

Wolności obywatela a prywatyzacja zadań publicznych państwa

1

Państwo – niezależnie od przyznawanego mu charakteru – stanowi zawsze organizację społeczeństwa przypisującą sobie uprawnienia władcze i to – zgodnie z Maxem Weberem – rozmaicie legitymowane uprawnienia, z którymi wiąże się monopol na stosowanie przymusu. Poddani czy obywatele muszą podporządkowywać się decyzjom, w taki czy inny sposób ukonstytuowanych organów państwa. Władza publiczna realizuje, lepiej lub gorzej, jakiś publiczny interes, określony ustalonymi w sferze publicznej kompetencjami. Z różnych powodów wymiar tych kompetencji jest rozmaity.

1.1. W niedawno przedstawionym w naszej Akademii wykładzie inauguracyjnym Profesor Rymaszewski przypomniał, że państwo jest zjawiskiem historycznym. I to raczej niewielkim epizodem, który w historii ludzkości pojawił się przed momentem. Dzieje państwa – w stosunku do dziejów ludzkości – nie są długie: trwa ono niespełna 5 tysięcy lat¹, ale dla współczesnego człowieka historyczny charakter państwa – historyczny, a więc przejściowy, stał się czymś niezrozumiałym. Dziś trudna jest do akceptacji perspektywa zaniku państwa, zastąpienia go czymś innym². Państwo jest wszechogarniające, jest wszędzie. Dostrzegalne bardzo wyraźnie w sferze publicznej, ale i niekiedy odczuwalne dotkliwie także w sferze prywatnej.

¹ Z. Rymaszewski, *Refleksje nad państwem*, Sprawozdania z Czynności i Posiedzeń Naukowych ŁTN, t. 50, 1996, s. 119–127.

² Tu wspomnieć co najwyżej można o koncepcjach wiążących złotą epokę dziejów ludzkości z przedpaństwowym matriarchatem (okresem kultu Bogini). Nie ośmielamy się też sugerować, że kolejny etap szczęśliwości nastąpi wraz z likwidacją państwa i związanego z nim patriarchalnego systemu organizacji społeczeństwa.



Granice między tymi dwoma sferami przebiegają w sposób niełatwy do precyzyjnego opisanego, a wpływ na to mają też zdecydowane kontrowersyjne stanowiska doktryny – od skrajnego liberalizmu po pełną publicyzację prawa publicznego, jak u Portalisa: *tout devient droit public!* I choć nie ma obiektywnego kryterium takiej delimitacji, to jednak w większości przypadków nie mamy wątpliwości co do tego, jaką sferę winno obejmować *publicum*.

1.2. W dziejach państwa obserwować można systematyczny proces lub efekt nadawania cech *privatum* rzeczom lub funkcjom uprzednio charakteryzowanym jako *publicum*³. Permanentny charakter ma proces prywatyzacji dóbr materialnych. Państwo w najrozmaitszy sposób odbiera swym, a często i obcym poddanym, odwołując się do najróżniejszej ideologii, część dóbr znajdujących się w ich władaniu, po to, by niezwłocznie przekazać je na powrót w prywatne, ale już całkiem inne ręce. To istotna cecha państwa: nagradzanie tych, którzy wiernie mu służą. Szczególnie dobitnie eksponuje to feudalna *gratia regia*, kształtująca wręcz formalnie obowiązek władcy materialnego demonstrowania swej łaskawości⁴. Czasy nowożytne i współczesność odeszły od takiego ujmowania obowiązków państwa i z jednej strony stosuje się wobec współpracowników państwa m.in. zasadę etatyzacji, a z drugiej proces prywatyzacji majątkowej w liberalnym państwie staje się permanentnym zadaniem władz, zobowiązanych do wyłączenia państwa z aktywnego i bezpośredniego udziału przede wszystkim, choć nie tylko, w życiu gospodarczym kraju.

1.3. Obok tego aspektu prywatyzacja może być realizowana w odniesieniu do pozaekonomicznej sfery funkcjonowania państwa. Za pomocą rozmaitych mechanizmów przekazywane być mogą w ręce prywatne dotąd uznawane za publiczne uprawnienia związane z monopolistycznym prawem stosowania przymusu. Skłaniać ku temu będzie z jednej strony nowożytna koncepcja „państwa minimalnego”, państwa, które prywatyzując szereg swoich zadań (m.in. bezpieczeństwo, a w tym wymiar sprawiedliwości, systemy penitencjarne, a także ochronę zdrowia, oświatę, obronę) ograniczy koszty swego funkcjonowania. Z drugiej wiązać się to może z niewydolnością,

³ Znakomicie w sposób skondensowany problem ten wyjaśnia W. Hoff, *Granice prywatyzacji zadań i kompetencji władz publicznych*, na s. 85 i nast. przedstawianego tomu *Krytyki Prawa*.

⁴ Zob. J. Matuszewski, *Maturalne instrumenty władzy w średniowiecznej Polsce* (w:) *Pamiętnik XIV Powszechnego Zjazdu Historyków Polskich*, t. 2, Warszawa–Toruń 1994, s. 117–125.

czy nieudolnością państwa, którego mieszkańcy poszukują alternatywy dla systemu niewywiązującego się ze swych powinności⁵. I te ostatnie okoliczności odgrywały dominującą rolę w kształtowaniu się europejskich struktur feudalnych. Rozkład państwa może prowadzić do prób przejmowania jego uprawnień, zastępowania go przez alternatywne i konkurencyjne struktury (Kościół) lub wzajemnego wspierania się państwa i innych struktur⁶. O ile współcześnie szczątek państwowości kościelnej stanowi już jedynie polityczny przeżytek, o tyle sięganie przez niepaństwowe struktury po władzę publiczną jest zjawiskiem niebudzącym wątpliwości. By w pełni zrozumieć możliwości, jakie stwarza przed zainteresowanymi ten proces, najlepiej odwołać się do znakomitego „społecznego eksperymentu” w tym zakresie, czyli do odpowiednich stosunków wykształconych w dobie feudalizmu i przez feudalizm.

2

Własność – najdalej idące prawo rzeczowe, to na pewno z jednej strony instytucja prawa prywatnego. Z drugiej zaś dostrzec można również niewątpliwe jej konotacje z prawem publicznym. „Własność jest prawem świętym i nietykalnym. Nikt nie może być go pozbawionym, z wyjątkiem wypadku, gdy tego wymaga w sposób oczywisty konieczność publiczna uznana przez prawo, wszelako pod warunkiem słusznego i z góry wypłaconego odszkodowania” – stanowi Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. Zarówno ta, jak i szereg podobnych, późniejszych deklaracji⁷ wynikały z gospodarczej konieczności przeciwstawienia się dotychczasowej formie własności – własności feudalnej⁸. Na czym zatem polegała tak uciążliwa – jak się okazało – dla rozwijającego się w przyszłości kapitalizmu własność?

⁵ Takie zjawiska występowały u schyłku rzymskiego cesarstwa, por. np. Ph. Jenkins, *Wojny w imieniu Jezusa. Jak czterej patriarchowie, trzy królowe i dwaj cesarze ukształtowali chrześcijaństwo na 1500 lat*, Warszawa 2011, s. 52 i n., *Monopol na przemoc*.

⁶ Por. np. H.A. Drake, *The church, society and political power (w:) Constantine to c. 600. The Cambridge History of Christianity*, Cambridge 2007.

⁷ Por. W. Rozwadowski, *Definicje prawa własności w rozwoju dziejowym*, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 1984, nr 36, z. 2, s. 22 i n.; zob też H. Kupiszewski, *Rozważania o własności rzymskiej*, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 1984, t. 36, z. 2, s. 3.

⁸ Kształtowanie się stosunków własnościowych wiąże z wątpliwościami. Spotkać można np. koncepcję opozycji własności feudalnej i kapitalistycznej jako przeciwstawienie własności państwowej (publicznej – własność feudalna to korporacyjna własność grupowa), kapitalistycznej własności zindywidualizowanej (w nieokreślonej perspektywie: własność menedżerów). Dostrzegamy tu wyekspozowanie rozwoju zmierzającego od własności funkcjonującej w interesie społecznym, do kształtowanej w interesie jednostek. Por. tu: W. Rozwadowski, *Definicje prawa własności w rozwoju dziejowym*, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 1984, t. 36, z. 2, s. 3–4 oraz ibidem, przyp. 9.

2.1. Po destrukcji państwa w czasach upadku Rzymu, w Europie przebiega proces rekonstrukcji podstawowych struktur i funkcji państwa, który przyjmuje postać kształtowania i rozwoju feudalizmu. W nim czynnikiem regulującym niemal całkowicie stosunki prawno-publiczne stała się własność – własność feudalna rodząca się na drodze akcji immunitetowej. Przypomnijmy: immunitet to przywilej dla feudała, wyłączający spod kompetencji władzy publicznej stanowiące jego własność terytorium wraz z mieszkańcami tego terytorium. Zawierać on w sobie może m.in. zakaz wstępu urzędników monarszych, zakaz nakładania i ściągania świadczeń publicznych, zakaz sprawowania władzy sądowej, zakaz ingerencji prawodawczej. Wykluczeniu możliwości działalności urzędników publicznych towarzyszy odpowiedni obowiązek nakładany na właściciela. Trwający dziesiątki lat proces nadawania indywidualnych przywilejów immunitetowych nabrał tak powszechnego charakteru, że zrodziło się na ziemiach polskich od połowy XIV w. przekonanie, iż wszystkie dobra dzierżone przez szlachcica dysponują takim właśnie statusem. W konsekwencji zadania, których państwo się rzekło, a które, w naszym odczuciu, są zdecydowanie zadaniami publicznymi państwa, musiał zacząć realizować właściciel majątności⁹.

2.2. Czym charakteryzuje się immunizowana własność feudalna? Do jej funkcjonowania wykorzystywana jest specyficzna, typowa właśnie dla stosunków feudalnych, forma własności: własność podzielona. W jej ramach na jednej rzeczy nieruchomości (na gruncie) przysługiwały dwa niekonkurencyjne, uzupełniające się uprawnienia właścicielskie: 1) *dominium utile* (własność podrzędna, własność użytkowa) – poddanego wieśniaka, i 2) *dominium directum* (własność zwierzchnia) – pana, szlachcica, feudała. Ich znamienne cechą było to, że i jedna, i druga postać tej własności podzielonej oddziaływała w sposób istotny na stosunki osobiste. Z nabyciem prawa własności każdego rodzaju związana była równocześnie zmiana statusu prawnego i społecznego nabywcy. Nabywający gospodarstwo (obojętne jakim tytułem: dziedzicząc, kupując, zawłaszczając) – bezpośredni użytkownik ziemi, stawał się – co zrozumiałe – właścicielem nieruchomości, zabudowań, inwentarza, uprawnionym do udziału we wspólnocie wiejskiej, z prawem do dysponowania swym majątkiem w drodze sprzedaży, zamiany, darowizny,

⁹ Zob. zestawienie literatury dotyczące immunitetu na ziemiach polskich: S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, 1 cz.: X–XVIII w., Kraków 1997, s. 504.

czy przekazywania w drodze spadkobrania. Ale z tegoż tytułu – nabytej własności, stawał się poddanym, osobą pozostającą w zależności osobistej od dominium, a więc od feudała świeckiego czy duchownego, czyli właściciela zwierzchniego. Tego, w którego rękę znalazły się pozyskane wraz z własnością zwierzchnią, atrybuty władzy publicznej. Dzięki niej ten ostatni stawał się lokalnym (na obszarze swojej własności) ustawodawcą, administratorem i sędzią. Co ważne, władza dominialna rychło stała się władzą suwerenną. Poddanego pozbawiono jakiegokolwiek ochrony państwa – a formalną jedynie ochronę życia poddanego przed pańską samowolą przyniesie dopiero Oświecenie (wydane w 1768 r. prawa kardynalne przewidywały karę śmierci dla szlachcica, który „dobrowolnie i rozmyślnie chłopca na śmierć zabije”). W państwie szlacheckim nie istniała dla poddanego możliwości jakiegokolwiek z tym państwem kontaktu, dla państwa on nie istniał, ale i państwo dla niego nie istniało. A pamiętamy, że Rzeczpospolita szlachecka była państwem rolniczym, że ponad 90% ludności mieszkało na wsi i żyło ze wsi. I dla nich przez stulecia interes publiczny oznaczał interes pański, nie państwowy. Społeczeństwo polskie ma jeszcze w XXI w. wiejskie korzenie. A w nich głęboko odcisniętą tradycję obojętności na sprawy publiczne. Dodajmy dla porządku, że kolejne 5% – społeczność szlachecka, to społeczność pasożytów, traktujących przez stulecia własne państwo, państwo szlacheckie, jak dojną krowę. Pasożytów, gotowych dla własnej korzyści wydoić ją na śmierć¹⁰.

2.3. Wskażmy konsekwencje feudalnej prywatyzacji władzy publicznej dla jednostki. Prowadzi ona do podziału społeczeństwa na obywateli i poddanych. Ci ostatni zostają całkowicie wykluczeni ze społeczeństwa obywatelskiego, stając się plebsem, łykami i chamstwem – nie podmiotem, lecz jedynie przedmiotem wszelkich działań obywateli. Zaś dla tych ostatnich państwo nabierze charakteru stanowego, to będzie ich, stanowa, szlachecka rzeczpospolita, im musi więc państwo służyć. Oni będą systematycznie prywatyzując mienie Rzeczypospolitej, na tym państwie bezwzględnie pasożytować. Pojawiają się i zostaną ustawowo umocowane reguły zawierające gwarancję, że sama już tylko przynależność do stanu szlacheckiego jest

¹⁰ Por. tu *exempli causa* znakomite studium W. Pałuckiego, *Drogi i bezdroża skarbowości polskiej XVI i pierwszej połowy XVII wieku. Nervus belli*, Wrocław 1974.

podstawą do bezwzględnych roszczeń wobec państwa¹¹. Widzimy zatem, że jednym z wyraźnych efektów prywatyzacji władzy publicznej to wykształcenie procedur umożliwiających wykorzystywanie państwa dla własnych grupowych celów, z równoczesnym zamknięciem zasobów publicznych przed eksploatacją przez pozostałą część mieszkańców państwa¹².

2.4. Gdybyśmy w tym momencie mieli rozstrzygnąć kwestię użyteczności państwa na podstawie doświadczeń z państwem szlacheckim, z Rzeczypospolitą Obojga Narodów, moglibyśmy z czystym sumieniem powiedzieć, że dla większości społeczeństwa je zamieszkującego potrzebne ono nie było. Każda władza (odpowiadająca powszechnie przyjmowanej definicji państwa: władza + ludność + terytorium) stanowiła niezależne od Rzeczypospolitej, autarkiczne mikropaństwo, z suwerenem-właścicielem dominialnym. Nie będziemy się tu już zastanawiać nad rodzącymi się, wielokrotnie stawianymi frapującymi pytaniami dotyczącymi historycznych konsekwencji takiego systemu¹³. Zostawiamy też na uboczu kwestię, dopuszczalności wiązania tragicznego upadku Rzeczypospolitej z taką prywatyzacją władzy publicznej?

3

Czy przedstawione uwagi wyposażają nas w instrument pozwalający posłużyć się nim w rozważaniach nad współczesnością? Czy zatem dziś dostrzec można występowanie podobnych i może równie niepokojących procesów prywatyzacji władzy publicznej?

3.1. Od czasu wielkiej przemiany przełomu lat 80./90. ubiegłego stulecia pytanie o przyszłość państwa, o kierunki jego przekształceń, bywa uznawane za niestosowne. Próba odpowiedzi pociąga bowiem m.in. za sobą

¹¹ O kształtowaniu się ustawowego obowiązku rozdawnictwa skonfiskowanych majątności zob. K. Goźdz-Roszkowski, *Rozdawnictwo skonfiskowanych dóbr ziemskich w prawie polskim XV–XVI wieku*, Wrocław 1974, s. 18–34.

¹² J. Matuszewski, *Fenomen jagiellońskich zastawów w Polsce. W poszukiwaniu przyczyn ich powodzenia w XV i XVI stuleciu* (w:) *Klio viae et in via*. *Opuscula Marco Cetwiński dedicata*, red. A. Odrzywolska-Kidawa, Warszawa 2010, s. 318–319.

¹³ Dodajmy jeszcze, co pozostaje poza zakresem rozważań, że kolejne już nie feudalne państwo, państwo absolutyzmu, nie miało wątpliwości, dokonując zdecydowanej publicyzacji własności, np. przez powiązanie z funkcją właściciela, zadania publicznego – piastowania funkcji urzędnika administracji lokalnej – wójta.

niezręczną dziś konieczność odniesienia się do popularnej do niedawna wizji zaniku państwa w drodze do społeczeństwa szczęśliwości.

3.2. Nie przesądzając o konieczności zaniku państwa w racjonalnej perspektywie historycznej¹⁴, możemy jednak zastanowić się nad kierunkiem jego ewolucji. Jedną z możliwości jest proces prywatyzacji władzy publicznej. Wykorzystując przedstawione wyżej niepodważalne doświadczenia okresu feudalizmu, nad taką perspektywą można się krótko zastanowić.

3.3. Państwo przedstawiane bywa w dwojaki sposób. Spotykamy się z koncepcją solidarystyczną, w której jest rozmaicie ujmowanym dobrem wspólnym, gdzie każda aktywność państwa uwzględnia interes wszystkich obywateli, czyli interes społeczny. Alternatywą jest wizja państwa jako narzędzia ochrony czy realizacji interesów grupy uprzywilejowanej. Pozostawiamy na uboczu problem genezy państwa: czy jest efektem umowy społecznej, podboju, walki klas, czy darem bożym. Istotne, że państwo przejęło gwałtem lub powierzono mu na innej drodze określone zadania. Niezależnie od tego, skąd się wzięło, jest instrumentem, który stworzono dla realizacji określonych funkcji. Bo po to jest – dlatego powstało. Jeśli przestanie je realizować, to traci rację bytu.

4

Odpowiedzi na postawione wyżej pytanie szukać winniśmy tam, gdzie państwo – na wzór monarchii feudalnej – przekazuje swoje kompetencje władcze w ręce prywatne. Czy to dziś w ogóle możliwe?

4.1. Ustrój Rzeczypospolitej dopuszcza możliwości przekazywania władzy publicznej, przewidując odpowiednią w tym zakresie procedurę, poza państwo, na rzecz organizacji międzynarodowych (art. 90 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska może na podstawie umowy międzynarodowej przekazać organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach”), struktur samorządu (art. 166¹⁵ ust. 2: „Jeżeli wynika to z uzasadnionych potrzeb

¹⁴ Por. tu uwagę w przyp. 2.

¹⁵ „1. Zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez jednostkę samorządu terytorialnego jako zadania własne”.

państwa, ustawa może zlecić jednostkom samorządu terytorialnego wykonywanie innych zadań publicznych”). Ale tego nie można uznać za prywatyzację. Innej możliwości w obowiązującej ustawie zasadniczej nie znaleźliśmy. Ale nie ma też zakazu podejmowania odpowiednich decyzji. Czy musi to jednoznacznie przesądzać o braku takiego niebezpieczeństwa?

4.2. Okazuje się, że w życiu codziennym bez specjalnego wysiłku odnajdziemy rozmaite formy uchylania się państwa od realizacji ciężących na nim zadań publicznych, m.in. na drodze chowania się za strukturami sfery prywatnej. Zaczniemy od przykładowej dolegliwości dnia codziennego. Obowiązek dbałości o drogi publiczne obciąża władzę – to zadanie publiczne, realizowane z wykorzystaniem uprawnień władczych. A co nagminnie robi władza publiczna? Zawiera umowę prywatno-prawną, mocą której uwalnia się od tego obowiązku, przerzucając odpowiedzialność za realizację zadania (nie realizację samego zadania!) na prywatną firmę ubezpieczeniową. Doznałeś obywatelu na źle utrzymanej drodze publicznej szkody, o rekompensatę procesuj się z firmą ubezpieczeniową. To ewidentne pomieszenie władztwa publicznego ze sferą prywatną. Dla poddanych państwa, rozwiązanie zdecydowanie nieatrakcyjne. A dla władzy? Czyż nie otwiera się na tej drodze pociągająca możliwość całkowitego wręcz ubezpieczenia się od ryzyka jej sprawowania? Oto inny przykład przekazania uprawnień władzy publicznej w ręce prywatne. Zasady ruchu drogowego określa kodeks drogowy (ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r.). Ale nie obowiązuje on na obszarze stanowiącym własność prywatną. Tam odpowiednią decyzję normatywną podejmować może tylko właściciel. Jak w feudalnym dominium. Kolejny przykład. Państwo dopuszcza możliwość funkcjonowania prywatnej policji (tzw. ochrona), systematycznie poszerzając uprawnienia tych rozmaitych prywatnych formacji stosowania przymusu. I tu także nieodległe będą skojarzenia z feudalizmem.

4.3. Ale nie w tym marginalnym – przynajmniej na razie – zakresie, tkwi najbardziej niepokojące zjawisko, choć bagatelizować go nie należy. Poważniejsze obawy może rodzić inna sfera. W okresie feudalizmu doszło do rażącej dominacji własności nad wolnością, skutkującej tym, że zdecydowana większość społeczeństwa (poddani szlachty), stała się przedmiotem, a nie podmiotem zarówno prawa publicznego, jak i prywatnego. Czy wolno zakładać, że dziś nie grozi nam podobny konflikt między wolnością

i własnością, czy na pewno demokratyczne systemy sprawowania władzy chronią nas przed wynaturzeniami tego rodzaju?

4.4. Feudalna prywatyzacja władzy publicznej polegała na bezpośrednim przekazaniu całej władzy publicznej w ręce podmiotów prywatnych – właścicieli dominialnych. Ale to rozwiązanie dla dysponującego własnością uciążliwe, wymagające tworzenia prywatnego systemu administracji i wymiaru sprawiedliwości, ponoszenia związanych z tym kosztów i ryzyka sprawowania władzy, a także przejęcia odpowiedzialności za poddanych. Nowożytna własność cechuje się skłonnością do obniżania kosztów i minimalizacji ryzyka. Nie zdziwimy się zatem, gdyby szukała tańszej, a równie efektywnej metody przejmowania czy podporządkowania sobie władzy publicznej. Prywatyzacja feudalna doprowadziła do stworzenia dramatycznej opozycji: obywatel–poddany. Dziś takiego podziału nie ma¹⁶. Brak podziałów stanowych czy formalna zasada równości wobec prawa to czynniki uniemożliwiające bezpośrednie zastosowanie przywołanego wyżej, jakże pociągającego dla właściciela, wzorca przejmowania władzy publicznej dla sprawniejszego korzystania z własności.

5

Czy jednak nie ma możliwości, by wykorzystywano nadal, ale już nowocześniejsze instrumenty, zapewniające osiągnięcie tego samego celu: dominacji własności nad wolnością? W feudalizmie podstawową formą własności była własność gruntu. To ona decydowała o powodzeniu politycznym i społecznym jednostki i rodu. I ona przesądzała o poddaństwie – braku wolności 90% społeczeństwa. W XXI w. wartością najwyższą stała się informacja. Wolność dostępu do niej zaliczona została do praw podstawowych, ale też najważniejszym, najbardziej pożądanym obiektem własności jest ta informacja, chroniona w ramach dość niejasnej, choć bezmyślnie powszechnie akceptowanej konstrukcji, jaką jest potworek¹⁷ nazywany własnością

¹⁶ Choć specyficzne relacje kształtują np. stosunki pracy.

¹⁷ Np. w ramach „Projektu Popularyzacji wiedzy z zakresu własności intelektualnej poprzez działania promocyjne współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego”, wskazuje się, że „pojęcie prawo własności intelektualnej, czy też prawo na dobrach niematerialnych, odnosi się do wszelkich wytworów ludzkiego umysłu, jak i praw do korzystania z nich” (Warmińsko-Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. w Olsztynie).

intelektualną¹⁸. Czy i w jaki sposób może dojść (czy już dochodzi) do prywatyzacji władzy publicznej w celu podporządkowania wolności obywateli interesom tej własności? Zawłaszczenie informacji grozi ograniczeniami wolności przepływu informacji i dostępu do niej. Ale – jak się w praktyce okazuje – nie tylko tej wolności.

6

Zacznijmy od charakterystyki statusu prawnego właściciela tzw. własności intelektualnej, a nie jest to rzecz łatwa, gdyż to status szczególny. Trudno wskazać inny rodzaj własności, który byłby poddany tak troskliwej i daleko idącej ochronie prawnej.

6.1. Generalnie można dostrzec kształtowanie się na tle tzw. własności intelektualnej szczególnych normatywnych relacji między dysponującym taką własnością podmiotem (przede wszystkim w grę wchodzi firma sektora kreatywnego) a użytkownikiem (najczęściej obywatelem-licencjobiorcą) praw do korzystania z pliku muzycznego, filmowego, oprogramowania urządzeń cyfrowych. Chociaż z zasady własność wciąż jest przedmiotem prawa prywatnego, to ta najważniejsza dziś tzw. własność intelektualna coraz bardziej wkracza w sferę *publicum*. Oto kilka przykładów, w których tzw. własność intelektualna sięga kosztem obywateli po korzyści, jakie dać mogą następstwa podporządkowania sobie (prywatyzacji) władzy publicznej:

6.1.1. jednostronna kryminalizacja stosunków cywilno-prawnych – działania w interesie ochrony tzw. własności intelektualnej, podejmowane w interesie właściciela-korporacji lub podejmowane przez organizację zbiorowego zarządzania przeciwko obywatelowi prowadzone są za pomocą prawa karnego, działanie w interesie praw obywatela przeciwko takiej firmie – za pomocą prawa cywilnego;

¹⁸ Terminem tym obejmuje się najczęściej prawo autorskie i prawa pokrewne, prawo patentowe i prawo o znakach handlowych, określane też własnością przemysłową, obejmującą wynalazki (patenty), znaki towarowe, wzory użytkowe i przemysłowe, oznaczenia geograficzne, topografie układów scalonych, bazy danych itd.; por. np. R.M. Stallman, *Własność intelektualna to zwodniczy miraż* (<http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.pl.html>); zob. też P. Wagłowski, *Intelektualna... własność?* (http://prawo.vagla.pl/felietony/felieton_044.htm). W polskim podręczniku *Prawo własności intelektualnej*, red. J. Sieńczyło-Chlabicz, Warszawa 2009, jedynie we *Wstępie* zapowiedziano ujęcie łączne podstawowych zagadnień dotyczących prawa autorskiego i prawa własności przemysłowej. W rzeczywistości potraktowano całkowicie odrębnie – w części I: prawo autorskie, a w części II – prawo własności przemysłowej. Jakiegokolwiek własności intelektualnej autorki podręcznika nie dostrzegły.

6.1.2. podobnie w tych samych relacjach firma–obywatel: ochrona interesów firmy na gruncie relacji administracyjno-prawnych, ochrona interesów obywatela przeciwko firmie – wyłącznie na drodze cywilno-prawnej;

6.1.3. w sporze obywatel–właściciel tzw. własności intelektualnej, następuje w praktyce likwidacja domniemania niewinności obywatela i przerzucenie nań ciężaru dowodowego (obowiązek dowodzenia niewinności!);

6.1.4. przyznanie ustawą pierwszeństwa tzw. własności intelektualnej nad indywidualną własnością „materialną” obywatela;

6.1.5. nałożenie na osoby trzecie obowiązku działań w interesie właściciela tzw. własności intelektualnej¹⁹;

6.1.6. nałożenie na organy państwa obowiązku działań, za i w interesie właściciela tzw. własności intelektualnej. Gwoli ilustracji przykład rozwiązań legislacyjnych, ustalających ochronę interesów owego interesariusza (dysponenta tzw. własności intelektualnej) kosztem zadań publicznych.

W ustawie z dnia 25 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o kontroli skarbowej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z dnia 15 lipca 2010 r.) dodano przepis art. 1 ust. 2a następujący: „W ramach kontroli skarbowej prowadzonej w zakresie, o którym mowa w ust. 1 pkt. 1–3, kontrola może obejmować również rozpoznawanie, wykrywanie, zapobieganie i zwalczanie przestępstw i wykroczeń przeciwko prawom własności intelektualnej”. Tu organ kontroli skarbowej przestaje działać w interesie Skarbu Państwa, a zaczyna chronić interes jakiejś firmy, dysponującej jakimiś uprawnieniami, z zakresu tzw. własności intelektualnej²⁰.

6.2. Wyrazem szczególnego traktowania tzw. własności intelektualnej jest instytucja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi²¹. Prowadzi ona do uprzedmiotowienia nie tylko korzystających z utworów chronionych (lub nie) przez prawo (użytkowników)²², ale nawet pozbawia podmiotowości samych autorów.

¹⁹ Przypomina to wprowadzenie zasady odpowiedzialności zarządcy drogi za przekraczanie na niej dozwolonej prędkości.

²⁰ Czy inaczej traktować należy praktykę gratyfikacji i dofinansowywania służb publicznych przez właścicieli tzw. własności intelektualnej, za szczególnie gorliwe działania na rzecz ochrony własności tego rodzaju?

²¹ Rozdział 12: Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi (art. 104 i n.) Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 1994 Nr 24, poz. 83, tekst jednolity: Dz.U. 2006 Nr 90, poz. 631).

²² Zgodnie z art. 108 prawa autorskiego w skład Komisji Prawa Autorskiego nie wchodzi przedstawiciele użytkowników, a jedynie tych, którzy z prawa autorskiego żyją – prawo do zgłaszania kandydatów przyznano: organizacjom zbiorowego zarządzania, stowarzyszeniom twórców, artystów wykonawców, producentów, organizacjom zrzeszającym podmioty zajmujące się zawodowo korzystaniem z utworów oraz organizacjom radiowym i telewizyjnym.

6.3. Charakterystyczny jest także szczególny proces przygotowywania decyzji mających stworzyć ochronę tzw. własności intelektualnej. *Exempli causa*, gdy opracowywano projekt międzynarodowego paktu dotyczącego walki z naruszaniem marki i praw autorskich w środowisku cyfrowym – ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement²³), to przez dwa lata pertraktacje toczono w całkowitej tajemnicy²⁴ przy udziale zainteresowanych korporacji i rządów m.in. USA, Szwajcarii, Japonii, Kanady, Meksyku²⁵, Australii oraz UE. Najbardziej zainteresowani – użytkownicy – dowiedzieli się o trwających pracach dzięki przeciekom (WikiLeaks), co zrodziło niemal jednogłośny protest Parlamentu Europejskiego²⁶. I słusznie, skoro w porozumieniu m.in. wprowadzono restrykcyjne zasady korzystania z Internetu, nałożono na dostawców odpowiedzialność za treści przesyłane przez użytkowników oraz obowiązek blokowania usług (na wszelki wypadek także tych, w pełni legalnych), poważnie rozszerzono definicję komercyjnej skali naruszeń praw autorskich – dopuszczono zatem możliwość naruszania praw podstawowych, takich jak godność, wolność wypowiedzi (dopuszczenie cenzury) i informacji, ochrony danych osobowych, w celu ochrony interesów dysponentów tzw. własności intelektualnej²⁷. To zresztą nie jedyna próba traktatowego ograniczania na rzecz własności możliwości wykorzystywania technik cyfrowych²⁸.

²³ Podpisane w Tokio w 2011 r. Co ciekawe w Stanach Zjednoczonych w procedurze tej pominięto Senat, co może w przyszłości być podstawą do kwestionowania obowiązywania aktu.

²⁴ Wg wyjaśnień prezydenta Obamy w grę wchodziło bezpieczeństwo Stanów Zjednoczonych. Tekst odmowy RE udostępnienia dokumentu nr 16178/09, zatytułowanego *ACTA negotiations – Special Requirements Related to the Enforcement of Intellectual Property Rights in the Digital Environment = Draft EU comments*; „Ten dokument zawiera informacje o negocjacjach handlowych, które nie zostały zakończone. Ujawnienie tych informacji utrudniłoby należyte prowadzenie negocjacji i zepsułoby relację pomiędzy Unią Europejską i pewnymi krajami. Osłabiłoby również przyszłą pozycję UE w ramach takich wielostronnych negocjacji (...) i przy braku jakichkolwiek dowodów (na istnienie) nadrzędnego interesu publicznego (...)”, zob. <http://prawo.vagla.pl/node/8815>. Równie niedemokratycznie, tajnie przygotowywany jest projekt kolejnego porozumienia mającego służyć ochronie tzw. własności intelektualnej.

²⁵ Senat Meksyku sprzeciwił się podpisaniu traktatu.

²⁶ W głosowaniu nad całością rezolucji dot. *Umowy handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi (ACTA)* wynik był następujący: 633 za rezolucją będącą protestem przeciwko utajnieniu rokowań, 13 – przeciwi, 16 wstrzymało się; *Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie przejrzystości i aktualnego stanu negocjacji umowy handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi (ACTA)* (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2010/C 349 E/10). Ostatnio sprzeciw przeciwko tajnym procedurom zgłoszono w holenderskiej izbie niższej (*Tweede Kamer*), odmawiając zajęcia się paktem przed odtajnieniem dokumentów i publiczną debatą.

²⁷ Nie dziwi zatem w takiej sytuacji zdecydowanie kontrowersyjne stanowisko Komisji Europejskiej, że „nie istnieje zasada, która sugerowałaby, że prawo do prywatności powinno zasadniczo być nadrzędne względem prawa własności lub odwrotnie”.

²⁸ Por. np. szereg innych aktów (pomijamy te o charakterze wyłącznie politycznym, jak np. amerykański Patriot Act), zmierzających do wprowadzenia globalnych restrykcji: raport Gallo, *Deklaracja z Deauville*, PROTECT IP, Trans Pacific Partnership (por. <http://keionline.org/node/1091>), E-PARASITES, SOPA (akt dopuszczający cenzurę w sieci i blokadę dostępu).

6.4. Rzecz warta podkreślenia, że w podobny sposób postępuje się w tej materii i w Polsce, gdzie w MKiDN przygotowano w poufny sposób porozumienie²⁹ m.in. nakładające na dostawców Internetu obowiązek ścigania naruszeń tzw. własności intelektualnej³⁰.

6.5. Jako wyraz tego samego podporządkowywania państwa szczególnego rodzaju własności potraktujemy wmontowanie do nowelizowanej ustawy o szkolnictwie wyższym nachalnej indoktrynacji: „uczelnie kierują się zasadami wolności nauczania, badań naukowych, twórczości artystycznej oraz poszanowaniem praw chroniących własność intelektualną”³¹. Moglibyśmy w tym miejscu wskazać dziesiątki innych praw, których poszanowania oczekiwać by należało od uczelni działających w Rzeczypospolitej, ale o których w ustawie – z niewiadomych względów – w ogóle się nie wspomina.

6.6. Zestawiliśmy kilka przykładów pozwalających wskazać, jak niemal niedostrzegalnie dochodzić może do osłabiania państwa, które znajduje sposób na przekazywanie swych uprawnień w prywatne ręce, w celu ochrony prywatnego, nie społecznego interesu. A to prowadzić może do budowy społeczeństwa nierównych szans. W takim społeczeństwie pojawia się skłonność do pozanormatywnego wyrównywania tych szans, czyli rewolucji.

7

Szczególną płaszczyzną konfliktu między tzw. własnością intelektualną i wolnością, a jednocześnie nową sferą prywatyzacji władzy publicznej staje się kolejna przestrzeń – Internet.

7.1. Jest to strefa o wciąż rosnącym znaczeniu gospodarczym, społecznym i politycznym. Jest to przestrzeń o akademickim rodowodzie, a przez to z założenia służąca do swobodnego gromadzenia, pozyskiwania i wymiany informacji. To płaszczyzna rozwoju nowoczesnej, zdigitalizowanej, globalnej cywilizacji. To tu rozwijają się winny takie formy aktywności cyfrowego

²⁹ Co znamienne, **przedmiotem** porozumienia (art. 9) są użytkownicy Internetu.

³⁰ Na kuriozalny charakter aktu wskazuje fakt, że w artykule 3: „Sygnatariusze ustalają, że będą wykonywali postanowienia Porozumienia zgodnie z przepisami prawa. W sprawach nieuregulowanych w niniejszym Porozumieniu zastosowanie mają odpowiednie przepisy prawa”.

³¹ W ramach praw podstawowych znajdujemy podobne wyekspozowanie, gdy wśród wolności zawartych w Karcie Praw Podstawowych jednostce przyznaje się „prawo własności (w tym własności intelektualnej)”!

społeczeństwa jak e-government, e-commerce, e-learnig, e-praca, to Internet jest miejscem wymiany dóbr kulturalnych, organizacji i rozwoju kontaktów indywidualnych (platformy społecznościowe) czy turystyki i wypoczynku. Ogromne znaczenie może odgrywać (i już zaczyna odgrywać – np. rewolucja arabska) Internet dla rozwoju społeczeństwa politycznego. Ale rozwój ten uzależniony jest od wolności dostępu do Internetu i do zgromadzonych tam informacji, od ochrony anonimowości, prywatności i godności internautów, od zapewnienia im bezpieczeństwa³². Aktualnie dominuje jednak tendencja do poszukiwania i wprowadzania w życie rozwiązań ewidentnie zagrażających prywatności i wolności słowa. Tak np. przemysł rozrywkowy zmierza – z reguły skutecznie – m.in. do uzyskania prawa decydowania o tym, co można i na jakich zasadach publikować w Internecie. Niestety szereg uprawnień władczych, istotnie naruszających prawa podstawowe użytkowników Internetu, uzyskują organizacje zbiorowego zarządzania tzw. własnością intelektualną.

7.2. W tym miejscu zestawmy jeszcze dwie wielkości dotyczące strat wynikających z nielegalnej dystrybucji, a ponoszonych przez dysponujących tzw. prawem własności intelektualnej korporacji. Z jednej strony – gdy problem piractwa oceniają wytwórcie filmowe czy muzyczne, lub korporacje zajmujące się tworzeniem oprogramowania – dowiadujemy się, że są to ogromne straty, sięgające w skali roku dziesiątków miliardów dolarów i prowadzące do utraty dziesiątków tysięcy miejsc pracy. I to ma uzasadniać niesłychanie restrykcyjne, chroniące tzw. własność intelektualną działania państwa. Z drugiej jednak strony dowiedzieć się można, że największym kupcem płaćącym za pliki dostępne w Internecie, są ci, którzy najpierw uzyskali do nich dostęp za pomocą serwisów p2p, a realne zwiększenie dochodów dysponentów tzw. własności intelektualnej na skutek ewentualnej całkowitej likwidacji piractwa w sieci, nie przekraczałby rocznie kwoty 60 mln. dolarów, co stanowi zaledwie ułamek kwot wydawanych na wszelkiego rodzaju rygorystyczne działania zarówno ze strony państwa, jak i przez korporacje.

7.3. Jednak od lat dominującą postawą zarówno władzy publicznej, jak i tzw. własności intelektualnej była polityka zakazów, ograniczeń, inwigilacji,

³² A. Lemański, *Nie ma wolności bez anonimowości. Czyli rzecz o tym, jak długi ogon może zamerdać krótką głowę*, Zarządzanie. Społeczeństwo. Computerworld 12/928, 26.04.2011, s. 24–25.

kontroli i surowych sankcji. Ostatnio dopiero zauważyć można, że obok ogromnego nacisku na tworzenie jak najdalej idących ograniczeń wolności różnego rodzaju w interesie tzw. własności intelektualnej, pojawiają się też zdecydowanie racjonalniejsze stanowiska. Oto kilka przykładów:

Niedawno Europejski Trybunał Sprawiedliwości wydał wyrok w sprawie *Scarlet Extended (C-70/10)*³³, uznając, że wydawanie przez sąd – tak pożądanego przez korporacje – nakazu zobowiązującego dostawcę Internetu do wdrożenia systemu filtrowania treści w celu walki z piractwem jest sprzeczne z prawem Unii Europejskiej.

W Komisji Europejskiej dostrzeżono też ostatnio, że własność intelektualna może być wykorzystywana do eliminowania konkurencji na rynku IT, a nie tylko do ochrony wynalazców i stąd pytanie skierowane do Samsunga i Apple'a w ich sporze o tablety³⁴. Nie bez znaczenia również realna możliwość nadużyć, jakie może dawać prawo patentowe dla obejmowania ochroną rozwiązań, które jako wytwory niekiedy anonimowych autorów istniały jeszcze zanim jakaś korporacja postanowiła je opatentować (tzw. *prior art*)³⁵.

Dostrzeżono też w końcu, że rozbudowany system restrykcji dla ochrony praw autorskich nie służy interesom twórców, choćby z tego powodu, że i autorom nie zapewnia dochodów gwarantujących godziwą egzystencję³⁶.

8

Kończąc: szlachta swą uprzywilejowaną pozycję uzasadniała mitem swych niedysiejszych zasług. Odpowiednie mity wykorzystywane są do kształtowania bezzasadnie uprzywilejowanej kosztem praw i wolności obywatela tzw. własności intelektualnej, np. „Skuteczne środki egzekwowania praw własności intelektualnej są niezbędne w celu promowania innowacyjności i kreatywności”³⁷. Badania nad przeszłością służą zaspokojeniu naturalnej

³³ http://di.com.pl/news/41807,2.html?utm_source=nlhtml&utm_medium=email&utm_campaign=tematdnia.

³⁴ Zarzuty Apple przeciwko firmie Samsung sprowadzają się do próby zakwestionowania prawa tej ostatniej firmy do produkcji prostokątnych tabletek i smartfonów. Apple m.in. proponuje Samsungowi, by ten sprzedawał okrągłe tablety.

³⁵ Por. np. spór Barnes&Noble przeciwko patentowi patentowemu – Microsoft o wykorzystywanie systemu Android (<http://fospatents.blogspot.com/2011/03/microsoft-sues-barnes-noble-foxconn-and.html>).

³⁶ Por. wypowiedź z Awinionu z 19 listopada 2011 r. Neelie Kroes, wiceprzewodniczącej Komisji Europejskiej ds. Digitalizacji.

³⁷ *Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-społecznego oraz Komitetu Regionów; Application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property*



ludzkiej ciekawości – odpowiadają na pytanie: „Jak było?”. Ale można postawić przed sobą ambitniejsze zadanie i próbować wyjaśnić: „Jak się zmieniło?”. A to już rozważania o zupełnie innym ciężarze, gdyż pozwalają poszukiwać mechanizmów przemian i przyglądać się teraźniejszości i przyszłości w ujęciu dynamicznym.

