

JNP
PAN

P-295

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia

PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Konstytucyjne podstawy funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowych
- Regulacja jako nowa funkcja współczesnej administracji publicznej w Polsce
- Prawna ochrona rodziny w sytuacji stanu nadzwyczajnego
- Specyfika stosunku obligacyjnego składu z udziałem domu składowego
- Zaskarżalność decyzji wydawanych w postępowaniu w przedmiocie europejskiego nakazu aresztowania

3(173)

2007

WARSZAWA 2007

WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR

**POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH**

STUDIA PRAWNICZE

Zeszyt
3(173) 2007



WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR
Warszawa 2007

KOMITET REDAKCYJNY

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

Redakcja:

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

Adres Redakcji:

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

Publikacja dofinansowana ze środków
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

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

SPIS TREŚCI

dr Jarosław Szymanek

Uniwersytet Warszawski

<i>Konstytucyjne podstawy funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowych</i>	5
<i>Constitutional bases for functioning of housing associations</i>	25

dr Rafał Stasikowski

Uniwersytet Śląski, Katowice

<i>Regulacja jako nowa funkcja współczesnej administracji publicznej w Polsce</i>	27
I. Zagadnienia ogólne regulacji	28
II. Organy regulacyjne na rynku transportu kolejowego .	35
III. Organy regulacyjne na rynku paliw i energii	38
IV. Organy regulacyjne na rynku telekomunikacyjnym	44
V. Organy regulacyjne na rynku usług pocztowych . .	53
VI. Podsumowanie	55
<i>Regulation as the new function of contemporary public administration in Poland</i>	57

mgr Marta Szuniewicz

Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika, Toruń

<i>Prawna ochrona rodziny w sytuacji stanu nadzwyczajnego</i>	59
I. Wstęp	59
II. Mechanizm derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka (uwagi ogólne)	60
III. Dowód tezy o niewzruszalności praw rodziny	63
IV. Wpływ zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego na zakres dopuszczalnej derogacji	78
V. O potrzebie doskonalenia unormowania prawnego (minimalne standardy humanitarne)	84
VI. Uwagi o działalności Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża .	90
VII. Podsumowanie	92
<i>Legal protection of family in state of emergency</i>	94

mgr Michał Hejbudski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn

<i>Specyfika stosunku obligacyjnego składu z udziałem domu składowego</i>	97
I. Instytucja domów składowych	97
II. Kształtowanie się umowy składu w prawie polskim . .	99
III. Pojęcie kwalifikowanego charakteru umowy składu . .	101
IV. Obowiązek domu składowego zawarcia umowy składu	103
V. Zakaz udzielania pozataryfowych ulg, zniżek oraz uzależniania zawarcia umowy składu	108
VI. Obowiązek ubezpieczenia	112
VII. Rola regulaminu i ustawy w kształtowaniu postanowień umowy składu .	118
VIII. Wnioski końcowe	125
<i>Description of a storage agreement whose party is a warehouse</i>	126

dr Sławomir Steinborn

Uniwersytet Gdański

<i>Zaskarżalność decyzji wydawanych w postępowaniu w przedmiocie europejskiego nakazu aresztowania</i>	. 129
I. Uwagi wprowadzające	. 129
II. Zaskarżalność decyzji dotyczących e.n.a. w innych państwach członkowskich UE	. 130
III. Uwarunkowania konstytucyjne i prawnomiędzynarodowe	. 136
IV. Unormowania zawarte w polskim kodeksie postępowania karnego – postępowanie w przedmiocie wydania e.n.a.	. 137
V. Unormowania zawarte w polskim kodeksie postępowania karnego – postępowanie w przedmiocie wykonania e.n.a. (przekazania osoby ściganej)	143
VI. Dopuszczalność kasacji w postępowaniu dotyczącym e.n.a.	. 150
<i>Possibility of lodging complaint against decisions on the European Arrest Warrant</i>	. 153
<i>Informacje dla Autorów</i>	. 154

JAROSŁAW SZYMANEK

KONSTYTUCYJNE PODSTAWY FUNKCJONOWANIA SPÓŁDZIELNI MIESZKANIOWYCH

Spółdzielnie (jakiegokolwiek, a zatem także i mieszkaniowe) nie mają swojego bezpośredniego, *eo nomine* wyrażonego konstytucyjnego zakotwiczenia. W efekcie obowiązująca Konstytucja RP w żadnym ze swoich przepisów nie wspomina ani o spółdzielniach, ani tym bardziej o ich konkretnych rodzajach, postaciach czy też typach (choćby nawet przykładowo), ale zarazem wymienia inne formy organizacyjne, takie jak stowarzyszenia, związki zawodowe, organizacje rolników czy nawet fundacje (por. art. 12 Konstytucji). Forma prawna organizacji, jaką jest spółdzielnia, nie jest zatem w żaden sposób konstytucyjnie umocowana, ani też nie korzysta z żadnej szczególnej ochrony prawnej, względnie jakiegos innego wyjątkowego statusu, który czyniłby ze spółdzielni wartość *per se*, objętą konstytucyjną gwarancją. W tej sytuacji problem spółdzielni i szerzej spółdzielczości może być rozważany w świetle ogólnej regulacji konstytucyjnej dotyczącej wolności zrzeszania się, zawartej, po pierwsze, w art. 12 oraz, po drugie, w art. 58 Konstytucji. Pierwszy z tych artykułów zakłada wolność tworzenia i działania „dobrowolnych zrzeszeń”, którymi z kolei są – z oczywistych powodów – wszystkie spółdzielnie, a więc także i spółdzielnie mieszkaniowe¹. Drugi zaś z artykułów (art. 58 ust. 1) poręcza każdemu wolność zrzeszania się. O ile więc pierwszy ze wskazanych przepisów ma charakter prawa *stricte* kolektywnego, gdyż jego adresatem jest zrzeszenie, mające konstytucyjnie zagwarantowane prawo działalności, o tyle drugi z tych przepisów (zawarty w art. 58 Konstytucji) jest przepisem ukierunkowanym na jednostkę, poręczającym jej generalną wolność zrzeszania się². Wolność ta ma jednak charakter wybitnie abstrakcyjny, gdyż dotyczy po prostu prawa do zrzeszania się, czyli zrzeszania się *tout court*, bez konkretyzowania formy tego zrzeszania, która – jak wiadomo – może być bardzo rozmaita i przybierać różne kształty organizacyjne, pośród których znajdują

¹ Przy czym jest rzeczą oczywistą, że treść znaczeniowa prawa do zrzeszania się jest dużo większa (bardziej elastyczna). Szerzej na ten temat zob. L. Wiśniewski, *Wolność zrzeszania się*, w: R. Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 737 i n.

² W płaszczyźnie rozważań teoretycznych stwarza to już na samym początku istotną przesłankę interpretacyjną. Otóż konstytucyjne prawo do tworzenia spółdzielni, zawierające się w pojemnej formule wolności tworzenia i działania „dobrowolnych zrzeszeń”, jest funkcją indywidualnego prawa do zrzeszania się, co oznacza, że po pierwsze, ma ono szczególny konstytucyjny status, jako pochodna prawa jednostki i, po drugie, z tej właśnie racji, podlega (powinno podlegać) szczególnie zastrzonemu reżimowi ingerencji, w tym zwłaszcza ograniczania.

się również, co oczywiste, także i spółdzielnie³. W rezultacie spółdzielnię, jako jedną z form dobrowolnego zrzeszenia, można uznać za skonstytucjonalizowaną, z tym jednak, że w sposób mocno specyficzny, bo dalece pośredni. Choć bowiem ustawa zasadnicza nie posługuje się wprost pojęciem spółdzielni, to jednak przewiduje szerszą od niej, a więc i bardziej pojemną kategorię, jaką jest zrzeszenie. Mamy tu zatem do czynienia z pojęciami (stanami) wzajemnie się na siebie nakładającymi, ze swoistym *sui generis* stosunkiem części do całości. Spółdzielnia jest przecież częścią całości, jaką jest każde dobrowolne zrzeszenie. Oczywiście *prima facie* taki sposób konstytucyjnego ujęcia spółdzielni dewaluuje spółdzielnię, zrównując ją praktycznie rzecz biorąc z każdym innym „dobrowolnym zrzeszeniem”, co zwłaszcza w zderzeniu ze wskazanymi *explicite* związkami zawodowymi, fundacjami czy stowarzyszeniami zakłada mniejszy reżim prawny ich ochrony. *A contrario* bowiem skoro ustrojodawca wymienił z nazwy własnej związki zawodowe, organizacje społeczno-zawodowe rolników, stowarzyszenia, ruchy obywatelskie oraz fundacje, to inne, niewymienione wprost, „dobrowolne zrzeszenia” zostały potraktowane *en bloc*, *ergo* z mniejszą uwagą, co z kolei może sugerować ich mniej ważny (relewantny) status. Z drugiej jednak strony ten sam ustawodawca konstytucyjny posłużył się zbiorczym określeniem „innych dobrowolnych zrzeszeń”, wyraźnie jednak korelując tak wysłowione określenie z innym konstytucyjnym prawem (a w zasadzie wolnością), mianowicie zrzeszania się (art. 58). Można więc uznać, że choć *de lege lata* w Konstytucji nie ma wyartykułowanej spółdzielni jako specyficznej formy organizacyjnej (mimo że są inne), to jednak jako pojęcie mieszczące się w o wiele pojemniejszej formule „dobrowolnych zrzeszeń”, których – co szczególnie ważne – zakładanie jest poręczane każdemu, spółdzielnia, jako określony, specyficzny byt prawny, ma swoją konstytucyjną podstawę, mocno przy tym powiązaną ze statusem prawnym jednostki, co akurat w tym zakresie wydaje się rzeczą o kapitalnym wręcz znaczeniu. Spółdzielnia, będąc wszak „dobrowolnym zrzeszeniem”, jest sposobem konkretyzowania (urealniania) konstytucyjnej generalnej (a zatem i interpretowanej ekstensywnie) wolności zrzeszania się (co wyraźnie potwierdził TK m.in. w orzeczeniach K. 42/02 z 20 kwietnia 2005 r. oraz K. 5/01 z 29 maja 2001 r.). To w pewien sposób „dowartościowuje” spółdzielnię, jako że traktuje ją jako istotne narzędzie (środek) realizacji praw i wolności, co z kolei nakazuje interpretować wszystkie normy, zarówno konstytucyjne, jak i podkonstytucyjne, w taki sposób, aby możliwie najpełniej (najwierniej) zrealizować wolność człowieka do zrzeszania się, w tym także w spółdzielnię.

Spółdzielnia, choć nie ma bezpośredniego umocowania w Konstytucji, jest zatem instytucją przewidzianą przez ustrojodawcę, a w dodatku traktowana jest jako forma realizacji podstawowej wolności każdego człowieka, jaką jest wolność zrzeszania się⁴. To zaś oznacza, że ocena każdej w zasadzie regulacji odno-

³ Por. A. Łopatka, *Prawo do zrzeszania się, w tym w związku zawodowe*, w: A. Łopatka, *Jednostka. Jej prawa człowieka*, Warszawa 2002, s. 170 i n.

⁴ Por. M. Chmaj, *Wolność zrzeszania się*, w: W. Skrzydło (red.), *Wolności i prawa polityczne*, Kraków 2002, s. 51 i n.

szącej się do spółdzielni musi być dokonywana przez pryzmat także i tego – jeśli nie przede wszystkim tego – czy umożliwia ona, a jeśli tak, to w jakim stopniu, korzystanie przez każdego z poręczonej w Konstytucji wolności zrzeszania się, rozumianej zarówno jako wolność tworzenia, jak i działania „dobrowolnych zrzeszeń”, do których należy również zaliczyć i spółdzielnie.

Widać z tego, że choć w przepisach konstytucyjnych nie ma *eo nomine* wskazanej spółdzielni, to jednak nie oznacza to, że tworzenie i działalność spółdzielni nie ma wymiaru konstytucyjnego. Wynika on bowiem w prosty sposób z art. 12 i 58 i dlatego przyjąć należy, że działalność spółdzielni, będących zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 1 prawa spółdzielczego „dobrowolnymi zrzeszeniami nieograniczonej liczby osób”, nie jest wyłączona spod gwarancji, które ustanawia Konstytucja, zarówno w zakresie generalnej wolności zrzeszania się (art. 58), jak i równie generalnej, *in abstracto* ujętej wolności tworzenia i działania dobrowolnych zrzeszeń (art. 12). Spółdzielnia, w tym także mieszkaniowa, ma więc swoje konstytucyjne „umocowanie”⁵, co pozwala oceniać konstytucyjność, względnie niekonstytucyjność przepisów ustawowych dotyczących jej działalności.

Poza jednak art. 12 i art. 58 ustawy zasadniczej, konstytucyjną podstawą tworzenia, działania i ochrony spółdzielni mieszkaniowej, jako szczególnej formy „dobrowolnego zrzeszenia”, jest norma art. 75 ust. 1 Konstytucji⁶. Zgodnie z nią władze publiczne mają obowiązek prowadzenia polityki sprzyjającej zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli i popierania działań obywateli zmierzających do uzyskania własnego mieszkania. Nie ma przy tym wątpliwości, iż jednym z głównych takich działań, mających wyjść naprzeciw obowiązkowi określone-
mu w przepisie art. 75 ust. 1, jest tworzenie spółdzielni mieszkaniowych, których zasadniczym celem – określonym w art. 1 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych – jest „zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych” swoich członków. Jest przy tym rzeczą oczywistą, że zadanie wskazane w art. 75 ust. 1 Konstytucji winno być realizowane również, jeśli nie przede wszystkim, przez ustawowe stworzenie instytucji prawnych umożliwiających osobom fizycznym podejmowanie zbiorowych (oraz indywidualnych) działań zmierzających do wybudowania dla siebie i swojej rodziny domu mieszkalnego lub lokalu mieszkalnego w budynku wielomieszkaniowym, w celu zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych przez korzystanie z danego domu lub lokalu⁷. Konstytucyjne zadanie władz publicznych, jakim jest „prowadzenie polityki sprzyjającej zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli”, musi być w związku z tym i niejako w pierwszej kolejności, czyli *ab initio*, zrealizowane w drodze ustawowego określenia sposobów (mechanizmów), które w szczególności przeciwdziałać będą bezdomności, wspierać rozwój budownictwa socjalnego oraz popierać działania obywateli zmierzających do uzyskania własnego mieszkania. Skoro zaś jednym z takich podstawowych

⁵ Choć oczywiście zawarte *implicite*, mocno pośrednie.

⁶ Na co zwrócił uwagę TK m.in. w sprawach K. 42/02 z 20 kwietnia 2005 r.

⁷ Jest tak tym bardziej, że przepis art. 75 jest tzw. prawem – zasadą polityki państwa, co oznacza, że nakłada on na władze publiczne obowiązek takiej konkretyzacji i realizacji zawartego w nim prawa, aby mogło być ono w możliwie najpełniejszym stopniu realizowane.

działań obywateli jest zakładanie spółdzielni mieszkaniowych, to obowiązkiem władz publicznych (ustawodawcy) jest takie określenie ram prawnych działania spółdzielni mieszkaniowej, aby, po pierwsze, realizowały one możliwie w największym stopniu konstytucyjną wolność zrzeszania się (art. 58) oraz, po drugie, umożliwiały jak najlepsze osiągnięcie rezultatu konstytucyjnie wskazanego działania obywateli, jakim jest postępowanie zmierzające do uzyskania własnego mieszkania.

Oznacza to, że spółdzielnie, których celem jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych członków i ich rodzin, posiadają własny, wynikający z Konstytucji, szczególny status prawny, związany z ich rolą w realizacji zadań państwa wskazanych *explicite* w art. 75 ust. 1 ustawy zasadniczej⁸. W efekcie spółdzielnia mieszkaniowa, jako jedna z form dobrowolnego zrzeszenia, ma nie tylko ogólną legitymację konstytucyjną do działania, zawartą w art. 12 Konstytucji, będąc w dodatku rękojmią realizacji konstytucyjnego prawa do zrzeszania się, przewidzianą przez art. 58, ale przede wszystkim ma konstytucyjnie określony cel, jakim jest wykonywanie zadań w sferze zaspokajania potrzeb mieszkaniowych obywateli. Zadania te są przy tym nałożone wyraźnie na władze publiczne, co z kolei oznacza, że muszą one (w tym zwłaszcza ustawodawca zwykły) umożliwić funkcjonowanie spółdzielni mieszkaniowych, poprzez m.in. określenie ich statusu prawnego. Status ten (określony w ustawie) musi zaś uwzględniać binarny charakter spółdzielni mieszkaniowej, która z jednej strony jest formą konkretyzacji konstytucyjnego prawa do zrzeszania się, z drugiej natomiast jest formą działań obywateli zmierzających do uzyskania własnego mieszkania. Wyrazem tego podejścia jest właśnie uregulowanie problematyki funkcjonowania spółdzielni w odrębnej ustawie, która jest nie tylko aktem detalizującym tryb działania spółdzielni mieszkaniowej, ale w szczególności jest aktem konkretyzującym i rozwijającym postanowienia Konstytucji, będąc na swój sposób aktem organicznie wręcz związanym z wartościami konstytucyjnie chronionymi, a wskazanymi *explicite* w art. 12, 58 i 75. Zastosowanie takiego zabiegu legislacyjnego uzasadnia zarówno wskazany wyżej szczególny cel, jak i swoiste cechy stosunku prawnego między spółdzielnią mieszkaniową a jej członkami, przy czym ogólne przepisy o spółdzielniach i ich związkach mogą znaleźć zastosowanie wyłącznie w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie. Dla spółdzielni mieszkaniowych ustawą podstawową jest w związku z tym ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych, charakter subsydiarny i akcesoryjny zaś ma ustawa „prawo spółdzielcze”, która może regulować treść stosunków prawnych w tych wszystkich przypadkach, kiedy nie ma dla nich dostatecznej podstawy w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych. Wyjątkowy, w porównaniu z ustawą o prawie spółdzielczym, charakter (status) ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych wynika przy tym z tego, że o ile prawo spółdzielcze rozwija co najwyżej ogólną konstytucyjną zasadę zrzeszania się, o tyle ustawa o spółdzielniach mieszkano-

⁸ Por. S. Trociuk, *Konstytucja RP a prawo mieszkaniowe (wybrane zagadnienia)*, w: *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003, s. 151 i n.

wych, poza oczywiście urealnieniem postanowień w zakresie wolności tworzenia i działania wszelkiego rodzaju dobrowolnych zrzeszeń oraz prawa do zrzeszania się, dodatkowo jest formą realizowania konkretnej polityki władz publicznych w zakresie zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, a w tym popierania działań obywateli zmierzających do uzyskania własnego mieszkania. W efekcie ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych niejako w podwójny sposób wiąże się z realizacją praw jednostki, mianowicie, umożliwia rudymენტarną wolność zrzeszania się, a ponadto umożliwia podejmowanie inicjatyw mieszkaniowych obywateli, które winny być popierane i wspierane przez władze publiczne⁹. Widać więc, że ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych jest ustawą szczególną, bo – po pierwsze – konkretyzuje dwa istotne prawa jednostki (do zrzeszania się i działania zmierzającego do uzyskania własnego mieszkania) oraz – po drugie – jest elementem polityki prowadzonej przez władze publiczne, której *telos* musi (zgodnie z wyraźnym wskazaniem konstytucyjnym) wyznaczać sprzyjanie zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych obywateli¹⁰.

Poza wskazaniem konstytucyjnych podstaw działalności spółdzielni mieszkaniowej, która jak to zostało wykazane, choć *de lege lata* nie ma bezpośrednio umocowania w Konstytucji, jest instytucją ze wszech miar konstytucyjną, realizującą z jednej strony rudymენტarną wolność człowieka do zrzeszania się, z drugiej zaś jest sposobem realizacji zadań władz publicznych w zakresie zaspokajania potrzeb mieszkaniowych obywateli, na szczególne wskazanie zasługuje konstytucyjna konstrukcja prawa własności¹¹. Dla określenia konstytucyjnych podstaw praw majątkowych zasadnicze znaczenie mają: po pierwsze – art. 20 Konstytucji, po drugie – art. 21 Konstytucji, po trzecie – art. 64 Konstytucji, i – po czwarte wreszcie – art. 2 Konstytucji, będący *sui generis* konstytucyjną (prawno-aksjologiczną) podstawą normatywnego umocowania wszelkich praw, w tym także prawa własności. Obok tego, jako najbardziej ogólne, a jednocześnie posiłkowe normy, mające istotny związek z prawem własności oraz prawnym reżimem jego ochrony, można wskazać wyartykułowaną w art. 30 Konstytucji zasadę godności osoby ludzkiej, z której wynikają wszystkie prawa i wolności jednostki, a zatem także i prawo własności, oraz zakodowaną w treści art. 32 ust. 1 Konstytucji zasadę równości wszystkich wobec prawa, zwłaszcza w koniunkcji z zakazem dyskryminacji w życiu m.in. gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (art. 32 ust. 2).

Konstytucyjny sposób wyartykułowania prawa własności jest wysoce specyficzny, a ponadto szczególnie mocno wyeksponowany, czego najlepszym potwierdzeniem jest fakt, iż proklamację generalnej zasady ochrony własności ustrójodawca zamieścił w kilku różnych przepisach ustawy zasadniczej, co moż-

⁹ Szerzej na ten temat zob. W. Studziński, *Wolność zgromadzeń i stowarzyszania się*, w: A. Florczak, B. Bolechow (red.), *Prawa i wolności I i II generacji*, Toruń 2006, s. 179 i n.

¹⁰ Por. A. Łopatka, *Prawo do odpowiedniego mieszkania*, w: A. Łopatka, *Jednostka...*, op. cit., s. 219 i n.

¹¹ Por. S. Jarosz-Żukowska, *Prawo do własności*, w: A. Florczak, Bolechow (red.), *Prawa i wolności I i II generacji...*, op. cit., s. 285 i n.

na odczytać jako generalną chęć maksymalnego zabezpieczenia prawa własności, traktowanego zarówno jako podstawowe prawo jednostki, jak i zadanie państwa, którego obowiązkiem jest podejmowanie szczególnych starań w celu ochrony prawa własności i innych praw majątkowych¹². W konsekwencji prawo własności (prawo posiadania) traktuje ustrojodawca raz jako zasadę ustrojową, raz zaś jako prawo podmiotowe.

Jeśli chodzi o prawo własności pojmowane w kategoriach zasady ustrojowej, to wypada zauważyć, że jednym z celów konstruowania zasad ustroju jest kształtowanie pewnych kierunków działania państwa, jego celów i zadań. Poza tym, co jest oczywiste, zasada ustrojowa określa zasadnicze wyznaczniki państwa, jest formą najbardziej ogólnego, ale też i jednoznacznego samookreślenia jego charakteru, specyfiki i poszczególnych instytucji (urządzeń). Taka jest właśnie istota norm art. 20 i 21 Konstytucji. W pierwszym ze wskazanych przepisów ustrojodawca definiuje ustrój społeczno-gospodarczy państwa, jakim jest „społeczna gospodarka rynkowa”, której substratami – z woli twórcy ustawy zasadniczej – jest m.in. wolność działalności gospodarczej oraz właśnie własność prywatna. Nie trzeba przy tym specjalnie udowadniać *iunctim* między wolnością działalności gospodarczej a własnością prywatną, obie są przecież względem siebie współzależne, wzajemnie się warunkujące¹³. Oznacza to, że tak jak ochronie prawnej podlega własność oraz inne prawa majątkowe, tak samo ochronie takiej musi być poddana swoboda działalności gospodarczej, gdyż jest ona z jednej strony koniecznym składnikiem podjęcia każdej działalności gospodarczej, z drugiej zaś założonym z góry sposobem prowadzenia takiej działalności mającym w rezultacie doprowadzić do powstania bądź pomnożenia własności prywatnej. W efekcie każde w zasadzie ewentualne ingerowanie w konstytucyjną zasadę swobody działalności gospodarczej jest *via facti* ingerowaniem w strukturę konstytucyjnego prawa własności, stąd zawsze musi być ono dostatecznie uzasadnione, proporcjonalne i konieczne, analogicznie jak wszystkie postaci ograniczenia wolności (czy to majątkowej, czy to gospodarczej, czy każdej innej), stosownie do założeń ustanowionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji¹⁴. Uznanie za podstawę ustroju społeczno-gospodarczego zasady społecznej gospodarki rynkowej, której składnikiem, w dodatku wprost wymienionym w Konstytucji, jest własność prywatna, oznacza, że wszelkie stosunki ekonomiczne muszą być układane w taki sposób, aby respektowały zawsze rynkowy charakter gospodarki, w tym zwłaszcza jej konstytucyjne elementy, które zarówno z osobna, jak i wzięte *en bloc*, przesadzają rynkowy charakter ustroju społeczno-gospodarczego. W efekcie ewentualne, nieuprawnione lub nadmierne naruszenie prawa własności wchodzi w kolizję z ustrojową normą z art. 20 Konstytucji, stanowiąc naruszenie jednej z podstawo-

¹² Por. S. Jarosz-Żukowska, *Prawo do własności – własność jako prawo podmiotowe*, w: A. Preisner, B. Banaszak (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 251 i n.

¹³ Szerzej na ten temat zob. K. Strzyczkowski, *Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa*, w: C. Kosikowski (red.), *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania konstytucji*, Warszawa 2005, s. 9 i n.

¹⁴ Por. M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności: granice władzy*, w: B. Oliwa-Radzikowska (red.), *Obywatel: jego wolności i prawa*, Warszawa 1989, s. 45 i n.

wych zasad definiujących państwo, co oczywiście w demokratycznym państwie prawnym (*vide* art. 2 Konstytucji) jest niedopuszczalne, godząc w podstawy jego porządku konstytucyjnego. Tak samo zresztą jest w przypadku naruszenia pozostałych elementów enumeratywnie wskazanych w przepisie art. 20. W rezultacie naruszenie prawa własności narusza wszystkie pozostałe składniki tworzące konstytucyjną zasadę społecznej gospodarki rynkowej, jak i samą tę zasadę.

Kolejnym, drugim przepisem ujmującym prawo własności w kategoriach zasady ustrojowej jest przepis art. 21 Konstytucji, wedle którego „Rzeczpospolita chroni własność i prawo dziedziczenia”. W normie tej uwidacznia się w całej rozciągłości ustrojowy charakter prawa własności. Konstruowanie zasad ustroju ma wszak zapewnić kształtowanie pewnych kierunków działania państwa, jego celów i zadań. Zasada ustrojowa z istoty rzeczy zawsze charakteryzuje rodzaj państwa i określa jego powinne (nakazane) funkcje i zadania. Takim zaś podstawowym zadaniem państwa jest, obok oczywiście szeregu innych, ochrona własności, niezależnie od przyznania jednostce uprawnień o charakterze indywidualnym, związanym z dochodzeniem własnych praw (czyli tzw. prawa podmiotowego). W tym ujęciu ochronie własności nie służą indywidualne roszczenia obywateli, gwarancją bowiem dochowania przez państwo obowiązków względem własności są ogólne środki prawno-polityczne, pośród których na plan pierwszy wysuwają się instrumenty prawnej reglamentacji wolności, włącznie ze skutecznym mechanizmem ją zabezpieczającym. Potwierdza to zresztą ustrojowy charakter prawa własności z art. 20, a zwłaszcza 21 Konstytucji, który nakazuje państwu (władzom publicznym) podejmować wszelkiego rodzaju działania chroniące własność i inne prawa majątkowe, a więc tak postępować, zarówno w sferze stanowienia, jak i stosowania prawa, aby w możliwie najpełniejszym stopniu chronić prawo własności (oraz oczywiście inne prawa i wolności, zwłaszcza zaś te, które uzyskały rangę zasad ustrojowych)¹⁵.

Z kolei podstawowy sens prawa własności jako prawa podmiotowego wyrażono w art. 64 Konstytucji, który stanowi, iż każdy ma prawo do własności i innych praw majątkowych (ust. 1) oraz że własność, a także inne prawa majątkowe podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej (ust. 2), co *notabene* wskazuje, że dla właściwej oceny prawa własności musi mieć też zastosowanie konstytucyjna zasada równości (por. art. 32 Konstytucji)¹⁶. Za prawo podmiotowe należy przy tym uznać prawo adresowane do jednostki, a więc prawo przyznane jednostce w taki sposób, aby mogła ona z niego czynić użytek, czyli korzystać z tego prawa, a właściwie – uwzględniając rzeczywisty sens tego prawa – wykonywać je¹⁷. O ile więc własność pojmowana jako zasada ustrojowa jest dyrektywą adresowaną do państwa (przynajmniej w pierwszym rzędzie), o tyle własność jako prawo podmiotowe jest przyznaniem jednostce uprawnieniem, z którego może ona czy-

¹⁵ Por. B. Banaszkiewicz, *Konstytucyjne prawo do własności*, w: M. Wyrzykowski (red.), *Konstytucyjne podstawy prawa*, Warszawa 2001, s. 27 i n.

¹⁶ Por. S. Jarosz-Żukowska, *Prawo do własności...*, op. cit., s. 251 i n.

¹⁷ Szerzej na temat koncepcji praw podmiotowych zob. W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 159 i n.

nić swobodny użytek, dysponując nim jako „swoim”, „własnym”. Nie oznacza to jednak jakiegś sztucznej rozłączności czy też odrębności obu tych praw, tj. prawa podmiotowego i prawa pojmowanego jako zasada ustrojowa. Państwo, chroniąc własność (czyli stosując się do wskazania zasady ustrojowej), obejmuje przecież rękojmą własność w sensie jak najbardziej podmiotowym, a więc konkretną własność konkretnego właściciela (indywidualnego lub kolektywnego).

Widać z tego, że prawo własności z art. 64 Konstytucji (czyli prawo podmiotowe), a obok niego prawo z art. 21 Konstytucji (prawo przedmiotowe, tj. zasada ustrojowa) są jednak względem siebie wyraźnie komplementarne, nigdy nie rozłączne. Choć bowiem prawo z art. 21 jest adresowane do państwa i nakłada na nie powinność (obowiązek) ochrony własności, to jednak jest jasne, że treścią tego prawa jest tzw. prawo podmiotowe, czyli prawo konkretnej osoby do posiadania własności. Jeśli bowiem konstytucja mówi o „ochronie” lub „gwarantowaniu” własności, to z oczywistych powodów musi to mieć implikacje w sferze praw podmiotowych, gdyż nie ma własności bezprzedmiotowej, co najlepiej zdaje się potwierdzać treść art. 21 ust. 2, dotycząca wywłaszczenia, które przecież jest rodzajem ingerencji państwa w sferę własności konkretnego podmiotu. Z ustrojowej zasady ochrony własności przewidzianej w art. 21 Konstytucji wynika więc zawsze ochrona własności konkretnej, podmiotowej, odnoszonej do jednostki bądź innego podmiotu podobnego. Inaczej mówiąc, treścią prawa własności jako zasady ustrojowej jest zawsze prawo podmiotowe, czyli prawo przyznane przez przepisy prawa jednostce, po to by mogła ona z niego czynić „swoją własny użytek”.

Prawo do własności (prawo własności) jest niczym innym niż prawem podmiotowym do wolności majątkowej. Na jego określenie używa się zazwyczaj pojęcia „własności”, które oznacza zwykle część świata zewnętrznego podmiotu, która jest mu przyporządkowana, poddana jego prywatnemu, własnemu użytkowi¹⁸. Konstytucyjna gwarancja własności nie jest przy tym sumą gwarancji wynikających z ustawodawstwa zwykłego, podlegających zmianom w ramach tego ustawodawstwa, lecz jest gwarancją nadrzędną, służącą w szczególności ukierunkowaniu działalności i ograniczeniu swobody ustawodawcy zwykłego w regulowaniu stosunków majątkowych. Jest to tym bardziej istotne, ponieważ prawo majątkowe (*ergo* prawo własności) jest z natury rzeczy „prawem regulatywnym”, co oznacza, że praktycznie może być ono egzekwowane dopiero na podstawie określonych, ustawowych regulacji umożliwiających korzystanie z prawa własności i innych praw majątkowych¹⁹. Bez uregulowania prawa własności, poprzez wskazanie np. reguł jego nabywania, zbywania, dziedziczenia itp., prawo to nie jest w zasadzie możliwe do praktycznego wykonywania, stąd zresztą tak mocna i wyraźna konstytucyjna korelacja obu funkcji prawa własności: prawa podmiotowego oraz zasady ustrojowej. Skoro bowiem prawo własności jako prawo podmiotowe nie jest praktycznie rzecz biorąc możliwe do wykony-

¹⁸ Por. A. Łopatka, *Prawo do posiadania własności*, w: A. Łopatka, *Jednostka...*, op. cit., s. 187 i n.

¹⁹ Por. B. Banaszekiewicz, *Konstytucyjne prawo do własności...*, op. cit., s. 30 i n.

wania bez odpowiednich działań regulacyjnych ze strony państwa, to działania te muszą być w jakiś sposób ukierunkowane, przynajmniej z grubsza wskazane czy zdefiniowane²⁰. Tym bardziej więc, skoro *a priori* prawo własności musi podlegać reżimowi prawnej reglamentacji, winno być ono odpowiednio zabezpieczone przed regulacją nieuprawnioną, zbyt daleko idącą, naruszającą – jak to mówi art. 64 ust. 3 Konstytucji – istotę tego prawa. Stąd tak daleko posunięta gwarancja konstytucyjnego prawa własności, które jest ujmowane i jako substrat ogólnie pojmowanego ustroju społeczno-gospodarczego (art. 20) i jako generalna powinność państwa, swoista dyrektywa jego działalności (art. 21) i wreszcie jako prawo podmiotowe jednostki, konstytuujące ogólny status jednostki w państwie (art. 64). Gwarancja ta odnosi się zatem do ogólnej „ochrony własności” (art. 21) oraz poręczenia każdemu „prawa do własności i innych praw majątkowych” (art. 64), przez co należy rozumieć wolność nabywania tych praw, ich zachowywania, czynienia użytku, zbywania i dziedziczenia. Normy z art. 21 i 64 są zatem najbardziej generalną formą wyartykułowania wolności majątkowej, traktowanej jako jedna z podstawowych wolności każdego (w tym zwłaszcza jednostki). Gwarancja ta ma dwa aspekty, zachowawczy i instytucjonalny. Pierwszy dotyczy ochrony nabytych praw majątkowych przed ich utratą lub uszczupleniem, na skutek ingerencji władzy publicznej, a beneficjentem tej gwarancji jest „każdy”, o ile tylko przysługują mu jakieś prawa majątkowe. Aspekt instytucjonalny z kolei dotyczy istnienia w porządku prawnym RP norm prawnych umożliwiających każdemu realizację wolności majątkowej poprzez nabywanie różnych praw do różnych dóbr majątkowych, niezakłócone czynienie z nich użytku, zbywanie i dziedziczenie.

Prawo własności i inne prawa majątkowe (czy mówiąc najszerzej – prawo do wolności majątkowej) wiążą się także (obok oczywiście zasady demokratycznego państwa prawnego, a w jej ramach wielu pomniejszych zasad i reguł) z zasadą wysłowioną *expressis verbis* w przepisie art. 30 Konstytucji RP, tj. z zasadą godności osoby ludzkiej²¹. Jest tak, gdyż godność, mająca atrybuty przyrodzonej i niezbywalnej, jest podstawą wszelkich praw i wolności, a zatem także i prawa własności. Dotyczy to również osób prawnych typu korporacyjnego, w takim zakresie, w jakim w ich działaniach manifestuje się wynikająca z konstytucji wolność zrzeszania się i inne konstytucyjnie zagwarantowane wolności i prawa jednostki²². Stwierdzenie to aktualne jest również w zakresie prawa własności i innych praw majątkowych, w tym także korelowanych z osobami prawnymi, jakimi są spółdzielnie mieszkaniowe²³. Ochronie podlega również i własność spółdzielni, w tym także spółdzielni mieszkaniowej, co zresztą można odczytać wprost z brzmienia art. 64, który określając destynatariusza prawa własności, po-

²⁰ Szerzej na ten temat zob. S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003, s. 97 i n.

²¹ Por. A. Zieliński, *Pojmowanie godności ludzkiej w świetle praw ekonomicznych i socjalnych*, w: *Godność człowieka a prawa ekonomiczne...*, op. cit., s. 47 i n.

²² Orzeczenie TK z 29 maja 2001 r., K. 5/01.

²³ Orzeczenie TK z 25 lutego 1999 r., K. 23/98.

sługuje się stosunkowo najszerszym pojęciem „każdego”, przez które to pojęcie należy rozumieć właściwie nieograniczony krąg podmiotów, tak osób fizycznych, jak i prawnych, tak obywateli RP, jak i nie obywateli. Ochrona prawa własności i innych praw majątkowych dotyczy bowiem możliwie szerokiego, w żaden sposób nieograniczonego kręgu podmiotów, co oznacza, że ochrona taka przysługuje każdej osobie i każdemu zrzeszeniu osób, bez względu na cechy osobowe czy też inne szczególne przymioty. W rezultacie – jak to mówi TK – prawo majątkowe uregulowane ustawowo podlega ochronie bez względu na to, komu przysługuje²⁴. Z drugiej jednak strony należy zwrócić uwagę, że prawo własności spółdzielni mieszkaniowej nie jest traktowane w takim samym, czyli jednakowym stopniu, jak prawo własności pojedynczej osoby (jednostki), gdyż – jak to określił TK – ochrona własności spółdzielni jako własności grupowej jest uzasadniona tylko o tyle, o ile służy ochronie praw przysługujących członkom²⁵. Jak się zauważa, pogląd ten podkreśla szczególną funkcję własności spółdzielczej, polegającą na jej służebnym charakterze wobec praw majątkowych członków spółdzielni²⁶. Nie oznacza to jednak, że służebny charakter spółdzielni może uprawniać do mniejszej ochrony majątku tej spółdzielni. Jest tak, po pierwsze dlatego, że ochrona prawa własności i innych praw majątkowych, jako tzw. prawa podmiotowego, musi być równa dla wszystkich podmiotów, bez względu na szczegółowy status prawny tych podmiotów bądź ich formy organizacyjne²⁷, po drugie zaś dlatego, że jako specyficzna własność, mająca charakter przede wszystkim służebny, musi być poddana szczególnemu (wyjątkowemu) reżimowi ochrony, gdyż chroniąc własność spółdzielni chroni się jednocześnie prawo własności członków spółdzielni. Spółdzielnia nie jest bowiem abstrakcyjną konstrukcją prawną, a podstawą jej bytu prawnego są osoby fizyczne (lub osoby prawne) do niej należące, majątek zaś należący do spółdzielni ma w świetle prawa służyć zaspokajaniu ich potrzeb.

Z drugiej jednak strony (zwłaszcza biorąc pod uwagę prawo cywilne) podmiotem własności jest spółdzielnia jako osoba prawna, co najlepiej potwierdza konstrukcja spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, które przecież nie jest bynajmniej odmianą prawa własności, ale prawem rzeczowym ograniczonym, ustanowionym na rzeczy cudzej, tj. na nieruchomości będącej własnością spółdzielni²⁸. Z tego też względu trudno się zgodzić do końca z poglądem, że ochrona własności i innych praw majątkowych przysługujących spółdzielni jest uzasadniona tylko w takim zakresie, w jakim przyczynia się to do ochrony praw przysługujących członkom spółdzielni²⁹. Sam bowiem subsydiarny charakter działań spółdzielni, które mają chronić interesy członków spółdzielni, nie może

²⁴ Orzeczenie TK z 19 lipca 2005 r., SK. 20/03.

²⁵ Orzeczenie z 25 lutego 1999 r., K. 23/89.

²⁶ Orzeczenie TK z 29 maja 2001 r., K. 5/01.

²⁷ Orzeczenie TK z 19 lipca 2005 r., SK. 20/03.

²⁸ Szerzej na ten temat zob. A. Jedliński, *Własnościowe prawo do lokalu jako ograniczone prawo rzeczowe (zagadnienia konstrukcji prawnej)*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 4, s. 46 i n.

²⁹ Por. orzeczenie TK z 29 maja 2001 r., K. 5/01; orzeczenie TK z 30 marca 2004 r., K. 32/03; orzeczenie TK z 20 kwietnia 2005 r., K. 42/02.

uprawniać do deprecjacji, czy tym bardziej mniejszej (słabszej) ochrony majątku spółdzielni, zwłaszcza iż majątek ten przyczynia się do zaspokajania potrzeb członków spółdzielni, co przecież stanowi *telos* tworzenia i działania spółdzielni. W związku z tym można powiedzieć, że im lepsza (skuteczniejsza) ochrona majątku spółdzielni, tym lepsza (skuteczniejsza) realizacja praw jej członków. Trudno więc zgodzić się z poglądem, że ochrona majątku spółdzielni jest uzasadniona jedynie w takim zakresie, w jakim przyczynia się to do ochrony praw przysługujących członkom spółdzielni. Podmiotem własności jest wszak spółdzielnia jako osoba prawna. Pod tym względem własność spółdzielcza nie różni się od własności przysługującej innym korporacyjnym osobom prawnym. Z tego m.in. tytułu organy spółdzielni, a w szczególności zarząd, jako powołany do reprezentowania spółdzielni, są uprawnione do podnoszenia roszczeń (windykacyjnych czy negatoryjnych) i realizacji innych uprawnień. Członkowie zaś na podstawie i w ramach stosunku członkostwa mogą w spółdzielniach mieszkaniowych korzystać wspólnie z pewnych rzeczy należących do spółdzielni jako właściciela, a z mieszkań na zasadzie wyłączności. Stosunek członkostwa może także upoważniać do udziału w dalszych korzyściach, np. podziału nadwyżki bilansowej, czy też do korzystania z innych świadczeń spółdzielni w granicach określonych statutem. Spółdzielnia jako osoba prawna może się jednak domagać od członków należytego zachowania związanego z własnością spółdzielczą. W tym zakresie nie są oni bowiem właścicielami i jako niewłaściciele mogą dopuścić się naruszenia własności spółdzielczej. Dlatego też m.in. regulacje związane z członkostwem, zawarte przede wszystkim w statutach, określają, jakie zachowania względem własności spółdzielczej są dla członków dozwolone, a jakie nie. Przykład ten pokazuje najlepiej, że nie da się bezkrytycznie uznać, że własność spółdzielcza jest pomocnicza czy też wtórna względem własności członków spółdzielni, gdyż w zasadniczej swojej części członkowie spółdzielni korzystający albo ze spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu, albo ze spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu korzystają jedynie z rzeczy będącej co do zasady własnością korporacyjnej osoby prawnej, czyli spółdzielni. Równość albo jednoznaczność (tożsamość) praw majątkowych spółdzielni i członków spółdzielni, co oznacza także i równość ich ochrony (a więc znowu brak priorytetowego traktowania jednej własności w stosunku do drugiej), może więc wystąpić jedynie w przypadku tzw. odrębnej własności lokalu. Tutaj jednak równość nakazuje właśnie równą ochronę obu własności (tzn. spółdzielni i jej członka korzystającego z odrębnej własności lokalu), co *notabene* potwierdza wyraźnie Konstytucja RP nakazująca równą ochronę własności (art. 64 ust. 2). Nie ma więc *de lege lata* dostatecznych podstaw do uznawania „wyższej” wartości własności członków spółdzielni (a więc własności indywidualnej) i „niższej” wartości spółdzielni (*prima facie* własności kolektywnej, ale *de iure* własności indywidualnej korporacyjnej osoby prawnej, jaką jest spółdzielnia), tylko z tej racji, że celem spółdzielni jest „zabezpieczanie potrzeb jej członków” (art. 1 ustawy). Tym bardziej więc nie ma podstaw do wyłącznie subsydiarnego traktowania własności spółdzielni, która w pierwszym rzędzie ma służyć w miarę pełnej realizacji potrzeb jej członków.

Nie oznacza to oczywiście, że sposobu egzekwowania przez członków spółdzielni prawa korzystania z rzeczy, jaką jest mieszkanie, nie można oceniać z punktu widzenia możliwości, jakie w tym względzie stwarza spółdzielnia. W tym właśnie zakresie spółdzielnia winna bowiem odznaczać się subsydialnym statusem dającym możliwie pełną sposobność korzystania przez członków spółdzielni z prawa korzystania z rzeczy (mieszkania). Subsydialność (pomocniczość) spółdzielni, wynikająca z samego celu istnienia spółdzielni, dotyczy więc nie tyle własności spółdzielni (która musi być chroniona tak jak każda inna własność, skoro Konstytucja nie kwantyfikuje ani nie dywersyfikuje różnych form własności), ile raczej szans (możliwości), jakie spółdzielnia ma stwarzać swoim członkom w zaspokajaniu ich potrzeb. W efekcie nie tyle własność spółdzielni jako taka ma charakter subsydialny, ile wymóg stwarzania przez spółdzielnię możliwości właściwego (pełnego) korzystania z tej własności na podstawie różnych tytułów prawnych przez członków spółdzielni. Jest tak, pomimo że art. 3 ustawy z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze stanowi wyraźnie, że majątek spółdzielni jest prywatną własnością jej członków. Nakłada się tu bowiem *stricte* ekonomiczne rozumienie własności z prawnym aspektem własności. Na kształt prawny własności spółdzielni składa się bowiem nie tylko własność w rozumieniu prawa cywilnego, której podmiotem jest spółdzielnia jako osoba prawna, lecz także wchodzą w to wszystkie stosunki prawne łączące spółdzielnię z jej członkami. Własność spółdzielcza w sensie ekonomicznym jest więc nierozzerwalnie związana z członkostwem, członkostwo zaś z własnością. Mimo jednak tego powiązania stosunki prawne związane z członkostwem w spółdzielni muszą być ujmowane odrębnie od własności spółdzielczej, której podmiotem jest spółdzielnia jako autonomiczna osoba prawna typu korporacyjnego. Dlatego właśnie posiada ona prawo własności w sensie ściśle prawnym, którego substratem jest ekonomiczna własność wszystkich członków spółdzielni. Rezultatem tego jest istnienie z jednej strony własności (oraz interesów) członków spółdzielni (ich grupy), a z drugiej własności (i interesów) spółdzielni jako osoby prawnej. Dodatkowo nałożyć się na to mogą interesy większości członków spółdzielni (co jest *signum specificis* spółdzielczości), które nie są przecież (a w każdym razie nie muszą być) tożsame ani z interesem partykularnym (pojedynczym), ani z interesem spółdzielni, ani też nie są jakąś sumą lub średnią tych interesów. Obok zatem praw członka, czy ich określonej kwantytatywnie grupy, występują w spółdzielni również i prawa większości oraz prawa spółdzielni jako takiej, jako osoby prawnej. W tak specyficznych warunkach (prawnych i faktycznych) musi być zapewniona zarówno operatywność funkcjonowania w obrocie prawnym samej spółdzielni, jak również obrona interesów poszczególnych członków i większości członków przed nadużywaniem praw przez mniejszość i *vice versa*, czy tym bardziej przez spółdzielnię, co dodatkowo wynika z jej pomocniczego charakteru, ściśle wykonawczego w stosunku do potrzeb członków spółdzielni. W sumie, rozwiązania prawne powinny więc dążyć do zapewnienia optymalnej ochrony nie zawsze ze sobą zbieżnych interesów: spółdzielni jako osoby prawnej, większości i mniejszości członków oraz poszczególnych osób będących członkami spółdzielni.

Należy zatem uznać, że spółdzielczość mieszkaniowa powinna działać zgodnie ze swoimi cechami szczególnymi, służąc zaspokajaniu potrzeb ekonomicznych, społecznych i kulturalnych członków poprzez działanie „całości” stanowiącej wspólną własność, „całości” demokratycznie zarządzanej i kontrolowanej. Jednocześnie spółdzielnia jako jednostka organizacyjna ma pełną osobowość prawną. Stąd, tak jak w przypadku innych osób prawnych, regulacje ustawowe nie mogą zbyt daleko wkraczać w jej autonomię (co tym bardziej wynika z niepublicznego charakteru spółdzielni), która jednak – co do zasady – nie jest nieograniczona czy też w inny sposób pełna, bezwzględna czy absolutna. Nie można bowiem zapominać, że Konstytucja zapewnia zarówno ochronę osób prawnych, jak i osób fizycznych. W przypadku spółdzielni, tak jak w przypadku innych osób prawnych, ingerencja ze strony ustawodawcy powinna się ograniczać do niezbędnego minimum, pozostawiając znaczną część do uregulowania w statutach (prawie wewnętrznym), które to statuty muszą być traktowane jako wyraz woli samych spółdzielców (jednostek), będącej z kolei gwarancją poszanowania autonomii i niezależności, tym większej i tym bardziej chronionej, że spółdzielnia nie działa przeciw w charakterze podmiotu publicznego, ani tym bardziej państwowego. Nie oznacza to oczywiście w żadnym wypadku pełnej swobody spółdzielców w regulowaniu materii działania spółdzielni na poziomie statutowym. Pewne niezbędne regulacje muszą być zatem przeprowadzone także i w drodze ustawy, tym bardziej że regulacje takie są jednocześnie formą realizacji przez władze publiczne (w tym przypadku przez ustawodawcę) polityki sprzyjającej zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli. Można tu nawet uznać, że ustawodawca, podejmując ustawową regulację kwestii działalności spółdzielni, może „dalej” i „więcej”, właśnie z uwagi na to, że ma wyraźną konstytucyjną legitymację do prowadzenia polityki, której zasadnicze pryncypia wyznacza co do zasady treść norm ustawowych, które w miarę swobodnie ustala ustawodawca zwykły. Nawet jednak tak szczególna legitymacja konstytucyjna, jaką jest norma art. 75 ustawy zasadniczej, nie może obalać podstawowego założenia swoistej dyscypliny ustawodawcy, którego regulacja winna się mieścić w pewnych ramach ogólnych, detalizowanych następnie przez prawo wewnętrzne (tj. statut) będące przejawem autonomii każdej osoby prawnej, oraz – co nie mniej ważne – woli spółdzielców będących osobowym substratem każdej spółdzielni.

Szczególna podstawa do działań ustawodawczych wobec spółdzielni nakłada jednak na ustawodawcę dodatkową odpowiedzialność za treść przepisów ustawowych regulujących mechanizm funkcjonowania spółdzielni. Mechanizm ten jest wszak, po pierwsze, przejawem polityki władz publicznych, po drugie, konkretyzacją prawa jednostki do zrzeszania się, po trzecie zaś, ingerencją (w większym bądź mniejszym zakresie, ale jednak zawsze) w sferę działania osoby prawnej, której niezależnie od stopnia szczegółowości regulacji prawnej trzeba pozostawić niezbędny „luz” i autonomię. *Summa summarum* oznacza to wyjątkowy (delikatny) reżim regulacyjny. Spółdzielnia jako osoba prawna typu korporacyjnego musi mieć bowiem zapewnione przez ustawodawcę podstawowe standardy rządzące obrotem prawnym w demokratycznych państwach. Obciążanie spółdzielni

mieszkaniowych dodatkowymi nakazami i zakazami o charakterze publiczno-prawnym nie pozostałoby bowiem bez wpływu na realizację ich podstawowych zadań uzależnionych od ich pozycji na konkurencyjnym rynku, co z kolei mogłoby kolidować z konstytucyjną zasadą swobody działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji). Stworzenie zaś możliwości permanentnej „walki” członka spółdzielni z własną spółdzielnią mogłoby być groźne dla pozostałych członków, a jednocześnie byłoby przejawem swoistej i do pewnego stopnia naturalnej rywalizacji podejścia indywidualistycznego i podejścia kolektywistycznego, które zawsze i w każdych warunkach musi w przypadku ustaw „spółdzielczych” mieć miejsce, jednak zawsze z odpowiednim wyważeniem proporcji, a więc z uwzględnieniem racji spółdzielni (grupy) i indywidualnych członków spółdzielni (jednostki). Dodatkowo wreszcie trzeba mieć na względzie, że spółdzielnia jako podmiot gospodarczy może też utracić operatywność poprzez pozbawienie jej cech nowoczesnego przedsiębiorcy, co oznacza nakaz nie tylko dochowania konstytucyjnego (i w pewien sposób sztywnego, czy może raczej suchego) wymogu dającego spółdzielni niezbędne poczucie swobodnej (nieskrępowanej) działalności gospodarczej, ale także ekonomicznej optymalizacji podstaw jej funkcjonowania i dostosowania się do zmieniającej się sytuacji gospodarczej na rynku, na którym spółdzielnia mieszkaniowa operuje. Wszystko to razem wzięte oznacza, że spółdzielnia, w tym także mieszkaniowa, nie może być traktowana jako podmiot wyłącznie służebny względem swoich członków (co m.in. oznacza, że własność spółdzielni nie jest bynajmniej mniej ważna niż własność indywidualna), ani też, że może być podmiotem w sposób dowolny i arbitralny regulowanym przepisami ustawowymi. Owszem, regulacja ustawowa jest konieczna, ale winna ona, po pierwsze, respektować wymagania demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), w tym zwłaszcza zakaz nadmiernej ingerencji ustawodawcy, po drugie zaś, sferę krzyżowania się różnych, w tym często wręcz sprzecznych pryncypiów i wartości, takich jak: zasada polityki państwa (art. 75), konstytucyjne prawo własności (art. 21, 64), generalna zasada swobody działalności gospodarczej (art. 20) oraz związana z tym zasada gospodarki wolnorynkowej (art. 20) i wreszcie wolność zrzeszania się (art. 58). W efekcie racje i swoiste kontrakcje, czy może lepiej ograniczenia, jakie warunkują model ustawowego określenia zakresu działań spółdzielni mieszkaniowej, muszą respektować wyjątkową specyfikę spółdzielni mieszkaniowej jako osoby prawnej typu korporacyjnego oraz wszystkie, mniej lub bardziej pośrednie, normy i wartości, które wchodzą czy też kolidują z wymogiem ustawowej reglamentacji sposobu działania spółdzielni, a co dotyczy również generalnej klauzuli ograniczenia praw i wolności (por. dalsze uwagi). Zawsze bowiem ustawowa detalizacja mechanizmu funkcjonowania spółdzielni klócić się będzie, a zatem i ograniczać (mniej lub bardziej) konstytucyjne wolności i prawa, takie chociażby jak: wolność zrzeszania się, swoboda działalności gospodarczej, ochrona własności *etc.*

Uwzględnienie specyfiki spółdzielni, jako korporacji o charakterze służebnym w stosunku do swoich członków, co *notabene* znajduje potwierdzenie w usta-

wowym zdefiniowaniu zadań spółdzielni mieszkaniowej³⁰, nie oznacza zatem jakiejś założonej *a priori* dewaluacji spółdzielni jako osoby prawnej, zarówno jako właściciela (art. 64), jak też podmiotu prowadzącego swobodną działalność gospodarczą (art. 20) w ramach ogólnej klauzuli gospodarki rynkowej (art. 20). Nie oznacza także naruszenia czy też przełamania konstytucyjnej zasady równości, która jako *sui generis* norma norm ma swoje zastosowanie do układania wszelkiego rodzaju stosunków prawnych pomiędzy wszelkiego rodzaju podmiotami. Warto przy tym wskazać, że nakaz traktowania wszystkich podmiotów w sposób równy jest w odniesieniu do prawa własności szczególnie mocno podkreślany i jak gdyby wzmocniony przez fakt, iż Konstytucja obok generalnego unormowania zasady równości (art. 32) proklamuje ją w dodatkowy, a przez to bardziej wzmocniony sposób w treści art. 64 ust. 2, traktującego o ochronie własności, w dodatku własności *tout court*, a zatem bez jej jakiegokolwiek specyfikacji czy typizacji. Oznacza to, że równa ochrona własności należy się co do zasady wszystkim podmiotom mającym prawa właścicielskie niezależnie, po pierwsze, od charakteru tych podmiotów oraz, po drugie, od rodzaju tytułu prawnego konkretnej własności. Prawna ochrona własności należy się więc w równym stopniu spółdzielni, jak i jej członkom, co powoduje, że subsydiarny (pomocniczy) status spółdzielni mieszkaniowej nie może w żadnym razie obniżać rangi jej własności, ani tym bardziej osłabiać gwarancji ochrony tej własności, tym bardziej że w sensie prawnym właścicielem jest właśnie spółdzielnia, co najlepiej widać na przykładzie spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu, a także spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu.

Konstytucyjna zasada równości (art. 32) oraz wszelkie pochodne od niej, a ściśle z nią korespondujące normy (art. 64 ust. 2) muszą być więc głównymi podstawami regulowania położenia prawnego spółdzielni oraz układania wszelkiego rodzaju stosunków prawnych pomiędzy spółdzielnią a innymi podmiotami, w tym zwłaszcza indywidualnymi członkami spółdzielni (oraz ich ewentualnymi grupami). Zasada równości oznacza, że wszystkie podmioty praw, należące do określonej kategorii podmiotów mających pewną relewantną cechę występującą w stopniu równym u wszystkich pozostałych podmiotów zaliczonych do tej kategorii podmiotów, muszą być traktowane w sposób równy, a więc bez faworyzowania czy też dyskryminacji. Nakaz równego traktowania nie oznacza zatem nakazu jednakowości traktowania wszystkich, ale jedynie nakaz stosowania równej miary w stosunku do równych podmiotów, przy czym podmioty te nie są bynajmniej równe „w ogóle” czy też „zawsze”, ale jedynie z pewnego, *explicite* wskazanego, punktu widzenia, jakim jest posiadanie pewnej relewantnej cechy, która w takim samym, czyli równym stopniu, właściwa jest dla wszystkich podmiotów z obszaru tej grupy (kategorii). Równość podmiotów równych jest więc konceptualizowana na podstawie istnienia określonej cechy, która u wszystkich tych podmiotów, mających być traktowanymi w sposób równy, występuje w takim samym, czyli równym stopniu. Podmioty traktowane równo są zatem traktowane

³⁰ Por. art. 1 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych.

równo jedynie z uwagi na posiadanie tej cechy i jedynie na podstawie tej właśnie cechy, co oznacza, że we wszystkich innych przypadkach, biorących za punkt wyjścia inne cechy, podmioty te mogą być (i będą) traktowane nierówno, gdyż te inne cechy będą występowały w niejednakowym, *ergo* nierównym stopniu, tworząc przez to różne (niejednakowe) kategorie (klasy) podmiotów. Zasada równości nie jest więc zasadą ustalającą jakiś jednolity sposób traktowania wszystkich, przewiduje tylko, że równo należy traktować te podmioty, które z uwagi na posiadanie istotnej cechy równej występującej w stopniu równym u wszystkich innych podmiotów z obrębu tej grupy, muszą być traktowane równo, czyli bez faworyzowania, względnie dyskryminacji. Zasada równości nie wyklucza przy tym pewnego, szczególnego faworyzowania określonych podmiotów, jeśli tylko uzna się, że choć są one równe z uwagi na jakąś cechę istotną, to *de facto* są nierówne z innych przyczyn. Wtedy właśnie zasada równości dopuszcza, jeśli wręcz nie nakazuje, aby w celu osiągnięcia faktycznej równości stosować nierówne traktowanie, odznaczające się faworyzowaniem podmiotów „słabszych” lub dyskryminowaniem podmiotów „silniejszych”. Praktyki te są jednak zawsze stosowane celem osiągnięcia autentycznej równości. Poza tą, wyjątkową sytuacją, norma mówiąca o nakazie równego traktowania każe „równo traktować równych i podobnie traktować podobnych”, co w żadnym razie nie oznacza jakiegoś prymitywnego czy sztucznego egalitaryzmu.

Dyrektywa równego traktowania „wszystkich” jest najbardziej ogólną, a zarazem podstawową i rudymენტarną dyrektywą układania wszelkiego typu stosunków prawnych. Jest ona jednak – na co trzeba koniecznie zwrócić uwagę – dodatkowo wzmocniona czy też potwierdzona w zakresie ochrony praw majątkowych. Przepis art. 64 ust. 2 Konstytucji artykułuje bowiem generalną zasadę „równej dla wszystkich ochrony prawnej”, co należy odczytać jako jeszcze mocniejsze potwierdzenie obowiązywania zasady równości we wszelkiego rodzaju stosunkach własnościowych, w których własność jako dobro szczególne podlega również szczególnej, równej dla wszystkich ochronie prawnej. Co więcej, w celu konfirmowania zasady równej dla wszystkich ochrony prawnej własności Konstytucja ustanawia ogólną klauzulę antydyskryminacyjną w art. 32 ust. 2, zakazującą dyskryminacji (czyli mówiąc w skrócie nierównego traktowania) m.in. w życiu gospodarczym, co już bezpośrednio wiąże się z prawem własności i innymi prawami majątkowymi, względem których należy zawsze przestrzegać nakazu równości (art. 32 ust. 1), zakazu dyskryminacji (art. 32 ust. 2) oraz nakazu równej ochrony (art. 64 ust. 2).

W rezultacie³¹ z art. 64 ust. 2 ustawy zasadniczej wynika niezbicie, że wszystkie prawa majątkowe podlegają ochronie i ochrona ta ma być równa dla wszystkich (tzn. nie może być różnicowana z uwagi na charakter podmiotu danego prawa). Przepis ten nie tylko nawiązuje do zasady równości (art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji), ale daje ponadto wyraz ogólnemu stwierdzeniu, że wszystkie prawa majątkowe muszą podlegać ochronie prawnej. Na ustawodawcy zwykłym

³¹ Por. orzeczenie TK z 29 czerwca 2001 r., K. 23/00.

spoczywa tym samym obowiązek pozytywny ustanowienia przepisów i procedur udzielających ochrony prawnej wszelkim prawom majątkowym, ale także obowiązek negatywny, czyli powstrzymywania się od przyjmowania regulacji, które owe prawa mogłyby pozbawić ochrony prawnej lub też ochronę tę ograniczyć³². W tym ostatnim przypadku wymóg ten jest w wyjątkowy sposób potwierdzony poprzez zaadresowanie do ustawodawcy (czy szerzej władz publicznych) generalnego nakazu „równego traktowania wszystkich przez władze publiczne” (art. 32 ust. 1). Jak się wydaje, norma ta w dodatkowy sposób wymusza swoistą powściągliwość dla ustanawiania wszelkich regulacji, które mogłyby (choćby tylko potencjalnie) naruszyć ogólną klauzulę równości, potwierdzając, że sensem konstytucyjnej zasady równości jest przede wszystkim zagwarantowanie wszystkim prawa do równego traktowania, które to prawo musi z kolei w pierwszym rzędzie respektować i gwarantować ustawodawca zwykły, jako ten z całego szeregu władz publicznych, który w największym stopniu ingeruje w sferę praw wszystkich poprzez ustanawianie najważniejszego prawa powszechnie obowiązującego (ustawa), ukierunkowującego wszystkie inne prawa (tak o charakterze powszechnie obowiązującym, jak i wewnętrznym) wydawane przez pozostałe władze publiczne (np. egzekutywę w przypadku rozporządzeń) i podmioty niepubliczne (np. spółdzielnie mieszkaniowe w przypadku prawa wewnętrznego w postaci statutu).

Jest też oczywiste, że szczególna, w tym przede wszystkim równa ochrona praw i wolności, również prawa własności i innych praw majątkowych, nie jest bezwarunkowa czy też np. nie może być poddawana rozmaitego rodzaju ograniczeniom czy wyłączeniom. Dopuszczalność ustanowienia ograniczenia w korzystaniu z praw wynika zresztą wprost z Konstytucji, z art. 31 ust. 3, który jednak umożliwiając w drodze wyjątku ograniczenie korzystania z prawa, wprowadza szereg barier dla ewentualnych ograniczeń, gdyż – jak wskazuje literalna wykładnia przepisu art. 31 ust. 3 – mogą one jedynie oznaczać ograniczenie, a zatem nie wyłączenie (likwidację) danego prawa, oraz mogą się odnosić jedynie do korzystania z prawa, co oznacza, że nie mogą dotyczyć ograniczenia samego prawa, prawa „jako takiego”, prawa *per se*, ale tylko ewentualnej możliwości korzystania z niego, robienia z niego użytku, czyli egzekwowania go. Poza tym ograniczenia w zakresie korzystania z jakiegoś prawa muszą respektować szereg konstytucyjnych warunków taksatywnie wyliczonych w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Zalicza się do nich: po pierwsze, wymóg formalny oznaczający każdorazowe ustawowe wprowadzenie ograniczeń, po drugie, wymóg konieczności (niezbędności) w warunkach państwa demokratycznego, dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, i wreszcie po trzecie, wymóg nie naruszalności tzw. istoty prawa, przez co należy rozumieć element, względnie zespół elementów, bez których nie jest możliwe mówienie o istnieniu danego prawa (lub wolności). Poza wskazanymi *expressis verbis* wymogami konstytucyjności

³² Por. orzeczenie TK z 13 kwietnia 1999 r., K. 36/98.

ograniczeń wszelkich praw i wolności istnieje również, potwierdzony w orzecznictwie TK, wymóg proporcjonalności ograniczenia wolności i praw, a zatem takiego ograniczania praw, które ma być stosowne i odpowiednie do celu, jaki za pomocą ograniczenia prawa chce się osiągnąć. Chodzi więc o to, żeby skala ograniczenia prawa była zawsze proporcjonalna do przyczyn, które przemawiają za ograniczeniem danego prawa, aby była odpowiednio „wyważona”, co z kolei skorelowane jest wyraźnie z wymogiem konieczności, która legitymizuje, a jednocześnie warunkuje każde ograniczenie każdego prawa. Niedopuszczalne jest więc takie ograniczenie praw, które przekracza ramy proporcjonalności, a więc jest zbyt daleko idące w stosunku do konieczności, jaka zadecydowała o potrzebie ograniczenia danego prawa. Oczywiście takie warunki prawidłowego, *ergo* konstytucyjnego ograniczenia praw i wolności potwierdzają, że każde ograniczenie praw jest wyjątkiem w stosunku do zasady maksymalnego określenia praw i swobody w ich korzystaniu. Jako wyjątek, musi mieć więc zawsze dostateczną podstawę, zarówno faktyczną, jak i prawną, która wyjątek taki uczyni dopuszczalnym i konstytucyjnym. Każda przy tym regulacja ograniczająca dane prawo lub daną wolność (ale nigdy nielikwidująca danego prawa lub wolności), skoro jest wyjątkiem, musi być w wyjątkowy sposób przeprowadzana i odczytywana, tj. ściślej, tak aby nie doznały uszczerbku generalne pryncypia ładu konstytucyjnego. Takie więc zasady, jak: prawo zrzeszania się, wolność działalności gospodarczej, prawo własności, nakaz równego traktowania wszystkich i wreszcie – *last but not least* – równa ochrona własności, muszą być więc respektowane jako wartości podstawowe i co do zasady nienaruszalne, a jedynie w wyjątkowych przyczyn i w wyjątkowym (restrykcyjnym) reżimie prawnym limitowane.

Z powyższego widać najlepiej, że ustawowa regulacja funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowych, choć *prima facie* nieuregulowana wprost na poziomie Konstytucji, jest mocno w przepisach ustawy zasadniczej osadzona i musi zawsze respektować rudymentalne założenia ładu ustrojowego i jego poszczególnych zasad, założeń i wartości. Normami, z których można wyprowadzić podstawy tworzenia i działania spółdzielni mieszkaniowych, są: prawo zrzeszania się, wolność tworzenia i działania dobrowolnych zrzeszeń, dyrektywa prowadzenia przez władze publiczne polityki sprzyjającej zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, prawo własności oraz zasada jej równej ochrony, a także zasada swobody działalności gospodarczej, dodatkowo zaś zasada równości mająca zastosowanie do wszystkich i do każdego rodzaju własności, niezależnie od tytułu prawnego tej własności. Kształt konkretnych regulacji musi ponadto uwzględniać jeszcze wiele innych konstytucyjnych pryncypiów, które pozostają w stosunkowo luźnym związku, takich chociażby jak: zasada dobra wspólnego (art. 1), zasada demokratycznego państwa prawnego (art. 2), zasada godności osoby ludzkiej (art. 30), zasada równości (art. 32) czy w końcu zasada wolności (art. 31). Widać z tego wyraźnie, że funkcjonowanie spółdzielni mieszkaniowych podlega, choć oczywiście nie *explicite*, konstytucyjnej regulacji, która jednak swoje zasadnicze unormowanie znajduje na niższym, tj. podkonstytucyjnym poziomie.

Bezpośrednią, w dodatku wskazaną *expressis verbis* podstawą dla, przede wszystkim, ustawowego określenia mechanizmu funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowych jest przy tym niewątpliwie norma art. 75 ust. 1 ustawy zasadniczej, która ustanawiając ogólną regułę prowadzenia polityki państwa sprzyjającej zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, w tym w szczególności przeciwdziałania bezdomności, wspierania rozwoju budownictwa socjalnego oraz popierania działania obywateli zmierzających do uzyskania własnego mieszkania, nakazuje ustawodawcy w odpowiedni sposób kształtować reglamentację ustawową, tzn. tak, aby cele (wartości) wymienione *eo nomine* w dyspozycji art. 75 zostały możliwie najlepiej (najpełniej) zrealizowane. Przepis art. 75 jest więc tzw. zasadą polityki państwa, czyli takim prawem, które z uwagi na swoją dużą rewindykacyjność (prawo do mieszkania) zostało zapisane w taki sposób, aby jego destynatariuszem uczynić władze publiczne, a nie jednostkę. Dzięki temu państwo odsunęło od siebie niebezpieczeństwo występowania z ewentualnym roszczeniem (zwłaszcza sądowym) przez obywateli, którzy nie mają zaspokojonych potrzeb mieszkaniowych. Prawo do mieszkania (zapisane w formule słownej prowadzenia polityki sprzyjającej zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli) straciło w ten sposób swojego podstawowego adresata, jakim jest jednostka, który zastąpiony został przez ogólne władze publiczne, ale przecież nie straciło przez to konstytucyjnego umocowania. Prawo do mieszkania jako jedno z podstawowych, a zarazem najważniejszych praw socjalnych jest zatem nadal istotną wartością konstytucyjną, tyle tylko że inaczej umocowaną³³. Owo inne umocowanie (zapisanie) prawa do mieszkania i nadanie mu cech zasady polityki państwa nie oznacza jednak mniejszej ochrony tego prawa, ani też podważenia jego relewantnego statusu jako prawa człowieka (obywatela). Nadal bowiem prawo (zasada) polityki państwa, tak jak i inne rodzaje (typy) praw człowieka to prawa wyznaczające status prawny jednostki, *ergo* prawa i wolności człowieka i obywatela. Ocenę stopnia oraz prawidłowości realizacji zasady polityki państwa należy więc zawsze przeprowadzać pod kątem, w jaki sposób państwo (władze publiczne) wywiązuje się z obowiązku prowadzenia polityki, której kształt kreśli norma konstytucyjna. Z tego wynika, że zmiana statusu prawnego prawa do mieszkania nie oznacza bynajmniej mniejszej (mniej skutecznej, mniej pełnej) gwarancji respektowania prawa do mieszkania, rozumianego – zgodnie z Konstytucją – jako zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych obywateli. Jednocześnie nadanie prawu do mieszkania charakteru zasady polityki państwa każe oceniać mechanizm realizacji tego prawa przede wszystkim z punktu widzenia działań ustawodawcy zwykłego, który musi przyjmować regulacje z jednej strony w możliwie dalekim stopniu spełniające wymogi prowadzenia określonej polityki państwa (art. 75), z drugiej zaś mieszczące się w granicach zakreślonych przez ustrójodawcę w postaci konstytucjonalizacji innych praw i wartości (tj. zrzeszania się, tworzenia

³³ Szerzej na ten temat zob. A. Mączyński, *Prawo do mieszkania w świetle Konstytucji RP*, w: *Godność człowieka a prawa ekonomiczne* op. cit., s. 131 i n.

i działania dobrowolnych zrzeszeń i organizacji, własności prywatnej czy wreszcie swobody działalności gospodarczej).

Trzeba przy tym pamiętać, że zadanie władz publicznych określone wprost w treści art. 75 ust. 1 nie jest bynajmniej jedynym zadaniem, czy też zadaniem mającym charakter *constans*. Oczywiście najbardziej ogólnie ustrojodawca nakazuje władzom publicznym prowadzić politykę sprzyjającą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli. Ustrojodawca nie poprzestaje jednak na wskazaniu tak ogólnej, jeśli wręcz nie ogólnikowej klauzuli, uszczegóławiając ją poprzez podanie przykładowego zestawu działań, do których zalicza: przeciwdziałanie bezdomności, wspieranie rozwoju budownictwa socjalnego oraz popieranie działań obywateli zmierzających do uzyskania własnego mieszkania. W zakresie spółdzielni mieszkaniowych realizacją właściwej polityki mieszkaniowej władz publicznych będzie więc w pierwszym rzędzie taka regulacja ustawowa, która popierać będzie działania obywateli zmierzające do uzyskania własnego mieszkania, co *notabene* będzie silnie korelować z zagwarantowaniem odpowiedniej realizacji prawa obywateli do zrzeszania się (art. 58) oraz tworzenia i działania dobrowolnych zrzeszeń i innych organizacji (art. 12). Nie oznacza to jednak, że tylko w tym zakresie władze publiczne będą mogły (musiały) prowadzić właściwą politykę sprzyjającą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli. Innym jej przejawem będzie bowiem np. przeciwdziałanie bezdomności czy wspieranie rozwoju budownictwa socjalnego, przy czym oczywiście państwo (władze publiczne) nie może (nie powinny) realizować „za jednym razem” wszystkich konkretnie wskazanych zadań, ani też zlecać np. spółdzielni mieszkaniowej tych zadań. Zadania te nie są bowiem zadaniami spółdzielni (a tym bardziej obywateli tworzących spółdzielnię), ale zadaniami państwa (władz publicznych), które nie może zlecać ich innym podmiotom, w dodatku podmiotom, które same uzyskują wyjątkową ochronę, a przede wszystkim same oczekują podjęcia odpowiednich działań ze strony władz publicznych. Stąd np. choć zadaniem państwa jest wspieranie rozwoju budownictwa socjalnego, to nie może być ono przeprowadzane w ramach innego (czy też niejako „przy okazji” innego) zadania, jakim jest popieranie działań obywateli zmierzających do uzyskania własnego mieszkania³⁴. Takie działania państwo musi bowiem wspierać np. za pomocą ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych czy też przez stworzenie odpowiedniego systemu kredytowania mieszkalnictwa. W efekcie ustawowa regulacja funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowej, będąca formą wspierania działań obywateli, którzy zrzeszają się w celu pozyskania własnego mieszkania, nie może np. obejmować wszelkiego rodzaju innych działań (w dodatku działań zleconych wyraźnie komu innemu) wspierających rozwój budownictwa socjalnego czy np. przeciwdziałania zjawisku bezdomności. Jest tak tym bardziej, że ustawowa regulacja dotycząca spółdzielni mieszkaniowych dotyczy przecież podmiotów prywatnych, w stosunku do których stosuje się ogólna zasada *desinteressement* ze strony państwa. Oczywiście można by było hipotetycznie założyć, że i spółdzielnie mieszkanio-

³⁴ Por. S. Trociuk, *Konstytucja RP a prawo mieszkaniowe* op. cit., s. 154 i n.

we byłyby ewentualnie włączone w mechanizm budownictwa socjalnego czy też walki z bezdomnością, ale pod warunkiem że za ustawowym przekazaniem tych zadań w ich gestie poszłyby odpowiednie środki finansowe. Tylko w ten bowiem sposób to władze publiczne prowadziłyby odpowiednią politykę, o jakiej mówi art. 75 ust. 1 Konstytucji i jakiej w żadnym razie nie zdejmują z władz publicznych ustrójodawca, np. za sprawą odpowiedniego wykorzystywania w tym celu spółdzielni. Inna sprawa, że taka ingerencja ustawodawcy byłaby z góry niedopuszczalna z powodu prawnego charakteru spółdzielni (jako prywatnej korporacyjnej osoby prawnej), a zatem i niemożności narzucenia prowadzenia odpowiednich działań podmiotowi prywatnemu, do którego stosuje się ogólna zasada wolności. Spółdzielnie mieszkaniowe pozostają wszak co do zasady podmiotem pozapublicznym, od którego nie można oczekiwać, czy tym bardziej wymagać realizacji zadań władz publicznych, a względem którego ustawodawca zwykły ma jedynie obowiązek poręczenia swobody działania oraz swobody wykonywania jego zadań, które wynikają ze statutu i ogólnego celu ustanowienia. Spółdzielnie mieszkaniowe, będąc formą działań obywateli podejmowanych w celu uzyskania własnego mieszkania, pozostają zatem – o czym ustawodawca musi zawsze pamiętać – podmiotem prywatnym, gdzie ingerencja państwa (ustawodawcy) ma zawsze charakter wyjątku i nie może iść w kierunku ograniczenia praw spółdzielni jako podmiotu korzystającego z szeregu konstytucyjnych praw i wolności (swobody działalności gospodarczej, własności prywatnej, równej ochrony własności).

CONSTITUTIONAL BASES FOR FUNCTIONING OF HOUSING ASSOCIATIONS

The theme of the article is the a search for all constitutional full powers that make it possible to consider housing associations as the value protected by the constitution. It is because associations do not have a direct, explicitly expressed anchoring in the constitution. In such a situation the problem of associations and, broadly speaking, co-operative movement may be considered in the light of the general constitutional regulation related to the freedom of association first presented in art. 12 and, secondly, in art. 58 of the Constitution. The first article assumes the freedom of establishment and operation of “voluntary associations”, which are – for obvious reasons – all the associations, including housing associations. The second article (art. 58 passage 1) guarantees the freedom of association to everybody.

Beside art. 12 and art. 58 of the principal act, the constitutional basis for establishment, operation and protection of associations as a special form of “voluntary association” is the standard in art. 75 passage 1 of the Constitution. According to it, public authorities have the obligation to run the politics favouring the fulfilment of housing needs of citizens and to support the activities of citizens aiming at obtaining their own apartment. There is no doubt that one of the main acti-
-vi-

ties meeting halfway the duty specified in the provision of art. 75 passage 1 is the establishment of housing associations, whose principal aim – specified in art. 1 of the act on housing associations – is “the fulfilment of housing needs” of their members. And it is obvious that the task specified in art. 75 passage 1 of the Constitution should also be executed, probably most of all, by means of the statutory establishment of legal institutions, making it possible for physical entities to undertake collective (and individual) activities aiming at building for oneself and one’s family a house or apartment in a multi-family building in order to fulfil housing needs by means of using a given house or apartment.

It means that associations, whose aim is the fulfilment of housing needs of members and their families have their own, special legal status, resulting from the Constitution related to their role in the execution of the State’s duties specified *explicite* in art. 75 passage 1 of the principal act. As a result, the housing association as one form of voluntary association has not only the general constitutional legitimacy to act, set forth in art. 12 of the Constitution, being additionally a guarantee of the constitutional right to associate provided for in art. 58, but, most of all, has the constitutionally specified aim, which is the execution of tasks in the area of fulfilment of housing needs of citizens. Moreover, this task is explicitly imposed on public authorities, which means that they have to (including especially the ordinary legislator) enable the functioning of housing associations, by means of, among others, specifying their legal status. This status (specified by the law) has to take into account the binary character of the housing association, which on the one hand is the form of substantiation of the constitutional right to associate, and on the other hand a form of activity of citizens aiming to obtain their own apartment. An expression of this approach is the regulation of the problem of functioning of associations in a separate act, which is not only the act specifying in detail the mode of operation of the housing association, but especially the act specifying and developing the provisions of the Constitution, being in its own way the act organically associated with constitutionally-protected values *explicite* presented in art. 12, 58 and 75.

RAFAŁ STASIKOWSKI

REGULACJA JAKO NOWA FUNKCJA WSPÓŁCZESNEJ ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ W POLSCE

Zmiany ustroju politycznego oraz modelu gospodarczego, które miały miejsce w Polsce po 1989 r., zmodyfikowały struktury administracji rządowej. Z organizacji administracji gospodarczej znikły organy resortowo-branżowe, a w ich miejsce pojawiły się organy regulujące oraz agencje, które wspomagają niedomogi niedostatecznie jeszcze wykształconych mechanizmów gospodarki rynkowej.

Niniejszy artykuł ma na celu określenie prawnoadministracyjnej istoty regulacji jako nowej funkcji współczesnej administracji publicznej oraz pokazanie pozycji ustrojowej organów regulacyjnych w strukturze administracji publicznej. Punktem wyjścia do przedstawienia poszczególnych układów regulacyjnych występujących na tzw. rynkach regulowanych będzie analiza pojęcia regulacji. Postawione więc zostanie pytanie o przyczyny, a tym samym i cel wprowadzenia regulacji do gospodarki. Realizacja tego celu (lub celów) wiązać się będzie z koniecznością działania administracji publicznej na określonych obszarach. Działania organów regulacyjnych wyjaśniane będą przy zastosowaniu zarówno metody opisu obszarów ich działania, jak i opisu i analizy form działania¹.

Trudności w jednoznacznym ustaleniu treści funkcji regulacyjnej będą przyczyną zaproponowania konstrukcji prawnego układu sterowania dla oznaczenia stosunków prawnych zachodzących pomiędzy organem regulacyjnym a uczestnikami danego rynku, jak również pomiędzy organami regulującymi dany rynek². Całokształt stosunków prawnych w tym przypadku określe jako **regulacyjny układ sterowania**. W pierwszej kolejności omówione zostaną zagadnienia ogólne regulacji i regulacyjnego układu sterowania, następnie poruszone zostaną kwestie pozycji prawnej poszczególnych organów regulacyjnych oraz istota regulacyjnych układów sterowania na rynkach transportu kolejowego, paliw i energii oraz usług telekomunikacyjnych i pocztowych. Ustalony zostanie wzajemny układ zależności (i ich charakter) pomiędzy organami regulującymi dany rynek. Nadto zajmę się analizą poszczególnych działań organów regulacyjnych.

¹ Szerzej na temat metod poznania działania administracji publicznej: J. Supernat, *Instrumenty działania administracji publicznej. Studium z nauki administracji*, Kolonia Limited 2003, s. 11 i n.

² Kompleksowa koncepcja prawnych układów sterowania opracowana została przez E. Knosala, w: *Prawne układy sterowania w administracji publicznej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1998.

I. ZAGADNIENIA OGÓLNE REGULACJI

Działania administracji publicznej na rynkach regulowanych należą do jednych z najistotniejszych pośród ogółu obecnego katalogu zadań przez nią sprawowanych i o ile skutki działania administracji na innych obszarach oddziałują zazwyczaj na jednego, kilku lub większą liczbę mieszkańców kraju, o tyle skutki działania administracji „regulacyjnej” wywierają bezpośredni (w mniejszym lub większym natężeniu) wpływ na każdego. Doświadczenia ostatnich lat, a w szczególności ostatnich miesięcy, wskazują na stale rosnące znaczenie tej nowej funkcji polskiej administracji.

W moim przekonaniu można wyróżnić w kolejności chronologicznej następujące cztery rodzaje klasycznych funkcji administracyjnych: funkcję porządkowo-reglamentacyjną, funkcję nadzorczą, funkcję administracji świadczącej oraz funkcję planistyczną. Nie pojawiły się one jednocześnie. Administracja przystępowała do realizowania kolejnej funkcji, zachowując dotychczas spełnianą funkcję lub funkcje, przy czym następowały wówczas pewne ograniczenia zakresu lub modyfikacje treści funkcji już uprzednio występujących. W XIX w. kryterium wyróżnienia administracji publicznej był sposób kształtowania przez administrację pozycji prawnej jednostki. Pozycja ta była kształtowana w sposób władczy³. Spełniane przez nią funkcje porządkowo-reglamentacyjne oraz nadzorcze miały więc ten sam charakter. Nadto założenia ideologiczne państwa liberalnego sprowadziły rolę administracji do czynnika czuwającego nad prawidłowym korzystaniem przez jednostkę z przyznanej jej wolności. Wolność miała być gwarantem samodzielnego zaspokojenia przez jednostkę i społeczeństwo swych potrzeb. Założenie to okazało się błędne. Zachodzące przemiany zewnętrzne wymusiły na administracji zmiany jej funkcji. Na przełomie XIX i XX w. kryterium władczości okazało się „za ciasne” dla oddania istoty działalności administracji publicznej. Zaczęła ona bowiem realizować także działania inne niż władcze, w postaci tzw. pieczy administracyjnej. We Francji doszło wówczas do głośnego naukowego dyskursu pomiędzy L. Duguit a M. Hauriou i ich szkołami na temat tego, co jest znamiem działania i istotą administracji: władza publiczna czy też służba publiczna, inaczej mówiąc, środek działania czy też cel działania⁴. W jej wyniku została rozwinięta i ukształtowana doktryna służby publicznej, która ukierunkowała dalszy rozwój prawa i nauki francuskiej, jak również wywarła wielki wpływ na prawo i naukę w innych krajach europejskich. Te same zjawiska, takie jak przede wszystkim koncentracja wielkich rzesz ludności na niewielkim obszarze, u schyłku XIX w. zrodziły potrzebę świadczenia przez administrację różnego rodzaju usług socjalno-bytowych, a kilkadziesiąt lat później w pierwszej połowie XX w. – zrodziły potrzebę planowania, w tym głównie planowania

³ Kryterium władztwa jako podstawowe było często łączone z innymi kryteriami, jak np. kryterium „państwowości”. Zob. W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1928, s. 5 i n.

⁴ Zob. na ten temat J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Kraków 2003 (reprint), s. 94 i n.; F. Longchamps, *Założenia nauki administracji*, Wrocław 1949 (reprint 1991), s. 55.

przestrzennego⁵. Obecnie wszystkie wskazane funkcje są w dalszym ciągu wykonywane przez administrację publiczną, choć w nieco odmienny sposób, czy też w zmienionym zakresie. Uważam, iż nowym rodzajem funkcji współczesnej administracji publicznej jest funkcja regulacyjna⁶, którą w Europie Zachodniej administracja publiczna zaczęła realizować w latach 80. XX w., a w Polsce w latach 90. ubiegłego wieku, w związku z przyspieszonym rozwojem społeczno-gospodarczym oraz procesem integracji z Unią Europejską, który wpływał na dostosowywanie polskiego prawa do prawa unijnego⁷. Opóźnienie w rozwoju gospodarczym i społecznym Polski stało się przyczyną późniejszego pojawienia się funkcji regulacyjnej. Pewne zjawiska administracyjnoprawne oraz związane z nimi kwestie sporne są bowiem funkcją rozwoju cywilizacyjnego.

Ze względów metodologicznych typologia klasycznych funkcji administracyjnych nastąpiła na podstawie jednego kryterium⁸. Za kryterium typologii przyjąłem cel, jaki realizuje administracja publiczna, sprawując daną funkcję. Dla każdej z wyróżnionych przeze mnie funkcji cel ten jest różny. W przypadku funkcji regulacyjnej ostatecznym celem całości działań regulacyjnych jest zapewnienie zainteresowanym usług użyteczności publicznej. Chodzi tu przy tym o to, by były

⁵ Z. Niewiadomski, *Planowanie przestrzenne. Zarys wykładu*, Toruń 2001, s. 13–26.

⁶ Nie jest to pogląd powszechnie akceptowany w nauce. Zob. np. E. Kosiński, *Regulacja prokonkurencyjna nową funkcją państwa. Rozważania na przykładzie regulacji sektora elektroenergetycznego Unii Europejskiej*, w: B. Popowska (red.), *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, Poznań 2006, s. 209.

⁷ Na temat wpływu prawa europejskiego na polskie prawo administracyjne: R. Stasikowski, *Wpływ prawa europejskiego na polskie prawo administracyjne*, Zeszyty Naukowe Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej im. W. Korfańskiego w Katowicach, nr 32, Zeszyt Naukowy Katedry Prawa i Administracji, s. 145–158; T. Oehlinger, *Die Einwirkungen des europaeischen Gemeinschaftsrechts auf eine nationale Rechtsordnung*, w: *Państwo prawa. Administracja. Sądownictwo. Prace dedykowane prof. dr. hab. Januszowi Łętowskiemu w 60. rocznicę urodzin*, Warszawa 1999, s. 50; D. Kugelmann, *Wpływ prawa europejskiego na ustrój administracji państw członkowskich*, w: B. Dolnicki, J. Jagoda (red.), *Administracja pod wpływem prawa europejskiego*, Bydgoszcz–Katowice 2006, s. 113 i n.; S. Biernat, *Europejskie prawo administracyjne i europeizacja krajowego prawa administracyjnego (zarys problematyki)*, w: M. Seweryński, Z. Hajn (red.), *Studiaprawno-europejskie*, t. VI, Łódź 2002, s. 71–125; Z. Duniewska, *Europeizacja prawa administracyjnego*, w: M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2002, s. 41 i n.; I. Lipowicz, *Europeizacja prawa administracyjnego*, w: Z. Niewiadomski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2002, s. 45 i n.; J. Boć, *W sprawie pojęcia międzynarodowego prawa administracyjnego*, w: J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2001, s. 53 i n.; C. Mik, *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego*, Toruń 2000; J. Ciechanowicz, *Europeizacja prawa ochrony środowiska*, Gdańskie Studia Prawnicze 2000, t. VII, s. 123 i n.; M. Stahl, *Wpływ prawa europejskiego na polskie ustrojowe prawo administracyjne*, w: Z. Janku, Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Waligórski, K. Wojtczak (red.), *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, Kolonia Limited 2005, s. 60–77; J. Jagielski, *Europeizacja prawa administracyjnego materialnego (na przykładzie prawa migracyjnego)*, w: *Europeizacja polskiego prawa...*, op. cit., s. 35–50; B. Adamiak, *Europeizacja prawa postępowania administracyjnego*, w: *Europeizacja polskiego prawa...*, op. cit., s. 16–26.

⁸ W doktrynie nierzadkie są przypadki dokonywania klasyfikacji przy użyciu kilku kryteriów, co obniża ich wartość. Zob. np. J. Boć, T. Kuta, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, s. 6 i n.; Z. Rybicki, *Administracja gospodarcza w PRL*, Warszawa 1980, s. 50–53. W ostatnim przypadku autor dostrzega problemy związane z przyjętą przez siebie klasyfikacją i zastrzega, iż nie ma ona charakteru bezwzględniego, ale służy jedynie orientacyjnemu przedstawieniu problematyki.

one dostarczane w sposób ciągły i były jak najtańsze, a tym samym powszechnie dostępne. Prywatyzacja podmiotów świadczących usługi wymusiła tym samym szeroko zakrojone działania administracji, będące w zasadzie realizacją wszystkich czterech klasycznych funkcji administracyjnych.

Koncepcja organów regulacyjnych ukształtowana została w Stanach Zjednoczonych Ameryki, jako forma publicznej kontroli sektorów gospodarczych. Wykształcenie się tej swoistej kategorii organów, odgrywającej niezwykle istotne znaczenie w życiu gospodarczym, było efektem zadziałania wielu czynników o zróżnicowanym charakterze, zarówno historycznym, organizacyjno-prawnym, politycznym, jak i celowościowym. Omówienie tych zagadnień przekracza rozmiary niniejszej pracy⁹.

We współczesnej administracji centralnej Rzeczypospolitej Polskiej wyróżnić można organy zwane regulacyjnymi. W doktrynie zaliczane są one do kategorii organów częściowo wyłączonych z hierarchicznej organizacji resortów¹⁰. Konieczność ich wprowadzenia do systemu administracji publicznej wynikała z nowego zdefiniowania pojęcia „bezpieczeństwa zbiorowego”, które objęło poza sferą stosunków życia społecznego również gospodarkę. Nowa kategoria organów powołana została do ochrony danej dziedziny rynku przed patologiami, w tym nadużywaniem pozycji monopolistycznej oraz załamaniem koniunktury¹¹. Tradycyjnie przyjmowano, że państwo spełnia wobec gospodarki kilka funkcji: policii gospodarczej (ochrona porządku, bezpieczeństwa, spokoju publicznego, życia, zdrowia i mienia przed zagrożeniami wynikającymi z prowadzenia działalności gospodarczej), reglamentacji gospodarczej (ograniczanie wolności gospodarczej w imię interesu społeczno-gospodarczego państwa), planowania gospodarczego (systematyczny, skoordynowany, długookresowy i stały proces projektowania oraz wytyczania społeczno-politycznych celów, wywierających wpływ na państwową i prywatną działalność gospodarczą), pomocy publicznej (polega na stymulacji określonych kategorii podmiotów gospodarczych oraz pewnych sektorów gospodarczych przez przysporzenia majątkowe), realizacji polityki koniunkturalnej (polega na sterowaniu koniunkturą w celu zapewnienia względnej stabilizacji oraz ogólnogospodarczej równowagi). Obok tego w nowszych czasach pojawiła się nowa funkcja zwana regulacyjną¹². Polska administracja publiczna zaczęła ją spełniać w momencie, gdy nastąpiło przełamanie mono-

⁹ Koncepcja niezależnych organów regulacyjnych i przyczyn ich powstania omówiona została w rozprawie habilitacyjnej T. Wosia, *Niezależne organy regulacyjne w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Zagadnienia prawne*, Kraków 1980.

¹⁰ E. Knosala, L. Zacharko, R. Stasikowski, *Nowe zjawiska organizacyjno-prawne we współczesnej administracji polskiej*, w: *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania*. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego, Toruń 15–16 listopada 2005 r., s. 329.

¹¹ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 106.

¹² Ibidem; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 31–35.

poli w tych dziedzinach gospodarki, których funkcjonowanie opiera się na sieci (energetyka, telekomunikacja, poczta, transport kolejowy)¹³.

Istota funkcji regulacyjnej, jako szczególnej metody interwencji publicznej w gospodarkę rynkową, nie jest pojmowana w nauce jednolicie. Trudności te są wypadkową określenia istoty pojęcia regulacji. Ustalenie treści tego pojęcia utrudnia ustawodawca, który na gruncie ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne¹⁴ określa w definicji legalnej zakres regulacji, obejmując nim również koncesjonowanie, a na gruncie ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym¹⁵ z zakresu regulacji transportu kolejowego wyłącza licencjonowanie tegoż transportu¹⁶.

Regulacja w sensie szerokim (administracyjnoprawnym) oznacza wiążące wyznaczenie określonych normatywnie wzorców zachowań oraz autorytatywne konkretyzowanie tych wzorców w razie konieczności¹⁷. W tym znaczeniu pojęcie regulacji można odnieść w zasadzie do całego prawa administracyjnego. Pojęcie regulacji w interesującym nas znaczeniu łączyć jednak należy z tymi obszarami życia społecznego i gospodarczego, w których państwo zrezygnowało z posiadanego niegdyś monopolu administracyjnego lub gospodarczego (tym samym zrezygnowało z regulacji właścicielskiej) i dopuściło w szerszym zakresie do działania podmioty prywatne, co zmusiło do stworzenia instrumentów prawnych zapewniających wywieranie ingerencyjnego wpływu na ich działalność. Wycofanie się państwa z bezpośredniego świadczenia usług użyteczności publicznej nie zwolniło go z pośredniej odpowiedzialności za ich dostarczenie¹⁸. Całość działań regulacyjnych służy więc zapewnieniu zainteresowanym podmiotom (głównie obywatelom) usług użyteczności publicznej, których dostarczanie uznawane jest za tradycyjne zadanie państwa. Rezygnacja przez państwo z bezpośredniego ich wykonywania spowodowała potrzebę powierzenia ich realizacji grupie prywatnych przedsiębiorców. Proces ten, nazwany w doktrynie regulacją władczą, w pierwszym etapie sprowadził się do określenia rodzaju usług niezbędnych dla danego państwa i jego ludności, a następnie do powierzenia ich wykonywania prywatnym przedsiębiorcom według określonych warunków, przy stałym nadzorze państwa nad ich wykonywaniem¹⁹.

¹³ Zob. T. Piątek, *Regulacja na rzecz konkurencji w sektorze telekomunikacyjnym*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3, s. 157; T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwojowe prawa administracji regulacyjnej w Polsce*, w: *Ius Publicum Europeum*. Dwunaste polsko-niemieckie kolokwium prawników administratywistów, Warszawa 20–22 września 2001. Referaty i głosy w dyskusji, Warszawa 2003, s. 162.

¹⁴ Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504, art. 3 pkt 15.

¹⁵ Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 789, art. 10 ust. 1 i art. 13 ust. 1.

¹⁶ W nauce wskazuje się, iż na podstawie obowiązujących przepisów prawa nie można ustalić istoty pojęcia regulacji. Zob. T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwojowe...*, op. cit., s. 159.

¹⁷ R. Schmidt, *Oeffentliches Wirtschaftsrecht*. Allgemeiner Teil, Berlin 1990, s. 48. Podobnie M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op. cit., s. 38.

¹⁸ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 149.

¹⁹ T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwoju prawa administracji regulacyjnej w Polsce*, w: H. Bauer, P. Huber, Z. Niewiadomski (red.), *Ius Publicum Europeum*, Warszawa 2003, s. 117.

T. Skoczny uważa, iż regulacja w ujęciu prawniczym jest zbiorem norm prawnych oraz zindywidualizowanych aktów ich stosowania i egzekwowania, które ograniczają wolność gospodarczą podmiotów działających w sektorach użyteczności publicznej²⁰.

M. Szydło przez pojęcie regulacji rozumie tylko te spośród działań państwa, które: 1) zmierzają do osiągnięcia ściśle określonych celów, takich jak stworzenie i rozwój konkurencji w sektorach infrastrukturalnych gospodarki: telekomunikacji, energetyki, poczty, transportu kolejowego, zapewnienie wszystkim zainteresowanym podmiotom (obywatelom) usług publicznych, ochrona dóbr policyjnych oraz rozwój w obrębie sektorów wspólnego rynku; 2) polegają na ustanawianiu oraz stosowaniu specyficznych środków prawnych wobec określonych rodzajów zachowań gospodarczych (np. instrumenty dopuszczania do działalności gospodarczej, instrumenty cenotwórcze, instrumenty rachunkowości regulacyjnej, instrumenty dostępowe); 3) posiadają wspólną genezę (program liberalizacji poszczególnych sektorów w ramach UE)²¹.

H. Izdebski i M. Kulesza stoją na stanowisku, że pojęcie regulacji sprowadza się do ustalania standardów zachowania na danym rynku oraz często do koncesjonowania udziału w rynku, lecz nieraz także do niezależnego, fachowego rozstrzygania sporów w danym segmencie rynku (zarówno konfliktów pomiędzy podmiotami gospodarczymi, jak i konfliktów z interesem ogólnym, określanym przez ustawodawcę i samego regulatora)²².

Należy przyjąć, że pojęcie regulacji w powyższych ujęciach rozumiane jest w sposób szeroki. Obok tego w nauce są reprezentowane poglądy, które ujmują je w sposób węższy. Punktem wyjścia do przyjęcia węższego ujęcia regulacji jest założenie, że odnosi się ona do sektorów infrastrukturalnych, w których występują monopole naturalne. Ta funkcja państwa (funkcja regulacyjna) pojawiła się więc w gospodarce w celu zastąpienia rynku i regulacji rynkowej. Jej istoty należy upatrywać według M. Portera w kreowaniu na drodze przymusu administracyjnego czynników brakujących w otoczeniu monopolisty, a więc przede wszystkim czynników kształtujących ceny i inne parametry wymiany towarów. Regulacja jest w istocie „administracyjną protezą rynku”, mającą skłaniać przedsiębiorców działających w warunkach monopolu do zwiększenia skali racjonalności swojego działania, a jednocześnie wzmocnić pozycję odbiorców. Stąd też regulacja sprowadza się do nadzoru nad procesem stanowienia cen przez przedsiębiorców, kontroli, czy ceny zyskały uprzednią aprobatę organu regulacyjnego. Oprócz tego występują też inne zadania związane z zasadniczą istotą regulacji, takie jak na przykład promowanie konkurencji²³.

²⁰ T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3, s. 13.

²¹ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, o p. cit., s. 50–52.

²² H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja...*, op. cit., s. 106–107.

²³ M. Porter, *Strategia konkurencji, metody analizy sektorów i konkurentów*, Warszawa 1992, s. 22.

W związku z trudnościami w ustaleniu treści pojęcia regulacji rozważyć należy możliwość zastosowania konstrukcji prawnego układu sterowania dla oznaczenia stosunków prawnych zachodzących pomiędzy organem regulującym dany rynek oraz uczestnikami tego rynku, jak również pomiędzy organami regulującymi dany rynek²⁴. Całokształt stosunków prawnych w tym przypadku określić można jako **regulacyjny układ sterowania**. Konstrukcja układu sterowania ma zalety tzw. modeli ubogich²⁵. Regulacyjny układ sterowania jest więc stosunkiem prawnym, pewnym modelem skonstruowanym dla osiągnięcia określonych celów badawczych na gruncie omawianych ustaw prawa administracyjnego. W nauce przez sterowanie rozumie się zależność zachodzącą między przynajmniej dwoma dowolnymi obiektami, która polega na tym, że żądane zmiany w jednym z tych obiektów (sterowanym) wywołane są oddziaływaniem drugiego obiektu (sterującego)²⁶. Obiektem sterującym w regulacyjnym układzie sterowania będzie dany organ regulacyjny, a obiektami sterowanymi – głównie przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą na danym rynku. Oddziaływanie organu regulacyjnego następować będzie za pomocą oznaczonych w ustawach instrumentów (środków prawnych). W regulacyjnym układzie sterującym środki prawne dzielą się na: środki, które w swych założeniach mają doprowadzić do stworzenia i rozwijania mechanizmu konkurencji na danym rynku (działania regulacyjne w ścisłym znaczeniu), oraz inne środki (działania) sterujące (wszystkie pozostałe środki oddziaływania organu regulacyjnego na przedsiębiorców działających na danym rynku). Wśród innych środków sterujących można wyróżnić środki:

a) bezpośredniego sterowania (bezpośrednie działania sterujące), tzn. zazwyczaj władcze (z użyciem władztwa administracyjnego) działania organu regulacyjnego prowadzące do osiągnięcia innych celów aniżeli tworzenie i rozwój mechanizmu konkurencji na danym rynku, np. działania reglamentacyjne (licencjonowanie, koncesjonowanie), działania związane z zapewnieniem usług powszechnych, z ochroną dóbr policyjnych, jak również działania związane z prowadzeniem rachunkowości regulacyjnej;

b) oraz pośredniego sterowania (pośrednie działania sterujące), tzn. niewładcze działania organu regulującego prowadzące do osiągnięcia określonego celu przez uprzednie informowanie przedsiębiorców o pożądanym, preferowanym zachowaniu, jak również działania związane z kierowaniem apeli, wpływające na decyzje przedsiębiorców danego rynku), np. ogłaszanie informacji przez organy regulacyjne.

Organy regulacyjne wprowadzone zostały do ustawodawstwa polskiego za pośrednictwem prawa wspólnotowego, a z kolei do prawa wspólnotowego przejęto

²⁴ Kompleksowa koncepcja prawnych układów sterowania opracowana została przez E. Knosala, w: *Prawne układy sterowania...*, o p. cit.

²⁵ Modele ubogie są to pewne konstrukcje teoretyczne o charakterze ogólnym, takie jak np. stosunek prawny, spełniające rolę pewnych instrumentów badawczych. Szerzej na ten temat F. Longchamps, *O pojęciu stosunku prawnego w prawie administracyjnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo XII, nr 19, s. 48.

²⁶ M. Mazur, *Jakościowa teoria informacji*, Warszawa 1970, s. 28, podają za E. Knosala, *Prawne układy...*, op. cit., s. 14.

rozwiązania prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki²⁷. Amerykańskie koncepcje organów regulacyjnych znalazły podatny grunt w państwach EWG w latach 80. i 90. XX w., kiedy to przystępowano do liberalizacji własnych sektorów telekomunikacyjnych. Podstawą prawną przewidującą w obecnych państwach Unii Europejskiej instytucję niezależnych organów regulacyjnych w sprawach telekomunikacji były dwie dyrektywy 88/301/EWG i 90/388/EWG²⁸. W kolejnym etapie wydano dyrektywy dotyczące rozwoju kolei wspólnotowych, sektora poczty, sektora elektroenergetycznego i sektora gazu ziemnego. Nadawanie poszczególnym organom statusu organów regulacyjnych w poszczególnych państwach członkowskich UE następuje mocą przepisów prawa krajowego. Ustawodawcy krajowi muszą jednak zrealizować wytyczne przewidziane prawem wspólnotowym, kreując poszczególne organy regulacyjne i całą strukturę aparatu regulacyjnego w państwie. Zakres swobody państw członkowskich jest znaczny, choć nie można dostrzec tu dowolności.

W świetle ustawodawstwa polskiego organy te spełniają funkcje korekcyjne wobec tych sektorów gospodarczych, w których jeszcze nie w pełni wykształciły się mechanizmy rynkowe, a w szczególności mechanizm konkurencji. Odnosi się to przede wszystkim do sektorów infrastrukturalnych, gdzie najczęściej występuje podmiot dominujący na rynku. Państwo, które jest odpowiedzialne za powszechną dostępność określonych usług na zasadach konkurencji, musi dysponować publicznoprawnymi środkami ingerencji, za pomocą których koryguje niedostatki wynikające z występowania ograniczonej konkurencji. Sfery regulacyjnego oddziaływania mają szczególne znaczenie gospodarcze i społeczne, a odpowiedzialność za ich prawidłowe funkcjonowanie ponosi państwo.

K. Strzyczkowski wyróżnia następujące cechy organów regulacyjnych:

1) niezależność tych organów od politycznych organów administracji rządowej (Rady Ministrów, Prezesa Rady Ministrów, ministrów działowych). Organy te są co prawda powoływane oraz odwoływane przez Prezesa Rady Ministrów, jednak ich działanie jest wyłączone z zakresu stosowania aktów hierarchicznych (polecen służbowych oraz wytycznych), na czym polega modyfikacja układu kierownictwa instytucjonalnego;

2) separacja funkcji regulacyjnych oraz operacyjnych. Nastąpiło oddzielenie działania organów regulacyjnych od operacyjnych funkcji wykonywanych przez przedsiębiorstwa infrastrukturalne w zakresie świadczenia usług pocztowych, telekomunikacyjnych oraz energetyki;

3) czasowo ograniczony charakter organów regulacyjnych wynikający z założenia, że ich korygująca funkcja ma charakter przejściowy i staną się one zbędne w momencie utrwalenia się mechanizmu samoregulacji rynkowej.

Są to według niego organy prowizoryczne, które zanikną po ustabilizowaniu się rynku usług infrastrukturalnych. Jest to jednak założenie, z którym można się nie zgodzić, gdyż po pierwsze, doświadczenie pokazuje, że rozwiązania pro-

²⁷ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005, s. 135.

²⁸ Dz.Urz. WE 1988, L 131/73 i Dz.Urz. WE 1990, L 192/10.

wizoryczne szybko się utrwalają i z powodzeniem funkcjonują, mimo iż ustały przyczyny, dla których je stworzono. Po drugie, nie sposób dziś przewidzieć kierunków rozwoju poszczególnych rynków regulowanych, jak również całej gospodarki w epoce globalizacji. Nie można wykluczyć pojawienia się nowych, dziś jeszcze nieznanych, zagrożeń dla wolnego rynku, które mogą być efektem np. jednego lub kilku odkryć naukowych²⁹. Nowe zjawiska mogą doprowadzić do dalszego trwania organów regulacyjnych lub zmodyfikowania zakresu ich działania. Wskazać tu należy na zagrożenia wynikające z możliwości pojawienia się na rynku podmiotów zależnych od państw niedemokratycznych (np. Rosji, Chin), które będą prowadziły politykę za pomocą nowych mechanizmów wywierania wpływu, skuteczniejszych od rozwiązań militarnych.

Obecnie funkcjonują w Polsce następujące organy regulacyjne: Prezes Urzędu Transportu Kolejowego, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W sektorach tych nie są to jednakże jedyne organy regulacyjne, gdyż zadania i kompetencje o charakterze regulacyjnym wykonują również właściwi ministrowie. W ustawach nie są oni określani jako organy regulacyjne. Istota wykonywanych kompetencji i zadań wskazuje jednak, że są to organy regulacyjne³⁰.

II. ORGANY REGULACYJNE NA RYNKU TRANSPORTU KOLEJOWEGO

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym³¹ (dalej u.t.k.) Prezes Urzędu Transportu Kolejowego (dalej Prezes UTK) jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach regulacji transportu kolejowego, licencjonowania transportu kolejowego, nadzoru technicznego nad eksploatacją i utrzymaniem linii kolejowych oraz pojazdów kolejowych i bezpieczeństwa ruchu kolejowego.

Prezes UTK wyłaniany jest w drodze konkursu. Powoływany jest przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw transportu na 5-letnią kadencję, licząc od dnia powołania. Zgodnie z art. 11 ust. 1 powołanej powyżej ustawy Prezes Rady Ministrów odwołuje Prezesa UTK. Ustawa nie wskazuje jednak przypadków, w których może nastąpić odwołanie Prezesa UTK przed upływem kadencji. Z istoty zasady kadencyjności wynika gwarancja dla powołanego organu sprawowania funkcji przez określony okres. W zgodzie z tą zasadą pozostaje możliwość odwołania organu przed upływem kadencji, co nastąpić może jednak w przypadkach wyjątkowych, ściśle oznaczonych w ustawie. Przepisy ustawy dotknięte są jednakże brakiem, który ogranicza niezależność tego organu regulacyjnego. Przyjmując, że odwołanie Prezesa UTK nie może nastąpić w sposób dowolny. Za odwołaniem przemawiać muszą szczególnie ważne,

²⁹ Dla przykładu można wskazać wpływ rozwoju kolei żelaznych w USA na gospodarkę amerykańską i poszczególne rynki. Szerzej na ten temat T. Woś, *Amerykańskie prawo antymonopolowe*, Kraków 1992, s. 10 i n.

³⁰ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op. cit., s. 299–300.

³¹ Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.

obiektywne przesłanki niepozwalające na dalsze pełnienie funkcji przez konkretną osobę, takie jak na przykład stan zdrowia, prawomocne skazanie za umyślne przestępstwo, sprzeniewierzenie się zasadzie obiektywizmu i profesjonalizmu.

Obok Prezesa UTK organem regulacyjnym w sektorze transportu kolejowego jest minister właściwy do spraw transportu. Doszło tu do podzielenia kompetencji o charakterze regulacyjnym pomiędzy typowe organy regulacyjne a organy *stricte* polityczne. Wśród przyczyn tego stanu wskazuje się na uwarunkowania konstytucyjne, które nie pozwalają na wydawanie rozporządzeń wykonawczych do ustaw w zakresie spraw regulacyjnych innym organom poza enumeratywnie wymienionymi w Konstytucji³². Pozycja ustrojowa ministra, a w szczególności jego polityczny charakter predestynują go również do tego, by pełnił on funkcję kreatora ogólnych założeń oraz koordynatora realizacji polityki regulacyjnej w sektorze transportu kolejowego³³. Na ten charakter ministra właściwego do spraw transportu wskazują delegacje do wydawania rozporządzeń wykonawczych zawarte m.in. w art. 17 ust. 7, art. 20–21, a w szczególności w art. 35 u.t.k.

Z kolei Prezes UTK ukształtowany został jako organ regulacyjny podejmujący działania indywidualne, skierowane do konkretnych podmiotów lub ich grup. Zadania Prezesa mają charakter komplementarny w stosunku do zadań właściwego ministra. Dla przykładu wskazać należy, że minister w drodze rozporządzenia określa warunki dostępu i korzystania przez przewoźników kolejowych z infrastruktury kolejowej, a Prezes UTK sprawuje nadzór nad równością dostępu przewoźników do tej infrastruktury i ich równym traktowaniem; minister określa zasady ustalania opłat za korzystanie z przyznanych tras pociągów infrastruktury kolejowej, a Prezes je zatwierdza i koordynuje oraz sprawuje nadzór nad poprawnością ich ustalania.

Zadania Prezesa UTK, o których mowa w art. 13 ust. 1 u.t.k., mają charakter działań regulacyjnych w ścisłym znaczeniu. Obok tego Prezes UTK podejmuje inne działania sterujące rynkiem transportu kolejowego. Są to zadania z zakresu licencjonowania transportu kolejowego, nadzoru technicznego nad eksploatacją i utrzymaniem linii kolejowych oraz pojazdów kolejowych i bezpieczeństwa ruchu kolejowego. Wiążą się one więc przede wszystkim ze sprawowaniem przez państwo funkcji reglamentacyjnej oraz policyjnej.

Szczegółowy zakres zadań Prezesa w zakresie regulacji transportu kolejowego określony został w art. 13 ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym, gdzie zawarte są działania tak władcze, jak i działania podejmowane bez użycia przymusu administracyjnego. Wśród nich wyróżnić można działania regulacyjne polegające na wydawaniu decyzji administracyjnych (art. 13 ust. 1 pkt 1, 5, 8 u.t.k.), sprawowaniu nadzoru (art. 13 ust. 1 pkt 2–4 u.t.k.) i kontroli nad sektorem (art. 13 ust. 4 u.t.k.), zbieraniu i analizowaniu informacji dotyczących rynku przewozów kolejowych (art. 13 ust. 1 pkt 6 u.t.k.), współdziałaniu z innymi organami (art. 13 ust. 1 pkt 7 u.t.k.).

³² M. Szydło, *Regulacja sektorów ...*, op. cit., s. 301.

³³ A. Walaszek-Pyziół, *Prawne problemy kształtowania i realizacji polityki energetycznej państwa*, PUG 1999, nr 9, s. 5 i n.

Celem zadań określonych w ustawie jako regulacyjne jest stworzenie, zapewnienie istnienia i planowy rozwój mechanizmu konkurencji. W założeniu efektywna rywalizacja uczestników rynku kolejowego ma wyeliminować wszystkie niedomogi (np. niska jakość usług) i braki określonych korzyści (np. obniżanie cen), które miały miejsce w czasach, gdy na rynku funkcjonował naturalny monopol jednego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej. Efektywna rywalizacja ma być osiągnięta przez działania polegające na znoszeniu monopolu oraz stworzeniu instrumentów dostępu do infrastruktury kolejowej³⁴. Działania regulacyjne sprowadzają się w tym przypadku przede wszystkim do współdecydowania o wysokości opłat obowiązujących na tym rynku oraz zagwarantowania równego dostępu do infrastruktury kolejowej, jak również ingerowania w rynek w razie naruszenia zasad jego funkcjonowania. Sterowanie w ramach działań regulacyjnych w ścisłym znaczeniu odbywa się przy użyciu aktów normatywnych w postaci rozporządzeń oraz aktów administracyjnych. Decyzje Prezesa UTK podejmowane w ramach tych działań w zakresie określonym w art. 14 ust. 5 u.t.k. podlegają kontroli sądowej sprawowanej przez sąd powszechny tj. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd ochrony konkurencji i konsumentów.

Można więc przyjąć, że działania regulacyjne w znaczeniu ścisłym służą stworzeniu warunków do swobodnego rywalizowania przedsiębiorców działających na rynku transportu kolejowego, a w razie zakłócenia konkurencji – do jej przywrócenia za pomocą kar pieniężnych.

Inne działania sterujące w postaci licencjonowania nie służą ograniczeniu wolności gospodarczej, lecz uporządkowaniu rynku kolejowego transportu osób lub rzeczy albo udostępniania pojazdów trakcyjnych. Celem licencjonowania jest dopuszczenie do rynku przedsiębiorców cieszących się dobrą reputacją, wiarygodnych finansowo, kompetentnych zawodowo, dysponujących odpowiednim taborem kolejowym i zdolnych do poniesienia odpowiedzialności cywilnej za skutki prowadzonej działalności. W razie spełnienia tych wymagań przedsiębiorcy musi zostać wydana stosowna licencja, choć nie uprawnia ona jeszcze do dostępu do infrastruktury kolejowej. Zakres swobodnego uznania organu regulacyjnego ograniczony został do przypadków wskazanych w art. 51 ustawy. Licencjonowanie służy więc zapewnieniu odpowiedniej jakości usług oraz bezpieczeństwu ruchu kolejowego.

Inne działania sterujące w postaci nadzoru technicznego nad eksploatacją i utrzymaniem linii kolejowych oraz pojazdów kolejowych oraz bezpieczeństwem ruchu kolejowego mają charakter działań *stricto* policyjnych³⁵. Adresatami

³⁴ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, o.p. cit., s. 93.

³⁵ Przyjmuję rozumienie pojęcia policji zaprezentowane przez T. Kocowski, w: A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Kolonia Limited 2003, s. 406 i n. Według T. Kocowskiego „celem działalności organów państwa i innych podmiotów publicznoprawnych, określanej mianem policji gospodarczej, jest ochrona bezpieczeństwa publicznego, tj. życia, zdrowia, mienia oraz moralności publicznej, przed zagrożeniami wynikającymi z prowadzenia działalności gospodarczej. Realizacja funkcji policyjnej w gospodarce, którą nazywać będziemy policją gospodarczą, polegać będzie na:

– ustalaniu wzorców zachowań, zapobiegającym zagrożeniom dla życia, zdrowia, mienia i mienia jednostek (bezpieczeństwa publicznego), środowiska naturalnego oraz moralności publicznej, jakie

tych działań (sterowanymi) są zarządcy infrastruktury kolejowej, przewoźnicy kolejowi oraz użytkownicy bocznic kolejowych. Prawnymi środkami sterowania w tym przypadku są akty normatywne w formie rozporządzeń (np. art. 17 ust. 7, art. 19 ust. 4, art. 22 ust. 2 u.t.k.), akty administracyjne³⁶ (np. wydawanie decyzji zwanych świadectwami: bezpieczeństwa, dopuszczenia do eksploatacji, sprawności technicznej). Prezes UTK wyposażony jest w uprawnienia kontrolne oraz nadzorcze typu inspekcyjnego³⁷.

Wśród innych działań sterujących, które nie mają charakteru bezpośredniego sterowania, wyróżnić można m.in. przedstawianie przez Prezesa UTK ministrowi właściwemu do spraw transportu corocznej informacji zawierającej ocenę funkcjonowania rynku transportu kolejowego i stanu bezpieczeństwa ruchu kolejowego (art. 13 ust. 7 u.t.k.), która może wpływać na podejmowane przez niego w przyszłości działania sterujące rynkiem transportu kolejowego, a w razie jej upublicznienia – również na zachowania uczestników tego rynku.

III. ORGANY REGULACYJNE NA RYNKU PALIW I ENERGII

Zadania z zakresu regulacji gospodarki paliwami i energią oraz promowania konkurencji są realizowane zgodnie z art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (dalej u.p.e.) przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej Prezes URE). Prezes URE jest centralnym organem administracji rządowej. Nadzór nad nim sprawuje minister właściwy do spraw gospodarki (art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej)³⁸. Prezesa URE wyłonionego w drodze konkursu powołuje Prezes Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw gospodarki. Odwołuje go Prezes Rady Ministrów, przy czym wykładnia literalna art. 21 ust. 2a u.p.e. wskazuje, że nie jest wymagany wniosek ministra właściwego do spraw gospodarki. Kadencja Prezesa trwa 5 lat, licząc od powołania, a obowiązki swoje pełni do dnia powołania swojego następcy. Oznacza to, że w razie opóźnienia w powołaniu następcy, wynikające z powołania upoważnienie do sprawowania administracji publicznej ulega przedłużeniu z mocy ustawy. Przepisy ustawy nie przewidują ograniczeń czasowych w pełnieniu funkcji Prezesa URE przez tę samą osobę. Podobnie jak w przypadku Prezesa UTK, nie wskazują również przyczyn uzasadniających jego odwołanie. Aktualne pozostają w tym miejscu odpowiednie uwagi poczynione przy omawianiu pozycji prawnej Prezesa UTK.

powstają lub powstawać mogą w toku podejmowania i prowadzenia przez przedsiębiorców działalności gospodarczej,

– podejmowanie przez organy państwa i inne podmioty publicznoprawne działań indywidualnych mających na celu, z jednej strony zapobieganie przekroczeniom ustalonych wzorców, z drugiej zaś, korygowanie działań przedsiębiorców przekraczających ustalone wzorce”.

³⁶ Dz.U. z 2003 r. Nr 159, poz. 1548.

³⁷ Szerzej na temat cech inspekcji J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2001, s. 416–417.

³⁸ Wydawanie aktów administracyjnych nie jest zastrzeżone tylko dla Prezesa UTK, lecz mogą one w sytuacjach szczególnych być wydawane przez właściwego ministra, np. art. 21 ustawy.

Prezes wykonuje swoje zadania przy pomocy Urzędu Regulacji Energetyki, w skład którego wchodzi Oddział Centralny w Warszawie oraz 8 oddziałów terytorialnych. Dla potrzeb tego organu stworzono podział terytorialny specjalny, który zsynchronizowany został z podziałem zasadniczym – podziałem na powiaty. Szczegółowy zasięg terytorialny i właściwość rzeczowa ustalana jest przez ministra właściwego do spraw gospodarki w drodze rozporządzenia.

Prezes URE nie jest jedynym organem właściwym do spraw regulacji gospodarki paliwami i energią. Ustawa przewidziała wyłączenia podmiotowe. Dla jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych, jednostek organizacyjnych Policji, Państwowej Straży Pożarnej, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu oraz jednostek więziennictwa podległych Ministrowi Sprawiedliwości, jak również jednostek organizacyjnych Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu stworzone są specjalne organy regulacyjne określane przez ustawę jako inspekcje gospodarki energetycznej, które są powoływane przez właściwych ministrów, względnie Szefów wskazanych Agencji w uzgodnieniu z Prezesem URE.

Obok Prezesa URE ogólnym organem regulacyjnym jest minister właściwy do spraw gospodarki, który jest naczelnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach polityki energetycznej. Pewnymi kompetencjami w zakresie regulowania rynkiem energetyki w Polsce dysponuje także Rada Ministrów (np. art. 11 ust. 6 i 7 u.p.e.). Ze względu na powiązanie polityki państwa (wewnętrznej i zagranicznej), zakresu suwerenności państwa, konkurencyjności gospodarki (co ma wpływ m.in. na stopę bezrobocia, zamożności społeczeństwa etc.) z polityką energetyczną pozycja ministra właściwego do spraw gospodarki jest aktywniejsza aniżeli w przypadku rynku transportu kolejowego. Rola ministra w tym przypadku polega na kreowaniu i realizowaniu polityki energetycznej państwa³⁹. Ustawa szeroko określa zakres zadań ministra w dziedzinie polityki energetycznej (art. 12 ust. 2 u.p.e.). Jest on przede wszystkim odpowiedzialny za przygotowanie kluczowego dokumentu dla bezpieczeństwa energetycznego państwa, wzrostu konkurencyjności całej gospodarki i jej efektywności energetycznej, a także ochrony środowiska pt. „Założenia polityki energetycznej państwa”, który po konsultacjach przyjmowany jest przez Radę Ministrów (art. 13 u.p.e.). Odpowiada również za koordynowanie realizacji założeń polityki przez organy państwa, które nie są mu podporządkowane i którym nie może wydawać poleceń służbowych⁴⁰. Minister właściwy do spraw gospodarki sprawuje nadzór nad bezpieczeństwem zaopatrzenia w paliwa gazowe i energię elektryczną oraz nadzór nad funkcjonowaniem krajowych systemów energetycznych w zakresie określonym tą ustawą⁴¹.

Art. 3 pkt 15 u.p.e. zawiera definicję legalną regulacji. Na gruncie tej ustawy przyjęto, że regulacją jest stosowanie określonych ustawą środków prawnych,

³⁹ I. Muszyński, *Ustawa Prawo Energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 57.

⁴⁰ E. Stawicki, w: J. Baehr, J. Stawicki, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 65.

⁴¹ Szerzej na temat istoty tego zadania i wątpliwości związanych z użyciem pojęcia „nadzoru” I. Muszyński, *Ustawa Prawo Energetyczne...*, op. cit., s. 62–67.

włącznie z koncesjonowaniem, służących do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, prawidłowej gospodarki paliwami i energią oraz ochrony interesów odbiorców. Ustawodawca zakwalifikował jako regulację zarówno działania regulacyjne w ścisłym znaczeniu, jak i inne działania sterowania bezpośredniego na rynku paliw i energii.

Stopień sterowania rynkiem energetycznym jest zróżnicowany w zależności od podsektorów tego rynku. Ze względu na monopol naturalny sterowany administracyjnie musi być podsektor przesyłania i dystrybucji energii i paliw. Z kolei podsektor wytwarzania i obrotu regulowany administracyjnie jest w takim stopniu, w jakim nie rozwinął się jeszcze mechanizm konkurencji. Ustawodawca zakłada przy tym, że regulowanie tych ostatnich dwóch podsektorów ma charakter czasowy (art. 49 u.p.e.).

Adresatami działań sterujących są właściciele infrastruktury, operatorzy tej infrastruktury (art. 9h Prawa energetycznego), przedsiębiorstwa energetyczne (art. 3 pkt 12 u.p.e.), a beneficjentami tych działań – odbiorcy paliw, ciepła i energii.

Działania regulacyjne w ścisłym znaczeniu podejmowane są przez ministra właściwego do spraw gospodarki oraz Prezesa URE. Wśród nich należy wyróżnić działania związane z zapewnieniem zainteresowanym dostępu do sieci przesyłowych lub dystrybucyjnych paliw lub energii, do instalacji magazynowych paliw gazowych oraz skraplania gazu ziemnego lub regazyfikacji skroplonego gazu. Ponadto w skład działań regulacyjnych w ścisłym znaczeniu wchodzi kształtowanie taryf dla energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła.

Ustawodawca nałożył na przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw lub energii, magazynowaniem paliw gazowych, w tym skroplonego gazu, skraplaniem gazu ziemnego lub regazyfikacją skroplonego gazu obowiązek świadczenia określonego rodzaju usług na rzecz odbiorców lub innych przedsiębiorstw energetycznych na zasadach równoprawnego traktowania (art. 4 ust. 2, art. 4c, art. 4d ust. 1, art. 4e ust. 1 u.p.e.). Świadczenie określonych rodzajów usług odbywa się na podstawie umów cywilnych. W przypadku gdy przedsiębiorstwo odmówi zawarcia określonego rodzaju umowy o świadczenie usług, ma ono obowiązek pisemnego powiadomienia Prezesa URE o tym fakcie, podając uzasadnienie odmowy (art. 4g u.p.e.), a przedsiębiorstwa energetyczne wchodzące w skład przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo mają obowiązek złożenia wniosku do Prezesa URE o czasowe zwolnienie z powyższych obowiązków ustawowych. Prezes URE może czasowo zwolnić z tych obowiązków, przy czym treść decyzji pozostawiona jest jego uznaniu (art. 4h ust. 1–4 u.p.e.). Jeśli chodzi o obowiązki nałożone na przedsiębiorstwa energetyczne, o których mowa w art. 4 ust. 2, art. 4c, art. 4d ust. 1, art. 4e ust. 1 u.p.e., Prezes URE z urzędu po powiadomieniu udziela, odmawia udzielenia lub cofa zwolnienie z obowiązków ustawowych.

Na przedsiębiorstwach energetycznych zajmujących się dostarczaniem lub dystrybucją paliw lub energii ciąży ustawowy obowiązek zawarcia umowy o przyłączenie do sieci i innych umów (rodzaje określone zostały w art. 5 ust. 1 u.p.e.)

z odbiorcami, w tym z gospodarstwami indywidualnymi (art. 7 ust. 1 u.p.e.). O odmowie przedsiębiorstwo zobowiązane jest poinformować Prezesa URE, podając przyczyny odmowy. Prezes może zgłosić zastrzeżenia do odmowy. Jeżeli uzna, że odmowa była uzasadniona, wówczas przedsiębiorstwo może dokonać przyłączenia do sieci za opłatę ustaloną pomiędzy stronami, a więc opłatę, która będzie niwelowała brak warunków ekonomicznych przyłączenia (art. 7 ust. 9 u.p.e.). Granicą działań regulacyjnych będą więc argumenty natury ekonomicznej.

W sprawach spornych dotyczących odmowy zawarcia powyżej wskazanych umów i innych rozstrzyga Prezes URE, na wniosek strony (art. 8 ust. 1 u.p.e.) w drodze decyzji administracyjnej. W jej treści zawarte jest rozstrzygnięcie spornej kwestii pomiędzy stronami (np. zawarcia umowy określonej treści), co w gruncie rzeczy zastępuje oświadczenia woli stron sporu (wtedy gdy decyzja określa warunki umowy o świadczenie usługi).

Podstawowe znaczenie wśród działań regulacyjnych w ścisłym znaczeniu ma kształtowanie taryf dla energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła⁴². Szczegółowe zasady kształtowania i kalkulacji taryf dla energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła oraz zasady rozliczeń w ich obrocie określone są przez ministra właściwego do spraw gospodarki, po zasięgnięciu opinii Prezesa URE, w drodze rozporządzenia (art. 46 ust. 1, 3, 5 u.p.e.). Konkretne taryfy ustalane są samodzielnie przez przedsiębiorstwa energetyczne, przy uwzględnieniu przepisów powyższych rozporządzeń oraz reguł kalkulacyjnych zawartych już w samej ustawie (np. art. 45 u.p.e.). Komplementarnym działaniem regulacyjnym w stosunku do działań podjętych przez ministra są działania Prezesa URE polegające na zatwierdzaniu i kontrolowaniu stosowania taryf pod względem zgodności z zasadami określonymi w art. 44–46 u.p.e., w tym analizowanie i weryfikowanie kosztów przyjmowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne jako uzasadnione do kalkulacji cen i stawek opłat w taryfach. Prezes URE może jednakże zwolnić przedsiębiorstwo energetyczne z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, jeśli stwierdzi, że działa ono w warunkach konkurencji, albo cofnąć udzielone zezwolenie w przypadku ustania warunków uzasadniających zwolnienie (art. 49 ust. 1 u.p.e.), co oczywiście nie zwalnia przedsiębiorstwa od obowiązku przestrzegania przepisów ustawy i aktów wykonawczych. Prezes URE władny jest więc oceniać istnienie konkurencji, a tym samym decydować o zakresie swoich zadań i potrzebie kreowania pararynkowego otoczenia dla przedsiębiorców na danym terenie.

Działaniem sterującym tego rodzaju jest również określanie i publikacja wskaźników i cen wskaźnikowych istotnych dla procesu kształtowania taryf (art. 23 ust. 2 pkt 16 u.p.e.), co bezpośrednio wpływa na działania przedsiębiorstw energetycznych w zakresie ustalania taryf.

Prezes URE wyposażony został również w kompetencje do zwolnienia w drodze decyzji przedsiębiorstwa energetycznego z ustawowych obowiązków świad-

⁴² Definicję legalną taryfy zawiera art. 3 pkt 17 ustawy, zgodnie z którym taryfa to zbiór cen i stawek opłat oraz warunków ich stosowania, opracowany przez przedsiębiorstwo energetyczne i wprowadzany jako obowiązujący dla określonych odbiorców w trybie określonym ustawą.

czenia usług, o których mowa w art. 4 ust. 2, art. 4c, art. 4d ust. 1, art. 4e ust. 1 u.p.e., jak również przedkładania taryf do zatwierdzenia, gdy świadczenie tych usług odbywa się z wykorzystaniem elementów systemu gazowego lub instalacji gazowych, których budowa została ukończona po dniu 4 sierpnia 2003 r. (art. 4i ust. 1 oraz wyjątek określony w art. 4i ust. 3 u.p.e.).

Działaniem regulacyjnym w ścisłym znaczeniu jest ustalanie przez Prezesa URE udziału opłat stałych w łącznych opłatach za świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii. Przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją zobligowane są w związku z tym do takiej kalkulacji stawki opłat za usługi przesyłania lub dystrybucji, by nie przekroczyć wskaźników ustalonych przez Prezesa URE (art. 45 ust. 5 u.p.e.).

Działania regulacyjne w ścisłym znaczeniu podejmowane są w formie aktów normatywnych – rozporządzeń oraz w formie aktów administracyjnych.

Podstawowe znaczenie wśród działań sterujących rynkiem energetycznym o charakterze bezpośrednim ma udzielanie i cofanie koncesji. Są to zadania o charakterze reglamentacyjnym⁴³. Uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania paliw i energii, magazynowania paliw gazowych i ciekłych, skraplania gazu ziemnego i jego regazyfikacji, przesyłania lub dystrybucji paliw lub energii oraz obrotu paliwami lub energią, z wyłączeniami określonymi w omawianej ustawie (art. 32 ust. 1 u.p.e.). Koncesjonowaniu podlega jedynie działalność nastawiona na uzyskiwanie przychodów, co oznacza że działalność nakierowana na zaspokajanie potrzeb własnych nie podlega obowiązkowi uzyskania koncesji⁴⁴. Charakter prawny rozstrzygnięcia w przedmiocie udzielenia koncesji jest niejasny. Kategoryczne sformułowanie art. 33 ust. 1 Prawa energetycznego wskazuje na decyzję związaną, z drugiej zaś strony ustawodawca posługuje się pojęciami nieostrymi (np. art. 23 ust. 1, art. 33 ust. 1 pkt 2 i 3 u.p.e.), co sugeruje uznaniową naturę decyzji⁴⁵.

Prezes URE wyznacza także w drodze decyzji, na wniosek właściciela sieci przesyłowych lub dystrybucyjnych, operatorów tych sieci, którzy uzyskali koncesję (art. 9h ust. 1 i 2 u.p.e.).

Do bezpośrednich działań sterujących należą działania polegające na uzyskaniu zgody Prezesa URE na budowę gazociągu lub linii bezpośredniej (art. 7a ust. 3 u.p.e.), na zatwierdzeniu części instrukcji ruchu i eksploatacji sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej (art. 9g ust. 7 i 9 u.p.e.), rozstrzyganiu przetargów (np. art. 9i ust. 1, art. 16a u.p.e.), wyznaczeniu sprzedawcy z urzędu⁴⁶ na podstawie

⁴³ Szerzej na temat istoty reglamentacji C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, wyd. 1, Warszawa 2005, s. 137; idem *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 52 i n.; M. Waligórski, *Administracyjnoprawna regulacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji*, Poznań 1998, s. 68 i n.

⁴⁴ I. Muszyński, *Ustawa Prawo Energetyczne...*, op. cit., s. 88.

⁴⁵ Szerzej na ten temat I. Muszyński, *Ustawa Prawo Energetyczne...*, op. cit., s. 89 i n.; J. Baehr, w: J. Baehr, J. Stawicki, *Prawo energetyczne. Komentarz*, s. 113 i n.

⁴⁶ Zgodnie z art. 3 pkt 29 ustawy sprzedawcą z urzędu jest przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję na obrót paliwami gazowymi lub energią elektryczną, świadczące usługi kompleksowe odbiorcom paliw gazowych lub energii elektrycznej w gospodarstwie domowym, niekorzystającym z prawa wyboru sprzedawcy.

decyzji administracyjnej w razie niewyłonienia go w drodze przetargu (art. 9i ust. 10 u.p.e.), czy też działania związane z nałożeniem obowiązków w drodze rozporządzenia, o którym mowa w art. 9a ust. 10 u.p.e.

Do działań sterujących rynkiem energetycznym o charakterze bezpośrednim zaliczają się nadto działania typu policji gospodarczej. Wśród nich wyróżnić można m.in. wydawanie świadectw pochodzenia (art. 9e ust. 1 i 3 u.p.e.), kontrolowanie wytwarzania określonej ilości energii w odnawialnym źródle energii (art. 9a ust. 1 u.p.e.), kontrolowanie utrzymywania odpowiedniej ilości zapasów (art. 10 ust. 1–3 u.p.e.) oraz stosowania się do ograniczeń w sprzedaży, dostarczaniu i poborze paliw i energii (art. 11 u.p.e.), kontrolowanie standardów jakościowych obsługi odbiorców oraz kontrolowanie na wniosek odbiorcy dotrzymania parametrów jakościowych paliw gazowych i energii elektrycznej, ustalanie metody kontroli i podejmowanie działań dla poprawy efektywności przedsiębiorstw energetycznych, nakładanie kar pieniężnych na zasadach określonych w ustawie (m.in. art. 56 u.p.e.).

Prawnymi formami sterowania bezpośredniego są przede wszystkim akty administracyjne, jak również akty normatywne w postaci rozporządzeń wykonawczych do ustawy (np. art. 9a ust. 9, art. 10 ust. 6 u.p.e.).

Prezes URE podejmuje również szereg działań pośrednio sterujących rynkiem energetycznym w Polsce. Zaliczyć do nich należy działania informacyjne, polegające na przekazywaniu określonych informacji, które wpływają na treść działań adresatów, głównie przedsiębiorstw energetycznych. Podstawowym działaniem pośredniego sterowania jest publikacja w drodze obwieszczenia w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” polityki energetycznej państwa (art. 15a u.p.e.), która zawiera m.in. część prognostyczną na okres co najmniej 20 lat oraz program działań wykonawczych na okres 4 lat zawierający instrumenty jego realizacji, w zakresie np. działań związanych z ochroną środowiska, wielkości i rodzaju zapasów paliw, kierunków restrukturyzacji i przemian własnościowych w sektorze, czy też kierunków prac naukowo-badawczych (art. 15 ust. 1 i art. 14 u.p.e.). Przekazane w ten sposób informacje ukierunkowują w sposób niewładczy, „miękki”, działalność przedsiębiorstw energetycznych. Wśród działań tego typu wymienić należy również ogłaszanie w drodze obwieszczenia w tym samym organie publikacyjnym sprawozdania z wyników nadzoru nad bezpieczeństwem zaopatrzenia w gaz ziemny i energię elektryczną, które określa m.in. przewidywane zapotrzebowanie na gaz ziemny i energię elektryczną i podobnie oddziałuje na uczestników rynku (art. 15b ust. 1–3 u.p.e.). Wskazać należy również na ogłaszanie w tej samej formie i organie publikacyjnym raportu określającego cele w zakresie udziału energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii oraz raportu zawierającego analizę realizacji celów ilościowych i osiągniętych wyników w tym zakresie (art. 9f u.p.e.). Inne przykłady działań informacyjnych określone są m.in. w art. 9a ust. 4, art. 23 ust. 2 pkt 18, art. 31 ust. 2 u.p.e.

Decyzje i postanowienia Prezesa URE podlegają sądowej kontroli. Służy od nich odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu ochrony konkurencji

i konsumentów. Kontrola sądowa działalności orzeczniczej Prezesa jest więc pełna, w przeciwieństwie do kontroli działalności orzeczniczej Prezesa UTK.

IV. ORGANY REGULACYJNE NA RYNKU TELEKOMUNIKACYJNYM

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne⁴⁷ (dalej u.p.t.) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zwany dalej Prezesem UKE, jest organem regulacyjnym w dziedzinie rynku usług telekomunikacyjnych i pocztowych. Prezes UKE został obok ministra właściwego do spraw łączności zaliczony do organów administracji łączności, prowadzących politykę regulacyjną (art. 189 ust. 1 i 2 u.p.t.). Prezes jest centralnym organem administracji rządowej, powołuje go i odwołuje Prezes Rady Ministrów spośród osób należących do państwowego zasobu kadrowego, zaproponowanych przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji (KRRiTV). Do dnia 27 października 2006 r., tj. do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 24 sierpnia 2006 r. o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych⁴⁸, Prezes UKE powoływany był na 5-letnią kadencję, co wzmacniało jego pozycję prawną. Prezes Rady Ministrów nie może odmówić powołania jednej z osób zaproponowanych przez KRRiTV. W razie jednak odmówienia przez Prezesa Rady Ministrów powołania osób wskazanych przez Krajową Radę ustawa nie przewiduje procedury rozstrzygania zaistniałego sporu. Przewagę w ewentualnym sporze pomiędzy Krajową Radą a Prezesem Rady Ministrów, w związku z brakami odpowiednich regulacji ustawowych, będzie miał premier, któremu Krajowa Rada zmuszona będzie zaproponować nowego kandydata.

Do dnia 27 października 2006 r. na straży niezależności Prezesa UKE stała długość jego kadencji, która wyłączała (co do zasady) możliwość zbiegu początku i końca jego kadencji z kadencją parlamentu i ewentualnie Rady Ministrów (przy założeniu funkcjonowania tego samego rządu przez całą kadencję parlamentu). Ponadto Prezes UKE mógł być odwołany przed upływem kadencji wyłącznie w przypadkach określonych w art. 190 ust. 6 u.p.t.⁴⁹

⁴⁷ Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800.

⁴⁸ Dz.U. z 2006 r. Nr 170, poz. 1217.

⁴⁹ Nieobowiązujący art. 190 ust. 6 ustawy wskazywał katalog przesłanek uzasadniających odwołanie, spośród których wątpliwości prawnych nie wzbudzały przyczyny w postaci orzeczenia o zakazie zajmowania kierowniczych stanowisk lub pełnienia funkcji związanych ze szczególną odpowiedzialnością w organach państwa, popełnienia przestępstwa z winy umyślnej ściganego z urzędu, stwierdzonego prawomocnym wyrokiem sądu, jak również złożenia rezygnacji. Wystąpienie tych okoliczności nie dawało żadnej swobody interpretacyjnej Prezesowi Rady Ministrów. Zastrzeżenia wzbudziła możliwość odwołania Prezesa UKE w przypadku choroby trwale uniemożliwiającej wykonywanie zadań. W tym miejscu należy przywołać odpowiednie rozważania poczynione przy okazji omawiania przyczyn uzasadniających odwołanie Prezesa URE. Najszerzy zakres swobody interpretacyjnej i potencjalnego naruszania zakresu niezależności tego organu regulacyjnego dawała przesłanka w postaci „rażącego naruszenia ustawy”. Ocena stopnia naruszenia pozostawiona została organowi odwołującemu. Nadto ustawodawca nie precyzował, czy chodziło o naruszenie ustawy – Prawo telekomunikacyjne, czy też naruszenie jakiegokolwiek innej ustawy, czy wreszcie naruszenie przepisów rangi ustawowej, lecz zawartych w akcie o innej nazwie.

Wykładnia logiczno-językowa art. 190 ust. 4 u.p.t. wskazuje, że udział Krajowej Rady odnieść należy do procedury powoływania Prezesa UKE. W odwołaniu organ ten nie bierze udziału. Jej udział w procedurze powołania gwarantuje szeroki zakres niezależności tego organu regulacyjnego⁵⁰. Współuczestnictwo w procedurze odwołania zapewniłoby jego poszerzenie. Zasadą powinno być powoływanie i odwoływanie organów państwa w tym samym trybie.

Do dnia wejścia nowelizacji u.p.t. w życie można było przyjąć istnienie zasady niezależności Prezesa UKE. Na jej straży stała m.in. zasada kadencyjności oraz współudział w jego kreowaniu KRRiTV (na odmiennych aniżeli obecnie zasadach), a więc organu wyłączzonego ze struktury scentralizowanej administracji rządowej i od niej niezależnej. Zakres gwarancji niezależności Prezesa UKE uznać można było za najszerzy spośród omawianych dotychczas organów regulacyjnych. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów niezależność została drastycznie ograniczona i jedynie uczestnictwo Krajowej Rady w powoływaniu Prezesa UKE odróżnia jego pozycję prawną od pozycji typowych organów centralnych, co do których odnoszona jest zasada hierarchicznego podporządkowania.

Na wniosek Prezesa UKE minister właściwy do spraw łączności powołuje jego zastępcę. Przyjąć należy, że w tej samej procedurze jest on odwoływany. Aparatem pomocniczym Prezesa jest Urząd Komunikacji Elektronicznej. Statut Urzędu może przewidzieć kompetencję dla Prezesa do utworzenia zamiejscowych jednostek organizacyjnych, z uwzględnieniem zasadniczego podziału terytorialnego państwa.

Obok Prezesa UKE organem regulacyjnym jest minister właściwy do spraw łączności, który jest naczelnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach polityki energetycznej. Podobnie jak w przypadku rynku energetycznego minister właściwy do spraw łączności pełni funkcję kreatora polityki państwa w dziedzinie rynku usług telekomunikacyjnych i pocztowych. Działania ministra wiążą się w głównej mierze ze stanowieniem przepisów prawa, określając standardy zachowań na rynku.

Adresatami regulacyjnych działań sterujących rynkiem telekomunikacyjnym są przedsiębiorcy telekomunikacyjni (art. 10 ust. 1 ustawy). Zgodnie z art. 2 pkt 27 u.p.t. są nimi przedsiębiorcy lub inne podmioty uprawnione do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, którzy wykonują działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnej, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych, przy czym przedsiębiorca telekomunikacyjny uprawniony do:

- a) świadczenia usług telekomunikacyjnych – zwany jest dostawcą usług,
- b) dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących – zwany jest operatorem.

⁵⁰ Wynika to ze szczególnej pozycji ustrojowej Krajowej Rady, o czym szerzej R. Stasikowski, *Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji*, w: J. Łukasiewicz (red.), *Biurokracja*, III Międzynarodowa Konferencja Naukowa Krynica Zdrój, 2–4 czerwca 2006 r., s. 555 i n.

Świadczenie usług telekomunikacyjnych polega na wykonywaniu usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora lub sprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę (art. 2 pkt 41 u.p.t.).

Regulacyjne działania sterujące są podejmowane względem przedsiębiorców telekomunikacyjnych zarówno o znaczącej pozycji na rynku, jak i nieposiadających takiej pozycji (art. 15 pkt 2 u.p.t.)⁵¹. Zasadniczo adresatem działań regulacyjnych jest jednak przedsiębiorca telekomunikacyjny posiadający znaczącą pozycję na rynku.

Działania regulacyjne zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 25 października 2004 r.⁵², wydanym na podstawie art. 22 ust. 1 u.p.t., skierowane są na dwa podstawowe rodzaje telekomunikacyjnych rynków właściwych⁵³:

a) rynek wyrobów i usług telekomunikacyjnych koniecznych dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych do świadczenia usług na rzecz użytkowników końcowych, który określany będzie jako rynek hurtowy,

b) rynek usług detalicznych, określany jako rynek detaliczny.

W skład każdego z rynków wchodzi po kilka rynków poszczególnych usług. Rynki te są przedmiotem analiz Prezesa UKE. Celem analizy jest ustalenie, czy na danym rynku występuje skuteczna konkurencja. W razie jej stwierdzenia dany rynek właściwy nie podlega działaniom regulacyjnym. Cechą charakterystyczną regulacyjnego układu sterującego na rynku usług telekomunikacyjnych jest wprowadzenie regulacji wyprzedzającej (regulacji *ex ante*) w stosunku do prawa antymonopolowego. Regulacja ta jest wyprzedzająca, gdyż zanim przedsiębiorca podejmie faktyczną działalność telekomunikacyjną może być uznany za podmiot o znaczącej pozycji na rynku, co wiąże się z nałożeniem na niego określonych w ustawie obowiązków⁵⁴. Analiza dokonywana przez Prezesa UKE polega na zbadaniu rynków właściwych w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, której celem jest ustalenie istnienia efektywnej konkurencji na rynku. W przypadku jej braku Prezes UKE wyznacza w drodze decyzji przedsiębiorcę lub przedsiębiorców zajmujących znaczącą pozycję na rynku oraz nakłada na nich obowiązki regulacyjne (art. 24 ust. 1 u.p.t.). Znaczącą pozycję na rynku poszczególnych usług zajmuje ten przedsiębiorca, który nie spotyka się na danym rynku właściwym ze skuteczną konkurencją⁵⁵.

Decyzje te podejmowane są w porozumieniu z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (art. 25 ust. 1 u.p.t.). W swojej decyzji Prezes UKE nakłada (utrzymuje, zmienia lub znosi) na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji na rynku jeden lub więcej obowiązków regulacyjnych,

⁵¹ Jako przykład sterującego działania regulacyjnego podejmowanego względem podmiotu nieposiadającego znaczącej pozycji na rynku wskazać można działanie określone w art. 134 ustawy.

⁵² Dz.U. z 2004 r. Nr 242, poz. 2420.

⁵³ Definicję tego pojęcia zawiera art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 84 z późn. zm.

⁵⁴ A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 136.

⁵⁵ A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne...*, op. cit., s. 149.

o których mowa w art. 34 u.p.t. (zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego), w art. 36–40 u.p.t. (obowiązek równego traktowania w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej, obowiązek prowadzenia szczególnej kalkulacji kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego oraz obowiązki związane ze stosowaniem opłat za tą usługę), w art. 42 u.p.t. (obowiązek wprowadzenia oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, czyli ogólnych warunków tej umowy), w art. 44–47 u.p.t. (inne obowiązki regulacyjne aniżeli wskazane powyżej, a nadto obowiązki związane z zapewnieniem zdolności do wzajemnego komunikowania się użytkowników wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz obowiązki szczegółowo wymienione w art. 46 ust. 2 u.p.t.) i w art. 72 ust. 3 u.p.t., biorąc pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz określone w ustawie cele (art. 25 ust. 4 u.p.t.)⁵⁶.

Działania regulacyjne w ścisłym znaczeniu w odniesieniu do rynku hurtowego podejmowane są przez Prezesa UKE oraz ministra właściwego do spraw łączności. Działania te wiążą się w pierwszym rzędzie z zapewnieniem dostępu telekomunikacyjnego, przez który należy rozumieć możliwość korzystania z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, na określonych warunkach, celem świadczenia własnych usług telekomunikacyjnych (art. 2 pkt 6 u.p.t.).

W przepisach ustawy wyróżnić można dwa rodzaje przepisów odnoszących się do dostępu telekomunikacyjnego: przepisy odnoszące się do wszystkich operatorów publicznej sieci telekomunikacyjnej (art. 26 i n. u.p.t.) oraz przepisy dotyczące operatorów o znaczącej pozycji na rynku.

Ustawodawca nałożył na operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej obowiązek prowadzenia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym lub innymi podmiotami, w celu świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienia interoperacyjności (efektywnej współpracy) usług (art. 26 ust. 1 u.p.t.)⁵⁷. Prezes UKE może, na pisemny wniosek każdej ze stron negocjacji albo z urzędu, określić w drodze postanowienia termin do zakończenia negocjacji. W przypadku niepodjęcia negocjacji, odmowy dostępu telekomunikacyjnego przez podmiot do tego zobowiązany lub niezawarcia umowy w terminie wyznaczonym przez Prezesa każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy (art. 27 ust. 2 u.p.t.). Wniosek strony powinien zawierać projekt umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Prezes wydaje decyzję

⁵⁶ Na temat zasady proporcjonalności szerzej R. Stasikowski, *Gwarancje samorządności gminnej w systemie prawnym Republiki Federalnej Niemiec i Rzeczypospolitej Polskiej*, Bydgoszcz–Katowice 2005, s. 115 i n. i powołana tam literatura; A. Walaszek-Pyziół, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, PUG 1995, nr 1, s. 14 i n.

⁵⁷ Szerzej na ten temat A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne...*, op. cit., s. 155; A. Streżyńska, *Dostęp telekomunikacyjny. Jak stosować i wykorzystywać nowe przepisy*, „Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji” 2004, nr 7–9.

o dostępie telekomunikacyjnym tylko w przypadkach pozytywnego spełnienia kryteriów oznaczonych w art. 28 ust. 1 u.p.t. Decyzja Prezesa UKE o dostępie telekomunikacyjnym zastępuje umowę cywilną w tym przedmiocie i w swej treści, w zależności od żądania strony, w całości określa wzajemne prawa i obowiązki stron lub w tej części, co do której nie doszło do porozumienia pomiędzy stronami. Decyzja ta może być w każdym czasie zmieniona przez Prezesa UKE na wniosek strony lub z urzędu, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług (art. 28 ust. 4 i 6 u.p.t.). W tych samych przypadkach Prezes UKE może w drodze decyzji administracyjnej zmienić z urzędu treść umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub zobowiązać strony umowy do wprowadzenia stosownych zmian (art. 29 ust. 1 u.p.t.). W celu zapewnienia więc namiastki gry wolnorynkowej Prezes UKE wyposażony został w kompetencję do kształtowania za pomocą decyzji administracyjnej treści stosunków cywilnoprawnych pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi i decydowania o dopuszczalności istnienia tych stosunków w razie braku zgodnej woli stron w tym przedmiocie.

Dalej idącym instrumentem sterowania jest kompetencja do nakładania obowiązków, określanych przez ustawodawcę jako obowiązki regulacyjne, w drodze decyzji przez Prezesa UKE na operatora o znaczącej pozycji rynkowej, uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących (art. 34 ust. 1 u.p.t.). Ustawodawca przy tym określa, na czym miałyby polegać ów obowiązek, oraz wskazuje w szczególności, w jakich sytuacjach wniosek jest uzasadniony (np. w razie konieczności zapewnienia konkurencji w dłuższym okresie). Oznacza to, że w przypadku wydania takiej decyzji operator o znaczącej pozycji rynkowej będzie wnioskiem związany i będzie zobligowany do zawarcia odpowiedniej umowy. W decyzji tej można również określić techniczne lub eksploatacyjne warunki, jakie zainteresowane strony (tj. operator o znaczącej pozycji rynkowej oraz przedsiębiorca lub inny pomiot składający wniosek o dostęp telekomunikacyjny) będą musiały spełnić, by zachodziła możliwość realizacji prawa do dostępu telekomunikacyjnego (art. 35 ust. 1 u.p.t.).

Działaniem regulacyjnym w ścisłym znaczeniu jest również działanie Prezesa UKE przewidziane w art. 36 u.p.t., który to przepis stwarza możliwości nałożenia, w drodze decyzji, na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, a w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług niegorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach z zależnymi podmiotami. Celem tej regulacji jest eliminacja możliwości wykluczania innych uczestników rynku telekomunikacyjnego przez wykorzystującego swoją pozycję operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Działanie organu regulacyjnego

nakierowne więc jest na stwarzanie warunków do powstawania i rozwoju konkurencji na omawianym rynku.

Środkiem pomocniczym służącym realizacji tego nadrzędnego celu są działania regulacyjne polegające na nakładaniu, w drodze decyzji Prezesa UKE, na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku ogłaszania lub udostępniania informacji związanych z zapewnieniem dostępu telekomunikacyjnego, informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat. Instrumentem kontrolnym operatorów o znaczącej pozycji rynkowej z wykonywania obowiązków stwarzania warunków do rozwoju swoich konkurentów jest możliwość nałożenia na nich obowiązku prowadzenia rachunkowości regulacyjnej (art. 38 u.p.t.).

Drugą grupę działań regulacyjnych w ścisłym znaczeniu tworzą instrumenty służące wpływaniu na wysokość opłat ustalanych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej za swoje usługi świadczone na rzecz innych przedsiębiorstw telekomunikacyjnych. Wysokość opłat uzależniona jest w znacznym stopniu od sposobu rozliczania kosztów. Działania regulacyjne w tym zakresie podzielone zostały pomiędzy ministra właściwego do spraw łączności oraz Prezesa UKE. Minister właściwy do spraw łączności w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych ustala w drodze rozporządzenia m.in. sposoby kalkulacji kosztów usług w zakresie dostępu telekomunikacyjnego lub usług na rynku detalicznym, tryb i terminy uzgadniania i zatwierdzania przez Prezesa UKE opracowanej przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego instrukcji oraz opisu kalkulacji kosztów, zakres i terminy przekazywania Prezesowi UKE sprawozdań z prowadzonej rachunkowości regulacyjnej oraz wyników kalkulacji kosztów (art. 51 u.p.t.). Z kolei Prezes UKE może w drodze decyzji nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązki: kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w określony sposób, zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa opisem kalkulacji kosztów, jak również obowiązek stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniając zwrot jedynie uzasadnionych kosztów operatora. Obowiązkiem operatora jest przedłożenie szczegółowego uzasadnienia wysokości opłat podlegającego kontroli Prezesa UKE, który w razie nieprawidłowości może w drodze decyzji nałożyć obowiązek odpowiedniego dostosowania opłat, wskazując ich dokładną wysokość albo minimalny lub maksymalny ich poziom (art. 39 u.p.t.).

Dalej idącym narzędziem sterowania jest kompetencja Prezesa UKE do nałożenia na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego na podstawie ponoszonych kosztów, a po przeprowadzonej kontroli Prezes może nałożyć kolejny obowiązek: odpowiedniego dostosowania tych opłat (art. 40 ust. 1 i 3 u.p.t.). Chodzi tu o koszty skutecznego świadczenia danej usługi, a nie o koszty faktycznie poniesione przez operatora. Rolą organu regulacyjnego będzie zapewnienie, by opłaty ustalone w drodze decyzji przez operatora lub przez Prezesa UKE promowały efektywność gospodarczą, i zrównoważoną konkurencję, zapewniały maksymalne korzy-

ści dla użytkowników końcowych i uwzględniały jednocześnie wysokość opłat na porównywalnych rynkach konkurencyjnych⁵⁸.

Kolejnym instrumentem działań regulacyjnych w ścisłym znaczeniu jest możliwość nałożenia przez Prezesa UKE w drodze decyzji, po spełnieniu przesłanek określonych w art. 42 ust. 1 u.p.t., na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku przygotowania i przedstawienia w określonym terminie projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, której stopień szczegółowości określi w decyzji. Minister właściwy do spraw łączności określa w drodze rozporządzenia szczegółowe wymogi oferty ramowej (art. 42 ust. 4 u.p.t.). Projekt oferty ramowej zatwierdzany jest przez Prezesa UKE, jeżeli odpowiada przepisom prawa i potrzebom rynku, w wersji przedłożonej przez operatora lub po zmianach naniesionych przez organ regulacyjny. W razie nieprzedłożenia oferty ramowej Prezes UKE samodzielnie ustala jej treść.

Oferta ramowa jest ofertą w rozumieniu art. 66 k.c. Oznacza to, że do zawarcia umowy o połączeniu sieci operatora o znaczącej pozycji rynkowej z siecią innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wystarczające jest złożenie przez niego oświadczenia o przyjęciu warunków zawartych w ofercie ramowej. Prezes UKE określa więc w drodze decyzji administracyjnej sposób zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym. Czyni z operatora o znaczącej pozycji rynkowej podmiot inicjujący, zainteresowany zawarciem umowy⁵⁹, zawarcie zaś samej umowy pozostawione zostało uznaniu podmiotu zainteresowanego dostępem do sieci operatora o znaczącej pozycji rynkowej.

W szczególnych przypadkach Prezes UKE może, po uzyskaniu zgody Komisji Europejskiej w trybie art. 18 i art. 19 u.p.t., w drodze decyzji, nałożyć na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej inne obowiązki w zakresie dostępu telekomunikacyjnego niż wymienione w art. 34–40 i art. 42 u.p.t. Powyższa regulacja zawarta w art. 44 u.p.t. jest realizacją zaleceń zawartych w Dyrektywie 2002/19/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz ich łączenia⁶⁰. Regulacja ta budzić może jednak wątpliwości prawne, gdyż działania regulacyjne w sensie ścisłym przybierają zawsze formę działań władczych, stąd też zakres ingerencji powinien być określony w ustawie w sposób konkretny. Przepis powyższy ma zaś charakter klauzuli generalnej, co może stwarzać zagrożenie dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych, tym bardziej że zakres ich obowiązków w sytuacjach szczególnych zagrożeń, a w szczególności wprowadzenia stanu nadzwyczajnego, określono w ustawie (art. 176 i n. u.p.t.).

Istnienie konkurencji na rynkach hurtowych oznaczonych usług telekomunikacyjnych zapewnia konkurencję na rynkach detalicznych. Celem regulacyjnych działań sterujących poszczególnymi rynkami hurtowymi jest stworzenie skutecznej konkurencji na danych rynkach detalicznych. Mimo podjęcia odpowiednich

⁵⁸ A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne...*, op. cit., s. 189.

⁵⁹ S. Rudnicki, w: S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga Pierwsza. Część ogólna*, wyd. 3 zmienione, Warszawa 2001, s. 226–227.

⁶⁰ Dz.Urz. WE L 108 z 24 kwietnia 2002 r.

działań regulacyjnych na rynkach hurtowych rynki detaliczne mogą nie spełniać kryteriów efektywnej konkurencji i mogą nie zostać osiągnięte określone w ustawie cele polityki regulacyjnej. Wówczas podjęte zostaną działania regulacyjne na rynku usług detalicznych⁶¹. Adresatem sterowania regulacyjnego jest przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej na danym rynku detalicznym. Prezes UKE może wówczas, w celu ochrony użytkownika końcowego, w drodze decyzji nałożyć na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego co najmniej jeden z obowiązków określonych w art. 46 ust. 2 u.p.t., tj. obowiązek: nieustalania zawyżonych cen, nieutrudniania wejścia na rynek innym przedsiębiorcom, nieograniczania konkurencji poprzez ustalanie cen usług zaniżonych w stosunku do kosztów ich świadczenia, niestosowania nieuzasadnionych preferencji dla określonych użytkowników końcowych, z wyłączeniem przewidzianych w ustawie, niezobowiązania użytkowników końcowych do korzystania z usług, które są dla niego zbędne. Art. 46 ust. 3 u.p.t. wskazuje, na czym mogą polegać w szczególności powyższe obowiązki. Prezes UKE nakłada również na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej obowiązki w zakresie dzierżawy łączy telekomunikacyjnych, jak również wpływa na wysokość obowiązujących za te usługi cen oraz treść regulaminu ich świadczenia (art. 47–48 u.p.t.).

Działania regulacyjne w ścisłym znaczeniu podejmowane są w formie aktów normatywnych (rozporządzeń) oraz w formie decyzji administracyjnych.

Działania sterujące o charakterze bezpośrednim na rynku telekomunikacyjnym obejmują m.in. działania reglamentacyjne. Ustawodawca w art. 46 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej wyłączył działalność telekomunikacyjną z grupy działalności gospodarczych podlegających obowiązkowi uzyskania koncesji i na podstawie art. 10 ust. 1 u.p.t. zaliczył ją do działalności regulowanej (w sensie nadanym temu pojęciu w ustawie z 2 lipca 2004 r.)⁶², podlegającej wpisowi do specjalnego rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, który prowadzi Prezes UKE⁶³. Wpis do rejestru jest jedną z form reglamentacji gospodarczej, słabszą aniżeli koncesjonowanie⁶⁴. Reglamentacja w tym przypadku polega na uzależnieniu rozpoczęcia działalności telekomunikacyjnej od uzyskania wpisu do rejestru, który może być dokonany dopiero po spełnieniu warunków przewidzianych w ustawie. W przypadkach wskazanych w ustawie przewidziano poszerzenie zakresu reglamentacji o obowiązek uzyskania pozwolenia⁶⁵. Pozwolenie wymagane jest na używanie urządzenia radiowego

⁶¹ Zgodnie z art. 2 pkt 34 ustawy rynkiem detalicznym jest rynek usług i wyrobów w zakresie usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych.

⁶² Szerzej na temat działalności gospodarczej regulowanej M. Waligórski, *Działalność gospodarcza regulowana*, w: *Granice samodzielności wspólnot samorządowych*, Rzeszów 2005, s. 317 i n.

⁶³ Nie dotyczy sytuacji wskazanej w art. 10 ust. 15 ustawy.

⁶⁴ Z. Leoński, *Materiałne prawo administracyjne*, wyd. 7, Warszawa 2005, s. 186.

⁶⁵ Na temat zakresu reglamentacji na gruncie ustawy z 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne A. Krasuski, *Reglamentacja działalności telekomunikacyjnej – rozważania de lege lata i de lege ferenda*, PUG 2004 r., nr 4, s. 2 i n.; E. Ura, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 21 i n.

w celu nadawania sygnałów (pozwolenie radiowe, art. 143 ustawy)⁶⁶. Pozwolenia radiowe wydawane są przez Prezesa UKE (art. 143 ust. 2 ustawy).

Do działań sterujących o charakterze bezpośrednim podejmowanych przez Prezesa UKE zaliczyć można m.in. wyłonienie w drodze konkursu lub wyznaczenie, w drodze decyzji administracyjnej, dostawcy lub dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych (art. 82–83 u.p.t.), określenie minimalnej ilości aparatów publicznych, w tym aparatów przystosowanych dla osób niepełnosprawnych (art. 88 ust. 1 u.p.t.), podejmowanie szeregu działań związanych z gospodarowaniem częstotliwościami oraz numeracją, takich jak ustalanie i zmiany planu zagospodarowania częstotliwości (art. 112 ust. 1 u.p.t.), rezerwacja częstotliwości i zasobów orbitalnych (art. 114 ust. 2 u.p.t.)⁶⁷, przydzielanie numeracji (art. 126 ust. 1 u.p.t.), wezwanie do przekazywania informacji o realizowaniu obowiązków nałożonych mocą ustawy lub decyzją Prezesa UKE (art. 6 ust. 1 u.p.t.), wydawanie świadectw operatora urządzeń radiowych (art. 150 ust. 1 u.p.t.).

Działania sterujące bezpośrednio rynkiem telekomunikacyjnym podjąć może także minister właściwy do spraw łączności, który może określić, w drodze rozporządzenia, wymagania dotyczące jakości poszczególnych usług oraz treść, formę, terminy i sposób publikowania informacji dotyczących jakości dostępnych usług telekomunikacyjnych, kierując się potrzebą zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do wyczerpujących i przejrzystych informacji (art. 63 ust. 2 u.p.t.).

Podobnie jak w przypadku rynku energetyki czy też transportu kolejowego podstawowe znaczenie wśród działań sterujących o charakterze bezpośrednim mają działania policyjne⁶⁸. Obowiązki ochrony dóbr policyjnych nałożone zostały na przedsiębiorców telekomunikacyjnych zasadniczo mocą ustawy, ale również ich poszczególne rodzaje mogą być nałożone w drodze aktu administracyjnego (np. art. 178 u.p.t.). Należy wskazać pośród nich m.in. obowiązki odnoszące się do infrastruktury telekomunikacyjnej (np. art. 139 u.p.t.), aparatury oraz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i radiowych (art. 152 i n. u.p.t.), tajemnicy telekomunikacyjnej i ochrony danych użytkowników końcowych (art. 159 i n. u.p.t.), jak również obowiązki na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 176 i n. u.p.t.). Prezes UKE pełni rolę organu nadzoru nad realizacją powyższych obowiązków. W razie ich naruszenia modyfikuje działalność przedsiębiorców telekomunikacyjnych w drodze decyzji administracyjnych (np. art. 176 ust. 3 u.p.t.).

⁶⁶ A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne...*, op. cit., s. 391 i n. Na ten temat na gruncie ustawy z 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 93 i u.; E. Ura, *Prawo telekomunikacyjne...*, op. cit., s. 21 i n.

⁶⁷ Rezerwację częstotliwości uznać można za jeden z władczych środków reglamentacji, ze względu na możliwość wykorzystywania go do ingerowania, ograniczania swobody gospodarczej w związku z określonymi potrzebami kształtowania stosunków gospodarczych w danych sferach.

⁶⁸ Przyjmuję rozumienie pojęcia policji zaprezentowane przez T. Kocowski, w: A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo...*, op. cit., s. 406 i n.

Prezes UKE podejmuje również działania sterujące rynkiem telekomunikacyjnym w sposób pośredni. Można wśród nich wyróżnić działania informacyjne kierowane do przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz do użytkowników końcowych. Od działań informacyjnych organu regulacyjnego należy odróżnić nakładanie przez ten organ określonych w ustawie obowiązków informacyjnych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co wiąże się ze stwarzaniem warunków do powstawania i rozwoju konkurencji (np. art. 37 ust. 1, art. 54 ust. 3, art. 92 ust. 2 u.p.t.).

Działania informacyjne skierowane do przedsiębiorców wiążą się m.in. z ogłoszeniem raportu, o którym mowa w art. 192 ust. 3 u.p.t. W raporcie Prezes UKE zamieszcza informacje o stanie rynku telekomunikacyjnego za ubiegły rok oraz przedstawia cele działalności regulacyjnej w danym roku. Przekazane informacje ukierunkowują przyszłą działalność przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Prezes UKE publikuje w Biuletynie UKE informację o przystąpieniu do opracowania planu zagospodarowania określonego zakresu częstotliwości lub do opracowania jego zmiany. Podmioty zainteresowane mogą zgłaszać odpowiednie propozycje (art. 112 ust. 7 u.p.t.). Wymiana informacji w tym przypadku może wzajemnie ukierunkować działania podmiotów biorących udział w wymianie.

Działania informacyjne Prezesa UKE adresowane do użytkowników końcowych mają na celu przekazanie im informacji o podstawowych prawach i obowiązkach abonentów publicznie dostępnych usług, standardowych warunkach umów, sposobie rozwiązywania sporów, by dysponowali oni wystarczającą wiedzą w kontaktach z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, a tym samym przez swoje działania przyczyniali się do rozwoju konkurencji. Przykładem tego typu działań jest publikowanie oznaczonych informacji w trybie, o którym mowa w art. 62 u.p.t.

Przekazywanie informacji pomiędzy zainteresowanymi podmiotami, co może wpływać na zachowania na rynku telekomunikacyjnym, następuje również w czasie konsultacji środowiskowych w sprawach związanych z zasięgiem, dostępnością oraz jakością usług telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 192 ust. 1 pkt 19 u.p.t.

V. ORGANY REGULACYJNE NA RYNKU USŁUG POCZTOWYCH

Do zakresu działania Prezesa UKE należy również wykonywanie zadań dotyczących regulacji działalności pocztowej, określonych w ustawie z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo Pocztowne (zwanej dalej u.p.p.)⁶⁹. Zakres działań regulacyjnych podejmowanych na rynku pocztowym jest stosunkowo wąski. Przyczyn tego upatrywać należy przede wszystkim w możliwości prowadzenia działalności na rynku usług pocztowych bez potrzeby korzystania ze specjalnej infrastruktury technicznej, będącej we władaniu monopolisty (jak miało to miejsce we wskazanych powyżej przypadkach). Zgodnie z art. 46 ust. 2 u.p.p., Poczcie Polskiej

⁶⁹ Dz.U. Nr 130, poz. 1188 z późn. zm.

powierzono obowiązek wykonywania zadań operatora publicznego określonych w powyższej ustawie. Tym samym dla Poczty Polskiej, która jest państwowym przedsiębiorstwem użyteczności publicznej, zastrzeżony został wyłączny monopol w zakresie świadczenia powszechnych usług pocztowych, w skład których wchodzi usługi enumeratywnie wyliczone w art. 3 pkt 25 u.p.p. Wykonywanie działalności pocztowej w zakresie usług niezastrzeżonych dla Poczty Polskiej wymaga bądź to zezwolenia, bądź wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Prezesa UKE albo może być prowadzone bez żadnych prawnych ograniczeń.

Organami regulacyjnymi na rynku usług pocztowych są minister właściwy do spraw łączności oraz Prezes UKE. Oba organy spełniają analogiczne funkcje jak na rynku telekomunikacyjnym.

Adresatami działań regulacyjnych są operator publiczny, czyli państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej „Poczta Polska”, oraz operatorzy⁷⁰.

Zastrzeżenie monopolu dla jedynego operatora publicznego na rynku powszechnych usług pocztowych wyklucza możliwość funkcjonowania mechanizmu konkurencji. Pewnym substytutem działań regulacyjnych w ścisłym znaczeniu jest określanie przez ministra właściwego do spraw łączności warunków wykonywania usług pocztowych przez operatora publicznego (art. 46 ust. 3 u.p.p.) oraz możliwość złożenia przez Prezesa UKE wniosku do Rady Ministrów o ustalenie cen urzędowych powszechnych usług pocztowych (art. 51 ust. 2 u.p.p.). Może to nastąpić w szczególności wtedy, gdy opłaty ustalone zostały przez Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej z naruszeniem wymogów Prawa Pocztowego, np. art. 50 ust. 1 u.p.p. W stosunku do pozostałych operatorów w zakresie świadczonych przez nich usług pocztowych nie są podejmowane żadne działania regulacyjne w ścisłym znaczeniu. Operator ustala wysokość oraz sposób uiszczania opłaty za usługi pocztowe, z uwzględnieniem zasad określonych w Prawie Pocztowym (art. 30 ust. 1 u.p.p.). Operator ustala wysokość opłat w sposób dowolny, a cena weryfikowana jest przez rynek. „Uwzględnianie zasad określonych w ustawie” odnosi się jedynie do sposobu uiszczania opłat za usługi pocztowe, np. art. 31 u.p.p.

W skład działań sterujących w sposób bezpośredni rynkiem pocztowym wchodzi przede wszystkim działania typu reglamentacyjnego oraz policyjnego. Zezwolenie na wykonywanie działalności pocztowej wymagane jest w przypadkach oznaczonych w art. 6 ust. 1 u.p.p. W pozostałych przypadkach, z wyjątkiem przypadków określonych w art. 6 ust. 3 i 4 u.p.p.⁷¹, reglamentacja przyjmuje słabszą formę, a działalność pocztowa w tym zakresie jest działalnością regulowaną⁷².

⁷⁰ Zgodnie z art. 3 pkt 11 ustawy – Prawo Pocztove operatorem jest przedsiębiorca uprawniony do wykonywania działalności pocztowej.

⁷¹ Wolność gospodarcza odnosi się do działalności pocztowej polegającej na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu druków bezadresowych oraz działalności wykonywanej przez agenta lub agenta pocztowego na podstawie umowy agencyjnej, zawartej z operatorem zgodnie z przepisami Kodeksu Cywilnego.

⁷² W tym miejscu znajdują pełne zastosowanie odpowiednie rozważania poczynione na gruncie ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo Telekomunikacyjne.

Organem właściwym w sprawach zezwoleń (wydania, odmowy wydania, cofnięcia zezwolenia) oraz w sprawach wpisu do rejestru, jak również kontrolującym przestrzeganie właściwych przepisów prawa przy wykonywaniu działalności pocztowej i nakładającym kary pieniężne za ich naruszenie jest Prezes UKE.

Jedną z form sterowania bezpośredniego, która ogranicza zakres swobody, jest obowiązek zgłaszania wzorów znaków opłat pocztowych lub oznaczenia Prezesowi UKE, który prowadzi ich wykaz. Może on odmówić umieszczenia ich w wykazie, co skutkuje zakazem ich stosowania (art. 31 ust. 4–6 u.p.p.). Podobny charakter ma opiniowanie przez Prezesa UKE zamiaru subsydiowania powszechnych usług pocztowych (art. 50a u.p.p.), przedkładanie oświadczenia co do sposobu kalkulacji kosztów (art. 52 ust. 3 u.p.p.).

Obowiązki typu policyjnego na operatorów nałożone zostały mocą ustawy – Prawo Pocztowe. Wśród nich wskazać należy przede wszystkim obowiązki odnoszące się do ochrony tajemnicy pocztowej (art. 39 u.p.p.), obowiązki na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 41 i n. u.p.p.). W przypadku wprowadzenia stanu wyjątkowego minister właściwy do spraw łączności może nałożyć w drodze decyzji dodatkowe obowiązki związane z zapewnieniem skutecznej ochrony dóbr policyjnych (art. 43 u.p.p.). Podobnie jak w przypadku rynku telekomunikacyjnego, Prezes UKE pełni funkcję organu nadzorującego przestrzeganie wypełniania ustawowych obowiązków. W przypadku naruszenia przepisów, decyzji lub postanowień dotyczących działalności pocztowej Prezes wydaje decyzję określającą zakres naruszeń oraz termin usunięcia nieprawidłowości (art. 65 ust. 1 u.p.p.), która w razie jej niewykonania podlega egzekucji administracyjnej. Ponadto za niektóre naruszenia przepisów prawa nakłada kary pieniężne (art. 67 ust. 1 i art. 68 u.p.p.).

Prezes UKE podejmuje również działania sterujące rynkiem pocztowym w sposób pośredni. Specyfika tych działań Prezesa UKE polega na publikowaniu w Biuletynie UKE informacji przygotowywanych przez operatora publicznego (np. informacji określonych w art. 52 i art. 55 ust. 2 u.p.p.). Ujawnianie tych danych ma motywować operatora do podnoszenia jakości swych usług, obniżania ich cen. Jawność raportów i zawartych w nich danych ma wywoływać na rynku pocztowym efekty charakterystyczne dla wolnorynkowej gry popytu i podaży.

Od rozstrzygnięć (decyzji i postanowień) Prezesa UKE w przypadkach wskazanych w ustawach przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego – Sądu ochrony konkurencji i konsumentów (art. 68 ust. 2 u.p.p. oraz art. 206 ust. 2 i 2b u.p.t.). Sądowa kontrola działalności administracji regulacyjnej zapewnia niezależność organów regulacyjnych oraz udaremnia wpływ okoliczności politycznych na treść rozstrzygnięć.

VI. PODSUMOWANIE

Reasumując, pojęcie regulacji odniosłem do tych obszarów życia społecznego i gospodarczego, w których państwo zrezygnowało z posiadanego niegdyś monopolu administracyjnego lub gospodarczego (tym samym zrezygnowało z re-

gulacji właścicielskiej) i dopuściło w szerszym zakresie do działania podmioty prywatne, co zmusiło do stworzenia instrumentów prawnych zapewniających wywieranie ingerencyjnego wpływu na ich działalność. W związku z trudnościami w jednoznacznym określeniu istoty regulacji, do czego wydatnie przyczyniła się niekonsekwencja ustawodawcy, zaproponowałem zastosowanie, opracowanej przez E. Knosala, konstrukcji prawnego układu sterowania dla oznaczenia stosunków prawnych zachodzących pomiędzy organem regulującym dany rynek oraz uczestnikami tego rynku, jak również pomiędzy organami regulującymi dany rynek. Całokształt stosunków prawnych w tym przypadku określiłem jako **regulacyjny układ sterowania**. Podmiotem sterującym w regulacyjnym układzie sterowania jest dany organ regulacyjny. Są to w pierwszym rzędzie prezesi poszczególnych urzędów regulacyjnych. Organy te dla zapewnienia im możliwości prawidłowego wykonywania ich funkcji, jak również zmniejszenia politycznego wpływu, zostały częściowo wyłączone z hierarchicznej struktury organizacji administracji resortowej. Rozwiązania takie są słuszne, choć należałoby opowiedzieć się za dalszym wzmocnieniem ich niezależności. Obecnie jednak górę bierze tendencja dokładnie odwrotna. Oprócz prezesów poszczególnych urzędów regulacyjnych, zadania z zakresu regulacji rynków wykonują również właściwi ministrowie działów, których można uznać za właściwych kreatorów polityki regulacyjnej, a czasami Rada Ministrów, stąd też ustalone zostały wzajemne układy zależności i ich charakter.

Podmiotami sterowanymi są głównie przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą na danym rynku. Oddziaływanie organu regulacyjnego następować będzie za pomocą oznaczonych w ustawach instrumentów (środków prawnych). W regulacyjnym układzie sterującym środki prawne podzieliłem na: środki, które w swych założeniach mają doprowadzić do stworzenia i rozwijania mechanizmu konkurencji na danym rynku, a więc te działania, które – jak twierdzi M. Porter – w trybie przymusu tworzą czynniki, których brak w otoczeniu monopolisty (działania regulacyjne w ścisłym znaczeniu), oraz inne środki (działania) sterujące (wszystkie pozostałe środki oddziaływania organu regulacyjnego na przedsiębiorców działających na danym rynku), wśród których wyróżniłem środki: bezpośredniego sterowania (bezpośrednie działania sterujące), tzn. zazwyczaj władcze (z użyciem władztwa administracyjnego) działania organu regulacyjnego prowadzące do osiągnięcia innych celów aniżeli tworzenie i rozwój mechanizmu konkurencji na danym rynku, np. działania reglamentacyjne (licencjonowanie, koncesjonowanie), działania związane z zapewnieniem usług powszechnych, z ochroną dóbr powszechnych, jak również działania związane z prowadzeniem rachunkowości regulacyjnej, oraz środki pośredniego sterowania (pośrednie działania sterujące), tzn. niewładcze działania organu regulującego prowadzące do osiągnięcia określonego celu przez uprzednie informowanie przedsiębiorców o pożądanych, preferowanych zachowaniach, jak również działania związane z kierowaniem apeli, wpływające na decyzje przedsiębiorców danego rynku), np. ogłaszanie informacji przez organy regulacyjne.

Całość działań sterujących zapewnić ma państwu wpływ na kształt i funkcjonowanie danych rynków regulowanych, pomimo „właścicielskiego” wycofania się państwa z udziału w nich (regulacji właścicielskiej). Nadto zapewnić ma „bezpieczeństwo zbiorowe”, które objęło poza sferą stosunków życia społecznego również gospodarkę. Nowa kategoria organów powołana została dla ochrony danej dziedziny rynku przed patologiami.

Wydaje się, że instytucja organów regulacyjnych będzie podlegała dalszemu procesowi ewolucji, co dotyczy się przede wszystkim organów regulujących rynek paliw i energii. Nośniki energii stały się w ostatnich latach podstawowymi środkami prowadzenia polityki międzynarodowej, służącymi w głównej mierze do wywierania wpływu na inne państwa. Wpływ ten wywierany jest co najmniej w dwojaki sposób, z jednej strony przez limitowanie ilości dostarczanych paliw, a z drugiej przez próby wkroczenia przedsiębiorstw energetycznych na rynki innych państw. Można przypuszczać, że w niedługiej przyszłości nastąpi stworzenie administracyjnych mechanizmów chroniących bezpieczeństwo narodowe przed tego typu wrogimi działaniami. Można więc przypuszczać, że prawny kształt regulacyjnej funkcji współczesnej administracji publicznej podlegać będzie dalszej ewolucji.

Kończąc, należy wskazać, że działania administracji publicznej na rynkach regulowanych należą do jednych z najistotniejszych pośród ogółu obecnego katalogu zadań przez nią sprawowanych i wywierają bezpośredni wpływ na każdego. Doświadczenia ostatnich lat wskazują na stale rosnące znaczenie tej funkcji państwa. Można więc założyć dalszy rozwój administracji regulacyjnej, tak przedmiotowy, jak i podmiotowy. Dojdzie przy tym zapewne do klarownego wyodrębnienia organów regulacyjnych „politycznych” (Rada Ministrów, ministrowie), kreujących politykę regulacyjną państwa i ponoszących odpowiedzialność za bezpieczeństwo narodowe, oraz „właściwych” organów regulacyjnych, spełniających bieżące funkcje regulacyjne, wyposażonych w szerszy niż obecnie zakres niezależności, być może nawet wyodrębnionych ze struktur zhierarchizowanej administracji rządowej. Wydaje się, że o ile brak jest pewności co do kierunków dalszego rozwoju, pomimo powyższych przewidywań, o tyle raczej niewątpliwe jest przyspieszenie tempa rozwoju administracji regulacyjnej oraz proces modyfikacji zakresu jej zadań, w związku z rozwojem techniki oraz zagrożeniami międzynarodowymi, a tym samym i wzrost znaczenia funkcji regulacyjnej.

REGULATION AS THE NEW FUNCTION OF CONTEMPORARY PUBLIC ADMINISTRATION IN POLAND

The subject of the study was defining legal and administrative aspect of regulation as the new function of contemporary public administration and the structural position of the regulatory bodies in the structure of the Polish public administration. The starting point to present particular regulatory systems existing on the so called regulated markets (i.e. rail transport market, fuel and energy market as well

as telecommunication and post market) was the analysis of the term regulation. There was the question of the reasons for and aim of introducing the regulations to the economy. It is necessary that public administration is active on specified areas so that the aim (or aims) is met. Actions of the regulatory bodies were explained by using both the method of describing their areas of activity and the description and analysis of action forms.

Difficulties to specify the content of the regulatory function unambiguously were the reason why the usage of research instrument in the form of legal control system to specify legal relations between regulatory body and participants of particular market as well as between bodies regulating particular market was suggested. The legal relations as a whole were defined as **regulatory control system**. In the summary I presented the conclusion saying that regulation is the new function of the contemporary public administration in Poland.

MARTA SZUNIEWICZ

PRAWNA OCHRONA RODZINY W SYTUACJI STANU NADZWYCZAJNEGO

I. WSTĘP

Stan nadzwyczajny, nawet jeśli nie przybiera formy konfliktu zbrojnego, stawia cały naród w obliczu szczególnego zagrożenia, wstrząsa wszelkimi strukturami państwa i społeczeństwa, w tym również najmniejszymi, tj. rodzinami. Niekiedy istniejąca sytuacja rodzi konieczność podjęcia przez państwo szczególnych środków i działań wymagających niejednokrotnie „zawieszenia” określonych praw zagwarantowanych jednostce ludzkiej w poszczególnych traktatach ochrony praw człowieka i dlatego też dokumenty te przewidują możliwość „uchylenia”¹ – w ramach derogacji – zobowiązań państwa w zakresie ochrony praw człowieka wynikających z danego aktu.

Wobec maszyny państwa i derogacji stoi rodzina, podstawowa komórka społeczeństwa, środowisko życia jednostki ludzkiej, choć niewielka, ale o fundamentalnej roli w społeczeństwie. Pojawia się zatem pytanie o stopień ochrony przynależnej rodzinie na wypadek zaistnienia „niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu” oraz zakres dopuszczalnej ingerencji w te prawa w razie skorzystania przez państwo ze wspomnianego mechanizmu derogacji. Czy brak zamieszczenia *expressis verbis* praw rodziny w katalogu praw niederogowalnych czyni prawa te bezbronnymi, pozbawionymi ochrony i gwarancji prawnych oraz pozostawionymi „na łasce” władz państwowych?

Celem tego artykułu będzie właśnie zbadanie i ocena stanu ochrony prawnej zagwarantowanej rodzinie na wypadek stanu nadzwyczajnego w międzynarodowych instrumentach ochrony praw człowieka oraz międzynarodowego prawa humanitarnego. Ośmielam się wręcz postawić – a raczej podtrzymać postawioną przez prof. Tadeusza Jasudowicza² – tezę o niewzruszalności tego odcinka sub-

¹ Termin *derogation* zazwyczaj tłumaczony jest w języku polskim jako „uchylenie” czy „zawieszenie”, jednak pojęcia te nie oddają istoty losu zobowiązań państw w dziedzinie praw człowieka, gdzie wchodzi w rachubę jedynie czasowe ograniczenie w korzystaniu z tych praw, obniżenie standardu ochrony poszczególnych praw, do których zapewnienia zobligowane są władze państwowe; por. uwagi T. Jasudowicza, *Granice korzystania z praw człowieka – rozwiązania Konstytucji RP na tle standardów europejskich*, w: C. Mik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, Toruń 1999, s. 59.

² T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 1997, s. 22.

stancji praw człowieka w kontekście derogacji, pomimo braku odnośnych norm w katalogach praw niederogowalnych występujących w prawie międzynarodowym praw człowieka³, oraz podjąć próbę zebrania argumentów za nią przemawiających.

II. MECHANIZM DEROGACJI ZOBOWIĄZAŃ W DZIEDZINIE PRAW CZŁOWIEKA (UWAGI OGÓLNE)

W zasadzie we wszystkich traktatach ogólnej ochrony praw człowieka, tak uniwersalnych, jak i regionalnych, przewidziano na wypadek sytuacji nadzwyczajnych możliwość uchylecia wynikających z nich zobowiązań w dziedzinie praw człowieka⁴. Zawarty w traktatach praw człowieka⁵ mechanizm derogacji zobowiązań prawnomiędzynarodowych na wypadek stanów nadzwyczajnych ma złożoną strukturę normatywną. Pierwszym jego elementem, i to o fundamentalnym znaczeniu, jest tzw. „warunek główny” w postaci wymogu uprzedniego zaistnienia sytuacji ekstremalnej spełniającej kryterium „wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża istnieniu narodu”⁶.

Drugą warstwę strukturalną stanowią warunki formalnoorganizacyjne⁷. Na płaszczyźnie tej można wyróżnić warunek uprzedni – w postaci wymogu właściwego urzędowego ogłoszenia stanu nadzwyczajnego⁸, warunek początkowy jego realizacji – w postaci obowiązku międzynarodowej notyfikacji o poczynionych przez państwo krokach w trybie klauzuli derogacyjnej⁹, oraz warunek końcowy – w postaci wymogu zawiadomienia o zakończeniu stanu nadzwyczajnego¹⁰.

Warstwa substancjalna z kolei obejmuje zestaw trzech testów-warunków, którym muszą sprostać podjęte przez państwo środki derogacyjne, aby można uznać je za dopuszczalne. Test konieczności nakazuje utrzymanie środków derogacyjnych „w granicach ściśle odpowiadających wymaganiom sytuacji”¹¹. Test prawo-

³ Jedynie Amerykańska Konwencja Praw Człowieka z 1969 r. przewiduje prawa rodziny w katalogu praw niederogowalnych (art. 27 ust. 2 w zw. z art. 17).

⁴ Zob. art. 4 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. (dalej: MPPOiP), art. 15 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. (dalej: EKPC), art. 27 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 22 listopada 1969 r. (dalej: AKPC) oraz art. 30 Europejskiej Karty Socjalnej z 18 października 1961 r. (dalej: EKS).

⁵ Możliwości zawieszania wykonywania przewidzianych w nich praw w sytuacji stanu nadzwyczajnego nie przewiduje Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z 1981 r., Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r. oraz Konwencja Praw Dziecka z 1989 r.

⁶ Zob. art. 4 ust. 1 Paktu, art. 15 ust. 1 EKPC, art. 27 ust. 1 AKPC oraz art. 30 ust. 1 EKS. Szerzej na temat „sytuacji wyjątkowego niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu” zob. A. Michalska, *Niebezpieczeństwo publiczne, które zagraża życiu narodu*, w: T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych ze szczególnym uwzględnieniem prawa i praktyki polskiej*, TNOiK, Toruń 1997, s. 11–25 oraz J.F. Hartman, *Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision*, „Human Rights Quarterly” 1985, vol. 7, s. 91 i n.

⁷ O roli wykraczającej daleko poza techniczną przesłankę proceduralnych w mechanizmie derogacji wspomina J.F. Hartman, *Working Paper...*, op. cit., s. 99 i n.

⁸ *Expressis verbis* wymóg ten wprowadza jedynie art. 4 ust. 1 Paktu.

⁹ Art. 4 ust. 3 Paktu, art. 15 ust. 3 EKPC, art. 27 ust. 3 AKPC, art. 30 ust. 2 EKS.

¹⁰ Art. 4 ust. 3 Paktu, art. 15 ust. 3 EKPC i art. 30 ust. 2 EKS.

¹¹ Zob. art. 4 ust. 1 Paktu, art. 15 ust. 1 EKPC, art. 27 ust. 1 AKPC oraz art. 30 ust. 1 EKS.

rzędności międzynarodowej wymaga zgodności podjętych przez państwo działań „z jego innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego”¹². Z kolei test niedyskryminacji wyraża się w zakazie podejmowania środków, które „powodują dyskryminację z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego”¹³.

W mechanizmie uchylania zobowiązań wynikających z danego traktatu ochrony praw człowieka rysuje się wyraźnie jeszcze jeden element stanowiący „zasadniczy wyjątek substancjalny”¹⁴, pełniący rolę swoistego „zaworu bezpieczeństwa” w postaci katalogu praw, których zawieszenia nie usprawiedliwiają nawet okoliczności stanu wyjątkowego niebezpieczeństwa. Są zatem prawa, które stoją ponad wszystkim, których trzeba przestrzegać nawet w najbardziej ekstremalnych sytuacjach, a państwo od obowiązku bezwzględności ich przestrzegania nie jest w stanie się uchylić. I właśnie z uwagi na tę ich cechę zwykło określać się je mianem „praw niederogowalnych”¹⁵.

Prawa niederogowalne stanowią zatem z jednej strony dla władz państwowych nieprzekraczalną granicę, której żadne względy naruszyć nie pozwalają, z drugiej zaś stanowią absolutne minimum praw zagwarantowanych jednostce ludzkiej w każdych okolicznościach, z tym że ten minimalny poziom ochrony różnie się kształtuje w poszczególnych traktatach. Niewątpliwie zauważalną tendencją jest rozbudowywanie z upływem czasu katalogu praw niederogowalnych i tym samym podniesienie tej „minimalnej poprzeczki”. Najwcześniejsza Europejska Konwencja Praw Człowieka przewidywała tylko cztery takie prawa (prawo do życia, zakaz tortur, zakaz niewolnictwa i poddaństwa oraz zasadę *nullum crimen sine lege*)¹⁶, Pakt rozszerzył jej katalog o zakaz więzienia za długi (art. 11), prawo do podmiotowości prawnej (art. 16) i prawo do wolności myśli, sumienia i religii (art. 18), przyjęta zaś w 1969 r. Konwencja Amerykańska przewiduje zakaz zawieszenia praw aż z 11 artykułów¹⁷, nadając status niederogowalności, będącym przedmiotem naszego zainteresowania, prawom rodziny (art. 27 ust. 2 w zw. z art. 17).

Przyjrzyjmy się teraz problemowi praw rodziny na tle zjawiska niederogowalności praw człowieka. W świetle powyższych uwag oczywisty jest brak praw rodziny w katalogach praw niederogowalnych, a ich obecność w regionalnym

¹² Zob. art. 4 ust. 1 Paktu, art. 15 ust. 1 EKPC, art. 27 ust. 1 AKPC oraz art. 30 ust. 1 EKS.

¹³ Zob. art. 4 ust. 1 Paktu i art. 27 ust. 1 AKPC.

¹⁴ Określenie T. Jasudowicza, użyte w dyskusji panelowej zatytułowanej „Stan wojenny w PRL 1981”, w: T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach...*, op. cit., s. 160.

¹⁵ Jedyne Europejska Karta Socjalna, dopuszczając możliwość derogacji, nie przewiduje takiego nieprzekraczalnego minimum w postaci praw niezawieszalnych.

¹⁶ Katalog ten został w latach późniejszych powiększony o zakaz stosowania kary śmierci (art. 3 Protokołu VI do EKPC z 1983 r.) i zasadę *ne bis in idem* (art. 4 Protokołu VII z 1984 r.).

¹⁷ Są to: art. 3 (prawo do osobowości prawnej), art. 4 (prawo do życia), art. 5 (prawo do ludzkiego traktowania), art. 6 (wolność od niewolnictwa), art. 9 (*nullum crimen sine lege*), art. 12 (wolność wyznania i religii), art. 17 (prawa rodziny), art. 18 (prawo do nazwiska), art. 19 (prawa dzieci), art. 20 (prawo do obywatelstwa) oraz art. 23 (prawo do udziału w rządach) oraz zasadnicze gwarancje sądowe dla ochrony tychże praw.

systemie panamerykańskim jest kwestią drugorzędną, z uwagi na niewielką liczbę państw nią związanych, ale przede wszystkim z uwagi na brak mocy wiążącej wobec naszego kontynentu¹⁸. Czy wobec powyższego właściwe jest odruchowe wyciągnięcie wniosku o derogowalności praw rodziny? Czy brak umieszczenia *expressis verbis* tej kategorii praw w katalogach praw niederogowalnych jednoznacznie przesądza o jej statusie i braku cechy niezawieszalności?

Niestety, taka postawa stanowi nagminną praktykę wśród przedstawicieli doktryny, którzy bez bliższego przyjrzenia się problemowi odruchowo wrzucają prawa rodziny do „worka” praw, których wykonywanie można zawiesić, od których poszanowania władze państwowe w obliczu szczególnego niebezpieczeństwa mogą się uchylić i w nie ingerować. A przecież chodzi tu o fundamentalne prawa każdej jednostki ludzkiej, i zdumiewa, że nikt – poza T. Jasudowiczem, który teżę taką (choć bez głębszej jej analizy) na gruncie polskiej doktryny ośmielił się postawić¹⁹ – nad problemem tym się nie zatrzymał i nim nie zajął, prawdopodobnie po prostu go niezauważając i odruchowo uznając za karkołomną próbę wykazania obowiązku pełnego ich poszanowania na wypadek stanu nadzwyczajnego, wobec braku odpowiedniego zapisu w powyższych klauzulach derogacyjnych.

Z uwagi na powyższe celem niniejszego studium jest podtrzymanie postawionej niegdyś przez prof. Tadeusza Jasudowicza tezy i próba przedstawienia szeregu argumentów za nią przemawiających. W poszukiwaniu źródeł niederogowalności praw rodziny sięgnę do rygorów samej klauzuli derogacyjnej oraz wniosków wypływających z ogólnej filozofii i teorii praw człowieka i prawa międzynarodowego. Podstawowy zrąb substancjalny struktury dowodu tezy stanowić będą jednak gwarancje praw rodziny przewidziane w międzynarodowym prawie humanitarnym i właśnie w związku z tym tak niezwykle istotna będzie kwestia wykazania aktualności zobowiązań płynących pod adresem władz państwowych z norm prawa humanitarnego w razie wystąpienia sytuacji nadzwyczajnego zagrożenia publicznego.

Należy zauważyć, że wiele z przedstawionych poniżej argumentów nie ogranicza się tylko do praw rodziny, a w większym lub mniejszym stopniu może uzasadniać konieczność pełnego, a przynajmniej pełniejszego przestrzegania także innych – z założenia derogowalnych – praw człowieka.

¹⁸ Należy jednak wskazać, że Specjalny Sprawozdawca Questiaux rekomendował w swoim raporcie rozszerzenie katalogu praw niederogowalnych o wszystkie te, którym status niederogowalności przyznaje Konwencja Amerykańska; zob. Nicole Questiaux, Special Rapporteur, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as States of siege or emergency, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15 (27.07.1982), § 203, Recommendation B.

¹⁹ T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach...*, op. cit., s. 22.

III. DOWÓD TEZY O NIEWZRUSZALNOŚCI PRAW RODZINY

1. Implikacje rygoryzmu warunków derogowalności

Niezamieszczenie danego prawa w katalogach praw niederogowalnych nie oznacza wcale pełnej dowolności państw w zakresie uchylania swych zobowiązań dotyczących odnośnych praw w razie zaistnienia stanu nadzwyczajnego²⁰. Pierwszych argumentów przemawiających za tym dostarcza już sama klauzula derogacyjna, której restrykcyjne warunki czynią nader ograniczoną możliwość sięgania po określone środki derogacyjne, ściśle reglamentując również ich charakter i zasięg, a zwłaszcza możliwość ograniczenia w wyniku ich zastosowania pewnych kategorii praw, a zwłaszcza praw rodziny²¹.

Już sam warunek główny w postaci zaistnienia *emergency threatening the life of the nation* znacznie zawęża kontekst sytuacyjny usprawiedliwiający sięgnięcie po instytucję derogacji. I właśnie w związku z powyższym na krytykę zasługuje powściągliwość organów strasburskich²² (w zakresie analizy i kwalifikacji powoływanych przez państwo okoliczności jako stanu, który osiągnął odpowiedni *threshold of emergency*), odchodzących tym samym od reguł wykładni i kryteriów ocennych, wypracowanych przez nie same jeszcze w latach 60. (*Lawless Case*²³ i *Greek Case*²⁴). Przyznając państwu „szeroki margines oceny” (*a wide margin of appreciation*)²⁵ i przechodząc do porządku dziennego nad interpretacją

²⁰ Por. Uwagi Ogólne nr 29 z 31 sierpnia 2001 r. (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11), § 6.

²¹ Jamie Oraa zalicza prawa rodziny do kategorii praw, które są wyłączone spod zakresu możliwej derogacji: *due to the fact that these rights are not directly related to emergencies and therefore there is no need to derogate from them*; zob. J. Oraa, *Human rights in States of emergency in international law*, Oxford: Clarendon Press, 1992, s. 125.

²² Zarzut „godnej pożałowania «powściągliwości» oraz inercji badawczej” pod ich adresem formułuje na gruncie polskiej doktryny T. Jasudowicz – por. idem, *Determinanty międzynarodowo chronionej substancji praw człowieka w systemie uniwersalnym i europejskim* (...), w: T. Jasudowicz, C. Mik (red.), *O prawach człowieka. W podwójną rocznicę Paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej*, Toruń 1996, s. 96 oraz idem, *Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych*, w: T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach...*, op. cit., s. 54 i 81–82. W podobnym duchu wypowiada się Joan F. Hartman, wskazując, że organy implementacyjne powinny przyjąć „ściłą interpretację klauzuli derogacyjnej”, a na władzach państwowych podejmujących środki derogacyjne powinien spoczywać *the burden of justification*; por. idem, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies – A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations*, „Harvard International Law Journal” 1981, vol. 22, nr 1, s. 51.

²³ Por. Report of the European Commission of Human Rights of 19 December 1959, „Yearbook of the European Commission of Human Rights”, vol. VII, s. 472 i n.

²⁴ Por. Report of the European Commission of Human Rights of 5 November 1969, „Yearbook of the European Commission of Human Rights”, vol. XII, s. 72 i n. W omawianej sprawie Komisja stanęła na stanowisku, iż stan „niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża życiu narodu”, musi odpowiadać następującej charakterystyce: niebezpieczeństwo jest aktualne (bezpośrednie) i poważne, skutki niebezpieczeństwa dotyczą całego społeczeństwa, zagrożone jest zorganizowane życie społeczności państwowej, a kryzys lub niebezpieczeństwo muszą być wyjątkowe, gdy normalne środki lub ograniczenia przewidziane w Konwencji są całkowicie niewystarczające do utrzymania bezpieczeństwa publicznego, porządku i zdrowia ludności.

²⁵ Zdaniem organów Konwencji europejskiej, ze względu na „(...) bezpośredni i stały kontakt z palącą potrzebą sytuacji w danej chwili sędziowie krajowi są, co do zasady, w lepszej sytuacji niż sędziowie międzynarodowi, by móc ocenić zarówno fakt istnienia takiego stanu nadzwyczajnego, jak

Irlandii, zawężającą możliwość uznania dopuszczenia się przez państwo naruszenia wiążących go zobowiązań do przypadku, gdy „jego ocena sytuacji bądź podejmowane środki były *manifestly unreasonable*”²⁶, zdają się – w miejsce wyjątkowości sytuacji i zobowiązania państwa do należytego wykazania spełnienia wymogów klauzuli derogacyjnej i przedstawienia w tym zakresie stosownej faktografii – wprowadzać domniemanie na korzyść legalności działań rządu, czyniąc państwa legitymowanymi do daleko idącej w tym zakresie dowolności. Również konieczność sprostania wymogom formalnym (proklamacji i notyfikacji stanu nadzwyczajnego) nie jest w tym zakresie bez znaczenia ze względu na zapobieganie nadużyciom ze strony władz państwowych.

Fundamentalne znaczenie i daleko idące konsekwencje dla będących przedmiotem naszego zainteresowania praw rodziny mają jednak substancjalne elementy (testy) mechanizmu derogacji w warstwie dopuszczalności realizacji stanu nadzwyczajnego, a więc wymogi stawiane środkom derogacyjnym. Substancjalne przesłanki dopuszczalności realizacji stanu nadzwyczajnego w postaci testów konieczności, legalności prawnomiędzynarodowej i niedyskryminacji mają pierwszorzędne znaczenie i to właśnie one stanowią podstawowe kryteria oceny zgodności z prawem (z klauzulą derogacyjną) środków podjętych przez władze państwowe. Jeśli państwo spełniło omówione wcześniej przesłanki dopuszczalności wprowadzenia stanu nadzwyczajnego, podjęte przez nie działania – rozpatrywane w świetle przytoczonych przez władze państwowe argumentów, a zwłaszcza faktografii – muszą „zdać” wszystkie trzy testy, a uchybienie wymogom choćby jednego z nich czyni te środki niedopuszczalnymi, a tym samym nieusprawiedliwionymi w świetle klauzuli derogacyjnej, którą posłużono się dla ich wprowadzenia.

Test konieczności wymaga podjęcia środków uchylających wykonywanie zobowiązań wynikających z odnośnego traktatu „w zakresie ściśle odpowiadającym”²⁷ wymogom sytuacji”²⁸. Ta substancjalna przesłanka derogacji nabiera – zwłaszcza w kontekście wskazanej powyżej praktyki strasburskiej – szcze-

i zakres i charakter potrzebnej derogacji. W tym zakresie art. 15 pozostawia władzom krajowym szeroki zakres marginesu oceny” (por. cytowana już *Lawless Case*; identycznie Trybunał w *Handyside Case* (1978), Court Judgement of 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 78–79. Szerzej na temat marginesu swobodnej oceny w zakresie podejmowania środków derogacyjnych zob. O. Gross, F. Ni Aolain, *From Discretion to Scrutiny: Revising the Application of the Margin of appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Quarterly” 2001, vol. 23, s. 625–649.

²⁶ *Lawless Case*, Opinion, 19 grudnia 1959, ser. B, nr 1, § 85.

²⁷ Jak zauważa Joan F. Hartman, sformułowanie *strictly required* wzmacnia element proporcjonalności oraz wskazuje na *obligation to act in goodfaith*; por. idem, *Derogation...*, op. cit., s. 17.

²⁸ Poza traktatami praw człowieka również Dokumenty Ludzkiego Wymiaru KBWE wyraźnie przewidują powyższy wymóg (pkt 25.3 Dokumentu Spotkania Kopenhaskiego Konferencji w sprawie Ludzkiego Wymiaru KBWE z 29 czerwca 1990 r. oraz pkt 28.7 Dokumentu Spotkania Moskiewskiego Konferencji w sprawie Ludzkiego Wymiaru KBWE z 4 października 1991 r.), gdzie zwłaszcza ten ostatni wskazuje, że chodzi o podjęcie tylko takich kroków, które są „(...) *justified by the most exceptional and grave circumstances*”. Należy również podkreślić, że wymóg ten dotyczy trwania, zasięgu geograficznego i zakresu przedmiotowego stanu nadzwyczajnego oraz wszelkich środków odstępstwa stosowanych z uwagi na ten stan (por. Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 4, zd. 2).

gólnego znaczenia²⁹, znacznie zawężając pole manewru władzom państwowym i kreując ich obowiązek „wykazania konkretnego i utrzymanego w granicach proporcjonalności związku pomiędzy zastosowanym środkiem a sytuacją wymagającą kontroli”³⁰. Tym samym „wchodzi w grę test konieczności, a przynajmniej niezbędności”³¹, a zarazem test proporcjonalności³², któremu sprostać muszą przedsięwzięte przez państwo środki. Powinny być one „ściśle ograniczone do wymogów sytuacji” (*strictly limited to what is required by the exigencies of the situation*)³³, a wręcz być „absolutnie konieczne”³⁴. To na państwie ciąży obowiązek wykazania *the irresistible force of circumstances* oraz proporcjonalności między takim niebezpieczeństwem a podejmowanymi środkami zaradczymi, które muszą być „ograniczone, zarówno w swoim zakresie, jak i do tego, co jest pilnie konieczne”³⁵.

W świetle powyższych uwag nie ulega wątpliwości, że możliwość zawieszenia praw rodziny jest – w świetle testu konieczności i proporcjonalności – w istotny sposób ograniczona, gdyż trudno byłoby państwu wykazać, że właśnie uchYLENIE jego zobowiązań w zakresie poszanowania i ochrony rodziny jest środkiem koniecznym w zaistniałej sytuacji³⁶ dla przezwyciężenia stanu szczególnego zagrożenia, i czemu konkretnie takie „naruszenie” miałyby służyć³⁷ oraz uzasadnić, dlaczego nie jest możliwe podjęcie innych środków.

²⁹ Por. J. Oraa, op. cit., s. 142.

³⁰ B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste w sprawach karnych w świetle standardów Rady Europy. Implikacje praktyczne dla prawa polskiego*, Toruń 1996, s. 124. Na konieczność istnienia takiego związku wskazał sam Trybunał w orzeczeniu z 18 stycznia 1978 r. w sprawie *Ireland v. UK*, ser. A, nr 25, § 213.

³¹ T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996, s. 33; idem, *Determinanty...*, op. cit., s. 96–97.

³² Zob. Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 4, zd. 4. Konieczność podejmowania środków ściśle odpowiadających charakterowi oraz stopniowi (intensywności) zagrożenia statuują również polskie ustawy dotyczące stanów szczególnych; por. art. 18 ust. 2 ustawy o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom RP (Dz.U. z 2002 r. Nr 156, poz. 1301) oraz art. 2 ust. 2 ustawy z 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. z 2002 r. Nr 113, poz. 985 z późn. zm.).

³³ *Lawless case*, op. cit., § 22. Trybunał wielokrotnie to potwierdzał; por. orzeczenia przytoczone przez T. Jasudowicza, *Studium...*, op. cit., s. 54 (przyp. 43). Również Komitet Praw Człowieka podkreśla, że „Jeśli państwa rozważają powołanie się na art. 4 w innych sytuacjach niż konflikt zbrojny, powinny starannie rozważyć uzasadnienie, dlaczego taki środek jest konieczny i słuszny w danych okolicznościach” (Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 3).

³⁴ Orzeczenie *Ireland v. UK*, op. cit., § 211.

³⁵ European Commission of Human Rights Decisions and Reports 1968-III, § 92.

³⁶ Komitet wyraźnie podkreślił w cytowanych już wielokrotnie Uwagach Ogólnych nr 29 z 2001 r., że sam fakt, iż dopuszczalne odstępstwo od konkretnego postanowienia może samo przez się dać się usprawiedliwić wymogami sytuacji, nie eliminuje wymogu, by co do konkretnych środków podejmowanych z racji dokonywania takiego odstępstwa także wykazać, iż są one objęte wymogami sytuacji (§ 4, zd. 5).

³⁷ Przy pracach nad art. 4 Paktu, wobec zgłoszenia propozycji umieszczenia prawa do zawarcia związku małżeńskiego w katalogu praw niedorogowalnych (por. E/CN.4/365), wskazano na indyferentny charakter tego prawa, uznając, że dotyczy ono „spraw o ściśle prywatnym charakterze i państwo nie powinno w nie ingerować” (A/5655, § 51, w: M.J. Bossuyt, *Guide to the travaux preparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 94), co jednak kwestionowały niektóre państwa (por. ibidem, s. 95). Konieczność traktowania prawa do założenia rodziny jako prawa równoważnego tym, zamieszczonym w art. 4 ust. 2 Paktu, jest oczywista dla

Fundamentalne znaczenie – jakie zwłaszcza w kontekście umożliwienia, a wręcz zobowiązania do sięgnięcia po gwarancje zawarowane w normach międzynarodowego prawa humanitarnego – ma przesłanka formułująca wymóg niesprzeczności podejmowanych środków „z innymi zobowiązaniami państwa wynikającymi z prawa międzynarodowego”. Z uwagi jednak na dalekosiężne skutki, jakie pociąga za sobą test legalności prawnomiędzynarodowej (zwłaszcza aktualizacji na czas stanu nadzwyczajnego zobowiązań państwa unormowanych na poziomie norm prawa humanitarnego), oraz bogactwo normatywnych środków gwarancyjnych, do których należy sięgnąć w poszukiwaniu zakresu niedopuszczalnej ingerencji w poszczególne prawa człowieka³⁸, w tym prawa rodziny, przesłance tej i jej implikacjom poświęcimy wiele uwag w dalszej części rozważań.

Test niedyskryminacji, oznaczający niedopuszczalność powodowania dyskryminacji (z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego)³⁹, jako substancjalna przesłanka dopuszczalności środków derogacyjnych, został wyraźnie wymieniony jedynie w Pakcie (art. 4 ust. 1) i Konwencji Amerykańskiej (art. 27 ust. 1), natomiast pomijają go milczeniem europejskie dokumenty ochrony praw człowieka, tj. EKPC oraz EKS. Niemniej należy z uznaniem odnotować fakt pragmatycznie rozumianej w świetle strasburskiego *case law* klauzuli niedyskryminacji z art. 14 Konwencji i związanej z tym praktyki orzeczniczej, która pomimo milczenia w tym zakresie art. 15 zdawała się traktować przesłankę niedyskryminacji, jakby była „w rzeczywistości doń włączona”⁴⁰. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że zasada niedyskryminacji stopniowo rozwinęła się w „podstawową i niederogowalną zasadę międzynarodowej ochrony praw człowieka i w pełni też powinna być w stanach nadzwyczajnych szanowana”⁴¹.

Niestety, pomimo olbrzymiego potencjału ochronnego wymogów zawarowanych w klauzulach derogacyjnych, jaki mogłyby wykorzystywać organy międzynarodowej ochrony praw człowieka, przyjęta przez nie praktyka „szafowania” szerokim marginesem oceny oraz niemalże domniemaniem legalności wprowadzenia stanu nadzwyczajnego oraz podjętych na ten czas środków, znacznie osłabiła przedstawione powyżej liczne ograniczenia w zakresie dopuszczalności

P. Daranowskiego (por. idem, *Międzynarodowa ochrona praw obywatelskich i politycznych in statu nascendi*, Łódź 1993, s. 167). Za wyłączeniem możliwości derogacji wobec wszystkich *family rights* opowiada się J. Oraa (idem, op. cit., s. 125).

³⁸ Por. M. Lubiszewski, *Test legalności prawnomiędzynarodowej w klauzuli derogacyjnej. Kilka uwag poczynionych na tle nauczania profesora Tadeusza Jasudowicza*, w: J. Białcerkiewicz i in. (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, TNOiK, Toruń 2004, s. 246.

³⁹ Krytycznie wobec tego zawężenia treści przesłanki niedyskryminacji – zwłaszcza w zestawieniu z odesłaniem do „innych zobowiązań”, które wskazują zakres niedopuszczalnej sytuacji w szerszym zakresie – odnosi się T. Jasudowicz, postulując jednocześnie rozszerzającą interpretację przesłanki niedyskryminacji z uwzględnieniem całości prawa międzynarodowego praw człowieka oraz prawa humanitarnego; por. idem, *Determinanty...*, op. cit., s. 96 i n.; podobnie zob. P. Daranowski, *Międzynarodowa...*, op. cit., s. 164 i n.

⁴⁰ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 77.

⁴¹ Ibidem, s. 77–78.

zawieszania praw człowieka, w tym praw rodziny, skazując je na nikłą skuteczność i moc gwarancyjną.

2. Test legalności prawnomiędzynarodowej jako źródło gwarancji ochronnych

Jak już wcześniej wspomniałam, traktaty ochrony praw człowieka dopuszczają zastosowanie środków derogacyjnych jedynie „pod warunkiem, że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami (państwa) wynikającymi z prawa międzynarodowego”⁴². Przesłanka ta oznacza zatem „otwarcie danego systemu ochronnego na całość prawa międzynarodowego, na cały zbiór jego norm i zasad, różnego pochodzenia i charakteru, o ile mniej lub bardziej bezpośrednio regulują bądź wiążą się z unormowaniem ochrony praw człowieka, pozostając więc w wystarczająco ścisłej z nim więzi”⁴³.

Na wyraźne podkreślenie zasługuje znaczenie tej przesłanki substancjalnej⁴⁴, „którą można wręcz postrzegać jako zagwarantowanie «międzynarodowego *rule of law*», skoro (...) wymaga (...) osadzenia (...) w całości zobowiązań prawnomiędzynarodowych danego państwa, z wszelkimi stąd płynącymi konsekwencjami prawnymi i zupełnie praktycznymi dla ograniczenia swobody jego derogacyjnych poczyną”⁴⁵. Owo przeniesienie do sfery pozasystemowej „wiąże się z potrzebą postrzegania sprzężenia zwrotnego pomiędzy prawem międzynarodowym praw człowieka a prawem międzynarodowym w ogóle”⁴⁶, a zwłaszcza międzynarodowym prawem humanitarnym. Przewidziany w klauzulach derogacyjnych test legalności prawnomiędzynarodowej w postaci wymogu niesprzeczności podejmowanych przez państwo środków derogacyjnych z „innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego” (*principle of consistency*) oznacza zatem „otwarcie danego systemu ochronnego na całość prawa międzynarodowego”⁴⁷.

W kontekście praw człowieka owymi „innymi zobowiązaniami międzynarodowymi” są przede wszystkim międzynarodowe prawo humanitarne oraz inne

⁴² Por. ang. *provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law* i franc. *sous reserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international*.

⁴³ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 74–75.

⁴⁴ Jak stwierdził Międzynarodowy Instytut Praw Człowieka w swoim pisemnym oświadczeniu na Konferencji Praw Człowieka (Vienna, 1971 r.), fakt, iż *these 'other obligation under international law' are embodied in the law of the European Convention on Human Rights is indisputably an 'enriching factor'* (cyt. za: J. Oraa, op. cit., s. 200).

⁴⁵ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 65.

⁴⁶ Ibidem, s. 67. Szerzej na temat owego sprzężenia zwrotnego ochrony gwarantowanej przez prawa człowieka oraz międzynarodowe prawo humanitarne, samego testu legalności prawnomiędzynarodowej i aktualności zobowiązań wynikających z prawa humanitarnego w sytuacji stanu nadzwyczajnego niebędącego konfliktem zbrojnym zajęłam się w artykule pt. *Wpływ norm międzynarodowego prawa humanitarnego na zakres dopuszczalności derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka* („Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 3, s. 55–81).

⁴⁷ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 74.

traktaty ochrony praw człowieka⁴⁸. Oznacza to, że jeśli państwo korzystające z mechanizmu derogacji jest stroną innego traktatu z dziedziny praw człowieka zapewniającego poszerzony katalog praw niederogowalnych, to traktat zapewniający wyższe standardy ochronne powinien być przestrzegany⁴⁹.

Ponadto większość państw świata jest związanych postanowieniami Konwencji Praw Dziecka z 1989 r.⁵⁰, gwarantującymi również prawa odnoszące się do całej rodziny⁵¹. Tymczasem wobec faktu, iż konwencja ta nie przewiduje możliwości derogacji, zobowiązania zaciągnięte na jej podstawie wiążą państwo w każdej sytuacji, również w razie zaistnienia stanu szczególnego zagrożenia publicznego. Skorzystanie przez takie państwo z instytucji derogacji dotyczy jedynie praw zagwarantowanych w odnośnym traktacie praw człowieka, zobowiązania wynikające z Konwencji Praw Dziecka zaś nadal pozostają w mocy. Należy także pamiętać m.in. o zobowiązaniach wynikających z normotwórstwa Międzynarodowej Organizacji Pracy⁵², której szereg konwencji poświęconych jest kwestiom mającym znaczenie z punktu widzenia ochrony rodziny⁵³, zwłaszcza w jej socjalno-bytowym wymiarze. Tym samym pewna warstwa praw rodziny – w kontekście niezawieszalnych gwarancji ochrony praw dziecka oraz ochrony socjalnej – otrzymuje wskutek powyższego cechę niezawieszalności i rodzi dla państwa obowiązek ich bezwzględnego przestrzegania nawet w sytuacji stanu nadzwyczajnego⁵⁴.

Mówiąc o „innych zobowiązaniach międzynarodowych”, należy także pamiętać o zobowiązaniach wynikających z norm zwyczajowych, albowiem „w zakresie, w jakim prawo zwyczajowe nakłada niederogowalne zobowiązania, one również mają pierwszeństwo (przeważają) nad jakimkolwiek traktatowym upraw-

⁴⁸ Podkreśla to *expressis verbis* sam Komitet w § 9 cytowanych już Uwag Ogólnych nr 29 z 2001 r.

⁴⁹ Amnesty International Fair Trials Manual, 1998 r., chapter 31: Fair trial rights during States of emergency, § 5; dostępny: www.amnesty.org/ailib/intcamfairtrial/indxftm_c.htm.

⁵⁰ 191 państw (na dzień 1 stycznia 2005 r.).

⁵¹ Są to m.in. zakaz odłączania dziecka od rodziców, chyba że jest to konieczne ze względu na nadrzędny interes dziecka (art. 9 ust. 1); przychylność wobec wniosków o połączenie rodziny, gdy jedną ze stron jest dziecko (art. 10); zakaz arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w życie rodzinne dziecka (art. 16) czy też przyznanie szczególnej ochrony dziecku-uchodźcy oraz jego najbliższemu (art. 22).

⁵² Tak T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 69. Konwencje MOP są postrzegane jako rozwijające odpowiednie przepisy Paktów, doprecyzowujące treść danego prawa, jak i obowiązki państwa; zob. A. Michalska, *Uniwersalizm i regionalizm w międzynarodowej ochronie praw człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, z. 2, s. 49.

⁵³ Wśród których należałoby wymienić: konwencję nr 103 o ochronie macierzyństwa z 1952 r. (ostatnio zmienioną w 2000 r. przez konwencję nr 183), konwencję nr 102 z 1952 r. mówiącą o *payment of family allowances in respect of children*, konwencję nr 156 z 23 czerwca 1981 r. o pracownikach, na których ciążyą obowiązki rodzinne (*workers with family responsibility*), konwencję nr 175 z 24 czerwca 1994 r. o niepełnym wymiarze pracy. Niektóre z konwencji dotyczące ochrony dzieci też nie pozostają bez znaczenia dla poszanowania praw rodziny, i tu wymienię chociażby konwencję nr 138 z 1973 r. o minimalnym wieku pracy oraz konwencje zakazujące zatrudniania dzieci i młodzieży w porze nocnej (konwencja nr 79 z 1946 r. i konwencja nr 90 z 1948 r.).

⁵⁴ O obowiązku zapewnienia poszanowania w sytuacji stanu nadzwyczajnego zobowiązań płynących z postanowień międzynarodowego prawa humanitarnego czy konwencji MOP, które *specify non-derogable rights*, wspomina również Joan F. Hartman, *Workingpaper...*, op. cit., s. 119.

nieniem do derogacji”⁵⁵. Największą grupą norm zwyczajowych gwarantujących prawa rodziny są normy zwyczajowe międzynarodowego prawa humanitarnego, przy czym całość postanowień konwencji genewskich z 1949 r. stanowi dziś powszechnie uznane normy prawa zwyczajowego, a ponadto wielu postanowieniom Protokołów dodatkowych do powyższych konwencji również przypisuje się przymiot normy zwyczajowej⁵⁶.

Jakkolwiek nie ma wątpliwości co do bezwzględnej mocy wiążącej norm zwyczajowych prawa międzynarodowego, ustalenie, które z praw można do powyższej kategorii zaliczyć, jest często niezwykle trudne i wykracza poza ramy poniższego opracowania. Należy jednak zauważyć, że w raportach czerwono krzyżowych z 2003 r. poświęconych osobom zaginionym oraz ich rodzinom wymienia się szereg praw, które są „powszechnie uznane (...) za stanowiące zwyczajowe prawo międzynarodowe, mające *mutatis mutandis* zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych”, a mianowicie: prawo do poszanowania życia rodzinnego, do przebywania uwięzionych członków rodziny w jednym pomieszczeniu, prawo do zachowania integralności rodziny w razie przemieszczania ludności cywilnej, prawo do korespondencji z uwięzionym członkiem rodziny, odszukiwanie zmarłych i podjęcie działań celem ich zidentyfikowania, zobowiązanie stron do przekazania właściwym władzom lub rodzinom informacji o fakcie i miejscu uwięzienia, prawo rodzin do informacji o losie jej członków, zobowiązanie stron konfliktu do podjęcia wszelkich możliwych środków celem ustalenia losu osób uznanych za zaginione⁵⁷, a więc potwierdzono zwyczajowy charakter norm gwarantujących poszanowanie praw rodziny w całej niemalże jej międzynarodowo chronionej substancji. W raporcie tym, w rozdziale poświęconym rekomendacjom dla potwierdzenia (*reaffirmation*) oraz rozwoju prawa międzynarodowego w kontekście odpowiedzialności państw, szczególną uwagę zwrócono na prawo rodziny do informacji o losie jej członka (tzw. *the right to know*)⁵⁸. Ponadto niedawno zakończono wieloletnie prace prowadzone w ramach

⁵⁵ Amnesty International Fair Trials Manual..., op. cit., § 4.

⁵⁶ Por. R. Kosimik, *The 1977 Protocols: a landmark in the development of international humanitarian law*, „International Review of the Red Cross” 1997, nr 320.

⁵⁷ ICRC Report: *The Missing and Their Families. The Missing: Action to resolve problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families. Summary of the Conclusions arising from Events held prior to the International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts (19–21.02.2003)*, s. 24 i n.

⁵⁸ I tak w niniejszym raporcie czytamy, iż: „A. Naruszenie prawa członków rodziny do otrzymywania informacji o losie krewnych zaginionych na skutek konfliktu zbrojnego lub przemocy wewnętrznej, w tym o miejscu ich przebywania lub – w razie ich śmierci – okoliczności i przyczyn zgonu, powinno być uważane za naruszenie prawa do życia rodzinnego. B. Naruszenie prawa do poinformowania najbliższych lub innej osoby o swoim losie, aresztowaniu, adresie i stanie zdrowia powinno być uważane za naruszenie prawa do życia rodzinnego. C. Systematyczne i/lub uporczywe naruszenie tych praw powinno być uważane za okrutne lub niehumanitarne traktowanie” (ibidem, § 18.2 (A-C), s. 29). Poza tym należy zauważyć, że podczas zwołanego przez ONZ w 1995 r. spotkania ekspertów w sprawie praw niedorogownych w sytuacji stanu nadzwyczajnego uznano, że prawo do poznania prawdy o losie najbliższych osiągnęło już status powszechnie wiążącej normy zwyczajowej prawa międzynarodowego; zob. *Report of the Meeting of Experts on Rights Not Subject to Derogation During State of*

Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża, mające na celu opracowanie katalogu praw, które na podstawie dotychczasowej praktyki można uznać za posiadające przymiot zwyczajowej normy międzynarodowego prawa humanitarne⁵⁹, a wśród nich nie zabrakło również tych odnoszących się do praw rodziny⁶⁰.

Kolejne wzmocnienie praw rodziny i praw człowieka w ogóle stanowią zasady ogólne, które dają istotne wskazówki interpretacyjne i mają szczególne znaczenie prawne⁶¹. Należy zauważyć, że sama zasada poszanowania praw człowieka uznana została za ogólną zasadę prawa międzynarodowego i ma charakter normy *ius cogens*. Na uwagę zasługuje zwłaszcza wywodząca się z międzynarodowego prawa humanitarne zasada ludzkości, która obecnie zdaje się przełamywać pierwotne ramy i przenikać całe prawo międzynarodowe, nakazując stosowanie interpretacji *pro homine et pro humanitate*. Zawierająca ją klauzula Martensa pełni rolę „siatki bezpieczeństwa”⁶² i odgrywa nieocenioną rolę gwaranta posza-

Emergency, § 40. Annex I to 8th Annual Report of Special Rapporteur on States of Emergency (E/CN.4/Sub.2/1995/20/Corr.1) z 15 sierpnia 1995 r.

⁵⁹ Chodzi tu o zakończoną ostatnio przez MKCK próbę przygotowania raportu dotyczącego reguł, którym – na podstawie dotychczasowej praktyki państw – można przypisać przymiot zwyczajowych norm międzynarodowego prawa humanitarne, znajdujących zastosowanie w międzynarodowych i niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych, co pociągnęło za sobą szeroko zakrojoną akcję badawczą i analizę prawa i praktyki państw. Na XXVIII Międzynarodową Konferencję Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężyca (grudzień 2003 r.) przygotowano *ICRC Study on Customary Rules of International Humanitarian Law*, które stanowić miało podstawę do opublikowania wspomnianego raportu. Katalog 161 zidentyfikowanych w toku prac badawczych norm zwyczajowych międzynarodowego prawa humanitarne konfliktów zbrojnych oraz zebrane materiały zostały opublikowane w trzypięciowej pozycji J.M. Henckaerts, L. Doswald-Becka (red.), *Customary International Humanitarian Law (I – Rules, II – Practice)*, 2005, Cambridge University Press.

⁶⁰ Wśród podstawowych gwarancji odnajdujemy ogólną regułę zawierającą nakaz poszanowania życia rodzinnego w możliwie największym zakresie (*rule 105: family life must be respected as far as possible*). Ponadto bardziej szczegółowe normy w zakresie ochrony jedności rodziny przewidują obowiązek każdej z walczących stron do podjęcia wszystkich możliwych środków celem ustalenia losu osób uznanych za zaginione w rezultacie działań zbrojnych i dostarczenia rodzinie wszelkich informacji w tym zakresie (*rule 117*), umieszczenia razem członków tych samych rodzin w miejscu uwięzienia (*rule 119 i 120*) oraz podjęcia podczas przesiedlania (*displacement*) wszelkich możliwych środków mających na celu zapobieżenie rozdzieleniu rodzin (*rule 131*). Kolejną gwarancją poszanowania życia rodzinnego jest – zrekonstruowany w kontekście praw osób pozbawionych wolności podczas konfliktu wewnętrznego – obowiązek umożliwienia powyższym osobom prowadzenia korespondencji z członkami rodziny (*rule 125*) oraz przyjmowania – w możliwym (z praktycznego punktu widzenia) stopniu – ich odwiedziny (*rule 126*).

⁶¹ Por. np. I.I. Łukaszuk, *Charakter podstawowych zasad prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 1988, nr 11, s. 111–124 oraz T. Jasudowicz, *O zasadach ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizacyjne – garść refleksji*, w: C. Mik (red.), *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe. Zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin Profesora Janusza Gilasa*, Toruń 1997, s. 141–162; W. Höfling, *Znaczenie praw podstawowych dla argumentacji prawniczej*, w: B. Banasz (red.), *Prawa człowieka: geneza, koncepcje, ochrona*, Wrocław 1993, s. 46–55.

⁶² Według Jeana Picteta, podstawowe reguły zawarte w tej klauzuli służą jako *the bone structure in a living body*, dostarczając wskazówek w nieprzewidzianych przypadkach oraz stanowiąc esencję całości, łatwą do zrozumienia i niezbędną dla celów upowszechniania (J. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Geneva 1985, s. 59); cyt. za: V. Chtail, *The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law*, „International Review of the Red Cross” 2003, vol. 85, nr 850, s. 257–258.

nowania praw człowieka, w tym praw rodziny, we wszystkich sytuacjach, gdy brak stosownej regulacji lub rodzą one jakiekolwiek wątpliwości⁶³.

Substancjalny wpływ mogą mieć również inne klauzule generalne, wiążące się z zakazem nadużycia i ochroną praw nabytych (art. 5 ust. 1–2 Paktu oraz art. 17–18 w związku z art. 60 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka). Wszelkie dodatkowe prawa przyznane jednostkom w danym państwie na mocy jego prawa wewnętrznego lub zobowiązań międzynarodowych pozostają „nietykalne”, nawet w sytuacji dokonania derogacji, ponieważ pozostają poza zakresem przedmiotowym możliwego zawieszenia⁶⁴. Zasady te należy postrzegać wraz z zawartym w mechanizmie derogacji testem konieczności⁶⁵.

Dalszych argumentów dostarczają refleksje na tle koncepcji *ius cogens* i podstawowych zasad prawa międzynarodowego. Jedną z najbardziej charakterystycznych cech podstawowych zasad jest bowiem przysługujący im status norm bezwzględnie wiążących, który – jak już wspomniano – posiada również zasada pełnego poszanowania praw człowieka⁶⁶. Niewątpliwie imperatywny charakter posiada większość norm międzynarodowego prawa humanitarnego, którym cechą norm *ius cogens* można przypisać chociażby ze względu na spełnienie testu powszechności⁶⁷. Imperatywny charakter ma też ogólna zasada ludzkości z klauzuli Martensa. Status norm imperatywnych zwykło się również przypisywać postanowieniom Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, która – choć pozbawiona formalnej mocy wiążącej – odegrała fundamentalne znaczenie w rozwoju praw człowieka, a swój status zawdzięcza niezliczonym inkorporacjom oraz odwołaniom do jej treści, mającym miejsce tak na poziomie instrumentów prawnomiędzynarodowych, jak i normodawstw krajowych⁶⁸.

Charakter norm *ius cogens* przypisuje się również postanowieniom dotyczącym zbrodni wojennych, a – jak zauważył Komitet Praw Człowieka – w definicji niektórych naruszeń praw człowieka jako zbrodni przeciwko ludzkości można odnaleźć jedno z kryteriów oceny zakresu prawowitej derogacji⁶⁹. W ramach przedmiotowej strony zbrodni ludobójstwa odnaleźć można rażące pogwałcenie niektórych aspektów praw rodziny. „Ludobójstwem biologicznym”⁷⁰ zwykło określać się „ograniczanie urodzin”⁷¹, „przymusowe odebranie dzieci celem od-

⁶³ W myśl bowiem klauzuli Martensa, „tam gdzie są luki w prawie formalnym (...), trzeba znaleźć rozwiązanie oparte na zasadach humanitarnych”; zob. H.P. Gasser, *International humanitarian law. An introduction* (przeł. M. Flemming), Haupt 1993, PCK 1997, s. 13.

⁶⁴ Por. B. Gronowska, *Wolność...*, op. cit., s. 129.

⁶⁵ T. Jasudowicz, *Determinanty...*, op. cit., s. 96–97.

⁶⁶ I.I. Łukaszuk, op. cit., s. 117.

⁶⁷ Test powszechności obowiązywania prawa humanitarnego został przeprowadzony w przytoczonym już artykule M. Szuniewicz, *Wpływ norm...*, op. cit., s. 67–70.

⁶⁸ Por. np. J. Symonides, *Międzynarodowe znaczenie Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, „Sprawy Międzynarodowe” 1978, nr 12, s. 15–26, *passim*.

⁶⁹ Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 12.

⁷⁰ T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo Norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa–Kraków 1948, s. 540.

⁷¹ W sprawie Rutaganda uznano, że „środki zmierzające do wstrzymania urodzeń w obrębie grupy obejmują okaleczanie narządów płciowych, przymusową sterylizację, przymusową kontrolę urodzeń, przymusowe oddzielanie mężczyzn od kobiet oraz zakaz małżeństw. I mogą mieć charakter nie tylko

dania ich innej grupie ludzkiej”⁷² zaś zalicza się do tzw. „ludobójstwa kulturalnego”⁷³. Prawo do integralności rodziny zostało zatem uznane za prawo niederogowalne, jeśli jego naruszenie stanowi zbrodnię międzynarodową i może stanowić podstawę indywidualnej odpowiedzialności jej sprawców.

3. Implikacje zewnętrznych unormowań międzynarodowych

Konkretny wpływ substancjalny łączyć można także z osadzeniem praw człowieka w systemach organizacyjnych i powiązaniem z instytucjonalną strukturą danego systemu ochrony praw człowieka (obejmując zorganizowane zabezpieczenie implementacyjne, organy kontrolne i będące owocem ich pracy orzecznictwo). „Uwikłanie w strukturę instytucjonalną danego systemu” – jak to nazywa T. Jasudowicz⁷⁴ – każe nam postrzegać poszczególne traktaty praw człowieka jako osadzone w określonym systemie organizacyjnym.

I tak art. 44 Paktu formułuje nakaz poszanowania konwencji ONZ i organizacji wyspecjalizowanych, art. 46 zaś wyklucza w określonym zakresie interpretację Paktu z naruszeniem „postanowień Karty Narodów Zjednoczonych oraz statutów organizacji wyspecjalizowanych”. Owo „uwikłanie organizacyjne” nabiera szczególnego znaczenia w systemie Rady Europy⁷⁵ (por. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 30 ust. 2, a zwł. art. 32 Konwencji Europejskiej). Tym samym państwa będące członkami danego traktatu są też zazwyczaj członkami odpowiedniej organizacji i stanowiące przez nie regulacje prawne, często o charakterze *soft law*, mają istotne znaczenie dla tych państw, wskazując na pożądany politycznie stosunek do określonych kwestii, w tym wypadku chodzi o stosowne przestrzeganie szeregu dodatkowych gwarancji przyznanych lub zalecanych w odniesieniu do poszczególnych praw człowieka.

Oprócz wspomnianych zobowiązań przyjętych w ramach ONZ czy Rady Europy na szczególną uwagę zasługują zobowiązania powstałe na tle Konferencji

fizyczny, ale psychiczny”; zob. Rutaganda, Case no ICTR-96-3-T (6 grudnia 1999), ILM 1999, nr 39; cyt. za: B. Saul, *Was the conflict in East Timor „Genocide” and why does it matter?*, „Melbourne Journal of International Law” 2001, vol. 2, s. 254. Ograniczanie urodzin w obrębie grupy kwalifikują jako zbrodnię przeciw ludzkości art. II lit. d Konwencji w sprawie zapobiegania i karania ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r., art. 6 lit. e Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze z 1998 r. oraz art. 118 § 2 Kodeksu karnego z 4 kwietnia 1997 r.

⁷² Czyn ten kwalifikują jako zbrodnię przeciw ludzkości art. II lit. e Konwencji w sprawie zapobiegania i karania ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r., art. 6 lit. e Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze z 1998 r. oraz art. 118 § 2 Kodeksu karnego z 4 kwietnia 1997 r.

⁷³ T. Cyprian, J. Sawicki, op. cit., s. 541; J. Balicki, *Dyskryminacja rasowa w świetle prawa międzynarodowego*, Wrocław 1971, s. 71. Jakkolwiek „przymusowe odebranie dzieci” zostało ujęte w ramach „cultural genocide” w projekcie Konwencji zabraniającej ludobójstwa, to jej tekst ostateczny umieścił powyższy zakaz w art. II (lit. e), kategoryzującym formy ludobójstwa fizycznego (*physical genocide*); zob. M. Storey, *Kruger v. Commonwealth: Does the Genocide Require Malice?*, „University of New South Wales Law Journal” 1998, vol. 21, s. 241. Tak też uznała Komisja Prawa Międzynarodowego, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-First Session (1990), s. 102, § 4 (UN Doc.A/CN.4/SERA.A/1989/Add.1/(Part 2).

⁷⁴ T. Jasudowicz, *Determinanty...*, op. cit., s. 102.

⁷⁵ Ibidem, s. 105.

Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, zwłaszcza w ramach tzw. ludzkiego wymiaru KBWE/OBWE. Od momentu zamieszczenia w Dekalogu Aktu Końcowego zasady poszanowania praw człowieka (zasada VII) problematyka ta jest szczególnie bliska państwom wchodzącym w jej skład, a Dokumenty Spotkania Kopenhaskiego i Moskiewskiego zawierają szereg norm odnoszących się do rodziny oraz tworzą specjalny reżim normatywny, gdy idzie o kwestie derogacji i stanów nadzwyczajnych⁷⁶.

Pewną warstwę gwarancyjną stanowią ponadto zobowiązania wynikające z uchwał organizacyjnych oraz interpretacja norm na płaszczyźnie orzecznictwa międzynarodowego.

4. Argumentacja płynąca z ogólnej filozofii i teorii praw człowieka

Przytaczana już zasada „powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności”, wspierana przez zasadę pełnej ochrony praw człowieka oraz ich skutecznej ochrony, ma fundamentalne znaczenie w ochronie praw człowieka. Oznacza bowiem, że w każdym prawie ludzkim zawarty jest pewien „niewzruszalny rdzeń”, „niewzruszalna substancja praw człowieka w ogóle, skądinąd zrelatywizowana w kontekście rodzaju i stopnia natężenia sytuacji nadzwyczajnej, jak też z uwzględnieniem «wrażliwości» danego prawa na dany typ sytuacji nadzwyczajnej”⁷⁷.

Będąca źródłem wszelkich praw i wolności człowieka godność ludzka sprawia, że prawa wywodzące się z tego samego źródła powinny być postrzegane jako jedna całość (*integrum*), to właśnie wyraża zasada jedności i niepodzielności (integralności) praw człowieka, która wywołuje daleko idące konsekwencje. Otóż, godząc w niewzruszalny rdzeń prawa z założenia derogowalnego, godzi się w godność osoby ludzkiej, będącą źródłem tego prawa, a w konsekwencji według powyższej zasady integralności – również w jedno lub więcej praw niederogowalnych, tym zaś przyznano *expressis verbis* bezwzględną ochronę. Tym samym prawa uznane w traktatach praw człowieka za niederogowalne „roztaczają pośrednio «parasol ochronny» nad innymi prawami człowieka”, a przyznana im ochrona bezwzględna promieniuje na sferę poszanowania innych praw, którym nie przyznano wyraźnie takiej ochrony⁷⁸. H. Montealegre, podkreślając, że me-

⁷⁶ Choć postanowienia przyjęte przez Konferencję/Organizację są formalnie niewiązące, to jednak same państwa (mówiąc niekiedy o „prawie KBWE”) przypisują im daleko większą rolę niż zwykłym międzynarodowym normom politycznym, a nawet jako tylko normy polityczne odgrywają istotną rolę, gdyż „potwierdzenie zobowiązań prawnych (...) zmierza do zwiększenia ich skuteczności” (zob. B. Szczuchura, *Akt Końcowy KBWE a podstawy prawne bezpieczeństwa europejskiego*, „Sprawy Międzynarodowe” 1982, nr 7, s. 71). Por. także A. Kłafkowski, *Akt Końcowy KBWE – podstawy interpretacji prawnej*, „Sprawy Międzynarodowe” 1976, nr 7, s. 26–34 oraz Z. Resich, *Poszanowanie praw człowieka w Deklaracji zasad Aktu Końcowego KBWE*, „Sprawy Międzynarodowe” 1976, nr 7, s. 35–41.

⁷⁷ P. Daranowski, *Międzynarodowa...*, op. cit., s. 164.

⁷⁸ Por. B. Gronowska, C. Mik, T. Jasudowicz, *O prawach dziecka*, Toruń 1994, s. 46. Co do niepodzielności, współdzielności i integralności praw człowieka por. też: M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka*, w: L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa

chanizm derogacji ma na celu nie tyle umożliwienie zawieszenia wykonywania określonych praw, ile kategorię nakaz zapewnienia pełnego poszanowania prawom, którym traktaty przyznały status niederogowalności, wskazuje, że „jeśli zawieszenie jednego prawa wpływa na właściwe wypełnienie *preeminent obligation* (tj. obowiązku poszanowania praw niederogowalnych – przyp. M. Sz.), takie zawieszenie, jakkolwiek co do zasady dozwolone, staje się bezprawne (*illegitimate*) z uwagi na sposób jego wykonania”⁷⁹.

Wobec powyższych uwag w przedmiocie nienaruszalności praw i godności należy dojść do konstatacji, że „prawa człowieka lub wymaganie poszanowania godności wyznaczają granicę, której nie wolno przekroczyć nawet wtedy, gdy jej naruszenie mogłoby przynieść poważne korzyści ogółowi”⁸⁰, a więc również w obliczu szczególnego zagrożenia życia narodu.

5. Implikacje ochrony poszczególnych członków rodziny

W wielu przypadkach rodzina uzyskuje gwarancje ochronne, nie będąc ich bezpośrednim adresatem. Często specjalne prawa czy traktowanie, których podmiotem uprawnionym jest kobieta (chodzi tu szczególnie o kobiety w ciąży, w okresie połogu i po urodzeniu dziecka), a zwłaszcza dziecko, mają istotny wpływ substancjalny na zapewnienie rodzinie należytej ochrony.

I tak w preambule do Konwencji Praw Dziecka z 1989 r. wyraźnie się stwierdza, że „rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci, powinna być otoczona niezbędną ochroną i wsparciem, aby mogła w pełnym zakresie wypełniać swoje obowiązki w społeczeństwie”, a wszelkie zawarte w niej prawa odnoszące się do rodziny mają na uwadze przede wszystkim najlepszy interes dziecka, pozostali członkowie rodziny zaś są jedynie pośrednimi beneficjentami uprzywilejowanej pozycji tego pierwszego. Z ogółu norm tej Konwencji wyinterpretowano tzw. prawo dziecka do rodziny (do wychowania w rodzinie)⁸¹. Jak już wspomniałam, wynikające z Konwencji gwarancje dotyczące rodziny (integralność rodziny, prawo do szybkiego połączenia dziecka z rodziną w innym państwie czy prawo do poszanowania życia rodzinnego dziecka), z uwagi na brak w niej klauzuli derogacyjnej, są niezawieszalne i państwo jest zobowiązane do ich poszanowania nawet w sytuacji proklamowania stanu nadzwyczajnego.

1997, s. 17 oraz Z. Kędzia, *Prawo człowieka do integralności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 3 (51), s. 15 i n.

⁷⁹ H. Montealegre, *The compatibility of a State party's derogation under human rights conventions with its obligations under Protocol II and common Article 3*, „The American University Law Review” 1983, vol. 33, nr 1, s. 42.

⁸⁰ M. Piechowiak, op. cit., s. 17.

⁸¹ T. Smyczyński, *Ochrona praw dziecka*, w: R. Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 121.

Szereg szczególnych instrumentów prawnomiędzynarodowych reguluje kwestie ochrony (m.in. socjalnej i prawnej) dzieci i kobiet. Szczególny rygor prawny i uprzywilejowaną pozycję zapewniają tym kategoriom osób również normy międzynarodowego prawa humanitarnego. Podobnie szczególne gwarancje dla dzieci-uchodźców, zwłaszcza tych odłączonych od rodziców, w istotny sposób wzmacniają ochronę rodziny – przede wszystkim w kontekście wzmocnionych działań na rzecz odszukania członków rodziny dziecka i połączenia go z nimi.

Wobec powyższego należy zauważyć, że szczególne prawa i ułatwienia, których adresatami są poszczególni członkowie rodziny (zwłaszcza dzieci), posiadają istotny wpływ na rzeczywistą i całkowitą substancję chronionych międzynarodowo praw rodziny. A zatem „prawa podmiotów pośrednich [w tym wypadku pozostałych członków rodziny – przyp. M. Sz.] są pochodną uprzywilejowanego statusu dziecka i jego prawa do specjalnej opieki, ochrony i pomocy”⁸².

6. Wnioski płynące z unormowań krajowych – uwagi na tle Konstytucji RP z 1997 r.

Jednym z zasadniczych skutków wprowadzenia stanu nadzwyczajnego jest zawsze ograniczenie sfery wolności i praw jednostki. Jest to kwestia niezwykle istotna z punktu widzenia człowieka i obywatela, dlatego konstytucje nie powinny zostawiać organom władz publicznych swobody w określaniu, jakie wolności i prawa mogą podlegać ograniczeniom. Tak też czyni Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r.⁸³, która odsyłając do szczegółowych unormowań w ustawach dotyczących stanów nadzwyczajnych⁸⁴, wskazuje w art. 233 ust. 1 prawa i wolności, które w żadnym przypadku ograniczeniom nie podlegają.

Nasza Konstytucja enumeratywnie określiła katalog praw niederogowalnych, które „chronią wartości najcenniejsze dla jednostki, które (...) prawodawca konstytucyjny umieszcza (...) na najwyższym miejscu w systemie wartości chronionych przez ustawę zasadniczą”⁸⁵. W odniesieniu do stanu klęski żywiołowej ustawa zasadnicza przyjęła metodę przeciwną, a więc określiła w katalogu zamkniętym prawa i wolności, które można ograniczyć (art. 233 ust. 3), a wobec braku w nim artykułów gwarantujących prawa rodziny został nadany im tym samym status niederogowalności na wypadek tej postaci stanu nadzwyczajnego.

⁸² B. Gronowska, C. Mik, T. Jasudowicz, *O prawach...*, op. cit., s. 48.

⁸³ Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

⁸⁴ Cztery ustawy dotyczące materii stanów nadzwyczajnych zostały uchwalone dopiero w 2002 r. i są to: ustawa z 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. Nr 113, poz. 985 z późn. zm.); ustawa o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom RP (Dz.U. Nr 156, poz. 1301); ustawa z 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (Dz.U. Nr 62, poz. 558) oraz ustawa z 22 listopada 2002 r. o wyrównaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz.U. Nr 233, poz. 1955).

⁸⁵ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 258.

Sytuacja nie jest jednak już tak klarowna w przypadku nadania tegoż statusu prawom rodziny na wypadek stanu wojennego lub wyjątkowego. Na pierwszy rzut oka sprawa wydaje się być oczywista. Ustęp pierwszy wspomnianego art. 233 zawiera – jak już wspomniałam – katalog praw niederogowalnych, stanowiąc, że „(...) nie może ograniczać wolności i praw określonych w (...) art. 48 i 72 (rodzina i dziecko)”, a także art. 47, gwarantujący m.in. prawo do ochrony życia rodzinnego. Przepis zdaje się sugerować nadanie przymiotu niezawieszalności właśnie owym prawom rodziny i dziecka. Jednak wskazany przepis art. 48 traktuje o prawie do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami. Mamy tu zatem do czynienia jedynie z jednym z aspektów praw rodziny i to wcale nie o pierwszorzędny charakterze w zestawieniu z pozostałymi, które zostały podniesione do rangi konstytucyjnej⁸⁶, tj. autonomią rodziny w stosunkach między rodzicami a dziećmi⁸⁷.

Powstaje zatem pytanie: dlaczego twórca Konstytucji, chcąc – co zakładamy – zapewnić niederogowalność praw rodziny, nie odsyła np. do postanowień art. 18 Konstytucji, zgodnie z którym „małżeństwo (...), rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”, tym bardziej że tak właśnie czynią obcy ustrojodawcy, gwarantując rodzinie niezawieszalność jej praw w sytuacjach wyjątkowych. Należy bowiem zauważyć, że dla określenia pozycji rodziny wśród norm konstytucyjnych podstawowe znaczenie ma przyjęcie zasady jej ochrony⁸⁸, a to właśnie czyni art. 18. Tym samym Konstytucja ochroną prawną objęła zarówno samą rodzinę, jak i „poszczególne jej dobra” (małżeństwo i rodzicielstwo)⁸⁹, uznając rodzinę, małżeństwo i rodzicielstwo za wartości samoistne, i „zapewnia im ochronę zarówno w ramach grupy rodzinnej, jak i w wymiarze indywidualnym”, podnosząc jednocześnie tę ochronę do rangi naczelných zasad konstytucyjnych⁹⁰. I to właśnie implikacją zasady ochrony rodziny z art. 18 jest określenie obowiązków państwa w art. 71⁹¹ oraz zobowiązanie organów stosujących ustawę zasadniczą do traktowania pozo-

⁸⁶ W konstytucji kilka artykułów nawiązuje do ochrony praw przynależnych rodzinie: art. 18 (małżeństwo, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo pod ochroną i opieką państwa), art. 23 (gospodarstwo rodzinne), art. 33 ust. 1 (równość praw kobiety i mężczyzny w życiu rodzinnym), art. 41 ust. 2 (obowiązek niezwłocznego powiadomienia rodziny o pozbawieniu wolności jej członka), art. 47 (prawo do ochrony prawnej życia rodzinnego), wspomniany art. 48, art. 53 ust. 3 (prawo rodziców do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniami), art. 70 ust. 3 (prawo rodziców do wyboru szkół niepublicznych dla swych dzieci), art. 71 (uwzględnianie dobra rodziny przez państwo w jego polityce społecznej i gospodarczej, prawo do szczególnej pomocy dla rodzin znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej oraz matek przed i po urodzeniu dziecka), art. 72 (ochrona dzieci).

⁸⁷ T. Smoczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12, s. 186.

⁸⁸ M. Dobrowolski, *Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 4 (33), s. 32.

⁸⁹ Ibidem, s. 33.

⁹⁰ T. Smoczyński, *Rodzina i prawo rodzinne...*, op. cit., s. 193.

⁹¹ Państwo ma zatem, zdaniem Marka Dobrowolskiego, prowadzić „jedynie” taką politykę społeczną i gospodarczą, która uwzględni dobro rodziny, sprzyja zachowaniu jej struktury (trwałości) i funkcji; por. idem, *Status prawny...*, op. cit., s. 33.

stałych przepisów odnoszących się do rodziny (w tym art. 48) jako „przepisów dopełniających powyższą zasadę, wzbogacających jej treść”⁹².

Wyjście z tego impasu znaleźć można w interpretacji art. 233 przedstawionej przez P. Winczorka, zdaniem którego przyjęcie tej dosyć niecodziennej techniki legislacyjnej, w której zawartym w tym artykule „odesłaniom do numerycznych przepisów Konstytucji towarzyszy krótka, słowna charakterystyka danej wolności lub prawa”, ma na celu zarówno doprecyzowanie wskazania materii oraz ułatwienie czytelnikowi Konstytucji zorientowania się w istocie przyjętej regulacji⁹³. Dalej autor zwraca uwagę, że „choć art. 233 odsyła do przepisów Konstytucji, to rzecz nie ogranicza się tylko do konstytucyjnych wolności i praw, lecz obejmować może również wolności i prawa pozakonstytucyjne. Wskazuje na to stylizacja art. 228 ust. 3, gdzie o takim ograniczeniu się nie wspomina. Posłużenie się w art. 233 ust. 1 i 3 dodatkowo opisem słownym może być więc potraktowane jako sposób zwrócenia uwagi na konstytucyjne i pozakonstytucyjne wartości, które wymagają szczególnej ochrony w czasie trwania stanów nadzwyczajnych”⁹⁴.

Tym samym określenie, które na początku wprowadziło tyle zamieszania i wątpliwości, w świetle powyższej interpretacji może stanowić podstawę do rozciągnięcia statusu niederogowalności na ogół praw rodziny i jej członków i to zarówno wynikających z norm konstytucyjnych, jak i z ustawodawstwa zwykłego. Moim zdaniem jednak, wszelkich niejasności i wątpliwości natury prawnej można byłoby uniknąć poprzez odesłanie w art. 233 Konstytucji do jej art. 18 zamiast art. 48.

Spośród 72 konstytucji, które stały się przedmiotem moich badań⁹⁵, zawieszenie praw rodziny w obliczu stanu nadzwyczajnego dopuszcza 12 państw⁹⁶, a kolejne 8, choć również przewiduje zawieszenie podstawowych praw rodziny, to z drugiej strony gwarantuje niederogowalność gwarancji dla niektórych aspektów ochrony tychże praw⁹⁷. Konstytucje 10 państw statuują niederogowalność praw rodziny na wypadek sytuacji wyjątkowych, a mianowicie konstytucje

⁹² Ibidem.

⁹³ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997*, Liber, Warszawa 2000, s. 298.

⁹⁴ Ibidem, s. 299.

⁹⁵ Staralam się, by zestawienie tych konstytucji było w miarę reprezentatywne i obejmowało zarówno regulacje małych państw, przedstawicieli świata afrykańskiego i południowoamerykańskiego oraz przede wszystkim reprezentantów naszego kontynentu.

⁹⁶ Tj. Angola, Arabia Saudyjska, Białoruś, Chorwacja, Erytrea, Etiopia, Mongolia, Portugalia, RPA, Słowenia, Sri Lanka i Turcja.

⁹⁷ I tak zapewniają one np. niederogowalność wolności od ingerencji w *family affairs* (Bułgaria), nienaruszalność życia rodzinnego (Grecja) czy *family secrets* (Rosja), nienaruszalność miru domowego (Tadżykistan), przyznanie specjalnej ochrony dzieciom, kobietom w ciąży i młodym matkom (Albania) oraz zagwarantowanie osobie zatrzymanej w związku z wprowadzeniem stanu nadzwyczajnego prawa do powiadomienia rodziny o fakcie i miejscu pozbawienia wolności (Albania, Fidżi i RPA).

Albanii (w czasie stanu klęski żywiołowej)⁹⁸, Andory⁹⁹, Brazylii¹⁰⁰, Estonii¹⁰¹, Hiszpanii¹⁰², Litwy¹⁰³, Luksemburga¹⁰⁴, Paragwaju¹⁰⁵, Peru¹⁰⁶ i Ukrainy¹⁰⁷.

IV. WPŁYW ZOBOWIĄZAŃ WYNIKAJĄCYCH Z MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO NA ZAKRES DOPUSZCZALNEJ DEROGACJI

1. Gwarancje poszanowania praw rodziny w normach międzynarodowego prawa humanitarnego

Normy międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁰⁸ w szeregu swoich postanowień gwarantują ochronę rodziny i poszanowanie praw jej członków. Obowiązek poszanowania praw rodzinnych zawierały już pierwsze dokumenty poświęcone prawu humanitarnemu¹⁰⁹. Z uwagi na liczbę i fragmentaryczność odnośnych ure-

⁹⁸ Konstytucja Albanii z 1998 r., art. 175 (2), gdzie w wykazie możliwych derogacji na wypadek klęski żywiołowej nie ma praw rodziny.

⁹⁹ Konstytucja Andory z 1993 r., art. 42 – brak w katalogu praw zawieszalnych art. 13 (małżeństwo i polityka państwa nastawiona na ochronę rodziny) i art. 14 (prawo do poszanowania życia rodzinnego).

¹⁰⁰ Konstytucja Brazylii z 1988 r., art. 139 określa dopuszczalne restrykcje w stanie nadzwyczajnym (brak możliwości zawieszania praw rodziny).

¹⁰¹ Konstytucja Estonii z 1992 r., art. 124 i 130, które przewidują nienaruszalność m.in. art. 27 i 28 poświęconych ochronie rodziny.

¹⁰² Konstytucja Hiszpanii z 1978 r. (zm. w 1992 r.) – w katalogu praw derogowalnych brak art. 18 (1), odnoszącego się do prawa do prywatności rodzinnej oraz art. 39 (ochrona rodziny i dzieci).

¹⁰³ Konstytucja Litwy z 1992 r. – przedstawiony w art. 145 katalog praw, których wykonywanie można czasowo zawiesić, zawiera jedynie art. 22 (zakaz arbitralnej ingerencji w życie rodzinne), nie-derogowalne zaś są prawa rodziny do ochrony ze strony państwa na podstawie art. 38 i 39.

¹⁰⁴ Konstytucja Luksemburga z 1868 r. (ostatnie zmiany w 1996 i 1998 r.), gdzie art. 113 statuuje niezawieszalność postanowień Konstytucji, a zatem i gwarancji praw rodziny zawartych w art. 11 (3).

¹⁰⁵ Konstytucja Paragwaju z 1992 r. w art. 288 przewiduje możliwość podjęcia środków derogacyjnych, ale nie wspomina o możliwości zawieszenia którejkolwiek z praw przynależnych rodzinie, ukonstytuowanych w art. 12 (2), 33 oraz 49–61.

¹⁰⁶ Konstytucja Peru z 1993 r., art. 137, w którym wymienia się możliwe ograniczenia, wspomina np. o ingerowaniu w nietykalność domu, ale nie ma mowy o innych artykułach przewidujących ochronę rodziny, zwłaszcza art. 4 poświęconym ochronie małżeństwa i rodziny.

¹⁰⁷ Konstytucja Ukrainy z 1996 r. – poświęcony stanom nadzwyczajnym art. 64 przewiduje nienaruszalność art. 51, zgodnie z którym rodzina, macierzyństwo, dzieciństwo i ojcostwo znajdują się pod ochroną państwa.

¹⁰⁸ Chodzi tu głównie o 4 konwencje genewskie z 12 sierpnia 1949 r.: Konwencja o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych (I Konwencja genewska – dalej I KG); Konwencja o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu (II KG); Konwencja o traktowaniu jeńców wojennych (III KG) oraz Konwencja o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV KG) oraz 2 protokoły dodatkowe z 8 czerwca 1977 r.: Protokół dodatkowy dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (PD I) i Protokół dodatkowy dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (PD II); teksty polskie w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupełn. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), AON, Warszawa 2003, s. 241 i n.

¹⁰⁹ Zob. art. 37 tzw. Kodeksu Liebera (Instrukcja dla Dowódców Armii Stanów Zjednoczonych w Polu. Zarządzenie nr 100 Prezydenta Lincoln z 24 kwietnia 1863 r.); art. 38 Deklaracji Brukselskiej z 27 sierpnia 1874 r.; art. 48 Podręcznika Oksfordzkiego z 1880 r. („Oxford Manual” przyjęty 9 września 1880 r. przez Instytut Prawa Międzynarodowego); art. 46 Regulaminu Haskiego (załącznik do IV Konwencji Haskiej o prawach i zwyczajach wojny lądowej z 18 października 1907 r.; teksty w:

gulowań prawnych zmuszona jestem odesłać do moich wcześniejszych opracowań¹¹⁰, gdzie wyróżniono następujące aspekty ochrony praw rodziny na wypadek konfliktu zbrojnego: poszanowanie zasady integralności rodziny (niedopuszczanie do rozdzielania członków rodziny w przypadkach internowania, przesiedleń lub ewakuacji oraz podjęcie wszelkich możliwych działań ułatwiających odszukanie i połączenie rozproszonych w wyniku walk rodzin), prawo do informacji (wymiana korespondencji rodzinnej i gwarancje w tym zakresie dla jeńców wojennych i osób internowanych oraz prawo do poinformowania najbliższych w przypadku zatrzymania, przeniesienia, w razie choroby i/lub przewiezienia do szpitala, ze szczególnym uwzględnieniem prawa rodziny do wiedzy o losie zaginionych najbliższych¹¹¹), prawa rodziny na wypadek śmierci jej członka (odszukanie i zebranie zmarłych, ustalenie ich tożsamości, działalność czerwono-krzyżskich biur informacji, odpowiedni pochówek, oznaczenie grobów i należyte ich utrzymanie, przekazanie właściwym władzom lub rodzinom zmarłych odpowiednich informacji, zapewnienie rodzinom dostępu do grobów oraz powrót szczątków do ojczystego kraju), gwarancje materialnego zabezpieczenia bytu rodziny w określonych sytuacjach (obowiązek dostarczenia materialnych podstaw przetrwania rodzinom określonych kategorii podmiotów w przypadkach internowania oraz w czasie okupacji) oraz wzmocnienie ochrony rodziny w kontekście szczególnych uprawnień przyznanych dzieciom (kwestia ewakuacji dzieci oraz ochrony dzieci pozbawionych opieki) i niektórym kategoriom kobiet (kobiety w ciąży, położnice oraz matki z małymi dziećmi). W świetle nawet tego pobieżnego wyliczenia nietrudno o konstatację, że normy międzynarodowego prawa humanitarnego gwarantują poszanowanie praw rodziny w całej ich międzynarodowo chronionej substancji.

2. Problem aktualności zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego w sytuacji stanu nadzwyczajnego niebędącego konfliktem zbrojnym

W kontekście zobowiązań derogacyjnych niezmiennie istotne jest – jak już podkreślałam na tle uwag poczynionych w odniesieniu do testu legalności prawnomiędzynarodowej – postrzeganie zbioru norm międzynarodowego prawa humanitarnego w charakterze „innych zobowiązań wynikających z prawa mię-

D. Schindler, J. Toman (red.), *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Leiden–Geneva 1973, s. 3 i n.

¹¹⁰ Zob. M. Szuniewicz, *Prawo rodziny do życia i przetrwania w sytuacji konfliktu zbrojnego*, w: *Prawo do życia i jakości życia w wielokulturowej Europie. Materiały z V Międzynarodowej Konferencji Praw Człowieka*, Olsztyn 30–31 maja 2005 r. (w druku) oraz idem, *Studium gwarancji praw rodziny na wypadek niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2006, vol. 2, s. 51–92. Zestawienie samych norm gwarantujących ochronę rodziny w sytuacji konfliktu zbrojnego odnajdzie czytelnik również w: T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach...*, op. cit., s. 147–154.

¹¹¹ Szerzej na ten temat zob. M. Szuniewicz, *Prawo rodziny do informacji o losie jej zaginionego członka – uwagi prawnomiędzynarodowe*, w: J. Marszałek-Kawa, B. Chłudziński (red.), *Znaczenie informacji w społeczeństwie obywatelskim. Wybrane aspekty prawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2007, s. 192–231.

dzynarodowego” i to z dwojakiego rodzaju powodów. Po pierwsze, w kontekście ochrony praw człowieka międzynarodowe prawo humanitarne służy jako „pomoc interpretacyjna w ustalaniu katalogu i chronionej substancji praw niederogowalnych”¹¹². Po drugie, pretenduje ono do roli „wspólnego minimalnego mianownika wszystkich państw i całej społeczności ludzkiej”¹¹³, a to z uwagi na powszechny charakter zobowiązań wynikających z jego norm.

Jak czytamy w Uwagach Ogólnych Komitetu Praw Człowieka z 2001 r., „Państwa-Strony nie mogą w żadnych okolicznościach powołać się na art. 4 Paktu jako usprawiedliwienie działań naruszających prawo humanitarne bądź wiążące normy prawa międzynarodowego (...)”¹¹⁴. Chodzi tu bowiem o uwzględnienie i poszanowanie ważkich konsekwencji wynikających w kontekście derogacji z unormowań międzynarodowego prawa humanitarnego, które w swej zasadniczej substancji może być postrzegane i rekonstruowane jako „prawa człowieka w konfliktach zbrojnych”¹¹⁵. W ten oto sposób międzynarodowa ochrona praw człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych zostaje „swoiście uzupełniona systemem międzynarodowego prawa humanitarnego”¹¹⁶.

Wynika zatem z powyższego, iż „legalność określonych czynów popełnionych w czasie stanu nadzwyczajnego, którym jest też konflikt zbrojny, będzie musiała być oceniana zgodnie z prawem humanitarnym, nawet jeśli będzie to następowało z perspektywy stosowania prawa praw człowieka”¹¹⁷. A zatem, jeśli podjęty w sytuacji konfliktu niemiędzynarodowego środek pociąga za sobą naruszenie wspólnego art. 3 czy też Protokołu II, „derogacja może być zakwestionowana z tego powodu w ramach egzekwujących mechanizmów Europejskiej i Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka”¹¹⁸.

¹¹² T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach...*, op. cit., s. 13.

¹¹³ Termin zapożyczony z: C. Mik, *Zbirowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1992, s. 21.

¹¹⁴ Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 11.

¹¹⁵ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 69–70.

¹¹⁶ B. Gronowska, *Bezpieczeństwo...*, op. cit., s. 129.

¹¹⁷ R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press 2002, s. 275.

¹¹⁸ Ch. Lysaght, *The scope of Protocol II and its relation to common article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and other human rights instruments*, „American Journal of International Law” 1983, vol. 33, s. 26. W tym miejscu pozwolę sobie przytoczyć – i to w dużej części wiernie – poglądy przewodniczącego Międzyamerykańskiego Instytutu Praw Człowieka, Heman Montealegre’a, przedstawione w artykule pt. *The compatibility of a State party's derogation under human rights conventions with its obligations under Protocol II and common Article 3*, przygotowanym na Konferencję Amerykańskiego Czerwonego Krzyża w 1983 r., poświęconą problematyce międzynarodowego prawa humanitarnego i praw człowieka w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych, a opublikowanym w: „The American University Law Review” 1983, vol. 33, nr 1, s. 41–51. Otóż – jak już wspomniałam wcześniej – zarówno Pakt, jak i Europejska Konwencja pozwalają na zawieszenie m.in. praw rodziny. Pytanie, jakie wobec tego stawia Heman Montealegre, brzmi: czy artykuł 3 konwencji genewskich oraz Protokół II w jakikolwiek sposób ograniczają prawo państwa do zawieszenia (*suspend*) wykonywania praw derogowalnych? Zdaniem autora, (...) *the answer is no: no duty emanating from the Geneva System conflicts with the exercise of the right of derogation that a State enjoys according to the human rights conventions with respect to the rights enumerated above (one of which are 'family rights' – M.Sz.). The right of persons deprived of their liberty to send and receive correspondence, protected under Protocol II, for example, is limited by the powers and competence of the authorities respon-*

Międzynarodowe prawo humanitarne jawi się tutaj jako „istotny uzupełniający układ ocenny, pomocny w ustaleniu katalogu i substancji praw niederogowalnych”¹¹⁹, albowiem w jego normach można znaleźć solidne gwarancje poszanowania praw człowieka¹²⁰ i to nie tylko tych wyłączonych spod mechanizmu derogacji w świetle praw człowieka, ale przede wszystkim praw w swym założeniu derogowalnych¹²¹. Jak wykazałam wcześniej, przegląd gwarancji ochrony praw rodziny przewidzianych na wypadek konfliktu zbrojnego w międzynarodowym prawie humanitarnym prowadzi do konkluzji o poszanowaniu w normach międzynarodowego prawa humanitarnego praw rodziny *duranto bello* w całej ich międzynarodowo chronionej substancji. A zatem prawa rodziny uzyskują tą „okrężną drogą” (poprzez gwarancje przewidziane w przepisach prawa humanitarnego) przymiot niederogowalności¹²², albowiem „skoro jakakolwiek derogacja w ramach podstawowych konwencji praw człowieka musi być w każdym przypadku zgodna z innymi zobowiązaniami międzynarodowymi państwa, te ostatnie powinny być traktowane jako prawa niederogowalne z punktu widzenia praw człowieka”¹²³.

Niestety o obowiązku poszanowania przez państwo zobowiązań w sferze międzynarodowego prawa humanitarnego mówi się jedynie w sytuacji zaistnienia konfliktu zbrojnego (i to odpowiadającego definicjom zawartym w tworzących to prawo traktatach międzynarodowych). Wojna, jakkolwiek będąca niemalże modelowym przykładem *emergency threatening the life of the nation*¹²⁴, nie wyczerpuje ram znaczeniowych pojęcia, a w typologii sytuacji mieszczących się

sible for internment; powers whose limits can of course be defined by the State pursuant to its right to suspend such right according to the terms it defines (s. 46). Z drugiej strony autor zwraca uwagę, że w przypadku gdy państwo chciałoby zawiesić prawo do informacji celem umożliwienia odmowy dostarczania wiadomości dotyczących osób zaginionych, mamy do czynienia z przykładem *prevalance of Protocol II rights*. Protokół II bowiem w sposób niebudzący wątpliwości uniemożliwia takie przypuszczalne usprawiedliwianie działań państwa, a w to miejsce rodzi zobowiązanie prawnomiędzynarodowe do prowadzenia poszukiwań (s. 48) i przekazywania rodzinie wszelkich wiadomości.

¹¹⁹ T. Jasudowicz, *Determinanty...*, op. cit., s. 95; por. także idem, *Studium...*, op. cit., s. 47 oraz S.P. Marks, *Principles and Norms of Human Rights in Emergency Situations: Underdevelopment, Catastrophes and Armed Conflicts*, w: K. Vasak (red.), *The International Dimensions of Human Rights*, I.1, Paris 1982, s. 175–212, *passim*.

¹²⁰ T. Jasudowicz, *Determinanty...*, op. cit., s. 96.

¹²¹ T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach...*, op. cit., s. 20.

¹²² Ibidem, s. 21–22.

¹²³ T. Hadden, C. Harvey, *The law of internal crisis and conflict*, IRRC 1999, nr 833.

¹²⁴ Zarówno Europejska, jak i Amerykańska Konwencja Praw Człowieka wymieniają *explicite* wojnę w swoich klauzulach derogacyjnych (art. 15 ust. 1 Europejskiej Konwencji i art. 27 ust. 1 Amerykańskiej Konwencji). Tymczasem Międzynarodowy Pakt – pomimo ożywionych dyskusji wokół propozycji jej włączenia do art. 4 (UN Doc.E/CN.4/SR.127; zob. M.J. Bossuyt, *Guide to the travaux preparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 81 i n.) – ostatecznie tego sformułowania nie używa, choć nie ulega wątpliwości, że konflikt zbrojny wypełnia znamiona stanu nadzwyczajnego. Niemniej jednak co do sformułowania wymogu „zagrożające życiu narodu” wiele wątpliwości wysuwa M. Flemming, zauważając, że współczesne wojny międzynarodowe (takie jak np. wojna irańsko-iracka z lat 1979–1989 czy też konflikt zbrojny w rejonie zatoki Perskiej z 1991 r.) takiego zagrożenia dla żadnego narodu nie stworzyły (por. M. Flemming, *Podstawowe prawa człowieka a międzynarodowy konflikt zbrojny*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1993, nr 1–2, s. 6).

w obrębie powyższego sformułowania wyróżnia się trojakiemu rodzaju stany¹²⁵: kryzysy polityczne (obejmujące międzynarodowy konflikt zbrojny, konflikt o charakterze niemiedzynarodowym, zamieszki lub napięcia wewnętrzne), siłę wyższą (tzn. trzęsienia ziemi, powódź, cyklon, wybuch wulkanu itp., ale tylko wówczas, gdy na danym terenie są zjawiskiem rzadkim i nadzwyczajnym) oraz kryzys ekonomiczny¹²⁶ (w tym chroniczny niedorozwój ekonomiczny). I jakkolwiek podejmowano różne próby wypracowania kryteriów dookreślających to pojęcie celem zawężenia kontekstu sytuacyjnego usprawiedliwiającego sięgnięcie po instytucję derogacji do *the most exceptional and grave circumstances*¹²⁷, to jednak praktyka państw rysuje wyraźną tendencję do znacznego rozszerzenia jej ram znaczeniowych. I właśnie w świetle powyższych uwag na krytykę zasługuje powściągliwość organów strasburskich co do analizy i kwalifikacji okoliczności wskazywanych przez państwo jako stanu, który osiągnął odpowiedni *threshold of emergency*, o czym wspominałam wcześniej.

Pod wielkim znakiem zapytania staje wobec tego kwestia aktualności zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego¹²⁸, które wyraźnie zdaje się ograniczać zasięg swojego zastosowania jedynie do międzynarodowych i niemiedzynarodowych konfliktów zbrojnych (a więc zaledwie do dwóch stanów z pierwszego typu sytuacji w powyżej przedstawionej typologii¹²⁹), i co ciekawe, w literaturze przedmiotu problem ten nie jest – jak się wydaje – zauważany, a prawo humanitarne traktuje się jako zespół konwencji o zasięgu obowiązywania ściśle ograniczonym do zdefiniowanych przez nie kategorii konfliktów zbrojnych.

Sytuacje nadzwyczajne niebędące konfliktami zbrojnymi nie są ujęte w przedmiotowym zakresie międzynarodowego prawa humanitarnego, a na gruncie praw człowieka – w przypadku skorzystania przez państwo z mechanizmu derogacji – prawa jednostek ludzkich mogą w takich sytuacjach doznać daleko idących

¹²⁵ Katalog ten został zaczerpnięty z dotyczącego sytuacji nadzwyczajnych raportu Specjalnego Sprawozdawcy N. Questiauxa, przedłożonego Podkomisji ds. Zapobiegania Dyskryminacji i Ochrony Mniejszości, zatytułowanego *Question of the Human Rights of Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment: Study of the implication for human rights of recent developments concerning situations known as States of siege or emergency* (UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1982/15).

¹²⁶ W odróżnieniu od kryzysu ekonomicznego, zarówno N. Questiaux, jak i Zasady z Syrakuz, jednogłośnie stwierdzają, że *economic difficulties per se cannot justify derogation measures* (pkt II, lit. A, § 41 Zasad). Zdaniem J.F. Hartmana, kryzys ekonomiczny na rzeczywiście szeroką skalę albo chroniczny głód i niedorozwój, które powodują społeczne lub polityczne niepokoje, mogą w wyjątkowych przypadkach uzasadniać derogację zobowiązań (Working Paper for Committee of Experts on the Article 4 Derogation provisions, „Eluman Rights Quarterly” 1985, vol. 7, nr 1, s. 89 i n.). Por. również uwagi przedstawione w kontekście *underdevelopment* przez S.P. Marksa, op. cit., s. 176 i n.

¹²⁷ Por. pkt 28.7 Dokumentu Moskiewskiego.

¹²⁸ Szczegółowo problemem aktualności zobowiązań państwa w sferze prawa humanitarnego w czasie stanu nadzwyczajnego zajęłam się w przytaczanym już artykule pt. *Wpływ norm międzynarodowego prawa humanitarnego na zakres dopuszczalności derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka*.

¹²⁹ Przy czym „normatywne” schody zaczynają się już na poziomie wewnętrznego konfliktu zbrojnego w związku z próbą określenia stopnia natężenia *internal violence*, uzasadniającego stosowanie prawa humanitarnego, przy czym dwa instrumenty poświęcone konfliktom niemiedzynarodowym (tj. artykuł 3 konwencji genewskich oraz II Protokół dodatkowy) nie zakreślają omawianego „progu” w jednakowy sposób (art. 3 wskazuje na niższy poziom natężenia konfliktu).

ograniczeń, w literalnej interpretacji gwarantowana jest nienaruszalność jedynie normom niederogowalnym oraz imperatywnym *ius cogens*.

Pozostawienie takiej *the gray zone between war and peace*¹³¹ nie jest jednak dopuszczalne, zwłaszcza w perspektywie wszechobecnej w całym prawie międzynarodowym zasady ludzkości. Jedną z propozycji wypełnienia tej „luki” jest przeprowadzenie wnioskowania prawniczego *a fortiori*, wskazującego, że omawiany obszar sytuacyjny tylko pozornie zdaje się być pozostawiony poza zasięgiem międzynarodowego prawa humanitarnego. I tak właśnie czyni Tadeusz Jasudowicz, podtrzymując, że „normy prawa humanitarnego nie zatrzymują się na stadium «wojny domowej», lecz oddziałują na czas pokoju dalej¹³², pomagając m.in. ustalić, zwłaszcza w sytuacjach stanów nadzwyczajnych i w innych sytuacjach szczególnych (...), niewzruszalną substancję praw człowieka”¹³³. To prowadzi autora do opowiedzenia się za możliwością zastosowania w takich sytuacjach wnioskowania *a minori ad maius*, albowiem „(...) skoro w sytuacji najprawdźsiwszej wojny międzynarodowej pewien zakres substancji praw człowieka podlega ochronie, o ileż bardziej należy się jej poszanowanie w sytuacjach, co prawda wyjątkowych, ale do okropności wojen się nieumyślających”¹³⁴.

Pewien punkt zaczepienia dla prezentowanego *argumentum a fortiori* można odnaleźć we wcześniej przytaczanych Uwagach Ogólnych Komitetu Praw Człowieka nr 29 z 2001 r. dotyczących stanów nadzwyczajnych, gdzie w trakcie podkreślania znaczenia oparcia (ucieleśnionych przez art. 4) gwarancji dotyczących derogacji na zasadach legalności i *rule of law* (przynależnych Paktowi jako całości), Komitet – w kontekście gwarancji przewidzianych przez międzynarodowe prawo humanitarne dla niektórych składników prawa do słusznego procesu na wypadek zbrojnego konfliktu – dochodzi do konstatacji, że „Komitet nie znajduje usprawiedliwienia dla derogacji tych gwarancji w czasie innych sytuacji nadzwyczajnych”¹³⁵.

Brak jednak w doktrynie innych głosów przemawiających za takim kierunkiem interpretacji¹³⁶ jako panaceum na brak odpowiednich regulacji prawnych,

¹³⁰ Interesującą, zwłaszcza ze względu na ilustrujący ją wykres, interpretację gwarancji prawnych przewidzianych na wypadek tych sytuacji w normach z jednej strony międzynarodowego prawa praw człowieka, a z drugiej międzynarodowego prawa humanitarnego, prezentuje S.P. Marks, op. cit., s. 201. Jednak zdaje się on nie dostrzegać dalej idącego, niż prezentuje to jego ujęcie graficzne, oddziaływania norm prawa humanitarnego na sytuacje, które nie osiągnęły *the threshold of internat conflict*.

¹³¹ Sformułowanie użyte w artykule: A. Eide, A. Rosas, T. Meron, *Combating Lawlessness in Gray Zone Conflicts through Minimum Humanitarian Standards*, „American Journal of International Law” 1995, vol. 89, s. 217.

¹³² Por. uwagi J. Patmogie o zachowaniu przez zasady humanitarne ważności także w innych sytuacjach niebędących konfliktami zbrojnymi, a w których ludzie narażeni są na nadzwyczajne cierpienia (zob. idem, *Rola organów ONZ w implementacji międzynarodowego prawa humanitarnego*, „Sprawy Międzynarodowe” 1994, nr 2, s. 158).

¹³³ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 72.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 16.

¹³⁶ Jakkolwiek w odniesieniu do sytuacji wewnętrznych niepokojów oraz sporadycznych aktów przemocy przyjęto – zdaniem A. Eide – punkt widzenia, zgodnie z którym w przypadkach, gdy konflikt „nie osiągnął poziomu walk zbrojnych, rządowe siły zbrojne oraz policja w sposób oczywisty nie jest

a biorąc pod uwagę daleko idącą niechęć państw do zaciągania czy też uznania istnienia zobowiązań w odniesieniu do zdarzeń mających miejsce na ich terytorium oraz zasłanianie się zasadą suwerenności w rozwiązywaniu spraw wewnętrznych, nikłe są szanse powszechnej akceptacji dla przedstawionego *argumentum a minori ad maius*. Stąd też poszukuje się innego wyjścia z zaistniałego impasu, a za przykład takich dążeń może posłużyć wspomniana wcześniej akcja Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża, zmierzająca do wyłonienia norm międzynarodowego prawa humanitarnego, którym można przypisać status norm zwyczajowych, czy też trwająca już kilkanaście lat próba wypracowania zestawu minimalnych standardów humanitarnych, mających zastosowanie zarówno na czas wojny, jak i pokoju. I właśnie ten ostatni nurt stanowić będzie przedmiot dalszych rozważań.

V. O POTRZEBIE DOSKONALENIA UNORMOWANIA PRAWNEGO (MINIMALNE STANDARDY HUMANITARNE)

W związku z problematyką ochrony praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych pojawia się – o czym już wspomniałam – kwestia objęcia ochroną międzynarodową także sytuacji, które w ścisłym tego słowa znaczeniu nie są konfliktami zbrojnymi, lecz charakteryzują się występowaniem i trwaniem przez dłuższy czas nasilenia aktów gwałtu. W obrębie tego rodzaju sytuacji wprowadza się rozróżnienie na zamieszki wewnętrzne (*disturbances*) oraz na stany wewnętrznego napięcia (*tensions*)¹³¹. Normy międzynarodowego prawa humanitarnego mają zastosowanie w wewnętrznych sporach tylko wtedy, gdy działania zbrojne osiągną określone nasilenie¹³⁸, wystarczające do za-

uprawniona do 'zejścia' poniżej tego, co jest im dozwolone w wypadku, gdy istnieje konflikt zbrojny" (A. Eide, *International Dimensions of Humanitarian Law*, chapter XV, Henry Dunant Institute; cyt za: N. Chandrasaran, *Internal Armed Conflicts and the Expanding Jurisdiction of International Humanitarian Law*, „Sri Lanka Journal of International Law” 2000, nr 12, s. 136).

¹³⁷ Pierwsze obejmują stany spontanicznych aktów buntu aż do walki mniej lub bardziej zorganizowanych grup przeciwko organom władzy, podczas gdy w drugich władze rządowe kontrolują w pełni bieg wydarzeń i nie dochodzi do otwartych aktów buntu, niemniej mają jednak miejsce masowe aresztowania lub internowanie większej liczby osób, których działalność jest uważana za niebezpieczną dla rządu. Te ostatnie często pozostają w związku z faktem, że rządy i władze policyjne dysponują tak potężnymi środkami represji, że zbrojne powstanie jest praktycznie mało realne (definicje zaczerpnięte z: R. Bierzanek, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, Warszawa 1972, s. 72).

¹³⁸ W praktyce miały miejsce przypadki, że w konfliktach wewnętrznych rząd odmawiał stosowania art. 3, argumentując, że konflikt ma charakter ściśle wewnętrzny i że znajduje tu zastosowanie tylko prawo wewnętrzne. Jakkolwiek ujęty w formie ogólnej przepis art. 3 pozostawia niewątpliwie zainteresowanym rządom szeroki zakres swobodnego uznania, to jednak nie można – za R. Bierzankiem – zgodzić się ze stanowiskiem, że rząd w sposób arbitralny może decydować o zastosowaniu tego artykułu w danym konflikcie. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 3 powinien on znaleźć zastosowanie w konflikcie zbrojnym, w którym prowadzone są działania wojenne i w którym uczestniczą siły zbrojne. Znajduje on zatem zastosowanie w wojnach domowych, powstaniach i innych wewnętrznych sytuacjach, w których mają miejsce nie tylko rozruchy i zamieszki lub demonstracje, ale gdy powstała sytuacja podobna do wojny, niedająca się zlikwidować przez siły policyjne (por. E. Castren, *Civil war*, Helsinki 1966, s. 85; cyt. za: R. Bierzanek, *Prawa człowieka...*, op. cit., s. 41). Zaprzeczanie możliwości zastosowania międzynarodowego prawa humanitarnego opierano na twierdzeniu, że *the low level of violence does not reach the threshold required for the applicability of humanitarian instruments*

liczenia danej sytuacji do kategorii niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego. Jeśli ono nie zachodzi, wtedy mamy do czynienia nie z konfliktem zbrojnym, lecz z sytuacją określaną mianem „rozruchów”, „niepokojów”, „napięcie”, „buntów” itp. Mimo że sytuacje te nie podlegają prawu humanitarnemu¹³⁹, pozostają one jednak przedmiotem humanitarnego zainteresowania, gdyż rodzą problemy porównywalne z tymi, jakie niesie wojna domowa¹⁴⁰.

Z legalnego punktu widzenia należy przypomnieć, że nawet w tego typu kryzysach prawa człowieka muszą być respektowane. Zakładając jednak, że mechanizm ochrony praw człowieka (w razie skorzystania z mechanizmu derogacji) zostanie zastosowany przez zainteresowaną stronę *à la lettre* w warunkach napięć i zamieszek wewnętrznych, to „zakres ochrony nie będzie dla jednostki satysfakcjonujący, nadal bowiem w zasadniczym stopniu zagrożone będą jej wolność i bezpieczeństwo prawne”¹⁴¹ oraz prawa przynależne jej rodzinie. Podstawowe reguły praw człowieka znajdujące zastosowanie w sytuacji napięć wewnętrznych nie obejmują wszystkich przypadków poważnego naruszania reguł humanitarnych, mających często miejsce w tego typu sytuacjach, z których najbardziej dotkliwe są masowe aresztowania oraz naruszenie gwarancji sądowych¹⁴². Z tego też względu tym właśnie kwestiom poświęcono najwięcej uwagi w próbach opracowania zespołu reguł odnoszących się do praw niederogowalnych nawet w powyższym kontekście sytuacyjnym. Pozostają one również w zakresie tematycznym tej pracy ze względu na prawa rodziny w aspekcie prawa do informacji, korespondencji i widzeń z uwięzionym członkiem rodziny, albowiem zbyt często mamy do czynienia z trzymaniem takich osób w totalnej izolacji (bez możliwości komunikowania się z najbliższymi i bez informacji ze strony władz o fakcie ich aresztowania)¹⁴³ i niestety taka praktyka jest szeroko rozpowszechniona w niektórych częściach świata (m.in. w rejonie Ameryki Łacińskiej).

(T. Meron, *On the Inadequate reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument*, AJIL 1983, vol. 77, s. 603), a jak zauważył R. Baxter *the first line of defense against international humanitarian law is to deny that it applies at all* (R. Baxter, *Some Existing Problems of Humanitarian Law*, w: *The Concept of International Armed Conflict: Further Outlook I* (Proceedings of the International Symposium on Humanitarian Law, Brussels 1974, s. 2; cyt. za: T. Meron, op. cit., s. 598).

¹³⁹ Art. 1 ust. 2 Protokołu II *expressis verbis* wyłącza tego rodzaju sytuacje spod przedmiotowego zakresu swojej regulacji, stanowiąc że „niniejszy Protokół nie ma zastosowania do takich wewnętrznych napięć i niepokojów, jak rozruchy, odosobnione i sporadyczne akty siły i inne działania podobnego rodzaju, które nie są uważane za konflikty zbrojne”.

¹⁴⁰ Z humanitarnego punktu widzenia konsekwencje są jednakowe niezależnie od tego, czy dana osoba stała się jej ofiarą podczas walk zbrojnych czy też w wyniku zamieszek i napięć wewnętrznych, albowiem *whatever the form taken by the violence, it (...) has adverse effects on the psychological integrity of the victims and their families*; por. M. Harroff-Tavel, *Action taken by the International Committee of the Red Cross in situations of internat violence*, „International Review of the Red Cross” 1993, nr 294.

¹⁴¹ P. Daranowski, *Reguły humanitarnego traktowania osób w sytuacjach zamieszek i napięć wewnętrznych – perspektywa ochrony i regulacji*, „Sprawy Międzynarodowe” 1994, nr 2, s. 164.

¹⁴² D. Momtaz, *The minimum humanitarian rules applicable in periods of internat tensions and strife*, „International Review of the Red Cross” 1998, nr 324.

¹⁴³ Ibidem.

Pozwolę sobie zatem poświęcić kilka słów tematowi pozbawienia wolności w warunkach izolacyjnych (tzw. *incommunicado detention*) w kontekście poszanowania prawa rodziny do kontaktu z osobą uwięzioną i prawa do informacji o jej losie w perspektywie realiów panamerykańskich, gdzie tak często występują sytuacje wewnętrznych napięć i niepokojów. Komitet Praw Człowieka stwierdził, że praktyka *incommunicado detention* może stanowić naruszenie artykułu 7 MPPOiP (zakaz tortur i niehumanitarnego traktowania)¹⁴⁴ i wobec tego „należy jej unikać”¹⁴⁵, podkreśliwszy jednocześnie, że „stanowi karę dla rodziny osoby pozbawionej wolności i jako takie stanowi niedopuszczalne rozszerzenie zakresu sankcji”¹⁴⁶. Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka zauważyła, że „prawo do odwiedzin ze strony najbliższych jest podstawowym wymogiem zapewnienia poszanowania praw osoby pozbawionej wolności oraz prawa do ochrony rodziny, a warunki i procedury związane z wizytami nie mogą naruszać innych praw do poszanowania integralności osobistej, prywatności i rodziny”¹⁴⁷, przy czym prawo do odwiedzin przysługuje wszystkim więźniom niezależnie od natury i ciężaru gatunkowego przestępstwa, o które osoba została oskarżona lub za które skazana¹⁴⁸. Ponadto Komisja uznała regulacje prawne dopuszczające „jedynie krótkie, nieregularne wizyty oraz przeniesienie więźniów do odległych miejsc odosobnienia za arbitralną sankcję”, która niewątpliwie narusza wspomniane wcześniej prawa rodziny¹⁴⁹.

Również proponowane w Wielkiej Brytanii (w imię walki z terroryzmem) przepisy przewidujące *administrative detention* nie dają wyraźnie niektórych podstawowych gwarancji wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, wśród których znajduje się prawo zatrzymanego do powiadomienia rodziny o aresztowaniu oraz o miejscu przetrzymywania oraz prawo do odwiedzin. W związku z powyższą tendencją Amnesty International w rekomendacjach zaproponowanych grupie specjalistów zajmujących się problematyką praw człowieka w kontekście wojny z terroryzmem podkreśla, że jeśli państwo zdecydowało się na przyjęcie regulacji prawnych pozwalających na pozbawienie wolności osób podejrzanych o działalność terrorystyczną, wobec których nie zamierza wszczynać postępowania karnego, a jednocześnie nie może dokonać ich deportacji czy ekstradycji, to reguły dotyczące takiego rodzaju pozbawienia wolności powinny gwarantować przestrzeganie standardów praw człowieka, a wśród nich prawa ro-

¹⁴⁴ *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, (458/1991), 21.07.1994, UN Doc. CCPR/C/51/D/458/1991; *El-Megreisi v. Libyan Arab Jamahiriya*, (440/1990), 23.03.1994, UN Doc. CCPR/C/50/D/440/1990.

¹⁴⁵ Preliminary Observations of the HRC: Peru, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 67, (25.02.1996), § 18 i 24.

¹⁴⁶ Por. Annual Report of the Inter-American Commission, 1982–1983, OEA/Ser.L/V/II/61, doc. 22, rev. 1; Annual Report of the Inter-American Commission, 1983–1984, OEA/Ser.L/V/II/63, doc. 22.

¹⁴⁷ Report No. 38/96, Case 10.506 (Argentina), 15 października 1996.

¹⁴⁸ Case 1992, 27 maja 1977.

¹⁴⁹ Annual Report of the Inter-American Commission, 1983–1984, OEA/Ser.L/V/II/63, doc. 10, Uruguay; 17th Report on the Situation of Human Rights in Cuba, 1983, OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 29, rev. 1.

dżyny osoby uwięzionej do bycia poinformowanym o dokonanych aresztowaniach oraz do kontaktu z zatrzymanym¹⁵⁰.

Sytuacja, w której traktaty dotyczące prawa humanitarnego nie proponują żadnego minimum zabezpieczeń na czas zamieszek i napięć wewnętrznych, pozostawiając je poza obszarem stosowania tego prawa, konwencje praw człowieka zaś, choć zawierają jasno wyodrębnione katalogi praw, które nie mogą być w żadnych okolicznościach zawieszane, nie są jednak z istoty swej predestynowane do spełnienia roli oczekiwanego minimum gwarancji¹⁵¹, zrodziła ideę opracowania zestawu minimalnych standardów humanitarnych¹⁵² jako koniecznego, a zarazem skutecznego narzędzia służącego wypełnianiu tej luki w ochronie¹⁵³. Padło hasło wypracowania deklaracji minimalnych standardów humanitarnych¹⁵⁴, której celem miało być objęcie swym zasięgiem wszelkich sytuacji przemocy wewnątrzpaństwowej nieobjętej Protokołem II oraz wspólnym artykułem 3 konwencji genewskich¹⁵⁵ oraz „rozwiniecie (...) katalogu praw niederogowalnych zagwarantowanych w instrumentach praw człowieka dodatkowymi przepisami ucieleśniającymi fundamentalne reguły ochronne zaczerpnięte z prawa humanitarnego”¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Amnesty International, A Human Rights Framework for the Protection of Security (IOR 61/005/2001), 26 listopada 2001.

¹⁵¹ P.R. Ghandi, *The Human Rights Committee and Derogation in Public Emergencies*, „German Yearbook of International Law” 1989, vol. 32, s. 323–361, passim.

¹⁵² Idea opracowania takiego zestawu minimalnych standardów humanitarnych została wysunięta po raz pierwszy w 1983 r. przez profesora Theodora Merona (zob. idem, *On the Inadequate...*, op. cit., passim): (...) because the applicability of humanitarian law is often denied, and the nonderogable human rights protections are inadequate and frequently ignored, there is a dire scarcity of governing norms (T. Meron, *Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife*, „American Journal of International Law” 1984, vol. 78, s. 863–864).

¹⁵³ D. Petrasek, *Moving forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards*, „American Journal of International Law” 1998, vol. 92, s. 557.

¹⁵⁴ Impulsem dla idei sformułowania takiej deklaracji było wystąpienie przewodniczącego MKCK, który zakreślił jednocześnie zasięg sytuacyjny przyszłej deklaracji, wskazując na *situations involving collective violence, including low-intensity violence, ranging from simple internal tensions to more serious internal disturbances* (tekst wystąpienia opubl. w: Hay, *The ICRC and International Humanitarian Issues*, „International Review of the Red Cross” 1984, nr 238).

¹⁵⁵ T. Meron, *Towards...*, op. cit., s. 862.

¹⁵⁶ Ibidem, s. 863. T. Meron widzi konieczność zamieszczenia w przyszłej deklaracji praw niezamieszczonych dotąd w enumeratywnych katalogach praw niederogowalnych praw człowieka, wskazując jednocześnie jako ich źródło prawo humanitarne. Jego zdaniem „głównym źródłem praw (...) powinny być instrumenty humanitarne, najlepiej Konwencje Genewskie z uwagi na ich powszechne przyjęcie przez państwa oraz ich szczególną adekwatność do sytuacji niepokojów. Wiele ze stosownych postanowień może zostać «zapożyczonych» z Protokołu II, często po dokonaniu ważnych modyfikacji oraz – w wielu przypadkach – z Protokołu I” (ibidem, s. 865). Co prawda, z uwagi na niezbyt dużą podówczas liczbę ratyfikacji protokołów dodatkowych (w 1984 r. były to tylko 34 państwa odnośnie do Protokołu II), autor odsyła głównie do przepisów formułujących już w tytule gwarancje o charakterze fundamentalnym (m.in. art. 4 Protokołu I czy art. 75 Protokołu II), to jednak wobec obecnego stanu ratyfikacji można kwalifikować przepisy tych protokołów w znacznej ich części jako reguły powszechnie obowiązujące (Protokół I – 162 państwa, Protokół II – 157 państw; stan ratyfikacji na dzień 1 stycznia 2005 r.). Wśród poszczególnych przepisów, których zaczerpnięcie z instrumentów prawa humanitarnego jest zdaniem autora konieczne, wymienia on „te, dotyczące deportacji, przymusowego przesiedlenia ludności, kar zbiorowych oraz ochrony dzieci i rodzin” (ibidem, s. 866), a więc przepisy gwarantujące bezpośrednio i pośrednio ochronę rodziny.

26 września 1984 r. przyjęto w drodze konsensusu *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency* (tzw. Reguły Paryskie)¹⁵⁷, stanowiące zespół norm mających rządzić działaniami podejmowanymi w związku ze stanem nadzwyczajnym, w tym 16 artykułów poświęconych „niderogowalnym prawom oraz wolnościom, do których jednostki pozostają uprawnione nawet w razie stanu nadzwyczajnego”. Ochronie rodziny został poświęcony art. 11 zatytułowany *Rights of the Family* stanowiący odpowiednik artykułów poszczególnych instrumentów praw człowieka odnoszących się do rodziny¹⁵⁸, gwarantujących prawo do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny oraz równość praw w małżeństwie, jak i po jego rozwiązaniu (ust. 1), swobodne i świadome wyrażenie zgody na małżeństwo (ust. 2), oraz potwierdzający, jak czynią to liczne instrumenty praw człowieka, że „rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa oraz jest uprawniona do ochrony ze strony państwa” (ust. 3)¹⁵⁹. Ponadto Reguły gwarantują w odniesieniu do praw osób pozbawionych wolności, że „należy zezwolić na regularne wizyty osoby pozbawionej wolności ze strony członków rodziny” (art. 5 ust. 2 lit. f), a w razie zastosowania restrykcji w stosunku do prawa do publicznego procesu, iż „takie ograniczenia nie powinny mieć zastosowania do członków rodziny osoby oskarżonej” (art. 7 ust. 4)¹⁶⁰.

Najbardziej jednak precyzyjnym jak dotąd załącznikiem traktatowej regulacji w omawianym przedmiocie jest „Deklaracja o minimalnych standardach humanitarnego traktowania” (*Declaration of Minimum Humanitarian Standards*)¹⁶¹, podpisana w grudniu 1990 r. w Turku/Åbo (Finlandia). Jej celem jest zestawienie podstawowych reguł humanitarnego traktowania, które mają zastosowanie „we wszystkich sytuacjach, włączając w to sytuacje wewnętrznych aktów przemocy, zamieszek, napięć i stanów wyjątkowych” (*situations of internal violence, disturbances, tensions and public emergency*), a zatem regulacja ta – choć mieszcząca się w ramach *soft law*¹⁶² – ma duże znaczenie z uwagi na rozciągnięcie zakresu zastosowalności na całą gamę „nadzwyczajnych” zdarzeń, od wyżej wymienionych sytuacji poprzez stany nadzwyczajne wywołane klęską żywiołową lub międzynarodowym konfliktem zbrojnym po międzynarodowy konflikt zbrojny.

¹⁵⁷ Tekst Reguł został opublikowany m.in. w: R.B. Lillich, *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, „American Journal of International Law” 1985, vol. 79, s. 1073–1081.

¹⁵⁸ Art. 23 Paktu, art. 12 EKPC czy art. 17 AKPC.

¹⁵⁹ W projekcie *Committee on the Enforcement of Human Rights Law* znajdował się jeszcze ust. 4, który nie znalazł się jednak w ostatecznym tekście Reguł, a który przewidywał, że „każda rodzina powinna być uprawniona do przynajmniej jednego dziecka”; por. R.B. Lillich, op. cit., s. 1072.

¹⁶⁰ Należy również wspomnieć o traktującym o prawach dziecka art. 13, który przyznaje każdemu dziecku prawo do *measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society and the State*.

¹⁶¹ Tekst deklaracji został opubl. m.in. w: „American Journal of International Law” 1991, vol. 85, s. 377–381. Tekst deklaracji został poddany niewielkim zmianom i uzupełnieniom w 1995 r.; zob. UN Doc. E/CN.4/1995/116 (31.01.1995); tekst poprawionej deklaracji został również opubl. w: „American Journal of International Law” 1995, nr 89, s. 218–223.

¹⁶² O rozważaniach na temat samodzielności i efektywności normatywnej deklaracji z Turku czytaj: P. Daranowski, *Reguły...*, op. cit., s. 167 i n.

Zgodnie z artykułem 1 Deklaracji zawarte¹⁶³ w niej minimalne standardy humanitarnego traktowania, mające zastosowanie we wspomnianych sytuacjach, „nie mogą być zawieszane w żadnych okolicznościach”¹⁶⁴ i to niezależnie od wypełnienia prawnomiędzynarodowego obowiązku notyfikacji.

W Deklaracji zawarto istotne postanowienia dotyczące poszanowania prawa rodziny do uzyskania informacji o losie jej członków w razie pozbawienia ich wolności, zgodnie bowiem z ust. 1 art. 4 „Wszystkie osoby pobawione wolności powinny być przetrzymywane w uznanych miejscach pozbawienia wolności. Odpowiednie informacje dotyczące ich uwięzienia oraz o miejscu przebywania, w tym o przeniesieniach, powinny być niezwłocznie udostępnione członkom ich rodzin i obrońcy lub innym osobom, posiadającym interes prawny w dostępie do tych informacji”, następny ustęp zaś gwarantuje pozbawionym wolności utrzymanie kontaktu ze światem zewnętrznym, a więc chodzi przede wszystkim o korespondencję z najbliższymi, która może być jedynie ujęta w stosowne ramy ustalonych przez władzę ograniczeń natury formalnej, ale nigdy całkowicie zawieszona¹⁶⁵. W poświęconym kwestiom przesiedleń artykule 7 zagwarantowano z kolei, że „(...) wszelkie starania powinny zostać podjęte celem umożliwienia osobom przemieszczonym przebywanie razem, jeżeli wyrażają taką chęć. Rodzinom, których członkowie chcą pozostać razem, powinno się na to zezwolić”. I choć brak dalszych gwarancji praw rodziny, Deklaracja ta *expressis verbis* podkreśla, że „w przypadkach nieobjętych instrumentami praw człowieka i prawa humanitarnego wszystkie osoby i grupy pozostają pod ochroną zasad prawa międzynarodowego wynikających z ustalonych zwyczajów, zasad ludzkości oraz wymagań powszechnego sumienia”, nawiązując do *safety net* pełnionej w międzynarodowym prawie humanitarnym przez klauzulę Martensa.

Jakkolwiek inicjatywy te, świadczące o rosnącym rozumieniu (*recognition*) społeczności międzynarodowej, że prawo międzynarodowe praw człowieka oraz prawo humanitarne są nieadekwatne, gdy idzie o ochronę człowieka „w sytuacjach przemocy wewnętrznej, etnicznych, religijnych lub narodowych konflik-

¹⁶³ Deklaracja zawiera słowo „*affirm*”, co należałoby przetłumaczyć raczej jako „potwierdzające”, „stwierdzające”, co wskazuje na to, że uważano przedstawione w deklaracji reguły jako już posiadające przymiot norm zwyczajowych, których ten instrument prawny nie tworzy, ale jedynie potwierdza ich powszechne obowiązywanie (charakter deklaratoryjny procesu formułowania zespołu minimalnych norm humanitarnych).

¹⁶⁴ Deklaracja nie pozwala na żadną derogację *under any circumstances*, predestynując do roli kreatora *a principal irreducible core of humanitarian norms and human rights that must be applied at all times* (T. Meron, *On the Inadequacy...*, op. cit., s. 604), tworząc tym samym „siatkę bezpieczeństwa (*safety net*)\ mającą na celu uniemożliwienie, a przynajmniej znaczne ograniczenie wspomnianej skłonności rządów do zaprzeczania zastosowalności odpowiednich standardów ochronnych na podstawie twierdzenia, że sytuacja nie osiągnęła odpowiedniego progu (stopnia) natężenia (*does not reach a particular threshold*); por. T. Meron, A. Rosas, *A Declaration of Minimum Humanitarian Standards*, AJIL 1991, vol. 85, s. 376.

¹⁶⁵ „Przepisy Protokołu II zapewniające prawo osób pozbawionych wolności do otrzymywania listów, jakkolwiek poddane pewnym restrykcjom formalnym, jest niewątpliwie cenne w procesie wypracowania ostatecznych minimalnych standardów traktowania wszelkich więźniów”; por. Ch. Lysaght, op. cit., s. 22–23.

tów, niepokoju lub zamieszek lub niebezpieczeństwa publicznego”¹⁶⁶, są nadal kontynuowane¹⁶⁷, to jednak – pomimo przyjęcia szeregu rezolucji¹⁶⁸ i raportów¹⁶⁹ poświęconych „podstawowym standardom ludzkości” (*fundamental standards of humanity*)¹⁷⁰ – nie podjęto jeszcze wiążących kroków w tym kierunku. I choć praca w Komisji Praw Człowieka wskazuje na przyjęcie właściwej drogi, to jednak jest ona bardzo długa, a konieczność wypracowania przez państwa konsensusu we wszystkich istotnych elementach niezmiernie spowalnia te dążenia.

VI. UWAGI O DZIAŁALNOŚCI MIĘDZYNARODOWEGO KOMITETU CZERWONEGO KRZYŻA

Interesujące zjawisko na tle „napięć i zamieszek wewnętrznych” (oraz klęsk żywiołowych) stanowi powstała w praktyce, zwłaszcza ostatnich dziesięcioleci, działalność MKCK polegająca na podejmowaniu humanitarnych misji w tych sytuacjach, niosąca nieocenioną pomoc zwłaszcza osobom pozbawionym wolności oraz ich rodzinom. W sytuacjach napięć wewnętrznych często dochodzi do rozdzielania rodzin, których członkowie pozostają niejednokrotnie przez niezmiernie długi okres pozbawieni jakichkolwiek wiadomości o losie swych krewnych i ich ewentualnym aresztowaniu. Nawet w razie posiadania takich informacji często napotykają na swej drodze wiele trudności uniemożliwiających, a przynajmniej znacznie opóźniających uzyskanie możliwości efektywnego korzystania z prawa do odwiedzin i utrzymywania relatywnie częstego kontaktu z uwięzionym członkiem rodziny¹⁷¹.

W tym zakresie Czerwony Krzyż świadczy nieocenioną pomoc i wprowadzając w życie wszystkie mechanizmy i środki przewidziane na wypadek konfliktów zbrojnych¹⁷², znacznie rozszerza zakres ochrony i pomocy udzielanej rodzinom

¹⁶⁶ A. Eide, A. Rosas, T. Meron, op. cit., s. 216.

¹⁶⁷ Tekst Deklaracji był przedmiotem dyskusji w Podkomisji ds. Zapobiegania Dyskryminacji oraz Ochrony Mniejszości Narodowych jeszcze w 1991 r., a w trzy lata później został przekazany do Komisji Praw Człowieka ONZ, która zrazu ograniczyła się do potwierdzenia potrzeby głębszego przyjęcia się regułom mającym zastosowanie w sytuacjach napięć wewnętrznych (rezolucja 1995/29) i dopiero po rozważeniu wyników prac zespołu z Cape Town z 1996 r., wezwała w 1997 r. Sekretarza Generalnego do przygotowania, we współpracy z MKCK, analitycznego raportu w kwestii fundamentalnych reguł ludzkości, biorąc pod uwagę „normy wspólne prawom człowieka i międzynarodowemu prawu humanitarnemu, które mają zastosowanie we wszystkich okolicznościach”. I choć w pierwszym swoim raporcie Sekretarz Generalny nie wykroczył poza niedorogowalne prawa człowieka oraz minimum gwarancji humanitarnych z art. 3 konwencji genewskich, proces został rozpoczęty.

¹⁶⁸ Por. rezolucje nr 1995/29, 1996/26, 1997/21, 1998/29, 1999/65, 2000/69 oraz decyzje nr 2001/112 oraz 2002/112.

¹⁶⁹ Zob. np. raporty Podkomisji ds. Zwalczania Dyskryminacji i Ochrony Mniejszości Narodowych: E/CN.4/1996/80, E/CN.4/1997/77, E/CN.4/1998/87 oraz raporty Sekretarza Generalnego ONZ: E/CN.4/1999/92, E/CN.4/2000/94, E/CN.4/2001/91, E/CN.4/2002/103 i E/CN.4/2004/90.

¹⁷⁰ Termin ten, który sugerował jako bardziej odpowiedni Sekretarz Generalny ONZ, został przyjęty przez Komisję Praw Człowieka w 1997 r., jako oznaczający *common rules of human rights law and humanitarian law that are applicable in all circumstances*; por. U. Kracht, *Human Rights and Humanitarian Law and Principles in Emergencies. An overview of concepts and issues*, Background document Oslo5/ Geneva 11.

¹⁷¹ Por. np. M. Harhoff-Tavel, *Action taken by the International Committee...*, op. cit.

¹⁷² Odsyłam tu do przytaczanego już artykułu mojego autorstwa pt. *Studium gwarancji praw rodziny na wypadek międzynarodowego konfliktu zbrojnego*, gdyż zawarte w nim uwagi na temat

i to na podstawie statutowego prawa inicjatywy. Przykładowo, w czasie stanu wojennego w Polsce – w sytuacji zerwania połączeń z zagranicą – duże znaczenie odegrała działalność Centralnej Agencji Poszukiwań MKCK, za której pośrednictwem przekazywano wiadomości rodzinne (*red cross messages*), a Komitet służył jako pośrednik pomiędzy władzami a obywatelami polskimi przebywającymi za granicą, przekazując prośby o połączenie rodzin¹⁷³. W praktyce ogromną rolę – oprócz zapewnienia wiadomości o losie uwięzionych, nawiązania z nimi kontaktu pisemnego oraz umożliwienia widzeń czy połączenia rozdzielonych członków rodzin – odgrywa również pomoc materialna dostarczana przez Czerwony Krzyż zatrzymanym i ich rodzinom. W dotychczasowej praktyce w odniesieniu do wewnętrznych zamieszek krajowe organizacje Czerwonego Krzyża, jak i MKCK, za zgodą rządów, niejednokrotnie podejmowały wysiłki mające na celu udzielenie pomocy ofiarom takich wewnętrznych niepokoїв.

Wobec braku normy konwencyjnej (traktatowego mandatu do podejmowania działalności na rzecz ofiar danej sytuacji) jego kompetencje do działania w sytuacjach innych niż przewidziane w konwencjach genewskich mogą być rozpatrywane jako wywodzące się z prawa zwyczajowego¹⁷⁴. Rozważając zagadnienie kompetencji MKCK do działania w sytuacjach napięć i zamieszek, należy także wspomnieć o tzw. prawie inicjatywy humanitarnej. Konwencje genewskie i protokoły dodatkowe wyraźnie przyznają MKCK prawo inicjatywy humanitarnej, jednak – jak już wspomniałam – sytuacje napięć i rozruchów wewnętrznych zostały *expressis verbis* wyłączone z przedmiotowego zakresu regulacji międzynarodowego prawa humanitarnego i stąd źródłem tego prawa w omawianych sytuacjach jest odpowiednie postanowienie¹⁷⁵ statutu MKCK¹⁷⁶.

poszukiwania i łączenia rozproszonych rodzin, prawa do wiadomości o losie najbliższych czy w kwestii praw osób zaginionych i ich rodzin zachowują aktualność również w rozpatrywanym kontekście sytuacyjnym.

¹⁷³ Szerzej na ten temat zob. J. Jabłoński, *Działania Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża w wypadkach wewnętrznych niepokoїв i napięć* w: T. Jasudowicz (red.), *Międzynarodowe Prawo Humanitarne. Wybrane zagadnienia ze szczególnym uwzględnieniem obowiązku jego krzewienia i upowszechniania*, Toruń 1997, s. 62 i n.

¹⁷⁴ Do ustalenia ewentualnego istnienia normy zwyczajowej może okazać się przydatna analiza postanowień prawa wewnętrznego organizacji, które w wypadku Czerwonego Krzyża (ze względu choćby na skład Międzynarodowej Konferencji Czerwonego Krzyża) odzwierciedlać może opinie państw; por. K. Kocel, *Działalność Międzynarodowego Czerwonego Krzyża w sytuacjach napięć i zamieszek wewnętrznych*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 2, s. 71). W art. 4 lit. d Statutu MKCK znajduje się sformułowanie, zgodnie z którym do zadań Komitetu należy działanie na rzecz ofiar takich rodzajów konfliktów, jak „wojna, wojna domowa lub zamieszki wewnętrzne”. Zagadnienie kompetencji MKCK do działania w omawianych sytuacjach było przedmiotem obrad kilku międzynarodowych konferencji Czerwonego Krzyża (Waszyngton 1912, Genewa 1921, Londyn 1938, New Delhi 1957, Wiedeń 1965, Manila 1981).

¹⁷⁵ Chodzi tu przede wszystkim o art. VI pkt 6 Statutu Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża. MKCK dysponuje jeszcze innym prawem inicjatywy, określonym nie w konwencjach, ale w statutach Ruchu, które umożliwia mu działanie w sytuacjach niestanowiących wojny, a zatem nieobjętych międzynarodowym prawem humanitarnym – statutowe prawo inicjatywy sformułowane w art. 5 ust. 3 statutów (w którym mowa o „wszelkiej inicjatywie humanitarnej”).

¹⁷⁶ Powstaje zatem pytanie, czy prawu inicjatywy humanitarnej w zakresie pomocy ofiarom zamieszek nie dałoby się przypisać charakteru normy prawa zwyczajowego. Nie zagłębiając się w rozważania natury doktrynalnej, można chyba stanąć na stanowisku, że „wywodzące się z prawa wewnętrzne-

Rola, jaką pełni MKCK w czasie wewnętrznych napięć i zamieszek, wskazuje na skuteczność środków pozaprawnych, opartych na znajdującym szerokie uznanie autorytecie moralnym organizacji, jej neutralności i umiejętności zachowania ścisłej dyskrekcji¹⁷⁷.

VII. PODSUMOWANIE

Stan nadzwyczajny pociąga za sobą znaczne zagrożenie dla praw człowieka, w tym dla praw rodziny. Prawo międzynarodowe praw człowieka nie pozostawia jednak tych praw bezbronnymi, lecz w samych klauzulach dopuszczających możliwość uchylecia się przez państwo od ciążących na nim zobowiązań wynikających z danego traktatu formułuje pierwszą linię obrony praw człowieka (w tym praw rodziny) w tych ekstremalnych warunkach w postaci rygorów dopuszczalności wprowadzenia i realizacji stanu nadzwyczajnego, którą niestety organy strasburskie w znacznej mierze same rozbroiły. Kolejne flanki i punkty oporu zostały obsadzone przez gwarancje natury ogólnej wynikające z prawa międzynarodowego praw człowieka oraz prawa międzynarodowego na czele z zasadą pełnego poszanowania praw człowieka, zakazem nadużycia prawa ze strony państwa oraz fundamentalną ogólną zasadą ludzkości wraz z towarzyszącą jej interpretacją */ro homine et pro humanitate*.

Podstawowy oręż dają jednak prawom człowieka normy międzynarodowego prawa humanitarnego, stanowiąc newralgiczny punkt obrony praw człowieka (zwłaszcza derogowalnych) poprzez określenie jej niewzruszalnej substancji, bezwzględnie chronionej również w najbardziej ekstremalnych warunkach. Zawarte w prawie humanitarnym postanowienia odnoszące się do rodziny oraz jej poszczególnych członków gwarantują im tak szeroki wachlarz gwarancji prawnych na wypadek konfliktu zbrojnego, że obsadzają wszystkie punkty wymagające obrony, zapewniając poszanowanie praw rodziny w całej niemalże ich międzynarodowo chronionej substancji. Tworzą one zatem dla rodziny swoistą „warownię”, nie tylko nie dając do niej kluczy korzystającym z mechanizmu derogacji władzom państwowym, ale zakazując im nawet podejmowania prób użycia jakichkolwiek „taranów” celem przełamania gwarancyjnych murów czy

go organizacji funkcje Komitetu zyskały uznanie dużej liczby państw. Powstałe na tej drodze prawo inicjatywy humanitarnej może być już chyba uważane za normę międzynarodowego prawa zwyczajowego, która głosi, że wystąpienie MKCK nie może być traktowane jako niedopuszczalne mieszanie się w sprawy wewnętrzne państwa”, jednakże sprawa wygląda zupełnie inaczej, gdy idzie o prawo do działania na terenie państwa dotkniętego napięciami i zamieszkami, z którym to prawem musiałby się łączyć obowiązek państwa umożliwienia Komitetowi wykonywania swych funkcji. Mimo że ponad 70 państw umożliwiło Komitetowi dostęp do więźniów politycznych, to jednak niewątpliwie przedwczesne byłoby stwierdzenie, że we współczesnym prawie międzynarodowym istnieje norma zwyczajowa zobowiązująca państwa do przyjęcia oferty i niesienia Komitetowi pomocy w wypełnianiu jego funkcji. Państwa – pomimo coraz częściej wyrażanej zgody – nie uważają bynajmniej, aby wymagała tego od nich jakaś zwyczajowa norma prawa międzynarodowego, a zatem nie można stwierdzić istnienia koniecznego do powstania normy zwyczajowej elementu, jakim jest odpowiednia *opinio iuris*, niemniej wspomniana praktyka państw może stanowić pierwszy etap długiego procesu tworzenia się normy prawa zwyczajowego; por. K. Kocel, op. cit., s. 73 i n.

¹⁷⁷ Ibidem, s. 78.

też uczynienia w nich znacznego wyłomu, a wręcz obligując je w niektórych przypadkach do podejmowania pozytywnych działań celem wzmocnienia ochrony praw rodziny.

Międzynarodowe prawo humanitarne czyni tę twierdzą gwarancji praw rodziny tak komplementarną i solidną, że w świetle uwag poczynionych w niniejszej pracy można wykazać prawdziwość postawionej na jej początku tezy o niewzruszalności tych praw. A zatem „okrężną drogą” – poprzez odwołanie się do norm prawa humanitarne w ramach substancjalnego testu legalności prawnomiędzynarodowej klauzuli derogacji – nadano prawom rodziny status niederogowalności.

Należy jednocześnie podkreślić słabość zaprezentowanej w niniejszym opracowaniu argumentacji, która niestety zawiera kilka istotnych *weakpoints*, z czego w pełni zdaje sobie sprawę.

Po pierwsze, ów szeroki wachlarz gwarancji praw rodziny został w prawie humanitarnym przewidziany *expressis verbis* jedynie na wypadek międzynarodowego konfliktu zbrojnego, a tzw. schody zaczynają się już na poziomie konfliktu niemiędzynarodowego. Co prawda podtrzymuję w pracy postulat T. Jasudowicza o pełnej zastosowalności norm prawa humanitarne w innych sytuacjach nadzwyczajnych zgodnie z wnioskowaniem *a minori ad maius*, to jednak jest to raczej głos odosobniony, a doktryna (o państwach nawet nie wspominając) stanowczo wyklucza możliwość zastosowania norm prawa humanitarne do całej gamy sytuacji nadzwyczajnych, które nie osiągnęły pułapu wojny domowej.

Wskazane jako panaceum na tę lukę normatywną dążenie do wypracowania zestawu znajdujących zastosowanie w każdej sytuacji minimalnych standardów humanitarnych nie zostało zakończone i daleko mu jeszcze do przyjęcia formy wiążącego prawa międzynarodowego.

Z drugiej strony, jakkolwiek niewątpliwie mamy w tych sytuacjach do czynienia z normami prawa zwyczajowego, które z reguły – zwłaszcza w kontekście prawa humanitarne – są absolutnie wiążące, to jednak ustalenie ścisłego ich katalogu nastręcza doktrynie niemałych kłopotów, z tym większym uznaniem należy zatem odnotować ostatnie osiągnięcia Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża w tym zakresie¹⁷⁸.

Chociaż szereg gwarancji i argumentów zaprezentowanych w niniejszym artykule w sposób dobitny świadczy o niedopuszczalności zawieszenia gwarancji ochrony rodziny, to jednak doktryna milczy na ten temat¹⁷⁹, nie mówiąc już o praktyce państw – z natury swej nieskorych do rozszerzania zakresu swoich zobowiązań – jakby zapominały one o idei przewodniej prawa międzynarodowego, a prawa humanitarne w szczególności, tj. ogólnej zasadzie ludzkości, ta zaś nakazuje interpretację *pro homine et pro humanitate* wszędzie tam, gdzie rodzą się jakiegokolwiek wątpliwości. Era „konieczności wojskowej” już minęła, choć

¹⁷⁸ Mowa tu o wspomnianym *ICRC Study on Customary Rules of International Humanitarian Law* z 2003 r.

¹⁷⁹ Wskazuje się jedynie czasami, że prawa rodziny ze względu na charakter nie dotyczą w sposób bezpośredni sytuacji stanu nadzwyczajnego (np. J. Oraa).

zbyt wielu zdaje się zachowywać tak, jakby wciąż stan wyższej konieczności był głównym czynnikiem determinującym postępowanie państw w rozpatrywanym kontekście sytuacyjnym, a dyktowane przezeń warunki wymagały podporządkowania im wszelkich innych wartości.

Rodzina jest jedną z najwyższych wartości każdego społeczeństwa i całej ludzkości. Jest jedną z norwidowskich „prawd, którym nie wolno kazać, by przed drzwiami stały, kłaniając się okolicznościom”. Międzynarodowe prawo humanitarne czyni prawa rodziny „niewrażliwymi na wypadek wojny”, co powinno być rozszerzone na inne sytuacje nadzwyczajne.

Możliwość zawieszenia w trybie derogacji praw rodziny jest znacznie ograniczona przez same rygory klauzuli derogacyjnej oraz ogólne zasady prawa międzynarodowego i prawa międzynarodowego praw człowieka, a wręcz wykluczona zgodnie z normami prawa humanitarnego. W sytuacji jednak braku dobrej woli państw – zwłaszcza w dobie „wojny z terroryzmem” – oraz zaprzepaszczenia możliwości wykorzystania potencjału ochronnego drzemącego w powyższych warstwach gwarancyjnych, i to w znacznej mierze z winy samych organów ochrony praw człowieka, nie mówiąc już o ich niezrozumiałym zamknięciu się na zewnętrzne środowiska normatywne (zwłaszcza tak istotne jak międzynarodowe prawo humanitarne), gwarancje te nie są w stanie odegrać należytej im roli w zapewnieniu poszanowania praw człowieka na wypadek stanu nadzwyczajnego.

Wobec powyższego, ze względu na pewność prawa oraz wzgląd na fakt, iż dalece większe i trwalsze gwarancje daje normatywne uregulowanie danej kwestii, należy opowiedzieć się za przyjęciem wyraźnej regulacji w badanym przedmiocie, albowiem „tylko w drodze kodyfikowania można uczynić niepisane zasady łatwo zrozumiałymi, a ich szczegóły jasnymi i dlatego stosowalnymi w praktyce”¹⁸⁰.

LEGAL PROTECTION OF FAMILY IN STATE OF EMERGENCY

This study is aimed at analysing the issue of family's legal protection in State of emergency. This problem is emerging in exceptional situations due to the fact that none of human rights treaties (apart from the American Convention of Human Rights) includes family's rights in catalogues of non-derogable ones.

In the first part of this work, I have tried to introduce the mechanism of derogation of human rights obligations under the State of emergency (with some description of its structural elements) and make a thesis statement of non-derogable nature of family unit's rights despite of its lack in internationally recognized catalogues of non-derogable rights.

The second part of this study contains presentation of reasons that lie behind the thesis stated above, starting with arguments derived from implications of rigorous conditions of derogation clause (with special regards to substantial tests

¹⁸⁰ H.P. Gasser, *op. cit.*, s. 28.

embodied in it which significantly restrict the possibility of derogation from family rights guaranteed in human rights instruments). Then we have tackled with the principle of consistency requiring that derogating measures are "*not inconsistent with their [e.i. State's] other obligations under International law*" what opens the doors to many normative areas of guarantees for family protection prescribed in different international law sources, with special emphasis laid on international humanitarian law, customary law and *ius cogens*. We ended with argumentation consequent the general theory and philosophy of human rights law and implications of special protection given to children and some categories of women. And least but not last, we examine the way domestic legal regimes influence the scope of permissible derogation, with remarks being made on the basis of the Polish Constitution of 1997 (supplemented with a short review of other countries' constitutional provisions).

In the next part we have faced the problem of relevance of legal obligations under international humanitarian law in the State of emergency which is not an armed conflict. An attention was paid to if and to what extent guarantees provided in the Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols of 1977 narrow the scope of authorities' discretion in undertaking measures derogating from obligation to respect standards of protection of particular human rights (including these of families).

Further, we have turned to the underlining the need for improving the normative regulation of rights of the family in case of proclaiming the State of emergency and covering with precisely stipulated guarantees "the gray zone between war and peace", e.i. process of elaborating "minimum humanitarian standards" (lately called as "fundamental standards of humanity") to see what protection of family unit they anticipate. Some remarks have also been made upon activities undertaken by the International Committee of the Red Cross on behalf of families and their particular members in times of emergency situations.

In conclusion, presented in this study fortress of guarantees on behalf of legal protection of family and its rights in times of State of emergency which is not an armed conflict shows on the one hand a wealth of sources we can derive arguments for demonstrating constraints of taking derogating measures from human rights obligations (including family's right to protection) under the State of emergency, but on the other, it also reveals the weakness of this legal reasoning and some kind of uncertainty so dangerous when human rights protection must to surmount the most exceptional conditions.

MICHAŁ HEJBUDZKI

SPECYFIKA STOSUNKU OBLIGACYJNEGO SKŁADU Z UDZIAŁEM DOMU SKŁADOWEGO

I. INSTYTUCJA DOMÓW SKŁADOWYCH

Badania wskazują, że początek kształtowania się domów składowych miało miejsce w XVII w. w Anglii¹, rzadziej wskazuje się Holandię². Dla Europy kontynentalnej szczególne znaczenie w tym zakresie miało prawodawstwo francuskie. Chodzi o dekret z dnia 21 marca 1848 r., zmieniony następnie przez ustawę z dnia 28 maja 1858 r. o negocjowaniu towarami złożonymi w magazynach publicznych, udoskonaloną przez dekret z dnia 12 marca 1859 r., ustawę z 23 maja 1863 r. oraz dekret urządzający z 31 sierpnia 1878 r.³, które stały się wzorem dla innych państw w procesie tworzenia prawa o domach składowych.

Z kolei na ziemiach naszego państwa w momencie uzyskania przez Polskę niepodległości obowiązywało pięć systemów prawnych regulujących instytucję domów składowych. W byłym zaborze austriackim domy składowe funkcjonowały na podstawie ustawy z dnia 28 kwietnia 1889 r. o zakładaniu i prowadzeniu publicznych domów składowych i o dowodach składowych, które domy takie wystawiają⁴. Na ziemiach byłego zaboru niemieckiego obowiązywały w tej materii przepisy art. 416–424 kodeksu handlowego niemieckiego z 10 maja 1897 r.⁵ Na ziemiach wchodzących w skład byłego Cesarstwa Rosyjskiego sytuacja była zróżnicowana. O ile w województwach wschodnich problematyka ta była normowana przez przepisy art. 766–845 ustawy handlowej rosyjskiej (tom XI cz. II

¹ S. Orłowski, *Warranty i składy publiczne*, Poznań 1890, s. 3; A. Boistel, *Wykład prawa handlowego*, Warszawa 1877, s. 355; W. Andrychiewicz, *Składy towarowe i warranty*, w: *Encyklopedia handlowa*, Warszawa 1891, s. 766; J. Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego, wekslowego i czekowego*, Warszawa 1922, s. 166–167.

² B. Hełczyński, *Domy składowe i warranty*, w: *Encyklopedia podręczna prawa publicznego*, t. I, Warszawa (brak daty wydania), s. 110.

³ A. Boistel, op. cit., s. 356 i W. Andrychiewicz, *Składy...*, op. cit., s. 767.

⁴ Zob. *Ustawa handlowa wraz z ustawami dodatkowymi* w tłumaczeniu Prof. Dra Józefa Rosenblata. Wydanie trzecie z objaśnieniami Prof. Dr. Stanisława Wróblewskiego, t. II: *Ustawy dodatkowe*, Kraków 1917, s. 278 i n.; *Prawo handlowe*, Kraków 1914, s. 17–21.

⁵ Zob. T. Zborowski, *Niemiecki kodeks handlowy z dnia 10 maja 1897 r., z uwzględnieniem ustaw uzupełniających*, na język polski przełożył i wydał Tadeusz Zborowski radzca sądu okręgowego w Inowrocławiu, Poznań 1912, s. 118–120; B. Hełczyński, *Domy...*, op. cit., s. 111; J. Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego, wekslowego, czekowego i upadłościowego*, Warszawa 1919, s. 155.

Zbioru Praw)⁶, o tyle w Królestwie Kongresowym w ogóle nie istniały w tym przedmiocie żadne regulacje⁷. Dodatkowo na obszarze Spiszu i Orawy obowiązywały przepisy art. 434–452 węgierskiej ustawy handlowej (Artykuł Ustaw XXXVII z 1875 r.).

Prace zmierzające do regulacji instytucji domów składowych podjęto wkrótce po zakończeniu I wojny światowej, ale nie wyszły one poza etap projektu⁸. Pierwszą polską regulację domów składowych stanowiły przepisy art. 16 i n. rozporządzenia z dnia 28 grudnia 1924 r. o prawie o domach składowych⁹ (dalej rozporządzenie z 1924 r.). Przepisy tego aktu prawnego zostały następnie zamieszczone co do zasady w niezmienionym kształcie w przepisach art. 647–681 kodeksu handlowego¹⁰ (dalej k.h.). Przepisy te formalnie utraciły moc obowiązującą na podstawie przepisu art. VI § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny¹¹.

Instytucja domów składowych została ponownie wprowadzona do naszego porządku prawnego ustawą z dnia 16 listopada 2000 r. o domach składowych oraz o zmianie Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania cywilnego i innych ustaw¹² (dalej ustawa o domach składowych). W świetle art. 2 pkt 1 i 2 ustawy o domach składowych domem składowym jest przedsiębiorca uprawniony do prowadzenia przedsiębiorstwa składowego w sposób określony w ustawie, przez pojęcie przedsiębiorstwa składowego zaś należy rozumieć przedsiębiorstwo służące świadczeniu usług składu w sposób określony w ustawie. Realizowana przez ustawodawcę koncepcja domów składowych jako instytucji zaufania publicznego¹³ znalazła wyraz w nadaniu im trzech podstawowych atrybutów: przechowywania rzeczy, wystawiania na nie towarowych papierów wartościowych – dowodów składowych oraz zbywania przez licytację publiczną rzeczy złożonych na skład. Wynika z tego, że domy składowe powinny pełnić trzy zasadnicze funkcje, z których pierwsza związana jest z przechowywaniem rzeczy, druga funkcja dotyczy usprawnienia i zabezpieczenia obrotu towarowego, natomiast trzecia polega na wprowadzeniu nowej podstawy kredytu.

⁶ Zob. W. Andrychiewicz, *Składy...*, op. cit., s. 769–772; *Studia Władysława Andrychiewicza* opublikowane w *wspomnieniu o nim skreślonym przez Adolfa Suligowskiego*, Warszawa 1903, s. 245–249; J. Kozłowski, W. Szawłowski, *Kodeks handlowy obowiązujący na ziemiach wschodnich*, t. XI, cz. II *Zbioru Praw Cesarstwa Rosyjskiego*, wyd. 1912, Warszawa 1929, s. 69–71 i 86.

⁷ Zob. S. Szer, *Domy składowe*, w: Henryk Konie (red.), *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. I, Warszawa (brak daty wydania), s. 229; B. Hełczyński, *Domy...*, op. cit., s. 111; S.A. Kempner, *Dzieje gospodarcze Polski porozbiorowej*, t. I, Warszawa 1920, s. 246; A. Siebeneichen, *Prawo o domach składowych*, „Przemysł i Handel” 1925, z. 2, s. 31.

⁸ Zob. A. Górski, *Projekt ustawy o domach składowych, zredagowany w myśl wskazówek Sekcji prawa handlowego Komisji Kodyfikacyjnej na posiedzeniu czerwcowym 1921*, *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne* rocznik XIX, Kraków 1921, s. 140.

⁹ Dz.U. z 1924 r. Nr 114.

¹⁰ Dz.U. z 1934 r. Nr 57, poz. 502.

¹¹ Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 94 z późn. zm.

¹² Dz.U. z 2000 r. Nr 114, poz. 1191 z późn. zm.

¹³ Zob. szerzej K. Zacharzewski, *Dom składowy jako przedsiębiorca zaufania publicznego*, „Studia Prawnicze” 2001, nr 1, s. 71 i n.

Pozwala to klasyfikować dom składowy jako kwalifikowanego przedsiębiorcę składowego.

II. KSZTAŁTOWANIE SIĘ UMOWY SKŁADU W PRAWIE POLSKIM

Czynności polegające na składowaniu rzeczy towarzyszyły człowiekowi od zarania dziejów. Znane są z przesłań biblijnych¹⁴, starożytnego Rzymu¹⁵ oraz z czasów średniowiecza¹⁶, miały miejsce również w państwie polskim¹⁷.

Jednakże genezy składu jako normatywnie wyodrębnionego kontraktu należy upatrywać w przepisach regulujących umowę przechowania. Ewolucja istniejącego na ziemiach polskich prawodawstwa w tej dziedzinie pozwala dostrzec proces stopniowego uniezależniania się reżimu prawnego składu od unormowań regulujących przechowanie.

Do cech charakterystycznych systemów prawnych państw zaborczych należało to, że wszystkie regulowały umowę przechowania. W zaborze austriackim stosowne normy zawarte były w art. 957–970 kodeksu cywilnego¹⁸, w zaborze niemieckim obowiązywały w tym względzie przepisy art. 688–700 kodeksu cywilnego¹⁹, w Królestwie Polskim art. 1915–1954 kodeksu cywilnego Napoleona²⁰, dla pozostałej części zaboru rosyjskiego zaś właściwe były art. 2100–2124 tomu X części I zводу praw rosyjskich²¹. Z kolei umowa składu została wyodrębniona tylko w prawie niemieckim w art. 416–424 kodeksu handlowego²². W prawodawstwie austriackim umowa składu nie została uregulowana w kodeksie handlo-

¹⁴ Zob. *Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu, Biblia Tysiąclecia*, Poznań 2000; *Księga Rodzaju* 41, 40–57; *Pierwsza Księga Kronik* 27, 28; *Druga Księga Kronik* 8, 4 i 6.

¹⁵ T. Korzon, S. Kempner, *Handel w przeszłości i w stanie dzisiejszym świata*, Warszawa 1901, s. 15–16; R. Ludwicki, *Custodia w rzymskim prawie prywatnym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Nauki Humanistyczno-Społeczne, z. 14, Prawo V, Toruń 1965, s. 96–97; J. Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego, wekslowego i czekowego*, Warszawa 1922, s. 166.

¹⁶ Zob. m.in. T. Korzon, S. Kempner, op. cit., s. 28; K. Petyniak-Sanecki, *Technika handlu światowego. Część ogólna*, Lwów–Warszawa 1925, s. 122.

¹⁷ Szerzej zob. S. Lewicki, *Studia nad historią handlu w Polsce. Przywileje handlowe (prawo składu)*, Warszawa 1920; S. Górzyński, *Prawo składu w Polsce*, Warszawa 1926; S. Górzyński, *Polityka składowa Polski do roku 1565*, Warszawa 1934; S. Górzyński, *Ze studiów nad prawem składowym w Małopolsce w XIV i XV wieku*, Warszawa 1939; S. Górzyński, *Obowiązki kupców w świetle opisania o składziech i starych drogach Króla Zygmunta Augusta z 1565 r.*, Warszawa 1939.

¹⁸ S. Wróblewski, *Powszechny austriacki kodeks cywilny z uzupełniającymi ustawami i rozporządzeniami objaśnionymi orzeczeniami Sądu Najwyższego, część druga*, Kraków 1918, s. 812–820.

¹⁹ BGB 1900, s. 129–131; F. Zoll, *Prawo cywilne dzielnic polskich, cz. III, Prawo cywilne b. dzielnic pruskiej, 1.1*, Warszawa–Kraków (brak daty wydania), s. 176 i 177; H. Konic, *Prawo o zobowiązaniach*, Warszawa 1930, s. 260 i n.

²⁰ J. Litauer, *Prawo cywilne obowiązujące na obszarze b. Kongresowego Królestwa Polskiego*, Warszawa 1929, s. 722–733; H. Konic, op. cit., s. 193 i n.

²¹ Z. Rymowicz, W. Święcicki, *Prawo cywilne ziem wschodnich, 1.1, cz. I Zводу praw rosyjskich*, Warszawa 1933, s. 201–212; W. Szablowski, *Prawo cywilne obowiązujące na ziemiach wschodniej Rzeczypospolitej Polskiej (Zwód Praw B. Cesarstwa Rosyjskiego, t. X, cz. I, Wydanie 1914)*, t. II, Wilno 1932, s. 381–389; F. Zoll, *Prawo cywilne dzielnic polskich, cz. IV, Prawo cywilne ziem wschodnich*, Warszawa–Kraków (brak daty wydania), s. 222–226.

²² T. Zborowski, op. cit., s. 118–120; *Kodeks handlowy obowiązujący na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej oraz ustawa o spółkach z ograniczoną poręką*, Poznań 1924, s. 143–145.

wym obok umowy przewozu i spedycji²³, natomiast pewne przepisy dotyczące składu zostały zawarte w ustawie z 1889 r. o zakładaniu i prowadzeniu publicznych domów składowych i o dowodach składowych, które domy takie wystawiają²⁴. Obowiązujący w Królestwie Polskim kodeks handlowy Napoleona normował m.in. umowę komis i przewozu, lecz nigdy nie zawierał umowy składu²⁵. Podobnie na ziemiach wschodnich tom XI Zbioru Praw Cesarstwa Rosyjskiego, normując w przepisach art. 766–819 i art. 821–825 ustrój i organizację składów towarowych, nie regulował samej umowy składu²⁶.

Przełomem dla rozwoju umowy składu w naszym porządku prawnym było rozporządzenie z 1924 r. Zawierało ono pierwsze w Polsce unormowanie umowy składu. Następna regulacja umowy składu w przepisach art. 630–646 k.h. nadała jej charakter umowy nazwanej, zapewniając jej odrębny reżim prawny. Wprowadzie przepisy k.h. w tym zakresie zostały bez większych zmian recypowane właśnie z rozporządzenia z 1924 r., lecz sam zabieg legislacyjny zasługiwał na uznanie. Wprowadzenie nazwy typu tej umowy do języka prawnego miało duże znaczenie dla obrotu gospodarczego. Od tej pory strony mogły ograniczyć się przy jej kreowaniu do sprecyzowania tylko jednego ze świadczeń oraz podania nazwy umowy, co wpływało na uproszczenie sposobu jej zawierania. Było także przydatne w toku ustalania konsekwencji prawnych z niej wynikających. Mimo iż najważniejszym czynnikiem przy ocenie rodzaju umowy była jej treść oparta na zasadzie wykładni, w sytuacji wątpliwej dokonana przez strony kwalifikacja umowy nie pozostawała bez znaczenia²⁷.

Z kolei umowa przechowania została uregulowana w art. 523–537 k.z.²⁸, który wraz z k.h. wszedł w życie z dniem 1 lipca 1934 r. W efekcie powstała konieczność określenia wzajemnych relacji pomiędzy tymi dwoma umowami.

W odniesieniu do umowy składu zawieranej z domem składowym kwestię tę rozstrzygnął sam ustawodawca w art. 650 k.h.²⁹ Należy jednak pamiętać, iż

²³ *Powszechna Ustawa handlowa z 17 XII 1862 dz.p.p. nr 1 z r. 1863 obowiązująca w byłym zaborze austriackim wraz z ustawą wprowadczą i ustawą o spółdzielniach*, przetłumaczył i opracował Dr Jakób Reinhold adwokat we Lwowie, Lwów 1932, s. 87 i n.

²⁴ Np. przepis art. 14, 15, 27, 28; zob. *Ustawa handlowa wraz z ustawami dodatkowymi*, w tłómaczeniu Prof. Dra Józefa Rosenblata, t. II, Kraków 1907, s. 278–299.

²⁵ *Kodeks handlowy wraz z Powodami Zlecenia J.W. Ministra Sprawiedliwości przez Walentego Ikorohod Maiervskiego przełożony w Warszawie, 1834*, s. 33 i n.; *Kodeks handlowy*. Przekład z przypiskami przez Augusta Helmana w Warszawie 1847, s. 22 i n.; *Kodeks handlowy obowiązujący w guberniach Królestwa Polskiego*, S. Petersburg 1876, s. 35 i n.; J.F. ST.G., *Prawo cywilne obowiązujące w Królestwie Polskim*, Warszawa 1916, s. 18 i n.; L. Babiński, J. Namitkiewicz, B. Ślaski, *Kodeks handlowy obowiązujący w Królestwie Polskim*. Nowy przekład wraz z jurysprudencją, Warszawa 1918, s. 50 i n.; *Kodeks handlowy obowiązujący w b. Królestwie Polskim*, Warszawa 1927, s. 49 i n.

²⁶ J. Kozłowski, W. Szablowski, *Kodeks handlowy obowiązujący na ziemiach wschodnich*, Warszawa 1929, s. 69 i n.

²⁷ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 211.

²⁸ Dz.U. z 1933 r. Nr 82, poz. 598; zob. tekst Z. Łączyński, *Prawo cywilne obowiązujące w województwach centralnych*, Warszawa 1937, s. 403–406.

²⁹ Przepis art. 650 k.h. w brzmieniu „Umowa składu nie może zawierać warunków uciążliwszych dla składającego, niż przewidziane w regulaminie i taryfie, a w braku odpowiedniego postanowienia w regulaminie, niż przewidziane w przepisach rozdziału niniejszego oraz kodeksu zobowiązań o przechowaniu”.

przepisy k.z. stosowano dopiero w braku odpowiedniego postanowienia w regulaminie i przepisu k.h. Jeżeli w miejsce nieważnego postanowienia umownego znajdowały zastosowanie postanowienia regulaminu lub normy k.h., wykluczało to tym samym przepisy k.z.³⁰ Słusznie wskazywano w doktrynie³¹, że w braku szczególnych postanowień podstawą stosowania przepisów k.z. do umowy składu zawieranej z domem składowym był nie tylko sam art. 650 k.h., ale również ogólny przepis art. 1 k.h., stanowiący, że w stosunkach handlowych obowiązują w braku przepisów kodeksu handlowego i ustaw szczególnych lub powszechnego w państwie prawa zwyczajowego przepisy prawa cywilnego. Uzupełnienie stanowił przepis art. 537 k.z., w świetle którego przepisy o przechowaniu nie uchybiają przepisom prawa o domach składowych³².

W kodeksie cywilnym³³ (dalej k.c.) umowa składu została unormowana w przepisach art. 853–859, po nowelizacji z 2000 r.³⁴ zaś w art. 853–859, umowa przechowania natomiast w przepisach art. 835–845 k.c. Znamienne jest to, że żaden przepis reżimu prawnego składu nie zawiera odesłania do umowy przechowania. Zagadnienia dotyczące wzajemnego stosunku tych umów, niemieszczące się w ramach tego opracowania, były szeroko dyskutowane w literaturze³⁵, regulacje te bowiem dały asumpt do całego spektrum poglądów poczynając od twierdzenia, że umowa składu jest szczególnym rodzajem umowy przechowania, po traktowanie obu kontraktów jako autonomicznych i równorzędnych sobie.

III. POJĘCIE KWALIFIKOWANEGO CHARAKTERU UMOWY SKŁADU

Jednym ze skutków restytucji instytucji domów składowych jest uzależnienie treści stosunku obligacyjnego składu od charakteru prawnego podmiotu występującego w roli składownika. Wynika to z wprowadzenia do reżimu prawnego składu z udziałem domu składowego przepisów *lex specialis* względem regulacji

³⁰ T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatkó, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Kraków 1936, s. 1002.

³¹ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1938, s. 563.

³² Zob. szerzej L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny, część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 531 i 532; L. Peiper, *Kodeks zobowiązań*, Kraków 1934, s. 742; J. Korzonek, I. Rosenbliith, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, t. II, Kraków 1937, s. 1395–1397.

³³ Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

³⁴ Zob. ustawa o domach składowych oraz o zmianie Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania cywilnego i innych ustaw, Dz.U. z 2000 r. Nr 114, poz. 1191 z późn. zm.

³⁵ Zob. m.in. J. Namitkiewicz, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 349 i 350; S. Grzybowski, *Umowa kontraktacji w systemie kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1967, s. 39; W. Górski, *Skład*, w: S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego, Prawo zobowiązań, część szczegółowa*, s. 628 i 629; W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa 1968, s. 617; idem, *Zobowiązania*, Warszawa 1994, s. 376; K. Kruczałak, *Umowa składu*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1997, I.1, s. 115; J. Napierała, *Umowa składu*, Poznań 1981, s. 18 i 19; G. Bieniek, w: G. Bieniek, H. Cieplą, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławski, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia, Zobowiązania*, t. II, Warszawa 2005, s. 644; K. Zacharzewski, *Kwalifikacja prawna umowy składu zawartej z domem składowym*, „Prawo Spółek” 2001, nr 3, s. 43; M. Świdarska-Iwicka, *Odpowiedzialność cywilna przechowawcy*, Toruń 1996, s. 35; L. Ogiełło, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 708.

występującej w Tytule XXX k.c. Zawarte one zostały zwłaszcza w art. 19 ust. 2 oraz art. 20 ust. 2, a także art. 21 i 22 ustawy o domach składowych i charakteryzują się znacznym stopniem ingerencji ustawodawcy w zasadę swobody umów przy zawieraniu stosunku prawnego składu.

Pozwala to wyróżnić oprócz „zwykłej” umowy składu regulowanej przepisami k.c. także kwalifikowaną jej postać. Kwalifikowany charakter tej umowie nadaje fakt, że po pierwsze, regulują ją przepisy ustawy o domach składowych, przepisy k.c. zaś w sytuacji określonej w art. 20 ust. 1 ustawy o domach składowych³⁶ i, po drugie, stroną jej jest kwalifikowany przedsiębiorca składowy – dom składowy. Sądzę, że traktowanie obu postaci tych umów jako równorzędnych sobie byłoby zbyt daleko idącym wnioskiem i w aktualnym stanie prawnym nieuzasadnionym. Wprawdzie *de lege lata* przepisy nadające umowie składu zawieranej z domem składowym odrębny charakter zostały zamieszczone w akcie prawnym równorzędnym k.c., lecz w moim przekonaniu nie jest to wystarczający argument za potraktowaniem obu postaci tych umów jako autonomicznych i niezależnych od siebie kontraktów. Przy ustalaniu wzajemnych praw i obowiązków domu składowego i składającego priorytet został przyznany przepisom zawartym w ustawie o domach składowych, przepisy k.c. zaś w tym względzie mają charakter wyraźnie drugorzędny. Dotyczy to jednak tylko tych przepisów k.c., które zostały zmodyfikowane w ustawie o domach składowych. Pozostałe przepisy reżimu prawnego składu zawarte w k.c. stosuje się wprawdzie na podstawie przepisu odsyłającego, ale wprost. Co więcej, większa liczba przepisów, która znajdzie zastosowanie przy kwalifikowanej umowie składu zawarta jest w Tytule XXX k.c. Argumenty te nie pozwalają na podrzędne traktowanie kodeksowych przepisów o składzie w kwalifikowanej umowie składu. Stanowią one równorzędne uzupełnienie takiej umowy w tych wszystkich kwestiach, które nie zostały odmiennie unormowane w ustawie o domach składowych. Przemawia to moim zdaniem za przyjęciem, iż umowa składu zawierana z domem składowym jest szczególną postacią lub podtypem czy odmianą umowy składu regulowanej w k.c.

Zawarte w ustawie o domach składowych normy dotyczące stosunku prawnego składu stanowią przykład ustawowej ingerencji w zasadę swobody umów, stąd pojawia się problem zachowania właściwych proporcji w zakresie wzajemnych praw i obowiązków stron. Przepisy przesądzające o kwalifikowanym charakterze umowy składu cechują się tym, że nakładają na domy składowe dodatkowe restrykcje i obowiązki, przez co aktualny pozostaje pogląd, że stanowią one regulacje szczególne wobec unormowań Tytułu XXX k.c.³⁷

Znaczenia norm odpowiednio ważących interesy obu stron trudno przecenić. Regulacje te z jednej strony wzmacniają pozycję składających, jako strony zwykle słabszej ekonomicznie, z drugiej zaś zmuszają domy składowe do wprowadzenia wyższych standardów świadczonych usług. W pośredni sposób przyczy-

³⁶ B. Jeżyńska, w: B. Jeżyńska, A. Oleszko, *Prawo rolne i żywnościowe. Zarys wykładu*, Kraków 2003, s. 301; K. Zacharzewski, *Ogólne założenia ustawy z 16 listopada 2000 r. o domach składowych*, „Radca Prawny” 2001, nr 3, s. 63.

³⁷ J. Siedlecki, *Kodeks handlowy. Zarys popularny*, Warszawa 1936, s. 143.

nią się do realizacji pozostałych funkcji domów składowych. Jest to koncepcja co do zasady słuszna. Niemniej jednak wprowadzenie zbyt rażącej dysproporcji pomiędzy prawami stron kwalifikowanej umowy składu tylko pozornie prowadziłoby do pozytywnych rezultatów. W dłuższej perspektywie zbyt daleko posunięta ingerencja w wolność stron przy układaniu stosunku prawnego składu zniechęciłaby domy składowe do prowadzenia działalności, a przez to straciliby wszyscy beneficjenci tej instytucji.

Z powyższych względów szczególnemu zbadaniu powinny zostać poddane przepisy kreujące kwalifikowany charakter umowy składu.

IV. OBOWIĄZEK DOMU SKŁADOWEGO ZAWARCIA UMOWY SKŁADU

Postawiona w nagłówku teza wymaga rozważenia. Należy zwłaszcza przeanalizować, czy rzeczywiście *de lege lata* podstawę juretyczną tego obowiązku wprowadza przepis art. 21 ust. 1 ustawy o domach składowych. Zabrania on domowi składowemu *expressis verbis* odmówienia przyjęcia rzeczy na skład na warunkach regulaminu, o ile nie stoją temu na przeszkodzie techniczne możliwości magazynowe przedsiębiorstwa składowego. Zachodzi w związku z tym poważna wątpliwość, czy treść tego przepisu wyraża obowiązek domu składowego zawarcia umowy składu. Przeważająca część przedstawicieli doktryny nie porusza tego zagadnienia³⁸ albo przyjmuje, iż z tego przepisu wynika dla domu składowego obowiązek zawarcia umowy składu, nie podając jednak głębszego uzasadnienia³⁹. Tymczasem istota zagadnienia sprowadza się do faktu, iż przepis ten nie wprowadza *verba legis* zakazu odmowy zawarcia umowy składu. Źródło tego problemu wynika, jak się zdaje, z błędu ustawodawcy polegającego na nieopatrzonym wzorowaniu się na przepisie art. 652 § 1 k.h. bez uwzględnienia zaszytych zmian. Przepisy art. 652 § 1 k.h., a wcześniej art. 27 rozporządzenia z 1924 r. stanowiły zakaz odmawiania przez domy składowe przyjmowania rzeczy na skład. Regulacje te w świetle realnego charakteru umowy składu nie budziły wątpliwości, iż statuują obowiązek zawarcia umowy. Redakcja tych przepisów była zasadna, zważywszy, że w przypadku odmowy przyjęcia przez dom składowy rzeczy na skład nie występował element realny niezbędny do zawarcia umowy składu. Mimo że do powstania stosunku składu potrzebny był również konsensus stron, to jednak oświadczenie składającego o poddaniu się regulaminowi mogło być wyrażone w dowolny sposób, także ustny⁴⁰, a nawet przez czynności konkludentne, np. dostarczenie rzeczy. Podobnie oświadczenie woli domu składowego nie wymagało dochowania szczególnej formy, w związku z czym mogło być wyrażone także *per facta concludentia* przez objęcie rzeczy

³⁸ P. Pogonowski, *Zasady działania domów składowych*, PUG 2001, nr 10, s. 5; B. Draniewicz, *Domy składowe*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 10, s. 540; M. Kowal-Windak, *Instytucja domów składowych i ich znaczenie w obrocie gospodarczym*, „Palestra” 2002, nr 1–2, s. 64; J. Napierała, *Umowa składu*, w: J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań, część szczegółowa*, t. VII, Warszawa 2004, s. 642.

³⁹ K. Zacharzewski, *Zawarcie umowy składu z domem składowym*, „Prawo Spółek” 2001, nr 7–8, s. 49 i 50.

⁴⁰ M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Lwów 1935, s. 959.

we władztwo. Zgodnie z treścią art. 652 § 1 k.h. poddanie się składającego regulaminowi obligowało dom składowy do przyjęcia rzeczy na skład, wskutek czego dochodziło do zawarcia umowy składu. Zawiązanie stosunku obligacyjnego nie wymagało specjalnej umowy składu, ponieważ samo przyjęcie rzeczy na skład oznaczało już zawarcie umowy na warunkach regulaminu⁴¹. Konkludując, pod rządami przedwojennych przepisów odmowa przyjęcia rzeczy na skład równała się odmowie zawarcia umowy.

Opowiedzenie się przez ustawodawcę w nowelizacji z 2000 r. za koncepcją konsensualnej umowy składu spowodowało, iż oddanie rzeczy na skład przestało być zdarzeniem prawnym niezbędnym do wykreowania stosunku obligacyjnego składu. Obecnie umowa ta zostaje zawarta już w momencie wyrażenia zgodnych oświadczeń woli przez strony. W związku z tym literalna interpretacja przepisu art. 21 ust. 1 ustawy o domach skladowych wskazuje, iż nie wyraża on obowiązku zawarcia przez dom składowy umowy składu, ale jedynie obliguje do przyjęcia rzeczy na skład. Przyjęcie rzeczy na skład stanowi jednak tylko wykonanie wynikającego z zawartej uprzednio umowy obowiązku jako niezbędnego do spełnienia przez dom składowy właściwego świadczenia stanowiącego *essentialia negotii* umowy składu, tj. sprawowania pieczy. W tej sytuacji odmowa przyjęcia rzeczy na skład stanowiłaby niewykonanie obowiązku wynikającego z kontraktu składu, co uzasadniałoby zastosowanie przepisów k.c. o niewykonaniu zobowiązań, dlatego dodatkowa ingerencja ustawodawcy wydaje się w tym względzie zbędna.

Założenie racjonalnego ustawodawcy zmusza do poszukiwania znaczenia przepisu art. 21 ust. 1 ustawy o domach skladowych poprzez odwołanie się do innych wykładni zgodnie z regułą, iż wolno jest odstąpić od znaczenia literalnego wówczas, gdy znaczenie to prowadzi do absurdalnych z punktu widzenia społecznego lub ekonomicznego konsekwencji⁴². Wykładnia teleologiczna przemawia za przyjęciem, iż przepis ten konstruuje obowiązek domu skladowego zawarcia umowy składu. Pozwala ona uwzględnić cel ustawodawcy, którym ponad wszelką wątpliwość było wprowadzenie istniejącego pod rządami k.h. obowiązku domu skladowego zawierania umowy. Świadczy o tym nie tylko recepcja przepisu art. 652 k.h., ale nawet jego zmiana w kierunku nadania większej ochrony składającym. Tylko przyjęcie takiego założenia prowadzi do rezultatów najbardziej korzystnych dla składających.

Argumentu na rzecz prezentowanego wniosku dostarcza również wykładnia systemowa. Całokształt regulacji zawartej w art. 21 ustawy o domach skladowych wskazuje, że przepisy art. 21 ust. 2 i 3 tej ustawy wyrażają obowiązki o charakterze pochodnym względem wyrażonego w przepisie art. 21 ust. 1 omawianej ustawy zakazu odmowy zawarcia umowy składu, a nie względem zakazu odmowy przyjęcia rzeczy na skład.

⁴¹ J. Namitkiewicz, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. II, Warszawa 1935, s. 1005.

⁴² L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1998, s. 171.

De lege ferenda należałoby zmienić przepis art. 21 ust. 1 ustawy o domach skladowych w ten sposób, aby słowa „nie może odmówić przyjęcia rzeczy na skład na warunkach regulaminu” zastąpić sformułowaniem „nie może odmówić zawarcia umowy składu”. Zwrot „na warunkach regulaminu” byłby zbędny wobec zakazu zawierania w umowach składu warunków mniej korzystnych dla składających niż przewidziane w regulaminie przedsiębiorstwa skladowego oraz w przepisach ustawy.

Ocena zasadności przepisu art. 21 ust. 1 ustawy o domach skladowych przy założeniu, że chodzi o obowiązek zawarcia umowy składu, powinna być dokonywana z uwzględnieniem szczególnego charakteru działalności domów skladowych, jak również podobnych unormowań spotykanych w innych aktach prawnych, m.in. w prawie przewozowym⁴³, prawie ubezpieczeniowym⁴⁴ czy prawie pocztowym⁴⁵. Przepisy konstytuujące obowiązek zawarcia umowy należą do rzadkości w naszym systemie prawnym. W związku z tym zagadnienie, czy przepis art. 21 ust. 1 ustawy o domach skladowych jest jednym z wyjątków, czy też należy go postrzegać jako jedną z norm wyrażających jakąś ogólniejszą regułę, wydaje się z góry przesądzony⁴⁶.

Należy przyjąć, że obowiązek wynikający z przepisu art. 21 ust. 1 ustawy o domach skladowych stanowi odstępstwo od obowiązującej w stosunkach prywatnoprawnych zasady swobody umów i kreuje ograniczenia na dwóch jej płaszczyznach⁴⁷. Po pierwsze, dom skladowy został pozbawiony możliwości decydowania o zawarciu albo niezawarciu umowy składu⁴⁸, po drugie, odebrano mu możliwość swobodnego doboru kontrahenta⁴⁹. Pomimo to nałożenie tego obowiązku na domy skladowe należy oceniać pozytywnie, ponieważ stanowi on wyraz troski ustawodawcy o zapewnienie równego traktowania wszystkich składających i jest przejawem realizacji publicznego charakteru domu skladowego⁵⁰.

Realizacja przez domy skladowe obowiązku wynikającego z przepisu art. 21 ust. 1 ustawy o domach skladowych polega na zawarciu umowy składu z każ-

⁴³ Zob. art. 3 ust. 1 ustawy – Prawo przewozowe, tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 50, poz. 601 z późn. zm.; szerzej o tym obowiązku zob. Z. Kwaśniewski, *Kasjer to nie konduktor*, „Rzeczpospolita” z 26 lutego 1998 r.

⁴⁴ Zob. art. 5 ust. 2 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych, Dz.U. z 2003 r. Nr 124, poz. 1152 z późn. zm.

⁴⁵ Zob. art. 48 ustawy – Prawo pocztowe, Dz.U. z 2003 r. Nr 130, poz. 1188 z późn. zm.

⁴⁶ Problem ten nabierał szerszego znaczenia w minionym ustroju ze względu na obowiązek zawierania umów między jednostkami gospodarki społecznej, zob. Z. Radwański, *Teoria...*, op. cit., s. 176 i 177; A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 16; W. Bras, *Obowiązek przewozu w transporcie publicznym*, Warszawa 1973, s. 415.

⁴⁷ Wieloaspektowy wymiar tej zasady poruszony został m.in. w uzasadnieniu uchwały SN z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSN 1995, nr 10, poz. 135.

⁴⁸ W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 189 i 190.

⁴⁹ A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1969, s. 83; B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, „Studia Cywilistyczne” 1971, t. XVIII, s. 5.

⁵⁰ Pogląd taki został wyrażony w doktrynie już na tle regulacji przedwojennych, zob. m.in. A. Górski, *Prawo polskie o domach skladowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1925, nr 1, s. 51; B. Hełczyński, *Nowe prawo o domach skladowych*, „Przegląd Gospodarczy” 1925, nr 5, s. 235; K. Petyniak-Sanecki, *Domy skladowe i obrót warrantowy*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1925, nr 3, s. 165.

dym, czyje zachowanie w sposób dostateczny ujawni jego wolę. Nadanie umowie składu charakteru czynności prawnej dochodzącej do skutku *solo consensu* wyeliminowało złożenie rzeczy w domu składowym jako niezbędny element do wykreowania stosunku prawnego składu⁵¹. Następstwem tego jest odstąpienie od regulacji, w świetle której przyjmowanie towarów miało odbywać się w porządku chronologicznym zgłoszeń⁵². Nowe unormowanie stanowi podstawę do przyjmowania rzeczy na skład zgodnie z kolejnością zawieranych umów.

Ilustrację praktycznego wymiaru tej zmiany przedstawia sytuacja, w której określone w umowie rzeczy są zepsute lub szkodliwe, a przez to posiadają cechy zagrażające innym rzeczom w przypadku ich połączenia (*alla rinfusa*), lub wykazują parametry, które z innych względów dyskwalifikują ich przyjęcie przez wskazany w umowie dom składowy. W świetle przepisu art. 853 § 1 k.c. zdarzeniem kreującym stosunek prawny składu są tylko zgodne oświadczenia woli stron, a zatem nie jest wymagana tożsamość czasowa pomiędzy zawarciem umowy a złożeniem rzeczy na skład. W związku z tym możliwość dokonania przez dom składowy oględzin przyjmowanych rzeczy może mieć miejsce już po zobowiązaniu się w drodze umowy do ich przyjęcia.

Rodzi to pytanie o właściwe zabezpieczenie przez ustawodawcę słusznych interesów domów składowych. Należy zauważyć, że ustawa wprowadza pod tym względem rozwiązanie precedensowe, nieistniejące pod rządami rozporządzenia z 1924 r. i k.h., które dzięki konstrukcji realnej umowy składu stwarzały domom składowym już w momencie zawierania umowy możliwość weryfikacji stanu rzeczy pod kątem wystąpienia ewentualnych trudności.

Wydaje się jednak, że istniejący stan prawny nie wprowadza z tego powodu zagrożenia dla domów składowych i dlatego angażowanie prawodawcy w rozstrzygnięcie tego problemu na drodze legislacyjnej byłoby posunięciem zbyt daleko idącym wobec istniejącej *de lege lata* alternatywy.

Ustawodawca nie nakłada bowiem na domy składowe obowiązku przyjmowania rzeczy na skład na jakichkolwiek warunkach, w tym zwłaszcza określanych przez składających. Wyposażył domy składowe w prerogatywę do tworzenia takich warunków w drodze regulaminu. Dlatego rozsądnym rozwiązaniem, pozwalającym domom składowym zabezpieczyć się przed przyjmowaniem niepożądanych rzeczy, jest zapewnienie właściwych postanowień na płaszczyźnie regulaminów. W szczególności wskazane byłyby postanowienia precyzujące stan techniczny oraz właściwości rzeczy, które zgodnie z regulaminem są przyjmowane na skład. Ewentualnie, mimo treści art. 384 § 1 k.c., w umowie składu mogłoby znajdować się zastrzeżenie, że rzeczy mające być dostarczone do domu składowego zgodnie z umową powinny spełniać parametry określone w regulaminie. Doskonałym uzupełnieniem byłoby również uczynione w regulaminie zastrzeżenie, iż w przypadku gdy rzeczy mają być dostarczone po zawarciu umowy

⁵¹ Por. przepis art. 27 rozporządzenia z 1924 r. o prawie o domach składowych oraz art. 652 § 1 k.h.

⁵² Przewidywał to przepis art. 27 rozporządzenia z 1924 r. o prawie o domach składowych oraz art. 652 § 2 k.h.

składu, umowa zostaje zawarta pod warunkiem rozwiązującym. Ziszczenie się warunku polegającego na dostarczeniu rzeczy nieodpowiadających właściwościom podanym w regulaminie skutkowałoby wówczas rozwiązaniem umowy⁵³.

Z uwagi na to że dla wielu składających doprowadzenie rzeczy do wymaganej jakości mogłoby stanowić poważne utrudnienie, w regulaminie mogłoby znaleźć się zastrzeżenie, że dom składowy za dodatkową opłatą byłby upoważniony do wykonywania czynności mających na celu doprowadzenie ich do stanu, w którym nadawałyby się do połączenia z innymi rzeczami. Za dopuszczalnością redakcji takiego postanowienia przemawia, moim zdaniem, przepis art. 18 ust. 2 pkt 4 ustawy o domach składowych, który przewiduje zamieszczenie w regulaminie wysokości opłat za dodatkowe usługi wykonywane przez dom składowy na rzecz składających. Wydaje się, że wspomniana usługa w pełni mieściłaby się w zakresie przedmiotowym tego przepisu.

Nawet jednak w sytuacji akceptacji przez składającego wszystkich warunków regulaminu obowiązek zawarcia umowy składu przez dom składowy nie ma charakteru absolutnego, ponieważ doznaje wyjątku w przepisie art. 21 ust. 1 *in fine* ustawy o domach składowych. Stanowi on dla domu składowego podstawę do odmowy przyjęcia rzeczy na skład, jeżeli stają temu na przeszkodzie techniczne możliwości magazynowe przedsiębiorstwa składowego. Przyczyna odmowy przyjęcia rzeczy na skład, a więc odmowy zawarcia umowy, ma tutaj charakter obiektywny i jest niezależna od woli domu składowego. Przepis ten należy postrzegać jako normę ochronną, ustanowioną w celu realizacji interesu publicznego. Skoro bowiem dom składowy nie byłby w stanie wywiązać się z wynikającego z umowy składu obowiązku pieczy nad przyjętymi rzeczami, obowiązek zawarcia umowy składu w takiej sytuacji byłby dla niego krzywdzący. W efekcie niekorzystnie wpływałoby to na cały system, w którym funkcjonują domy składowe, ponieważ podważone zostałoby zaufanie do samej instytucji domów składowych jako *ex definitione* dysponujących gotową infrastrukturą przeznaczoną do świadczenia usługi składu na najwyższym poziomie.

Z uznaniem należy odnotować fakt, że ustawodawca poszerzył zakres przedmiotowy tego wyjątku w stosunku do regulacji przedwojennych. Zarówno rozporządzenie z 1924 r., jak i k.h. stwarzały dla domu składowego podstawę do odmowy przyjęcia rzeczy na skład tylko wtedy, gdy na przeszkodzie stały granice pojemności domu składowego lub jego działów. Terminy te wchodzą w zakres pojęcia technicznych możliwości magazynowych. Użyte przez współczesnego ustawodawcę sformułowanie mieści w sobie, moim zdaniem, również przypadki niesprawności urządzeń służących do wykonywania czynności konserwacyjnych, brak stosownych zabezpieczeń przed zniszczeniem, uszkodzeniem, ubytkiem czy kradzieżą rzeczy przyjętych na skład. Oczywiście podstawę taką nadal stanowi brak odpowiedniej pojemności domu składowego z tym, że rozumianej jako miejsce dla przechowywania rzeczy, wolne w chwili, gdy umowa ma zostać zawarta, a nie ogół pojemności, jaką dysponuje dom składowy, ponieważ zaję-

⁵³ K. Zacharzewski, *Zawarcie...*, op. cit., s. 50.

te miejsca się nie liczą⁵⁴. Należy również uznać, iż dom składowy uprawniony jest na podstawie tego przepisu do odmowy zawarcia umowy składu z tego powodu, że wypełniony jest już dział przeznaczony na składowanie danego rodzaju rzeczy. Ustawodawca nie wprowadził dla domów składowych ograniczenia przedmiotowego co do liczby rodzajów rzeczy, które mogą być przyjmowane na skład. Należy stąd wywieść prawo domu składowego do wydzielania w ramach całej powierzchni, którą dysponuje⁵⁵, poszczególnych działów dla określonych towarów. Jest to wskazane również z uwagi na negatywne oddziaływanie niektórych składowanych rzeczy na inne w przypadku ich łącznego przechowywania. Wynika z tego, że domowi składowemu przysługuje prawo odmowy zawarcia umowy składu zarówno wtedy, gdy inne działki są już pozajmowane, jak też w przypadku, gdy ich powierzchnia pozostaje jeszcze wolna, gdyż z przepisu art. 21 ust. 1 *in fine* ustawy o domach składowych nie wynika, aby intencją ustawodawcy była ingerencja w sprawy związane z wewnętrzną organizacją przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym. Odmowa przyjęcia na skład rzeczy motywowana takimi czynnikami natury obiektywnej nie zagraża pożądanej przez ustawodawcę ochronie składających.

V. ZAKAZ UDZIELANIA POZATARYFOWYCH ULG, ZNIŻEK ORAZ UZALEŻNIANIA ZAWARCIA UMOWY SKŁADU

Przewidziane w przepisach art. 21 ust. 2 i 3 ustawy o domach składowych zakazy są ściśle skorelowane z obowiązkiem zawarcia przez domy składowe umowy składu, stąd ich analiza nie może odbywać się w oderwaniu od przepisu art. 21 ust. 1 tej ustawy. Przepis ten, wyrażający obowiązek zawiązania stosunku prawnego składu, podkreśla jednocześnie, że umowa ma być zawarta na warunkach regulaminu. Stanowi to ograniczenie zasady swobody umów w zakresie wolności kształtowania treści stosunku prawnego. Niemniej jednak w ten sposób realizowany jest wyższy cel nawiązujący do publicznego charakteru instytucji domów składowych, a jest nim zapewnienie wszystkim składającym równego dostępu do świadczonych przez domy składowe usług. To dążenie ustawodawcy byłoby jednak iluzoryczne wobec braku przepisów art. 21 ust. 2 i 3 ustawy o domach składowych, ponieważ dom składowy mógłby w regulaminie zamieścić klauzule, które by przewidywały dyskrecjonalne udzielanie poszczególnym składającym pozataryfowych ulg, zniżek lub uzależniały zawarcie umowy składu od zawarcia przez składającego innej umowy z domem składowym lub z osobą trzecią. Stąd przewidziane w tych przepisach zakazy należy postrzegać jako niezbędne uzupełnienie normy art. 21 ust. 1 ustawy o domach składowych, aczkolwiek mające wobec niej znaczenie wtórne. Za postrzeganiem immanentnego związku

⁵⁴ M. Allerhand, op. cit., s. 959.

⁵⁵ Przepisy prawa określają minimalną pojemność magazynów dla składowania niektórych rzeczy, zob. § 2 rozporządzenia z 4 listopada 2004 r. w sprawie warunków technicznych i finansowych wymaganych przy prowadzeniu przedsiębiorstwa składowego przyjmującego na skład towary rolne, Dz.U. z 2004 r. Nr 246, poz. 2471 z późn. zm.

tych zakazów z obowiązkiem zawarcia umowy składu przemawia również interpretacja systemowa. Wszystkie przytoczone normy zostały ujęte w jednym artykule 21 ustawy o domach składowych, przy czym omawiane zakazy ujęto w jego dalszych ustępach, a mianowicie ust. 2 i 3, przez co podkreślony został ich pochodny charakter względem obowiązku z ust. 1.

Treść przepisu art. 21 ust. 2 ustawy o domach składowych stanowi przykład rozsądnego wyważenia przez ustawodawcę interesów dwóch stron umowy składu.

Przedmiotem ochrony tej normy zostało uczynione abstrakcyjnie pojmowane dobro powszechne w postaci możliwości złożenia rzeczy na skład przez każdego potencjalnego składającego przy zachowaniu wymogu równości, jak również interes składającego *in casu*. Przy realizacji tych zadań prawodawca posłużył się zakazem wprowadzania ulg i zniżek o charakterze osobistym. Tytułem przykładu niedozwolonej ulgi można by wskazać odroczenie terminu dokonania płatności w stosunku do przewidzianego w taryfie, dłuższy termin wypowiedzenia wobec konkretnego składającego czy też określonej grupy składających. Z kolei jako zabronioną zniżkę należałoby potraktować wybiórcze pobieranie niższych opłat od określonych podmiotów prawa.

Zachowane proporcje w zakazie z przepisu art. 21 ust. 2 ustawy o domach składowych przejawiają się w tym, że dom składowy został wyposażony w prawo udzielania ulg i zniżek, o ile przewiduje je taryfa. Wprowadzenie kryterium przedmiotowego nie koliduje z zasadą równego dostępu do usług domu składowego. Wprawdzie możliwe, a nawet powszechne będzie różnicowanie przez domy składowe swoich klientów, niemniej jednak następować to będzie na podstawie obiektywnych czynników. Słusznie w ten sposób został uwzględniony fakt, że domy składowe oprócz pełnienia roli instytucji zaufania publicznego są też przedsiębiorcami. W związku z tym poza zakresem wskazanym przepisami szczególnymi podlegają ogólnym prawidłowościom rynku, którego jedna z reguł to konkurencyjność, a warunkiem jej zachowania jest atrakcyjność cenowa. Dlatego nic nie stoi na przeszkodzie, aby przy wykładni przepisu art. 21 ust. 2 ustawy o domach składowych odwoływać się do jego przedwojennych odpowiedników. W związku z tym *ad exemplum* można uznać za dopuszczalne wprowadzenie w regulaminie taryfy degresywnej dla przepisanej ilości złożonego towaru lub podanego w regulaminie okresu składu. Oczywiście możliwe są również inne rozwiązania, chociażby pominięcie taryfy degresywnej i poprzestanie na samym tylko postanowieniu przewidującym zniżkę w przypadku przekroczenia pewnej ilości czy okresu składowania.

Praktyczne znaczenie tego unormowania należy postrzegać także przez pryzmat jego oddziaływania na właściwą realizację pozostałych funkcji przez domy składowe. Jak wynika z przepisu art. 24 ust. 3 pkt 7 ustawy o domach składowych, obie części dowodu składowego powinny zawierać wysokość bieżącego składowego oraz wskazanie odpowiednich pozycji taryfy składowego. Zaniechanie polegające na dowolnym pozataryfowym udzielaniu ulg i zniżek prowadziłoby do podważenia zaufania i destabilizacji obrotu dowodami składowymi albo ich

częściami, co pozostawałoby w sprzeczności z założeniami instytucji domów składowych.

Korelatem obowiązku wynikającego z przepisu art. 21 ust. 1 ustawy o domach składowych jest również wyrażony przez przepis art. 21 ust. 3 tej ustawy zakaz uzależniania przez dom składowy zawarcia umowy składu od zawarcia przez składającego innej umowy z domem składowym lub z osobą trzecią. Przy określaniu roli i znaczenia tego przepisu niezbędne jest odwołanie się do jego genezy. Redakcja zarówno tego przepisu, jak też jego poprzedników w okresie dwudziestolecia międzywojennego ściśle wiązała się z określeniem czynności, do których dokonywania miały być uprawnione domy składowe. Najbardziej liberalne stanowisko zaprezentowane zostało w przepisie art. 1 projektu ustawy o domach składowych z 1921 r., w świetle którego możliwe było, aby dom składowy tylko posiłkowo zajmował się przyjmowaniem towarów na skład. Mimo poważnych wątpliwości ustawodawczych przeważał wówczas wzgląd na praktykę, w której takie przypadki były na tyle częste, że do czasu nowej regulacji umowy komisji, spedycji czy przewozu postanowiono usankcjonować istniejące wówczas stosunki⁵⁶. Ograniczenia przedmiotowe w zakresie działalności domów składowych zostały wprowadzone przez przepis art. 26 rozporządzenia z 1924 r. Zabronił on domom składowym pod rygorem utraty koncesji dokonywać na własny lub cudzy rachunek czynności handlowych co do takich towarów, które koncesja pozwalała przyjmować na skład. Pozwalał jednak udzielać zaliczek na złożone towary, co zostało następnie utrzymane w k.h. Oznaczało to, że domy składowe zostały wyposażone w prerogatywę udzielania pożyczek, zwykle krótkoterminowych, zabezpieczonych w pełni zastawem na złożonej rzeczy⁵⁷. Wyposażenie domów składowych w korzystne dla nich prawo do dokonywania czynności o charakterze bankowym pozostawało w sprzeczności z zasadniczą ideą celów, dla których miały one być zakładane, ale względy praktyczne przesądziły o wyposażeniu ich w intratniejsze źródła dochodów od samego przechowywania towarów⁵⁸. *Ratio legis* wprowadzenia zakazu udzielania biorącym zaliczkę pierwszeństwa w przyjęciu towaru, ulg lub zniżek wynikało z ówczesnych realiów życia gospodarczego. Panująca inflacja rodziła niebezpieczeństwo, iż domy składowe będą zmuszały składających do brania zaliczek, które podlegałyby zwrotowi z uwzględnieniem różnicy kursu waluty⁵⁹.

Przepis art. 21 ust. 3 ustawy o domach składowych jest wyrazem ewolucji stanowiska ustawodawcy w tym względzie. Wyrażony w tym przepisie zakaz charakteryzuje się znacznie szerszym zakresem przedmiotowym oraz podmiotowym niż regulacje przedwojenne. Przejawia się to we wprowadzeniu *expressis verbis* zakazu uzależniania zawarcia przez dom składowy umowy składu od jakiegokolwiek innej umowy, nie tylko od udzielenia zaliczki przez dom składowy. Z kolei poszerzenie podmiotowe polega na tym, iż stroną dodatkowo wymuszono-

⁵⁶ A. Górski, *Projekt...*, op. cit., s. 134 i 140–141.

⁵⁷ J. Namitkiewicz, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 272.

⁵⁸ A. Górski, *Prawo...*, op. cit., s. 51; K. Petyniak-Sanecki, *Domy...*, op. cit., s. 165.

⁵⁹ J. Namitkiewicz, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 272.

nej umowy nie tylko nie może być dom składowy, ale również jakakolwiek inna osoba trzecia.

Wprowadzenie przepisu art. 21 ust. 3 ustawy o domach składowych może budzić wątpliwości z uwagi na istniejące już przepisy art. 3853 pkt 6 i 7 k.c. Stanowią one, że w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które uzależniają zawarcie umowy od przyrzeczenia przez konsumenta zawierania w przyszłości dalszych umów podobnego rodzaju (pkt 6) lub uzależniają zawarcie, treść lub wykonanie umowy od zawarcia innej umowy, niemającej bezpośredniego związku z umową zawierającą oceniane postanowienie (pkt 7).

Zgodnie z utrwalonym w doktrynie poglądem posługiwanie się w obrocie prawnym z udziałem konsumentów postanowieniami przepisów art. 3853 pkt 6 i 7 k.c. nie jest zabronione. Klauzule o treści wskazanej w tych przepisach będą nieważne dopiero po spełnieniu przesłanek z art. 3851 § 1 k.c.⁶⁰ Oznacza to, że ze względu na pełnioną rolę przepisy art. 3853 pkt 6 i 7 k.c. zbliżają się swoim charakterem w pewnym sensie do domniemania, że postanowienie umowy o takiej treści jest zakazane⁶¹. Możliwość powołania się na nie aktualizuje się dopiero w momencie pojawienia się wątpliwości co do dopuszczalności zastosowania przewidzianych w nich postanowień, a więc w sytuacji, gdy przedsiębiorca nie jest w stanie przeprowadzić dowodu, że któraś ze wspomnianych klauzul została indywidualnie uzgodniona ze składającym (art. 3851 § 1 i 4 k.c.).

Przewidziany przepisem art. 21 ust. 3 ustawy o domach składowych zakaz wyraża znacznie dalej idącą ochronę prawną dla składającego, ponieważ w przeciwieństwie do przepisów k.c. wyraża zakaz o charakterze bezwzględny. Praktyczny aspekt tej regulacji przejawia się w tym, że dom składowy nie może w drodze indywidualnych uzgodnień ze składającym spowodować, aby został on zobligowany do zawarcia innych umów jako warunku zawarcia umowy składu. Ponadto przepis art. 21 ust. 3 ustawy o domach składowych odnosi się zarówno do konsumentów, jak i przedsiębiorców.

Należy przy tym uznać, że norma ta kreuje zakaz uzależniania zawarcia umowy składu od zawarcia innych umów w każdym czasie, tj. nie tylko przed zawarciem umowy składu, ale także w trakcie trwania tego stosunku obligacyjnego i po jego ustaniu.

Z powyższego wynika, że przepis art. 21 ust. 3 ustawy o domach składowych nakłada na domy składowe znacznie dalej idący zakaz, wskutek czego daje pełniejszą ochronę normatywną składającym aniżeli przepisy k.c. Oceniając wzajemny stosunek między wspomnianymi regulacjami, należy uznać, że przepis art. 21 ust. 3 ustawy o domach składowych stanowi *lex specialis* wobec norm kodeksowych. Należy go postrzegać jako ważny instrument prawny ochrony praw

⁶⁰ W. Popiołek, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, 1.1, Warszawa 2002, s. 810.

⁶¹ C. Żuławska, w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, *Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga trzecia, Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2001, s. 136.

składających, a w dłuższej perspektywie służący wzmocnieniu instytucji domów składowych.

Istnienie samych tylko przepisów zawartych w k.c. spowodowałoby ograniczenie ochrony prawnej do wąskiego kręgu beneficjentów domów składowych – konsumentów. Ponadto domy składowe poprzez odpowiedni nacisk na zawarcie dodatkowych umów w drodze indywidualnych uzgodnień ze słabszymi ekonomicznie kontrahentami obchodziłyby przewidziane w przepisach art. 3851 § 1 i art. 3853 k.c. zastrzeżenia. Ustawodawca słusznie dostrzegł niebezpieczeństwo powstawania monopolu, co zagroziłoby deformacją instytucji domów składowych.

Reasumując, wprowadzona regulacja zasługuje na uznanie, ponieważ zapewnia realizację obowiązku płynącego z przepisu art. 21 ust. 1 ustawy o domach składowych. Chroni ona przed niebezpieczeństwem polegającym na tym, że domy składowe mogłyby dobierać pakiet obowiązkowych umów dodatkowych nie do zaakceptowania przez określoną grupę składających. W ten sposób domy składowe zniechęcałyby tych składających, którzy byłiby z punktu widzenia ich interesów niepożądani, mimo że formalnie przestrzegałyby obowiązku zawarcia umowy składu z każdym zainteresowanym. Zakaz ustanowiony w przepisie art. 21 ust. 3 ustawy o domach składowych ma znaczenie także dla ochrony składających już po zawarciu umowy składu. Eliminuje bowiem niebezpieczeństwo wywierania przez domy składowe w ten sposób nacisków na składających, celem których miałyby być zniechęcanie ich do wykonywania swoich uprawnień.

Komentowany przepis może być również postrzegany szerzej, jako wzmacniający modelowe funkcjonowanie instytucji domów składowych. Znaczenie jego przejawia się m.in. w dążeniu do zapewnienia składającym nieskrępowanego przez domy składowe wyboru kredytodawcy, przez co pośrednio przyczynia się do wzmocnienia realizacji funkcji kredytowej.

VI. OBOWIĄZEK UBEZPIECZENIA

Jednym z przykładów świadczących o kwalifikowanym charakterze umowy składu z udziałem domu składowego jest nałożony na niego przez normę art. 22 ust. 1 i 2 ustawy o domach składowych obowiązek, w przypadku towarów rolnych o charakterze bezwzględnym, ubezpieczenia przyjętych na skład rzeczy od ognia i innych zdarzeń losowych. Reglamentacja przez normodawcę kształtowania treści stosunku prawnego w tym zakresie wymaga rozważenia w aspekcie jej zasadności.

Idea wprowadzenia ubezpieczenia rzeczy składowanych w domach składowych nie była dorobkiem polskiej myśli prawniczej. Jednak stanowiące pierwotny wzór dla późniejszych europejskich regulacji domów składowych normy francuskiego dekretu z 1848 r. oraz ustawy z 1858 r. o negocjowaniu towarami złożonymi w magazynach publicznych⁶² takiego obowiązku nie wprowadzały.

⁶² A. Boistel, op. cit., s. 356–363.

Ubezpieczenia rzeczy nie przewidywały również uzupełniające te akty prawne przepisy o składzie zawarte w kodeksie Napoleona⁶³. Spośród państw zaborczych tylko ustawodawstwa Rosji⁶⁴ i Austrii⁶⁵ nakładały na domy składowe taki obowiązek, natomiast nie przewidywał go system prawny Niemiec⁶⁶.

Polskie rozwiązanie prawne zawarte najpierw w przepisie art. 28 rozporządzenia z 1924 r., a później w art. 653 k.h. najbardziej zbliżone było do prawa austriackiego. Ustawodawca polski zobowiązywał w nich domy składowe do ubezpieczenia od ognia na koszt składającego przyjętych na przechowanie rzeczy, jeżeli nie udzielono odmiennego zlecenia. Regulacja ta w zasadniczy sposób odbiegała od ogólnych przepisów normujących stosunek prawny składu, te bowiem nakładały na przedsiębiorcę składowego obowiązek ubezpieczenia rzeczy początkowo⁶⁷ jedynie wtedy, gdy żądał tego składający lub jeśli dla danego towaru istniał taki zwyczaj handlowy⁶⁸, a później⁶⁹, jeśli otrzymał takie zlecenie.

Aktualne unormowanie omawianej problematyki skłania do kilku uwag. Współczesny przepis obejmuje szerszy zakres przedmiotowy zdarzeń, od których należy dokonać ubezpieczenia w porównaniu z regulacjami przedwojennymi, ponieważ oprócz ognia podaje także inne zdarzenia losowe. Zmiana ta zasługuje na akceptację, gdyż trudno byłoby znaleźć wytłumaczenie dla uprzywilejowania jedynie ognia jako okoliczności uzasadniającej ubezpieczenie towaru. Natomiast problemy mogą pojawić się przy próbie określenia zdarzeń losowych, ponieważ ustawa nie zawiera stosownej definicji. Wydaje się, że przez to pojęcie należy rozumieć zgodnie z przepisem art. 2 pkt 18 ustawy o działalności ubezpieczeniowej⁷⁰ niezależne od woli ubezpieczającego zdarzenie przyszłe i niepewne, którego nastąpienie powoduje uszczerbek w dobrach majątkowych.

Zastrzeżenie może budzić pewna niezręczność językowa w przepisach art. 22 ust. 1 i 2 ustawy o domach składowych polegająca na dodatkowym wyeksponowaniu ognia jako jednego ze zdarzeń losowych. O tym, że ustawodawca traktuje ogień na równi z pozostałymi zdarzeniami losowymi, świadczy fakt, iż posługuje się zwrotem „innych zdarzeń losowych” obok ognia, co przemawia za uznaniem ognia również za zdarzenie losowe. Dodatkowe wyeksponowanie „ognia” nicze-

⁶³ J. Litauer, op. cit., s. 722–733; H. Konic, op. cit., s. 193 i n.

⁶⁴ Przepis art. 49 ustawy z 1888 r. o składach towarowych nakładał obowiązek ubezpieczenia towarów, jeżeli były przechowywane łącznie z rozdzieleniem ich jedynie według rodzaju i gatunku, zob. W. Andrychiewicz, *Składy...*, op. cit., s. 772.

⁶⁵ Przepis art. 15 ustawy z 1889 r. o zakładaniu i prowadzeniu publicznych domów składowych i o dowodach składowych, które domy takie wystawiają, stanowił, że przedsiębiorstwo domu składowego winno pod swoją odpowiedzialnością mieć staranie o to, żeby złożone towary były niezwłocznie po ich złożeniu ubezpieczone na wypadek pożaru, zob. *Ustawa handlowa wraz z ustawami dodatkowymi*, w tłumaczeniu Prof. Dra Józefa Rosenblata. Wydanie trzecie z objaśnieniami Prof. Dr. Stanisława Wróblewskiego, tom II: *Ustawy dodatkowe*, Kraków 1917, s. 284 i 285.

⁶⁶ T. Zborowski, op. cit., s. 118–120; Kodeks handlowy obowiązujący na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej oraz ustawa o spółkach z ograniczoną poręką, Poznań 1924, s. 143–145.

⁶⁷ Zob. przepis art. 7 rozporządzenia z 1924 r.

⁶⁸ Zwyczaj handlowy jako podstawa ubezpieczenia towarów był w doktrynie krytykowany, zob. A. Tempel, *Prawo o domach składowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1925, nr 5–6, s. 326.

⁶⁹ Zob. przepis art. 634 k.h.

⁷⁰ Dz.U. z 2003 r. Nr 124, poz. 1151.

mu nie służy i sugeruje raczej pozostałość po przedwojennej regulacji. W związku z tym *de lege ferenda* należałoby zamienić sformułowanie „ognia i innych zdarzeń losowych” na zwrot „zdarzeń losowych”.

Rozszerzenie zakresu zdarzeń podlegających obowiązkowemu ubezpieczeniu wprowadziło inne relacje przepisów art. 22 ust. 1 i 2 ustawy o domach składowych do przepisu art. 856 k.c.⁷¹ wobec tych, jakie istniały między ich odpowiednikami w k.h.⁷² W doktrynie przedwojennej słusznie uważano, iż obowiązek domu składowego ograniczał się do ubezpieczenia rzeczy jedynie od ognia, natomiast do innych wypadków znajdował zastosowanie ogólny przepis art. 634 k.h.⁷³ Oznaczało to, że niedopuszczalne było uznanie przepisu art. 653 § 1 k.h. za *lex specialis* przepisu art. 634 k.h., ponieważ zakresy ich regulacji nie pokrywały się. W aktualnym stanie prawnym przekonujący jest pogląd, że przepis art. 856 k.c. ma charakter *lex generalis*⁷⁴. Zgodnie z regułą *lex specialis derogat legi generali* przepis art. 856 k.c. podlega wyłączeniu przy określaniu treści stosunku prawnego składu, którego jedną ze stron jest dom składowy. Wynika to z faktu, że przepisy art. 22 ust. 1 i 2 ustawy stanowią o ubezpieczeniu od wszystkich zdarzeń losowych, w związku z czym dodatkowe zlecenie w tym zakresie zdaje się w praktyce raczej niemożliwe.

Należy również zauważyć, że ustawodawca zastosował oryginalne rozwiązanie polegające na podziale regulacji omawianej materii, wprowadzając *criterium divisionis* oparte na rodzaju towarów przyjmowanych na skład. Obowiązek ubezpieczenia towarów przemysłowych istnieje tylko wówczas, gdy nie umówiono się inaczej. W istocie rozwiązanie to stanowi powtórzenie regulacji przedwojennych. Natomiast nowatorska koncepcja została zastosowana w odniesieniu do przyjmowanych na skład towarów rolnych z uwagi na to, że ustawodawca nałożył na domy składowe bezwzględny obowiązek ich ubezpieczenia.

Ten najwyższy standard prawnej ochrony w stosunku do towarów rolnych budzi zastrzeżenia.

Postulat objęcia składowanych rzeczy bezwzględnym obowiązkiem ubezpieczenia wyrażany był w doktrynie⁷⁵ już na gruncie rozporządzenia z 1924 r. Podkreślić jednak należy, że nawet wówczas propozycja ta podnoszona była tylko do tych towarów, na które wydano dowód składowy. Twierdzono, że przewidziana wówczas przez przepis art. 28 rozporządzenia z 1924 r. możliwość zwolnienia domu składowego z obowiązku ubezpieczenia zmusza nabywcę dowodu składowego lub jego części do sprawdzenia, czy towar jest ubezpieczony.

Nie negując słuszności samej idei, wysuwany wtedy argument na jej poparcie nie zasługiwał moim zdaniem na uznanie. Zgodnie z treścią art. 29 pkt 5 rozporządzenia z 1924 r. obie części dowodu składowego musiały zawierać wzmiankę,

⁷¹ Przepis ten stanowi, że przedsiębiorca jest obowiązany do ubezpieczenia rzeczy jedynie wtedy, gdy otrzymał takie zlecenie.

⁷² Chodzi o przepisy art. 653 i 634 k.h.

⁷³ A. Kon, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1934, s. 262; T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 1007.

⁷⁴ R. Jastrzębski, *Domy składowe. Umowa składu. Komentarz do ustawy*, Warszawa 2004, s. 158.

⁷⁵ A. Tempel, *Prawo...*, op. cit., s. 327.

w jakim zakładzie, na jaką kwotę i na jaki czas towar został ubezpieczony. Zatem *a contrario* w sytuacji zwolnienia domu składowego przez składającego z tego obowiązku obie części dowodu składowego nie zawierały wzmianki w przedmiocie ubezpieczenia towaru. W obu przedstawionych sytuacjach nabywca dowodu składowego lub jego części uzyskiwał informację co do ubezpieczenia nabywanego towaru. W aktualnym stanie prawnym sytuacja przedstawia się jeszcze prościej w odniesieniu do towarów rolnych, nałożony bowiem w przepisie art. 23 ust. 3 pkt 5 ustawy o domach składowych obowiązek zamieszczenia na obu częściach dowodu składowego wzmianki, czy rzeczy złożone na skład zostały ubezpieczone, oznacza, że informacja taka zawsze wystąpi.

Wobec towarów rolnych na uwagę zasługuje propozycja ograniczenia bezwzględnego obowiązku ubezpieczenia jedynie do takich towarów, na które wystawiono dowody składowe⁷⁶. Wiąże się ona z innym rozłożeniem priorytetów, którym w założeniu powinien służyć omawiany obowiązek. Przede wszystkim przyczynia się on do budowania zaufania do dowodów składowych, jak również do każdej jego części z osobna. W przypadku wydania dowodów składowych przepis ten chroni osoby, które nabyły uprawnienia do rzeczy w drodze indosu dowodu składowego lub rewersu, przez co przyczynia się do podnoszenia wiarygodności cyrkulacji tych papierów wartościowych. Przepis ten jest też jednym ze stymulatorów pobudzenia gospodarczego w zakresie rozwoju stosunków kredytowych, ponieważ oprócz prawnego posiadacza rewersu, także posiadacz warrantu jest zainteresowany w ubezpieczeniu towarów rolnych stanowiących przedmiot zastawu zabezpieczającego udzielony przez niego kredyt.

Z powyższego wynika, że nadrzędnym celem, któremu służy omawiana regulacja, nie jest realizacja funkcji przechowania. Wprowadzenie omawianego ograniczenia nie musiałoby jednak pozbawiać składających dodatkowej ochrony, jakie ubezpieczenie niesie dla ich rzeczy. Wydaje się, że wystarczyłoby w tym względzie unormowanie zbliżone do tego, które zawierał k.h. Nałożenie na dom składowy obowiązku ubezpieczenia od zdarzeń losowych, jeżeli nie umówiono by się inaczej, pozwoliłoby na dokonanie wyboru składającemu, który chce skorzystać jedynie z oferowanej przez dom składowy funkcji przechowania. Rozwiązanie to w dostateczny sposób zabezpieczałoby jego interesy, ponieważ do zwolnienia domu składowego z ubezpieczenia złożonych rzeczy wymagane byłoby wyraźne oświadczenie woli składającego. Zatem składający nie ponosiłby ujemnych następstw wynikających z braku dostatecznej znajomości zasad rządzących działalnością domów składowych.

Za takim kształtem omawianej propozycji przemawia również czynnik finansowy. Należy bowiem zauważyć, że ustawa nie stanowi, na kim spoczywa prawny obowiązek poniesienia kosztów ubezpieczenia. *De lege lata* kwestia ta powinna być przesądzona na płaszczyźnie postanowień regulaminu. Wydaje się jednak oczywiste, że obowiązek ten wzorem regulacji k.h. będzie spoczywał

⁷⁶ Podobnie zob. R. Jastrzębski, *Prawne regulacje funkcjonowania domów składowych w Polsce*, PiP 1999, nr 10, s. 68.

na składającym. Przyjęcie innego rozwiązania byłoby nielogiczne i w praktyce fikcyjne, gdyż obciążenie domu składowego kosztami ubezpieczenia znalazłoby odzwierciedlenie w wysokości składowego lub innych opłat związanych ze składowaniem, co w rezultacie i tak obciążyłoby składającego. Przyznanie składającemu, który nie żąda wydania dowodu składowego, prawa zrezygnowania z ubezpieczenia wiązałoby się dla niego z obniżeniem ogólnych kosztów składowania. Stworzyłoby to dodatkową zachętę natury finansowej do korzystania z usług domów składowych bez jednoczesnego zwiększenia ryzyka dla pozostałych beneficjentów tej instytucji.

Reasumując, *de lege ferenda* należałoby rozważyć zmianę przepisów art. 22 ust. 1 i 2 ustawy o domach składowych w ten sposób, aby bezwzględny obowiązek ubezpieczenia objąć zarówno towary rolne, jak i przemysłowe, ale tylko w przypadku wystawienia na nie dowodu składowego. W pozostałym zakresie należałoby uznać za wystarczające unormowanie nakładające na dom składowy obowiązek ubezpieczenia przyjętych na skład rzeczy wówczas, jeżeli nie umówiono się inaczej.

Konsensualny charakter kontraktu składu powoduje, iż moment zawarcia samej umowy nie musi pokrywać się z objęciem władztwa nad rzeczami przez dom składowy. Powoduje to konieczność odróżnienia momentu powstania obowiązku ubezpieczenia rzeczy wynikającego z zawartej umowy od możliwości jego wykonania⁷⁷. Na tym tle dadzą się wyróżnić dwie sytuacje. Pierwsza z nich ma miejsce, gdy jednocześnie z powstaniem stosunku prawnego składu dochodzi do oddania rzeczy na skład. Wówczas obowiązek ubezpieczenia rzeczy oraz jego wykonanie powstaje w tym samym punkcie czasowym. Odmienne jest, jeżeli rzeczy oddane są na skład później niż zawiązanie samego stosunku obligacyjnego. Zgodzić należy się z poglądem, że w takich okolicznościach ciężący na domu składowym obowiązek ubezpieczenia powinien być wykonany z momentem rozpoczęcia sprawowania nad rzeczą pieczy, co w praktyce jest tożsame z chwilą oddania rzeczy na skład⁷⁸.

Ustawa nie przesądza, do jakiej wartości dom składowy powinien ubezpieczyć rzeczy przyjęte na skład. W świetle aktualnych unormowań symboliczne ubezpieczenie należy uznać za niedopuszczalne. Przeczy temu *ratio legis* art. 22 ustawy o domach składowych, którym jest nie tylko zapewnienie ochrony składającemu, ale także faktyczne wsparcie pozostałych funkcji domu składowego. Ponadto obowiązek ubezpieczenia rzeczy na odpowiednią kwotę wypływa z przepisu art. 19 ust. 2 *in fine* ustawy o domach składowych zobowiązującego dom składowy do ochrony interesów składających. Wydaje się, że wymóg ten spełniałaby koncepcja przyjmująca, iż ubezpieczenie powinno być dokonywane do kwoty odpowiadającej wartości rzeczy. Oczywiście wyłoniłaby się kwestia, według jakich mierników ustalać wartość. Propozycje w tym zakresie mogą być różne, np. ceny skupu interwencyjnego towarów rolnych, średnie ceny z giełdy

⁷⁷ Zarówno w przypadku towarów rolnych, jak i przemysłowych obowiązek ten powstaje *ex lege*, jednak w odniesieniu do tych ostatnich istnieje możliwość zwolnienia od niego domu składowego.

⁷⁸ K. Zacharzewski, *Zawarcie...*, op. cit., s. 56.

towarowej w danym okresie itp. Wydaje się, że wystarczy w tym zakresie stosowna regulacja na poziomie regulaminu domu składowego.

Kwalifikowany charakter względem przepisu art. 856 k.c. posiada również wyposażenie domu składowego w uprawnienie do odbioru sumy ubezpieczenia od zakładu ubezpieczeń albo do udzielenia zgody na odbiór tej sumy przez osobę uprawnioną do odbioru rzeczy złożonych na skład. Prerogatywa ta aktualizuje się dopiero w sytuacji ziszczenia się zdarzenia losowego skutkującego obowiązkiem zakładu ubezpieczeń wypłacenia odszkodowania. Przepis ten powinien być postrzegany w kategoriach instrumentu prawnego służącego realizacji tak funkcji przechowania, jak i zabezpieczenia obrotu towarowego i przez to jego usprawnienia. Wynika to z faktu, że dom składowy jest uprawniony do odbioru kwoty ubezpieczenia niezależnie od tego, czy rzeczy zostały ubezpieczone w jego imieniu, czy w imieniu składającego. Rozwiązanie takie zasługuje na akceptację. Dzięki księdze składowej dom składowy jest dysponentem najbardziej wiarygodnych informacji zarówno co do tożsamości posiadacza rewersu, jak też ewentualnego obciążenia rzeczy zastawem. Za pochodną tego uprawnienia należy uznać prawo domu składowego do udzielenia określonej osobie zgody na odbiór ubezpieczenia. Skoro dom składowy może odebrać sumę ubezpieczenia samodzielnie i wydać ją osobie uprawnionej, to wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby osoba uprawniona sama odebrała tę sumę za uprzednią zgodą domu składowego. Z powyższego wynika, że dom składowy może wydać zgodę osobie uprawnionej dopiero po nastąpieniu zdarzenia losowego. Wcześniejsze udzielenie zgody należałoby uznać za sprzeczne z ideą zapewnienia bezpieczeństwa obrotowi towarowemu z użyciem dowodów składowych. Nie dałoby się również wytłumaczyć z punktu widzenia celu, dla którego prawodawca uprawniał do odbioru sumy ubezpieczenia przede wszystkim dom składowy, a dopiero za jego zgodą osobę uprawnioną do odbioru rzeczy⁷⁹.

Warto również zwrócić uwagę, że przepis art. 22 ust. 3 ustawy o domach składowych przyznał domom składowym *verba legis* uprawnienie, a nie obowiązek odbioru sumy ubezpieczenia od zakładu ubezpieczeń. Taka regulacja wymaga rozważenia z punktu widzenia zapewnienia bezpieczeństwa dla posiadacza rewersu, a także warrantu. Ustawodawca, wymieniając w tym przepisie podmioty uprawnione do odbioru sumy ubezpieczenia, posłużył się zwrotem „albo” stanowiącym alternatywę rozłączną⁸⁰. Oznacza to, że do odebrania sumy ubezpieczenia *in casu* jest uprawniony tylko jeden z wymienionych podmiotów: 1) dom składowy; 2) osoba uprawniona do odbioru rzeczy złożonych na skład, ale tylko za zgodą domu składowego. Wprowadzając katalog zamknięty, ustawodawca wykluczył ryzyko odbioru sumy ubezpieczenia przez osobę nieuprawnioną. Jednakże możliwa jest sytuacja, w której dom składowy nie wyraża zgody na odebranie sumy ubezpieczenia przez osobę uprawnioną, a jednocześnie sam tego nie czyni. Wprawdzie przypadek ten jest wybitnie teoretyczny, gdyż trudno się spodzie-

⁷⁹ T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 1008.

⁸⁰ Zob. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2004, s. 79–80, 87.

wać go w rzeczywistości, ale wymaga analizy. Interpretację literalną wskazującą, iż chodzi tu jedynie o uprawnienie, a nie obowiązek domu składowego, należy odrzucić. Wydaje się, że odmowa odbioru przez dom składowy sumy ubezpieczenia kwalifikowałaby to postępowanie jako zaniedbanie ochrony interesów składających z art. 19 ust. 2 ustawy o domach składowych. Pozostawałoby ono również w sprzeczności z wykładnią teleologiczną przepisu art. 22 ust. 3 ustawy o domach składowych, którego celem było wdrożenie dodatkowego mechanizmu zapewniającego bezpieczne otrzymanie przez uprawnionego sumy ubezpieczenia. Dlatego należy uznać, iż w istocie przepis ten nakłada na dom składowy obowiązek odebrania sumy ubezpieczenia w każdym przypadku, gdy nie udzielił na to zgody osobie uprawnionej do odbioru rzeczy złożonych na skład. *De lege ferenda* wydaje się, że bardziej klarownym sformułowaniem w miejsce istniejącego słowa „uprawnienie” byłby wyraz „obowiązek”. Pozwoliłoby to uniknąć ewentualnych niejasności.

VII. ROLA REGULAMINU I USTAWY W KSZTAŁTOWANIU POSTANOWIEŃ UMOWY SKŁADU

Kwestie dotyczące przyjęcia modelu wzajemnych relacji pomiędzy przepisami ustawy, warunkami regulaminu oraz postanowieniami umowy składu zawieranej z domem składowym są trudne do unormowania. Ingerencja prawodawcy w zasadę swobody umów wiąże się z koniecznością przyznania priorytetu w ochronie którejś ze stron umowy składu. W aktualnym stanie prawnym stosowną regulację zawiera przepis art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych, w świetle którego umowa składu nie może zawierać warunków mniej korzystnych dla składającego niż przewidziane w regulaminie przedsiębiorstwa składowego oraz w przepisach ustawy. Wyrażona przez tę normę koncepcja ustawodawcy jest rozwiązaniem nowym, które nie występowało do tej pory w prawodawstwie polskim. Analiza jej zasadności nie może jednak abstrahować od rozwiązań już wykorzystywanych w okresie przedwojennym. Wynika to z faktu, że chociaż przepis art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych nie stanowi dosłownej recepcji żadnego z uprzednio obowiązujących przepisów, to jednak tło dla jego redakcji stanowił dorobek legislacyjny okresu międzywojennego.

Daleko idącą ochronę prawną dla składających zapewniał przepis art. 24 rozporządzenia z 1924 r., w świetle którego postanowienia umowne zawierające dla składającego uciążliwsze warunki niż przepisane tym prawem były nieważne. Nie został tym samym wyrażony zakaz zawierania w umowie składu warunków mniej korzystnych niż przewidziane w regulaminie, lecz w praktyce wydawało się to mało prawdopodobne. Po pierwsze, zgodnie z normą art. 23 rozporządzenia z 1924 r. regulaminy podlegały zatwierdzeniu przez Ministra Przemysłu i Handlu przed udzieleniem koncesji domowi składowemu, w związku z czym jego postanowienia z punktu widzenia ochrony składającego podlegały kontroli jeszcze przed rozpoczęciem działalności domu składowego. Po drugie, dopuszczalność stosowania w umowie postanowień mniej korzystnych od regulaminu

była w ówczesnym stanie prawnym kwestią dyskusyjną. Wynikało to z przepisu art. 27 rozporządzenia z 1924 r., które nakładało na dom składowy obowiązek zawarcia umowy już w przypadku poddania się przez składającego regulaminowi. Stąd wybiórcze stosowanie w umowie postanowień mniej korzystnych od przewidzianych w regulaminie mogło być zakwestionowane na podstawie wynikającej z przepisu art. 27 rozporządzenia z 1924 r. zasady równego traktowania wszystkich składających. Po trzecie, nawet przy akceptacji przez prawo *in concreto* postanowień umowy mniej korzystnych od regulaminu i tak musiały one dla swojej ważności spełniać warunek zgodności z obowiązującymi przepisami.

Odmienne założenia legły u podstaw przepisu art. 650 k.h., w świetle którego umowa składu nie mogła zawierać warunków uciążliwszych dla składającego niż przewidziane w regulaminie i taryfie, a w braku odpowiedniego postanowienia w regulaminie, niż przewidziane w przepisach k.h. oraz k.z. o przechowaniu. Regulacja ta przyznawała priorytet regulaminowi i taryfie, ponieważ dopuszczała możliwość istnienia postanowień umowy składu mniej korzystnych aniżeli przewidziane w przepisach prawa, o ile zezwalał na to regulamin i taryfa domu składowego. W praktyce norma ta stwarzała dla domów składowych możliwość stosowania w postanowieniach umowy składu postanowień mniej korzystnych aniżeli przewidywało obowiązujące prawo, o ile spełniały one standardy regulaminu zatwierdzonego przez Ministra Przemysłu i Handlu. Zakaz stosowania w umowie warunków mniej korzystnych niż przewidziane prawem aktualizował się dopiero w braku odpowiednich postanowień regulaminu i taryfy i znajdował ograniczenie do norm k.h. i k.z. o przechowaniu.

Przechodząc do oceny normy art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych należy na wstępie zaznaczyć, że powinna ona być dokonana na trzech płaszczyznach. Po pierwsze, należy ustalić relacje pomiędzy warunkami umowy a regulaminu, po drugie, stosunek regulaminu do przepisów ustawy i po trzecie, oddziaływanie przepisów ustawy na postanowienia umowy. Tylko tak przeprowadzona analiza pozwoli na ukazanie rzeczywistego znaczenia tej regulacji dla realizacji przez domy składowe funkcji przechowania.

Wątpliwości moje wzbudza zamieszczenie w przepisie art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych regulaminu, jako jednej z podstaw, obok przepisów ustawy, do oceny warunków kontraktu składu pod kątem ich korzystności dla składających. Wynika to z faktu, że znaczenie postanowień regulaminu uległo degradacji. Mimo iż przepis art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych nie podlegał zmianom, to jednak nowelizacja tej ustawy z 2004 r.⁸¹ wypaczyła pierwotną intencję ustawodawcy odnośnie do tej normy. Właściwa idea tego przepisu powinna być ustalana z uwzględnieniem nieaktualnych już przepisów art. 6 i 9 ustawy o domach składowych, świadczących o wadze regulaminu dla istnienia domu składowego. Stanowiły one, że do wniosku o wydanie zezwolenia na prowadzenie przedsiębiorstwa składowego należało dołączyć projekt regulaminu

⁸¹ Zob. przepis art. 34 ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1808.

przedsiębiorstwa składowego. Postanowienia regulaminu mogły stać się przyczyną wydania decyzji o odmowie udzielenia zezwolenia, jeżeli wynikało z nich, że wnioskodawca nie dawał rękojmi należytego prowadzenia przedsiębiorstwa składowego. Przy takim zabezpieczeniu prawdopodobieństwo akceptacji regulaminu zawierającego szczególnie niekorzystne dla składających warunki było niewielkie. Należało się raczej spodziewać, że zezwolenia na działalność uzyskają domy składowe, których regulaminy zapewnią większą ochronę składającym aniżeli wynikającą z przepisów ustawy. W tym stanie rzeczy zakaz wprowadzania do umów postanowień mniej korzystnych aniżeli przewidziane regulaminem był uzasadniony.

W świetle aktualnego stanu prawnego prowadzenie działalności przez dom składowy jest działalnością regulowaną, a co za tym idzie, warunki regulaminu nie podlegają uprzedniej weryfikacji ani przez organ państwowy, ani żaden inny. Wyłączna kompetencja w zakresie kształtowania wzorca umownego nadal leży w gestii domu składowego, jednak wyeliminowana została możliwość jego sprawdzenia przez właściwego ministra, co stanowiło jeden z elementów ogólnej oceny spełniania przez dom składowy wymogu dawania rękojmi należytego prowadzenia przedsiębiorstwa składowego.

Nowelizacja z 2004 r. nie zmieniła charakteru prawnego regulaminu, ponieważ podział na nienormatywne wzorce kwalifikowane i niekwalifikowane został zniesiony jeszcze przed uchwaleniem ustawy o domach skladowych⁸². Zmianie uległy jednak relacje pomiędzy warunkami regulaminu i umowy. Przyjęte w przepisie art. 20 ust. 2 ustawy o domach skladowych rozwiązanie, które zakazuje zamieszczania w umowie warunków mniej korzystnych, stanowi odwrócenie generalnej zasady dla obszaru prawa cywilnego wyrażonej w przepisie art. 385 § 1 k.c. Wprowadzenie tego wyjątku miało potęgować ochronę składającego, którego miały zabezpieczać nie tylko powszechnie obowiązujące przepisy, ale także postanowienia regulaminu. Obowiązujące przed nowelizacją z 2004 r. unormowania przyczyniały się do zapewnienia przez regulaminy wyższych standardów ochrony składających w stosunku do tych, które były przewidziane prawem. W związku z tym wprowadzenie wyjątku od zasady, że w razie sprzeczności treści umowy z wzorcem umowy strony wiąże umowa, istotnie spełniało swoją rolę jako czynnik wzmacniający ochronę składających.

Obecnie jednak do skuteczności tego rozwiązania należy podchodzić z rezerwą. Wynika to z tego, że poprzez nowelizację ustawy *de facto* obniżony został poziom ochrony składających przewidziany w regulaminach. Obecnie wystarczy, aby postanowienia regulaminu nie były mniej korzystne dla składających aniżeli przepisy ustawy. Natomiast nie podlegają one już ocenie przez pryzmat rękojmi należytego prowadzenia przedsiębiorstwa składowego przez dom składowy. Wynika z tego, że dopuszczalne są przypadki, w których treść regulaminu w zakresie ochrony składających nie będzie odbiegała od minimum wymaganego

⁸² Zob. przepis art. 18 pkt 1 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, Dz.U. z 2000 r. Nr 22, poz. 271 z późn. zm.

przez prawo. W tej sytuacji straci rację bytu powoływanie się na zakaz formułowania postanowień umowy mniej korzystnych niż przewidziane w regulaminie.

Analiza powyższego zagadnienia wymaga również uwzględnienia sytuacji przeciwnej, w której regulamin domu składowego istotnie będzie wprowadzał dla składających korzystniejsze rozwiązania od przewidzianych prawem. Wprawdzie wspomniana nowelizacja temu nie sprzyja, jednak w warunkach gospodarki wolnorynkowej nie można wykluczyć, że treść regulaminu będzie wykorzystywana przez domy składowe jako czynnik zapewniający przedsiębiorcy większą konkurencyjność. W tych okolicznościach dokonane przez ustawodawcę odstępstwo od reguły z art. 385 § 1 k.c. znajdzie swoje uzasadnienie.

Celowość ustanawiania zakazu formułowania w umowie warunków mniej korzystnych dla składających niż przewidziane w regulaminie, jak również dopuszczalność wprowadzania do niej postanowień bardziej korzystnych powinna być rozważona również z perspektywy obowiązku równego traktowania wszystkich potencjalnych składających. W tym kontekście trudno o przykłady, które by znacząco polepszały lub pogarszały sytuację prawną składającego względem innych, a jednocześnie nie stanowiły naruszenia zasady równego traktowania. Na straży stoją tu bowiem w szczególności normy art. 21 ustawy o domach składowych. Wydaje się, że *ad exemplum* można by wskazać sytuację, w której na pewien okres dom składowy zawiera umowy składu ze wszystkimi, którzy w tym czasie wyrażą taką wolę na lepszych warunkach niż w regulaminie. Jednak i do takich działań należy podchodzić z ostrożnością, bacząc, by ich ukrytym celem nie było nieuzasadnione promowanie określonej grupy potencjalnych składających.

Również stosunek regulaminu do przepisów ustawy na tle przepisu art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych skłania do pewnych refleksji. Zastrzeżenia wzbudza niewłaściwa w moim przekonaniu redakcja tej normy. Połączenie spójnikiem „oraz” warunków regulaminu i przepisów ustawy sugeruje, iż ustawodawca na równym poziomie stawia ustawę z aktem niemającym nawet charakteru normatywnego. Oznaczałoby to, że warunki regulaminu oraz przepisy ustawy stanowią dwa samodzielne i niezależne od siebie wyznaczniki przy ocenie dopuszczalności określonych postanowień umowy składu. Nic bardziej błędnego. O ile sama definicja regulaminu, jak też jego miejsce i rola jako oświadczenia woli w kształtowaniu treści stosunku prawnego jest przedmiotem rozbieżności w doktrynie, o tyle nie jest kwestionowany wymóg zgodności treści wzorca umownego z przepisami prawa. Treść regulaminów była i jest poddana ogólnym ograniczeniom wynikającym m.in. z przepisów art. 5, 58, 388 k.c. Podlega też kontroli abstrakcyjnej (przepisy art. 47936–47945 k.p.c.), jak i incydentalnej, o ile stroną umowy składu jest konsument (przepisy art. 3851–3853 k.c.). Dlatego nawet zawarcie w regulaminie korzystniejszych dla składających rozwiązań aniżeli w ustawie nie zmienia faktu, że i tak pozostaje on podrzędny wobec powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Z tego względu *de lege ferenda* należałoby rozważyć zamieszczenie tego zakazu w odrębnym przepisie, co pozwoliłoby na uniknięcie omawianej niezręczności legislacyjnej.

Przepis art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych zasługuje w pełni na uznanie w części, w której stanowi, że postanowienia umowy nie mogą być mniej korzystne od przepisów ustawy. W ten sposób ustawodawca nadaje charakter semiimperatywny normom regulującym stosunek obligacyjny składu. Problem może się pojawić przy próbie określenia przepisów, które zakresem swoim obejmuje norma art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych. Poza sporem pozostaje, iż chodzi tu o przepisy ustawy o domach składowych. Natomiast niejasności może budzić kwestia, czy przepis ten dotyczy również kodeksowej regulacji umowy składu. Literalna wykładnia normy art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych zdaje się ograniczać jej zakres wyłącznie do przepisów zamieszczonych w ustawie o domach składowych. Jednakże wniosek o semiimperatywnym charakterze norm tytułu XXX k.c. wynika moim zdaniem z odesłania w art. 20 ust. 1 ustawy o domach składowych. Teza ta znajduje potwierdzenie w pojmowaniu umowy składu zawieranej z domem składowym jako podtypu umowy składu z k.c. Skoro ustawodawca nadał semiimperatywny charakter normom zawartym w ustawie o domach składowych po to, aby chronić składających przed niekorzystnymi dla nich postanowieniami umów, to nielogiczne byłoby ograniczenie tej ochrony poprzez wyłączenie spod niej regulacji kodeksowej. Pominięcie przepisów k.c. w tym zakresie czyniłoby ochronę składających o wiele słabszą, skoro semiimperatywny charakter zostałby ograniczony tylko do ustawy o domach składowych. Dlatego podzielam pogląd, iż przepis art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych czyni możliwym przyjmowanie postanowień korzystniejszych dla składających w umowie składu w stosunku do norm wszystkich aktów prawnych, do których odwołuje się prawodawca w tej ustawie. Oczywiście *de lege lata* praktyczny zasięg ograniczony będzie przede wszystkim do przepisów k.c. o umowie składu, gdyż w prawie wekslowym, do którego odsyłają m.in. przepisy art. 26, 37 ust. 3 czy art. 46 ustawy o domach składowych, dominują przepisy bezwzględnie obowiązujące⁸³.

Pewne niejasności może rodzić pytanie dotyczące lokalizacji warunków umowy składu, zwłaszcza czy należy je utożsamiać wyłącznie z postanowieniami zawartymi w pisemnej umowie, czy również wyrażonymi w inny sposób. Wydaje się, że odpowiedź nie powinna wywoływać kontrowersji. Ustawodawca nie zastrzega dla umowy składu formy pisemnej nawet *ad probationem*⁸⁴. W związku z tym *de lege lata* dopuszczalne jest zawarcie umowy składu także w formie ustnej. W takim przypadku treść stosunku prawnego między składającym a domem składowym będzie regulowana treścią dowodu składowego, jeżeli zostanie wydany⁸⁵. Potrzeba odwołania się do treści dowodu składowego może zaistnieć

⁸³ M. Koziński, w: M. Bączyk, M. Koziński, M. Michalski, W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Papiery wartościowe*, Kraków 2000, s. 334.

⁸⁴ Wymóg taki dla czynności prawnych obejmujących rozporządzenie prawem, którego wartość przenosi dwa tysiące złotych, jak również czynności prawnych, z których wynika zobowiązanie do świadczenia wartości przenoszącej dwa tysiące złotych przewidywał przepis art. 75 k.c. uchylony przez art. 1 pkt 20 ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408.

⁸⁵ J. Namitkiewicz, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 269.

również w przypadku, gdy zawarta na piśmie umowa składu nie zawiera wszystkich postanowień, np. oznaczenia terminu odbioru ze składu rzeczy złożonych na skład, jeżeli termin taki został w umowie określony. Należy przy tym podkreślić, że w tych sytuacjach dowód składowy nie stanowi umowy, lecz określone jego elementy składają się na treść stosunku prawnego składu i kształtują go.

Jednakże zastrzeżenia do przepisu art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych mają charakter nie tylko merytoryczny, ale także dotyczą użytego w nim języka.

Wątpliwości wywołuje posługiwanie się przez prawodawcę terminem „warunki” w odniesieniu do umowy składu zawieranej z domem składowym. Zwrot „warunek” posiada w prawie cywilnym ugruntowane znaczenie i zgodnie z przepisem art. 89 k.c. jest to zdarzenie przyszłe i niepewne, od którego można uzależnić powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej. W związku z tym rodzi się pytanie, czy intencja ustawodawcy ograniczała się do uniemożliwienia domom składowym stosowania w umowach składu tylko mniej korzystnych warunków w rozumieniu art. 89 k.c., czy także innych postanowień.

Przeciwko utożsamianiu terminów „warunki umów” oraz „postanowienia umów” zdaje się przemawiać fakt, że w kodeksowej regulacji umowy składu ustawodawca posługuje się tym ostatnim zwrotem, czego *ad exemplum* dowodzą przepisy art. 853 § 2 i art. 855 § 2 k.c. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym okoliczność, że nowelizacja umowy składu w k.c., do której wprost nawiązuje przepis o domach składowych, nastąpiła na mocy tej samej ustawy, która uregulowała prawne podstawy działalności domów składowych. Zgodnie z regułami wykładni językowej różnym zwrotom nie należy nadawać tego samego znaczenia⁸⁶, co przemawiałoby za tezą o wąskim rozumieniu „warunków”.

Wątpliwości potęguje fakt, że w przepisie art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych ten sam termin jest użyty także wobec regulaminu. Interpretacja, w świetle której domom składowym nie wolno zawierać umów składu zawierających warunki, o których mowa w przepisie art. 89 k.c., mniej korzystne niż jakieś inne jeszcze warunki mieszczące się w regulaminie, nie zasługuje na akceptację. Interpretacja taka byłaby sprzeczna z celem przepisu, którym jest objęcie wszechstronną, a nie wybiórczą ochroną prawną składających, ponadto prowadziła *ad absurdum*.

Dlatego uważam, że jedynym wyjściem jest odrzucenie przytoczonej wykładni i uznanie, iż pojęcie „warunki” zawarte w przepisie art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych należy rozumieć szeroko jako wszystkie postanowienia zawarte w umowie lub regulaminie, z których można wywodzić uprawnienia i obowiązki stron. Mimo to należy mieć na względzie, iż w procesie stosowania prawa niezręczna redakcja tego przepisu może wywoływać rozbieżności, zwłaszcza gdy domy składowe będą we własnym interesie próbowały wąsko interpretować pojęcie warunków.

Wobec powyższych ustaleń zdziwienie wywołuje przyjęta przez prawodawcę nomenklatura. Wydaje się, że właściwszym określeniem zamiast „warunków”

⁸⁶ L. Morawski, op. cit., s. 173.

byłoby sformułowanie „postanowienia”. Za przyjęciem takiego rozwiązania przemawia moim zdaniem odwołanie się do argumentu z porównania innych unormowań w prawie cywilnym. Punktem odniesienia powinien zostać uczyniony k.c. Stanowi to konsekwencję przyjęcia założenia, że umowa składu zawierana z domem skladowym jest kwalifikowaną odmianą kodeksowej umowy składu i jako taka pozostaje w sferze regulacji prawa prywatnego. Należy zauważyć, że w przepisach k.c. ustawodawca konsekwentnie posługuje się pojęciem „postanowienia” jako desygnatem zawartości umowy. Egzemplifikacją tego są przepisy regulujące m.in. zawarcie umowy (art. 66 § 1, art. 701 § 4 k.c.), ogólne reguły zobowiązań (art. 359 § 23, art. 361 § 1 k.c.), sprzedaż na raty (art. 586 § 3 k.c.), prawo pierwokupu (art. 599 § 1, art. 600 § 1 k.c.), umowę o roboty budowlane (art. 647¹ § 6 i art. 654 k.c.) umowę leasingu (art. 7098 § 1 i art. 70913 § 2 k.c.), umowę agencyjną (art. 7613 § 3, art. 7641, art. 7645 § 1 i § 2 k.c.), umowę przewozu rzeczy (art. 780 § 1 k.c.) oraz, co wymaga szczególnego podkreślenia, umowy składu (art. 853 § 2, art. 855 § 2 k.c.). Także w odniesieniu do regulaminów na gruncie k.c. prawodawca posługuje się pojęciem „postanowienia”, a nie „warunki”, np. w ogólnych przepisach o zobowiązaniach umownych (art. 385 § 2 k.c.) i przy regulacji umowy ubezpieczenia (art. 807 § 1, art. 812 § 8, art. 826 § 3 k.c.)⁸⁷.

Należy przy tym zauważyć, że przedstawione w przykładach przepisy pochodzą z różnych okresów, w związku z czym uprawnione jest twierdzenie, iż w tym zakresie istnieje pewna ugruntowana metoda legislacyjna, co pogłębia niezrozumienie dla braku konsekwencji prawodawcy w ustawie o domach skladowych.

Z uwagi na powyższe *de lege ferenda* należałoby rozważyć nowelizację przepisu art. 20 ust. 2 ustawy o domach skladowych pod kątem zastąpienia sformułowania „warunki” terminem „postanowienia”, który pozwoliłby uniknąć powyższych kontrowersji. Za bezpodstawne należałoby uznać ewentualne obawy dotyczące identyfikowania postanowień umowy z postanowieniami, o których mowa w przepisach art. 354 i n. k.p.c.⁸⁸ Termin postanowienie należy do języka prawnego i z powodzeniem jest stosowany zarówno na gruncie prawa cywilnego materialnego, jak i procedury cywilnej. Odmienność jego znaczenia w obszarze tych dwóch gałęzi prawa skutecznie zapobiega pomyłkom w jego rozumieniu.

Na rozpoznanie zasługuje także kontekst, w którym ustawodawca posługuje się terminem regulamin. Tak z przepisu art. 18 ust. 2, jak i art. 20 ust. 2 ustawy o domach skladowych wynika konsekwentne traktowanie regulaminu jako składnika przedsiębiorstwa skladowego. Treść przepisu art. 2 pkt 1 ustawy o domach skladowych zdaje się przesądzać, że w całej ustawie o domach skladowych chodzi o przedsiębiorstwo w znaczeniu funkcjonalnym, nie zaś przedmiotowym, co powinno zostać uwzględnione przy ocenie alternatywnego rozwiązania polegającego na odniesieniu regulaminu bezpośrednio do domu skladowego. Pomiędzy

⁸⁷ Wprawdzie w przepisach tych *expressis verbis* jest mowa o postanowieniach ogólnych warunków ubezpieczenia, jednakże różnice w zastosowanej nomenklaturze pozbawione są doniosłości prawnej, zob. Z. Radwański, *Zobowiązania, część ogólna*, Warszawa 2001, s. 136.

⁸⁸ Zob. ustawa – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

zwrotem „regulamin przedsiębiorstwa składowego” oraz „regulamin domu składowego” zachodzi subtelna różnica polegająca na odmiennym rozłożeniu akcentów. *De lege lata* prawodawca położył nacisk na ukazanie ścisłych relacji występujących pomiędzy świadczeniem usług składu oraz istnieniem regulaminu jako jednego z czynników kształtujących treść stosunku obligacyjnego składu.

Przyjęcie drugiego z przedstawionych rozwiązań podkreślałoby fakt występowania w obrocie prawnym domu składowego jako strony posługującej się regulaminem, którego treść nie jest ograniczona do kwestii związanych z funkcją przechowania. Propozycja ta wydaje się słuszna także ze względu na przepis art. 18 ust. 2 ustawy o domach składowych zawierający obligatoryjne elementy regulaminu. Tylko pozornie odnoszą się one wyłącznie do kwestii związanych *stricte* z przechowywaniem. Informacje dotyczące m.in. warunków, na jakich rzeczy są przyjmowane na skład, taryfa składowego czy wysokość opłat za dodatkowe usługi wykonywane przez dom składowy na rzecz składających wpływają na obrót tymi towarami oraz warunki, na jakich udzielony zostaje kredyt. Za koncepcją taką przemawia także redakcja przepisu art. 18 ust. 2 ustawy o domach składowych, która zawiera otwarty katalog postanowień regulaminu, o czym świadczy użyte w tym przepisie sformułowanie „w szczególności”. Tym samym dopuszczalne jest zawieranie w regulaminie postanowień, które w jeszcze większym stopniu będą odnosiły się do pozostałych funkcji domów składowych. Termin „regulamin domu składowego” służyłby wówczas podkreśleniu znaczenia regulaminu tak dla stosunku prawnego łączącego dom składowy ze składającym na podstawie umowy składu, jak i dla stosunku prawnego powstałego w następstwie zbycia dowodu składowego lub jego części pomiędzy domem składowym a uprawnionym z tego papieru wartościowego.

Reasumując, idea zawarta w przepisie art. 20 ust. 2 ustawy o domach składowych zasługuje na akceptację. Wzmocnienie co do zasady słabszej ekonomicznie strony umowy składu powinno pozytywnie wpływać na kształtowanie się społecznego zaufania do instytucji domów składowych, co z kolei zwiększyć powinno szanse wzrostu znaczenia funkcji przechowania. Przedstawione wątpliwości dotyczą natomiast tak merytorycznych, jak i lingwistycznych rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę. W moim przekonaniu niepotrzebnie pomniejszają one zamiar ustawodawcy, który co do zasady jest słuszny.

VIII. WNIOSKI KOŃCOWE

Restytucję domów składowych do polskiego prawa należy zakwalifikować jako zdarzenie pozytywne. Charakter domów składowych jako instytucji zaufania publicznego spowodował konieczność wprowadzenia do reżimu prawnego zestawu norm zapewniających świadczenie przez tych przedsiębiorców usług związanych z przechowywaniem rzeczy na najwyższym poziomie. Metodą mającą zapewnić utrzymanie odpowiednich standardów w tym zakresie było nałożenie na domy składowe dodatkowych obowiązków względem tych, które wynikają z przepisów Tytułu XXX k.c. W efekcie doprowadziło to do wykreowania no-

wej postaci czy też odmiany umowy składu. Ojej kwalifikowanym charakterze przesądzą zawarte w ustawie o domach skladowych przepisy szczególne wobec kodeksowej regulacji składu oraz udział w roli skladownika domu skladowego jako kwalifikowanego przedsiębiorcy skladowego.

Szeroki i złożony zakres omawianej problematyki nie pozwolił na wyczerpanie wszystkich wiążących się z tym zagadnieniem aspektów. Mimo to rozważania poczynione w opracowaniu pozwoliły na sformułowanie konkluzji, iż oparcie się na sprawdzonych już wzorcach przedwojennych przy tworzeniu regulacji dotyczących funkcji przechowywania domów skladowych było generalnie działaniem w dobrym kierunku. Niemniej jednak ustawodawca w pewnych kwestiach nie oparł się pokusie bezkrytycznego przyjmowania dawnych rozwiązań bez uwzględnienia zaszłych zmian, co przyczyniło się do powstania szeregu niejasności. Analiza tych kwestii stanowiła próbę wyjaśnienia wątpliwości pojawiających się na tym tle, a także wskazania ewentualnych postulatów *de lege ferenda*.

DESCRIPTION OF A STORAGE AGREEMENT WHOSE PARTY IS A WAREHOUSE

The article relates to the institution of a warehouse, which was restored in Polish legal system by an Act of 16th November 2000 on the bonded warehouses and on the amendment of the Civil Code, the Civil Procedure Code and other acts (hereinafter be referred to as "the warehouse act"). The term of "warehouser" (also: "warehouse operator") means a person who is lawfully engaged in the business of storing goods and entitled to issue warehouse receipts and to sell the storing goods in public auction. In accordance with the provisions of the warehouse act it is possible to claim that the Polish legislator imposed an obligation upon warehouses to exercise three kinds of functions. Firstly, warehousemen are entrepreneurs who provide services of professional goods storage. The existing warehouse operators make the turnover of commodities more comfortable and cheaper because it is not necessary for single participants to invest into expensive storehouses. In majority of cases modern warehouses are equipped with needed technical machines and installations, which allow to sort, reload and weight goods. Secondly, the aim of the warehousemen is to improve circulation of the commodities. Thirdly, warehouse operators introduce a new base of obtaining a credit. These aims can be achieved by warehousemen because they are authorized to issue security, which is called the warehouse receipt. The warehouse receipt consists of two parts: the first one is a reverse which is a document of title and makes selling goods possible without the necessity to move them; the second part of the security is a warrant defined as the warehouse pledge receipt. It is the source of credit. Since a new kind of the warehousemen appeared, there are two kinds of storage contracts in Polish legal system now. The first one is regulated mainly by Civil Code and defines entering into a contract with ordinary warehouse contractors, which is

not entitled to issue the security and sell the goods in public auction. Warehouser operating under the warehouse act is a party of the second kind of storage agreement. This contract is regulated first of all by the provisions placed into the warehouse act, which are *lex specialis* toward rules of Civil Code. As there are serious differences between these types of contracts, the aim of the author is to prove that apart from the common storage agreement there is also a particular kind of storage contract in Polish law. Besides the author examines if the regulations of the warehouse act are adapted to the needs of modern professional legal transactions and correspond to the requirements of the contemporary society.

SŁAWOMIR STEINBORN

ZASKARŻALNOŚĆ DECYZJI WYDAWANYCH W POSTĘPOWANIU W PRZEDMIOCIE EUROPEJSKIEGO NAKAZU ARESZTOWANIA

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Wprowadzenie z dniem 1 maja 2004 r. do polskiego kodeksu postępowania karnego¹ przepisów o wydawaniu i wykonywaniu europejskiego nakazu aresztowania (e.n.a.) otworzyło nowy rozdział we wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych między Polską a innymi państwami europejskimi. Wstępne dane statystyczne² wskazują niezbicie, że e.n.a. wykorzystywany jest zdecydowanie częściej niż ekstradycja, którą na terytorium Unii Europejskiej zasadniczo zastąpił, co daje uzasadnione podstawy do przyjęcia tezy o dużym praktycznym znaczeniu tej instytucji. Z drugiej jednak strony, jak to w przypadku każdego *novum*, zwłaszcza początki obowiązywania i stosowania przepisów regulujących e.n.a. obfitują w problemy interpretacyjne, z którymi boryka się nie tylko doktryna prawa, ale które najczęściej dotyczą również organy stosujące prawo i w konsekwencji mogą prowadzić do rozbieżności w praktyce. Przykładem takiej sytuacji jest niewątpliwie kwestia dopuszczalności zażalenia na postanowienie o wydaniu e.n.a., która zwłaszcza wśród praktyków budziła szereg wątpliwości w pierwszych miesiącach stosowania przepisów o e.n.a., a ostatecznie została rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy³. Problem ten jest jednak tylko wycinkiem całego zespołu zagadnień dotyczących zaskarżalności orzeczeń wydawanych w postępowaniu dotyczącym e.n.a., która to problematyka ma istotne znaczenie zarówno na płaszczyźnie teoretycznej, jak i praktycznej. Chodzi tu bowiem o znalezienie niezbędnego kompromisu pomiędzy dążeniem do zagwarantowania praw jednostki w tym postępowaniu, co wyraża się w prawie stron do walki o korzystne dla siebie rozstrzygnięcie, m.in. przy wykorzystaniu środków zaskarżenia, a potrzebą sprawnego przeprowadzenia postępowania, która w przypadku e.n.a. ma szczególne znaczenie, przede wszystkim z punktu widzenia efektywności tego instrumentu prawnego.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.).

² Zob. A. Łukaszewicz, *Europejski nakaz pożyteczny*, „Rzeczpospolita” z 2005 r., nr 122, s. C3.

³ Uchwała z dnia 20 stycznia 2005 r., I KZP 29/04, OSNKW 2005, nr 1, poz. 3.

Ustawodawca europejski nie odniósł się w decyzji ramowej o e.n.a.⁴ wprost do kwestii zaskarżalności decyzji wydawanych w postępowaniu w przedmiocie e.n.a. Jedynie w punkcie 8 preambuły wskazano, iż decyzje w sprawie wykonywania e.n.a. należy poddawać należytych kontrolom. Z kolei w przepisie art. 8 decyzji ramowej wprowadzie uregulowana została treść i forma e.n.a., jednak pominięto problem jego zaskarżalności. Milczy w tym zakresie również przepis art. 11 decyzji ramowej regulujący prawa osoby ściganej w związku z wydaniem e.n.a. Podobnie problem ten przedstawia się również w odniesieniu do wykonywania e.n.a. W przepisie art. 15 decyzji ramowej mówiącym o decyzji o przekazaniu brak jest wymagania, aby była ona zaskarżalna. Do kwestii tej nie odnosi się też w żaden sposób przepis art. 27 ust. 4 decyzji ramowej dotyczący wniosku o wyrażenie przez państwo, które przekazało osobę ściganą, zgody na ściganie tej osoby za inne przestępstwa niż te, które były podstawą przekazania. W przepisach decyzji ramowej o e.n.a. można jednak dostrzec unormowania mogące dawać podstawy do wysnucia pewnych wniosków dotyczących problematyki zaskarżalności. Przykładowo, przepis art. 17 decyzji ramowej dotyczący terminów wydania decyzji w przedmiocie wykonania e.n.a. wprowadza żadnych szczególnych unormowań (np. polegających na wydłużeniu terminu) na wypadek jej zaskarżenia, jednocześnie mówi się w nim jednak o wydaniu ostatecznej decyzji (*final decision*), co wskazywałoby na to, że prawodawca europejski swoim milczeniem nie wyklucza wprowadzenia przez poszczególne państwa członkowskie UE w ich prawie krajowym możliwości zaskarżania decyzji w przedmiocie przekazania osoby ściganej. Również przepis art. 23 decyzji ramowej o e.n.a., określając terminy przekazania osoby, której dotyczy e.n.a., nakazuje ich liczenie od chwili wydania ostatecznej decyzji (*final decision*). Brak wyraźnych regulacji w decyzji ramowej o e.n.a. oznacza, że ustawodawca europejski pozostawił kwestię zaskarżalności decyzji wydawanych w postępowaniu dotyczącym wydania i wykonania e.n.a. do uregulowania w prawie krajowym⁵. Państwa członkowskie uzyskały zatem swobodę w uregulowaniu kwestii zaskarżalności decyzji wydawanych w związku z e.n.a., choć niewątpliwie powinny one mieć na względzie, by nie niweczyć celów, którym ma służyć instytucja e.n.a. Nie można pomijać tu również podstawowych zasad, na których oparte zostało postępowanie w przedmiocie e.n.a., w tym zasady szybkości i sprawności postępowania.

II. ZASKARŻALNOŚĆ DECYZJI DOTYCZĄCYCH E.N.A. W INNYCH PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH UE

Analiza uregulowań dotyczących zaskarżalności decyzji w przedmiocie e.n.a. przyjętych w poszczególnych państwach członkowskich UE w żadnym razie

⁴ Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (2002/584/JHA), Dz.Urz. WE L 190 z 18 maja 2002 r., s. 1 – cyt. dalej jako decyzja ramowa.

⁵ Zob. też A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania. Między skutecznością ścigania a gwarancyjną funkcją praw człowieka*, „Przegląd Policyjny” 2002, nr 3-4, s. 59.

nie daje podstaw do uznania zasadności tezy o jednolitości przyjmowanych rozwiązań. Przyczyny tego stanu należy upatrywać przede wszystkim w pominięciu tej problematyki w decyzji ramowej o e.n.a. O konkretnych rozwiązaniach zadecydowała zatem w dużej mierze tradycja prawna poszczególnych państw członkowskich. Większość państw wprowadziła możliwość zaskarżenia decyzji o przekazaniu osoby ściganej, niektóre nawet w dwóch instancjach, jednocześnie zazwyczaj przewidziano krótkie terminy do wniesienia odwołania oraz rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy lub sąd kasacyjny⁶.

Możliwość spowodowania weryfikacji decyzji w przedmiocie wydania e.n.a. wprowadzono jedynie w nielicznych państwach. W Danii jest to konsekwencją faktu, iż wydanie e.n.a. należy do kompetencji Ministra Sprawiedliwości, którego decyzja (o wydaniu e.n.a.) podlega kontroli sądowej. Z kolei w Hiszpanii e.n.a. wydaje sędzia śledczy, którego orzeczenia na zasadach ogólnych przewidzianych w hiszpańskim kodeksie postępowania karnego podlegają zaskarżeniu do sądu. Możliwość zaskarżenia dotyczy zarówno wydania, jak i odmowy wydania e.n.a. i to pomimo że hiszpańska ustawa nr 3/2003 nie przewiduje wprost zaskarżalności tych decyzji.

Do grupy państw o stosunkowo szerokiej dopuszczalności odwołania od orzeczenia o przekazaniu osoby ściganej zaliczyć należy Wielką Brytanię. Zgodnie z art. 26 *Extradition Act* z 2003 r. decyzja o przekazaniu jest zaskarżalna do Wysokiego Trybunału (*High Court*)⁷, przy czym odwołanie można oprzeć zarówno na zarzutach obrazy prawa, jak i błędu w ustaleniach faktycznych. Powinno być ono wniesione w terminie 7 dni od dnia wydania decyzji. Odwołanie nie przysługuje natomiast w sytuacji, gdy osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie. Zaskarżalna jest również decyzja o odmowie przekazania, z wyjątkiem gdy jej przyczyną było cofnięcie wniosku o wydanie osoby ściganej (art. 28). Odwołanie powinno być rozpoznane w czasie określonym w regulaminie sądu (art. 31). Od decyzji *High Court* może być wniesione odwołanie do Izby Lordów (*House of Lords*), jednak po uprzednim uzyskaniu zezwolenia Wysokiego Trybunału lub Izby Lordów (art. 32). Zezwolenie takie może być udzielone jedynie wówczas, gdy *High Court* stwierdzi, iż w sprawie występuje zagadnienie prawne o ogólnym znaczeniu publicznym (*point of law of general public importance*), sąd udzielający zezwolenia zaś uzna, iż zagadnienie to powinno być rozważone przez Izbę Lordów.

Również w Belgii możliwe jest zaskarżenie decyzji w przedmiocie przekazania w dwóch instancjach. Zgodnie z art. 17 § 1 ustawy z 19 grudnia 2003 r. osoba ścigana i oskarżyciel publiczny od orzeczenia *la chambre du conseil* mogą wnieść apelację do *la chambre des mises en accusation*, od orzeczenia rozstrzygającego apelację zaś na podstawie art. 18 § 1 przysługuje im kasacja do Sądu Kasacyjnego (*Cour de Cassation*). W jednym, jak i w drugim przypadku prze-

⁶ Zob. też L. Ang, w: R. Blekxtoon, W. van Ballegooij (red.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague 2005, s. 61.

⁷ W kwestii organizacji brytyjskiego wymiaru sprawiedliwości zob. m.in. C. Michalczuk, *Struktura sądownictwa karnego w Wielkiej Brytanii*, Prok. i Pr. 2005, nr 7–8, s. 180 i n.

widziano bardzo krótki termin do wniesienia środka odwoławczego – powinno to nastąpić w ciągu 24 godzin, w przypadku oskarżyciela od chwili wydania orzeczenia, a w przypadku osoby ściganej od chwili doręczenia jej orzeczenia. Kasacja może jednak zostać przez stronę uzupełniona poprzez przedstawienie dodatkowych argumentów w ciągu 5 dni od jej wniesienia. Orzeczenie w przedmiocie apelacji i kasacji powinno zapaść w ciągu 15 dni od jej wniesienia (art. 17 § 4 i art. 18 § 3). Na identycznych zasadach może również zostać zaskarżona przez oskarżyciela decyzja sędziego śledczego o odmowie wykonania e.n.a., wydana na wstępnym posiedzeniu poświęconym m.in. kwestii stosowania środków zapobiegawczych wobec osoby ściganej (art. 14).

W Danii decyzję w przedmiocie przekazania podejmuje Minister Sprawiedliwości. Osoba ścigana może wnieść od jego decyzji odwołanie do sądu miejskiego (art. 18b (4) ustawy nr 110 z 18 lutego 1998 r. o ekstradycji). Od orzeczenia tego sądu każda ze stron może z kolei odwołać się do sądu wyższej instancji. Ostateczna decyzja powinna zapaść w ciągu 60 dni od dnia zatrzymania osoby ściganej w Danii (art. 18d (2) ustawy). Kontrolę sądową decyzji o przekazaniu przewidziano również w Niemczech (§ 79 IRG), gdyż w przedmiocie wykonania e.n.a. decyzję podejmuje Prokurator Generalny.

Możliwość jednokrotnego odwołania do sądu wyższego rzędu bez szczególnych dodatkowych ograniczeń przewidziano w:

- Austrii – osoba ścigana i prokurator w terminie 3 dni od ogłoszenia orzeczenia mogą wnieść zażalenie do sądu drugiej instancji, które powinno być rozpoznane w ciągu 40 dni od dnia wyrażenia zgody przez osobę ściganą na przekazanie (§ 20 ust. 3 ustawy federalnej nr 36 o współpracy sądowej w sprawach karnych między państwami członkowskimi Unii Europejskiej – EU-JZG),
- Czechach (art. 397 ust. 4 czeskiego k.p.k.),
- Estonii – odwołanie przysługuje w terminie 3 dni od wydania orzeczenia i powinno być ono rozpoznane w ciągu 10 dni (§ 504 estońskiego k.p.k.),
- Finlandii – apelacja wnoszona do Sądu Najwyższego w terminie 7 dni, w ciągu kolejnych 7 strona przeciwna może wnieść odpowiedź, rozpoznanie apelacji zaś powinno nastąpić w ciągu następnych 20 dni, a jeżeli nie jest możliwe dotrzymanie tego terminu, tak szybko, jak jest to możliwe (§ 37-43 ustawy z 30 sierpnia 2003 r.),
- Luksemburgu (art. 13 ustawy z dnia 17 marca 2004 r.),
- Portugalii – apelacja wnoszona do Sądu Najwyższego w terminie 5 dni (art. 24 ustawy nr 65/2003 z 23 sierpnia),
- Słowenii – dopuszczono tam możliwość odwołania się od decyzji w przedmiocie wydania, jednak podobnie jak w Polsce zróżnicowano termin do jego wniesienia w zależności od tego, czy chodzi o decyzję wydaną w sytuacji wyrażenia przez osobę ściganą zgody na przekazanie (wówczas termin ten wynosi 24 godziny od chwili doręczenia decyzji, a odwołanie powinno być rozpoznane w ciągu 48 godzin – art. 20 ust. 5 ustawy z dnia 26 marca 2004 r.), czy też w razie braku takiej zgody (wówczas termin do wniesienia odwołania wynosi 3 dni – art. 21 ust. 7); co interesujące w Słowenii zróżnicowano również sądy

odwoławcze właściwe do rozpoznania odwołania – w pierwszym wypadku decyzję w przedmiocie przekazania podejmuje sędzia śledczy, odwołanie zaś rozpoznaje trzyosobowy skład sądu okręgowego, natomiast w drugim (dotyczy to również zbiegu kilku e.n.a.) decyzję w pierwszej instancji podejmuje sąd okręgowy, odwołanie zaś służy do sądu apelacyjnego (*visje sodište*); w przypadku zbiegu e.n.a. z wnioskiem ekstradycyjnym sprawę rozstrzyga skład 3 sędziów Sądu Najwyższego, od którego orzeczenia stronom przysługuje odwołanie w terminie 3 dni od jej doręczenia do składu 5 sędziów Sądu Najwyższego (art. 24 ust. 1).

W pewnych państwach członkowskich dopuszczono możliwość zaskarżenia decyzji w przedmiocie przekazania, jednak tylko w odniesieniu do sytuacji, gdy osoba ścigana nie wyraziła zgody na przekazanie. Decyzje o przekazaniu wydane w razie istnienia zgody osoby ściganej na przekazanie są wówczas niezaskarżalne. Tak przyjęto w przypadku:

- Cypru – w pozostałym zakresie dopuszcza się tu wniesienie w terminie 3 dni od ogłoszenia orzeczenia w przedmiocie przekazania przez osobę ściganą i Prokuratora Generalnego apelacji do Sądu Najwyższego, która powinna zostać rozpoznana w ciągu 8 dni (art. 24 ustawy nr 133 (I) z 2004 r.),
- Francji – w sytuacji braku zgody osoby ściganej na przekazanie może ona oraz Prokurator Generalny wnieść kasację (art. 695–31 francuskiego k.p.k.),
- Grecji – w razie braku zgody osoby ściganej na przekazanie strony mogą wnieść apelację do Sądu Najwyższego w ciągu 24 godzin od ogłoszenia orzeczenia, która powinna zostać rozpoznana w terminie 8 dni (art. 22 ustawy nr 3251/2004),
- Irlandii (art. 15 *European Arrest Warrant Act 2003*),
- Litwy – apelacja wnoszona jest w terminie 7 dni, rozpoznanie jej powinno nastąpić w ciągu 14 dni (art. 74 litewskiego k.p.k.),
- Węgier (art. 12 ustawy CXXX z 2003 r.),
- Słowacji – apelacja nie przysługuje w ogóle od decyzji prokuratora o wykonaniu e.n.a. wydawanych w razie wyrażenia przez osobę ściganą zgody na przekazanie (art. 20 ust. 7 ustawy nr 403/2004 z 24 czerwca 2004 r.),
- Szwecji – wyłączono tu również możliwość zaskarżenia decyzji o odmowie przekazania obywatela szwedzkiego lub osoby stale zamieszkałej na terytorium Szwecji, w celu wykonania kary, który nie wyraził na to zgody (rozdz. 5, art. 9 ustawy (2003:1156) o przekazywaniu ze Szwecji na podstawie europejskiego nakazu aresztowania),
- Wielkiej Brytanii.

Innym sposobem na przyspieszenie postępowania jest zobligowanie stron do złożenia oświadczenia po ogłoszeniu orzeczenia sądu w przedmiocie przekazania, czy będą wnosić odwołanie, które to rozwiązanie przyjęto na Węgrzech (art. 13 ust. 4 ustawy CXXX z 2003 r. o współpracy w sprawach karnych z państwami członkowskimi Unii Europejskiej). Tam też wyraźnie stwierdzono, iż wniesienie odwołania nie powoduje wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji (art. 9).

Jedynie nieliczne państwa członkowskie UE nie wprowadziły możliwości zaskarżenia decyzji o przekazaniu lub też wprowadziły znaczne ograniczenia w jej zaskarżalności⁸. W niektórych państwach możliwość zaskarżenia decyzji dotyczących e.n.a. w pewnym stopniu została ograniczona poprzez możliwość podniesienia jedynie zarzutu obrazy prawa. Do powyższej grupy należy zaliczyć unormowania przyjęte w Holandii, Irlandii i we Włoszech. Zgodnie z art. 16 ust. 1 irlandzkiego *European Arrest Warrant Act 2003*, może być wniesiona apelacja do Sądu Najwyższego oparta na zarzucie obrazy prawa. Holenderska ustawa nr 195 z 29 kwietnia 2004 r. o implementacji decyzji ramowej UE o europejskim nakazie aresztowania przewiduje zaś, iż decyzja w przedmiocie przekazania osoby ściganej jest zaskarżalna jedynie w drodze kasacji opartej na zarzucie obrazy prawa (art. 29 ust. 2), przy czym jej wniesienie nie wpływa na wykonanie orzeczenia o przekazaniu osoby ściganej w trybie e.n.a. (art. 29 ust. 1).

We Włoszech art. 22 ustawy nr 69 z 22 kwietnia 2005 r. stanowi, że orzeczenie Sądu Apelacyjnego w przedmiocie przekazania osoby ściganej może być zaskarżone przez stronę, obrońcę i Prokuratora Generalnego kasacją do Sądu Kasacyjnego (*Corte di cassazione*). Jest to konsekwencja wyrażonej w art. 111 włoskiej konstytucji zasady, w myśl której orzeczenia ostateczne (*sentenze*), jeśli nie mogą być w żaden inny sposób zaskarżone, oraz rozstrzygnięcia skutkujące pozbawieniem wolności mogą być, na podstawie zarzutów naruszenia prawa, zaskarżone do Sądu Kasacyjnego⁹. Kasacja służy zarówno od orzeczenia o przekazaniu osoby ściganej, jak i o odmowie przekazania. Może być wniesiona w terminie 10 dni od ogłoszenia orzeczenia (art. 22 ust. 1). Wniesienie kasacji powoduje zawieszenie wykonania orzeczenia (art. 22 ust. 2). Sąd Kasacyjny powinien rozstrzygnąć sprawę w ciągu 15 dni od otrzymania akt sprawy (art. 22 ust. 3). W razie przekazania sprawy przez Sąd Kasacyjny do ponownego rozpoznania w I instancji nowa decyzja w przedmiocie wykonania e.n.a. powinna zostać wydana w ciągu 20 dni od otrzymania akt sprawy (art. 22 ust. 6).

Na Słowacji osobie ściganej i prokuratorowi przysługuje apelacja do Sądu Najwyższego, jednak może ona zostać oparta wyłącznie na zarzutach odnoszących się do podstaw odmowy wykonania e.n.a. (art. 21 ust. 6 ustawy nr 403/2004 z 24 czerwca 2004 r.).

Najbardziej restrykcyjna w rozważanym zakresie regulacja została przyjęta w Hiszpanii. Obowiązująca w tym państwie ustawa nr 3/2003 z dnia 14 marca o europejskim nakazie aresztowania¹⁰ wyłącza w art. 18 ust. 1 możliwość odwołania się od decyzji o przekazaniu, jeżeli osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie. W razie braku zgody na przekazanie, decyzję w przedmiocie przekazania podejmuje Sąd Krajowy, od którego decyzji nie przysługują żadne środki odwoławcze (art. 18 ust. 2). W literaturze wskazuje się, iż powyższa regulacja jest znacznie bardziej restrykcyjna niż przepisy dotyczące ekstradycji biernej,

⁸ L. Ang, w: R. Blekxtoon, W. van Ballegooij (red.), *Handbook...*, op. cit., s. 61.

⁹ Zob. A. Perrodet, w: M. Delmas-Marty, J.R. Spencer (red.), *European Criminal Procedures*, Cambridge 2002, s. 400–401.

¹⁰ Zob. też B.J. Stefańska, *Europejski nakaz aresztowania w Hiszpanii*, WPP 2005, nr 3, s. 91–92.

które przewidują możliwość odwołania się od decyzji o wydaniu do Izby Karnej Sądu Najwyższego¹¹. Jednocześnie jednak podnosi się, że orzecznictwo hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego dopuszcza wyjątkowo możliwość wniesienia skargi konstytucyjnej w razie naruszenia w toku procedury ekstradycyjnej praw podstawowych, np. dopuszczalnego okresu zatrzymania lub prawa do rzetelnego procesu. W związku z tym za dopuszczalne uznaje się również wniesienie do Trybunału Konstytucyjnego takiej skargi przeciwko ostatecznej decyzji wydanej przez Centralnych Sędziów Śledczych lub Sąd Krajowy na podstawie art. 18 ustawy nr 3/2003. Będzie mogła ona zostać oparta na analogicznych podstawach jak w przypadku ekstradycji¹². Problem naruszenia praw podstawowych może powstać, jak wskazuje orzecznictwo hiszpańskiego TK zapadłe w odniesieniu do ekstradycji, np. w przypadku wykonywania e.n.a. wydanego w związku z orzeczeniem wydanym *in absentia*, gdyż w takim przypadku sąd orzekający w przedmiocie przekazania powinien zbadać, czy w państwie wydania e.n.a. osoba ścigana będzie miała zapewnioną jakąkolwiek możliwość odwołania się od takiego orzeczenia¹³. Pierwsze takie skargi zostały już wniesione do hiszpańskiego TK, jednak nie doszło do ich rozpoznania, gdyż zostały odrzucone z powodów formalnych¹⁴. Do Sądu Krajowego mogą natomiast być zaskarżane decyzje związane ze zwolnieniem zatrzymanej osoby ściganej, jej tymczasowym aresztowaniem oraz uchynieniem tego środka (art. 17 ust. 4).

Powyższy przegląd regulacji przyjętych w państwach członkowskich UE pozwala na wyodrębnienie czterech typów rozwiązań dotyczących zaskarżalności decyzji w przedmiocie wykonania e.n.a. Pierwszy to pełna zaskarżalność tych decyzji (niekiedy nawet w dwóch instancjach), drugi to wyłączenie możliwości zaskarżenia decyzji o przekazaniu w sytuacji, gdy osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie, przy zaskarżalności pozostałych decyzji. W tych modelach dość częste jest jednak wprowadzenie krótkiego terminu do wniesienia środka odwoławczego oraz określenie terminów maksymalnych na rozpoznanie sprawy w instancji odwoławczej. Trzeci typ polega na ograniczeniu podstaw zaskarżenia wyłącznie do zarzutu obrazu prawa. Ostatni model to całkowite wyłączenie możliwości zaskarżenia decyzji w przedmiocie wykonania e.n.a.

¹¹ M. Jimeno-Bulnes, *The European Arrest Warrant As a Measure Against Terrorism – Spanish Implementation On EAW: a Procedural View*, w: *European Arrest Warrant – Achievements and Dilemmas, papers presented to the seminar held at the European Centre Natolin on 27 January 2006*, Working Paper 3 (7), Warszawa 2006, s. 65.

¹² M. Jimeno-Bulnes, *The European...*, op. cit., s. 66–67; M. Jimeno-Bulnes, *Spain And The EAW – A View From A 'Key User'*, w: E. Guild (red.), *Constitutional challenges to the European Arrest Warrant*, Nijmegen 2006, s. 182.

¹³ M. Jimeno-Bulnes, *The European...*, op. cit., s. 67.

¹⁴ M. Jimeno-Bulnes, *Spain...*, op. cit., s. 182.

III. UWARUNKOWANIA KONSTYTUCYJNE I PRAWNOMIĘDZYNARODOWE

Przewidziane w przepisie art. 78 Konstytucji RP¹⁵ prawo do zaskarżenia co do zasady dotyczy wszystkich orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wprawdzie określenie wyjątków i trybu zaskarzania pozostawiono ustawodawcy zwyktemu, jednakże można z tego przepisu wywieść skierowany do tegoż ustawodawcy postulat takiego ukształtowania procedury, aby w miarę możliwości przewidziane w niej było prawo wniesienia przez stronę środka zaskarżenia. Z brzmienia art. 78 Konstytucji RP wynika również, że możliwość zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji ma być regułą, niedopuszczalność zaskarżenia zaś wyjątkiem, lecz nie zmienia to faktu, że w drodze ustawy może zostać wyłączona zaskarżalność niektórych orzeczeń i decyzji, jak również ograniczone podstawy ich zaskarżenia. Ważne jest, aby miało to wyjątkowy i uzasadniony istotnymi względami charakter. Brak jest natomiast w przepisach Konstytucji sprecyzowania charakteru wyjątków dopuszczonych w art. 78 zd. 2, nie wskazuje się bowiem ani zakresu podmiotowego, ani przedmiotowego, w jakim odstępstwo od zasady jest dopuszczalne. Nie oznacza to jednak, iż ustawodawca zwykły ma pełną, niczym nieskrępowaną swobodę w ustalaniu katalogu takich wyjątków. W pierwszym rzędzie należy liczyć się z tym, iż nie mogą one prowadzić do naruszenia innych norm konstytucyjnych. Ponadto nie mogą powodować przekreślenia samej zasady ogólnej, która na gruncie zwykłego ustawodawstwa stałaby się *de facto* wyjątkiem od wprowadzanej w różnych regulacjach procesowych reguły postępowania jednoinstancyjnego¹⁶. Trybunał Konstytucyjny przyjmuje w swoim orzecznictwie, iż ocena konkretnych regulacji wiążących się z kwestią zaskarżalności decyzji z punktu widzenia normy określonej w art. 78 Konstytucji RP musi uwzględniać całokształt unormowań determinujących przebieg danego postępowania. W szczególności konieczne jest zarówno odniesienie do rodzaju sprawy rozstrzyganej w danym postępowaniu, struktury i charakteru organów podejmujących rozstrzygnięcie, jak i wreszcie konsekwencji oddziaływania innych zasad i norm konstytucyjnych, w szczególności zaś konstytucyjnej zasady prawa do sądu¹⁷.

Poszukując standardu dotyczącego zaskarżalności decyzji w przedmiocie wydania e.n.a. oraz wykonania e.n.a., trudno w aktach prawa międzynarodowego znaleźć unormowania odnoszące się wprost do tej kwestii. Przepisy art. 2

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).

¹⁶ Zob. szerzej S. Steinborn, *Ograniczenie zaskarżalności wyroku wydanego w I instancji jako środek uproszczenia procesu karnego w świetle prawa do dwuinstancyjnego postępowania (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIII, s. 378 oraz cyt. tam orzecznictwo i literaturę.

¹⁷ Wyrok TK z dnia 16 listopada 1999 r., SK 11/99, OTKZU 1999, nr 7, poz. 158; wyrok TK z dnia 18 kwietnia 2005 r., SK 6/05, OTK-A 2005, nr 4, poz. 36.

Protokołu nr 7 do EKPCz¹⁸ i art. 14 ust. 5 MPPOiP¹⁹ gwarantują jedynie możliwość zaskarżenia wyroku skazującego za przestępstwo wydanego w I instancji. Z kolei prawa do odwołania nie można wyprowadzić również z treści art. 6 ust. 1 EKPCz²⁰, gdyż nie gwarantuje on dostępu do całego toku instancji. Dopiero gdy ustawodawca krajowy wprowadzi postępowanie odwoławcze, musi ono spełniać standardy rzetelnego procesu²¹. Warto natomiast zwrócić uwagę na przepisy art. 5 ust. 1 lit. f i ust. 4 EKPCz, z których wynika m.in. prawo odwołania się przez osobę pozbawioną wolności w wyniku tzw. aresztu ekstradycyjnego do sądu w celu ustalenia bezzwłocznie przez sąd legalności pozbawienia wolności. Z kolei w art. 13 EKPCz ustanowiono prawo do skutecznego środka odwoławczego. Wprawdzie areszt ekstradycyjny stosuje sąd, a zatem następuje swoista konsumpcja gwarancji z art. 5 ust. 4 EKPCz, jednakże z uwagi na regulację z art. 13 EKPCz stronie musi być przyznana możliwość odwołania się od decyzji sądu do sądu wyższego rzędu²². Nie powinno ulegać wątpliwości, że standard wynikający z tych uregulowań musi znaleźć zastosowanie również w przypadku postępowania dotyczącego wykonania e.n.a. Z powyższego wynika również, iż osoba ścigana zatrzymana przez Policję w związku z wnioskiem ekstradycyjnym innego państwa lub też dotyczącym tej osoby e.n.a. wydanym w innym państwie członkowskim UE powinna mieć prawo do wniesienia zażalenia na to zatrzymanie i to niezależnie od późniejszej możliwości wniesienia zażalenia na postanowienie sądu o zastosowaniu wobec niej tymczasowego aresztowania (tzw. aresztu ekstradycyjnego). Stosować należy tu zatem przepis art. 246 k.p.k.

IV. UNORMOWANIA ZAWARTE W POLSKIM KODEKSIE POSTĘPOWANIA KARNEGO – POSTĘPOWANIE W PRZEDMIOCIE WYDANIA E.N.A.

W rozdziale 65a k.p.k. dotyczącym wydawania e.n.a. przez polski sąd brak wyraźnej regulacji dotyczącej zaskarżenia postanowienia o wydaniu e.n.a. W początkowym okresie stosowania tych przepisów zrodziło to wątpliwości w praktyce²³, czy wskazane postanowienie jest zaskarżalne na innej podstawie, określonej poza rozdziałem 65a k.p.k. Ich efektem była uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2005 r. (I KZP 29/04), w której stwierdzono, że na postanowienie sądu okręgowego w przedmiocie europejskiego nakazu aresztowania, wydane

¹⁸ Protokół nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 2003 r. Nr 42, poz. 364).

¹⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

²⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

²¹ Zob. szerzej S. Steinbom, *Ograniczenie...*, op. cit., s. 368 i n. oraz cyt. tam orzecznictwo i literaturę.

²² Zob. też P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 197, 335–336.

²³ W doktrynie od początku obowiązywania przepisów o e.n.a. wskazywano, iż postanowienie o wydaniu e.n.a. nie jest zaskarżalne, zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Suplement do tomów I–III*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2004, s. 40.

na podstawie art. 607a k.p.k., zażalenie nie przysługuje²⁴. Powyższy pogląd jest przede wszystkim wynikiem analizy przepisu art. 459 § 1 i 2 k.p.k. i stwierdzenia, iż postanowienie o wydaniu e.n.a. nie zamyka drogi do wydania wyroku ani nie ma charakteru postanowienia co do środka zabezpieczającego. Nie ma również podstaw, aby zakwalifikować postanowienie o wydaniu e.n.a. do innej grupy decyzji zaskarżalnych zażaleniem (art. 459 § 2 *in fine* k.p.k.), w tym zwłaszcza uznać je za postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego, które jest zaskarżalne na podstawie art. 252 § 1 k.p.k. Nie można bowiem stawiać znaku równości między e.n.a. a tymczasowym aresztowaniem²⁵. Ustawodawca przyjął tu zatem podobne rozwiązanie, jak w przypadku ekstradycji, gdzie zaskarżalne jest postanowienie w przedmiocie wydania (art. 603 § 4 k.p.k.), natomiast brak możliwości zaskarżenia decyzji związanych z występowaniem o ekstradycję do państw obcych (art. 593 k.p.k.). W tym drugim przypadku należy mieć jednak na względzie, iż takie uregulowanie jest przede wszystkim konsekwencją faktu, że ostateczna decyzja o wystąpieniu z wnioskiem ekstradycyjnym należy do Ministra Sprawiedliwości, a więc organu politycznego, co zasadniczo różni ekstradycję czynną od postępowania w przedmiocie wydania e.n.a. Powyższy wniosek dotyczący niezaskarżalności postanowienia w przedmiocie wydania e.n.a. nakazuje analogicznie przyjąć, iż zaskarżalne nie jest również postanowienie sądu okręgowego o wystąpieniu na podstawie art. 607e § 3 pkt 8 i § 4 k.p.k. do państwa wykonania e.n.a. z wnioskiem o wyrażenie zgody na ściganie lub wykonanie kary za przestępstwa, które nie stanowiły podstawy przekazania osoby ściganej.

Rozważając problematykę zaskarżalności postanowienia o wydaniu e.n.a., warto dokonać również szerszej analizy, czy argumentów na rzecz przyjęcia tezy o zaskarżalności takiego postanowienia nie można doszukać się w treści przepisu art. 78 Konstytucji RP. Tak niewątpliwie byłoby wówczas, gdyby postanowienie o wydaniu e.n.a. wiązało się z bezpośrednią ingerencją w konstytucyjnie zagrożone prawo lub wolność jednostki. Z tej perspektywy konieczne staje się rozstrzygnięcie, czy postanowienie o wydaniu e.n.a. i w konsekwencji sam e.n.a. skutkują pozbawieniem wolności osoby ściganej, a więc oznaczają ingerencję w konstytucyjnie chronioną wolność osobistą jednostki (art. 41 Konstytucji RP). Innymi słowy, problem sprowadza się do ustalenia, czy e.n.a. jest „bezpośrednio” skuteczny w państwie, na którego terytorium przebywa osoba ścigana, jako podstawa pozbawienia wolności.

²⁴ Zob. przyp. 3; zob. również glosy do powyższej uchwały: aprobowąca A. Murzynowski, OSP 2005, nr 12, poz. 150 oraz częściowo aprobowąca J. Izydorezyka, OSP 2006, nr 1, poz. 4 i S. Steinboma, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 1, poz. 18; aprobowąco odnieśli się również A. Górski, A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 1263; A. Górski, A. Sakowicz (red.), *Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych*, Warszawa 2006, s. 386; T. Grzegorzczak, *Procedowanie w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, Prok. i Pr. 2005, nr 4, s. 10; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 597.

²⁵ W celu zapoznania się z szerszą analizą tego problemu zob. uzasadnienie uchwały oraz S. Steinborn, *Glosa...*, op. cit., s. 146 i n. oraz cyt. tam literaturę.

Analiza przepisów decyzji ramowej o e.n.a. wydaje się uzasadniać wniosek, że e.n.a. nie jest prawną podstawą aresztowania osoby ściganej w państwie jego wykonania²⁶. Już sama definicja zawarta w art. 1 ust. 1 wskazuje, że chodzi o decyzję wydaną wprawdzie „w celu aresztowania i przekazania” (*with a view to the arrest and surrender*), ale zostaje to dookreślone następnie zwrotem „przez inne państwo członkowskie”. Nie ma podstaw, aby sądzić, iż odnosi się on tylko do przekazania, a nie do aresztowania, o którym mowa w tej definicji, skoro określenia te zostały połączone spójnikiem „i”²⁷. To, że celem e.n.a. jest aresztowanie osoby ściganej, nie jest jeszcze równoznaczne z tym, że e.n.a. jest skuteczną w państwie wykonania decyzją o aresztowaniu osoby ściganej. Z kolei treść przepisu art. 12 ust. 1 decyzji ramowej o e.n.a. może stwarzać pewne podstawy do przyjęcia tezy, iż sam e.n.a. skutkuje automatycznie aresztowaniem osoby ściganej, skoro mówi się w nim o aresztowaniu osoby ściganej na podstawie e.n.a. oraz o możliwości jej zwolnienia przez właściwy organ sądowy państwa wykonania e.n.a. Wydaje się jednak, iż przez aresztowanie, o którym mowa w tym przepisie, należy rozumieć ogólnie pozbawienie wolności, a przede wszystkim zatrzymanie osoby ściganej. Skoro organ sądowy państwa wykonania e.n.a. ma obowiązek zbadać, czy należy zgodnie z prawem tego państwa (a nie w myśl prawa państwa wydania e.n.a.) utrzymać izolację osoby ściganej, czy też ją zwolnić, trudno zakładać, że podstawą pozbawienia wolności jest e.n.a. W takim przypadku to jedynie organ, który wydał e.n.a., byłby władny poprzez jego uchylenie spowodować zwolnienie osoby ściganej. Wydaje się zatem, iż e.n.a. na gruncie aktualnych przepisów należy ujmować jedynie jako *sui generis* przesłankę leżącą u podstaw decyzji podejmowanej przez właściwy organ państwa wykonania e.n.a., skutkującej pozbawieniem wolności (zatrzymaniem, a potem tymczasowym aresztowaniem) osoby ściganej. Zawsze jednak będzie to suwerenna decyzja kompetentnego organu państwa wykonania e.n.a., a nie „automatyczne” wywieranie skutków przez e.n.a. wydany w jednym państwie członkowskim UE na terytorium innego państwa członkowskiego UE. Z wydaniem e.n.a. nie wiąże się zatem automatycznie konieczność pozbawienia wolności osoby ściganej. Co więcej, decyzja ramowa o e.n.a. nie wprowadza nawet obowiązku aresztowania osoby ściganej, gdyż nie wyklucza, że w toku postępowania w przedmiocie wykonania e.n.a. będzie się ona znajdowała na wolności, a ewentualnie będą wobec niej stosowane nieizolacyjne środki zapobiegawcze²⁸. Konstrukcja automatycznej skuteczności e.n.a., jako wprowadzająca zasadnicze odstępstwo od zasady, iż decyzje wydane przez organy określonego państwa wywierają skutki wyłącznie w jego granicach, powinna bowiem zostać wyraźnie przewidziana w treści decyzji ramowej o e.n.a. Trudno uznać, iż wystarczające jest tu powołanie się w art. 1 ust. 2 tej decyzji

²⁶ Tak również A. Górski, A. Sakowicz (red.), *Zwalczanie...*, op. cit., s. 389; por. też M. Rogacka-Rzewnicka, *Europejski nakaz aresztowania jako instytucja procesu karnego*, w: L. Gardocki, M. Królikowski, A. Walczak-Żochowska (red.), *Gaudium in litteris est. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Genowefie Rejman z okazji osiemdziesiątych urodzin*, Warszawa 2005, s. 623.

²⁷ Por. A. Górski, A. Sakowicz (red.), *Zwalczanie...*, op. cit., s. 388.

²⁸ Zob. szerzej S. Steinbom, *Glosa...*, op. cit., s. 150–151.

ramowej na zasadę wzajemnego uznawania, skoro nie przewidziano w niej automatycznej skuteczności e.n.a. w odniesieniu do przekazania osoby ściganej, wyraźnie wymagając w tym zakresie decyzji organu sądowego państwa wykonania e.n.a.²⁹. Uznanie, iż skuteczność taka ma miejsce w odniesieniu do aresztowania osoby ściganej, nie obejmuje zaś przekazania, byłoby oczywistą niekonsekwencją. Przyjąć zatem należy, że e.n.a. jest dokumentem pośrednim pomiędzy decyzją sądową a wnioskiem, który podlega rozpoznaniu przez właściwy organ sądowy państwa, na którego terytorium przebywa osoba ścigana, pozbawienie wolności zaś tej osoby nie jest prostą konsekwencją wydania e.n.a. To jedynie fakt, iż organ sądowy jednego z państw członkowskich UE wydał e.n.a., oraz zawarte w e.n.a. informacje mogą spowodować, iż właściwy organ sądowy państwa wykonania e.n.a., dążąc do zapewnienia skuteczności przekazania, zdecyduje o aresztowaniu osoby ściganej na czas rozpoznania owego „wniosku” (e.n.a.) i ewentualnego przekazania osoby ściganej. Również sama treść wzoru e.n.a. określonego w decyzji ramowej nie pozostawia żadnych wątpliwości, skoro jego początkowa część brzmi: „Wnioskuje, żeby wymienioną niżej osobę aresztowano i przekazano w celu ...” (*/ request that the person mentioned below be arrested and surrendered for the purposes...*)³⁰. Powyższe wnioski znajdują dodatkowe wsparcie w analizie przepisów implementujących decyzję ramową o e.n.a. przyjętych przez państwa członkowskie UE. Zdecydowana większość z nich zawiera bowiem wyraźne regulacje dotyczące stosowania środków zapobiegawczych na czas trwania postępowania w przedmiocie wykonania e.n.a.

Nie bez znaczenia jest tu również relacja między e.n.a. a orzeczeniem, w związku z którym doszło do jego wydania. E.n.a. jest niewątpliwie konsekwencją wydania prawomocnego wyroku skazującego na karę pozbawienia wolności lub orzekającego inny środek polegający na pozbawieniu wolności albo też postanowienia o tymczasowym aresztowaniu, które to orzeczenia są wskazywane w treści e.n.a. (zob. art. 607c § 1 pkt 4 k.p.k., art. 8 ust. 1 lit. c decyzji ramowej o e.n.a.). Osoba ścigana ma możliwość odwołania się od tych decyzji w zwykłym trybie w państwie wydania e.n.a. W przypadku Polski może zatem wnieść apelację od wyroku wydanego w pierwszej instancji (art. 444 k.p.k.) lub też zażalenie na postanowienie o tymczasowym aresztowaniu (art. 252 § 1 k.p.k.) czy na postanowienie co do środka zabezpieczającego (art. 459 § 2 k.p.k.). Z drugiej strony, z uwagi na powszechne respektowanie w państwach UE standardów wynikających z EKPCz i orzecznictwa strasburskiego, będzie miała również zapewnioną możliwość odwołania się do sądu w celu zbadania legalności pozbawienia jej wolności w państwie wykonania e.n.a. Istnieje zatem pełna symetria między możliwością zaskarżenia decyzji związanych z pozbawieniem wolności zapadłych w państwie wydania e.n.a. oraz w państwie jego wykonania. Każda z nich wywołuje skutki zasadniczo na terytorium państwa, którego organ ją wy-

²⁹ Por. A. Górski, A. Sakowicz (red.), *Zwalczanie...*, op. cit., s. 388.

³⁰ Wzór e.n.a. określony rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 kwietnia 2004 r. (Dz.U. Nr 73, poz. 664) zawiera w swej początkowej części zdanie: „Wnoszę o aresztowanie wymienionej powyżej osoby i jej przekazanie organom sądowym w celu...”.

dał, co jest wystarczające do osiągnięcia rezultatu w postaci przekazania osoby ściganej.

Postępowanie związane z wykonaniem e.n.a. można podzielić na dwie zasadnicze fazy. Pierwsza trwa do chwili prawomocnego rozstrzygnięcia w kwestii przekazania osoby ściganej i sprowadza się do rozstrzygnięcia kwestii przekazania osoby ściganej, a także stosowanych wobec niej środków przymusu. Druga zaś faza to czas od momentu uprawomocnienia się orzeczenia o przekazaniu osoby ściganej, kiedy to trwające pozbawienie wolności osoby ściganej jest już w pewnym sensie konsekwencją respektowania zasady wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych w ramach UE. Dalsze pozbawienie wolności i przekazanie osoby ściganej znajduje tu bowiem dodatkowe oparcie w fakcie uznania e.n.a. za podlegający wykonaniu, a także istnienia orzeczenia, w związku z którym wydano e.n.a. Można zatem byłoby nawet zaryzykować tezę, iż w odniesieniu do okresu po uprawomocnieniu się orzeczenia o wykonaniu e.n.a. i przekazaniu osoby ściganej nie ma potrzeby stosowania środka zapobiegawczego i np. wydawania postanowień o tymczasowym aresztowaniu osoby ściganej, gdyż podstawa pozbawienia wolności wynika wprost z uznanego w państwie wykonującym e.n.a. orzeczenia, w związku z którym wydano e.n.a. W tym kontekście nie można zwłaszcza pominąć faktu, iż w art. 23 decyzji ramowej o e.n.a. i art. 607n k.p.k. wyraźnie określono terminy, w których powinno nastąpić przekazanie osoby ściganej, a także określono skutki ich przekroczenia. Maksymalny czas ewentualnego pozbawienia wolności jest zatem ściśle limitowany. Z drugiej jednak strony należy mieć świadomość, iż realizacja powyższych tez mogłaby rodzić dość poważne komplikacje zwłaszcza w praktyce. Z tego punktu widzenia niezwykle istotne jest w przypadku stosowania tymczasowego aresztowania lub innych środków skutkujących pozbawieniem wolności jasne i nie budzące wątpliwości określenie czasu stosowania takiego środka. Wobec istniejącej możliwości zmiany terminu przekazania osoby ściganej, o której mowa w art. 23 ust. 3 i 4 decyzji ramowej o e.n.a. i art. 607n § 2 k.p.k., mogłoby niekiedy dochodzić do poważnych wątpliwości zwłaszcza u służb więziennych fizycznie wykonujących te środki wobec osoby ściganej.

Dotychczasowe uwagi przekonują, że w żadnym razie nie ma podstaw do twierdzenia, iż sam e.n.a. jest podstawą pozbawienia wolności osoby ściganej, a zatem i brak jest z tej perspektywy potrzeby wprowadzania jego zaskarżalności. O braku takiej potrzeby przekonuje również fakt, iż w przeważającej większości państw członkowskich dodatkowo możliwe będzie również odwołanie się od samej decyzji o przekazaniu. Jedynie w odniesieniu do e.n.a. wydanego w celu ścigania osoby znajdującej się na terytorium państwa, w którym nie jest możliwe odwołanie się od decyzji o przekazaniu, można byłoby rozważać taką potrzebę. Wydaje się jednak, że wskazany ścisły związek między e.n.a. a orzeczeniem, z którego wynika podstawa pozbawienia wolności, sprawia, iż e.n.a. jest w pewnym sensie konsekwencją tego orzeczenia, a więc za wystarczającą w zupełności należy uznać możliwość zaskarżenia tego właśnie orzeczenia. Powyższe uwagi pozwalają zatem na uznanie, iż regulacja kodeksowa stanowi dopuszczalny wy-

jątek ustawowy od zasady zaskarżalności decyzji wydanych w pierwszej instancji, na który zezwala przepis art. 78 Konstytucji RP³¹.

De lege ferenda należy natomiast postulować dopuszczenie możliwości zaskarżenia postanowienia o odmowie wydania e.n.a. przez prokuratora³². Nie ulega bowiem wątpliwości, iż odmowa wydania e.n.a., zwłaszcza w postępowaniu przygotowawczym, negatywnie wpływa na faktyczne możliwości realizowania przez prokuratora funkcji ścigania i obowiązków nałożonych na niego przez zasadę legalizmu.

Przechodząc do innych decyzji zapadających w toku postępowania w przedmiocie wydania e.n.a., należy konsekwentnie przyjąć, iż zażalenie nie przysługuje również na decyzję prokuratora lub sądu w przedmiocie wystąpienia na podstawie art. 607h § 1 k.p.k. do organu wymiaru sprawiedliwości państwa wykonania e.n.a. o zajęcie i przekazanie przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa oraz przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, jeżeli wniosek taki nie został zamieszczony w e.n.a., lecz kierowany jest odrębnie do organu państwa wykonania e.n.a. Taka decyzja stanowi bowiem odpowiednik postanowienia o wydaniu e.n.a., tyle że dotyczy przedmiotów.

Podobnie należy ujmować kwestię dopuszczalności zaskarżenia postanowienia sądu o wystąpieniu z wnioskiem do państwa wykonania e.n.a. o wyrażenie zgody na dalsze przekazanie (art. 607i § 2 k.p.k.). Treść tego wniosku jest analogiczna z treścią e.n.a., z tą różnicą, iż nie jest konieczne zachowanie samej formy e.n.a. Jego celem jest uzyskanie zgody państwa, które przekazało osobę ściganą Polsce, na dalsze przekazanie tej osoby do innego państwa członkowskiego UE. W porównaniu z postanowieniem o wydaniu e.n.a. nie może tu natomiast już w ogóle być mowy o jakimkolwiek związku z pozbawieniem wolności osoby ściganej w państwie, do którego ten wniosek jest kierowany, gdyż osoba ta została już przekazana i znajduje się na terytorium Polski. Odpadają zatem wątpliwości podnoszone wyżej w rozważaniach poświęconych zaskarżalności postanowienia o wydaniu e.n.a. W konsekwencji przyjąć należy, że skoro na postanowienie o wydaniu e.n.a. nie przysługuje zażalenie, to tym bardziej zaskarżalne nie jest postanowienie o wystąpieniu z wnioskiem do państwa wykonania e.n.a. o wyrażenie zgody na dalsze przekazanie.

Szczególna sytuacja ma miejsce w przypadku postanowienia o przekazaniu na podstawie art. 607j § 2 k.p.k. skazanego do państwa wykonania e.n.a. w celu wykonania orzeczonej kary lub środka. W uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej rozdział 65a do k.p.k. wskazano, że uznano za niecelowe wprowadzanie zaskarżalności postanowienia o przekazaniu do wykonania kary ze względu na

³¹ Z przytoczonych względów trudno mówić tu o luce w ustawie (tak M. Rogacka-Rzewnicka, *Europejski...*, op. cit., s. 622), czy też o pominięciu tej kwestii przez ustawodawcę (tak B. Dudzik, *Europejski nakaz aresztowania – nowa forma współpracy w sprawach karnych w Unii Europejskiej*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego*, Lublin 2005, s. 724). Wskazane argumenty wydają się potwierdzać, iż brak zaskarżalności postanowienia o wydaniu e.n.a. jest świadomą decyzją ustawodawcy.

³² Szerszą argumentację zob. S. Steinborn, *Głosa...*, op. cit., s. 154–155.

to, że przekazanie jest spełnieniem warunku przedstawionego wcześniej przez państwo wykonania e.n.a. Nie można zatem dopatrywać się w omawianym przepisie luki i stosować analogii dla jej usunięcia. Wobec tego należy przyjąć, iż na postanowienie o przekazaniu na podstawie art. 607j § 2 k.p.k. nie przysługuje zażalenie³³. Decyzja ustawodawcy nie może jednak być uznana za prawidłową. Należy w pełni podzielić wątpliwości co do zgodności omawianego uregulowania z konstytucyjnym prawem do zaskarżenia orzeczeń wydanych w pierwszej instancji (art. 78 ust. 1 Konstytucji RP), tym bardziej że postanowienie w przedmiocie przekazania jest zaskarżalne zażaleniem na podstawie art. 607l § 3 k.p.k., są to zaś decyzje o tożsamym skutku, polegającym na przekazaniu osoby ściganej do innego państwa członkowskiego UE. Nie wydaje się tu mieć istotnego znaczenia fakt, iż przekazanie osoby ściganej na podstawie art. 607j § 2 k.p.k. jest konsekwencją tzw. przekazania warunkowego³⁴. Doniosłe konsekwencje postanowienia o przekazaniu wydanego na podstawie art. 607j § 2 k.p.k. przemawiają jednoznacznie za potrzebą dopuszczenia jego zaskarżalności. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w których osoba ścigana będzie miała ewidentny interes prawny w zaskarżeniu postanowienia o przekazaniu³⁵. Dopóki jednak nie nastąpi zmiana obecnego stanu prawnego, nie wydaje się możliwe wyprowadzanie dopuszczalności zaskarżenia omawianego postanowienia z przepisu art. 607l § 2 k.p.k. Nie pozwala na to przede wszystkim przyjęta systematyka kodeksowa przepisów o e.n.a.

V. UNORMOWANIA ZAWARTE W POLSKIM KODEKSIE POSTĘPOWANIA KARNEGO – POSTĘPOWANIE W PRZEDMIOCIE WYKONANIA E.N.A. (PRZEKAZANIA OSOBY ŚCIGANEJ)

Prawodawca europejski, jak już wcześniej wskazywano, pozostawił swobodę w rozstrzygnięciu przez ustawodawców krajowych kwestii zaskarżalności decyzji dotyczących wykonania e.n.a. i przekazania osoby ściganej. Polski kodeks postępowania karnego przewiduje w art. 607l § 3, iż na postanowienie sądu w przedmiocie przekazania przysługuje zażalenie. Należy uznać to za decyzję trafną, jako że w świetle standardu wynikającego z art. 78 Konstytucji RP, zwłaszcza zwłaszcza na konsekwencje postanowienia o przekazaniu osoby ściganej, rozwiązanie przeciwne byłoby trudne do obrony.

³³ Podobnie W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 563; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 1435; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 19; por. również A. Górski, A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks...*, op. cit., s. 1287.

³⁴ Zob. szerzej P. Kruszyński, *O niektórych propozycjach rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (w redakcji z dnia 19 sierpnia 2003 r.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 2, s. 11.

³⁵ Zob. też S. Steinbom, w: L.K. Paprzycki, S. Steinbom, J. Grajewski (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2006, t. 2, s. 815–816.

Użyty w przepisie art. 607l § 3 k.p.k. zwrot „w przedmiocie” wskazuje w sposób jednoznaczny, że zaskarżalne są wszelkie decyzje dotyczące przekazania osoby ściganej. Do tej kategorii zaliczyć należy przede wszystkim:

- postanowienie pozytywne – o przekazaniu osoby ściganej,
- postanowienie o przekazaniu warunkowym na podstawie art. 607t § 1 k.p.k.
 - jest to bowiem szczególna postać przekazania osoby ściganej będącej obywatelem polskim lub azylantem,
- postanowienie o dalszym przekazaniu osoby ściganej (art. 607i k.p.k.) – jest to bowiem w swej istocie postanowienie o przekazaniu; jest ono zaskarżalne bez względu na to, czy nie jest tu wymagana zgoda organu sądowego państwa, które przekazało osobę ściganą do Polski (art. 607i § 1 k.p.k.), czy też zgoda taka została uzyskana (art. 607i § 2 k.p.k.),
- postanowienie negatywne – o odmowie przekazania (zarówno na podstawie obligatoryjnej, jak i fakultatywnej odmowy)³⁶.

Zażalenie na podstawie art. 607l § 3 k.p.k. przysługuje również na postanowienie o odroczeniu przekazania na podstawie art. 607o k.p.k., które sąd wydaje, jeżeli przeciwko osobie ściganej prowadzone jest postępowanie karne w Polsce lub ma tu być wykonana kara³⁷. Wynika to z faktu, iż rozstrzygnięcie to zapada łącznie z wydaniem postanowienia o przekazaniu osoby ściganej, w tej samej decyzji procesowej. Sztuczne było rozdzielanie tych dwóch rozstrzygnięć, tym bardziej że zaskarżenie postanowienia w części dotyczącej przekazania jednocześnie pociąga za sobą zakwestionowanie rozstrzygnięcia dotyczącego odroczenia. Wydaje się poza tym, iż rozstrzygnięcie o odroczeniu przekazania mieści się w szerokim sformułowaniu „w przedmiocie przekazania” zawartym w art. 607l § 3 k.p.k. Otwiera to zatem również możliwość zaskarżenia, np. przez prokuratora, samej decyzji o odroczeniu przekazania, bez kwestionowania rozstrzygnięcia o przekazaniu.

Z kolei w przypadku postanowienia o odmowie przekazania obywatela polskiego, azylanta, osoby mającej miejsce zamieszkania na terytorium RP i zarządzeniu wykonania kary lub środka orzeczonych przez organ sądowy państwa wydania e.n.a. (art. 607s § 3 k.p.k.) należy uznać, że skoro ustawodawca nakazuje rozstrzygnąć łącznie w jednym postanowieniu kwestię odmowy wykonania e.n.a. oraz wykonania kary lub środka orzeczonych przez organ sądowy państwa wydania e.n.a., także w razie odroczenia posiedzenia, to celowe jest uznanie, iż postanowienie to w całości jest postanowieniem w przedmiocie przekazania³⁸. Wykonanie kary w Polsce jest bowiem prostą konsekwencją odmowy przekazania z uwagi na fakt niewyrażenia przez osobę ściganą zgody na przekazanie. Co więcej, w takim przypadku jest to element obligatoryjny postanowienia o odmowie wykonania e.n.a. Nie można natomiast podzielić stanowiska, że wskazane

³⁶ Podobnie T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., s. 1440; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 23.

³⁷ Podobnie T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., s. 1440; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 23.

³⁸ Zob. też S. Steinborn, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks...*, op. cit., t. 2, s. 875.

postanowienie jest zaskarżalne, gdyż zamyka drogę do wydania wyroku³⁹, czy też jako kończące postępowanie⁴⁰. W rozważanej sytuacji chodzi bowiem o przekazanie osoby ściganej w celu wykonania w innym państwie kary już orzeczonej, odmowa przekazania zaś skutkuje wdrożeniem w Polsce postępowania wykonawczego. A zatem w przypadku niewydania tego postanowienia i tak nie doszłoby do wydania wyroku, gdyż w państwie wydania e.n.a. w razie przekazania miałoby miejsce wszczęcie postępowania wykonawczego w celu wykonania już orzeczonej kary. Przedmiotowe postanowienie nie ma zatem charakteru zamykającego drogę do wydania wyroku w rozumieniu art. 459 § 1 k.p.k., w polskiej procedurze karnej zaś brak ogólnej reguły dopuszczającej zaskarżanie zażaleniem orzeczeń kończących postępowanie.

Przepis art. 607s § 3 k.p.k. znajduje również odpowiednie zastosowanie w razie warunkowego przekazania obywatela polskiego lub azylanta (art. 607t § 2 k.p.k.). Po skazaniu takiej osoby w państwie wydania e.n.a. na karę pozbawienia wolności jest ona przekazywana „powrotnie” do Polski, a następnie wszczynane jest postępowanie wykonawcze. W tym celu sąd wydaje postanowienie o wykonaniu kary lub środka orzeczonych w państwie wydania e.n.a. wobec osoby ściganej przekazywanej warunkowo (art. 607t § 2 k.p.k.). W odróżnieniu od przepisu art. 607s § 3 k.p.k. nie następuje tu odmowa wykonania e.n.a., a zatem nie może mieć zastosowania przepis art. 607l § 3 k.p.k. Przyjąć zatem należy, iż przedmiotowe postanowienie nie jest zaskarżalne zażaleniem, gdyż jak to już wskazywano w odniesieniu do przepisu art. 607s § 3 k.p.k., nie zamyka ono drogi do wydania wyroku ani nie ma charakteru kończącego postępowanie⁴¹.

Niewątpliwie jednak odrębnym zagadnieniem jest kwestia celowości, aby zarówno na postanowienie wydawane na podstawie art. 607s § 3 k.p.k., jak i wydawane na podstawie art. 607t § 2 k.p.k. służyło stronom zażalenie, i to bez potrzeby, jak jest to w pierwszym ze wskazanych przypadków, uciekania się do rozszerzającej wykładni przepisu art. 607l § 3 k.p.k. Chodzi tu bowiem o decyzje, na mocy których następuje wykonanie w Polsce kary pozbawienia wolności lub środka polegającego na pozbawieniu wolności orzeczonych przez organ sądowy innego państwa. *De lege ferenda* należy zatem postulować wprowadzenie w obu wskazanych przepisach wyraźnej podstawy do zaskarżenia przedmiotowych postanowień.

Oprócz wcześniej wskazanych, zaskarżalne na podstawie art. 607l § 3 k.p.k. nie są również następujące decyzje:

³⁹ Tak E. Sadzik, K. Zgryzek, P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2007, t. 3, s. 652; podobnie A. Górski, A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks...*, op. cit., s. 1317; A. Górski, A. Sakowicz, w: *Zwalczanie...*, op. cit., s. 376.

⁴⁰ Tak T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 1452; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 30–31.

⁴¹ Odmienne P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, op. cit., t. 3, s. 654; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., s. 1453; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 31.

- a) postanowienie o przedłużeniu terminu do wydania postanowienia w przedmiocie przekazania wydawane na podstawie art. 607m § 2 k.p.k.⁴²,
- b) postanowienie o odroczeniu rozpoznania kolejnego wniosku wydane na podstawie art. 607x § 2 k.p.k., gdyż nie jest to postanowienie w przedmiocie przekazania⁴³,
- c) postanowienie o zawieszeniu postępowania oraz o podjęciu zawieszonego postępowania wydawane na podstawie art. 607y § 1 i 2 k.p.k., choć w tym przypadku zażalenie służy w myśl reguły ogólnej określonej w art. 22 § 2 k.p.k.⁴⁴

Zażalenie na podstawie art. 607l § 3 k.p.k. nie przysługuje również na wydawane na podstawie art. 607 za § 1 k.p.k. postanowienie w przedmiocie wyrażenia zgody na dalsze przekazanie, ani na postanowienie w przedmiocie wyrażenia zgody na ściganie (wykonanie kary) w państwie wydania e.n.a. za przestępstwa popełnione przed przekazaniem osoby ściganej, które nie stanowiły podstawy przekazania. Nie są one również zaskarżalne na podstawie art. 459 § 1 k.p.k., gdyż nie zamykają drogi do wydania wyroku, sam zaś fakt, że kończą one postępowanie w przedmiocie wyrażenia zgody na dalsze ściganie lub dalsze przekazanie nie jest wystarczającą podstawą do przyjęcia ich zaskarżalności w drodze zażalenia⁴⁵. W przepisie art. 607za § 1 k.p.k. wyraźnie wskazano przepisy rozdziału 65b k.p.k., które mają odpowiednie zastosowanie w omawianym przypadku. Brak jest w nim odesłania do stosowania art. 607l § 3 k.p.k. Takie rozwiązanie ustawowe należy ocenić krytycznie, gdyż w rzeczywistości wskazane postanowienia w swych skutkach niewiele różnią się od postanowienia o przekazaniu, które na mocy art. 607l § 3 k.p.k. jest zaskarżalne. Jedyna różnica polega na tym, że przedmiotowe postanowienie nie powoduje fizycznego przekazania osoby ściganej z Polski do innego państwa, jednakże otwiera drogę do dalszego jej przekazania lub ścigania (wykonania kary) za czyny inne niż te, które były podstawą przekazania z Polski. Wyrażne wskazanie w art. 607za § 1 k.p.k., jakie przepisy rozdziału 65b stosuje się odpowiednio w postępowaniu dotyczącym wyrażenia zgody na dalsze ściganie lub dalsze przekazanie, uniemożliwia jednak uzupełnianie tej listy o przepis art. 607l § 3 k.p.k. Postulować jednak należy *de lege ferenda*, aby takie postanowienia mogły być zaskarżane przez strony zażaleniem.

Postanowienia zaskarżalne na podstawie art. 607l § 3 k.p.k. wydawane są przez sąd okręgowy, a zatem zażalenie przysługuje na zasadach ogólnych określonych w rozdziale 50 k.p.k. do sądu apelacyjnego (art. 26 k.p.k.). Osobami uprawnionymi do wniesienia zażalenia są strony postępowania w przedmiocie wykonania e.n.a., a zatem osoba ścigana (oraz jej obrońca) i prokurator.

Termin do wniesienia zażalenia co do zasady wynosi 7 dni od dnia ogłoszenia postanowienia (art. 460 k.p.k.). Jeżeli jednak strona nie brała udziału w posiedzeniu lub nie była obecna przy ogłoszeniu postanowienia, wówczas należy

⁴² Tak też A. Górski, A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks...*, op. cit., s. 1298.

⁴³ Tak też T. Grzegorzczuk, *Kodeks...*, s. 1440; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 23.

⁴⁴ Por. przyp. 43.

⁴⁵ Odmienne T. Grzegorzczuk, *Kodeks...*, op. cit., s. 1464; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 38.

doręczyć jej odpis tego postanowienia (art. 100 § 2 k.p.k.), termin zaś dla tej strony liczy się od dnia doręczenia (art. 460 k.p.k.). Przepis art. 6071 § 3 k.p.k. przewiduje również regulację szczególną w sytuacji, gdy osoba ścigana złożyła oświadczenie o zgodzie na przekazanie. W takim przypadku zażalenie należy wnieść w terminie 3 dni od dnia ogłoszenia postanowienia. Termin ten dotyczy zarówno osoby ściganej i jej obrońcy, jak i prokuratora, a liczony jest od dnia ogłoszenia postanowienia niezależnie od tego, czy osoba uprawniona do wniesienia zażalenia brała udział w posiedzeniu i była obecna przy jego ogłoszeniu. Wówczas wprawdzie należy, stosownie do przepisu art. 100 § 2 k.p.k., doręczyć odpis postanowienia, jednakże nie wpływa to na bieg terminu. Celem takiego unormowania jest przyspieszenie postępowania w sytuacji, gdy osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie, a zatem nie ma konieczności zachowywania wszystkich uregulowań o charakterze gwarancyjnym. Z drugiej jednak strony można mieć poważne wątpliwości co do spełnienia standardu rzetelnego procesu w sytuacji, gdy osoba ścigana pozbawiona jest wolności i nie ma obrońcy, a postanowienie o wykonaniu e.n.a. zostanie wydane na posiedzeniu późniejszym niż to, na którym osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie i nie zostanie ona na to późniejsze posiedzenie sądu sprowadzona. Wówczas doręczenie postanowienia sądu w większości przypadków nastąpi już po upływie terminu do wniesienia zażalenia, a osoba ścigana nie będzie miała żadnych możliwości uzyskania informacji o postanowieniu przed upływem terminu. Skoro już ustawodawca wprowadza możliwość zaskarżenia postanowienia sądu również w razie wyrażenia zgody na przekazanie, inne uregulowania nie powinny niweczyć tego uprawnienia osoby ściganej. Dlatego też w takiej sytuacji należy postulować stosowanie w praktyce przez sądy jednego z dwóch rozwiązań: ustanowienie obrońcy z urzędu lub zarządzenie sprowadzenia osoby ściganej na posiedzenie sądu. Zastosowanie w przedstawionej sytuacji przepisu art. 419 § 2 k.p.k. nie wydaje się prowadzić do pożądaných rezultatów, gdyż przepis art. 6071 § 3 zd. 2 k.p.k. wyraźnie przewiduje, iż termin do wniesienia zażalenia biegnie od dnia ogłoszenia postanowienia.

Skrócenie terminu do wniesienia zażalenia ma miejsce jedynie w razie wyrażenia zgody przez osobę ściganą na przekazanie, nie dotyczy zaś sytuacji, gdy osoba ścigana wyłącznie zrezygnuje z ochrony wynikającej z zasady specjalności⁴⁶. Nie ma bowiem żadnego merytorycznego związku między zgodą osoby ściganej wyłącznie na niestosowanie zasady specjalności a uzasadnieniem dla skrócenia postępowania⁴⁷. Można natomiast rozważać, czy w ogóle była potrzeba wprowadzania zaskarżalności postanowień w przedmiocie przekazania wydawanych w sytuacji, gdy osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie. Wcześniej

⁴⁶ Odmienne P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, op. cit., t. 3, s. 635; A. Górski, A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks...*, op. cit., s. 1296–1297; A. Górski, A. Sakowicz, w: *Zwalczanie...*, op. cit., s. 372; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., s. 1440; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 23.

⁴⁷ Zob. szerzej S. Steinbom, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinbom, *Kodeks...*, op. cit., t. 2, s. 842–843.

już wskazano (zob. pkt II niniejszego opracowania), że w szeregu państw członkowskich UE, przy ogólnej zasadzie dopuszczalności zaskarżenia orzeczenia w przedmiocie przekazania, wyłączono możliwość odwołania się, gdy osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie. Rodzime rozwiązanie (podobne przyjęto też w Słowenii), jako w pewnym sensie kompromisowe, wydaje się jednak zasługiwać na generalną aprobatę. Z jednej bowiem strony możliwe jest zaskarżenie postanowienia o odmowie przekazania, jako że wyrażenie zgody nie przesądza jeszcze ostatecznej decyzji sądu, która może być odmowna, np. w razie zaistnienia jednej z podstaw określonych w art. 607p k.p.k. Z drugiej zaś osoba ścigana również nie jest pozbawiona możliwości kwestionowania postanowienia sądu o przekazaniu, co może być uzasadnione zwłaszcza w sytuacji, gdy zgoda na przekazanie została wyrażona niedobrowolnie lub pod wpływem błędu. Skrócenie terminu do wniesienia zażalenia do 3 dni od ogłoszenia postanowienia powoduje, że w większości wypadków postanowienie o przekazaniu szybko się uprawomocni, skoro zasadniczo osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie i racjonalnie rozumując, nie będzie wносиła zażaleń. Z kolei w sytuacjach wyjątkowych, których nigdy nie można wykluczyć, osoba ścigana nie jest całkowicie pozbawiona możliwości obrony swych praw i zaskarżenia przedmiotowej decyzji.

Postępowanie zażaleniowe, zarówno w odniesieniu do postanowienia o przekazaniu, jak i postanowienia odmownego, powinno być przeprowadzone szybko i sprawnie. Przepis art. 607m k.p.k. określa terminy, w których powinno dojść do wydania postanowienia o przekazaniu. W tym jednak zakresie polska regulacja dotknięta jest pewnymi mankamentami. Treść art. 607m § 1 i 2 k.p.k. wskazuje bowiem, iż określone w nich terminy dotyczą wydania postanowienia w pierwszej instancji, w odróżnieniu bowiem od art. 607n § 1 k.p.k. mowa jest w nim o wydaniu „postanowienia w przedmiocie przekazania”, a nie „prawomocnego postanowienia”⁴⁸. Tymczasem w art. 17 ust. 2 i 3 decyzji ramowej o e.n.a. użyto zwrotu *final decision*, co wskazuje, iż ustawodawcy europejskiemu przy określeniu terminów chodziło o wydanie prawomocnego orzeczenia. Powstaje zatem sytuacja, w której postanowienie w przedmiocie przekazania powinno zapaść w ciągu 60 dni od dnia zatrzymania osoby ściganej, rozpoznanie zaś zażalenia na to postanowienie nie jest już ograniczone żadnym terminem. Wydaje się jednak, że z samej swej natury postępowanie odwoławcze powinno zostać przeprowadzone szybciej (licząc od chwili skutecznego wniesienia zażalenia niezawierającego już braków formalnych) niż pierwszoinstancyjne. W niektórych państwach członkowskich wręcz wyznaczono konkretne terminy, w których powinno dojść do rozpoznania środka odwoławczego. Takie rozwiązanie wydaje się warte rozważenia. *De lege ferenda* postulować należy zmianę przepisu art. 607m § 1 k.p.k. i określenie niezależnych terminów: jednego na wydanie postanowienia w przedmiocie przekazania w pierwszej instancji (np. 40 dni) oraz drugiego dotyczącego

⁴⁸ Zob. też P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, op. cit., t. 3, s. 636; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., s. 1441; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 23; S. Steinborn, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks...*, op. cit., t. 2, s. 841.

rozpoznania zażalenia (np. 10 dni od dnia przekazania zażalenia wraz z aktami sprawy do sądu odwoławczego, przy zastrzeżeniu, iż przekazanie powinno nastąpić w terminie 3 dni od wniesienia zażalenia). Wówczas przedłużenie terminu o kolejne 30 dni przewidziane w art. 607m § 2 k.p.k. mogłoby mieć miejsce w sytuacji, gdy wpłynęło zażalenie dotknięte brakami formalnymi lub sąd odwoławczy uchylił postanowienie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

Wniesienie zażalenia na postanowienie o przekazaniu osoby ściganej powoduje konieczność rozstrzygnięcia kwestii wykonalności zaskarżonego postanowienia. W myśl reguły ogólnej określonej w art. 462 § 1 k.p.k. zażalenie nie wstrzymuje wykonania zaskarżonego postanowienia. W przepisach rozdziału 65b brak unormowania wprost wyłączającego zastosowanie art. 462 § 1 k.p.k. Za taką regulację należy jednak uznać przepis art. 607n § 1 k.p.k., który wyraźnie stanowi, iż przekazanie może dotyczyć wyłącznie osoby ściganej, wobec której zapadło prawomocne postanowienie o przekazaniu.

W celu zapewnienia skuteczności wykonania e.n.a. w Polsce konieczne może być pozbawienie lub ograniczenie wolności osoby ściganej do czasu rozstrzygnięcia kwestii wykonania e.n.a. i ewentualnego jej przekazania państwu wydania e.n.a. Postępowanie w przedmiocie wykonania e.n.a. zazwyczaj zatem łączyć się będzie z zatrzymaniem i zastosowaniem środków zapobiegawczych, w tym zwłaszcza tymczasowego aresztowania. W takiej sytuacji osoba ścigana może złożyć zażalenie na zatrzymanie (art. 246 k.p.k.), które rozpoznane będzie przez sąd rejonowy miejsca zatrzymania lub prowadzenia postępowania. Z kolei na postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego stosowanego w związku z e.n.a. zażalenie przysługuje na zasadach ogólnych, na podstawie stosowanego odpowiednio art. 252 k.p.k. (art. 607l § 3 k.p.k.). Zażalenie przysługuje do sądu apelacyjnego. Jeżeli nie ma możliwości wcześniejszego rozpoznania zażalenia na postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego, powinno być ono rozpoznane łącznie z zażaleniem na postanowienie w przedmiocie przekazania⁴⁹. Należy przyjąć, że skrócenie terminu do wniesienia zażalenia, o którym mowa w art. 607l § 3 zd. 2 k.p.k., nie dotyczy zażalenia na postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego, które wydane zostało już po złożeniu oświadczenia o wyrażeniu przez osobę ściganą zgody na przekazanie lub zgody na stosowanie zasady specjalności. Wskazuje na to budowa i systematyka art. 607l § 3 k.p.k., gdyż przepis dotyczący skrócenia terminu do wniesienia zażalenia znalazł się po przepisie przewidującym zaskarżalność postanowienia w przedmiocie przekazania, jednak przed przepisem odsyłającym do odpowiedniego stosowania art. 252 k.p.k. dotyczącego zaskarżalności postanowień w przedmiocie środków zapobiegawczych. Zażalenie na postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego wydane w związku z e.n.a. wnosi się na zasadach ogólnych, a zatem w terminie określonym w art. 460 zd. 1 k.p.k.

W toku postępowania w przedmiocie wykonania e.n.a. zapadać mogą również decyzje zaskarżalne na innych podstawach niż przepis art. 607l § 3 k.p.k.

⁴⁹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, op. cit., t. 3, s. 635.

Wskazać tu należy przede wszystkim postanowienie w przedmiocie zawieszenia postępowania (o zawieszeniu postępowania oraz o podjęciu zawieszonego postępowania) wydawane w przypadku zbiegu e.n.a. i wniosku o ekstradycję (art. 607y k.p.k.), w przypadku którego zażalenie służy w myśl reguły ogólnej określonej w art. 22 § 2 k.p.k.⁵⁰, chyba że wydane zostało przez sąd odwoławczy, a także postanowienie sądu o stwierdzeniu swojej niewłaściwości i przekazaniu sprawy sądowi właściwemu wydane na podstawie art. 607zc k.p.k., w przypadku którego zażalenie przysługuje na podstawie art. 35 § 3 k.p.k., który w sposób ogólny reguluje kwestię zaskarżalności postanowień w kwestii własnej właściwości wydawanych przez sądy⁵¹.

VI. DOPUSZCZALNOŚĆ KASACJI W POSTĘPOWANIU DOTYCZĄCYM E.N.A.

Od postanowień o wydaniu e.n.a. i odmowie wydania e.n.a. zarówno stronom, jak i Prokuratorowi Generalnemu i Rzecznikowi Praw Obywatelskich nie przysługuje kasacja, gdyż nie mają one charakteru orzeczeń kończących postępowanie. W przypadku postanowienia o wydaniu e.n.a. dalsze postępowanie przed polskimi organami będzie bowiem kontynuowane po przekazaniu osoby ściganej do Polski. Również postanowienie odmowne w żaden sposób, przynajmniej pod względem prawnym, nie tamuje dalszego postępowania.

Natomiast wydaje się, iż należy dopuścić możliwość zaskarżenia kasacją nadzwyczajną (art. 521 k.p.k.) postanowienia w przedmiocie przekazania na podstawie e.n.a., gdyż jest to orzeczenie sądu kończące postępowanie⁵². Ma tu bowiem miejsce analogiczna sytuacja, jak w przypadku postanowienia w przedmiocie stwierdzenia prawnej dopuszczalności ekstradycji, w odniesieniu do którego w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż ma charakter kończący postępowanie⁵³. Co więcej, w przypadku e.n.a. odpadają podstawowe wątpliwości związane z dopuszczalnością kasacji, które miały miejsce na gruncie ekstradycji, gdyż w postępowaniu dotyczącym e.n.a. prawomocne postanowienie sądu jest rzeczywiście ostatnią decyzją i brak etapu „administracyjnego”, w którym organem podejmującym decyzję jest Minister Sprawiedliwości, co charakterystyczne jest dla ekstradycji (zob. art. 603 § 5 k.p.k.).

Podobny charakter ma również wydawane na podstawie art. 607za § 1 k.p.k. postanowienie o wyrażeniu zgody na dalsze przekazanie oraz postanowienie o wyrażeniu zgody na ściganie (wykonanie kary) w państwie wydania e.n.a. za przestępstwa popełnione przed przekazaniem osoby ściganej, które nie stanowiły podstawy przekazania. Niewątpliwie kończą one postępowanie w przedmiocie

⁵⁰ T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 1440; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 23.

⁵¹ Odmienne P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, op. cit., t. 3, s. 670; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., s. 1468; zob. też S. Steinborn, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks...*, op. cit., t. 2, s. 919.

⁵² Tak również P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, op. cit., t. 3, s. 635–636; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., s. 1440; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 23.

⁵³ Zob. uchwałę SN z 17 października 1996 r., I KZP 27/96, OSNKW 1997, nr 1–2, poz. 1.

wyrażenia zgody na dalsze ściganie lub dalsze przekazanie⁵⁴. Uznać zatem należy, iż od takiego prawomocnego postanowienia może być wniesiona kasacja nadzwyczajna.

Dopuszczalność wniesienia kasacji nadzwyczajnej od postanowienia o przekazaniu osoby ściganej może natomiast budzić wątpliwości z innego powodu. Zgodnie z art. 607n § 1 k.p.k. osobę ściganą, wobec której zapadło prawomocne postanowienie o przekazaniu, przekazuje się właściwemu organowi sądowemu państwa wydania e.n.a. najpóźniej w terminie 10 dni od dnia uprawomocnienia się postanowienia. Oznacza to, iż w zwykłej sytuacji procesowej w zasadzie tylko w tym czasie możliwe jest wniesienie kasacji w celu wpłynięcia na ostateczne rozstrzygnięcie w przedmiocie przekazania. Późniejsze wniesienie kasacji, choć teoretycznie nie można go wykluczać, skoro kasacja nadzwyczajna nie jest ograniczona terminem, nie będzie miało realnego znaczenia dla sytuacji osoby ściganej, ale jedynie może mieć znaczenie np. z punktu widzenia dochodzenia odszkodowania od państwa polskiego z tytułu szkody wyrządzonej przekazaniem osoby ściganej pomimo braku ku temu podstaw. Jednakże nawet wniesienie kasacji w ciągu wskazanych powyżej 10 dni nie powoduje wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji. Kasacja nie jest bowiem środkiem odwoławczym o charakterze bezwzględnie suspensywnym⁵⁵. Zgodnie jednak z przepisem art. 532 § 1 k.p.k. Sąd Najwyższy może wstrzymać wykonanie zaskarżonego orzeczenia, jak i innego orzeczenia, którego wykonanie zależy od rozstrzygnięcia kasacji. Biorąc pod uwagę podmioty uprawnione do wniesienia kasacji, tylko w przypadku błyskawicznego podjęcia przez nie odpowiednich działań, kasacja będzie miała szansę dotrzeć do Sądu Najwyższego przed upływem 10 dni od uprawomocnienia się postanowienia o przekazaniu. Jednocześnie przepis art. 607n § 2 k.p.k. jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach zezwala na przekroczenie pierwotnego 10-dniowego terminu przekazania. Nie wydaje się, aby mieściło się w nich wniesienie kasacji. Czy oznacza to zatem, iż kasacja jest w powyższym przypadku niedopuszczalna? Wydaje się jednak, że nie. Przede wszystkim należy podkreślić, iż praktyczne trudności w dotrzymaniu warunków skutecznego i efektywnego wniesienia kasacji nie mogą przesądzać o jej niedopuszczalności. To zagadnienie ma bowiem pierwotny charakter. Dopiero po przesądzeniu problemu dopuszczalności kasacji możliwe jest rozważanie problematyki jej wnoszenia i skuteczności. Odrębnym zagadnieniem jest kwestia relacji przepisu art. 607n k.p.k. i 532 k.p.k. Ten pierwszy z uwagi na swoje kategoryczne brzmienie wydaje się wykluczać możliwość niedotrzymania terminu przekazania z jakichkolwiek innych przyczyn niż wskazane w § 2. Wydaje się jednak, że przepis art. 532 § 1 k.p.k. ma tu charakter *lex specialis*, gdyż z perspektywy postępowania uregulowanego w rozdziale 65b k.p.k. reguluje on kwestię szczególną związaną z nadzwyczajnym środkiem odwoławczym, jakim jest kasacja. Ze swej natury przepis art. 532 k.p.k. ma charakter wyjątkowy. Niewątpliwie możliwość wstrzymania

⁵⁴ Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., s. 1464; idem, *Procedowanie...*, op. cit., s. 38.

⁵⁵ Zob. np. J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2005, s. 332.

wykonania postanowienia o przekazaniu niweczy cel, jakim jest szybkie przekazanie osoby ściganej w trybie e.n.a., któremu hołduje decyzja ramowa o e.n.a. Nie wydaje się jednak trafne odwoływanie się do argumentu nieprawidłowej implementacji decyzji ramowej dla uzasadnienia poglądu o niedopuszczalności kasacji od postanowienia o przekazaniu. Po pierwsze, sprzeczność z celami decyzji ramowej o e.n.a. nie jest efektem dopuszczenia możliwości wniesienia kasacji, ale jeśli już, to wyłącznie możliwości wstrzymania wykonania postanowienia o przekazaniu w sytuacji, gdy tę kasację już wniesiono. Po drugie, do wniesienia kasacji nie są uprawnione strony, ale jedynie dwa podmioty wskazane w art. 521 k.p.k., w odniesieniu do których – z uwagi na ich rangę i z założenia wysoce profesjonalny charakter – trudno zakładać, iż będą wносиły kasację bez uzasadnionych ku temu podstaw, jedynie dla samego torpedowania przekazania osoby ściganej. Oczywiście wstrzymanie wykonania postanowienia ma charakter wyjątkowy⁵⁶, a zatem nie w każdym przypadku wniesienia kasacji dochodzi do podjęcia takiej decyzji przez Sąd Najwyższy. W orzecznictwie wielokrotnie bowiem podkreślano, iż samo wniesienie kasacji nie stanowi dostatecznej podstawy do wstrzymania wykonania prawomocnych orzeczeń⁵⁷. Również sam fakt, iż na skutek niewstrzymania wykonania postanowienia może dojść do negatywnych konsekwencji trudnych do odwrócenia zwłaszcza wobec osoby ściganej, trudno jeszcze uznać za wystarczającą podstawę do wstrzymania wykonania. Oprócz tego musi bowiem istnieć realna szansa na uwzględnienie kasacji, a więc istotna jest merytoryczna zasadność kasacji⁵⁸. W odniesieniu do ekstradycji wskazuje się, że wniesienie kasacji na korzyść osoby ściganej powinno co do zasady pociągać za sobą wstrzymanie wykonania orzeczenia na podstawie art. 532 § 1 k.p.k., gdyż wydanie jej za granicę zniweczyć może cel, w jakim wniesiona została kasacja⁵⁹. Wprawdzie analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku przekazania w trybie e.n.a., jednak nie można oczekiwać od Sądu Najwyższego wstrzymania wykonania postanowienia o przekazaniu, bez wcześniejszej wstępnej weryfikacji zasadności kasacji. Dopiero spełnienie tego warunku powinno uzasadniać zastosowanie możliwości wynikającej z art. 532 § 1 k.p.k. Wydaje się zatem, iż wstrzymanie wykonania postanowienia o przekazaniu w sytuacji, gdy istnieją istotne wątpliwości co do jego prawidłowości, w żadnym razie nie może być uznane za działanie wymierzone w prawidłową implementację decyzji ramowej o e.n.a. Nie chodzi przecież w niej o przekazywanie osób ściganych w każdym przypadku, a wyłącznie wówczas, gdy istnieją ku temu podstawy. Jeżeli zatem dzięki wstrzymaniu wykonania postanowienia o przekazaniu możliwe będzie uniknięcie przekazania, które byłoby efektem rażącego naruszenia prawa mogącego mieć istotny

⁵⁶ Zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, op. cit., t. 3, s. 260.

⁵⁷ Zob. np. postanowienie SN z 25 marca 1998 r., II KKN 461/97, OSN – Prok. i Pr. 1998, nr 9, poz. 14; postanowienie SN z 6 czerwca 2000 r., II KKN 74/99, OSN – Prok. i Pr. 2002, nr 1, poz. 6.

⁵⁸ Zob. postanowienie SN z 22 marca 1996 r., I KKN 11/96, Wokanda 1996, nr 9, s. 13; J. Grajewski, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks...*, op. cit., t. 2, s. 314; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, op. cit., t. 3, s. 195.

⁵⁹ L. Gardocki, w: J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2004, t. 3, s. 885.

wpływ na treść tego orzeczenia, to trudno uznać, aby na przeszkodzie temu miały stać postanowienia decyzji ramowej o e.n.a. Niewątpliwie ustawodawca, mówiąc w przepisie art. 607n § 1 k.p.k. o prawomocnym postanowieniu o przekazaniu, miał na myśli wyłącznie postanowienie zgodne z prawem.

Powyższe uwagi jasno pokazują jednak, iż problematyka dopuszczalności kasacji w odniesieniu do postanowień zapadających w związku z e.n.a. wymaga wyraźnego uregulowania w przepisach rozdziału 65b k.p.k. Ustawodawca powinien albo wyraźnie wyłączyć możliwość wniesienia kasacji od postanowienia w przedmiocie przekazania, albo też przyjmując rozwiązanie przeciwnie, ograniczyć możliwość wniesienia kasacji poprzez krótki termin, który powinien być również skorelowany z terminami przekazania osoby ściganej. Z punktu widzenia konsekwencji, jakie niesie za sobą wydanie postanowienia o przekazaniu osoby ściganej, lepsze wydaje się to drugie rozwiązanie.

POSSIBILITY OF LODGING COMPLAINT AGAINST DECISIONS ON THE EUROPEAN ARREST WARRANT

The study focuses on problem of lodging complaint against decisions on the European Arrest Warrant (EAW). The Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA) does not contain any direct references to this question. The first part of the study includes analysis of the regulations adopted by the Member States of the EU. Lack of express regulation in the framework decisions on the EAW means solely that the European legislator left the question of the possibility of lodging a complaint to be regulated under national law. This should be perceived as the main cause for a substantial divergence among Solutions adopted in the Member States. This analysis enables to distinguish four types of Solutions in the Member States – from full challengeability of surrender decision to the complete exclusion of complaint. The second part aims to look for common standard relating to the possibility of lodging a complaint against the decision on issuing and execution of the EAW arising from international law acts as the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the International Pact on Civil and Political Rights. Also the provisions of Polish Constitution are analysed. The third part of the paper includes analysis of Polish code of criminal proceedings concerning the question of the possibility of lodging a complaint against decisions on issuing of the EAW and the fourth part concerning decisions on execution of the EAW. The last part focuses on possibility of lodging a cassation to the Supreme Court against decisions on executing the EAW.

INFORMACJE DLA AUTORÓW

Prosimy o nadsyłanie artykułów w formie elektronicznej (na dyskietkach bądź e-mailem) oraz w formie komputerowych wydruków na adres:

KWARTALNIK „STUDIA PRAWNICZE”
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH POLSKIEJ AKADEMII NAUK
UL. NOWY ŻWIAT 72
00-330 WARSZAWA

e-mail: inp@inp.pan.pl

Komputerowy wydruk winien być podpisany własnoręcznie przez Autora.

Artykuły powinny spełniać następujące warunki formalne:

abstrakt: tekst powinien być poprzedzony nie dłuższym niż 200 słów streszczeniem, zawierającym informacje o tematyce i głównych tezach artykułu. Abstrakt, łącznie z tytułem, należy przetłumaczyć na język angielski;

tekst: objętość artykułu nie powinna przekraczać dwóch arkuszy wydawniczych (ok. 44 strony znormalizowane, 80 000 znaków typograficznych). Cytowanie i powołania innych autorów powinny być oznaczone w tekście w formie przypisów, umieszczonych na dole odnośnej strony i mieć formę przyjętą w ostatnich zeszytach kwartalnika. Pełną bibliografię należy dołączyć na osobnej stronie na końcu artykułu.

Autor jest zobowiązany podać swoją afiliację i tytuł naukowy oraz adres korespondencyjny: stacjonarny i mailowy.

Recenzje: o przyjęciu bądź nieprzyjęciu artykułu do druku decyduje opinia dwóch recenzentów.

Nadesłane materiały nie będą zwracane.

Cena 18,00 zł (VAT 0%)

ISSN 0039-3312



9 7 7 0 0 3 9 3 3 1 0 0 0

INDEKS 376620