

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTITUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Uprawnienia funkcjonariuszy służb mundurowych związane z rodzicielstwem
- Legalność amerykańskich ataków lotniczych na ISIS w Iraku i Syrii jako reakcja na zagrożenie dla bezpieczeństwa międzynarodowego
- Dobrowolna sterylizacja. Uwagi *de lege lata*
- Powaga rzeczy osądzonej i prawomocność rozszerzona a kontrola wzorców umownych
- Ramy prawne i instytucjonalne edukacji skazanych cudzoziemców i ich realizacja w praktyce penitencjarnej
- Rygor natychmiastowej wykonalności a zasada równości stron
- Podmiot właściwy w zakresie obowiązku notyfikacji poselskich projektów ustaw

1 (201)
2015

WARSZAWA 2015
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (201) 2015

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2015



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

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

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

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

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

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

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

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

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr Wioletta Witoszko

Uniwersytet w Białymstoku

UPRAWNIENIA FUNKCJONARIUSZY SŁUŻB MUNDUROWYCH ZWIAZANE Z RODZICIELSTWEM	7
1. Uwagi wstępne.....	7
2. Przepisy odsyłające do stosowania Kodeksu pracy	11
3. Uprawnienia rodzicielskie funkcjonariuszy	16
4. Wnioski.....	31
RIGHTS OF UNIFORM SERVICE OFFICERS RELATED TO PARENTHOOD	33

dr Agnieszka Szpak

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

LEGALNOŚĆ AMERYKAŃSKICH ATAKÓW LOTNICZYCH NA ISIS W IRAKU I SYRII JAKO REAKCJA NA ZAGROŻENIE DLA BEZPIECZEŃSTWA MIĘDZYNARODOWEGO.....	35
Wprowadzenie.....	35
1. Legalność użycia siły w prawie międzynarodowym	37
2. Samoobrona przeciw aktorom pozapaństwowym	38
3. „Wojna z terroryzmem” i samoobrona prewencyjna	41
4. Uzasadnienie prawne amerykańskich ataków na terytorium Iraku i Syrii	45
5. Względy polityczno-militarne	51
Uwagi końcowe	54
LEGALITY OF U.S. AIR STRIKES AGAINST ISIS IN IRAQ AND SYRIA AS A REACTION TO A THREAT TO INTERNATIONAL SECURITY	56

dr Justyna Holocher

Uniwersytet Pedagogiczny im. KEN w Krakowie

DOBROWOLNA STERYLIZACJA. UWAGI DE LEGE LATA	57
I. Wprowadzenie.....	57
II. Prawo do prokreacji.....	58
III. Pojęcie sterylizacji	60
IV. Dobrowolna sterylizacja – zakazana czy dozwolona?	61
V. Podsumowanie	75
VOLUNTARY STERILISATION. REMARKS DE LEGE LATA.....	79

dr hab. Tomasz Szanciło

Sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie

Wyższa Szkoła Menadżerska w Warszawie

POWAGA RZECZY OSĄDZONEJ I PRAWOMOCNOŚĆ ROZSZERZONA A KONTROLA WZORCÓW UMOWNYCH	81
1. Uwagi ogólne	81
2. Wzorce umów	85
3. Kontrola wzorców umów	89
4. Wpływ prawomocności rozszerzonej na kontrolę wzorców umowy	104
5. Skutki zastosowania prawomocności rozszerzonej – wnioski końcowe	117
RES IUDICATA AND EXTENDED VALIDITY AND CONTROL OF STANDARD CONTRACTS	125

dr Alicja Ornowska

Sędzia Sądu Rejonowego w Inowrocławiu

Uniwersytet Technologiczno-Przyrodniczy w Bydgoszczy

RAMY PRAWNE I INSTYTUCJONALNE EDUKACJI SKAZANYCH CUDZOZIEMCÓW I ICH REALIZACJA W PRAKTYCE PENITENCJARNEJ	127
Obcokrajowcy w zakładach karnych dziś i jutro	127
Standardy międzynarodowe odnoszące się do nauczania cudzoziemców pozbawionych wolności	128
Regulacja prawna dotycząca prowadzenia oświaty więziennej względem cudzoziemców	130
Trudności w praktyce pracy penitencjarnej w zakresie efektywnego prowadzenia nauczania cudzoziemców	134
Zróźnicowanie statusu oświatowego skazanych	137
Nauczanie skazanych w świetle ogólnokrajowych danych statystycznych	141
<i>Case study</i> : realizacja założeń integracji cudzoziemców w praktyce penitencjarnej	143
Znaczenie edukacji penitencjarnej cudzoziemców	147
LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF EDUCATION OF FOREIGN PRISONERS AND THEIR REALISATION IN PENITENTIARY PRACTICE	149

dr Jarosław Świeczkowski

Uniwersytet Gdański

RYGOR NATYCHMIASTOWEJ WYKONALNOŚCI A ZASADA RÓWNOŚCI STRON	151
TIMMEDIATELY ENFORCEABLE OF JUDGMENTS AND THE PRINCIPLE EQUALITY OF THE PARTIES	165

mgr Jarosław Lichocki

INP PAN

PODMIOT WŁAŚCIWY W ZAKRESIE OBOWIĄZKU NOTYFIKACJI POSELSKICH PROJEKTÓW USTAW	167
THE COMPETENT AUTHORITY TO NOTIFY THE PARLIAMENTARIAN DRAFT BILLS	186
Informacje dla Autorów	187

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (201) 2015
Warszawa 2015

Wioletta Witoszko ■

UPRAWNIENIA FUNKCJONARIUSZY SŁUŻB MUNDUROWYCH ZWIĄZANE Z RODZICIELSTWEM

1. Uwagi wstępne

Unormowania pragmatyk służbowych regulujących status funkcjonariuszy służb mundurowych w niektórych kwestiach odwołują do stosowania przepisów prawa pracy. Ich przykładem są przepisy odsyłające do stosowania Kodeksu pracy¹ w zakresie uprawnień związanych z rodzicielstwem. Analizę treści przepisów odsyłających oraz uprawnień związanych z rodzicielstwem przysługujących funkcjonariuszom warto jednak poprzedzić uwagami na temat ewoluowania zakresu tych uprawnień. Przepisy pragmatyk służbowych były istotnie nowelizowane, podobnie jak przepisy Kodeksu pracy, gdy chodzi o uprawnienia rodzicielskie. Przedmiotem analizy będą przepisy dziesięciu pragmatyk służbowych dotyczących funkcjonariuszy Policji², Straży Granicznej³, Państwowej

¹ Ustawa z dnia 26.06.1974 r. – Kodeks pracy, tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1502, dalej jako k.p.

² Ustawa z dnia 6.04.1990 r. o Policji, tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 355 dalej jako ustawa o Policji

³ Ustawa z dnia 12.10.1990 r. – Straży Granicznej, tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1402, dalej jako ustawa o SG

Straży Pożarnej⁴, Służby Więziennej⁵, Służby Celnej⁶, Biura Ochrony Rządu⁷, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu⁸, Centralnego Biura Antykorupcyjnego⁹, Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego¹⁰ oraz żołnierzy zawodowych¹¹.

Nowelizacja pragmatyk służbowych miała miejsce w 2011 r. na mocy ustawy z dnia 1.04.2011 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw¹². Dokonano wówczas zmian w ustawie o Policji, ustawie o SG, ustawie o PSP, ustawie o BOR, ustawie o ABW i AW, ustawie o CBA, ustawie o SKW i SWW i ustawie o SC. W niniejszej nowelizacji zostali pominięci funkcjonariusze SW, gdyż w tym czasie trwały prace nad nową ustawą, która miała uwzględnić proponowane zmiany w zakresie uprawnień rodzicielskich. Nowelizacje pragmatyk służbowych przeprowadzone w 2011 r. dotyczyły:

- wprowadzenia wyraźnych unormowań stosowania przepisów Kodeksu pracy odnośnie uprawnień rodzicielskich przysługujących funkcjonariuszom obu płci – mężczyznom i kobietom (wcześniejsze regulacje prawne pragmatyk służbowych odwoływały się do pojęcia funkcjonariusza – kobiety),
- rozszerzenia ochrony zatrudnienia na podstawie stosunku służbowego na okresy nowych rodzajów urlopów związanych z rodzicielstwem (dodatkowy urlop macierzyński, urlop na warunkach urlopu macierzyńskiego, dodatkowy urlop na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlop ojcowski) polegającej na zakazie zwolnienia ze służby funkcjonariuszy (kobiet i mężczyzn), z wyjątkiem wystąpienia określonych przyczyn uzasadniających jednak zwolnienie ze służby. Podkreślić

⁴ Ustawa z dnia 24.08.1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 1340, dalej jako ustawa o PSP.

⁵ Ustawa z dnia 9.04.2010 r. o Służbie Więziennej, tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1415, dalej jako ustawa o SW.

⁶ Ustawa z dnia 27.08.2009 r. o Służbie Celnej, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 1404, dalej jako ustawa o SC.

⁷ Ustawa z dnia 16.03.2001 r. o Biurze Ochrony Rządu, tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 170, dalej jako ustawa o BOR.

⁸ Ustawa z dnia 24.05.2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 29, poz. 154, dalej jako ustawa o ABW i AW.

⁹ Ustawa z dnia 9.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 621, dalej jako ustawa o CBA.

¹⁰ Ustawa z dnia 9.06.2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 253, dalej jako ustawa o SKW i SWW.

¹¹ Ustawa z dnia 11.09.2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1414, dalej jako ustawa o służbie wojskowej.

¹² Dz. U. Nr 117, poz. 677.

- należy, że zrównano wówczas uprawnienia w zakresie ochrony przed zwolnieniem ze służby funkcjonariuszy kobiet i mężczyzn;
- zagwarantowania prawa do uposażenia, jeżeli nastąpi zwolnienie ze służby w ww. okresach chronionych (nowych rodzajów urlopów) do końca trwania urlopu,
 - zrównania uprawnień w zakresie nabycia prawa do urlopu wychowawczego oraz ochrony w związku ze zwolnieniem ze służby funkcjonariuszy kobiet i mężczyzn,
 - wyraźne uregulowanie zakazu złożenia wniosku o obniżenie wymiaru czasu służby w okresie korzystania z urlopu wychowawczego.

Zmiany wprowadzone w pragmatykach służbowych w zakresie uprawnień związanych z rodzicielstwem miały związek z wydaniem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 29.06.2006 r.¹³ Przedmiotem analizy TK był przepis odsyłający sformułowany w art. 93 ustawy o ABW i AW, według którego funkcjonariuszowi-kobiecie przysługiwały „szczególne uprawnienia przewidziane dla pracowników według przepisów prawa pracy”, jeżeli przepisy niniejszej ustawy nie stanowiły inaczej. Wątpliwości interpretacyjne na tle wskazanego przepisu ujawniły się w związku z prawem do urlopu wychowawczego, w tym urlopu wychowawczego przysługującego funkcjonariuszowi mężczyźnie. TK podkreślił, że art. 93 ustawy o ABW i AW w swej treści nie zawierał żadnych odniesień do urlopów wychowawczych, należy więc przyjąć, że kwestionowany przepis reguluje prawo do urlopu wychowawczego tylko o tyle, o ile według przepisów Kodeksu pracy należy ono do „szczególnych uprawnień przewidzianych dla pracowników”. Innymi słowy – odsyła do ogólnego unormowania sytuacji prawnej pracownic, zawartej przede wszystkim w Kodeksie pracy. TK podniósł, że prawo do urlopu wychowawczego, poczynwszy od 1 stycznia 2004 r., nie należy już do tej kategorii praw, lecz jest prawem przysługującym na równych zasadach wszystkim pracownikom, niezależnie od ich płci. Zdaniem TK, kwestionowany przepis jest elementem techniki legislacyjnej, dzięki któremu ustawodawca unika powtarzania w ustawie o ABW oraz AW postanowień kodeksowych odnoszących się wyłącznie do uprawnień kobiet. Ponieważ ustawa o ABW oraz AW nie zawierała przepisów odmiennie regulujących prawo funkcjonariuszy do urlopu wychowawczego, a ponadto – na co wskazuje treść art. 93 ustawy – charakter służby w tych Agencjach nie sprzeciwia się udzielaniu urlopów wychowawczych ich funkcjonariuszom, można przyjąć, że znajdują zastosowanie odpowiednie przepisy Kodeksu pracy, tj. art. 186, art. 186¹–186⁵ wraz z przepisami wykonawczymi, do funkcjonariuszy obu płci.

¹³ P 30/05, OTK Seria A 2006 nr 6, poz. 70.

Z uzasadnienia projektu ustawy z 2011 r. wynikało, że jej celem było zapewnienie dostępności do uprawnień rodzicielskich funkcjonariuszom obu płci, co związane było z respektowaniem zakazu dyskryminowania w życiu społecznym, zawodowym czy gospodarczym. Innymi słowy, chodziło o zagwarantowanie równego dostępu do uprawnień rodzicielskich funkcjonariuszom. Zamiarem ustawodawcy było także zwiększenie uprawnień funkcjonariuszy związanych z rodzicielstwem. W rezultacie ustawodawca zagwarantował takie same uprawnienia rodzicielskie, jakie przysługują pracownikom na podstawie przepisów Kodeksu pracy.

Kolejna nowelizacja pragmatyk służbowych w zakresie uprawnień rodzicielskich nastąpiła w 2013 r. na mocy ustawy z dnia 28 maja 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw¹⁴. Dotyczyła ona ustawy o Policji, ustawy o SG, ustawy o PSP, ustawy o BOR, ustawy o ABW i AW, ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, ustawy o CBA, ustawy o SKW i SWW, ustawy o SC oraz ustawy o SW. W porównaniu do nowelizacji z 2011 r. tym razem zmiany objęły w tym samym czasie dodatkowo funkcjonariuszy SW oraz żołnierzy. Nowelizacja z 2013 r. polegała na wprowadzeniu następujących unormowań:

– przyznanie prawa do urlopu rodzicielskiego funkcjonariuszom obu płci oraz związanych z nim uprawnień, takich jak: a) rozszerzenie zakresu ochrony szczególnej przed zwolnieniem ze służby na okres urlopu rodzicielskiego polegającej na zakazie zwolnienia ze służby w tym okresie (z pewnymi wyjątkami, które dotyczą także pozostałych urlopów); b) uregulowanie prawa do uposażenia w wysokości 60% albo 80% miesięcznego uposażenia przysługującego w okresie urlopu rodzicielskiego; c) przyznanie prawa do uposażenia do końca trwania urlopu rodzicielskiego w razie konieczności zwolnienia funkcjonariusza ze służby z określonych przyczyn. W ten sposób prawo do urlopu rodzicielskiego zostało zrównane w zakresie uprawnień z innymi rodzajami urlopów przysługujących funkcjonariuszom w związku z opieką nad dzieckiem (urlopem macierzyńskim, dodatkowym urlopem macierzyńskim, urlopem ojcowskim, urlopem wychowawczym);

- możliwość zastępstwa funkcjonariusza nieobecnego w służbie z powodu korzystania z urlopów związanych z opieką nad dzieckiem przez zatrudnienie pracownika na podstawie umowy o pracę na czas określony, obejmujący czas tej nieobecności (nie dotyczy to funkcjonariuszy ABW i AW, żołnierzy zawodowych, SKW oraz SWW, CBA);

¹⁴ Dz. U. z 2013 r., poz. 675.

- uregulowanie prawa do uposażenia w wysokości 100% miesięcznego uposażenia przysługującego w okresie urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego oraz w okresie urlopu ojcowskiego;
- przyznanie prawa do wyrównania otrzymanego uposażenia do 100% uposażenia w razie rezygnacji z dodatkowego urlopu macierzyńskiego w pełnym wymiarze lub jego części albo rezygnacji z dodatkowego urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego w pełnym wymiarze lub jego części lub w przypadku rezygnacji z urlopu rodzicielskiego w pełnym wymiarze.

Wymienione uprawnienia rodzicielskie dotyczą wszystkich funkcjonariuszy służb mundurowych, z wyjątkiem wskazanych przypadków braku możliwości zatrudnienia zastępcy w razie nieobecności funkcjonariusza przebywającego na urlopie związanym z opieką nad dzieckiem. Tak więc można stwierdzić, że sytuacja funkcjonariuszy – kobiet i mężczyzn w związku z przysługującymi uprawnieniami dotyczącymi opieki nad dziećmi jest ujednolicona w poszczególnych pragmatykach służbowych oraz zbliżona do unormowań Kodeksu pracy. Należy jednak podkreślić, że wymienione uprawnienia rodzicielskie będące przedmiotem unormowań pragmatyk służbowych stanowią tylko częściową regulację tych uprawnień.

2. Przepisy odsyłające do stosowania Kodeksu pracy

W zakresie ustalenia możliwości stosowania przepisów Kodeksu pracy do uprawnień rodzicielskich przysługujących funkcjonariuszom poszczególnych służb mundurowych należy dokonać analizy treści przepisów odsyłających do Kodeksu pracy. Odesłania do k.p. określone w ustawie o ABW i AW (art. 93¹⁵), ustawie o CBA (art. 82¹⁶), ustawie o SG (art. 83¹⁷) są identyczne.

¹⁵ Funkcjonariuszowi przysługują uprawnienia pracownika związane z rodzicielstwem określone w Kodeksie pracy, z wyjątkiem art. 186⁷, jeżeli przepisy niniejszej ustawy nie stanowią inaczej. Przepis art. 189¹ stosuje się odpowiednio.

¹⁶ Funkcjonariuszowi przysługują uprawnienia pracownika związane z rodzicielstwem określone w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, z wyjątkiem art. 186⁷, jeżeli przepisy niniejszej ustawy nie stanowią inaczej. Przepis art. 189¹ stosuje się odpowiednio.

¹⁷ Funkcjonariuszowi przysługują uprawnienia pracownika związane z rodzicielstwem określone w Kodeksie pracy, z wyjątkiem art. 186⁷, jeżeli przepisy niniejszej ustawy nie stanowią inaczej. Jeżeli oboje rodzice lub opiekunowie są funkcjonariuszami albo

W art. 83 ustawy o SG w zdaniu drugim jest doprecyzowanie, że jeżeli oboje rodzice lub opiekunowie są funkcjonariuszami albo jedno z nich jest funkcjonariuszem, a drugie jest zatrudnione, z uprawnień może korzystać jedno z nich. Podobnie zostały sformułowane przepisy odsyłające zawarte w art. 79 ustawy o Policji¹⁸ i w art. 165 ustawy o SW¹⁹. Brzmienia przepisów odsyłających dotyczących funkcjonariuszy SC (art. 137 ustawy o SC²⁰), PSP (art. 69 ustawy o PSP²¹) oraz BOR (art. 30a ustawy o BOR²²) są podobne. W ustawie o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych przepis odsyłający został jeszcze inaczej sformułowany. W jej art. 65 ust. 1²³ ustawodawca odsyła do k.p. tylko w zakresie zasad nabycia oraz wymiaru urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu ojcowskiego oraz urlopu rodzicielskiego; zaś art. 65a ust. 1²⁴ odsyła do k.p. w zakresie prawa do urlopu wychowawczego nabywanego na zasadach określonych w k.p.

Przepisy odsyłające w sprawach uprawnień rodzicielskich zawarte w poszczególnych pragmatykach służbowych są sformułowane dość jednolicie. Wyjątek stanowi ustawa o służbie wojskowej, która nie odsyła ogólnie do stosowa-

jedno z nich jest funkcjonariuszem, a drugie jest zatrudnione, z uprawnień może korzystać jedno z nich.

¹⁸ Policjantowi przysługują uprawnienia pracownika związane z rodzicielstwem określone w Kodeksie pracy, jeżeli przepisy niniejszej ustawy nie stanowią inaczej. Jeżeli oboje rodzice lub opiekunowie są funkcjonariuszami, z uprawnień może korzystać tylko jedno z nich. Policjantowi nie przysługuje prawo złożenia wniosku o obniżenie wymiaru czasu służby w okresie, w którym mógłby korzystać z urlopu wychowawczego.

¹⁹ Funkcjonariuszowi przysługują szczególne uprawnienia związane z rodzicielstwem określone w Kodeksie pracy, z wyjątkiem art. 186⁷, jeżeli przepisy niniejszej ustawy nie stanowią inaczej.

²⁰ Do funkcjonariusza stosuje się przepisy ustawy – Kodeks pracy dotyczące uprawnień pracowników związanych z rodzicielstwem, chyba że przepisy ustawy są korzystniejsze.

²¹ Do strażaków stosuje się przepisy ustawy – Kodeks pracy, dotyczące uprawnień pracowników związanych z rodzicielstwem, jeżeli przepisy niniejszej ustawy nie stanowią inaczej.

²² Do funkcjonariuszy stosuje się przepisy Kodeksu pracy, z wyjątkiem art. 186⁷, dotyczące uprawnień pracowników związanych z rodzicielstwem, jeżeli przepisy niniejszej ustawy nie stanowią inaczej. Jeżeli oboje rodzice są funkcjonariuszami, z uprawnień może korzystać tylko jedno z nich.

²³ Żołnierzowi zawodowemu przysługuje urlop macierzyński, dodatkowy urlop macierzyński, urlop na warunkach urlopu macierzyńskiego, dodatkowy urlop na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlop ojcowski oraz urlop rodzicielski na zasadach i w wymiarze określonych w przepisach ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

²⁴ Żołnierz zawodowy ma prawo do urlopu wychowawczego na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

nia k.p. w sprawach uprawnień rodzicielskich, ale wskazuje wybrane rodzaje spraw związane z uprawnieniami rodzicielskimi, do których mają zastosowanie przepisy k.p. Brzmienie przepisów odsyłających zawartych w pragmatykach służbowych sugeruje, że przepisy k.p. w zakresie uprawnień rodzicielskich należy stosować w sposób bezpośredni. Oznacza to więc, że przepisy pragmatyk służbowych nie są unormowaniami zamkniętymi, wyczerpującymi, przewidują bowiem możliwość stosowania przepisów innej gałęzi prawa. Redakcja przepisów odsyłających sugeruje, że przepisy k.p. mogą mieć szerokie zastosowanie do funkcjonariuszy w zakresie uprawnień rodzicielskich, gdyż przepisy odsyłające nie wymieniają konkretnych przepisów k.p.

W pierwszej kolejności należy ustalić, do jakiego rodzaju spraw odsyłają wskazane przepisy pragmatyk służbowych w zakresie stosowania przepisów k.p. W przepisach odsyłających mowa jest o „uprawnieniach pracownika związanych z rodzicielstwem określonych w Kodeksie pracy”, z zastrzeżeniem, jeżeli przepisy danej pragmatyki nie stanowią inaczej. Takie generalne odesłanie w pragmatykach służbowych do stosowania przepisów k.p. w zakresie uprawnień rodzicielskich wskazuje na to, że zamiarem ustawodawcy było uregulowanie podobnie (a nawet identycznie) tych kwestii w pragmatykach, chcąc więc uniknąć dosłownego wręcz powtarzania przepisów k.p., zamieścić przepisy odsyłające do stosowania k.p. Pojawia się więc pytanie, które uprawnienia rodzicielskie z k.p. mogą dotyczyć funkcjonariuszy? W związku z tym, że dział ósmy Kodeksu pracy jest zatytułowany „uprawnienia pracowników związane z rodzicielstwem”, należy sięgnąć do uprawnień uregulowanych w tym dziale. Następnie należy ustalić, które z uprawnień określonych w tym dziale k.p. będą miały zastosowanie do funkcjonariuszy, zważywszy także na to, iż pragmatyki służbowe niektóre z tych uprawnień wyraźnie wyłączają albo przewidują w tej mierze nieco odmienne unormowania.

Z działu ósmego Kodeksu pracy wynikają następujące uprawnienia przysługujące pracownikom w związku z rodzicielstwem:

- zakaz zatrudniania kobiet (w tym kobiet w ciąży lub karmiących piersią) przy pracach szczególnie uciążliwych i szkodliwych dla ich zdrowia. Z rozporządzenia Rady Ministrów z 10.09.1996 r. w sprawie wykazu prac szczególnie uciążliwych lub szkodliwych dla zdrowia kobiet²⁵ wynikają rodzaje prac przeciwwskazane dla kobiet, w tym kobiet w ciąży lub karmiących piersią (art. 176 i art. 179 k.p.);
- ochrona trwałości zatrudnienia pracownicy w ciąży i w okresie urlopu macierzyńskiego (ochrona dotyczy także pracownika korzystającego

²⁵ Dz. U. Nr 114, poz. 545.

z urlopu macierzyńskiego) określona w art. 177 k.p.; podlega ona modyfikacji w poszczególnych pragmatyk służbowych, o czym będzie mowa w dalszej części,

- ochrona pracy kobiet w ciąży (art. 178 k.p.) obejmująca zakaz zatrudniania kobiet w ciąży w godzinach nadliczbowych oraz w porze nocnej (także art. 178¹ k.p.); zakaz delegowania – bez zgody pracownicy – poza stałe miejsce pracy; zakaz zatrudniania w systemie przerywanego czasu pracy;
- ochrona pracownika opiekującego się dzieckiem do ukończenia przez nie 4. roku życia polegająca na uzyskaniu jego zgody na pracę w godzinach nadliczbowych, w porze nocnej, w systemie przerywanego czasu pracy oraz na delegowanie poza stałe miejsce pracy (art. 178 § 2 k.p.);
- obowiązek dostosowania dla kobiet w ciąży lub karmiących dziecko pierśią warunków pracy do wymagań określonych w przepisach rozporządzenia, o którym mowa w art. 176 k.p., np. przez przeniesienie pracownicy do innej pracy, zwolnienie z obowiązku świadczenia pracy, ograniczenie czasu pracy, prawo do dodatku wyrównawczego jeżeli zmiana warunków pracy spowodowała obniżenie wynagrodzenia (art. 179 k.p.);
- prawo do urlopu macierzyńskiego (art. 180, 180¹, 181, 182 k.p.), dodatkowego urlopu macierzyńskiego (art. 182¹, art. 182² k.p.), urlopu ojcowskiego (art. 182³ k.p.), urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego oraz dodatkowego urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego (art. 183 k.p.), uprawnienia związane z powrotem do pracy po zakończeniu wymienionych urlopów (art. 183² k.p.);
- prawo do zasiłku macierzyńskiego (art. 184 k.p.);
- zwolnienie od pracy pracownicy w ciąży na czas przeprowadzenia badań lekarskich w związku z ciążą z zachowaniem prawa do wynagrodzenia (art. 185 k.p.);
- prawo do urlopu wychowawczego (art. 186, 186², 186³, 186(4), 186(5), 186(6) k.p.);
- obniżenie wymiaru czasu pracy w stosunku do pracownika uprawnionego do urlopu wychowawczego oraz związanej z tym ochrony trwałości zatrudnienia (art. 186(7) i art. 186(8) k.p.); w wielu pragmatykach służbowych owe uprawnienia zostały wyraźnie wyłączone w stosunku do funkcjonariuszy;
- ochrona trwałości zatrudnienia w związku z udzieleniem urlopu wychowawczego (art. 186¹ k.p.), aczkolwiek podobnie jak w przypadku

- urlopu macierzyńskiego, zasady tej ochrony są zmodyfikowane w służbach mundurowych;
- prawo do dwóch półgodzinnych przerw w pracy wliczanych do czasu pracy przysługujące kobiecie karmiącej dziecko piersią (art. 187 k.p.);
 - prawo do zwolnienia od pracy w wymiarze 2 dni z zachowaniem prawa do wynagrodzenia dla pracownika wychowującego przynajmniej jedno dziecko w wieku do 14 lat (art. 188 k.p.);
 - prawo do zasiłku za czas nieobecności w pracy z powodu konieczności sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem (art. 189 k.p.);
 - ograniczenie w korzystaniu z uprawnień rodzicielskich tylko przez jednego rodzica (opiekuna), jeżeli oboje są zatrudnieni (art. 189¹ k.p.).

Jak wspomniano, przepisy odsyłające przewidują wprost wyłączenie niektórych uprawnień rodzicielskich przysługujących funkcjonariuszom na podstawie k.p. Wyraźnie wskazują, że do funkcjonariuszy nie stosuje się przepisu art. 186(7) k.p., z którego wynika możliwość złożenia wniosku o obniżenie wymiaru czasu pracy do wymiaru nie niższego niż połowa pełnego wymiaru czasu pracy w okresie, w którym pracownik mógłby korzystać z urlopu wychowawczego.

Kolejne ograniczenie w korzystaniu z uprawnień rodzicielskich polega na zawarciu zastrzeżenia, że przepisy k.p. mogą być stosowane, jeżeli przepisy pragmatyki służbowej „nie stanowią inaczej”. Z jednej pragmatyki wynika, że stosuje się przepisy k.p., „chyba że przepisy niniejszej ustawy są korzystniejsze”. Może to prowadzić do wyłączenia stosowania niektórych przepisów k.p.

W przepisach odsyłających podkreśla się, że do funkcjonariuszy stosuje się art. 189¹ k.p., z którego wynika, że jeżeli oboje rodzice są zatrudnieni z uprawnień rodzicielskich może korzystać jedno z nich. Wydaje się zbędne akcentowanie w przepisach odsyłających kwestii stosowania jednego wybranego przepisu k.p. Wspomniano już, że z przepisów odsyłających wynika stosowanie przepisów k.p. odnośnie uprawnień rodzicielskich, a do nich zaliczamy także art. 189¹ k.p. Tylko w obu przepisach odsyłających mowa jest o „odpowiednim stosowaniu” art. 189¹ k.p.

Biorąc pod uwagę treść przepisów odsyłających, należy stwierdzić, że stosowanie przepisów k.p. w zakresie uprawnień rodzicielskich do funkcjonariuszy wymaga uwzględnienia kilku możliwości. Przepisy k.p. mogą być stosowane wprost albo z pewnymi modyfikacjami, uwzględniając różnice między pragmatyką służbową a k.p., albo przepis odesłania z k.p. może zostać odrzucony ze względu na określone różnice. Możliwe bowiem jest, że przepisy pragmatyki inaczej regulują przedmiotową problematykę. Tak więc wówczas przepisy k.p.

nie będą mogły być stosowane ze względu na to, że są one niezgodne z przepisami pragmatyk. O wyborze możliwego rozwiązania nie decyduje jedynie organ stosujący prawo, gdyż przepisy odsyłające stanowią o wyłączeniach (wskazanych wyżej), ale przede wszystkim zwracają uwagę na to, że stosowanie przepisów k.p. jest dopuszczalne, o ile przepisy danej pragmatyki „nie stanowią inaczej”. Tak więc, w pierwszej kolejności organ powinien ustalić, czy określona kwestia jest uregulowana w pragmatyce służbowej. O stosowaniu przepisów k.p. decyduje więc, kryterium polegające na ustaleniu, czy pragmatyki służbowe regulują daną kwestię. W tym celu należy wziąć pod uwagę treść całego aktu prawnego wraz z przepisami wykonawczymi (choć zastrzeżenie zawarte w przepisach odsyłających odwołuje się do ustawy). W niektórych bowiem kwestiach pragmatyki służbowe normują uprawnienia rodzicielskie w rozporządzeniach. Wynika z tego, że przepisy pragmatyki służbowej w sprawach związanych z uprawnieniami rodzicielskimi mają pierwszeństwo przed przepisami k.p. Dopiero w sprawach nieuregulowanych przepisami pragmatyki służbowej należy stosować przepisy k.p.

Stosowanie przepisów k.p. dotyczących uprawnień rodzicielskich w pragmatykach służbowych może opierać się na analogii, gdyż zamiarem ustawodawcy było przyznanie funkcjonariuszom takich samych uprawnień rodzicielskich, które przysługują pracownikom. Cechą pragmatyk służbowych jest to, że zasadniczo nie regulują one uprawnień rodzicielskich przysługujących funkcjonariuszom. W tych sytuacjach wobec braku jakiejkolwiek regulacji prawnej w pragmatykach służbowych przepisy k.p. będą stosowane wprost. Nie oznacza to jednak, że przepisy k.p. stanowiące podstawę analogii muszą być stosowane dosłownie. Niekiedy konieczne jest uwzględnienie specyfiki danej pragmatyki służbowej²⁶.

3. Uprawnienia rodzicielskie funkcjonariuszy

W pierwszej kolejności należy wskazać takie regulacje k.p. w zakresie uprawnień rodzicielskich, które mogą być stosowane wprost do funkcjonariuszy służb mundurowych. Oznacza to, że pragmatyki służbowe w tych kwestiach nie przewidują własnych unormowań. Po pierwsze, są to uprawnienia dotyczące zakazu zatrudniania kobiet, w tym kobiet w ciąży oraz w okresie karmienia dziecka piersią, przy pracach szczególnie szkodliwych lub niebezpiecznych oraz wyni-

²⁶ Na temat stosowania analogii – zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 203–204.

kających z tego uprawnień (art. 176, art. 179 k.p. oraz przepisy rozporządzenia z 10.09.1996 r.). Po drugie, prawo do zwolnienia ze służby z zachowaniem prawa do uposażenia funkcjonariusza – kobiety w ciąży na czas przeprowadzenia badań lekarskich w związku z ciążą, o którym mowa w art. 185 k.p.²⁷ Po trzecie, prawo do dwóch półgodzinnych przerw w służbie wliczanych do czasu służby przysługujących kobiecie karmiącej dziecko piersią (art. 187 k.p.).

Po czwarte, w pragmatykach służbowych brakuje uregulowania kwestii zakazu delegowania i przeniesienia funkcjonariusza – kobiety będącej w ciąży, opiekującego się dzieckiem do 4. roku życia. Tak więc w tym zakresie zastosowanie do funkcjonariuszy znajdzie art. 178 k.p.²⁸ Z tego względu przepisy pragmatyk służbowych przewidujące możliwość przeniesienia lub oddelegowania funkcjonariusza nawet bez jego zgody (z urzędu) nie mają zastosowania do funkcjonariuszy będących w szczególnej sytuacji, czyli kobiet w ciąży lub rodziców opiekujących się dziećmi do 4. roku życia. Dyspozycyjność funkcjonariusza ze względu na istotne okoliczności osobiste w tej mierze podlega ograniczeniu. W przypadku funkcjonariuszy SW wskazana kwestia jest uregulowana, bowiem z przepisów ustawy o SW wynika, że podobnie jak w k.p. zakaz przeniesienia i delegowania dotyczy funkcjonariusza kobiety w ciąży. Inaczej jest w przypadku funkcjonariusza opiekującego się dzieckiem. Mianowicie, według art. 71 ustawy o SW zakaz dotyczy funkcjonariusza samodzielnie opiekującego się dzieckiem w wieku do 14 lat, zaś nad dzieckiem niezdolnym do pracy lub samodzielnej egzystencji do 18 lat, lub nawet do 25 lat w związku z ukończeniem nauki (w przypadku dziecka całkowicie niezdolnego do służby, bez względu na wiek). Przedstawione unormowanie wskazuje, że przewiduje ono mniej korzystne rozwiązanie w stosunku do k.p., gdyż dotyczy tylko funkcjonariusza samodzielnie opiekującego się dzieckiem (gdy brakuje drugiego rodzica, opiekuna), pomija więc sytuacje, kiedy jest drugi rodzic lub opiekun, również gdy jest on nieza-trudniony. Świadczy to o tym, że ustawodawca w stosunku do funkcjonariuszy niekiedy wprowadził ograniczenia w korzystaniu z niektórych uprawnień rodzicielskich. W ocenie ustawodawcy, jeżeli opiekę nad dzieckiem mogą sprawować oboje rodzice, opiekunowie, jednym z nich jest funkcjonariusz SW, wówczas nie dotyczy go zakaz przeniesienia lub delegowania do służby w innej jednostce.

²⁷ Brakuje takiej regulacji w ustawie o służbie wojskowej i należy przyjąć, że art. 185 k.p. nie będzie miał odpowiedniego zastosowania do żołnierzy zawodowych.

²⁸ Nie dotyczy to jednak żołnierzy zawodowych, gdyż w ich przypadku kwestie te reguluje art. 65 ust. 4 i 5 ustawy o służbie wojskowej. Według nich żołnierza zawodowego – kobietę, sprawującą opiekę nad dzieckiem do lat czterech, pozostającą w związku małżeńskim z innym żołnierzem, nie deleguje się bez jej zgody poza miejsce pełnienia zawodowej służby wojskowej, w tym samym czasie co współmałżonka. Przepis ten stosuje się również do żołnierza zawodowego samotnie wychowującego dziecko do lat czterech.

Po piąte, przepisy pragmatyk służbowych nie regulują kwestii urlopów związanych z urodzeniem dziecka oraz opieką, tak więc w pełnym zakresie mają zastosowanie przepisy k.p. dotyczące zasad nabycia prawa do tych urlopów oraz ich wymiaru. Należy więc stwierdzić, że funkcjonariuszom (kobietom i mężczyznom) przysługuje prawo do urlopu macierzyńskiego (art. 180, 180¹, 181, 182 k.p.), dodatkowego urlopu macierzyńskiego (art. 182¹, art. 182_c k.p.), urlopu ojcowskiego (art. 182³ k.p.), urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego oraz dodatkowego urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego (art. 183 k.p.), uprawnienia związane z powrotem do służby po zakończeniu wymienionych urlopów (art. 183² k.p.).

Po szóste, w stosunku do funkcjonariuszy służb mundurowych zasady nabycia oraz wymiar urlopu wychowawczego będą ustalane na podstawie przepisów k.p. Tak więc, będą do nich stosowane wprost przepisy art. 186, 186_c, 186², 186(4), 186(5), 186(6) k.p. z pewnymi jednak zastrzeżeniami, gdyż w zakresie urlopu wychowawczego występują odmienności w poszczególnych pragmatykach służbowych, dotyczy to kwestii jednoczesnego korzystania z urlopu wychowawczego przez oboje z rodziców. Przepis art. 186 § 6 k.p. stanowi o możliwości korzystania z urlopu wychowawczego przez okres 4 miesięcy wspólnie przez oboje z rodziców. Takie rozwiązanie jest możliwe także w przypadku urlopu rodzicielskiego, z którego jednocześnie mogą korzystać oboje rodzice, wówczas przysługuje im urlop rodzicielski w wymiarze po 13 tygodni każdemu (zob. art. 181(1a) § 5 k.p.). Przepisy niektórych pragmatyk służbowych stanowią, że z uprawnień rodzicielskich może korzystać tylko jeden rodzic – funkcjonariusz (ustawa o Policji, ustawa o SG, ustawa o BOR). Wobec tego, że kwestia ta jest przedmiotem regulacji tych pragmatyk, to do funkcjonariuszy nie będzie miał zastosowania ani art. 189¹ k.p., czy też art. 186 § 6 k.p. oraz art. 181(1a) § 5 k.p. Wobec tego w pozostałych pragmatykach będzie stosowany przepis art. 189¹ k.p. z którego wynika, że uprawnienia dotyczące rodzica opiekującego się dzieckiem do 4. roku życia (np. ograniczenia w pracy nadliczbowej, zakaz delegowania poza stałe miejsce pracy), prawo do dodatkowego urlopu macierzyńskiego, prawo do urlopu wychowawczego, prawo do obniżenia wymiaru czasu pracy pracownikowi uprawnionemu do urlopu wychowawczego, zwolnienie od pracy na 2 dni w ciągu roku kalendarzowego z zachowaniem prawa do wynagrodzenia, przysługują jednemu z rodziców, jeżeli oboje są zatrudnieni. Z przedstawionego stanu prawnego wynika, że występuje zróżnicowana sytuacja w uregulowaniu kwestii korzystania z urlopów związanych z opieką nad dzieckiem jednocześnie przez pewien czas przez oboje rodziców funkcjonariuszy, co powoduje nierówność w porównaniu do sytuacji pozostałych funkcjonariuszy, którym przysługuje także uprawnienie wynikające z art. 186 § 6 k.p. lub z art. 181(1a) § 5 k.p.

Kolejnym uprawnieniem przysługującym funkcjonariuszom jest prawo do przerw związanych z karmieniem dziecka piersią wliczanych do czasu pracy wynikające z art. 187 k.p.²⁹

Wreszcie po ósme, funkcjonariuszom przysługuje uprawnienie wynikające z art. 188 k.p., którym jest prawo do 2 dni zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia w ciągu roku kalendarzowego przysługujące pracownikowi wychowującemu jedno dziecko w wieku do 14 lat. Takie uprawnienie przewidziane jest wyraźnie w przypadku funkcjonariuszy Policji i SG.

W następnej kolejności należy wskazać uprawnienia rodzicielskie wynikające z k.p., które nie będą miały zastosowania w odniesieniu do funkcjonariuszy, gdyż ich pragmatyki wyraźnie takie uprawnienia wyłączają albo odmiennie je regulują. Pierwsza sytuacja dotyczy wyłączenia stosowania art. 186(7) k.p., z którego wynika prawo do obniżenia wymiaru czasu pracy w stosunku do pracownika uprawnionego do urlopu wychowawczego. Do niektórych funkcjonariuszy nie stosuje się także uprawnień wynikających z art. 186 § 6 k.p. oraz z art. 181(1a) § 5 k.p. dotyczących jednoczesnego korzystania z urlopów przez oboje zatrudnionych rodziców.

Zakaz pracy w systemie przerywanego czasu pracy wynikający z k.p. nie ma zastosowania do funkcjonariuszy z powodu występowania innych rodzajów rozkładów czasu służby.

Odmienne uregulowanie w pragmatykach służbowych niektórych uprawnień rodzicielskich dotyczy następujących kwestii.

Niektóre pragmatyki służbowe zawierają własne unormowania odnośnie czasu służby. Dotyczy to uregulowania zakazu służby w porze nocnej funkcjonariuszy – kobiet w ciąży, kobiet karmiących dziecko piersią, opiekujących się dzieckiem do ukończenia 4. roku życia (funkcjonariusze Policji, Straży Granicznej, ABW, CBA i PSP – chyba że funkcjonariusz opiekujący się dzieckiem wyrazi na to zgodę). W przypadku funkcjonariuszy SG, PSP, ABW oraz CBA zakaz ten dotyczy także (dodatkowo) funkcjonariusza, który jest jedynym opiekunem dziecka w wieku do lat 8 lub opiekuje się inną osobą wymagającą stałej opieki, chyba że wyrazi on na to zgodę. W tej mierze przepisy pragmatyk służbowych przewidują korzystniejsze unormowania od k.p. Natomiast przykładem uregulowania mniej korzystnego w porównaniu do k.p. jest sytuacja funkcjonariuszy Policji (odnosi się to tylko do tych funkcjonariuszy). Mianowicie § 16 rozporządzenia MSWiA w sprawie rozkładu czasu służby policjantów z dnia 18.10.2001 r.³⁰ reguluje zakaz pełnienia służby w porze nocnej funkcjonariusza, który jest

²⁹ W przypadku żołnierzy wskazana kwestia uregulowana jest w art. 65 ust. 3 ustawy o służbie wojskowej.

³⁰ Dz. U. Nr 131, poz. 1471.

„jedynym” opiekunem dziecka. W sytuacji więc, gdy opiekę mogą sprawować oboje rodzice, wówczas przedmiotowy zakaz nie dotyczy funkcjonariusza Policji. Natomiast poważniejszym problemem jest sytuacja, kiedy oboje rodzice są funkcjonariuszami Policji i wówczas żaden z nich nie może skorzystać z takiego uprawnienia. Z Kodeksu pracy wynika, że zakaz pracy w porze nocnej dotyczy opiekuna dziecka, wówczas jeżeli oboje rodzice są zatrudnieni, jedno z nich (według ich wyboru) może z tego uprawnienia skorzystać, do ukończenia przez dziecko 4. roku życia.

Inaczej niż w k.p. (w pewnej części korzystniej) uregulowana jest kwestia zwolnienia ze służby ponadwymiarowej (czyli zakaz służby powyżej 8 godzin) funkcjonariusza będącego opiekunem dziecka. Mianowicie dodatkowo prawo do zwolnienia ze służby ponadwymiarowej przysługuje funkcjonariuszowi będącego „jedynym” opiekunem dziecka w wieku do lat 8 (a nawet dziecka do lat 18 – dotyczy funkcjonariuszy SC) lub osoby wymagającej stałej opieki (funkcjonariusze Policji, SC, SG, ABW, CBA). W przypadku funkcjonariuszy ABW i CBA zakaz pełnienia służby w nadgodzinach dotyczy także kobiety opiekującej się dzieckiem do 4 lat, bez jej zgody albo opiekującego się dzieckiem do 4. roku życia (odnosi się do funkcjonariuszy SG, SC, ABW, CBA). Zakaz służby w nadgodzinach dotyczy kobiet w ciąży (funkcjonariusze SG, ABW, CBA).

Korzystniejsze uregulowanie w stosunku do k.p. dotyczy ustalenia zakazu służby w niedziele i święta w przypadku kobiet w ciąży, funkcjonariuszy opiekujących się dziećmi lub innym członkiem rodziny (funkcjonariusze Policji, SG, PSP, ABW, CBA). W przepisach k.p. brakuje takiej regulacji, jednakże jeżeli praca w niedziele i święta stanowiłaby pracę w godzinach nadliczbowych, to zakaz jej dotyczy wymienionych osób.

W niektórych pragmatykach (ustawa o SW, ustawa o BOR) w ogóle brak jest jakichkolwiek unormowań dotyczących czasu służby w zakresie, o którym jest mowa wyżej. Powstaje więc pytanie, czy wówczas należy stosować wyłącznie przepisy k.p. dotyczące ochrony kobiet w ciąży, funkcjonariuszy opiekujących się dzieckiem, czy przepisy innych pragmatyk służbowych w celu przyjęcia podobnych rozwiązań wynikających z tych pragmatyk? W tej drugiej sytuacji należałoby rozstrzygnąć, do której z pragmatyk służbowych należałoby się odwołać. Z przepisów ustawy o SW oraz ustawy o BOR nie wynika żadne odesłanie do którejś pragmatyki służbowej, byłoby więc trudno autorytatywnie zdecydować o stosowaniu przepisów wybranej pragmatyki. Tak więc należy przyjąć, że jeżeli przepisy art. 165 ustawy o SW oraz art. 30a ustawy o BOR przewidują stosowanie przepisów k.p. do uprawnień rodzicielskich, to uprawnienia funkcjonariuszy w zakresie czasu służby będą takie jak pracownika na podstawie przepisów k.p. wynikające z jego działu ósmego.

Podsumowując uwagi na temat uprawnień rodzicielskich związanych z czasem służby, należy zauważyć, że pragmatyki służbowe niektóre kwestie regulują korzystniej od k.p., co dotyczy zakazu służby w niedziele i święta, wydłużenia okresu korzystania z uprawnień wynikających ze sprawowania opieki nad dzieckiem ze względu na wiek dziecka. Występują także podobieństwa między uregulowaniami pragmatyk służbowych a k.p. w zakresie ochrony kobiet w ciąży, funkcjonariusza opiekującego się dzieckiem do 4. roku życia odnośnie zakazu służby w nadgodzinach, w porze nocnej. Omówione unormowania wskazują także na odmienności w uregulowaniu zagadnień dotyczących czasu służby pomiędzy pragmatykami a k.p. w zakresie zakazu służby w porze nocnej, który dotyczy wyłącznie funkcjonariusza będącego jedynym opiekunem dziecka (tylko w odniesieniu do funkcjonariuszy Policji). Jednocześnie należy zauważyć, że sytuacja niektórych funkcjonariuszy w zakresie ich uprawnień rodzicielskich związanych z czasem służby jest w pełnym zakresie regulowana przepisami k.p., wobec ich braku w pragmatykach, zaś inni funkcjonariusze posiadają własne unormowania, nieco zmodyfikowane w porównaniu do k.p.

Kolejnym zagadnieniem uregulowanym w k.p. jest prawo do dodatku wyrównawczego przysługującego pracownicy w ciąży lub karmiącej dziecko piersią, jeżeli zmiana warunków pracy spowodowała obniżenie wynagrodzenia za pracę (art. 179 k.p.). Pragmatyki służbowe nie przewidują takiego świadczenia, jednak kwestia ewentualnego zmniejszenia uposażenia w związku z przeniesieniem na inne stanowisko służbowe jest inaczej rozwiązana. Funkcjonariusz w razie przeniesienia na stanowisko służbowe, zaszeregowane do niższego uposażenia, zachowuje prawo do uposażenia pobieranego na poprzednio zajmowanym stanowisku.

Innym uprawnieniem przysługującym pracownikom jest prawo do zasiłku macierzyńskiego (art. 184 k.p.). W przypadku funkcjonariuszy w okresach przebywania na urloпах związanych z urodzeniem dziecka oraz z opieką nad dzieckiem przysługuje im prawo do uposażenia wraz z dodatkami. Kwestia wysokości uposażenia w czasie korzystania z dodatkowego urlopu macierzyńskiego oraz urlopu rodzicielskiego była przedmiotem nowelizacji przepisów pragmatyk służbowych w 2013 r., w efekcie których „dopasowano” ich regulacje do przepisów ustawy z dnia 25.06.1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa³¹. Przyjęto bowiem takie same zasady ustalania procentowej wysokości uposażenia w czasie ww. urloпów jak w przypadku pracowników. W pragmatykach służbowych mowa jest o otrzymaniu

³¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 159, dalej jako ustawa o świadczeniach pieniężnych w razie choroby i macierzyństwa.

100% uposażenia w czasie dodatkowego urlopu macierzyńskiego, urlopu ojcowskiego, 80% uposażenia w czasie dodatkowego urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego, jeżeli wniosek o ich udzielenie został złożony nie później niż 14 dni po porodzie; 60% uposażenia w okresie korzystania z urlopu rodzicielskiego. Tak samo jak w ustawie o świadczeniach w razie choroby i macierzyństwa została uregulowana kwestia wysokości uposażenia w razie rezygnacji z urlopów i powrotu do służby, wówczas funkcjonariuszowi przysługuje wyrównanie pobranego uposażenia do 100%.

Następne uprawnienie pracownika przewidziane w art. 182¹ § 5 k.p. dotyczy możliwości łączenia korzystania z dodatkowego urlopu macierzyńskiego z wykonywaniem pracy u pracodawcy udzielającego tego urlopu w wymiarze nie wyższym niż połowa pełnego wymiaru czasu pracy, wówczas urlopu udziela się na pozostałą część wymiaru czasu pracy. Przepisy pragmatyk służbowych nie wyłączają stosowania wskazanego unormowania, co z kolei wyraźnie czynią w odniesieniu do urlopu wychowawczego, gdyż wyłączają stosowanie art. 186(7) k.p. Na tym tle rodzi się wątpliwość, czy do funkcjonariuszy można stosować rozwiązanie przewidziane w art. 182¹ § 5 k.p. W związku z tym, że w pragmatykach służbowych brak jest możliwości obniżenia wymiaru czasu służby, co ma także odzwierciedlenie w wyłączeniu stosowania do nich art. 186(7) k.p., należy przyjąć, że art. 182¹ § 5 k.p. nie może być stosowany do funkcjonariuszy korzystających z dodatkowego urlopu macierzyńskiego. W konsekwencji brakuje także unormowań dotyczących ustalania proporcjonalnie uposażenia do wymiaru czasu służby. Wynika z tego, że w stosunku do funkcjonariuszy służb mundurowych nie przewiduje się rozwiązań, które umożliwiłyby godzenie obowiązków opieki nad dzieckiem z wykonywaniem służby. Przyjęcie jednak takich regulacji prawnych pozostaje w zgodzie z prawem europejskim, gdyż klauzula 3 porozumienia ramowego dotyczącego urlopu rodzicielskiego stanowiącego załącznik do dyrektywy nr 2010/18/UE³² pozwala państwu członkowskiemu na ustalenie, czy urlop rodzicielski będzie przyznawany na zasadach pełnego lub niepełnego wymiaru czasu pracy, w częściach lub w formie systemu kredytu czasowego, uwzględniając potrzeby pracodawców, jak i pracowników. Z rozwiązań przewidzianych w pragmatykach służbowych wynika, że ustawodawca w stosunku do funkcjonariuszy przyjął pierwszą propozycję, gdyż urlopy związane z opieką nad dzieckiem są udzielane na zasadach pełnego wymiaru czasu służby, a więc bez możliwości jego obniżenia.

³² W sprawie wdrożenia zmienionego porozumienia ramowego dotyczącego urlopu rodzicielskiego zawartego przez BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC oraz uchylające dyrektywę 96/34/WE Dz. U. UE.L. Nr 68, poz. 13.

Kolejnym uprawnieniem wynikającym z art. 189 k.p. jest prawo do zasiłku za czas nieobecności w pracy z powodu konieczności sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem, o którym stanowią odrębne przepisy. W przypadku pragmatyk służbowych wskazana kwestia została uregulowana w drodze zmian przepisów tych ustaw na mocy ustawy z dnia 24.01.2014 r.³³ Przedmiotowe unormowania przewidują identyczne rozwiązania w zakresie zasad nabycia i wymiaru zwolnienia od zajęć służbowych w związku z opieką na dzieckiem jak przepisy ustawy o świadczeniach pieniężnych w razie choroby i macierzyństwa. W zakresie zasad udzielania zwolnień od służby niektóre pragmatyki odwołują się do stosowania przepisów wydanych na podstawie art. 298² k.p. oraz ustawy o świadczeniach w razie choroby i macierzyństwa (dotyczy to ustawy o SW, ustawy o PSP).

Pragmatyki służbowe nie przewidują prawa do zasiłku opiekuńczego z tytułu sprawowania osobiastej opieki nad dzieckiem lub członkiem rodziny. Wynika z nich bowiem, że w okresie zwolnień od zajęć służbowych funkcjonariuszowi przysługuje 80% uposażenia.

Kolejną kwestią jest ochrona trwałości zatrudnienia. W Kodeksie pracy zasada ta dotyczy pracowników w ciąży, okresu urlopu macierzyńskiego (art. 177 k.p.), dodatkowego urlopu macierzyńskiego (art. 182¹ § 7 k.p. w związku z art. 177 k.p.), urlopu rodzicielskiego (art. 182(1a) § 6 w związku z art. 177 k.p.), urlopu ojcowskiego (art. 182³ § 3 w związku z art. 177 k.p.), urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego (art. 183 § 1 w związku z art. 177 k.p.), dodatkowego urlopu macierzyńskiego (art. 183 § 4 w związku z art. 177 k.p.), urlopu wychowawczego (art. 186¹ i art. 186(8) k.p.). Ochrona trwałości zatrudnienia dotyczy pracowników oraz pracowników bez względu na rodzaj umowy o pracę (z wyjątkiem gdy umowa na okres próbny została zawarta na okres nieprzekraczający jednego miesiąca). Uchylenie ochrony trwałości zatrudnienia ma miejsce w razie ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy.

Kwestie ochrony trwałości zatrudnienia w wymienionych okresach ochronnych są przedmiotem regulacji pragmatyk służbowych. Zakaz zwolnienia ze służby w okresach przebywania funkcjonariusza na ww. urloпах, w tym na urlopie wychowawczym dotyczy funkcjonariuszy Policji, SC, SW, a także zakaz stwierdzenia w tych okresach wygaśnięcia stosunku służbowego wynikającego

³³ Ustawa o zmianie ustawy o Policji, ustawy o Straży Granicznej, ustawy o Państwowej Straży Pożarnej, ustawy o Biurze Ochrony Rządu, ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, ustawy o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego, ustawy o Służbie Więziennej oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2014 r., poz. 502.

z niektórych pragmatyk służbowych (ustawa o SW). Na rzecz ochrony funkcjonariusza przed zwolnieniem ze służby przemawia i to, że może ono nastąpić z określonych w pragmatykach przyczyn obligatoryjnych oraz fakultatywnych. Zasada ochrony trwałości stosunku służbowego w wymienionych okresach ochronnych nie ma zastosowania, jeżeli funkcjonariusz jest zwolniony ze służby albo jego stosunek służbowy wygasa z następujących przyczyn:

1. wymierzenia kary dyscyplinarnej wydalenia ze służby (Policja, SC, SW, SG, PSP),
2. skazania prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego (Policja, SC, SW, SG, PSP),
3. skazania prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe inne niż w pkt 2 (Policja, SC, SG, PSP),
4. powołania do innej służby państwowej, a także objęcia funkcji z wyboru w organach samorządu terytorialnego lub stowarzyszeniach (Policja, SC, SW, SG),
5. gdy wymaga tego ważny interes służby/inna ważna przyczyna (Policja, SC, SG, PSP),
6. likwidacji jednostki Policji lub jej reorganizacji połączonej ze zmniejszeniem obsady etatowej, jeżeli przeniesienie policjanta do innej jednostki lub na niższe stanowisko służbowe nie jest możliwe (Policja, SW, SG, PSP) albo gdy funkcjonariusz odmówił przyjęcia proponowanych warunków pełnienia służby w przypadku zniesienia jednostki organizacyjnej (SC),
7. pisemne zgłoszenie przez funkcjonariusza żądania zwolnienia ze służby (SC, SW, SG),
8. skazania prawomocnym wyrokiem sądu na karę pozbawienia wolności, jeżeli wykonanie tej kary nie zostało warunkowo zawieszone (SW),
9. orzeczenia prawomocnym wyrokiem sądu środka karnego pozbawienia praw publicznych lub środka karnego zakazu wykonywania zawodu funkcjonariusza Służby Więziennej,
10. nieobecności w służbie przez okres powyżej 3 miesięcy z powodu tymczasowego aresztowania (SW),
11. zrzeczenia się obywatelstwa polskiego (SW),
12. porzucenia służby przez funkcjonariusza (SW),
13. śmierci funkcjonariusza (SW),
14. stwierdzenia zaginięcia funkcjonariusza (SW),
15. popełnienie czynu o znamionach przestępstwa albo przestępstwa

skarbowego, jeżeli popełnienie czynu jest oczywiste i uniemożliwia pozostawanie w służbie (SG).

Przepisy pragmatyk służbowych przewidują jednak, że w razie zwolnienia funkcjonariusza ww. okresach ochronnych, zachowuje on prawo do uposażenia do końca ciąży lub zakończenia okresów urlopów związanych z opieką nad dzieckiem (z wyjątkiem urlopu wychowawczego), jeżeli zwolnienie następuje z określonych przyczyn:

- gdy wymaga tego ważny interes służby/inna ważna przyczyna (Policja, SC, SG),
- likwidacji jednostki Policji lub jej reorganizacji połączonej ze zmniejszeniem obsady etatowej, jeżeli przeniesienie policjanta do innej jednostki lub na niższe stanowisko służbowe nie jest możliwe (Policja, SW, SG) albo gdy funkcjonariusz odmówił przyjęcia proponowanych warunków pełnienia służby w przypadku zniesienia jednostki organizacyjnej (SC).

Dość wąski katalog wymienionych przyczyn oznacza, że zachowanie prawa do uposażenia do końca okresu ochronnego w razie zwolnienia ze służby nie jest uprawnieniem powszechnym.

Przedstawione regulacje pragmatyk służbowych wskazują na to, że stanowią one odrębne rozwiązania od tych określonych w k.p. Po pierwsze, przewidują one generalny zakaz zwolnienia ze służby w okresie ciąży oraz w okresach przebywania na urlopach związanych z opieką nad dzieckiem (co dotyczy także urlopu wychowawczego). Swoistością rozwiązań wynikających z pragmatyk służbowych w porównaniu do k.p. jest to, że nie rozróżniają one zwolnienia ze służby na tryb wypowiedzenia oraz zwolnienia bez wypowiedzenia. Ten drugi tryb rozwiązania stosunku pracy jest dopuszczalny ww. okresach chronionych, jeżeli rozwiązanie umowy o pracę nastąpi z powodów zawinionych przez pracownika (art. 52 k.p.). Po drugie, jak wskazano w pkt od 1 do 15 pragmatyki służbowe przewidują własne okoliczności (katalogi przyczyn), które uzasadniają zwolnienie ze służby, co oznacza uchylenie ochrony trwałości zatrudnienia w ww. okresach ochronnych. Wśród nich wymienione są poważne przyczyny, które zdaniem ustawodawcy nie zasługują na ochronę. Zasadniczo są to bowiem okoliczności istniejące po stronie funkcjonariusza i związane z nagannym jego postępowaniem, nieraz zawinionym. Występują także przyczyny po stronie podmiotu zatrudniającego związane z reorganizacją jednostki. Można więc przyjąć, że zasadniczo są to okoliczności o podobnym charakterze do tych przewidzianych w k.p. (przyczyn zawinionych przez pracownika, upadłość lub likwidacja pracodawcy). Na marginesie wypada zauważyć, że w k.p. okoliczności stanowiące podstawę wygaśnięcia stosunku pracy nie są przesłankami ochrony trwałości stosunku pracy, gdyż wygaśnięcie

następuje z mocy prawa. Wątpliwości budzi jedna z wymienionych przesłanek, mianowicie zwolnienie funkcjonariusza ze względu na „ważny interes służby”, która została sformułowana w formie klauzuli generalnej, co może prowadzić do nadużyć w postaci zwolnienia funkcjonariusza z przyczyn przez niego niezawinionych. Z tego względu należy stwierdzić, że pragmatyki służbowe osłabiają sytuację funkcjonariusza – rodzica w porównaniu do k.p. w okresach ochronnych związanych z ciążą oraz z korzystaniem z urlopów na opiekę nad dzieckiem. Na rzecz ochrony funkcjonariusza przed zwolnieniem ze służby przemawia to, iż niektóre z wymienionych przyczyn, np. ważny interes służby, stanowią przesłanki fakultatywne, czyli takie, których wystąpienie nie zobowiązuje organu do zwolnienia funkcjonariusza ze służby. W tej sytuacji powinny wystąpić tak poważne okoliczności, które uniemożliwiają pozostanie funkcjonariusza w służbie i uchylenie ochrony trwałości zatrudnienia.

Kwestia ochrony trwałości zatrudnienia jest odmiennie uregulowana w ustawie o służbie wojskowej. W przypadku okresów związanych z korzystaniem z urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu macierzyńskiego na warunkach urlopu macierzyńskiego, ojcowskiego, rodzicielskiego, problematyka ochrony trwałości zatrudnienia nie została unormowana w tej ustawie. Nie można jednak przyjąć możliwości odpowiedniego stosowania przepisów k.p., gdyż odesłanie zawarte w art. 65 ustawy o służbie wojskowej dotyczy zasad i wymiaru tych urlopów wynikających z k.p. Przyjąć więc należy, że ochrona trwałości zatrudnienia w wymienionych okresach ma charakter bezwzględny, bowiem nie przewiduje się od niej żadnych wyłączeń. Inaczej jest w przypadku korzystania przez żołnierza z urlopu wychowawczego. Ochrona trwałości zatrudnienia w tym czasie obowiązuje przez pierwsze 12 miesięcy trwania urlopu wychowawczego, gdyż po jego upływie żołnierza przenosi się do rezerwy kadrowej. Po zakończeniu urlopu wychowawczego żołnierza przenosi się na stanowisko służbowe, w razie braku takiej możliwości pozostawia się go w rezerwie kadrowej przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy (art. 65a ust. 5 i 6 ustawy o służbie wojskowej).

Oslabienie funkcji ochronnej w pragmatykach służbowych jest związane także z brakiem wymogu uzyskania zgody na zwolnienie, jeżeli funkcjonariusz jest reprezentowany przez zakładową organizację związkową. W pragmatykach służbowych występuje jedynie obowiązek przeprowadzenia konsultacji z zakładową organizacją związkową w razie zwolnienia funkcjonariusza z powodu ważnego interesu służby albo popełnienia czynu o znamionach przestępstwa, jeżeli jest to oczywiste i uniemożliwia pozostanie go w służbie.

Ochrona trwałości zatrudnienia w związku z urlopem wychowawczym według k.p. polega na dwóch rozwiązaniach. Pierwsze dotyczy zakazu rozwiązania umowy o pracę w okresie od dnia złożenia przez pracownika wniosku o udzielenie urlopu wychowawczego do dnia zakończenia tego urlopu. Uchylenie tej ochrony następuje w razie ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy, a także gdy zachodzą przyczyny uzasadniające rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika (art. 186¹ § 1 k.p.). Drugie, polega na tym, że zakaz rozwiązania umowy o pracę dotyczy okresu od dnia złożenia przez pracownika wniosku o obniżenie wymiaru czasu pracy do dnia powrotu do nieobniżonego wymiaru czasu pracy, nie dłużej jednak niż przez łączny okres 12 miesięcy. Rozwiązanie umowy o pracę przez pracodawcę jest dopuszczalne z powodu ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy albo rozwiązania bez wypowiedzenia z winy pracownika (art. 186(8) § 1 k.p.), a także z przyczyn nie dotyczących pracowników na podstawie ustawy o zwolnieniach grupowych³⁴.

W przypadku funkcjonariuszy służb mundurowych kwestia ochrony trwałości stosunku służbowego w czasie urlopu wychowawczego jest uregulowana odrębnie w pragmatykach. Ochrona w związku z obniżeniem wymiaru czasu pracy przewidziana w art. 186(8) § 1 k.p. nie dotyczy funkcjonariuszy wobec braku możliwości obniżenia wymiaru czasu służby. Tak więc ochrona trwałości zatrudnienia dotyczy wyłącznie funkcjonariuszy korzystających z urlopu wychowawczego bez możliwości łączenia go z wykonywaniem w tym czasie innej pracy. Z pragmatyk służbowych wynika, że ochrona trwałości zatrudnienia w okresie urlopu wychowawczego ma charakter względny, bowiem przepisy pragmatyk przewidują jej uchylenie w razie wystąpienia tego samego rodzaju przyczyn, jak w okresie korzystania z urlopu macierzyńskiego i pozostałych urlopów związanych z opieką nad dzieckiem, które zostały wyżej wymienione. Pragmatyki służbowe przewidują jednak pewne specyficzne uprawnienia w związku ze zwolnieniem ze służby w czasie korzystania z urlopu wychowawczego, należą do nich:

- 1) świadczenie pieniężne, wypłacane na zasadach obowiązujących przy wypłacaniu zasiłku wychowawczego (albo dodatku z tytułu opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego – dotyczy funkcjonariuszy BOR);
- 2) inne uprawnienia przewidziane dla pracowników zwalnianych z pracy w czasie urlopu wychowawczego z przyczyn nie dotyczących pracowników,

przysługujące do końca okresu, na który urlop został udzielony.

Wymienione świadczenia przysługują funkcjonariuszom Policji, SW,

³⁴ Zob. uchwała SN z 15.02.2006 r., II PZP 13/05, Legalis.

ABW, CBA, BOR, SKW i SWW, natomiast w ustawie o SC, SG, PSP nie zostały one przewidziane. Ustawodawca określił jednak ograniczenia w korzystaniu z tych uprawnień, gdyż jak wynika z tych pierwszych pragmatyk, przysługują one wyłącznie wówczas, jeżeli zwolnienie funkcjonariusza ze służby nastąpiło z powodu: ważnego interesu służby oraz likwidacji jednostki lub jej reorganizacji, jeżeli przeniesienie nie jest możliwe albo brak zgody funkcjonariusza na przeniesienie na inne stanowisko po upływie 12 miesięcy pozostawania w dyspozycji szefa ABW, szefa SKW albo SWW (albo po upływie 4 miesięcy pozostawania w dyspozycji szefa CBA) albo nabycia prawa do emerytury (ustawa o CBA). Wymienione przyczyny mają zróżnicowany charakter, niektóre z nich mogą być zawinione przez funkcjonariusza (dotyczy to ważnego interesu służby), większa jednak ich część dotyczy przyczyn niezawinionych przez funkcjonariusza, gdyż są one od niego niezależne. W razie zwolnienia funkcjonariusza w okresie korzystania z urlopu wychowawczego, z powodu wskazanych przyczyn, funkcjonariuszowi przysługuje świadczenie pieniężne wypłacane na zasadach obowiązujących przy wypłacaniu zasiłku wychowawczego. Należy zauważyć, że zasiłek wychowawczy został zastąpiony dodatkiem z tytułu opieki nad dzieckiem, zaś dodatek ten jest pochodnym prawem do zasiłku rodzinnego (jest od niego zależny). Innymi słowy, dodatek przysługuje wówczas, jeżeli zostaną spełnione przesłanki zasiłku rodzinnego³⁵. Z art. 10 ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych³⁶ wynika, że dodatek z tytułu opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego przysługuje matce lub ojcu, opiekunowi faktycznemu dziecka albo opiekunowi prawnemu dziecka, jeżeli dziecko pozostaje pod jego faktyczną opieką, uprawnionemu do urlopu wychowawczego, nie dłużej niż przez okres 24 miesięcy (36 miesięcy lub 72 miesięcy). Dodatek przysługuje w kwocie 400 zł miesięcznie. Jeżeli z urlopu wychowawczego korzystają oboje rodzice lub opiekunowie prawni dziecka, wówczas przysługuje jeden dodatek. Dodatek ten nie przysługuje m.in. z następujących powodów: jeżeli bezpośrednio przed uzyskaniem prawa do urlopu wychowawczego osoba pozostawała w stosunku pracy przez okres krótszy niż 6 miesięcy; zaprzestania sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem; podjęcia lub kontynuowania zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej, która uniemożliwia sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego. Dodatek z tytułu opieki nad dzieckiem wypłaca wójt, burmistrz lub prezydent miasta.

W orzecznictwie ujawnił się problem na tle rozumienia przesłanki negatywnej nabycia prawa do dodatku z tytułu opieki nad dzieckiem odnośnie

³⁵ Szerzej, A. Korcz-Maciejko, W. Maciejko, *Komentarz do ustawy o świadczeniach pieniężnych do art. 8*, Legalis.

³⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1456.

pozostawania w stosunku pracy przez okres krótszy niż 6 miesięcy, która uzasadnia odmowę przyznania świadczenia. Pojawił się bowiem problem z ustaleniem, czy wskazana przesłanka negatywna dotycząca zatrudnienia przez okres krótszy niż 6 miesięcy odnosi się do zatrudnienia w ramach stosunku służbowego. NSA wyraził pogląd, że przepis określający przesłankę negatywną ma charakter przepisu wyłączającego uprawnienie do określonego świadczenia i nie może być interpretowany rozszerzająco w drodze analogii i przy stosowaniu metody *a contrario*. Wskazany przepis formułujący przesłankę negatywną wyraźnie odwołuje się do zatrudnienia wyłącznie w ramach stosunku pracy, nie ma więc zastosowania do zatrudnienia na podstawie stosunku służbowego lub umów cywilnoprawnych. Na tej podstawie nie można także przyjąć, że funkcjonariusze nie mają wobec tego prawa do dodatku z tytułu opieki nad dzieckiem. Ustawa o świadczeniach rodzinnych nie wprowadza zróżnicowania w dostępie do dodatku w zależności od form zatrudnienia oraz wykonywania innych prac zarobkowych. Ponadto wykładnia przepisów ustawy o Policji oraz Kodeksu pracy nie prowadzi do wniosku, że sam status funkcjonariusza, czyli osoby pozostającej w stosunku służbowym, powoduje utratę uprawnień do przedmiotowego świadczenia³⁷. W orzecznictwie został wyrażony także odmienny pogląd, według którego uprawnionym do dodatku z tytułu opieki nad dzieckiem (zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniach rodzinnych) jest tylko osoba, która przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy pozostawała w stosunku pracy, zaś osoba, która pozostawała w stosunku służbowym (bez względu na długość tego okresu), takiego uprawnienia nie może nabyć. Wynika to z tego, że ustawodawca doprecyzował jedną z okoliczności dotyczących nabycia dodatku, wymagając pozostawania przez pewien okres w stosunku pracy³⁸.

Przychylam się do pierwszego stanowiska wyrażonego przez NSA, gdyż wykładnia literalna art. 10 ustawy o świadczeniach pieniężnych prowadzi do wniosku, że zamiarem ustawodawcy było, aby przesłanka negatywna dotyczyła wyłącznie pracowników, odwołuje się ona bowiem tylko do stosunku pracy. W innych przepisach tej ustawy, w których ustawodawca chciał odwołać się do szerszej grupy osób, użył terminu „zatrudnienie lub inna praca zarobkowa”. Ze słowniczka tej ustawy wynika, że tym pojęciem ustawodawca obejmuje osoby zatrudnione np. w ramach stosunku pracy, ale także na podstawie stosunku służbowego, umów cywilnoprawnych. Wobec tego, brak wymogu 6-miesięcznego zatrudnienia wynikającego z tej ustawy – w odniesieniu do funkcjonariuszy – powoduje, że ich sytuacja została korzystniej uregulowana w stosunku do pra-

³⁷ Wyrok NSA z 17.02.2010 r., I OSK 1302/09, Legalis; wyrok WSA w Poznaniu z 19.05.2010 r., IV SA/Po 265/10, Legalis.

³⁸ Wyrok WSA w Poznaniu z 7.05.2009 r., IV SA/Po 45/09, Legalis.

cowników. W przypadku pracownika do uzyskania dodatku z tytułu opieki nad dzieckiem wymagane jest wykazanie 6-miesięcznego okresu zatrudnienia, który musi przypadać w całości bezpośrednio przed uzyskaniem prawa do urlopu wychowawczego³⁹.

W zakresie innych uprawnień przewidzianych dla pracowników zwalnianych z pracy w czasie urlopu wychowawczego z przyczyn niedotyczących pracowników, które mogłyby mieć zastosowanie do funkcjonariuszy, należy odwołać się do przepisów ustawy z dnia 13.03.2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników⁴⁰. Wynika z niej, że pracownikom przysługują następujące uprawnienia:

- prawo do dodatku wyrównawczego w razie obniżenia wynagrodzenia za pracę z powodu wypowiedzenia warunków pracy i płacy osobom szczególnie chronionym,
- odprawa pieniężna przysługująca w związku z rozwiązaniem stosunku pracy w ramach zwolnień grupowych lub zwolnień indywidualnych,
- obowiązek zatrudnienia pracownika, który zgłosił taką chęć w ciągu roku od dnia rozwiązania stosunku pracy, jeżeli pracodawca ponownie zatrudnia w tej samej grupie zawodowej.

W przypadku pierwszego uprawnienia funkcjonariusze służb mundurowych w razie przeniesienia na inne stanowisko służbowe mają zagwarantowane prawo do dotychczasowego uposażenia. Gdy chodzi o odprawę, mamy do czynienia ze zbiegiem prawa do dwóch odpraw, wynikających z pragmatyki służbowej oraz z ustawy o zwolnieniach grupowych. Pojawia się więc pytanie, czy funkcjonariuszowi przysługują obie odprawy, jeżeli zwolnienie ze służby nastąpiło z powodu reorganizacji jednostki lub jej likwidacji albo z innych przyczyn niezależnych od funkcjonariusza. Wskazany problem wymagałby szerszej analizy, bowiem niniejsza kwestia wywołuje wątpliwości. Można jednak przyjąć, że wobec uregulowania prawa do odprawy w pragmatykach, funkcjonariuszom nie przysługuje prawo do odprawy na podstawie ustawy o zwolnieniach grupowych. Przepisy pragmatyk służbowych nie przewidują natomiast możliwości powrotu zwolnionego zgodnie z prawem funkcjonariusza do służby, tak więc w tym zakresie zastosowanie znajdują przepisy ustawy o zwolnieniach grupowych.

³⁹ Wyrok NSA z 16.11.2011 r., I OSK 1089/11, Legalis.

⁴⁰ Dz. U. Nr 90, poz. 844, dalej jako ustawa o zwolnieniach grupowych.

4. Wnioski

Przedstawione rozważania dotyczące uprawnień rodzicielskich przysługujących funkcjonariuszom służb mundurowych prowadzą do następujących wniosków.

Po pierwsze, w związku z tym, że pragmatyki służbowe zawierają przepisy odsyłające do stosowania przepisów k.p., funkcjonariuszom przysługuje taki sam katalog uprawnień rodzicielskich jakie posiadają pracownicy. Istotne jest także i to, że funkcjonariusze – kobiety i mężczyźni zostali zrównani w korzystaniu z uprawnień rodzicielskich, na takich samych zasadach jak pracownicy obu płci.

Po drugie, wobec tego, że przepisy odsyłające do stosowania k.p. są sformułowane w sposób ogólny, pozwala to na szeroki zakres stosowania przepisów k.p. w zakresie uprawnień rodzicielskich. W razie braku unormowań niektórych kwestii w pragmatykach służbowych, przepisy k.p. będą miały bezpośrednie zastosowanie do funkcjonariuszy służb mundurowych (np. zasady nabycia i wymiar urlopów związanych z opieką nad dzieckiem). Można wówczas mówić o stosowaniu przepisów k.p. w sposób dosłowny, z modyfikacją jedynie co do podmiotów (funkcjonariusz, przełożony).

Po trzecie, przepisy odsyłające wyraźnie stanowią o wyłączeniu stosowania niektórych uprawnień rodzicielskich wynikających z k.p., np. dotyczy to niemożności obniżenia wymiaru czasu służby w okresie korzystania z urlopu wychowawczego.

Po czwarte, przepisy k.p. w niektórych kwestiach nie znajdują zastosowania do funkcjonariuszy służb mundurowych ze względu na to, że przepisy ich pragmatyk regulują je inaczej. Niektóre z nich przewidują unormowania całościowe danej problematyki i bardzo zbliżone do prawa pracy, można więc przyjąć, że są one wzorowane na rozwiązaniach wynikających z k.p. (np. wysokość uposażenia w okresach urlopów związanych z opieką nad dzieckiem). Niekiedy pragmatyki wprowadzają odmienne rozwiązania danej kwestii, np. dotyczące zasad udzielania zwolnień ze służby na czas choroby dziecka, korzystania z uprawnień związanych z czasem służby pod warunkiem, że funkcjonariusz jest jedynym opiekunem dziecka. W ten sposób można przyjąć, że korzystanie z tych uprawnień rodzicielskich jest ograniczone. Inną kwestią jest to, że w sytuacjach, kiedy ustawodawca częściowo uregulował daną instytucję w pragmatykach służbowych, pojawia się wątpliwość, czy w pozostałym zakresie można stosować przepisy k.p.

Jak wynika z powyższej analizy, zagadnienie uprawnień rodzicielskich przysługujących funkcjonariuszom służb mundurowych jest przykładem stosowania przepisów prawa pracy do zatrudnienia w ramach stosunku służbowego. Oprócz niego przepisy pragmatyk służbowych odsyłają także m.in. do stosowania

przepisów ustawy o związkach zawodowych, przepisów prawa pracy w zakresie potrąceń z wynagrodzenia za pracę. W tych przypadkach można mówić o bezpośrednim stosowaniu przepisów prawa pracy, gdyż pragmatyki służbowe zawierają przepisy do nich odsyłające. Kolejnym przykładem związków między statusem zatrudnienia funkcjonariuszy służb mundurowych a prawem pracy jest wprowadzenie do pragmatyk służbowych uregulowań podobnych (lub niemal identycznych) do prawa pracy. Jak już wskazano, wysokość świadczeń w okresie korzystania z urlopów związanych z opieką nad dzieckiem została unormowana tak samo jak w przypadku pracowników korzystających z takich urlopów; zagwarantowanie funkcjonariuszom prawa do wypoczynku dobowego w wymiarze 11 godzin analogicznie jak w art. 132 k.p. Innym przykładem podobnych uregulowań do pracowników jest obniżenie kwoty uposażenia do wysokości 80% uposażenia w okresie zwolnienia chorobowego. Wymienione zabiegi legislacyjne ujawniają tendencję zbliżania statusu zatrudnienia funkcjonariuszy służb mundurowych do statusu pracowników. Nie obroni się zatem taki pogląd, że odesłania pragmatyk służbowych do stosowania przepisów prawa pracy, mają na celu ograniczenie mnożenia regulacji prawnych i zamiast tworzenia ich w pragmatykach, lepszym rozwiązaniem jest odesłanie do prawa pracy. Takiemu założeniu sprzeciwiałoby się bowiem uregulowanie w pragmatykach służbowych wybranych instytucji statusu funkcjonariuszy na wzór regulacji uprawnień pracowniczych. Zbliżenie statusu funkcjonariuszy do pracowników powoduje jednak różnorakie konsekwencje dla tych pierwszych. Niektóre z nich są dla funkcjonariuszy korzystniejsze, czego przykładem są właśnie uprawnienia rodzicielskie, w ten bowiem sposób funkcjonariusze mogą z nich korzystać niezależnie od płci niemal na takich samych zasadach jak pracownicy, funkcjonariusze mają możliwość korzystania z dodatkowego urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego. Inne zmiany w obszarze zbliżenia statusu funkcjonariuszy do pracowników powodują jednak utratę przywilejów przez funkcjonariuszy, co miało miejsce w związku ze zmniejszeniem uposażenia w okresie zwolnienia chorobowego.

Biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności, zasadne jest twierdzenie, że prawo pracy wpływa na unormowanie statusu zatrudnienia funkcjonariuszy służb mundurowych, co przyczynia się do zmniejszenia jego odrębności w stosunku do pracowników.

RIGHTS OF UNIFORM SERVICE OFFICERS RELATED TO PARENTHOOD

Service regulations which define employment of uniform service officers in regards to parental rights, predicts provisions which refer to applying the provisions of the Labour Code. It means that, the services regulations are not complete, and therefore application of provisions from other law systems is allowed.

Another example of relations between a uniform service employment and the labour law, is introducing rules to service regulations which are similar (or identical) to a labour law. As previously mentioned, the amount of benefit payment during the leave related to childcare, has been regulated in the same way to they employees who take this kind of leave.

Making officer's status similar to employe's status cause diverse consequences for officers. Some of them are more favorable to officers, for example parental rights. In this way, officers can benefit from these rights regardless of gender. Almost in the same way as employees, officers also have a right to additional maternity leave and childcare leave. Other changes, in relation to making officer's status similar to employe's status, cause however loss of service officers' privileges, for example decreased pay during sick leave.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (201) 2015
Warszawa 2015

Agnieszka Szpak ■

LEGALNOŚĆ AMERYKAŃSKICH ATAKÓW LOTNICZYCH NA ISIS W IRAKU I SYRII JAKO REAKCJA NA ZAGROŻENIE DLA BEZPIECZEŃSTWA MIĘDZYNARODOWEGO

Wprowadzenie

Od 8 sierpnia 2014 r. Amerykanie prowadzą ataki lotnicze na członków ISIS (*Islamic State of Iraq and Syria*, znane również jako ISIL *Islamic State of Iraq and Levant*; inaczej nazywane Państwem Islamskim) w Iraku. ISIS to organizacja terrorystyczna, która wcześniej nazywała się Al-Kaida, a która dąży do utworzenia kalifatu w Iraku¹. Jest to organizacja motywowana religijnie o silnym nastawieniu antyzachodnim, szczególnie antyamerykańskim. Pierwotnym celem ataków powietrznych USA było głównie niesienie pomocy humanitarnej oraz zapewnianie ochrony mieszkającym w Iraku obywatelom amerykańskim, jednak stopniowo USA rozszerzyły bombardowania także na obiekty wojskowe ISIS. Bezpośrednim impulsem do tego był fakt przeprowadzenia przez członków tej organizacji terrorystycznej egzekucji dwóch amerykańskich dziennikarzy. Uderzyło to w poczucie bezpieczeństwa społeczeństwa amerykańskiego, które

¹ Na temat ISIS zob. Z. Beachamp, *17 things about ISIS and Iraq you need to know*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.vox.com/cards/things-about-isis-you-need-to-know/what-is-isis> (data dostępu: 19.09.2014). Zob. też: T. Otlowski, *Pochód islamistów*, „Polska Zbrojna” nr 10 (2014), s. 82–87; *Gorączka dżihadu*, „Polska Zbrojna” nr 10 (2014), s. 88–91.

zaczęło domagać się bardziej stanowczych i skutecznych działań². Celem działań wojskowych jest wyeliminowanie zagrożenia, jakie stwarza ISIS, nie tylko dla Amerykanów (chodzi też o ewentualne ataki terrorystyczne w przyszłości), ale również dla państw znajdujących się w regionie, jako że ISIS swoimi działaniami uderza nie tylko w chrześcijan, lecz przede wszystkim w muzułmanów³. Tymi działaniami Amerykanie wspierają działania na lądzie podejmowane przez Kurdów, iracką armię, a także syryjską opozycję, jako że wszyscy oni walczą z ISIS⁴. Kilka miesięcy później, pod koniec września USA rozpoczęły także podobne ataki na ISIS na terytorium Syrii. W przemówieniu z dnia 17 września 2014 r. w siedzibie US Central Command na Florydzie prezydent B. Obama podkreślał, że świat jest powiązany i USA, mając potencjał i środki, ponoszą odpowiedzialność za przeprowadzenie w walce z ISIS. Wskazywał, że ponad 40 państw (w tym Australia, Niemcy, Wielka Brytania i Arabia Saudyjska) popiera amerykańskie działania i wejdzie w skład budowanej przez USA koalicji do walki z ISIS⁵.

Podstawowe pytanie, na które postaram się odpowiedzieć w tym artykule, dotyczy uzasadnienia dla amerykańskich nalotów, w tym uzasadnienia prawnego. Zanim jednak odpowiem na to pytanie, muszę pokrótce scharakteryzować normy prawnomiędzynarodowe dotyczące zastosowania siły w stosunkach międzynarodowych.

² 70 proc. Amerykanów popiera ataki lotnicze w Iraku i Syrii. Obama przedstawi plan walki z islamistami, dostępne na stronie internetowej: http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114871,16609653,70_proc_Amerykanow_popiera_ataki_lotnicze_w_Iraku.html (data dostępu: 07.09.2014).

³ Obama: Dla Państwa Islamskiego nie ma miejsca w XXI wieku, „Newsweek”, dostępne na stronie internetowej: <http://swiat.newsweek.pl/egzekucja-jamesa-foleya-irak-isis-barack-obama-newsweek-pl,artykuly,346086,1.html> (data dostępu: 17.09.2014).

⁴ USA walczą z dżihadystami w Iraku i Syrii. Biały Dom do Syryjczyków: Nie wchodźcie nam w drogę, dostępne na stronie internetowej: http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114875,16650557,USA_walcza_z_dzihadystami_w_Iraku_i_Syrii_Bialy_Dom.html (data dostępu: 17.09.2014).

⁵ BBC, Obama: No US combat mission against IS in Iraq, dostępne na stronie internetowej: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29235083> (data dostępu: 18.09.2014).

1. Legalność użycia siły w prawie międzynarodowym

Zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych (KNZ) siły zbrojne można legalnie użyć w dwóch niebudzących większych wątpliwości przypadkach – samoobrony (art. 51 Karty) i na podstawie upoważnienia Rady Bezpieczeństwa ONZ (rozdział VII Karty)⁶.

Art. 51 KNZ stanowi: „Nic w niniejszej Karcie nie może uchybiać niepozbawalnemu prawu do samoobrony indywidualnej lub zbiorowej w przypadku napadnięcia zbrojnej na któregośkolwiek członka Narodów Zjednoczonych, zanim Rada Bezpieczeństwa nie podejmie niezbędnych zarządzeń w celu utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Środki podjęte przez członków w wykonaniu tego prawa do samoobrony będą natychmiast podane do wiadomości Radzie Bezpieczeństwa i w niczym nie mogą uszczuplać władzy i odpowiedzialności Rady Bezpieczeństwa, wynikających z niniejszej Karty, do podejmowania w każdym czasie takiej akcji, jaką ona uzna za niezbędną do utrzymania lub przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”. Z przepisu tego wynikają następujące warunki: musi nastąpić zbrojna napad ze strony jednego państwa na drugie państwo (kontrowersje budzi kwestia możliwości rozciągnięcia tego sformułowania na ataki podejmowane przez aktorów pozapaństwowych, do czego wrócę poniżej w punkcie 2); państwo napadnięte może podjąć kroki w samoobronie aż do momentu, kiedy Rada Bezpieczeństwa niejako przejmie sprawę; należy poinformować Radę o działaniach podjętych w ramach samoobrony. Wśród warunków niewynikających wprost z tekstu KNZ, a stanowiących prawo zwyczajowe, należy wymienić szybki czas reakcji, konieczność i proporcjonalność działań podjętych w samoobronie (tzw. formuła Webstera; sprawa statku *Caroline*)⁷. O szczególnym przypadku samoobrony prewencyjnej wspomnę w punkcie 3.

Jeżeli chodzi o drugi legalny przypadek użycia siły zbrojnej, czyli upoważnienie Rady Bezpieczeństwa do użycia takiej siły, Rada może to uczynić na podstawie rozdziału VII KNZ, w sytuacji stwierdzenia przez nią zagrożenia dla

⁶ Karta Narodów Zjednoczonych z dnia 26 czerwca 1945 r., [w:] Dz. U. z 1947 r., nr 23, poz. 90 z późniejszymi zmianami. Powołując KNZ w dalszej części niniejszego artykułu, będę korzystać z tego źródła.

⁷ J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 458; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2004, s. 686. Szerzej o samoobronie zob. M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Książka i Wiedza, Warszawa 2000, s. 585–588; J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2007, s. 423–425; J. Barcik, T. Srogosz, op. cit., s. 457–465; A. Cassese, *International Law. Second Edition*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 354–366; W. Czapliński, A. Wyrozumska, op. cit., s. 686–694.

pokoju, naruszenia pokoju lub aktu agresji. Akcja ta może obejmować demonstrację, blokadę oraz inne operacje sił zbrojnych. Takie upoważnienie może zostać udzielone państwu, grupie państw lub regionalnej organizacji międzynarodowej⁸. Żaden inny organ ani żadna inna organizacja międzynarodowa nie może użyć siły bez autoryzacji Rady Bezpieczeństwa (naturalnie z wyjątkiem działania w samoobronie, także zbiorowej, jak np. w przypadku działań NATO, które stanowi pakt obrony zbiorowej).

Poza tymi dwoma przypadkami można jeszcze wspomnieć o kontrowersyjnej interwencji humanitarnej oraz koncepcji „odpowiedzialności za ochronę”, która jest w gruncie rzeczy kolejną odsłoną koncepcji interwencji humanitarnej. Interwencja humanitarna podjęta z upoważnienia Rady Bezpieczeństwa nie budzi większych wątpliwości, natomiast budzi je taka interwencja podejmowana jednostronnie bez upoważnienia Rady, w sytuacji, kiedy Rada ta jest zablokowana wetem stałego członka. Pojawia się wtedy pytanie – co zrobić, gdy w jakimś zakątku globu ziemskiego dochodzi do ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości lub czystek etnicznych, a Rada Bezpieczeństwa jest bezczynna?⁹

2. Samoobrona przeciw aktorom pozapaństwowym

Jeżeli chodzi o możliwość użycia siły w samoobronie przeciw aktorom niepaństwowym, w tym organizacjom terrorystycznym, zauważyć należy, że zgodnie z tradycyjnie pojmowanym prawem do samoobrony dotyczyło ono napaści zbrojnej ze strony państwa, jednak w 1945 r. kiedy redagowano tekst KNZ, zagrożenie terroryzmem nie było tak duże ani nagłośnione, stąd takie, a nie inne brzmienie art. 51. W doktrynie zauważa się – zwłaszcza po atakach z 11 września 2001 r. – że nie można państwom odmawiać prawa do samoobrony i użycia

⁸ J. Barcik, T. Srogosz, op. cit., s. 477–486; W. Czapliński, A. Wyrozumska, op. cit., s. 694–704; J. Symonides, *Kilka uwag o prawnomiędzynarodowych podstawach bezpieczeństwa*, [w:] R. Kuźniar, Z. Lachowski (red.), *Bezpieczeństwo międzynarodowe czasu przemian. Zagrożenia – Koncepcje – Instytucje*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa 2003, s. 278–280.

⁹ Na temat interwencji humanitarnej zob. też: J. Zajadło, *Dylematy humanitarnej interwencji. Historia-etyka-polityka-prawo*, Arche s.c., Gdańsk 2005; A. Szpak, *Interwencja humanitarna. Aspekt prawny*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2005; A. Szpak, *Wybrane aspekty prawne interwencji humanitarnej*, „Zeszyty Naukowe Doktorantów. Litwa – Rosja – Ukraina – Polska” 2007, nr 1, s. 86–87; A. Makarewicz, *Interwencja humanitarna czy „odpowiedzialność za ochronę”? Uwagi na temat raportu Międzynarodowej Komisji do spraw Interwencji i Suwerenności Państwowej*, Polski Przegląd Dyplomatyczny, t. 3, nr 2 (2003), s. 71–91.

siły zbrojnej przeciwko terrorystom. Rada Bezpieczeństwa w swoich rezolucjach nr 1368 (2001) i 1373 (2001) wydanych odpowiednio w dniach 12 i 28 września 2001 r. wyraźnie potwierdziła przyrodzone prawo do samoobrony w kontekście ataków z 11 września¹⁰. Na tej podstawie można uznać, że koncepcja samoobrony ulega zmianie i obejmuje obecnie także środki podejmowane przeciwko napaści zbrojnej ze strony organizacji terrorystycznych (a już na pewno, kiedy są podejmowane na taką skalę jak te z 11 września i kiedy pod względem skali i liczby ofiar w zasadzie są porównywalne do napaści zbrojnej państwa)¹¹. Jak zauważa T. M. Franck, powyższe rezolucje były wypadkową bliskości uderzenia i pragmatycznego podejścia Rady Bezpieczeństwa, która zamiast ustalenia jednej ogólnej reguły w tak skomplikowanej materii raczej bierze pod uwagę okoliczności każdego przypadku i na podstawie powagi zdarzenia uznaje, że ofiara napaści może powołać się na prawo do samoobrony wobec ataków aktorów pozapaństwowych¹². To pragmatyczne podejście niekoniecznie zasługuje na pochwałę, jako że nie przyczynia się do wykształcenia jednolitych i przewidywalnych standardów dla wszystkich.

Y. Dinstein w swojej książce *War, Aggression and Self-Defence* wskazywał na orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) potwierdzające prawo do podjęcia środków odwetowych w sytuacji, kiedy państwo właściwe terytorialnie nie podejmuje działań mających na celu wyeliminowanie na swoim terytorium groźby ze strony aktorów niepaństwowych wobec innego państwa. Środki te mogą w razie konieczności obejmować użycie siły zbrojnej. Dla przykładu, w orzeczeniu w sprawie *cieśniny Korfu* z 1949 r. MTS podkreślił, że każde państwo ma obowiązek nie zezwalać świadomie, aby jego terytorium było wykorzystywane do czynności naruszających prawa innych państw, np. państwo nie może pozwalać uzbrojonym bandom lub terrorystom atakować obiektów cywilnych lub celów wojskowych na terytorium innego państwa. Tolerowanie takich działań przez państwo terytorialnie właściwe jest nielegalne¹³. Z kolei w orzeczeniu w sprawie *zakładników amerykańskich w Teheranie* z 1980 r. Trybunał stwierdził, że w sytuacji, kiedy dane państwo jest zobowiązane i –

¹⁰ Zob. preambuły rezolucji 1368 (2001) i 1373 (2001). Rezolucje są dostępne na stronie internetowej: <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/> (data dostępu: 18.09.2014); J. Barcik, T. Srogosz, op. cit., s. 474.

¹¹ Szerzej zob. J. Barcik, T. Srogosz, op. cit., s. 473–476.

¹² T. M. Franck, *Recourse to Force. State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, s. 67.

¹³ Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence, Third Edition*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 214. Orzeczenie w sprawie *cieśniny Korfu* jest dostępne na stronie internetowej: <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php?lang=en>; s. 22 (data dostępu: 19.09.2014).

dysponując odpowiednimi środkami – nie podejmuje działań dla ochrony interesów innego państwa, państwo to ponosi odpowiedzialność wobec państwa poszkodowanego (w tym przypadku Iran wobec USA)¹⁴. Y. Dinstein stwierdza z całą mocą, że bez względu na odpowiedzialność danego państwa, napaść zbrojna na jedno państwo ze strony m.in. terrorystów z terytorium innego państwa stanowi napaść zbrojną uprawniającą do samoobrony. Ataki zbrojne aktorów pozapaństwowych pozostają atakami zbrojnymi, nawet jeśli tylko mają swój początek na terytorium innego państwa, ale nie zostały przeprowadzone przez to państwo. Ten sam autor podkreśla, że jest to sytuacja wyjątkowa w prawie międzynarodowym wymagająca wyjątkowego rozwiązania. W konsekwencji państwo ofiara może wysłać siły zbrojne na terytorium państwa, z którego terroryści zaatakowali, jednak działania państwa broniącego się muszą się ograniczać jedynie do zniszczenia baz terrorystów¹⁵. Y. Dinstein nazywa to *extra-territorial law enforcement*, co można przetłumaczyć jako eksterytorialne egzekwowanie prawa, w tym znaczeniu, że państwo napadnięte wykonuje obowiązki na terytorium innego państwa, obowiązki, które to ostatnie powinno samo wypełnić¹⁶. Jednak M. Kowalski w swojej monografii „Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego” zauważa, że według MTS „konstrukcja prawa do samoobrony znajduje zastosowanie wyłącznie do relacji pomiędzy państwami. W przypadkach, w których działań zbrojnych, w tym aktu terrorystycznego, bezpośrednio dokonuje aktor niepaństwowy, aby odwołać się do odpowiedzi zbrojnej w wykonaniu prawa do samoobrony, konieczne pozostaje przypisanie tych działań danemu państwu”¹⁷. Dla przykładu w opinii doradczej w *sprawie skutków prawnych wzniesienia muru na okupowanych terytoriach palestyńskich* z 2004 r. MTS stwierdził, że prawo do samoobrony ma zastosowanie tylko w relacjach między państwami¹⁸. M. Kowalski proponuje teorię umożliwiającą przypisanie państwu działań aktora niepaństwowego: „działania zbrojne dokonane przez aktora niepaństwowego z terytorium państwa, które nie chce lub

¹⁴ Y. Dinstein, op. cit., s. 214. Orzeczenie w sprawie *amerykańskich zakładników w Teheranie* jest dostępne na stronie internetowej: <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php?lang=en>; paragraf 68 (data dostępu: 19.09.2014).

¹⁵ Y. Dinstein, op. cit., s. 214 i 216.

¹⁶ Ibidem, s. 217.

¹⁷ M. Kowalski, *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego*, Diffin, Warszawa 2013, s. 258.

¹⁸ *Opinia doradcza w sprawie skutków prawnych wzniesienia muru na okupowanych terytoriach palestyńskich, 2004 r.*, paragraf 139 (*Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State*); dostępne na stronie internetowej MTS: <http://www.icj-cij.org/> (data dostępu: 24.01.2015).

nie jest w stanie mu zapobiec, mogłyby być przypisane temu państwu na skutek zaniechania ze strony tego państwa. Zaniechanie to polegałoby [...] na niewypełnieniu przez dane państwo pozytywnego obowiązku powstrzymania aktora niepaństwowego od wykorzystywania terytorium tego państwa do działań o charakterze zbrojnym kierowanym przeciwko innemu państwu. Konstrukcja ta opiera się więc na wyinterpretowaniu z zakazu użycia siły zbrojnej pozytywnego obowiązku państwa¹⁹. Ten sam autor wyjaśnia, że „[j]ednakże pomimo, że państwo będzie odpowiedzialne międzynarodowo za delikt międzynarodowy polegający na niedopełnieniu pozytywnego obowiązku, to odpowiedź zbrojna przeciw niemu w ramach prawa do samoobrony będzie niedopuszczalna, gdyż nie będziemy mieli do czynienia z napaścią zbrojną dokonaną przez to państwo. W konsekwencji, aby prawo do samoobrony mogło być zastosowane, nacisk musi być położony na przypisanie działań zbrojnych aktora niepaństwowego danemu państwu [...]”²⁰. Jak wynika z powyższego, samo tolerowanie obecności aktora niepaństwowego na terytorium państwa nie jest wystarczające dla skorzystania z prawa do samoobrony i użycia w jej ramach siły zbrojnej, podobnie jak przychyłność państwa terytorialnie właściwego czy wsparcie finansowe²¹. O braku wypełnienia wspomnianego pozytywnego obowiązku może świadczyć m.in. brak współpracy państwa, z terytorium którego napaść zbrojna miała miejsce z państwem zaatakowanym²². Podobnie stwierdza W. Czapliński po analizie istotnego orzecznictwa MTS: „w pozytywnym prawie międzynarodowym nie ma żadnych podstaw, aby jakiegokolwiek państwo podejmowało bez zgody Rady Bezpieczeństwa akcję zbrojną na terytorium podległym innemu suwerenowi, jeżeli ów nie jest w stanie zapobiec działaniom ugrupowań zbrojnych lub je toleruje”²³.

3. „Wojna z terroryzmem” i samoobrona prewencyjna

W kontekście regulacji prawnych dotyczących użycia siły oraz zapowiadanych działań w Syrii warto wspomnieć o koncepcji samoobrony prewencyjnej silnie lansowanej przez byłą amerykańską administrację prezydenta G. W. Busha w czasie „wojny z terroryzmem”. W Narodowej Strategii Bezpieczeństwa USA

¹⁹ M. Kowalski, op. cit., s. 259. Szerzej na temat prawa do samoobrony i aktorów niepaństwowych zob.: *ibidem*, s. 203–111.

²⁰ *Ibidem*, s. 203–204.

²¹ Tak też: *ibidem*, s. 236.

²² *Ibidem*, s. 230.

²³ W. Czapliński, *Odpowiedzialność państwa za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2009, s. 49.

z 2002 r. czytamy, że podczas gdy USA będą się starać uzyskać wsparcie społeczności międzynarodowej (innymi słowy ONZ), nie zawahają się one, aby podjąć działania jednostronnie, jeśli będzie to konieczne ze względów samoobrony określonej jako działanie prewencyjne przeciwko terrorystom w celu powstrzymania ich od wyrządzenia krzywdy USA i ich obywatelom²⁴.

Jeżeli chodzi o dopuszczalność takiej samoobrony, czyli obrony podjętej zanim nastąpił atak zbrojny, kwestia jest dyskusyjna, a praktyka niejednolita. Zwolennicy takiej możliwości wskazują na sformułowanie KNZ mówiące o „naturalnym prawie” do samoobrony z art. 51, co ma stanowić odwołanie do zwyczajowego prawa międzynarodowego obowiązującego zanim powstały Narody Zjednoczone i zanim została przyjęta Karta. Przeciwnicy natomiast wskazują, że sformułowania zawarte w KNZ są jasne i nie należy do nich dodawać domniemanego znaczenia, gdyż otworzy to drogę do samowolnych interpretacji oraz pozwoli państwom na określanie legalności lub nie ich działań przez nie same²⁵. Wydaje się, że możliwość samoobrony prewencyjnej można zaakceptować, ale tylko w obliczu nieuchronnego, zagrażającego bezpośrednio ataku zbrojnego na wielką skalę, jeżeli istnienie tego niebezpieczeństwa zostało ponad wszelką wątpliwość udowodnione²⁶. Kontrowersje związane z samoobroną prewencyjną próbowano rozwiązać wprowadzając rozróżnienie na samoobronę „uprzedzającą” (*preventive self-defence*) stosowaną w sytuacji, gdy istnieje zagrożenie atakiem zbrojnym i można przewidzieć jego nastąpienie, i samoobronę „przechwytną” (*preemptive self-defence*), inaczej „powstrzymującą”, która ma miejsce, gdy atak jest bliski i nieuchronny. Dopuszczalny jest tylko drugi z wymienionych typów samoobrony²⁷. Należy się zgodzić z J. Sandorskim, który pisze, że samoobrona prewencyjna jest dopuszczalna tylko przy spełnieniu dwóch podstawowych warunków: „samoobrona została podjęta w związku z bezpośrednio zagrażającą ze strony innego państwa napaścią zbrojną na wielką skalę, a na istnienie tego zagrożenia udało się zgromadzić nie budzące najmniejszych wątpliwości dowody”²⁸. A. Cassese dodaje m.in. obowiązek już po podjęciu działań zbrojnych

²⁴ *The National Security Strategy of the United States of America, September 2002*, s. 6, dostępne na stronie internetowej: <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (data dostępu: 30.09.2014).

²⁵ Tak: A. Krzeczunowicz, *Wojna prewencyjna. Nowa doktryna wojenna czy echo przeszłości?*, „Sprawy Międzynarodowe” nr 3 (2005), s. 98–99.

²⁶ Tak: M. N. Shaw, op. cit., s. 587–588. Zob. też: A. Cassese, op. cit., s. 362–363.

²⁷ Ibidem, s. 587; zob. również: J. Barcik, *Koncepcja samoobrony w prawie międzynarodowym w dobie „wojny z terroryzmem”*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” nr 1 (2003), s. 99–105.

²⁸ J. Sandorski, *Opieka konsularna a opieka nad jeńcami wojennymi w świetle sprawy kombatantów afgańskich*, [w:] J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czechko-Durlak

w ramach samoobrony prewencyjnej zgłoszenia tego Radzie Bezpieczeństwa, a po zakończeniu walk przedstawienia przekonujących dowodów na to, że gdyby samoobrona nie została wykonana, państwo stałoby się ofiarą zbrojnego ataku. Państwo musi również poddać się ocenie Rady Bezpieczeństwa, a jeśli jest stałym członkiem Rady, powinno powstrzymać się od skorzystania z prawa weta. Gdyby w tym względzie zaistniał spór, państwo powinno zgodzić się na poddanie arbitrażowi lub koncyliacji, jeśli poprosi o to Rada Bezpieczeństwa. Wreszcie, gdyby się okazało, że nie było podstaw do samoobrony prewencyjnej, dane państwo powinno wypłacić odszkodowanie państwu niesłusznie zaatakowanemu²⁹.

„W świetle samoobrony prewencyjnej rozpatrywane były przypadki działań zbrojnych Pakistanu w Kaszmirze w 1948 r. podjętych w celu zapobieżenia koncentracji wojsk indyjskich, ograniczenie przez Egipt tranzytu towarów izraelskich przez Kanał Sueski w 1951 r. usprawiedliwiane prawem do samoobrony, nalot Izraela na reaktor Osiraq w Iraku w 1981 r. czy ofensywa Izraela w 1967 r.”³⁰ Najnowszym przykładem powołania się przez państwo na prawo do samoobrony prewencyjnej jest przykład USA w Iraku (2003 r.). W tym jednak przypadku mamy do czynienia z zabronioną przez prawo międzynarodowe interwencją zbrojną. Nie zostały spełnione warunki uprawniające do powołania się na prawo do samoobrony prewencyjnej³¹.

Warto przyrzeć się temu przypadkowi dokładniej. W marcu 2003 r. doszło do akcji zbrojnej wobec członka ONZ – Iraku, która postawiła przed społecznością międzynarodową trudny do rozwiązania problem. USA powoływały się na doktrynę wojny prewencyjnej, ale nawet jeżeli zostanie zaakceptowana możliwość prewencyjnej samoobrony, to aby się na nią powołać, należy spełnić odpowiednie wymogi. USA twierdziły, że Irak posiadał ogromne zasoby broni masowego rażenia oraz wspierał międzynarodowy terroryzm; oskarżeń tych nie udało się jednak potwierdzić odpowiednimi dowodami do dzisiaj, wręcz przeciwnie, wydaje się, że istnieją informacje potwierdzające stanowisko przeciwnie

(red.) *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2004, s. 380. O samoobronie prewencyjnej zob. też: D. McGoldrick, *From ‘9–11’ to ‘the Iraq War 2003’. International Law in an Age of Complexity*, Hart Publishing, Oxford and Portland 2004, s. 47–86.

²⁹ A. Cassese, op. cit., s. 363.

³⁰ W. Czapliński podaje natomiast trzy przykłady zaistnienia w praktyce samoobrony prewencyjnej: blokada Kuby przez USA w latach 1962–1963, wspomniany atak Izraela z 1967 r. i uderzenie lotnicze na Osiraq z 1981 r.; zobacz: *Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” nr 1 (2004), s. 27.

³¹ Na temat samoobrony prewencyjnej zobacz: R. A. Falk, *What Future for the UN Charter System of War Prevention?*, „American Journal of International Law” nr 9 (2003), s. 590–598; M. Sapiro, *Iraq: The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense*, „American Journal of International Law” nr 97 (2003), s. 599–607.

(brak dowodu na związki S. Husseina z Al Kaidą, nieudane poszukiwania broni masowego rażenia)³². Jako uzasadnienie ataku na Irak podawano także rezolucję Rady Bezpieczeństwa (RB) nr 1441 (2002)³³, ale rezolucja ta nie upoważniała do użycia siły zbrojnej. Następnie USA powoływały się na doktrynę interwencji humanitarnej, ale w tym przypadku również nie zostały spełnione wymogi uprawniające do jej dokonania (nawet jeżeli uzna się prawo do jednostronnej interwencji w ekstremalnych przypadkach). Próbowano również tworzyć dość karkołomne koncepcje odwołujące się do rezolucji RB nr 678 (1990) z 29 listopada 1990 r. i 687 (1991) z 3 kwietnia 1991 r. Rezolucja 678³⁴ upoważniała państwa do zastosowania wszystkich koniecznych środków (*all necessary means*), włączając w to użycie siły, w celu implementacji rezolucji 660(1990) i wszystkich następnych dotyczących Iraku i przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa w regionie, w sytuacji gdy Irak do dnia 15 stycznia 1991 r. nie zastosuje się do rezolucji go dotyczących. Natomiast rezolucja 687³⁵, przyjęta już po wyzwoleniu Kuwejt, nakładała na Irak obowiązek zniszczenia broni biologicznej i chemicznej i wszelkich środków do jej produkcji, jak również zakaz pozyskiwania i rozwijania broni nuklearnej. Rezolucja postanawia także o utworzeniu komisji, która miała przeprowadzić inspekcje w Iraku w celu sprawdzenia jak wywiązuje się on ze swoich obowiązków. Wymienione rezolucje próbowano tak zinterpretować, aby znaleźć uzasadnienie dla amerykańskiej inwazji³⁶. Według autorów takich koncepcji, skoro Irak nie wypełniał obowiązków dotyczących broni biologicznej, chemicznej i jądrowej, czyli innymi słowy nie stosował się do rezolucji 687 (która jest często określana jako rozejm), to USA miały prawo użyć siły zbrojnej na podstawie rezolucji 678, ponieważ upoważniała ona do użycia wszystkich koniecznych środków w celu implementacji rezolucji 660 i wszystkich następnych. Na tej podstawie brak wyraźnego upoważnienia do użycia siły w rezolucji 1441 nie stanowił przeszkody. Jednak jest to błędne

³² Zob. J. Nazarkin, *Nowe-stare zagrożenia: emocje i trzeźwa analiza*, [w:] R. Kuźniar, Z. Lachowski (red.), *Bezpieczeństwo międzynarodowe czasu przemian. Zagrożenia – Koncepcje – Instytucje*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa 2003, s. 110.

³³ Tekst rezolucji dostępny na stronie internetowej: [http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/\(data dostępu: 18.09.2014\)](http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/(data%20dost%C4%99pu:18.09.2014)).

³⁴ Tekst rezolucji dostępny na stronie internetowej: [http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/\(data dostępu: 18.09.2014\)](http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/(data%20dost%C4%99pu:18.09.2014)).

³⁵ Tekst rezolucji dostępny na stronie internetowej: [http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/\(data dostępu: 18.09.2014\)](http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/(data%20dost%C4%99pu:18.09.2014)).

³⁶ M.in. R. Wedgwood, *The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defence*, „American Journal of International Law” nr 97 (2003), s. 576–585; W. H. Taft i Todd F. Buchwald, *Preemption, Iraq and International Law*, „American Journal of International Law” nr 97 (2003), s. 557–563.

rozumowanie, gdyż co prawda rezolucja 678 upoważniała do użycia siły w celu implementacji rezolucji 660 i następnych, ale zwrot „następne” należy rozumieć jako te rezolucje, które zostały przyjęte do momentu przyjęcia rezolucji 678. Nie można z takiego sformułowania wywodzić upoważnienia do użycia siły w bliżej nieokreślonej przyszłości i warunkach; innymi słowy nie można traktować takiego sformułowania jako upoważnienia do użycia siły w celu implementacji nieokreślonych rezolucji, które zostaną przyjęte w przyszłości. Nie może upoważniać do użycia siły w gruncie rzeczy „skonsumowana” już rezolucja 678³⁷. Należy więc stanowczo stwierdzić, że w przypadku Iraku mieliśmy do czynienia z zakazaną przez prawo międzynarodowe interwencją militarną, a nie samoobroną prewencyjną³⁸. Czy w omawianym przypadku ataków na ISIS USA również mogą się powołać na prawo do samoobrony, włączając w to samoobronę prewencyjną?

4. Uzasadnienie prawne amerykańskich ataków na terytorium Iraku i Syrii

4.1. Amerykańskie zasady użycia siły w operacjach antyterrorystycznych podejmowanych poza terytorium USA (2013)

W maju 2013 r. zostały opublikowane *U. S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force in Counterterrorism Operations Outside the United States and Areas of Active Hostilities* (dalej: amerykańskie Standardy i Procedury), które zacierają rozróżnienie między stanem wojny i pokoju i odchodzą od klasycznie pojmowanych zasad dotyczących użycia siły w stosunkach międzynarodowych. Standardy i Procedury w zakresie użycia siły śmiertelnej przez USA zostały określone w sposób następujący:

³⁷ W. Czapliński stwierdza, że „upoważnienie do użycia siły na podstawie rezolucji 678 wygasło wraz z uchwaleniem rezolucji 687”; więcej na ten temat: W. Czapliński, *Interwencja w Iraku...*, s. 22.

³⁸ Zob. T. J. Farer, *The Prospect for International Law and Order in the Wake of Iraq*, „American Journal of International Law” nr 97 (2003), s. 621–628; T. M. Franck, *What Happens Now? The United Nations After Iraq*, „American Journal of International Law” nr 97 (2003), s. 607–620; J. E. Stromseth, *Law and Force After Iraq: A Transitional Moments*, „American Journal of International Law” nr 97 (2003), s. 628–642; J. Yoo, *International Law and the War In Iraq*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 145, dostępne na stronie internetowej: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=492002 (data dostępu: 19.09.2014); K. Roth, *War in Iraq: Not a Humanitarian Intervention*, [w:] *Human Rights Watch World Report 2004*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.hrw.org/legacy/wr2k4/3.htm> (data dostępu: 19.09.2014); P. Shiner, W. Williams (red.), *The Iraq War and International Law*, Hart Publishing, Oxford i Portland 2008.

- Musi zaistnieć podstawa prawna dla użycia siły śmiertelnej, co obejmuje konieczność wyeliminowania wyższych przywódców operacyjnych organizacji terrorystycznych lub siły, które ta organizacja wykorzystuje lub zamierza wykorzystać do przeprowadzenia ataków terrorystycznych;
- USA użyją siły śmiertelnej jedynie przeciwko celowi, który stanowi ciągłe i bliskie zagrożenie (*continuing imminent threat*) dla obywateli USA. Nie wszyscy terroryści stanowią takie zagrożenie;
- Dodatkowe warunki muszą zostać spełnione, zanim zostanie podjęte śmiertelne działanie:
 1. Bliska pewność (*near certainty*), że terrorysta jest obecny w atakowanym miejscu;
 2. Bliska pewność, że nie-kombatanci nie zostaną zranieni ani zabici;
 3. Ocena, że schwytanie terrorysty nie jest możliwe (wykonalne);
 4. Ocena, że odpowiednie władze rządowe państwa, w którym działanie ma być przeprowadzone, nie mogą lub nie chcą skutecznie odpowiedzieć na zagrożenie dla amerykańskich obywateli;
 5. Ocena, że nie istnieją żadne inne alternatywy skutecznego porażenia sobie z zagrożeniem dla obywateli USA;
 6. Za każdym razem, kiedy USA używają siły na terytoriach innych państw, zasady prawa międzynarodowego, włączając w to poszanowanie suwerenności i prawa konfliktów zbrojnych, nakładają na USA poważne ograniczenia na zdolność do działania jednostronnego i w zakresie użycia siły. USA szanuje suwerenność innego państwa i prawo międzynarodowe³⁹.

Te regulacje mają zastosowanie do działań USA podejmowanych poza terytorium USA i poza obszarem aktywnych działań zbrojnych. Mają one zastosowanie do tzw. *targeted killings* (selektywnej eliminacji), czyli eliminowania pojedynczych osób podejrzanych o terroryzm, lecz z tytułu wynika, że także do bardziej ogólnych operacji antyterrorystycznych przeprowadzanych poza USA. Godne pochwały jest umieszczenie wymogu ujęcia przed zabiciem, ale generalnie w dokumencie tym doszło do znacznego pomieszania pojęć i porządków prawnych. Amerykańskie Standardy i Procedury posługują się językiem międzynarodowego

³⁹ *Fact Sheet: U. S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force in Counterterrorism Operations Outside the United States and Areas of Active Hostilities*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/fact-sheet-us-policy-standards-and-procedures-use-force-counterterrorism> (data dostępu: 17.09.2014).

prawa konfliktów zbrojnych (na przykład używając pojęcia kombatanta), ale z drugiej strony określają warunki użycia siły charakterystyczne dla samoobrony (a więc dla legalności użycia siły w stosunkach międzynarodowych). Mimo używanego języka sam tytuł wskazuje, że reguły te mają zastosowanie poza konfliktem zbrojnym (a więc do potencjalnie Syrii, bo USA nie są w stanie konfliktu zbrojnego z Syrią). Zwłaszcza wymóg oceny, że odpowiednie władze rządowe kraju, w którym działanie ma być przeprowadzone, „nie mogą lub nie chcą skutecznie odpowiedzieć na zagrożenie dla amerykańskich obywateli”, zaciera różnicę między prawem do użycia siły a prawem, które ma zastosowanie, kiedy do tego pierwszego już doszło i mamy do czynienia z konfliktem zbrojnym⁴⁰. To pomieszczenie terminologiczne jest zapewne efektem tego, że procedury te dotyczą zarówno użycia siły przeciwko pojedynczym osobom, organizacjom terrorystycznym, jak i państwom chroniącym lub wspierającym terrorystów.

Zakładając jednak, że zasady te mają zastosowanie dla uzasadnienia legalności użycia siły na terytorium Iraku i Syrii, a w zasadzie tylko Syrii, gdyż Irak wyraził zgodę na amerykańskie ataki powietrzne, należy się przede wszystkim skupić na warunku określonym jako: „odpowiednie władze rządowe państwa, w którym działanie ma być przeprowadzone, nie mogą lub nie chcą skutecznie odpowiedzieć na zagrożenie dla amerykańskich obywateli” oraz że takie działanie musi być środkiem ostatecznym. Zanim jednak przejdę do analizy tego warunku, chciałabym tylko pokrótce zaznaczyć, że ataki powietrzne na terytorium Iraku co do zasady nie budzą kontrowersji i są zgodne z prawem międzynarodowym, gdyż Irak wyraził na nie zgodę, a na lądzie iracka armia oraz Kurdowie wspomagają i uzupełniają amerykańskie działania⁴¹. W konsekwencji,

⁴⁰ Na ten temat zob. K. J. Heller, *The US's Retreat from IHL (or, the Triumph of Ryan Goodman)*, blog Opinio Juris, dostępne na stronie internetowej: <http://opiniojuris.org/2013/05/24/obamas-retreat-from-ihl-or-the-triumph-of-ryan-goodman/>; D. Pearlstein, *One of the Things We Learned About Targeting*, blog Opinio Juris, dostępne na stronie internetowej: <http://opiniojuris.org/2013/05/24/one-of-the-things-we-learned-about-targeting/> (data dostępu: 18.09.2014).

⁴¹ O zgodzie Iraku można przeczytać m.in. w: *USA walczą z dżihadystami w Iraku i Syrii. Białe Dom do Syryjczyków: Nie wchodźcie nam w drogę*, dostępne na stronie internetowej: http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114875,16650557,USA_walcza_z_dzihadystami_w_Iraku_i_Syrii__Bialy_Dom.html; *Full Text: House of Commons Motion on ISIS for Debate Tomorrow and Accompanying Summary of the Legal Position*, Just Security, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/15586/full-text-house-commons-motion-isis-debate-tomorrow-accompanying-aummary-legal-position/> (data dostępu: 26.09.2014). W tym ostatnim przypadku mowa jest o liście ministra spraw zagranicznych Iraku z dnia 20 września 2014 r. do przewodniczącego Rady Bezpieczeństwa ONZ, w którym minister prosił o dodatkowe wsparcie w walce z ISIS i ponownie wyrażał zgodę na amerykańskie ataki lotnicze.

amerykańskie naloty nie naruszają suwerenności ani integralności terytorialnej Iraku.

4.2. Syria nie może lub nie chce skutecznie odpowiedzieć na zagrożenie dla amerykańskich obywateli?

Amerykanie uzasadniają swoje przyszłe ataki powietrzne na ISIS w Syrii niemożliwością lub niechęcią władz Syrii do skutecznego wyeliminowania zagrożenia ze strony ISIS, które kontroluje część syryjskiego terytorium (podobnie zresztą jak irackiego) w kombinacji z powołaniem się na prawo do samoobrony (zwłaszcza obywateli amerykańskich, ale również terytorium USA przed potencjalnymi atakami terrorystycznymi). W przywoływanych wyżej Standardach i Procedurach stwierdzono, że ataki mogą być podejmowane jedynie przeciwko celowi, który stanowi ciągłe i bliskie zagrożenie dla obywateli amerykańskich. To wyraźnie stawia na porządku dziennym kwestię samoobrony, w dosłownym ujęciu prewencyjnej, jako że wystarczy samo zagrożenie – ciągłe i bliskie. Oznacza to niewątpliwie połuźnienie rygoru z art. 51 KNZ, który wspomina o napaści zbrojnej, a nie jedynie ciągłym i bliskim zagrożeniu. Z drugiej strony można uznać, że do napaści na amerykańskich obywateli już doszło (dwójka zabitych dziennikarzy).

Pytanie, które należy postawić, brzmi: czy ten fakt wraz z grożącym na większą skalę atakiem terrorystycznym może stanowić wystarczające uzasadnienie dla ataków powietrznych na terytorium Syrii? Aby jednak odpowiedzieć na to pytanie, należy jeszcze wziąć pod uwagę czynnik niemożliwości lub niechęci Syrii do podjęcia skutecznych działań przeciwko ISIS, które – jak wiadomo – jest aktorem niepaństwowym. Można uznać, że w wydaniu amerykańskim test niemożliwości lub niechęci stanowi warunek wstępny do powołania się na prawo do samoobrony i to przeciwko aktorom niepaństwowym. Na wstępie należy zauważyć, że sam test jest bardzo kontrowersyjny i nie uwzględnia go prawo międzynarodowe, a ponadto nie została sprecyzowana jego treść i nie bardzo wiadomo, co oznacza, że państwo „nie chce” lub „nie może” podjąć odpowiednich działań⁴².

Uznając zastosowanie tego testu do ataków powietrznych na terytorium Syrii, podstawowe pytanie brzmi: czy rzeczywiście władze Syrii nie są w stanie lub nie chcą skutecznie odpowiedzieć na zagrożenie ze strony ISIS? Spełnienie tego testu wydaje się dość trudne, przede wszystkim dlatego, że Syria zapowiedziała, że będzie współpracować z USA w walce z ISIS, a każdy atak, który nie

⁴² R. Goodman, blog Just Security, *International Law – and the Unwilling and Unable Test – for US Military Operations In Syria*, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/14949/international-law-unwilling-unable-test-military-operations-syria/> (data dostępu: 18.09.2014).

zostanie skoordynowany z rządem Syrii, zostanie uznany za agresję⁴³. Z jednej więc strony trudno uznać, że Syria nie chce walczyć z ISIS (a więc drugi człon testu nie zostałby spełniony), a z drugiej w sytuacji podjęcia przez USA ataków bez uzgodnienia Syria ma prawo reagować jako suweren sprawujący zwierzchnictwo terytorialne. Niektórzy komentatorzy uznają, że Syria wyraziła chęć współpracy tylko pozornie i w gruncie rzeczy nie zamierza skutecznie odpowiadać na zagrożenie ze strony ISIS, a to powoduje, że tak naprawdę nie chce reagować i test wyżej wspomniany zostanie spełniony. Są to jednak tylko spekulacje opierające się na przypuszczeniach co do złej woli B. Assada. Można też uznać, że syryjski wywiad i wojsko będą obniżać skuteczność amerykańskich działań. W konsekwencji można uznać, że pomimo deklaracji chęci współpracy w rzeczywistości Syria jest niezdolna do skutecznej reakcji, a to oznacza spełnienie pierwszego członu testu – niemożliwości⁴⁴. Wydaje się jednak, że chęć współpracy wyrażona przez Syrię ma w tym kontekście duże znaczenie. Jeżeli państwo, na terytorium którego znajduje się źródło zagrożenia, dobrowolnie i rzeczywiście zadeklarowało gotowość współpracy w walce z tym zagrożeniem i – jak się wydaje – ma skuteczne narzędzia do tego – to nie można uznać, że takie państwo nie chce skutecznie odpowiedzieć na zagrożenie dla obywateli amerykańskich. Jak zostało wskazane, nie można używać siły w samoobronie przeciwko państwu, z którego terytorium nastąpiła zbrojna napaść (jeżeli za takową uznamy atak na amerykańskich obywateli oraz bliską i nieuchronną groźbę ataków ze strony ISIS na terytorium USA) bez przypisania działań zbrojnych, stanowiących napaść, Syrii. Dlatego też w tym kontekście chęć współpracy ze strony Syrii ma istotne znaczenie, gdyż może świadczyć o realizowaniu zaproponowanego przez M. Kowalskiego pozytywnego obowiązku Syrii powstrzymania zbrojnych ataków ze strony ISIS podejmowanych ze swojego terytorium. Jeżeli USA z innych względów nie chcą współpracować z reżimem Assada, to zupełnie inna kwestia, która nie ma nic wspólnego z efektywnością syryjskich działań militarnych⁴⁵. W rezultacie USA nie mogą zaprzeczać istnieniu po stronie Syrii woli współpracy i w ramach samoobrony atakować jej terytorium bez jej zgody i konsultacji w zakresie podejmowanych ataków powietrznych. Należy również podkreślić, że zgodnie z amerykańskimi Standardami i Procedurami z 2013 r. USA muszą stwierdzić, że nie istnieją żadne inne alternatywy skutecznego poradzenia sobie

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem. Zob. też: M. Lewis, *What Does the „Unwilling or Unable” Standard Mean in the Context of Syria?*, blog Just Security, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/14903/unwilling-unable-standard-context-syria/> (data dostępu: 18.09.2014).

⁴⁵ R. Goodman, *International Law – and the Unwilling...* (data dostępu: 18.09.2014).

z zagrożeniem dla własnych obywateli i w zasadzie dać możliwość państwu terytorialnie właściwemu, tj. Syrii, do samodzielnego powstrzymania wykorzystywania jego terytorium do przeprowadzania ataków terrorystycznych. M. Lewis uważa, że Syria nie jest w stanie kontrolować swojego terytorium, a w konsekwencji podejmować skutecznych działań przeciwko ISIS, a więc człon braku możliwości podjęcia działań zostałyby spełnione. Jednak jak słusznie zauważa J. Horowitz, „jeśli USA uważają, że mogą pokonać zagrożenie ze strony ISIS na terytorium, którego nie kontrolują, to dlaczego niezdolność Syrii do kontrolowania tego samego terytorium miałyby oznaczać, że nie może ona także pokonać tego samego zagrożenia? A jeżeli Syria byłaby w stanie pokonać zagrożenie bez kontrolowania terytorium, to dlaczego miałyby utracić swoje suwerenne prawa?”⁴⁶. Na świecie jest wiele, zbyt wiele, miejsc na terytoriach poszczególnych państw, których te państwa nie kontrolują i zastosowanie testu niemożliwości lub niechęci reagowania na zagrożenie oznaczałoby podważenie zasady suwerenności i podejmowanie przez państwa powołujące się na ten test działań zbrojnych na terytorium innych państw bez ich zgody. Dziś powołują się na niego USA, ale jutro mogą na przykład Chiny lub Iran. Nawet jeżeli uznamy, że – mimo deklaracji – Syria nie jest w stanie (nie może) skutecznie zareagować na zagrożenie ze strony ISIS, nie oznacza to, że tę deklarację współpracy można po prostu zignorować. USA powinny negocjować warunki współpracy z Syrią i określić je w drodze wzajemnego porozumienia. Nawet jeśli sojusz z B. Assadem przeciwko ISIS miałby być krótkotrwały, to cel jest tego warty – pokonanie wspólnego i bardzo groźnego wroga. P. Sasnal również stwierdza, że „jakaś forma współpracy z reżimem Al-Asada w Syrii jest konieczna, by zwalczyć Państwo Islamskie. Możliwe, że dżihadystów w Syrii nie uda się pokonać jedynie z pomocą syryjskiej opozycji, bo jest ona słaba i skłócona wewnętrznie. Tym samym Al-Asad wydaje się mniejszym złem”⁴⁷.

Podsumowując, w przypadku Iraku nie ma wątpliwości, że ataki powietrzne na ISIS na jego terytorium są zgodne z prawem międzynarodowym, gdyż Irak wyraził na to zgodę. Sytuacja wygląda inaczej w przypadku Syrii, gdyż państwo to takiej zgody nie wyraziło. Zadeklarowało chęć współpracy z USA, lecz ataki powietrzne mają być podejmowane po uzgodnieniu z władzami Syrii. Ta deklaracja utrudnia Amerykanom powołanie się na test, zgodnie z którym Syria „nie może lub nie chce” odpowiedzieć skutecznie na zagrożenie ze strony ISIS (jako elementu samoobrony). Chęć i gotowość Syrii jest bowiem wyraźna, problemem

⁴⁶ J. Horowitz, *Does the Unwilling/Unable Test Hang on Territorial Control?: A Response to Micheal Lewis*, blog Just Security, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/14953/unwillingunable-test-hang-territorial-control-response-michael-lewis/> (data dostępu: 18.09.2014).

⁴⁷ *Gorączka dżihadystów...*, s. 91.

jest niechęć USA do reżimu B. Assada. Zdaniem USA, skoro Syria nie jest w stanie poradzić sobie z zagrożeniem dla amerykańskich obywateli mającym swoje źródło na jej terytorium, to same USA mają prawo do obrony własnych obywateli oraz samoobrony prewencyjnej i podjęcia w jej ramach ataków powietrznych. Jednak groźba ataków terrorystycznych ze strony ISIS na terytorium USA jest póki co zbyt odległa i nieokreślona, żeby w grę wchodziło prawo do samoobrony prewencyjnej w czystej postaci.

Kolejnym argumentem, na który USA się powołują, jest samoobrona zbiorowa również w kombinacji z testem niemożności lub braku chęci podjęcia skutecznych kroków przeciwko ISIS⁴⁸. ISIS z całą pewnością przeprowadza ataki na Irak i ataki te są częściowo planowane i przeprowadzane z terytorium Syrii, tak więc precyzyjna reakcja zbrojna w ramach samoobrony zbiorowej jest dopuszczalna, a Amerykanie nie potrzebują specjalnej zgody od rządu Assada⁴⁹. Argument ten można uznać za silny, gdyż prawo do pomocy ze strony innych państw w ramach samoobrony zbiorowej jest ze wszech miar legalne i uzasadnione. Jednak nie można zignorować chęci i gotowości współpracy ze strony Syrii – mimo wszystko suwerena – która chce i może skutecznie odpowiedzieć na zagrożenie dla obywateli amerykańskich ze strony ISIS. W zakresie samoobrony prewencyjnej stanowisko amerykańskie nie znajduje więc prawnego uzasadnienia, natomiast w zakresie samoobrony zbiorowej można uznać, że tak. Naturalnie trudno zupełnie potępić amerykańskie działania, szkoda jednak, że władze USA nie przywiązują większej wagi do dokładnego, wiarygodnego i starannego wyjaśnienia podstawy prawnomiędzynarodowej swoich działań. Przydałoby to ich działaniom właśnie większej wiarygodności i pozwoliło zyskać jeszcze szersze poparcie.

5. Względy polityczno-militarne

Poza prawnym uzasadnieniem kilku słów komentarza wymagają względy pozaprawne, a mianowicie polityczno-wojskowe. Jak już zostało wspomniane, USA przeprowadzają ataki powietrzne w Iraku i Syrii, kierując się przede wszystkim

⁴⁸ Zob. *List ambasador USA przy ONZ S. Power do Sekretarza Generalnego ONZ*: <http://justsecurity.org/15436/war-powers-resolution-article-51-letters-force-syria-isil-khorasan-group/> (data dostępu: 26.09.2014). Zob. też: J. Daskal, *Strikes in Syria: The International Law Framework*, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/15479/strikes-syria-international-law-framework-daskal-deeks-goodman/> (data dostępu: 26.09.2014).

⁴⁹ J. Paust, *Of Course It's a War, and It Is Lawful*, JURIST - Academic Commentary, September 20, 2014, dostępne na stronie internetowej: <http://jurist.org/academic/2014/09/jordan-paust-war-lawful> (data dostępu: 26.09.2014).

koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa sobie i swoim obywatelom, także za granicą. W chwili pisania tego artykułu członkowie ISIS zabili m.in. czterech zakładników – Amerykanina S. Sotloff, dwóch Brytyjczyków J. Foley i D. Haynesa oraz Francuza H. Gourdel (tego ostatniego zabiła grupa powiązana z ISIS w Algierii)⁵⁰. Wyeliminowanie zagrożenia ze strony ISIS, grupy terrorystycznej, silnie motywowanej religijnie pozwoli zapobiec atakom terrorystycznym z jej strony. Ataki te grożą na skalę lokalną, ale w przyszłości mogą również na skalę globalną, jeśli nie powstrzyma się rozwoju tej organizacji. Walka z taką organizacją jak ISIS jest utrudniona właśnie przez fanatyzm jej członków, którzy chcą zniszczyć cały świat zachodni i są przekonani o swojej wyższości nad przeciwnikami, nad innowiercami. Jak zauważa M. Madej, „dla współczesnych terrorystów islamskich ich działalność, służąc przywróceniu islamowi jego prawdziwej (w ich opinii) postaci, stanowi przejaw dążeń wszystkich społeczności muzułmańskich, niezależnie od ich etnicznego zróżnicowania”⁵¹. Grupy te dążą do narzucania swojej religii reszcie świata lub wyeliminowania wroga.

Nie mniej istotne jest zapewne poczucie bezpieczeństwa wśród Amerykanów, ale niewątpliwie pokonanie ISIS wpłynie na poprawę poczucia bezpieczeństwa mieszkańców szeroko rozumianego świata zachodniego. Działania USA mogą się także przyczynić do zwiększenia bezpieczeństwa i stabilności w regionie, a to – ze względu na wspomniane już powiązania (nici współpracy i integracji) między państwami z różnych regionów – przełoży się na poprawę bezpieczeństwa globalnego. Nie bez znaczenia pozostaje poprawa jakości życia społeczeństw bezpośrednio zagrożonych przez ISIS w Iraku i Syrii i innych państwach regionu. Poza samym poczuciem bezpieczeństwa, w ich przypadku bezpieczeństwo to poprawi się realnie, w jego fizycznym aspekcie. W krajach tych panuje wręcz katastrofa humanitarna – osoby cywilne (sunnici, chrześcijanie, jazydzi) są zabijane i zmuszane do opuszczania własnych domów.

Naturalnie działania amerykańskie nie są wolne od różnych wyzwań. Przede wszystkim należy się zastanowić, czy same ataki powietrzne wystarczą i czy z czasem nie okaże się, że USA będą jednak musiały wysłać wojska lądowe, co z kolei może grozić długoterminowym ponownym zaangażowaniem się w konflikty zbrojne w Iraku i/lub Syrii. Prezydent B. Obama co prawda wyraził nieznacznie, że Amerykanie nie wyślą wojsk lądowych⁵². Jednak ataki lotnicze

⁵⁰ *Absolutne zło atakuje*, „Forum” nr 20 (2014), s. 38–42.

⁵¹ M. Madej, *Zagrożenia symetryczne bezpieczeństwa państw obszaru transatlantyckiego*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa 2007, s. 148.

⁵² BBC, *Obama: No US combat mission against IS in Iraq*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29235083> (data dostępu:

doprowadzą do zniszczenia sprzętu i zdolności organizacyjnych ISIS, innymi słowy osłabiają przeciwnika, lecz go nie zniszczą. To wymagać będzie działań na lądzie.

W przemówieniu z 17 września 2014 r. na Florydzie B. Obama wspomniał o poparciu dla USA ponad 40 państw, lecz nie podał zbyt wielu szczegółów współpracy z nimi. Liczba ta obejmuje kraje, które zobowiązały się pomóc militarnie i niemilitarnie, w tym te państwa, które biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w Iraku lub Syrii. Co do zasady, USA mają większe problemy z uzyskaniem wsparcia w przeprowadzaniu nalotów na Syrię, gdyż wiele państw podnosi wątpliwości w zakresie prawnego uzasadnienia tych ataków. Na chwilę obecną wiemy, że Francja i W. Brytania oraz państwa muzułmańskie, takie jak Arabia Saudyjska, Bahrajn, Katar czy Zjednoczone Emiraty Arabskie, również przeprowadzają naloty. Działania Francji i W. Brytanii dotyczą jednak tylko Iraku, choć francuski minister spraw zagranicznych wspomniał o możliwości rozszerzenia ataków na Syrię. Ataki lotnicze rozważa także Holandia, lecz państwo to zastrzegło, że ataki takie będą ograniczone do Iraku⁵³. Dużym utrudnieniem jest także fakt praktycznego rozpadu irackiej armii, więc pojawia się pytanie, kogo szkolić, z kim współpracować? Same USA mogą z kolei obawiać się odwetowych działań, w tym w stosunku do własnych obywateli za granicą. Problemem jest także fakt udziału w walkach po stronie ISIS obywateli USA, Francji czy W. Brytanii. Jak zauważa P. Sasnal, „Międzynarodowe Centrum Studiów nad Radykalizacją i Przemocą Polityczną w Londynie oszacowało, że do końca 2013 roku do Syrii wyjechało dwa tysiące mężczyzn z Europy”⁵⁴. Osoby te mogą wracać do swoich krajów i stanowić zagrożenie na miejscu. Dla przykładu do Francji wróciło z Syrii 189 dżihadystów⁵⁵. Zagrożenie to nie jest jedynie hipoteczne, gdyż w maju 2014 r. francuski obywatel algierskiego pochodzenia, który

18.09.2014). Zob. doniesienia przeciwne: J. Reed, *Hegel and Dempsey Won't Rule Out Possibility of U.S. Ground Combat Troops in Iraq*, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/15088/hagel-dempsey-rule-possibility-american-ground-combat-troops-iraq/?print> (data dostępu: 18.09.2014).

⁵³ Zob. *Islamic State crisis: US hits IS oil targets in Syria*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29357934>; *Syria: US begins air strikes on Islamic State targets*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29321136>; R. Goodman, *Australia, France, Netherlands Express Legal Reservations about Airstrikes in Syria [Updated]*, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/15545/australia-france-netherlands-express-legal-reservations-airstrikes-syria/> (data dostępu: 26.09.2014).

⁵⁴ *Gorączka dżihadu...*, s. 90.

⁵⁵ Zob. K. Eichensehr, *French Prime Minister's Statement on Action Against ISIL*, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/15671/french-prime-ministers-statement-action-isil/> (data dostępu: 27.09.2014).

wrócił z Syrii, gdzie walczył u boku ISIS, przeprowadził zamach terrorystyczny na Muzeum Żydowskie w Brukseli⁵⁶.

Uwagi końcowe

Zagrożenie ze strony ISIS stanowi przykład asymetrycznego zagrożenia bezpieczeństwa międzynarodowego. Zagrożenia takie są wywoływane przez niepaństwowych aktorów, m. in. przez organizacje terrorystyczne⁵⁷. Jak zauważa M. Madej, zagrożenia asymetryczne odnoszą się do „problemów i wyzwań dla stabilności państw o charakterze transnarodowym, które nie wynikają jednak bezpośrednio z działalności konkretnych podmiotów pozapaństwowych, lecz są raczej rezultatem nieplanowanych, niesterowanych ani też niekontrolowanych przez żadnego z uczestników stosunków międzynarodowych zmian rzeczywistości globalnej”⁵⁸. Szczególnie trudno jest walczyć z fanatyczną, nieobliczalną i niezwykle okrutną organizacją terrorystyczną, taką jak ISIS, gdyż religijna motywacja powoduje, że organizacja ta ma poczucie wyższości i w gruncie rzeczy nie spocznie, póki nie zniszczy przeciwnika całkowicie, przeciwnika, czyli świata zachodniego⁵⁹.

Również Rada Bezpieczeństwa zareagowała na zagrożenia stwarzane przez ISIS w takim zakresie, w jakim była w stanie, gdyż upoważnienie do użycia siły nie wchodzi w grę, przede wszystkim ze względu na weto Rosji. W tym kontekście warto zauważyć, że ISIS znajduje się na liście organizacji terrorystycznych podlegających sankcjom na mocy rezolucji Rady nr 1267 (1999). Rezolucja ta ustanowiła reżim sankcji przeciwko talibom, który to reżim został następnie rozszerzony i stał się listą obejmującą wszystkie osoby fizyczne oraz jednostki powiązane z talibami lub Al-Kaidą⁶⁰. W dniu 15 sierpnia 2014 r. Rada Bezpieczeństwa wydała rezolucję nr 2170 (2014), w której uznała ISIS za organizację powiązaną

⁵⁶ Z. Goldman, *The Foreign Fighter Resolution: Implementing a Holistic Strategy to Defeat ISIL*, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/15721/foreign-fighter-resolution-implementing-holistic-strategy-defeat-isil/#more-15721> (data dostępu: 30.09.2014).

⁵⁷ Szerzej zob. M. Madej, op. cit., passim.

⁵⁸ Ibidem, s. 389, przypis 1.

⁵⁹ Zob. F. Rötzer, *Nas trzeba się bać*, „Forum” nr 17 (2014), s. 16–19; *Ziemia pije krew niewiernych*, „Forum” nr 18 (2014), s. 13–15.

⁶⁰ M. Scheinin, *ISIS/ISIL remains associated with Al-Qaida because the UN Security Council says so?*, blog Just Security, dostępne na stronie internetowej: <http://justsecurity.org/15014/isisil-remains-al-qaida-security-council-so/> (data dostępu: 19.09.2014).

z Al-Kaidą⁶¹. Z rezolucji tej nie wynika jednak upoważnienie do użycia siły, a raczej obowiązek nałożenia sankcji na wszystkie osoby i jednostki powiązane z Al-Kaidą, w tym ISIS. Rada Bezpieczeństwa w preambule tej rezolucji podkreśliła, że terroryzm w każdej formie stanowi zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa na świecie, oraz zwróciła uwagę na negatywny wpływ obecności ISIS, w tym wyniszczającą katastrofę humanitarną wobec ludności cywilnej, która doprowadziła do przemieszczenia milionów ludzi⁶². Było to efektem m.in. prześladowań, przejawiających się także w zabijaniu mniejszości religijnych – muzułmanów, chrześcijan i jazydów. Naturalnie społeczność międzynarodowa nie może stać z założonymi rękoma i obserwować naruszania podstawowych praw każdej jednostki ludzkiej. W tej sytuacji być może USA mogłyby się powołać na koncepcję interwencji humanitarnej, zwłaszcza że Rada Bezpieczeństwa nie jest w stanie wydać rezolucji upoważniającej do użycia siły w celu powstrzymania masowych naruszeń praw człowieka. Interwencję humanitarną można określić jako „działania jednej lub więcej stron trzecich, mające na celu łagodzenie lub powstrzymanie naruszeń praw człowieka, zapobieganie kontynuacji okrucieństw reżimu lub w czasie konfliktu”⁶³. Amerykańska interwencja w formie ataków powietrznych mogłaby stanowić element tak rozumianej interwencji humanitarnej. Warto dodać, że w dniu 23 września 2014 r. Rada Bezpieczeństwa przyjęła rezolucję nr 2178 (2014), w której m.in. wezwała państwa do zapobiegania i karania za takie działania, jak rekrutowanie, organizowanie, transportowanie i wyposażanie osób podróżujących do państwa innego niż własne w celu popełnienia, zaplanowania, przygotowania lub wzięcia udziału w aktach terrorystycznych. Należy także zapobiegać i karać za finansowanie terroryzmu i szkolenie terrorystów⁶⁴. Nie zaszkodziłaby także rezolucja Zgromadzenia Ogólnego w tej sprawie. Mimo braku odpowiedniej rezolucji Rady Bezpieczeństwa, działania podjęte na podstawie rezolucji organu plenarnego ONZ, jakim jest Zgromadzenie Ogólne, uzyskały większą legitymizację niż działania czysto jednostronne.

⁶¹ Rezolucja 2170 (2014), paragrafy 4, 7, 18 i 21; dostępne na stronie internetowej: <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/> (data dostępu: 19.09.2014).

⁶² Rezolucja 2170 (2014), preambuła; dostępne na stronie internetowej: <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/> (data dostępu: 19.09.2014).

⁶³ J. Fox, *Dictionary of International Comparative Law*, Oceana 1992, s. 197; w oryginale: *actions by one or more third parties to attempt to mitigate or halt abuses of human rights, prevent the continued cruelty of a regime or conflict*.

⁶⁴ Rezolucja 2178 (2014), paragraf 5; dostępne na stronie internetowej: <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/> (data dostępu: 19.09.2014).

LEGALITY OF U.S. AIR STRIKES AGAINST ISIS
IN IRAQ AND SYRIA AS A
REACTION TO A THREAT TO INTERNATIONAL SECURITY

The aim of the article is to present the threat caused by a terrorist organization – Islamic State of Iraq and Syria to international security and to American interests and nationals in particular as well as American air strikes as a special kind of reaction to this asymmetrical danger. The key issue is the legality of US actions on the territory of Iraq and Syria. Iraq's case is not as controversial as Syria's because Iraq consented to American air strikes and is clearly cooperating on the ground. The more problematic is, however, the case of Syria. Is this State willing and able to cooperate and react to the ISIS threat? Can the USA ignore an offer of cooperation when one is made? What if there is no consent on the part of the Syrian government? The author attempts to answer all these questions using international legal rules on the right to self-defence, including preventive and collective self-defence as well as American test of a State (here Syria) being "unwilling or unable" to react as a precondition to use force even without the consent of such a State.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (201) 2015
Warszawa 2015

Justyna Holocher ■

DOBROWOLNA STERYLIZACJA. UWAGI DE LEGE LATA

I. Wprowadzenie

Celem pracy jest próba usystematyzowania głosów w dyskusji dotyczącej prawnego statusu dobrowolnej sterylizacji. Zawarte w niej rozważania przeprowadzone zostały w kontekście prawa do prokreacji jako prawa wolnościowego i z uwzględnieniem norm prawnych odnoszących się bezpośrednio lub pośrednio do niego, obowiązujących w polskim prawie.

Punktem wyjścia do rozważań jest próba udzielenia odpowiedzi na pytania o istnienie i treść prawa do prokreacji oraz jego ochronę przewidzianą w systemie prawa. Następnie przedstawione zostanie ogólne wyjaśnienie charakteru zabiegu sterylizacji, jego cech, rodzajów oraz możliwych wskazań i motywów jego przeprowadzenia w ujęciu historycznym oraz współczesnym. Przedmiotem zasadniczej części artykułu jest natomiast analiza rozwiązań prawnych, wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwa, służąca znalezieniu odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność bądź niedopuszczalność zabiegu dobrowolnej sterylizacji w systemie prawa polskiego. Obejmuje ona przepisy prawa cywilnego, medycznego oraz karnego. Tym ostatnim przypisana została szczególna rola w wyznaczaniu granic wolności prokreacyjnej i ochronie pewnych dóbr prawnych. Ponadto dyskusja prawnokarna ukazała i uświadomiła wszystkie istotne problemy, które wiążą się z zagadnieniem dobrowolnej sterylizacji.

II. Prawo do prokreacji

Problematyka dobrowolnej sterylizacji osadzona jest zarówno w sferze etycznej, jak i prawnej, przy czym rozważania ograniczone zostaną do tej ostatniej. Z tego powodu konieczna staje się ocena dobrowolnej sterylizacji przez pryzmat instytucji prawnych. Najbardziej adekwatne wydają się pojęcia, takie jak „prawo”, „prawo podmiotowe” czy „prawo wolnościowe”. Zwykle „prawo” określa się jako swobodne podejmowanie decyzji co do swojego zachowania, jako swobodne wykonywanie podjętych działań oraz domaganie się od innych wykonania nałożonych na nich przez normy prawa obowiązków, które są niezbędne do realizacji danego uprawnienia.¹ Co do praw podmiotowych, w literaturze określa się je jako zespół uprawnień służących podmiotowi prawa, mający zwykle charakter przyrodzony i niezbywalny, utożsamiany w szczególności z prawami człowieka, z jego osobistą, przyrodzoną, niezbywalną, uniwersalną godnością i wolnością.² Stanowią one podstawę realizacji wolnej woli w wielu sferach życia, a zarazem uzasadniają zakaz ingerowania władzy państwowej w pewne dziedziny aktywności człowieka, wyznaczając zarazem zakres wolności prawnie chronionej.³ W literaturze prezentowane są różne typologie praw człowieka, jak np. wolności, czyli prawa wolnościowe, prawa *sensu stricto*, a także prawa kompetencje.⁴ Adekwatna ze względu na charakter prawa do prokreacji wydaje się tu kategoria prawa wolnościowego, z aspektem pozytywnym sprowadzającym się do wolności kształtowania swojego postępowania według własnego uznania oraz negatywnym – wolności od zewnętrznej ingerencji. Rola prawodawcy, jak wskazują konstytucjoniści, w przypadku tego typu praw sprowadza się do określenia podmiotu danego prawa, określenia sfery zachowań wolnej od zewnętrznej ingerencji i ustanowienia zakazu ingerencji w tę sferę, określenia sytuacji, gdy ingerencja państwa w prawa wolnościowe jest dopuszczalna – na zasadzie wyjątku – ze względu na ochronę innych wartości konstytucyjnych oraz stworzenia środków prawnych na wypadek naruszenia prawa.⁵ Dla omawianej problematyki szczególne znaczenie ma wskazanie sfery swobodnych działań prokreacyjnych oraz jej granic, określanych głównie poprzez zakazy prawa karnego.

¹ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2012, s. 94–95.

² Ibidem.

³ S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 171.

⁴ P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014, s. 92–93.

⁵ Ibidem.

W związku z tym, że prawa podmiotowe (wolnościowe) odnoszą się do najbardziej istotnych dóbr, wymagają zaangażowania aksjologicznego. Z kolei perspektywa aksjologiczna obecna w systemie prawa wymaga racjonalnego uzasadnienia, tak na etapie stanowienia, jak i stosowania prawa, uwzględniającego różnorodność możliwych poglądów.⁶ Zagadnienie dobrowolnej sterylizacji jest doskonałą ilustracją tych problemów.

Zwykle dobrowolna sterylizacja jest łączona z prawem do prokreacji przysługującym każdemu człowiekowi. Polega ono na uznaniu fundamentalnego prawa wszystkich jednostek do swobodnego decydowania, czy, kiedy i w jakich okolicznościach chcą mieć potomstwo, a także prawa do informacji i środków umożliwiających osiągnięcie tego celu oraz prawa do podejmowania decyzji w sprawach reprodukcji w sposób wolny od jakiegokolwiek przymusu, przemocy czy dyskryminacji. Treścią prawa do prokreacji jest zatem wolność w podejmowaniu wszelkich istotnych decyzji w przedmiocie posiadania potomstwa. Prawo do prokreacji uznaje się obecnie za prawo podmiotowe, w swej istocie fundamentalne i to niezależnie od tego, czy traktuje się je jako przejaw (aspekt) szeroko pojętych wolności i praw człowieka (w szczególności realizacji godności ludzkiej poprzez prokreację czy też wyróżnia się je jako prawo odrębne. Jest ono związane wyłącznie ze sferą życia prywatnego człowieka, który decyduje się na dokonanie sterylizacji.⁷ W konsekwencji nie ma tu wątpliwości dotyczących ontologicznej kwalifikacji życia innego podmiotu, które są np. argumentami w dyskusji nad dopuszczalnością aborcji.

Mając powyższe na uwadze, problem związany z prawną dopuszczalnością dobrowolnej sterylizacji należy sformułować w następujący sposób: czy jest ona fundamentalnym prawem do nierodzenia, czy raczej, zazwyczaj nieodwracalnym, okaleczeniem organów? Czy jest wyrazem indywidualnej autonomii wynikającej z określonej koncepcji jakości życia pacjenta, dozwoloną antykoncepcją, wyrazem szacunku dla decyzji, kobiety bądź mężczyzny, czy raczej niedopuszczalną, nieodwracalną i penalizowaną ingerencją w jedną z funkcji życiowych, pozostającą w sprzeczności z nakazem ochrony zdrowia?⁸ Są to pytania interesujące, ponieważ dotyczą fundamentalnych kwestii z dziedziny moralności,

⁶ P. Ślęczka, *Przegłosowane sumienie. Analiza logiczno-etyczna praw „niedoskonałych”*, Lublin 2008, s. 9.

⁷ Niekiedy wskazuje się również na konieczność uwzględnienia zgody partnera osoby, która planuje taki zabieg, z uwagi na konsekwencje dotyczące ich wspólnego życia w kwestii posiadania bądź nieposiadania potomstwa. Zob. szerzej przypis 14.

⁸ Zob. B. Kleczewska, *Medycyna a prawa człowieka. Normy i zasady prawa międzynarodowego, etyki oraz moralności katolickiej, protestanckiej, żydowskiej i muzułmańskiej i buddyjskiej*, Warszawa 1996; M. Kowalewska-Łąguta, *Dobrowolna sterylizacja w prawie polskim na tle porównawczym*, „Państwo i Prawo” 1/2014, s. 22.

a także istotne, ponieważ odpowiedź na nie przesądza normatywne rozwiązania tej kwestii.

Zamierzam przedstawić argumenty na rzecz tezy głoszącej, że istnieje prawo do prokreacji, prawo wolnościowe, rozumiane jako prawo do swobodnego i świadomego rodzicielstwa. Sporny jest jednak charakter tego prawa, jego granice, ich uzasadnienie, jak również zakres powiązanej z nim ochrony prawnej. Te związane z dobrowolną sterylizacją zagadnienia będą przedmiotem kolejnych części tekstu.

III. Pojęcie sterylizacji

Najogólniej rzecz ujmując, istota zabiegu sterylizacji polega na trwałym pozbawieniu kobiety lub mężczyzny zdolności do prokreacji, a więc zdolności do poczęcia lub płodzenia, bez ograniczenia ich możliwości seksualnych. U kobiet sterylizacja zwykle dokonywana jest poprzez przerwanie ciągłości jajowodów przez ich podwiązanie, przecięcie lub wycięcie, bądź też przez zamknięcie światła jajowodu metodą tradycyjną bądź laparoskopową. U mężczyzn zabieg ten polega natomiast na przecięciu i przewiązaniu powrózków nasiennych powyżej jąder (wasoresekcja lub wazektomia).⁹ Sterylizację należy odróżnić od kastracji, wytrzebienia, które wiąże się z usunięciem gruczołów płciowych i pozbawieniem zdolności do zapłodnienia, a także niekiedy eliminacją popędu płciowego.¹⁰ Sterylizacja jest traktowana, z uwagi na niewielką szansę refertylizacji, jako zabieg nieodwracalny, a zarazem skuteczna metoda antykoncepcyjna. Badania wskazują, że skuteczność tej metody wynosi u kobiet 99,9%, a u mężczyzn 94–95%.¹¹

Steryliizacja może być dokonywana z wielu powodów. Można mówić o wskazaniach genetycznych, eugenicznych, terapeutycznych, profilaktycznych, psychiatrycznych, ekonomicznych, obyczajowych, ideologicznych czy kryminalno-politycznych, mogących uwzględniać zarówno potrzeby indywidualne, jak i społeczne. Dla prowadzonych rozważań istotnym jest wskazanie podstawowego rozróżnienia dwóch typów sterylizacji: dobrowolnej i przymusowej. Wiąże się to z przyjętym postrzeganiem sterylizacji (i za tym idącymi różnymi rozwiązaniami prawnymi) bądź w kontekście dobrowolnej decyzji jednostki,

⁹ E. Siwik, L. Starowicz, *Antykoncepcja. Planowanie rodziny u progu XXI wieku*, Warszawa 2003, s. 283–287; M. Kowalewska-Łąguna, *Dobrowolna...*, op. cit., s. 21.

¹⁰ M. Musielak, *Steryliizacja ludzi ze względów eugenicznych w Stanach Zjednoczonych, Niemczech i Polsce (1899–1945)*, Poznań 2008, s. 63.

¹¹ M. Kowalewska-Łąguna, *Dobrowolna...*, op. cit., s. 22.

bądź w kategoriach opresji państwa, które z różnych powodów kierowało pewne kategorie obywateli na przymusowe wyjałowienie, traktowane jako okaleczenie (sterylizacja instytucjonalna, karna). Najczęściej jednak historycznie sterylizacja wiązana i kojarzona jest z eugeniką.¹² Pod wpływem eugeniki pojęcie sterylizacji jako metody terapeutycznej zostało zdefiniowane nie jako zabieg leczniczy, ale operacja skutecznie uniemożliwiająca prokreację osób dysgeniczných, a więc uznanych z racji bycia nosicielami „złej plazmy zarodkowej” za mało wartościowe dla rozwoju społeczeństwa.¹³

Dziś sterylizację traktuje się przede wszystkim jako permanentną, a zarazem nieodwracalną metodę antykoncepcji (co nie oznacza jednak, że praktyki wskazujące na jej związki z eugeniką nie mają miejsca), gwarantującą pewność rezultatu. Właśnie to ujęcie dobrowolnej sterylizacji będzie przedmiotem dalszej analizy.¹⁴

IV. Dobrowolna sterylizacja – zakazana czy dozwolona?

Problem dopuszczalności sterylizacji należy rozważyć z punktu widzenia kilku dziedzin prawa (reżimów prawnych) – prawa międzynarodowego, karnego, cywilnego oraz medycznego, regulujących różne aspekty tego zagadnienia.¹⁵ Tylko taka wielopłaszczyznowa analiza pozwala na kompleksowe ujęcie problemu i odpowiedź na pytanie o dopuszczalność dobrowolnej sterylizacji w systemie prawa polskiego.

¹² Ibidem, s. 20. Aby uniknąć negatywnych skojarzeń, zastępowano w Niemczech określenie „sterylizacja” terminem „chirurgiczny zabieg antykoncepcyjny”.

¹³ Ibidem, s. 95–96.

¹⁴ Zob. E. Zielińska, Warunki dopuszczalności zabiegów sterylizacji, Państwo i Prawo 9/1985.

¹⁵ M. Kowalewska-Łąguna, Dobrowolna..., op. cit., s. 22–24. W Austrii, Niemczech, Włoszech, Danii, Finlandii, Norwegii, Szwecji, Wielkiej Brytanii, Panamie, Singapurze i USA sterylizacja jest traktowana jako legalna metoda antykoncepcyjna. Z kolei w wielu krajach jest ona legalna, ponieważ prawo jej nie zakazuje. Tak jest m.in. w Australii, Francji, Holandii i Luksemburgu. W Wielkiej Brytanii sterylizacja jest nawet refundowana ze środków publicznych. Przewiduje się zwykle pewne ograniczenia w postaci wieku, zgody współmałżonka czy posiadania odpowiedniej ilości dzieci, przy czym zwykle odnoszą się one jedynie do kobiet. Całkowity zakaz sterylizacji ze względów innych niż terapeutyczne obowiązuje w Arabii Saudyjskiej i Kirgistanie. Natomiast w prawie międzynarodowym – Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 2436 XXIII i w Rezolucji Komitetu Ministrów RE (75) 29 z 14 listopada 1975 r. – ich autorzy postulują wprowadzenie dobrowolnej sterylizacji jako metody antykoncepcyjnej.

1. Prawo międzynarodowe

W aktach prawa międzynarodowego identyfikujemy następujące normy, które można – pośrednio lub bezpośrednio – odnieść do zagadnienia dobrowolnej sterylizacji. W pierwszej kolejności jest to art. 8 *Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności* – (Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego). Brzmi on następująco:

1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

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

Norma ta odnosi się do prywatnej sfery życia jednostki.¹⁶ Konstytuuje zasadę, której treść sprowadza się do podkreślenia autonomii podmiotów w kształtowaniu własnego życia oraz nakazu poszanowania ich życia prywatnego. Jej interpretacji dokonał Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie Diane Pretty¹⁷, twierdząc, że życie ludzkie należy rozpatrywać w kontekście wolności i godności, w związku z czym każdy może wybierać sposób swojego życia. Odnosi się to także do zachowań szkodliwych lub niebezpiecznych dla podejmującego je człowieka. Trybunał wyróżnił sfery szczególnie silnie powiązane z ochroną autonomii życia prywatnego, w tym decyzję o powołaniu nowego życia. Z kolei w sprawie Evans¹⁸ ETPCz podkreślił, że życie prywatne

¹⁶ L.Garlicki, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2010, s. 482.

¹⁷ Sprawa Diany Pretty v. Wielka Brytania (nr 2346/02), w której orzekł Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu, nie dotyczyła wprowadzenia sterylizacji, lecz eutanazji, ale zawarte w niej ogólne rozważania dotyczące życia człowieka i jego godności mogą znaleźć zastosowanie także w analizowanym zagadnieniu. W tej sprawie nieuleczalnie chora Brytyjka chciała, by sąd zwolnił z odpowiedzialności karnej jej męża, który zgodził się dopomóc jej w popełnieniu samobójstwa. Po tym, jak sąd krajowy odrzucił jej żądania, D. Pretty złożyła skargę do ETPC w Strasburgu. Zarzuciła w niej władzom brytyjskim naruszenie pięciu artykułów konwencji: art. 3 (zakaz tortur), art. 2 (prawo do życia), który według niej gwarantuje także prawo do śmierci, art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego), z którego wynika także prawo do samostanowienia o sobie, art. 9 (wolność myśli, sumienia i wyznania) oraz art. 14 (zakaz dyskryminacji). Ostatecznie Trybunał orzekł, że z art. 2 EKPC nie można wyprowadzać prawa do śmierci, a więc nie można domagać się na tej podstawie legalizacji czynnej eutanazji oraz żądać depenalizacji pomocy w samobójstwie.

¹⁸ W orzeczeniu *Natalie Evans v. Wielka Brytania* (nr 6339/05) Europejski Try-

obejmuje zarówno prawo do poszanowania decyzji o prokreacji jak i decyzji, o powstrzymaniu się od niej.

Istotne są także: art. 7 *Karty Praw Podstawowych UE* (Poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego), który stanowi, że każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się oraz art. 9 *Karty Praw Podstawowych UE* (Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny), zgodnie z którym prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw.

Również powołane powyżej przepisy wskazują na obowiązek poszanowania życia prywatnego oraz prawa do założenia rodziny, bez wskazania konkretnego jej modelu, co może obejmować także decyzję o rezygnacji z prawa do prokreacji.

Przywołane regulacje mają charakter ogólny, tak więc ich interpretacja będzie dokonywana każdorazowo w orzecznictwie sądowym. Jej kierunek jednak wyznaczony przez przykładowo przytoczone orzeczenia ETPCz wydaje się podkreślać tendencje zmierzające do ochrony autonomii podmiotów (z wyjątkiem prawa do życia i rezygnacji z niego), a więc takie, które z założenia będą opowiadać się za dopuszczalnością dobrowolnej sterylizacji.

2. Prawo krajowe

W systemie źródeł prawa polskiego wskazać należy następujące przepisy, mające wpływ na prawną kwalifikację dobrowolnej sterylizacji.

a. Prawo cywilne

W polskim prawie cywilnym kluczowy jest art. 23 Kodeksu cywilnego. Stanowi on, że dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wy-

bunał Praw Człowieka dokonał interpretacji pojęcia „życie prywatne”. N. Evans złożyła skargę zarzucając, że brytyjska ustawa o ludzkim zapłodnieniu i embriologii, dopuszczająca w przypadku wycofania zgody partnera na zapłodnienie możliwość unicestwienia embrionów powstałych *in vitro*, narusza przepisy Konwencji, a mianowicie jej art. 2 (prawo embrionów do życia), art. 8 (prawo skarżącej do poszanowania jej życia prywatnego i rodzinnego) oraz art. 14 (zakaz dyskryminacji). ETPCz potwierdził, że zastosowanie znajduje art. 14 w związku z art. 8 Konwencji. Jednocześnie zwrócił uwagę na szeroki zakres znaczeniowy pojęcia „życie prywatne” (art. 8 Konwencji), które zawiera w sobie m.in. prawo do poszanowania decyzji o posiadaniu bądź nieposiadaniu dzieci.

laczna i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.

Artykuł 24 Kodeksu cywilnego przewiduje z kolei, że:

§ 1. Ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. W razie dokonanego naruszenia może on także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Na zasadach przewidzianych w Kodeksie może on również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny.

§ 2. Jeżeli wskutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych.

§ 3. Przepisy powyższe nie uchybiają uprawnieniom przewidzianym w innych przepisach, w szczególności w prawie autorskim oraz prawie wynalazczym.

Spśród wymienionych w art. 23 KC dóbr osobistych do sterylizacji (stanowiącej naruszenie sfery integralności fizycznej) może odnosić się dobro prawne w postaci zdrowia, przy czym nie jest ono, podobnie jak inne dobra osobiste, zdefiniowane na gruncie ustawy¹⁹. Przyjmuje się jednak powszechnie, że jest to stan psychofizyczny, w jakim znajduje się człowiek, przy czym ochronie podlega nie wyabstrahowane dobre zdrowie, ale aktualny stan organizmu.²⁰ Jest to stan złożony, wielowymiarowy, w wielu sytuacjach faktycznych ciężko definiowalny, w którym odgrywają rolę zarówno czynniki obiektywne, ale także wyobrażenia indywidualne i społeczne, jak również aktualny stan medycyny i jej możliwości.²¹ Czynniki te mają również istotne znaczenie w postrzeganiu zdrowia w kategoriach normatywnych w odniesieniu do sterylizacji. Z uwagi jednak na jej dobrowolność powołane przepisy nie będą miały faktycznie zastosowania, ponieważ zainteresowany podmiot (dysponent dobra osobistego, bezpośrednio „poszkodowany”) nie będzie traktował przeprowadzonego zabiegu jako zagrożenia czy naruszenia jego zdrowia, powodującego czyjąkolwiek odpowiedzial-

¹⁹ S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga pierwsza. Część ogólna, Warszawa, 2011, s. 108.

²⁰ M. Pyziak-Szafranicka, P. Księżak, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz Lex., Warszawa 2014, s. 276.

²¹ Zob. Z. Melosik (red.), Ciało i zdrowie w społeczeństwie konsumpcji, Toruń-Poznań 1999.

ność cywilną, jeżeli oczywiście nie dojdzie do powstania innych uszkodzeń ciała, wykraczających poza cel zabiegu i jego zwykłe konsekwencje. Podobnie będzie w przypadku możliwości wytoczenia powództwa przez prokuratora. Formalnie ma on takie uprawnienia, ale faktycznie ze względu na stanowisko poszkodowanego nie będą one wnoszone.²² Dodatkowo, wskazując generalnie krąg podmiotów mogących dochodzić odszkodowania, podkreślić należy, że ochrony dóbr osobistych w świetle prawa polskiego mogą dochodzić jedynie bezpośredni uczestnicy zdarzeń.²³

b. Prawo medyczne

W prawie medycznym w pierwszej kolejności konieczne jest przytoczenie treści art. 4 *Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty* (u.z.l.l.d.). Stanowi on, że lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością.

Z kolei art. 32 u.z.l.l.d. przewiduje, że:

1. Lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta.

Kolejne ustępy 2–6 przewidują szczegółowe regulacje dotyczące osób małoletnich, niezdolnych do świadomego wyrażenia zgody, całkowicie ubezwłasnowolnionych, zaś ustęp 7 przewiduje, że jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, zgoda osób wymienionych w ust. 1, 2 i 4 może być wyrażona ustnie albo nawet poprzez takie ich zachowanie, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym.

Istotnym jest także art. 33 u.z.l.l.d. Stanowi on, że:

1. Badanie lub udzielenie pacjentowi innego świadczenia zdrowotnego bez jego zgody jest dopuszczalne, jeżeli wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym.

²² Art. 3 ustęp 1 pkt 2 *Ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze* stanowi, że zadania określone w art. 2 (czyli strzeżenie praworządności oraz czuwanie nad ściganiem przestępstw) Prokurator Generalny i podlegli mu prokuratorzy wykonują przez: wytaczanie powództw w sprawach karnych i cywilnych oraz składanie wniosków i udział w postępowaniu sądowym w sprawach cywilnych, ze stosunku pracy i ubezpieczeń społecznych, jeżeli tego wymaga ochrona praworządności, interesu społecznego.

²³ M. Pyziak-Szafranicka, P. Księżak, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz Lex.*, Warszawa 2014, s. 277.

2. Decyzję o podjęciu czynności medycznych w okolicznościach, o których mowa w ust. 1, lekarz powinien w miarę możliwości skonsultować z innym lekarzem.

3. Okoliczności, o których mowa w ust. 1 i 2, lekarz odnotowuje w dokumentacji medycznej pacjenta.

Ostatnim przepisem z tej ustawy, którego przytoczenie wydaje się wskazane, jest art. 35 u.z.l.l.d. Przewiduje on, że:

1. Jeżeli w trakcie wykonywania zabiegu operacyjnego albo stosowania metody leczniczej lub diagnostycznej wystąpią okoliczności, których nieuwzględnienie groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia, a nie ma możliwości niezwłocznie uzyskać zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, lekarz ma prawo, bez uzyskania tej zgody, zmienić zakres zabiegu bądź metody leczenia lub diagnostyki w sposób umożliwiający uwzględnienie tych okoliczności. W takim przypadku lekarz ma obowiązek, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności.

2. O okolicznościach, o których mowa w ust. 1, lekarz dokonuje odpowiedniej adnotacji w dokumentacji medycznej oraz informuje pacjenta, przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo sąd opiekuńczy.

Jak widać, również ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentystry nie reguluje bezpośrednio kwestii sterylizacji. Nie oznacza to jednak, że jej przepisy nie mają znaczenia dla omawianej problematyki. Szczególnie istotne jest odwołanie się do zasad etyki jako norm wyznaczających lekarzom wzorce powinnoego zachowania oraz generalny wymóg zgody pacjenta przy wykonywaniu czynności medycznych, tutaj określonych jako „badania i świadczenia zdrowotne”. Przy świadomości problemów definicyjnych związanych z kwestią zakwalifikowania sterylizacji do którejś ze wskazanych kategorii, podkreślić należy, że zgoda jest jednym z elementów oceny legalności zabiegu sterylizacji. Przytoczone przepisy mają charakter ogólny, nie odnoszą się bezpośrednio do ubezpiecznienia, ale mają istotne znaczenie z punktu widzenia dobrowolności zabiegu i wymogów dotyczących składanych oświadczeń woli, których przedmiotem jest wyrażenie zgody na zabieg. Znaczenia nabiorą także normy dotyczące zasad wykonywania zabiegów w sytuacji, w której dojdzie do uszkodzenia ciała, którego zakres wykracza poza planowany i objęty akceptacją zabieg. Będą wówczas podstawą dla ustalenia przesłanek odpowiedzialności karnej, cywilnej i dyscyplinarnej.

Spośród norm prawnych, które mogą być pomocne w interpretacji prawa do prokreacji, uwzględnić należy również preambułę *Ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*. Jej relewantny fragment brzmi następująco:

„uznając prawo każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci oraz prawo dostępu do informacji, edukacji, poradnictwa i środków umożliwiających korzystanie z tego prawa (...)”.

Zacytowany fragment wskazuje wprost na istnienie i ochronę prawa do prokreacji, a więc na prawo podjęcia dobrowolnej decyzji co do posiadania bądź nieposiadania dzieci. Dopuszczalność sterylizacji będzie uzależniona od nadania konkretnej treści temu prawu (uczynił to np. Trybunał Konstytucyjny w poniżej cytowanym orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r.), polegającemu na określeniu dopuszczalnych granic jego realizacji. Ich wyznaczenie dokonuje się zwykle przy udziale prawa karnego, które ze względu na doniosłość pewnych dóbr obejmuje je swoją ochroną, wyznaczając tym samym granice prawom wolnościowym. Tak jest i w tym przypadku. Stąd konieczność obszerniejszej analizy regulacji prawno karnej, wyrażonej w art. 156 KK.

c. Prawo karne

Artykuł 156 Kodeksu karnego penalizuje zachowania powodujące ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci: 1) pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia, 2) innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu, trwałej choroby psychicznej, całkowitej albo znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie lub trwałego, istotnego zeszpecenia lub zniekształcenia ciała, co podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10 (§ 1). Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 (§ 2). Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 jest śmierć człowieka, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12 (§ 3).

Przedmiotem ochrony w powołanym przepisie jest zdrowie ludzkie, rozumiane jako prawidłowość przebiegu procesów fizjologicznych, zapewniających człowiekowi wydolność umożliwiającą mu pełnienie funkcji społecznych²⁴. W Kodeksie karnym ustawodawca wyróżnił trzy stopnie uszczerbku na zdrowiu – ciężki, średni i lekki. Konsekwencje te, wyznaczone ciężkością deficytu zdrowia osoby pokrzywdzonej służą różnicowaniu sankcji prawnej i sposobu ścigania przestępstw.²⁵ Bez wątpienia, pozbawienie zdolności płodzenia jest postacią ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, stanowiącym całkowite odebranie człowiekowi pewnej przyrodzonej zdolności, który to uszczerbek potraktowany

²⁴ M. Budyn-Kulik, Komentarz do art. 156 Kodeksu karnego, Lex dla notariusza.

²⁵ Zob. T. Jurek, *Opiniowanie sądowo-lekarskie w przestępstwach przeciwko zdrowiu*, Warszawa 2010. Ciężki i średni uszczerbek ścigany jest w trybie publicznoskargowym.

został na równi z utratą wzroku, słuchu i mowy²⁶ Jego konsekwencje sprowadzają się do trwałej, samoistnie nieodwracalnej utraty możliwości płodzenia, a więc braku możliwości posiadania potomstwa bez uciekania się do medycznych metod wspomagania rozrodczości.²⁷ Kodeks nie określa bliżej zachowania sprawcy realizującego znamiona typów czynów zabronionych opisanych w art. 156 § 1–3 KK, zatem realizować je będzie każde zachowanie, które stanowić może podstawę obiektywnego przypisania skutku w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Będą to więc zachowania, które niosą ze sobą istotne zwiększenie niebezpieczeństwa nastąpienia ciężkiego uszczerbku na zdrowiu albo występujące już niebezpieczeństwo jeszcze istotnie zwiększają.²⁸ Ich istotą będzie naruszenie reguł postępowania z takim dobrem prawnym, jakim jest zdrowie drugiego człowieka, a ich skutki będą kwalifikowane jako ciężki uszczerbek na zdrowiu oceniany za pomocą kryterium anatomicznego i funkcjonalnego. Pierwsze oparte jest na normalnej strukturze organizmu człowieka. Ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu będzie spowodowanie ciężkiego kalectwa, czyli naruszenie normalnej struktury przez spowodowanie utraty lub trwałego uszkodzenia narządu ciała. Drugie z kolei polega na zupełnym bądź znacznym ograniczeniu jego funkcji.²⁹

Dla określenia charakteru prawnego sterylizacji w świetle powołanego art. 156 KK istotne jest rozróżnienie pomiędzy czynnościami leczniczymi i nieleczniczymi. Z pełną świadomością problemów definicyjnych i interpretacyjnych, można powiedzieć, że o ich zaklasyfikowaniu do danej kategorii decyduje

²⁶ A. Marek, Komentarz do art. 156 Kodeksu karnego, Lex dla notariusza. W istotnym dla tematu tekstu pkt. 1 art. 156 § 1 określono skutki w postaci pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy lub zdolności płodzenia, rozumiane jako całkowita utrata wymienionych zdolności, tj. zupełna głuchota, ślepotą (a nie utrata jednego oka), a także utrata zdolności płodzenia (u mężczyzn zdolności zapładniania, u kobiet zdolności poczęcia, donoszenia płodu i urodzenia dziecka), czego jednak nie należy mylić ze zdolnością do spółkowania.

²⁷ T. Jurek, Opiniowanie..., op. cit., s. 35–39: W literaturze rozróżnia się pojęcia: „zdolność rozrodcza” i „zdolność płodzenia”. Przyjmuje się, że nie mają one charakteru synonimicznego. Zdolność rozrodczą rozumie się jako utratę totalnej zdolności posiadania potomstwa bez możliwości jej przywrócenia lub też zastąpienia przy pomocy technik współczesnej medycyny. Natomiast słowo płodzić bliższe jest samej czynności prokreacji, a rozrodczość efektowi takiego działania.- posiadaniu potomstwa. Zdolność płodzenia będzie więc oznaczała utratę naturalnej zdolności płodzenia potomstwa, przy czym dla oceny prawnokarnej bez znaczenia są możliwości medycyny w tym zakresie, jak zapłodnienie pozaustrojowe czy stymulacja hormonalna. Uwzględnić przy tym należy odmienność tych funkcji w przypadku kobiety i mężczyzny.

²⁸ Zob. wyrok SN z 1 grudnia 2000 r. (IV KKN 509/98, OSNKW 2001, nr 5–6, poz. 45).

²⁹ Zob. W. Grudziński, *Przestępstwo umyślnego uszkodzenia ciała*, Warszawa 1968, s. 91.

istnienie bądź brak wąsko pojętego celu leczniczego w postaci ratowania życia i zdrowia.³⁰ Okoliczność ta ma istotne znaczenie dla oceny ich legalności, która może przybrać postać legalności pierwotnej albo legalności wtórnej. W przypadku zabiegów leczniczych, wedle przeważającej opinii, znajdują one uzasadnienie w prawie lekarskim i jako takie mają charakter pierwotnie legalny.³¹ Do mniejszości należą opinie, wedle których zabiegi takie wymagają wtórnej legalizacji z tej racji, że realizują znamiona typu czynu zabronionego uszkodzenia ciała, a tym samym są pierwotnie nielegalne.

Zgodnie jednak z dominującym stanowiskiem doktryny nie można działań leczniczych traktować jako nielegalnych, wymierzonych przeciwko życiu i zdrowiu.³² Podnosi się, że elementem usprawiedliwiającym i pierwotnie legalizującym działanie naruszające integralność ciała pacjenta jest dążenie do ratowania zdrowia lub życia, a więc jest to działalność ze swej istoty pożyteczna i pożądana. W ramach tych działań może dojść również do dokonania sterylizacji (sterylizacja lecznicza). Taka sytuacja będzie miała miejsce, gdy przeprowadzony będzie zabieg ratujący życie lub zdrowie, którego efektem będzie definitywne pozbawienie zdolności płodzenia kobiety bądź mężczyzny. Wówczas prymatu ochrony zdrowia nie można zakwestionować. Podobnie ocenić należy sytuację, gdy pacjentka poprzez sterylizację uniknie przyszłej ciąży zagrażającej jej życiu i zdrowiu.³³

W przypadku czynności pozaleczniczych, w tym dobrowolnej sterylizacji, sprawa jest bardziej skomplikowana. W tej kwestii głoszone są poglądy skrajne, poczynwszy od zupełnego zakazu zabiegów pozaleczniczych, poprzez poglądy umiarkowane opierające się na przyjęciu założenia o konieczności ich wtórej legalizacji, aż do całkowitej prawnie nieograniczonej swobody ich dokonywania.

Stanowiska opowiadające się za zakazem dobrowolnej sterylizacji zakładają, że czynność pozaterapeutyczna, a więc dokonana bez celu leczniczego,

³⁰ M. Kowalewska-Łąguna, *Dobrowolna...*, op. cit., s. 27.

³¹ R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 55.

³² M. Kowalewska-Łąguna, *Dobrowolna...*, op. cit., s. 26.

³³ C. Lalumiere, G. Gerin, J. Metrot, M. Scalabrino-Spadea, E. Sgreccia, *Medycyna a prawa człowieka. Normy i zasady prawa międzynarodowego, etyki oraz moralności katolickiej, protestanckiej, żydowskiej, muzułmańskiej i buddyjskiej*, Warszawa 1996, s. 72. Na taką przyczynę powoływali się lekarze w medialnej sprawie Wioletty W., która została wysterylizowana podczas zabiegu cesarskiego cięcia w szpitalu w Szamotułach w 2009 r.: „Macica Wioletty W. była uszkodzona, przy następnym porodzie mogłaby pęknąć. Nie mogliśmy zapytać pacjentki o zgodę. Była uśpiona. Trzeba by było ją wybudzić z narkozy. Narazilibyśmy ją na kolejną operację.” <http://polska.newsweek.pl/sterylizacja-bez-zgody-pacjentki-prokuratura-wszczela-sledztwo,42882,1,1.html>; www.PolskaLokalna.pl z dnia 16 września 2009 r.

rozumianego jako dążenie do poprawy fizycznego lub psychicznego samopoczucia jest naruszeniem reguł postępowania z prawnie chronionymi dobrami w postaci życia i zdrowia.³⁴ Wynika to z faktu, że sama decyzja podjęcia działań na zdrowym organizmie, bez wskazań medycznych (lecniczych), które łączą się przecież z ryzykiem i mogą prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zdrowia, jest jawnym naruszeniem tych reguł. Podkreśla się, że zabieg nielecniczy powodujący negatywne skutki dla zdrowia stanowi przestępstwo, nawet jeśli istniała zgoda osoby poszkodowanej. Nie chroni ona osoby dokonującej go, gdyż takie zachowanie narusza „przy okazji” inne chronione prawem dobra. Nie sposób więc zaakceptować stanowiska o uchyleniu przez zgodę bezprawności czynu w sytuacji ciężkiego uszkodzenia ciała. Poza tym argumentacja taka nie jest poparta treścią ustawy, jest jedynie poglądem doktryny i jako taka nie ma charakteru prawnie wiążącego.³⁵ Dlatego w każdym takim przypadku możliwe jest kwalifikowanie czynu, w zależności od skutku, jako określonego przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu i w konsekwencji przyjęcie odpowiedzialności karnej za taki czyn. Będzie to przestępstwo umyślnego pozbawienia zdolności płodzenia, gdyż lekarz podejmie i wykona zabronioną czynność na życzenie pacjenta.³⁶

Przeciwnicy tego poglądu prezentują stanowisko o prawnie nieograniczonej dopuszczalności sterylizacji i podnoszą, że jest ona wyrazem wolności prokreacyjnej, autonomii podmiotu, dla naruszania której brak jest należytych racji, zarówno moralnych, jak i prawnych. W konsekwencji zabieg uznają za pierwotnie legalny, a więc niewymagający żadnej dodatkowej legalizacji. Decyzja o dobrowolnej sterylizacji stanowi realizację praw podmiotowych. Jej celem jest poprawienie szeroko pojętego zdrowia, w tym pełnego, dobrego samopoczucia fizycznego, jak i psychicznego.³⁷ Zabieg taki jest więc legalny, nie narusza zasad obchodzenia się z określonym dobrem prawnym, nie realizuje żadnego typu czynu zabronionego, co sprawia, że nie interesuje się nim prawo karne.

W piśmiennictwie przedstawiane są również inne argumenty. Pierwotną legalność sterylizacji można budować na materialnej stronie przestępstwa, na jej znikomym stopniu społecznej szkodliwości. Wskazuje się, że definicja przestępstwa nie opiera się jedynie na kryterium formalnym, ale także materialnym w postaci kategorii „społecznej szkodliwości czynu”. Zgodnie z art. 1 § 2 KK

³⁴ R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 53

³⁵ Ibidem. Art. 9 § 1 KK stanowi, że czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi.

³⁶ Ibidem, s. 427.

³⁷ Ibidem, s. 33.

nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma. Z kolei w art. 115 § 2 KK ustawodawca wskazał, że przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Jest to jedna z okoliczności, które sąd zobligowany jest uwzględnić przy wymiarze kary (art. 53 § 1 KK). Jak piszą Buchała i Zoll:

„Ustalenie stopnia społecznej szkodliwości czynu jest konieczne w każdym przypadku badania odpowiedzialności karnej. Wyższy niż znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu przesądza o karygodności czynu zabronionego i stanowi warunek przypisania sprawcy przestępstwa.”³⁸

Pojęcie stopnia szkodliwości społecznej ma charakter ocenny. W aspekcie pojęciowym szkodliwość społeczna, jak się podnosi, jest zależna od ustawodawcy i stanowiących przez niego norm, będących doprecyzowaniem zrębowych zasad zawartych w Konstytucji. W tym kontekście, w odniesieniu do sterylizacji, dobrem prawnym podlegającym ochronie nie jest dobro prawne w znaczeniu fizycznym – zdolność prokreacji i płodność, ale zawarta w Konstytucji swoboda dysponowania tym dobrem.³⁹ Ujemny wynik wartościowania danego czynu, przeprowadzonego na podstawie wymienionych kryteriów jest merytorycznym uzasadnieniem jego karalności.⁴⁰ Podkreśla się, że dopiero zjawisko społeczne rozpoznane jako ujemne wyzwala akt ustawodawczy, nadając mu cechy przestępne, a ściśle formalne ujęcie bezprawności powoduje, że często nadaje się pięć-

³⁸ K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny, część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, s. 623.

³⁹ Podstawę stanowią tutaj art. 30 i 31 Konstytucji. Art. 30 Konstytucji stanowi, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Zgodnie z art. 31 Konstytucji: 1. Wolność człowieka podlega ochronie prawnej. 2. Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. 3. Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw

⁴⁰ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 84 i nast.; E. Plebanek, *Materiałne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 91 i nast.; M. Kowalewska-Łaguna, *Dobrowolna...*, op. cit., s. 26

no karalności czynom, które w danym układzie okoliczności nie są społecznie szkodliwe. Do tej kategorii należą właśnie zabiegi nieterapeutyczne, które wykazują znikomy stopień społecznej szkodliwości, będąc równocześnie społecznie pożądanymi.⁴¹ Zwolennicy tego poglądu argumentują, że dobrowolna sterylizacja nie narusza żadnego dobra, które jest chronione, jeżeli jest przeprowadzona na żądanie pacjenta, zgodnie z regułami sztuki przez osobę uprawnioną. Lekarz wykonujący zabieg nie ma zamiaru dopuszczenia się ataku na dobro chronione prawem, nie atakuje swobody podmiotu, wręcz przeciwnie, pomaga przy jej realizacji.⁴² W następstwie tego należy sterylizację traktować jako jedną z dopuszczalnych form antykoncepcji. Jej zakazanie byłoby zamknięciem swobodnego dostępu do świadomej prokreacji i pogwałceniem prawa do świadomego rodzielstwa.

W literaturze prezentowany jest także pogląd, że czynności pozaleczne są są pierwotnie nielegalne, ale mogą uzyskać przymiot legalności jako kontratyp.⁴³ Najogólniej rzecz ujmując, sytuacja kontratypowa zachodzi wówczas, gdy istnieją okoliczności uzasadniające wyłączenie odpowiedzialności prawnej, pomimo podjęcia przez osobę zachowania sprzecznego z generalnie i abstrakcyjnie sformułowanym zakazem lub nakazem postępowania wynikającym z treści normy sankcjonowanej, a zachowanie podjęte w granicach kontratypu decydować ma o skorygowaniu tej oceny na płaszczyźnie konkretnego indywidualnego wypadku.⁴⁴ Istota kontratypu sprowadza się więc do tego, że przy zaistnieniu określonych okoliczności, pomimo realizacji znamion typu czynu zabronionego nie dochodzi do spełniania warunków koniecznych dla przyjęcia przestępności czynu i tym samym przyjęcia przypisania odpowiedzialności karnej.⁴⁵ Określoność kontratypu składa się więc zawsze z dwóch elementów: zespołu znamion typu czynu zabronionego – czyli opisu typowego zachowania naruszającego normę sankcjonowaną i z zespołu okoliczności wyłączającej bezprawność będących opisem sytuacji usprawiedliwiającej to naruszenie.⁴⁶ Zachowanie podjęte w sytuacji kontratypowej z punktu widzenia zaatakowanego dobra i obowiązujących reguł zachowania wobec tego dobra nie różni się niczym od zachowania bezprawnego i karalnego. Różnica polega natomiast na istnieniu przesłanek usprawiedliwiających zaatakowanie dobra, związanych z koniecznością ochrony innego dobra

⁴¹ M. Kowalewska-Łąguna, *Dobrowolna...*, op. cit., s. 34.

⁴² Ibidem

⁴³ M. Kowalewska-Łąguna, *Dobrowolna...*, op. cit., s. 27.

⁴⁴ W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, Państwo i Prawo 10/1969, s. 507.

⁴⁵ K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, op. cit., s. 203 i nast.

⁴⁶ Ibidem, s. 206-207

w sytuacji ich kolizji. Istotnym jest tutaj, że dobro prawne, którego zniszczenie jest usprawiedliwione, nie przestaje być dalej takim dobrem, co oznacza, że wystąpienie kontratypu nie prowadzi do zmiany wartościowania danego dobra prawnego w ogóle, a jego zniszczenie jest usprawiedliwione na zasadzie bilansu zysków i strat w danej sprawie.⁴⁷ Zwykle norma wprowadzająca takie zezwolenie jest wyraźnie wyartykułowana w treści ustawy, choć akceptowane są również tzw. kontratypy pozaustawowe. Jako jeden z nich traktowany jest właśnie zabieg dobrowolnej sterylizacji. Jej wtórną „kontratypową legalność” uzasadnia się poprzez samą zgodę podmiotu uprawnionego na dokonanie zabiegu bądź poprzez dodatkowe okoliczności związane z ważeniem wartości.

W przypadku pierwszego stanowiska wymaga się spełnienia kilku warunków dotyczących oświadczenia podmiotu zainteresowanego. Przede wszystkim musi być ono udzielone w sposób swobodny i świadomy, po uprzednim poinformowaniu o charakterze i przebiegu zabiegu, korzyściach i potencjalnym ryzyku oraz szansie refertylizacji. Wartość dóbr pozostających w kolizji nie ma tu znaczenia, ponieważ istotne jest tylko to, że jednostka poprzez złożenie oświadczenia woli o określonej treści będzie realizować swoje autonomiczne uprawnienia co do własnej płodności. Natomiast w przypadku poglądów przewidujących dodatkowe wymogi wtórnej legalności, argumentacja opiera się na przyjęciu założenia, że w pewnych okolicznościach dochodzi do kolizji dóbr. Zakłada się, że bezprawną ingerencję w integralność ciała można wyłączyć tylko na podstawie wyboru określonego dobra prawnego w sytuacji kolizji interesów i dóbr – preferowanego prawa do samostanowienia z jednej strony, a prawa do ochrony życia i zdrowia z drugiej strony. Dodatkowo spełnione muszą być takie warunki, jak: wykonanie zabiegu zgodnie z wiedzą medyczną⁴⁸ przez osobę uprawnioną⁴⁹ oraz za zgodą pacjenta.⁵⁰ Dopiero ich kumulatywne ziszczenie wykluczy karal-

⁴⁷ Ibidem, s. 207.

⁴⁸ Art. 4 u.o.z.l.l.d.: Lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością.

⁴⁹ Art. 5 (prawo wykonywania zawodu lekarza) w zw. z art. 58 u.o.z.l.l.d.: 1. Kto bez uprawnień udziela świadczeń zdrowotnych polegających na rozpoznawaniu chorób oraz ich leczeniu, podlega karze grzywny. 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej albo wprowadza w błąd co do posiadania takiego uprawnienia, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. 3. Postępowanie w sprawach, o których mowa w ust. 1, toczy się według przepisów Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia.

⁵⁰ Art. 192 § 1. KK: Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego.

ność. Karalność będzie natomiast miała miejsce wtedy, gdy czynność pozalecznicza spowoduje skutek wykraczający poza cel zabiegu w postaci śmierci, innego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia.

Akceptacja koncepcji opowiadających się za prawną dopuszczalnością dobrowolnej sterylizacji wymaga przyjęcia założenia, że prawo do prokreacji obejmuje dysponowanie własną płodnością, także poprzez rezygnację z niej oraz uznania, że jest to prawo, które wymaga ochrony ze strony porządku i instytucji prawnych. Takie stanowisko wyraził Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r., wywodząc je z powołanej już powyżej preambuły do *Ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży* i uznając je za jedno z podstawowych praw i wolności.⁵¹ Trybunał podkreślił, że prawo do rodzicielstwa musi być interpretowane pozytywnie i negatywnie, co oznacza z jednej strony zakaz ingerencji kogokolwiek w tę sferę życia, a z drugiej – prawo obywateli do swobodnego dostępu do metod i środków służących świadomej prokreacji, które gwarantują rzeczywisty, a nie iluzoryczny charakter tego prawa.⁵²

Zastosowanie tej tezy w odniesieniu do dobrowolnej sterylizacji przesądza o jej dopuszczalności jako realizacji zasady autonomii woli w pewnym aspekcie życia prywatnego. Oznacza to, że zarówno ustawodawca, jak i sąd orzekający zostają pozbawieni prawa do selekcjonowania dopuszczalnych metod antykoncepcji, nawet jeżeli byłyby one nieodwracalne i stanowiły ciężkie naruszenie czynności narządów ciała.⁵³

Przeciwnicy tego poglądu podnoszą jednak, że dobrowolnej sterylizacji nie można traktować jako realizacji przysługującego podmiotowi prawa, właśnie z uwagi na konsekwencje w postaci ciężkiego uszkodzenia ciała. Czyn taki zawsze będzie bezprawnym, nie zmieni tego nawet świadoma zgoda udzielona przez osobę zainteresowaną, ponieważ nie można skutecznie – z punktu widzenia prawa karnego – rozporządzić dobrami w postaci życia lub zdrowia, które są chronione niezależnie od woli nosiciela tych dóbr.⁵⁴ Dla prawnokarnego wartościowania nie ma bowiem znaczenia to, czy jednostka traktuje takie uszkodzenie jako czyn szkodliwy, obojętny czy korzystny. Z drugiej strony wskazuje się jednak, że gdyby przyjąć, że zgoda „pokrzywdzonego” nie ma znaczenia, to karalnością

Art. 192. § 1. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego.

⁵¹ M. Kowalewska-Łąguna M., *Dobrowolna...*, op. cit., s. 29

⁵² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K. 26/96

⁵³ M. Kowalewska-Łąguna M., *Dobrowolna...*, op. cit., s. 30.

⁵⁴ Ibidem. Por. R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 61.

byłyby objęte zarówno przypadki patologicznego społecznie uszkodzenia ciała, jak i zabiegi dobrowolnej sterylizacji, co wydaje się niesłuszne i niesprawiedliwe.⁵⁵ Ponadto podkreśla się, że zgoda jest wystarczająca w przypadku zabiegów transplantacji *ex vivo* czy zgody transseksualisty na kastrację,⁵⁶ a są to zabiegi prowadzące co najmniej do takiego samego stopnia naruszenia czynności ciała, co sterylizacja. Jej wykluczenie zatem z tego kręgu byłoby oczywistą systemową niekonsekwencją.

Tak przedstawiają się poglądy oparte na idei wtórnej legalizacji. Zasadniczy zarzut, który formułuje się wobec nich sprowadza się do stwierdzenia, że konieczność wtórnego legalizowania zabiegów prowadzi do sukcesywnego rozbudowywania sytuacji kontratypowych. Ich oparcie bądź to na zgodzie pokrzywdzonego, bądź to na kolizji dóbr i kryteriach obiektywnych, w stosunku do zabiegów mających za przedmiot dobra o względnej wartości społecznej, tj. takie, którymi dzierżyciel może swobodnie dysponować, wydaje się sprzeczne w samym założeniu i podważa funkcje ochronne prawa karnego.⁵⁷ Bez wątpienia, z punktu widzenia założeń systemowych, nie jest to argument niezasadny.

V. Podsumowanie

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odpowiedź na pytanie o prawną dopuszczalność sterylizacji zależy od prezentowanego stanowiska światopoglądowego, a ściślej bioetycznego.⁵⁸ Leży ono zawsze u podstaw konkretnych roz-

⁵⁵ Ibidem, s. 32.

⁵⁶ Ibidem, s. 31, 55. Znaczenie zgody osoby zainteresowanej podnosi się również w przypadku zabiegów kosmetycznych. Twierdzi się ponadto, że cel jakim jest dążenie do piękna i estetyki nie może być uznany za sprzeczny z prawem.

⁵⁷ Ibidem, s. 34.

⁵⁸ Zob. C. Lalumiere, G. Gerin, J. Metrot, M. Scalabrino-Spadea, E. Sgreccia, *Medycyna...*, op. cit.; etyka.doktorzy.pl/przypadek5.htm; Zagadnienie to pozostaje także w sferze moralności i religii. Zgodnie z doktryną katolicką sterylizacja jako metoda antykoncepcyjna jest absolutnie zakazana; bez względu na subiektywne intencje i motywy zaprzecza zasadzie nierozporządzalności ciała ludzkiego i dlatego jest dopuszczalna wyłącznie z przyczyn terapeutycznych. Zgodnie z doktryną protestancką problem ten dotyczy wyłącznie pary małżeńskiej, a nawet wyłącznie samej matki. Zgodnie z doktryną żydowską – judaizm dopuszcza podwiązanie jajowodów, ponieważ kobieta inaczej niż mężczyzna nie ma obowiązku prokreacji. Z kolei w doktrynie muzułmańskiej przy zgodzie obu małżonków sterylizacja jest dopuszczalna, pod warunkiem, że nie będzie nieodwracalna; w przypadku nieżonatego mężczyzny jest zakazana, ponieważ zakłada się, że jest przeprowadzona w celu prowadzenia rozwiązłego życia seksualnego. Natomiast w buddyjskiej moralności problemem jest odwracalność operacji. Podnosi się także, że może

wiązań ustawowych w sytuacjach, gdy przedmiotem regulacji jest zagadnienie osadzone w sferze aksjologii.

Treść powołanych powyżej przepisów prawnych wskazuje, że żadna z norm prawnych prawa międzynarodowego i krajowego nie odnosi się wprost do dobrowolnej sterylizacji. Wymaga to rozważenia sensu braku takiej regulacji oraz odwołania się do interpretacji powołanych norm w kontekście ogólnych zasad systemu prawa, dokonanej przez doktrynę i orzecznictwo. I tak, okoliczność braku regulacji może mieć charakter przypadkowy bądź intencjonalny. W pierwszej sytuacji nie otrzymamy żadnej odpowiedzi ani nawet sugestii co do sposobu rozstrzygnięcia analizowanego problemu. Inaczej rzecz się ma, jeśli przyjmie się szeroko rozpowszechnioną w polskiej kulturze prawnej tezę o racjonalności prawodawcy⁵⁹ wraz z wynikającym z niej dodatkowym założeniem, że jego milczenie jest nieprzypadkowe i stanowi wyraz określonych poglądów.

Jeżeli chodzi o analizowany tutaj problem dobrowolnej sterylizacji, to wydaje się, że brak jego unormowania wynika z pewnego przeoczenia bądź nie-należytego zainteresowania ustawodawcy tym problemem. W związku z tym koniecznym było odwołanie się do obowiązujących w systemie prawa zasad i praw o charakterze podstawowym. Najistotniejszym jest prawo do prokreacji w aspekcie pozytywnym oraz negatywnym, a więc obejmującym również prawo do uniknięcia reprodukcji. „W liberalnych społeczeństwach jest ono wyrazem szacunku dla kobiety i jej woli do samostanowienia. Nikt bowiem nie może nałożyć na kobietę ani moralnego ani prawnego obowiązku prokreacji, której ona chce uniknąć.”⁶⁰ Oczywiście jest, że pogląd ten należy odnieść także do mężczyzn. Zgodzić się zatem należy ze stanowiskiem, że prawo kobiet i mężczyzn do prokreacji obejmuje uprawnienie do rezygnacji z niego, także wówczas, gdy jego realizacja ma cechy nieodwracalności, będąc interwencją medyczną godzącą bezpośrednio w określony aspekt zdrowia człowieka. Taka kwalifikacja medyczna nie przesądza jeszcze kwalifikacji prawnej i nie może decydować o zakazie jej wykonania.

Sterylizacja jawi się w świetle powołanych przepisów prawa międzynarodowego oraz preambuły do *Ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludz-*

sprzyjać rozwiązłości.

⁵⁹ Por. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973; Z. Ziemiński, *Two Concepts of Rationality in Legislation*, *Rechts-theorie* Bh. 8/1985, s. 139-150; S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990, s. 117-134.

⁶⁰ C. Lalumiere, G. Gerin, J. Metrot, M. Scalabrino-Spadea, E. Sgreccia, *Medycyna...*, op. cit., s. 72.

kiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży jako realizacja prawa każdego człowieka do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci oraz prawa dostępu do środków umożliwiających korzystanie z tego prawa, jako metoda i środek świadomej prokreacji. Oznacza to, że prawo do prokreacji zawiera w sobie dopuszczalność rezygnacji z niej, nawet jeżeli rezygnacja ta ma charakter definitywny. Z tej perspektywy dobrowolna sterylizacja nie może zostać uznana za praktykę czy zabieg bezprawny, i to niezależnie od tego, z jakiego powodu jest przeprowadzana. Obecnie temat sterylizacji pojawia się najczęściej w przypadku tzw. sterylizacji antykoncepcyjnej, ale pamiętać należy, że brakiem zakazu objęte też będą dobrowolne przypadki sterylizacji dokonane np. ze względu na powody egzystencjalne, socjalne czy eugeniczne w celu uniknięcia posiadania obciążonego genetycznie potomstwa.

Przeprowadzona analiza prowadzi zatem do wniosku, że prawo do prokreacji jest realizacją wolności człowieka i jako taka jest prawem chronionym, a jedynym z jego przejawów jest zabieg dobrowolnej sterylizacji. Problematyczny jest jednak sposób jego legalizacji w świetle art. 156 KK. Dowodzi tego przedstawiona wielość i różnorodność poglądów dogmatycznych, która wynika z restrykcyjności prawa karnego i konsekwencji karnych, występujących w przypadku realizacji znamion typu czynu zabronionego polegającego na pozbawieniu zdolności płodzenia. Spośród opisanych sposobów legalizacji, po przeprowadzonej analizie, najbardziej odpowiadającym charakterowi tego zabiegu jest pogląd o pierwotnej jego legalności za sprawą znikomej szkodliwości społecznej czynu. Dobrowolna sterylizacja jest wprawdzie zabiegiem, którego obiektywnym skutkiem jest ciężki uszczerbek na zdrowiu w rozumieniu art. 156 KK, ale ze względu na sposób i okoliczności popełnienia czynu oraz motywację i zamiar sprowadzający się do zrealizowania autonomii podmiotu, a nie jej ograniczenia, należy uznać, że taki czyn nie jest przestępstwem. Jest on pierwotnie legalny jako ten, którego stopień społecznej szkodliwości, oceniony w procesie stosowania prawa przy wykorzystaniu ustawowych przesłanek, jest znikomy. „Pierwotność” jego legalności wynika z urzeczywistnienia prawa człowieka do dobrowolnej rezygnacji z własnej płodności, co stanowi treść prawa do prokreacji. A skoro działanie takie jest realizacją przysługującego podmiotowi prawa wyboru w jednym z aspektów życia prywatnego, to nie można twierdzić, że wymaga ono następczego usprawiedliwienia jako sytuacja kontratypowa. Stąd wszystkie koncepcje oparte na wtórnej legalizacji wydają się nieadekwatne do charakteru i okoliczności omawianego zabiegu. Stanowią zaprzeczenie pierwotnej legalności praw zagwarantowanych w ustawodawstwie, potwierdzonych w doktrynie i orzecznictwie. Nie ma zatem podstaw, aby w tym zakresie prawo karne wyznaczało granice dla prawa wolnościowego i obejmowało dobro prawne swoją ochroną. Ponadto

koniecznym jest przywołanie zasady określoności prawa karnego i zasady *nullum crimen sine lege*, nie pozwalających na stwierdzenie, że na gruncie obowiązujących w systemie prawa norm przewidziany jest odrębny typ czynu zabronionego w postaci zakazu wykonywania dobrowolnej sterylizacji, prowadzący do odpowiedzialności karnej czy dyscyplinarnej lekarza.

W konsekwencji przyjąć należy, że sterylizacja osoby dorosłej, poczytalnej, dokonana za jej zgodą nie jest przestępstwem *de lega lata* i *de lege ferenda* tak pozostać powinno.⁶¹

⁶¹ R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 426.

VOLUNTARY STERILISATION. REMARKS *DE LEGE LATA*

The matter under discussion refers to the problem of voluntary sterilisation. The speculations contained in the article, are considered with references to the polish and international law. The fundamental argument demonstrated above, resolves itself to the statement that, despite lack of any judicial regulations related to that kind of operations directly, sterilisation is legal primary, accepted in polish law. That thesis is based on the law principles eg, freedom and right to self-determination. Voluntary sterilisation is a kind of realization the fundamental right of every human being, woman and man, to the possessing or not possessing children responsibly. Moreover, sterilisation can be observed as a realization of right to access to any kind of methods enabling using that procedure. In particular, right to the procreation includes also the possibility of resignation of it, even though, that resignation has a final and irreversible character, and consequences can be qualified as a serious injury in the criminal law definition. As a result, voluntary sterilisation of an adult, responsible and accountable person, realised with her acceptation can not be considered as an illegal operation, apart from the reasons of that decision.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (201) 2015
Warszawa 2015

Tomasz Szanciło ■

POWAGA RZECZY OSĄDZONEJ I PRAWOMOCNOŚĆ ROZSZERZONA A KONTROLA WZORCÓW UMOWNYCH

1. Uwagi ogólne

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problematyka dotycząca niedozwolonych postanowień umownych, zwanych też w literaturze przedmiotu nieuczciwymi postanowieniami lub klauzulami abuzywnymi, a także zakres skutków orzeczenia sądowego uznającego postanowienie wzorca umowy za niedozwolone. Wywołuje ona duże kontrowersje zarówno teoretyczne, jak i praktyczne. Świadczy o tym chociażby olbrzymia liczba orzeczeń Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) w tym przedmiocie, skutkująca liczbą wpisów do rejestru, o którym mowa jest w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c.

Jest to o tyle istotne zagadnienie, że odnosi się do konstytucyjnej zasady ochrony konsumentów, gdyż jednym z zadań władz publicznych jest ochrona konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. W celu określenia zakresu tej ochrony wydawane są ustawy (art. 76 Konstytucji¹). Ponieważ przepisy Konstytucji stosuje się odpowiednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej (art. 8 ust. 2), to w przypadku braku odpowiedniej ustawy regulującej określoną materię, wprost stosuje się przepisy ustawy zasadniczej, co zapobiega sytuacji, w której Konstytucja mogłaby być uważana za zbiór deklaracji i haseł².

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

² Zob. S. Rudnicki, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 kwietnia 1998 r., I PKN 90/98*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 19, s. 986.

Jedną z płaszczyzn, na której realizowana jest ochrona konsumentów, są niedozwolone postanowienia umowne. Podstawowym celem przepisów o klauzulach abuzywnych jest uzdrowienie stosunków prawnych powstałych w wyniku określonej nieprawidłowości w procesie kontraktowania. Wprowadzenie do umowy niedozwolonego postanowienia umownego jest następstwem nadużycia przez przedsiębiorcę jego dominującej pozycji wobec konsumenta, co polega najczęściej na wykorzystaniu niewiedzy konsumenta co do skutków prawnych zaproponowanych przez przedsiębiorcę (kontrahenta) rozwiązań w wyniku usankcjonowanej możliwości kształtowania treści stosunku prawnego bez uczestniczenia w tym procesie słabszej strony³. Jednak aby osiągnąć założone cele, nie jest wystarczające wydanie przez organy państwa stosownych aktów prawnych, ale niezbędne jest zapewnienie realnej ochrony prawnej, wymuszającej stosowanie w obrocie prawnym, w szczególności gospodarczym, takich postanowień umownych, które nie będą naruszały praw i interesów słabszej strony umowy, jaką jest niewątpliwie konsument. Niezbędna jest więc sądowa kontrola wzorców umowy, którymi posługują się przedsiębiorcy. Jest to o tyle istotne, że posługiwanie się takimi wzorcami, które nie podlegają negocjacjom, a więc które konsument ma obowiązek zaakceptować, jeżeli chce zawrzeć umowę z przedsiębiorcą, jest w dobie gospodarki wolnorynkowej powszechnie stosowane i akceptowane, z uwagi na swoje niewątpliwe zalety. Z uwagi jednak na ryzyko, jakie się z tym wiąże po stronie konsumentów, ustawodawca uznał, że rola sądu w tym przedmiocie musi być istotna.

Wynika to również z treści art. 45 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Jest to jedno z praw podstawowych każdego człowieka (obywatela), które nie może być ograniczone decyzjami organów państwa. Konsekwencją tego jest przyjęcie, że zadaniem sądu jest dokonanie weryfikacji twierdzeń stron postępowania sądowego na tle przedstawionego w jego toku stanu faktycznego i podjęcie – w formie przewidzianej przepisami prawa – merytorycznej decyzji odnośnie do przedstawionego żądania, a więc uwzględniającej lub nieuwzględniającej żądanie zgłoszone przez powoda lub wnioskodawcę w treści pozwu lub wniosku.

Taki kształt i rozumienie prawa do sądu w polskim prawie znajduje potwierdzenie w ratyfikowanych przez Polskę aktach prawa międzynarodowego, w szczególności Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych Wolności otwartym do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r.⁴ oraz Konwencji

³ Zob. M. Skory, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Kraków 2005, s. 69–70.

⁴ Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167–zał.

o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4.11.1950 r.⁵ Zgodnie z art. 14 ust. 1 zd. 2 Paktu: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd, ustanowiony przez ustawę, przy orzekaniu co do zasadności oskarżenia przeciw niemu w sprawach karnych bądź praw i obowiązków w sprawach cywilnych”. Natomiast zgodnie z art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciw niemu sprawie karnej”.

Przepisy te mają analogiczny wydźwięk. Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) stoi na stanowisku, że art. 6 ust. 1 Konwencji ma zastosowanie w przypadku, gdy roszczenie ma charakter majątkowy i jest oparte na zarzucanym naruszeniu praw, które tak samo są prawami majątkowymi, bez względu na źródło sporu. Wynik danej sprawy musi rozstrzygać o prywatnych prawach i obowiązkach, niezależnie od statusu stron, charakteru przepisów będących podstawą rozstrzygnięcia sporu oraz organu, któremu to powierzono⁶. Innymi słowy, przepis ten zabezpiecza prawo każdego do wniesienia do sądu swojej sprawy związanej z jego prawami lub obowiązkami o charakterze cywilnym⁷. Analogiczny wniosek odnieść należy do cytowanego artykułu Paktu.

Z obydwu tych aktów prawnych wynika zatem niezbywalne prawo każdego człowieka do przedstawienia sądowi wszelkiego rodzaju żądań (roszczeń) – w interesującym tu przypadku – o charakterze cywilnym, zaś niezawisły (niezależny) i bezstronny sąd powinien to żądanie rozpoznać w terminie, o którym można powiedzieć, że jest „rozsądny”. Należy więc mówić o prawie do rzetelnego procesu jako naczelnej zasadzie łączącej gwarancyjne elementy systemu zasad prawa cywilnego procesowego i zasad ustrojowych. Zasady procesu cywilnego łączą się ze sobą i pozostają w bliskim związku. Wszystkie te zasady wzajemnie się warunkują i rzutują na siebie, tworząc jednolity harmonijny system zasad, który przenika i ukierunkowuje statykę i dynamikę postępowania cywilnego⁸.

⁵ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.

⁶ Zob. wyroki ETPC: z 7.07.1989 r. w sprawie 10873/84 *Tre Traktorier Aktiebloag v. Szwecja*, [w:] M. A. Nowicki (red.), *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo. Prawo do rzetelnego procesu*, t. 1, Kraków 2001, s. 127 i z 15.06.2006 r. 22892/03 w sprawie *Bakiyevets v. Rosja*, Lex nr 182224.

⁷ Zob. wyrok ETPC z 19.10.2005 r. w sprawie 32555/96 *Roche v. Wielka Brytania*, Lex nr 157847.

⁸ J. Jodłowski, *Zasady naczelne socjalistycznego postępowania cywilnego*, [w:] J. Jodłowski (red.), *Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego. Zbiór studiów*, Ossolineum 1974, s. 63.

U podstaw rzetelnego procesu leży założenie, że korelatem prawa „każdego” są określone obowiązki po stronie organów władzy publicznej, a w szczególności obowiązek zapewnienia przez ustawodawcę prawa w stanowionych ustawach, z uwzględnieniem zakazu zamykania drogi sądowej dla dochodzenia naruszonych wolności i praw, kształtowania procedur sądowych zapewniających każdemu prawo do rozpatrzenia sprawy na zasadach określonych przez art. 45 ust. 1 Konstytucji. Obowiązkiem wszystkich organów władzy publicznej stosujących prawo jest też przestrzeganie prawa dostępu do sądu, a w toku postępowania sądowego tworzenia warunków do aktywnego udziału uczestników postępowania⁹.

W ustawodawstwach państw sygnatariuszy Paktu i Konwencji powinny więc znaleźć się gwarancje tego prawa, które pozwolą na skuteczną jego realizację. Prawo do sądu w powyższym rozumieniu stanowi bowiem istotną gwarancję praw obywatelskich oraz jeden z fundamentów państwa demokratycznego. Wydawać by się mogło, że także w przypadku badania postanowień wzorców umowy w każdym przypadku sąd powinien w sposób merytoryczny rozstrzygnąć spór z tym związany. Istotne jest jednak, że prawo dostępu do sądu nie jest prawem bezwzględnym, co oznacza, że może podlegać ograniczeniom dozwołonym w sposób dorozumiany, jako że z samej swej istoty wymaga uregulowania przez państwo. Gwarantując stronom postępowania sądowego prawo dostępu do sądu w celu rozstrzygnięcia ich praw i obowiązków o charakterze cywilnym, art. 6 ust. 1 Konwencji pozostawia państwu wolny wybór środków, które zostaną wykorzystane w tym celu. Jakkolwiek państwo cieszy się w tej mierze pewnym marginesem uznania, to ostateczna decyzja co do realizacji wymogów Konwencji należy do ETPC. Niemniej temu Trybunałowi musi wystarczyć, że stosowane restrykcje nie ograniczają ani nie umniejszają dostępu pozostawionego jednostkom w taki sposób lub w takim zakresie, że sama istota tego prawa zostaje upośledzona. Ponadto, ograniczenie dostępu do sądu nie będzie zgodne z art. 6 ust. 1 Konwencji, jeżeli nie realizuje uzasadnionego prawnie celu i jeżeli nie zachodzi rozsądna relacja proporcjonalności pomiędzy stosowanymi środkami a celem, który ma zostać osiągnięty¹⁰. Jest to stwierdzenie niezwykle istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania, jako że omawiana kwestia możliwości kontroli postanowień wzorców umownych, co do których zapadło już rozstrzygnięcie

⁹ Zob. Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (ogólna charakterystyka)*, „PiP” 1997, nr 11–12, s. 104–105, A. Kubiak, *Konstytucyjna zasada prawa do sądu w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Łódź 2006, s. 71 i nast.

¹⁰ Zob. np. wyroki ETPC: z 14.03.2013 r. w sprawie *Oleynikov v. Rosja*, Lex nr 1288229 i z 22.10.2013 r. w sprawie 20577/06 *Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.S. v. Turcja*, Lex nr 1377964.

sądu, bezpośrednio dotyka problemu ograniczenia przeprowadzenia postępowania sądowego w świetle prawnych uregulowań krajowych.

2. Wzorce umów

Z tematem opracowania wiąże się nierozzerwalnie pojęcie wzorca umowy, a więc schematu umowy, jaki przedsiębiorca stosuje w obrocie z kontrahentami. Zostało ono wprowadzone do Kodeksu cywilnego (art. 384–385⁴) ustawą z 2.03.2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny¹¹. Szczególny nacisk położony został na regulację zawierania umów z wykorzystaniem wzorców umów i ich kontroli w obrocie z udziałem konsumentów.

Wzorzec umowy jest więc pojęciem mającym swoje źródło w obowiązujących przepisach prawa¹². W zachodnioeuropejskiej literaturze spotkać można następujące terminy: ogólne warunki umów (*Allgemeine Geschäftsbedingungen* – Niemcy), standardowe postanowienia (*standard terms* – Anglia), czy umowa adhezyjna (*contrat d'adhesion* – Francja, *contratto di adesione* – Włochy)¹³. W podstawowym akcie prawa unijnego w tej materii, tj. dyrektywie 93/13/EWG Rady z 5.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich¹⁴ posłużono się pojęciem standardowej umowy (*standard contract*). Natomiast w świetle Kodeksu cywilnego takimi wzorcami są w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy i regulamin (art. 384 k.c.). Nie jest to oczywiście wyliczenie enumeratywne, są to jedynie przykłady najczęściej spotykanych w praktyce wzorców umów. Jednocześnie bez znaczenia pozostaje nazwa wzorca, o ile są to przygotowane z góry przez proponenta, przed zawarciem umowy, postanowienia kształtujące treść stosunku prawnego wiążącego strony¹⁵, czyli

¹¹ Dz.U. Nr 22, poz. 271 ze zm.

¹² We wcześniej obowiązującym rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. nr 82, poz. 598 ze zm.) posłużono się pojęciem regulaminu wydawanego przez jedną ze stron umowy (art. 71 k.z.), a także wzoru umowy, inaczej umowy typowej, wydawanej lub zatwierdzanej przez władzę państwową lub samorządową (art. 72 k.z.). Pojęcie „wzorca umownego” użyto w literaturze jeszcze przed jego wprowadzeniem do Kodeksu cywilnego; zob. E. Łętowska, *Wzorce umowne. Ogólne warunki, wzory, regulaminy*, Wrocław 1975.

¹³ M. Rejda, *Postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone*. Komentarz, Warszawa 2009, s. 22.

¹⁴ Dz.Urz. UE L 95, s. 29 ze zm.

¹⁵ Zob. K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 625, M. Olczyk, *Zmiana treści umowy w czasie trwania stosunku umownego między bankiem a jego klientem na przykładzie zmiany stóp oprocentowania*, „Prawo Bankowe” 2001, nr 1, s. 80 i nast.

dokument jednostronnie przez niego sporządzony. Wzorce te stanowią bowiem zbiór klauzul opracowanych przed zawarciem umowy i wprowadzonych do stosunku prawnego przez jedną ze stron w ten sposób, że druga strona (adherent) nie ma wpływu na ich treść. Wzorzec ma służyć proponentowi do ukształtowania treści stosunku obligacyjnego jako instrument prawny związania adherentów postanowieniami, które chce im narzucić. Cechą wzorca jest możliwość posłużenia się nim wielokrotnie, nie zawiera on bowiem oznaczeń indywidualizujących drugą stronę umowy, lecz powtarzalne klauzule, które będą uzupełniać treść zobowiązań powstałych z umów. Za wzorzec nie może być więc uznana pojedyncza klauzula¹⁶. Dodatkowo wzorce są zwykle opracowywane w oderwaniu od konkretnego stosunku umownego i w sposób jednolity określają treść przyszłych umów, a więc przyszłe prawa i obowiązki stron¹⁷, w przeciwieństwie do umowy, która określa aktualne prawa i obowiązki stron stosunku prawnego, ewentualnie przyszłe (rzadziej przeszłe), ale w ściśle określonych sytuacjach. Natomiast w prawie niemieckim za wzorzec umowy uznaje się typowe postanowienia kontraktu, uprzednio sformułowane przez jedną ze stron na potrzeby zawarcia większej liczby umów, które jedna ze stron przyszłej umowy przedkłada przy jej zawarciu¹⁸.

Przyjmuje się więc, że wzorzec umowy kształtuje poza konsensem treść stosunku prawnego i stanowi oświadczenie woli¹⁹, z tym że w samym założeniu ma na celu kształtować nieograniczoną liczbę stosunków umownych z nieograniczoną liczbą konsumentów. Wzorzec umowy nie zawiera ani wypowiedzi sprawozdawczych, ani informujących o przeżyciach psychicznych przedsiębiorcy, ani też nie informuje o jego życzeniach czy zamiarach²⁰. W przeciwieństwie zatem do umowy indywidualnie negocjowanej, wzorzec umowy nakierowany jest na obrót masowy, a nie na zawarcie jednej czy pewnej, ograniczonej liczby umów, zatem ma na celu regulować w taki sam sposób sytuację prawną nieograniczonej liczby kontrahentów danego przedsiębiorcy w odniesieniu do tego samego przedmiotu

¹⁶ Zob. wyrok SA w Warszawie z 12.12.2012 r., VI ACa 921/12, Lex nr 1362963.

¹⁷ Zob. E. Rutkowska, *Charakter prawny i treść bankowych wzorców umownych*, „Prawo Bankowe” 1999, nr 5, s. 59, M. Bednarek, [w:] E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, Warszawa 2006, s. 541, wyrok SA w Warszawie z 28.05.2014 r., VI ACa 1078/13, Lex nr 1480625.

¹⁸ § 305 niemieckiego Kodeksu cywilnego BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

¹⁹ Zob. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 320–321, która jako pierwsza przedstawiła taką koncepcję wzorca umowy; zob. też M. Lemkowski, *Materiałna ochrona konsumentów*, „RPEiS” 2002, nr 3, s. 94, M. Rejdak, *Definicja terminu „wzorzec umowy konsumenckiej”*, „RPEiS” 2005, nr 3, s. 126. Wzorzec umowy nazwano również w literaturze „szczególną czynnością konwencjonalną”; zob. Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 144.

²⁰ M. Rejdak, *Postępowanie...*, s. 27.

stosunku prawnego. Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie, wzorce umów nie mają charakteru normatywnego, nie są źródłem prawa materialnego, ale wiążą strony dlatego, że stają się składnikiem umowy przez nie zawieranej²¹. Związanie stron wzorcem umowy nie wynika z objęcia jego treści przez strony swą wolą (konsensem), lecz z dopełnienia wymagań określonych w przepisach prawa²² czy w aktualnym stanie prawnym w art. 384 k.c. Jest to słuszny pogląd, jako że nie sposób stawiać znaku równości pomiędzy wzorcem umowy a umową. Konsekwencją tego jest konieczność zastosowania do wykładni wzorca art. 65 § 1 k.c., a nie art. 65 § 2 k.c.²³

Trzeba zauważyć, że wzorzec umowy ma być „ustalony przez jedną ze stron umowy”. Powstaje więc pytanie, czy posłużenie się przez przedsiębiorcę wzorcem sporządzonym (przygotowanym) przez inny podmiot uzasadnia zastosowanie art. 384 i n. oraz art. 479³⁶ k.p.c. Słowo „ustalenie” nie jest tożsame z „przygotowaniem”. Wykładnia celowościowa przepisów przemawia za przyjęciem stanowiska, że chodzi tu o posługiwanie się przez przedsiębiorcę wzorem umowy, a nie ma znaczenia, kto jest jego autorem. Gdyby przyjąć odmienny pogląd, w wielu przypadkach w praktyce ww. przepisy byłyby wyłączone, gdyż wystarczyłoby, aby przedsiębiorca udowodnił, że to nie on stworzył wzór umowy, chociaż faktycznie na jego podstawie zawiera umowy lub posługuje się nim w celu jej zawarcia. W literaturze wskazuje się nawet, że sformułowanie „ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy” należy interpretować raczej jako „narzucony przez jedną ze stron wzorzec umowy”²⁴.

W świetle art. 479³⁸ § 1 k.p.c., zgodnie z którym powództwo w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone może wytoczyć każdy, kto według oferty pozwanego mógłby zawrzeć z nim umowę zawierającą postanowienie, którego uznania za niedozwolone żąda się pozwem, należy przyjąć, że wzorzec umowy stanowi ofertę przedsiębiorcy w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., a więc oświadczenie złożone drugiej stronie woli zawarcia umowy, określające istotne jej postanowienia²⁵. Jest to oferta skierowana do nieoznaczonego kręgu

²¹ Zob. np. wyroki SN: z 31.05.2001 r., V CKN 247/00, Lex nr 52407 i z 15.05.2001 r., I CKN 974/00, Lex nr 52458.

²² Zob. wyrok SN z 30.11.2000 r., I CKN 970/98, OSNC 2001, nr 6, poz. 93.

²³ Podobnie M. Bednarek, *Wzorce umów w prawie polskim*, Warszawa 2005, s. 76–77, E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 320–321, M. Lemkowski, *Materialna ochrona...*, s. 73–76; odmiennie C. Żuławska, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2009, s. 146.

²⁴ Tak M. Rejda, *Definicja terminu...*, s. 124.

²⁵ W literaturze wyrażono także pogląd, że wzorce umowy należy traktować *de lege lata* jako zaproszenie do negocjacji; zob. W. Kubala, *Wzorce umowne i ich rola w obrocie*, „Radca Prawny” 1999, nr 1, s. 24.

osób (*ad incertam personam*) i po jej przyjęciu przez adresata, po spełnieniu się przesłanek określonych w art. 384 i n. k.c., dochodzi do inkorporacji wzorca do stosunku prawnego, w wyniku czego pomiędzy stronami zostaje zawarta umowa określonej treści.

W konsekwencji wzorzec umowy kształtuje treść stosunków prawnych, jeżeli spełnione zostały wszystkie warunki jego stosowania przewidziane przepisami prawa. Przyjmuje się nawet, że stanowi on kwalifikowane oświadczenie woli, bowiem przesłanką jego inkorporacji nie jest poznanie jego treści i wyrażenie przez adherenta zgody na włączenie go do umowy²⁶. Jednocześnie słusznie wskazuje się, że świadomość adherenta odnośnie do występowania wzorca w ramach danego stosunku prawnego nie jest przesłanką ważności umowy ani prawidłowej inkorporacji, pomijając przypadki wyraźnej odmowy adherenta na posłuszenie się przez proponenta wzorcem. Brak wymagania świadomości ze strony adherenta jest szczególnie widoczny w sytuacji, gdy posługiwanie się wzorcem jest zwyczajowo przyjęte w stosunkach danego rodzaju²⁷. Wystarczające jest więc przyjęcie przez kontrahenta złożonej przez przedsiębiorcę oferty, w sposób spełniający wymogi określone w art. 60 k.c., zaś inkorporacja wzorca może nastąpić nawet poza świadomością kontrahenta. Mamy tu więc do czynienia z jego pasywną rolą, gdyż stosunek prawny jest jednostronnie kształtowany przez przedsiębiorcę, który nie uwzględnia w żaden sposób indywidualnych życzeń drugiej strony umowy. W konsekwencji umowa zostaje zawarta na warunkach wynikających z wzorca umowy, bez ingerencji w jego treść. Do zawarcia umowy dochodzi przez przystąpienie (*adhezję*). Można więc stanąć na stanowisku, że wzorzec umowy stanowi podstawę zawarcia umowy adhezyjnej.

Powyższe pozwala na odróżnienie wzorca umowy od indywidualnej umowy konsumenckiej. Są to pojęcia przeciwstawne, gdyż indywidualna umowa konsumencka służy zawarciu konkretnej umowy z konkretnym konsumentem. Jest to więc oferta skierowana do konkretnego adresata (*ad certam persona*), a w umowie uwzględnione zostają indywidualne życzenia i potrzeby konsumenta. W praktyce możemy mieć do czynienia również z umowami pośrednimi – o charakterze mieszanym, tj. zawierającym postanowienia indywidualnie negocjowane z konsumentem i postanowienia nienegocjowane (*narzucone*).

W związku z tym odróżnić należy niedozwolone postanowienia wzorca umowy od niedozwolonych postanowień umowy zawieranej z konsumentem, przy czym wszelkie indywidualne postanowienia, nawet jeżeli nie podlegały

²⁶ Zob. J. Hajerko, *Moc wiążąca wzorców umownych*, „PS” 2007, nr 7–8, s. 109, K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks...*, s. 625.

²⁷ Ł. Węgrzynowski, *Niedozwolone postanowienia umowne jako środek ochrony słabszej strony umowy obligacyjnej*, Warszawa 2006, s. 48.

negocjacom, a więc zostały narzucone przez przedsiębiorcę w taki sposób, że konsument nie miał wpływu na ich treść, zawierają się w tej drugiej grupie. Jednak i takie postanowienia podlegają kontroli pod względem ich abuzywności, gdyż instytucja klauzul abuzywnych dotyczy wszelkich postanowień umownych niezgadzanych indywidualnie z konsumentem (art. 385¹ § 1 k.c.), a nie umów czy wzorców umów jako takich. Ten podział postanowień umownych ma jednak niezwykle istotne znaczenie dla rodzaju przeprowadzanej kontroli (indywidualna czy abstrakcyjna), przebiegu postępowania dowodowego w sprawach cywilnych, gdzie zachodzi konieczność dokonania kontroli postanowień wzorca umowy, jak i dla oceny skutków (sankcji) za wprowadzenie niedozwolonych postanowień do wzorca umowy lub umowy.

3. Kontrola wzorców umów

3.1. Dyrektywy unijne

Rozwiązania dotyczące kontroli wzorców umownych nie stanowią rdzenia polskiej instytucji prawa cywilnego materialnego i procesowego, gdyż są wynikiem implementacji do polskiego systemu prawnego wspomnianej już dyrektywy 93/13. Rozwiązania przyjęte w dyrektywie są efektem długoletniego procesu, który w latach 70. XX w. rozpoczął się w większości krajów zachodnioeuropejskich, a polegał na poszukiwaniu rozwiązań prawnych, które skutecznie chroniłyby podmioty prawa cywilnego przed wzorcami umów, jak i umowami, zawierającymi treści nieuczciwe czy sprzeczne z zasadą równorzędności uprawnień i obowiązków stron umowy²⁸. Została ona uchwalona, gdyż przepisy prawa państw członkowskich, odnoszące się do warunków zamieszczanych w umowie zawieranej między sprzedawcą towarów lub dostawcą usług z jednej strony a konsumentem z drugiej strony, były bardzo zróżnicowane, a obowiązkiem państw członkowskich było zapewnienie, aby umowy zawierane z konsumentami nie zawierały nieuczciwych warunków. Słusznie uznano, że duże różnice między rynkami krajowymi oferującymi konsumentom towary i usługi mogą doprowadzić do zakłóceń konkurencji pomiędzy sprzedawcami i dostawcami, zwłaszcza gdy sprzedają towary i świadczą usługi w innych państwach członkowskich. Przyjęto więc, że w wyniku ujednolicenia systemów prawnych w tym zakresie przedsiębiorcy uzyskają wsparcie związane z prowadzoną przez nich działalnością polegającą na sprzedaży towarów i/lub świadczeniu usług zarówno w kraju, jak i na obszarze rynku wewnętrznego. Jednocześnie uznano, że stymulowanie kon-

²⁸ M. Rejdak, *Postępowanie...*, s. 11.

kurencji przyczynić się powinno do wzrostu możliwości wyboru dla obywateli Unii Europejskiej jako konsumentów. Ponadto wzięto pod uwagę, że konsumenci zwykle nie znają norm prawnych regulujących umowy sprzedaży towarów i świadczenia usług obowiązujących w innych państwach członkowskich, co mogło ich powstrzymać przed dokonywaniem bezpośrednich transakcji nabycia towarów lub usług w innych państwach członkowskich.

Można zatem przyjąć, że dyrektywa 93/13 miała w założeniu dwa podstawowe cele: ujednolicenie systemów prawnych w zakresie rynku wewnętrznego, czyli obszaru bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, a nadto ochrona obywatela jako konsumenta nabywającego towary i usługi. W odniesieniu do tego drugiego celu w dyrektywie odwołano się do zasady pod nazwą *„Ochrona gospodarczych interesów konsumentów”*, zgodnie z którą *„nabywcy towarów i usług powinni być chronieni przed nadużyciami ze strony sprzedawców lub dostawców, w szczególności przed jednostronnymi standardowymi umowami i niedozwolonym wyłączeniem z umów podstawowych praw”*. Bardziej skuteczną ochronę konsumenta można osiągnąć poprzez przyjęcie jednolitych norm prawnych dotyczących nieuczciwych warunków. Zwrócono uwagę, że *„konsumenty muszą otrzymać taką samą ochronę zarówno w umowach zawieranych ustnie, jak i na piśmie, bez względu na to, czy postanowienia pisemnej umowy zostały zawarte w jednym czy kilku dokumentach”*.

Za nieuczciwe warunki standardowej umowy, rozumianej zarówno jako akt już dokonany, jak i wcześniej przygotowanej, na podstawie której dopiero w przyszłości może dojść do zawarcia konkretnej umowy (wzorzec umowy)²⁹, uznano takie postanowienia, które nie były indywidualnie negocjowane, jeśli stoją w sprzeczności z wymogami dobrej wiary, powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta, z tym, że fakt, iż niektóre aspekty warunku lub jeden szczególny warunek były negocjowane indywidualnie, nie wyłącza stosowania tych zasad do pozostałej części umowy, jeżeli ogólna ocena umowy wskazuje na to, że została ona sporządzona w formie uprzednio sformułowanej umowy standardowej. Spod takiej oceny wyłączono warunki określające główny przedmiot umowy oraz relację ceny i wynagrodzenia do dostarczonych w zamian towarów lub usług, o ile warunki te zostały wyrażone prostym i zrozumiałym językiem (art. 3 i 4 dyrektywy). W preambule wskazano jednocześnie, że umowy ubezpieczenia, które jasno określają ryzyko ubezpieczeniowe oraz odpowiedzialność ubezpieczającego, nie będą podlegały takiej ocenie, ponieważ takie ograniczenia brane są pod

²⁹ W kwestii problemów terminologicznych dotyczących polskiej wersji dyrektywy 93/13 zob. M. Rejdak, *Postępowanie...*, s. 24–26.

uwagę przy obliczaniu składki opłacanej przez konsumenta. W przypadku umów, w których wszystkie lub niektóre z przedstawianych konsumentowi warunków wyrażone są na piśmie, warunki te muszą zawsze być sporządzone prostym i zrozumiałym językiem. Jeżeli jednak treść warunków umowy nasuwa wątpliwości, to należy je interpretować na korzyść konsumenta. Państwa członkowskie powinny zapewnić, aby nieuczciwe warunki nie były zamieszczane w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami oraz, jeżeli jednak takie warunki zostają w nich zawarte, aby nie były one wiążące dla konsumenta, oraz zagwarantować, żeby umowa obowiązywała strony zgodnie z zawartymi w niej postanowieniami, pod warunkiem, że po wyłączeniu z umowy nieuczciwych warunków może ona nadal obowiązywać.

Podstawowe znaczenie dla postępowania w przedmiocie uznania postanowień wzorca umowy za niedozwolone miał art. 7 dyrektywy 93/13, w którym zobowiązano państwa członkowskie, zarówno w interesie konsumentów, jak i konkurentów, do zapewnienia stosownych i skutecznych środków mających na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców i dostawców z konsumentami. W celu zapewnienia wyższego stopnia ochrony konsumenta państwa członkowskie mogły przyjąć lub utrzymać bardziej rygorystyczne przepisy prawne w dziedzinie objętej niniejszą dyrektywą. Niemniej wykładnia norm prawa krajowego w przedmiotowym zakresie powinna być zgodna z tą dyrektywą, gdyż sąd krajowy dokonujący wykładni prawa krajowego powinien z urzędu uwzględniać odpowiednie przepisy prawa wspólnotowego dotyczące rozpoznawanej przez sąd sprawy³⁰. Jest to dosyć oczywiste stwierdzenie, jako że jedną z podstawowych zasad prawa unijnego jest jego nadrzędność w stosunku do prawa krajowego, jeżeli zachodzą sprzeczności między nimi.

Takie wdrożenie (transpozycja) nastąpiło powołaną wyżej ustawą z 2.03.2000 r., którą dokonano kompleksowej nowelizacji art. 384 i n. k.c., w tym wprowadzono do polskiego systemu prawnego – z pewnymi modyfikacjami w stosunku do załącznika do dyrektywy – katalog niedozwolonych postanowień umownych (art. 385³ k.c.). Jednocześnie wprowadzono do Kodeksu postępowania cywilnego przepisy dotyczące postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 479^{36–479}⁴⁵ k.p.c.). To ostatnie stanowi wyrażoną w dyrektywie ideę, że osoby lub organizacje, które na podstawie przepisów prawnych państwa członkowskiego mają uzasadniony

³⁰ Tak Europejski Trybunał Sprawiedliwości (aktualnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej jako: TSUE) w wyroku z 27.06.2000 r. w sprawie *Océano Grupo Editorial S.A. v. Rocio Murciano Quinteiro i in.* (C-240/98-244/98), „European Court Reports” 2000, nr 6, s. I-4941.

interes do działania w sprawie, muszą posiadać uprawnienie do wszczęcia postępowania dotyczącego warunków umowy przeznaczonych do ogólnego stosowania w umowach zawieranych z konsumentami, a w szczególności warunków nieuczciwych, zarówno przed sądem, jak i przed organami administracyjnymi właściwymi do rozstrzygania skarg lub inicjowania odpowiednich działań prawnych, zaś sądy i organy administracyjne państw członkowskich muszą mieć do swojej dyspozycji stosowne i skuteczne środki zapobiegające stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich. Generalnie polskie prawo w zakresie kontroli wzorców umowy nie przewiduje rozwiązań odmiennych (bardziej rygorystycznych) niż wynikające z dyrektywy.

Nie można również nie wspomnieć o dyrektywie 98/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 19.05.1998 r. w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów³¹, w wyniku wdrożenia której do polskiego porządku prawnego – ustawą z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³² – wprowadzono instytucję praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Celem tej dyrektywy było zbliżenie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich odnoszących się do powództw o zaprzestanie szkodliwych praktyk, mających na celu ochronę zbiorowych interesów konsumentów w celu zapewnienia sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Polski ustawodawca, wprowadzając stosowne rozwiązania, zdecydował o wyposażeniu w środki ochrony zbiorowych interesów konsumentów Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes UOKiK), który – będąc organem administracji państwowej – ma za zadanie stać na straży porządku publicznego i działać w interesie publicznym.

Z punktu widzenia niniejszego opracowania najistotniejszy jest art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 obecnie obowiązującej ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³³, która zastąpiła ustawę z 2000 r. Przepis ten uznaje za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ k.p.c.

3.2. Kontrola incydentalna a kontrola abstrakcyjna

Jak wskazano, celem instytucji kontroli wzorców umownych jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania mechanizmu podejmowania decyzji przez słabszą stronę umowy (uczestnika obrotu), którą jest zwykle konsument. Cel ten realizowany jest przez konkretną i abstrakcyjną kontrolę wzorców umownych.

³¹ Dz.Urz. UE L 166, s. 51 ze zm.

³² T.j. Dz.U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 ze zm.

³³ Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm. (dalej: u.o.k.k.).

Generalnie można powiedzieć, że kontrola incydentalna wzorców polega na kontroli treści umowy zaczerpniętej z wzorca, zaś kontrola abstrakcyjna polega na kontroli wzorca jako takiego, w oderwaniu od konkretnej umowy, której wzorem dotyczy³⁴.

Aby możliwa była kontrola incydentalna wzorca umowy, podstawową przesłanką jest ważność umowy zawartej przy użyciu tego wzorca. Oprócz tego konieczne jest spełnienie warunków związanych z doręczeniem wzorca umowy. Jest to tym bardziej istotne, że regulacja wymogów skutecznego posłużenia się wzorcem umownym ma walor przepisów o charakterze *iuris cogentis*.

Warunkiem wynikającym z ustawy, który musi spełnić podmiot posługujący się przy zawieraniu umów z kontrahentami wzorcem umowy (proponenta), jest doręczenie tego wzorca umowy drugiej stronie (adherent) przed zawarciem umowy, co wprost wynika z art. 384 § 1 k.c. Reguła ta ma zastosowanie niezależnie od statusu prawnego stron danej umowy, czyli odnosi się zarówno do obrotu jednostronnie profesjonalnego, gdy proponentem jest przedsiębiorca, zaś adherentem konsument, jak i obrotu dwustronnie profesjonalnego, gdy obie strony są przedsiębiorcami. W praktyce problem doręczenia nie występuje w sytuacji, gdy umowa jest zawierana z użyciem formularza do wypełnienia (wzór umowy), jako że trudno uznać, że wówczas wzorzec nie jest doręczany przed zawarciem umowy. Ważna jest tu natomiast inna kwestia, a mianowicie umożliwienia drugiej stronie zapoznania się z treścią wzorca umowy, gdyż ustawodawca nie wskazał, na ile przed zawarciem umowy powinno nastąpić doręczenie wzorca. Można przyjąć, że powinien to być termin „rozsądny”, a więc taki, w którym kontrahent ma realną możliwość zapoznania się z treścią wzorca, aby była dla niego zrozumiała. Ten termin powinien być ustalony w konkretnej sprawie.

W art. 384 § 1 k.c. chodzi o faktyczne doręczenie wzorca umowy kontrahentowi. Doręczenie musi nastąpić przed zawarciem umowy, czyli nie spełnia tego wymogu doręczenie wzorca albo w momencie zawarcia umowy, albo już po jej zawarciu. Nie jest konieczne potwierdzenie momentu przekazania wzorca umowy. Jeżeli jednak adherent poświadczył podpisem fakt otrzymania wzorca, to chociaż samo w sobie nie sanuje to braku doręczenia, jeżeli do doręczenia faktycznie nie doszło³⁵, to ciężar wykazania braku doręczenia spoczywa na adherencie (art. 245 i 253 k.p.c.). Jeżeli zaś takiego potwierdzenia nie było, a druga strona zarzuciła, że wzorzec nie został doręczony przed zawarciem umowy, to wykazanie okoliczności wynikającej z art. 384 § 1 k.c. spoczywa na

³⁴ Zob. wyrok SOKiK z 19.06.2002 r., XVII Amc 34/01, Dz.Urz. UOKiK 2002, nr 3, poz. 174, uchwałę SN z 19.12.2003 r., III CZP 95/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 25.

³⁵ Zob. np. M. Bednarek, [w:] *System...*, s. 594, K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 627.

proponencie (art. 6 k.c.). Bez znaczenia zaś pozostaje, czy adherent faktycznie zapoznał się z treścią wzorca, gdyż istotny jest sam fakt doręczenia wzorca w warunkach określonych w art. 384 § 1 k.c. Nie jest wystarczające poinformowanie, że istnieje możliwość zapoznania się z wzorcem w jakimś miejscu lub poinformowanie o treści wzorca w innej formie niż pisemna. Ponieważ wzorzec musi być doręczony w stanie umożliwiającym adherentowi zapoznanie się z nim, zatem doręczenie wzorca, który nie jest czytelny, jest niekompletny czy częściowo zniszczony, nie spełnia ustawowego wymogu z art. 384 § 1 k.c. Przyjmuje się, że jeżeli wzorzec umowy zostanie doręczony, ale z jakichś przyczyn możliwe było zapoznanie się z nim tylko częściowo, wzorzec Ten nie wiąże w całości, a nie tylko w części nieczytelnej, a czytelna część wiąże³⁶. Zatem wzór umowy nie może być również wydrukowany czcionką uniemożliwiającą jego przeczytanie lub rozmazanymi literami. Można przyjąć, że każda przeszkoda *in casu* uniemożliwiająca zapoznanie się konsumentowi z treścią wzorca wywołuje skutek przeciwny do określonego w art. 384 § 1 k.c.

Jeżeli wymóg doręczenia nie zostanie spełniony, to bezprzedmiotowa jest incydentalna kontrola treści wzorca, gdyż taki wzorzec nie wiąże drugiej strony, a więc skutek jest dokładnie taki, jak przewidziany w art. 385¹ § 1 k.c. Oznacza to, że o ile proponent może nadal posługiwać się tym wzorcem przy zawieraniu umów, to w tym konkretnym stosunku prawnym strona posługująca się wzorcem nie może powoływać się na postanowienia wynikające z wzorca i wywodzić z nich skutków prawnych (tzw. sankcja bezskuteczności). W konsekwencji strony będą związane samą umową, a nadto zastosowanie będą znajdować przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje (art. 56 k.c.).

Wyjątki od tej zasady określone zostały w art. 384 § 2 k.c., który przewiduje dwa przypadki uproszczonego sposobu inkorporacji (włączenia) wzorca do umowy. Pomimo braku doręczenia drugiej stronie wzorca umowy wiąże on:

- 1) gdy posługiwanie się wzorcem jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, a druga strona mogła się z łatwością dowiedzieć o jego treści,
- 2) gdy chodzi o zawierane powszechnie z konsumentem (w rozumieniu art. 22¹ k.c.) umowy w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego.

W tych sytuacjach ustawodawca uznał, że wymóg doręczenia każdemu kontrahentowi wzorca umowy byłby zbyt uciążliwy i nieracjonalny w stosunku do korzyści wynikających ze stosowania wzorców, szczególnie z uwagi na

³⁶ E. Rutkowska, *Moc wiążąca bankowych wzorców umownych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2004, nr 60, s. 95.

masowy charakter zawieranych umów danego rodzaju. Takie rozwiązanie ma na celu ułatwienie obrotu cywilnoprawnego, co stanowi niezaprzeczną wartość.

Ustawodawca nie zdefiniował żadnej z przesłanek umożliwiających odstąpienie od zasady doręczenia wzorca umowy, a więc powinno się je oceniać *in casu*, przy czym do ich wykazania zobowiązany jest proponent, jako że on z okoliczności tych wywodzi pozytywne dla siebie skutki prawne (art. 6 k.c.). Już pojęcie „łatwości dowiedzenia się o treści wzorca” jest ocenne. Chociaż trzeba mieć na względzie ochronną funkcję przepisów dotyczących wzorców umów i zastosować model przeciętnego klienta, to nie sposób pominąć, czy tym klientem jest konsument czy przedsiębiorca³⁷, mając na względzie chociażby treść art. 355 § 2 k.c. Poziom staranności po stronie przeciętnego przedsiębiorcy powinien być większy niż po stronie przeciętnego konsumenta. W praktyce wymóg umożliwienia klientowi zapoznania się z wzorcem umowy spełnia przede wszystkim jego wywieszenie w ogólnie dostępnym pomieszczeniu (lokalu) proponenta³⁸. Przy czym istotne jest, aby nie zaistniały przeszkody uniemożliwiające, a nawet jedynie utrudniające zapoznanie się z tym wzorcem. Jednocześnie słusznie wskazuje się, że nie jest wystarczające opublikowanie wzorca umowy w środkach masowego przekazu czy dzienniku urzędowym³⁹. Nie może to więc być jedynie pozorna dostępność do wzorca umowy. Ważna jest zatem nie tylko treść wzorca, czyli czy jest on sformułowany jednoznacznie i w sposób zrozumiały (art. 385 § 2 k.c.), ale również forma jego udostępnienia potencjalnym klientom. Jednocześnie posługiwanie się wzorcem musi być w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, tj. w danym rodzaju stosunków musi istnieć utrwalony zwyczaj, że umowy są zawierane przy użyciu wzorca. Ten zwyczaj powinien być na tyle utrwalony, że istnieje w świadomości społeczeństwa. Najczęściej dotyczy to przedsiębiorców świadczących usługi skierowane do masowego odbiorcy.

Również druga grupa wyjątków nastrocza problemy, gdyż:

- umowa musi występować powszechnie,
- sprawa, której umowa ta dotyczy, musi mieć charakter „drobny”,
- zaspokajana potrzeba musi być „bieżąca” oraz musi być powtarzalna i częsta, skoro ma dotyczyć „życia codziennego”.

Można powiedzieć, że ten przypadek dotyczy umowy, którą można nazywać bagatelną. Powstaje jednak problem, czy pojęcie „drobnej sprawy” odnosi

³⁷ Zob. W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2013, s. 1060.

³⁸ Zob. np. wyrok SA w Katowicach z 27.05.1992 r., I ACr 217/92, „Wokanda” 1993, nr 1, s. 27.

³⁹ Tak E. Rutkowska, *Moc wiążąca...*, s. 95, M. Bednarek, [w:] *System...*, s. 597.

się wyłącznie do świadczenia stron, czy również do wartości przedmiotu, który zostaje przekazany celem spełnienia świadczenia. W literaturze nie ma co do tego zgodności⁴⁰. Jako przykład można podać oddanie do naprawy rzeczy, której wartość wielokrotnie przewyższa wynagrodzenie za usługę. Właściwe wydaje się uwzględnienie wszystkich elementów umowy, przede wszystkim jej *essentialia negotii*, którymi są zwykle przedmiot i cena. Nie sposób przyjąć dla oceny, czy umowa ma charakter bagatelny, jedynie pewnych jej elementów.

W praktyce obrotu wzory umowy coraz częściej przybierają formę elektroniczną. W takim przypadku konieczne jest ich udostępnienie drugiej stronie przed zawarciem umowy w taki sposób, aby mogła ona wzorzec ten przechowywać i odtwarzać w zwykłym toku czynności (art. 384 § 4 k.c.). Nie sposób zgodzić się z wyrażonym w literaturze poglądem, że jeżeli umowa jest zawierana z konsumentem, to udostępnienie wzorca może być zrealizowane jedynie przez przesłanie go pocztą elektroniczną, a jeżeli umowa jest zawierana między przedsiębiorcami, to udostępnienie wzorca w postaci elektronicznej może być zrealizowane także przez umieszczenie go na stronie www⁴¹. Powołany przepis nie czyni w tym przedmiocie wyjątków podmiotowych, jak ma to miejsce we wcześniejszych paragrafach tego artykułu, a więc niezależnie od charakteru obrotu, do jakiego wzorec ma zastosowanie, należy przyjąć takie same zasady. I chociaż w tym przepisie wymóg „doręczenia” wzorca zastąpiono wymogiem „udostępnienia”, a więc pojęciem niejako węższym, to trzeba zwrócić uwagę, że adherent ma mieć możliwość wzorzec przechowywać i normalnie odtwarzać. Zatem udostępnienie ma mieć charakter trwały, bez możliwości ingerencji w tekst, zaś odtworzenie nie może wymagać specjalnych kwalifikacji lub sprzętu. W świetle literalnej wykładni przepisu, udostępnienie wzorca umowy na stronie www nie spełnia wymogu trwałości⁴². Oznacza to, że niezbędne jest przesłanie wzorca na adres poczty elektronicznej adherenta lub przekazanie mu go na nośniku elektronicznym. W praktyce, szczególnie jeżeli przedsiębiorca świadczy usługi jedynie w Internecie, byłoby to nie do wykonania, w związku z czym należy postulować *de lege ferenda* zmianę przepisów prawnych w tym zakresie w kierunku umożliwienia przedsiębiorcom udostępniania wzorców na ich stronach internetowych.

⁴⁰ Za pierwszym stanowiskiem (szerszym) opowiada się W. Popiołek, [w:] *Kodeks...*, s. 1062, za drugim (węższym) K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks...*, s. 628, M. Bednarek, [w:] *System...*, s. 645–647, E. Łętowska, *Prawo...*, s. 295.

⁴¹ Tak T. Szczurowski, *Udostępnienie wzorca umowy w postaci elektronicznej*, „PPH” 2005, nr 7, s. 36.

⁴² W wyroku z 12.04.2011 r. (III SK 44/10, OSNP 2012, nr 9–10, poz. 132) SN przyjął jednak, że z uwagi na to, iż warunkiem koniecznym do zmiany wzorca umowy jest udostępnienie go konsumentowi, zmiany regulaminu przedsiębiorcy świadczącego usługi w Internecie powinny być wyraźnie zaznaczone na jego stronie www.

towych, aby kwestia ta nie budziła wątpliwości interpretacyjnych.

Natomiast w przypadku kontroli abstrakcyjnej nie jest konieczne spełnienie powyższych przesłanek. Przede wszystkim nie rozpatruje się ważności umowy, jako że chodzi tu jedynie o potencjalną możliwość zawarcia umowy przy użyciu kwestionowanego wzorca. Z tej samej przyczyny, jak również dlatego, że powództwo w tym przedmiocie nie musi być nawet wytoczone przez podmiot, który jest adresatem tego wzorca (art. 479³⁸ k.p.c.), nie mają znaczenia kwestie związane z doręczeniem lub udostępnieniem wzorca umowy. Co więcej, bez znaczenia pozostaje dla możliwości procedowania przez sąd, czy przedsiębiorca posługuje się danym wzorcem, a konkretnie – kwestionowanym postanowieniem, czy też już zaprzestał takiego działania, o ile pomiędzy zaniechaniem stosowania określonego postanowienia a wniesieniem pozwu nie minęło sześć miesięcy (art. 479³⁹ i 479⁴⁰ k.p.c.). Zatem aby postanowienie wzorca umowy mogło podlegać kontroli abstrakcyjnej, nie musi zostać wypełniona norma art. 384 k.c., co oznacza, że niezależnie od tego, czy wzorzec zostanie doręczony potencjalnym klientom w sposób właściwy lub uproszczony, można domagać się kontroli jego postanowień pod kątem abuzywności, ale tylko w tym trybie.

W konsekwencji w przypadku takiej kontroli ocenie podlega treść postanowienia wzorca *in abstracto*, a więc w oderwaniu od wykorzystania wzorca umowy, czyli bez względu na to, czy na jego podstawie została zawarta jakakolwiek umowa oraz jaki wynikałby z niej rozkład praw i obowiązków stron. Nie bierze się pod uwagę również sposobu wykorzystania samego postanowienia podlegającego kontroli, czy jego powszechności w analogicznych wzorcach umowy konkurencyjnych przedsiębiorców. Ocena znaczenia postanowień wzorca umowy następuje także w oderwaniu od warunków ekonomicznych i gospodarczych działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę. Nieistotne są również kwestie sposobu organizacji lub specyfiki działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę, którego wzorzec podlega kontroli w tym trybie⁴³. Innymi słowy, są to wszystko okoliczności prawnie obojętne z punktu widzenia abstrakcyjnej kontroli wzorców umowy. W wyniku wprowadzenia tego rodzaju kontroli doszło niejako do „przełamania” priorytetu interesu prywatnego, a więc indywidualnego modelu procesu cywilnego, gdzie chodzi przede wszystkim o ochronę dobra jednostki, na rzecz ochrony interesu zbiorowego (publicznego), co ze względu na zachodzące zmiany w sposobach zawierania umów pozwala na lepszą ochronę obrotu gospodarczego. Istotą kontroli tego rodzaju jest bowiem wyeliminowanie z obro-

⁴³ Zob. np. M. Skory, *Klauzule abuzywne...*, s. 283, M. Bednarek, *Wzorce umów...*, s. 153, E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 354 i nast., wyrok SOKiK z 19.06.2002 r., XVII Amc 34/01, Dz.Urz. UOKiK 2002, nr 3, poz. 174, wyrok SA w Warszawie z 4.10.2011 r., VI ACa 282/11, Lex nr 1130437.

tu określonych postanowień wzorów umów i dostarczenie uczestnikom obrotu, tj. przedsiębiorcom i konsumentom, informacji, jakie postanowienia wzorów nie powinny być stosowane w obrocie.

Jedynym organem uprawnionym do dokonywania tego rodzaju kontroli jest Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie, stosownie do treści art. 479³⁶ i 479³⁸ k.p.c., przedmiotem postępowania prowadzonego przed tym sądem nie jest kontrola i analiza postanowień konkretnej, zawartej przez strony umowy, lecz kontrola abstrakcyjna wzorca umownego stosowanego przez przedsiębiorcę w obrocie z konsumentami, którego postanowienia mogłyby kształtować treść stosunku prawnego w przypadku zawarcia umowy konsumenckiej⁴⁴. Jest to o tyle istotne, że kontroli incydentalnej może dokonać każdy inny sąd powszechny, jak i w trybie postępowania kasacyjnego SN, jednak kontrola ta, pomijając kwestię ewentualnych uchwał podejmowanych przez SN, jest wiążąca jedynie w konkretnej sprawie. Już w tym miejscu należy więc wskazać, że inny jest walor i skutki kontroli incydentalnej i kontroli abstrakcyjnej wzorca umowy.

3.3. Przestanki uznania postanowienia za niedozwolone

W art. 385¹–385³ k.c. przewidziano konstrukcję niedozwolonych postanowień umownych. Regulacja ta ma na celu ochronę konsumenta przed niekorzystnymi postanowieniami umowy łączącej go z profesjonalistą. W myśl art. 385¹ § 1 k.c. za niedozwolone postanowienia umowne uznaje się postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nieuzgodnione indywidualnie, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy, z tym, że nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. Przepis ten znajduje zastosowanie do wszystkich umów z udziałem konsumentów. W literaturze i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że klauzula generalna z tego przepisu dotyczy zarówno umów zawieranych bez użycia wzorca umowy, zawieranych z użyciem takiego wzorca, jak i postanowień wprowadzonych do wzorców umownych, które wprawdzie nie są elementem umowy, ale na podstawie art. 385 w zw. z art. 56 k.c. kształtują, obok umowy, wynikający z niej stosunek obligacyjny⁴⁵.

Z przytoczonego sformułowania wynika zatem, że możliwość uznania danego postanowienia umowy lub postanowienia wzorca umowy za niedozwolone

⁴⁴ Wyrok SN z 3.10.2008 r., I CSK 70/08, „Glosa” 2009, nr 3, s. 8.

⁴⁵ Zob. W. Popiołek, [w:] *Kodeks...*, s. 1070, K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks...*, s. 632, wyroki SN: z 9.10.2003 r., V CK 277/02, OSNC 2004, nr 11, poz. 184 i z 7.12.2006 r., III CSK 266/06, Lex nr 238949.

i wyeliminowania go z praktyki stosowania zależna jest od spełnienia następujących przesłanek:

- 1) postanowienie nie zostało uzgodnione indywidualnie, a więc nie podlegało negocjacom,
- 2) postanowienie zostało ukształtowane w ten sposób, że prawa i obowiązki konsumenta pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami,
- 3) postanowienie zostało ukształtowane w ten sposób, że prawa i obowiązki rażąco naruszają interesy konsumenta,
- 4) postanowienie umowy nie dotyczy sformułowanych w sposób jednoznaczny głównych świadczeń stron, w tym ceny lub wynagrodzenia.

Powyższe przesłanki muszą zostać spełnione łącznie, brak jednej z nich skutkuje tym, że sąd nie dokonuje oceny danego postanowienia pod kątem abuzywności.

Nieuzgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu, co w szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta (art. 385¹ § 3 k.c.). W związku z tym w literaturze posłużono się pojęciami „postanowienia przejęte z wzorca umowy” i „inne nieuzgodnione indywidualnie postanowienia umowy”⁴⁶. W przepisie tym mamy do czynienia z domniemaniem prawnym (*presumptio iuris*), że jeżeli konkretne postanowienie zostało „przejęte” z wzorca umowy, to nie zostało uzgodnione indywidualnie z konsumentem. Konstrukcja tego domniemania nie różni się od innych domniemań prawnych, a więc zastosowanie do niego ma art. 234 *in fine* k.p.c., czyli może być obalone, gdyż ustawa takiej możliwości nie wyłącza. W związku z tym zbędne jest uregulowanie zawarte w art. 385¹ § 4 k.c., zgodnie z którym ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje. Nawet gdyby tego paragrafu nie było, i tak mielibyśmy do czynienia z domniemaniem prawnym wzruszalnym (*presumptio iuris tantum*). Natomiast ułatwienie dla konsumentów stanowi treść art. 385¹ § 3 zd. 2 k.c., w świetle którego, jeżeli konkretne postanowienie zostało przejęte z wzorca umowy, zakłada się, że nie zostało ono indywidualnie uzgodnione.

W umowie mogą znaleźć się zarówno postanowienia nieuzgodnione indywidualnie, jak i postanowienia, które zostały uzgodnione, na które konsument miał wpływ, a więc albo podlegające faktycznym, a nie pozornym negocjacom, albo wprowadzone do umowy w wyniku propozycji konsumenta, przy czym nie zachodzi „rzeczywisty wpływ” konsumenta na treść postanowienia w sytuacji,

⁴⁶ Zob. M. Rejdak, *Definicja terminu...*, s. 119.

jeżeli polega on na tym, że rola konsumenta sprowadza się wyłącznie do wyboru spośród alternatywnych klauzul sformułowanych przez tego przedsiębiorcę⁴⁷. Konsument nie może więc być ograniczony w możliwości wpływu na treść postanowienia, co następuje jedynie, gdy strony negocjują na partnerskich zasadach. Kontroli pod kątem abuzywności mogą podlegać jedynie postanowienia z tej pierwszej grupy, czyli nieuzgodnione indywidualnie, bez względu na to, czy zostały one do umowy włączone bezpośrednio, czy inkorporowane w trybie art. 384 k.c.

„Dobre obyczaje” stanowią klauzulę generalną, co do której brak jest legalnej definicji. W literaturze pojęcie to nie jest współcześnie rozumiane jednolicie. Są to normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej, ale w każdej sferze działalności wykształcane są odrębne wzorce dobrych obyczajów, kryteria etyczne, wspólne dla wszelkich sfer aktywności zarobkowej, uwzględniające zasady lojalności⁴⁸. Wskazuje się również, że istotą dobrych obyczajów jest szeroko rozumiany szacunek do drugiego człowieka, natomiast sprzeczne z dobrymi obyczajami będą więc takie działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezinformacji, wykorzystania naiwności lub niewiedzy klienta⁴⁹.

Można przyjąć, że „dobre obyczaje” to reguły postępowania, które nie są sprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania konsumenta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, a więc działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające od przyjętych standardów postępowania. Wynikiem takiego zachowania się proponenta jest tworzenie takich klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową stron stosunku cywilnoprawnego. Właśnie brak równowagi kontraktowej jest najczęściej wskazywanym przejawem naruszenia dobrych obyczajów drogą zastosowania określonych klauzul umownych.

Jak słusznie wskazał SN w wyroku z 3.02.2006 r.⁵⁰, uznanie postanowienia umowy lub wzorca umowy za sprzeczne z dobrymi obyczajami nie polega na wskazaniu, jaki „dobry obyczaj” został *in casu* naruszony, nie ma obowiązku wskazywać konkretnej zasady, w znaczeniu bliskim temu, jakiego można by

⁴⁷ Zob. M. Jagielska, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego: kontrola umów i wzorców umownych*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 11, s. 700, M. Bednarek [w:] *System...*, s. 659, M. Lemkowski, *Materiałna ochrona...*, s. 79.

⁴⁸ Zob. M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 701.

⁴⁹ Zob. W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1073.

⁵⁰ I CK 297/05, „Wokanda” 2006, nr 7–8, s. 18.

dopatrywać się we wskazaniu naruszonego przepisu prawa. Wynika to stąd, że celem klauzul generalnych jest w istocie rozszerzenie granic swobody sędziowskiej w orzekaniu. Jednak „swobodnie” nie znaczy „arbitralnie”, a zatem sądy *meriti* powinny w każdym przypadku w sposób pełny uzasadnić, z jakich powodów uznają poszczególne postanowienia za niedozwolone, odwołując się do reguł etycznych uczciwego i lojalnego postępowania w obrocie.

Pojęcie „**interesów konsumenta**” należy rozumieć szeroko, gdyż chodzi o różne aspekty życia. Pełnię treści tego pojęcia, w szczególności w stosunkach umownych między profesjonalistą a konsumentem, nadaje orzecznictwo. Przykładowo, w wyroku z 13.07.2005 r.⁵¹ SN wskazał, że naruszenie interesów konsumenta można rozumieć jako dysproporcję praw i obowiązków na jego niekorzyść w określonym stosunku obligacyjnym. Tak w szczególności kwalifikowane są wszelkie postanowienia, które zmierzają do naruszenia równorzędności stron stosunku, nierównomiernie rozkładając uprawnienia i obowiązki między partnerami umowy. Jednocześnie należy uwzględnić nie tylko interesy o wymiarze ekonomicznym, ale inne, zasługujące na ochronę dobra konsumenta, jak jego czas, prywatność, poczucie godności osobistej czy satysfakcja z zawarcia umowy o określonej treści⁵². Sprzeczne z dobrymi obyczajami są zatem, przykładowo, działania wykorzystujące niewiedzę, naiwność czy brak doświadczenia konsumenta, naruszające zasadę równorzędności stron umowy, zmierzające do dezinformacji, wywołujące błędne przekonanie konsumenta odnośnie do celu i skutków umowy. Chodzi więc o działania określane jako nieuczciwe, nierzetelne i odbiegające na niekorzyść konsumenta od przyjętych standardów postępowania.

Naruszenie interesów konsumenta wynikające z niedozwolonego postanowienia musi być rażące, a więc musi być szczególnie doniosłym odstępstwem od norm właściwego nałożenia na strony stosunku prawnego praw i obowiązków. Zatem dysproporcja praw i obowiązków na niekorzyść musi być niczym nieusprawiedliwiona. Główny nacisk powinien być położony na elementy obiektywne, jak wysokość świadczenia czy wysokość grożącej konsumentowi szkody⁵³, ale w przypadku kontroli incydentalnej uwzględnić należy również elementy subiektywne, leżące po stronie przedsiębiorcy i konsumenta, jak np. charakter prowadzonej działalności gospodarczej, pozycję rynkową przedsiębiorcy czy rodzaj umowy zawieranej przy użyciu wzorca.

Obie wskazane w art. 385¹ § 1 k.c. formuły prawne służą ocenie tego, czy standardowe klauzule umowne zawarte we wzorcu umowy przekraczają, mó-

⁵¹ I CK 832/04, „Biuletyn SN” 2006, nr 2, s. 86.

⁵² Zob. M. Bednarek, [w:] *System...*, s. 663.

⁵³ Zob. wyrok SOKiK z 13.06.2005 r., XVII Ama 20/04, „Wokanda” 2006, nr 3, s. 56.

wiąć najogólniej, określone przez ustawodawcę granice rzetelności kontraktowej twórcy wzorca w zakresie kształtowania praw i obowiązków stron konsumenckiego stosunku obligacyjnego. Wspomniana rzetelność kontraktowa może być, oczywiście, analizowana w ramach określonego (stypizowanego) stosunku obligacyjnego z konsumentem.

Pojęcie „**głównych świadczeń stron**” rozumieć należy wąsko, w kontekście przedmiotowo istotnych elementów umowy (*essentialia negotii*)⁵⁴, które podlegają ocenie pod kątem abuzywności jedynie wówczas, gdy nie zostały sformułowane we wzorcu w sposób jednoznaczny. Elementy te powinny – co do zasady – podlegać regułom rynkowym, a nie prawnym⁵⁵. Przy przyjęciu szerszego rozumienia tego pojęcia doszłoby do problemów interpretacyjnych, gdyż w odniesieniu do każdej umowy mogłoby być ono rozumiane inaczej, a nadto mogłoby dojść do nieosiągnięcia celu postawionego przed omawianymi regulacjami, a więc ochrona konsumenta byłaby iluzoryczna, gdyż zbyt dużo postanowień umownych byłoby wyłączonych spod oceny pod kątem abuzywności. Szczególnie chodzi tu o postanowienia, które są jedynie „związane” z głównymi świadczeniami stron. Jednak wątpliwości powstają, jeżeli weźmiemy pod uwagę postanowienia wpływające na zakres świadczenia, np. klauzulę waloryzacyjną. Przeważa pogląd, że takie postanowienie nie określa głównego świadczenia stron⁵⁶. Niemniej trudno uznać, że nie dotyczy ona głównego świadczenia jednej ze stron umowy, skoro reguluje wysokość tego świadczenia.

Nie należy zapominać, że o ile w przypadku kontroli incydentalnej postanowienie dotyczące głównych świadczeń stron tłumaczy się na korzyść konsumenta, to zasada ta nie ma zastosowania w przypadku kontroli abstrakcyjnej (art. 385 § 2 k.c.).

Jednocześnie ustawodawca przesądził, które z postanowień mogą być uznane, w razie wątpliwości, za klauzule niedozwolone, tworząc w art. 385³ k.c. katalog tzw. szarych klauzul stosowanych w obrocie z konsumentem. Słusznie wskazuje się, że wspólną cechą klauzul abuzywnych zamieszczonych w tym katalogu jest nierównomierne rozłożenie praw, obowiązków i ryzyka pomiędzy stronami, co prowadzi do zachwiania równowagi kontraktowej – są to więc klauzule, które jedną ze stron z góry, w oderwaniu od konkretnych okoliczności, stawiają

⁵⁴ W literaturze wyrażono również pogląd, że nie chodzi tu o *essentialia negotii* umowy, ale o klauzule regulujące świadczenia typowe dla danego stosunku prawnego; zob. M. Bednarek, [w:] *System...*, s. 655, jak również, że główne świadczenia stron powinny być ustalane *in casu*; zob. C. Żuławska, [w:] *Komentarz...*, s. 132.

⁵⁵ Zob. W. Popiołek, [w:] *Kodeks...*, s. 1073, M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 701, M. Bednarek [w:] *System...*, s. 655.

⁵⁶ Zob. M. Bednarek, [w:] *System...*, s. 656, M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 700, ale odmiennie K. Zagrobelny, [w:] *Komentarz...*, s. 633–634.

w gorszym (trudniejszym) położeniu⁵⁷. O ile przepis ten, co wynika z jego treści, nie zawiera listy klauzul niedozwolonych, to można wysnuć wniosek, chociaż nie wynika to wprost z treści przepisu, że jeżeli we wzorcu umowy zostanie zawarta któraś z klauzul enumeratywnie w nim wymienionych, to domniemywać należy, że jest ona abuzywna, chociaż w konkretnym przypadku badania incydentalnego lub abstrakcyjnego może okazać się, że tej cechy jest pozbawiona⁵⁸. Przepis art. 385³ k.c. nie uchyła bowiem obowiązku badania przez sąd postanowienia umownego pod kątem naruszenia dobrych obyczajów i rażącego naruszenia interesów konsumentów. W powołanym wcześniej wyroku z 3.02.2006 r. SN uznał, że w przepisie tym chodzi o ułatwienie sądowi dociekań, czy rozważane *in casu* postanowienie wzorca kontraktowego stanowi postanowienie niedozwolone, to znaczy takie, które kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (art. 385¹ § 1 zd. 1 k.c.).

Nie jest to lista wyczerpująca, zatem nie ma przeszkód, aby inne postanowienie mogło być uznane za abuzywne. Tak naprawdę każda klauzula umowna może podlegać badaniu pod kątem abuzywności. W tym miejscu trzeba jednak poczynić pewne zastrzeżenie. Należy zauważyć, że postanowienia umowne wymienione w art. 385³ k.c. nie są nieważne w rozumieniu art. 58 § 1 i 2 k.c. W orzecznictwie SN przyjęty został słuszny pogląd, że postanowienie wzorca umowy, sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy, nie może być uznane za niedozwolone postanowienie umowne⁵⁹. Wszystkie wymienione w art. 385³ k.c. postanowienia są w założeniu zgodne z ustawą. I to właśnie tego typu postanowienia umowne, a więc zgodne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, mogą podlegać rozpoznaniu z punktu widzenia sprzeczności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesu konsumenta⁶⁰.

⁵⁷ Tak W. Popiołek, [w:] *Kodeks...*, s. 1079.

⁵⁸ Konstrukcja domniemania abuzywności w odniesieniu do klauzul wymienionych w tym przepisie została przyjęta przez orzecznictwo; zob. np. wyroki SA w Warszawie z 8.10.2008 r., VI ACa 772/08, Lex nr 1120386 i z 4.04.2013 r., VI ACa 1342/12, Lex nr 1331146, wyrok SA w Łodzi z 5.03.2014 r., I ACa 1189/13, Lex nr 1454548.

⁵⁹ Zob. uchwałę SN z 13.01.2011 r., III CZP 119/10, OSNC 2011, nr 9, poz. 95 i wyrok SN z 20.1.2011 r., I CSK 218/10, Lex nr 707845.

⁶⁰ Zob. szerzej T. Szanciło, *Glosa do uchwały SN z dnia 13 stycznia 2011 r., III CZP 119/10*, „Glosa” 2012, s. 71–75.

4. Wpływ prawomocności rozszerzonej na kontrolę wzorców umowy

4.1. Skutki stosowania niedozwolonych postanowień umownych

W tym miejscu należy wskazać, jakie są skutki posługiwania się przez przedsiębiorcę niedozwolonymi postanowieniami, co jest uzależnione od tego, z jaką kontrolą mamy do czynienia. Jeżeli chodzi o wykorzystanie w konkretnej umowie konsumenckiej takich postanowień, gdy sąd dokonuje kontroli indywidualnej, to w przypadku uznania ich za abuzywne, nie wiążą one konsumenta. Nie chodzi tu o nieważność takiego postanowienia w rozumieniu art. 58 k.c., ale o jego bezskuteczność (nieskuteczność), co oznacza, że strony umowy pozostają związane jej treścią, ale z wyłączeniem bezskutecznych postanowień⁶¹. Bezskuteczność zachodzi *ex lege i ex tunc*, niezależnie od woli stron umowy, a więc wyrok sądu w tym przedmiocie ma charakter deklaratoryjny.

Uregulowanie zawarte w art. 385¹ § 2 k.c. określające taki skutek jest odmienne niż to z art. 58 § 3 k.c., gdyż nie przewiduje możliwości badania, czy bez niedozwolonych postanowień umowa zostałaby przez strony zawarta. Niemniej jeżeli bezskuteczne okaże się postanowienie określające główne świadczenie strony, a jego treści nie da się ustalić na podstawie reguł określonych w art. 56 k.c., to wówczas cała umowa będzie bezskuteczna. W praktyce taka sytuacja może wystąpić niezwykle rzadko, ale jest możliwa.

Kwestia kontroli indywidualnej nie wywołuje większych wątpliwości natury proceduralnej, gdyż sprawy cywilne, w których jednym z zagadnień jest rozstrzygnięcie co do bezskuteczności postanowień umowy konsumenckiej, nie odbiegają co do zasady od innych spraw, w których powód występuje z żądaniem opartym na umowie, kiedy w odniesieniu do jej treści występuje zagadnienie sankcji wadliwości czynności prawnych. Chodzi zatem o możliwość wytoczenia powództwa o zasądzenie świadczenia, ewentualnie o ustalenie istnienia albo nieistnienia uprawnienia lub obowiązku umownego z powodu bezskuteczności postanowienia umowy konsumenckiej (art. 189 k.p.c.)⁶². W praktyce jest to zwykle sprawa o zapłatę wytoczona przez przedsiębiorcę przeciwko konsumentowi, który odmawia spełnienia świadczenia, powołując się na niedozwolone

⁶¹ Zob. M. Pecyna, *Prorogacja sądu w obrocie konsumenckim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, nr 4, s. 869, E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 343, M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 701.

⁶² Zob. K. Weitz, *Postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone*, [w:] T. Wiśniewski (red.), *Postępowanie w sprawach gospodarczych. System prawa handlowego*, t. 7, Warszawa 2007, s. 180–181, M. Rejda, *Postępowanie...*, s. 15.

postanowienie umowy. Niemniej bez znaczenia pozostaje, czy z powództwem występuje przedsiębiorca czy konsument, istotne jest, aby byli oni stronami stosunku opartego na umowie zawierającej niedozwolone postanowienia. W każdej tego rodzaju sprawie incydentalna kontrola postanowień umowy nie stanowi, co prawda, treści żądania strony powodowej, ale ustalenie w tym przedmiocie stanowi przesłankę rozstrzygnięcia sądu, którą sąd powinien wziąć pod uwagę z urzędu. Każdorazowo w realiach danej sprawy ocenie sądu podlegają postanowienia umowne. W szczególności sąd nie jest związany oceną prawną analogicznej klauzuli badanej w innej sprawie. Uwzględnić więc powinien także wszystkie te okoliczności, które nie są brane pod uwagę w przypadku kontroli abstrakcyjnej, jak wykładnia oświadczeń woli stron, sposób wykorzystania postanowienia podlegającego kontroli, jego powszechność w analogicznych umowach konkurencyjnych przedsiębiorców, warunki zawarcia umowy, warunki działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę itd.

Dodać jednak należy, że istota postępowania w przedmiocie uznania postanowień wzorców umowy za niedozwolone ma służyć ochronie konsumenta, czyli słabszej strony stosunku prawnego opartego na wzorcach umowy. To przedsiębiorca stosujący takie wzorce ma obowiązek w taki sposób ukształtować ich treść, aby nie były one sprzeczne z art. 385¹ i n. k.c. Brak związania określonym postanowieniem umownym dotyczy wyłącznie konsumenta, a nie profesjonalisty, który może świadomie nakładać na siebie w umowie obciążenia w opisanych tam sytuacjach⁶³.

Inaczej przedstawia się sytuacja w odniesieniu do abstrakcyjnej kontroli wzorców umów, jako że sankcją za posługiwanie się klauzulami abuzywnymi we wzorcu umowy jest zakaz ich wykorzystywania w obrocie prawnym w wyniku orzeczenia SOKiK rozpoznającego sprawę w przedmiocie uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone. Zasada ta została wyrażona w art. 479⁴² § 1 k.p.c. Także w tym przypadku wyrok – w zakresie uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolony – ma charakter deklaratoryjny o skutku *ex tunc*, gdyż SOKiK w swoim orzeczeniu jedynie potwierdza, w oparciu o art. 385¹–385³ k.c., fakt zastosowania we wzorcu umowy niedozwolonego postanowienia. Nie mamy w tym zakresie do czynienia z powództwem o ukształtowanie, ale o ustalenie⁶⁴. Chociaż powód w pozwie nie musi dosłownie przytoczyć treści

⁶³ Zob. wyrok SA w Warszawie z 24.04.2013 r., I ACa 1433/12, Lex nr 1315728.

⁶⁴ Odmienne A. Kadzik, *Postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone*, „Radca Prawny” 2003, nr 4, s. 51, M. Michalska, *Wyrokowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone*, [w:] Ł. Błaszczak (red.), *Wokół problematyki orzeczeń*, Toruń 2007, s. 50, zdaniem których powództwo w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone jest powództwem o ukształtowa-

kwestionowanej klauzuli⁶⁵, o ile jest wiadomo, czego dotyczy *petitum* pozwu, to w sentencji wyroku sąd, oprócz elementów wymienionych w art. 325 k.p.c., ma obowiązek w dokładny sposób przytoczyć treść postanowienia, które uznaje za niedozwolone. Dodatkowo w sentencji powinien znaleźć się zakaz wykorzystywania takiego postanowienia w obrocie z konsumentami i w tym zakresie wyrok ma charakter konstytutywny. W literaturze wskazuje się, że również w przypadku wyroku oddalającego powództwo sentencja winna również zawierać treść postanowienia wzorca, które nie zostało uznane za niedozwolone, gdyż w Monitorze Sądowym i Gospodarczym publikowana jest treść każdego wyroku⁶⁶.

4.2. Pojęcie prawomocności i prawomocności rozszerzonej

Powyższe rozważania nie rozwiązują całości problemu. Powstaje bowiem wątpliwość, czy możliwa jest abstrakcyjna kontrola wzorca umowy w wypadku, jeżeli SOKiK wydał pozytywne rozstrzygnięcie w odniesieniu do określonego postanowienia wzorca, a więc gdy w sentencji wyroku sąd ten przytoczył treść postanowienia wzorca umowy uznanego za niedozwolone i zakazał jego wykorzystywania, a wyrok uprawomocnił się – czy to w związku z brakiem środka odwoławczego, czy też w wyniku wyczerpania drogi odwoławczej. Jest to związane z treścią art. 479⁴³ k.p.c., zgodnie z którym wyrok prawomocny ma skutek wobec osób trzecich od chwili wpisania uznanego za niedozwolone postanowienia wzorca umowy do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c.

Podstawowe zasady związane z tym zagadnieniem uregulowane zostały w art. 365 § 1 i art. 366 k.p.c. Zgodnie z tym pierwszym przepisem, orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Natomiast drugi przepis stanowi, że wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami.

Moc wiążącą prawomocnego orzeczenia, która dotyczy orzeczeń prawomocnych formalnie (pozytywny skutek prawomocności), oraz powagę rzeczy osądzonej (negatywny skutek prawomocności) określa się łącznie jako prawo-

nie, a wydane orzeczenie ma charakter konstytutywny, wywołując skutek *ex nunc*.

⁶⁵ Zob. A. Świstak, *Abstrakcyjna kontrola wzorców umownych w praktyce*, „PiP” 2003, nr 5, s. 63.

⁶⁶ Tak K. Weitz, [w:] T. Wiśniewski (red.), *System prawa handlowego. Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*, t. 7, Warszawa 2007, s. 203.

mocność materialną⁶⁷, w przeciwieństwie do prawomocności formalnej określonej w art. 363 k.p.c., aczkolwiek są poglądy, w których pojęcie prawomocności materialnej ograniczane jest do mocy wiążącej prawomocnego orzeczenia, co prowadzi do rozgraniczenia pojęć prawomocności materialnej od powagi rzeczy osądzonej⁶⁸, jak i jest utożsamiane z powagą rzeczy osądzonej orzeczenia⁶⁹. Moc wiążąca orzeczenia odnosi się do istnienia takiego orzeczenia, ale także jego treści, a konkretnie – rozstrzygnięcia w nim zawartego. Istota mocy wiążącej prawomocnego orzeczenia sądu wyraża się bowiem w tym, że także inne sądy, inne organy państwowe, a w przypadkach przewidzianych w ustawie – także inne osoby, muszą brać pod uwagę fakt istnienia i treść prawomocnego orzeczenia sądu. Skutkiem zasady mocy wiążącej prawomocnego wyroku jest to, że przesądzenie we wcześniejszym wyroku kwestii o charakterze prejudycjalnym oznacza, że w procesie późniejszym ta kwestia nie może być już w ogóle badana. Zachodzi tu zatem ograniczenie dowodzenia faktów, objętych prejudycjalnym orzeczeniem, a nie tylko ograniczenie poszczególnego środka dowodowego⁷⁰. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że zakres prawomocności materialnej w sensie pozytywnym odnosi się jedynie do samego rozstrzygnięcia zawartego w sentencji orzeczenia i zasadniczo nie obejmuje jego motywów, aczkolwiek motywy te mogą być pomocne do sprecyzowania zakresu mocy wiążącej samego rozstrzygnięcia. Przedmiotem prawomocności materialnej jest bowiem ostateczny rezultat rozstrzygnięcia, a nie przesłanki, które do niego doprowadziły. Sąd w innej sprawie nie jest więc związany zarówno ustaleniami faktycznymi poczynionymi w danej sprawie, jak i poglądami prawnymi wyrażonymi w uzasadnieniu zapadłego wyroku⁷¹.

⁶⁷ Tak Z. Resich, [w:] Z. Resich (red.), *System prawa procesowego. T. 2. Postępowanie rozpoznawcze przed sądem pierwszej instancji*, Ossolineum 1987, s. 400 i nast., E. Marszałkowska-Krześ [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2008, s. 414, K. Lubiński, *Prawomocność materialna orzeczeń w postępowaniu nieprocesowym*, „PiP” 2003, nr 11, s. 49, wyrok SA w Warszawie z 4.02.2014 r., VI ACa 790/13, Lex nr 1444950.

⁶⁸ Tak W. Broniewicz, *Prawomocność orzeczeń w postępowaniu cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1976, t. V, s. 75, I. Kunicki, *Związanie sądu wydanym orzeczeniem w procesie cywilnym*, Warszawa 2010, s. 282, M. Michalska, [w:] *Wokół problematyki...*, s. 52.

⁶⁹ Tak K. Korzan, *Orzeczenia konstytucyjne w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1972, s. 108, H. Dolecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 216.

⁷⁰ Zob. wyroki SN: z 13.01.2000 r., II CKN 655/98, Lex nr 51062 i z 12.07.2002 r., V CKN 1110/00, Lex nr 74492.

⁷¹ Zob. np. wyroki SN: z 23.5.2002 r., IV CKN 1073/00, Lex nr 55501, z 29.08.2013 r., I CSK 711/12, Lex nr 1402579 i z 15.11.2013 r., V CSK 500/12, Lex nr 1425057, aczkolwiek wyrażony został również pogląd, że sąd nie jest związany ustaleniami wynikającymi z uzasadnienia orzeczenia w takim zakresie, w jakim nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia zawartego w wyroku, jest natomiast związany wskazanymi w uzasadnieniu ustaleniami mającymi wpływ na końcowe rozstrzygnięcie, w szczególności ustaleniami

Natomiast w odniesieniu do drugiego elementu prawomocności materialnej, tj. powagi rzeczy osądzonej, to z art. 366 k.p.c. wynika, że jej granice określone są przedmiotem rozstrzygnięcia i jego podstawą faktyczną, zaś jej granice podmiotowe odnoszą się do tożsamości stron procesu, czyli powoda i pozwanego (ich następców prawnych), przy czym o tożsamości przedmiotu rozstrzygnięcia można mówić nie tylko wtedy, gdy w obu sprawach żądania były identyczne, ale także wtedy, gdy chodzi o żądania sformułowane inaczej, ale oparte na tej samej podstawie faktycznej i zmierzające do tego samego celu⁷². Powagę rzeczy osądzonej ma tylko rozstrzygnięcie zawarte w sentencji orzeczenia. Motywy zawarte w uzasadnieniu orzeczenia (ustalenia faktyczne) nie mają powagi rzeczy osądzonej, choćby stanowiły przesłankę rozstrzygnięcia i nie wiążą sądu w rozstrzyganiu innej sprawy. Przedmiotem rozstrzygnięcia jest tylko roszczenie w takiej postaci, w jakiej sformułowane ono zostało przez powoda w pozwie względnie w toku postępowania i tylko na nie rozciąga się powaga rzeczy osądzonej, wydanego przez sąd rozstrzygnięcia. Jeżeli treść tego rozstrzygnięcia nie wynika z samej sentencji, jak to z reguły ma miejsce przy wyrokach oddalających powództwo, to należy sięgać – celem ustalenia treści tego rozstrzygnięcia, a tym samym granic powagi rzeczy osądzonej – do uzasadnienia, a w jego braku do akt sprawy. Nie znaczy to jednak, by w ten sposób rozciągało się powagę rzeczy osądzonej na uzasadnienie wyroku, a w szczególności na ustalenia, jakie sąd poczynił w toku procesu i jakim dał wyraz w motywach orzeczenia. Ustalenia te nie mają powagi rzeczy osądzonej i mogą być przedmiotem innego rozstrzygnięcia w innym procesie. Uzasadnienie orzeczenia służy więc jedynie do wyjaśnienia granic powagi rzeczy osądzonej, gdy z braku jakichś elementów wnioskowanie z treści samego rozstrzygnięcia jest niemożliwe⁷³. Ponieważ jednak prawomocny wyrok posiadający tylko sentencję ma taką samą powagę rzeczy osądzonej, jak prawomocny wyrok zawierający uzasadnienie, to jeżeli dla rozstrzygnięcia

prejudycjalnymi, których skutkiem było wydanie określonego wyroku lub postanowienia orzekającego co do istoty sprawy; zob. wyrok SN z 19.10.2012 r., V CSK 485/11, Lex nr 1243099.

⁷² Wyrok SA w Katowicach z dnia 26 kwietnia 2006 r., III AUa 3303/04, Lex nr 217149.

⁷³ Wyrok SN z 13.10.2005 r., I CK 217/05, Lex nr 186004. Odmienny pogląd SN wyraził w wyroku z 8.03.2010 r. (II PK 249/09, OSNP 2011, nr 17–18, poz. 225), gdzie stwierdził, że powaga rzeczy osądzonej rozciąga się również na motywy wyroku w takich granicach, w jakich stanowią one konieczne uzupełnienie rozstrzygnięcia, niezbędne dla wyjaśnienia jego zakresu. W szczególności powagą rzeczy osądzonej mogą być objęte ustalenia faktyczne w takim zakresie, w jakim indywidualizują one sentencję jako rozstrzygnięcie o przedmiocie sporu i w jakim określają one istotę danego stosunku prawnego. Chodzi jednak tylko o elementy uzasadnienia dotyczące rozstrzygnięcia co do istoty sprawy, w których sąd wypowiada się w sposób stanowczy, autorytarny o żądaniu.

nowej sprawy o to samo roszczenie zachodzi potrzeba ustalenia, czy i o ile od chwili zamknięcia rozprawy w pierwszym procesie stan faktyczny uległ zmianie, sąd orzekający w nowym procesie musi sam odtworzyć stan rzeczy istniejący w czasie wyrokowania w poprzednim procesie. W ten sposób sąd niejako odtwarza dorozumiany tok myśli sądu, który wydał poprzednio wyrok. Jest w tym jednak o tyle związany powagą rzeczy osądzonej poprzedniego wyroku, że nie wolno mu poprzedniej sytuacji odtwarzać tak, aby z niej wynikało, iż już poprzednie powództwo powinno było być uwzględnione⁷⁴.

4.3. Istota art. 479⁴³ k.p.c.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że zasadą jest, iż prawomocne orzeczenie nie wywołuje skutków *erga omnes*, a jedynie skutki *inter partes*. Związanie sądu prawomocnym orzeczeniem, zapadłym w innej sprawie, na podstawie art. 365 § 1 k.p.c. (rozumiane jako rozstrzygnięcie kwestii prejudycjalnej) występuje w zasadzie przy tożsamości nie tylko przedmiotowej, ale i podmiotowej obu tych spraw. Prawomocne przesądzenie określonej kwestii między tymi samymi stronami tworzy indywidualną i konkretną normę prawną wywiedzioną przez sąd z norm generalnych i abstrakcyjnych zawartych w przepisach prawnych. Jeśli określona kwestia objęta tą indywidualną normą prawną ma znaczenie prejudycjalne w sprawie aktualnie rozpoznawanej między tymi samymi stronami, to nie może być ona w ogóle badana. Skutkiem powagi rzeczy osądzonej jest odrzucenie pozwu nią objętego (art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c.), jednak do uznania, że sprawa została prawomocnie osądzona, a więc, że istnieją podstawy do odrzucenia nowego pozwu, nie wystarcza samo stwierdzenie, że w obydwu sprawach chodzi o to samo roszczenie i że identyczne są strony obydwu procesów. Mimo bowiem identyczności stron i dochodzonego roszczenia stan rzeczy osądzonej nie występuje, jeżeli uległy zmianie okoliczności, których istnienie było przyczyną oddalenia pierwszego powództwa, a więc jeżeli roszczenie stało się w świetle nowego stanu faktycznego uzasadnione⁷⁵.

Jak wskazano powyżej, w art. 365 § 1 *in fine* k.p.c. przewidziane zostały wyjątki od powyższej zasady zwane rozszerzoną prawomocnością materialną orzeczeń. Jeden z nich wynika z art. 479⁴³ k.p.c., przy czym skutek ten wobec osób trzecich następuje od chwili wpisania uznanego za niedozwolone postanowienia wzorca umowy do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., a więc rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone prowadzonego przez Prezesa UOKiK. Powstaje pytanie o znaczenie tej regulacji, przy

⁷⁴ Orzeczenie SN z 18.02.1955 r., III CR 199/54, OSNC 1956, nr 4, poz. 100.

⁷⁵ Wyrok SN z 18.04.1980 r., IV CR 85/80, OSNC 1980, nr 11, poz. 214.

czym nie pomaga w tym w żaden sposób dyrektywa 93/13, gdyż w niej w ogóle nie ma mowy o skutkach orzeczeń wyroku uznającego dane postanowienie za niedozwolone, a jedynie w jej art. 7 ust. 1 wskazano, że państwa członkowskie mają zapewnić stosowne i skuteczne środki mające na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców i dostawców z konsumentami. W związku z tym w literaturze wskazano, że zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków można rozumieć jako⁷⁶:

- 1) zapobieganie stosowania ich wyłącznie przez dany podmiot (pozwanego) w umowach, które mogłyby być zawarte z użyciem wzorca zawierającego niedozwolone postanowienie,
- 2) zapobieganie stosowania ich wyłącznie przez pozwanego w jakimkolwiek wzorcu umowy,
- 3) zapobieganie stosowania ich przez pozwanego i wszystkich innych profesjonalistów w umowach tego rodzaju, jak umowa, która mogłaby być zawarta z użyciem wzorca zawierającego zakwestionowane postanowienie,
- 4) zapobieganie stosowania ich przez pozwanego i wszystkich innych profesjonalistów w jakimkolwiek wzorcu umowy.

Wybór właściwego stanowiska jest bardzo istotny nie tylko z punktu widzenia prawa cywilnego, ale również publicznego prawa gospodarczego, z uwagi na powołany wcześniej art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. i kary w tej ustawie przewidziane. Tutaj może dojść bowiem do sytuacji, w której:

- 1) przedsiębiorca będący stroną postępowania zakończonego wpisaniem określonego postanowienia wzorca umownego do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., w dalszym ciągu stosuje te postanowienia,
- 2) przedsiębiorca z punktu 1 zaprzestaje – w wyniku wyroku SOKiK – stosowania w zawieranych przez siebie z konsumentami umowach klauzul wpisanych do rejestru, ale rozpoczyna stosowanie klauzul, które chociaż nie są treściowo identyczne z postanowieniami wpisanymi do rejestru, wywołują ten sam skutek,
- 3) inny przedsiębiorca, który nie był stroną postępowania zakończonego wpisem, stosuje we wzorcu umowy identycznie postanowienie, jak to wpisane do rejestru,
- 4) przedsiębiorca z punktu 3 stosuje klauzule, które chociaż nie są treś-

⁷⁶ Zob. M. Kaliński, P. Winczorek, *W sprawie zakresu skutków uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolone i jego zgodności z konstytucją*, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 9, s. 8.

ciowo identyczne z postanowieniami wpisanymi do rejestru, wywołują ten sam skutek.

Opowiedzenie się za którymś ze stanowisk ma to znaczenie, że stosowanie klauzuli o zbliżonej treści do klauzuli wpisanej do rejestru, która wywołuje takie same skutki, godzi tak samo w interesy konsumentów, jak stosowanie klauzuli wpisanej do rejestru⁷⁷. Innymi słowy, praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów dopuszcza się każdy z przedsiębiorców, który wprowadza do stosowanych klauzul zmiany o charakterze kosmetycznym, polegające np. na przedstawianiu szyku wyrazów lub zmianie użytych wyrazów, jeśli zmiany te nie prowadzą do zmiany istoty klauzuli⁷⁸.

Zwolennikami pierwszego poglądu dotyczącego zapobiegania stosowaniu nieuczciwych warunków (zakaz ich stosowania) są M. Kaliński, P. Winczorek⁷⁹, zdaniem których jedynie to stanowisko nie wywołuje wątpliwości konstytucyjnych, zaś wykładnia językowa art. 479⁴³ k.p.c. nie może się ostać i musi zostać zawężona z przyczyn systemowych i teleologicznych. Instytucja rozszerzonej prawomocności nie wyłącza wytoczenia powództwa przez tego samego lub innego powoda przeciwko innemu przedsiębiorcy, niebiorącemu udziału w postępowaniu, w którym wydano wyrok uznający dane postanowienie za niedozwolone, które w konsekwencji zostało wpisane do rejestru. Jest to jednostronnie rozszerzona prawomocność materialna na rzecz osób trzecich (potencjalnych powodów), a nie przeciwko osobom trzecim (potencjalnym pozwany). Jeżeli więc Prezes UOKiK kwestionuje prawidłowość postanowień wzorca umowy, powinien wystąpić z powództwem o uznanie ich za niedozwolone, a po uzyskaniu prawomocnego wyroku i wpisania klauzuli do rejestru oraz w związku z dalszym jej stosowaniem przez pozwanego możliwe będzie stosowanie art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. Gdyby jednak pozwany dokonał zmiany takiego postanowienia, Prezes UOKiK nie może samodzielnie stwierdzić, że postanowienie to jest tożsame co do celu lub sensu z klauzulą wpisaną do rejestru i zastosować ten przepis, w szczególności gdy również inne postanowienia tego wzorca uległy zmianie, ale wystąpić o kontrolę w sądowym postępowaniu cywilnym.

Wydaje się, że w literaturze przedmiotu przeważa właśnie taki pogląd, zgodnie z którym wyrok uwzględniający powództwo o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone obejmuje swymi skutkami tylko pozwanego przedsiębiorcę oraz inne podmioty, którym przysługiwałaby legitymacja czynna do wytoczenia powództwa w sprawie o uznanie tego postanowienia w tym konkretnym wzorcu umowy za niedozwolone, a zatem tylko konsumentów związanych posta-

⁷⁷ Wyrok SA w Warszawie z 15.01.2014 r., VI ACa 919/13, Lex nr 1461212.

⁷⁸ Wyrok SA w Warszawie z 13.03.2013 r., VI ACa 1265/12, Lex nr 1369407.

⁷⁹ Zob. M. Kaliński, P. Winczorek, *W sprawie zakresu...*, s. 10–18.

nowieniami tego wzorca. Przyjęcie wariantów, że zobowiązanymi do niestosowania klauzuli, która została wpisana do rejestru, są również przedsiębiorcy, którzy nie brali udziału w postępowaniu sądowym i nie mieli możliwości obrony swoich praw, naruszałoby prawo tych podmiotów do sądu, gwarantowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji, zasadę stanowienia prawa, określoną w art. 10 Konstytucji, a więc przez władzę ustawodawczą, a nie władzę sądowniczą, a także regułę zamknięcia systemu źródeł prawa, wynikającą z art. 87 Konstytucji⁸⁰. Wskazuje się, że Prezes UOKiK, orzekając o niedozwolonym charakterze klauzul stosowanych przez przedsiębiorcę niebędącego uprzednio stroną postępowania przed SOKiK, niejako wychodzi ponad swoje ustawowe kompetencje, dokonując rozstrzygnięć w sprawach, w których właściwy jest sąd⁸¹.

Także w nowszym orzecznictwie SN w przeważającej mierze przyjmuje się, że ani wyrok SOKiK, ani wpis postanowienia do rejestru nie wiąże sądu w sprawie dotyczącej innego przedsiębiorcy, nawet jeżeli kwestionowane w takim postępowaniu postanowienie wzorca umowy ma tożsame brzmienie, co postanowienie uznane wcześniej za niedozwolone i wpisane do rejestru. Taka interpretacja skutków wynikających z art. 479⁴³ k.p.c. przyjmuje, że tożsamość brzmienia postanowienia wzorca umowy uznanego za niedozwolony i brzmienia postanowienia, którym posługuje się we wzorcu umowy inny przedsiębiorca, nie zawsze implikuje w sobie tożsamość treściową tych dwóch postanowień, ustaloną w oparciu o dyrektywy wynikające z art. 65 i 385 k.c.⁸²

Konsekwencją takiego stanowiska jest przyjęcie, że wykluczone jest uznanie, iż moc wiążącą wyroku i powagę rzeczy osądzonej można rozciągać na podobne lub tożsame brzmiące postanowienia stosowane przez innego przedsiębiorcę w swoim wzorcu umowy, gdyż abstrakcyjna kontrola wzorca nie ozna-

⁸⁰ Zob. np. M. Jagielska, *Niedozwolone klauzule umowne*, [w:] E. Nowińska, P. Cybula (red.), *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, Kraków 2005, s. 94–96, J. Moskała, *Eliminacja klauzul abuzywnych z polskiego obrotu gospodarczego*, „Glosa” 2008 r. nr 4, s. 65–67, R. Trzaskowski, *Przesłanki i skutki uznania postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 479³⁶–479⁴⁵ k.p.c.)*, [w:] „Prawo w działaniu” 2008, nr 6, s. 231–237, J. Wszółek, *Rejestr klauzul niedozwolonych – zagadnienia systemowe i wątpliwości konstytucyjne wokół skutków wpisu*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 12, s. 647, B. Wyżykowski, *Abstrakcyjna kontrola postanowień wzorców umów*, „PPH” 2013, nr 10, s. 37–39, M. Skory, *Klauzule abuzywne...*, s. 304–308, K. Weitz, [w:] *Postępowanie...*, s. 212–213, M. Rejdak, *Postępowanie...*, s. 151–153.

⁸¹ Zob. M. Jagielska, *Skutki wpisu postanowienia wzorca umownego do rejestru niedozwolonych postanowień – glosa do postanowienia SN z 13.07.2006 r., III SZP 3/06*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 5, s. 47.

⁸² Zob. np. uchwałę SN z 13.01.2011 r., III CZP 119/10, OSNC 2011, nr 9, poz. 95, wyroki SN: z 20.09.2013 r., II CSK 708/12, Lex nr 1385871, z 23.10.2013 r., IV CSK 142/13, Lex nr 1385868 i z 13.12.2013 r., III CZP 73/13, niepubl.

cza generalnego wyłączenia danej klauzuli z obrotu, w tym w szczególności w odniesieniu do postanowień stosowanych przez innego przedsiębiorcę w innym wzorcu umowy. Rolą sądu jest dokonanie w każdej sprawie oceny konkretnego postanowienia ujętego w konkretnym wzorcu umowy, a wydany w takiej sprawie wyrok dotyczy wyłącznie określonego postanowienia wzorca, a nie każdego postanowienia o tożsamym brzmieniu. Zatem zachowanie przedsiębiorcy, innego niż przedsiębiorca, który był stroną postępowania zakończonego wpisem postanowienia wzorca umowy, jakim ten przedsiębiorca się posługiwał, do rejestru niedozwolonych postanowień umownych, nie narusza *ipso iure* zakazu posługiwania się postanowieniem wzorca umowy uznanym za niedozwolone z art. 479⁴³ w zw. z art. 479⁴² k.p.c., a więc jednocześnie samo w sobie nie narusza zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. W związku z tym rozszerzona prawomocność wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 479⁴³ w zw. z art. 365 k.p.c.) nie wyłącza możliwości wytoczenia powództwa przez tego samego lub innego powoda przeciwko innemu przedsiębiorcy, niebiorącemu udziału w postępowaniu, w którym zapadł wyrok, stosującemu takie same lub podobne postanowienia wzorca, jak wpisane do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c.⁸³ Przy przyjęciu tego stanowiska SOKiK zobowiązany jest rozpatrzyć każdą sprawę, bez względu na to, czy taka sama klauzula lub klauzula analogiczna treściowo została już wpisana do rejestru.

Natomiast w powołanym wcześniej wyroku z 12.04.2011 r. (III SK 44/10) SN uznał, że praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest dalsze stosowanie postanowienia, którego treść jest identyczna z treścią postanowienia, które zostało wpisane do rejestru, przez tego samego przedsiębiorcę, który uczestniczył w postępowaniu zakończonym wpisem do rejestru niedozwolonych postanowień umownych. Dotyczy to nie tylko dalszego stosowania przez tego przedsiębiorcę tego samego postanowienia wzorca umowy, ale także identycznego postanowienia w zmienionym wzorcu umowy. Zmiana wzorca, przy zachowaniu identyczności zakwestionowanego wcześniej postanowienia, nie wpływa bowiem – z uwagi na treść art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. – na możliwość zastosowania tego przepisu. Sąd ma więc obowiązek zweryfikować, czy stosowane przez przedsiębiorcę postanowienie umowne jest tożsame z postanowieniem wpisanym do rejestru niedozwolonych postanowień umownych zarówno z punktu widzenia jego treści, jak i w świetle wpływu wprowadzonych przez niego zmian w treści wzorca inkorporującego przedmiotowe postanowienie na jego abuzywność. Wy-

⁸³ Zob. uchwałę SN z dnia 7.10.2008 r., III CZP 80/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 118.

nika to również z faktu, że przeprowadzenie takiej oceny w odniesieniu do postanowień zawartych we wzorcach innych przedsiębiorców napotyka trudności natury praktycznej i narusza standardy obowiązujące w postępowaniach, w których nakładane są wysokie kary pieniężne. Z uwagi na sposób prowadzenia rejestru niedozwolonych postanowień umownych inni przedsiębiorcy mogą jedynie ustalić, jaką treść mają niedozwolone postanowienia umowne, bez możliwości przeprowadzenia samodzielnej oceny, czy stosowane przez nich, identyczne lub tożsame w treści postanowienie umowne, naruszałoby rozkład praw i obowiązków stron ewentualnej umowy w sposób uznany za niedozwolony.

Pogląd ten jest konsekwencją m.in. stanowiska SN wyrażonego w powołanej uchwale SN z 7.10.2008 r. (III CZP 80/08), że pod pojęciem abstrakcyjnej kontroli postanowień wzorców umowy rozumie się „postanowienie konkretnego wzorca, stosowanego przez danego przedsiębiorcę, oceniane na tle tegoż wzorca”, zaś rzeczą sądu orzekającego w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone jest rozstrzyganie w konkretnej sprawie, dotyczącej określonego postanowienia konkretnego wzorca. W związku z tym konieczne jest stwierdzenie nie tylko tożsamości brzmienia postanowienia, ale także dokonanie swoistej projekcji tego, czy nadal postanowienie to mogłoby stanowić – w razie zawarcia umowy – źródło wykreowania konkretnego uprawnienia lub obowiązku sprzecznego z klauzulą dobrej wiary. Przeprowadzenie takiej analizy jest możliwe w przypadku stosowania postanowienia wpisanego do rejestru niedozwolonych postanowień umownych przez przedsiębiorcę, który był wcześniej stroną postępowania zakończonego powyższym wpisem, nawet jeżeli przedsiębiorca ten posługuje się klauzulą o identycznym lub tożsamym brzmieniu w nowym wzorcu umownym, opracowanym dla zawierania tego samego rodzaju umów, co wzorzec, który zawierał postanowienia uznane za niedozwolone.

Z najnowszych orzeczeń tego nurtu należy wskazać przede wszystkim na wyrok SN z 12.02.2014 r.⁸⁴, w którym Sąd ten powołał się na wyrok TSUE z 26.04.2012 r. w sprawie C-472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt*⁸⁵, w którym podniesiono, jak to wynikałoby z wyroku SN, że skuteczna realizacja celu zakładanego przez art. 7 dyrektywy 93/13 rozszerzona prawomocność została uznana za skuteczny środek realizacji celu dyrektywy, przy czym rozszerzenie to rozumiane jest w ten sposób, że skutki uznania postanowienia umownego za niedozwolone obejmują innych konsumentów, ale zawsze są to tylko konsumenci związani postanowieniami wzorca stosowanego przez konkretnego przedsiębiorcę. Sądowe stwierdzenie nieważności bądź

⁸⁴ III SK 18/13, Lex nr 1448753.

⁸⁵ Lex nr 1135426.

bezskuteczności postanowienia umownego uznanego za nieuczciwe ze skutkiem dla wszelkich umów konsumenckich, które zawarł pozwany przedsiębiorca obiektywnie przyczynia się do wyeliminowania stosowania tego postanowienia umownego z obrotu. Uznanie postanowień za niedozwolone może działać odstraszaingly na innych przedsiębiorców, którzy zamierzają stosować podobne postanowienia umowne w obrocie. Wykonując zaś prawo unijne, państwa członkowskie muszą respektować zasady ogólne prawa unijnego, w tym te dotyczące praw podstawowych oraz zasady proporcjonalności, która sprzeciwia się zbyt daleko idącej ingerencji. Zatem rozszerzająca interpretacja art. 479⁴³ k.p.c. w zw. z art. 7 dyrektywy 93/13 mogłaby zostać uznana za niezgodną z prawem unijnym.

Niemniej orzecznictwo polskich sądów w tym przedmiocie nie jest jednolite. W wyroku z 20.06.2006 r.⁸⁶ SN przyjął, że nie jest zasadne zawężające odczytywanie przez skarżącego oddziaływania klauzuli abuzywnej wpisanej do rejestru. W związku z tym zakazane jest posługiwanie się w obrocie prawnym postanowieniami wzorów umów wpisanych do rejestru jako niedozwolone przez wszystkich i przeciwko wszystkim kontrahentom występującym w stosunkach prawnych określonego rodzaju, co oznacza, że uznanie określonej klauzuli za niedozwoloną i wpisanie jej do rejestru działa *erga omnes*, a dalsze posługiwanie się klauzulą wpisaną do rejestru jest zakazane w obrocie prawnym nie tylko względem podmiotu, wobec którego to orzeczono, ale również w identycznych lub podobnego rodzaju stosunkach prawnych zawieranych przez osoby trzecie, bez ograniczenia w żaden sposób kategorii tych podmiotów. W konsekwencji powaga rzeczy osądzonej wyroku uznającego postanowienie wzorca umowy za niedozwolone wyłącza od chwili wpisania do rejestru ponowne wytoczenie powództwa także przez osobę niebiorącą udziału w sprawie, w której wydano wyrok, a pozew obejmujący takie powództwo podlega odrzuceniu (art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c.)⁸⁷. Względy jurydyczne, funkcjonalne i celowościowe sprzeciwiają się bowiem prowadzeniu wielu postępowań, z których każde musiałoby się kończyć tożsamym rozstrzygnięciem merytorycznym, co wzmacnia stanowisko, że podstawowym celem postępowania w sprawie uznania za niedozwolone postanowień wzorca umowy jest usunięcie z obrotu postanowień uznanych za abuzywne nie tylko dla stron procesu, lecz także ze skutkiem *erga omnes*.

Pogląd ten został podtrzymany przez SN w uchwale z 13.07.2006 r.⁸⁸, zgodnie z którą stosowanie postanowień wzorców umów o treści tożsamej z treś-

⁸⁶ III SK 7/06, OSNP 2007, nr 13–14, poz. 207.

⁸⁷ Uchwała SN z 19.12.2003 r., III CZP 95/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 25.

⁸⁸ III SZP 3/06, OSNP 2007, nr 1–2, poz. 35. Zob. także wyroki SN: z 5.06.2007 r., I CSK 117/07, Lex nr 351189 i z 11.10.2007 r., III SK 19/07, Lex nr 496411.

cią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem SOKiK i wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Tak naprawdę SN rozszerzył wcześniejszy pogląd przyjmując, że wpis postanowienia wzorca do rejestru skutkuje tym, że zakazane jest posługiwanie się wpisaną klauzulą we wszystkich wzorcach umów. Za takim rozwiązaniem, obok argumentów językowo-systemowych, przemawiają także względy celowościowe i funkcjonalne. W związku z tym praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumenta w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. jest stosowanie identycznej klauzuli, jak klauzula wpisana do rejestru niedozwolonych postanowień umownych, przez innego przedsiębiorcę, który nie był stroną lub uczestnikiem postępowania zakończonego wpisaniem danej klauzuli do rejestru. Przemawia za tym wykładnia gramatyczna tego przepisu, który nie rozróżnia stosowania klauzuli przez przedsiębiorcę, który brał udział w postępowaniu zakończonym wpisem klauzuli do rejestru, a stosowania takiej klauzuli przez innych przedsiębiorców. W przepisie tym posłużono się bowiem sformułowaniem „stosowanie klauzuli wpisanej do rejestru”, a nie „dalsze stosowanie klauzuli wpisanej do rejestru”.

W najnowszym orzecznictwie SN ten kierunek zaprezentowany został w postanowieniu z 19.03.2014 r.⁸⁹, którym oddalona została skarga kasacyjna powoda od postanowienia SA w Warszawie uchylającego wyrok SOKiK i odrzucającego pozew właśnie z tego powodu, że zakwestionowane postanowienia były tożsame z postanowieniami wpisanymi już do rejestru klauzul niedozwolonych. SN podkreślił, że to, iż sąd dokonuje tzw. abstrakcyjnej kontroli postanowienia wzorca umownego, a prawomocny wyrok stwierdzający uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy jest skuteczny wobec osób trzecich, w żadnym razie nie oznacza, że postanowienie uznane za niedozwolone, po wpisaniu go do rejestru prowadzonego przez Prezesa UOKiK, ma charakter normy generalnej i abstrakcyjnej. Nie mamy tu do czynienia z prawotwórczą działalnością sądu, lecz z klasycznym stosowaniem prawa. Ten kierunek przeważa także w orzecznictwie SOKiK i SA w Warszawie⁹⁰. Jest również popierany przez część przedstawicieli literatury⁹¹.

⁸⁹ I CSK 20/14, Lex nr 1460974.

⁹⁰ Zob. np. wyroki SOKiK: z 25.05.2005 r., XVII Ama 46/04, niepubl. iz 25.11.2008 r., XVII Ama 31/08, Dz.Urz. UOKiK 2009, nr 1, poz. 5, a także wyroki SA w Warszawie: z 18.03.2013 r., VI ACa 1265/12, Lex nr 1369407, z 24.10.2013 r., VI ACa 535/13, Lex nr 1394306, z 15.01.2014 r., VI ACa 919/13, Lex nr 1461212.

⁹¹ Zob. np. A. Kadzik, *O abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych*, „Radca Prawny” 2003, nr 4, s. 61, B. Jesionowska, *Charakter prawny wpisu klauzuli abuzywnej do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone*, „PUG” 2006, nr 11, s. 23,

5. Skutki zastosowania prawomocności rozszerzonej – wnioski końcowe

Z powyższego wynika wyraźnie, że omawiana kwestia budzi olbrzymie wątpliwości i kontrowersje. Niewątpliwie przyjęcie jednego z określonych stanowisk omówionych powyżej niesie za sobą niezwykle doniosłe konsekwencje, przede wszystkim praktyczne. Wydaje się, że spór dotyczy głównie tego, czy przyjąć wąskie rozumienie pojęcia prawomocności rozszerzonej, a więc, że art. 479⁴³ k.p.c. odnosi się wyłącznie – pomijając osoby wymienione w art. 365 § 1 k.c. – do przedsiębiorcy, który był stroną (pozwany) w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, czy przyjąć szeroką interpretację, a więc, że wpisanie danej klauzuli do rejestru Prezesa UOKiK wywołuje określone skutki również w stosunku do innych przedsiębiorców posługujących się wzorcami umowy.

Prawidłowe odczytanie treści art. 479⁴³ k.p.c. nie może nastąpić w oderwaniu od art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k., jako że przepisy te wiążą się ze sobą nierozdzielnie. Brzmienie tego drugiego artykułu daje wytyczną odnośnie do wykładni przepisu kodeksowego. W art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. posłużono się pojęciem „stosowanie klauzuli wpisanej do rejestru”, co nie jest równoznaczne z dalszym stosowaniem klauzuli wpisanej do rejestru, a do tego sprowadza się wąskie pojęcie prawomocności rozszerzonej. Trzeba pamiętać, że to wykładnia językowa przepisu ma podstawowe znaczenie.

Wątpliwości natury konstytucyjnej odnośnie do szerokiego rozumienia pojęcia prawomocności rozszerzonej, wbrew podnoszonym w literaturze głosom, nie wydają się być przesądzające. Przede wszystkim nie sposób tu mówić o prawotwórczej roli sądów, co mogłoby naruszać zasadę trójpodziału władz wynikającą z art. 10 Konstytucji. Ani wyrok sądu uznający dane postanowienie umowy za niedozwolone, ani rejestr Prezesa UOKiK, do którego takie postanowienie jest wpisywane, nie jest źródłem prawa w Polsce. Jest to nic innego jak stosowanie prawa przez SOKiK, a następnie SA w Warszawie i – ewentualnie – również SN (art. 479⁴² § 2 k.p.c.), które – biorąc pod uwagę przepisy prawa materialnego – dokonują subsumcji norm prawnych do określonego stanu faktycznego, a konkretnie – weryfikują zakwestionowane postanowienie wzorca z punktu widzenia spełnienia przesłanek jego abuzywności. Inne rozumienie skutkowałoby tak naprawdę wyeliminowaniem instytucji prawomocności rozszerzonej z polskiego

I., Wesołowska, *Niedozwolone postanowienia umowne*, [w:] C. Banasiński (red.), *Standardy wspólnotowe w polskim prawie ochrony konsumenta*, Warszawa 2004, s. 203, E. Łętowska, *Prawo...*, s. 358; M. Bednarek, [w:] *System...*, s. 695.

postępowania cywilnego, a więc zanegowanie skutków wynikających z art. 365 § 1 i art. 366 k.p.c. Nieprawidłowo przyjmuje się, że to wpis do rejestru Prezesa UOKiK przesądza o normatywnym charakterze orzeczenia⁹². Ustawodawca, co prawda, w art. 479⁴³ k.p.c. wskazał, że od momentu wpisu klauzuli do rejestru wywołuje ona skutek wobec osób trzecich, ale istotne jest tu uznanie postanowienia za niedozwolone. Rejestr jest narzędziem niezbędnym do poinformowania innych uczestników obrotu o tym, że określone postanowienie umowne nie może być dalej stosowane we wzorcach umownych. Niekonstytucyjnym rozwiązaniem byłoby właśnie przyjęcie, że wyrok wobec osób trzecich ma skutek bez jego publicznego ogłoszenia. Jest to konstrukcja analogiczna do wpisów do Krajowego Rejestru Sądowego i ogłoszeń w Monitorze Sądowym i Gospodarczym⁹³. Nie sposób jednocześnie uznać, abyśmy mieli do czynienia z rozszerzeniem systemu źródeł prawa w Polsce.

Istotniejsza wydaje się kwestia naruszenia prawa do sądu. Podnosi się tu mianowicie, że podmioty, które nie brały udziału w postępowaniu sądowym w przedmiocie uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone, nie miały możliwości ochrony swoich praw i przedstawienia argumentów na poparcie swojego stanowiska. Argument ten wydaje się być jednak wylbrzymiony, jeśli weźmie się pod uwagę, że niedozwolone postanowienia wpisywane są do rejestru Prezesa UOKiK. W takiej sytuacji przedsiębiorca powinien mieć świadomość, jakiego rodzaju klauzul nie powinien stosować w umowie, gdyż w przeciwnym razie grożą mu określone konsekwencje. Nie można zapominać o art. 355 § 2 k.c., który nakłada na przedsiębiorcę podwyższony miernik staranności w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Wiedząc – dzięki wpisowi do rejestru Prezesa UOKiK – o takiej klauzuli, powinien podjąć stosowne działania zmierzające do wyeliminowania z wzorca umowy niedozwolonego postanowienia.

W tym kontekście zdecydowanie bardziej ważki wydaje się być argument, że z rejestru Prezesa UOKiK nie wynika, jakiej sytuacji dane postanowienie dotyczyło, a nawet – do jakiej umowy w ogóle się odnosiło. Takim jaskrawym przykładem jest klauzula wpisana do tego rejestru pod numerem 3191 o treści: „W sprawach nieuregulowanych umową strony stosować będą przepisy Kodeksu Cywilnego”, która dotyczyła szczególnych warunków sprzedaży konsumenckiej. Powstaje jednak pytanie, czy faktycznie jest to argument przemawiający za wąskim rozumieniem prawomocności rozszerzonej. Tak naprawdę chodzi tu o nieprawidłową praktykę uznawania przez sądy postanowień za niedozwolone i wpi-

⁹² Zob. M. Kaliński, P. Winczorek, *W sprawie zakresu skutków...*, s. 13.

⁹³ Zob. art. 15 ustawy z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz.U. z 2013, poz. 1203 ze zm.).

sywania ich do rejestru Prezesa UOKiK, a w konsekwencji – wady tego rejestru. Zasadnym byłoby postulowanie o określanie w orzeczeniach sądowych, jakiej umowy dana klauzula dotyczy i w jakiej sytuacji. Alternatywnym rozwiązaniem byłby obowiązek załączania do wpisu do rejestru uzasadnienia sądu, co byłoby możliwe do przeprowadzenia, skoro rejestr ma formę elektroniczną, ewentualnie nałożenie na sąd obowiązku załączania do prawomocnego orzeczenia o takiej treści, jak jest to obecnie, skróconej wersji uzasadnienia, zawierającej główne tezy, określające umowę i przesłanki uznania postanowienia za niedozwolone. Umożliwiłoby to innym przedsiębiorcom zapoznanie się z całokształtem okoliczności uznania danej klauzuli za niedozwoloną. Wady rejestru nie mogą jednak stanowić przesłanki dla ograniczenia systemu ochrony konsumentów.

Trzeba zauważyć, że prawomocność rozszerzona w wąskim rozumieniu wywołuje niezwykle istotne konsekwencje na tle funkcjonowania art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k., w zasadzie wyłączając jego zastosowanie, powodując, że cele postawione dyrektywą 98/27 nie mogłyby zostać osiągnięte. Przede wszystkim nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że jeżeli pozwany dokona jakiegokolwiek zmiany postanowienia, to Prezes UOKiK powinien wytoczyć kolejny pozew. W ten sposób doszłoby do sytuacji, w której przedsiębiorca np. zmieniłby szyk dwóch wyrazów i zaistniałaby konieczność ponownego wytoczenia powództwa. Przy takim rozumieniu tego przepisu, gdy dodatkowo prawomocność rozszerzona nie dotyczyłaby innych przedsiębiorców, ww. przepis byłby w praktyce w ogóle wyłączony, a w konsekwencji jego cel nie mógłby zostać osiągnięty. Jak wskazano powyżej, chodzi tu o stosowanie tożsamej klauzuli, jak i klauzuli o zbliżonej treści do klauzuli wpisanej do rejestru, która wywołuje takie same skutki. Prezes UOKiK musi więc mieć kompetencję oceny, czy z takim postanowieniem mamy do czynienia, zaś jeżeli przedsiębiorca się z nią nie zgadza, przysługuje mu odwołanie do SOKiK, a następnie procedura odwoławcza, wraz ze skargą kasacyjną (art. 479³⁵ § 2 k.p.c.). Prezes UOKiK może jedynie uznać, że dane postanowienie jest tożsame co do celu lub sensu z klauzulą wpisaną do rejestru⁹⁴, ale podlega to kontroli sądowej. Natomiast do wyłącznej kompetencji sądu należy uznanie postanowienia za niedozwolone z uwagi na spełnienie przesłanek wynikających z art. 385¹ k.c.

Ponadto zgodnie z art. 105 u.o.k.k. nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Z treści niedozwolonych postanowień zamieszczanych w rejestrze Prezesa UOKiK

⁹⁴ Zob. D. Miąsik, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1025–1026.

wynika, że średni czas pomiędzy wniesieniem pozwu o uznanie postanowienia za niedozwolone a wpisaniem go do rejestru wynosi około 2 lat. Także stąd wynika wniosek, że art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. nie miałby zastosowania, gdyby prawomocność rozszerzoną rozumieć wąsko, gdyż zaprzestanie przez pozwanego przedsiębiorcę stosowania zakwestionowanego postanowienia umożliwiłoby jedynie prowadzenie postępowania przed SOKiK (art. 479³⁹ i art. 479⁴⁰ k.p.c.), a czyniłoby niemożliwym wszczęcie postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w postaci stosowania postanowień wzorców umów wpisanych do rejestru Prezesa UOKiK, podczas gdy w art. 24 ust. 2 u.o.k.k. ustawodawca jednoznacznie przesądził o bezprawności tego rodzaju praktyki.

Wąskie rozumienie prawomocności rozszerzonej wywołuje również skutek, z jakim mamy do czynienia aktualnie, a mianowicie mnożone są procesy sądowe o to samo, a w konsekwencji do rejestru prowadzonego przez Prezesa UOKiK wpisanych jest kilka tysięcy klauzul, z czego po kilkadziesiąt takich samych nie tylko pod względem znaczeniowym, ale w ogóle dokładnie takich samych. Jest to całkowicie zbędne, a powoduje jedynie zamieszanie. Względy celowościowe i funkcjonalne przemawiają za przyjęciem stanowiska, że prowadzenie wielu postępowań, w których merytoryczne rozstrzygnięcie musi być identyczne, jest niecelowe, gdy argumenty jurydyczne za tym nie przemawiają. Pamiętać należy, że kontrola abstrakcyjna zawiera w sobie nie tylko elementy sfery prywatnej, ale przede wszystkim odnosi się do sfery publicznej. Przyjęcie, że prawomocność rozszerzona odnosi skutek jedynie *inter partes*, a nie *erga omnes*, w zasadzie eliminuje aspekt publiczny z tego rodzaju postępowań, zbliżając go do kontroli incydentalnej. W powołanych wcześniej orzeczeniach, jak i poglądach doktryny tę kwestię się pomija, nie rozróżniając tych dwóch odmiennych trybów kontroli postanowień wzorców umowy.

Wbrew pogładowi wyrażonemu w powołanym wyroku SN z 12.02.2014 r. (III SK 18/13), z wyroku TSUE w sprawie *Invitel* nie wynika konieczność takiej wykładni prawomocności rozszerzonej, jak to zostało w nim przedstawione. Wbrew twierdzeniu SN, nie jest to „orzecznictwo TSUE”, ale jedyny wyrok, na jaki się powołano, który dotyczył jednak odmiennej kwestii, a mianowicie pytania prejudycjalnego węgierskiego sądu, który powziął wątpliwość, czy „stwierdzenie – w sprawie z powództwa o zaniechanie naruszeń wytoczonego przeciwko przedsiębiorcy na rzecz konsumentów przez działający w interesie publicznym podmiot wskazany przez prawo krajowe – nieważności nieuczciwego postanowienia umownego zawartego we wzorcu umowy konsumenckiej, wywierało skutki wobec ogółu konsumentów, którzy zawarli umowę, do której stosuje się ten sam wzorzec umowy, w tym wobec konsumentów, którzy nie byli stroną postępowa-

nia o zaniechanie naruszeń” (pkt 32 wyroku). Nie chodziło tu więc o analizę prawomocności rozszerzonej wobec przedsiębiorców, ale wobec konsumentów. TSUE wskazał, że „skuteczne osiągnięcie tego celu wymaga, aby postanowienia umowne ujęte we wzorcu umowy konsumenckiej uznane za nieuczciwe wskutek powództwa o zaniechanie naruszeń wytoczonego przeciwko zainteresowanemu przedsiębiorcy, takiego jak powództwo rozpoznawane przez sąd krajowy, nie wiązały ani tych konsumentów, którzy byli stronami postępowania o zaniechanie naruszeń, ani też tych konsumentów, którzy zawarli z tym przedsiębiorcą umowę, do której stosuje się ten sam wzorzec umowy” (pkt 38 wyroku).

Co więcej, SN większą uwagę poświęcił nie samemu wyrokowi, ale opinii rzecznik generalnej V. Trstenjak, która wyszła z założenia, że „stwierdzenie zgodności krajowego systemu uznawania postanowień umownych za niedozwolone z dyrektywą 93/13 wymaga pogłębionej analizy, uwzględniającej cechy danego systemu”. Niemniej ta sama rzecznik wskazała w okresie późniejszym, że w wyroku tym TSUE wypowiedział się na temat minimalnego standardu ochrony wynikającego z art. 7 dyrektywy 93/13⁹⁵. Z preambuły dyrektywy wynika, że sądy i organy administracyjne państw członkowskich muszą mieć do swojej dyspozycji „stosowne i skuteczne” środki zapobiegające stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich. „Stosowność” systemu rozumieć należy jako jego adekwatność (*adequate, adéquat*) w stosunku do wyznaczonego celu, czyli wyeliminowanie z obrotu nieuczciwych postanowień umownych, zaś „skuteczność” – jako efektywność (*effective, efficace*) rzeczywistej ochrony konsumentów przed stosowaniem takich postanowień. Z orzeczenia TSUE wynika, że rozpoznał on kryterium skuteczności, a nie zajął się kryterium stosowności systemu.

Nadto zgodnie z art. 252 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r.⁹⁶ TSUE jest wspomagany przez ośmiu rzeczników generalnych, chociaż ich liczba może być zwiększona. Zadaniem rzecznika generalnego jest publiczne przedstawianie, przy zachowaniu całkowitej bezstronności i niezależności, uzasadnionych opinii w sprawach, które zgodnie ze statutem TSUE wymagają jego zaangażowania⁹⁷. Generalnie można powiedzieć, że opinie rzeczników nie stanowią samodzielnego orzecznictwa, ale TSUE powołuje się na nie jedynie dla wzmocnienia swojej argumentacji. Trybunał nie ma obowiązku powołać fragmentów opinii, które aprobuje, a których nie aprobuje. Nawet jeżeli Trybunał dojdzie do takich samych wniosków, co rzecznik, to może wynikać to

⁹⁵ V. Trstenjak, *Procedural Aspects of European Consumer Protection Law and the Case Law of the CJEU*, „European Review of Private Law” 2013, nr 2, s. 458.

⁹⁶ Dz.U. 2004 r., Nr 90, poz. 864/2 ze zm.

⁹⁷ O pozycji rzecznika generalnego zob. szerzej M. Nowacki, *Instytucja Rzecznika Generalnego w ETS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 3, s. 24 i nast.

z innych przesłanek⁹⁸. Zatem odwoływanie się przez SN właściwie wyłącznie do opinii rzecznika generalnego nie było trafne. Wyrok w sprawie *Invitel* wcale nie przesądza o niezgodności polskiego prawa i szerokiego rozumienia prawomocności rozszerzonej z prawem unijnym.

Wbrew twierdzeniom SN, z poglądów B. Keirsbilck, powołanych w wyroku z 12.02.2014 r., nie wynika wniosek, że „rozszerzająca interpretacja art. 479⁴³k.p.c. w zw. z art. 7 dyrektywy 93/13 mogłaby zostać uznana za niezgodną z prawem unijnym”⁹⁹. Autor ten wyraził tylko słuszną tezę, że jedynie kwestią czasu pozostaje, że TSUE zajmie się zgodnością z art. 6 i 7 dyrektywy 93/13 i prawami podstawowymi prawa unijnego tak znacznego rozszerzenia w prawie polskim prawomocności rozszerzonej. Postuluje on, aby do tego czasu wyroki o rozszerzonej skuteczności były wydawane przez sądy jak najwyższych instancji lub organy wyspecjalizowane w ochronie konsumentów.

W konsekwencji zasadne jest przyjęcie stanowiska, że prawomocność rozszerzona w rozumieniu omawianego przepisu oznacza zakaz stosowania ich przez wszystkich przedsiębiorców w umowach tego rodzaju, jak umowa, która mogłaby być zawarta z użyciem wzorca zawierającego zakwestionowane postanowienie. W konsekwencji art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. oraz kary w tej ustawie przewidziane powinny mieć zastosowanie w sytuacji, gdy jakikolwiek przedsiębiorca, a więc także ten, który nie był stroną postępowania zakończonego wpisem, stosuje we wzorcu danej umowy identycznie postanowienie, jak to wpisane do rejestru, lub postanowienie, które chociaż nie jest treściowo identyczne z postanowieniem wpisanym do rejestru, wywołuje ten sam skutek. Zbyt szerokie byłoby zaś rozumienie prawomocności rozszerzonej w odniesieniu do postanowienia w jakimkolwiek wzorcu umowy, gdyż klauzula niedozwolona w jednej umowie nie musi być uznana za niedozwoloną w innym typie umowy. To wymaga zmian w celu wyeliminowania wad rejestru klauzul niedozwolonych, jednak w najpełniejszym stopniu uwzględnia prawne i celowościowe aspekty art. 479⁴³ k.p.c. i art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k.

Niewątpliwie jest to zagadnienie kontrowersyjne i pozytywnie należy ocenić, że polski sąd, a konkretnie SA w Warszawie, wystąpił z pytaniem prejudycjalnym do TSUE w postanowieniu z 19.11.2014 r.¹⁰⁰: „Czy w świetle art. 6 ust. 1 i art. 7 dyrektywy Rady 93/13 w zw. z art. 1 i 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/22/WE z 23.04.2009 r. w sprawie naka-

⁹⁸ Zob. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge 2010, s. 145.

⁹⁹ B. Keirsbilck, *The erga omnes effect of the finding of an unfair contract term: Nemzeti*, „Common Market Law Review” 2013, vol. 5, s. 1475.

¹⁰⁰ VI ACa 165/14, niepubl.

zów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów¹⁰¹ stosowanie postanowień wzorców umów o treści tożsamej z treścią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem sądu i wpisanych do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy, który nie brał udziału w postępowaniu zakończonym wpisem do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, za działanie bezprawne, stanowiące w świetle prawa krajowego praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stanowiące podstawę nałożenia kary pieniężnej z tego tytułu w krajowym postępowaniu administracyjnym?”. W uzasadnieniu wskazano na istniejące wątpliwości, a nadto podkreślono m.in. że regulacje krajowe powinny być więc wykładane w świetle regulacji unijnych, w szczególności zaś nie mogą być wykładane w sposób z nimi sprzeczny. Sąd podkreślił, że wprowadzając instytucję nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów, ustawodawca unijny zmierzał do zwiększenia skuteczności zakazu stosowania abuzywnych klauzul umownych, a jednym z poważniejszych zagrożeń funkcjonowania wzorców zawierających postanowienia niedozwolone jest ich łatwość rozpowszechniania się i wykorzystywania (powielania) przez innych przedsiębiorców. Możliwość uznania zachowania przedsiębiorcy polegającego na stosowaniu postanowień wzorców umownych, które są tożsame z postanowieniami uprzednio wpisanymi do rejestru klauzul niedozwolonych, za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w sposób istotny zwiększa skuteczność obu instytucji, tj. niedozwolonych postanowień umownych oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumenta. Ponadto przyjęcie tego rozwiązania pozwala uniknąć prowadzenia kilku postępowań w odniesieniu do analogicznych postanowień wzorców umowy, ale stosowanych przez różnych przedsiębiorców, z których każde w praktyce zakończyłoby się identycznym rozstrzygnięciem merytorycznym. Jednocześnie postępowanie administracyjne w przedmiocie praktyk naruszających zbiorowe instrumenty konsumentów podlega dwuinstancyjnej kontroli sądowej sprawowanej przez sąd okręgowy – sąd ochrony konkurencji i konsumentów, jako sąd pierwszej instancji, oraz sąd apelacyjny, jako sąd odwoławczy, z dalszą możliwością wniesienia skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego (art. 479³⁵ § 2 k.p.c.). Tym samym można bronić stanowiska, że zachowane będzie prawo przedsiębiorcy, który nie był stroną postępowania w przedmiocie kontroli abstrakcyjnej, do „bycia wysłuchanym” w postępowaniu sądowym dotyczącym praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Natomiast 16.02.2015 r. Pierwszy Prezes SN wystąpił z wnioskiem (BSA I-410-1/15) o rozstrzygnięcie przez skład 7 sędziów SN¹⁰² rozbieżno-

¹⁰¹ Dz.Urz. UE L 110, s. 30.

¹⁰² Zob. art. 60 § 1 ustawy z 23.11.2002 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 499 ze zm.).

ści w przedmiotowej kwestii, przedstawiając pytanie: „Czy wpis uznanego za niedozwolone postanowienia wzorca umowy do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., powoduje, że przewidziana w art. 479⁴³ k.p.c. rozszerzona skuteczność prawomocnego wyroku będącego podstawą tego wpisu stoi na przeszkodzie postępowaniu w przedmiocie kontroli postanowienia tej samej treści, zawartego w innym wzorcu umowy, stosowanym przez przedsiębiorcę, przeciwko któremu został wydany ten wyrok, bądź przez innego przedsiębiorcę?”¹⁰³. Pierwszy Prezes SN wskazał, że w orzecznictwie ujawniły się rozbieżności dotyczące podmiotowych i przedmiotowych granic przewidzianej w art. 479⁴³ k.p.c. rozszerzonej prawomocności materialnej wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie granice podmiotowe rozszerzonej skuteczności są interpretowane dwójako, w zależności od sposobu rozumienia zawartego w art. 479⁴³ k.p.c. sformułowania „skutek wobec osób trzecich”. Jest sporne, czy skutek prawomocnego wyroku wobec osób trzecich od chwili wpisania uznanego za niedozwolone postanowienia wzorca umowy do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., dotyczy wszystkich przedsiębiorców, którzy stosują takie postanowienie w swoich wzorcach (*erga omnes*), czy też odnosi się tylko do przedsiębiorcy, przeciwko któremu zapadł wyrok stanowiący podstawę wpisu. Pierwszy Prezes SN zwrócił jednocześnie uwagę, że pogląd skłaniający się ku wąskiemu rozumieniu rozszerzonej skuteczności, jako ograniczonej do pozwanego przedsiębiorcy i wszystkich podmiotów, które mają względem niego legitymację czynną, w zakresie tego wzorca, którego postanowienie zostało uznane za niedozwolone, jest dominujący w piśmiennictwie.

¹⁰³ Sprawie została nadana sygnatura III CZP 17/15.

RES IUDICATA AND EXTENDED VALIDITY AND CONTROL OF STANDARD CONTRACTS

Issues concerning illegal contractual provisions, as well as the extent of the effects of a judicial decision that recognizes the provision of standard contracts illegal, causes great controversy, both theoretical and practical. This is important because this question concerns the constitutional principle of protection of consumers. The primary objective of the law concerning of illegal provisions is healing of legal relations arising from irregularities in the contracting process, related to the contractual advantage one of the parties. Due to the increasingly common practice used by entrepreneurs in standard contracts with consumers, it is necessary to their judicial review. It aims to eliminate from standard contracts such provisions that grossly violate the interests of consumers, putting them in a much worse position in relation to a person who uses such a standard contract.

But the question is whether, in circumstances where the specific contractual provision will be criminalized and the court will prohibit a particular entrepreneur using it in dealings with consumers, such a decision also involves other entrepreneurs. In other words, if though they are not party to the trial, they are obliged to adhere to the judgment. We are dealing here with the opposition of the rule of law to the court for every person, including entrepreneurs, to the principle of consumer protection, which is really executed. The essence of the problem boils down to the concept of extended validity, so that the art. 479⁴³ Civil Procedure Code, which provides for such an effect applies only to the entrepreneur who was a party (defendant) in trial for the recognition provisions of standard contracts illegal, whether it should be assumed broad interpretation, so that inscribing of a clause in the register of the President of the Trading Standard Office has certain effects also in relation to other entrepreneurs who use patterns agreement. The problem takes on added significance if we consider the possibility of punishment in antitrust proceedings businesses using abusive clauses that have been inscribed into the register.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (201) 2015
Warszawa 2015

Alicja Ornowska* ■

RAMY PRAWNE I INSTYTUCJONALNE EDUKACJI SKAZANYCH CUDZOZIEMCÓW I ICH REALIZACJA W PRAKTYCE PENITENCJARNEJ

Obcokrajowcy w zakładach karnych dziś i jutro

Rzeczpospolita Polska jest państwem zasadniczo jednolitym narodowość-
ciowo, co przekłada się na fakt, że problem więźniów o odmiennym pochodzeniu
etnicznym i narodowym występuje tu w dużo mniejszym stopniu, niż choćby
w krajach zachodniej Europy czy w Stanach Zjednoczonych, i zasadniczo jest
ograniczony do skazanych cudzoziemców. Ich liczba natomiast jest systema-
tycznie niwelowana w drodze aktywizacji współpracy karno-międzynarodowej.
Dąży się do wdrożenia tych mechanizmów prawnych i instytucjonalnych, które
pozwalają na przekazywanie skazanych tak, by kara pozbawienia wolności była
wykonywana w ich krajach ojczystych. Należy jednak prognozować, że w przy-
szłości liczba osadzonych obcokrajowców dynamicznie wzrośnie i jest to swoi-
ste *signum temporis*¹. Przemiany związane z transformacją ustrojową, wstąpienie
do Unii Europejskiej i jej rozwój społeczno-gospodarczy, przystąpienie do strefy
Schengen, a także ogólny wzrost mobilności społecznej to tylko jedno z wielu
przyczyn przewidywanego wzrostu zjawisk imigracji i turystyki przestępczej.

Statystyki Centralnego Zarządu Służby Więziennej wskazują, że we-
dług stanu na 31 stycznia 2014 r. w polskich aresztach śledczych i zakładach

* Stypendysta wsparty finansowaniem Fundacji na rzecz Nauki Polskiej

¹ D. Gajdus, B. Gronowska, *Europejskie standardy traktowania więźniów*, Toruń
1998, s. 173.

karnych przebywało 501 cudzoziemców pozbawionych wolności, tymczasowo aresztowanych i ukaranych². Dla porównania należy przytoczyć, że w roku 2013 było ich 565, w roku 2012–564, w roku 2011–574, w roku 2010–593, w roku 2009–570, w roku 2008–566, w roku 2007–660, w roku 2006–655, w roku 2005–787, w roku 2004–1 057, w roku 2003–1 278, w roku 2002–1 386, w roku 2001–1 598³. Należy w tym miejscu wyjaśnić dodatkowo, że zawsze jedynie około połowa z podanej wyżej liczby osób to skazani na karę pozbawienia wolności za popełnienie przestępstw.

Niewątpliwie na tle ogólnej liczby osób osadzonych (80 129 osób według stanu na 31 stycznia 2014) podane wyżej wielkości są marginalne (6,3 promila osadzonych). Jednakże sam problem występowania obcokrajowców w zakładach karnych nie będzie jawił się jako pomijalny i bagatelny, gdy uwzględniony zostanie ten aspekt, iż wśród cudzoziemców osadzonych w roku 2011 znajdowali się przedstawiciele aż 63 państw naszego globu⁴, zaś w roku 2013 w jednostkach penitencjarnych znaleźć można było obywateli niemal 60 państw. Dodatkowo w niektórych przypadkach obywatelstwa skazanych w ogóle nie dało się ustalić, a czasami pozbawiani wolności byli również apatrydzi⁵.

Standardy międzynarodowe odnoszące się do nauczania cudzoziemców pozbawionych wolności

Jest oczywiste, że wykonywanie kary pozbawienia wolności względem cudzoziemców rodzi szczególnie dużo problemów w praktyce penitencjarnej. Jest to związane z odmiennością kulturową i religijną takich osadzonych, nierzadko całkowitą nieznajomością języka polskiego oraz utrudnieniami w podtrzymywaniu kontaktów z bliskimi i rodziną.

² <http://sw.gov.pl/Data/Files/001c169lidz/rok-2014.pdf> (dostęp 13.03.2015)

³ <http://sw.gov.pl/pl/o-sluzbie-wiezionej/statystyka/statystyka-roczna/> (dostęp 19.12.2013)

⁴ G. Szczygieł, *Rekomendacja Nr R (84) 12 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotycząca więźniów cudzoziemców. Komentarz*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011, nr 72–73, s. 183.

⁵ http://www.bip.sw.gov.pl/SiteCollectionDocuments/CZSW/statystyka/Cudzoziemcy_21.03.2013.pdf (dostęp 19.12.13). Powyższe wielkości warto porównać z przedstawionymi przez Patrycję Chabier. P. Chabier, *Cudzoziemcy w polskich aresztach śledczych i zakładach karnych*, [w]: *Postępowanie z wybranymi grupami skazanych w polskim systemie penitencjarnym*, red. A. Kwieciński, Warszawa 2013, s. 245–246.

Mając powyższe na względzie, nieobowiązujące już Europejskie reguły więzienne z 1987 r.⁶ kazały zwracać szczególną uwagę nie tylko na zapewnienie kształcenia więźniów młodocianych, ale również na edukację właśnie cudzoziemców i osób ze szczególnymi potrzebami kulturowymi bądź etnicznymi (Reguła 79). Również, będące w mocy Europejskie reguły więzienne z 2006 r.⁷, „wzorcową strategią dla administracji więziennej”⁸, przewidują, że każdy zakład karny powinien dążyć do zapewnienia wszystkim więźniom dostępu do jak najbardziej wszechstronnych programów dydaktycznych, które powinny brać pod uwagę ich aspiracje i być dostosowane do ich indywidualnych wymogów. Reguły przewidują priorytet dla edukacji więźniów z niedostatkami umiejętności czytania i liczenia oraz tych, którzy nie mają wykształcenia podstawowego lub zawodowego. Specjalną uwagę powinno się przyłożyć do edukacji więźniów młodocianych oraz właśnie tych, którzy mają specjalne potrzeby.

Ułatwieniu reintegracji społecznej skazanym obcokrajowcom poświęcono również Rekomendację Komitetu Rady Ministrów nr R (84) 12 dotyczącą więźniów cudzoziemców⁹. Zaleca się w niej, by minimalizować poczucie izolacji więźniów cudzoziemców między innymi przez ich edukację. Z jednej strony władze więzienne powinny podjąć starania, by zapewnić skazanym dostęp do tekstów pisanych w ich ojczystym języku (Reguła II A pkt 3), z drugiej zaś powinni mieć oni możliwość uczestniczenia w działaniach edukacyjnych i szkoleniach zawodowych na takich samych zasadach, jak pozostali więźniowie. Żeby jednak wyrównać szanse edukacyjne obcokrajowców, w omawianej rekomendacji przewidziano możliwość, by państwo wprowadziło dla tych skazanych specjalne środki i udogodnienia umożliwiające im zwalczenie bariery językowej (Reguła 39.3). W tym celu zakłady karne mogą ubiegać się o pomoc ze strony służb konsularnych lub organizacji prywatnych (Reguła II A pkt 3, Reguła II A pkt 5, Reguła II B pkt 8, Reguła II B pkt 10). W komentarzu do powyższej rekomendacji zaznaczono także szczególną rolę służby kuratorskiej i organów pomocy społecznej w uproszczeniu integracji społecznej osadzonych obcokrajowców¹⁰.

⁶ Rekomendacja nr R (87) 3 Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych z dnia 12 lutego 1987.

⁷ Rekomendacja nr R (2006) 2 Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych z dnia 11 stycznia 2006 r.

⁸ J. L. Murdoch, *The Treatment of Prisoners: European Standards*, Strasbourg 2008, s. 34.

⁹ Rekomendacja Nr R (84) 12 Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy dotycząca więźniów cudzoziemców przyjęta w dniu 21 czerwca 1984 r.

¹⁰ Commentary to Recommendation CM/Rec(2012) 12 of the Committee of Ministers to member States concerning foreign prisoners, CM(2012)108 add, s. 4. Por.: A. Ornowska, *Edukacja penitencjarna a pluralizm kulturowy: współczesne dylematy i przy-*

Należy również wspomnieć, że zapewnienie edukacji w zakresie podstawowym bez dyskryminacji na tle narodowościowym przewidziane jest jako obowiązek państw w szeregach aktów międzynarodowych, w szczególności w art. 4 Konwencji UNESCO w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty¹¹ oraz art. 28 Konwencji Praw Dziecka¹².

Regulacja prawna dotycząca prowadzenia oświaty więziennej względem cudzoziemców

Obowiązująca ustawa karno-wykonawcza przyjęła paradygmat postępowania z cudzoziemcami oparty na zasadzie niedyskryminacji skazanych ze względu na narodowość. Regułą jest więc, iż do cudzoziemców osadzonych w polskich jednostkach penitencjarnych stosuje się te same przepisy co do obywateli polskich i nie są oni izolowani od skazanych obywateli naszego kraju¹³. Efektywne i rzeczywiste wprowadzenie w życie zasady niedyskryminacji wymaga jednak czasem przyznania uprawnień specjalnych pewnej grupie, aby zniwelować występujące różnice między nią a resztą zbiorowości (*affirmative action*). Dlatego też w Kodeksie karnym wykonawczym¹⁴ część przepisów poświęcono wyłącznie uregulowaniu sytuacji skazanych obcokrajowców. Należą do nich przepisy odnoszące się do kontaktów ze światem zewnętrznym i pomocy dyplomatyczno-konsularnej, prawa do kontaktu z duchownym własnej religii, prawa do ustnej informacji w zrozumiałym dla siebie języku oraz prawa do żywienia zgodnie z wymogami kulturowymi i językowymi¹⁵.

Podobnej szczególnej regulacji nie znajdziemy natomiast, analizując podstawy prawne oświaty więziennej prowadzonej w odniesieniu do cudzoziemców. Wobec wyjątkowych wyzwań, przed jakimi stoi Służba Więzienna, mając zapewnić odpowiednie wykształcenie osadzonym obcokrajowcom, można stawiać zasadne pytanie, czy brak jakichkolwiek przepisów prawnych, które odnosiłyby się do ujednolicenia praktyki penitencjarnej w zakresie edukowania więźniów cudzo-

szłe wyzwania, „Studia Iuridica Toruniensia” nr 15, 2014, s. 133. ([http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Rec\(2012\)12Commentary_E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Rec(2012)12Commentary_E.pdf), dostęp 19.12.2013)

¹¹ Konwencja przyjęta w Paryżu w dniu 15 grudnia 1960 r. (Dz.U. z 1964 r. Nr 40, poz. 268).

¹² Konwencja przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 roku (Dz.U. z 1991 r., Nr 120 poz. 526).

¹³ G. Szczygieł, *Rekomendacja Nr R (84) 12*, s. 184.

¹⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997, Nr 90, poz. 557 ze zm.).

¹⁵ P. Chabier, *Cudzoziemcy*, s. 266.

ziemców, jest trafnym rozwiązaniem legislacyjnym. Co prawda, z jednej strony doktryna prawa karnego wykonawczego pochlebnie ocenia status prawny skazanych cudzoziemców, wskazując, iż jest on treściowo spójny i przejrzysty, z drugiej jednak dostrzega, że jasne uregulowanie tegoż statusu na płaszczyźnie ustawowej nie ma przełożenia na rozwiązanie dylematów, z którymi Służba Więzienna musi się zmierzyć każdego dnia w pracy resocjalizacyjnej z tymi skazanymi¹⁶.

Regulacja odnosząca się do edukacji penitencjarnej w jednakowy sposób obowiązuje osadzonych polskich, jak i cudzoziemców. Należy z tego wyciągnąć wniosek, iż w polskim prawie karno-wykonawczym przyjęto zasadę standardu traktowania narodowego (*regime national*) względem cudzoziemców. Standard ten przewiduje, iż każdego cudzoziemca winno się traktować jako obywatela danego kraju, przy uwzględnieniu możliwości wprowadzenia pewnych ustawowo określonych odstępstw¹⁷.

Nie ulega wątpliwości, że nauczanie uznawane jest za „najważniejszy i być może jedyny rzeczywisty środek oddziaływania resocjalizacyjnego”¹⁸. Współczesny zakład karny to nie tylko „nadzór i dyscyplina” w rozumieniu Foucaultowskich schematów pojęciowych. Zakład karny to przede wszystkim wielopoziomowa struktura organizacyjno-społeczna¹⁹, która za cel obrała sobie przywrócenie skazanego społeczeństwu. Oświata więzienna idealnie wpisuje się w powyższe aspiracje i założenia.

Z uwagi na powyższe art. 2 ust. 2 pkt 1 Ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 o Służbie Więziennej²⁰ uznaje priorytetową rolę nauczania skazanych w zakładach karnych, zaliczając je do podstawowych zadań Służby Więziennej. Waga prowadzenia działań edukacyjnych w warunkach więziennych podkreślona jest również w art. 67 § 3 k.k.w., zgodnie z którym w oddziaływaniu na skazanych uwzględnia się właśnie m.in. nauczanie. W uzasadnieniu do projektu k.k.w. wskazano natomiast: „Nauczanie od kilkuset lat jest niekwestionowanym, ważnym środkiem wychowania w więzieniach. Odpowiednie wykształcenie, zwłaszcza młodszych wiekiem skazanych, stanowi warunek ich prawidłowej adaptacji w społeczeństwie”²¹.

¹⁶ P. Chabier, *Cudzoziemcy*, s. 266.

¹⁷ J. Białocerkiewicz, *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 226–227; R. Bierzaniek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1997, s. 266; J. Gilas, *Prawo międzynarodowe*, Łódź 1995, s. 268; L. Gelberg, *Zarys prawa międzynarodowego*, Warszawa 1967, s. 126.

¹⁸ T. Szymanowski, Z. Świda, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 304.

¹⁹ A. Coyle, *The Prisons We Deserve*, Glasgow 1994, s. 75.

²⁰ Dz. U. z 2010 r., Nr 79 poz. 523. Dalej ustawa o SW.

²¹ Uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu karnego wykonawczego, [w:] *Nowe*

Edukacji penitencjarnej poddawane są częstokroć osoby z podstawowymi brakami w wykształceniu i stąd nierzadko musi się ona rozpoczynać od etapu alfabetyzacji. Oznacza to jednak, iż tym bardziej z prowadzenia działalności oświatowej nie można zrezygnować, gdyż zależy od niej skuteczność wdrożenia jakiegokolwiek postępowania resocjalizacyjnego. Przyszła powrotność do przestępstwa danej jednostki zależy znacząco od tego, na ile niewykształcony skazany przyswoi nową wiedzę i umiejętności – szczególnie takie, bez których nie sposób obejść się w codziennym życiu.

Na mocy art. 70 ust. 1 Konstytucji²² „Każdy ma prawo do nauki. Nauka do 18. roku życia jest obowiązkowa. Sposób wykonywania obowiązku szkolnego określa ustawa.” W myśl przepisów Ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty²³ nauka jest obowiązkowa do ukończenia 18. roku życia (art. 15 ust. 1), a obowiązek szkolny trwa do ukończenia gimnazjum, nie dłużej jednak niż do ukończenia 18. roku życia (art. 15 ust. 2). Zasada obowiązku nauki i obowiązku szkolnego²⁴ w odniesieniu do osób, które nie mają więcej niż osiemnaście lat (co do zasady są to osoby małoletnie), nie ulega zmianie niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z warunkami wolnościowymi, czy warunkami osadzenia. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że odpowiedzialność karną w odniesieniu do wszystkich przestępstw mogą ponosić osoby, które ukończyły siedemnasty rok życia, zaś w przypadku czynów zabronionych wymienionych w art. 10 par. 2 k.k.²⁵ odpowiedzialność ta może dotyczyć też osób minimum piętnastoletnich.

Przepisy karno-wykonawcze modyfikują nieznacznie zasady regulujące obowiązek organizowania nauczania dla osób, które ukończyły osiemnasty rok życia. W myśl art. 130 par. 1 k.k.w. w zakładach karnych prowadzi się nauczanie obowiązkowe w zakresie szkoły podstawowej i gimnazjum, a także umożliwia się nauczanie w zakresie ponadpodstawowym i na kursach zawodowych. Co

kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, red. I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak, Warszawa 1997, s. 556, Podobnie: M. Bramska, *Realizacja prawa skazanego do kształcenia*, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich 2000, nr 42, s. 549.

²² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483).

²³ Tekst jednolity: Dz. U. z 2004 r., Nr 256, poz. 2572 ze zm. Dalej u.s.o.

²⁴ Należy uwzględnić, że obowiązek nauki i obowiązek szkolny nie są pojęciami tożsamymi (arg. ex. art. 15, 16 u.s.o.). Obowiązek szkolny to inaczej przymus szkolny, a więc nakaz poddania się edukacji powszechnej do ukończenia określonego prawnie wieku lub etapu edukacji. Obowiązek nauki jest pojęciem szerszym niż obowiązek szkolny i może obejmować również poza szkolne formy wypełniania go. M. Czuba-Wąsowska, K. Mańko, *Egzekucja obowiązków szkolnego i nauki: zagadnienia prawne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2011, s. 15.

²⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z dnia 2 sierpnia 1997 r., Nr 88, poz. 553).

więcej, pierwszeństwo w uzyskaniu możliwości objęcia odpowiednim programem edukacyjnym w zakresie szkoły ponadpodstawowej i ponadgimnazjalnym mają ci skazani, którzy nie mają wyuczonego zawodu, względnie po odbyciu kary nie będą mogli go wykonywać, a także nie ukończyli 21. roku życia. Zakład karny ma obowiązek prowadzenia nauczania, stosownie do możliwości i uzdolnień powyższych skazanych, jeżeli są oni młodociani.

Powyższe uregulowanie nie oznacza w praktyce przedłużenia obowiązku szkolnego²⁶, gdyż taka interpretacja byłaby niekonstytucyjna. Chodzi tu raczej o nałożenie na administrację więzienną obowiązku zapewnienia możliwości podjęcia edukacji w zakresie podstawowym i gimnazjalnym wszystkim skazanym również po ukończeniu osiemnastego roku życia²⁷. Skazani pełnoletni nielegitymujący się wykształceniem podstawowym i gimnazjalnym mogą odmówić skorzystania z przedstawionej im propozycji edukacyjnej, ale zakład karny musi im taką propozycję złożyć. Należy nadmienić, że młodociani przymusowo odbywają karę pozbawienia wolności w systemie programowego oddziaływania, w którym nauczanie jest jednym z kluczowych oddziaływań penitencjarnych (przymus resocjalizacyjny)²⁸. Również i w ich przypadku zakład karny musi skierować ich do nauki w zakresie szkoły podstawowej lub gimnazjum, nawet jeżeli skazany nie będzie stosował się do wymagań ustalonych w programie oddziaływania i edukacji nie podejmie²⁹.

Za wyjątkiem tego aspektu przyjęto zasadę, iż edukacja w ramach oświaty więziennej jest organizowana na zasadach określonych w przepisach ustawowych dla szkół publicznych. Oczywiście jest jednak, że uwzględnia się specyfikę nauczania prowadzonego w warunkach izolacji i realizacji celów wykonania kary pozbawienia wolności³⁰.

²⁶ Pojawiają się odosobnione poglądy, że w przypadku skazanych obowiązek ten co do zasady nie został limitowany górną granicą wieku (T. Szymanowski, Z. Świda, *Kodeks*, s. 306).

²⁷ M. Juwa, *Kształcenie w procesie resocjalizacji skazanych*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2013, nr 79, s. 119–120; G. Szczygieł, *Rekomendacja Nr R (89) 12 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich o edukacji w więzieniu. Komentarz*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011, nr 72–73, s. 192; K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 556.

²⁸ B. Myrna, *Młodociani w świetle przepisów kodeksu karnego wykonawczego*, [w:] *Postępowanie z wybranymi grupami skazanych w polskim systemie penitencjarnym*, red. A. Kwieciński, Warszawa 2013, s. 237.

²⁹ S. Leleń, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 411.

³⁰ § 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 lutego 2004 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu prowadzenia nauczania w zakładach karnych (Dz. U. z 2004 r., Nr 37, poz. 337). Dalej: rpn.

Edukację skazanych powinno się rozpatrywać nie tylko jako ich społeczne i prawne zobowiązanie (przy czym w tym ostatnim przypadku ograniczone do nabycia wykształcenia podstawowego i gimnazjalnego), ale dychotomicznie również jako ich szczególne uprawnienie. Z takim ujęciem skorelowany jest przepis art. 102 pkt 5 k.k.w., zgodnie z którym skazany ma prawo do „kształcenia i samokształcenia oraz wykonywania twórczości własnej.” Należy uwzględnić bowiem, że coraz więcej osadzonych przejawia wysokie aspiracje co do rozwoju osobistego i naukowego.

Trudności w praktyce pracy penitencjarnej w zakresie efektywnego prowadzenia nauczania cudzoziemców

Bezsprzecznie personel więzienny musi radzić sobie z wyjątkowymi wyzwaniami, gdy chodzi o oświatę więzienną prowadzoną względem cudzoziemców, a w szczególności dwóch ich kategorii – osób, które nie miały dotychczas zapewnionego adekwatnego poziomu edukacyjnego w krajach pochodzenia, jak również osób nieznających języka polskiego.

Standard edukacyjny w różnych krajach jest odmienny, czasem znacząco odmienny od obowiązującego w Polsce. Mimo stałego upowszechniania się obowiązku szkolnego cały czas w skali światowej nie ma charakteru uniwersalnego. Ponadto nawet w państwach, w których został on wprowadzony, różnice w sposobie i jakości prowadzenia zajęć dydaktycznych są ogromne. Najlepiej świadczą o tym wyniki programów ewaluacyjnych dotyczących osiągniętych wyników edukacyjnych, na przykład najszerzej rozpowszechnione międzynarodowe badanie koordynowane i przeprowadzane pod auspicjami OECD, czyli Program Międzynarodowej Oceny Umiejętności Uczniów (PISA – *Programme for International Student Assessment*)³¹. W każdym z państw występują ponadto odmienne programy nauczania. Tym samym jest większe prawdopodobieństwo, że wśród cudzoziemców znajdują się osoby, które nie legitymują się odpowiednim poziomem wiedzy i umiejętności.

Szczególne trudności występują przy zapewnieniu właściwego poziomu edukacji osadzonym obcokrajowcom nieznającym języka polskiego. Jest oczywiste, że brak znajomości tego języka stanowi istotną przeszkodę w prowadzeniu jakiegokolwiek pracy penitencjarnej. Bazuje ona bowiem na możliwości faktycznego wpływu na więźnia i multimodalnego oddziaływania mającego na

³¹ Wyniki za rok 2012 dostępne na stronie internetowej programu (<http://www.oecd.org/pisa/keyfindings/pisa-2012-results-overview.pdf>, dostęp 29.12.2013).

celu przywrócenie go społeczeństwu jako praworządnego członka. W przypadku niemożności przełamania bariery językowej trudności mogą pojawić się już na etapie nawiązywania najprostszego kontaktu słownego. Jakikolwiek próby „dotarcia” do skazanego będą skazane na niepowodzenie³².

Przeszkody pojawiają się już na etapie przyjęcia cudzoziemca do jednostki penitencjarnej. Samo osadzenie w jednostce penitencjarnej, szczególnie gdy odbywa się ono po raz pierwszy, zawsze pozostaje swoistym wstrząsem. W przypadku cudzoziemców nakłada się na to dodatkowo szok kulturowy. Zakłady karne w różnych stronach świata funkcjonują na różnych zasadach, odmienne są relacje z personelem penitencjarnym, warunki izolacji, inne są oczekiwania i zasady zachowania dozwolone więźniom. Dlatego po przyjęciu do jednostki skazani otrzymują od Służby Więziennej informator stanowiący o ich prawach i obowiązkach, a także tłumaczenia najważniejszych przepisów karno-wykonawczych. Jak podaje G. Szczygieł, służba więzienna dysponuje tłumaczeniami regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności, regulaminu wewnętrznego zakładu karnego czy Kodeksu karnego wykonawczego na język rosyjski, angielski, niemiecki czy francuski. Jednakże przy takiej różnorodności krajów pochodzenia skazanych, jaka występuje w chwili obecnej w jednostkach penitencjarnych, siłą rzeczy znajdują się wśród nich osoby niewładające żadnym z powyższych języków³³.

Praktyka penitencjarna wskazuje, że na kolejnych etapach działań resocjalizacyjnych problemy ulegają jedynie dalszemu spiętrzeniu. Bez choćby najprostszej komunikacji werbalnej niemożliwe jest natomiast zrozumienie problemów i potrzeb skazanych, a także zapewnienie należytej ochrony ich praw³⁴. W doktrynie wskazuje się, że najtrudniej funkcjonariuszom Służby Więziennej porozumiewać się z Rumunami, gdyż język rumuński jest prawie nieznan, zaś osadzeni Rumuni nie władają innymi językami poza ojczystym, inaczej niż np. Wietnamczycy, Hindusi czy Arabowie. Niejednokrotnie doktryna prawa karnego wykonawczego wskazywała natomiast na niewystarczającą znajomość języków obcych wśród samych funkcjonariuszy, w szczególności tych, którzy na co dzień mają styczność z osadzonymi³⁵. Można argumentować jednak, że na skutek dynamicznie postępujących zmian kadrowych i znaczącego wzrostu liczby funkcjonariuszy dysponujących średnim i wyższym wykształceniem, umiejętności językowe ulegają upowszechnieniu.³⁶

³² D. Gajdus., B. Gronowska, *Europejskie...*, s. 173.

³³ G. Szczygieł, *Rekomendacja Nr R (84) 12*, s. 186.

³⁴ D. Gajdus., B. Gronowska, *Europejskie...*, s. 173.

³⁵ J. Malec, *Cudzoziemcy w polskich jednostkach penitencjarnych*, [w:] *Stan i węzłowe problemy polskiego więziennictwa*, cz. I, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich 1995, z. 28, s. 299; cyt. za: P. Chabier, *Cudzoziemcy*, s. 254.

³⁶ Od lat 80. do 2003 r. odsetek funkcjonariuszy mających średnie wykształcenie

Z pewnością znajomość języka polskiego umożliwia właściwe czerpanie korzyści z pozostałych działań resocjalizacyjnych i korekcyjnych. Bez niej trudno wyobrazić sobie podjęcie zatrudnienia w zakładach przywieszennych, chyba że przy wykonywaniu niezwykle prostych i rutynowych czynności. Poza zasięgiem skazanych obcokrajowców pozostaje również większość ofert aktywności społecznej i kulturalnej skazanych. Poza nielicznymi propozycjami odnoszącymi się do działalności artystycznej³⁷ i sportowej, dzień skazanych cudzoziemców nieznających języka polskiego wypełniony jest marazmem, bezczynnością i samotnością. Bariera językowa potrafi skutecznie ubezskuteczyć jakiegokolwiek proces wychowawczy³⁸.

Z uwagi na powyższe, nauka języka polskiego jest istotna dla skazanych cudzoziemców nawet, jeżeli po opuszczeniu zakładu karnego zamierzają oni niezwłocznie powrócić do ojczyzny. Szczęólnego znaczenia nabiera jednak w przypadku tychże skazanych, którzy wiążą swoją przyszłość z pozostaniem w naszym kraju. Znajomość języka polskiego, a więc języka urzędowego, ma decydujące znaczenie przy ubieganiu się o satysfakcjonujące i godziwie wynagradzane zatrudnienie. Jest to oczywiste nawet w sytuacji skutecznego nostryfikowania przez skazanego uprawnień, tytułów zawodowych, dyplomów czy świadectw uzyskanych w innych krajach.

W przypadku tych z nich, którzy nie władają językiem polskim, szczególnym dylematem jest taka organizacja szkolenia, by możliwie nie prowadzić go w ten sam sposób co względem skazanych nieumiejących czytać czy pisać. Należy mieć bowiem na względzie, że osadzeni cudzoziemcy nierzadko są osobami gruntownie wykształconymi i nie można uznać, że mają te same potrzeby edukacyjne, co przykładowo skazani analfabeci. Stworzenie jednych klas czy grup szkolnych, w których znajdowałiby się cudzoziemcy i osoby z poważnymi niedostatkami w wiedzy podstawowej, będzie skutkować jedynie zniechęceniem do podjęcia nauczania przez tych pierwszych.

Wyżej zarysowane problemy nie są ani nowe, ani specyficzne dla polskiego więziennictwa. W krajach, w których występuje znacznie większy odsetek skazanych pochodzenia imigranckiego, konieczność zapewnienia im zajęć edukacyjnych, które będą dla nich zrozumiałe i przystępne mimo bariery językowej, jest zasadniczym wyzwaniem, szeroko poruszonym w literaturze przedmiotu,

wzrósł o 20%, zaś odsetek funkcjonariuszy mających wykształcenie wyższe wzrósł aż o 98%.

³⁷ G. Szczygieł, *Rekomendacja Nr R (84) 12*, s. 188.

³⁸ T. Wierchowski, *Pozycja prawna cudzoziemca pozbawionego wolności w polskim systemie penitencjarnym*, [w:] *Więziennictwo na początku XXI wieku. III Polski Kongres Penitencjarny*, red. T. Bulenda, W. Knap, Z. Lasocik, Warszawa 2007, s. 304.

między innymi przez G. Bird na przykładzie Australii³⁹. W zakresie możliwych rozwiązań edukacji w warunkach pluralizmu kulturowego zakładów karnych warto więc obficie czerpać z doświadczeń komparatystycznych.

Zróżnicowanie statusu oświatowego skazanych

Organizacja odrębnych programów edukacyjnych dla wszystkich skazanych cudzoziemców, które uwzględniałyby specyfikę ich potrzeb edukacyjnych i szczególne podłoże kulturowe, etniczne i religijne, jest niewątpliwie pożądana, ale niepraktykowana. Znacząco zwiększyłaby ona bowiem już i tak niemałe koszty wykonywania kary pozbawienia wolności⁴⁰. To zaś mogłoby się spotkać z oporem społecznym i dodatkowo wzmóc falę niechęci względem jednostek postrzeganych jako podwójnie obce: z jednej strony obce z uwagi na niezdolność do przestrzegania norm prawnokarnych, z drugiej obce z uwagi na inną narodowość, odmienne pochodzenie, brak wspólnoty losów.

Pod względem statusu prawnego-oświatowego różna jest więc sytuacja tych skazanych, względem których administracja więzienna musi podejmować dostosowane dla ich potrzeb działania edukacyjne, i takich, wobec których nie ma takiego obowiązku. Do pierwszej grupy należą ci skazani objęci obowiązkiem nauki lub nieposiadający podstawowego i gimnazjalnego wykształcenia, szczególnie młodociani (art. 130 par. 1 i 2 k.k.w.). Wszyscy cudzoziemcy pozbawieni wolności, którzy jako obywatele polscy kwalifikowaliby się do tego, by być objęci obowiązkowym nauczaniem, zgodnie z zasadą standardu traktowania narodowego, również w warunkach osadzenia realizują tenże obowiązek. Do drugiej grupy należą natomiast ci skazani, którzy chcą podjąć lub kontynuować naukę. W ich przypadku personel więzienny będzie spełniał względem nich zadania edukacyjne jedynie w miarę możliwości, przy uwzględnieniu bieżących realiów penitencjarnych i specyfiki warunków izolacji. W stosunku do tej drugiej grupy skazanych niezbędne jest i pożądane, by szukać rozwiązań kompromisowych i sięgać do niestandardowych sposobów, programów, metod i schematów oświatowych.

Jeżeli natomiast chodzi o pierwszą grupę, zasadniczym zadaniem personelu penitencjarnego i kadry więziennej jest wzmocnienie motywacji skazanych

³⁹ G. Bird, *Prisoners of Difference. Catering for Prisoners Speaking English as the Second Language*, [w:] *Prisoners as Citizens. Human Rights in Australian Prisons*, red. D. Brown, M. Wilkie, Leichhardt, New South Wales 2002, s. 74.

⁴⁰ Oszacowanie kosztów kary pozbawienia wolności w pozycji: A. Ornowska, *Kara ograniczenia wolności*, Warszawa 2013, s. 155–156.

cudzoziemców do tego, by aktywnie włączyć się w działania edukacyjne. Jakikolwiek proces wychowawczy i jakiegokolwiek nauczanie będzie niemożliwe bez choćby minimalnej woli współpracy ze strony wychowanka⁴¹. Wzbudzenie bodźców motywacyjnych do podejmowania obowiązkowego nauczania skazanych w zakładach karnych jest i zawsze było wystarczająco trudnym zadaniem kadry pedagogicznej. Osadzeni obywatele przed pozbawieniem wolności często nie przywiązywali wagi do partycypowania w szkoleniu, opuszczali zajęcia i nie wywiązywali się z obowiązków szkolnych. Wybór drogi przestępczej był dla wielu antidotum na szkolną rutynę, a nierzadko nawet traumatyczne przeżycia, których zaznali w szkolnych murach⁴². Z pewnością jedynie zdecydowana mniejszość z nich w warunkach izolacji więziennej stanie się wzorowymi i obowiązkowymi uczniami, rozumiejącymi w pełni znaczenie nabycia kapitału wiedzy. Nie można zapominać, że skazani to dorośli ludzie z ukształtowaną, często w sposób dewiacyjny, osobowością. Funkcjonariusze służby więziennej mają ograniczone instrumenty faktyczne i prawne, które mogliby wykorzystywać do nakłonienia ich do podjęcia edukacji penitencjarnej.

W przypadku skazanych cudzoziemców z pierwszej grupy o motywację do nauki jest jednak jeszcze trudniej. Powodem tego jest fakt, że znaczna część z nich pobyt w Polsce traktuje tymczasowo. Osadzeni obcokrajowcy tym bardziej nie widzą więc celu i sensu w podejmowaniu wysiłku edukacyjnego, szczególnie jeżeli miałby się on wiązać z mozolną nauką niełatwego przecież języka polskiego. Liczą oni, że po zakończeniu kary niezwłocznie powrócą do krajów ojczystych, a w nich te kwalifikacje i umiejętności, która są przekazywane w programach szkoleniowych oświaty więziennej, mogą okazać się mało przydatne. Nie widzą natomiast powodu, by szkolić się dlatego, by efektywniejsze i skuteczniejsze miały być prowadzone względem nich działania resocjalizacyjne.

W stosunku do pierwszej grupy skazanych ma zastosowanie art. 94a ust. 1 u.s.o., na mocy którego mają oni prawo (i obowiązek) korzystać z nauki i opieki w publicznych szkołach podstawowych, gimnazjach, publicznych szkołach artystycznych oraz w placówkach, w tym placówkach artystycznych. Na podstawie par. 13 r.p.n. przeprowadzana jest kwalifikacja osadzonego do nauczania w określonym typie szkoły. W toku tejże kwalifikacji obok szeregu

⁴¹ J. Nowacki, *Szkoła białych tablic*, Warszawa 1996, s. 51–61; S. G. Paris, L.R. Ayres, *Stawanie się refleksyjnym uczniem i nauczycielem*, Warszawa 1997, s. 14–16. Przybliżenie teorii i środków motywacji: G. A. Cole, *Personnel Management. Theory and Practice*, London 1988, s. 73–84.

⁴² A. Wilson, *Learning Landscapes*, [w:] *Trends and Issues in Distance Education: International Perspectives*, red. L. Visser, Y. L. Visser, M. Simonson, R. J. Amirault, Greenwich 2012, s. 320.

różnych aspektów (jak predyspozycje do nauki, zalecenia zawarte w indywidualnym programie oddziaływania czy badaniach psychologicznych, stan zdrowia, terminy końca kary czy warunkowego przedterminowego zwolnienia i inne) komisja penitencjarna bierze pod uwagę udokumentowaną dotychczasową naukę stanowiącą podbudowę programową konieczną do podjęcia nauki w wybranym typie szkoły lub semestrze nauki. Jest więc oczywiste, że jeśli skazany przedstawi odpowiednie zaświadczenie dokumentujące ukończenie odpowiedniego etapu edukacji, zostanie ono uwzględnione w procesie kwalifikacyjnym. W myśl par. 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 1 kwietnia 2010 r. w sprawie przyjmowania osób niebędących obywatelami polskimi do publicznych przedszkoli, szkół, zakładów kształcenia nauczycieli i placówek oraz organizacji dodatkowej nauki języka polskiego, dodatkowych zajęć wyrównawczych oraz nauki języka, kultury kraju pochodzenia⁴³ kwalifikowanie cudzoziemców na odpowiedni poziom edukacji dokonywane jest w oparciu o przedłożone przez nich świadectwa lub dokumenty stwierdzające ukończenie szkoły za granicą, danego etapu szkolenia lub potwierdzające sumę lat nauki szkolnej za granicą. W przypadku skazanych obcokrajowców, szczególnie sprawców dokonujących czynów zabronionych w ramach zjawiska turystyki przestępczej⁴⁴, liczba osób, które będą dysponowały wymaganymi dokumentami, jest jednak minimalna. Co do zasady osadzeni cudzoziemcy przyjmowani są do odpowiedniej klasy lub na odpowiedni semestr na podstawie rozmowy kwalifikacyjnej przeprowadzonej w języku obcym⁴⁵.

Dla cudzoziemców podlegających obowiązkowi szkolnemu i obowiązkowi nauki, którzy nie znają języka polskiego albo znają go na poziomie niewystarczającym do korzystania z nauki, organ prowadzący szkołę organizuje w szkole dodatkową, bezpłatną naukę języka polskiego w formie dodatkowych zajęć lekcyjnych z języka polskiego. Dodatkowe zajęcia lekcyjne z języka polskiego są prowadzone indywidualnie lub w grupach w wymiarze pozwalającym na opanowanie języka polskiego w stopniu umożliwiającym udział w obowiązkowych zajęciach edukacyjnych, nie niższym niż 2 godziny lekcyjne tygodniowo⁴⁶. W razie braków w kształceniu z danego przedmiotu więźniowie mają również prawo do zajęć wyrównawczych⁴⁷.

⁴³ Dz.U. z 2010 r., Nr 57, poz. 361. Dalej r.m.e.n.

⁴⁴ Definiowana jako podejmowanie podróży, czy też zmiana miejsca pobytu, w której głównym motywem podróży osoby wyjeżdżającej jest chęć popełnienia czynu przestępczego w miejscu przyjazdu.

⁴⁵ Par. 2 ust. 4 i 5 r.m.e.n.

⁴⁶ Par. 5 r. m.e.n.

⁴⁷ Par. 6 r.m.e.n.

Realizacja standardu edukacyjnego zalecanego w opisanej wyżej Rekomendacji Komitetu Rady Ministrów nr R (84)12 dotyczącej więźniów cudzoziemców zakłada pielęgnowanie tradycji narodowych, kształcenie umiejętności językowych i wychowywanie w kulturze kraju ojczystego cudzoziemców. Z tego powodu niezwykle korzystne jest, by w stosunku do pierwszej grupy skazanych zastosować możliwość przewidzianą w art. 94 ust. 5 u.s.o., a więc we współdziałaniu z placówką dyplomatyczną lub konsularną kraju ich pochodzenia działającą w Polsce albo stowarzyszeniem kulturalno-oświatowym danej narodowości organizować w szkole przywięziennnej naukę języka i kultury kraju ojczystego. Nauka taka jest organizowana w szkole podstawowej lub gimnazjum, jeżeli do udziału w tym kształceniu zgłoszonych zostanie co najmniej 7 cudzoziemców podlegających obowiązkowi szkolnemu. Dyrektor szkoły ustala dni tygodnia i godziny, w których mogą odbywać się tego rodzaju zajęcia, przy czym ich łączny wymiar godzinowy nie może przekroczyć 5 godzin lekcyjnych tygodniowo⁴⁸. Należy mieć na uwadze, że to na szkole ciąży obowiązek nieodpłatnego udostępnienia pomieszczeń i pomocy dydaktycznych dla potrzeb organizacji zajęć⁴⁹.

Wobec skazanych z drugiej grupy administracja więzienna nie ma obowiązku przedstawienia im oferty edukacyjnej dostosowanej do ich potrzeb, w szczególności nie jest zobligowana do zorganizowania im nieodpłatnej nauki języka polskiego ani zajęć wyrównawczych. W orzecznictwie strasburskim wielokrotnie potwierdzono, że sama chęć osadzonych podjęcia kształcenia w określonym kierunku nie wystarczy, by na państwie ciążyło zobowiązanie do zapewnienia im takiej możliwości. Gdy nie jest to edukacja na poziomie podstawowym oraz gdy odmowa administracji więziennej jest oparta na obowiązujących przepisach prawne i uzasadniona obiektywnymi względami, jak na przykład brakiem środków czy trudnościami infrastrukturalnymi, organy strasburskie nie stwierdzały naruszenia art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁵⁰ statuującego prawo do nauki (sprawa Epistatu przeciwko Rumunii⁵¹, X przeciwko Wielkiej Brytanii⁵², Natoli przeciwko Włochom⁵³). Trzeba jednak uwzględnić, że osadzeni cudzoziemcy są nierzadko

⁴⁸ Par. 8 r.m.e.n.

⁴⁹ Art. 94 ust. 5 u.s.o.

⁵⁰ Konwencja podpisana w Paryżu z dnia 20 marca 1952 (Dz. U. z 1995 r., Nr 36, poz. 175).

⁵¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 września 2013 r. w sprawie Epistatu przeciwko Rumunii, skarga nr 29343/10.

⁵² Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 13 marca 1975 w sprawie X przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 5962/72.

⁵³ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 18 maja 1998 w sprawie Natoli przeciwko Włochom, skarga nr 26161/95.

wysoce zmotywowani do podjęcia nauki i nie można pozwolić, by zmarnować ten potencjał i możliwości resocjalizacyjne, jakie się z nim wiąże.

Nauczanie skazanych w świetle ogólnokrajowych danych statystycznych

W roku 2015 przy jednostkach penitencjarnych działa 37 szkół, z czego część zorganizowana jest w ramach centrów kształcenia ustawicznego, część zaś w zespołach szkół⁵⁴. Sieć szkół obejmuje 20 zakładów karnych i 2 areszty śledcze, zaś kształcenie skazanych odbywa się na 5 poziomach edukacyjnych, tj. podstawowym, gimnazjalnym, zasadniczym, średnim i policealnym.

W kraju funkcjonują obecnie 2 szkoły podstawowe (Zakład Karny w Sztumie, Zakład Karny w Potulicach), 9 gimnazjów (Zakład Karny w Nysie, Zakład Karny w Iławie, Zakład Karny w Nowym Wiśniczu, Zakład Karny w Wojkowicach, Zakład Karny w Sztumie, Zakład Karny w Koronowie, Zakład Karny w Potulicach, Zakład Karny we Włocławku, Zakład Karny w Stargardzie Szczecińskim) oraz 20 liceów ogólnokształcących (Zakład Karny w Stargardzie Szczecińskim, Zakład Karny w Rawiczu, Zakład Karny w Nysie, Zakład Karny w Iławie, Zakład Karny w Płocku, Zakład Karny w Opolu Lubelskim, Zakład Karny we Włodawie, Zakład Karny w Nowym Wiśniczu, Zakład Karny we Wronkach, Zakład Karny w Wojkowicach, Zakład Karny w Czarnem, Zakład Karny w Sztumie, Zakład Karny w Koronowie, Zakład Karny w Potulicach, Zakład Karny we Włocławku, Areszt Śledczy Warszawa-Białoleka, Areszt Śledczy Warszawa-Mokotów, Zakład Karny Wrocław nr 1, Zakład Karny w Wołowie oraz jedyne w Polsce liceum dla kobiet w Zakładzie Karnym w Grudziądzu).

Skazani, którzy legitymują się już średnim wykształceniem, mają możliwość kontynuowania nauki w szkołach policealnych. Taka przywiezienna szkoła policealna funkcjonuje w Zakładzie Karnym Wrocław nr 1 i kształci ona w zawodzie informatyka. W kraju jest również 6 techników uzupełniających (Zakład Karny w Nysie, Zakład Karny w Płocku, Zakład Karny we Włodawie, Zakład Karny w Rawiczu, Zakład Karny we Wronkach, Areszt Śledczy Warszawa-Białoleka). Umożliwiają one zdobycie dyplomu technika budownictwa, technika mechanika, technika poligrafa, technika technologii drewna, technika żywienia i gospodarstwa domowego oraz kucharza.

⁵⁴ Informacje i dane statystyczne w niniejszym podrozdziale podane są w oparciu o materiały zawarte na stronie internetowej <http://www.sw.gov.pl/> oraz „Wykaz kierunków kształcenia i semestrów nauki w szkołach prowadzonych przy zakładach karnych i aresztach śledczych według stanu na dzień 1 lutego 2015 r.” zatwierdzony przez Dyrektora Generalnego Służby Więziennej.

W każdej jednostce penitencjarnej występuje też możliwość odbycia kwalifikacyjnych kursów zawodowych w takich zawodach, jak krawiec, kucharz, cukiernik, monter zabudowy i robót wykończeniowych w budownictwie, elektryk, betoniarz-zbrojarz, ślusarz, stolarz, introligator, monter maszyn i urządzeń, elektromechanik, monter-elektronik, fryzjer, murarz-tynkarz, mechanik, informatyk czy operator obrabiarek skrawających. Kursy te cieszą się dużym powodzeniem, albowiem umożliwiają praktyczną naukę zawodu i zdobycie umiejętności w zawodach związanych z usługami lub przemysłem.

Poza tym w niektórych zakładach karnych, w szczególności w tych, w których są również oddziały aresztów śledczych, utworzono sieć szkół podstawowych i gimnazjalnych określanych jako „pomocnicze”. Mają one zapewnić realizację ustawowego obowiązku nauki osobom nieletnim tymczasowo aresztowanym, gdy będzie zachodziła taka potrzeba.

Nauczaniem objętych jest około 4,5% wszystkich osadzonych w aresztach śledczych i zakładach karnych. Ten z pozoru niewielki odsetek oznacza jednak, że rokrocznie nauka organizowana jest dla około 3500 osób⁵⁵. Miejsca w szkołach podstawowych i gimnazjalnych są tak rozmieszczone, by wszyscy wymagający kształcenia na tych poziomach mieli zapewnione wykształcenie.

Atutem szkół przywięziennych jest wysoka jakość kształcenia. Imponujące wskaźniki zdawalności zewnętrznych egzaminów zawodowych (na poziomie 90%) potwierdzają wagę, jaką przywiązuje się do szkolenia praktycznego w curriculum. Są one również namacalnym dowodem na ogromną motywację skazanych, którzy do nich przystępują, do podjęcia wysiłku edukacyjnego. Niektóre szkoły chlubią się dobrze wyposażonymi pracowniami komputerowymi, prowadzeniem dodatkowych zajęć w ramach aktywizacji zawodowej, szerokim programem działań edukacyjnych prowadzonych w celu przeciwdziałania przemocy, profilaktyki uzależnień, promocji zdrowia czy edukacji ekologicznej.

Podobnie pozytywnie ocenić należy jakość kształcenia w uzupełniających liceach ogólnokształcących, w których w 2009 roku uczyło się 261 skazanych. Świadczą o tym wyniki egzaminów maturalnych, które średnio zdawalne były na poziomie 61%⁵⁶. Choć zawsze można pracować nad dalszym powiększeniem odsetka abiturientów, którzy zdali egzamin dojrzałości, wyniki te nie mogą być uznane jako złe. Dla porównania przywołać należy, że w 2009 roku największy procent zdawalności miały licea ogólnokształcące (89%), zaś najmniejszy technika uzupełniające (31%). Lepiej od liceów profilowanych (61%) wypadły technika (67%)⁵⁷.

⁵⁵ Powyższe dane ilościowe podane są na rok 2009, albowiem aktualniejsze dane nie są dostępne.

⁵⁶ <http://www.sw.gov.pl/pl/o-sluzbie-wieziennej/edukacja-skazanych/>

⁵⁷ <http://www.dlamarzysty.info/s/1618/58394-Wyniki-matury-2009.htm>

Praktykowane jest również zezwalanie części skazanym na podejmowanie nauki w szkołach poza obrębem zakładów karnych. W 2009 roku w szkołach średnich naukę kontynuowało 130 skazanych. 26 skazanych zdecydowało się natomiast na podjęcie studiów.

Istotne znaczenie w penitencjarnej ofercie edukacyjnej mają szkolenia kursowe. Jednostki penitencjarne organizują rokrocznie ponad tysiąc takich szkoleń, a objętych jest nimi 14 000 osadzonych. Swoją popularność zawdzięczają krótkiej formie, w jakiej są realizowane, bogactwem oferty i dostosowaniem do potrzeb lokalnego rynku pracy. Adresatem tego rodzaju kursów są dorośli skazani niemający żadnych umiejętności zawodowych lub wymagający przekwalifikowania zawodowego. Pierwszeństwo w uczestnictwie w kursach mają skazani kończący odbywanie kary. Jest to zrozumiałe, albowiem preferowanie osób pozbawionych wolności, którzy mają wkrótce opuścić zakłady karne, zmierza do jak najlepszego wprowadzenia ich do życia na wolności i tym samym ograniczenia zjawiska recydywy. Przedmiotem szkoleń kursowych jest przyuczenie do wykonywania prac w takich zawodach, jak: dekarz, kucharz, malarz budowlany, stolarz, ogrodnik terenów zielonych i brukarz.

Case study: realizacja założeń integracji cudzoziemców w praktyce penitencjarnej

Dla celów stwierdzenia, na ile codzienna praca penitencjarna ze skazanymi cudzoziemcami cechuje się określoną specyfiką i jak uwarunkowania te mają przełożenie na możliwości realizacji nauczania penitencjarnego, przeprowadzono badania penologiczne. Analiza przeprowadzona została w jednym z pięciu największych zakładów karnych w kraju, jednostce penitencjarnej typu zamkniętego, w której aktywnie działa Centrum Kształcenia Ustawicznego, w ramach którego prowadzona jest szkoła podstawowa, gimnazjum, liceum. Jest to więc jednostka, w której możliwa jest edukacja w formach szkolnych zarówno na poziomie podstawowym, jak i gimnazjalnym i licealnym. Dodatkowo możliwe jest w niej odbycie kursów zawodowych kucharza i cukiernika, planuje się przygotowanie kursu kwalifikującego do zawodu piekarza. Omawiany zakład karne ma znaczącą bazę dydaktyczno-resocjalizacyjną. W ostatnim roku działalność oświatowa obejmowała aż 196 skazanych z tej jednostki.

Jak wskazują wnioski analizy badawczej, motywacja skazanych do podjęcia nauki jest różnorodna. Jedynie część skazanych uczęszcza do szkoły więziennej, kierując się chęcią zdobycia nowych umiejętności zawodowych, potrzebnych po opuszczeniu zakładu karnego. Dla pozostałych edukacja stwarza jedynie dodatkową możliwość kontaktu z innymi osobami, poszerzenia strefy

wpływów więziennych czy nawet dokonywania kontrabandy. Wielu skazanych ceni sobie uczestniczenie w różnorodnych formach szkolnych jako sposób na przezwycięzenie stanu bierności i codziennej monotonii. W tym sensie szkoła przywiezienna staje się dla nich namiastką wolności. Jest to widoczne w szczególności w przypadku skazanych na długoterminowe kary pozbawienia wolności, w tym też i karę dożywotniego pozbawienia wolności. Skazani na kary krótkie żyją nadzieją na opuszczenie zakładu i wybiegają myślą w przyszłość, planując, co nastąpi po zakończeniu doświadczenia penitencjarnego. Osoby odsiadujące kary długie dążą do takiego ukształtowania życia za murami zakładu karnego, by jak najbardziej przypominał on stan wolności. Dlatego też najczęściej są oni zdyscyplinowanymi uczniami, cenią sobie możliwość nauki więziennej, nawet, jeżeli jest mało prawdopodobne, by mogli oni kiedykolwiek spożytkować wiedzę nabytą w toku procesu edukacyjnego i chociażby podjąć pracę w wyuczonym zawodzie.

Skazanych cudzoziemców zdecydowanie trudniej zmotywować do podjęcia nauki niż obywateli polskich. Poczucie tymczasowości pobytu czy też bariera językowa skutecznie zniechęcają ich do pogłębiania swojej wiedzy. Wśród obecnie osadzonych cudzoziemców żaden się nie uczy. W ostatnich latach we wspomnianym zakładzie karnym jedynie jeden z cudzoziemców, pochodzący z Gruzji, zdecydował się na skorzystanie z oferty edukacyjnej. W czasie nauki wielokrotnie przejawiał zachowania nieregulaminowe. Po ukończeniu szkoły podstawowej uzyskał zgodę z Centralnego Zarządu Służby Więziennej na kontynuowanie nauki w innej jednostce penitencjarnej. Z uwagi na swoją niesubordynację w chwili obecnej już się nie uczy.

Fakt, że tak mało cudzoziemców przebywających w analizowanym zakładzie karnym decydowało się choćby tylko na zainicjowanie procesu edukacyjnego, jest poniekąd zaskakujący. Po pierwsze, w jednostce tej funkcjonuje obecnie jedna z dwóch szkół podstawowych w skali kraju. Osadzeni cudzoziemcy winni być zainteresowani zaś przede wszystkim uzyskaniem edukacji na poziomie podstawowym, w tym też czytania i pisanie w języku polskim. Przywiezienna szkoła podstawowa kształci podopiecznych w kameralnych grupach i umożliwia naukę nawet, gdy nie zbierze się wymagana rozporządzeniem grupa dwudziestu osób zainteresowanych. W chwili obecnej kształci się w niej zaledwie czterech uczniów z roczników od 1987 do 1992. Uczęszczają do niej zwykle młodociani, choć zdarzają się też starsi skazani, m.in. obywatele polscy narodowości romskiej. Do wyjątków należą sytuacje, gdy uczniami szkoły zostają osoby poniżej 18. roku życia, objęte przymusem szkolnym.

Po drugie, do analizowanego zakładu karnego okresowo kierowano zwiększoną liczbę cudzoziemców z określonych krajów, w szczególności z Wietnamu⁵⁸. Ponieważ nie chcieli się oni uczyć, ich integracja była mocno utrudniona. Część z nich nie władała językiem polskim ani angielskim i zachodziła konieczność stałego korzystania z pomocy tłumacza języka wietnamskiego, np. podczas komisji penitencjarnych. Ci spośród Wietnamczyków, którzy znali język polski, doraźnie tłumaczyli polecenia funkcjonariuszy współosadzonym. W takiej sytuacji środki oddziaływania penitencjarnego możliwe do stosowania względem tych skazanych były niezwykle ograniczone i sprowadzały się jedynie do umożliwienia osadzonym odbywania zajęć sportowych, szczególnie lubianego przez nich tenisa stołowego.

Wydaje się, że w takiej sytuacji, gdy brak jest kontaktu z osadzonymi, podjęcie edukacji jest nie tylko jedynym sposobem przełamania bariery językowej, ale też kluczem do rozszerzenia spektrum oddziaływań na inne metody penitencjarne. Zapobiega też negatywnym skutkom, z jakimi wiąże się przebywanie skazanych cudzoziemców pochodzących z jednego kraju czy obszaru kulturowego, tylko i wyłącznie we własnym gronie. Nauczanie wymaga jednak aktywnej współpracy podopiecznego, o co w przypadku cudzoziemców jest bardzo trudno.

Dylematy, jakie związane są z codzienną pracą penitencjarną ze skazanymi cudzoziemcami, a także powody, dla których ich nauka jest szczególnie męczącym procesem, najłatwiej można zilustrować, dokładniej poznając charakterystykę niektórych z obecnie osadzonych w omawianej jednostce. Z uwagi na potrzebę anonimizacji skazanych oraz ochronę danych sensytywnych, ani dane osobowe, przestępstwa, za które zostali skazani, ani też państwa, z których pochodzą, nie zostaną w niniejszym studium ujawnione.

Obcokrajowiec, który przed osadzeniem był taksówkarzem, obecnie odbywa karę w systemie programowanego oddziaływania. Gdy przybył do zakładu karnego, z racji nieznajomości języka nie współpracował z pracownikami administracji więziennej, jak też nie integrował się ze współosadzonymi. Korzystał z możliwości kontaktu za pośrednictwem komunikatora internetowego Skype ze swoją rodziną oraz przyjmował wizyty znajomej. Nauczenie się języka polskiego umożliwiło mu podjęcie zatrudnienia. Skazany obecnie pracuje nieodpłatnie w domu pomocy społecznej. Są mu również udzielane przepustki w trybie art. 92 pkt 5 k.k.w., które jako kibic wykorzystuje na udział w imprezach sportowych. Przestanką udzielenia przepustek jest poprawne zachowanie skazanego.

⁵⁸ W odniesieniu do problemu grupowania skazanych pochodzących z jednego kraju czy kręgu kulturowego: A. Ornowska, *Edukacja...*, s. 131–132.

Drugi pracujący cudzoziemiec, mimo że włada językiem polskim w stopniu komunikatywnym, nie skorzystał z możliwości odbywania kary w systemie programowanego oddziaływania. Zatrudniony jest przy odpowiedzialnej pracy, jaką jest wydawanie posiłków do cel skazanych.

Kolejny obcokrajowiec przejawiał duże trudności w przystosowaniu do warunków penitencjarnych. Spowodowane było to zarówno barierą religijną, kulturową, jak i faktem, że cierpi on na niepsychotyczne zaburzenia osobowości objawiające się stanami lękowymi i myślami samobójczymi. Obawia się powrotu do kraju macierzystego. Włada językiem polskim w sposób wystarczający do tego, by możliwe było prowadzenie z nim konsultacji psychologicznych, uczestniczenie w zajęciach kulturalno-oświatowych, socjoterapii, terapii zajęciowej czy w programach penitencjarnych prowadzonych w ramach grupowych oddziaływań. Skazany uzdolniony jest plastycznie, tworzy witraże i rzeźbi w drewnie.

Obywatel innego państwa przed osadzeniem od siedmiu lat zamieszkiwał w Polsce. Ponieważ ma jedynie wykształcenie zawodowe, podjęto próby zakwalifikowania go na kursy zawodowe. Skazany nie był jednak w stanie dostarczyć świadectwa szkolnego, a ponadto zgubił swoje dokumenty osobowe. Jego adaptacja penitencjarna nie przebiega płynnie, albowiem uskarża się on na duże różnice kulturowe w stosunku do współosadzonych. Po wyrażeniu zgody na odbywanie kary w systemie programowanego oddziaływania uczestniczy w zajęciach kulturalno-oświatowych i sportowych.

Również inny cudzoziemiec zobligowany został do udokumentowania swojego wykształcenia pod kątem kontynuowania go w warunkach penitencjarnych, ale nie był w stanie tego uczynić. Przed osadzeniem siedem lat mieszkał w Polsce z żoną i dziećmi, wobec czego biegle włada językiem polskim. Po przewiezieniu do zakładu karnego przejawiał znaczne trudności adaptacyjne, które uwidoczniły się także w fakcie, iż z uwagi na własne bezpieczeństwo musiał być osadzony w celi monitorowanej.

Kolejny obcokrajowiec utrzymuje, że w ogóle nie włada językiem polskim. Jest to początkowy okres jego odbywania kary. Wychowawca porozumiewa się z nim w języku angielskim i w takim też języku bezpośrednio po osadzeniu otrzymał informacje o prawach skazanych i wyciąg z kodeksu Karnego wykonawczego. Ponieważ jednak jedna z kar penitencjarnych wymierzona mu została w następstwie faktu, że kierował do funkcjonariusza Służby Więziennej słowa wulgarne, nie można w pełni potwierdzić, że nie rozumie kierowanych do niego poleceń. W utrudniony sposób przystosowuje się do warunków więziennych, przejawia postawę roszczeniową, a kierowane do niego uwagi traktuje jako przejaw rasizmu.

Zauważalną cechą wspólną w analizie tych i pozostałych przypadków jest to, iż w pierwszej fazie po osadzeniu dostosowanie się cudzoziemców do warunków penitencjarnych jest podwójnie kłopotliwe. Kulturowa, a nierzadko również i językowa odmienność nie pozwala im na nawiązanie kontaktu ze współosadzonymi i pogłębia poczucie wyobcowania. Do pewnego stopnia izolacja innych skazanych ma też pozytywne strony. Ostracyzm więzienny przejawia się bowiem również w fakcie, że cudzoziemcy nie uczestniczą w subkulturach więziennych. Język to nie tylko środek komunikacji, ale też narzędzie tworzenia wspólnoty socjokulturalnej. Społeczność grypsujących uznaje zasadniczo obcokrajowców za niegodnych tego, by używać subkulturowej gwary. Dzieje się tak mimo tego, że zjawisko grypsery ma charakter raczej powszechny w skali międzynarodowej (francuskie i hiszpańskie pojęcie *argot*, niemieckie *Knastsprache*, angielskie *slang*, czy włoskie *gergo carcerario*)⁵⁹.

Skazani przebywający dłużej w zakładach karnych, w szczególności odbywający długoterminowe kary pozbawienia wolności, uczą się języka również i bez konieczności uczestniczenia w różnorodnych zajęciach w szkołach przywieziennych. Wyraźnie nie są natomiast zainteresowani nabywaniem nowej wiedzy i umiejętności, które mogłyby przydać się im po opuszczeniu zakładu karnego. Jak wynika z przeprowadzonych badań, około połowa skazanych cudzoziemców planuje natomiast pozostać w Polsce po ukończeniu kary, niektórzy zaś z nich założyli tutaj rodziny i zasymilowali się jeszcze przed trafieniem do jednostki penitencjarnej.

Nie można też zapominać o tym, że niektórzy skazani są wysoce wykwalifikowani. Analiza pozwoliła na stwierdzenie, że choć w gronie osadzonych obcokrajowców dominują osoby niewykształcone, zdarzają się też osoby legitymujące się średnim czy nawet wyższym wykształceniem i piastujące przed osadzeniem odpowiedzialne stanowiska, np. menedżerskie.

Znaczenie edukacji penitencjarnej cudzoziemców

Nauczanie skazanych obcokrajowców jest szczególnie skomplikowanym procesem i w praktyce penitencjarnej należy do zupełnej rzadkości. Badania prowadzone na zasadzie *case study* wskazują, że incydentalność przypadków edukacji więziennej cudzoziemców jest spowodowana brakiem woli podjęcia przez nich nauki nawet w przypadku, gdy nie występują żadne ku temu formalne czy

⁵⁹ J. Morawski, *O potrzebie badania gwary przestępczej*, „Przegląd Penitencjarny” nr 1 (17) 1968, s. 72–75.

instytucjonalne przeszkody. Cudzoziemcy nie przejawiają chęci nauki z uwagi na szereg przyczyn, do których należy: niewładanie językiem polskim, skomplikowana adaptacja penitencjarna, szczególnie w pierwszej fazie osadzenia, brak poczucia więzi kulturowej, wola natychmiastowego powrotu do kraju macierzystego po zakończeniu kary, niemożność przedstawienia wymaganych dokumentów, w tym świadectw szkolnych, preferowanie innych form oddziaływań penitencjarnych, jak zatrudnienie czy zajęcia artystyczne, posiadane już wykształcenie i wysokie kwalifikacje zawodowe, ograniczenia spowodowane predyspozycjami czy właściwościami osobistymi, a także kondycja fizyczna czy psychiczna.

Należy natomiast zaznaczyć, że edukacja skazanych obcokrajowców jest podwójnie ważna. Z jednej strony, zwiększa szansę, że więźniowie cudzoziemcy będą po opuszczeniu zakładu karnego z powodzeniem funkcjonować w środowisku polskim, nie łamiąc prawa. Z drugiej strony, przez czas odbywania kary umożliwia personelowi penitencjarnemu zorientowanie się w troskach i obawach skazanych, współpracę z nimi i pokonanie bariery niezrozumienia. Pomaga ona również w odnalezieniu się w środowisku współosadzonych⁶⁰.

M. Juwa podsumowuje⁶¹, że edukacja penitencjarna jest ważna w wymiarze moralno-wychowawczym, ekonomicznym i humanistycznym. Przyczynia się nie tylko do przemiany wewnętrznej, ułatwienia uzyskania zatrudnienia po opuszczeniu zakładu karnego, ale również daje szansę intelektualnego rozwoju. Te wszystkie argumenty odgrywają oczywiście również rolę w edukacji penitencjarnej skazanych cudzoziemców. W ich przypadku najważniejszy jest jednak inny aspekt. Nauczanie jest furtką do podjęcia dalej idących oddziaływań penitencjarnych. Bez procesu edukacji możliwość zaangażowania się w zatrudnienie, zajęcia artystyczne czy kulturalno-oświatowe pozostaje albo trwale wyłączona, albo w najlepszym przypadku odsunięta w czasie. Dlatego przekonanie skazanych cudzoziemców, by chcieli podjąć wysiłek edukacyjny, ma szczególne znaczenie.

⁶⁰ A. Ornowska, *Edukacja...*, s. 139.

⁶¹ M. Juwa, *Kształcenie...*, s. 128–129. T. Szymanowski, *Głos w dyskusji*, [w:] *Model społecznej readaptacji skazanych w reformie prawa karnego*, red. G. Szczygieł, P. Hofmański, Białystok 1999, s. 104.

LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF EDUCATION OF FOREIGN PRISONERS AND THEIR REALISATION IN PENITENTIARY PRACTICE

The increase of the number of foreigners in prison population poses growing challenges in the everyday practice of penitentiary institutions. The paper focuses on the most important of all the rehabilitation methods – prison education. It discusses legal regulation and penal practice of educating prisoners. In the paper it is outlined what are the norms of national and international law that govern treatment of foreign prisoners. Polish penitentiary law has adopted a rule of non-discrimination of prisoners on the ground of their nationality. Therefore, there are no differences in regulation on prison education between nationals and foreigners. The rationale for this is controversial, concerning the fact that education of foreign prisoners is especially demanding and that they need to get special assistance in assimilating, communicating and learning the language. All foreign prisoners should be prepared for release in a such a way that facilitates their reintegration into society, whether they are to remain in Poland or are to be transferred or expelled.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (201) 2015
Warszawa 2015

Jarosław Świeczkowski ■

RYGOR NATYCHMIASTOWEJ WYKONALNOŚCI A ZASADA RÓWNOŚCI STRON

W postępowaniu cywilnym obowiązującą zasadą jest, że przymusowemu wykonaniu podlegają jedynie orzeczenia prawomocne. Od zasady tej ustawodawca przewidział jednak wyjątki. Mianowicie, zgodnie z art. 388 § 1 k.p.c. w razie wniesienia skargi kasacyjnej, gdyby na skutek wykonania orzeczenia stronie mogłaby być wyrządzona niepowetowana szkoda, sąd drugiej instancji może wstrzymać wykonanie zaskarżonego orzeczenia do czasu ukończenia postępowania kasacyjnego lub uzależnić wykonanie tego orzeczenia – w razie oddalenia apelacji także orzeczenia sądu pierwszej instancji – od złożenia przez powoda stosownego zabezpieczenia¹. I odwrotnie, w pewnych sytuacjach prawodawca przewidział możliwość uzyskania przez wierzyciela pełnego zaspokojenia jeszcze przed uprawomocnieniem się orzeczenia, dopuszczając jego natychmiastową wykonalność. Wykonalność ta może wynikać z mocy ustawy, bądź orzeczenia sądowego.

Z mocy ustawy natychmiast wykonalne są postanowienia formalne² (art. 360 i 396 k.p.c.), nakazy zapłaty wydane w postępowaniu nakazowym na podstawie weksla, czeku, warrantu lub rewersu, po upływie terminu do zaspo-

¹ Szerzej T. Wiśniewski: Wstrzymanie wykonalności wyroków sądu II Instancji, w pracy zbiorowej pod red. T. Erecińskiego, System Prawa procesowego cywilnego. Tom III cz. I. Środki zaskarżenia, pod red. J. Gudowskiego, Warszawa 2013, s. 374–380.

² Podstawowy podział orzeczeń dokonywany jest według kryterium, czy orzeczenie rozstrzyga sprawę co do istoty, czy nie. Postanowienia formalne to orzeczenia nierozstrzygające istoty sprawy – por. np. K. Markiewicz: Postanowienia formalne kończące postępowanie w trybie nieprocesowym, Polski Proces Cywilny z 2012 r., Nr 1 (6), Warszawa 2012,

kojenia roszczenia (art. 492 § 3 k.p.c.), wyroku sądu pierwszej instancji wydawane w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń (art. 15 ust. 1 rozporządzenia nr 861/2007³) oraz wydawane w postępowaniu nieprocesowym postanowienia orzekające co do istoty sprawy, jeżeli przepis tak stanowi (np. postanowienia sądu opiekuńczego – art. 578 § 1 k.p.c.)⁴. Ponadto według art. 4776 § 1 k.p.c. natychmiastowemu wykonaniu podlega wyrok sądu pierwszej instancji zasądzający świadczenia na rzecz pracownika lub członków jego rodziny, w stosunku do którego sąd drugiej instancji oddalił apelację zakładu pracy, a dotyczy to także tej części, w której sąd nie nadał mu rygoru natychmiastowej wykonalności na podstawie art. 4772 k.p.c.

Z mocy orzeczenia sądowego natychmiast wykonalne są wyroki opatrzone przez sąd rygorem natychmiastowej wykonalności. Rygor ten nadawany jest specjalnym postanowieniem i z reguły stanowi jeden z punktów sentencji wyroku⁵.

Rygor natychmiastowej wykonalności może być nadany wyrokowi z urzędu obligatoryjnie, bądź fakultatywnie lub na wniosek powoda (art. 333 i 4772 § 2 k.p.c.).

Sąd nadaje rygor obligatoryjnie, jeżeli:

- 1) zasądza alimenty, lecz tylko co do rat płatnych po dniu wniesienia powództwa, a co do rat płatnych przed wniesieniem powództwa – za okres nie dłuższy niż trzy miesiące;
- 2) zasądza należność pracownika – w sprawach z zakresu prawa pracy – w części nieprzekraczającej pełnego jednomiesięcznego wynagrodzenia;
- 3) zasądza roszczenie uznane przez pozwanego;
- 4) wyrok uwzględniający powództwo jest zaoczny.

Jak jednak zauważył Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 czerwca 1989 r., I CZ 164/89⁶, w wypadku współuczestnictwa jednolitego między pozwanymi, z których jeden bez zgody drugiego uznał roszczenie, sąd nie może nadać z urzędu wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności (art. 333 § 1 pkt 2 w zw. z art. 73 § 2 k.p.c.) także w stosunku do tego pozwanego, który uznał powództwo.

³ Rozporządzenie (WE) nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 lipca 2007 r., Dz.Urz. UE z 2007 r., L 199, poz. 1.

⁴ Por. T. Misiuk-Jodłowska, [w:] J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz: *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2009, s. 470, E. Marszałkowska-Krześ, w pracy zbiorowej pod red. E. Marszałkowskiej-Krześ: *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2013, s. 351.

⁵ Por. T. Misiuk-Jodłowska: *op. cit.*, s. 470.

⁶ OSP z 1990 r., Nr 9, s.

Z urzędu – fakultatywnie – sąd może nadać rygor, jeżeli:

- 1) zasądza należność z weksla, czeku, warrantu, rewersu, dokumentu urzędowego lub dokumentu prywatnego, którego prawdziwość nie została zaprzeczona (z dokumentu powinno wynikać nie tylko zobowiązanie dłużnika, lecz także wysokość jego świadczenia);
- 2) uwzględnia powództwo o naruszenie posiadania.

Natomiast na wniosek powoda sąd może nadać rygor, gdyby opóźnienie uniemożliwiało lub znacznie utrudniało wykonanie wyroku albo narażało powoda na szkodę. Ponadto uznając wypowiedzenie umowy o pracę za bezskuteczne, sąd – na wniosek pracownika – może w wyroku nałożyć na zakład pracy obowiązek dalszego zatrudnienia pracownika do czasu prawomocnego zakończenia sprawy.

Jak słusznie zauważa L. Walentynowicz⁷, w doktrynie wyróżnia się wykonalność w węższym znaczeniu (jako wykonalność egzekucyjną) oraz w szerszym znaczeniu, która stanowi również podstawę do dokonania wpisów do akt stanu cywilnego, do ksiąg wieczystych oraz do rejestrów⁸. Nadanie wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności dotyczy wykonalności egzekucyjnej. Potwierdza to art. 333 § 3 k.p.c. stwierdzający, że natychmiastowa wykonalność może być nadana przez sąd tylko wyrokowi nadającemu się do wykonania w drodze egzekucji.

Nadanie orzeczeniu rygoru natychmiastowej wykonalności ma na celu umożliwienie wierzycielowi zaspokojenie dochodzonego roszczenia jeszcze przed uprawomocnieniem się orzeczenia, przy czym jeżeli zasądzone świadczenie nie zostanie spełnione przez dłużnika dobrowolnie, to wierzyciel może domagać się wykonania wyroku w trybie przymusowym, tj. w drodze egzekucji⁹.

Jak wskazał H. Mądrzak¹⁰, na tle przepisów k.p.c. natychmiastowa wykonalność uzasadniona jest jednym z trzech względów: 1) stosunkowo dużym stopniem prawdopodobieństwa dochodzonego roszczenia, 2) pilną i niecierpiącą zwłoki potrzebą zaspokojenia ważnych, z punktu widzenia społecznego roszczeń, stanowiących źródło utrzymania uprawnionego lub jego rodziny,

⁷ Por. L. Walentynowicz: Wykonalność orzeczeń sądu drugiej instancji w postępowaniu cywilnym, [w:] *Ars et usus*. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego, Warszawa 2005, s. 280.

⁸ Por. K. Lipiński: Z zagadnień wykonania wyroków w procesie cywilnym PRL, *Nowe Prawo* z 1955, Nr 9, s. 27 i nast., A. Miączyński: Skuteczność orzeczeń w postępowaniu cywilnym, Kraków 1974, s. 30 i nast., Z. Resich: *Res iudicata*, Warszawa 1978, s. 83 i nast.

⁹ Por. H. Mądrzak: Natychmiastowa wykonalność wyroków w procesie cywilnym PRL, Wrocław 1965, s. 25.

¹⁰ Ibidem, s. 20.

3) niebezpieczeństwem, że w razie opóźnienia orzeczenie nie będzie mogło być w ogóle wykonane lub też jego wykonanie napotka na znaczne trudności.

Zauważyć jednak należy, że w przypadku niektórych z wymienionych w art. 333 k.p.c. spraw, żaden ze wskazanych celów nie uzasadnia natychmiastowej wykonalności wyroków. Chodzi tu w szczególności o wyroki zaoczne uwzględniające powództwo. Znaczna część wyroków zaocznych jest wydawana z powodu niestawienia się pozwanego na posiedzenie wyznaczone na rozprawę (art. 339 § 1 k.p.c.). Należy jednak zauważyć, że często przyczyną nieobecności pozwanego jest skierowanie przez sąd zawiadomienia o terminie posiedzenia na wskazany przez powoda adres, pod którym pozwany nie zamieszkuje. Powód nie zawsze posiada bowiem informację o zmianie miejsca zamieszkania pozwanego, bywa też, że świadomie wprowadza sąd w błąd co do miejsca zamieszkania pozwanego, aby uniemożliwić pozwanemu podjęcie obrony, szybko uzyskać korzystne orzeczenie, które następnie od razu kieruje do wykonania w drodze egzekucji, wskazując już prawidłowy adres dłużnika, licząc że ten nie podejmie obrony przed egzekucją, ze względu na brak dostatecznej wiedzy prawniczej, czy też koszty z tym związane.

Wątpliwości wywołuje też obligatoryjne nadawanie rygoru natychmiastowej wykonalności w przypadku zasądzenia alimentów, w szczególności w odniesieniu do rat płatnych przed wniesieniem powództwa i po jego wniesieniu. Długotrwałość postępowań cywilnych powoduje, że w sprawach alimentacyjnych nadanym przez sąd obowiązkowo rygorem natychmiastowej wykonalności mogą być objęte alimenty za bardzo długi okres, np. za kilkanaście miesięcy, w takim przypadku trudno uznać, że jest to uzasadnione pilną i nie cierpiącą zwłoki potrzebą zaspokojenia ważnych, z punktu widzenia społecznego roszczeń, stanowiących źródło utrzymania uprawnionego lub jego rodziny. Należy przy tym zauważyć, że w przypadku roszczeń z zakresu prawa pracy pracodawca przyjął rozwiązanie odmienne, mianowicie sąd obligatoryjnie nadaje rygor natychmiastowej wykonalności gdy zasądza należność pracownika jedynie w części nieprzekraczającej pełnego jednomiesięcznego wynagrodzenia.

Nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności wyrokowi, którym sąd zasądził alimenty i to w tak znacznym zakresie, podobnie, jak i w innych przypadkach, gdy sąd nadał wyrokowi rygor natychmiastowej wykonalności powoduje, że pozwany obowiązany jest spełnić zasądzone świadczenie tuż po ogłoszeniu wyroku lub postanowienia, którym go nadano, a gdy ogłoszenia nie było – w chwili podpisania sentencji orzeczenia. Na marginesie należy zauważyć, że w tym drugim wypadku, pozwany nie ma i nawet nie będzie miał możliwości spełnienia świadczenia, gdy tylko rygor natychmiastowej wykonalności zaczął obowiązywać, albowiem nie będzie wiedział, kiedy sentencja orzeczenia została

podpisana. Jest to skutkiem zawartej w art. 336 k.p.c. regulacji, że rygor natychmiastowej wykonalności obowiązuje od dnia ogłoszenia wyroku lub postanowienia, którym go nadano, a gdy ogłoszenia nie było – od chwili podpisania sentencji orzeczenia.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 24 września 2003 r., III CZP 58/03¹¹, natychmiastowa wykonalność orzeczenia merytorycznego, wynikająca z mocy prawa, jest bardzo niebezpieczna dla pozwanego, a ponadto może prowadzić do daleko idących komplikacji, jeżeli natychmiast wykonalne orzeczenie zostanie wykonane, a następnie dojdzie w wyniku zaskarżenia do jego zmiany albo uchylecia. Stąd przyjęte rozwiązanie uznać należałoby za uzasadnione, w sytuacjach gdy nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności uzasadnione jest niebezpieczeństwem, że w razie opóźnienia orzeczenie nie będzie mogło być w ogóle wykonane lub też jego wykonanie napotka na znaczne trudności. W innych zaś przypadkach nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności może powodować i w praktyce często powoduje, że pozwany gdy nie jest obecny na posiedzeniu sądu, na którym ogłoszono wyrok, albo nawet gdy jest obecny ale nie zdąży niezwłocznie spełnić świadczenia objętego rygorem natychmiastowej wykonalności, bądź nie ma wiedzy o nadaniu rygoru, naraża się na wszczęcie i przeprowadzenie przeciwko sobie egzekucji. W sytuacji, gdy powód szybko wystąpi do sądu o nadanie wyrokowi klauzuli wykonalności i niezwłocznie ją uzyska może bowiem złożyć wniosek o wszczęcie egzekucji. Powoduje to dla pozwanego wiele negatywnych skutków, jak w szczególności utrata dobrego imienia jako solidnego kontrahenta, czy ograniczenie możliwości uzyskania kredytu, zbędnych z punktu widzenia celu, dla osiągnięcia którego rygor natychmiastowej wykonalności został nadany. Ponadto wszczęcie postępowania egzekucyjnego powoduje powstanie kosztów egzekucyjnych, które obciążą dłużnika (art. 770 k.p.c.).

Uznać zatem należy, że z wyjątkiem przypadków, gdy nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności uzasadnione jest niebezpieczeństwem, że w razie opóźnienia orzeczenie nie będzie mogło być w ogóle wykonane lub też jego wykonanie napotka na znaczne trudności, rygor ten powinien obowiązywać po kilku, np. 7 dniach od daty ogłoszenia wyroku lub postanowienia, którym go nadano, a gdy ogłoszenia nie było – od doręczenia orzeczenia pozwanemu. Takie rozwiązanie powodowałoby, że cele, którymi natychmiastowa wykonalność jest uzasadniona, byłyby osiągnięte, a jednocześnie pozwanemu stworzono by możliwość spełnienia świadczenia bez potrzeby wszczynania egzekucji, której w wielu wypadkach nie jest w stanie uniknąć. Uzasadnione jest zatem zgłoszenie

¹¹ OSNC z 2003 r., Nr 20, poz. 173.

wniosku *de lege ferenda* o dokonanie odpowiedniej zmiany art. 336 k.p.c. Należy bowiem zaznaczyć, że obecnie obowiązujące rozwiązania w sposób niewystarczający chronią interesy pozwanego. Możliwość domagania się zwrotu wyegzekwowanego świadczenia, czy obciążenia wierzyciela kosztami niecelowej egzekucji powoduje, że to pozwany i tak musi się bronić przed działaniami powoda, którym nie jest w stanie w żaden sposób, spełniając świadczenie zapobiec.

Nie zabezpiecza też w dostateczny sposób interesów pozwanego przewidziana w art. 334 § 1 k.p.c. możliwość uzależnienia przez sąd, natychmiastowej wykonalności wyroków od złożenia przez powoda stosownego zabezpieczenia. Jak przy tym dodano w § 2, zabezpieczenie może polegać na wstrzymaniu wydania powodowi rzeczy odebranych pozwanemu lub sum pieniężnych po ich wyegzekwowaniu albo na wstrzymaniu sprzedaży zajętego majątku ruchomego. Przy czym w myśl § 3, sprzedaż lub przejęcie na własność zajętej nieruchomości wstrzymuje się z urzędu do czasu uprawomocnienia się wyroku. Jak zastrzeżono w § 4, zabezpieczenie nie może być zarządzane co do należności alimentacyjnych w granicach, w jakich sąd nadaje wyrokowi zasądzającemu te należności rygor natychmiastowej wykonalności z urzędu.

Jak jednak zastrzeżono w art. 335 § 1 k.p.c. natychmiastowa wykonalność nie będzie orzeczona nawet za zabezpieczeniem, jeżeli skutek wykonania wyroku mogłaby wyniknąć dla pozwanego niepowetowana szkoda. Przepisu tego nie stosuje się do wyroków zasądzających alimenty w granicach, w jakich sąd nadaje wyrokowi rygor natychmiastowej wykonalności z urzędu. Ponadto z zgodnie regulacją zawartą w § 2, natychmiastowa wykonalność nie będzie również orzeczona nawet za zabezpieczeniem w sprawach przeciwko Skarbowi Państwa.

Przyjmuje się w piśmiennictwie¹², że zabezpieczenie może być zarządzane z urzędu lub na wniosek niezależnie od tego, czy rygor natychmiastowej wykonalności orzekany jest z urzędu (obligatoryjnie lub fakultatywnie), czy na wniosek.

W praktyce jednak sądy rzadko orzekają z urzędu o zabezpieczeniu, stosunkowo rzadko bowiem sąd na podstawie materiału zgromadzonego w toku procesu jest w stanie stwierdzić, że zachodzi potrzeba uzależnienia natychmiastowej wykonalności wyroku od złożenia zabezpieczenia przez powoda. W aktach postępowania, w szczególności gdy wydany wyrok jest zaoczny, który jest wydawany z powodu biernej postawy pozwanego (art. 339 k.p.c.), bądź sąd wy-

¹² Por. A. Góra-Błaszczkowska: Orzeczenia w procesie cywilnym. Art. 316–366 k.p.c., Warszawa 2003, s. 91, A. Jakubecki, w pracy zbiorowej pod red. H. Doleckiego i T. Wiśniewskiego: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–366, Warszawa 2011, 1057, M. Jędrzejewska, w pracy zbiorowej pod red. T. Erecińskiego: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze, Tom II, Warszawa 2012, s. 73,

dał wyrok na podstawie wekslu, czeku, warrantu, rewersu, dokumentu urzędowego lub dokumentu prywatnego, którego prawdziwość nie została zaprzeczona, złożonego przez powoda lub wyrok został wydany w sprawie o naruszenie posiadania, w której sąd bada jedynie ostatni stan posiadania i fakt jego naruszenia, nie rozpoznając samego prawa ani dobrej wiary pozwanego (art. 478 k.p.c.), znajduje się z reguły niewiele dokumentów, a informacje uzyskane przez sąd na rozprawie, są skąpe i zazwyczaj nie pozwalają na orzeczenie o uzależnieniu natychmiastowego wykonania wyroku od złożenia zabezpieczenia. Ponadto uzależnienie natychmiastowego wykonania wyroku od zabezpieczenia stanowi odstępstwo od zasady, że nadanie rygoru natychmiastowej nie jest uzależnione od złożenia przez powoda jakiegokolwiek zabezpieczenia, stąd też decyzja sądu uzależniająca wykonanie wyroku od zabezpieczenia winna być podjęta jedynie w wyjątkowych przypadkach. Pozwany natomiast ma możliwość złożenia wniosku o zabezpieczenie dopiero gdy uzyska wiedzę o wydaniu wyroku, któremu sąd nadał rygor natychmiastowej wykonalności. Złożony wówczas wniosek o zabezpieczenie może okazać się spóźniony, albowiem nim wniosek taki zostanie rozpoznany, to często już wcześniej na wniosek powoda wyrok zaopatrzony rygorem natychmiastowej wykonalności zostanie przymusowo wykonany, a rzeczy odebrane pozwanemu lub wyegzekwowane sumy pieniężne wydane powodowi.

Wspomnieć też należy, że w judykaturze wyrażono pogląd, iż nawet zawieszenie rygoru natychmiastowej wykonalności nie stanowi przeszkody do nadania wyrokowi klauzuli wykonalności. Jak bowiem stwierdził Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z dnia 30 stycznia 2013 r., I ACz 2209/12¹³, dopiero z chwilą wygaśnięcia natychmiastowej wykonalności nieprawomocne orzeczenie zaopatrzone rygorem natychmiastowej wykonalności przestaje być tytułem egzekucyjnym (art. 777 § 1 pkt 1 k.p.c.), a zatem ustaje możliwość zaopatrzenia go w klauzulę wykonalności. Skoro natychmiastowa wykonalność wyroku zaocznego nie wygasła, nie ustała także możliwość zaopatrzenia go w klauzulę wykonalności, w tym także na podstawie art. 778 1 k.p.c. Kwestia zaś możliwości prowadzenia egzekucji na podstawie tytułu wykonawczego w postaci wyroku zaocznego, co do którego został zawieszony rygor natychmiastowej wykonalności, winna podlegać ocenie na gruncie art. 820 k.p.c. Uzasadniając wyrażony pogląd, Sąd Apelacyjny wskazał, że pomimo prawomocnego postanowienia w tym przedmiocie (zawieszenia rygoru natychmiastowej wykonalności – dop. Autora) nie przekłada się to na pozbawienie wyroku zaocznego rygoru natychmiastowej wykonalności i utratę przymiotu orzeczenia, podlegającego natychmiastowemu wykonaniu. (...) Zawieszenie rygoru natychmiastowej wykonalności, jak już

¹³ Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych – <http://orzeczenia.ms.gov.pl>.

wskazał Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z dnia 30 grudnia 2011 r. sygn. akt I ACz 1941/11, nie pozbawia wyroku zaocznego trwale przymiotu tytułu egzekucyjnego w rozumieniu art. 777 § 1 pkt 1 k.p.c. Zaznaczenia bowiem wymaga, że rygor natychmiastowej wykonalności obowiązuje od chwili ogłoszenia wyroku lub postanowienia, którym go nadano, a gdy nie było ogłoszenia – od chwili podpisania sentencji (art. 336 k.p.c.). Natychmiastowa wykonalność wyroku wygasa z chwilą ogłoszenia, a jeśli nie było ogłoszenia – z chwilą podpisania sentencji orzeczenia zmieniającego albo uchylającego wyrok lub postanowienie o natychmiastowej wykonalności wyroku – w takim zakresie, w jakim nastąpiła jego zmiana lub uchylene (art. 337 k.p.c.).

Przedstawione stanowisko należy uznać za błędne i jak wynika z uzasadnienia Sąd starał się jedynie wykazać, że zawieszenie rygoru wykonalności nie powoduje wygaśnięcia natychmiastowej wykonalności. Pominęto przy tym zupełnie okoliczność, że nadanie klauzuli wykonalności oznacza dozwoleńcze prowadzenia egzekucji na podstawie danego tytułu egzekucyjnego bez żadnych ograniczeń, chyba że takie zostaną zamieszczone w treści klauzuli. Klauzula wykonalności, jak zauważył E. Wengerek¹⁴ jest aktem sądowym, w którym sąd stwierdza, że tytuł egzekucyjny przedstawiony przez wierzyciela nadaje się do wykonania i że prowadzenie egzekucji przeciwko dłużnikowi jest dopuszczalne oraz nakazuje solennie urzędowi i osobom zainteresowanym wykonanie tytułu egzekucyjnego.

Ponadto zauważyć należy, że regulacje dotyczące problematyki rygoru natychmiastowej wykonalności i jego zawieszenia zamieszczone zostały w k.p.c. wśród przepisów o postępowaniu rozpoznawczym, dlatego też i ocena posiadania przez orzeczenie przymiotu tytułu egzekucyjnego, o którym mowa w art. 777 k.p.c. musi być oceniana z punktu widzenia przepisów o postępowaniu rozpoznawczym. Sąd Apelacyjny w Krakowie zaś zastosował metodologię i zasady obowiązujące w postępowaniu egzekucyjnym, które w tym przypadku nie powinny znaleźć zastosowania.

Stanowisko zaprezentowane przez Sąd Apelacyjny zmusza przy tym powoda, przeciwko któremu zapadł wyrok, któremu to wyrokowi nadano rygor natychmiastowej wykonalności do podejmowania obrony przed egzekucją dopiero po wszczęciu postępowania egzekucyjnego pomimo, że rygor został zawieszony. Powoduje wszczynanie postępowania egzekucyjnego i podejmowanie szeregu czynności przez organy egzekucyjne pomimo, że nie jest to uzasadnione udzieleniem wierzycielowi ochrony prawnej.

¹⁴ Tak E. Wengerek: *Sądowe postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 1978, s. 158.

W razie zawieszenia rygoru natychmiastowej wykonalności nie sposób stwierdzić, że tytuł egzekucyjny nadaje się do egzekucji, a jedynie w takim przypadku można mu nadać klauzulę wykonalności, która taki charakter tytułu właśnie stwierdza (art. 783 § 1 k.p.c.). Zawieszenie rygoru natychmiastowej wykonalności stanowi przeszkodę uniemożliwiającą wykonanie tytułu egzekucyjnego i powoduje oddalenie wniosku o nadanie klauzuli wykonalności. Nadanie klauzuli wykonalności oznacza bowiem dopuszczalność prowadzenia egzekucji na podstawie przedłożonego tytułu egzekucyjnego bez jakichkolwiek ograniczeń czasowych. Nie jest zatem dopuszczalne nadanie klauzuli wykonalności tytułowi egzekucyjnemu, który w danym czasie nie może stanowić podstawy egzekucji, a gdyby egzekucja na jego podstawie została wszczęta, to podlega ona umorzeniu na wniosek dłużnika (art. 820 k.p.c.). Nie jest przy tym wiadomo, czy w ogóle wierzyciel kiedykolwiek będzie mógł z takiego tytułu wykonawczego skorzystać.

Oprócz skutków spowodowanych zawieszeniem rygoru natychmiastowej wykonalności, rozbieżności w piśmiennictwie wywołuje dopuszczalność wstrzymania wykonania postanowienia o nadaniu wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności na podstawie art. 396 k.p.c. W myśl zawartej tam regulacji, sąd pierwszej instancji może wstrzymać wykonanie zaskarżonego postanowienia do czasu rozstrzygnięcia zażalenia. Postanowienie takie może zapaść na posiedzeniu niejawnym.

Zdaniem przeważającej części przedstawicieli nauki¹⁵, w przypadku zaskarżenia postanowienia o nadaniu rygoru natychmiastowej wykonalności, sąd zgodnie z art. 396 k.p.c. może wstrzymać wykonanie zaskarżonego postanowienia do czasu rozstrzygnięcia zażalenia, co jest jednoznaczne z niedopuszczalnością nadania wyrokowi zaopatrzonemu w rygor natychmiastowej wykonalności klauzuli, a jeśli klauzula została już nadana – z niedopuszczalnością kontynuowania na podstawie tego wyroku egzekucji. W takiej sytuacji postępowanie egzekucyjne ulega zawieszeniu na wniosek dłużnika na podstawie art. 820 k.p.c., albowiem sąd wstrzymał wykonanie tytułu stanowiącego podstawę egzekucji.

W piśmiennictwie wyrażono też stanowisko odmienne. Zdaniem A. Marciniaka¹⁶ prezentowany w doktrynie pogląd nie wydaje się być trafny.

¹⁵ Por. w szczególności W. Siedlecki, [w:] B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich, W. Siedlecki: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 1975, s. 529, A. Zieliński, w pracy zbiorowej pod red. A. Zielińskiego: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, s. 534, A. Jakubecki, w pracy zbiorowej pod red. H. Doleckiego i T. Wiśniewskiego: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–366, Warszawa 2013, s. 1060.

¹⁶ Tak A. Marciniak, w pracy zbiorowej pod red. A. Marciniaka i K. Piaseckiego: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–366. Tom I, Warszawa 2014, s. 1176.

Jak bowiem wskazuje A. Marciniak „skuteczność postanowienia o nadaniu rygoru natychmiastowej wykonalności polega jedynie na natychmiastowej mocy wiążącej. Postanowienie to nie posiada natomiast cechy wykonalności, gdyż nie nadaje się do wykonania. Postanowienie o nadaniu wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności wywołuje jedynie skutek w postaci natychmiastowej wykonalności wyroku”.

Przychylić należy się do zdania większości przedstawicieli doktryny, którzy uważają, że sąd może wstrzymać wykonanie postanowienia o nadaniu rygoru natychmiastowej wykonalności. Nie przekonuje bowiem odmienny pogląd zaprezentowany przez A. Marciniaka, uzasadniony tym, że postanowienie to nie posiada cech wykonalności. Zauważyć bowiem należy, że co prawda samo postanowienie o nadaniu wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności nie podlega wykonaniu, jednakże jest to postanowienie, które zmierza do wykonania wyroku, któremu rygor natychmiastowej wykonalności został nadany. Stąd przyjąć należy, że dopuszczalne jest wstrzymanie przez sąd jego wykonania na podstawie art. 396 k.p.c.

Warto przy tym też zwrócić uwagę na samo określenie „rygor natychmiastowej wykonalności”. Wydaje się, że jest ono mało precyzyjne i bywa mylone z klauzulą wykonalności. Przede wszystkim jednak nie wskazuje na tymczasowość zaspokojenia wierzyciela na podstawie wyroku zaopatrzonego w rygor natychmiastowej wykonalności. Jak bowiem wskazał H. Mądrzak¹⁷, nieprawomocne orzeczenie z natury rzeczy nie jest ostateczne i może być uchylone lub zmienione. Wskutek jego uchylenia lub zmiany przestaje istnieć tytuł egzekucyjny, a wraz z nim upada podstawa egzekucji. W międzyczasie mogło jednak dojść do wszczęcia egzekucji, a nawet wykonania wyroku. Tocząca się lub już przeprowadzona egzekucja została w ten sposób pozbawiona podstawy wskutek następczego odpadnięcia tytułu egzekucyjnego. Trafnie przy tym zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 24 marca 1967 r., III PZP 42/66¹⁸, że strona, która egzekwuje świadczenie zasądzone na jej rzecz nieprawomocnym wyrokiem zaopatrzonym w rygor natychmiastowej wykonalności, powinna się liczyć z obowiązkiem zwrotu, w razie oddalenia jej powództwa o te świadczenie, na skutek rewizji strony przeciwnej.

Wykonanie nieprawomocnego wyroku, który został następnie uchylony lub zmieniony powoduje stan niezgodny z prawem i stwarza potrzebę

¹⁷ Por. H. Mądrzak: Likwidacja następstw bezpodstawnej egzekucji na tle art. 338 § 1 k.p.c., [w:] Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki, Warszawa-Wrocław 1967, s. 185.

¹⁸ OSNC z 1967 r., Nr 7–8, poz. 124.

podjęcia działań restytucyjnych. Poszkodowanym jest wówczas pozwany.¹⁹ Zgodnie z art. 338 § 1 k.p.c. uchylając lub zmieniając wyrok, któremu nadany został rygor natychmiastowej wykonalności, sąd na wniosek pozwanego orzeka w orzeczeniu kończącym postępowanie o zwrocie spełnionego lub wyegzekwowanego świadczenia lub o przywróceniu poprzedniego stanu. Jak przy tym dodano w § 2, przepis paragrafu poprzedzającego nie wyłącza możliwości dochodzenia w osobnym procesie naprawienia szkody poniesionej wskutek wykonania wyroku.

Wątpliwości w judykaturze i piśmiennictwie wywołuje, czy art. 338 § 1 k.p.c. jest przepisem o charakterze wyłącznie proceduralnym, który ustanawia uproszczony tryb dochodzenia roszczenia restytucyjnego, natomiast podstawę materialno-prawną tego roszczenia stanowią przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405-414 k.c.), czy posiada on również charakter materialny i stanowi samoistną podstawę tego roszczenia²⁰.

Według jednego z prezentowanych stanowisk²¹, przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące roszczenia restytucyjnego, są wyłącznie przepisami o charakterze proceduralnym i jedynie ustanawiają uproszczony tryb dochodzenia tego roszczenia, którego materialno-prawną podstawę stanowią przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Taki też pogląd zaprezentował Sąd Najwyższy w podjętej w składzie 7 sędziów uchwale z dnia 11 lipca 2012 r., II PZ 1/12, który dokonując analizy zagadnienia charakteru przepisów restytucyjnych i przedstawiając w uzasadnieniu ww. uchwały dotychczasowe poglądy prezentowane w doktrynie i w orzecnictwie w tym zakresie, stwierdził, że wątpliwości pojawiające się na tle tego zagadnienia – przemawiające przeciwko odejściu od przyjętego jednolicie w orzecnictwie sądowym stanowiska, zgodnie z którym, przepisy restytucyjne mają czysto procesowy charakter, a podstawę roszczenia restytucyjnego stanowią przepisy o nienależnym świadczeniu – prowadzą do wniosku, iż zakwestionowanie dotychczasowej linii orzecnictwa Sądu Najwyższego,

¹⁹ Por. L. Walentynowicz: Wykonalność orzeczeń..., s. 283.

²⁰ Por. T. Ereciński: W sprawie orzekania przez Sąd Najwyższy o zwrocie spełnionego lub wyegzekwowanego świadczenia lub przywrócenia stanu poprzedniego (art. 39816 i 39819 k.p.c.), [w:] Z aktualnych zagadnień prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Księga jubileuszowa Profesora Waleriana Sanetry, Białystok 2013, s. 85.

²¹ Por. w szczególności wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 1965 r., I PR 372/65, OSNCP z 1966 r., Nr 5, poz. 83, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1967 r., III PZP 42/66, OSNCP z 1967 r., Nr 7-8, poz. 124, uchwała Zgromadzenia Ogólnego Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 1974 r., Kw.Pr. 2/74, OSNCP z 1974 r., Nr 12, poz. 203, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r., II PK 344/09, OSNCP z 2011 r., Nr 21-22, poz. 271, H. Mądrzak: Glosa do wyroku z dnia 25 września 1965 r., OSPiKA z 1966 r., Nr 10, poz. 214, A. Ohanowicz: Glosa do uchwały z dnia 24 marca 1967 r., Nowe Prawo z 1967 r., Nr 12, s. 1697 i n.

uznającego konsekwentnie, że podstawą roszczenia restytucyjnego są przepisy kodeksu cywilnego byłoby nieuzasadnione²².

Według drugiego poglądu²³, art. 338 § 1 k.p.c. jest samodzielną podstawą restytucji i z tego względu ma też materialno-prawny charakter.

Jest to, jak słusznie zauważa A. Jakubecki²⁴, przepis normujący kwestię likwidacji skutków wykonania wadliwego orzeczenia w relacji między stronami procesu. Przy czym *restitutio in integrum* nie likwiduje wszystkich skutków wykonania wadliwego orzeczenia, w szczególności szkód poniesionych przez pozwanego wskutek wykonania orzeczenia, np. szkód spowodowanych postępowaniem egzekucyjnym. Ryzyko w tym zakresie obciąża pozwanego, który roszczeń z tego tytułu może dochodzić w odrębnym procesie, poza trybem restytucji przewidzianym w art. 338 § 1 k.p.c.

Pozwany obciążany jest zatem nie tylko ryzykiem poniesienia wszystkich poniesionych szkód spowodowanych wykonaniem wadliwego orzeczenia, ale także koniecznością dochodzenia roszczenia restytucyjnego, co w razie przyjęcia, że art. 338 ma wyłącznie procesowy charakter, wiąże się z koniecznością stosowania w postępowaniu restytucyjnym przepisów art. 405 i następnych k.c. o bezpodstawnym wzbogaceniu, co jak trafnie zauważa T. Ereciński²⁵, zakłada znacznie dokładniejsze i bardziej skomplikowane badanie zasadności roszczenia restytucyjnego. Wiąże się to dla pozwanego najczęściej z długotrwałym, trudnym procesem, w którym to właśnie jego obciążać będzie ciężar dowodu oraz brakiem pewności uzyskania zwrotu spełnionego lub wyegzekwowanego świadczenia lub przywrócenia poprzedniego stanu, a co istotne nawet w przypadku uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia sądowego świadczenia tego może nie uzyskać choćby w sytuacji gdy powód nie zachowa się zgodnie z treścią orzeczenia sądu, w szczególności nie spełni zasądanego świadczenia, a przeprowadzona przeciwko niemu egzekucja okazała się bezskuteczna. W takim też przypadku nie uzyska odszkodowania za szkody poniesione wskutek wykonania wadliwego orzeczenia.

²² Szerzej: uzasadnienie Uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. II PZ 1/12

²³ Tak w szczególności: A. Jakubecki: *Restitutio in integrum* w sądowym postępowaniu cywilnym, s. 24–25, A. Jakubecki, w pracy zbiorowej pod red. H. Doleckiego i T. Wiśniewskiego: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tom I, Artykuły 1–366, Warszawa 2011, s. 1062–1063, M. Warciński: *Podstawa odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wykonaniem natychmiast wykonanego orzeczenia*, w pracy zbiorowej pod red. J. Gudowskiego i K. Weitza: *Aurea praxis aurea teoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, Tom II, Warszawa 2011, s. 2630, A. Marciniak, w pracy zbiorowej pod red. A. Marciniaka i K. Piaseckiego, *op.cit.*, s. 1179.

²⁴ Por. A. Jakubecki: *Restitutio in integrum ...*, Lublin 1993, s. 121–122.

²⁵ Por. T. Ereciński: *W sprawie orzekania przez Sąd Najwyższy...*, s. 92.

Jest to kolejny argument potwierdzający zbyt małą ochronę interesów pozwanego w przypadku, gdy sąd nada wyrokowi rygor natychmiastowej wykonalności. Wydaje się też, że pożądana byłaby zmiana nazwy wspomnianej instytucji, na taką, która jednoznacznie wskazywałaby powodowi na konieczność liczenia się ze zwrotem świadczenia, które na podstawie takiego tytułu egzekucyjnego uzyskał. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej do k.p.c. z 1930 r.²⁶, przewidywał zamiast rygoru natychmiastowej wykonalności, tymczasową wykonalność wyroku. Uznać jednak należy, że precyzyjniejszym określeniem byłoby „tymczasowe zaspokojenie powoda”, nie pozostawia ono bowiem wątpliwości, co do charakteru zaspokojenia i że strona, która uzyskała świadczenie w razie oddalenia powództwa w wyniku apelacji wniesionej przez stronę przeciwną, będzie zobowiązana do jego zwrotu oraz pokrycia szkód poniesionych przez pozwanego w związku z wykonaniem takiego, nieprawomocnego wyroku.

Korzystniejsza jest jednak i tak dla powoda sytuacja procesowa, w której składany jest wniosek restytucyjny dotyczy nieprawomocnego orzeczenia sądu pierwszej instancji zaopatrzonego klauzulą natychmiastowej wykonalności, a więc odnosi się do sytuacji wyjątkowej, w której możliwe jest przymusowe egzekwowanie świadczenia objętego sentencją nieprawomocnego wyroku sądu pierwszej instancji. Tymczasem zasadą jest, że wykonaniu podlegają orzeczenia prawomocne. Skoro jedną z konstytucyjnych zasad ustrojowych jest co najmniej dwuinstancyjność sądowego postępowania cywilnego (art. 176 ust. 1 Konstytucji), to strona powinna mieć świadomość, że nieprawomocny wyrok sądu pierwszej instancji, przyznający powodowi od pozwanego określone świadczenie, choćby został zaopatrzony w klauzulę natychmiastowej wykonalności, może zostać zmieniony przez sąd odwoławczy²⁷. Stąd odmiennie niż w innych sytuacjach procesowych gdy składany wniosek restytucyjny dotyczy prawomocnego orzeczenia, nawet przyjęcie, że art. 338 ma wyłącznie procesowy charakter, to zastosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, w szczególności art. 409 k.c., nie będzie mogło spowodować wygaśnięcia obowiązku wydania korzyści lub zwrotu jej wartości, jeżeli ten, kto korzyść uzyskał, zużył ją lub utracił w taki sposób, że nie jest już wzbogacony, albowiem pozwany wyzbywając się korzyści lub zużywając ją powinien być liczyć się z obowiązkiem zwrotu.

Gdy wniosek restytucyjny dotyczy orzeczenia prawomocnego, w wielu przypadkach, gdy w sprawie skarga kasacyjna będzie dopuszczalna, a w ocenie

²⁶ Por. W. Mańkowski: Projekt działu procedury cywilnej o wyrzeczeniach sądowych, [w:] Polska procedura cywilna. Projekty referatów z uzasadnieniem, Tom I, Warszawa 1928, s. 308–310.

²⁷ Por. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1967 r., III PZP 42/66, OSNCP 1967 nr 7–8, poz. 124.

strony skarga taka może być przez stronę przeciwną złożona może dochodzić do celowego wyzybywania się korzyści, tak aby w razie uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia przez przeciwnika procesowego roszczenie o wydanie korzyści lub zwrot ich wartości wygasło. Może to zniechęcić strony do korzystanie z przysługujących im praw poprzez zaniechanie składania skarg kasacyjnych i skarg o wznowienie postępowania pomimo istnienia ku temu podstaw albo – wydane korzystne dla nich orzeczenie i tak nie spowoduje przywrócenia stanu poprzedniego. Jak potwierdził zaś Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 27 maja 2008, w sprawie P 59/07²⁸ oraz w wyroku z dnia 24 lutego 2003 r., w sprawie K 28/02, ustanowione w art. 45 Konstytucji prawo do sądu obejmuje swym zakresem nie tylko postępowanie rozpoznawcze, ale także postępowanie egzekucyjne. W opinii Trybunału, prawo do sądu należy rozpatrywać nie tylko w perspektywie możliwości wydania konkretnego rozstrzygnięcia (orzeczenia sądowego), ale także możliwości jego egzekucji. Brak takiej możliwości czyni prawo do sądu iluzorycznym. Również w literaturze prawniczej wyrażany jest pogląd, że elementem treści prawa do sądu jest prawo do wyegzekwowania orzeczenia sądowego, gdyż „istotny jest nie tylko sam fakt wydania orzeczenia, ale przełożenie na efekt w postaci wykonania jego treści”²⁹. Obowiązek wykonania wyroku sądowego jest również wywodzony z zasady demokratycznego państwa prawnego. „Z zasady tej wynika nakaz podjęcia przez umocowane w prawie organy i instytucje działań bezpośrednio zmierzających do wyegzekwowania postanowień zawartych w prawomocnym orzeczeniu wydanym przez sądy sprawujące w Rzeczypospolitej Polskiej wymiar sprawiedliwości”³⁰.

Wyrażony zatem pogląd, że przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące roszczenia restytucyjnego, są wyłącznie przepisami o charakterze proceduralnym i jedynie ustanawiają uproszczony tryb dochodzenia tego roszczenia, którego materialno-prawną podstawę stanowią przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w niedostatecznym stopniu chroni prawa strony składającej wniosek restytucyjny.

²⁸ Zbiór Urzędowy z 2008 r., Nr 4A, poz. 64.

²⁹ Por. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawo do sądu [w:] Prawa i wolności I i II generacji*, red. A. Florczak, B. Bolechów, Toruń 2006, s. 137

³⁰ Por. J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2000, s. 119–120

IMMEDIATELY ENFORCEABLE OF JUDGMENTS AND THE PRINCIPLE EQUALITY OF THE PARTIES

Author of the article describes the problems related to the legitimacy and enforceability of judgments which are enforceable later. The obligation to enforcement of the judgment is also stemmed from the rule of law. This principle implies an order to take over in legal authorities and institutions of the measures directly aimed to enforce the provisions of the final judgment by the courts. Namely, in the case of the cassation appeal, if as a result of enforcement side could be caused irreparable damage, the court of second instance may suspend implementation of the contested judgment until the completion of the appeal or make the execution of that judgment – in the event of dismissal of the appeal as court of first instance – from submission through the plaintiff reasonable protection. Conversely, in some situations, the legislator has provided the possibility for a judgment creditor even before the execution of the decree, allowing its immediate implementation. The feasibility of this may be due by law or judicial decision.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (201) 2015
Warszawa 2015

Jarosław Lichocki ■

PODMIOT WŁAŚCIWY W ZAKRESIE OBOWIĄZKU NOTYFIKACJI POSELSKICH PROJEKTÓW USTAW

Problematyka notyfikacji jest zagadnieniem stosunkowo nowym w polskiej doktrynie prawa. Zainteresowanie literatury procedurą notyfikacyjną wzrosło po ostatnich orzeczeniach polskich sądów¹, ale również Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w głośnej sprawie Fortuna i inni². Ten ostatni wyrok dotyczący braku notyfikacji przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540, z późn. zm.) wywołuje wątpliwości w zakresie oceny jego skutków dla polskich sądów, które interpretują go w niejednolity sposób z uwagi na niejednoznaczne określenie tego, czy inkryminowane przepisy ustawy o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych, czy nie. Jakkolwiek w związku z przywołanymi orzeczeniami uwaga przedstawicieli doktryny koncentruje się na kwestiach związanych z notyfikacją przepisów i norm

¹ Por. jedno z ostatnich orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015 r. o sygn. P 4/14, postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. akt I KZP 15/13, a także z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. akt II KK 55/14, postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 stycznia 2014 r., sygn. akt II GSK 686/13, oraz bardzo liczne orzeczenia wojewódzkich sądów administracyjnych (tytułem przykładu zob. orzeczenie WSA w Opolu – II SA/Op 407/11; wyrok WSA w Gdańsku, sygn. akt III SA/Gd 500/12; orzeczenie WSA w Olsztynie – II OI 504/12 czy orzeczenie WSA w Gliwicach – III SA/GL 1129/12).

² Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11 Fortuna i inni przeciwko Dyrektorowi Izby Celnej w Gdyni.

technicznych³, to można dostrzec również wypowiedzi, w których następuje szersze ujęcie obowiązków notyfikacyjnych⁴.

Warto jednak ustalić, o czym mowa w przypadku notyfikacji. Określenie notyfikacja nie posiada jednorodnej definicji. Niemniej znaczenie tego pojęcia będzie wiązało się z informowaniem, ewentualnie powiadamianiem, z którym mogą być związane określone skutki. Według Słownika języka polskiego określenie notyfikacja oznacza „oficjalne zawiadomienie, podanie do wiadomości ważnego faktu, postanowienia itp., zwłaszcza w stosunkach dyplomatycznych”⁵. Jako instytucja prawna notyfikacja będzie oznaczać różnego rodzaju obowiązki o charakterze informacyjnym oraz kontrolnym. Warto zauważyć, że instytucja notyfikacji występuje na gruncie różnych gałęzi prawa.⁶ Informacyjny charakter znaczenia notyfikacji jest widoczny przede wszystkim na gruncie prawa

³ W. Gontarski, *Opinia Prawna. Czy ustawa o grach hazardowych jest zgodna z Konstytucją i prawem unijnym*, [w:] W. Gontarski red., *Obowiązek notyfikowania projektów przepisów prawa Komisji Europejskiej w świetle wybranego orzecznictwa luksemburskiego*, Warszawa, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, 2012.

⁴ Por. np. J. Trzeciński, *Znaczenie braku notyfikacji projektu ustawy dla procedury stanowienia prawa*, [w:] *Ustroje. Historia i Współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, (red. M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli) Kraków 2013, P. Radzewicz, *Kontrola obowiązku notyfikowania ustawy przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” nr 5/2014, Z. Cieślík, *Notyfikacja w pracach Sejmu*, [w:] *Wpływ *acquis communautaire* i *acquis Schengen* na prawo polskie – doświadczenia i perspektywy*, red. A. Kuś, A. Szachon-Pszenny, Lublin 2014, Z. Cieślík, *Skutki prawne procedur notyfikacyjnych z perspektywy prawa Unii Europejskiej*, Przegląd Sejmowy nr 5/2014.

⁵ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Wydawnictwa Naukowe PWN, Warszawa 2003.

⁶ Może oznaczać np. obowiązki informacyjne określone w art. 160 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, które ciążyą na osobach wchodzących w skład organów zarządzających lub nadzorczych emitenta albo będące jego prokurentami oraz na innych osobach pełniących w strukturze organizacyjnej emitenta funkcje kierownicze. Te obowiązki sprowadzają się do przekazywania Komisji Nadzoru Finansowego oraz emitentowi informacji o zawartych przez te osoby oraz osoby blisko z nimi związane transakcjach nabycia lub zbycia określonego rodzaju papierów wartościowych. Na gruncie ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. Prawo wekslowe notyfikacja została określona w art. 45 tej ustawy, gdzie na posiadacza weksla został nałożony obowiązek powiadomienia swojego indosanta i wystawcę o nieprzyjęciu lub o niezapłaceniu w określonym czasie. Również indosant, który otrzymał zawiadomienie, został obowiązany poinformować swojego poprzednika o otrzymanym zawiadomieniu, gdzie wskazuje nazwiska i adresy tych, którzy dokonali poprzednich zawiadomień. Forma zawiadomienia nie została określona i można go dokonać w jakikolwiek sposób, nawet przez proste odesłanie weksla. Przepisy Prawa wekslowego określają także skutki braku wywiązania się z obowiązku notyfikacji, ponieważ kto nie dokona opisanego zawiadomienia, odpowiada za szkodę, spowodowaną przez swoje niedbalstwo, ale tylko do sumy, na jaką weksel jest wystawiony.

międzynarodowego⁷ a także w prawie Unii Europejskiej. Skutkiem notyfikacji w prawie międzynarodowym jest np. brak możliwości powoływania się przez adresata na brak wiedzy o określonym wydarzeniu (np. o neutralności, blokadzie morskiej czy wystąpieniu z organizacji międzynarodowej), co może wpływać na ocenę legalności takich działań⁸, czy okoliczność, że adresat nie może podnosić skutecznych zarzutów w stosunku do państwa dokonującego notyfikacji.

W zakresie notyfikacji regulowanej w prawie Unii Europejskiej należy podkreślić, że europejski obowiązek notyfikacyjny ma nieco inny charakter. Wprawdzie będzie polegać na informowaniu określonych organów czy instytucji Unii Europejskiej (Komisji Europejskiej albo Europejskiego Banku Centralnego) lub państw członkowskich o podejmowanych działaniach legislacyjnych, ale jest również ściśle związany z odpowiednią reakcją tych podmiotów i nierzadko koniecznością wstrzymania procedury legislacyjnej państwa dokonującego notyfikacji do czasu otrzymania odpowiedzi. Informacja przekazywana w procedurze notyfikacji będzie obejmować podejmowane działania legislacyjne przejawiające się w uchwaleniu lub wydaniu aktów normatywnych bądź dotyczyć samego

⁷ W rozumieniu prawa międzynarodowego publicznego część autorów wyróżnia notyfikację wśród źródeł prawa międzynarodowego, a ściślej wśród aktów jednostronnych państwa, gdzie notyfikacja rozumiana jest jako „akt polegający na powiadomieniu innego państwa lub państw albo organizacji międzynarodowej o fakcie, z którym prawo międzynarodowe wiąże określone skutki prawne” (J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2014, s. 138). Takie skutki prawne zostały np. wywołane przez złożenie przez Francję oświadczenia w sprawie testów jądrowych, które zostały wywiedzione przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości i „w postaci powstania zobowiązań prawnych lub faktycznych, gdy intencją państwa składającego deklarację jest związanie się zgodnie z jego treścią, intencja ta nadaje deklaracji charakter zobowiązania prawnego, a państwo powinno postępować zgodnie z deklaracją; takie zobowiązanie, jeśli złożone zostało publicznie oraz z zamiarem związania się nim, nawet jeśli nie zostało poczynione w ramach międzynarodowych rokowań, jest wiążące” – por. Orzeczenie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie francuskich testów jądrowych (Australia vs. Francja i Nowa Zelandia vs. Francja, 1974 r.). MTS uznał, że jeżeli Biuro Prezydenta Republiki Francuskiej w oficjalnym komunikacie (8 czerwca 1974 r.) zapewniło, że próby nuklearne nie będą już przeprowadzane (analogiczne stanowisko przedstawił Minister Spraw Zagranicznych Republiki Francuskiej w trakcie wystąpienia na Zgromadzeniu Ogólnym Organizacji Narodów Zjednoczonych), takie oświadczenia są wiążące. W prawie międzynarodowym są przypadki, gdzie dzięki notyfikacji wywoływane są określone skutki prawne. Można tu przywołać przykład statutów organizacji międzynarodowych, które od notyfikacji o wystąpieniu z takiej organizacji uzależniają skuteczność tej czynności. Analogiczny charakter ma notyfikacja blokady wojennej, która będzie warunkiem legalności takiej blokady.

⁸ Por. P. Szwedo, *Środki odwetowe w prawie Światowej Organizacji Handlu*, Wolters Kluwer 2003.

projektu aktu prawnego, co powoduje, że poza charakterem czysto informacyjnym, w notyfikacji należy dostrzegać również charakter kontrolny⁹.

W przypadku notyfikacji w rozumieniu norm unijnego porządku prawnego ma ona na celu, aby przyjmowane akty prawa krajowego były zgodne z prawem Unii Europejskiej. Omawiając znaczenie notyfikacji, nie można pominąć źródła, które kształtuje jej normatywny charakter. Otóż „procedury zdobywania informacji – przede wszystkim na temat działań państw członkowskich – mają dla Unii kluczowe znaczenie i nie bez powodu są uznawane za szczegółowy wyraz fundamentalnej reguły traktatowej – zasady lojalnej współpracy”¹⁰. Zasada lojalnej współpracy, będąca „samoistnym i pierwotnym źródłem prawa”¹¹, wynika z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, który to przepis *expressis verbis* stanowi, że zgodnie z tą zasadą Unia Europejska i państwa członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów. Emanacją tej zasady jest wysiłek podejmowany przez państwa członkowskie, które w aspekcie pozytywnym zostały zobowiązane podejmować „wszelkie środki dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji UE”. Państwa członkowskie powinny również „ułatwiać wypełnianie przez Unię jej zadań”. Natomiast w aspekcie negatywnym obowiązek nałożony na państwa członkowskie polega na „powstrzymaniu się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii”¹². Jakkolwiek zasada lojalnej współpracy (dawniej zasada solidarności – art. 10 TWE) ma wiele znaczeń, to „stypuluje ona efektywne wykonywanie obowiązków wynikających z Traktatów i prawa pochodnego, bez powoływania się na przeszkody o charakterze wewnętrznym, w tym wynikające z regulacji krajowych lub stanów faktycznych”¹³. Zasada lojalnej współpracy, której przejawem są obowiązki notyfikacyjne, znajdująca swe korzenie w zasadzie solidarności, a wcześniej w zasadzie *pacta sunt servanda*, będzie zatem jedną z „konstrukcji uzdalniających do operatywnego działania politycznego wyższego szczebla”¹⁴. Zasada lojalnej współpracy adresowana jest

⁹ Por. Z. Cieślík, *Wpływ unijnych postępowań notyfikacyjnych na administracyjne tworzenie prawa*, [w:] J. Sługocki (red.), *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawnoadministracyjne*, Uniwersytet Szczeciński, Wrocław 2014, s. 69.

¹⁰ Szerzej zob. Z. Cieślík, *Wpływ unijnych postępowań notyfikacyjnych...*, op. cit., s. 67, a także cytowany tam E. Göttlinger, *Auskunftrechte der Kommission im Recht der Europäischen Union*, Baden Baden 2013.

¹¹ Z. Brodecki (red.), *Europa urzędników*, LexisNexis 2009, s. 49.

¹² Por. art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej.

¹³ J. Sozański, *Prawo Unii Europejskiej: analiza krytyczna systemu i doktryny*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2014, s. 151.

¹⁴ J. Habermas, *Rzecz o kondycji i ustroju Europy*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014, s. 73.

do państw członkowskich, a w szczególności wszystkich organów¹⁵ tych państw. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dostarcza dwóch kontekstów zasady lojalnej współpracy: „w celu wzmocnienia zobowiązań wspólnotowych wywodzących się z innego tytułu oraz w celu ograniczenia kompetencji państw członkowskich w tych dziedzinach, w których nie przewidziano jednoznacznej kompetencji Wspólnoty”¹⁶.

Jako źródło notyfikacji wspomniana zasada wskazana została w przypadku dwóch rodzajów notyfikacji (tj. pomocy publicznej oraz norm i przepisów technicznych), gdzie *expressis verbis* przywołuje się zobowiązanie państw członkowskich do współpracy z Komisją i do dostarczania jej wszelkich informacji koniecznych dla wykonywania jej zadań¹⁷. W przypadku notyfikacji przepisów i norm technicznych zasada lojalnej współpracy została ujęta w sposób bardziej dosadny, gdzie wskazano, iż „Komisja bezwzględnie musi mieć dostęp do niezbędnej informacji technicznej przed przyjęciem przepisów technicznych; zatem Państwa Członkowskie zobowiązane do ułatwiania wykonania tego zadania na mocy art. 5 Traktatu powinny powiadamiać Komisję o swoich projektach w dziedzinie przepisów technicznych”¹⁸.

W aktach prawa europejskiego nie znajdziemy definicji notyfikacji w ścisłym tego słowa znaczeniu. Spowodowane jest to dość rozbudowanym charakterem tej instytucji. Różne rodzaje obowiązków notyfikacyjnych¹⁹ powodują,

¹⁵ Znaczenie organów państwowych w tym kontekście zostało przez ETS określone w orzeczeniu w sprawie C-188/89 Foster i inni v. British Gas Pic Dz. Urz. C 198, 7.08.1990, p. 15 oraz C – 198/01 Consorzio Industrie Fiammiferi v. Autorit a Garante della Concorrenza e del Mercato, Rec. 2003, s. I-08055.

¹⁶ A. Wróbel (red.), *Traktat Ustanawiający Wsp lnot  Europejską. Komentarz*, Wyd. Wolters Kluwer business, 2008, s. 255.

¹⁷ Motyw nr 6 rozporządzenia 659/1999 ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE.

¹⁸ Motyw nr 5 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. w sprawie ustanowienia procedury wymiany informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz przepisów dotyczących us ług spo łecze stwa informacyjnego.

¹⁹ G łwne z nich to: (1) notyfikacja przepisów i norm technicznych, której źródłem są przepisy dyrektywy 1998/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. w sprawie ustanowienia procedury wymiany informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz przepisów dotyczących us ług spo łecze stwa informacyjnego, (2) notyfikacja planów przyznania pomocy publicznej lub jej zmiany wynikająca z art. 108 ust. 3 TfUE i przepisów rozporządzenia Rady (WE) NR 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, (3) notyfikacja spraw z zakresu kompetencji Europejskiego Banku Centralnego, której podstaw  prawną jest art. 127 ust. 4 TfUE oraz przepisy decyzji Rady z dnia 29 czerwca 1998 r. w sprawie konsultacji Europejskiego Banku Centralnego udzielanych w łdom krajowym w sprawie projektów przepisów prawnych, (4) notyfikacja s rodk w implementacyjnych, jakie

że regulacje je statuujące przewidują niejednolite rozwiązania normatywne. W odmienny sposób przedstawiają się wymogi w zakresie przedmiotu notyfikacji, gdzie raz jest to projekt aktu normatywnego, a innym razem sam akt prawny. W związku z tym także odmienne bywają skutki niedochowania obowiązku notyfikacji²⁰. W prawie wtórnym (ale nie tylko) Unii Europejskiej istnieje wiele innych obowiązków o charakterze informacyjnym, których celem jest np. „konsultowanie się z Komisją”²¹, „powiadamianie”²², „występowanie o opinię” czy „przekazywanie informacji”²³. Obowiązki te mogą dotyczyć działań podejmo-

zastosowało państwo członkowskie, która wynika zazwyczaj z przepisów poszczególnych dyrektyw, (5) notyfikacja środków dotyczących zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego, wynikająca z art. 114 ust. 4 TfUE, (6) notyfikacja dotycząca bardziej rygorystycznych, niż środki przyjęte na podstawie art. 192 Traktatu, przepisów ochronnych w dziedzinie środowiska, (7) notyfikacja przepisów w dziedzinie ochrony konsumenta określona w art. 169 ust. 4 TfUE, (8) notyfikacja zamiaru uczestnictwa we wzmocnionej współpracy w ramach wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa określona w art. 331 TfUE, (9) notyfikacja sprzeciwu parlamentów narodowych w zakresie „prawa rodzinnego mające skutki transgraniczne, które mogą być przedmiotem aktów przyjmowanych w drodze zwykłej procedury ustawodawczej”, wynikająca z art. 81 TfUE w ramach współpracy sądowej w sprawach cywilnych mających skutki transgraniczne.

²⁰ Konsekwencje niedochowania obowiązku określonego w przepisach traktatowych (notyfikacja pomocy publicznej) wynikają z art. 258 i art. 259 TfUE. Postępowanie w tym zakresie przedstawił np. M. Michnik, *Postępowanie przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości w sprawie niewywiązywania się przez państwa członkowskie UE ze zobowiązań traktatowych (art. 226 i 227 TWE)*, „Jurysta” nr 7/2007.

²¹ Por. np. art. 13 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1931/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. ustanawiającego przepisy dotyczące małego ruchu granicznego na zewnętrznych granicach lądowych państw członkowskich i zmieniające postanowienia Konwencji z Schengen (Dz. U. UE. L. z 2006 r., poz. 405, s. 1), na podstawie którego państwa członkowskie zostały obowiązane do konsultowania z Komisją Europejską umów dwustronnych zawieranych przez państwo z sąsiadującymi państwami trzecimi w zakresie zgodności tych umów z przywołanym rozporządzeniem.

²² W przypadku, gdy państwo członkowskie korzysta ze zwolnienia od stosowania całości lub części procedur i warunków określonych w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE (Dz. U. UE. L. 2009 r., poz. 267, s. 7), powiadamia ono o tym Komisję na podstawie art. 9 ust. 9 tej dyrektywy.

²³ Por. np. art. 11 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznający niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L 187 z 26.06.2014, s. 1).

wanych przez organy władzy²⁴, określonych zdarzeń faktycznych²⁵ czy aktów prawnych.

Dla celów niniejszej pracy najważniejsza grupa skutków, jakie związane są z notyfikacją, będzie wywoływana dla postępowania ustawodawczego. Państwa członkowskie bowiem, co stanowi uzupełnienie zasady lojalnej współpracy, po dokonaniu notyfikacji powinny się wstrzymać z wprowadzaniem w życie notyfikowanych projektów aktów prawnych. Z szeregu przepisów statuujących instytucje notyfikacji wynika ponadto obowiązek uwzględnienia²⁶ zgłoszonych w procedurze notyfikacyjnej uwag. Zatem mimo funkcjonowania wielu zróżnicowanych obowiązków notyfikacyjnych w prawie Unii Europejskiej należy wskazać, że istnieją cechy łączące, które umożliwiają identyfikację notyfikacji jako obowiązku o charakterze informacyjnym. Poza znaczeniem informacyjnym „wyraźnie zaznaczony jest ich kontrolny charakter – na ich podstawie są ustanawiane relacje prawne o typie zasadniczo niehierarchicznym i gwarancyjnym”.²⁷ Kontrolny charakter obowiązków notyfikacyjnych identyfikowany jest z uwagi jednak na ich cel, ponieważ „służą one: (1) zbadaniu działań podejmowanych przez organy prawotwórcze państw członkowskich, (2) odniesieniu ich do określonego wzorca (kryterium) i (3) ustaleniu zakresu rozbieżności”²⁸.

W konsekwencji, na potrzeby niniejszego opracowania, notyfikacja w prawie europejskim będzie oznaczać, mimo różnorodności obowiązków notyfikacyjnych, obowiązek ciążyący na państwie członkowskim polegający na informowaniu określonych organów Unii Europejskiej lub innych państw członkowskich (najczęściej jednak Komisji Europejskiej) o ściśle określonych działaniach podjętych przez to państwo, którego niewykonanie skutkuje określonymi konsekwencjami natury prawnej.

Dla potrzeb niniejszych rozważań proponuję skupić się wyłącznie na trzech głównych typach notyfikacji wynikających z prawa Unii Europejskiej, tj. notyfikacji pomocy publicznej, notyfikacji przepisów i norm technicznych

²⁴ Zgodnie z art. 4 ust. 1 dyrektywy Rady 2010/24/UE z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących podatków, ceł i innych obciążeń (Dz. U. UE. L. z 2010 r., poz. 84, s. 1) Państwo członkowskie informuje Komisję o właściwym organie lub właściwych organach wyznaczonych do celów tej dyrektywy.

²⁵ Por. np. art. 114 ust. 8 TfUE.

²⁶ Por. np. motyw nr 14 dyrektywy 1998/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. w sprawie ustanowienia procedury wymiany informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz przepisów dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego.

²⁷ Z. Cieślík, *Wpływ unijnych postępowań notyfikacyjnych...*, op. cit., s. 67.

²⁸ Z. Cieślík, *Notyfikacja w pracach Sejmu...*, op. cit., s. 40.

oraz notyfikacji w sprawie regulacji krajowych w dziedzinach podlegających kompetencji Europejskiego Banku Centralnego. Z punktu widzenia omawianego zagadnienia taki wybór ma znaczenie, ponieważ to właśnie wskazane obowiązki notyfikacyjne obowiązujące w stosunku do projektów aktów normatywnych będą rzutowały na kształt procesu legislacyjnego z nimi związanego. A to głównie z tego powodu, że z niektórymi typami obowiązku notyfikacyjnego będzie związany obowiązek powstrzymania się od uchwalenia aktu normatywnego do czasu ogłoszenia (czasem wydania) decyzji właściwej instytucji Unii Europejskiej. Wskazane rodzaje procedur notyfikacyjnych mają charakter „kontroli prewencyjnej”²⁹ i poprzedzają zasadnicze postępowanie ustawodawcze. Procedura tej kontroli obejmuje stanowienie przez państwa członkowskie Unii Europejskiej regulacji prawa krajowego i ma na celu weryfikację projektów norm w zakresie naruszeń prawa pierwotnego dotyczących swobodnego przepływu towarów, który jest jedną z podstaw funkcjonowania rynku wewnętrznego Unii Europejskiej³⁰. Należy podkreślić, że prawo Unii Europejskiej zezwala wyjątkowo, w szczegółowo opisanych przypadkach i okolicznościach, na pewne odstępstwa od ustalonych reguł funkcjonujących w obszarze wspólnego rynku, jednak wszystkie przypadki, które ustanawiają jakiekolwiek bariery w handlu na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej czy naruszają skuteczną konkurencję, powinny być ustanawiane przy aktywnym udziale zainteresowanych organów UE właśnie w procedurze notyfikacji³¹.

Warto odnotować, że w polskim prawie krajowym nie ma uregulowań kształtujących kompleksowo zasady obowiązków notyfikacyjnych. Dwa typy postępowania notyfikacyjnego (tj. notyfikacja pomocy publicznej i przepisów technicznych) zostały uregulowane na gruncie rodzimego porządku prawnego na poziomie odpowiednio ustawy³² i rozporządzenia³³ i dotyczą jedynie niektórych

²⁹ Zob. pkt 48 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 kwietnia 2005 r. C-267/03 przeciwko Larsowi Erikowi Staffanowi Lindbergowi, LEX nr 220922.

³⁰ Zob. w szczególności wyrok z dnia 16 czerwca 1998 r. w sprawie C-226/97 Lemmens, Rec. str. I-3711, pkt 32.

³¹ Dotyczy to w szczególności notyfikacji przepisów i norm technicznych oraz pomocy publicznej.

³² Ustawa o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej pomija poselskie i obywatelskie projekty ustaw.

³³ Wybór rangi aktu implementującego dyrektywę 1998/34/WE to kwestia mocno dyskusyjna. Mimo domniemania prawidłowej implementacji w literaturze przedmiotu pojawiło się wiele uwag krytycznych odnoszących się zarówno do podstawy, na jakiej wydane zostało inkryminowane rozporządzenie, ale również zakresu przedmiotowego (rozporządzenie obejmuje zagadnienia wykraczające poza zakres przedmiotowy ustawy, na podstawie której zostało wydane, i dotyczy projektów aktów prawnych) czy wreszcie niekompletności regulacji. Szczegółowe rozważania w tym zakresie por. Z. Cieślík, *Wpływ*

projektów aktów normatywnych³⁴. Polski system prawa, w szczególności regulamin Sejmu, nie zawiera natomiast regulacji określających zasady i tryb wykonywania obowiązków notyfikacyjnych, które przewidywałyby udział organów Sejmu w postępowaniu notyfikacyjnym. Nie oznacza to jednak, że organy Sejmu nie są zaangażowane w proces notyfikacyjny. W konsekwencji braku wystarczającej regulacji o charakterze normatywnym powstaje szereg problemów o charakterze proceduralnym. Sytuacji nie ułatwia okoliczność braku w literaturze przedmiotu wypracowanych i ugruntowanych poglądów, które można by było uznać za powszechnie przyjęte i rozwiązujące wątpliwości, jakie pojawiają się przy procedurze notyfikacyjnej.

W kontekście braku kompleksowej regulacji o charakterze normatywnym w zakresie procedury notyfikacyjnej projektów ustaw³⁵ powstaje m. in. problem natury proceduralnej związany z tym, jaki organ jest uprawniony i równocześnie obowiązany dokonać notyfikacji projektów ustaw, np. stanowiących programy pomocowe czy zawierających przepisy lub normy techniczne, których wnioskodawcą nie jest Rada Ministrów, Prezydent bądź Senat. W przypadku notyfikacji spraw z zakresu kompetencji Europejskiego Banku Centralnego w ogóle nie ma przepisów regulujących kwestie tego, jaki podmiot obowiązany jest notyfikować projekt aktu normatywnego.

Jak bowiem dostrzeżono w orzecznictwie, w odniesieniu do obowiązku notyfikacji przepisów technicznych „obowiązek notyfikacji spoczywa na władzy publicznej nie tylko w odniesieniu do projektów ustaw wnoszonych przez Radę Ministrów. Każdy inny projekt – również poselski, senacki, obywatelski czy przedstawiony przez Prezydenta – może zawierać przepisy techniczne, wymagające notyfikacji”³⁶.

W praktyce postępowania ustawodawczego w Sejmie przyjęto rozstrzygnięcie, że organem właściwym do dokonania notyfikacji projektów ustaw przewidujących udzielanie pomocy publicznej lub zawierających przepisy techniczne, których wnioskodawcą jest podmiot inny niż Rada Ministrów, Prezydent lub Senat, jest Marszałek Sejmu. Jest to rozwiązanie zgodne z poglądem Naczelnego

unijnych postępowań notyfikacyjnych..., op. cit., s. 77, a także Z. Cieślík, *Notyfikacja w pracach Sejmu...*, op. cit. s. 52 i 53.

³⁴ W przypadku rozporządzenia w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych regulacja ta pomija z oczywistych względów projekty ustaw, których wnioskodawcą jest uprawniony podmiot inny niż Rada Ministrów.

³⁵ Zob. Z. Cieślík, B. Pawłowski, *Opinia prawna dotycząca procedury notyfikowania organom Unii Europejskiej i innym instytucjom projektów aktów prawnych na etapie prac sejmowych*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych nr 4/ 2009, s. 107.

³⁶ Postanowienie NSA, sygn. akt II GSK 686/13.

Sądu Administracyjnego³⁷, który wprawdzie nie wskazał organu odpowiedzialnego za spełnienie obowiązku notyfikacji w przypadku innych niż rządowe projekty ustaw, ale podkreślił, że „to przede wszystkim Sejm i jego organy powinny czuwać nad tym, aby nie doszło do uchwalenia ustawy, która nie została poddana obowiązkowej notyfikacji”³⁸.

Takie rozwiązanie zostało wypracowane³⁹ w oparciu o interpretację art. 10 ust. 1 pkt 10a regulaminu Sejmu, stanowiącego, że to Marszałek Sejmu prowadzi sprawy z zakresu stosunków Sejmu z instytucjami i innymi organami Unii Europejskiej. Przyjąć bowiem należy, że na etapie postępowania ustawodawczego w Sejmie „gospodarzem” jest właśnie Marszałek Sejmu, który także reprezentuje Sejm (art. 10 ust. 1 pkt 2 regulaminu Sejmu). Do wzmocnienia stanowiska, że to Marszałek Sejmu jest organem uprawnionym do realizacji obowiązku notyfikacji, uprawnia także art. 34 ust. 3 zdanie drugie regulaminu Sejmu, który to przepis wskazuje, że w przypadku komisyjnych i poselskich projektów ustaw, w stosunku do których nie przeprowadzono konsultacji (obowiązek notyfikacyjny można uznać za kwalifikowany przypadek zasięgania opinii⁴⁰), Marszałek Sejmu przed skierowaniem do pierwszego czytania kieruje projekt do konsultacji w trybie i na zasadach określonych w odrębnych ustawach.

Wydaje się, że także w kontekście regulacji przepisów regulaminu Sejmu, na podstawie których eksperci sejmowi dokonują analizy każdego nierządowego projektu ustawy pod kątem jego zgodności z prawem Unii Europejskiej, gdzie wskazywana jest także potrzeba notyfikacji projektowanych rozwiązań, Marszałek Sejmu posiada pełen obraz sytuacji normatywnej w tym zakresie. Na tej podstawie często podejmowana jest przez Marszałka Sejmu decyzja w sprawie formalnej notyfikacji projektu ustawy zawierającego przepisy techniczne i towarzysząca jej praktyka o odroczeniu prac Sejmu nad takim projektem ustawy.

Należy wreszcie przytoczyć stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który analizując procedurę uchwalania ustawy zawierającej przepisy podlegające obowiązkowi notyfikacji Europejskiemu Bankowi Centralnemu, potwierdził, że „w wypadku projektów przedkładanych przez grupę posłów lub komisję sejmową lub przez grupę obywateli obowiązek wystąpienia z wnioskiem o przedstawienie opinii ciąży na Marszałku Sejmu”⁴¹.

³⁷ Warto zauważyć, że NSA odnosił się do notyfikacji przepisów technicznych.

³⁸ Postanowienie NSA, sygn. akt II GSK 686/13.

³⁹ Z. Cieślík, B. Pawłowski, *Opinia prawna...*, op. cit., s. 107. Por. również Z. Cieślík, *Notyfikacja w pracach Sejmu...*, op. cit., s. 54, gdzie przedstawiony został projekt redakcji przepisu art. 34a regulaminu Sejmu zakładający obowiązek ciąży na Marszałku Sejmu w sprawie dokonania notyfikacji.

⁴⁰ Podobnie NSA w postanowieniu – sygn. akt II GSK 686/13.

⁴¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego o sygn. Kp. 4/08.

Proponuję jednak zastanowić się nad szerszym aspektem omawianego zjawiska. Jak wyżej wskazałem, obowiązki notyfikacyjne, które mają z jednej strony charakter informacyjny, a z drugiej kontrolny, wynikają z unijnej zasady lojalnej współpracy. Zasada ta statuuje obowiązki nakładane na państwa członkowskie, które, w aspekcie pozytywnym, zostały zobowiązane podejmować „wszelkie środki dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji UE”. Państwa członkowskie powinny również „ułatwiać wypełnianie przez Unię jej zadań”⁴². Owe obowiązki zostały w przypadku notyfikacji skorelowane z uprawnieniami określonych w prawie europejskim organów UE. Prawo UE nie określa oczywiście, zgodnie z zasadą autonomii, jakie organy w danym państwie członkowskim zostały zobligowane do realizacji obowiązków notyfikacyjnych. Wydaje się jednak, że obowiązki te są przejawem polityki zagranicznej, której prowadzenie leży w gestii Rady Ministrów. To założenie legło wszak u podstaw regulacji przewidzianych zarówno w ustawie o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (gdzie podmiotami koordynującymi procedury notyfikacyjne są Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów, nad którym Prezes Rady Ministrów sprawuje nadzór oraz minister właściwy do spraw rolnictwa), jak i rozporządzeniu w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (koordynatorem jest minister właściwy do spraw gospodarki), w których przyjęto założenie, że to Rada Ministrów, ewentualnie minister właściwy do spraw gospodarki, podejmuje decyzję⁴³ w sprawie notyfikacji. Dla pełnego zobrazowania sytuacji normatywnej w tym zakresie należy przytoczyć także przepis art. 38a ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej⁴⁴, który stanowi, że minister kierujący określonym działem uczestniczy w krajowym systemie notyfikacji norm i aktów prawnych. Został on w szczególności obowiązany do niezwłocznego przekazania aktów prawnych i projektów aktów prawnych objętych tym systemem do koordynatora krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych w celu dokonania ich notyfikacji Komisji Europejskiej oraz do odnoszenia się podczas prac nad notyfikowanymi projektami aktów prawnych do stanowisk zgłoszonych przez Komisję Europejską lub państwa członkowskie Unii Europejskiej, a także do opracowywania stanowisk do projektów aktów prawnych notyfikowanych przez państwa członkowskie Unii Europejskiej.

⁴² Art. 4 ust. 3 TUE.

⁴³ Art. 16 ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej oraz § 8 rozporządzenia w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych.

⁴⁴ Dz. U. z 2007 r. ,Nr 65, poz. 437, z późn. zm.

Wydaje się ponadto, że nie bez znaczenia w omawianej sprawie jest kontekst praktyczny. Od strony technicznej procedura np. notyfikacji przepisów technicznych przedstawia się następująco. Marszałek Sejmu zwraca się, po otrzymaniu informacji zawartej w opinii Biura Analiz Sejmowych o obowiązku notyfikacji projektu ustawy, do wnioskodawcy o przygotowanie formularza notyfikacyjnego, w którym wskazywana jest osoba fizyczna odpowiedzialna za kontakty z koordynatorem krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych. Koordynator⁴⁵, za pośrednictwem Departamentu Innowacji i Przemysłu Ministerstwa Gospodarki, przesyła Komisji Europejskiej projekt ustawy wraz z wszelkimi informacjami uzupełniającymi. W dotychczasowej praktyce przedmiotem notyfikacji „technicznej” były wyłącznie projekty ustaw wniesione przez Radę Ministrów oraz poselskie projekty ustaw. Nie zdarzyła się jeszcze sytuacja notyfikacji projektu ustawy, którego wnioskodawcą byłby inny podmiot.

W oparciu zatem o praktykę, w której – w przypadku poselskich projektów ustaw – Marszałek Sejmu jest wyłącznie podmiotem „pośredniczącym” w procedurze notyfikacyjnej w zakresie przepisów technicznych, teza, że to Marszałek Sejmu jest organem dokonującym notyfikacji, nie jest bezdyskusyjna. Oczywiście opisana instytucja została uregulowana w przepisach o charakterze wykonawczym i odnosi się wyłącznie do organów administracji rządowej, ale nie wydaje się słusznym całkowite pozbawianie jej znaczenia w kontekście obowiązków notyfikacyjnych w zakresie innych niż rządowe projektów ustaw. Co więcej, wydaje się, że w tym konkretnym przypadku wykładnia per *analogiam* jest co najmniej równie uprawniona, jak wykładnia systemowa, która w oparciu o przepisy regulaminu Sejmu (art. 10 ust. 1 pkt 10a), przyznaje Marszałkowi Sejmu uprawnienie do dokonywania notyfikacji poselskich czy komisyjnych projektów ustaw.

W tak skonstruowanej procedurze powstaje także pytanie o cel przepisów art. 10 ust. 1 pkt 10a regulaminu Sejmu, który obliguje Marszałka Sejmu do prowadzenia spraw z zakresu stosunków Sejmu z instytucjami oraz innymi organami Unii Europejskiej zwłaszcza w kontekście procedur notyfikacyjnych. Otóż zarówno w przypadku notyfikacji przepisów technicznych, jak i pomocy publicznej, Marszałek Sejmu będzie występował do odpowiedniego ministra lub Prezesa UOKiK, którzy w oparciu o regulacje rangi ustawowej bądź aktu

⁴⁵ Przepis § 8 ust. 1 rozporządzenia w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych stanowi, że akty prawne zawierające przepisy techniczne notyfikuje koordynator krajowego systemu. Z kolei pozostałe przepisy rozporządzenia stanowią, że to właściwie autor rządowego projektu aktu normatywnego, czyli minister, przekazuje niezwłocznie projekty tych aktów koordynatorowi krajowego systemu w celu dokonania notyfikacji.

wykonawczego, są obowiązani do prowadzenia spraw z zakresu postępowania notyfikacyjnego. Czy można zatem mówić w tym przypadku o „stosunkach Sejmu z instytucjami oraz innymi organami Unii Europejskiej”? Otóż w zakresie projektu ustawy będącej programem pomocowym opracowanym przez podmiot niebędący organem administracji publicznej, zgodnie z art. 16a ust. 1 pkt 2 ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, organ właściwy na podstawie regulaminu Sejmu (tu mamy do czynienia z brakiem regulacji) występuje z wnioskiem do Prezesa Urzędu, a w zakresie pomocy publicznej w rolnictwie lub rybołówstwie – ministra właściwego do spraw rolnictwa, o przekazanie do Komisji Europejskiej projektu w celu dokonania jego notyfikacji. Organem, który będzie „prowadził sprawę notyfikacji”⁴⁶, a tym samym kontaktował się z Komisją Europejską, będzie Prezes UOKiK lub minister właściwy do spraw rolnictwa, a nie Marszałek Sejmu. Należałoby bowiem dokonać istotnych zmian w przepisach ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, aby ten stan rzeczy zmienić.

Należy ponadto wskazać, że jakkolwiek Prezes UOKiK (lub minister właściwy do spraw rolnictwa) jest niejako organem pośredniczącym⁴⁷, to właśnie Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (czy Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi) posiada właściwe merytorycznie zaplecze umożliwiające prowadzenie postępowania nie tylko notyfikacyjnego, ale również reprezentowania Rzeczypospolitej Polskiej w postępowaniach z zakresu pomocy publicznej toczących się przed Trybunałem Sprawiedliwości i Sądem Pierwszej Instancji, w których stroną jest Rzeczpospolita Polska.

Problem ten ma znaczenie nie tylko doktrynalne, ale także praktyczne, ponieważ trudno przyjąć, że Marszałek Sejmu będzie tym podmiotem, który wypełnia pozostałe obowiązki związane z procedurą notyfikacji, jak wynikające z art. 8 dyrektywy 1998/34/WE czy przepisów rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, obowiązki dostarczania różnego rodzaju informacji w zakresie notyfikowanego projektu ustawy. Należy na marginesie dodać, że w formularzu notyfikacyjnym (notyfikacja norm i przepisów technicznych) podawane są dla tych celów dane kontaktowe do osoby odpowiedzialnej ze strony wnioskodawców za wypełnienie obowiązku udzielenia takich informacji.

Kolejne trudności, jakie może implikować przyjęcie założenia, że to Marszałek Sejmu jest podmiotem dokonującym notyfikacji, mogą być związane

⁴⁶ Por. art. 20 ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

⁴⁷ Dokonuje notyfikacji za pośrednictwem Stałego Przedstawicielstwa Rzeczypospolitej Polskiej przy Unii Europejskiej w Brukseli.

z wystąpieniem konfliktów między wnioskodawcą i Marszałkiem Sejmu, który w przypadku dokonania notyfikacji będzie przygotowywał uzasadnienie notyfikacji i może nie oddać w sposób całkowicie adekwatny intencji projektodawców⁴⁸. Co więcej, te konflikty mogą wpływać na decyzję wnioskodawcy o wycofaniu projektu ustawy, który zakładał np. pilne wprowadzenie projektowanych regulacji w życie, a decyzja o przeprowadzeniu czasochłonnej procedury notyfikacyjnej spowodowałaby bezprzedmiotowość projektu ustawy.

W przypadku przyjęcia założenia, że to wnioskodawca powinien zostać obciążony obowiązkiem dokonania notyfikacji, może dochodzić do sytuacji, w których na skutek różnych przyczyn taki obowiązek nie zostanie przez niego zrealizowany. Czy dojdzie wówczas do uchwalenia ustawy bez stosownej notyfikacji? Należy w tym przypadku wskazać, że jak Trybunał Konstytucyjny słusznie zauważa: „Sejm dysponuje licznymi instrumentami prawnymi dla zapewnienia przestrzegania swoich uprawnień i uzyskania dokumentów, które nie zostałyby przedstawione parlamentowi. Marszałek Sejmu może zwrócić wnioskodawcy projekt ustawy lub uchwały, jeżeli uzasadnienie dołączone do projektu nie odpowiada wymogom określonym w art. 34 ust. 2 i 3 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej”⁴⁹. Takie uprawnienia Marszałka Sejmu składają się na funkcję kontrolną Marszałka, której funkcjonowanie umożliwia realizację obowiązków notyfikacyjnych poprzez wnioskodawców projektu ustawy. Brak bowiem realizacji takiego obowiązku notyfikacyjnego mógłby zostać zakwalifikowany jako brak formalny uzasadnienia i umożliwiać Marszałkowi Sejmu skorzystanie z uprawnienia do zwrotu projektu ustawy wnioskodawcy. Marszałek Sejmu korzysta z tego uprawnienia także w przypadku wskazanych braków formalnych w zakresie notyfikacji.

Celem przykładu pozwolę sobie wskazać na poselski projekt ustawy – Prawo o organizmach genetycznie zmodyfikowanych (druk nr 2995 VII kadencji Sejmu), który w opinii Biura Analiz Sejmowych⁵⁰ został zakwestionowany m. in. ze względu na brak notyfikacji technicznej oraz obowiązek notyfikowania środków krajowych, które wykraczają poza unijny standard harmonizacyjny (art. 114 ust. 1 TUE). Marszałek Sejmu skorzystał z uprawnienia określonego w art. 34 ust. 8 regulaminu Sejmu i skierował ten projekt ustawy do Komisji Ustawodawczej celem wyrażenia opinii w sprawie dopuszczalności projektu ustawy.

⁴⁸ Podobnie zob. Z. Cieślík, B. Pawłowski, *Opinia prawna...*, op. cit., s. 110.

⁴⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego o sygn. Kp 4/08.

⁵⁰ Opinia BAS o zgodności projektu z prawem Unii Europejskiej z dnia 4 lutego 2013 r. (sygn. BAS-WAPEiM-3407/12, a także opinia BAS z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. BAS-WAPEiM-1555/13).

Komisja Ustawodawcza nie podzieliła stanowiska Biura Analiz Sejmowych⁵¹ i uznała projekt ustawy za dopuszczalny. Następnie Marszałek Sejmu zwrócił się do Ministra Gospodarki z prośbą o opinię w sprawie obowiązku notyfikacji poselskiego projektu ustawy – Prawo o organizmach genetycznie zmodyfikowanych. Minister Gospodarki potwierdził wnioski płynące z opinii Biura Analiz Sejmowych, stwierdzając, że zachodzi konieczność wszczęcia procedur notyfikacyjnych w zakresie notyfikacji technicznej, a także notyfikowania środków krajowych, które wykraczają poza unijny standard harmonizacyjny. W konsekwencji Marszałek Sejmu zwrócił się ponownie do przedstawiciela wnioskodawców, nie nadając dalszego biegu projektowi ustawy⁵². Inaczej przebiegało postępowanie w sprawie poselskiego projektu ustawy o spółdzielniach rolników (druk nr 612 VII kadencji Sejmu). Jakkolwiek w opinii Biura Analiz Sejmowych⁵³ wskazano potrzebę wszczęcia procedury notyfikacyjnej w związku z tym, że projekt ustawy przewiduje udzielanie pomocy publicznej, co potwierdzone zostało w opinii Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi, Marszałek Sejmu zdecydował⁵⁴ o nadaniu biegu projektowi ustawy (do dnia 16 marca 2015 r. nie odbyło się jednak pierwsze czytanie).

W VII kadencji⁵⁵ Marszałek Sejmu skierował do Komisji Europejskiej za pośrednictwem koordynatora krajowego systemu dwa projekty ustaw zawierających przepisy techniczne oraz jedną autopoprawkę:

- 1) komisyjny projekt ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych;
- 2) autopoprawka do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia (druk nr 1127 wraz z autopoprawką);

⁵¹ Przewodniczący Komisji Ustawodawczej zaznaczył jedynie, iż Komisja uznała, że uwagi Biura Analiz Sejmowych „nie muszą blokować prac nad tą ustawą, ale niewątpliwie te uwagi powinny być wykorzystane w dalszych pracach nad ostatecznym kształtem tej ustawy” (zob. wypowiedź posła W. Szaramy na posiedzeniu Komisji Ustawodawczej w dniu 8 maja 2013 r., <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/biuletyn.xsp?sknr=UST-58>).

⁵² Stan na dzień 16 marca 2015 r.

⁵³ Opinia Biura Analiz Sejmowych z 27 stycznia 2012 r. (sygn. BAS-WAPEiM-141/12) w sprawie zgodności poselskiego projektu ustawy o spółdzielniach rolników z prawem UE – stwierdzono, że projekt przewiduje udzielanie pomocy publicznej i wymaga w związku z tym wszczęcia procedury notyfikacyjnej.

⁵⁴ Taka decyzja została podjęta, ponieważ Komisja Ustawodawcza uznała projekt za dopuszczalny (opinia nr 93 Komisji Ustawodawczej z dnia 11 lipca 2012 r.). Tematyka projektu ma bogatą historię, ponieważ materia objęta projektem ustawy o spółdzielniach rolników była kilkakrotnie przedmiotem projektów ustaw o spółdzielniach rolników, spośród których jeden np. w VI kadencji Sejmu Komisja Ustawodawcza jednogłośnie uznała za dopuszczalny (zob. posiedzenie Komisji Ustawodawczej z dnia 8 lipca 2010 r.).

⁵⁵ Stan na dzień 22 września 2014 r.

- 3) poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia (druk nr 1127).

W zakresie notyfikacji pomocy publicznej Marszałek Sejmu skierował jak dotąd jeden projekt ustawy (a właściwie to ustawę, ponieważ już po jej uchwaleniu), tj. ustawę z dnia 9 listopada 2012 r. o umorzeniu należności powstałych z tytułu nieopłaconych składek przez osoby prowadzące pozarolniczą działalność⁵⁶.

Praktyka w pracach nad projektami ustaw pokazuje zatem, że nie można tu jeszcze mówić o zwyczaju parlamentarnym⁵⁷, ponieważ nie została spełniona przesłanka „utrwalonej praktyki postępowania”⁵⁸. Mamy zapewne do czynienia z tendencją objawiającą się w tym, że to Marszałek Sejmu dokonuje notyfikacji projektów ustaw zawierających przepisy techniczne. W każdym razie nie było w dotychczasowej praktyce przypadku, w którym podmiotem przekazującym nierządowy projekt ustawy zawierający przepisy techniczne do Komisji Europejskiej nie byłby Marszałek Sejmu. Przyczyn braku takich przypadków⁵⁹ należy w mojej ocenie poszukiwać we wciąż jeszcze niewystarczającej świadomości obowiązków notyfikacyjnych wśród samych zainteresowanych. Wydaje się ponadto, że taki stan rzeczy może być powodowany swoistego rodzaju kalkulacją polityczną opartą na założeniu, że dany projekt ustawy nie podlega obowiązkowi notyfikacyjnemu, a brak po stronie wnioskodawców odpowiedniego zaplecza eksperckiego może jedynie potęgować taki stan rzeczy. Wśród przyczyn niewystępowania z notyfikacją przez wnioskodawców poselskich projektów ustaw należy również wymienić czynnik czasu. Warto bowiem podkreślić, że notyfikacja istotnie

⁵⁶ Taki sposób postępowania przyjęto na posiedzeniu Komisji Polityki Społecznej i Rodziny w dniu 10 października 2012 r., uzasadniając go klauzulą zawieszającą, która niejako umożliwia uchwalenie ustawy będącej programem pomocowym bez właściwej realizacji klauzuli stand still.

⁵⁷ Szerzej na temat zwyczaju parlamentarnego zob. R. Świć, *Powoływanie się na zwyczaje w pracach komisji sejmowych (1993–2007)*, „Przegląd Sejmowy” nr 2/2010, s. 212 i nast. oraz cytowana tam literatura.

⁵⁸ Odwołuję się w tym miejscu do definicji zwyczaju parlamentarnego przedstawionej przez H. Pajdałę, *Zwyczaj parlamentarny*, [w:] *Blżej parlamentu*, red. B. Wyszynska, Warszawa 2006, s. 7 i 8.

⁵⁹ Por. np. prace nad poselskim projektem ustawy o zmianie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (druk nr 290 VI kadencji Sejmu), gdzie wnioskodawca nie dokonał takiej notyfikacji, co mogło być jedną z przyczyn odrzucenia projektu ustawy w trzecim czytaniu przez Sejm. Podsekretarz stanu w Ministerstwie Zdrowia Marek Twardowski zwracał uwagę na obowiązek notyfikacji na posiedzeniu połączonych komisji: Gospodarki, Polityki Społecznej i Rodziny oraz Zdrowia w dniu 5 listopada 2008 r., a połączone komisje przyjęły sprawozdanie zawierające wniosek o odrzucenie projektu ustawy. Takie wątpliwości były też zgłaszane przez ekspertów Kancelarii Sejmu (por. opinia sporządzona 13 marca 2009 r. do druku sejmowego nr 290).

wydłużyć postępowanie ustawodawcze z danym projektem ustawy, co może powodować niechęć posłów⁶⁰ do wszczynania procedury notyfikacyjnej.

Wydaje się jednak, że nie ma formalnych przeszkód, żeby takim podmiotem był wnioskodawca czy poseł upoważniony do reprezentowania wnioskodawców w pracach nad projektem. Wprawdzie Marszałek Sejmu nie ma uprawnienia do wystąpienia z takim żądaniem wobec wnioskodawcy⁶¹, z którym skorelowany byłby obowiązek ciążyący na tym ostatnim, to w celu usprawnienia postępowania z projektem aktu prawnego wnioskodawca może wystąpić z wnioskiem o skierowanie projektu ustawy do Komisji Europejskiej w celu notyfikacji.

Kolejnego powodu dla przyjęcia takiego modelu postępowania dostarcza usytuowanie postępowania notyfikacyjnego w postępowaniu ustawodawczym. Zasadnicza część postępowania notyfikacyjnego, zarówno w aspekcie pomocy publicznej, jak i przepisów technicznych, powinna mieć miejsce na możliwie wczesnym etapie. Analizując obowiązujące w tym zakresie regulacje prawne, § 27 ust. 3 pkt 4 lit. b Regulaminu pracy Rady Ministrów określa, że już uzasadnienie projektu aktu normatywnego powinno zawierać ocenę organu wnioskującego, czy projekt aktu podlega notyfikacji zgodnie z przepisami dotyczącymi funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych. Z kolei przepisy ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej stanowią, że z wnioskiem o wydanie opinii Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów lub ministra właściwego do spraw rolnictwa dotyczącej oceny charakteru projektowanych rozwiązań w kontekście prawa UE dotyczącego pomocy publicznej występuje organ administracji publicznej opracowujący projekt ustawy. Natomiast przepis § 9 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych określa, że to ministrowie po opracowaniu projektów aktów prawnych zawierających przepisy techniczne przekazują niezwłocznie projekty tych aktów koordynatorowi krajowego systemu w celu dokonania notyfikacji. Można zatem dojść do wniosku, że postępowanie notyfikacyjne, określone w obowiązujących regulacjach polskiego systemu prawnego, powinno poprzedzać uruchomienie właściwego postępowania ustawodawczego, a więc

⁶⁰ Por. np. wypowiedź A. Czerwińskiego na posiedzeniu Komisji Nadzwyczajnej do spraw energetyki i surowców energetycznych nr 37 w dniu 1 października 2014 r., który zwracał uwagę na czas trwania postępowania notyfikacyjnego, jako czynnik wykluczający realizację celów związanych z pilną potrzebą uchwalenia ustawy przez Sejm.

⁶¹ Por. W. Odrowąż-Sypniewski, *Opinia prawna na temat podmiotu obowiązku przedstawienia Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów informacji niezbędnych do wydania opinii o projekcie ustawy będącej programem pomocowym opracowanym przez podmiot niebędący organem administracji publicznej*, *Opinia Biura Analiz Sejmowych* z dnia 30 maja 2012 r., niepublikowana.

zostać przeprowadzone najlepiej jeszcze przed wniesieniem projektu ustawy do łaski marszałkowskiej.

Taki jest także cel i funkcja postępowania notyfikacyjnego w przypadku projektów ustaw przewidujących udzielanie pomocy publicznej, aby decyzja Komisji Europejskiej poprzedzała „wprowadzenie w życie” projektowanych rozwiązań. Jaki jest bowiem sens postępowania ustawodawczego w stosunku do projektów aktów prawnych, które zostały zdyskwalifikowane przez Komisję Europejską w postępowaniu notyfikacyjnym? Skomplikowany charakter zarówno samego pojęcia pomocy publicznej czy przepisów technicznych, a także złożoność problematyki zakłóceń wspólnego rynku, uniemożliwiają skuteczne i zawsze trafione antycypowanie decyzji Komisji Europejskiej. Taki stan rzeczy uniemożliwia prawidłowe podjęcie decyzji o uchwaleniu przepisów rangi ustawowej, które bez zakończenia postępowania notyfikacyjnego i uzyskania w jego wyniku pewności o dopuszczalności projektowanych rozwiązań, nie powinny być uchwalane i „wprowadzane w życie”.

Usytuowanie procedur notyfikacyjnych przed właściwym postępowaniem ustawodawczym, które np. w przypadku rządowych projektów ustaw poprzedza złożenie projektu ustawy do łaski marszałkowskiej, powoduje zatem, że na tym etapie prac nie mamy do czynienia ze „sprawami Sejmu”. Wprawdzie możliwym jest przyjęcie założenia, że Marszałek Sejmu przekazuje projekt ustawy w celu jej notyfikacji (np. przed pierwszym czytaniem), to jednak właściwszym wydaje się nałożenie takiego obowiązku na wnioskodawcę projektu ustawy. Takie rozwiązanie należy uznać za modelowe, ponieważ pozwala ono uznać, że projekt ustawy, w momencie jego złożenia Sejmowi, spełnia wymagania stawiane przez prawo Unii Europejskiej.

Także ekonomika postępowania ustawodawczego przemawia za wyborem wnioskodawcy jako podmiotu optymalnego dla realizacji obowiązku notyfikacji. Takie stanowisko będzie się przejawiać we wcześniejszym z natury rzeczy wystąpieniu z wnioskiem i formularzem notyfikacyjnym niż miałyby to miejsce w przypadku, gdyby zgłaszającym notyfikację był Marszałek Sejmu. Z drugiej strony podmiotem odpowiedzialnym za udzielanie informacji w sprawie notyfikowanego projektu ustawy jest wnioskodawca. Zatem w obliczu tego, że na wnioskodawcy ciąży obowiązek w zakresie przygotowania notyfikacji oraz wspomniane obowiązki informacyjne, a fakt wystąpienia przez niego samego skróci postępowanie ustawodawcze, wydaje się, że rozwiązaniem optymalnym byłoby występowanie z notyfikacją poselskiego projektu ustawy zawierającego np. przepisy techniczne przez wnioskodawców.

Należy wreszcie wskazać, że przyjęcie założenia, iż w przypadku poselskich (w tym również komisyjnych) projektów ustaw to wnioskodawca powinien

występować do właściwego organu z notyfikacją, pozwoli na zachowanie jednolitej praktyki w zakresie omawianych dwóch, uregulowanych w polskim systemie prawa, rodzajów notyfikacji. Zarówno bowiem na gruncie ustawy o działach administracji rządowej, jak i ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, to w zasadzie⁶² wnioskodawca projektu występuje odpowiednio do koordynatora krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych albo Prezesa UOKiK (ewentualnie ministra właściwego do spraw rolnictwa) w celu dokonania notyfikacji tego projektu Komisji Europejskiej. Przyjęcie natomiast, że w przypadku poselskich projektów ustaw podmiotem właściwym w omawianym zakresie jest Marszałek Sejmu, byłoby odstępstwem od rozwiązań przyjętych i funkcjonujących już wiele lat na gruncie polskiego systemu prawa.

*De lege ferenda*⁶³ można sobie wyobrazić nowelizację regulaminu Sejmu, która w zakresie przedstawionego zagadnienia, polegałaby na zmianie art. 34 ust. 2, który zawierałby punkt obligujący wnioskodawcę do zawarcia w uzasadnieniu do projektu ustawy informacji o dokonaniu notyfikacji lub braku takiego obowiązku. Wydaje się jednak, że obecnie obowiązujący art. 34 ust. 2 pkt 7 regulaminu Sejmu należy interpretować (zgodnie praktyką przyjętą w opiniach Biura Analiz Sejmowych) w taki sposób, iż brak informacji o dokonaniu notyfikacji w sytuacji, gdy jest ona wymagana przepisami prawa UE, powoduje konieczność uznania takiego projektu ustawy za niezgodny z tymi przepisami prawa europejskiego.

⁶² Ustawa o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, a w szczególności jej rozdział 2, reguluje „całość działań podejmowanych do momentu dokonania notyfikacji Komisji Europejskiej”, które „należy uznać za postępowanie w sprawie przygotowania do notyfikacji” (zob. S. Szuster, *Komentarz do ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej*, LEX/el 2005.). Uruchomienie wspomnianego postępowania następuje na skutek wystąpienia z wnioskiem o wydanie opinii, o której mowa w art. 12 ust. 1 ustawy m. in. przez organ administracji publicznej opracowujący projekt aktu normatywnego.

⁶³ Zob. Z. Cieślík, *Notyfikacja w pracach Sejmu...*, op. cit., s. 54, który, nawiązując do postulowanych przez służby prawne Kancelarii Sejmu zmian, przedstawia propozycję nowelizacji tzw. ustawy kooperacyjnej oraz uzupełniając zmiany w regulaminie Sejmu, polegające na dokonywaniu notyfikacji przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek Marszałka Sejmu.

THE COMPETENT AUTHORITY TO NOTIFY THE PARLIAMENTARIAN DRAFT BILLS

The author provides an analysis of the issue who should be competent to the notification of the parliamentary draft bills. The article examines meaning of the notification in different areas of law, particularly international and European Union law. Apart from general remarks on the meaning of notification in the context of principle of loyalty, the analysis shows the character of this institution in connection with the consequences of a breach of the due notification. The author focuses on three main types of the procedure of the notification: notification of the state aid, notification of the technical standards and regulations and notification of the draft legislative provisions falling within the European Central Bank's field of competence. The analysis shows that there is no complex regulation in polish system of law according to the notification procedure. Due to the need to avoid the problems associated with the breach of the due notification author presents his view on the issue who should notify the parliamentary draft bills and puts forward a number of arguments supporting the conception of the significant role of the sponsor of the bill in procedure of notification.

Informacje dla Autorów

1. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków typograficznych (w tym przypisy).
2. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
3. Do artykułu należy dołączyć streszczenie oraz tytuł opracowania w języku angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacją).
4. Tekst należy nadesłać w postaci zapisu elektronicznego w programie Word, jako załącznik w poczcie elektronicznej oraz komputerowy wydruk, podpisany własnoręcznie przez Autora (wydruk komputerowy należy nadesłać na adres: Kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa, e-mail: inp@inp.pan.pl).
5. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
6. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: afiliację, stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”.
7. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
8. Tabele, gdy są one rzeczywiście niezbędne, należy przysyłać również w formie elektronicznej.
9. W tekście stosowane są przypisy dolne z osobnymi zestawieniami bibliograficznymi.
10. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępu między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty – zapisać w cudzysłowach. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostro kątnym (« ... »).
12. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
13. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
14. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.
15. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
16. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Należy wprowadzić numerację stron.
2. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu.
3. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 8 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.

Cena 35,00 zł (VAT 5%)

INDEKS 376620