane są najczęściej: Romowie, imigranci z Afryki, Żydzi, Muzułmanie oraz osoby LGBT (lesbijki, geje, biseksualiści i osoby transpłciowe)⁵. Skala i formy wykluczenia, poniżenia, dyskryminacji i nienawiści, których doświadczają w codziennym życiu, nie pozostawiają wątpliwości co do tego, jak fundamentalne znaczenie ma chronienie członków tych grup mniejszości przed „wrogami tolerancji”.

2. Obszar polskiej legislacji i jego najważniejsze deficyty

W Polsce podstawowe znaczenie w obszarze legislacji dotyczącej karania za przestępstwa z nienawiści i mowę nienawiści zyskują art. 119, 256 i 257 Kodeksu karnego⁶. Na ich podstawie zakazane jest stosowanie przemocy lub groźby

⁵ Zob. m.in. raporty: *EU LGBT survey – European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey* (2013); *Making hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights* (2012). Wszystkie raporty i inne publikacje Agencji Praw Podstawowych UE dostępne są na stronie internetowej: <http://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/publications>.

⁶ Artykuły te stanowią: art. 119 k.k.: „1. Kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczegółnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”; art. 256: „1. Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. 2. Tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechniania produkuje, utrwala lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła druk, nagranie lub inny przedmiot, zawierające treść określoną w § 1 albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej. 3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w § 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej. 4. W razie skazania za przestępstwo określone w § 2 sąd orzeka przepadek przedmiotów, o których mowa w § 2, chociażby nie stanowiły własności sprawcy”; art. 257: „Kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej,

bezprawnej, nawoływanie do nienawiści oraz znieważanie ze względu na narodowość, przynależność etniczną, rasową, wyznanie lub bezwyznaniowość. Ich umieszczenie w kodeksie karnym stanowiło m.in. realizację wymogów stawianych przez Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodową Konwencję w sprawie Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, których Polska jest stroną i które współtworzą traktatowy system ochrony praw człowieka w ramach ONZ⁷. Pomimo tego, iż polskie przepisy zawierają postanowienia, których ustanowienia wymagają wymienione traktaty, ich konstrukcja i zakres budzą szereg wątpliwości. Polska nie przeprowadziła w pełni zmian legislacyjnych, które przewiduje Decyzja Ramowa Rady w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych⁸. Prawo

etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3". Ustawa z dn. 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

⁷ W szczególności zastosowanie znajdują tu art. 20 ust. 2 MPPOiP: „Popieranie w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, powinno być ustawowo zakazane” oraz art. 4 Konwencji LDR: Państwa Strony Konwencji potępiają wszelką propagandę i wszelkie organizacje oparte na ideach lub teoriach o wyższości jednej rasy lub grupy osób określonego koloru skóry lub pochodzenia etnicznego bądź usiłujące usprawiedliwić czy popierać nienawiść i dyskryminację rasową w jakiegokolwiek postaci oraz zobowiązują się podjąć niezwłocznie właściwe środki zmierzające do wykorzenia wszelkiego podżegania do tego rodzaju dyskryminacji bądź też aktów dyskryminacji i w tym celu uwzględniając zasady zawarte w Powszechnej deklaracji praw człowieka oraz prawa szczegółowo określone w artykule 5 niniejszej Konwencji zobowiązują się między innymi:

a) uznać za przestępstwo podlegające karze zgodnie z prawem wszelkie rozpowszechnianie idei opartych na wyższości lub nienawiści rasowej, wszelkie podżeganie do dyskryminacji rasowej, jak również wszelkie akty przemocy lub podżeganie do tego rodzaju aktów wobec jakiegokolwiek rasy bądź grupy osób o innym kolorze skóry lub innego pochodzenia etnicznego, a także udzielanie pomocy w prowadzeniu działalności rasistowskiej, włączając w to finansowanie tej działalności;

b) uznać za nielegalne organizacje mające na celu popieranie dyskryminacji rasowej i podżeganie do niej oraz wprowadzić zakaz ich działalności, jak również zorganizowanej i wszelkiej innej działalności propagandowej mającej takie same cele oraz uznać udział w takich organizacjach lub w takiej działalności za przestępstwo podlegające karze zgodnie z prawem;

c) nie zezwalać władzom i instytucjom publicznym, tak ogólnokrajowym, jak i lokalnym, na podżeganie do dyskryminacji rasowej czy też na popieranie jej". Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r., Dz. U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187.

⁸ Decyzja Ramowa Rady 2008/913/WSiSW z dn. 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych, Dz. Urz. UE L 328 z dn. 6 grudnia 2008 r.

polskie nie przewiduje ponadto niektórych rozwiązań od wielu lat funkcjonujących w innych demokracjach, które z pewnością przyczyniłyby się do bardziej skutecznego identyfikowania i karania mowy nienawiści oraz przestępstw z nienawiści. Deficyty te należą do czynników wpływających na niską skuteczność zwalczania przejawów rasizmu, antysemityzmu, ksenofobii i homofobii w polskiej przestrzeni publicznej. W odniesieniu do wymienionych problemów nie ma rozwiązań idealnych, które sprawiłyby, że społeczeństwa stałyby się wolne od tych postaci nienawiści i dyskryminacji. Konieczne jest jednak poszukiwanie możliwości zwiększenia efektywności podejmowanych wysiłków.

Pierwszym deficytem, na którego istnienie należy wskazać, jest brak obowiązywania w polskim prawie wymogu uwzględniania przez orzekające sądy nienawistnych pobudek sprawcy wobec wszystkich przestępstw i zwiększonego wymiaru kary w takich przypadkach. O wprowadzeniu takiego rozwiązania mówi m.in. decyzja ramowa Rady UE w sprawie rasizmu, rekomenduje je też Polsce Europejska Komisja przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji RE oraz Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Rasowej ONZ. Przykładowo, w zaleceniu sformułowanym w przypadku wszystkich dotychczasowych raportów dotyczących sytuacji w Polsce, ECRI postuluje wprowadzenie przepisów prawnych, które motywację rasistowską przestępstwa oraz tę związaną z kolorem skóry, językiem, religią, narodowością lub pochodzeniem etnicznym, wyraźnie nakazywałyby uznawać za okoliczność obciążającą⁹. Obecnie w polskim Kodeksie karnym, w art. 53 ust. 2, odnoszącym się do czynników, które sąd bierze pod uwagę, określając rodzaj i wymiar kary, nie wymienia się nienawistnego charakteru motywacji sprawcy. Sąd może oczywiście być zdania, że antysemickie tło danego czynu zwiększa, jak to formułuje Kodeks karny, „rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa”, jednak uznać tak z pewnością nie musi, jeśli sędzia nie uważa, że skutki społeczne szerzenia antysemityzmu w przestrzeni publicznej są w szczególny sposób negatywne w odniesieniu do konkretnego przestępstwa. Ofiara nie ma zatem gwarancji, iż nienawistna motywacja sprawcy zostanie w jakikolwiek sposób odnotowana, jeśli przestępstwo dokonane z nienawiści nie jest jednym z czynów wymienionych w art. 119, 256 lub 257 k.k. i polega np. na dewastacji sklepu, którego właścicielem jest Pakistańczyk. Warto wskazać, że w ostatnim czasie kilka państw europejskich wprowadziło do swoich porządków prawnych takie właśnie rozwiązanie: Bułgaria od 2011 r. i Cypr od 2012 r. uznają rasistowską i ksenofobiczną motywację za okoliczność obciążającą w przypadku wszystkich przestępstw – stosują je również Austria, Chorwacja, Czechy,

⁹ Raport ECRI dotyczący Polski (czwarty cykl monitoringu), opublikowany w dniu 15 czerwca 2010, CRI (2010)18, pkt 12–14.

Dania, Finlandia, Francja, Grecja, Włochy, Malta, Holandia, Rumunia, Szwecja i Hiszpania¹⁰. Agencja Praw Podstawowych UE uznaje za niedopuszczalną taką sytuację prawną państwa członkowskiego, w której do swobodnego uznania sędziego pozostaje, czy weźmie on pod rozważenie nienawistną motywację sprawcy, co skutkować będzie jednoczesnym uznaniem jej za okoliczność obciążającą. Jak stwierdza Agencja, zobowiązanie do ujawnienia i wskazania na nienawistną motywację jest bezwarunkowe i nie pozostaje w zakresie dowolnej decyzji państw. Wniosek ten potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – w sprawie *Nachova i in. p. Bułgarii* Trybunał orzekł m.in., iż w szczególności w przypadkach, w których doszło do przemocy, która mogła być motywowana rasizmem, konieczne jest intensywne zaangażowanie organów władzy w przeprowadzenie właściwego dochodzenia, które ukaże nienawistną motywację sprawcy przestępstwa¹¹.

Kolejny postulat zmian dotyczy dodania do właściwych przepisów Kodeksu karnego wyrażonej dyrektywy mówiącej o tym, że mowa nienawiści lub przestępstwa z nienawiści mogą być popełniane również wobec osoby, która nie należy w sposób rzeczywisty i faktyczny do określonej grupy chronionej w polskim prawie przed nienawistną przemocą słowną i fizyczną w sposób szczególny, a jest z nią jedynie utożsamiana przez sprawcę, lub wobec osoby, co do której sprawca miał błędne przekonanie, że do grupy takiej należy. Czyli, posługując się wymownym przykładem: należy postulować, aby Tomasz Pietrasiewicz, Dyrektor Ośrodka Brama Grodzka i osoba zaangażowana w upamiętnienie dawnych, żydowskich mieszkańców Lublina, do którego mieszkania wrzucono w nocy, wybijając szyby w oknach, cegły wymalowane swastykami, nie musiał udowadniać przed prokuratorem, że jest prawdziwym Żydem, by można było stwierdzić antysemicki – nienawistny charakter tego czynu¹². Przestępstwo, które wobec niego popełniono, zostało bowiem zakwalifikowane jako zniszczenie mienia oraz narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Nie posłużono się art. 119 Kodeksu karnego, ponieważ Tomasz Pietrasiewicz zeznał, że nie jest Żydem. Między innymi dzięki interwencji Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka i reakcji mediów, kwalifikację czynu zmieniono, sprawa zakończyła się jednak umorzeniem ze względu na brak wykrycia sprawców¹³.

¹⁰ Raport APP UE, *Making hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights*, listopad 2012, s. 27.

¹¹ *Nachova i in. p. Bułgarii*, skargi nr 43577/98 i 43579/98, wyrok z dn. 6 lipca 2005 r.

¹² P. Reszka, *Dwie cegły ze swastyką w okno*, „Gazeta Wyborcza” z dn. 20 grudnia 2010 r., http://wyborcza.pl/1,76842,8843273,Dwie_cegly_ze_swastyka_w_okno.html

¹³ Zob. list Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z dn. 11 czerwca 2012 r., <http://www.otwarta.org/wp-content/uploa->

Podobnie, istotne jest, aby nienawistny charakter czynu mógł być stwierdzony także w sytuacji, w której, przykładowo, osoba zostaje zaatakowana ze względu na przekonanie sprawcy, iż należy do określonej grupy, choć w rzeczywistości do niej nie należy. Mowa zatem o sytuacji podobnej do tej, w której w Niemczech brutalnie zamordowany został 16-letni chłopiec – napastnicy zaatakowali go w przekonaniu, że jest Żydem, którym w rzeczywistości nie był¹⁴. Dla uznania, że mamy do czynienia z przestępstwem z nienawiści, powinno zatem wystarczyć, aby ofiara była przez sprawcę utożsamiana z daną grupą, na przykład właśnie za sprawą swojej działalności zawodowej czy społecznej, lub gdy sprawca działał w przekonaniu, że ofiara do danej grupy należy (takie rozwiązanie legislacyjne stosują m.in. Wielka Brytania, Węgry i Francja)¹⁵. Konstrukcja ta znana jest w prawie antydyskryminacyjnym pod nazwą „dyskryminacji przez asocjację”. Zgodnie z definicją sformułowaną przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, dyskryminacja taka oznacza „stosowanie praktyk dyskryminujących wobec osoby, która nie jest wprost obciążona cechami prawnie chronionymi, jednak jest uważana za przedstawiciela dyskryminowanej grupy lub jest z nią kojarzona. Także ‘więź’ z osobą wyróżniającą się daną cechą może stanowić podstawę dyskryminującego traktowania. Np. żona czarnego mężczyzny jest gorzej traktowana w miejscu pracy ze względu na kolor skóry swojego partnera”¹⁶. Niezgodność z zakazem dyskryminacyjnego traktowania tego rodzaju postępowania potwierdził również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, uznając w wyroku w sprawie Coleman, że miało miejsce dyskryminacyjne traktowanie pracownicy ze względu na niepełnosprawność jej dziecka¹⁷.

Kolejnym, niezwykle ważnym, lecz jednocześnie jednym z najtrudniejszych do uregulowania w przepisach prawa problemem w omawianym kontekście jest Internet – podstawowe obecnie medium, za pomocą którego rozpowszechniana jest mowa nienawiści i popełnianych jest wiele przestępstw z nienawiści. Dlatego też właściwym krokiem byłaby z pewnością ratyfikacja Konwencji o cyberprzestępczości RE¹⁸ oraz Protokołu dodatkowego

ds/2012/06/skany_abw-21.pdf.

¹⁴ L. Fekete, *Youth killed because they thought he was Jewish*, IRR News, Institute of Race Relations, 1, February 2003.

¹⁵ *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw 2009, s. 51.

¹⁶ Zob. słownik terminów związanych z dyskryminacją, przygotowany przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, http://poradnik.interwencjaprawna.pl/dyskryminacja_pa.htm.

¹⁷ Sharon Coleman przeciwko kancelarii prawnej Attridge Law (C-303/06).

¹⁸ Konwencja o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dn. 23 listopada 2001 r., CETS No.: 185.

do niej, dotyczącego przestępstw rasistowskich i ksenofobicznych popełnianych za pomocą Internetu, który Polska podpisała w 2003 r.¹⁹ W sprawozdaniu wyjaśniającym do Protokołu wskazano na dwa podstawowe cele przyjęcia tego traktatu, definiując je jako: harmonizację przepisów prawa karnego w obszarze przeciwdziałania rasizmowi i ksenofobii obecnym w Internecie oraz usprawnienie współpracy pomiędzy poszczególnymi państwami w obszarze objętym przedmiotem Protokołu. Ratyfikacja byłaby pożądana przede wszystkim ze względu na przepisy dotyczące zobowiązań do międzypaństwowej współpracy w przeciwdziałaniu przestępstwom popełnianym za pomocą Internetu, która w tym przypadku ma niezwykle istotne znaczenie. Konwencja przewiduje bowiem takie rozwiązania, jak zobowiązanie państw-stron do ustanowienia punktu kontaktowego, obsługiwanego 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu, w celu zapewnienia natychmiastowej pomocy w prowadzeniu czynności śledczych lub postępowań odnoszących się do cyberprzestępczości lub dla celów zbierania dowodów w postaci elektronicznej dotyczących przestępstw.

W obszarze instytucjonalnym również wskazać można na potrzebę pewnych uzupełnień obecnego programu przeciwdziałania mowie nienawiści i przestępstwom z nienawiści, do prowadzenia którego Polska zobowiązana jest na mocy wielu traktatów międzynarodowych i międzyrządowych uzgodnień²⁰. Wzmocnieniem takiego programu powinien być wyspecjalizowany, niezależny organ równościowy, którego kompetencją jest m.in.: udzielanie pomocy ofierze dyskryminacji przy składaniu skarg lub samodzielne ich rozpatrywanie; prowadzenie badań nad zjawiskiem dyskryminacji; publikowanie raportów i formułowanie zaleceń dla organów władzy. Do ustanowienia organu równościowego działającego w podobnej formule zobowiązuje Polskę m.in. Dyrektywa Rady 2000/43/WE, wdrażająca zasadę równego traktowania bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne²¹. W Polsce zadania organu równościowego spełnia zasadniczo Rzecznik Praw Obywatelskich, jednak w zakresie jego kompetencji

¹⁹ Protokół Dodatkowy do Konwencji o cyberprzestępczości dotyczący kryminalizacji działań o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym popełnianych przy użyciu systemów komputerowych, sporządzony w Strasburgu dn. 28 stycznia 2003 r., CETS No.: 189.

²⁰ W szczególności wskazać należy tu na zobowiązania powzięte na poziomie politycznym podczas kolejnych spotkań różnego szczebla organizowanych w ramach prac Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie. Zob. przykładowo: Summary Report of the OSCE High Level Meeting on Confronting Anti-Semitism in Public Discourses z dn. 10 maja 2011 r., ODIHR.GAL/26/11; OSCE Meeting on the Relationship Between Racist, Xenophobic and Anti-Semitic Propaganda on the Internet and Hate Crimes, Consolidated Summary z dn. 27 września 2004 r., PC.DEL/918/04/Corr.1.

²¹ Dz. Urz. WE L 180 z dn. 19 lipca 2000 r.

nie leży np. rozpatrywanie skarg indywidualnych z obszaru dyskryminacji, w tym tej powiązanej z mową nienawiści i przestępstwami z nienawiści. RPO nie posiada również inicjatywy ustawodawczej, która pozwoliłaby na inicjowanie prac nad właściwymi zmianami w omawianym obszarze. Względy finansowe stoją z kolei w znacznej mierze na przeszkodzie w prowadzeniu systematycznej pracy badawczej i gromadzeniu danych statystycznych na temat nienawistnych wypowiedzi i czynów.

Istnieje również deficyt, który wydaje się obecnie najistotniejszy i wymagający jak najszybszego uzupełnienia – jest to brak włączenia orientacji seksualnej i tożsamości płciowej oraz niepełnosprawności do katalogu cech, ze względu na które ustawodawca otacza silniejszą ochroną pewne grupy i należące do nich jednostki²². Ponieważ kwestia rozszerzenia tego katalogu stała się centralnym punktem sporu przy kolejnych projektach nowelizacji polskiego Kodeksu karnego, zostanie ona w sposób bardziej szczegółowy omówiona w kolejnym punkcie niniejszego artykułu.

3. Trudna historia projektów zmian Kodeksu karnego

Szansa na uzupełnienie deficytu w zakresie, na jaki od dawna zwracały uwagę organizacje pozarządowe – przede wszystkim w zakresie ochrony osób LGBT oraz niepełnosprawnych przed mową nienawiści i przestępstwami z nienawiści – pojawiła się wraz z zapowiedzią przedłożenia właściwego projektu zmian Kodeksu karnego przez partię rządzącą²³. Projekt zmian Kodeksu karnego autorstwa Platformy Obywatelskiej, przedstawiony pod koniec 2012 r., zakłada, że na miejsce obecnych, wymienianych już powyżej trzech artykułów, które mówią o przemocy i groźbie bezprawnej, nawoływaniu do nienawiści oraz o publicznym znieważaniu określonej grupy jednostki należącej do tej grupy, wprowadzony zostanie jeden artykuł dotyczący wszystkich tych problemów, ale za to bardzo rozszerzający przesłanki, na podstawie których taka przemoc, nawoływanie do nienawiści i znieważanie powinny być karalne. Dotychczasowe artykuły chronią przed tymi przestępstwami popełnionymi ze względu na

²² Zob. projekt właściwych zmian Kodeksu karnego przygotowany przez polskie organizacje pozarządowe, Projekt został przekazany Marszałkowi Sejmu w dn. 19 kwietnia 2011 r. przez Klub Parlamentarny Sojuszu Lewicy Demokratycznej, nie uzyskał jednak wymaganego poparcia. http://www.kph.org.pl/download/mowa-nienawisci/ustawa_projekt_2.pdf.

²³ Druk sejmowy nr 1078 z dn. 27 listopada 2012 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/FFF40D49D8014150C1257B0A00363700/%24File/1078.pdf>.

przynależność narodowościową, etniczną, rasową, wyznaniową lub bezwyznaniowość. Platforma Obywatelska proponuje dodać do tego jeszcze „przynależność polityczną, społeczną, naturalne lub nabyte cechy osobiste lub przekonania”. Propozycje tych zmian z kilku powodów należy ocenić zdecydowanie krytycznie.

Po pierwsze, wprowadzenie kategorii „naturalnych lub nabytych cech osobistych lub przekonań” rozszerza katalog cech chronionych w sposób, który nieweczy właściwie sens takiej regulacji. Szczególnie chronieni powinni być bowiem tylko ci, którzy tej ochrony w sposób szczególny potrzebują, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że wszelkie ograniczenia wolności wypowiedzi stanowić mogą jedynie wyjątek od pełnego zapewnienia tej jednej z najważniejszych wolności człowieka. Stwierdzić zatem należy, że proponowana w projekcie zmiana stanowiłaby naruszenie konstytucyjnej wolności wypowiedzi.

Po drugie, w szczególności termin „naturalne lub nabyte cechy osobiste” jest tak nieostry, niedookreślony i wprowadzający swoisty chaos pojęciowy, iż wydaje się naruszać jedną z podstawowych zasad prawa karnego, *nullum crimen sine lege certa*, która nakłada na ustawodawcę obowiązek formułowania przepisów karnych w sposób maksymalnie przejrzysty i zrozumiały dla każdego.

Następnie, wprowadzenie sformułowania „naturalnych lub nabytych cech osobistych oraz przekonań” spowoduje również problemy w gromadzeniu i analizowaniu precyzyjnych danych i statystyk dotyczących poszczególnych przesłanek będących motywacją popełnianych czynów z nienawiści, które to gromadzenie i analizowanie stanowi jeden z najważniejszych elementów całego programu przeciwdziałania dyskryminacji, na co niezwykle silnie zwraca uwagę m.in. Agencja Praw Podstawowych UE.

Proponowana zmiana stanowi jednak przede wszystkim próbę ominięcia, jak się wydaje za wszelką cenę, bezpośredniego odniesienia do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, co proponował m.in. negatywnie zaopiniowany przez rząd projekt zmiany Kodeksu karnego zgłoszony przez partię Ruch Palikota²⁴. Przy negatywnej ocenie propozycji Ruchu Palikota rząd uznał, iż: „istotą tych norm nie jest penalizacja wszystkich zachowań o charakterze dyskryminacyjnym, a tylko takich, które równocześnie zagrażają określonym dobrom ogólnospołecznym, czego wyrazem jest ujęcie ich w katalogu zamkniętym, obejmującym przynależność narodową, etniczną, rasową, wyznaniową bądź bezwyznaniowość”²⁵. Zdumiewające jest więc, że w przypadku projektu rządzącej partii zgłoszonego

²⁴ Druk sejmowy nr 340 z dn. 7 marca 2012 r., [http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/BCB32B331B21B732C12579EB00408447/\\$File/340.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/BCB32B331B21B732C12579EB00408447/$File/340.pdf).

²⁵ Stanowisko Rządu do druku nr 340, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/AF0F5301B3BC6251C1257A67004A6F64/%24File/340-s.pdf>.

kilka miesięcy później, rząd, popierając ów projekt, tak diametralnie zmienił zdanie. Rząd stwierdził również w swej krytycznej analizie opozycyjnych propozycji zmian w Kodeksie karnym, że w przypadku takich kategorii jak tożsamość płciowa i orientacja seksualna mogą pojawić się problemy interpretacyjne, ponieważ źródło takich pojęć stanowią przepisy prawa międzynarodowego, co z kolei wywoła „problemy z powszechną rekonstrukcją ich treści w kontekście zakazu wynikającego z polskiego prawa karnego”. Nie jest jednak wiadome, na podstawie jakich źródeł prawa wnioskodawcy rekonstruować zamierzają pojęcia, takie jak naturalna lub nabyta cecha osobista? Nie definiuje ich bowiem nawet prawo międzynarodowe.

Projekt Platformy Obywatelskiej stwarza wręcz realne niebezpieczeństwo osłabienia wysiłków podejmowanych na rzecz zwalczania mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści: „Rozszerzając tę kategorię na właściwie wszystkie możliwe przesłanki („naturalne lub nabyte cechy lub przekonania” – czy pozostaje coś poza zakresem tego pojęcia?), siłą rzeczy obniża się poprzeczkę, także dla nienawiści szczególnie niebezpiecznej. A przecież problem nie polega na tym, by wpisywać kolejne, enigmatyczne przesłanki dyskryminacyjne – to jest akurat łatwe i nic nie kosztuje – ale by rzeczywiście realizować to prawo, które już jest. Bo jest ono w dużej mierze prawem na papierze, nieegzekwowanym – a jeśli zostanie jeszcze bardziej rozdęte, to rozziw między sformułowaniami kodeksowymi a praktyką wymiaru sprawiedliwości tylko się pogłębi”²⁶.

Oczywiście, można i należy dyskutować na temat tego, jak szeroki ma być katalog cech, ze względu na które ustawodawca decyduje się zapewnić silniejszą ochronę przed nienawiścią, choć dyskusja nie może polegać na spotykanym często ośmieszaniu i zakłamywaniu całej idei tej ochrony poprzez wysuwanie „argumentów” typu *reductio ad absurdum*, podobnych do tych wyrażonych w sali polskiego Sejmu przez posła Stanisława Piętę podczas dyskusji nad projektami zmiany Kodeksu karnego: „Chciałbym zapytać, dlaczego wasza propozycja ogranicza się tylko do gejów i transwestytów, bo dołożenie kobiet, starców i niepełnosprawnych jest zupełnie sztuczne. Dlaczego autorzy projektu nie chcą przeciwdziałać zagrożeniom, którym podlegają łysi, grubi, okularnicy, dotknięci płaskostopiem, zezem? Przecież oni też bywają dotknięci tym, co wy nazywacie mową nienawiści”²⁷.

²⁶ A. Gliszczyńska-Grabias, W. Sadurski, *Która zniewaga kary wymaga*, „Gazeta Wyborcza” z dn. 12 grudnia 2012 r. Zob. również krytyczną ocenę projektu przedstawioną przez Helsińską Fundację Praw Człowieka: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/FFF40D49D8014150C1257B0A00363700/%24File/1078.pdf>.

²⁷ Sprawozdanie stenograficzne z 96 posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 13 lipca 2011 r., s. 83, <http://orka2.sejm.gov.pl/StenoInter6.nsf/0/>

W przywoływanej już książce „The Harm in Hate Speech” Jeremy Waldron przekonująco dowodzi, że podstawowym kryterium oceny tego, czy dana grupa powinna być dziś mocniej chroniona przed mową nienawiści, jest określenie, jak dalece narażanie jej na taką nienawiść wpływa na możliwość pełnego i równoprawnego uczestnictwa członków takiej grupy w życiu społecznym, na równi z innymi przystąpienie do publicznego dyskursu, na realizację swych życiowych aspiracji, na możliwości wychowywania dzieci w atmosferze wolnej od strachu i poczucia niższości oraz zastraszenia. Nie ulega wątpliwości, że przyjmując takie ujęcie, orientacja seksualna, tożsamość płciowa i niepełnosprawność są dziś w Polsce cechami, które upoważniają do zwiększonej ochrony. Istnienie tej potrzeby uzasadniają przede wszystkim badania, których rezultaty publikuje Agencja Praw Podstawowych UE czy Kampania Przeciw Homofobii²⁸. Same zawarte w tych badaniach statystyki dotyczące prób samobójczych wśród homoseksualnej młodzieży oraz ich przyczyn powinny skłonić do refleksji nad tym, czy prawo polskie chroni obecnie tych, którzy tej ochrony w sposób ewidentny potrzebują.

Dodatkowym wzmocnieniem argumentacji przemawiającej za dokonaniem proponowanych zmian w odniesieniu do osób LGBT jest wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Vejdeland i in. p. Szwecji* z 2012 r.²⁹ Sędziowie strasburscy, po raz pierwszy w historii orzecznictwa Trybunału, jednoznacznie i wyraźnie stwierdzili, że również w obszarze mowy nienawiści dyskryminacja i nienawiść szerzona ze względu na orientację seksualną jest w swej istocie tożsama z dyskryminacją i nienawiścią ze względu na rasę, pochodzenie etniczne czy kolor skóry.

W przypadku innych cech (takich jak płeć czy wiek), ze względu na które ochronę przed mową nienawiści i przestępstwami z nienawiści przewidują omawiane powyżej projekty zmian polskiego Kodeksu karnego oraz regulacje prawne wielu innych państw europejskich, zasadne wydaje się rozważenie i zbadanie, czy grupy wyróżniane na ich podstawie są poddawane takim przejawom nienawiści i agresji, jak ma to miejsce z przyczyn rasowych, etnicznych czy religijnych. Na ile np. powszechnym zjawiskiem w Polsce jest mowa nienawiści wobec osób

208F6E0D249437FBC12578CC007D0C42/\$file/96_a_ksiazka.pdf.

²⁸ Zob. M. Makuchowska, M. Pawłęga (red.), *Situation of LGBT Persons in Poland. 2010 and 2011 Report*, Warszawa 2013; A. Gliszczyńska-Grabias, D. Bychawska-Siniarska, *Jak traktujemy osoby LGBT? Raport Agencji Praw Podstawowych UE*, Kwartalnik Praw Człowieka, nr 3/2013.

²⁹ *Vejdeland i in. p. Szwecji*, skarga nr. 1813/07, wyrok ETPCz z dn. 9 lutego 2012 r. Zob. również omówienie wyroku: A. Gliszczyńska-Grabias, *Homofobiczna „mowa nienawiści”* – glosa do wyroku ETPCz z 9.02.2012 r. w sprawie *Vejdeland i in. v. Szwecja* (skarga nr 1813/07), Europejski Przegląd Sądowy nr 5/2012.

starszych i czy stanowi dla nich przeszkodę do równoprawnego funkcjonowania w społeczeństwie?

4. Swastyka jako symbol szczęścia – praktyka stosowania przepisów Kodeksu karnego przez prokuratury i sądy w Polsce

Ramy tematyczne wyznaczone dla niniejszego artykułu nie pozwalają na skupienie się na zagadnieniu stosowania i interpretowania przepisów przez sądy i prokuratury. Jest to jednocześnie problem o wiele bardziej złożony i trudny niż poprawne formułowanie prawnych definicji, bowiem nawet najbardziej trafne i precyzyjne z nich, jeśli będą niewłaściwie wykorzystywane, nie spełnią swego podstawowego zadania, jakim jest ochrona praw jednostek należących do określonych grup przed mową nienawiści i przestępstwami z nienawiści. O sytuacji, w której organy ścigania, pomimo istnienia właściwych instrumentów prawnych, nie są w stanie lub nie chcą skutecznie zastosować obowiązującego prawa mówi Profesor Ewa Łętowska: „Nie tyle chodzi o konieczną zmianę prawa (nie widzę takiej konieczności), ile o praktyki (z wygodnej na niewygodną dla prokuratury), a właściwie – uświadomienie prokuraturze tego, czego nie dostrzega aksjologicznie. Akcentowanie kolejnych zmian w prawie to w tej sytuacji nieporozumienie, bo zwraca się uwagę na to, że rzekomo brakuje narzędzi, że trzeba wzmoc formalną represyjność prawa itd. Tak nie chwycimy byka za rogi. Prawda jest taka: prokuraturze się nie chce, bo tak wygodnej”³⁰. Jeszcze inną przyczynę takiego stanu rzeczy dostrzega Profesor Monika Płatek: policjanci i prokuratorzy podlegają błędnemu systemowi oceny ich działalności, który sprowadza się do samych statystyk skreślonych z listy spraw – jeśli postępowanie kończy się niewykryciem sprawców, oznacza to, że policja i prokuratura zawiodła; lepiej zatem, z perspektywy osobistego interesu osób ocenianych według tych kryteriów, umorzyć postępowanie, nie dopuszczając do narastania liczb w tabeli po stronie „brak wykrycia sprawców”³¹.

Niestety, w niektórych przypadkach nawet przytoczone powyżej powody niskiej skuteczności przeciwdziałania rasistowskiej i ksenofobicznej nienawiści przez organy porządku publicznego, prokuratury i sądy wydają się niewystarczające,

³⁰ Głos odrębny Profesor Ewy Łętowskiej dołączony do podpisanego przez Profesor Łętowską apelu „Tygodnika Powszechnego” o przeciwdziałanie mowie nienawiści z dn. 24 lipca 2012 r., http://tygodnik.onet.pl/30,0,77176,apel_8222tygodnika8221,artykul.html.

³¹ A. Gliszczyńska-Grabias, P. Sawicka (red.), *Organizacje skrajne w demokratycznym państwie i społeczeństwie*, Warszawa 2013 (w druku).

a jedyne racjonalne wytłumaczenie zmierza w kierunku stwierdzenia, że niektórzy prokuratorzy i sędziowie po prostu podzielają poglądy tych, którzy szerzą nienawiść, lub, w najlepszym razie, cechują się niezdolnością do krytycznej analizy i opartej na podstawowej choćby wiedzy historycznej refleksji nad przedstawionym materiałem dowodowym. Mamy bowiem w Polsce do czynienia np. z wyrokiem sądowym, w którym sędzia, uniewinniając aktywistów Narodowego Odrodzenia Polski od zarzutu nawoływania do nienawiści na tle rasowym, dowodzi (cytując wiernie wypowiedzi samych NOPowców), że propagowanie hasła czystości krwi stanowić ma jedynie postulat „zachowania w mozaice ras ludzkich biologicznych cech własnego narodu, jego oryginalnego, niepowtarzalnego piękna” i jest wyrazem fascynacji myślą Artura Gobineau³². Pojawiają się również prokuratorskie postanowienia, w których uznaje się, że nie ma podstaw do zastosowania przepisów Kodeksu karnego dotyczących mowy nienawiści, w odniesieniu do stwierdzenia: „polakożerczych Żydów nie można pozostawić bez kary. W czasie okupacji stosowaliśmy dwustopniową karę chłosty, była w 95% skuteczna, kto wie, czy i dzisiaj nie zdałaby egzaminu.”, z uzasadnieniem, iż „z tekstu nie wynika jednoznacznie, o jakie restrykcyjne działanie i atakowanie chodzi autorowi, a wątpliwości w tym względzie nie można interpretować na jego niekorzyść”³³. Należy też wymienić bulwersujące uzasadnienie odmowy wszczęcia postępowania, sformułowane przez jednego z białostockich prokuratorów w sprawie swastyki wymalowanej na budynku: brak podstaw do zajęcia się sprawą wynika z faktu, iż swastyka w Azji jest powszechnie znanym symbolem szczęścia i pomyślności³⁴. Warto dodać, że Białystok od wielu lat naznaczony jest wręcz plagą swastyk i innych faszystowskich i nazistowskich symboli, boryka się też z problemem rasistowskiej przestępczości w skali niespotykanej w innych rejonach kraju³⁵. Najwidoczniej jednak białostocki prokurator nie był tego świadomy.

³² J. Harłukowicz, *Sąd sankcjonuje rasizm*, „Gazeta Wyborcza” z dn. 11 stycznia 2011 r., http://wyborcza.pl/1,76842,8929000,Sad_sankcjonuje_rasizm.html.

³³ Zob. *Przestępstwa nie stwierdzono. Prokuratorzy wobec doniesień o publikacjach antysemickich oraz Przestępstwa z nienawiści w Polsce na podstawie badań akt sądowych z lat 2007–2009*, dostępne na stronie internetowej „Otwartej Rzeczypospolitej”: <http://www.otwarta.org/raporty,641.html> (ostatni dostęp dn. 15 kwietnia 2012 r.).

³⁴ *Seremet: Prokurator nie może być niezależny od rozumu*, wywiad Bogdana Wróblewskiego z Prokuratorem Generalnym Andrzejem Seremetem, „Gazeta Wyborcza” z dn. 29 czerwca 2013 r.,

http://wyborcza.pl/1,75478,14189654,Seremet__Prokurator_nie_moze_byc_niezalezny_od_rozumu.html#ixzz2ZUxLA72q.

³⁵ Zob. informacje na temat akcji społecznej „Wykopmy rasizm z Białegostoku”: <http://bialystok.gazeta.pl/bialystok/0,126508.html>.

Kwestia praktyki w sposób ścisły wiąże się z edukacją sędziów i prokuratorów, ze stopniem ich znajomości chociażby orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści, czy wreszcie z nastawieniem do tego rodzaju spraw, które niekiedy sprowadza się, niestety, do przekonania, że są one mało istotne. Wszystkie międzynarodowe organy i monitorujące, i oceniające stan realizacji przez Polskę jej zobowiązań w obszarze przeciwdziałania rasizmowi i pokrewnym mu formom dyskryminacji i uprzedzeń, w swoich okresowych raportach, zwracają uwagę właśnie na kwestie niezadowolających działań policji, prokuratur i sądów w Polsce. O ile jednak w latach ubiegłych zwracano przede wszystkim z niepokojem uwagę na umorzenia postępowań dotyczących rasistowskich i ksenofobicznych przypadków mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści ze względu na niską społeczną szkodliwość czynu, o tyle obecnie głównym problemem wydają się być bardzo niskie statystyki w zakresie wykrywania sprawców przestępstw³⁶. Problem stosowania dostępnych narzędzi prawnych w ujęciu praktycznym jest zatem wielowymiarowy i jego przezwyciężenie wymagać będzie podjęcia zdecydowanie bardziej rozległych działań niż tylko wprowadzenie kolejnych zmian legislacyjnych.

5. Uwagi końcowe

Żadna, najlepsza nawet legislacja w zakresie zwalczania mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści, nie zastąpi podstawowych narzędzi tej walki: edukacji i nastawienia społecznego, w których kluczową rolę odgrywają poszanowanie godności każdego człowieka, otwartość na „innego”, przekonanie o konieczności szczególnej ochrony praw mniejszości. Osiągnięcie takiego stanu rzeczy jest zadaniem, które państwo polskie realizować będzie przez wiele kolejnych lat. Jednocześnie prawo i jego instrumenty pozostają jednym z komponentów programu przeciwdziałania różnym formom nienawiści, której ofiary najczęściej stygmatyzowane są ze względu na swoje pochodzenie rasowe, etniczne, narodowościowe, wyznanie, orientację seksualną i tożsamość płciową, niepełnosprawność. Zadaniem rządzących jest sprawienie, aby stanowione było ono z właściwym rozumieniem specyfiki problemu mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści, z zachowaniem standardów międzynarodowego prawa praw człowieka oraz ze świadomością zagrożeń, jakie wiążą się z pobłażliwym lub wręcz przychylnym traktowaniem tych, którzy szerzą nienawiść.

³⁶ Por. uwagi formułowane wobec władz polskich przez Europejską Komisję przeciw Rasizmowi i Nietolerancji Rady Europy w kolejnych sprawozdaniach: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Poland/Poland_CBC_en.asp.

Trybunał strasburski wielokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, iż Europejska Konwencja Praw Człowieka to „żywy instrument”, którego interpretacja może być zmienna. Zmieniają się bowiem okoliczności i uwarunkowania społeczne, polityczne i historyczne, od których zależne jest rozumienie określonego prawa czy wolności jednostki. Dlatego też włączenie przede wszystkim przesłanek orientacji seksualnej i tożsamości płciowej do katalogu cech szczególnie chronionych będzie wyrazem zrozumienia przez polskiego ustawodawcę obecnych – najbardziej palących zagrożeń i wyzwań związanych z ochroną praw mniejszości.

THA FAILURES OF POLISH LEGISLATION IN THE FIELD OF COMBATING HATE SPEECH AND HATE CRIMES

The phenomenon of hate speech and hate crimes is not easily captured in the legal definitions and is often described as controversial due to the difficulties with identifying the “hateful element” of words and deeds. Another significant reason for the difficulties concerning penalisation in the area in question is the strict (and for many unjustified) limitation imposed on freedom of speech, assembly and association, which are the freedoms most often affected by the anti-hate provisions of law. Nevertheless the obligations included in the international human rights law oblige Polish legislators to introduce and implement proper mechanisms of counteracting these extremely negative and socially dangerous phenomenon. However, many questions arise: Are the international standards of human rights law fully reflected in the Polish legal provisions and practice? How are the areas demanding alteration and endorsement being defined? What are the obstacles that unable the process of protecting all groups particularly endangered by hate speech and hate crimes? Are the provisions of law a sufficient and effective barrier against spreading hatred in the public sphere? This article seeks to answer all the questions posed above. It also attempts to demonstrate the complexity of the analysed problems, placing them in the centre of the general discussion on tolerance, minorities protection and the functions of the anti-discrimination law within democratic state and society.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (197) 2014
Warszawa 2014

Dorota Krekora-Zajac ■

PRAWO DO POZNANIA MATKI BIOLOGICZNEJ WEDŁUG KRAJOWEGO PRAWA RODZINNEGO

Osoba matki jest niewątpliwie fundamentem rodziny w sensie zarówno społecznym, jak i prawnym. Prawne ustalenie pochodzenia dziecka od określonej kobiety tworzy nie tylko stan cywilny dziecka, ale również świadomość swojego genetycznego pochodzenia, która – jak twierdzi L. Stecki – jest niezwykle istotnym elementem odróżniającym człowieka od innych zwierząt¹. Tak rozumiana świadomość wpływa na tożsamość człowieka, jest zatem elementem kształtującym jego osobowość. Niniejszy artykuł dotyczy konsekwencji prawnych wprowadzenia do k.r.o. nowelizacją z 2008 r.² regulacji prawnej macierzyństwa, a w szczególności kwestii dot. możliwości dochodzenia prawa do poznania swojego pochodzenia od matki.

Znaczenie psychologiczne prawa do poznania matki

Rozważając kwestie uznania prawa do poznania matki, należałoby w pierwszej kolejności odpowiedzieć na pytanie, czy rzeczywiście prawo do poznania swojego pochodzenia jest tak znaczące dla kształtowania świadomości człowieka. Odnosząc się do powyższego pytania, należy jednak pamiętać o tym,

¹ L. Stecki, *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego*, Państwo i Prawo nr 10/1990, s. 65.

² Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2008, Nr 220, poz. 1431.

że osobowość człowieka jest wynikiem wpływu złożonych, współdziałających, obiektywnych i subiektywnych czynników³. Każda osoba wchodzi w interakcje z otoczeniem, a to wpływa na obiektywne doświadczenia i interpretacje tej osoby. Osobowość zatem kształtuje się w procesie kumulacyjnym i interaktywnym. Jak wskazuje E. Erikson, rozwija się ona stopniowo i w miarę upływu czasu oraz gromadzenia doświadczeń⁴. Co więcej, badania wskazują, że istnieją również duże różnice między rodzeństwem pochodzącym od tych samych rodziców i wychowywanych w jednej rodzinie⁵. Powszechnie zatem przyjmuje się, że osobowość człowieka to nie tylko połączenia genów i wychowania, ale również wpływ takich czynników, jak kolejność urodzenia, płeć i specyficzne dla danego człowieka doświadczenia⁶. Genetyczne zatem pochodzenie nie jest jedynym czynnikiem mającym decydujący wpływ na to, jaki jest konkretny człowiek.

Wyniki badań W. Oniszczenki wskazują, że istnieje słabe podobieństwo cech w parach dzieci – rodzice. Co więcej, sugerują one, że ten wskaźnik obniża się dodatkowo wraz z wiekiem i jednoczesnym udziałem wpływu środowiska⁷. Powodem tak małego podobieństwa niewątpliwie jest fakt, iż kowariancja genetyczna dziecka i każdego z jego rodziców obejmuje tylko połowę wspólnych genów. Przeciętnie uznaje się bowiem, że poziom odziedziczonych cech osobowości wynosi od 0,30 do 0,50⁸. Zatem nawet wśród osób najbliższej spokrewnionych ilość wspólnych cech wcale nie jest taka duża, jak zwykło się uważać.

Badania mające na celu sprawdzenie wpływu świadomości własnego pochodzenia na życie człowieka prowadzone są głównie na dzieciach adoptowanych. Wynika z nich, że poznanie swoich naturalnych rodziców w sposób bardzo istotny wpływa na możliwość ukształtowania własnej tożsamości, w tym również postrzegania samego siebie. Już sama informacja, że dane dziecko jest adoptowane w różnym stopniu może na nie wpłynąć. Wyniki badań wskazują, że do 6. roku życia dziecko nie odczuwa różnicy między byciem adoptowanym

³ A. Niedźwieńska, *Zmiana osobowości. Wybrane zagadnienia*, Kraków 2005, s. 17 i nast.; L. Ustasz, *Osobowość z punktu widzenia antropologii filozoficznej i psychologii*, Olsztyn 2000, s. 16; D. Cervone, L. A. Pervin, *Osobowość. Teoria i badania*, Kraków 2011, s. 11; S. Siek, *Osobowość. Struktura. Rozwój. Wybrane metody badania*, Warszawa 1982, s. 217 i nast.

⁴ C. Hall, G. Lindzey, J. B. Campbell, *Teorie osobowości*, Warszawa 2010, s. 609.

⁵ L. Hoffman, *Wpływ środowiska rodzinnego na osobowość: uwzględnienie różnic wśród rodzeństwa*, w: *Geny i środowisko a zachowanie*, red. W. Oniszczenko, Warszawa 2002, s. 188.

⁶ L. Hoffman, op. cit., s. 209.

⁷ W. Oniszczenko, *Genetyczne podstawy ludzkich zachowań. Przegląd badań w polskiej populacji*, Gdańsk 2005, s. 120.

⁸ L. Hoffman, op. cit., s. 156.

a byciem urodzonym⁹. Czynniki naturalnego pochodzenia nie jest dla niego zatem w tym okresie istotny. Dzieci wówczas nie próbują badać problemu różnicy między rodzicami naturalnymi a przysposabiającymi i identyfikują się z osobami, które je wychowują.

Wraz z wejściem w wiek szkolny następuje okres zadawania sobie pytania, kim jestem, ale i w tym okresie nie jest zauważana jednak potrzeba poszukiwania swoich genetycznych korzeni.

Dopiero między 13. a 19. rokiem życia dzieci rozpoczynają poszukiwania swoich naturalnych rodziców, porównując głównie swój wygląd z wyglądem rodziców naturalnych i adopcyjnych¹⁰. W okresie tym poszukiwanie genetycznych przodków ma na celu nie tylko jednak odnajdywanie w przodkach swoich cech, ale również jest elementem buntu wieku dorastania. W tym właśnie czasie dzieci adopcyjne często idealizują swoich naturalnych rodziców, uznając, że inaczej niż rodzice adopcyjni byłiby oni mniej wymagający i bardziej pobłażliwi.

Jak wynika z badań Brodzinsky, Schechter, Henig¹¹, poszukiwanie informacji o swoich naturalnych krewnych jest czynnikiem towarzyszącym człowiekowi dorosłemu do końca życia. W późniejszym wieku osoby adoptowane nadal bowiem poszukują informacji o swoich rodzicach naturalnych, uznając, że jest to ważny element nie tylko ich tożsamości, ale również budowania przyszłości.

Podsumowując należałoby zatem uznać, że choć fakt wspólnej puli materiału genetycznego nie jest wcale tak istotnym elementem wpływającym na życie człowieka i ewentualne podobieństwa pomiędzy nim a jego rodziną, to jednak chęć poznania swojego pochodzenia genetycznego jest naturalną potrzebą człowieka. Świadomość, kim byli nasi przodkowie, umożliwia odnajdywanie w nich swoich cech i poprzez to również lepsze rozumienie siebie samego. Ponadto należy wskazać, że poszukiwanie danych o rodzicach naturalnych jest związane z potrzebą odnajdywania wspólnych cech. Zatem uznając potrzebę człowieka do poznania matki naturalnej, która nie jest matką społeczną, dziecko poszukuje matki genetycznej, a więc osoby, z którą dzieli wspólną pulę genów.

Powstaje jednak w związku z tym ważne pytanie, czy skoro, jak wynika z przeprowadzonych badań, ilość podobieństw pomiędzy rodzicami a dziećmi jest tak mała, to czy istotne zatem będzie podobieństwo pomiędzy osobą a jej

⁹ A. Trzeciakowska, *Prawda w adopcji – wybrane zagadnienia*, w: *Prawne i pozaprawne aspekty adopcji. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Wyższą Szkołę Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa w Poznaniu oraz Centrum Prawa Rodzinnego i Praw Dziecka Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. M. Andrzejewski, M. Łączkowska, Poznań 2008, s. 91.

¹⁰ A. Trzeciakowska, op. cit., s. 93.

¹¹ D. Brodzinsky, M. Schechter, R. Henig, *Being Adopted*, Nowy Jork 1993, s. 147.

dalszymi przodkami. Czy zatem poszukując swoich rodziców, rzeczywiście poznamy lepiej samych siebie?

W ocenie J. Winiarza i J. Gajdy dziecko odnajduje cechy wspólne z każdą osobą, która je wychowuje, niezależnie, czy jest to rodzic genetyczny czy społeczny¹².

Wydaje się, że choć trudno jednoznacznie rozstrzygnąć kwestię wpływu na kształtowanie się tożsamości człowieka jego świadomości genetycznego pochodzenia, to niewątpliwie należy uznać, iż zawsze może istnieć i zapewne istnieje potrzeba szukania swoich genetycznych przodków. Świadczy o tym chociażby od lat wzrastająca popularność tworzenia drzew genealogicznych rodzin, czy też popularność świadczonych profesjonalnie usług doszukiwania się znakomitych przodków.

Definicja matki w prawie polskim

Przechodząc na grunt rozważań prawnych, należy wyraźnie podkreślić, iż sprecyzowanie zagadnienia, kto jest matką osoby, jest kwestią fundamentalną zarówno dla prawa rodzinnego, jak i również prawa stanu cywilnego. Zgodnie z prawem polskim stosunek macierzyństwa może być konieczny dla ustalenia ojcostwa, ustalenia zakresu pokrewieństwa i – co z tym związane – zakresu roszczeń alimentacyjnych. Ustalenie prawnego macierzyństwa było i jest nie tylko przedmiotem rozważań w doktrynie prawa, ale również orzeczeń sądowych i to jeszcze przed wprowadzeniem nowelizacji k.r.o. z 2008 r. pomimo, co ważne, braku regulacji ustawowej tego zagadnienia¹³.

Z uwagi na rozwój uwarunkowań społecznych, jak również rozwój nauk sztucznego zapładniania oraz związany z nim problem matek zastępczych¹⁴ niewystarczająca dla określenia macierzyństwa okazała się zasada *mater semper certa est*¹⁵. Zaistniała zatem potrzeba jednoznacznego wskazania, kto jest matką dziecka¹⁶. Stało się to bezpośrednim powodem wprowadzenie do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego prawnej regulacji macierzyństwa.

¹² J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego*, Państwo i Prawo nr 10/1990, s. 76.

¹³ M. Działyńska, *Pochodzenie dziecka od małżonków*, Poznań 1987, s. 97.

¹⁴ B. Deskiewicz, *Udział prokuratora w procesie o ustalenie nieważności umowy o macierzyństwo zastępcze*, Prokuratura i Prawo nr 6/2010, s. 112.

¹⁵ M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005, s. 191.

¹⁶ R. Zagadło, *Nowelizacja KRO z 6.11.2008 r. Część I*, Edukacja Prawnicza nr 12/2009, s. 3.

Obecnie wskazuje się bowiem, że dziecko może posiadać matkę genetyczną, która jest dawczynią komórki płciowej, matkę biologiczną, która urodziła dziecko¹⁷, matkę społeczną, która dziecko wychowuje, i matkę prawną, która np. uzyskała prawa do dziecka w wyniku orzeczenia sądowego. Wprowadzenie do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego legalnej definicji matki niewątpliwie miało utrudnić czy wręcz uniemożliwić zawieranie umów o macierzyństwo zastępcze, tj. porozumień, na mocy których „(...) matka zastępcza zgadza się począć i urodzić dziecko oraz zamierza przekazać to dziecko innej lub innym osobom, rodzicom zamawiającym (...)”¹⁸. Oczywiście problem macierzyństwa zastępczego nie jest związany tylko z kwestią procedury in vitro, ale istniał już wcześniej w związku z np. cudzołóstwem jednego z małżonków popełnionego za zgodą drugiego¹⁹.

Po nowelizacji k.r.o. z 6 listopada 2008 r. zgodnie z art. 61⁹ k.r.o. matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. Uznaje się, że urodzenie dziecka jest zdarzeniem prawnym tworzącym stosunek macierzyństwa. Ustalenie macierzyństwa kobiety jest zagadnieniem fundamentalnym dla określania pokrewieństwa, gdyż dopiero istnienie stosunku macierzyństwa umożliwia ustalenie ojcostwa. Z obecnej regulacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie wynika jednak w sposób bezpośredni, że zaprzeczenie macierzyństwa podważa ustalone poprzednio ojcostwo, choć ustalenie macierzyństwa skutkuje domniemaniem ojcostwa męża.

Macierzyństwo zatem, zgodnie z polskim prawem, nie jest oparte na fakcie genetycznego pochodzenia dziecka od kobiety, ale na fakcie jego urodzenia²⁰. Przesłanką do zaprzeczenia macierzyństwa jest zatem wykazanie, że kobieta nie urodziła danego dziecka²¹. Zwolennicy takiej regulacji podnoszą, że po uchyleniu art. 8 §2 k.c., który przyznawał nasciturusowi pełną zdolność w zakresie stosunków niemajątkowych i warunkową w zakresie stosunków majątkowych, macierzyństwo powstaje w chwili urodzenia dziecka, a nie jego poczęcia²². Potwierdza to również Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzona w Strasburgu 15 października 1975²³, zgodnie z którą pochodze-

¹⁷ M. Dziewanowska, *Macierzyństwo zastępcze z pobudek altruistycznych*, *Studia Iuridica* nr LV/2013, s. 103.

¹⁸ S. Oraniewicz, *Umowy o macierzyństwo zastępcze wg common law w Australii*, *Prawo i Medycyna* nr 1/2009, s. 112.

¹⁹ M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze*, *Studia Prawnicze* nr 1/1993, s. 89.

²⁰ Art. 61⁹ k.r.o.

²¹ Art. 61¹² k.r.o.

²² K. Pietrzykowski, *Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 637.

²³ Dz. U. z 1999 r. Nr 79, poz. 888.

nie dziecka pozamałżeńskiego od matki ustala się wyłącznie na podstawie faktu urodzenia dziecka. Taki pogląd prezentował już w 1961 r. J. Litwin, twierdząc, że pochodzenie od danej matki wynika wprost z faktu urodzenia się z niej dziecka²⁴. Pogląd ten wydawał się dominować w doktrynie²⁵, choć należy również wskazać, że S. Ważbiński uznawał, że macierzyństwo genetyczne może być podstawą ustalenia macierzyństwa prawnego²⁶.

Należy jednoznacznie podkreślić, że nowa regulacja macierzyństwa uniemożliwia skuteczne ustalenie pochodzenia genetycznego dziecka od matki, gdyż łączy zarówno ustalenie macierzyństwa, jak i jego zaprzeczenie z faktem urodzenia dziecka, a nie z jego faktycznym genetycznym pochodzeniem. W doktrynie brak jest jednolitego poglądu oceniającego takie rozwiązania prawne. Dla przykładu, w ocenie E. Raczek taka regulacja naraża godność dziecka, gdyż nie może ono poznać swojego odmatczynego pochodzenia.²⁷ Co więcej, autorka reprezentuje pogląd, że taka regulacja dyskryminuje kobiety, które są dawczyniami materiału genetycznego, i sprawia, że dowody z badań DNA w sprawach o zaprzeczenie macierzyństwa stają się bezskuteczne.²⁸ Należy w tym miejscu zauważyć, że jeszcze przed wprowadzeniem tej regulacji prawnej zapadł wyrok Sądu Najwyższego²⁹, w którym przesłanką do zaprzeczenia macierzyństwa kobiety był również fakt urodzenia przez nią dziecka. Pogląd ten nie został jednak w doktrynie jednogłośnie zaakceptowany. Odmienne stanowisko prezentuje dla przykładu H. Haak, wywodząc, iż „O tym, kto jest biologiczną matką danego dziecka, nie decyduje to, która kobieta urodziła to dziecko, lecz to, która kobieta jest dawcą określonej komórki jajowej”³⁰, oraz A. Urbańska, uznając za matkę kobietę oczekującą na dziecko³¹.

²⁴ J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego*, Warszawa 1961, s. 19.

²⁵ A. Dyoniak, *Pozycja prawna dziecka urodzonego w następstwie implementacji embrionu*, Nowe Prawo nr 1/1989, s. 45, S. Piechocki, *Aspekty prawne sztucznego zapłodnienia i implementacji embrionu*, Nowe Prawo nr 1/1963, s. 6; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 419.

²⁶ S. Ważbiński, *Najnowsze osiągnięcia nauk przyrodniczych a kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Palestra nr 5/1966, s. 23.

²⁷ E. Raczek, *Nowelizacja kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Rozdział I. Pochodzenie dziecka (Dz.U. 2008, Nr 220, poz. 1431) – uwagi biegłego genetyka sądowego*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” nr 2/2009, s. 134.

²⁸ E. Raczek, op. cit., s. 135.

²⁹ Wyrok SN z dnia 15 czerwca 1967 r., II CR 89/67, LEX nr 6175.

³⁰ H. Haak, *Pochodzenie dziecka. Komentarz*. Toruń 1997, s. 11.

³¹ A. Urbańska, *Wpływ nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 6.11.2008 roku na sytuację prawną małoletniej matki*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Roczniki Prawnicze, nr 22/2010, s. 164.

Ustalenie macierzyństwa w prawie polskim przed wejściem w życie nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 6 listopada 2008 r.

We wcześniejszej doktrynie³² powstałej na podstawie poprzedniej regulacji prawnej, tj. bezpośrednio przed wprowadzeniem do k.r.o. definicji matki oraz powództw o ustalenie i zaprzeczenie macierzyństwa, prezentowany był pogląd, że na podstawie art. 86 k.r.o i art. 453 k.p.c. możliwe było powództwo o ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka zarówno od ojca, jak i od matki.³³ Przed upowszechnieniem się prokreacji medycznie wspomaganej J. Gwiazdomorski³⁴ wskazywał, że dowód macierzyństwa danej kobiety składa się z dwóch elementów, tj. z dowodu, że ta kobieta urodziła w określonym dniu dziecko, oraz z dowodu identyczności dziecka z dzieckiem urodzonym przez tę kobietę. Jako typowe sytuacje, w których przeprowadzane mogło być zaprzeczenie macierzyństwa wskazywano przypadek, w którym para wychowuje dziecko niewiadomego pochodzenia, oraz sytuację, w której dziecko wychowuje nie kobieta, która je bardzo młodo urodziła, ale jej matka. W takich bowiem przypadkach zdarzało się, że osoby wychowujące dziecko, a nie będące jego biologicznymi rodzicami, były wpisane do akt stanu cywilnego³⁵.

Powodem nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w przedmiotowym zakresie, co wskazywałam już wcześniej, był dynamiczny rozwój metod prokreacji wspomaganej. Należy podkreślić, że w wyniku takiego zabiegu jedno dziecko może posiadać dwie matki, tzw. genetyczną, od której pochodzi komórka rozrodcza, oraz matkę biologiczną, tj. kobietę, która była w ciąży i urodziła dziecko. Można zatem wskazać, że w sytuacji, gdy matka biologiczna nie jest matką genetyczną dziecka obecna regulacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie daje możliwości dochodzenia pochodzenia genetycznego od matki, a jedynie pochodzenia biologicznego. Uznając zatem, że intencją ustawodawcy było ograniczenie określania pochodzenia od matki jedynie do prawdy biologicznej³⁶, należałoby poddać analizie kwestię możliwości zastosowania nowej regulacji prawnej w przypadku konieczności ustalenia pochodzenia dziecka.

³² Z. Krzeмиński, *Kto jest legitymowany czynnie do wytoczenia sprawy o zaprzeczenie macierzyństwa*, Monitor Prawniczy nr 3/1998, s. 127.

³³ M. Działyńska, *Pochodzenie dziecka od małżonków*, Poznań 1987, s. 14.

³⁴ J. Gwiazdomorski, *System Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego*, red. J. Piątowski, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985, s. 626.

³⁵ J. Gwiazdomorski, op. cit., s. 628.

³⁶ J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza prawna umowy o zastępcze macierzyństwo*, Prawo i Medycyna nr 3/2009, s. 49.

Współczesne problemy z ustaleniem macierzyństwa

W praktyce niesłychanie trudne lub niemal wręcz niemożliwe będzie dochodzenie przez dziecko swojego pochodzenia od matki, która nie jest jego matką społeczną, zatem taką, która go wychowuje. Oprócz oczywistej trudności faktycznej w znalezieniu nieznanej matki, należy również wskazać na trudności prawne związane z udowodnieniem przez dziecko danej kobiecie, że je urodziła. Niewątpliwie ograniczeniem w tym zakresie jest fakt, iż pomimo obowiązku wynikającego z art. 38 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego³⁷ nie każdy fakt urodzenia dziecka jest zgłaszany, podobnie jak nie każdy poród jest rejestrowany, a dokumenty medyczne potwierdzające urodzenie się dziecka mogą również niekiedy zaginać. W takich sytuacjach należałoby uznać, iż możliwość przeprowadzenia testów genetycznych jest dużo łatwiejszym sposobem dowodzenia pochodzenia dziecka, lecz niemożliwym do zastosowania, nie tylko przez dziecko powstałe w wyniku prokreacji medycznie wspomaganą czy w sytuacji porzucenia dziecka, ale również wówczas, gdy matka społeczna jest jednocześnie matką biologiczną i genetyczną, a nie dysponuje dokumentacją z porodu.³⁸ Wskazać należy, iż jest to niewątpliwie znaczące ograniczenie dowodowe.

Dochodzenie biologicznego pochodzenia od matczynego dziecka możliwe jest na podstawie art. 61¹⁰ §2 k.r.o. Zgodnie z tą regulacją dziecko może wytoczyć powództwo o ustalenie macierzyństwa w każdym czasie przeciwko matce lub kuratorowi wyznaczonemu przez sąd opiekuńczy, jeżeli matka nie żyje. Wypada jednak podkreślić, że przedmiotowe powództwo możliwe jest do wytoczenia tylko w dwóch przypadkach – kiedy sporządzono akt urodzenia dziecka nieznanymi rodziców oraz gdy macierzyństwo kobiety wpisanej w akcie urodzenia zostało zaprzeczone.

W pierwszym przypadku, na podstawie art. 52 ust. 1 i 2 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, akt urodzenia sporządza się na podstawie orzeczenia sądu opiekuńskiego, który ustala w miarę możliwości miejsce i datę urodzenia dziecka, nadaje mu imię i nazwisko. W drugiej sytuacji zaś niezbędnym będzie wcześniejsze zaprzeczenie macierzyństwa, a więc udowodnienie, że kobieta wpisana do aktu urodzenia dziecka, faktycznie go nie urodziła. Zatem, co należy ponownie wyraźnie podkreślić, ustawodawca jednoznacznie wskazał, że nie jest istotne pochodzenie genetyczne dziecka od matki lecz pochodzenie biologicz-

³⁷ Ustawa z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, tekst jedn. Dz.U. z 2011 r., Nr 212, poz. 1264.

³⁸ Inny pogląd prezentuje T. Sokołowski, wskazując, że przesłanką do uznania, że jest się matką genetyczną, jest również uznanie, że jest się matką biologiczną, w: T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 465.

ne. Należy również podnieść, że w obowiązującym systemie prawnym została ograniczona względem powództwa o ustalenie ojcostwa, legitymacja do wytoczenia powództwa o ustalenie macierzyństwa. Przyznano ją bowiem jedynie matce, która urodziła dziecko i dziecku. Co więcej, takiej legitymacji nie posiada ojciec dziecka ani też mąż matki, która urodziła dziecko w czasie trwania małżeństwa pomimo, że powództwo takie wpływa również na jego sytuację rodzinną. W literaturze tematu wskazuje się, że takie ograniczenie kręgu podmiotów legitymowanych do dochodzenia macierzyństwa oparte jest na przekonaniu, że ukształtowanie tej relacji należy do wyłącznej decyzji matki i dziecka i nie może być sprzeczne z wolą matki³⁹. Podobnie jak w sytuacji ustalania ojcostwa, dziecko nie ma ograniczeń czasowych dla wytoczenia powództwa o ustalenie macierzyństwa, zaś matka może takie powództwo wytoczyć do czasu uzyskania przez dziecko pełnoletności.

Prawo do poznania matki wiąże się również z drugim dopuszczalnym przez ustawodawstwo powództwem, tj. powództwem o zaprzeczenie macierzyństwa. Zgodnie z art. 61¹² k.r.o. jest ono dopuszczalne w przypadku niezgodności aktu urodzenia dziecka z prawdą biologiczną, a więc wówczas, kiedy w akcie urodzenia dziecka widnieje kobieta, która dziecka nie urodziła. Legitymacja do wytoczenia tego powództwa, inaczej niż w przypadku ustalenia macierzyństwa, przysługuje nie tylko matce i dziecku, ale również kobiecie wpisanej w akcie urodzenia dziecka oraz mężczyźnie, którego ojcostwo zostało ustalone z uwzględnieniem macierzyństwa. Analogicznie jak w przypadku ustalania ojcostwa, legitymację procesową zarówno w zakresie ustalenia, jak i zaprzeczenia macierzyństwa posiada również prokurator, który nie jest w tym zakresie ograniczony żadnymi terminami⁴⁰, choć zgodnie z art. 61¹⁶ k.r.o. nie może wytoczyć powództw po śmierci dziecka.

Prawo do ustalenia pochodzenia od matki w przypadku przysposobienia

Poznanie swojego biologicznego pochodzenia od matki będzie również bardzo utrudnione w przypadku adopcji pełnej. Przysposobienie zawsze powoduje ustanie pewnych praw i obowiązków prawno-rodzinnych, jak również spadkowych. Z punktu widzenia jednak skutków przysposobienia można je podzielić na pełne i niepełne. Uznaje się, że podstawowym rodzajem przysposobienia

³⁹ K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1194.

⁴⁰ K. Gromek, op. cit., s. 1198.

w polskim Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym jest przysposobienie pełne rozwiązywalne, choć kodeks dopuszcza również przysposobienie pełne nierozwiązywalne.⁴¹

Koncentrując swe rozważania na kwestii prawa do poznania matki w przypadku adopcji, niezbędne wydaje się krótkie zanalizowanie najważniejszych prawnych uregulowań tej instytucji w prawie cywilnym.

Przysposobienie niepełne zgodnie z art. 124 k.c. może nastąpić na żądanie przysposabiającego i za zgodą osób, których zgoda jest do przysposobienia potrzebna. Polega ono na tym, że powstają stosunki wyłącznie między przysposabiającym a przysposobionym. Jednakże i w tym przypadku skutki przysposobienia nie rozciągają się na zstępnych przysposobionego. Przy takim przysposobieniu nie ustają wszystkie związki prawne między przysposobionym a jego rodziną naturalną, nie sporządza się zatem nowego aktu urodzenia, a jedynie do istniejącego dopisuje się wzmiankę o przysposobieniu. Przy przysposobieniu niepełnym rodzice adopcyjni nie zastępują w akcie urodzenia rodziców naturalnych przysposobionego, a więc prawo do poznania swojego genetycznego pochodzenia nie jest w większym stopniu ograniczane, niż w sytuacji, kiedy dziecko nie jest adoptowane.

Ograniczenie w poznaniu własnego pochodzenia może wystąpić w sytuacji, kiedy dziecko zostaje przysposobione w sposób pełny. Orzeczenie o przysposobieniu pełnym tworzy nowy stan cywilny, który obejmuje nie tylko strony stosunku przysposobienia, ale również krewnych osoby przysposabiającej. Zgodnie z art. 121 k.r.o. przez przysposobienie powstaje między przysposabiającym a przysposobionym taki stosunek, jak między rodzicami a dziećmi, co z tym związane, ustają więzi prawne pomiędzy przysposobionym a jego naturalną rodziną. Dziecko tak przysposobione otrzymuje nazwisko przysposabiającego, a jeżeli został przysposobiony przez małżonków wspólnie, albo jeżeli jeden z małżonków przysposabia dziecko drugiego małżonka – nazwisko, które noszą albo nosiłyby dzieci zrodzone z tego małżeństwa⁴².

Zgodnie z art. 47 ustawy PrASC, jeżeli przysposobienie zostało dokonane wspólnie przez małżonków, w odpisie skróconym aktu urodzenia wymienia się przysposabiających jako rodziców przysposobionego. Jeżeli przysposobienie zostało dokonane przez męża matki lub żonę ojca dziecka, w odpisie skróconym aktu urodzenia wymienia się przysposabiającego oraz jego małżonka jako rodziców dziecka. W razie przysposobienia dziecka przez osobę niepozostającą w związku małżeńskim, w odpisie skróconym aktu urodzenia wymienia się

⁴¹ E. Holowińska-Łapińska, *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, T. 12, red. T. Smyczyński, Warszawa 2011, s. 649.

⁴² Art. 124 k.r.o.

przysposabiającego jako rodzica dziecka. Jako imię drugiego z rodziców wpisuje się imię wskazane przez przysposabiającego, a jako nazwisko drugiego z rodziców i jego nazwisko rodowe – nazwisko przysposabiającego.

Co więcej, w razie orzeczenia przysposobienia pełnego rozwiązalnego, może być sporządzony nowy akt urodzenia przysposobionego, w którym jako rodziców wpisuje się przysposabiających. W akcie takim nie znajduje się żadna wzmianka o adopcji, a zatem nie różni się on niczym od aktu urodzenia dziecka nie przysposobionego.⁴³ Takie rozwiązania w prawie polskim pozwoliły w konsekwencji utajnić przysposobienie.

Zgodnie z brzmieniem art. 124¹ k.r.o. w wypadku, gdy rodzice przysposobionego wyrazili przed sądem opiekuńczym zgodę na jego przysposobienie bez wskazania osoby przysposabiającego, nie jest dopuszczalne ustalenie pochodzenia przysposobionego przez uznanie ojcostwa, sądowe ustalenie lub zaprzeczenie jego pochodzenia, ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa.

Zatem tzw. przysposobienie pełne nierozwiązalne, co należy wyraźnie podkreślić, w sposób naturalny ogranicza możliwość dochodzenia przez dziecko swojego genetycznego, jak i biologicznego pochodzenia zarówno od ojca, jak i od matki⁴⁴.

Ponadto jak wynika z analiz rozwiązań prawnych w ustawodawstwie polskim, brak jest analogicznych norm w przypadku adopcji pełnej rozerwalnej, stąd niezbędne jest odniesienie się do orzeczeń Sądu Najwyższego z lat 70. W uchwale⁴⁵ z dnia 20 marca 1976 r. Sąd Najwyższy uznał, że orzeczenie pełnego przysposobienia dziecka nie stoi na przeszkodzie ustaleniu ojcostwa. Nie dotyczy to przewidzianego w art. 124¹ k.r.o. wypadku, gdy rodzice wyrazili zgodę na przysposobienie bez wskazania osoby przysposabiającego. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy również we wcześniejszym wyroku z 21 lutego 1973 r.⁴⁶ uznając, że orzeczenie pełnego przysposobienia dziecka pozamałżeńskiego nie stoi na przeszkodzie żądaniu przez matkę dziecka ustalenia ojcostwa tego dziecka. Przewidywane w art. 84 § 1 k.r.o. uprawnienie do wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa w imieniu własnym jest osobistym prawem matki. Zerwanie więzi prawnej łączącej przysposobionego z rodziną naturalną nie pozbawia matki tego prawa, ograniczenie takie bowiem nie wynika z Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, ani też z Kodeksu postępowania cywilnego.

⁴³ Art. 47 PrASC.

⁴⁴ J. Ignatowicz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2012, s. 1053.

⁴⁵ Uchwała SN z dnia 20 marca 1976 r., III CZP 77/75, OSNC 9/1976, poz. 185.

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 21 lutego 1973 r., III CRN 332/72, OSNC 12/1973, poz. 224.

Legitymację do wytoczenia powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa będzie miał prokurator oraz przysposobiony, a także kobieta wpisana jako matka dziecka w jego pierwotnym akcie urodzenia oraz kobieta nie wpisana jako matka, która uprawdopodobni, że urodziła dziecko. Zaprzeczenia macierzyństwa może żądać również mężczyzna, który ma status ojca dziecka. Kobieta, która twierdzi, że jest matką dziecka, może wnosić o ustalenie macierzyństwa. Uznaje się zatem, że prawa i obowiązki wynikające z pokrewieństwa przy przysposobieniu pełnym rozwiązalnym podlegają uśpieniu, a następnie aktualizacji, gdy przysposobienie zostanie rozwiązane.⁴⁷

Tajemnica przysposobienia a prawo do poznania swojej matki biologicznej

Problem prawa do poznania swojego genetycznego pochodzenia dzieci adoptowanych wiąże się ściśle z problematyką tajemnicy przysposobienia. Choć stosunek do tej tajemnicy był w przeszłości różny, to nowelizacja przepisów dotyczących zmiany aktu urodzenia z 1995 r. oceniana była powszechnie jako dowód na to, że minął okres „fascynacji tajności przysposobienia”⁴⁸. Podstawową funkcją społeczną przysposobienia jest stworzenie dziecku środowiska rodzinnego oraz umożliwienie realizacji potrzeb rodzicielskich. Potrzeby rodziców przysposabiających odnoszą się również do przekazania dziecku duchowej i materialnej spuścizny nowej rodziny, czemu niewątpliwie sprzyja tajność adopcji.

Należy zauważyć, że tajemnicę przysposobienia można rozważać zarówno w relacjach wewnętrznych, tj. między stronami przysposobienia, jak również w relacjach zewnętrznych czyli wobec osób trzecich. Zdaniem J. Gajdy możliwe do wyodrębnienia jest dobro osobiste w postaci tajemnicy przysposobienia. Dobro takie znajduje swoje uzasadnienie w art. 23 k.c., który nie zawiera zamkniętego katalogu dóbr osobistych. Ochrona tajemnicy przysposobienia odnosi się w tym zakresie zarówno do przysposobionego, przysposabiającego, jak również do rodziców naturalnych oraz osób trzecich.⁴⁹ Autor uważa, że naruszenie takiego dobra stanowić może nie tylko zagrożenie funkcjonowania rodziny adopcyjnej, ale również rodziny naturalnej przysposobionego. Podkreśla rów-

⁴⁷ E. Holowińska-Łapińska, *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 658.

⁴⁸ E. Holewińska, op. cit., s. 673.

⁴⁹ J. Gajda, *Tajemnica przysposobienia w polskim prawie rodzinnym*, w: *Prawne i pozaprawne aspekty adopcji*, red. M. Andrzejewski, M. Łączkowska, Poznań 2008, s. 48.

nież, że nie istnieje definicja legalna samego pojęcia tajemnicy, choć zauważa, że istotą tajemnicy przysposobienia jest nie rozgłaszanie o adopcji, a nie jej utajanie.

Podobny pogląd prezentuje E. Holewińska-Łapińska, uznając, że granice tajemnicy przysposobienia określają głównie przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁵⁰. Za zasadne uznaje również wyróżnienie tajemnicy przysposobienia w warunkach zewnętrznych i wewnętrznych, podnosząc jednak, że w stosunkach wewnętrznych podstawową zasadą jest nie tajność przysposobienia, ale jego jawność. Zgodnie bowiem z art. 118 k.r.o. do przysposobienia potrzebna jest zgoda przysposabianego, który ukończył lat trzynastu, a jeżeli przysposobiony nie ukończył lat trzynastu, to i tak sąd opiekuńczy powinien go wysłuchać, jeżeli może on pojąć znaczenie przysposobienia. Odstąpienie od wymogu zgody dziecka może nastąpić zgodnie z § 3 art. 118 k.r.o. jedynie wówczas, jeżeli przysposabiany nie jest zdolny do wyrażenia zgody lub jeżeli z oceny stosunku między przysposabiającym a przysposabianym wynika, że uważa się on za dziecko przysposabiającego, a żądanie zgody lub wysłuchanie byłoby sprzeczne z dobrem przysposabianego. Odstąpienie zatem od zasady jawności może nastąpić tylko zupełnie wyjątkowo, głównie może to mieć miejsce w sytuacji, jeżeli dziecko uważa rodziców przysposabiających za rodziców naturalnych. Zdaniem E. Holewińskiej-Łapińskiej⁵¹ powinno wówczas nastąpić ustalenie lub przynajmniej uprawdopodobnienie, że istotnie dziecko uważa rodziców przysposabiających za rodziców naturalnych. Co więcej, takie uchylene jawności przysposobienia w dacie orzekania nie oznacza, że z upływem czasu tajemnica przysposobienia nie stanie się zagrożeniem dobra dziecka. Teoretycznie bowiem wówczas istniałaby możliwość, żeby na podstawie art. 109 k.r.o. sąd zobowiązał rodziców lub inne osoby do ujawnienia tej tajemnicy dziecku.

O uznaniu dobra osobistego w postaci tajemnicy przysposobienia niewątpliwie należałoby mówić w ograniczonym zakresie. Na poziomie aksjologicznym trudno bowiem jednoznacznie wskazać, czy istotniejsza jest ochrona tajemnicy przysposobienia, czy też ochrona możliwości poznania przez dziecko swoich naturalnych krewnych. Za ochroną pierwszego dobra przemawia niewątpliwie fakt, iż tajemnica przysposobienia sprzyja decyzji par o adopcji, w sytuacji takiej bowiem dziecko staje się niejako naturalnym dzieckiem pary przysposabiającej. Za ochroną drugiego rozwiązania przemawiają jednak niektóre opinie psychologów wskazujące, że ujawnienie dziecku prawdy o jego pochodzeniu wpływa pozytywnie na konstruowanie jego tożsamości.

⁵⁰ E. Holewińska-Łapińska, *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 674.

⁵¹ Ibidem.

Wydaje się jednak, że niezależnie od różnych stanowisk prezentowanych w doktrynie prawa cywilnego, przesądzającą w tym zakresie powinna być regulacja ustawowa. Zgodnie z k.r.o. dziecko ma zawsze możliwość uzyskania wglądu do swojego pierwotnego aktu urodzenia. Akceptując zatem to, że istnieje pewne ograniczenie w postaci tajemnicy adopcji, nie sposób przyjąć, że jest to prawo bezwzględnie obowiązujące.

Prawo do poznania matki genetycznej

Uznając zatem, że istnieje w Polsce prawo do poznania przez dziecko matki biologicznej choć, co należy podkreślić, ma ono również pewne ograniczenia, należy rozważyć, czy w oparciu o obowiązujące przepisy możliwe jest również wyróżnienie prawa do poznania matki genetycznej.

Z regulacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wynika wprost, że w tym zakresie prawo dziecka do poznania swojego genetycznego pochodzenia jest nie-
możliwe do pogodzenia z prawem filiacyjnym. Można zatem postawić pytanie, czy możliwe jest ustalenie takiego prawa, które będzie niejako konkurencyjne wobec prawa stanu cywilnego i nie będzie go modyfikowało.

W doktrynie widoczny jest problem relacji mechanizmów filiacyjnych oraz prawa do poznania własnej tożsamości genetycznej. Dominującym stanowiskiem jest łączenie tego prawa z filiacją. Rekonstruowanie więc prawa do poznania pochodzenia genetycznego, jako prawa konkurencyjnego względem prawa stanu, byłoby wątpliwe⁵². Tradycyjnie wydaje się, że mechanizmy filiacji nakierowane są bowiem na ustalanie praw stanu zgodnie z prawdą genetyczną. Niekiedy mówi się o naturalnym stanie cywilnym, który jednak ma doniosłość prawną dopiero wtedy, gdy jest jednocześnie stanem cywilnym zgodnym z prawem. Wyłączną doniosłość prawną ma więc stan cywilny wynikający jedynie z aktów stanu cywilnego, a ewentualną niezgodność można udowodnić, w myśl art. 4 PrASC, jedynie w postępowaniu sądowym. Z treści ustawy PrASC wynika, że rejestr stanu cywilnego oparty jest na zasadzie prawdy obiektywnej.⁵³ Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego⁵⁴ to państwo jest zainteresowane tym, aby akty stanu cywilnego należycie odzwierciedlały stan rzeczywisty i by nie pozostawały ze sobą we wzajemnej sprzeczności. Akty stanu cywilnego służą zatem do

⁵² M. Safjan, op. cit., s. 287.

⁵³ A. Czajkowska, E. Pachniewska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism*, Warszawa 2009, s. 18.

⁵⁴ Wyrok SN z 17 listopada 1955 r., II CO 16/55, OSN 1956, poz. 53.

rejestracji zdarzeń, a same w sobie nie tworzą nowych czy odmiennych stanów prawnych⁵⁵.

Co więcej, należy wskazać, że zgodnie z art. 30 PrASC akta stanu cywilnego unieważnia się w przypadku stwierdzenia zdarzenia niezgodnego z prawdą. Zatem na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego nie jest możliwe oderwanie prawdziwego pochodzenia dziecka od aktów stanu cywilnego chyba, że taką możliwość wyraźnie wskazuje ustawa. Udowodnienie zatem, że informacja umieszczona w akcie stanu cywilnego jest nieprawdziwa skutkować powinna unieważnieniem takiego aktu i sporządzeniem nowego – zgodnego z prawdą.

Wyjątkami od takiego założenia są niewątpliwie sytuacje, kiedy ustawa wprost wskazuje pewne definicje legalne, które są swojego rodzaju odejściem od zasady prawdziwości aktów stanu cywilnego. Dla przykładu taką definicją jest wskazanie, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. Trudno jednoznacznie wskazać, czy skoro ustawodawca świadomie w takim przypadku odchodzi od oparcia stanu cywilnego na prawdzie genetycznej, możliwe jest w tym wyjątkowym przypadku również oderwanie ustalenia pochodzenia od kwestii filiacyjnych. Wydaje się jednak, że w takich sytuacjach, choć mogą zostać przeprowadzane badania, które wykażą nieprawdziwość wpisu w akcie urodzenia, nie sposób prawnie przeprowadzić postępowania wykazującego, że kobieta, która genetycznie nie jest spokrewniona z dzieckiem, nie jest w sensie prawnym jego matką, jeżeli je urodziła. W tym zakresie zatem pokrewieństwo genetyczne nie wpływa w żaden sposób na sytuację prawną, a regulacje prawa rodzinnego i opiekuńczego umożliwiają realizację prawa do poznania swojego pochodzenia biologicznego, a nie genetycznego od matki.

Należy ponadto wskazać, że prawo polskie, uniemożliwiając poznanie matki genetycznej co do zasady, nie uniemożliwia poznania matki biologicznej, tak jak jest to np. w prawie włoskim poprzez dopuszczenie anonimowości matki⁵⁶.

Wymaga podkreślenia, że prawo do poznania swojej matki w prawie polskim oznacza poznanie tylko matki biologicznej. Co ważne, regulacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, gwarantując dziecku takie prawo, ogranicza je, *de facto* uniemożliwiając jednak skorzystanie z niego poprzez wyłączenie możliwości przeprowadzania badań genetycznych jako dowodu potwierdzającego

⁵⁵ Wyrok SN z 29 grudnia 1947 r., CI 1941/47, Państwo i Prawo nr 8/1948, s. 125.

⁵⁶ S. Stefanelli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini* w: *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, red. L. Casseti, Università degli studi di Perugia. Dipartimento di diritto pubblico, dostępne *on line*: www.diritti-cedu.unipq.it, data wejścia 16.10.2013 r. Taką możliwość daje Decreto del Presidente della Repubblica 3 Novembre 2000 n. 396 Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127. Gazzetta Ufficiale n. 303/ 2000.

pokrewieństwo z matką. Dziecko bowiem w procesach o ustalenie macierzyństwa obowiązane jest do wykazania, że zostało urodzone przez daną kobietę, a nie, że pochodzi od niej w sposób genetyczny. Ponadto wydaje się, że wprowadzenie klasycznej zasady w odniesieniu do macierzyństwa, że matką jest kobieta, która urodziła dziecko, nie rozwiązuje żadnych problemów związanych z macierzyństwem zastępczym, gdyż w wyniku sytuacji, kiedy dopuszcza się zawieranie takich umów⁵⁷ – matką dziecka zostaje kobieta, która nie chciała tego dziecka, nie czuje się z nim związana emocjonalnie, nie łączy ją z nim wspólne geny – co więcej, chce je oddać⁵⁸. Należy zatem rozważyć, czy prawo rodzinne, które winno stać na straży dobra dziecka, w tym przypadku nie chronić prawdy materialnej tworzy tym samym niekorzystną sytuację prawną dziecka.

Wydaje się, że trudno również uznać, że definicja zawarta w art. 61⁹ k.r.o. jest *de facto* domniemaniem prawnym obalonym, gdyż nie wskazuje na to ani uzasadnienie projektu ustawy⁵⁹, ani też redakcja przepisu. Co więcej, należy wskazać, że sformułowanie art. 61⁹ k.r.o. zgodne jest z § 151 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”⁶⁰, określającym sposób formułowania definicji legalnych. Należy zatem uznać, że jedyną możliwością udowodnienia macierzyństwa jest wykazanie faktu urodzenia dziecka, a zatem w sytuacjach, kiedy takie dowodzenie nie będzie możliwe dziecko zostanie pozbawione możliwości dochodzenia prawa do ustalenia pochodzenia od matki.

Prawo do poznania matki genetycznej a prawo do prywatności matki genetycznej

Prawu do poznania swojego genetycznego pochodzenia niekiedy bywa również przeciwstawiane prawo do prywatności rodziców genetycznych oraz prawo do ochrony rodziny, którą założył rodzic dziecka lub też nowej rodziny dziecka, która nie musi być z nim spokrewniona. Prawo do prywatności zaś związane jest z faktem, że rodzic zrzekł się praw do dziecka, jak to jest w przypadku adopcji pełnej, lub też nigdy ich nie nabył, jak to jest w przypadku dawstwa

⁵⁷ Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują, że umowy takie nie wywołują żadnych skutków prawnych. Tak np. M. Gołowkin-Hudała, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy wobec macierzyństwa medycznie wspomaganego*, Opolskie Studia Administracyjno-prawne, 5/2008, s. nr 51.; M. Fras, D. Abłażewicz, *Umowy o macierzyństwo zastępcze i jej dopuszczalność na tle prawa polskiego*, Rodzina i Prawo 9–10/2008, s. 118.

⁵⁸ M. Dziewanowska, op.cit., s. 105 i 106.

⁵⁹ Uzasadnienie do projektu ustawy, druk sejmowy nr 629, s. 3.

⁶⁰ Dz.U. z 2002 r., Nr 100, poz. 908.

komórki rozrodczej do banku takich komórek. Niewątpliwie są to prawa, które są konkurencyjne względem prawa do poznania swojego genetycznego pochodzenia i stanowią swego rodzaju granicę dla tego prawa, dlatego też wymagają przeanalizowania.

Słusznie wskazuje M. Andrzejewski⁶¹, że więzami tworzącymi rodzinę w rozumieniu polskiego prawa jest pokrewieństwo, przysposobienie, powinowactwo oraz małżeństwo. Prawo polskie nie chroni więc naturalnej więzi genetycznej łączącej dwoje ludzi, o ile nie jest ona potwierdzona w sposób prawny. Zatem ani Konstytucja, ani Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie chronią tej ewentualnej przyszłej rodziny, która może powstać w wyniku zmiany aktów stanu cywilnego, lecz tę, która jest rodziną prawną.

Należałoby zadać pytanie, czy zatem osoba, która nie jest prawnym rodzicem, może zostać zmuszona do wykonania badań DNA, i jakie skutki będzie miała odmowa takiej zgody i czy osoba taka może powołać się na zasadę ochrony rodziny? Czy też zawsze będzie konieczność ujawnienia danych takiej matki?

W rozumieniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁶² wykluczenie dostępu do danych matki, która zaraz po porodzie zrzekła się prawa do dziecka, jest zgodne z art. 8 Konwencji. Trybunał uznawał, że ludzie mają żywotny interes w uzyskaniu informacji koniecznych do poznania i zrozumienia ich dzieciństwa oraz wczesnego okresu rozwoju. W sprawie tej jednak Trybunał wskazał, że nie można lekceważyć życzenia matki, która chce pozostać anonimowa. Poza tym ujawnienie przez władze naturalnej matki bez jej zgody mogłoby wiązać się z poważnym ryzykiem nie tylko dla niej, ale także dla rodziny adopcyjnej, która wychowała dziecko, jak również jej biologicznego ojca i rodzeństwa. Oni bowiem również mogą domagać się poszanowania ich prawa do prywatności i ochrony rodziny. W sytuacji jednak, gdy wszystkie strony chcą poznać swoją tożsamość, prawo nie powinno uniemożliwiać im tego nawet wówczas, kiedy więź rodzicielska wygasła, albo nigdy nie powstała.

W orzeczeniu z dnia 3 lipca 2003 r. *Jäggi v Szwajcarii*⁶³ Trybunał zgodził się, że osoby starające się ustalić swoich przodków mają istotny interes chroniony konwencją, aby uzyskać niezbędne informacje do ujawnienia prawdy o ważnym aspekcie ich tożsamości. Jednocześnie potrzeba ochrony praw innych osób może nie stać na przeszkodzie zmuszeniu ich do poddania się analizom medycznym, zwłaszcza testom genetycznym. We wskazanym orzeczeniu pobranie materiału miało nastąpić z ciała zmarłej osoby. Trybunał uznał,

⁶¹ M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2011, s. 19.

⁶² L. Garlicki, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do art. 1–18*, t. I, Warszawa 2010, s. 496.

⁶³ Skarga nr 58757/00, LEX nr 261709.

że w takiej sytuacji poszanowanie prawa do prywatności osoby zmarłej, której DNA miałyby być badane, nie zostało narażone na szwank.

Powstaje zatem wątpliwość, czy w razie dochodzenia praw innej osoby do ustalenia swojego genetycznego pochodzenia domniemany rodzic może powoływać się na ochronę swoich uznanych dzieci jako powód odmowy wykonania badań genetycznych czy uznania dziecka? Należałoby się zastanowić, jakie negatywne skutki mogłoby mieć takie ewentualne stwierdzenie macierzyństwa dla dzieci rodzica.

Niewątpliwie można takie skutki podzielić na dwie grupy, czyli takie związane z ewentualnym cierpieniem psychicznym i majątkowe. Poprzez ujawnienie faktu, że wobec danego rodzica toczy się postępowanie o ustalenie ojcostwa, może bowiem zostać zachwiany wizerunek rodzica, który oddał dziecko do adopcji i utrzymywał ten fakt w tajemnicy, jak również oddawał swoje komórki rozrodcze do banku takich komórek.

Uznanie kolejnego dziecka może wiązać się również z pogorszeniem sytuacji majątkowej dziecka. Utrzymanie kolejnego dziecka nawet w formie alimentów niewątpliwie uszczupli budżet domowy, a zatem również wydatki na utrzymanie dziecka. Co więcej, po śmierci rodzica w ramach dziedziczenia ustawowego będą dziedziczyły wszystkie dzieci, zatem majątek zostanie znów podzielony. Można więc stwierdzić, że niekiedy dochodzenie prawa do poznania swojego genetycznego pochodzenia może być przeciwne dobru innych dzieci domniemanego rodzica.

Prawo domniemanego rodzica będzie związane z prawem do intymności tak osobistych decyzji związanych z prokreacją. Należałoby się bowiem zastanowić, czy osoba taka nie zdecydowała się na tę formę zrzeczenia się praw rodzicielskich lub oddania swoich komórek rozrodczych tylko dlatego, że była przekonana, że zostanie zachowana jej anonimowość. Wydaje się, że przy braku wyraźnej regulacji ustawowej trudno pominąć argument wynikający z chęci anonimowości. Co więcej, należy podnieść, że taki rodzic sam nie ma możliwości dochodzenia swojego pokrewieństwa między nim a dzieckiem. Podobną regulację zawiera również art. 124¹ k.r.o., w wypadku bowiem, gdy rodzice przysposobionego wyrazili przed sądem opiekuńczym zgodę na jego przysposobienie bez wskazania osoby przysposabiającego, nie jest dopuszczalne ustalenie pochodzenia przysposobionego przez uznanie ojcostwa, sądowe ustalenie lub zaprzeczenie jego pochodzenia, ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa.

Trudno jest jednoznacznie wskazać, czy zawsze domniemany rodzic będzie mógł powołać się na swoje prawo do prywatności i ochrony nowej rodziny, lecz należałoby zawsze ważyć zarówno prawa osoby domagającej się poznania swoich genetycznych przodków, jak również prawo do prywatności tychże przodków.

Prawo do poznania matki biologicznej i genetycznej w prawie włoskim i brytyjskim

Oczywistym jest, że uznanie, w zakresie procederu matek zastępczych oraz zapłodnienia z wykorzystaniem komórki rozrodczej pochodzącej z banku komórek rozrodczych, iż matką jest matka biologiczna, a nie genetyczna, nie jest rozwiązaniem prawnym różniącym się od regulacji występujących w innych krajach europejskich.

Prawo do poznania swojego genetycznego pochodzenia rozpatrywane jest przez brytyjskie prawo właściwie w dwóch przypadkach, tj. zapłodnienia z wykorzystaniem komórek rozrodczych dawcy oraz przysposobienia.

W przypadku zapłodnienia z wykorzystaniem nasienia dawcy zabiegi takie w praktyce przez długi czas wykonywane były z zachowaniem pełnej anonimowości. Nierzadko lekarze do każdej próby wykorzystywali nasienie pochodzące od innego dawcy, a następnie niszczyli materiały mogące świadczyć o osobie dawcy. W Europie powyższa anonimowość została po raz pierwszy zinstytucjonalizowana przez narodowy program donacji gamet we Francji, utworzony w 1973 r., i w takim kształcie była zachowana we właściwie wszystkich krajach europejskich do początku lat 80. Jednak począwszy od 1985 r., sytuacja zaczęła się powoli zmieniać, anonimowość dawców została zniesiona w Szwecji, Niemczech, Austrii, Szwajcarii, Holandii, Norwegii, a nawet poza Europą – w Australii (stan Victoria i Zachodnia Australia) i Nowej Zelandii. W Wielkiej Brytanii anonimowość dawców została zniesiona nieco później, bo dopiero z dniem 1 kwietnia 2005 r.

W świetle nowych przepisów brytyjskich dzieci urodzone z wykorzystaniem nasienia lub komórek jajowych dawców, po ukończeniu 18 lat będą mogły uzyskać informacje o osobie dawcy, podczas gdy poprzednio zapewniony był dostęp jedynie do informacji nieidentyfikujących.

W Wielkiej Brytanii, podobnie jak w innych systemach prawnych, w których zniesiona została anonimowość dawców, z prawem do ujawnienia swojego pochodzenia genetycznego nie są związane żadne prawne lub finansowe zobowiązania dawców komórek wobec dzieci poczętych z ich wykorzystaniem. Niezależnie od powyższych regulacji, tożsamość dawcy może zostać zawsze ujawniona w przypadku wniesienia powództwa odszkodowawczego przeciwko dawcy lub osobie trzeciej przez dziecko, które zostało urodzone z wrodzoną wadą.

Prawo do określenia własnej tożsamości obejmować może nie tylko prawo do poznania tożsamości dawców, ale począwszy od nowelizacji Human

Fertilisation and Embryology Act w 2008 r.⁶⁴, także prawo do poznania faktu istnienia, liczby, płci, roku urodzenia, a w przypadku wzajemnej zgody, także danych identyfikujących biologiczne rodzeństwo. Trzeba jednak wskazać, iż w praktyce, niezależnie od istnienia takich regulacji prawnych, ich skuteczność jest uzależniona od wiedzy dziecka o okolicznościach jego poczęcia.

Prawo do poznania swojego genetycznego pochodzenia rozważane jest również w przypadku dzieci przysposobionych. Należy wskazać, iż znaczenie świadomości swojego pochodzenia dla tożsamości dziecka było wielokrotnie dyskutowane na przestrzeni ostatnich 30-tu lat w literaturze poświęconej adopcji. Prawo dzieci adoptowanych do poznania tożsamości rodziców biologicznych jest gwarantowane przez Adoption and Children Act 2002, chyba że ujawnieniu informacji sprzeciwiłby się sąd. Co więcej, sąd może również orzec o kontaktach dziecka z rodzicami biologicznymi.

Adoption and Children Act 2002⁶⁵ zreformował brytyjskie prawo adopcyjne poprzez uznanie zasady jawności przysposobienia. Zgodnie z art. 60 ustawy osobie, która ukończyła 18 lat, przysługuje prawo dostępu do danych adopcyjnych poprzez uzyskanie kopii dokumentów adopcyjnych. Należy wyraźnie podkreślić, że sąd nie może jednak zezwolić na ujawnienie tych dokumentów przed wykazaniem przez taką osobę, że została poinformowana o możliwości konsultacji w zakresie konsekwencji poznania tych danych oraz, że została jej faktycznie umożliwiona taka konsultacja. Adoption and Children Act 2002 wprowadził Rejestr Kontaktów Adopcyjnych, który umożliwia poznanie przez dzieci adoptowane swoich biologicznych rodziców i krewnych. Dane w rejestrze umieszcza Register General. Należy jednak wskazać, że w rejestrze pojawiają się dane tylko osób, które wyraziły na to wolę i spełniły trzy warunki:

- a) ukończyły 18 lat,
- b) ich akt urodzenia jest w posiadaniu Register General,
- c) Register General upewnił się, że osoba przysposobiona ma wystarczającą informację do otrzymania poświadczanego odpisu swojego aktu urodzenia.

Rejestr ma bowiem na celu umożliwienie kontaktu między dziećmi poszukującymi swoich biologicznych rodziców i jego krewnymi w klasycznym rozumieniu tego wyrazu, a więc biologicznymi. Z drugiej strony, takie ukształtowanie prawa w Wielkiej Brytanii pozwala niewątpliwie w pełni chronić prywatność osób, które takiego kontaktu nie szukają.

⁶⁴ Human Fertilisation and Embryology Act 1990, c. 37.

⁶⁵ Adoption and Children Act 2002, c. 38.

W orzecznictwie sądów brytyjskich również odnotować można rozwiązanie kwestii zagwarantowania prawa do niewiedzy o swoim genetycznym pochodzeniu. Dla przykładu podam sprawę T. Dotyczyła ona 11-letniego chłopca, urodzonego przez 14-letnią dziewczynę, która nie mogła wychować dziecka. Dziecko zostało oddane na wychowanie babci. W dniu 10. urodzin chłopca pojawił się mężczyzna, który podał się za ojca dziecka i domagał się przyznania mu prawa opieki. W postępowaniu sądowym domniemany ojciec domagał się wykonania testów DNA mających potwierdzić fakt ojcostwa. Sąd uznał, iż z punktu interesów dziecka utrzymanie fikcji pokrewieństwa z rodziną, w której się wychowuje, może być ważniejsze niż dojście do obiektywnej prawdy o genetycznym pochodzeniu. Dlatego też nakazano pobranie próbek od stron postępowania, jednakże ostateczną decyzję o przeprowadzeniu testu ma podjąć chłopiec w momencie, gdy będzie zdolny do podjęcia decyzji. Na tym przykładzie widać wyraźnie, że zniesienie prawa do anonimowości w Wielkiej Brytanii nie pociąga za sobą automatyzmu obowiązku poznania biologicznych rodziców dziecka adoptowanego. Niezależnie od przyjętych rozwiązań prawnych, najważniejsza jest wola osoby adoptowanej w kwestii poznania i potwierdzenia medycznego jej biologicznego pochodzenia.

W prawie włoskim uznaje się, że dziecko powinno wychowywać się w rodzinie, z której pochodzi. Wynika to zarówno z art. 30 i 31 włoskiej Konstytucji, jak i włoskiej ustawy adopcyjnej. Wskazuje się przy tym na dominującą rolę matki jako osoby, która jako pierwsza ma wpływ na ukształtowanie stanu cywilnego dziecka poprzez jego uznanie i ewentualne wskazanie ojca. Prawo włoskie rozgranicza sytuację dziecka, które urodziło się w trakcie trwania małżeństwa i poza nim.

W sytuacji dziecka pochodzącego z małżeństwa ustalenie pochodzenia matki związane jest z faktem urodzenia dziecka. Należy wskazać, że jednak z uwagi na prawo do anonimowego porodu, nie każda kobieta, która urodziła dziecko, będzie uznana za jego matkę. W sensie prawnym bowiem nie sam fakt urodzenia dziecka, ale uwidocznienie w akcie urodzenia przesądza o byciu matką.

Dziecko zrodzone przez osoby niebędące w związku małżeńskim może być uznane przez jedno lub obydwoje rodziców. Jeżeli dziecko ma ukończone 16 lat, do uznania niezbędna jest jego zgoda⁶⁶. Wykazanie ojcostwa, jak i macierzyństwa, może być, zgodnie z art. 269 c.c.⁶⁷, dowodzone przy pomocy każdej metody. Przy czym wskazuje się, że najprostszą metodą wykazania przez dziecko

⁶⁶ Art. 250 c.c.

⁶⁷ Il Codice Civile Italiano R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942).

macierzyństwa jest wskazanie, że jest ono dzieckiem, które ta kobieta urodziła. Zarówno macierzyństwo, jak ojcostwo można również wykazać za pomocą badań genetycznych, choć wówczas ich wynik musi zinterpretować sąd. Prawo do poznania swojego pochodzenia genetycznego rozważane jest w doktrynie włoskiej w związku z tzw. anonimowymi porodami oraz przysposobieniem. Z uwagi zaś na fakt, iż nie jest dopuszczalne zastosowanie zapłodnienia *in vitro* z wykorzystywaniem komórek rozrodczych dawców, nie istnieje problem dochodzenia praw przez dzieci poczęte przy użyciu metody *in vitro*. Należy bowiem podkreślić, że dzieci poczęte w wyniku sztucznej prokreacji uzyskują status dzieci pochodzących z małżeństwa.

Ustawa z dnia 19 lutego 2004 r. nr 40⁶⁸ zakazuje bowiem zapłodnienia heterogenicznego, choć reguluje konsekwencje prawne takiego zapłodnienia. Zgodnie bowiem z art. 9 ustawy nie jest możliwe zaprzeczenie ojcostwa dziecka, która urodziło się w wyniku takiego zabiegu, jak również matka, która je urodziła, nie może być uznana za anonimową. Ponadto art. 9 ust. 3 wskazuje, że dawca komórki rozrodczej nie ma żadnych praw ani obowiązków w stosunku do dziecka, jak również nie jest z nim związany więzami rodzicielskimi.

W przypadku przysposobienia pełnego uznaje się, że dziecko przysposobione ma prawo do poznania tożsamości swoich rodziców w momencie uzyskania 25 lat, czyli w wieku dorosłym, kiedy wiadomość ta może wywołać mniej negatywne skutki dla jego psychiki. Może również uzyskać dostęp do tych informacji po ukończeniu 18 lat, jeżeli przemawiają za tym ważne powody, np. zdrowotne. Wówczas o takim udzieleniu informacji o biologicznych rodzicach decyduje każdorazowo sąd rodzinny. Dostęp do tych danych mogą uzyskać z tych samych powodów rodzice adopcyjni dziecka małoletniego, ale o dopuszczalności takiego dostępu decyduje również sąd. Należy przy tym podkreślić, iż we Włoszech wskazuje się jednak, że prawo do poznania danych o swoich genetycznych rodzicach nie jest równoznaczne z poznaniem ich samych.

Wyjątkiem od możliwości poznania przez dziecko przysposobione swoich genetycznych rodziców, w prawie włoskim, jest sytuacja, w której matka chce pozostać anonimowa. Wówczas dziecko nawet po ukończeniu 25 lat nie ma dostępu do informacji o matce biologicznej. Możliwość taką daje matce dekret Prezydenta z dnia 3 września 2000 r., nr 396⁶⁹. Wówczas taka kobieta nie widnieje

⁶⁸ Legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" (Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004)..

⁶⁹ Decreto del Presidente della Repubblica 3 Novembre 2000 n. 396 Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127 (Pubblicato Gazzetta Ufficiale n. 303 del 30 dicembre 2000)

również w akcie urodzenia dziecka (na mocy art. 93 c.p.), a ewentualne informacje o niej mogą być zawarte jedynie w zaświadczeniu o uczestnictwie w porodzie, gdzie znajdują się dane sanitarne i statystyczne zapisane w taki sposób, aby uniemożliwić jej identyfikację. Informacje o matce mogą być ujawnione dopiero 100 lat od sporządzenia aktu urodzenia. Uznaje się bowiem, że w tym zakresie należy szanować prawo do prywatności kobiety, która chce pozostać anonimowa. Wskazuje się, że kobiety, które korzystają z prawa do anonimowego porodu, dokonują tego z powodów socjalnych, rodzinnych, psychologicznych i ekonomicznych. Na uwagę zasługuje fakt, iż ustawodawca, chroniąc matkę, uznał, że jej prawo do bycia anonimową jest ważniejsze niż prawo dziecka do poznania swojego genetycznego pochodzenia.

W literaturze wskazuje się, że za porodami anonimowymi przemawia również prawo do życia i zdrowia dziecka, które przy niezagwarantowaniu takiego prawa mogłoby zostać porzucone w nieodpowiednim miejscu zaraz po porodzie lub też się w ogóle nie urodzić w przypadku poddania się przez kobietę zabiegowi aborcji. Zagwarantowanie anonimowości biologicznej matki spełnia zatem w niektórych przypadkach również funkcję gwarancyjną w stosunku do nienarodzonych dzieci. Ponadto informacje o pochodzeniu nie będą udzielone osobie, której genetyczni rodzice wyrazili zgodę na adopcję pod warunkiem pozostania anonimowymi.

Podsumowując, należy wskazać, że polski Kodeks rodzinny i opiekuńczy tylko częściowo gwarantuje dziecku prawo do poznania matki. Pomimo że wprowadzenie do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego definicji macierzyństwa było zgodne z aktami prawa międzynarodowego i postulatami doktryny, to zarówno sposób sformułowania tego przepisu, jak też regulacji ustalenia i zaprzeczenia macierzyństwa sprawił, że w praktyce dziecku niezwykle trudno będzie udowodnić macierzyństwo danej kobiecie. Należy bowiem zauważyć, że w sytuacji kiedy kobieta urodziła w szpitalu i posługiwała się w nim swoimi dokumentami, nawet jeśli ona ani ojciec dziecka nie dopełnią obowiązku zgłoszenia dziecka wynikającego z art. 39 PrASC, wówczas to zakład opieki zdrowotnej dokona takiego zgłoszenia wraz z podaniem danych matki. W urzędzie stanu cywilnego sporządzony zostanie akt urodzenia dziecka i nie będzie potrzeby ustalania macierzyństwa. W sytuacjach zaś, kiedy poród nastąpi poza szpitalem, dziecko nie zostanie zgłoszone, czy matka w szpitalu będzie posługiwała się fałszywymi danymi, albo dojdzie do podmienienia noworodków, ustalenie macierzyństwa poprzez wykazanie, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła będzie wręcz niemożliwe. Niewątpliwie dużo łatwiejszym sposobem udowodnienia wówczas

macierzyństwa, zwłaszcza, gdy takie powództwo będzie wytaczało dziecko po wielu latach, byłoby przeprowadzenie badań genetycznych. Należy jednak wskazać, że *de lege lata* przeprowadzenie takich badań nie będzie mogło być uznane za dowód macierzyństwa, gdyż nie potwierdza faktu urodzenia dziecka, a jedynie wspólną pulę genów. Wydaje się, że *de lege ferenda*, aby umożliwić dziecku prawo do poznania swojej biologicznej matki, należałoby zmienić definicję macierzyństwa na domniemanie macierzyństwa, które mogłoby być obalane przez dowody przeciwne.

Odrębnym zagadnieniem jest zaś prawo do poznania matki genetycznej, które nie wpływałoby na filiacje. Prawo to, co było przedmiotem rozważań, występuje zarówno w prawie brytyjskim, jak i włoskim. Wydaje się, że na gruncie prawa polskiego, *de lege lata* trudno byłoby takie roszczenie, z uwagi na brak interesu prawnego dziecka, wyróżnić. Z uwagi bowiem na definicję legalną matki ustawodawca przesądził, że pochodzenie od matki wiąże się tylko z faktem urodzenia dziecka. Ponadto nawet wówczas, gdyby uznać *de lege ferenda*, że dziecku przysługuje dobro osobiste w postaci prawa do poznania swojej genetycznej matki, to rozważając ujawnienie określonych danych kobiety lub orzekając o przysługiwaniu tego prawa określonemu dziecku, sąd będzie musiał dokonać każdorazowego ważenia praw dziecka i prawa rodzica genetycznego do pozostania anonimowym.

STRESZCZENIE ANGIELSKI

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (197) 2014
Warszawa 2014

Radostław Koper ■

UWARUNKOWANIA OCHRONY WOLNOŚCI OSOBISTEJ ŚWIADKA W PROCESIE KARNYM

1. Uwagi wstępne

Ustawodawca na ogół dopuszcza ingerencję w sferę wolności osobistej świadka w toku postępowania karnego. Z pewnością istotnym wyznacznikiem kontekstu tego zagadnienia jest fakt ograniczania dobra o podstawowym znaczeniu w systemie swobód obywatelskich.¹

Celem niniejszego opracowania nie jest szczegółowa analiza takich sytuacji pod kątem normujących je przepisów, mająca doprowadzić do skonstruowania

¹ W piśmiennictwie wskazuje się też często na uniwersalizm wolności, zob. np. L. Wiśniewski, *Wolność czy przymus zrzeszania się w samorządach zawodowych*, w: P. Tuleja, M. Florczak-Wątor, S. Kubas (red.), *Prawa człowieka. Społeczeństwo obywatelskie. Państwo demokratyczne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Pawłowi Sarneckiemu*, Warszawa 2010, s. 107; J. Wojciechowska, w: B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obywatelności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 11; B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste w sprawach karnych w świetle standardów Rady Europy (implikacje praktyczne dla prawa polskiego)*, Toruń 1996, s. 11, 12, 13; A. Michalska-Olek, M. Moczyński, *Zażalenie na zatrzymanie w toku postępowania karnego jako realizacja podstawowych praw człowieka*, w: R. Sztymmler, J. Krzywkowska (red.), *Problemy z sądową ochroną praw człowieka*, t. II, Olsztyn 2012, s. 221. Zob. także wybrane judykaty TK, na które powołuje się J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kraków 2004, s. 427, 431 oraz SN cytowane w: S. Rudnicki, *Ochrona dóbr osobistych na podstawie art. 23 i 24 k.c. w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1985–1991*, Przegląd Sądowy nr 1/1992, s. 63.

optymalnego schematu stosowania odpowiednich uregulowań procesu karnego. Wydaje się, że warto spojrzeć na zagadnienie poszanowania wolności osobistej świadka z innej perspektywy. Interesujące wydaje się bowiem zwrócenie uwagi na różnorodne uwarunkowania kształtujące model respektowania wolności osobistej tego podmiotu. Są to zarówno czynniki prawne, jak i pozaprawne, które przesądzają nie tylko o kształcie rozwiązań normatywnych, lecz ponadto nie mogą pozostać bez wpływu na proces podejmowania indywidualnych decyzji przez organy postępowania karnego. Co ważne, rozważanie egzystencji prawnej i społecznej takich uwarunkowań musi też przeplatać się z próbą zdefiniowania – w różnych aspektach – samej wolności, skoro ta akurat kwestia stanowi tutaj czynnik o pierwszorzędym znaczeniu, rzutujący na wyznaczenie potencjalnego, karnoprosesowego zasięgu respektowania wolności osobistej świadka.

2. Wolność jako kategoria ludzka, społeczna i prawna

Jako nieodłączny postulat ludzkiego życia,² wolność jest przedmiotem rozmaitych zabiegów intelektualnych, politycznych, koniunkturalnych i innych, pozostających w relacji do potrzeby eksplikacji tej wartości lub braku takiej konieczności. Uznając, że wolność jest jednym z przejawów doskonałości świata³, być może nie przysporzyłoby większych trudności zaaprobowanie stanowiska, w myśl którego jej istnienie nie wymaga przytaczania argumentów, przynajmniej z etycznego punktu widzenia.⁴ W tym kontekście rozpatrywane dobro wiąże się z pozytywnymi, ale i emocjonalnymi komponentami, a w rezultacie pojawia się obawa sformułowania tzw. definicji perswazyjnej, czyli zmierzającej do osiągnięcia aprobaty ocen bez argumentów.⁵ Jak widać – przyjmowanie moralnej postawy wobec otaczającej rzeczywistości może skutkować podejściem czysto dogmatycznym lub stawianiem pytań retorycznych, przy czym taki sposób ujęcia idei wolności niekoniecznie i nie w każdych warunkach będzie sprzyjać właściwemu ukształtowaniu granic respektowania tej wartości. Z drugiej strony, żyjemy w czasach, w których wiele wartości i osiągnięć jest poddawanych w wątpliwość.⁶

² Teza, którą przyjął francuski filozof Charles Renouvier, na ten temat W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. III, Warszawa 1988, s. 117.

³ Tak G. W. Leibnitz, więcej: W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. II, Warszawa 1988, s. 80.

⁴ To stwierdzenie stanowiło jeden z integralnych elementów filozoficznej koncepcji wolności, jaką prezentował J. G. Fichte, zob. W. Tatarkiewicz, *Historia...*, t. II, op. cit., s. 204.

⁵ R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010, s. 175.

⁶ F. Frattini, w: J. W. de Zwaan, F. A. N. J. Goudappel (red.), *Freedom, security*

W dobie postępującej relatywizacji obejmującej całokształt stosunków społecznych (w tym także karnoprocesowych) wypada zadać pytanie o rolę wolności jako ich regulatora oraz zasadę organizującą życie poszczególnych jednostek tworzących określoną zbiorowość.

W zasadzie uwarunkowania występujące w zakresie relacji jednostki do państwa i społeczeństwa można sprowadzić do dwóch generalnych sytuacji. Pierwsza z nich to żywotne i aktywne uczestnictwo jednostki w systemie społecznym, powiązane z jego współkształtowaniem i współodpowiedzialnością,⁷ innymi słowy – udział w życiu publicznym. Druga sfera obejmuje postawę człowieka prezentowaną bez udziału czy wpływu organów państwa lub organizacji społecznych.

Warto więc zauważyć, że udział świadka w procesie karnym nie jest wprost pochodną drugiego z tych wariantów, gdyż w razie wezwania świadka do stawienia się w procesie karnym, sfera jego wolności ulega właśnie ograniczeniom pod postacią rozmaitych obowiązków realizowanych pod groźbą zastosowania określonych środków przymusu.

Co się tyczy pierwszego wariantu, można by zapewne twierdzić o odnalezieniu wspólnego mianownika poprzez uwypuklenie aktywnego udziału świadka w procesie karnym, jako fragmentu życia publicznego. Ten udział w zdecydowanej większości wypadków nie jest jednak dobrowolny, ponieważ z reguły do organów procesowych należy przejawienie inicjatywy w tym zakresie, *de facto* relatywnie limitującej swobodę świadka w zakresie wyboru sposobów jego samo-realizacji w życiu społecznym.

W rozważanym kontekście warto zwrócić uwagę na pewien pogląd, wypowiedziany w literaturze karnoprocesowej, zakładający zmniejszenie uciążliwości związanych z udziałem świadka w postępowaniu, z powodu obywatelskiego charakteru obowiązku dotyczącego zeznawania oraz uświadamiania sobie przez świadka znaczenia tej ważnej społecznie funkcji.⁸ Gdyby współcześnie przyjmować, że obowiązek złożenia zeznań ma nie tylko prawny charakter, trzeba by zapewne akcentować istnienie w tej mierze obowiązku społecznego. Nawet jednak skierowanie dyskursu w tę stronę nie pozwala na wyrażenie szczególnej akceptacji dla przytoczonego zapatrywania. Poruszamy się tutaj w obrębie

and justice in the European Union. Implementation of the Hague Programme, Hague 2006, s. 7.

⁷ R. Alexy nazywa taką wolność demokratyczną, idem, op. cit., s. 176.

⁸ Tak J. Stańda, *Stanowisko świadka w polskim procesie karnym*, Warszawa 1976, s. 84. O obywatelskim obowiązku wspominają: W. Michalski, *Świadczenie jako przedstawiciel społeczeństwa w procesie sądowym*, w: S. Waltoś (red.), *Świadek w procesie sądowym*, Warszawa 1985, s. 29 oraz R. Górecki, *Świadek w postępowaniu przygotowawczym*, Warszawa-Poznań 1987, s. 45.

bardzo mglistych, niejasnych i niepewnych założeń. Świadek na ogół ocenia swoją obecność w postępowaniu w kategoriach przymusu, a dolegliwości lub przykrości z tego tytułu mogą być dla niego tak dotkliwe, że w jego przekonaniu przesłaniają ważność składanych zeznań. Poza tym nie sposób nie zauważyć, że współczesne społeczeństwa są mocno zatomizowane, co wywiera wpływ na stosunek poszczególnych jednostek do zaangażowania na rzecz dobra wspólnego.

Trochę bardziej pozytywne odczucia wywołuje inne stanowisko, wypowiedziane w ramach uzupełnienia poprzedniego, oparte na przypuszczeniu, że w wypadku pokrzywdzonego zaangażowanie w sprawę, wyrażające się w dążeniu do ukarania sprawcy i naprawienia wyrządzonej szkody, neutralizuje uciążliwości łączące się z występowaniem w roli świadka.⁹ Z pewną dozą prawdopodobieństwa rzeczywiście można zakładać zrównoważenie ciężarów powiązanych z rolą świadka realizacją interesu prawnego przez pokrzywdzonego w toku procesu karnego. Także jednak i w tej sytuacji to tylko domniemanie, które może ulec obaleniu, zważywszy na uciążliwości, jakie wywołuje dla pokrzywdzonego obowiązek zeznawania w sprawach o określone kategorie przestępstw (np. przestępstwa przeciwko wolności seksualnej czy przeciwko zdrowiu). W rezultacie *in concreto* może się okazać, że obowiązki ciężące na świadku – pokrzywdzonym będą przez niego odczuwane jako dolegliwe w równej, a może i w większej mierze, co w wypadku świadka niebędącego ofiarą przestępstwa.

Brak entuzjazmu w przedmiocie przytoczonych stanowisk potwierdza tezę, że konieczność liczenia się ze społeczeństwem zawsze ogranicza wolność człowieka,¹⁰ niemniej jednak punkt ciężkości tkwi przede wszystkim w relacji jednostki do władzy.

Akcentowana już możliwość zastosowania przymusu wobec świadka przez uprawnione organy władzy publicznej, niewątpliwie dotyczy zjawiska hamującego korzystanie z wolności. W piśmiennictwie często zestawia się obie nazwy obok siebie, wskazując, że wolność to brak przymusu, zaś przymus pełni rolę ogranicznika czy wręcz antytezy wolności.¹¹ Związki obu kategorii pojęciowych

⁹ J. Stańda, op. cit., s. 84; W. Michalski, op. cit., s. 32.

¹⁰ Jak już zauważył w XIX w. Max Stirner. Jego poglądy przytacza W. Tatarkiewicz, *Historia...*, t. III, op. cit., s. 52. Por. Ch. Bay, *The structure of freedom*, Stanford 1970, s. 15. Nie ulega przy tym wątpliwości, że formy wolności należy rozpatrywać w ramach określonego społeczeństwa i istniejącej techniki społecznej, na ten temat szerzej M. Mozgawa, *Odpowiedzialność karna za bezprawne pozbawienie wolności (Art. 165 k.k.)*, Lublin 1994, s. 25–26. Zob. nadto uwagi E. Fromma poświęcone socjalno-ekonomicznym uwarunkowaniom, w jakich kształtuje się wolność człowieka, idem, *The fear of freedom*, London 1966, s. 14 i nast.

¹¹ Por. np. M. Mozgawa, op. cit., s. 23; J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 69; R. Tokarczyk,

są bezdyskusyjne, skoro zastosowanie przymusu wywoła stan uszczuplenia lub – w radykalnych wypadkach – znacznego zredukowania obszaru wolności. Problem jednak w tym, że ujmowanie obu zjawisk jako przeciwnych może wzbudzać pewne zastrzeżenia. Struktura stosunków społecznych niejednokrotnie determinuje koegzystencję wolności i przymusu, tworząc stan, w którym obie kategorie nie tylko współistnieją, lecz również wzajemnie na siebie oddziałują, a to wszystko w myśl oczywistego założenia, że tak jak nie do przyjęcia jest absolutna wolność, tak niemożliwy byłby totalny przymus względem określonej osoby.¹² Sytuacja świadka w postępowaniu karnym jest tego dobitnym przykładem, ponieważ poza sferą oddziaływania norm procesowych dopuszczających stosowanie przymusu wobec świadka, może on cieszyć się swą wolnością.

Z kwestią przymusu ściśle wiąże się z kolei potrzeba wyznaczenia granic możliwości człowieka wynikających z realizacji idei wolności. John Stuart Mill – jako zwolennik empiryzmu – istoty wolności doszukiwał się w swobodzie pojmowanej w charakterze uwolnienia od ograniczeń, równoznacznej z dążeniem do własnego dobra na swój indywidualny sposób, pod warunkiem nieprzeszkadzania innym i niepozbawiania ich możliwości osiągnięcia szczęścia (zasada krzywdy).¹³

Przymus a prawo, w: R. Tokarczyk, K. Motyka (red.), *Ze sztandarem prawa przez świat. Księga dedykowana Profesorowi Wieńczysławowi Józefowi Wagnerowi von Igelgrund z okazji 85-lecia urodzin*, Kraków 2002, s. 435–437, 454–455. W kwestii pojęcia, istoty oraz rodzajów przymusu zob. np. W. Dziedzic, *Sankcje prawne a przymus prawny*, w: W. Witkowski (red.), *W kręgu historii i współczesności polskiego prawa. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Arturowi Korobowiczowi*, Lublin 2008, s. 518–530.

¹² Na co zwrócił także uwagę R. Tokarczyk, op. cit., s. 435. Zob. także w tej kwestii wywody prowadzone w kontekście cywilno-prawnym ale aktualne i adekwatne w odniesieniu do ogólnych rozważań o wolności: S. Rundstein, *W poszukiwaniu prawa cywilnego*, Warszawa-Kraków 1939, s. 72–90. Poza tym, przymus prawdopodobnie nie jest wyłącznym sposobem oddziaływania na wolność człowieka. W konsekwencji, na płaszczyźnie logicznej i leksykalnej, to w zniewoleniu czy też niewoli należy dostrzec zjawisko przeciwstawne względem wolności, aczkolwiek także i w tym wypadku trzeba podkreślić, że z praktycznego punktu widzenia bardziej będzie się liczyć strefa „pośrednia” oscylująca między dwoma skrajnościami. Podobnie J. Giezek, *Kolizja dóbr a prawnokarna ochrona wolności*, w: M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji, Arłamów 16–18 maja 2005 r.*, Kraków 2006, s. 71–72.

¹³ B. Jordan, *Freedom and the Welfare State*, London – Boston – Henley, 1976, s. 9–10; R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 469; W. Sadurski, *Prawo do wolności słowa w państwie demokratycznym (Zagadnienia teoretyczne)*, Państwo i Prawo nr 10 /1992, s. 4; A. Wiśniewski, *Znaczenie wolności słowa w państwie demokratycznym*, Gdańskie Studia Prawnicze nr 7/2000, s. 646; J. Kaczor, *Autonomia i wolność a prawo*, w: W. Gromski (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Autonomia prawa*, Wrocław 2001, s. 101–102.

Nieunikniona ogólnikowość zaprezentowanego sposobu rozumienia wolności nie stanowi przeszkody we wskazaniu dwóch kierunków wyznaczania wspomnianych granic. Po pierwsze, każdy człowiek autonomicznie, podług własnych potrzeb, kreuje swój obszar wolności, *ergo* występuje w roli zasadniczego decydenta zdolnego przesądzić o rzeczywistych granicach korzystania z tego dobra.¹⁴ Po drugie, korzystanie z wolności nie może łączyć się z jej nadużyciem z uwagi na konieczność poszanowania uzasadnionych interesów innych osób.

Tok dotychczasowych wywodów zmierza zatem nieuchronnie do wyszczególnienia dwóch zasadniczych typów wolności. Abstrahując bowiem od oczywistości stosownej dystynkcji, na tle stanu badań nad wolnością w dzisiejszych czasach, jednakowoż nie da się ukryć, że nie uległ dezaktualizacji podział zmierzający do wyróżnienia wolności w znaczeniu pozytywnym i negatywnym. W pierwszym wypadku trzeba mieć na uwadze zależność życia człowieka i jego decyzji od niego samego, z wykluczeniem analogicznego schematu w odniesieniu do sił zewnętrznych jakiegokolwiek rodzaju, zaś druga z wymienionych form sprowadza się do wyodrębnienia zakresu, w obrębie którego człowiek może rozwijać swoją działalność, z położeniem akcentu na brak ingerencji innych osób.¹⁵

Pokłosie takiego podziału stanowi ujęcie, wedle którego wolność jednostki przybiera dwie zasadnicze postacie, nierozzerwalnie ze sobą powiązane. Po jednej stronie usytuowana jest „wolność do” postrzegana w charakterze swobody wyboru, natomiast po drugiej plasuje się „wolność od” w sensie braku skrępowania.¹⁶

Konceptualizacja obejmująca te dwa warianty stanowi wyraz takich założeń, które będą w stanie oddać istotę wolności jednostki jako osoby ludzkiej i jako członka zbiorowości społecznej. Nie trzeba wszak wnikliwej obserwacji, aby zauważyć, że specyfika pozytywnego ujęcia wolności wyraźnie odróżnia się na tle tego negatywnego, a w konsekwencji ranga każdego z nich może być akcentowana ze zmiennym natężeniem, w zależności od analizowanego kontekstu i charakteru rozważanej kwestii. Ponieważ jednak człowiek musi uwzględniać

¹⁴ W literaturze akcentuje się, że może to oznaczać podejmowania przez jednostkę swoistego moralnego ryzyka uzasadnionego jej rozwojem, przy czym powody tego ryzyka muszą być objęte sferą, do której dostęp posiada tylko jednostka, na ten temat M. Berger, T. Abel, Ch. H. Page, *Freedom and control in modern society*, New York 1964, s. 181.

¹⁵ W ujęciu I. Berlina „Two concepts of liberty” – esej opublikowany w: I. Carter, M.H. Kramer, H. Steiner, *Freedom. A philosophical anthology*, Malden-Oxford 2007, s. 39–46.

¹⁶ T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona nietykalności mieszkania jednostki*, Lublin 1992, s. 59; K. Dudka, *Ochrona prawa do prywatności i jej ograniczenia w polskim prawie karnym*, część I, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” nr 2/2000, s. 86; J. Wojciechowska w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. I, Warszawa 2006, s. 721; M. Filar, w: M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 903.

potrzeby innych osób, przyjęta przez niego indywidualna koncepcja wolności podlega weryfikacji pod kątem nieszkodzenia i nieprzeszkadzania innym. Oznacza to, że ostateczne kryterium wyznaczenia zasięgu wolności tkwi właśnie w jej negatywnym aspekcie, ukazując jego szczególny charakter.

Transponowanie na grunt prawny klasyfikacji obejmującej obie wskazane formy wolności nie powoduje, że ulegają zmianie ich wzajemne uwarunkowania czy też zmienia się ich istota.

Omawiana klasyfikacja może jednakowoż okazać się nie w pełni adekwatna na gruncie postępowania karnego. Wolność w sensie pozytywnym nie jest w stanie, siłą rzeczy, urzeczywistnić się w procesie karnym, a to z uwagi na specyfikę każdej procedury mającej miejsce przed odpowiednim organem państwowym, ujętej w formalne, ściśle określone ramy, co wyklucza możliwość podejmowania swobodnych zachowań, a narzuca konieczność podporządkowania się obowiązującym regułom. Wolność w znaczeniu negatywnym aktualizuje się natomiast z całą mocą w toku postępowania karnego, gdyż wymusza potrzebę zminimalizowania i zredukowania ingerencji w sferę praw przysługujących uczestnikom procesu, *ergo* kreuje właściwy wymiar wyznaczania granic poszanowania wolności świadka.

W analizowanym kontekście nie sposób zaprzeczyć, że w świetle niebezpieczeństwa nieuzasadnionego wkroczenia w sferę określonej działalności ludzkiej i jej zakłócenia, zakres wolności świadka winien być (tak jak w innych tego typu wypadkach) wskazywany przez państwo,¹⁷ poprzez definiowanie nieprzekraczalnego obszaru niepodlegającego ingerencji ze strony organów prowadzących proces karny. Państwo jawi się tutaj jako gwarant wolności jednostki, mający stworzyć odpowiednie warunki do korzystania z tego dobra w taki sposób, aby dana osoba była pewna granic swoich swobodnych możliwości. Istotnego znaczenia nabierze wówczas przyzwolenie dotyczące nałożenia tylko takich zakazów zawężających niezależność świadka, które są usprawiedliwione. W takim układzie przestaje być zresztą konieczne uzasadnianie wolności, ponieważ wszelkie wysiłki koncentrują się na usprawiedliwianiu jej ograniczeń.¹⁸ Może się

¹⁷ M. Borucka-Arctowa, *Historyczna ewolucja zasad wolności i równości a koncepcja praw człowieka*, w: J. Łętowski, W. Sokolewicz (red.), *Państwo. Prawo. Obywatel. Zbiór studiów dla uczczenia 60-lecia urodzin i 40-lecia pracy naukowej profesora Adama Łopatki*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1986, s. 490; M. Piechowiak, *Pomiędzy wolnością negatywną czy obiektywnym dobrem. O trzech modelach procedur prawotwórczych*, w: M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz (red.), *Księga jubileuszowa Prof. dr hab. Tadeusza Smyczyńskiego*, Toruń 2008, s. 926; W. Bernacki, *Wolność w polskiej myśli politycznej XVI wieku*, w: J. M. Majchrowski, B. Stoczewska (red.), *Wartości polityczne*, Kraków 2010, s. 42.

¹⁸ Z. Ziemiński, *Wartości konstytucyjne. Zarys problematyki*, Warszawa 1993, s. 60–61.

więc okazać, że w ramach współczesnego dyskursu o wolności sporne jest jedynie zagadnienie granic jej poszanowania, co tym bardziej wzmacnia wagę obowiązków spoczywających w tej mierze na władzy publicznej, w tym na organach procesowych ingerujących w sferę wolności świadka.

Z punktu widzenia konstytucyjnego przyjęto koncepcję, zgodnie z którą wolność podlega ochronie na różnych pułapach i w różnych konfiguracjach.

Z pewnością podstawowe znaczenie posiada klauzula zawarta w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji, pozwalająca wyrazić w sposób najogólniejszy potrzebę zachowania wolności człowieka w ramach jego egzystencji. Chodzi mianowicie o swobodę decydowania o własnym postępowaniu, przejawiającą się w dokonywaniu aktów woli i wyboru zarówno w sferze osobistej, jak i publicznej.¹⁹ Jest to ujęcie na tyle szerokie, co pełne, zważywszy na statuowane w art. 31 ust. 2 i 3 Konstytucji granice korzystania z wolności. Wolność człowieka określona w art. 31 ust. 1 Konstytucji to jednak raczej ujęcie abstrakcyjne,²⁰ o czym zdaje się przekonywać dalece ogólnikowe zaakcentowanie konieczności stworzenia w systemie prawnym odpowiednich gwarancji służących respektowaniu wolności.

Na tle klauzuli wynikającej z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji oraz sprowadzonych do wspólnego mianownika „wolności” w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji, nieco bardziej skonkretyzowaną treść zdaje się posiadać rękojmia wyrażona w art. 41 ustawy zasadniczej. Tym razem ustrojodawca deklaruje zapewnienie wolności osobistej (i nietykalności osobistej), zastrzegając dopuszczalność pozbawienia lub ograniczenia wolności na zasadach i w trybie określonych w ustawie, a następnie wyszczególnia gwarancje przysługujące jednostce w razie zatrzymania lub zastosowania innej formy pozbawienia wolności.

Jakkolwiek za słuszne należy uznać zapatrywanie dostrzegające w wolności osobistej możliwość swobodnego określania przez jednostkę swego zachowania w życiu publicznym i prywatnym (wolność dysponowania swoją osobą),²¹

¹⁹ L. Garlicki, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, art. 31 – s. 1, 2, 4, 6, 8. Na definicję L. Garlickiego powołuje się J. Wojciechowska, w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. I, Warszawa 2010, s. 830.

²⁰ A. Łabno, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 694.

²¹ L. Garlicki, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja...*, op. cit., art. 41 – s. 1; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 222; P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2011, s. 107; M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 2006, s. 123. Por. także W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Praktyczne komentarze*, Warszawa 2007, s. 41 oraz ogólnie K. Marszał, w: K. Amelung, K. Marszał (red.), *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprocessowych ograniczeń*

jako logiczną kontynuację sposobu postrzegania zasady wolności unormowanej w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji, nie sposób jednocześnie oprzeć się wrażeniu, że w art. 41 Konstytucji nastąpiło już przesunięcie w kierunku jakby innego pułapu klasyfikowania wolności. Dodanie przymiotnika „osobista” nie tworzy jednakowoż stanu umożliwiającego jednoznaczną ocenę. Następuje tym sposobem wyeksponowanie ścisłych powiązań wolności z osobą ludzką, a zatem wyraźne zaszerzowanie tego dobra do kategorii praw człowieka, ale ta okoliczność nie wpływa *per se* na znalezienie cechy dystynktywnej pomiędzy regulacjami z art. 31 i art. 41 ustawy zasadniczej. Dopiero gdy zauważymy, że każda z dalszych wolności należących do zbioru praw osobistych, uregulowanych w kolejnych przepisach Konstytucji oraz niektóre spośród kategorii uprawnień ekonomicznych, społecznych i kulturalnych stanowią w swej istocie określone przejawy korzystania z przymiotu wolności osobistej (np. art. 47, 49, 50, 52, 53, 65), możemy wtedy zasadnie zakładać węższe ujęcie wolności w art. 41 Konstytucji, obejmujące pozostałą część postępowania ludzkiego (wolność *sensu stricto*).²²

Bez wątpienia normy art. 41 ust. 2–5 Konstytucji odnoszą się do najbardziej wyrazistej formy ingerencji w wolność, jaką jest naruszenie wolności fizycznej, czyli możliwości swobodnego poruszania się (przemieszczania się). Nie wydaje się wszakże, aby zakres gwarancji wynikającej z art. 41 ust. 1 Konstytucji był ograniczony wyłącznie do tego aspektu.²³ Ochrona statuowana normą zamieszczoną w powołanym przepisie zdaje się dotyczyć nadto rozmaitych form ograniczenia wolności, wymykających się zakresom oddziaływania pozostałych wolności konstytucyjnych. Taki tok rozumowania odwołuje się do dystynkcji rozróżniającej pozbawienie i ograniczenie wolności, zastosowanej także w samej Konstytucji (art. 41 ust. 1 zd. drugie). Różnica między obydwooma formami ingerencji bardziej uwidacznia się w stopniu lub intensywności niż w samej istocie wkroczenia w wolność, a w niektórych przypadkach dokonanie stosownej klasyfikacji nie jest zadaniem łatwym,²⁴ niemniej jednak pozbawienie można odnosić

praw obywatelskich, Katowice 1990, s. 59. Jak podaje S. Trechsel, szwajcarski Sąd Najwyższy rozszerzył pojęcie wolności osobistej, włączając doń samookreślenie się jednostki, S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2000, s. 408.

²² Tak również L. Garlicki, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja...*, op. cit., art. 31 – s. 2, art. 41 – s. 2.

²³ Podobnie D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 143–144. Z drugiej strony należy podkreślić, że nie wszystkie tezy D. Dudka wypowiedziane na tle tej kwestii można zaakceptować.

²⁴ G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano 2000, s. 74; B. Gronowska, T. Jasudowicz, K. Balcerzak, M. Balcerzak, *Neminem captivabimus nisi iure victum. Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Ochrona praw osób pozbawionych wolności*, Toruń 2004, s. 57–58. Wymienieni autorzy powołują się na orzecznictwo ETPC. Por. także trafne obserwacje L. Garlickiego, a w szczególności

do aspektu fizycznego, natomiast ograniczenie można łączyć z tymi sytuacjami, w których człowiek dysponuje swobodą przemieszczania się, aczkolwiek nie jest w stanie swobodnie decydować o różnych fragmentach swego życia.

W konsekwencji trzeba zauważyć, że zaprezentowane główne dyrektywy postrzegania wolności osobistej przez pryzmat unormowania art. 41 Konstytucji nie pozwalają na swoiste absolutyzowanie tej kategorii normatywnej, prowadzące do pewnego pomieszanienia terminologicznego i konotacyjnego na płaszczyźnie konstytucyjnej. Przykładowo, naruszenie swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej (w tym świadka) w procesie karnym (art. 171 § 5 k.p.k.) nie stanowi ingerencji w sferę wolności osobistej w rozumieniu art. 41 ust. 1 Konstytucji.²⁵ Można oczywiście twierdzić o zamachu na wolność wewnętrzną jednostki,²⁶ ale właściwą podstawę w tej materii stwarza nietykalność osobista, *nota bene* wyprowadzana z ogólnej zasady wolności przewidzianej w art. 31 ust. 1 i 2 ustawy konstytucyjnej.

Inny kierunek kształtowania poziomu ochrony wolności jest zauważalny w prawie międzynarodowym. W tym zakresie można – jak się wydaje – ograniczyć stosowne analizy do unormowania zawartego w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

W art. 5 ust. 1 tego dokumentu odnajdujemy deklarację potwierdzającą olbrzymie znaczenie wolności przysługującej każdemu, ale tym razem powiąza-

zaakcentowanie integralnego charakteru stanu wolności, idem w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja...*, op. cit., art. 41 – s. 4.

²⁵ Odmienne natomiast D. Dudek, *Konstytucyjna wolność...*, op. cit., s. 144, 145–146. Problem ma kontekst dalej idący, ponieważ wiąże się z obserwowaną niekiedy tendencją do bardzo szerokiego postrzegania wolności osobistej. Píše o tym np. B. Gronowska, zauważając, że w systemie amerykańskim owa wolność obejmuje cały katalog praw jednostki (np. wolność myśli). Zob. B. Gronowska, *Polskie rozwiązania dotyczące zatrzymania i aresztu tymczasowego w świetle uniwersalnych standardów ochrony wolności i bezpieczeństwa osobistego*, w: J. Skupiński, J. Jakubowska-Hara (red.), *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 111.

²⁶ Polegającej na uwolnieniu od obawy, strachu, od działania pod przymusem itd. Na temat wolności wewnętrznej zob. np. A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 125–126; J. S. Piąkowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych*, w: E. Łętowska (red.), *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1983, s. 29; M. Pazdan, w: M. Safjan (red.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. I, Warszawa 2007, s. 1120; idem, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449*, t. I, Warszawa 2011, s. 125; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 159–160; P. Księżak, w: M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 249–250; H. Szewczyk, *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*, Warszawa 2007, s. 500–501; A. Wojciszke, *Katalog dóbr osobistych w świetle przepisów Konstytucji i kodeksu cywilnego*, Gdańskie Studia Prawnicze nr 7/2000, s. 665.

nej ze specjalnie wyodrębnioną kategorią bezpieczeństwa osobistego. Kontekst całego przepisu sugeruje, że w istocie ochronie podlega tutaj wyłącznie wolność osobista człowieka, pojmowana jednak w sposób zawężony. Wprawdzie z orzecznictwa ETPC wynika, że kwalifikacja konkretnych sytuacji pod kątem pozbawienia lub ograniczenia wolności musi uwzględniać rozmaite kryteria (np. rodzaj zastosowanego środka, sposób izolowania, czas izolacji i jej skutki),²⁷ niemniej jednak w następstwie proklamowania wolności osobistej zostały wymienione przypadki wyłączające regułę w postaci zakazu pozbawiania kogokolwiek wolności (art. 5 ust. 1a–1f EKPC), a zatem nie wywołuje zastrzeżeń kontestacja objęcia ochroną art. 5 ust. 1 EKPC sytuacji polegających na ograniczeniu wolności. Poza tym rozłożenie akcentów w zakresie definiowania formy ingerencji polegającej na pozbawieniu wolności może niekiedy oznaczać nieuzasadnione pominięcie pewnych jej przejawów. Jeżeli bowiem pozbawienie wolności określamy (nawet ogólnie) jako zamknięcie danej osoby, bez lub wbrew jej woli, w pewnym miejscu ograniczonym przestrzennie,²⁸ to nie wszystkie potencjalnie relewantne sytuacje będą mieścić się w tak ustalonym zakresie znaczeniowym. Odwołując się do karnych form pozbawienia wolności – omawiana kategoria będzie dotyczyć np. kary pozbawienia wolności, tymczasowego aresztowania, zatrzymania osoby podejrzanej w rozumieniu art. 244 i nast. k.p.k., ale nie okaże się na tyle pojemną, żeby objąć zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie świadka, jako dość krótkotrwałą, ale bezdyskusyjną ingerencję w wolność, mającą miejsce na czas tego sprowadzania. W świetle tych wywodów bezsporne jest zatem, że zakres ochrony prawnej gwarantowanej w art. 5 ust. 1 EKPC podlega limitacji wyznaczonej pojęciem wolności cielesnej w sensie swobody przemieszczania się (tzw. wolności lokomocyjnej).²⁹

Tak ustalony sposób rozumienia wolności osobistej na gruncie konwencyjnym nie doznaje modyfikacji w związku z pojawieniem się obok niej bezpieczeństwa osobistego, co mogłoby oznaczać poszukiwanie innych konotacji terminu

²⁷ G. Ubertis, op. cit., s. 74; P. Hofmański, *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego materialnego, procesowego i wykonawczego*, Białystok 1993, s. 192; idem, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, Warszawa 2010, s. 159.

²⁸ P. Hofmański, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 192.

²⁹ Ibidem, s. 190; P. Hofmański, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, op. cit., s. 158; M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 337; A. Wierciński, *Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego*, w: *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, s. 376–377; G. Ubertis, op. cit., s. 73; S. Trechsel, op. cit., s. 409. Wąskie znaczenie wolności w prawie międzynarodowym akcentuje B. Gronowska, jednakże nietrafnie stawia znak równości między takim ujęciem a nietyknością osobistą jednostki, idem, *Wolność...*, op. cit., s. 17–18.

„wolność”. W rzeczywistości kategoria „bezpieczeństwa osobistego” uzyskała w tym wypadku znaczenie odbiegające od jej potocznego rozumienia, jako że pełni w zasadzie rolę podrzędną wobec nazwy „wolność”, służąc ochronie przed bezprawnym i arbitralnym pozbawieniem wolności.³⁰ Innymi słowy, nie chodzi o pozytywny stan niezagrożenia, spokoju i pewności w ogóle,³¹ tylko o podwyższenie pułapu ochrony wolności osobistej człowieka poprzez wprowadzenie swoistego dodatkowego warunku legitymizującego wkroczenie w sferę tego dobra. Nawiasem mówiąc, można się zastanawiać, czy takie ujęcie nie razi pewną sztucznością.³²

3. Zakres i specyfika ochrony wolności osobistej świadka w procesie karnym

W aspekcie norm ustawowych postrzeganie wolności osobistej świadka nie może, rzecz jasna, odbiegać od wymogów konstytucyjnych i prawnomiedzynarodowych, wpisując się w tożsamy schemat postulatyczny i dyrektywalny.

Wydaje się, że poszukując jakiegoś poziomu konkretyzacji hasła „wolność” na użytek procesu karnego, punktem wyjścia mógłby być kształt konstytucyjnej regulacji zawartej w art. 41 ustawy zasadniczej. Oznaczałoby to zupełnie

³⁰ A powiązanie obu wartości ze sobą wynika z francuskiej tradycji terminologicznej, zob. np. B. Gronowska, *Wolność...*, op. cit., s. 36; idem, w: B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 266; P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 175–176; idem, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, op. cit., s. 158–159; M. A. Nowicki, op. cit., s. 337; W. Studziński, *Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego*, w: A. Florczak, B. Bolechow (red.), *Prawa i wolności I i II generacji*, Toruń 2006, s. 93–94. Por. także w kontekście ogólnym: T. Bulenda, Z. Hołda, A. Rzepliński, *Prawa człowieka a zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie w polskim prawie i praktyce jego stosowania*, w: Z. Hołda, A. Rzepliński (red.), *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie a prawa człowieka*, Lublin 1992, s. 27.

³¹ S. Foster, *Human Rights and Civil Liberties*, Harlow 2003, s. 70; S. Pieprzny, *Prawo jednostki do bezpieczeństwa*, w: R. Przybyszewski, B. Sitek, J. Zaborowski, J. Dobkowski, J. Strzelecki (red.), *Problemy współczesnego ustrojoznawstwa. Księga jubileuszowa Profesora Bronisława Jastrzębskiego*, Olsztyn 2007, s. 574, 577.

³² W literaturze konstatuje się nawet, że nawiązanie do bezpieczeństwa osobistego w art. 5 ust. 1 EKPC niczego nowego nie wnosi do ochrony wolności osobistej, tak H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, London-Sydney 2002, s. 50; S. Trechsel, op. cit., s. 411. Efekt zabezpieczenia przed bezprawną ingerencją w obszar wolności czy samowolną praktyką organów państwowych w tym zakresie da się zapewne osiągnąć w ramach klarownego i jednoznacznego wyartykułowania takiej potrzeby, zamiast sięgania do kategorii oznaczającej bardziej całokształt uwarunkowań życia człowieka służących do ochrony jego egzystencji i rozwoju.

zrozumiałą próbę zaadaptowania w warunkach karnoprosesowych wolności osobistej w znaczeniu przyjętym w świetle wskazanego uregulowania. Trzon teźże wolności stanowi zatem zabezpieczenie przed pozbawieniem cielesnej swobody ruchów, przybierające postać wyraźnego wyliczenia i odpowiedniego ukształtowania wypadków uzasadniających naruszenie wolności fizycznej świadka (jak i innych podmiotów) w toku postępowania. Pozostały „fragment” wolności osobistej w rozumieniu art. 41 ust. 1 Konstytucji również może stać się przedmiotem ingerencji karnoprosesowej, i to nie tylko za sprawą stosowania środków przymusu dotyczących oskarżonego (np. niektóre aspekty ograniczenia swobody w następstwie zarządzenia dozoru Policji – art. 275 k.p.k., niektóre środki zapobiegawcze z art. 276 k.p.k.). W pewnym, wycinkowym zakresie można też mówić o ograniczeniu wolności osobistej świadka.

Nasuwa się zatem wniosek, że na gruncie obowiązujących przepisów karnoprosesowych wypadki ingerencji w sferę wolności osobistej świadka przede wszystkim wiążą się z dwoma środkami przymusu. Po pierwsze, należy mieć na uwadze zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie, uzależnione od braku stawieństwa na wezwanie organu procesowego albo od wydalenia się z miejsca czynności przed jej zakończeniem bez zezwolenia tego organu (art. 285 § 2 k.p.k.). Po drugie, chodzi o aresztowanie stosowane w razie bezpodstawnego i uporczywego uchylania się od złożenia zeznań (art. 287 § 2 k.p.k.). Przywołane środki łączą się bowiem z pozbawieniem świadka wolności. Wyrazem tej formy ingerencji, która polega na ograniczeniu wolności, jest generalny obowiązek ciążący na każdej osobie wezwanej w charakterze świadka, sprowadzający się do stawieństwa w celu złożenia zeznań w procesie (art. 177 § 1 k.p.k.). Oznacza bowiem – jak już wyżej sygnalizowano – zmniejszenie swobody świadka w zakresie jego zachowania się w sferze publicznej i prywatnej.

Nie sposób natomiast wskazać w k.p.k. innych sytuacji zasadzających się na ograniczeniu wolności osobistej świadka w rozumieniu art. 41 ust. 1 Konstytucji. Aktualizuje się bowiem kwestia naruszenia innych konstytucyjnych praw i wolności, a zatem stosowna ingerencja nie może być wtedy kwalifikowana pod kątem wolności osobistej. Egzemplifikacyjnie można wskazać na badania świadka (art. 192, art. 192a, art. 199a k.p.k.), które stanowią przejaw ograniczenia nietykalkości osobistej i prywatności jednostki (art. 41 ust. 1, art. 47, art. 51 ust. 1 Konstytucji).³³

³³ Specyficznego przykładu dostarcza instytucja świadka anonimowego (art. 184 k.p.k.), gdzie szeroko pojmowana wolność stanowi jedno z zagrożonych dóbr uzasadniających przyznanie ochrony, polegającej na zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka. Ta sytuacja nie łączy się jednak z ingerencją, lecz z zapobieżeniem jej, na dodatek chodzi o to, by zapobiec ingerencji pochodzącej

Wolność osobista jednostki uzyskuje szczególny wymiar w toku postępowania karnego. Świadczy o tym nie tylko istotna cecha procesu karnego jako formy realizacji prawa karnego materialnego, pozwalająca na orzeczenie m.in. kary pozbawienia wolności, czy też inne istotne atrybuty w postaci zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania lub realizacji zasady prawdy, determinujące możliwość zastosowania środków przymusu oznaczających *de facto* pozbawienie wolności, lecz również dokuczliwy i dalece ofensywny charakter tychże ingerencji w sferę chronionej wolności. W doktrynie karnoprocesowej na pierwszym planie najczęściej winduje się w tym kontekście zatrzymanie (art. 244 i nast. k.p.k.) oraz tymczasowe aresztowanie oskarżonego (art. 249–265 k.p.k.), mocno i trafnie zarazem akcentując skalę uszczuplenia możliwości korzystania z wolności, i to w okresie poprzedzającym prawomocne stwierdzenie winy.³⁴ Słusznie ponadto zwraca się uwagę, że niezwykle dynamiczny charakter standardów w zakresie poszanowania wolności osobistej odciska swe piętno także na gruncie postępo-

spoza procesu. Gdyby nawet próbować włączyć tę sytuację w nurt prowadzonych rozważań, może się okazać, że ochrona wolności osobistej w znaczeniu wynikającym z art. 41 ust. 1 Konstytucji nie znajduje w tym wypadku szerokiego odbicia. Nie wiadomo bowiem, w jakim stopniu może w grę wchodzić obawa zaistnienia dość skrajnego rozwiązania polegającego na pozbawieniu wolności w rozumieniu art. 189 k.k. Z kolei obawa ograniczenia wolności świadka ma tutaj raczej znaczenie obojętne. Bardziej realne jest zapewne niebezpieczeństwo np. groźby karalnej (art. 190 k.k.) czy zmuszania (art. 191 k.k.) – ale ochronie podlega wtedy nietykalność osobista lub zdrowie człowieka (w razie stosowania przemocy) albo nawet obawa np. stalkingu (art. 190a k.k.) – wówczas chroniona jest nietykalność osobista i prywatność.

³⁴ W tej kwestii np. A. Murzynowski, *Tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie w postępowaniu karnym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny nr 3/1984, s. 1–6, 21; E. Skrętowicz, *Status prawny oskarżonego tymczasowo aresztowanego. Kilka uwag na tle projektów kodeksu postępowania karnego i kodeksu karnego wykonawczego z r. 1991*, Annales UMCS 1992, vol. XXXIX, s. 199–201; J. Izydorezyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków 2002, s. 30, 47–53; Z. Świda, *Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego a stosowanie zatrzymania i tymczasowego aresztowania w procesie karnym*, w: B. Banaszak, A. Preisner, *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 746–749; M. Wąsek-Wiaderek, *Standard „niezwłoczności” doprowadzenia osoby zatrzymanej przed sędziego i prawo do „osądzenia w rozsądnym terminie albo zwolnienia na czas postępowania” w świetle art. 5 § 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, w: A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 503, 509; A. Trzcńska, P. Wiliński, *Tymczasowe aresztowanie w świetle Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich*, w: E. Dynia, Cz. P. Kłak (red.), *Europejskie standardy ochrony praw człowieka a ustawodawstwo polskie*, Rzeszów 2005, s. 252–253; K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012, s. 17 oraz P. Wiliński na tle orzecznictwa TK, idem, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 202. Z orzeczeń TK zob. np. wyrok z 24 lipca 2006 r., SK 58/03, OTK-A 2006, nr 7, poz. 85 oraz wyrok z 10 czerwca 2008 r., SK 17/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 78.

wania karnego.³⁵ Jednakowoż powstaje zasadne pytanie: do jakiego stopnia dotkliwość karnoprosesowych form pozbawienia wolności oraz wspomniana dynamika standardów ochrony znajdują swe odbicie w odniesieniu do świadka?

W zasadzie mogłoby się wydawać, że ingerencja w sferę wolności osobistej świadka w procesie karnym to sytuacja niemożliwa do wyobrażenia, a w konsekwencji niepodlegająca jakiegokolwiek aprobacie. Takie wrażenie może wywoływać nie tyle dokuczliwy charakter wspomnianej ingerencji, co bardziej fakt jej stosowania wobec osoby niebędącej oskarżonym, a zatem niepełniącej roli podmiotu, wobec którego dopuszczalność ograniczeń praw i wolności zawsze w jakiś naturalny sposób da się uzasadnić w płaszczyźnie rozumowania wręcz apriorycznego. Pomimo jednak oczywistych różnic dotyczących statusu procesowego oskarżonego i świadka, oznaczających zaszeregowanie tego drugiego do grupy podmiotów niebędących stronami, o incydentalnym udziale w procesie, konkluzja w zakresie sygnalizowanej kwestii nie może – przynajmniej w płaszczyźnie generalnej – zasadniczo odbiegać od sposobu ujęcia rozważanego problemu w stosunku do oskarżonego.

Nie można wszak zapominać, że centralnym elementem udziału świadka w procesie karnym pozostaje złożenie przez niego zeznań, zaś inne nałożone na niego obowiązki z reguły są podporządkowane realizacji obowiązku zeznawania. Owe zeznania to dowód, który przy wszystkich swoich wadach lub niedoskonałościach, będących zresztą odbiciem słabości ludzkiej natury, oferuje organowi procesowemu zindywidualizowaną i niepowtarzalną w sensie jednostkowym relację, mającą przybliżyć tenże organ do prawdy w procesie. Niebagatelne znaczenie posiada pewna cecha wspomnianego dowodu, nadająca mu charakter środka, z którego nie sposób zrezygnować, polegająca na poznaniu fragmentów, epizodów czy w ogóle szczegółów relacji międzyludzkich. W rezultacie z wymienionymi okolicznościami koresponduje siła oddziaływania zeznań składanych przez świadków w aspekcie treści rozstrzygnięcia finalizującego postępowanie karne. Nie ulega wątpliwości, że fakt częstego sięgania po ten dowód w toku procesu sytuuje zeznania świadka w roli podstawowego regulatora możliwości i zakresu dokonywania prawdziwych ustaleń faktycznych. W tym sensie nie jest przesadne twierdzenie, że niezależnie od stopnia poprawności oceny dowodów przeprowadzonej przez sąd, o rodzaju, ale i o jakości wydawanego przezeń wyroku decyduje zawartość zeznań przesłuchanych uprzednio świadków.

Szczególne (nadal) rola zeznań świadków w systemie środków dowodowych współczesnego postępowania karnego oraz ranga tychże zeznań z punktu

³⁵ P. Hofmański, *Zatrzymanie policyjne w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, w: O. Górniok (red.), *U progu nowych kodyfikacji karnych. Księga Pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Leonowi Tyszkiewiczowi*, Katowice 1999, s. 299.

widzenia rozstrzygnięcia co do przedmiotu procesu stanowią zatem okoliczności usprawiedliwiające wykorzystanie proceduralnych metod działania przejawiających się w pozbawieniu lub ograniczeniu wolności osobistej świadka. Dopuszczalność naruszenia tejże wolności jest bowiem ściśle powiązana z realizacją ważnych zadań publicznych oraz stwarzaniem przez świadka trudności przeszkadzających w urzeczywistnieniu tych zadań. Specyfika i cele procesu karnego sprawiają więc, że możliwości związane z ingerencją w sferę wolności osobistej nie mogą ominąć i samego świadka, nawet gdy przybierają postać wysoce ofensywnych naruszeń tego dobra.

Warto podkreślić, że organy procesowe dysponują stosunkowo szerokim wachlarzem ograniczeń praw i wolności jednostek, które nie są oskarżonymi, co ważne jednak – zakres stosownych kompetencji powinien być dostosowany do rzeczywistych i nieodzownych potrzeb prowadzącego proces karny.³⁶

Ta przydatność i niezbędność odpowiedniej ingerencji wyznacza więc poziom dopuszczalnego pozbawienia lub ograniczenia wolności osobistej świadka. W wymiarze procesowym oznacza to zbilansowanie celów stawianych procedurze karnej i potrzeby poszanowania wolności świadka. Zweryfikowanie wskazanego zabiegu w sensie oceny szans jego zastosowania może zakończyć się powodzeniem, ale efekt pełnego zadowolenia w tym zakresie osiągniemy dopiero na płaszczyźnie *in concreto*. Nie zmienia to faktu, że ustawodawca musi stworzyć odpowiednią ku temu podstawę normatywną, która też podlega oszacowaniu pod kątem zachowania właściwej równowagi między potrzebami postępowania karnego a koniecznością respektowania wolności osobistej świadka.

Przesunięcie problemu w stronę pułapu norm konstytucyjnych musi z kolei wiązać się z zadośćuczynieniem ogólnym wymogom dotyczącym ograniczenia możliwości korzystania z konstytucyjnych uprawnień jednostki. Jak stanowi art. 31 ust. 3 Konstytucji, te ograniczenia mogą być ustanowione tylko w ustawie, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla ochrony m.in. bezpieczeństwa lub porządku publicznego, wolności i praw innych osób, przy czym nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Na tle powołanego przepisu istotnym wyróżnikiem oceny karnoprocessowych rozwiązań normatywnych pozostaje, rzecz jasna, zasada proporcjonalności, która urosła współcześnie do rangi podstawowej zasady ustrojowej w systemie prawnym, bez której w sumie nie może się obejść jakakolwiek analiza przepisów prawnych wprowadzających ograniczenia praw i wolności jednostki. Obok sygnalizowanych już wyżej takich elementów jak przydatność (środek ingerujący ma charakter skuteczny z punktu widzenia realizowanego celu) i niezbędność (wybór środka najmniej uciążliwego dla jednostki

³⁶ K. Marszał, w: K. Amelung, K. Marszał (red.), *Stosowanie...*, op. cit., s. 132.

w warunkach dowiedzenia, że ingerencja jest jedynym sposobem rozwiązania kolizji dóbr), omawiana zasada zawiera w sobie także składnik określany mianem proporcjonalności *sensu stricto*, sprowadzający się do ustalenia, że stopień uciążliwości ingerencji dla jednostki pozostaje w odpowiedniej proporcji do celu uzasadniającego ograniczenie danej wolności lub prawa.³⁷ W tym sensie zasada proporcjonalności stanowi powszechny wzorzec badania rozwiązań ustawowych dotyczących się świadka tak, aby nie doszło do nieuzasadnionego czy nadmiernego poświęcenia jego wolności osobistej w toku postępowania karnego.

Przy okazji analizowania ogólnej klauzuli limitacyjnej określonej w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej w relacji do przepisu art. 41 Konstytucji, w doktrynie wyrażono – na tle rozwiązań karnoprocesowych – zapatrywanie o istnieniu pewnego mankamentu wynikającego z braku w Konstytucji specjalnej klauzuli tego typu w odniesieniu do pozbawienia i ograniczenia wolności osobistej.³⁸ Wydaje się, że ta sytuacja nie wpływa na obniżenie pułapu ochrony wolności w polskim porządku prawnym (także w procesie karnym), jak też nie rzutuje na wykreowanie niespójności standardów obowiązujących w tej mierze. Faktem jest, że w EKPC zastosowano inną metodę, gdyż w art. 5 ust. 1 tego aktu zawarto szczegółową normę limitacyjną zezwalającą na ingerencję w wolność i wyznaczającą zakres tej ingerencji. Rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustrojodawcę pozwala odnieść się do wymogów zamieszczonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jako uniwersalnej reguły zdatnej objąć swym zakresem wszelkie ingerencje w sferę uprawnień jednostki, w tym także te wiążące się z pozbawieniem lub ograniczeniem jej wolności.

Nie budzi również aprobaty inny pogląd wypowiedziany w związku z ustalaniem granic konstytucyjnej ochrony wolności. Można bowiem wyrazić obiekcje co do potrzeby wprowadzenia do Konstytucji zastrzeżenia, że pozbawienie człowieka wolności może mieć miejsce jedynie w wypadkach bezwzględnie

³⁷ Szeroko w kwestii zasady proporcjonalności zob. np. J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 9–31; J. Dylewska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego po wejściu w życie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, Przegląd Sejmowy nr 1/2001, s. 48 i nast.; D. Dudek, *Konstytucyjna wolność...*, op. cit., s. 108; K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 667 i nast.; L. Garlicki, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja...*, op. cit., art. 31 – s. 28–32; idem, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, Państwo i Prawo 2001, nr 10, s. 18–21; R. Koper, *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym*, Warszawa 2010, s. 190–198 oraz powołane w tych publikacjach judykaty TK.

³⁸ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Pozbawienie wolności w toku procesu karnego. Wybrane aspekty konstytucyjne i prawnomiędzynarodowe*. w: J. Skorupka (red.), *Rzeczny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 514–515.

koniecznych dla ochrony poważnie i realnie zagrożonych wartości bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego albo wolności i praw innych osób.³⁹ Zaprezentowane stanowisko trafnie zmierza do uchwycenia pewnego nieprzekraczalnego pułapu poszanowania wolności, adekwatnego do istoty i rangi tej wartości. Jednakowoż odwołuje się do bardzo kategoriycznych i wygórowanych w swej wymowie stwierdzeń, a zatem jest przeniknięte dużą dozą idealizmu, a tym sposobem rozmija się z wymogami postępowania karnego. Gdyby zadekretować w ustawie konstytucyjnej ograniczenie tej treści emanujące na postępowanie karne, można by się spodziewać utrudnień w realizacji celów procesu karnego w wyniku znacznego zacieśnienia obszaru dozwolonych działań ingerujących w wolność jednostki. Prawdopodobnie pozbawienie wolności osobistej świadka w toku tego postępowania nie byłoby już w ogóle możliwe. Ponadto organ procesowy powinien dysponować określonym marginesem swobody podczas podejmowania decyzji o pozbawieniu wolności danej osoby (w tym także świadka).

Aktualny pozostaje wszakże postulat stanowienia regulacji prawnych w taki sposób, aby uniknąć ryzyka zbyt dużej swobody organu procesowego, nawet jeżeli nie graniczyłaby ona z arbitralnością. Z tą dyrektywą koresponduje w pełni trafna teza akcentowana w piśmiennictwie i judykaturze: uregulowania ustawowe, na podstawie których jest możliwe pozbawienie wolności, muszą odpowiadać podwyższonemu standardowi jakości, w szczególności co do stopnia precyzji.⁴⁰ Oznacza to, że niezależnie od spełnienia wymogu niezbędności ingerencji dla realizacji realnych i ważnych celów procesowych, dopuszczenie pozbawienia wolności świadka w określonej formie winno znajdować podstawę w unormowaniu odznaczającym się pewnymi istotnymi atrybutami, wśród których niepoślednią rolę odgrywa precyzyjność jako zasadniczy miernik oceny danego uregulowania. Jak się więc okazuje – nie trzeba uciekać się do bardzo rygorystycznych regulacji zbytnio krępujących możliwości działania organów procesowych. Optymalny standard poszanowania wolności osobistej świadka można uzyskać także w drodze wykreowania rozwiązania kompromisowego *sensu stricto*, powstałego w wyniku redukcji wszelkich elementów zbędnych w aspekcie urzeczywistnienia celów procesowych oraz jasnego, szczegółowego i dokładnego nakreślenia sytuacji prawnej tego podmiotu.

Podczas regulowania standardu ochrony wolności świadka nie sposób zapewne ustrzec się nieuniknionych w tym wypadku porównań do innych

³⁹ Tak D. Dudek, *Prawnik a wolność człowieka (advokat na tle innych profesji prawnych)*, w: H. Cioch, A. Dębiński, J. Chaciński (red.), *Iustitia civitatis fundamentum. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wiesława Chrzanowskiego*, Lublin 2003, s. 795.

⁴⁰ Np. P. Hofmański, S. Zabłocki, op. cit., s. 526, 529; a także TK w wyroku z 10 czerwca 2008 r., SK 17/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 78.

procesowych wypadków pozbawienia wolności, mających miejsce wobec innych podmiotów. W literaturze przedmiotu wyrażono myśl, że nie każde owo pozbawienie ma taki sam charakter, w rezultacie czego można mówić o „różnej mierze” przekładającej się na określenie kompetencji do decydowania o detencji, precyzję w sformułowaniu ustawowych warunków ingerencji czy zakres gwarancji zapewnianych osobie, której to dotyczy.⁴¹ To stanowisko znajduje częściowe potwierdzenie w orzecznictwie ETPC, który na tle postępowania kontrolnego w zakresie ingerencji w wolność skłonny jest różnicować stopień gwarancyjności rodzajem tej ingerencji i okolicznościami konkretnej sprawy, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że gwarancje najdalej idące powinny być zapewnione w razie długotrwałego pozbawienia wolności.⁴²

W wyniku wstępnej analizy przedstawione stanowisko doktryny można zasadniczo zaaprobować, skoro nie ulega wątpliwości, że w wypadku tymczasowego aresztowania – jako najintensywniejszej formy pozbawienia wolności w procesie karnym – standardy ochronne muszą być szczególnie wysokie. Pojawia się jednak pytanie: czy przyjmowanie wskazanego poglądu nie usprawiedliwia automatycznego obniżenia poziomu ochrony właśnie w wypadku świadka?

W odniesieniu do świadka charakter i czas trwania obu wymienionych wyżej form pozbawienia wolności nigdy nie osiągnie pułapu dotyczącego oskarżonego.

Co prawda, zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie świadka można potraktować jako środek skrajny, skoro wobec osoby o takim statusie prawnym organ procesowy decyduje się na pozbawienie wolności, ale z drugiej strony w pewnym sensie do obrony jest zapatrywanie, że na tle systematyki środków przymusu owo zatrzymanie może być też rozważane jako środek minimalny z punktu widzenia typu nałożonej restrykcji.⁴³ W istocie konfrontacja dolegliwości powodowanej przez zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie z dokuczliwością np. zatrzymania osoby podejrzanej w trybie art. 244 k.p.k., tymczasowego aresztowania czy obserwacji oskarżonego w zakładzie leczniczym celem zbadania stanu jego zdrowia psychicznego (art. 203 k.p.k.), wypada na korzyść tego pierwszego. Prawdopodobnie na rzecz tezy o minimalnej dolegliwości przemawia krótki czas trwania tej formy pozbawienia wolności, jaką jest zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie. Aby zachować rzetelność, należy wskazać na oczywistą obserwację, że nawet zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie może w konkretnych okolicznościach okazać się drastyczną wręcz metodą służącą zapewnieniu obecności podmiotu niebędącego oskarżonym (w tym świadka).

⁴¹ P. Hofmański, S. Zabłocki, op. cit., s. 520, 525.

⁴² P. Hofmański, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, op. cit., s. 213.

⁴³ P. Corso (red.), *Commento al codice di procedura penale*, Piacenza 2008, s. 562.

Z pewnością represyjność osiąga wyższy pułap w wypadku aresztowania świadka, mogącego trwać maksymalnie do 30 dni (art. 287 § 2 k.p.k.). Pozbawienie wolności przestaje być krótkotrwałe, a w każdym razie przekracza ramy dokuczliwości wyznaczone przez stosowanie wspomnianego zatrzymania. Można zaryzykować – w pewnym uproszczeniu – tezę o ulokowaniu tegoż aresztowania pomiędzy zatrzymaniem i przymusowym doprowadzeniem a tymczasowym aresztowaniem. Można postawić jednak tutaj zarzut, że to tylko konwencjonalna klasyfikacja, ponieważ w razie krótkiego okresu stosowania tymczasowego aresztowania czas jego trwania może zbliżyć się do okresu aresztowania świadka, zaś w wypadku bardzo krótkiego czasu wykonywania tego aresztowania jedynie trochę zostanie przewyższony pułap temporalny typowy dla zatrzymania i przymusowego doprowadzenia. Takie sytuacje mogą niekiedy wystąpić, gdy tymczasem zaproponowane rozłożenie akcentów w zakresie stopnia dokuczliwości środków przymusu polegających na pozbawieniu wolności zdaje się należycie oddawać stopień dotkliwości w związku ze stosowaniem aresztowania względem świadka.

Problem jednak w tym, aby nie dokonywać oszacowania stopnia represyjności danego uregulowania wyłącznie przez pryzmat innych środków przymusu. Taki sposób podejścia jest możliwy na płaszczyźnie mocno abstrakcyjnej, aby celnie ulokować określoną regulację w systemie prawnym. W razie przeprowadzania szczegółowej analizy takiego unormowania grozi natomiast relatywizacją implikującą przyjęcie niemiarodajnych lub niewłaściwych wskaźników oceny lub przejawiającą się w bagatelizowaniu ujemnych skutków ingerencji w sferę wolności osobistej świadka.

Nie negując różnic w charakterze poszczególnych form pozbawienia wolności w trakcie procesu karnego, wydaje się, że punkt ciężkości tkwi jednak w zachowaniu proporcjonalności jako właściwego punktu odniesienia w kwestii przyjętego ustawowego poziomu precyzji czy zakresu gwarancji przysługujących jednostce. Oznaczałoby to, że nieuprawnione jest odgórne zawężanie standardów ochronnych jedynie w oparciu o kwalifikację przedmiotową (rodzaj pozbawienia wolności) i przy jednoczesnym wyeksponowaniu rodzaju podmiotu podanego ingerencji. W konsekwencji należy przyjąć, że także w wypadku świadka wkroczenie w obszar wolności osobistej może być tak dokuczliwym środkiem, że będzie uzasadniać podwyższenie stopnia wymaganej gwarancyjności i precyzności.

4. Standard konstytucyjny i konwencyjny a ochrona wolności osobistej świadka w procesie karnym

Nawiązując do dotychczasowych wywodów, próbujących uwypuklić meandry ochrony wolności osobistej świadka w procesie karnym, trzeba jeszcze rozważyć problem harmonizacji stosownych rozwiązań karnoprosesowych z wymogami wynikającymi z Konstytucji i EKPC. Ocena kształtu regulacji normatywnych zezwalających na wkroczenie w obszar wolności osobistej świadka, z punktu widzenia standardu konstytucyjnego i konwencyjnego, wypada zasadniczo pozytywnie. Nie oznacza to jednak, że analiza sygnalizowanego aspektu uwarunkowań ochrony tej wolności pozwala na stwierdzenie o idealnym pułapie poszanowania tego dobra w obrębie postępowania karnego. Dalsze wywody będą uwzględniać tylko te kwestie, które są wątpliwe i problematyczne. W tym kontekście zostanie całkowicie pominięta kwestia wezwania w ogóle w charakterze świadka do procesu.⁴⁴

W art. 5 ust. 1b EKPC uznaje się za dopuszczalną ingerencję w sferę wolności polegającą na zatrzymaniu lub aresztowaniu w przypadku niepodporządkowania się wydanemu zgodnie z prawem orzeczeniu sądu lub w celu zapewnienia wykonania określonego w ustawie obowiązku. Należy zatem zauważyć, że z tak zakreślonym celem korespondują oba środki przewidziane względem świadka: zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie oraz aresztowanie. Niezależnie zresztą od prezentowanego przez ETPC elastycznego podejścia zezwalającego na szeroki zakres swobody podczas normowania takich sytuacji w prawie krajowym,⁴⁵ organ ten wyznaczył generalny standard dopuszczalności wykorzystywania omawianych form pozbawienia wolności. Zastrzegł mianowicie dla nich charakter *ultima ratio*, oznaczający brak możliwości doprowadzenia do wykonania obowiązku za pomocą innych, mniej drastycznych środków oraz wymóg utrzymania w tym wypadku proporcjonalności, czyli z jednej strony niezbędność natychmiastowego i skutecznego spełnienia tego obowiązku, a z drugiej strony konieczność ważenia rangi dobra, w które godzi ingerencja, oraz wagi obowiązku, który ma być wyegzekwowany.⁴⁶

⁴⁴ Zresztą ustawodawca złagodził związane z tym rygory, dopuszczając możliwość przesłuchania świadka w miejscu jego przebywania, przy użyciu środków technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość (art. 177 § 1a k.p.k.), a ponadto zezwolił na przesłuchanie w miejscu pobytu świadka z uwagi na jego chorobę, kalectwo lub inną niedającą się usunąć przeszkodę (art. 177 § 2 k.p.k.).

⁴⁵ S. Foster, op. cit., s. 72.

⁴⁶ P. Hofmański, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, op. cit., s. 170; M. A. Nowicki, op. cit., s. 355.

Zarówno zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie, jak i aresztowanie nie występują w roli jedynych metod mających przeciwdziałać tej swoistej obstrukcji świadka polegającej na jego niestawiennictwie lub odmowie składania zeznań. W obu sytuacjach rozwiązaniem alternatywnym, wymienianym też w przepisach w pierwszej kolejności (art. 285 § 1, art. 287 § 1 k.p.k.), pozostaje kara pieniężna nakładana w wysokości do 10.000 zł. Ostateczny charakter środków przymusu ingerujących w sferę wolności osobistej trzeba więc weryfikować na tle tej innej, łagodniejszej metody dyscyplinowania świadków.

Co się więc tyczy relacji obu środków dopuszczalnych w razie niestawienia świadka (lub samowolnego oddalenia się z miejsca czynności): wspomnianego zatrzymania i kary pieniężnej, należy najpierw poczynić pewne generalne zastrzeżenia. Skoro w ramach oceny stopnia dotkliwości tych środków decydujące znaczenie mają kryteria obiektywne, zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie w wyższym stopniu wkracza w sferę swobód obywatelskich, a to z kolei oznacza, że pojawia się logiczna wskazówka dotycząca sekwencji sięgania do obu środków. Ingerencje w obszar chronionych praw i wolności powinny wszakże opierać się o pewność prawną, aby wyeliminować ryzyko zonglowania przez organy procesowe dostępnymi środkami w warunkach sprzyjających preferowaniu tych spośród nich, które są surowsze, ale szybko i łatwo pozwolą na realizację danego celu.

Wobec niejasności normatywnej art. 285 k.p.k., otwierającej drogę do rozmaitych – niekiedy sprzecznych – interpretacji,⁴⁷ należy stanąć na stanowisku podkreślającym możliwość lepszego zaakcentowania – niż ma to miejsce *de lege lata* – w tym przepisie wzajemnego odniesienia obu wspomnianych środków. Wypada zatem rozważyć zawarcie w art. 285 k.p.k. wyraźnej wzmianki, że zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie świadka jest dopuszczalne jedynie w razie nie odniesienia skutku przez karę pieniężną albo w razie stwierdzenia, że wymierzenie samej kary lub porzucenie na niej byłoby niewystarczające i z tego powodu można zastosować to zatrzymanie obok kary lub zamiast niej. Wydaje się, że utrzymując w ten sposób fakultatywny i subsydiarny charakter zatrzymania i przymusowego doprowadzenia,⁴⁸ nie pozbawiamy organów procesowych

⁴⁷ Na ten temat zob. np. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 613; L. K. Paprzycki, w: J. Grajewski (red.), L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–424 k.p.k.*, t. I, Kraków 2006, s. 768; R. Górecki, *Świadek w postępowaniu przygotowawczym*, Warszawa-Poznań 1987, s. 57; M. Jeż-Ludwichowska, D. Kala, *Środki przymusu stosowane wobec świadków i biegłych w procesie karnym – zagadnienia wybrane*, w: P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 848.

⁴⁸ Taki charakter eksponuje trafnie doktryna, zob. np. L. K. Paprzycki, op. cit., s. 767; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*

możliwości wykorzystania tego środka wobec wyjątkowo opornych świadków, w warunkach pozwalających na podjęcie odpowiedniej decyzji w granicach określonego marginesu swobody. Jednocześnie zapobiegamy przekreśleniu wyjątkowości tej sytuacji.

Także struktura normatywna aresztowania w relacji do systemu sankcji wymuszających złożenie zeznań wymaga zmian ukierunkowanych na uwzględnienie ostatecznego charakteru tego środka. Również bowiem i w tym wypadku formułuje się w doktrynie różne poglądy odnośnie do istoty tej relacji i jej treści,⁴⁹ będące konsekwencją braku jednoznacznego unormowania w tym przedmiocie w art. 287 § 1 i 2 k.p.k., pogłębianego zaakcentowaniem w tym przepisie niezależnego od kary pieniężnej charakteru aresztowania. Ustawodawca powinien dać wyraźny sygnał w art. 287 k.p.k., że stosowanie aresztowania jest uwarunkowane wcześniejszym, bezskutecznym nałożeniem kary pieniężnej. Powzięcie informacji mogących niejako odgórnie świadczyć o nieefektywności tej kary z uwagi na stan majątkowy danego świadka, może oznaczać rezygnację z jej nałożenia, jednakże nie powinno w tym wypadku uprawniać do zastosowania aresztowania w następstwie pierwszej odmowy zeznań. Można wtedy wyjątkowo rozważać sięgnięcie do tego środka, ale wówczas, gdy uchylanie się od złożenia zeznań następuje co najmniej po raz drugi.⁵⁰ Przemawia za tym znaczna represyjność aresztowania, która sprawia ponadto, że trudno zaaprobować możliwość orzeczenia o aresztowaniu obok kary pieniężnej wymierzanej po raz pierwszy. Innymi słowy, dopuszczalność kumulacji aresztowania i kary pieniężnej wchodziłaby potencjalnie w grę dopiero w razie nakładania drugi raz tejże kary. Wydaje się, że tylko taki kierunek ustalenia relacji obu środków w należyty sposób czyni zadość konstytucyjnej zasadzie proporcjonalności, a ponadto jest odzwierciedleniem ich istoty i charakteru w zetknięciu z potrzebą ochrony jednostki.

Powstaje pytanie: czy należy w roztrząsanym aspekcie kategorycznie wykluczyć pozasądowe formy pozbawienia wolności? Ewolucja zaznaczająca się

do artykułów 1–296, t. I, Warszawa 2011, s. 1577; R. Górecki, *Dopuszczalność stosowania kar porządkowych wobec niektórych uczestników postępowania przygotowawczego*, Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych nr 44/1986, s. 124.

⁴⁹ Por. R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 280; T. Grzegorzczak, op. cit., s. 617; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 1585; R. Górecki, *Świadek...*, op. cit., s. 58; R. A. Stefański, *Konsekwencje dla świadka w razie bezpodstawnego uchylania się od zeznania*, w: W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 1068–1069; M. Jeż-Ludwichowska, D. Kala, op. cit., s. 848, 849; P. Rogoziński, *Aresztowanie jako kara porządkowa na tle systemu sankcji niewykonania obowiązków procesowych*, w: M. Płachta (red.), *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu*, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, t. XI, s. 222–223.

⁵⁰ Por. R. A. Stefański, op. cit., s. 1067.

w tym zakresie zdaje się wskazywać na trafny w swej istocie trend polegający na monopolizacji przez sąd kompetencji dotyczącej orzeczenia o pozbawieniu wolności.

Co ciekawe, Europejski Trybunał Praw Człowieka nie zastrzega konieczności sądowej kompetencji w każdym wypadku pozbawienia wolności. W orzecznictwie tego organu kładzie się nacisk na niedopuszczalność pozbawienia wolności bez decyzji sądu, poza krótkotrwałym tylko zatrzymaniem.⁵¹ Zatrzymanie, ze swej natury, odznacza się krótkim okresem trwania, przy czym w wypadku stosowania tego środka w celu przymusowego doprowadzenia ten czas ulega na ogół jeszcze większemu skróceniu na tle innych rodzajów zatrzymania, łącząc się niekiedy z koniecznością podjęcia natychmiastowych działań. Nic więc dziwnego, że w literaturze podkreśla się, że decyzja w kwestii zatrzymania osoby nie może należeć do wyłącznej właściwości sądu, ponieważ niejednokrotnie ta decyzja musi zapaść bardzo szybko, a konsekwencje jej zaniechania mogą być nieodwracalne.⁵²

W rezultacie trudno byłoby zakwestionować trafność rozwiązania występującego w obowiązującym k.p.k.: zgodnie z art. 290 § 1 k.p.k., o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu w postępowaniu przygotowawczym decyduje prokurator, natomiast w stadium jurysdykcyjnym – sąd.

Co ważne, aresztowanie – odznaczające się wyższym stopniem dokuczliwości – stosuje tylko sąd (art. 290 § 1 k.p.k.).

Można też rozważyć rewizję maksymalnego pułapu stosowania tego środka. W literaturze przedmiotu wyrażono myśl, że okres 30 dni jest zbyt surowy.⁵³ W istocie można się zastanawiać nad skróceniem tej maksymalnej granicy, jednakże nie powinna ona przybrać takiej postaci, kiedy możliwość prewencyjnego oddziaływania aresztowania będzie mieć już iluzoryczny charakter. W każdym razie słusznie sugeruje się w piśmiennictwie stosowanie aresztowania na czas krótszy niż 30 dni.⁵⁴

⁵¹ P. Hofmański, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, op. cit., s. 163; idem, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 202.

⁵² P. Hofmański, S. Zabłocki, op. cit., s. 537.

⁵³ M. Dobrowolska, A. Oklejak, *Prawa i obowiązki świadków w procesie sądowym – rozwiązanie prawne i wnioski de lege ferenda*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1978, nr 10, s. 334.

⁵⁴ Z możliwością przedłużenia do miesiąca w razie dalszego utrzymywania się uporczywej odmowy zeznań, w tej kwestii: T. Grzegorzczak, op. cit., s. 617; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 1586; M. Jeż-Ludwichowska, D. Kala, op. cit., s. 851.

5. Uwagi podsumowujące

Problematyka respektowania wolności osobistej świadka w toku postępowania karnego odznacza się wyraźną specyfiką, będącą konsekwencją zbiegu dwóch okoliczności: dotkliwości ingerencji ograniczającej to dobro oraz prawno-procesowego statusu świadka. Uwarunkowania determinujące ukształtowanie modelu ochrony wolności osobistej świadka plasują się na różnych płaszczyznach, jak też w różnych aspektach i kierunkach zaznaczają swe oddziaływanie. W pierwszej kolejności są to czynniki przesądzające o kształcie wolności i sposobie jej definiowania oraz pozwalające na wyodrębnienie wolności osobistej, przybierając postać uwarunkowań społecznych oraz prawnych, w tym konstytucyjnych i prawnomiędzynarodowych. Wykrystalizowany w ten sposób zakres poszanowania wolności osobistej świadka w postępowaniu karnym pozostaje w kręgu działania kolejnych uwarunkowań, wśród których zdecydowanie już dominują czynniki natury prawnej. Co ważne jednak, na kształt rozwiązań normatywnych czy praktykę stosowania prawa wpływ wywiera tutaj już nie tylko standard konstytucyjny i konwencyjny, lecz oddziałują także uwarunkowania związane z celem i strukturą procesu karnego. Schemat tak zarysowanych współzależności musi, rzecz jasna, oznaczać potrzebę uwzględniania, zarówno w płaszczyźnie *in abstracto*, jak i w wymiarze skonkretyzowanym, wszystkich aktualnych uwarunkowań wchodzących w grę.

THE CONDITIONINGS OF PROTECTION OF WITNESS'S PERSONAL LIBERTY IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The article is devoted to the issue of protection of the witness's personal liberty in the context of conditionings, that influence the shape and the scope of its protection in criminal proceedings. The author takes into consideration procedural status of witness and fact that personal liberty, as the fundamental human right of the contemporary man, should not be the subject of unjustified and excessive infringement, to solve this complex problem. The article concerns both social and legal conditionings that determine the way of defining the personal liberty concept and the scope of observance personal liberty in criminal proceedings. A part of the article focuses on the presentation of conditionings that arise from constitutional and conventional standard and from characteristics, goal and structure of criminal proceedings. The author also verifies standards mentioned above in the context of legal regulations related to the infringements of personal liberty such as detention and enforced appearance and arrest. As a result, author notes practical shortcomings of the regulations in question and outlines also recommended solutions.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (197) 2014
Warszawa 2014

Bartosz Ziemblicki ■

WSPÓŁCZESNE ROZUMIENIE POJĘCIA MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA GOSPODARCZEGO

Wstęp

Pojęcie międzynarodowego prawa gospodarczego nie jest w doktrynie rozumiane jednolicie. Istnieje szereg kontrowersji w tym zakresie, z którymi autor próbuje się zmierzyć. Celem niniejszego opracowania jest rekonstrukcja pojęcia międzynarodowego prawa gospodarczego w ujęciu współczesnym, poprzez skonfrontowanie tej gałęzi prawa z innymi, do niej zbliżonymi. Chodzi mianowicie o gałęzie gospodarcze i międzynarodowe.

W pierwszej kolejności autor poszukuje odpowiedzi na pytanie, czym różni się międzynarodowe prawo gospodarcze od prawa międzynarodowego gospodarczego oraz prawa gospodarczego międzynarodowego? Po drugie, co obejmuje międzynarodowe prawo gospodarczego i jaki jest jego stosunek do prawa międzynarodowego publicznego, prawa prywatnego międzynarodowego i międzynarodowego prawa biznesu? Po trzecie, czym różni się ono od transgranicznego prawa gospodarczego? Po czwarte, czy należy je zaliczyć do prawa publicznego, czy prywatnego? Po piąte, jakie są jego relacje do międzynarodowego prawa handlowego i finansowego?

1. Międzynarodowe prawo gospodarcze a prawo międzynarodowe gospodarcze i prawo gospodarcze międzynarodowe

Problem nazwania przedmiotu badań prawem gospodarczym międzynarodowym, prawem międzynarodowym gospodarczym bądź międzynarodowym prawem gospodarczym determinuje podejście badawcze. Wyjaśnienie tej kwestii wpłynie na odpowiedź na wszystkie inne pytania, postawione we wstępie.

Spójne i przekonujące rozumienie wskazanych wyżej terminów zaproponował Jan Białocerkiewicz. Pierwsza nazwa (prawo gospodarcze międzynarodowe) zbudowana jest na zasadzie analogii do prawa prywatnego międzynarodowego. Oznacza ona prawo krajowe, regulujące stosunki gospodarcze z elementem obcym. Określenie to jest jednak rzadko spotykane w polskiej nauce prawa.¹

Nazwa druga (prawo międzynarodowe gospodarcze) i trzecia (międzynarodowe prawo gospodarcze) kładą nacisk na aspekt międzynarodowości. Choć pierwsza z nich ma nazwę analogiczną do prawa międzynarodowego publicznego, żadna z nich nie ogranicza przedmiotu badań do prawa publicznego i nie jest częścią prawa międzynarodowego publicznego (o czym mowa będzie dalej).²

Co zatem odróżnia obie nazwy? Prawo międzynarodowe gospodarcze wyodrębnione zostało na podstawie kryterium pochodzenia norm. Składają się na nie wszelkie normy regulujące sprawy gospodarcze, o ile ich podstawą są źródła prawa o charakterze międzynarodowym, niezależnie od tego, między jakimi podmiotami regulują stosunki.³ Jest to nazwa skonstruowana na zasadzie analogii do prawa międzynarodowego publicznego. Z kolei międzynarodowe prawo gospodarcze kładzie nacisk nie na pochodzenie norm prawnych, lecz na przedmiot regulacji. Obejmuje ono prawo dotyczące spraw gospodarczych z elementem obcym, niezależnie od pochodzenia norm.⁴ Ponieważ jest to podejście unikalne, nie jest ono zbudowane na zasadzie analogii do innych gałęzi prawa.

Dla przynależności norm prawnych do międzynarodowego prawa gospodarczego bez znaczenia jest zatem to, czy normy te mają charakter publiczno-prawny czy prywatnoprawny. Nieistotne jest także, czy ich źródłem jest prawo międzynarodowe czy krajowe, o ile dotyczą transgranicznego obrotu gospodarczego. Jak zauważa Kenneth Abbott, na źródła międzynarodowego prawa

¹ J. Białocerkiewicz, *Powstanie i rozwój prawa międzynarodowego gospodarczego*, Toruń 1987, s. 34.

² Ibidem, s. 11; także J. Gilas, *Prawo międzynarodowe gospodarcze*, Bydgoszcz 1998, s. 13.

³ J. Białocerkiewicz, op. cit., s. 44.

⁴ Ibidem, s. 43.

gospodarczego składają się regulacje ponadnarodowe (prawo Unii Europejskiej), międzynarodowe, transnarodowe (termin wyjaśniony dalej), narodowe, a nawet *zasady prywatne* (których przykładem mogą być reguły INCOTERMS⁵).

Wyżej wymienione nazwy nie powinny być rozpatrywane z punktu widzenia ich prawidłowości bądź wadliwości. Nie ma między nimi takiej zależności, że właściwa jest albo jedna, albo druga. Wszystkie są poprawne, oznaczają po prostu różne gałęzie (lub przynajmniej funkcjonalne ujęcia) prawa.

Skoro zatem prawo międzynarodowe gospodarcze obejmuje normy pochodzenia międzynarodowego, regulujące stosunki gospodarcze, a prawo gospodarcze międzynarodowe normy pochodzenia krajowego, regulujące stosunki gospodarcze z elementem obcym, to obie te gałęzie składać się będą na międzynarodowe prawo gospodarcze, które obejmuje normy bez względu na ich pochodzenie, o ile regulują międzynarodowe stosunki gospodarcze.

W polskiej literaturze można zauważyć tendencję spadku popularności prawa międzynarodowego gospodarczego na rzecz międzynarodowego prawa gospodarczego. Jest to skutek zmiany przedmiotu zainteresowań z gałęzi zdeterminowanej przez źródła prawa na rzecz gałęzi określonej przez przedmiot regulacji. Tym pierwszym pojęciem pod koniec XX wieku zajmowali się Jan Białocerkiewicz⁶ i Janusz Gilas⁷. Współcześnie zaś przedmiotem badań jest zwykle międzynarodowe prawo gospodarcze, jak widać to u Tadeusza Wasilewskiego⁸ czy Kazimierza Lankosza⁹.

⁵ International Commercial Terms (Międzynarodowe Reguły Handlu) – zbiór międzynarodowych reguł, określających warunki sprzedaży, których stosowanie jest szeroko przyjęte na całym świecie. Reguły te dzielą koszty i odpowiedzialność pomiędzy nabywcę i sprzedawcę. Reguły te są zalecane i publikowane przez International Chamber of Commerce (Międzynarodową Izbę Handlową).

⁶ J. Białocerkiewicz, op. cit.

⁷ J. Gilas, op. cit.

⁸ T. Wasilewski, *Prawo międzynarodowe publiczne, międzynarodowe prawo gospodarcze a europejskie prawo wspólnotowe – aspekt komparatystyczny*, Studia Europejskie 3/2005, s. 35.

⁹ K. Lankosz, B. Kuźniak, *Stosunki międzynarodowe – przedmiot i metoda nauczania*, referat na konferencję „Stosunki międzynarodowe jako przedmiot badań i nauczania w Polsce”, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 4–5 grudnia 2000, dostępny na stronie www.pism.pl/pdf/K.Lankosz-B.Kuzniak.pdf, 27.05.2013.

2. Międzynarodowe prawo gospodarcze a prawo międzynarodowe publiczne, międzynarodowe prawo biznesu i prawo prywatne międzynarodowe

Autor zgadza się z zaproponowanymi przez Białocerkiewicza definicjami, przedstawionymi w punkcie 1. Jednak, jak pokażą rozważania w niniejszym punkcie, przedstawione wyżej koncepcje spotykają się w doktrynie z innymi poglądami. Jeszcze większe trudności ze zdefiniowaniem międzynarodowego prawa gospodarczego są w literaturze anglojęzycznej. Występuje w niej bowiem tylko jedna nazwa – *international economic law* – używana dla nazwania zarówno prawa międzynarodowego gospodarczego, jak i międzynarodowego prawa gospodarczego.

Gdy 65 lat temu Georg Schwarzenberger pisał na temat *international economic law*, nie definiował go wprost jako części prawa międzynarodowego publicznego, jednak wskazywane przez niego standardy tego prawa były typowe dla relacji międzypaństwowych.¹⁰ Podobne poglądy popularne były jeszcze na początku lat 90. XX wieku, na przykład w pracy Judith Bello i Alana Holmera.¹¹

Tak samo pojęcie to rozumiał Ignaz Seidl-Hohenveldern. Był on zdania, że termin *international economic law* odnosi się do prawa międzynarodowego publicznego, które w sposób bezpośredni dotyczy wymiany gospodarczej pomiędzy podmiotami tegoż prawa. Gdyby jednak, jak zauważył, rozszerzyć to pojęcie do aspektów pośrednio związanych z aktywnością gospodarczą, zawarłoby w sobie w zasadzie całe prawo międzynarodowe publiczne. Prawo międzynarodowe jest bowiem odzwierciedleniem interesów największych potęg, które to interesy kształtowane są przez pobudki gospodarcze. W każdym jednak przypadku jest ono albo częścią składową, albo jest wręcz tożsame z prawem międzynarodowym publicznym.¹² Jednocześnie jednak Seidl-Hohenveldern naraził się na zarzut niekonsekwencji, a przy tym osłabił nieco to radykalne podejście do międzynarodowego prawa gospodarczego na dwa sposoby. Po pierwsze, zaznaczył, że wykluczył z rozważań prawo transnarodowe, a więc odnoszące się do podmiotów prywatnych, ale uczynił to nie z przyczyn merytorycznych, lecz aby zapobiec zbytnej obszerności swojej książki. Po drugie natomiast, włączył do rozważań

¹⁰ G. Schwarzenberger, *The Province and Standards of International Economic Law*, *International Law Quarterly*, nr 2, 1984.

¹¹ J. H. Bello, A. F. Holmerz, *After the Cold War: Whither International Economic Law?*, *Harvard International Law Journal*, tom 32, nr 2, 1991.

¹² I. Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, Hague, London, Boston 1999, s. 1. Tego samego zdania jest P. VerLoren van Themaat, *The Changing Structure of International Economic Law*, 1981, s. 9.

lex mercatoria, mimo iż, jak sam wskazał, nie reguluje ono stosunków między państwami.¹³

Większość przedstawicieli doktryny opowiada się jednak za drugim rozumieniem pojęcia *international economic law*, czyli utożsamia je z polskim międzynarodowym prawem gospodarczym w rozumieniu Białocerkiewicza. Według Stephena Zamory jest to zbiór praw i praktyki zwyczajowej, regulujących stosunki gospodarcze pomiędzy podmiotami z różnych państw (tudzież samymi państwami). Obejmuje ono prawo i politykę, w tym prawo prywatne, lokalne, krajowe i międzynarodowe.¹⁴ Według Jeffery'ego Atika obejmuje ono co najmniej międzynarodowe prawo handlowe, monetarne, konkurencji (antymonopolowe), własności intelektualnej i rozwoju.¹⁵

Zdaniem Joela Trachtmana międzynarodowe prawo gospodarcze obejmuje, nieznanne polskiej nauce prawa, międzynarodowe prawo biznesu (gałąź popularna w Stanach Zjednoczonych), jak również spore części prawa prywatnego międzynarodowego.¹⁶ W innym jednak miejscu Trachtman osłabia to kategoryczne stwierdzenie, wskazując, że w zakresie relacji pomiędzy międzynarodowym prawem biznesu i międzynarodowym prawem gospodarczym, jego zdaniem różnica między tymi dwoma gałęziami prawa dotyczy płaszczyzny analizy. W tym drugim przypadku obejmuje politykę handlową państw, zaś w pierwszym transakcje podmiotów prywatnych. W praktyce jednak często bardzo trudno oddzielić je od siebie, bowiem transgraniczny obrót gospodarczy wiąże się z regulacjami nie tylko z zakresu sprzedaży towarów, zagranicznych inwestycji bezpośrednich czy licencji własności intelektualnej, ale także nałożonych przez państwo barier taryfowych lub pozataryfowych.¹⁷

Zanik nauki prawa prywatnego międzynarodowego na amerykańskich uczelniach prawa zbiegł się z rozwojem międzynarodowego prawa biznesu. Jak zauważa Trachtman, przedmiot ten jest mało spójny, a do jego elementów należą normy kolizyjne, komparatystyka prawnicza różnych porządków prawnych (prawo umów, pracy, podatkowe) oraz fragmenty prawa międzynarodowego publicznego, jak Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, Konwencja nowojorska o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych czy prawo zwyczajowe w postaci *lex*

¹³ I. Seidl-Hohenveldern, op. cit., s. 2.

¹⁴ S. Zamora, *International Economic Law*, U. Pa. J. Int'l Econ. Law, tom 17, nr 1, 1996, s. 63–64.

¹⁵ J. Atik, *Uncorking International Trade, filling the cup of International Economic Law*, American Journal of International Law Review, nr 15, 1999–2000, s. 1232.

¹⁶ J. Trachtman, *The International Economic Law Revolution*, dostępny pod adresem <http://www.worldtradelaw.net/articles/trachtmanrevolution.pdf> (11.06.2013), s. 2.

¹⁷ Ibidem, s. 4.

mercatoria. Jednak także w międzynarodowym prawie biznesu przeważają elementy krajowe.¹⁸

Wytworzenie się porządku prawnego określanego międzynarodowym prawem gospodarczym Trachtman nazywa rewolucją, bowiem prowadzić ma ono do spójnego postrzegania świata.¹⁹ Należy przez to rozumieć przełamanie sztucznych podziałów na prawo publiczne i prywatne, międzynarodowe i krajowe, pozostawiając jedyne ważne kryterium wyróżniające – aspekt gospodarczy prawa. Podziały te, zdaniem Trachtmana, mogą mieć sens na potrzeby dydaktyki, ale nie z punktu widzenia praktyki i teorii prawa.²⁰

Za rozumieniem międzynarodowego prawa gospodarczego jako funkcjonalnego konglomeratu norm prawnych z różnych porządków prawnych opowiadają się także inni eksperci prawa międzynarodowego, jak John H. Jackson²¹ i Hans-Ulrich Petersmann²². Pierwszy z nich dodatkowo stoi na stanowisku, że aż 90% prawa międzynarodowego publicznego to jednocześnie międzynarodowe prawo gospodarcze.²³ Dostrzega jednak także komponenty prawa krajowego, a nawet wpływ innych dyscyplin naukowych, jak ekonomia i politologia.²⁴

Jak wskazują Asif Qureshi i Andreas Ziegler, autorzy podręcznika *International Economic Law*, międzynarodowe prawo gospodarcze rozumieć można na dwa sposoby: węższy i szerszy. Węższe rozumienie ogranicza międzynarodowe prawo gospodarcze do części prawa międzynarodowego publicznego. Szszerze rozumienie natomiast obejmuje wszystkie regulacje, które dotyczą działalności gospodarczej w kontekście międzynarodowym. Obejmować zatem będzie także prawo krajowe, prawo prywatne międzynarodowe i międzynarodowe prawo biznesu.²⁵ Zwolennicy drugiej definicji, do których zalicza się autor niniejszego artykułu, podnoszą przede wszystkim, że definicja powinna się koncentrować na przedmiocie regulacji, nie zaś na źródłach prawa.²⁶

¹⁸ Ibidem, s. 6–7.

¹⁹ Ibidem, s. 3.

²⁰ Ibidem, s. 4.

²¹ J. H. Jackson, *International Economic Law: Reflections on the “Boilerroom” of International Relations*, 10 American University Journal of International Law and Policy 1995, s. 596.

²² E.-U. Petersmann, *International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order*, w: R. St. J. MacDonald & D. M. Johnston (red.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, s. 251.

²³ J. H. Jackson, *International Economic Law...*, s. 596; podobne poglądy wyraża K. W. Abbott, “*International Economic Law*”: *Implications for Scholarship*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, tom 17, nr 2, 1996, s. 506.

²⁴ J. H. Jackson, *International Economic Law...*, s. 597–598.

²⁵ A. H. Qureshi, A. Ziegler, *International Economic Law*, Sweet & Maxwell 2011, s. 8.

²⁶ Zob. K. Mortelmans, *The Interdependence of International, European and Na-*

Mimo iż Qureshi i Ziegler uznają obie definicje międzynarodowego prawa gospodarczego, w swoim podręczniku ograniczają się do rozważań nad węższym jego rozumieniem. Wśród przyczyn podają łatwe ustanowienie sobie granic dla i tak już rozległej materii.²⁷ Jednocześnie wskazują na odmienności międzynarodowego prawa gospodarczego od prawa międzynarodowego publicznego.²⁸ Są to przede wszystkim przeciwstawne założenia obu systemów. Prawo międzynarodowe publiczne opiera się na zasadzie suwerenności, gospodarczej samowystarczalności i merkantylizmu, zaś międzynarodowe prawo gospodarcze na przewadze komparatywnej, gospodarce rynkowej i promocji globalnego dobrobytu.²⁹

Qureshi i Ziegler starają się wskazać cel międzynarodowego prawa gospodarczego. W ich ocenie jest nim ułatwienie rozwoju gospodarczego poszczególnych gospodarek narodowych (państw), działających na rynkach prywatnych podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców), przy jednoczesnym rozwoju światowej gospodarki jako całości. Powyższy proces ma uwzględniać zasadę zrównoważonego rozwoju, ochronę środowiska, prawa człowieka i optymalne wykorzystanie światowych zasobów. Narzędzia do tego celu to: współpraca, koordynacja, unikanie konfliktów, rozwiązywanie konfliktów i liberalizacja.³⁰

Ciekawe podejście zaobserwować można u Lowenfelda. W literaturze anglojęzycznej na rynku dostępne są tylko trzy podręczniki do *international economic law*: wspomniane już 1, autorstwa Asifa Qureshi'ego i Andreasa Zieglera oraz 2, autorstwa Seidla-Hohenvelderna, a także 3. autorstwa właśnie Andreasa Lowenfelda. Książka Lowenfelda, wydana przez wydawnictwo Uniwersytetu Oksfordzkiego³¹, jest najobszerniejsza, liczy bowiem ok. 950 stron. Jeśli chodzi o definicję międzynarodowego prawa gospodarczego, to autor... w ogóle jej nie podaje. Nie podaje też źródeł ani podmiotów tej gałęzi prawa. Z treści można natomiast wywnioskować, że obejmuje ono głównie międzynarodowe prawo handlowe, a także międzynarodowe prawo inwestycyjne oraz międzynarodowe prawo monetarne. Z przedmowy zaś wynika, że obejmuje ono szeroki wachlarz zagadnień: prawo handlowe, inwestycyjne, monetarne, rozstrzyganie sporów,

tional Economic Law: The European Community Example, w: P.V. Dijk, *Restructuring the international economic order: the role for law and lawyers*, 1986, s. 14.

²⁷ A. H. Qureshi, A. Ziegler, op. cit., s. 10–11.

²⁸ Ibidem, s. 11.

²⁹ D. M. McRae, *The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law*, Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, vol. 1, 1996.

³⁰ A. H. Qureshi, A. Ziegler, op. cit., s. 19.

³¹ A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2008.

sankcje, działania indywidualne i zbiorowe, prawo międzynarodowe publiczne i prawo prywatne międzynarodowe.³²

W polskiej doktrynie przeciwko uznaniu międzynarodowego prawa gospodarczego za część prawa międzynarodowego publicznego opowiada się Tadeusz Wasilewski. Uważa on, że międzynarodowe prawo gospodarcze stanowi samodzielną gałąź porządku prawnomiędzynarodowego.³³ Podobnie jak Qureshi i Ziegler podnosi on, że podstawową zasadą międzynarodowego prawa gospodarczego jest wolny handel, podczas gdy podstawowym pojęciem prawa międzynarodowego publicznego jest suwerenność i wynikająca z niej ochrona interesów wewnętrznych.³⁴ Ta ochrona z punktu widzenia międzynarodowego prawa handlowego jawić się może jako protekcyjnizm, pierwotnie tłumaczony przy pomocy doktryny suwerenności gospodarczej.³⁵ Sprzeczność między tymi porządkami jest jednak pozorna, gdyż wolny handel jest następstwem zgody, biorącej swój początek w suwerenności.³⁶ Ponadto Wasilewski dostrzega, że międzynarodowe prawo gospodarcze wkracza w tradycyjne obszary jurysdykcji krajowej, takie jak np. subsydia, bariery handlowe czy środki sanitarne.³⁷

Janusz Gilas podkreślił znaczenie prawa międzynarodowego publicznego, jako genezy kształtowania się prawa międzynarodowego gospodarczego, a także wskazał, że to publicyzacja międzynarodowych stosunków gospodarczych dała początek rozwojowi tej gałęzi prawa.³⁸ Jednak uznaje, że zawiera ona także normy prywatnoprawne.³⁹

Kazimierz Lankosz wskazuje ogólnie, że międzynarodowe prawo gospodarcze jest wyodrębniającą się gałęzią prawa, a także, że jest dziedziną o charakterze interdyscyplinarnym.⁴⁰

Co zatem składa się na międzynarodowe prawo gospodarcze? John Jackson zalicza do niego transakcje handlowe, inwestycyjne oraz usługi, gdy przekraczają granice, a także aktywność gospodarczą na terytoriach innych państw niż państwo pochodzenia⁴¹. Joel Paul zalicza międzynarodowe transakcje biznesowe,

³² Ibidem, wstęp, s. vii.

³³ T. Wasilewski, *Stosunek wzajemny: porządek międzynarodowy, prawo międzynarodowe, europejskie prawo wspólnotowe, prawo krajowe*, Toruń 2004, s. 88 i nast.

³⁴ T. Wasilewski, *Prawo międzynarodowe...*, s. 32.

³⁵ G. Schwarzenberger, *The Principles and Standards of International Economic Law*, Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye, tom 117, s. 27–33.

³⁶ T. Wasilewski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, s. 33.

³⁷ Ibidem, s. 34.

³⁸ J. Gilas, op. cit., s. 11.

³⁹ Ibidem, s. 13.

⁴⁰ K. Lankosz, B. Kuźniak, op. cit..

⁴¹ J.H. Jackson, *International Economic Relations*, St. Paul, West Group, 2002, s. 193-194.

prawo prywatne międzynarodowe, międzynarodowe prawo handlowe, prawo imigracyjne, prawo Wspólnot Europejskich, prawo porównawcze, transnarodowe sprawy sądowe, międzynarodowe postępowania arbitrażowe oraz aspekty prawa bankowego, konkurencji, zatrudnienia, środowiska, własności intelektualnej, papierów wartościowych, podatkowego i telekomunikacyjnego, jeśli regulują transakcje transgraniczne.⁴² Jak wspomniano wyżej, Qureshi i Ziegler wymieniają prawo handlowe, finansowe, inwestycyjne i rozwoju.⁴³

Powyższe przykłady z pewnością nie są wyczerpujące. Zdaniem autora, rozkładając nazwę na czynniki pierwsze, do międzynarodowego prawa gospodarczego zaliczyć można elementy, które łącznie spełniają następujące kryteria. Po pierwsze, stanowią prawo (nawet szeroko rozumiane, czyli *soft-law*). Po drugie, muszą regulować stosunki międzynarodowe, nawet jeśli formalnie są prawem krajowym. Po trzecie wreszcie, związane są z obrotem gospodarczym. Dlatego kiedy w 1996 roku znane czasopismo prawnicze Uniwersytetu w Pensylwanii *Journal of International Business Law* zmieniło nazwę na *Journal of International Economic Law*, zmiana ta spotkała się z aprobatą przedstawicieli doktryny. Oceniono ją, jako idącą z duchem czasu i nadążającą za zmieniającą się rzeczywistością.⁴⁴

Biorąc powyższe pod uwagę, należy przyjąć że podmiotami międzynarodowego prawa gospodarczego są co najmniej: państwa (często łączące się w nieformalne grupy, jak G7, G20, G-77), organizacje międzynarodowe (Międzynarodowy Fundusz Walutowy, Światowa Organizacja Handlu, Bank Światowy, Organizacja Narodów Zjednoczonych) oraz podmioty prywatne (głównie korporacje transnarodowe), a także organizacje pozarządowe. Do źródeł zaś należy zaliczyć co najmniej źródła typowe dla prawa międzynarodowego publicznego, prawo ponadnarodowe, prawo krajowe, a także *soft-law* i *lex mercatoria*.

3. Międzynarodowe prawo gospodarcze a transnarodowe prawo gospodarcze

Termin *prawo transnarodowe* spopularyzował wybitny amerykański prawnik, wieloletni sędzia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości – Philip Jessup. Zdefiniował je jako prawo, które reguluje zdarzenia i działania, które

⁴² J. R. Paul, *The New Movements in International Economic Law*, The American University Journal of International Law and Policy, 1995, nr 10 (2), s. 609, przypis 9.

⁴³ A. H. Qureshi, A. Ziegler, op. cit.

⁴⁴ S. Zamora, op. cit., s. 64; J. Trachtman, op. cit., s. 1.

przekraczają granice narodowe.⁴⁵ To podejście stanowiło powrót do popularnej w Stanach Zjednoczonych w pierwszej połowie XIX wieku koncepcji, zgodnie z którą prawo międzynarodowe publiczne i prawo prywatne międzynarodowe tworzą jedną gałąź prawa.⁴⁶ Wzrost znaczenia prawa prywatnego międzynarodowego w drugiej połowie XIX wieku doprowadził do jego oderwania od prawa międzynarodowego publicznego,⁴⁷ zaś Jessup zaproponował w połowie XX wieku powrót do dawnego podejścia.

Koncepcja łącznego rozpatrywania międzynarodowych aspektów zagadnień prawa publicznego i prywatnego została zaakceptowana przynajmniej przez część doktryny.⁴⁸ Jednak, mimo iż zgodnie z definicją Jessupa termin *prawo transnarodowe* (z dodaniem określenia *gospodarcze*) dobrze oddawałby sens międzynarodowego prawa gospodarczego, nie przyjął się on. W ocenie autora międzynarodowe prawo gospodarcze i transnarodowe prawo gospodarcze mogłyby być stosowane zamienne, jednak z uwagi na potrzebę naukowej spójności i przejrzystości opowiada się on za używaniem konsekwentnie pierwszej nazwy, aby nie wprowadzać zbędnego zamętu.

4. Międzynarodowe prawo gospodarcze publiczne a międzynarodowe prawo gospodarcze prywatne

Jak wskazano w punkcie 1 i 2 niniejszego artykułu, międzynarodowe prawo gospodarcze jest współcześnie pojęciem interdyscyplinarnym, nie ograniczającym się do podsystemu prawa międzynarodowego publicznego. Prawo gospodarcze obejmuje tak normy publiczne, jak i prywatne.⁴⁹ Z powyższego założenia wyłania się porządek o olbrzymiej materii, rozbudowanym systemie podmiotów, źródeł i norm. Celem usystematyzowania badanego porządku celowym jest znalezienie jego podsystemów. Otóż istnieje sensowne kryterium podziału tego prawa na dwie podgałęzie. Kryterium tym są mianowicie adresaci norm międzynarodowego prawa gospodarczego. Z tego punktu widzenia międzynarodowe

⁴⁵ P. Jessup, *Transnational Law*, 1956, s. 2. Pojęcie to popularyzował także P. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, s. 37.

⁴⁶ Zob. J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 1834.

⁴⁷ Zob. M. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*, U. Pa. L. Rev., nr 130, 1982, s. 1424; J. R. Paul, *The Isolation of Private International Law*, Wisc. Int'l L. J., nr 149, 1988, s. 161–163.

⁴⁸ M. Katz, K. Brewster, *The Law of International Transactions and Regulations*, 1960; J. Jackson, *Legal Problems of International Economic Relations*, 1977. Zob. także przypisy do punktu 2 niniejszego artykułu.

⁴⁹ J. Gilas, op. cit., s. 39–40; J. Białocerkiewicz, op. cit., s. 44–45.

prawo gospodarcze należy podzielić na prawo regulujące stosunki między państwami (tudzież innymi niż podmioty prywatne podmiotami prawa międzynarodowego publicznego) oraz na prawo regulujące stosunki między podmiotami prywatnymi.

Koncepcja podziału prawa na prawo publiczne i prywatne wywodzi się z prawa rzymskiego.⁵⁰ Kryterium rozróżnienia stanowiła *korzyść* (łac. *utilitas*). A zatem zadaniem norm prawa publicznego jest przynoszenie korzyści społeczeństwu jako całości – chroni ono interesy publiczne. Natomiast prawo prywatne chroni interesy poszczególnych jednostek.

Zainspirowany rozważaniami Stephena Zamory⁵¹ (byłego przewodniczącego sekcji Międzynarodowego Prawa Gospodarczego w Amerykańskim Stowarzyszeniu Prawa Międzynarodowego), autor chciałby niniejszym zaproponować podział międzynarodowego prawa gospodarczego na międzynarodowe prawo gospodarcze publiczne i międzynarodowe prawo gospodarcze prywatne. Podział ten nie jest ostry, bowiem niektóre regulacje można zakwalifikować do każdej z grup. Przykładowo prawo konkurencji chroni zarówno interesy publiczne (prawo antymonopolowe), jak i interesy prywatne (zwalczanie nieuczciwej konkurencji). Z kolei międzynarodowe prawo inwestycyjne jest w dużym stopniu prawem regulującym stosunki podmiotu publicznego z prywatnym. Niemniej sens tego podziału w odniesieniu do międzynarodowego prawa gospodarczego przejawia się w tym, że determinuje podmioty prawa. Pierwsza dziedzina zdominowana jest przez prawo międzynarodowe publiczne, zaś druga przez międzynarodowe prawo biznesu.

5. Międzynarodowe prawo gospodarcze a międzynarodowe prawo handlowe i międzynarodowe prawo finansowe

Przedstawiony powyżej podział międzynarodowego prawa gospodarczego na publiczne i prywatne można zastosować także do międzynarodowego prawa handlowego czy finansowego. Przykładowo w przypadku międzynarodowego prawa handlowego do prawa publicznego zaliczyć należy Porozumienie ustanawiające Światową Organizację Handlu (WTO)⁵², a do prywatnego Konwencję

⁵⁰ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1999, s. 27; A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne: kompendium*, Warszawa 2007, s. 29.

⁵¹ S. Zamora, op. cit., s. 63.

⁵² Sporządzone w Marakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r., Dz.U. 1995, nr 72, poz. 357.

Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów⁵³. Mimo iż oba akty prawne należą do prawa międzynarodowego publicznego, decydującym kryterium są tutaj adresaci norm – w pierwszym przypadku podmioty publiczne, a w drugim prywatne.

Międzynarodowe prawo gospodarcze jest pojęciem szerokim zarówno w aspekcie publicznym, jak i prywatnym. Międzynarodowe prawo gospodarcze publiczne obejmuje co najmniej cztery główne podgałęzie: prawo handlowe, prawo monetarne i finansowe, prawo inwestycyjne i prawo rozwoju.⁵⁴ Międzynarodowe prawo handlowe publiczne regulowane jest głównie przez prawo Światowej Organizacji Handlu. Podobną rolę pełnią Międzynarodowy Fundusz Walutowy i Bank Światowy w przypadku odpowiednio międzynarodowego prawa monetarnego i międzynarodowego prawa rozwoju. Trudno natomiast wydzielić międzynarodowe prawo finansowe, które rozpatrywać można łącznie z międzynarodowym prawem monetarnym. Powodem takiego stanu rzeczy jest fakt, że nie jest ono prawie w ogóle uregulowane przez prawo międzynarodowe publiczne. Nieliczne istniejące regulacje mają status *soft-law*.⁵⁵

Na szczególną uwagę zasługuje międzynarodowe prawo inwestycyjne. Po pierwsze, jest to prawo na styku regulacji publicznoprawnych i prywatnoprawnych. Po drugie, jest ono niejednorodne. Obejmuje bowiem co najmniej prawo inwestycyjne *sensu stricto*, ale także prawo podatkowe i prawo pracy (odnoszące się do mobilności pracowników i harmonizacji standardów pracy). Z tej przyczyny międzynarodowe prawo inwestycyjne określa się niekiedy także mianem prawa przepływu czynników produkcji.

Odmienne i dość katygoryczne stanowisko w stosunku do powyższych rozważań zajmują Jan Funk, Władimir Chwalej i Bernadetta Fuchs, którzy są zdania, że po pierwsze, międzynarodowe prawo handlowe stanowi niezależną gałąź prawa, po drugie, że należy ono do prawa prywatnego, a po trzecie, że międzynarodowe prawo gospodarcze jest częścią prawa międzynarodowego publicznego.⁵⁶ O ostatniej z powyższych tez była już mowa wcześniej, że jest to tradycyjne spojrzenie, które ustąpiło współcześnie szerszej koncepcji. Co do tezy drugiej, stanowisko doktryny nie jest jednoznaczne i znaleźć można przykłady na poparcie aż trzech stanowisk: 1) że międzynarodowe prawo handlowe to pra-

⁵³ Sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r., Dz.U. 1997, nr 45, poz. 286.

⁵⁴ A. H. Qureshi, A. R. Ziegler, op. cit.; tak również J. Gilas, op. cit., s. 23, 24 i 31.

⁵⁵ Zob. Ch. Brummer, *Why Soft Law Dominates International Finance – and not Trade*, Journal of International Economic Law 13(3).

⁵⁶ A. Tynel, J. Funk, W. Chwalej, B. Fuchs, M. Pazdan (red. naukowa), *Międzynarodowe prawo handlowe*, Warszawa 2006, s. 25 i 17.

wo prywatne⁵⁷, 2) że międzynarodowe prawo handlowe to prawo publiczne,⁵⁸ 3. że międzynarodowe prawo handlowe to zarówno prawo prywatne, jak i publiczne.⁵⁹ W ocenie autora zawężenie międzynarodowego prawa handlowego do prawa publicznego bądź do prawa prywatnego jest nie do obronienia. Z uwagi na powyższe, autor zdecydowanie opowiada się za stanowiskiem trzecim. Jeśli zaś chodzi o tezę pierwszą, to nie wdając się w tym miejscu w rozważania nad stopniem samodzielności międzynarodowego prawa handlowego, należy stwierdzić, że niewątpliwie stanowi ono część międzynarodowego prawa gospodarczego.⁶⁰

Podsumowanie

Analiza dorobku doktryny pokazuje, że poglądy na temat zakresu międzynarodowego prawa gospodarczego i jego rozumienia są bardzo rozbieżne. Nie oznacza to jednak, że nie jest możliwe zrekonstruowanie jasnej i logicznie uzasadnionej definicji tego pojęcia. Międzynarodowe prawo gospodarcze jest współcześnie pojęciem interdyscyplinarnym, bynajmniej nieograniczającym się do podsystemu prawa międzynarodowego publicznego. W ocenie autora dla przynależności regulacji prawnych do tej gałęzi prawa decydujące jest łączne spełnienie trzech warunków: po pierwsze, są one szeroko rozumianym prawem (także *soft-law*), po drugie, muszą regulować stosunki międzynarodowe (nawet jeśli formalnie są prawem krajowym) i po trzecie związane są z obrotem gospodarczym.

Tak rozumiane międzynarodowe prawo gospodarcze jest pojęciem szerszym niż prawo międzynarodowe gospodarcze (wynikające wyłącznie ze źródeł międzynarodowych) oraz prawo gospodarcze międzynarodowe (będące częścią prawa prywatnego międzynarodowego), obejmuje bowiem normy dotyczące międzynarodowego obrotu gospodarczego, niezależnie od źródeł ich pochodzenia. Nie może być ono uznane za część prawa międzynarodowego publicznego, dlatego że obejmuje normy prawa krajowego, a ponadto zawiera regulacje zarówno publicznoprawne, jak i prywatnoprawne. Prawo prywatne międzynarodowe w części odnoszącej się do zagadnień gospodarczych oraz międzynarodowe prawo

⁵⁷ I. Carr, *International Trade Law*, London and New York, 2010, choć w książce omówione są także regulacje prawa publicznego, związane m.in. ze zwalczaniem korupcji i transportem lotniczym.

⁵⁸ W ujęciu widocznym w bardzo prestiżowym czasopiśmie, wydawanym przez Uniwersytet w Oksfordzie, pod tytułem „*Journal of International Economic Law*”, gdzie artykuły dotyczą prawa publicznego, w szczególności prawa WTO. Podobnie też R. R. Ludwikowski, *Handel międzynarodowy*, Warszawa 2009.

⁵⁹ A. H. Qureshi, A. R. Ziegler, op. cit.

⁶⁰ Por. J. Atik, op. cit., s. 1232 i 1236.

biznesu także stanowią elementy składowe tej gałęzi prawa. Z kolei transnarodowe prawo gospodarcze w rozumieniu Jessupa można uznać za pojęcie tożsame z międzynarodowym prawem gospodarczym, choć znacznie rzadziej używane.

Na międzynarodowe prawo gospodarcze składa się porządek o olbrzymiej materii, rozbudowanym systemie podmiotów, źródeł i norm. Dlatego na potrzeby badań i dydaktyki warto je podzielić na międzynarodowe prawo gospodarcze publiczne oraz prywatne, choć podział ten nie zawsze będzie ostry. Obie podgałęzie można oczywiście dzielić dalej. Przykładowo międzynarodowe prawo gospodarcze publiczne obejmuje co najmniej międzynarodowe prawo handlowe, międzynarodowe prawo finansowe i monetarne, międzynarodowe prawo inwestycyjne i międzynarodowe prawo rozwoju.

MODERN UNDERSTANDING OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

There are different views in the literature on the meaning of the term *international economic law*. In author's opinion it encompasses regulations, which at the same time: are considered law (even *soft-law*), regulate relations with international element and regulate economic activity. Such laws do not necessarily have to originate from the sources of international law. In this understanding *international economic law* is a broader term than *public international law* and *private international law* in an economic area. The same is true for unpopular in Poland *international business law*. On the other hand *transnational economic law*, as understood by Jessup, should be considered equivalent to *international economic law*.

Since *international economic law* is vast in terms of subjects, sources and norms, it is reasonable to divide it for academic reasons into *public international economic law* and *private international economic law*. Both subsections can be further divided. For instance *public international economic law* would embrace *public international trade law*, *public international financial and monetary law*, *public international investment law* and *public international development law*.

Informacje dla Autorów

1. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków typograficznych (w tym przypisy).
2. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
3. Do artykułu należy dołączyć streszczenie oraz tytuł opracowania w języku angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacją).
4. Tekst należy nadesłać w postaci zapisu elektronicznego w programie Word, jako załącznik w poczcie elektronicznej oraz komputerowy wydruk, podpisany własnoręcznie przez Autora (wydruk komputerowy należy nadesłać na adres: Kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa, e-mail: inp@inp.pan.pl).
5. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
6. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: afiliację, stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”.
7. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
8. Tabele, gdy są one rzeczywiście niezbędne, należy przysyłać również w formie elektronicznej.
9. W tekście stosowane są przypisy dolne z osobnymi zestawieniami bibliograficznymi.
10. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępu między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty – zapisać w cudzysłowach. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostro kątnym (« ... »).
12. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
13. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
14. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.
15. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
16. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Należy wprowadzić numerację stron.
2. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu.
3. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 8 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.

Cena 35,00 zł (VAT 5%)



INDEKS 376620