

# STUDIA IURIDICA

95

MISCELLANEA

# MISCELLANEA



**Studia Iuridica tom 95**

# **MISCELLANEA**



**Warszawa 2022**

### **Rada Programowa**

Grażyna Bałtruszajtys (przewodnicząca), Jan Błeszyński, Zdzisław Galicki,  
Hubert Izdebski, Jacek Lang, Maria Rogacka-Rzewnicka, Marek Wąsowicz,  
Beata Janiszewska (sekretarz)

### **Członkowie Rady Programowej afiliowani za granicą**

Marc Bors (Uniwersytet we Fribourgu), Michael Martinek (Uniwersytet w Saarbrücken),  
Alessandro Somma (Uniwersytet Sapienza w Rzymie), Elena V. Timoshina (Uniwersytet w Sankt  
Petersburgu)

### **Recenzenci „Studia Iuridica” w 2022 r.**

Francisco Javier Andrés Santos, Wojciech Dajczak, Włodzimierz Kamyszanski, Luz Maria Martinez  
Velencoso, Andrzej Łusznikow, Bronisław Sitek, Jakob Fortunat Stagl

#### **Redaktor naukowy**

Adam Niewiadomski

#### **Redaktor naczelny**

Tomasz Giaro

#### **Redaktor tematyczny**

Piotr Grzebyk

#### **Redaktor językowy**

Radosław Pawelec

#### **Sekretarz Redakcji**

Adam Niewiadomski

#### **Redaktor prowadzący**

Dorota Dziedzic

#### **Redaktor tekstów w języku angielskim**

Michał Zagrodzki

#### **Redaktor tekstów w języku polskim**

Grażyna Polkowska-Nowak

Copyright © by Authors, 2022

Some rights reserved

Publication under the Creative Commons Attribution 3.0 PL (CC BY 3.0 PL) (license (full text  
available at: <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/pl/legalcode>)

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja elektroniczna.

„Studia Iuridica” znajdują się w wykazie czasopism punktowanych przez Ministerstwo Nauki  
i Szkolnictwa Wyższego na potrzeby oceny parametrycznej jednostek naukowych.

ISSN 0137-4346 (druk)

ISSN 2544-3135 (pdf online)

Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego

02-678 Warszawa, ul. Smyczkowa 5/7

[www.wuw.pl](http://www.wuw.pl); e-mail: [wuw@uw.edu.pl](mailto:wuw@uw.edu.pl)

Dział Handlowy WUW: tel. (48 22) 55 31 333; e-mail: [dz.handlowy@uw.edu.pl](mailto:dz.handlowy@uw.edu.pl)

#### **Skład i łamanie**

Barbara Obrębska

Druk i oprawa: POZKAL

## SPIS TREŚCI

<i>Michał Barański</i> – Employment flexibility in times of crisis .....	9
<i>Maria Bosak-Sojka</i> – Krytyka pracownika a mobbing i ich wpływ na stosunek pracy .....	30
<i>Anna Brzezińska-Rawa, Dorota Sylwestrzak</i> – Towards the first offshore wind energy plant .....	40
<i>Lukasz Chruściel</i> – Rezygnacja z zaspokajania potrzeb bytowych, socjalnych i kulturalnych pracowników w czasie kryzysu .....	57
<i>Vita Czepek, Elżbieta Karska</i> – The scope and importance of cooperation between UNESCO and the ICC for the protection of cultural property .....	74
<i>Marcin Dąbrowski</i> – Glosa do punktu 2 lit. b wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2021 r., K 3/21 .....	95
<i>Aleksandra Dzięgielewska</i> – Redefining the rule of law: In search of a universal social dimension .....	110
<i>Paweł Gala</i> – Admissibility of hemp crop other than fibrous in Poland .....	125
<i>Tomasz Giaro</i> – More breaking news from Nazi times: Is the European legal tradition spurious? .....	140
<i>Ewa Gmurzyńska</i> – The nature and role of academic ombudsman at the Polish higher education institutions .....	150
<i>Iwona Gredka-Ligarska</i> – Employment stability in times of the COVID crisis: A case of legal instruments introduced by the Polish legislator .....	198
<i>Daniel Jakubowski</i> – Kryteria definicyjne rażącego niedbalstwa .....	223
<i>Dorota Krekora-Zajac</i> – Physician scientist: Clash of patient rights and principles of conducting research .....	241
<i>Katarzyna Leśkiewicz</i> – The legal concept of unsafe (dangerous) food .....	264
<i>Jacek Lewkowicz, Przemysław Litwiniuk</i> – Market regulation: Are there any reasons to treat sharing economy exceptionally? .....	283
<i>Maciej Lubiszewski</i> – Kwalifikacja podmiotowa wykonawcy przy udzielaniu zamówienia publicznego z wolnej ręki .....	304
<i>Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Przemysław Brzozowski</i> – Skuteczność nadzoru nad wykorzystaniem majątku spółek komunalnych w Polsce .....	317
<i>Konrad Marciniuk</i> – Problematyka prawna lokalizowania instalacji wytwórczych odnawialnych źródeł energii .....	331
<i>Błażej Mądrzycki, Łukasz Pisarczyk</i> – The impact of the pandemic on collective relations in Poland .....	354
<i>Agata Niewiadomska</i> – Innowacyjność w nowej Wspólnej Polityce Rolnej .....	375
<i>Jacek Piecha, Magdalena Porzeżyńska, Marek Porzeżyński, Marek Grzywacz</i> – Road to eco-routing: A model of regulatory approach for the EU .....	388

---

<i>Krzysztof Różański</i> – Current problems facing apicultural activity: Economic and legal perspective .....	408
<i>Karol Ryszkowski</i> – Kwestia charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej notariusza w zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności .....	421
<i>Patrycja Sobolewska</i> – The effectiveness of the EU package travel directive during the COVID-19 pandemic .....	433
<i>Adrianna Suska</i> – Znakowanie żywności jako forma administracyjnoprawnej ochrony konsumenta .....	452
<i>Robert Suwaj</i> – Znaczenie dorobku Waława Dawidowicza dla współczesnej administracji publicznej .....	469
<i>Adrianna Szczehowicz-Raś</i> – Możliwość wyboru między świadczeniem pielęgnacyjnym a specjalnym zasiłkiem opiekuńczym – problemy praktyczne .....	485
<i>Rafał Szewczyk</i> – Rola organizacji międzynarodowych w zachowaniu zasobów morskich. Wybrane zagadnienia prawne .....	498
<i>Mariusz Tomaszuk</i> – Prawo do sądu w dobie pandemii COVID-19 .....	514
<i>Tomasz Tulejski</i> – Thomas Jefferson przeciwko „politykom w togach”. Kilka uwag dotyczących sporu o kierunki interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych .....	527
<i>Mikołaj Wolanin</i> – Odrębność samorządu uczniowskiego od dyrektora szkoły. Głosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 27 maja 2021 r., II SAB/Ke 42/21 .....	553
<i>Elżbieta Żochowska</i> – Nowa instytucja prawa cywilnego: prawo własności warstwowej czy prawo zabudowy .....	562

## TABLE OF CONTENTS

<i>Michał Barański</i> – Employment flexibility in times of crisis .....	9
<i>Maria Bosak-Sojka</i> – Criticism of the employee, mobbing, and their impact on the employment relationship .....	30
<i>Anna Brzezińska-Rawa, Dorota Sylwestrzak</i> – Towards the first offshore wind energy plant .....	40
<i>Lukasz Chruściel</i> – Resignation from fulfilling employees’ life, social, and cultural needs in times of crisis .....	57
<i>Vita Czepek, Elżbieta Karska</i> – The scope and importance of cooperation between UNESCO and the ICC for the protection of cultural property .....	74
<i>Marcin Dąbrowski</i> – A gloss to point 2b of the judgment of the Constitutional Tribunal of 7 October 2021, K 3/21 .....	95
<i>Aleksandra Dziągiewska</i> – Redefining the rule of law: In search of a universal social dimension .....	110
<i>Paweł Gała</i> – Admissibility of hemp crop other than fibrous in Poland .....	125
<i>Tomasz Giaro</i> – More breaking news from Nazi times: Is the European legal tradition spurious? .....	140
<i>Ewa Gmurzyńska</i> – The nature and role of academic ombudsman at the Polish higher education institutions .....	150
<i>Iwona Gredka-Ligarska</i> – Employment stability in times of the COVID crisis: A case of legal instruments introduced by the Polish legislator .....	198
<i>Daniel Jakubowski</i> – Defining criteria of gross negligence .....	223
<i>Dorota Krekora-Zajac</i> – Physician scientist: Clash of patient rights and principles of conducting research .....	241
<i>Katarzyna Leśkiewicz</i> – The legal concept of unsafe (dangerous) food .....	264
<i>Jacek Lewkowicz, Przemysław Litwiniuk</i> – Market regulation: Are there any reasons to treat sharing economy exceptionally? .....	283
<i>Maciej Lubiszewski</i> – Subject qualification of the contractor in sole source public procurement .....	304
<i>Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Przemysław Brzozowski</i> – Effectiveness of supervision over the disbursement of assets of municipal companies in Poland .....	317
<i>Konrad Marciniuk</i> – Legal issues of locating installations generating renewable energy sources .....	331
<i>Błażej Mądrzycki, Lukasz Pisarczyk</i> – The impact of the pandemic on collective relations in Poland .....	354
<i>Agata Niewiadomska</i> – Innovation in the new common agricultural policy .....	375



---

<i>Jacek Piecha, Magdalena Porzeżyńska, Marek Porzeżyński, Marek Grzywacz</i> – Road to eco-routing: A model of regulatory approach for the EU .....	388
<i>Krzysztof Różański</i> – Current problems facing apicultural activity: Economic and legal perspective .....	408
<i>Karol Ryszkowski</i> – The issue of the nature of the notary’s liability for damages in the scope of civil liability for damages caused in the course of performing the notarial activities .....	421
<i>Patrycja Sobolewska</i> – The effectiveness of the EU package travel directive during the COVID-19 pandemic .....	433
<i>Adrianna Suska</i> – Food labelling as a form of consumer protection in administrative law .....	452
<i>Robert Suwaj</i> – The importance of Waclaw Dawidowicz’s research achievements for contemporary public administration .....	469
<i>Adrianna Szczechowicz-Raś</i> – The possibility of choosing between a nursing benefit and a special care allowance: Practical problems .....	485
<i>Rafał Szewczyk</i> – The role of international organizations in the conservation of marine resources: Selected legal issues .....	498
<i>Mariusz Tomaszuk</i> – Right to justice in the era of the COVID-19 pandemic .....	514
<i>Tomasz Tulejski</i> – Thomas Jefferson against „politicians in robes”: Some comments on the dispute over the directions of interpretation of the US Constitution .....	527
<i>Mikołaj Wolanin</i> – Separation of the student council from the school principal: A commentary on the verdict of the Voivodeship Administrative Court in Kielce of 27 May 2021, No. II SAB/Ke 42/21 .....	553
<i>Elżbieta Żochowska</i> – New civil law institution: Layer property ownership right or the heritable building right .....	562

*Michał Barański*

University of Silesia in Katowice

e-mail: [michal.baranski@us.edu.pl](mailto:michal.baranski@us.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-6797-8124

## EMPLOYMENT FLEXIBILITY IN TIMES OF CRISIS

### Abstract

This article addresses the issue of legitimacy and legal consequences of the introduction of various forms of flexible employment in times of crisis, above all focusing on issues related to the flexibility of the workplace (telework, remote work), as well as those of flexible working time (part-time work, modifications of working time systems and schedules). Bearing in mind the specifics of the crisis, the following legal constructions will also be analyzed: term employment contracts, non-employee civil law work, work in cottage industry, self-employment, temporary work, casual work, on-call work, job sharing, and employee outsourcing. Each flexibilisation of employment introduced into the legal order due to the crisis, although temporary, each time leaves its mark on the regulations in force also in times free from a crisis (specific legal constructions remain, permanently modifying a given legal order). This article is also devoted to this issue.

### KEYWORDS

flexibility, employment relationship, workplace, working time, non-employee work, COVID crisis, anti-crisis legislation

## SŁOWA KLUCZOWE

elastyczność, stosunek pracy, miejsce pracy, czas pracy, zatrudnienie niepracownicze, kryzys covidowy, regulacje antykryzysowe

### 1. INTRODUCTORY REMARKS

Employment flexibility is usually understood as “the ability to adapt the structure, size, and skills of the workforce in accordance with changing external circumstances and conditions and the needs and capabilities of the employer”<sup>1</sup>. In times of economic crises, legislators take various measures to make the labour market more flexible, generally by liberalizing labour laws and popularizing flexible forms of employment and organization of working time. Typically, this is primarily aimed at maintaining current employment levels and retaining skilled and trained employees.

The 2007–2009 global economic crisis in the financial and banking markets, initiated by the collapse of the high-risk mortgage market in the United States of America, was the first crisis in the global world economy<sup>2</sup>. This meant no models of counteracting the crisis using the instruments previously known to labour law. At that time, many national regulations were created to limit the negative effects of the crisis. For example, in Poland the global economic crisis and the ensuing economic slowdown have led to a search for extraordinary legal solutions to counteract or mitigate the effects of the crisis, particularly those that allow for the reduction of labour costs and prevent job losses during the downturn<sup>3</sup>.

Also today, in very many countries there are several anti-crisis regulations related to preventing, counteracting and combating COVID-19, which directly affect the situation of employees. Many of these solutions use known instruments of employment flexibility. Although all crises have standard features, each one is different. While some developed models from the previous crisis could be used, the nature of the crisis triggered by COVID-19 necessitated an entirely new

---

<sup>1</sup> A. Dubowik, *Funkcjonalna elastyczność zatrudnienia a ustalenie rodzaju pracy w umowie o pracę*, (in:) L. Florek, Ł. Pisarczyk (eds.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, p. 200.

<sup>2</sup> K. Walczak, *Wpływ globalizacji i ogólnoświatowego kryzysu na podstawy i warunki zatrudniania. Wyzwania dla polskiego prawa pracy*, (in:) L. Florek, Ł. Pisarczyk (eds.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, p. 81.

<sup>3</sup> Poland had in force the Act of 1 July 2009 on mitigating the effects of the economic crisis on employees and entrepreneurs (“Journal of Laws” 2009, No. 125, item 1035, as amended). The act entered into force on 22 August 2009. However, its provisions did not introduce any permanent changes in Polish labour law. The act was transitional and was in force until 31 December 2011.

approach to specific issues closely related to labour law. On many occasions, specific legislative solutions arouse great controversy (which was inevitable given the scale of the legislature's intervention and the pace of the proceedings). Above all, however, there are opinions about the need to use various forms of employment flexibility in the post-crisis era. This leads to an intensified discussion on the future of labour law and the role that the various forms of employment flexibility analysed here will play in this context.

## **2. THE CHANGING ROLE OF THE *FLEXICURITY* CONCEPT DEPENDING ON THE TYPE OF CRISIS (COMBATING UNEMPLOYMENT, PROTECTING HUMAN LIFE AND HEALTH)**

The economic and social policy model known as *flexicurity*<sup>4</sup>, introduced in many European countries before the economic crisis of 2007–2009, despite its many advantages, was not always an antidote to the problem of high unemployment during that crisis. The economic literature even indicates that “solutions introducing more flexible labour markets do not work as an antidote to the problem of high unemployment during the crisis. In Denmark and other countries with low labour market restrictions, such as the United Kingdom or the United States, the changes in unemployment levels during the crisis were faster and deeper than in countries with more regulated labour markets, especially if the latter applied various shock absorbing solutions, e.g. shortening working time to reduce the decline in economic activity of the population. Examples of such measures include Germany or the Netherlands, where unemployment levels changed little despite the crisis and slowdown”<sup>5</sup>. This weakened the arguments of those who at that time called for the introduction of *flexicurity* solutions into the European Union's recovery programmes.

In the crisis caused by the COVID-19 pandemic, besides, if not primarily, the aim of the *flexicurity* mentioned above is also to protect human health and life, which significantly alters the perception of the role played by the *flexicurity* concept in the crisis. As Rycak notes, “flexicurity rejects the perception of employment flexibility solely as an element beneficial to employers, and security

---

<sup>4</sup> *Flexicurity* can be defined as “an integrated strategy to enhance, at the same time, flexibility and security in the labour market”. See also Communication of 27 June 2007 from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Towards Common Principles of Flexicurity”, COM(2007) 359, Brussels 2007.

<sup>5</sup> A. Gładzicka-Jankowska, *Flexicurity – koncepcja i jej weryfikacja w okresie kryzysu i spowolnienia po 2007 roku*, “Optimum. Studia Ekonomiczne” 2013, No. 3 (63), p. 214.

as an element that is important only for employees”<sup>6</sup>. Indeed, the introduction of various flexible forms of employment during the COVID-19 crisis, designed to limit interpersonal contact and prevent infection, protected employees and employers. For example, remote work has begun to be used as a strategy to minimize health risks while maintaining production and business operations<sup>7</sup>.

It is, therefore, possible to note a specific evolution of *flexicurity*. *Flexicurity* is a concept that has to be defined as part of an ongoing process<sup>8</sup>. It should not be a standardised model that can be applied in the same way, for example, across all European Union Member States. Moreover, even during the previous 2007–2009 crisis, the Committee of the Regions, while stressing the importance of combating unemployment, made it clear in the opinion mentioned above that there should be fair and just labour laws in the Member States – these laws should not only include, but also ensure, among others, health and safety protection. Thus, although in the COVID-19 crisis, the various forms of employment flexibilities analysed later in this paper continue to be used by the legislator to protect workplaces (to counter unemployment) and to ensure the continuity of the employer’s operations, in some cases an equal aim, if not the most important one, is to protect the lives and health of both parties to the employment relationship.

### **3. THE ISSUE OF LEGITIMACY AND LEGAL EFFECTS OF INTRODUCING VARIOUS FORMS OF FLEXIBILIZATION OF PRECRISIS EMPLOYMENT RELATIONS IN TIMES OF CRISIS**

#### **3.1. THE FLEXIBILITY OF THE WORKPLACE (TELEWORK, REMOTE WORK)**

The *flexicurity* model supposes “the creation of an accessible, inclusive and flexible labour market, recognising and encouraging ICT, and enabling varied work patterns (i.e. homeworking and teleworking)”<sup>9</sup>. However, it should be borne in mind that flexibility of employment in terms of the workplace was known in the legislations of many countries, even before the economic crisis of 2007–2009 and before the concept of *flexicurity* was formalised at the EU level.

---

<sup>6</sup> M. Rycak, *Wpływ koncepcji flexicurity na przemiany stosunku pracy*, (in:) L. Florek, Ł. Pi-sarczyk (eds.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, p. 211.

<sup>7</sup> M. Fana, S. Torrejon Perez, E. Fernandez Macias, *Employment impact of Covid-19 crisis: From short term effects to long terms prospects*, “Economia e Politica Industriale – Journal of Industrial and Business Economics” 2020, Vol. 47, No. 3, p. 402.

<sup>8</sup> Opinion of the Committee of the Regions on ‘Flexicurity’, 2008/C 105/04.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

In the EU Member States, the introduction of regulations on telework was primarily aimed at creating a legal basis for telework, in accordance with the European Framework Agreement on Telework of 16 July 2002<sup>10</sup>. The agreement defines telework as a form of organising and/or performing work, using information technology, in the context of an employment contract/relationship, where work, which could also be performed at the employer's premises, is carried out away from those premises on a regular basis. The parties to the agreement are the social partners that are representative at the European level, in this case: European Trade Union Confederation (ETUC), the EUROGADRES/CEC Liaison Committee, the Union of Industrial and Employers' Confederations in Europe (UNICE), the European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises (UEAPME), and the European Centre for Enterprises of State and Public Benefit (CEEP). The European Framework Agreement on Telework was given the form of a "voluntary" agreement, which was to be implemented by the social partners themselves, signatories to the agreement. The adopted in this way, a kind of Community legal regulation, from the point of view of European law theory, can be classified as soft-law. The agreement and the teleworking rules were to be implemented within three years from the moment of signing, i.e. by 16 July 2005.

In Poland, the benefits of working away from one's office thanks to information and tele-communication technologies were first appreciated by people with disabilities. The development of new technologies has created employment opportunities for employees with limited spatial mobility<sup>11</sup>. For the disabled community, telecommuting and teleeducation are sometimes the only way to get an education and lead an active professional and social life. A comprehensive regulation of teleworking was introduced through the amendment of the Polish Labour Code on 24 August 2007<sup>12</sup>.

The reasons for introducing into Polish legislation a regulation on remote work (not regulated at all before the COVID-19 crisis) were quite different.

---

<sup>10</sup> See also [https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2020-09/Telework%202002\\_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf](https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2020-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf) (accessed 29.12.2021). This agreement directly supports the strategy defined at the Lisbon European Council and the transition to a knowledgebased economy and society, in line with the Lisbon objectives. In July 1997, the European Commission adopted a raft of policy recommendations on the labour market and the social dimension of the information society. The recommendations included commitments to promote teleworking in Europe and to study teleworking within the Commission. In 1998 a pilot project was launched by the Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities and the Directorate General for the Information Society. It includes three telework types of a part-time nature: working both from home and in the office, working whilst on the move during official missions, and occasional work in another Commission building.

<sup>11</sup> See also Opinion of the Parliamentary Analyses Bureau – a substantive opinion to the government project of the bill amending the Labour Code Act and some other acts in particular in the scope of: social effects of proposed legal regulations, impact on the labour market (Parliamentary Paper No. 1684).

<sup>12</sup> "Journal of Laws" 2007, No. 181, item 1288.

The COVID-19 pandemic, enforcing reduced social contact, isolation, and new forms of security, must have caused significant changes in work arrangements<sup>13</sup>. According to Art. 3(1) of the Polish Act of 2 March 2020 on special solutions related to preventing, counteracting and combating COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them<sup>14</sup>, in the period of validity of an epidemic emergency or a state of epidemics, declared due to COVID-19, and in 3 months after their cancellation, to counteract COVID-19, an employer may order an employee to perform, for a specified period, work specified in the employment contract, outside the place of its regular performance (remote work)<sup>15</sup>. It is unnecessary to enter into a separate agreement between the parties to the employment relationship regarding the temporary performance of remote work by the employee (although the parties to the employment relationship may establish this form of work provision by way of an amending agreement)<sup>16</sup>.

In most countries, as in Poland, one of the ways to deal with the crisis caused by COVID-19 (*inter alia*, to protect health) was to “facilitate” remote working arrangements<sup>17</sup>. It is rightly noted by Menegatti that “obviously, work from home has the ability both to grant social distancing, by avoiding the need for workers’ commuting and personal contacts in the workplaces, and to keep at the same time workers active and companies alive”<sup>18</sup>. However, it is essential that some countries, unlike Poland, already have complex regulations not only on teleworking but also homeworking (work can be performed without technological tools for carrying out the work). These regulations often took effect long before the crisis caused by COVID-19. It was a significant facilitator in introducing remote work as an instrument to combat COVID-19. For example, in Italy in 2017, “the legislature decided to regulate ‘agile’ work, following on the elaboration of collective bargaining, as a peculiar execution mode of the employment relationship agreed by the parties, organised by stages, cycles and objectives, without strict time and place constraints, and possibly involving the use of technological tools for car-

---

<sup>13</sup> Ł. Pisarczyk, A. Boguska, *Sfera zatrudnienia w działaniach antykryzysowych. Wybrane zagadnienia*, “Monitor Prawa Pracy” 2020, No. 5, p. 12.

<sup>14</sup> “Journal of Laws” 2020, item 1842, as amended, hereinafter referred to as the Anti-Crisis Act.

<sup>15</sup> Under Art. 2(2) of the Anti-Crisis Act, whenever the Act refers to “counteracting COVID-19”, it is understood to mean all activities related to eradicating infection and preventing the spread, prophylaxis and combating the effects of the disease. As long as the employee is not absent from work on an excused basis (e.g. due to illness), in the event of the need to take measures to counteract COVID-19, the employer should, therefore, first of all, give the employee an order to work remotely.

<sup>16</sup> M. Barański, *Remote work in the COVID-19 era*, (in:) M. Jankowska, M. Pawelczyk (eds.), *Fashion industry copes with Covid-19: A legal, technological and sociological reflection*, Katowice 2021, p. 274.

<sup>17</sup> E. Menegatti, *The impact of COVID-19 crisis on Italian labour law*, “Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 2021, No. 2 (19), p. 3.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 3–4.

rying out the work activity, partly outside the business premises, without a fixed location”<sup>19</sup>.

However, it is noticeable that COVID-19 remote work is much more similar to traditional teleworking than homeworking, having a different rationale: first of all public health protection, rather than enhancing work-life balance and companies’ competitiveness<sup>20</sup>. This, in turn, sometimes raises questions when distinguishing one legal construct from another. Moreover, it should also be stressed that the Polish legislator in the above-mentioned Art. 3 of the Anti-Crisis Act uses such terms as “employee”, “employer”, “employment contract”, which clearly indicates the limited subject scope of this provision. It covers only employment cases of an employee (within the employment relationship framework)<sup>21</sup>. Therefore, it does not cover cases of work performed under civil law contracts (which is a specific feature of the Polish legal system).

### **3.2. THE FLEXIBILITY OF WORKING TIME (PART-TIME WORK, MODIFICATIONS OF WORKING TIME SYSTEMS AND SCHEDULES)**

Reorganization of work forced by the crisis causes changes or flexibility of working time. Relatively rigid previous labour law regulations have not always allowed employers to introduce organizational solutions quickly. Previous legislation has also been used to change working time (while changing working hours by mutual agreement, terminating working conditions, specifying in the working time pattern different hours for the commencement of work on days designated as the employee’s working days according to that working time pattern, specifying in the working time pattern the time during which an employee may decide when to commence work on a given day designated as the employee’s working day according to that working time pattern, defining an individual working time pattern within the working time system covering that employee etc.), but this has proved insufficient. It became necessary to introduce solutions that would tie interference with working time to state financial aid.

For example, Art. 15g of the Polish Anti-Crisis Act assists employers while protecting workplaces through a complex system of remuneration subsidies for employees affected by economic work stoppage or reduced working hours. Pursuant to Art. 15g(11) of the Anti-Crisis Act, it is possible to conclude an collective agreement specifying the conditions and procedure for performing work during the period of economic work stoppage or reduced working hours. It refers to the status of employees, but its personal scope may also include persons working outside an employment relationship, for example, under civil law contracts and

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>20</sup> M. Barański, *Remote work...*, pp. 278–281; E. Menegatti, *op. cit.*, p. 5.

<sup>21</sup> M. Barański, *Remote work...*, pp. 274–275.



the self-employed. However, it should be emphasized that the solutions included in the Anti-Crisis Act were already known to the Polish legislation (similar regulations already appeared in the Act of 11 October 2013 on special solutions related to the protection of workplaces<sup>22</sup> and the previously mentioned Act of 1 July 2009 on mitigating the effects of the economic crisis on employees and entrepreneurs). However, it should also be mentioned that in Poland employers responsible for critical infrastructure elements have been given further organizational authority. They may significantly reorganize the work process (unilaterally) for a limited period of time, not longer than until the state of epidemic threat or epidemic state is cancelled. This consists, firstly, in the possibility of changing the system and schedule of employees' working time in such a way as is necessary to ensure the continuity of the operation of their enterprise. The Anti-Crisis Act also provides for this specific group of employers the possibility of ordering the employees to perform overtime work to the extent and dimension necessary to ensure the company's operations continuity. There is a possibility to oblige the employee to perform an on-call shift in violation of the right to daily and weekly rest as well as ordering the employee to exercise the right to rest in the place designated by the employer (the only condition is the occurrence of an epidemic or threat of epidemic). The literature emphasizes that "without questioning the need to take care of strategic services, these measures must be evaluated as disproportionate to the purpose they were intended to serve, especially in the context of the employees' right to safe and hygienic working conditions (taking into account, among other things, the suspension of the obligation to perform periodic examinations) or their right to privacy"<sup>23</sup>.

When considering working time flexibility, it is also essential to mention the new phenomenon of on-call work – increasingly gaining popularity in the COVID-19 crisis. The ILO Part-Time Work Convention, 1994 (No. 175) defines the term "part-time worker" as "an employed person whose normal hours of work are fewer than those of comparable fulltime workers". As ILO points out "part-time work is one of the traditional forms of non-standard employment. However, over the past decades, not only has it grown in importance, but it has also witnessed a diversification of its forms, which include: 'substantial part-time' (21–34 hours per week), 'short part time' (20 hours or less), and 'marginal' part-time (fewer than 15 hours per week). In some instances, working arrangements may involve very short hours or no predictable fixed hours, and the employer has no obligation to provide a set number of hours of work. These arrangements, known as 'on-call work', come under different contractual forms depending on the coun-

---

<sup>22</sup> "Journal of Laws" 2019, item 669, as amended.

<sup>23</sup> Ł. Pisarczyk, A. Boguska, *op. cit.*, p. 14.

try and include so-called ‘zero-hours contracts’<sup>24</sup>. In its judgment of 19 March 2013<sup>25</sup>, the Polish Supreme Court emphasised that on-call work with fully paid waiting time does not constitute employment as defined in Art. 22 para 1 of the Polish Labour Code<sup>26</sup>.

### 3.3. THE FLEXIBILITY IN THE TYPE OF WORK

The economic crisis often forces employers to take actions that come down to a temporary change in the type of work. Such a change may be justified, for example, when an employee cannot work remotely, but at the same time, it is possible to assign him other duties to economic work stoppage.

As Gundt points out, from the perspective of Dutch labour law, there is a noticeable tendency, not only of the legislator but also of the jurisprudence, to look for a balance between the interests of the employer and the employee within the framework of anti-crisis solutions. On the one hand, the payment of remuneration for work is guaranteed to the employee, on the other hand, high flexibility in performing by the employee other work, when the current one cannot be performed<sup>27</sup>. According to Gundt “this general idea of a certain flexibility of the employment contract also explains the idea of being able to change the employment contract in good faith on the basis of reasonableness (...) the response to the crisis is not a weakening of the position of the weaker of two parties in the contract, but rather a continued protection”<sup>28</sup>.

In Poland, during the COVID-19 crisis, no specific arrangements were put in place to temporarily interfere with the type of work (change in the type of work). Therefore, the existing regulations in this regard, primarily Art. 42 para 4 KP, were applicable. According to this provision, notice of termination of the current terms and conditions of work and pay is not required in cases when an employee is assigned work other than that specified in the contract of employment for a period not longer than 3 months in a calendar year, if justified by the employer’s needs, unless this reduces the employee’s remuneration and is inappropriate to the employee’s qualifications. The parties to an employment relationship also always can change the type of work by mutual agreement.

---

<sup>24</sup> International Labour Organization, *What are part-time and on-call work?*, [https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS\\_534825/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_534825/lang-en/index.htm) (accessed 29.12.2021).

<sup>25</sup> Judgment of the Supreme Court of 19 March 2013, I PK 223/12, LEX No. 1415490.

<sup>26</sup> “Journal of Laws” 2020, item 1320, as amended, hereinafter referred to as KP.

<sup>27</sup> N. Gundt, *The COVID-specific measures in the Netherlands: Do they fit into the general picture?*, “Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 2021, No. 2 (19), p. 14.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

## 4. DIFFERENT FORMS OF WORK IN TIMES OF CRISIS

### 4.1. FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACTS

In Poland, according to Art. 25 para 1 KP an employment contract is concluded for a trial period, for an indefinite period of time or for a definite period of time. The employment contract for a trial period not exceeding 3 months is concluded in order to check the qualifications of the employee and the possibility of his employment for the purpose of performing a specified type of work (Art. 25 para 2 KP)<sup>29</sup>. In turn, under Art. 25<sup>1</sup> para 1 KP, the employment period based on an employment contract for a definite period time, as well as the total employment period based on employment contracts for a definite period of time concluded between the same parties to the employment relationship, may not exceed 33 months, and the total number of these contracts may not exceed 3 (the legislator provides for several exceptions in this respect).

However, it is the employment contract for an indefinite period of time that fulfils the protective function of labour law. This is because this contract realises the rights and obligations of employees and employers in the most accurate way and is characterised by the strongest bond between the parties to the employment relationship. This means that “an employment contract for a definite period time should be an exception to the principle of employment of indefinite duration, to be used when objective circumstances are justifying the temporary employment”<sup>30</sup>.

It should not be forgotten that although both parties to the employment relationship may terminate the employment contract by notice, their legal situation is significantly different (given the significant restriction on the employer’s ability to terminate the employment contract due to general and special employment protection)<sup>31</sup>. At the same time, the literature on the subject stresses that currently, the Polish Labour Code, due to the resignation by the legislator of the previous principle of non-termination of term contracts, does not guarantee employees employed for a specified time any stability of employment<sup>32</sup>. Despite the significant change in the regulation on limiting the length of term contracts that came into force due

---

<sup>29</sup> According to Art. 25 para 3 KP it is possible to re-sign an employment contract for a trial period with the same employee: 1. if the employee is to be employed for the purpose of performing another type of work; 2. after a lapse of at least 3 years from the date of termination or expiry of the previous employment contract if the employee is to be employed for the purpose of performing the same type of work; in this case it is permissible to re-assign an employment contract for a trial period.

<sup>30</sup> Judgment of the Supreme Court of 22 August 2018, III PK 66/17, LEX No. 2549369.

<sup>31</sup> L. Mitrus, (in:) A. Sobczyk (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, p. 201.

<sup>32</sup> *Ibidem*; Z. Góral, (in:) K.W. Baran (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Vol. 1. Art. 1–113, Warszawa 2020, pp. 343–344.

to the amendment of 25 June 2015<sup>33</sup>, the general protection against termination continues to cover only employees employed under a permanent contract.

In many countries, in order to ensure the proper organization of work during the COVID-19 pandemic, labour law authorizes the conclusion of successive fixed-term employment contracts in specific sectors and under certain conditions<sup>34</sup>. This is a solution already known to the anti-crisis legislation from the crisis of 2007–2009, when, for example, in Poland the limits on the conclusion of successive fixed-term employment contracts were modified<sup>35</sup>. At the same time, however, during the COVID-19 crisis in Poland, the legislator did not decide to introduce such solutions used during the earlier crisis.

The introduction, during crises, of legal modifications to already existing employment relationships in terms of the length or number of fixed-term employment contracts and the widespread conclusion of short-term employment contracts undoubtedly weakens the protective function of labour law. This results in far less employment stability.

#### 4.2. NON-EMPLOYMENT WORK (CIVIL LAW TYPE) AND WORK IN THE COTTAGE INDUSTRY

In Poland, according to Art. 22 para 1 KP “by establishing an employment relationship, an employee undertakes to perform work of a specified type for the benefit of an employer and under his supervision, in a place and at the times specified by the employer; the employer undertakes to employ the employee in return for remuneration”. It is accepted in the literature that labour law is a set of legal norms governing subordinate employment relationships and other legal relationships inherent in them<sup>36</sup>. This specific obligatory relationship, which is the employment relationship, is a central concept in Polish labour law. It is, precisely, the criterion of the subject of regulation that makes it possible to distinguish labour law as a separate branch of law. It is common in both jurisprudence and literature to contrast employment relationships with other workers’ work.

---

<sup>33</sup> “Journal of Laws” 2015, item 1220.

<sup>34</sup> C. Mairy, *COVID-19: Possibility of successive fixed-term contracts in certain sectors*, <https://www.partena-professional.be/en/knowledge-center/infoflashes/covid-19-possibility-successive-fixed-term-contracts-certain-sectors> (accessed 2.01.2022). See, e.g. Act of 20 December 2020 on temporary support measures due to the COVID–19 pandemic, “Belgian Official Gazette”, 30 December 2020.

<sup>35</sup> According to Art. 13(1) Act of 1 July 2009 on mitigating the effects of the economic crisis on employees and entrepreneurs, the period of employment under a fixed-term employment contract, as well as the total period of employment under subsequent fixed-term employment contracts between the same parties to the employment relationship, may not exceed 24 months.

<sup>36</sup> T. Wyka, *Miejsce prawa pracy w systemie prawa*, (in:) K.W. Baran (ed.) *System prawa pracy*. Vol. 1. *Część ogólna*, Warszawa 2017, p. 171.

The employment relationship, as a legal relationship governed by labour law, has a specific legal character which distinguishes it, for example, from civil law relationships. In the Supreme Court's view, the work does not have to be of an employee nature<sup>37</sup>. According to K.W. Baran, "non-employment work includes all non-incidentally provision of work except for classically conceived employment of a legal-employee nature"<sup>38</sup>.

The structural features of an employment relationship are voluntary commitment, the need to perform work personally, the aforementioned employee subordination, the employer's risk, the remuneration of work, and continuity of work.

The widespread use of civil law contracts in Poland became all the more critical at the beginning of the COVID-19 crisis, when employers, looking for illusory savings, not infrequently violating labour laws, led to the termination of employment contracts with employees and hired workers in their place. Often such contracts are disguised employment contracts (civil law contracts are sham and, in that sense, invalid).

Another issue is the provision of work in the cottage industry during the crisis and the juxtaposition of this legal construction to the new instruments introduced to counteract the crisis. Pursuant to the statutory delegation under Art. 303 para 1 KP, the Polish Council of Ministers determined, by way of a Regulation of 31 December 1975, the scope of application of the labour law to persons performing work in the cottage industry, with amendments resulting from different conditions for performing such work<sup>39</sup>. The legal nature of the work in the cottage industry has raised serious doubts for many years, and it certainly does not constitute the basis for establishing an employment relationship (a closed catalogue of such bases is set out in Art. 2 KP; this fact is also confirmed by Art. 303 para 2 KP). Work in the cottage industry is usually defined as "gainful and professional work of natural persons, usually performed in their own home, to the order and account of the contractor, with materials and raw materials entrusted by him, alone or with the help of other persons"<sup>40</sup>. The contract of work in the cottage industry is a contract of result, and the features of the legal relationship based on this contract are not the subordination of the contractor to the outlay worker and the personal nature of the service (the contractor may, for example, use the help of household members).

The introduction of the regulation of remote work to the Polish legal system has caused, in specific factual situations, difficulties in distinguishing this legal

---

<sup>37</sup> Judgment of the Supreme Court of 7 October 2004, II PK 29/04, LEX No. 145435.

<sup>38</sup> K.W. Baran (ed.), *System prawa pracy*. Vol. 7. *Zatrudnienie niepracownicze*, Warszawa 2015, p. 22.

<sup>39</sup> "Journal of Laws" 1976, No. 3, item 19, as amended.

<sup>40</sup> P. Prusinowski, (in:) K. Baran (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Vol. 2. *Art. 114–304(5)*, Warszawa 2020, LEX/el.

construction not only from telework but also from work in the cottage industry<sup>41</sup>. In the circumstances of a given case, it can be far more problematic to confirm that remote or telework is indeed performed under conditions of subordination and in person – within the scope of the employment relationship<sup>42</sup>. Meanwhile, in the Polish labour law system, the criterion of employee subordination is supposed to prevent the conclusion of such civil law contracts, which de facto conceal the employment relationship. In the context of telework, Polish literature directly emphasizes that “in practice, there may be doubts as to whether the contractual relationship established by the parties, in which one party is to perform for the benefit of the other party certain activities in the telework system, is a legal employment relationship, or a civil law relationship of providing services. Resolving this doubt will be possible after analyzing the content of the agreement concluded by the parties and determining whether the party who has committed to performing certain activities for the other party is subordinated to the other party in performing those activities or not”<sup>43</sup>. With remote work, as in the case of telework, however, the employee’s subordination is significantly weakened, even marginalized, often involving only the control of work results<sup>44</sup>.

According to Sanetra, “telework has some important similarities to the work in the cottage industry, in which, as a rule, work is regularly performed outside the workplace. The main differences, however, lie in the fact that work in the cottage industry is not associated with technological progress – or rather, in practice, is its contradiction – and its results are not communicated to the employer by electronic means, and in the fact that the worker organizes his workshop and his work, having the possibility to replace himself in its execution by other people”<sup>45</sup>. From the perspective of the subject of the obligation, therefore, while comparing telework to remote work (remote work has a much broader conceptual scope than telework)<sup>46</sup>, the common point is the performance of work with the use of means of electronic communication, remote work, which concerns the performance of manufacturing parts or material services, is to some extent similar to work in

---

<sup>41</sup> M. Barański, *Praca zdalna w czasach COVID-19*, (in:) M. Jankowska, M. Pawełczyk (eds.), *Moda i design w świecie COVID-19*, Katowice 2020, p. 467; M. Barański, *Praca zdalna a umowy cywilnoprawne*, (in:) M. Mędrala (ed.), *Praca zdalna w polskim systemie prawa pracy*, Warszawa 2021, p. 234.

<sup>42</sup> M. Barański, *Praca zdalna w czasach...*, p. 467; M. Barański, *Praca zdalna a umowy...*, p. 234.

<sup>43</sup> D. Dzienisz, J. Skoczyński, T. Zieliński, (in:) L. Florek (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2017, LEX/el.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> W. Sanetra, (in:) J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX/el.

<sup>46</sup> The literature emphasizes that “as the law currently stands, it appears that the only criteria for differentiation are that remote work is currently only possible to combat COVID-19, remote work does not have to be performed using electronic communication in every instance, and remote work itself is by definition temporary (fixed-term)”. See M. Barański, *Praca zdalna a umowy...*, p. 235.

the cottage industry<sup>47</sup>. Indeed, for both of these constructs, the critical issue is whether the physical activities in question can be performed at all, primarily in a home environment<sup>48</sup>. Ultimately, however, when juxtaposing remote work and work in the cottage industry, there is a need to conclude that it is the interested parties who choose the basis of employment “guided in this respect by the directive of the manner of performing the given activity, and not its subject”<sup>49</sup>.

### 4.3. SELF-EMPLOYMENT AND WORK THROUGH DIGITAL LABOUR PLATFORMS

“Self-employment” has not been defined so far on normative grounds (there is no legal definition). The “self-employed” in Polish labour law is often identified in general with an entrepreneur who is a natural person, or with an entrepreneur who is a natural person, but who performs as part of his activities, as a rule personally, activities for the benefit of one entity (or more), but each time in conditions of economic dependence<sup>50</sup>. In Polish jurisprudence, one may also encounter the view that “self-employment” consists in the performance of services for the employer by employees who simultaneously carry out business activities or perform a liberal profession<sup>51</sup>. Irrespective of adopting any of the above definitions, self-employment is inextricably linked to the running of a business by a natural person. In Poland a self-employed person is not an employee within the meaning of Art. 2 KP.

When considering the issue of self-employment from the perspective of making employment more flexible during the crisis, special attention should be paid to the rapidly growing work through digital labour platforms. Digital labour platform work is typically understood as performing a series of tasks through platforms that allow individuals and organizations to access an unspecified and unknown group to solve a specific type of problem, perform a particular service, or provide goods for a fee<sup>52</sup>. As noted by Bakalarz, “in the case of work on a digital labour platform, there are ‘micro-tasks’, i.e. only a part of the activities neces-

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Judgment of the Supreme Court of 13 April 2000, I PKN 594/99, LEX No. 43751.

<sup>50</sup> K. Walczak, *Zatrudnienie niepracownicze w ramach pozarolniczej działalności gospodarczej*, (in:) K.W. Baran (ed.), *System prawa pracy*. Tom VII. *Zatrudnienie niepracownicze*, Warszawa 2015, pp. 298–316.

<sup>51</sup> Judgment of the Supreme Court of 10 January 2003, I PK 87/02, LEX No. 78671.

<sup>52</sup> V. de Stefano, *The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”*, Geneva 2016, p. 1. Digital platform work is an example of crowdemployment. This new form of employment involves networked exchanges that allow users (organizational units and individuals) to access other users via the Internet to solve specific problems or achieve particular goals. See Eurofound, *New forms of employment*, Luxembourg 2015, pp. 1–2. See also T. Bakalarz, *Zatrudnienie za pośrednictwem platformy internetowej jako przejaw “uberyzacji” pracy*, “Przegląd Prawa i Administracji” 2019, Vol. 117, p. 11.

sary for the implementation of a given project, monotonous work of a low degree of complexity, but which require participation and evaluation by humans, which are beyond the reach of devices using artificial intelligence (for example, coding, tagging photos, assessing emotions, conducting surveys). Platform work may also involve specialized, complex activities specific to creative professionals”<sup>53</sup>.

A contractor performing work via a digital labour platform is not economically dependent on a particular contracting party, but it should be borne in mind that his activity determines the extent of his remunerative activity on the platform. It is therefore possible for such a contractor and the platform operator to develop a bond of dependence – organizational (without using the platform, the contractor will not establish contact with the contracting authority and will not perform the service) and economic (the platform operator moderates the flow of remuneration between the contracting authority and the contractor, decides to exclude the contractor from the “crowd of contractors”)<sup>54</sup>. Therefore, although currently, the work through the digital labour platform cannot be interpreted as a relationship of legal subordination inherent to an employee, the constant activity of the contractor on the platform has the characteristics of work (non-employment civil law type)<sup>55</sup>. The literature primarily seeks a model for digital labour platform work in self-employment, although performing this work also shares many characteristics with work in the cottage industry<sup>56</sup>.

Digital labour platforms have been widely promoted to solve the unemployment crisis sparked by the COVID-19 pandemic<sup>57</sup>. Among other reasons, in late 2021, the European Commission proposed a set of measures to improve the working conditions in platform work and to support the sustainable growth of digital labour platforms in the EU<sup>58</sup>. The new rules probably will ensure that people working through digital labour platforms can enjoy the labour rights and social benefits they are entitled to. They will also receive additional protection as regards the use of algorithmic management (i.e. automated systems that support or replace managerial functions at work). According to the European Commission, a common set of EU rules will provide increased legal certainty, therefore enabling digital labour platforms to benefit fully from the economic potential of the Single Market and a level playing field<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> T. Bakalarz, *op. cit.*, p. 11.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> K. Howson *et al.*, *Stripping back the mask: Working conditions on digital labour platforms during the COVID-19 pandemic*, “International Labour Review” 2021, <https://doi.org/10.1111/ilr.12222>, p. 1 (accessed 29.12.2021).

<sup>58</sup> European Commission, *Commission proposals to improve the working conditions of people working through digital labour platforms*, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_6605](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605) (accessed 28.12. 2021).

<sup>59</sup> *Ibidem*.



## 5. THE TEMPORARY NATURE OF EMPLOYMENT FLEXIBILITY DUE TO THE CRISIS (THE IMPACT OF ANTI-CRISIS REGULATIONS ON THE LEGAL ORDER IN TIMES FREE FROM CRISIS)

Each flexibilisation of employment introduced into the legal order due to the crisis, although temporary, each time leaves its mark on the regulations in force also in times free from a crisis (specific legal constructions remain, permanently modifying a given legal order). All global crises naturally not only intensify but even force reflection on the future of labour law<sup>60</sup>. The literature emphasizes that “the COVID crisis is so deep that it will not only radically affect labour markets in the short and medium run, but it can also change substantially the way the work is organised”<sup>61</sup>. This is a significant difference from the effects of the 2007–2009 crisis, which had only a short-term impact on labour law.

Legislative proceedings are currently underway in Poland to permanently introduce the concept of remote work into the Labour Code (to replace the regulation on telework). Thus, remote work will probably be permanently incorporated into Polish labour law, just as is already the case, for example, in Italy. It turned out that this form of employment in the era of the COVID-19 pandemic is essential for employees not only because of the reduction of the risk of contracting the COVID-19 but also for family reasons (e.g. enabling the reconciliation of work and family responsibilities in a situation where children and adolescents carry out classes using distance learning methods and techniques, i.e. remotely, at their place of residence)<sup>62</sup>. For employers, remote work is now associated with reducing the risk of absence from work of an employee using sick leave and absence from work due to quarantine, thus enabling the continuation of the business (without disruption or minimizing possible disruption). The proliferation of remote work and the recognition of the advantages of such work by both sides of the employment relationship have also resulted in signals and calls from both employees and employers’ organizations for the introduction of remote work regulations as a permanent solution<sup>63</sup>.

In the era of the COVID-19 epidemic, strong correlations between the dynamic development of new technologies and flexible forms of employment are also noticeable. Currently, there is an irreversible process of change in socio-economic

---

<sup>60</sup> K. Walczak, *Wpływ globalizacji...*, pp. 80–81.

<sup>61</sup> M. Fana, S. Torrejon Perez, E. Fernandez Macias, *op. cit.*, p. 402.

<sup>62</sup> See also Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks pracy, ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12346911/katalog/12789138#12789138> (accessed 11.03.2023).

<sup>63</sup> *Ibidem*.

conditions, progressive technological development and large-scale use of innovative technical solutions, which undoubtedly also affects labour law<sup>64</sup>. Indeed, the competing interests of the employee and the employer may be given a different meaning, for example, given the extent to which interference in the employee's private life is made possible by new and increasingly sophisticated technologies<sup>65</sup>. This is particularly evident during the COVID-19 crisis and the associated need to make indirect (via electronic communication) human contact more common in many work environments. Stefański rightly notes that a decrease in the amount of work ("technological development may result in a decrease in demand for human labour") with an increasing supply of work must mean the necessity to redistribute the good, which is work<sup>66</sup>. Flexible working time arrangements can be an excellent instrument here. In this context, special attention should be paid to such flexible forms of work as: part-time work, on-call work, job sharing.

After the crisis of 2007–2009, Polish labour law scholars postulated a greater unification of employment law, bridging the gap between employment relationships (for employees) and employment-based on civil law contracts (for workers), taking into account the interests of the unemployed<sup>67</sup>. According to Walczak, "all this requires a considered decision and the introduction of new regulations, which would take into account the *flexicurity* model as far as possible"<sup>68</sup>. This view remains entirely relevant even during and probably after the COVID-19 crisis. However, "the convergence of different forms of providing work is not yet a phenomenon advanced enough to assume that it is possible to create a single formula of employment that would cover both today's employment relations and cases of providing services or so-called self-employment"<sup>69</sup>. It is necessary to create a coherent model of non-employment work, particularly the civil law type<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> T. Duraj, *Koncepcja "autonomicznego podporządkowania" – konflikt pomiędzy autonomią pracownika a jego podporządkowaniem pracodawcy*, (in:) M. Skąpski, K. Ślebzak (eds.), *Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Poznań 2014, p. 102.

<sup>65</sup> ECtHR decision of 5 October 2010, Köpke v. Germany, application No. 420/07, ECHR 1725.

<sup>66</sup> K. Stefański, *Elastyczny czas pracy*, Warszawa 2016, pp. 28–32.

<sup>67</sup> K. Walczak, *Wpływ globalizacji...*, p. 90.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Ł. Pisarczyk, *Wstęp do Konsytucji Rzeczypospolitej Polskiej – poszukując aksjologii prawa pracy*, (in:) M. Skąpski, K. Ślebzak (eds.), *Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Poznań 2014, p. 151.

<sup>70</sup> Ł. Pisarczyk, *W stronę ochrony zatrudnionych*, (in:) R. Babińska-Górecka et al., *Tendencje rozwojowe indywidualnego i zbiorowego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Grzegorza Goździewiczza*, Toruń 2017, p. 119.

## 6. SUMMARY

The crisis caused by the COVID-19 epidemic has forced a new look at various flexible forms of employment. To combat the negative effects caused by this epidemic, above all to protect life and health, familiar labour law constructs have been used, some of them substantially modified. The use of labour law as an anti-crisis instrument may raise “doubts of both axiological (weakening of the protective function) and pragmatic nature (it is difficult to determine the actual benefits related to the use of anti-crisis solutions) nature; however, the hope prevails that thanks to the use of certain legal and labour mechanisms it will be possible to limit the negative effects of the economic downturn”<sup>71</sup>. In the case of the COVID-19 crisis, however, the effects of such interference on labour law are likely to be much more far-reaching. In many countries, hitherto unknown constructions have been introduced (e.g. remote work in Poland), which are likely to stay with us for longer, permanently changing labour law (in Poland replacing the regulation on telework and weakening employee subordination). With the COVID-19 outbreak, suddenly the modality of work had an unexpected success<sup>72</sup>. Some flexible forms of employment have become so crucial that legislative intervention at the level of EU law is necessary (work within digital labour platforms). At the same time, other instruments known from the crisis of 2007–2009 have not been used as much today as they were then (e.g. fixed-term contracts).

There is a growing tendency to bring two legal regimes – labour law and civil law – closer together. The difference between an employee and a self-employed person (who is economically dependent on his/her contractor, which is particularly visible when working on digital labour platforms) is slowly blurring. In Poland, there is also a tendency to increasingly include persons employed under civil law contracts in the protection of labour law. However, there is a lack of a coherent and general concept. Legislative solutions are of an *ad hoc* nature – there is no legal model of work of a new type (civil law), which would consider the need to protect such workers, similar to the protection of employees. At the same time, specific legal constructions, which some time ago seemed to have ceased to have any meaning, are currently experiencing a renaissance. This is the case, for example, with temporary work in the cottage industry. Here, too, there is no single coherent concept, as in specific factual situations, it is challenging to distinguish remote work under an employment relationship from work in the cottage industry. Moreover, as indicated above, work on digital platforms may be treated as a specific example of work in the cottage industry.

---

<sup>71</sup> Ł. Pisarczyk, *Przystój ekonomiczny i obniżony wymiar czasu pracy – powrót do znanych instrumentów antykryzysowych*, „Monitor Prawa Pracy” 2013, No. 12, p. 623.

<sup>72</sup> E. Menegatti, *op. cit.*, p. 5.

In the wake of the COVID-19 crisis, the concept of *flexicurity* has evolved to emphasise the need to ensure safe and healthy working conditions for employees (protection of life and health), which must often be seen concerning the world of new technologies. The dependence of the work process on new technologies certainly increases the requirements for the human dimension of work, which should raise questions about the legitimacy of maintaining, in this regard, previous rigid constructions of labour law that demonstrate the distinctiveness of this branch of law. Foreign literature emphasizes that the work of the future, dependent on modern technologies may go far beyond the classic framework of subordinated work<sup>73</sup>. This may result in the need for a paradigm shift – the previous justification for separating labour law due to the existence of subordinated work will give way primarily to the need to regulate employee autonomy in the world of new technologies<sup>74</sup>.

## REFERENCES

### Books and articles

- Bakalarz T., *Zatrudnienie za pośrednictwem platformy internetowej jako przejaw "uberyzacji" pracy*, "Przegląd Prawa i Administracji" 2019, Vol. 117, pp. 9–20
- Baran, K.W. (ed.), *System prawa pracy*. Vol. 7. *Zatrudnienie niepracownicze*, Warszawa 2015
- Barański M., *Praca zdalna a umowy cywilnoprawne*, (in:) M. Mędrala (ed.), *Praca zdalna w polskim systemie prawa pracy*, Warszawa 2021
- Barański M., *Praca zdalna w czasach COVID-19*, (in:) M. Jankowska, M. Pawełczyk (eds.), *Moda i design w świecie COVID-19*, Katowice 2020
- Barański M., *Remote work in the COVID-19 era*, (in:) M. Jankowska, M. Pawełczyk (eds.), *Fashion industry copes with COVID-19: A legal, technological and sociological reflection*, Katowice 2021
- Dubowik A., *Funkcjonalna elastyczność zatrudnienia a ustalanie rodzaju pracy w umowie o pracę*, (in:) L. Florek, Ł. Pisarczyk (eds.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011
- Duraj T., *Koncepcja "autonomicznego podporządkowania" – konflikt pomiędzy autonomią pracownika a jego podporządkowaniem pracodawcy*, (in:) M. Skąpski, K. Ślebzak (eds.), *Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Poznań 2014
- Dzienisiuk D., Skoczyński, J. Zieliński, T., (in:) L. Florek (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2017, LEX/el

<sup>73</sup> F. Hendrickx, *Privacy 4.0 at work: Regulating employment, technology and automation*, "Regulating for Globalization. Trade, Labor and EU Law Perspectives" 2019, p. 4, <http://regulatingforglobalization.com/2019/09/23/privacy-4-0-at-work-regulating-employment-technology-and-automation/?output=pdf> (accessed 28.12.2021).

<sup>74</sup> *Ibidem*.

- Eurofound, *New forms of employment*, Luxembourg 2015
- Fana M., Torrejon Perez S., Fernandez Macias E., *Employment impact of Covid-19 crisis: From short term effects to long terms prospects*, "Economia e Politica Industriale – Journal of Industrial and Business Economics" 2020, Vol. 47, No. 3, pp. 391–410
- Gładzicka-Jankowska A., Flexicurity – *konceptcja i jej weryfikacja w okresie kryzysu i spowolnienia po 2007 roku*, "Optimum. Studia Ekonomiczne" 2013, No. 3(63), pp. 195–215
- Góral Z., (in:) K.W. Baran (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Vol. 1. Art. 1–113, Warszawa 2020
- Gundt N., *The COVID-specific measures in the Netherlands: Do they fit into the general picture?*, "Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej" 2021, No. 2 (19), pp. 1–16
- Hendrickx F., *Privacy 4.0 at work: Regulating employment, technology and automation*, "Regulating for Globalization. Trade, Labor and EU Law Perspectives" 2019, <http://regulatingforglobalization.com/2019/09/23/privacy-4-0-at-work-regulating-employment-technology-and-automation/?output=pdf> (accessed 28.12.2021)
- Howson K. et al., *Stripping back the mask: Working conditions on digital labour platforms during the COVID-19 pandemic*, "International Labour Review" 2021, <https://doi.org/10.1111/ilr.12222> (accessed 29.12. 2021)
- International Labour Organization, *What are part-time and on-call work?*, [https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS\\_534825/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_534825/lang--en/index.htm), (accessed 29.12.2021)
- Mairy C., *COVID-19: Possibility of successive fixed-term contracts in certain sectors*, <https://www.partena-professional.be/en/knowledge-center/infoflashes/covid-19-possibility-successive-fixed-term-contracts-certain-sectors> (accessed 2.01.2022)
- Menegatti E., *The impact of COVID-19 crisis on Italian labour law*, "Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej" 2021, No. 2 (19), pp. 1–12
- Mitrus L., (in:) A. Sobczyk (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020
- Pisarczyk Ł., *Przestój ekonomiczny i obniżony wymiar czasu pracy – powrót do znanych instrumentów antykryzysowych*, "Monitor Prawa Pracy" 2013, No. 12, pp. 623–631
- Pisarczyk Ł., *Wstęp do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – poszukując aksjologii prawa pracy*, (in:) M. Skąpski, K. Ślęzak (eds.), *Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Poznań 2014
- Pisarczyk Ł., *W stronę ochrony zatrudnionych*, (in:) R. Babińska-Górecka et al., *Tendencje rozwojowe indywidualnego i zbiorowego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Grzegorza Goździewicza*, Toruń 2017
- Pisarczyk Ł., Boguska, A., *Sfera zatrudnienia w działaniach antykryzysowych. Wybrane zagadnienia*, "Monitor Prawa Pracy" 2020, No. 5, pp. 8–18
- Prusinowski P., (in:) K. Baran (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Vol. 2. Art. 114–304(5), Warszawa 2020, LEX/el
- Rycak M., *Wpływ koncepcji flexicurity na przemiany stosunku pracy*, (in:) L. Florek, Ł. Pisarczyk (eds.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011
- Sanetra W., (in:) J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX/el
- Stefano V. de, *The rise of the "just in time workforce": On-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"*, Geneva 2016

Stefański K., *Elastyczny czas pracy*, Warszawa 2016

Walczak K., *Wpływ globalizacji i ogólnoświatowego kryzysu na podstawy i warunki zatrudniania. Wyzwania dla polskiego prawa pracy*, (in:) L. Florek, Ł. Pisarczyk (eds.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011

Walczak K., *Zatrudnienie niepracownicze w ramach pozarolniczej działalności gospodarczej*, (in:) K.W. Baran (ed.), *System prawa pracy. Vol. 7. Zatrudnienie niepracownicze*, Warszawa 2015

Wyka T., *Miejsce prawa pracy w systemie prawa*, (in:) K.W. Baran (ed.), *System prawa pracy. Vol. 1. Część ogólna*, Warszawa 2017

### Documents, acts of law

Act of 20 December 2020 on temporary support measures due to the COVID-19 pandemic, “Belgian Official Gazette”, 30 December 2020

Communication of 27 June 2007 from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Towards Common Principles of Flexicurity”, COM(2007) 359, Brussels 2007

European Commission, *Commission proposals to improve the working conditions of people working through digital labour platforms*, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_6605](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605) (accessed 28.12.2021)

“Journal of Laws” 1976, No. 3, item 19, as amended

“Journal of Laws” 2007, No. 181, item 1288

“Journal of Laws” 2015, item 1220

“Journal of Laws” 2019, item 669, as amended

“Journal of Laws” 2020, item 1842, as amended, the Anti-Crisis Act

Opinion of the Committee of the Regions on ‘Flexicurity’, 2008/C 105/04

Opinion of the Parliamentary Analyses Bureau (Parliamentary Paper No. 1684)

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks pracy, ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12346911/katalog/12789138#12789138> (accessed 11.03.2023)

### Court decisions

ECtHR decision of 5 October 2010, Köpke v. Germany, application No. 420/07, ECHR 1725

Judgment of the Supreme Court of 13 April 2000, I PKN 594/99, LEX No. 43751

Judgment of the Supreme Court of 10 January 2003, I PK 87/02, LEX No. 78671

Judgment of the Supreme Court of 7 October 2004, II PK 29/04, LEX No. 145435

Judgment of the Supreme Court of 19 March 2013, I PK 223/12, LEX No. 1415490

Judgment of the Supreme Court of 22 August 2018, III PK 66/17, LEX No. 2549369

*Maria Bosak-Sojka*

Uniwersytet Rzeszowski, Polska

e-mail: [mariabosak@poczta.fm](mailto:mariabosak@poczta.fm)

ORCID: 0000-0001-9169-8966

## **KRYTYKA PRACOWNIKA A MOBBING I ICH WPŁYW NA STOSUNEK PRACY**

### **CRITICISM OF THE EMPLOYEE, MOBBING, AND THEIR IMPACT ON THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP**

#### **Abstract**

Criticism in the employment relationship is justified by the employee's subordination. This does not mean, however, that both parties to the employment relationship have the same right to criticism. The employee is obliged to perform the entrusted work according to certain rules. Another consequence of the employee's subordination is the possibility of being evaluated by the employer. Therefore, critical remarks may also be addressed to the employee. The right to criticize work, which is not the same as evaluating the employee, should be considered an element related to the fact of employment. This means that the right to criticize the work performed is the employer's right.

#### **KEYWORDS**

labour law, mobbing, employee criticism, employer's duties, employee evaluation

## SŁOWA KLUCZOWE

prawo pracy, mobbing, krytyka pracownika, obowiązki pracodawcy, ocena pracownika

### 1. WSTĘP

Bez wątplenia już zaproponowany tytuł zawiera dwa ważkie, nie tylko dla systemów normatywnych, zjawiska społeczne. Dzieje się tak, gdyż obu towarzyszą skojarzenia negatywne. Dlatego celem opracowania jest zasygnalizowanie występujących między nimi uwarunkowań, jak również ich wpływ na stosunek pracy. Analiza ta zostanie przeprowadzona z uwzględnieniem faktu, że zgodnie z art. 24 Konstytucji RP<sup>1</sup> praca znajduje się pod ochroną państwa, które sprawuje tym samym nadzór nad jej wykonywaniem. Zgodnie ze wskazanym przepisem, określanym także mianem zasady generalnej, ochrona pracy ma polegać także na tym, że władze publiczne zostały uprawnione do wykonywania nadzoru nad warunkami pracy, a więc państwo w takim przypadku ma obowiązek podejmowania działań zmierzających do realizacji tego obowiązku<sup>2</sup>. Wobec powyższego należy założyć, że pracownikowi przysługuje prawo do realizacji zatrudnienia w środowisku wolnym od praktyk przemocowych<sup>3</sup>, realnie naruszających jego dobrostan zarówno fizyczny, psychiczny, jak i społeczny<sup>4</sup>. Praca stanowi w tym przypadku źródło innych, szerzej ujmowanych wartości, takich jak m.in.: wolność, możliwość do osiągnięcia poprzez środki uzyskane z pracy, i związany z nią rozwój osobisty<sup>5</sup>. Dlatego tak istotne stanie się dokonanie choćby skrótovej ana-

<sup>1</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.).

<sup>2</sup> A. Sobczyk, D. Buch, *Komentarz do Konstytucji RP*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 646.

<sup>3</sup> Należy zaznaczyć, że dopuszcza się wniesienie powództwa ustalającego lub nakazującego zaprzestania zachowań mobbingowych. Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2017 r., I PK 206/16, Legalis.

<sup>4</sup> Szerzej m.in.: H. Szewczyk, *Mobbing w stosunkach pracy. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2012, s. 29–37; T. Wyka, *Prawne pojęcie mobbingu i jego skutki zdrowotne*, (w:) T. Wyka, C. Szmidt (red.), *Wieloaspektowość mobbingu w stosunkach pracy*, Warszawa 2012, s. 124–126; M. Bosak-Sojka, A. Maroń, *Przyczyny mobbingu w administracji publicznej*, (w:) E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny (red.), *Zagadnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego w jednostkach samorządu terytorialnego*, Rzeszów 2018, s. 677–678; M. Bosak, A. Danilewicz, *Odpowiedzialność cywilna i karna za mobbing*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 4, s. 107–108. Por. też o przemocy: B. Godlewska-Bujok, *Przemoc w świecie pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2017, nr 2.

<sup>5</sup> A. Sobczyk, D. Buch, *Komentarz do Konstytucji...*, s. 646.



lize wpływu obu zasygnalizowanych zjawisk na byt i jakość stosunku pracy, przeprowadzonej z perspektywy pracownika i wspólnoty zakładowej.

## 2. KRYTYKA PRACOWNIKA A MOBBING

Tytułem wprowadzenia należy zaznaczyć, że zarówno w obowiązującym Kodeksie pracy<sup>6</sup>, jak i w innych aktach prawnych dotyczących szeroko pojętego prawa pracy brak dostatecznego wyjaśnienia obu wskazanych, a kluczowych dla tego artykułu terminów. Problem mobbingu, mimo że dotyczy materii będącej w opozycji do uznawanych na całym świecie praw człowieka, w polskim ustawodawstwie nadal nie doczekał się spójnej, wyczerpującej definicji. Niestety, kolejne nowelizacje Kodeksu pracy, mimo postulatów doktryny, nie uwzględniły także wprowadzenia przepisu, z którego jasno wynikałoby, że mobbing jest przede wszystkim działaniem zabronionym. Wprowadzenie takiego przepisu stanowiłoby kolejny i, wydaje się, niezbędny krok w zakresie podnoszenia standardu ochrony interesów ludzi pracy<sup>7</sup>.

Niedoskonałość obowiązujących w tym zakresie regulacji znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie, które od 2004 r. cechuje dynamika i rozproszenie<sup>8</sup>. Pojęcie mobbingu zamieszczone w Kodeksie pracy zawiera jedynie zespół przesłanek będących tym samym częścią składową cech definiujących to zjawisko. Cechy te, co do zasady, wiążą się z podejmowaną przez mobbera aktywnością skierowaną przeciwko osobie pracownika. Zbiorczo można wskazać, że przesłanki te mogą przybrać postać działań lub zachowań i występować w nieprecyzowanym przez ustawodawcę czasie. Wobec powyższego z ustawowej definicji należy wykluczyć działania jednorazowe. Widocznymi skutkami takich działań po stronie pracownika mogą się stać natomiast: zaniżona ocena przydatności zawodowej, poniżenie, ośmieszenie, izolacja, aż w końcu – eliminacja z zespołu współpracowników. Nie jest to, rzecz jasna, katalog zamknięty, gdyż – jak wynika z wielu pozaprawnych opracowań naukowych – skutki stosowa-

---

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510, z późn. zm.), dalej: k.p.

<sup>7</sup> Z. Hajn, *Regulacja pozycji prawnej pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2000, nr 12, s. 2–5; A. Sobczyk, *Mobbing a przeciwdziałanie mobbingowi. Dyskryminacja a przeciwdziałanie dyskryminacji*, „Monitor Prawa Pracy” 2015, nr 4, s. 174–180.

<sup>8</sup> Szerzej na ten temat: M. Bosak, *Problem mobbingu w orzecznictwie sądów polskich z perspektywy dziesięciolecia obowiązywania art. 94<sup>3</sup> k.p.*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2015, t. 24, nr 3, s. 121–129.

nia mobbingu mają znaczący wpływ na szeroko rozumiane zdrowie człowieka<sup>9</sup>. Skutki takich działań mają też szerszy aspekt, gdyż dotyczą nie tylko pracownika, lecz także całej wspólnoty zakładowej<sup>10</sup>.

Z kodeksowej definicji mobbingu wynika, że ustawodawca dokonuje wyraźnego wyodrębnienia dwóch grup, *de facto*, tak samo brzmiących przesłanek. Mianowicie, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 94<sup>3</sup> § 2 k.p. jako pierwszą postać skutkującą mobbingiem wskazuje działania lub zachowania dotyczące pracownika, jako drugą zaś – działania lub zachowania skierowane przeciwko pracownikowi. O ile pierwsza ze wskazanych przesłanek sugeruje działania bezpośrednio skierowane do osoby pracownika, o tyle druga, z podobnym skutkiem, może odbywać się poprzez podejmowanie aktywności pośredniej, ale jednak ukierunkowanej przeciwko konkretnemu pracownikowi. Ustawodawca w kodeksowej definicji mobbingu zdecydował się na wskazanie tylko jednego z podmiotów stosunku pracy, tj. pracownika, określając go tym samym jako podmiot potencjalnie narażony na skutki mobbingu. W treści analizowanych regulacji nadal jednak brak doprecyzowania, kto może się stać podmiotem stosującym niedozwolone praktyki mobbingowe. Wobec powyższego, mając na uwadze dokonany podział przesłanek mobbingu na bezpośrednie i pośrednie, nie można wykluczyć, że stosującym działania wpisujące się w zachowania mobbinowe – oprócz, co dość oczywiste, pracodawcy czy bezpośredniego przełożonego pozostającego do pracownika w relacji pionowej – może stać się również podmiot kolektywny.

Relatywnie niedawno w piśmiennictwie zwrócono uwagę, że nie można, analizując problem mobbingu, wykluczyć również wyodrębnienia mobbera zbiorowego<sup>11</sup>. Ze wskazanym podmiotem możemy mieć do czynienia wtedy, gdy indywidualne działania poszczególnych osób, co prawda, same w sobie nie stanowią mobbingu, ale już ich suma wypełnia ustawowe przesłanki zawarte w art. 94<sup>3</sup> k.p. W przypadku istnienia mobbera zbiorowego działania podejmowane przez indywidualne osoby nie muszą być od siebie zależne. Przykładem potwierdzającym poprawność wskazanej tezy może się stać okoliczność, w której w roli podmiotów stosujących mobbing występują zmieniający się przełożeni, którzy indywidualnie i w sposób krótkotrwały wypełniają jego znamiona. Wówczas zmienność przełożonych w stosunku do konkretnego pracownika, będącego do nich w relacji pionowej, może ostatecznie zostać zakwalifikowana jako działania zbiorowe, a wynikająca z nich cykliczność szykan – za długotrwałość<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Zob. m.in.: M.T. Romer, M. Najda, *Mobbing w ujęciu psychologiczno-prawnym*, Warszawa 2010, s. 37–45; M. Garmian-Wilk, *Mobbing w miejscu pracy*, Warszawa 2018, s. 58–60; H. Szewczyk, *Mobbing...*, s. 29–37.

<sup>10</sup> M. Bosak-Sojka, A. Maroń, *Mobbing jako zagrożenie dla zdrowia pracownika w świetle regulacji polskiego prawa pracy*, (w:) M. Dolobáč, M. Seilerová (red.), *Starostlivost' o zdravie zamestnancov*, Koszyce 2018, s. 137–146.

<sup>11</sup> Szerzej: A. Sobczyk, *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015, s. 209.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Mając na uwadze powyższą tezę, nie można wykluczyć, że również przykładem obrazującym wskazany mechanizm zabronionych działań stanie się właśnie nieuzasadniona krytyka pracownika ze strony pracodawcy.

Aby zaproponowany wątek został rozwinięty, niezbędne okaże się wyjaśnienie pojęcia krytyki, gdyż ustawodawca w Kodeksie pracy nie posługuje się tym określeniem. Zgodnie z etymologią słowo to wywodzi się z języka greckiego (*kritike*) i w dużym uproszczeniu oznacza sztukę określonego myślenia, rozstrzygnięcia. Potocznie krytyka stała się zjawiskiem powszechnie występującym w każdej dziedzinie życia. Mimo to kojarzy się ze zjawiskiem niepożądanym, gdyż jej nadrzędnym celem jest wskazanie określonych błędów, uchybień, nieprawidłowości. Dlatego nie sposób pominąć występowania krytyki także w ramach więzi prawnej powstałej w relacji pracowniczego zatrudnienia, mimo że w Kodeksie pracy pojęcie to się nie pojawia.

Mając na uwadze zasadniczy cel opracowania, warto dokładniej przyjrzeć się temu zjawisku. Już na tym etapie należy podkreślić, że zjawisko krytyki w stosunkach pracy zostało wpisane w relację pracowniczego podporządkowania. Nie oznacza to jednak, że na jednakowych zasadach będzie ono przysługiwało obu stronom stosunku pracy. Podporządkowanie pracownika jest związane z faktem zatrudnienia – jest on zobowiązany do wykonywania powierzonej pracy według ściśle określonych zasad. Konsekwencją pracowniczego podporządkowania jest naturalny fakt podlegania ocenie przez zatrudniającego go pracodawcę. Pod adresem pracownika mogą więc pojawić się uwagi natury krytycznej. Prawo do krytyki pracy, które nie jest tożsame z oceną osoby pracownika, należy uznać za element związany z faktem zatrudnienia. Oznacza to, że prawo do krytyki wykonywanej pracy jest prawem należnym pracodawcy. W przypadku gdy ocena krytyczna odpowiada obiektywnemu stanowi faktycznemu, nie można uznać, że prawo pracownika do niekrytykowania w ramach trwającego zatrudnienia zostało przekroczone. Wówczas działania polegające na krytyce pracownika – mimo że można przypisać im cechę zarówno długotrwałości, jak i uciążliwości – nie mogą zostać zakwalifikowane w prawnych kategoriach mobbingu. Zatrudnienie będące skutkiem nawiązania stosunku pracy, ze względu na podmiotowe ujęcie pozycji pracownika i związaną z tym godność należną osobie ludzkiej, z założenia wyklucza podejmowanie działań godzących w te wartości. Powołując literalne brzmienie art. 94 pkt 9 k.p., do podstawowych obowiązków pracodawcy należy stosowanie sprawiedliwych i obiektywnych kryteriów oceny pracowników oraz wyników ich pracy. Mając na uwadze powyższe, stosowanie nieobiektywnych i niesprawiedliwych kryteriów ich pracy może stanowić przejaw krytyki.

Ten tok rozumowania został zastosowany także w jednym z wyroków Sądu Najwyższego, gdzie zwrócono uwagę, że nie narusza godności sędziego protokół z lustracji sądu zawierający jedynie fakty<sup>13</sup>. Stosowanie się przez pracodawcę

<sup>13</sup> Szerzej: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2008 r., II PK 79/08, LEX nr 575185.

do reguł oceny ustalonych prawem i przyjętych również zwyczajowo w wymiarze sprawiedliwości nie powinno wzbudzać w ocenianym uczucia braku zaufania czy przekonania o jego negatywnej ocenie zawodowej. Brak subiektywnie oczekiwanej pochwały nie stanowi więc formy naruszenia dobra osobistego. W przypadku gdyby ocena pracownika zawierała w swej treści informacje wykraczające poza obiektywne kryteria wymagane przy jej dokonywaniu, stanowiłoby to podstawę do kwalifikacji ich w kategoriach niezgodności ze wskazanym wyżej obowiązkiem pracodawcy. Działania polegające na przekraczaniu granic dozwolonej krytyki – skutkujące zarówno naruszeniem godności pracownika, jak i niewypełnieniem jednego z podstawowych obowiązków przez pracodawcę – stanowią podstawę rozwiązania stosunku pracy przez pracownika<sup>14</sup>.

### 3. ISTOTA I SKUTKI KRYTYKI PIONOWEJ

Krytyka pionowa następuje wówczas, gdy pracodawca zdecyduje się na skierowanie wobec pracownika sądów krytycznych. Wówczas istotne okaże się zarówno indywidualne, jak i szczegółowe rozważenie powstałej sytuacji w kontekście art. 22 § 1 k.p. Pracodawca zgodnie z tym przepisem zobowiązuje się do zatrudnienia pracownika. Pojęcie zatrudnienia na gruncie prawa pracy jest rozumiane szeroko, wątek ten zatem – jako poboczny dla prowadzonych rozważań – zostanie ograniczony do niezbędnego minimum. Zasadniczo o fakcie zatrudnienia nie decyduje jedynie formalne zawarcie umowy o pracę i dopełnienie innych towarzyszących z tego tytułu czynności, a wykonywanie zatrudnienia o cechach pracowniczych. Wykonywanie tak rozumianej pracy odbywa się w warunkach podporządkowania, to jest pod kierownictwem pracodawcy i na jego ryzyko<sup>15</sup>.

W orzecznictwie podkreśla się, że najważniejszą cechą charakteryzującą pracę świadczoną w ramach stosunku pracy jest jej podporządkowanie. Zresztą cecha ta została wyraźnie wyartykułowana przez ustawodawcę w treści art. 22 § 1 k.p. za pomocą sformułowania „kierownictwo pracodawcy”. W przepisie został także umieszczony element doprecyzowujący, polegający na wyznaczeniu przez pracodawcę miejsca i czasu świadczenia pracy. Zobowiązanie się pracownika do wykonywania pracy podporządkowanej oznacza poddanie się przez niego kierownictwu pracodawcy w tym ściśle określonym zakresie. Granice tego kierownictwa, a tym samym podporządkowania, wyznacza dobrowolnie ustalony

<sup>14</sup> Tak Sąd Najwyższy w wyrokach: z dnia 6 marca 2008 r., II PK 188/07, LEX nr 508341; z dnia 8 października 2009 r., II PK 114/09, LEX nr 794863; z dnia 22 kwietnia 2015 r., II PK 157/14, LEX nr 1723774.

<sup>15</sup> Tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 10 lipca 2017 r., III AUa 1145/16, Legalis.

przez strony umowy rodzaj pracy<sup>16</sup>. Z powołanego orzeczenia wynika element, który może okazać się dość istotny dla prowadzonej analizy. Mianowicie zatrudnienie w ramach pracy podporządkowanej wiąże się z faktycznym i bieżącym kierownictwem procesu pracy, które nie stanowi samo w sobie składnika umowy o pracę, a jedynie cechę wynikającą ze stosunku pracy. Do istoty kierownictwa pracodawcy należy prawo wydawania pracownikowi wiążących poleceń. Pracownik jest zobowiązany do wykonywania pracy podporządkowanej, a zatem ma obowiązek wykonywać ją pod kierownictwem pracodawcy, w sposób przez niego określony. Co więcej, nie leży w jego gestii decydowanie o racjonalności działań, których podjęcie poleca mu pracodawca. Powinien także powstrzymać się od zachowań utrudniających współpracę w ramach zespołu, a więc określonej wspólnoty zakładowej, w którym przyszło mu wykonywać obowiązki pracownicze<sup>17</sup>.

Jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych, poza sumiennym i starannym wykonywaniem pracy, o którym mowa w art. 100 § 1 k.p., jest stosowanie się do poleceń przełożonych, pod warunkiem że dotyczą one umówionej pracy. Należy jednak zaznaczyć, że pracowniczego podporządkowania nie można utożsamiać z permanentnym nadzorem zarówno nad sposobem, jak i tempem wykonywanej pracy. W przeciwnym razie efektem takich działań mogą stać się właśnie uwagi krytyczne pracodawcy kierowane pod adresem pracownika. Wówczas istotne okaże się klarowne doprecyzowanie zakresu czynności pracownika, a kolejno – kontrola jakości i terminowości wykonywanej przez niego pracy. W zakresie kompetencji pracownika nie znajduje się bowiem samodzielność w określaniu bieżących zadań, gdyż należy to do sfery uprawnień kierowniczych pracodawcy kierującego przebiegiem procesu pracy. Wobec powyższego zatrudniający pracodawca ma prawo do przeprowadzania kontroli pracownika w zakresie realizacji powierzonych mu czynności. Naturalnym ich efektem jest ocena stopnia i sposobu wywiązywania się z realizacji powierzonych obowiązków. Oczywiście stanie się wówczas wyrażanie osądu zarówno co do jakości, jak i sposobu wykonywania powierzonej pracy. Problem kierownictwa pracy nie może w takim przypadku stać w opozycji do prawa wolności pracy, skutkiem czego byłoby jego sukcesywne ograniczanie.

Realizacja społecznych oczekiwań związanych z procesem wykonywania pracy staje się niekompletna bez zastosowania innych aktów władzy<sup>18</sup>. W konfrontacji na linii pracownik – pracodawca zatrudniony pod jego kierownictwem pracownik podlega ocenie. Praca, w myśl regulacji Kodeksu pracy, ma charakter czynności powtarzającej się, a więc ciągłej, z założenia ukierunkowanej na sumienny i staranny sposób jej wykonywania przez pracownika. Ocena powinna pozwolić na uzyskanie odpowiedzi na pytania, czy pracownik wykorzystał swój

<sup>16</sup> Tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 2 marca 2017 r., III AUa 1656/16, Legalis.

<sup>17</sup> Szerzej: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r., I PK 187/13, LEX nr 1475152.

<sup>18</sup> Szerzej: A. Sobczyk, *Podmiotowość pracy i towarowość usług*, Kraków 2018, s. 22.

czas pracy w sposób zgodny z umową. Dlatego krytyka pracownika ze strony pracodawcy jest dopuszczalna pod warunkiem, że jest uzasadniona, a więc mieści się w granicach tzw. dozwolonej krytyki. Cechą charakterystyczną tak rozumianej krytyki jest obiektywizm, mający oparcie w konkretnych, weryfikowalnych argumentach<sup>19</sup>. Oznacza to, że tak rozumiana krytyka skierowana do pracownika powinna zawierać konkretne sugestie, na podstawie których będzie on w stanie poprawić swój sposób wykonywania pracy. Istotny w takim przypadku stanie się także powód, który ma skłonić pracownika do zmiany.

Do podstawowych obowiązków pracownika należy w szczególności sumienne i staranne wykonywanie pracy, ale i troska o dobro zakładu pracy oraz ściśle związany z nim obowiązek lojalności. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że zakład pracy staje się punktem odniesienia do analizy zachowań konkretnego pracownika, gdyż to właśnie dzięki niemu tworzy się określona wspólnota zakładowa. Wspólnota dla właściwego funkcjonowania wymaga partnerstwa, będącego podstawą niezbędnego dialogu<sup>20</sup>. Zatrudniony pracownik staje się częścią takiej wspólnoty, oddając tym samym w jej okresową dyspozycję część swojej wolności. Chociażby dlatego pozycja pracodawcy nie może mieć charakteru nieograniczonego, a należy ją sprowadzić jedynie do faktycznego kierownictwa<sup>21</sup>.

Mając na uwadze zasadniczy problem czynionych rozważań, inne ujęcie krytyki pochodzące od pracodawcy stanie się jedynie dowodem na określony rodzaj patologicznej relacji personalnej, skierowanej przeciwko konkretnemu pracownikowi. Taką krytykę, zamiast niezbędnego obiektywizmu, zastąpi subiektywizm, który z założenia powinien zostać wykluczony w strukturach wspólnotowych. Wówczas przekroczenie zakresu kompetencji przysługujących pracodawcy skutkuje krytyką przekraczającą granice dopuszczalne prawem. Adresatem takiej krytyki będzie pracownik, a więc zawsze konkretna osoba fizyczna. Stoi ona zatem w opozycji także do jednej z podstawowych zasad zawartych w Kodeksie pracy, a więc obowiązku poszanowania przez pracodawcę dóbr osobistych pracownika, nie czyniąc od tej zasady wyjątku. Treść wynikająca z art. 11<sup>1</sup> k.p. należy więc uznać za regulację dającą podstawy w zakresie ochrony niemajątkowych interesów pracownika, znajdujących się w obszarze szczególnej wrażliwości społecznej.

Pracowniczą godność tworzy, na co zwraca uwagę Sąd Najwyższy, poczucie własnej wartości oparte na opinii dobrego fachowca i sumiennego pracownika oraz na uznaniu zdolności, umiejętności i wkładu pracy pracownika przez jego przełożonych. Godność należna pracownikowi nie jest jednak kategorią szczególną, gdyż godność przysługuje człowiekowi jako wartość najwyższa, związana już z faktem jego istnienia. Natomiast godność w stosunkach pracy, ze względu na związane z nim realia, może zostać właśnie z tego powodu w sposób szcze-

<sup>19</sup> M. Bosak-Sojka, *Krytyka w stosunkach pracy*, Rzeszów 2019, s. 49.

<sup>20</sup> Szerzej: M. Gładoch, *Dialog społeczny w zbiorowym prawie pracy*, Toruń 2014, s. 39–40.

<sup>21</sup> A. Sobczyk, *Podmiotowość pracy...*, s. 71–72.

gólny naruszona<sup>22</sup>. Naruszeniem jej staną się zachowania, które polegają m.in. na słownej lub czynnej zniewadze, krzywdzących ocenach kwalifikacji, udzielaniu krzywdzących opinii etc.<sup>23</sup>. Ponadto przełożony, który bezpodstawnie, bezzasadnie, bezprawnie, niesprawiedliwie ocenia podwładnego, dopuszcza się naruszenia dóbr osobistych pracownika. Dobra osobiste podlegają ocenie nie dlatego, że dana osoba przywiązuje do nich subiektywne znaczenie, lecz ze względu na fakt, że system prawny uznaje je, ale i próbuje potrzebę ich ochrony. Krytyka staje się dozwolona wówczas, gdy zostaje podjęta w interesie społecznym, ogólnym, jest rzeczowa i rzetelna, a takiego charakteru nie można przypisać krytyce ukierunkowanej na dokuczenie innej osobie<sup>24</sup>. Wobec powyższego mobbing każdorazowo narusza godność pracownika. Krytyka, jak wykazano, nie zawsze. Nie sposób jednak pominąć faktu, że krytyka w jej negatywnej formie może również przybrać formę hejtu, stanowiącego zarówno zaprzeczenie wolności słowa, jak i prawa do osądu. Tej formie werbalnej ekspresji już od podstaw towarzyszą bowiem założenia negatywne.

#### 4. PODSUMOWANIE

Przeprowadzona analiza jedynie utwierdza w przekonaniu, że pojawienie się choćby jednego ze wskazanych zjawisk skutkuje destabilizacją szeroko ujętego zatrudnienia. Skoro nadrzędnym, bo konstytucyjnym, celem jest ochrona pracy, to jej realizacja powinna odbywać się w środowisku wolnym od zachowań przemocowych. Dlatego krytyka postrzegana w relacjach horyzontalnych nie ma miejsca w stosunkach pracy, chyba że jej istota sprowadza się do wzajemnej krytyki pracowników nieznajdujących się w relacji kierownictwa. W takim przypadku jednak punktem odniesienia każdorazowo powinno pozostać dobro zakładu pracy jako kategoria składowa dobra wspólnego zatrudnionych w nim podmiotów.

#### REFERENCES

Bosak M., *Problem mobbingu w orzecznictwie sądów polskich z perspektywy dziesięciolecia obowiązywania art. 94<sup>3</sup> k.p.*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2015, t. 24, nr 3

<sup>22</sup> Szerzej: A. Musiała, *Polskie prawo pracy a społeczna nauka Kościoła. Studium prawnospołeczne*, Poznań 2019, s. 96.

<sup>23</sup> Szerzej: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2008 r., II UK 71/08, Legalis.

<sup>24</sup> Tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 lipca 2016 r., I ACa 1396/15, Legalis.

- Bosak M., Danilewicz A., *Odpowiedzialność cywilna i karna za mobbing*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 4
- Bosak-Sojka M., *Krytyka w stosunkach pracy*, Rzeszów 2019
- Bosak-Sojka M., Maroń A., *Mobbing jako zagrożenie dla zdrowia pracownika w świetle regulacji polskiego prawa pracy*, (w:) M. Dolobáč, M. Seilerová (red.), *Starostlivost' o zdravie zamestnancov*, Koszyce 2018
- Bosak-Sojka M., Maroń A., *Przyczyny mobbingu w administracji publicznej*, (w:) E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny (red.), *Zagadnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego w jednostkach samorządu terytorialnego*, Rzeszów 2018
- Garmian-Wilk M., *Mobbing w miejscu pracy*, Warszawa 2018
- Gładoch M., *Dialog społeczny w zbiorowym prawie pracy*, Toruń 2014
- Godlewska-Bujok B., *Przemoc w świecie pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2017, nr 2
- Hajn Z., *Regulacja pozycji prawnej pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2000, nr 12
- Musiąła A., *Polskie prawo pracy a społeczna nauka Kościoła. Studium prawnospołeczne*, Poznań 2019
- Romer M.T., Najda M., *Mobbing w ujęciu psychologiczno-prawnym*, Warszawa 2010
- Sobczyk A., *Podmiotowość pracy i towarowość usług*, Kraków 2018
- Sobczyk A., *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015
- Sobczyk A., *Mobbing a przeciwdziałanie mobbingowi. Dyskryminacja a przeciwdziałanie dyskryminacji*, „Monitor Prawa Pracy” 2015, nr 4
- Sobczyk A., Buch D., *Komentarz do Konstytucji RP*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016
- Szewczyk H., *Mobbing w stosunkach pracy. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2012
- Wyka T., *Prawne pojęcie mobbingu i jego skutki zdrowotne*, (w:) T. Wyka, C. Szmidt (red.), *Wieloaspektowość mobbingu w stosunkach pracy*, Warszawa 2012
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 2 marca 2017 r., III AUa 1656/16, Legalis
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 lipca 2017 r., III AUa 930/16, Legalis
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 10 lipca 2017 r., III AUa 1145/16, Legalis
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 lipca 2016 r., I ACa 1396/15, Legalis
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2008 r., II PK 188/07, LEX nr 508341
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2008 r., II UK 71/08, Legalis
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2008 r., II PK 79/08, LEX nr 575185
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2009 r., II PK 114/09, LEX nr 794863
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r., I PK 187/13, LEX nr 1475152
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2015 r., II PK 157/14, LEX nr 1723774
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2017 r., I PK 206/16, Legalis



*Anna Brzezińska-Rawa*

Nicolaus Copernicus University, Toruń, Poland

e-mail: rawa@umk.pl

ORCID: 0000-0003-3865-9823

*Dorota Sylwestrzak*

Nicolaus Copernicus University, Toruń, Poland

e-mail: d\_sylwestrzak@wp.pl

ORCID: 0000-0003-4985-2880

## TOWARDS THE FIRST OFFSHORE WIND ENERGY PLANT

### Abstract

Offshore wind energy is one of the fastest growing sectors of renewable energy sources in Europe. In Poland, offshore wind energy is one of the most socially acceptable electricity generation technology. Even though Poland has a very favourable wind conditions for the development of both inland and offshore wind energy investments, there's still no offshore wind energy plant. The investment processes are still ongoing. One of the reasons underlying this is the lack of proper maritime spatial planning. Apart from that, there are several additional complicated regulations on the building permits, that the investor must obtain before the construction works may be started.

### KEYWORDS

offshore wind energy, marine spatial planning, construction permit, artificial island, exclusive economic zone

## SŁOWA KLUCZOWE

morska energetyka wiatrowa, morskie planowanie przestrzenne, pozwolenie na budowę, sztuczna wyspa, wyłączna strefa ekonomiczna

## 1. INTRODUCTION

Offshore wind energy in Europe has been developing very well. The total capacity from offshore wind farms in Europe at the end of 2020 reached 20 GW. Europe has five times the potential, estimated at 50–90 GW of new projects by 2030<sup>1</sup>. Currently, 105 offshore wind farms, i.e. 4543 wind turbines, are connected to the power grid in 11 European countries<sup>2</sup>. The goal of the European Union is to obtain 230–450 GW by 2050<sup>3</sup>. It's important because reaching 450 GW would make Europe climate neutral. Offshore wind may become the main source of energy production in Europe as early as 2042.

The leader of offshore wind energy development is Great Britain, where the installed capacity has exceeded 8 GW, and it is planned to reach 30 GW by 2030<sup>4</sup>. One of the largest existing offshore wind farms in the world, Walney Extension Orsted, is located in the Irish Sea and became operative in 2018<sup>5</sup>. The construction of the world's largest offshore wind farm, Hornsea One, located on the east coast of Great Britain, is already completed. This farm consists of 174 wind turbines, each with a capacity of 7 megawatts and a height of 190 m<sup>6</sup>. According to press reports, the energy that this farm will produce is sufficient to power up to 1 million homes<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> An EU Strategy to harness the potential of offshore renewable energy for a climate neutral future, [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/offshore\\_renewable\\_energy\\_strategy.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/offshore_renewable_energy_strategy.pdf) (accessed 05.06.2021), p. 2.

<sup>2</sup> Polskie Stowarzyszenie Energetyki Wiatrowej [the Polish Wind Energy Association], *Przyszłość morskiej energetyki wiatrowej w Polsce* [The future of offshore wind energy in Poland], 2019, [psew.pl/wp-content/uploads/2019/06/Przyszłość-morskiej-energetyki-wiatrowej-w-Polsce-raport.pdf](https://psew.pl/wp-content/uploads/2019/06/Przyszłość-morskiej-energetyki-wiatrowej-w-Polsce-raport.pdf) (accessed 05.06.2021), pp. 6–7.

<sup>3</sup> <https://windeurope.org/about-wind/campaigns/european-green-deal/#:~:text=The%20European%20Commission%20says%20Europe,Europe's%20electricity%20demand%20in%202050> (accessed 05.06.2021).

<sup>4</sup> Polskie Stowarzyszenie Energetyki Wiatrowej, *op. cit.*, p. 4.

<sup>5</sup> <https://soton.13pl/u-wybrzezy-kumbrii-uruchomiono-najwieksza-morska-farmy-wiatrowa-na-swiecie/> (accessed 05.06.2021).

<sup>6</sup> <https://hornseaprojectone.co.uk/About-the-project#0> (accessed 05.06.2021).

<sup>7</sup> <https://edition.cnn.com/2019/09/25/business/worlds-largest-wind-farm/index.html> (accessed 05.06.2021).

Location, construction and operation of the wind farm is a complex subject matter. The article aims to analyse legal regulations concerning the location of the offshore wind farms. The offshore wind farm is defined in the Polish legal system<sup>8</sup> as an installation constituting a separate set of devices for energy production, which includes one or more offshore wind turbines, a medium voltage network with power stations located at sea, excluding devices on the transformer's high voltage side or transformers located on this stations. The offshore wind turbine is a single, independent set of devices used to generate electricity only from wind energy at sea.

Two areas of regulations will be analysed: 1. planning and spatial development of the internal sea waters, the territorial sea, and the exclusive economic zone, and 2. a permit for the construction and use of artificial islands. These two are specific for offshore wind farms, not for renewable energy developments in general. Other aspects of the offshore wind energy investment, such as environmental conditions decision, construction permit, laying cables or pipelines in the areas of the internal sea waters and the territorial sea, laying cables or pipelines in the exclusive economic zone<sup>9</sup> and a permit for temporary occupation of waters<sup>10</sup> fall outside the scope of the article.

## 2. PLANNING AND SPATIAL DEVELOPMENT OF THE INTERNAL SEA WATERS, THE TERRITORIAL SEA, AND THE EXCLUSIVE ECONOMIC ZONE

Marine spatial planning is the process by which the use of marine space is identified and used to inform development decisions made by regulators<sup>11</sup>. The issues of maritime spatial planning and development are regulated by the Act of 21 March 1991 on maritime areas of the Republic of Poland and maritime administration<sup>12</sup>. Marine spatial planning is a “public process of analyzing and allo-

---

<sup>8</sup> Act of 17 December 2020 on promoting electricity generation in wind farms, “Journal of Laws” 2021, item 234, Art. 3, point 3.

<sup>9</sup> M. Makowski, *Lokalizacja i budowa elektrowni wiatrowych w obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej – nowe regulacje prawne* [Location and construction of wind farms in the maritime areas of the Republic of Poland: New legal regulations], “Prawo Morskie” 2012, Vol. XXVIII, pp. 187–188.

<sup>10</sup> J. Zaucha, *Gospodarowanie przestrzeni morską* [Sea space management], Sopot 2018, pp. 23–236.

<sup>11</sup> D. Vaughan, T. Agardy, *Marine protected areas and marine spatial planning: Allocation of resource use and environmental protection*, (in:) J. Humphreys, R.W.E. Clark (eds.), *Marine protected areas*, Elsevier 2020, p. 13.

<sup>12</sup> “Journal of Laws” 2021, item 2241 (commonly referred to as MARPMA).

cating the spatial and temporal distribution of human activities in marine areas to achieve ecological, economic, and social objectives that are usually specified through a political process<sup>13</sup>. Maritime administration is a system of state authorities dealing with administrative activities in the scope of broadly understood use of the sea<sup>14</sup>. According to the definition adopted in this Act, maritime spatial planning and development means a process through which competent administrative authorities analyse and organize the use of maritime areas to achieve ecological, economic, and social objectives.

It is an instrument for reducing conflicts, strengthen the coordination between sectors, and protect the environment through assessing the environmental effects of concerned activities<sup>15</sup>. The use of marine spatial planning was discussed in the marine administration of several European countries in the 1970s<sup>16</sup>. The following circumstances are indicated as the origin of maritime spatial planning and development:

1. The growing scale of spatial conflicts at sea,
2. The process of redefining ways to benefit from the sea,
3. The need for coexistence and synergy between the users,
4. The growing scale of land-sea spatial interactions (submarine and land cables, landscape pollution, blue corridors),
5. The growing importance of space for ecosystem services, e.g. for the resistance of marine ecosystems to external shocks (the filtering role of estuaries)<sup>17</sup>.

The authorities in charge of the field of maritime spatial planning are the minister competent for the maritime economy, who is currently the Minister of Maritime Economy and Inland Navigation, as well as the director of one of the maritime offices. The director of a maritime office has a wide range of competences<sup>18</sup>. There are currently three maritime offices in Poland: the Maritime

---

<sup>13</sup> C. Frazão Santos *et al.*, *Marine spatial planning*, (in:) Ch. Sheppard (ed.), *World seas: An environmental evaluation*, 2<sup>nd</sup> ed., Academic Press 2019, p. 571 and the literature cited there.

<sup>14</sup> J. Młynarczyk, *Prawo morskie* [Maritime law], Gdańsk 2002, p. 49.

<sup>15</sup> European Union, *Maritime spatial planning in the EU: Achievements and future development*, Luxembourg 2011, <https://doi.org/10.2771/81687> (accessed 15.06.2021).

<sup>16</sup> K. Grip, S. Blomqvist, *Marine spatial planning: Coordinating divergent marine interests*, “Ambio” 2021, Vol. 50, <https://doi.org/10.1007/s13280-020-01471-0>, p. 1172 (accessed 17.03.2023).

<sup>17</sup> J. Zaucha, M. Matczak, *Morskie planowanie przestrzenne: Definicja, geneza i cele* [Maritime spatial planning: Definition, genesis and goals], Warszawa 2014, <https://docplayer.pl/11962721-Morskie-planowanie-przestrzenne-definicja-geneza-i-cele.html> (accessed 17.03.2023).

<sup>18</sup> D. Trzeńska, P. Mierzejewski, *Dyrektor urzędu morskiego jako organ administracji morskiej* [Director of the maritime office as a maritime administration body], “Prawo Morskie” 2006, Vol. XXII, p. 227.

Office in Gdynia<sup>19</sup>, the Maritime Office in Słupsk<sup>20</sup>, and the Maritime Office in Szczecin<sup>21</sup>. Locating maritime spatial planning at a regional level is indicated as one of the weaknesses of maritime spatial planning<sup>22</sup>.

Pursuant to Art. 371 of the above Act, maritime spatial planning and development covers the following areas: the internal marine waters, the territorial sea, and the exclusive economic zone. Pursuant to the Directive 2014/89/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014, establishing a framework for maritime spatial planning<sup>23</sup>, documents that are related to maritime spatial planning should be available to all coastal states regardless of their membership in the European Union. Pursuant to the above Directive, Member States shall establish, taking into account relevant activities, and uses of marine waters, procedural activities including:

1. Consideration of the land and sea interaction,
2. Consideration of environmental, economic, and social aspects, as well as safety aspects,
3. Seeking to promote coherence between maritime spatial planning and the resulting plan or plans and other processes such as integrated coastal zone management or equivalent formal or informal activities,
4. Ensuring the involvement of interested parties,
5. Organising the use of the best available data,
6. Ensuring cross-border cooperation between Member States,
7. Promoting cooperation with third countries.

In addition, the above Directive requires Member States to draw up maritime spatial development plans by 2021.

Maritime spatial planning is a separate system from land planning. The differences relate to the legal basis of planning, competent authorities, and planning institutions. It is indicated that marine and coastal zone planning should be inte-

---

<sup>19</sup> Ordinance No. 34 of the Ministry of Maritime Economy and Inland Navigation with regard to providing the statute for the Maritime Office in Gdynia, Journal of Laws MGIZS from 2017, item 35.

<sup>20</sup> Ordinance No. 28 of the Ministry of Maritime Economy and Inland Navigation with regard to providing the statute for the Maritime Office in Słupsk, Journal of Laws MGIZS from 2016, item 28.

<sup>21</sup> Ordinance No. 19 of the Ministry of Maritime Economy and Inland Navigation with regard to providing the statute for the Maritime Office in Szczecin of 26 April 2018, Journal of Laws MGIZS from 2018, item 19.

<sup>22</sup> D. Pyć, *Zasady morskiego planowania przestrzennego i zintegrowanego zarządzania strefą przybrzeżną* [Principles of maritime spatial planning and integrated coastal zone management], „Prawo Morskie” 2013, Vol. XXIX, pp. 117–135.

<sup>23</sup> “Official Journal of the EU”, L 257, 28.08.2014, p. 135.

grated<sup>24</sup>. Nevertheless, the priorities of Polish maritime spatial planning were not sufficiently clearly defined<sup>25</sup>.

The study of the spatial development conditions of Polish maritime areas covers Polish maritime areas within the meaning of the Act on maritime areas of the Republic of Poland and maritime administration, in the part relating to the exclusive economic zone<sup>26</sup> and the territorial sea of the Republic of Poland and the sea waters belt located between the base line of the territorial sea and the boundaries of the cadastral parcels of the land area adjacent to sea waters. The study also covers the internal sea waters of the Gulf of Gdańsk. The subject of the maritime study is not the waters within the ports and the Szczecin and Vistula Lagoon. The above maritime study is a document identifying and analysing physiogeographic, spatial, legal, economic, social, and environmental conditions for the purposes of drawing up spatial development plans for Polish maritime areas. The purpose of the study was to collect and analyse information in order to prepare the spatial development plan. The marine study has an informative value, allowing valorisation of phenomena and making subsequent accurate spatial decisions. Thus, it is a kind of inventory and assessment of the state of the sea areas. A maritime study differs from a municipal study in that the maritime study is not an act of internal management. This means that it is not binding for planning authorities involved in drawing up local spatial development plans<sup>27</sup>.

In Poland, the process of effective preparation for drawing up maritime spatial development plans began in 2013<sup>28</sup>. The decisions in these plans are a manifestation of the planning authority of the areas covered by them<sup>29</sup>. Maritime spatial development plans determine:

---

<sup>24</sup> European Parliament and Council, Recommendation of the European Parliament and of the Council of 30 May 2002 concerning the implementation of Integrated Coastal Zone Management in Europe, "Official Journal" 2002, L 148, 06/06/2002, pp. 0024–0027; B. Shipman, T. Stojanovic, *Facts, fictions, and failures of integrated coastal zone management in Europe*, "Coastal Management" 2007, Vol. 35, issue 2, pp. 375–398; J. Taussik, *The opportunities of spatial planning for integrated coastal management*, *Marine Policy* 2007, Vol. 31, issue 5, pp. 611–618.

<sup>25</sup> J. Zaucha, *Sea basin maritime spatial planning: A case study of the Baltic Sea Region and Poland*, "Marine Policy" 2014, Vol. 50, p. 44.

<sup>26</sup> See further D. Pyć, *Wybrane aspekty prawne i ekologiczne związane z układaniem rurociągów podmorskich* [Selected legal and ecological aspects related to laying submarine pipelines], "Prawo Morskie" 2006, Vol. XXII, pp. 27–29.

<sup>27</sup> Instytut Morski w Gdańsku, *Studium uwarunkowań zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich wraz z analizami przestrzennymi* [Study of the conditions for spatial development of Polish sea areas together with spatial analyses], Gdańsk 2015, [http://www.ums.gov.pl/ObszaryMorskie/2015/Studium\\_Uwarunkowan\\_Zagospodarowania\\_Przestrzennego\\_POM.pdf](http://www.ums.gov.pl/ObszaryMorskie/2015/Studium_Uwarunkowan_Zagospodarowania_Przestrzennego_POM.pdf) (accessed 17.03.2023), pp. 9–12.

<sup>28</sup> D. Pyć, *The Polish legal regime on marine spatial planning*, "Maritime Law" 2017, Vol. XXXIII, p. 120.

<sup>29</sup> T. Bąkowski, *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne obszarów morskich. Problematyka administracyjnoprawna* [Planning and spatial development of sea areas: Administrative and legal issues], Gdańsk 2018, p. 153.

1. The basic function and permissible functions for each of the areas separated in the plans. The basic function means the leading purpose of the area separated in the plans. Permissible functions mean the other uses of the areas separated in the plans, the coexistence of which does not disturb the leading destination in a manner that permanently prevents the implementation of the basic function and does not adversely affect the sustainable development of the areas separated in the plans.

2. Bans or restrictions on the use of areas separated in the plans, taking into account the requirements of nature protection.
3. The location of public purpose investments. It should be noted that maritime spatial development plans may contain information arrangements regarding the expected distribution of public purpose investments, other than those specified in the plans.
4. Directions of transport and technical infrastructure development.
5. Areas and conditions of:
  - a. environmental protection and cultural heritage,
  - b. fishing and aquaculture,
  - c. obtaining renewable energy,
  - d. exploration and recognition of mineral deposits and extraction of minerals from deposits.

Activities whose sole purpose is national defence or security may be carried out regardless of the decisions of the maritime spatial development plan, including basic and permissible functions, on the principles set out in separate regulations.

The plan may contain provisions binding provincial and municipal local governments, in whose areas internal sea waters occur, or municipalities neighbouring the area of the plan through the shoreline or the corresponding boundaries of sea areas, when drawing up provincial spatial development plans, studies of the conditions and directions of spatial development of municipalities, and local spatial development plans in the scope of:

1. The distribution of public purpose investments of national significance specified in the mediumterm national development strategy and other development strategies, and the national spatial development concept, and programmes defining government tasks,
2. Protected areas, including areas of protected space,
3. The manner of using sea areas, including restrictions and approvals.

The draft of the maritime area plan is prepared by the territorially competent director of a maritime office. Planning in these areas should be based on the use of an ecosystem approach<sup>30</sup>. The ecosystem approach means that in the management of human activities the following conditions will be met:

---

<sup>30</sup> P. Gilliland, D. Lafolley, *Key elements and steps in the process of developing ecosystem-based marine spatial planning*, "Marine Policy" 2008, Vol. 32, issue 5, pp. 787–796; F. Douvere,

1. The impact on the ecosystem of planned human activities will be maintained at a level enabling the achievement and maintenance of the good ecological status of the environment.
2. Both the ability of the ecosystem to function properly and its resistance to environmental changes resulting from human activities will be preserved.
3. Simultaneous, permanent, and sustainable use of ecosystem resources and services by current and future generations will be enabled<sup>31</sup>.

An environmental impact assessment is prepared for the draft of the spatial development plan for internal marine waters, the territorial sea, and the exclusive economic zone.

In addition, when drawing up the maritime spatial development plan, account is taken of:

1. Supporting sustainable development in the maritime sector, while considering economic, social, and environmental aspects, including improvement of the state of the environment and resilience to climate change,
2. State defence and security,
3. Coordination of activities of relevant entities and ways of using the sea.

Maritime spatial development plans are adopted by the Council of Ministers by way of a regulation. The costs of drawing up a maritime spatial development plan and preparing an environmental impact assessment are charged to the state budget or the investor implementing the investment, if the arrangements of this plan are a direct consequence of the implementation of this investment.

### 3. A PERMIT FOR THE CONSTRUCTION AND USE OF ARTIFICIAL ISLANDS

The Republic of Poland has the sole right to construct and grant permits for the construction and use in the exclusive economic zone of: artificial islands, all types of structures, and equipment intended for scientific research, recognition, or exploitation of resources, as well as in relation to other undertakings in the field of economic research and exploitation of the exclusive economic zone, in particular the use of water, sea currents, and wind for energy purposes. Artificial islands, constructions, and equipment are subject to Polish law. The Republic of

---

*The importance of marine spatial planning in advancing ecosystem-based sea use management*, "Marine Policy" 2008, Vol. 32, issue 5, pp. 759–761.

<sup>31</sup> M. Nyka, *Znaczenie podejścia ekosystemowego i usług ekosystemowych w morskim planowaniu przestrzennym* [The significance of the ecosystem approach and ecosystem services in marine spatial planning], „Prawo Morskie” 2015, <http://prawo-morskie.pl/wp-content/uploads/2015/12/znaczenie-podejscia-ekosystemowego-i-uslug-ekosystemowych-w-morskim-planowaniu-przestrzennym.pdf> (accessed 17.03.2023), p. 4.



Poland holds exclusive economic zone power over: 1. the construction and use of artificial islands, structures, and other equipment, 2. scientific research, 3. the protection and preservation of the marine environment. Conducting economic activity on artificial islands is a manifestation of glocalization<sup>32</sup>.

With regard to the construction or use of artificial islands, structures, and equipment in Polish maritime areas, the procedure for obtaining a permit for the implementation of the above investment is as follows. Generally, the construction and use of wind farms in internal marine waters and the territorial sea is prohibited. Thus, wind farms may be established only in the exclusive economic zone, i.e. at least 12 nautical miles from the shore<sup>33</sup>.

The decisive proceedings are separate from the proceedings for a permit to construct or use artificial islands, structures, and equipment in Polish maritime areas.

In the decisive proceedings, the successful entity is the applicant who: 1. has reached the qualifying minimum, 2. has obtained the highest number of points among all participants.

The results of the decisive proceedings are announced at the registered office and in the Public Information Bulletin on the website of the office supporting the minister competent for maritime economy, with the indication of applicants who have reached the qualifying minimum, ranked in order of decreasing number of points obtained.

The minister competent for maritime economy, after conducting the decisive proceedings:

1. Grants a permit by way of an administrative decision to construct or use artificial islands, structures, and equipment in Polish maritime areas, to an entity selected not earlier than 14 days from the date of announcement of the results of the proceedings, or
2. Considers the proceedings unresolved if none of the applicants has reached the qualifying minimum, or
3. Annuls the decisive proceedings, if in the decisive proceedings the provisions of law, or interests of competition participants have been grossly violated.

The permits give the right to use the Polish maritime area for the purposes specified in the permit, and the rights arising from the permit may not be trans-

---

<sup>32</sup> S. Goran, "Glocalization" of business activities: A "glocal strategy" approach, "Management Decision" 2001, Vol. 39, issue 1, pp. 6–18; D.C. Kotlewski, A. Dudzińska-Jarmolińska, *Sztuczne wyspy jako przejaw glocalizacji* [Artificial islands as a manifestation of glocalisation], „Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie” 2017, Vol. 42, issue 1, pp. 24–37.

<sup>33</sup> K. Zajdler, *Regulacje prawa krajowego dotyczące inwestycji w farmy wiatrowe (wybrane aspekty)* [National law regulations regarding investments in wind farms (selected aspects)], Warszawa 2011, pp. 129–130.

ferred to other entities<sup>34</sup>. In the permit, the authority specifies the type of the project and its location using geocentric and geodetic coordinates, characteristic technical parameters of the project, detailed conditions, and requirements resulting from separate provisions. With regard to the permits for the occupation of the exclusive economic zone for the construction and use of artificial islands, structures, and equipment, the legislator has provided for an additional fee in the amount of 1% of the value of the planned project. It is estimated that the fee may amount to PLN 60–100 million<sup>35</sup>.

The competent authorities for the issue of the permit in question are:

1. The minister competent for maritime economy for planned, implemented, or operating projects:
  - a. in the area of the internal sea waters or the territorial sea, if no maritime spatial development plan has been adopted for these areas and these projects require a building permit,
  - b. in the exclusive economic zone.
2. The territorially competent director of the maritime office for planned, implemented, or operating projects in areas of the internal sea waters or the territorial sea, if for these areas:
  - a. a spatial development plan for the internal sea waters, the territorial sea, and the exclusive economic zone has been adopted,
  - b. a spatial development plan for the internal marine waters, the territorial sea, and the exclusive economic zone has not been adopted, and these projects do not require a building permit.

The permit for the location of an investment consisting in the construction and use of artificial islands, structures, and equipment in Polish maritime areas is issued after the application for the permit has been approved by the ministers competent in the matters of: energy, economy, culture, and protection of the national heritage, fisheries, environment, internal affairs, and the Minister of National Defence. The deadline for issuing an opinion is a maximum of 90 days from the date of receipt of the application. Not issuing an opinion within this period is treated as issuing an unqualified opinion. The obligation to provide opinions was excluded in relation to projects that do not require a building permit.

The approving authorities shall refuse to issue a permit where its issuance would create a risk to:

---

<sup>34</sup> M. Makowski, *Problemy prawne lokalizacji i budowy elektrowni wiatrowych w obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej* [Legal problems of locating and building wind farms in the maritime areas of the Republic of Poland], „Prawo Morskie” 2011, Vol. XXVII, p. 251.

<sup>35</sup> A. Łobodzińska. M. Rudnicki, *Prawno-finansowe podstawy rozwoju morskiej energetyki wiatrowej w Polsce w oparciu o sztuczne wyspy morskie na Bałtyku* [Legal and financial basis for the development of offshore wind energy in Poland based on artificial sea islands in the Baltic Sea], „Roczniki Nauk Prawnych” 2011, Vol. XXI, No. 2, p. 288.

1. The environment, sea resources, or undersea resources, including rational management of mineral deposits,
2. The interests of the national economy,
3. State defence and security,
4. Maritime safety,
5. Safe sea fishing,
6. Aircraft flight safety,
7. The underwater archaeological heritage,
8. Safety related to research, recognition, and exploitation of mineral resources of the seabed and the inside of the earth beneath it,
9. The implementation of the basic functions specified in the spatial development plans for the internal marine waters, the territorial sea, and the exclusive economic zone.

It should be noted that these conditions are obligatory. Their occurrence obliges the approving authority to refuse to issue a permit.

Based on separate provisions, the approving authorities indicate the occurrence of the above-mentioned threats or specific conditions and requirements resulting from separate provisions. Such separate provisions in the light of the case law<sup>36</sup> may be, for example, the Act of June 9 2011 the Geological and Mining Law<sup>37</sup>, or the Act of 27 April 2001 – the Environmental Protection Law<sup>38</sup>.

The permit for the location of an investment consisting in the construction and use of artificial islands, structures, and equipment in Polish maritime areas is issued for the period necessary for the construction or use of artificial islands, structures, and equipment, but not longer than 35 years. In a situation where artificial islands, structures, and equipment have been constructed and used in accordance with the requirements specified in the permit, the authority that issued the permit may extend its validity for a period of up to 20 years. The validity is extended by way of a decision, at the application of the entity, to which the permit was granted, submitted not later than 120 days before the expiry date of the permit.

In a situation where, within 8 years from the date of issuing the permit, the entity which has been granted the permit does not obtain the building permit for all or part of the project implemented in stages covered by the permit, the authority which has issued the permit states, by way of a decision, the revocation of the permit. If the entity to which the permit has been granted, no later than 60 days before the expiry of 8 years from the date of the issue of the permit, submits

---

<sup>36</sup> Judgment of the Supreme Administrative Court of 16 December 2014, II OSK 1252/13, Legalis Number 1327673.

<sup>37</sup> Consolidated text, “Journal of Laws” 2019, item 868, as amended (commonly referred to as GML).

<sup>38</sup> Consolidated text, “Journal of Laws” 2019, item 1396, as amended (commonly referred to as EPL).

to the authority that has issued the permit, written explanations and documents confirming the undertaking of all actions required by law, aimed at obtaining a building permit, the period of 8 years is extended for the time necessary to obtain a building permit, but no longer than for 2 years from the date on which the 8-year deadline expired from the date of the issue of the permit. The authority states the extension of the deadline by way of a decision.

The legislator has provided for other obligatory conditions for the revocation of the permit. And so, in a situation where, within: 1. 3 years from the date on which the building permit decision became final, the construction of an artificial island, structure, and equipment has not been initiated, or 2. 5 years from the date of the construction initiation, no use of the artificial island, structure, and equipment has been made, the authority that issued the permit shall state, by way of a decision, the revocation of that permit.

In addition, the legislator provided for optional grounds for the revocation of the permit, providing that the authority may, by way of a decision, state for the whole or,(in the situation of a staging project), for part of the area covered by the permit, its revocation if the construction or use of an artificial island, structures, and equipment has been inconsistent with the conditions set out in the permit, at the same time imposing a financial penalty. The amount of the financial penalty is the equivalent of up to 1,000,000 units of account, called “Special Drawing Rights (SDR)”.

If the permit expires or its revocation is stated, the authority that has issued the permit may order, by way of a decision, that the entity to which the permit has been granted, effects the total or partial removal at the expense of that entity of structures, equipment, and infrastructure elements and, as well, remedy damage caused to the environment, specifying the conditions and the deadline for performing these activities. Failure to fulfil the obligation specified in the decision results in the fact that these works may be carried out by the territorially competent director of the maritime office at the expense of the entity obliged by the decision to carry out these works.

In the course of the proceedings for granting the permit, it may happen that the competent authorities commence the preparation of a spatial development plan for internal marine waters, the territorial sea, and the exclusive economic zone. In this situation, the legislator has decided that failure to adopt the plan at the preparation stage is a reason for suspending the proceedings for granting the permit until the plan is adopted.

#### 4. CONCLUSIONS

It seems that despite high costs, investments in offshore wind farms are one of the more promising directions for the development of the renewable energy sector. The location of windmills at sea is justified by better wind conditions than on land and should not cause conflicts with the neighbouring countries.

Currently, there is not a single offshore wind turbine in Poland. The Polish Offshore Wind Farm Bałtyk Środkowy III will be located at a minimum distance of approx. 23 kilometers from the shoreline, opposite the Smołdzino municipality and the city of Łeba (the Pomorskie Province). The area available for the development of wind farms included in the farm is approx. 89 km<sup>2</sup>, which is less than 0.3 per cent of the area of the Polish maritime areas. Around the area available for development, a 500 m wide strip has been designated, which must remain free from development – no part of the farm (even a rotor propeller) may be within its boundaries. As a result, free space around the farm will be maintained, which can be used, for example, as a flow corridor for other users<sup>39</sup>. According to the investor – the Polenergia group, the Offshore Wind Farm Bałtyk Środkowy III is a project that is at the most advanced stage in Poland<sup>40</sup>.

In total, more than 20 location permits were issued, but only a few of them have a chance of implementation, as most of them have expired<sup>41</sup>. The estimated cost of 1 MWh from offshore wind farms is significantly higher than that from onshore wind farms, and amounts to approx. PLN 713 (168 EUR). It mainly results from higher capital costs and more than twice higher fixed costs. Nevertheless, owing to the large development potential of this technology, it is possible to significantly reduce the unit cost of production after the successful launch of the first offshore wind farms in Poland<sup>42</sup>. The location of windmills at a distance of more than 20 kilometres from the shoreline will not disturb the seaside landscape of the coast, and may be an important factor in the economic development of coastal areas and the whole of Poland<sup>43</sup>. Expert calculations from 2016 show that installing 6 GW offshore wind farms will create 77,000 jobs throughout Poland,

<sup>39</sup> [www.baltyk3.pl/projekt/locationacja/](http://www.baltyk3.pl/projekt/locationacja/) (accessed 05.06.2021).

<sup>40</sup> <http://www.baltyk3.pl/projekt/pozwolenia/> (accessed 05.11.2020).

<sup>41</sup> <https://dziennikbaltycki.pl/czy-morska-energetyka-wiatrowa-jest-w-polsce-potrzebna-senator-kazimierz-kleina-polska-energetyka-stoi-przed-ogromnymi/ar/c3-14127599> (accessed 05.11.2020).

<sup>42</sup> Ernst & Young, *Wpływ energetyki wiatrowej na wzrost gospodarczy w Polsce. Raport przygotowany przez Ernst & Young we współpracy z Polskim Stowarzyszeniem Energetyki Wiatrowej oraz European Wind Energy Associations* [The report prepared by Ernst & Young in cooperation with the Polish Wind Energy Association and European Wind Energy Associations], 2012, [psew.pl/wp-content/uploads/2019/02/PSEW-Raport-Wpływ-energetyki-wiatrowej-na-wzrost-gospodarczy-w-Polsce.pdf](http://psew.pl/wp-content/uploads/2019/02/PSEW-Raport-Wpływ-energetyki-wiatrowej-na-wzrost-gospodarczy-w-Polsce.pdf) (accessed 17.03.2023), p. 35.

<sup>43</sup> Polskie Stowarzyszenie Energetyki Wiatrowej, *op. cit.*, p. 4.

will generate approx. PLN 60 billion of value added to GDP, and PLN 15 billion of revenues from CIT and VAT until 2030<sup>44</sup>.

The offshore wind farm investment and construction process is a complex and multi-stage process. Individual permits must be obtained in a specific order, which makes the process lengthy – obtaining all necessary permits should be estimated for a period of several years. There is a risk of expiry of previously obtained permits before obtaining further ones. Despite the high investment costs, investors are eager to locate offshore investments. To facilitate and simplify procedures, in November 2019 the Ministry of Energy completed internal work on the special offshore wind energy act. This act, however, does not deal (at least not directly) with the subject of the article. On the one hand, the act dedicated to offshore wind energy was one of the factors most expected by the sector to accelerate offshore development in Poland<sup>45</sup>. On the other hand, however, this is another special act that introduces solutions different from the general ones, carrying the risk of introducing simplifications in the field of environmental protection measures.

## REFERENCES

### Books and articles

- Bąkowski T., *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne obszarów morskich. Problematyka administracyjno-prawna* [Planning and spatial development of sea areas: Administrative and legal issues], Gdańsk 2018
- Douvere F., *The importance of marine spatial planning in advancing ecosystembased sea use management*, “Marine Policy” 2008, Vol. 32, issue 5
- Ernst & Young, *Wpływ energetyki wiatrowej na wzrost gospodarczy w Polsce. Raport przygotowany przez Ernst & Young we współpracy z Polskim Stowarzyszeniem Energetyki Wiatrowej oraz European Wind Energy Associations*, 2012, [psew.pl/wp-content/uploads/2019/02/PSEW-Raport-Wpływ-energetyki-wiatrowej-na-wzrost-gospodarczy-w-Polsce.pdf](http://psew.pl/wp-content/uploads/2019/02/PSEW-Raport-Wpływ-energetyki-wiatrowej-na-wzrost-gospodarczy-w-Polsce.pdf) (accessed 17.03.2023)
- European Union, *Maritime spatial planning in the EU: Achievements and future development*, Luxembourg 2011, <https://doi.org/10.2771/81687> (accessed 15.06.2021)
- Frazão Santos C. *et al.*, *Marine spatial planning*, (in:) Ch. Sheppard (ed.), *World seas: An environmental evaluation*, 2<sup>nd</sup> ed., Academic Press 2019

---

<sup>44</sup> McKinsey & Company, *Rozwój morskiej energetyki wiatrowej w Polsce. Perspektywy i ocena wpływu na lokalną gospodarkę* [Development of offshore wind energy in Poland. Perspectives and assessment of the impact on the local economy], 2016, [https://www.mckinsey.com/pl/~media/McKinsey/Locations/Europe%20and%20Middle%20East/Polska/Raporty/%20eRozwoj%20morskiejenergetyki%20wiatrowej%20w%20Polsce/McKinsey\\_Rozwj-morskiej-energetyki-wiatrowej-w-Polsce\\_cayraport.ashx](https://www.mckinsey.com/pl/~media/McKinsey/Locations/Europe%20and%20Middle%20East/Polska/Raporty/%20eRozwoj%20morskiejenergetyki%20wiatrowej%20w%20Polsce/McKinsey_Rozwj-morskiej-energetyki-wiatrowej-w-Polsce_cayraport.ashx) (accessed 17.03.2023), p. 3.

<sup>45</sup> <http://www.ptmew.pl/posts/ministerstwo-energii-zakonczylo-wewnetrzne-prace-nad-specustawa-offshore-wind-2071.php> (accessed 01.12.2020).

- Gilliland P., Lafolley D., *Key elements and steps in the process of developing ecosystem-based marine spatial planning*, "Marine Policy" 2008, Vol. 32, issue 5
- Goran S., *"Glocalization" of business activities: A "glocal strategy" approach*, "Management Decision" 2001, Vol. 39, issue 1
- Grip K., Blomqvist S., *Marine spatial planning: Coordinating divergent marine interests*, "Ambio" 2021, Vol. 50, <https://doi.org/10.1007/s13280-020-01471-0> (accessed 17.03.2023)
- Instytut Morski w Gdańsku, *Studium uwarunkowań zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich wraz z analizami przestrzennymi* [Study of the conditions for spatial development of the Polish sea areas together with spatial analyzes], Gdańsk 2015, [http://www.ums.gov.pl/ObszaryMorskie/2015/Studium\\_Uwarunkowan\\_Zagospodarowania\\_Przestrzennego\\_POM.pdf](http://www.ums.gov.pl/ObszaryMorskie/2015/Studium_Uwarunkowan_Zagospodarowania_Przestrzennego_POM.pdf) (accessed 17.03.2023)
- Kotlewski D.C., Dudzińska-Jarmolińska A., *Sztuczne wyspy jako przejaw globalizacji* [Artificial islands as a manifestation of globalisation], „Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie” 2017, Vol. 42, issue 1
- Łobodzińska A., Rudnicki M., *Prawno-finansowe podstawy rozwoju morskiej energetyki wiatrowej w Polsce w oparciu o sztuczne wyspy morskie na Bałtyku* [Legal and financial foundations of the development of offshore wind energy in Poland based on artificial sea islands in the Baltic Sea], „Roczniki Nauk Prawnych” 2011, Vol. XXI, No. 2
- Makowski M., *Lokalizacja i budowa elektrowni wiatrowych w obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej – nowe regulacje prawne* [Location and construction of wind farms in the maritime areas of the Republic of Poland: New legal regulations], „Prawo Morskie” 2012, Vol. XXVIII
- Makowski M., *Problemy prawne lokalizacji i budowy elektrowni wiatrowych w obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej* [Legal problems of locating and building wind farms in the maritime areas of the Republic of Poland], „Prawo Morskie” 2011, Vol. XXVII
- McKinsey & Company, *Rozwój morskiej energetyki wiatrowej w Polsce. Perspektywy i ocena wpływu na lokalną gospodarkę* [Development of offshore wind energy in Poland: Perspectives and assessment of the impact on the local economy], 2016, [https://www.mckinsey.com/pl/~/\\_media/McKinsey/Locations/Europe%20and%20Middle%20East/Polska/Raporty/%20eRozwoj%20morskiejenergetyki%20wiatrowej%20w%20Polsce/McKinsey\\_Rozwj-morskiej-energetyki-wiatrowej-w-Polsce\\_cayraport.ashx](https://www.mckinsey.com/pl/~/_media/McKinsey/Locations/Europe%20and%20Middle%20East/Polska/Raporty/%20eRozwoj%20morskiejenergetyki%20wiatrowej%20w%20Polsce/McKinsey_Rozwj-morskiej-energetyki-wiatrowej-w-Polsce_cayraport.ashx) (accessed: 17.03.2023)
- Młynarczyk J., *Prawo morskie* [Maritime law], Gdańsk 2002
- Nyka M., *Znaczenie podejścia ekosystemowego i usług ekosystemowych w morskim planowaniu przestrzennym* [The significance of the ecosystem approach and ecosystem services in marine spatial planning], 2015, <http://prawo-morskie.pl/wp-content/uploads/2015/12/znaczenie-podejścia-ekosystemowego-i-usług-ekosystemowych-w-morskim-planowaniu-przestrzennym.pdf> (accessed 17.03.2023)
- Polskie Stowarzyszenie Energetyki Wiatrowej [The Polish Wind Energy Association], *Przyszłość morskiej energetyki wiatrowej w Polsce* [The future of offshore wind energy in Poland], 2019, [psew.pl/wp-content/uploads/2019/06/Przyszłość-morskiej-energetyki-wiatrowej-w-Polsce-raport.pdf](http://psew.pl/wp-content/uploads/2019/06/Przyszłość-morskiej-energetyki-wiatrowej-w-Polsce-raport.pdf) (accessed 5.06.2021)

- Pyć D., *The Polish legal regime on marine spatial planning*, "Maritime Law" 2017, Vol. XXXIII
- Pyć D., *Wybrane aspekty prawne i ekologiczne związane z układaniem rurociągów podmorskich* [Selected legal and ecological aspects related to laying submarine pipelines], „Prawo Morskie” 2006, Vol. XXII
- Pyć, D., *Zasady morskiego planowania przestrzennego i zintegrowanego zarządzania strefą przybrzeżną* [Principles of maritime spatial planning and integrated coastal zone management], „Prawo Morskie” 2013, Vol. XXIX
- Shipman B., Stojanovic T., *Facts, fictions, and failures of integrated coastal zone management in Europe*, "Coastal Management" 2007, Vol. 35, issue 2
- Taussik J., *The opportunities of spatial planning for integrated coastal management*, "Marine Policy" 2007, Vol. 31, issue 5
- Trzcńska D., Mierzejewski P., *Dyrektor urzędu morskiego jako organ administracji morskiej* [Director of the maritime office as a maritime administration body], "Prawo Morskie" 2006, Vol. XXII
- Vaughan D., Agardy T., *Marine protected areas and marine spatial planning: Allocation of resource use and environmental protection*, (in:) J. Humphreys, R.W.E. Clark (eds.), *Marine protected areas*, Elsevier 2020
- Zajdler K., *Regulacje prawa krajowego dotyczące inwestycji w farmy wiatrowe (wybrane aspekty)* [National law regulations regarding investments in wind farms (selected aspects)], Warszawa 2011
- Zaucha J., *Gospodarowanie przestrzeni morską* [Sea space management], Sopot 2018
- Zaucha J., *Sea basin maritime spatial planning: A case study of the Baltic Sea Region and Poland*, "Marine Policy" 2014, Vol. 50
- Zaucha J., Matczak M., *Morskie planowanie przestrzenne: Definicja, geneza i cele* [Maritime spatial planning: Definition, genesis and goals], Warszawa 2014, <https://docplayer.pl/11962721-Morskie-planowanie-przestrzenne-definicja-geneza-i-cele.html> (accessed 17.03.2023)

### Internet sources

- <https://dziennikbaltycki.pl/czy-morska-energetyka-wiatrowa-jest-w-polsce-potrzebna-senator-kazimierz-kleina-polska-energetyka-stoi-przed-ogromnymi/ar/c3-14127599> (accessed 05.06.2021)
- [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/offshore\\_renewable\\_energy\\_strategy.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/offshore_renewable_energy_strategy.pdf) (accessed 05.06.2021), p. 2
- <https://edition.cnn.com/2019/09/25/business/worlds-largest-wind-farm/index.html> (accessed 05.06.2021)
- <https://hornseaprojectone.co.uk/About-the-project#0> (accessed 05.06.2021)
- <https://soton.pl/u-wybrzezy-kumbrii-uruchomiono-najwieksza-morska-farme-wiatrowa-na-swiecie/> (accessed 05.06.2021)
- <https://windeurope.org/about-wind/campaigns/european-green-deal/#:~:text=The%20European%20Commission%20says%20Europe,Europe's%20electricity%20demand%20in%202050> (accessed 05.06.2021)
- <http://www.baltyk3.pl/projekt/pozwolenia/> (accessed 05.06.2021)
- <http://www.ptmew.pl/posts/ministerstwo-energii-zakonczylo-wewnetrzne-prace-nad-specustawa-offshore-wind-2071.php> (accessed 01.12.2020)



psew.pl/wp-content/uploads/2019/06/Przyczęsość-morskiej-energetyki-wiatrowej-w-Polsce-raport.pdf (accessed 5.06.2021), p. 4  
www.baltyk3.pl/projekt/locationacja/ (accessed 05.06.2021)

### **Documents, acts of law**

Act of 17 December 2020 on promoting electricity generation in wind farms, "Journal of Laws" 2021, item 234; Art. 3 point 3

Directive 2014/89/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014, "Official Journal of the EU" L 257, 28 August 2014.

European Parliament and Council, Recommendation of the European Parliament and of the Council of 30 May 2002 concerning the implementation of Integrated Coastal Zone Management in Europe, "Official Journal" 2002, L 148, 06/06/2002

"Journal of Laws" 2019, item 868, as amended (Geological and Mining Law)

"Journal of Laws" 2019, item 1396, as amended (Environmental Protection Law)

"Journal of Laws" 2021, item 2241 (Maritime Areas of the Republic of Poland and Maritime Administration)

Ordinance No. 34 of the Ministry of Maritime Economy and Inland Navigation with regard to providing the statute for the Maritime Office in Gdynia, "Journal of Laws MGIZS" 2017, item 35

Ordinance No. 28 of the Ministry of Maritime Economy and Inland Navigation with regard to providing the statute for the Maritime Office in Słupsk, "Journal of Laws MGIZS" 2016, item 28

Ordinance No. 19 of the Ministry of Maritime Economy and Inland Navigation with regard to providing the statute for the Maritime Office in Szczecin of 26 April 2018, "Journal of Laws MGIZS" 2018, item 19

### **Court decisions**

Judgment of the Supreme Administrative Court of 16 December 2014, II OSK 1252/13, Legalis Number 1327673.

*Lukasz Chruściel*

Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska

e-mail: [lukasz.chrusciel@pcslegal.pl](mailto:lukasz.chrusciel@pcslegal.pl)

ORCID: 0000-0003-0864-7960

## **REZYGNACJA Z ZASPOKAJANIA POTRZEB BYTOWYCH, SOCJALNYCH I KULTURALNYCH PRACOWNIKÓW W CZASIE KRYZYSU**

### **RESIGNATION FROM FULFILLING EMPLOYEES' LIFE, SOCIAL, AND CULTURAL NEEDS IN TIMES OF CRISIS**

#### **Abstract**

This article addresses the issue of the employers' obligations to fulfil the employees' life, social, and cultural needs, in particular the employers' right to resign from those obligations in times of crisis. The author examines the Polish law in search for legal regulations constituting framework for those obligations and analyses their nature. Some of those obligations are not enforceable, which means that the employees cannot bring court action against the employers to fulfill them. The article focuses on the obligations that are enforceable and explains how the employers may legally resign from fulfilling them. The article takes into consideration the standard methods of resignation as well as those introduced by the anti-crisis regulations.

## KEYWORDS

employees' life, social and cultural needs, employer's social benefit fund, anti-crisis shield, employment relationship, trade unions

## SŁOWA KLUCZOWE

potrzeby życiowe, socjalne i kulturalne, zakładowy fundusz świadczeń socjalnych, tarcza antykryzysowa, stosunek pracy, organizacje związkowe

## 1. WSTĘP

Polskie prawo nakłada na pracodawców określone obowiązki w zakresie zaspokajania potrzeb bytowych, socjalnych i kulturalnych pracowników. Takie obowiązki nie należą do istoty stosunku pracy. Istotą stosunku pracy jest bowiem świadczenie pracy na rzecz pracodawcy w zamian za wynagrodzenie. Podstawowym obowiązkiem pracownika jest więc wykonywanie umówionej pracy, w czasie i miejscu określonym przez pracodawcę, natomiast podstawowym obowiązkiem pracodawcy jest powierzenie pracownikowi pracy i wypłata wynagrodzenia<sup>1</sup>. Jeśli chodzi o stosunek pracy w jego najczystszej postaci, to potrzeby życiowe, społeczne i kulturalne pracownika nie są zaspokajane przez pracodawcę – przynajmniej nie w sposób bezpośredni. Pracodawca czyni to pośrednio poprzez zapłatę, którą pracownik może następnie wykorzystać do zaspokojenia tych potrzeb.

Kryzysy, w tym ten wywołany epidemią COVID-19, powodują turbulencje na rynkach pracy, a w efekcie wpływają na pogorszenie sytuacji ekonomicznej wielu pracodawców i zmuszają ich do poszukiwania rozwiązań pozwalających na przetrwanie. Zanim pracodawcy sięgną po najdalej idące instrumenty w postaci zwolnień grupowych, wykorzystywane są instrumenty mniej dotkliwe. Od reorganizacji działalności, poprzez ubieganie się o wsparcie państwowe, aż do zmian w stosunku pracy, np. poprzez obniżanie wynagrodzeń czy obniżanie wymiaru czasu pracy i etatu. Na liście takich instrumentów znajdują się również ograniczenia obowiązków w zakresie zaspokajania życiowych, społecznych i kulturalnych potrzeb pracowników.

Niniejszy artykuł w pierwszej kolejności skupia się na analizie źródeł prawnych i charakteru takich obowiązków. Charakter obowiązków to kwestia ich natury – nierzadko bowiem są one formułowane w taki sposób, że nie stanowią

---

<sup>1</sup> W. Muszalski, B. Godlewska-Bujok, (w:) W. Muszalski, K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Legalis/el. 2021, komentarz do art. 16.

obowiązku w znaczeniu prawnym i nie są źródłem roszczenia pracowniczego. Następnie artykuł analizuje sposoby rezygnacji przez pracodawców z realizacji tych obowiązków. Siłą rzeczy te sposoby nie mają zastosowania do postulatów niemających charakteru obowiązku, z którym nie wiąże się roszczenie pracownicze. W tym artykule nie zostaną omówione te obowiązki w zakresie potrzeb bytowych, socjalnych i kulturalnych pracowników, które pracodawcy nakładają na siebie dobrowolnie bez obowiązku ustawowego. Ponadto dla uproszczenia potrzeby bytowe, socjalne i kulturalne pracowników będą łącznie określane jako potrzeby socjalne.

## 2. CHARAKTER OBOWIĄZKÓW PRACODAWCY W ZAKRESIE ZASPOKAJANIA POTRZEB SOCJALNYCH PRACOWNIKÓW

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej<sup>2</sup> nie przewiduje żadnych obowiązków pracodawcy w zakresie zaspokajania potrzeb socjalnych pracownika. Wydaje się to dość naturalne, gdyż dbałość o takie potrzeby uważana jest za obowiązek państwa lub samorządu terytorialnego, a nie pracodawców. Mimo to Konstytucja RP nakłada te obowiązki na państwo lub samorząd w sposób raczej powściągliwy. W zasadzie określa jedynie pewne ustawowe obowiązki zaspokajania niektórych potrzeb życiowych najuboższych oraz prowadzenia polityki w celu zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych społeczeństwa. W zakresie potrzeb kulturalnych stanowi jedynie, że każdy ma prawo do swobodnego korzystania z dóbr kultury. Pewne dalsze obowiązki wynikają z ratyfikowanych przez Polskę konwencji międzynarodowych.

Podstawowym źródłem prawa określającym obowiązki pracodawcy w zakresie potrzeb socjalnych pracownika jest Kodeks pracy<sup>3</sup>. Niektórzy autorzy uważają, że jest to spuścizna po okresie PRL<sup>4</sup>. Mimo to obowiązki te nie zostały usunięte z Kodeksu pracy i poza niewielką nowelizacją w 1996 r. pozostały w dużej mierze niezmienione.

Kodeks pracy nie precyzuje, w jaki sposób potrzeby te powinny być zaspokajane. W zasadzie pracodawcy mogą swobodnie decydować o metodach realizacji tego celu, z wyjątkiem niektórych szczególnych rodzajów pracodawców oraz

<sup>2</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.), dalej: Konstytucja RP.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510), dalej: k.p.

<sup>4</sup> W. Muszalski, B. Godlewska-Bujok, (w:) W. Muszalski, K. Walczak (red.), *Kodeks pracy...*, komentarz do art. 16; A. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis/el. 2018, komentarz do art. 16; M. Nałęcz, (w:) K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis/el. 2021, komentarz do art. 16; W. Perdeus, (w:) K.W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, t. I, Art. 1–93, LEX/el. 2022, komentarz do art. 16.

pracodawców przekraczających określony stan zatrudnienia. Do nich odnoszą się odrębne przepisy dotyczące sposobu zaspokajania potrzeb socjalnych pracowników.

Ze względu na charakter tych regulacji powstaje pytanie, czy Kodeks pracy rzeczywiście nakłada na pracodawców takie obowiązki, czy też jedynie przedstawia pewne powinności (postulaty) dotyczące tego, jak pracodawcy powinni postępować.

Artykuł 94 k.p. zawiera katalog podstawowych obowiązków pracodawców. Zgodnie z art. 94 pkt 8 k.p. pracodawca jest obowiązany zaspokajać w miarę posiadanych środków socjalne potrzeby pracowników. Zastrzeżenie wskazanego warunku rzutuje na charakter omawianego obowiązku, pozbawiając go bezwzględnego charakteru.

Kodeks pracy odwołuje się do kwestii obowiązku zaspokajania bytowych, socjalnych i kulturalnych potrzeb pracowników również w art. 16. Przepis ten jest umieszczony w katalogu podstawowych zasad prawa pracy. Zgodnie z nim pracodawca, stosownie do możliwości i warunków, zaspokaja bytowe, socjalne i kulturalne potrzeby pracowników. Ustawodawca, podobnie jak w przypadku art. 94 pkt 8 k.p., zastrzegł, że pracodawca powinien realizować ten obowiązek stosownie do możliwości i warunków. Zasada ta nie ma więc charakteru bezwzględnego i jest to jedynie postulat skierowany względem pracodawców.

Warto wskazać, że ustawodawca nie jest konsekwentny w zakresie definiowania tych potrzeb. W art. 16 k.p. wskazane są potrzeby bytowe i kulturalne, które zostały jednocześnie pominięte w art. 94 pkt 8 k.p. Rodzi się pytanie, jaki był cel ustawodawcy w ograniczeniu zakresu obowiązku względem zakresu samej zasady. Jedną z możliwych wykładni jest przyjęcie, że zaspokajanie pominiętych potrzeb – tj. bytowych i kulturalnych – nie jest obowiązkiem o charakterze podstawowym<sup>5</sup>. Brak konsekwencji definicyjnej widać również w zestawieniu z ustawą o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych<sup>6</sup>. Mimo że Kodeks pracy rozróżnia potrzeby bytowe, kulturalne i socjalne, to ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych zdaje się o tym zapominać i wszystkie te potrzeby określa jako socjalne. W konsekwencji określenie „socjalne” z art. 94 pkt 8 k.p. ma inny zakres znaczeniowy niż socjalne na gruncie ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych. Działalność socjalna z ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych to m.in. usługi zaspokajające potrzeby kulturalne, opieka nad dziećmi we wskazanych formach czy pomoc materialna, czyli potrzeby bytowe. Definicja ta uwzględnia zatem wiele innych niż „socjalne” potrzeb pracowników, określając je jednocześnie mianem „socjalnych” w ramach przyjętej definicji.

<sup>5</sup> A. Sobczyk dodaje jednak, że niespójności tej nie da się wyjaśnić racjonalnie – A. Sobczyk, (w:) A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis/el. 2020, komentarz do art. 16.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 923, z późn. zm.), dalej: u.z.f.ś.s.

Niezależnie od powyższego należy wskazać na element wspólny dla wyrażonych w Kodeksie zasady i obowiązku, czyli ich nieroszczeniowy charakter. Pracownicy nie mają instrumentów pozwalających im na skuteczne dochodzenie ich realizacji. Jest to głównie wynikiem klauzul generalnych użytych w obu przepisach. Sąd pracy nie ma bowiem kompetencji do oceny „możliwości i warunków”, o których mowa w art. 16 k.p., ani oceny jeszcze bardziej enigmatycznego sformułowania „w miarę posiadanych środków” z art. 94 pkt 8 k.p. W konsekwencji naruszenie tych przepisów nie daje pracownikowi choćby prawa do rozwiązania umowy o pracę bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy pracodawcy oraz dochodzenia odszkodowania na podstawie art. 55 § 1<sup>1</sup> k.p.

Artykuły 16 i 94 k.p. nie stanowią źródła obowiązków pracodawcy i roszczeń pracowników. Pogląd ten jest dość powszechnie aprobowany w doktrynie<sup>7</sup> i orzecznictwie<sup>8</sup>. Wskazuje się jednak, że roszczenie w tym zakresie może przysługiwać załodze i być dochodzone przez związki zawodowe w trybie sporu zbiorowego<sup>9</sup>. Kodeks pracy nie zawiera również innych regulacji, które stanowiłyby źródło takiego obowiązku. Poza zakresem niniejszego artykułu pozostawiam takie obowiązki, które w sposób pośredni dotyczą sfery potrzeb socjalnych pracowników, np. wynagrodzenie chorobowe. Główną regulację przekształcającą kodeksowe powinności w obowiązki stanowią zatem przepisy ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych.

### 3. POZAKODEKSOWE ŹRÓDŁA OBOWIĄZKU ZASPOKAJANIA POTRZEB SOCJALNYCH PRACOWNIKÓW

Podstawowym aktem prawnym w analizowanym zakresie jest ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych, która reguluje instytucję zakładowego funduszu świadczeń socjalnych oraz świadczeń urlopowych. Regulacja

---

<sup>7</sup> A. Sobczyk, (w:) A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy...*, komentarz do art. 16; A. Świątkowski, *Kodeks pracy...*, komentarz do art. 16; M. Nałęcz, (w:) K. Walczak (red.) *Kodeks pracy...*, komentarz do art. 16; W. Perdeus, (w:) K.W. Baran (red.), *Kodeks pracy...*, t. I, komentarz do art. 16. Odmiennie G. Goździewicz, T. Zieliński, (w:) L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 16. Autorzy ci wskazują, że: „Zasada zapisana w art. 16 k.p. ma charakter normatywny, tzn. wynikają z niej obowiązki pracodawców (uwarunkowane możliwościami zaspokajania wymienionych potrzeb). Wskazuje na to redakcja tego artykułu: pracodawca «zaspokaja» wymienione potrzeby. Nie jest to więc dyrektywa «wskazująca jedynie pożądaną kierunek działań», jak twierdzą niektórzy komentatorzy”.

<sup>8</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 września 2013 r., III AUa 360/13, LEX nr 1438179; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 3 października 2012 r., III APa 22/12, Legalis nr 732745.

<sup>9</sup> A. Świątkowski, *Kodeks pracy...*, komentarz do art. 16; M. Nałęcz, (w:) K. Walczak (red.) *Kodeks pracy...*, komentarz do art. 16.

kryzysowa dotycząca tej materii jest bardzo uboga. Nie wprowadza żadnego przepisu, który nakładałby nowe obowiązki w tym zakresie, w istocie ograniczając się jedynie do kilku instrumentów mających na celu zawieszenie funduszu lub odpisu podstawowego<sup>10</sup>.

### 3.1. ZAKŁADOWY FUNDUSZ ŚWIADCZEŃ SOCJALNYCH

Zakładowy fundusz świadczeń socjalnych stanowi podstawowe rozwiązanie, za pośrednictwem którego pracodawcy zaspokajają potrzeby socjalne pracowników. Świadczenia wypłacone z tego funduszu korzystają ze zwolnień podatkowo-składkowych, co stanowi istotny atut tej instytucji. Przepisy ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych przewidują obowiązek utworzenia funduszu, dzieląc jednocześnie pracodawców na trzy grupy, tj. zobowiązanych do utworzenia funduszu, względnie zobowiązanych do utworzenia funduszu oraz niezobowiązanych do utworzenia funduszu. Podział pracodawców na zobowiązanych, względnie zobowiązanych i niezobowiązanych świadczy również o tym, jakie podmioty ustawodawca uznaje za mające „możliwości i warunki” czy odpowiednie środki na realizację obowiązku zaspokajania potrzeb socjalnych.

Podstawową grupą podmiotów zobowiązanych do tworzenia funduszu są pracodawcy prowadzący działalność w formie jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych, czyli jednostki tworzone zgodnie z art. 9 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>11</sup>. Obowiązek ten ma w ich przypadku charakter bezwzględny, ponieważ nie jest uzależniony od liczby pracowników, a podmioty te nie mają możliwości zrezygnowania z tworzenia funduszu. Kolejną grupę stanowią pracodawcy zatrudniający co najmniej 50 pracowników w przeliczeniu na pełne etaty zgodnie ze stanem na dzień 1 stycznia danego roku. Ta grupa również uznawana jest za mającą możliwość zaspokajania potrzeb socjalnych pracowników, ponieważ pracodawcy są zobowiązani do utworzenia funduszu z mocy prawa. W odróżnieniu od podmiotów z sektora finansów publicznych mają oni jednak możliwość zrezygnowania z jego utworzenia. Następną grupę tworzą pracodawcy zatrudniający co najmniej 20 i mniej niż 50 pracowników w przeliczeniu na pełne etaty na dzień 1 stycznia danego roku. Obowiązek utworzenia funduszu jest w ich przypadku uzależniony od decyzji organizacji związkowej, która może wystąpić do pracodawcy z wiążącym go wnioskiem o utworzenie funduszu. Ostatnią grupę tworzą pracodawcy zatrudniający mniej niż 50 pracowników, którzy nie mają obowiązku tworzenia funduszu – mogą utworzyć fundusz albo wypłacać świadczenie urlopowe.

<sup>10</sup> Ł. Chruściel, *Tarcza 4.0 a fundusz socjalny. Niektóre regulacje dotyczące ZFŚS zbędne, inne chybione*, „Gazeta Prawna” z 25 czerwca 2020 r.

<sup>11</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 1634, z późn. zm.

Ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych wskazuje formy przeznaczenia środków funduszu oraz definiuje działalność socjalną. Fundusz może być przeznaczony na finansowanie działalności socjalnej, na dofinansowanie zakładowych obiektów socjalnych oraz na tworzenie zakładowych żłobków, klubów dziecięcych, przedszkoli oraz innych form wychowania przedszkolnego. Działalność socjalna to zgodnie z art. 2 pkt 1 u.z.f.ś.s. usługi świadczone przez pracodawców na rzecz różnych form wypoczynku, działalności kulturalno-oświatowej, sportowo-rekreacyjnej, opieki nad dziećmi w żłobkach, klubach dziecięcych, sprawowanej przez dziennego opiekuna lub nianię, w przedszkolach oraz innych formach wychowania przedszkolnego, udzielanie pomocy materialnej – rzeczowej lub finansowej, a także zwrotnej lub bezzwrotnej pomocy na cele mieszkaniowe na warunkach określonych umową. Poprzez takie ukształtowanie tych przepisów ustawodawca w istocie wskazuje, która część powinności socjalnych pracodawcy wynikających z Kodeksu pracy ma charakter obligatoryjny. Jak wskazuje Sąd Najwyższy: „pojęcie działalności socjalnej pracodawcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 592 ze zm.) nie jest tożsame z socjalną działalnością w ujęciu prawa publicznego i szersze od obowiązku zaspokajania socjalnych potrzeb pracownika, o jakim mowa w art. 16 i art. 94 pkt 8 KP”<sup>12</sup>.

Omawiając rolę funduszu, należy również wskazać na pogląd wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny, który wskazuje, że: „Fundusz socjalny z definicji jest instytucją prawną, która ma łagodzić różnice w poziomie życia pracowników, ich rodzin, a także emerytów i rencistów”<sup>13</sup>. Należy jednak zauważyć, że stanowisko to nie oddaje pełnej funkcji funduszu i skupia się na jednym aspekcie. Roli funduszu nie należy ograniczać jedynie do instytucji, której celem jest łagodzenie różnic między pracownikami. Ustawa wyróżnia wiele form działalności socjalnej finansowanej ze środków funduszu, które nie są bezpośrednio związane ze wskazanym celem. Przykładem tego są wycieczki, imprezy integracyjne i inne zbiorowe aktywności kierowane do pracowników na zasadach powszechnej dostępności. Należy zatem uznać, że fundusz nie jest jedynie instytucją pomocową, ale służy on również zaspokojeniu potrzeb niemających charakteru egzystencjalnego.

Warto wskazać, że wszystkie formy działalności socjalnej dopuszczalne na gruncie funduszu mogą być również finansowane ze środków obrotowych. Podstawowa różnica będzie zatem sprowadzała się do kryteriów wypłaty oraz zwolnień podatkowo-zusowych. I tak, na gruncie ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych podstawową zasadą przy wypłacie świadczeń jest tzw. zasada socjalna, czyli uwzględnia się sytuację życiową, rodzinną i materialną pracownika. Ta zasada nie ma bezpośredniego zastosowania w odniesieniu

<sup>12</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2014 r., II UK 472/13, LEX nr 1539468.

<sup>13</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 marca 2007 r., K 40/04, LEX nr 270215.



do świadczeń wypłacanych ze środków obrotowych, z tym, że jeżeli ma pokrywać potrzeby socjalne, to w jakimś zakresie kryteria socjalne z ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych powinny być wzięte pod uwagę. Zarazem na tej kanwie rodzi się ciekawy problem praktyczny, ze względu na ramy tego opracowania tylko wzmiankowany, a mianowicie: czy wypłata świadczeń socjalnych ze środków obrotowych, czyli poza funduszem socjalnym, może być dokonywana według kryteriów socjalnych, czyli z pominięciem kryteriów określonych w Kodeksie pracy. Kryteria socjalne stoją bowiem w jawnej sprzeczności z kodeksowymi zasadami kształtowania wynagrodzenia. Na gruncie Kodeksu to jakość i ilość pracy powinny determinować wynagrodzenia, a świadczenia socjalne zgodnie z art. 18<sup>3c</sup> k.c. są częścią takiego wynagrodzenia. Artykuł 8 u.z.f.ś.s. jest wyjątkiem od zasady kodeksowej w odniesieniu do świadczeń z funduszu – nie znajduje jednak zastosowania do świadczeń wypłacanych poza funduszem.

Finansowanie świadczeń socjalnych ze środków obrotowych nie jest obowiązkowe. Jeżeli pracodawca się na to zdecyduje, będzie to miało wpływ przede wszystkim na kwestie obciążeń publicznoprawnych. Tytułem przykładu w przypadku zapomóg wypłacanych ze środków obrotowych wolna od podatku dochodowego jest zapomoga do kwoty 6000 zł w danym roku podatkowym. Na gruncie składkowym ze zwolnienia korzystają tylko zapomogi losowe w przypadku klęsk żywiołowych, indywidualnych zdarzeń losowych lub długotrwałej choroby, podczas gdy zapomogi finansowane z funduszu korzystają ze zwolnienia niezależnie od ich celu.

### 3.2. ŚWIADCZENIE URLOPOWE

Przepisy ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych przewidują również alternatywę dla tworzenia funduszu, czyli możliwość wypłacania świadczenia urlopowego. Świadczenie to stanowi szczególną formę zaspokajania potrzeb socjalnych.

Prawo do świadczenia urlopowego – w przypadku pracodawców, którzy zdecydowali się na jego wypłacanie – przysługuje wszystkim pracownikom w jednakowej wysokości, tj. bez względu na ich sytuację socjalną. Kwestia ta odróżnia świadczenie urlopowe od świadczeń przyznawanych z funduszu. Warunkiem przyznania świadczenia jest jedynie skorzystanie z urlopu w wymiarze co najmniej 14 kolejnych dni kalendarzowych.

Przyznanie tego świadczenia nie jest zatem obwarowane tożsamym rygorem, co przyznanie świadczeń pracownikom na podstawie ich sytuacji socjalnej. Należy jednak podkreślić, że świadczenie urlopowe przysługuje wyłącznie pracownikom. Przepisy nie przewidują bowiem podstawy do rozszerzenia katalogu uprawnionych, jak ma to miejsce w przypadku osób uprawnionych do korzystania z funduszu.

### 3.3. POZOSTAŁE PRZYKŁADOWE FORMY ZASPOKAJANIA POTRZEB

Fundusz socjalno-bytowy jest dość enigmatycznym instrumentem. Jest wskazany tylko w jednym akcie prawnym i tylko w kontekście obciążeń publicznonprawnych, tj. w § 2 ust. 1 pkt 20 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 18 grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe<sup>14</sup>. W tym miejscu wystarczy wskazać, że tworzony jest w układach zbiorowych pracy<sup>15</sup>.

Omawiając formy zaspokajania potrzeb socjalnych pracowników, warto wspomnieć o pracowniczych planach kapitałowych (PPK). Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych<sup>16</sup> PPK jest tworzony w celu systematycznego gromadzenia oszczędności przez uczestnika PPK z przeznaczeniem na wypłatę po osiągnięciu przez niego 60. roku życia. Ustawa o PPK pozwala jednak na finansowane innych celów o charakterze socjalnym. Zgodnie z art. 98 ustawy o PPK uczestnik PPK może jednocześnie dokonać wypłaty do 100% wartości środków zgromadzonych na jego rachunku PPK, z obowiązkiem ich zwrotu w wartości nominalnej, w celu pokrycia wkładu własnego na cele mieszkaniowe. Zgodnie z art. 101 ustawy o PPK uczestnik PPK może wnioskować o wypłatę do 25% środków zgromadzonych na rachunku PPK uczestnika PPK w przypadku poważnego zachorowania tego uczestnika PPK, jego małżonka lub dziecka tego uczestnika PPK. Są to instytucje zbliżone do finansowanych w ramach zakładowego funduszu świadczeń socjalnych pomocy na cele mieszkaniowe czy zapomóg. Instytucja ta ma charakter obligatoryjny z perspektywy pracodawców, ponieważ nie mają oni możliwości rezygnacji z jego tworzenia. Wyjątkiem w tym zakresie są mikroprzedsiębiorcy, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców<sup>17</sup>, jeżeli wszystkie osoby zatrudnione złożą podmiotowi zatrudniającemu deklarację o rezygnacji z dokonywania wpłat do PPK. Drugi wyjątek stanowią osoby fizyczne, które zatrudniają, w zakresie niezwiązanym z ich działalnością gospodarczą, osobę fizyczną, w zakresie niezwiązanym z działalnością gospodarczą tej osoby. Ustawa o PPK przewiduje dalsze wyłączenia, które jednak z perspektywy niniejszego artykułu nie wymagają omówienia. Z utworzenia pracowniczego planu kapitałowego pracodawca nie może zrezygnować. Co więcej, kto nakłania osobę zatrudnioną lub uczestnika PPK do rezygnacji z oszczędzania w PPK, wypełnia znamiona czynu zabronionego z art. 108 tej ustawy.

<sup>14</sup> Dz.U. z 2017 r. poz. 1949, z późn. zm.

<sup>15</sup> Szerzej o funduszu socjalno-bytowym: Ł. Chruściel, *Zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 44.

<sup>16</sup> Dz.U. z 2023 r. poz. 46, dalej: ustawa o PPK.

<sup>17</sup> Dz.U. z 2023 r. poz. 221, z późn. zm.

#### 4. REZYGNACJA Z ZASPOKAJANIA POTRZEB SOCJALNYCH PRACOWNIKÓW

Poniżej będzie mowa o sposobach rezygnacji z zaspokajania socjalnych potrzeb pracowników, których obowiązek realizacji wynika z ustawy. W przypadku zaspokajania potrzeb socjalnych w innych formach na mocy własnej decyzji pracodawcy o formie rezygnacji zdecyduje natura prawna benefitu, tj. czy mają charakter roszczeniowy, oraz źródło przyznania tego benefitu.

Ze względu na naturę powinności socjalnych pracodawcy wynikających z Kodeksu pracy rezygnacja z nich nie jest ani potrzebna, ani możliwa. Nie jest potrzebna, bo ze względu na klauzule generalne powinności te nie stanowią obowiązku będącego źródłem roszczeń pracowniczych. Nie jest możliwa, bo polskie prawo nie przewiduje możliwości uchYLENIA się przez pracodawcę z obowiązków wynikających z Kodeksu pracy. Gdyby jednak te powinności zostały przez pracodawcę transponowane do wewnętrznych źródeł prawa lub umów o pracę i nadana im została forma roszczeniowa, wówczas rezygnacja z nich wymagałaby formy odpowiedniej dla zmiany danego źródła prawa pracy, np. regulaminu wynagradzania lub umowy o pracę. Co więcej, Kodeks pracy oferuje instrumenty pozwalające na zawieszenie niektórych praw pracowniczych, jeżeli jest to uzasadnione sytuacją finansową pracodawcy. Mowa tu o art. 9<sup>1</sup> k.p. przewidującym możliwość zawarcia porozumienia o zawieszeniu w całości lub części przepisów prawa pracy oraz art. 241<sup>27</sup> k.p. o zawieszeniu układów zbiorowych pracy. Podstawę zawieszenia praw wynikających z umowy o pracę stanowi art. 23<sup>1a</sup> k.p. Takie przepisy znajdują się również w tzw. tarczach antykryzysowych.

Na gruncie ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych podstawowy mechanizm rezygnacji został przewidziany w art. 4 oraz w mniejszym zakresie w art. 3 tej ustawy.

Artykuł 4 u.z.f.ś.s. stanowi, że u pracodawców, o których mowa w art. 3 ust. 1 i 1c, układ zbiorowy pracy może dowolnie kształtować wysokość odpisu na fundusz; może również postanawiać, że fundusz nie będzie tworzony. U pracodawców określonych w art. 3 ust. 1 i 1c, których pracownicy nie są objęci układem zbiorowym pracy, postanowienia w sprawach, o których mowa w ust. 1, może zawierać regulamin wynagradzania. Jeżeli u pracodawcy, o którym mowa w ust. 2, nie działa zakładowa organizacja związkowa, postanowienia regulaminu wynagradzania w sprawie wysokości odpisu na fundusz lub nietworzenia funduszu wymagają uzgodnienia z pracownikiem, o którym mowa w art. 8 ust. 2 u.z.f.ś.s.

Zwraca uwagę fakt, że art. 4 u.z.f.ś.s. nie wymienia wszystkich podmiotów, które mogą tworzyć fundusz. Z funduszu nie mogą zrezygnować pracodawcy prowadzący działalność w formie jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych – są to podmioty, które tworzą fundusz, bez względu na liczbę

zatrudnionych pracowników<sup>18</sup>. Wątpliwości budzi jednak fakt, że art. 4 u.z.f.ś.s. pomija pracodawców, o których mowa w art. 3 ust. 3, tj. pracodawców zatrudniających według stanu na dzień 1 stycznia danego roku mniej niż 50 pracowników w przeliczeniu na pełne etaty<sup>19</sup>. Ci pracodawcy, zgodnie z normą ogólną, mogą stworzyć fundusz lub wypłacać świadczenie urlopowe, lub zrezygnować z tworzenia funduszu lub wypłaty świadczenia urlopowego. Artykuł 3 ust. 3 u.z.f.ś.s. dotyczący takich podmiotów stanowi, że mogą zrezygnować z tworzenia funduszu, ale redakcja tego przepisu sugeruje, że prawo do podjęcia decyzji w sprawie tworzenia funduszu, wypłacania świadczenia urlopowego lub rezygnacji z tych form otwiera się jednorazowo, tj. po tym, jak dany pracodawca po raz pierwszy notuje zatrudnienie na dzień 1 stycznia. Na gruncie ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych to właśnie 1 stycznia i poziom zatrudnienia tego dnia determinują prawa i obowiązki pracodawców. Wyjątkiem są tu podmioty publiczne i pracodawcy w sytuacji określonej w art. 6a u.z.f.ś.s. W konsekwencji powstaje pytanie, czy tacy pracodawcy, którzy zdecydowali się na tworzenie funduszu, mają prawo z niego zrezygnować. W mojej ocenie odpowiedź może być tylko twierdząca, bo to pozwala zachować spójność i logikę ustawy. Trudno przyjąć, że taki podmiot może zrezygnować z funduszu, zanim fundusz powstanie, a nie mógłby tego uczynić, gdy ten fundusz już funkcjonuje. W konsekwencji art. 3 ust. 3–3b u.z.f.ś.s. należy stosować również w przypadku, w którym fundusz już istnieje. Zresztą wymogi dotyczące rezygnowania z funduszu w układzie zbiorowym pracy czy regulaminie wynagradzania, wynikające z art. 3 u.z.f.ś.s., są identyczne z wymogami wynikającymi z art. 4. Wyjątek dotyczy pracodawców nieobjętych układem zbiorowym pracy oraz niezobowiązanych do wydania regulaminu wynagradzania – rezygnują w formie informacji przekazywanej pracownikom w pierwszym miesiącu danego roku kalendarzowego, w sposób przyjęty u danego pracodawcy. Powyższe zasady odnoszą się wprost do rezygnacji ze świadczenia urlopowego.

W konsekwencji rezygnacja z funduszu uzależniona jest od zgody organizacji związkowych. Brak takiej zgody blokuje rezygnację, z wyjątkiem dwóch przypadków. Po pierwsze, zgodnie z art. 30 ust. 6 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych<sup>20</sup>, jeżeli w sprawie ustalenia regulaminu wynagradzania i regulaminu zakładowego funduszu świadczeń socjalnych organizacje związkowe albo reprezentatywne organizacje związkowe w rozumieniu art. 25<sup>3</sup> ust. 1 lub 2 u.z.z., z których każda zrzesza co najmniej 5% pracowników zatrudnionych u pracodawcy, nie przedstawią wspólnie uzgodnionego stanowiska w terminie 30 dni od dnia przekazania im przez pracodawcę tego dokumentu,

<sup>18</sup> M. Mędrala, *Zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Komentarz*, LEX/el. 2021, komentarz do art. 4.

<sup>19</sup> B. Tomaszewska, *Ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych. Komentarz*, LEX/el. 2022, komentarz do art. 4.

<sup>20</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 854, dalej: u.z.z.

decyzje w sprawie jego ustalenia podejmuje pracodawca, po rozpatrzeniu odrębnych stanowisk organizacji związkowych. Warto zwrócić uwagę, że przepis ten nie dotyczy układu zbiorowego pracy. Po drugie, pewne rozluźnienie w tym zakresie wprowadza orzecznictwo Sądu Najwyższego<sup>21</sup>, zgodnie z którym: „Pracodawca znajdujący się przez dłuższy okres (...) w trudnej sytuacji ekonomicznej (a zwłaszcza w sytuacji wymagającej wdrożenia programu restrukturyzacji w ramach pomocy publicznej), który podjął próbę uzgodnienia ze związkami zawodowymi zmiany regulaminu wynagradzania (wprowadzenia nowego regulaminu w miejsce dotychczasowego) celem obniżenia kosztów przedsiębiorstwa zagrożonego upadłością, nie nadużywa swego prawa, gdy uchyla dotychczasowy regulamin po otrzymaniu wspólnego negatywnego stanowiska działających u niego organizacji związkowych, niezawierającego żadnych realnych propozycji dostosowywania treści aktu regulującego politykę płacową u tego pracodawcy do zmienionych realiów funkcjonowania przedsiębiorstwa”.

W braku organizacji związkowych, w tym również wtedy, gdy organizacje nie spełniły obowiązków wynikających z art. 25<sup>1</sup> u.z.z., konieczna jest zgoda pracownika wybranego przez załogę do reprezentowania jej interesów. Dotyczy to również sytuacji, gdy u pracodawcy obowiązuje układ zbiorowy pracy, a z różnych względów – np. niezłożenia informacji w trybie art. 25<sup>1</sup> lub niezłożenia wniosku do sądu w ślad za zastrzeżeniami z art. 25<sup>1</sup> u.z.z. – organizacje utraciły uprawnienia zakładowych organizacji związkowych.

## **5. REGULACJE ANTYCOVIDOWE DOTYCZĄCE ZASPOKAJANIA POTRZEB SOCJALNYCH PRACOWNIKÓW**

Regulacje antycovidowe dotyczące zaspokajania potrzeb socjalnych pracowników są lakoniczne. Trudno dopatrzeć się w nich głębszej refleksji ustawodawcy nad metodą wsparcia stron stosunku pracy w walce z koronawirusem. W istocie największa część regulacji znajduje się w ustawie z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych<sup>22</sup> (tzw. tarcza antykryzysowa). Zmiany w zakresie zakładowego funduszu świadczeń socjalnych zostały wprowadzone przez tzw. tarczę antykryzysową 4.0, czyli ustawę z 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przed-

<sup>21</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2018 r., II PK 60/17, LEX nr 2488650.

<sup>22</sup> Dz.U. z 2021 r. poz. 2095, z późn. zm., dalej: tarcza.

siębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19<sup>23</sup>.

Regulacje anty kryzysowe należy ocenić dość krytycznie. Ustawodawca miał kilka możliwości zareagowania na kryzys. Po pierwsze, mógł wprowadzić przepisy, które odciążąłyby pracodawców z obowiązków socjalnych i w ten sposób pozwoliłyby przetrwać kryzys i osiągnąć cel nadrzędny, jakim jest utrzymanie miejsc pracy. To mogło się wydarzyć albo poprzez ułatwienie rezygnacji z tworzenia funduszu, albo poprzez zgodę na przeznaczenie części środków funduszu na cele bieżące pracodawcy. Po drugie, mógł wprowadzić takie rozwiązania, które jeszcze bardziej uatrakcyjniłyby fundusz dla pracodawcy i pracowników, aby w taki sposób pracodawcy mogli wesprzeć pracowników finansowo. Byłoby to uzasadnione, mając na uwadze, że tarcza pozwoliła na wprowadzenie przestoju ekonomicznego czy obniżenie wymiaru etatu, co – mimo dofinansowania ze strony państwa – wiązało się z obniżeniem wynagrodzeń pracowników. Ten sposób mógłby zostać osiągnięty albo poprzez większe zachęty i zwolnienia podatkowe, albo na przykład przez dopłaty z budżetu państwa do zakładowych funduszy świadczeń socjalnych.

To, co zostało w praktyce zrobione, to niedoskonała hybryda obu powyższych rozwiązań. Cel drugi został częściowo zrealizowany poprzez podwyższenie kwoty zwolnienia podatkowego. Zgodnie z art. 21 ust. 1 pkt 67 ustawy o PIT<sup>24</sup> wolna od podatku dochodowego jest wartość otrzymanych przez pracownika w związku z finansowaniem działalności socjalnej, o której mowa w przepisach o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych, rzeczowych świadczeń oraz otrzymanych przez niego w tym zakresie świadczeń pieniężnych, sfinansowanych w całości ze środków zakładowego funduszu świadczeń socjalnych lub funduszy związków zawodowych, łącznie do wysokości nieprzekraczającej w roku podatkowym kwoty 1000 zł; rzeczowymi świadczeniami nie są bony, talony i inne znaki uprawniające do ich wymiany na towary lub usługi. Wartość tę podwyższono do kwoty 2000 zł w okresie od 2020 r. do końca roku podatkowego następującego po roku, w którym odwołano stan epidemii ogłoszony z powodu COVID-19.

Cel pierwszy również został zrealizowany tylko połowicznie. Kwestie te reguluje art. 15ge ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Ustępy 1 i 2 dotyczą zawieszania funduszu, odpisu lub świadczenia urlopowego, a ust. 3 – obniżania odpisu. Instytucja zawieszenia z ustępów 1 i 2 budzi poważne wątpliwości co do swojej sensowności. Można by bowiem zakładać, że tarcza powinna ułatwiać zawieszanie. Ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych nie przewiduje instytucji zawieszania, więc to jest swego rodzaju *novum*, z tym że zawieszenie,

<sup>23</sup> Ł. Chruściel, *Tarcza 4.0 a fundusz socjalny...*

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 2647, z późn. zm.), dalej: ustawa o PIT.

o którym mowa w tarczy, *de facto* jest czasową rezygnacją z funduszu, a na to ustawa o zakładowym funduszu już zezwala. W mojej ocenie zawieszenie regulaminu wynagradzania w zakresie odpisu podstawowego i regulaminu funduszu jest dopuszczalne na gruncie Kodeksu pracy<sup>25</sup>.

Tarcza w art. 15ge ust. 1 stanowi, że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, w przypadku wystąpienia u pracodawcy w rozumieniu art. 3 k.p., spadku obrotów gospodarczych, o którym mowa w art. 15g ust. 9, lub istotnego wzrostu obciążenia funduszu wynagrodzeń, o którym mowa w art. 15gb ust. 2, pracodawca może zawiesić obowiązki: tworzenia lub funkcjonowania zakładowego funduszu świadczeń socjalnych, dokonywania odpisu podstawowego, wypłaty świadczeń urlopowych – o których mowa w ustawie o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych.

Zgodnie z art. 15ge ust. 2, jeżeli u pracodawcy, o którym mowa w ust. 1, działają organizacje związkowe reprezentatywne, o których mowa w art. 15g ust. 11 pkt 1 albo 2, zawieszenie obowiązków, o których mowa w ust. 1, następuje w porozumieniu z tymi organizacjami związkowymi.

Przed wszystkim przepisy te nie dają pracodawcy żadnych dodatkowych uprawnień ponad te wynikające z ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych<sup>26</sup>. Na gruncie ustawy o zakładowym funduszu pracodawca ma prawo zrezygnować z funduszu, przez co osiągnie ten sam stan rzeczy. Co więcej, na gruncie tej ustawy może się to okazać łatwiejsze, bo pracodawca może skorzystać z trybu art. 30 ust. 6 u.z.z., o którym była mowa wyżej. W przypadku tarczy zawarcie porozumienia wymaga zgody wszystkich organizacji reprezentatywnych, a różnica stanowisk takich organizacji nie daje prawa pracodawcy do samodzielnej decyzji.

Tarcza przewiduje zatem ułatwienie tylko w przypadku braku organizacji związkowych – wówczas pracodawca podejmuje decyzję o zawieszeniu samodzielnie, podczas gdy rezygnacja z tworzenia funduszu na gruncie ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych wymagałaby w takim przypadku zgody przedstawiciela pracowników<sup>27</sup>.

W istocie cel pierwszy realizuje tylko art. 15ge ust. 3 tarczy, choć i w jego przypadku ustawodawca nie ustrzegł się błędów<sup>28</sup>. Zgodnie z tym przepisem

<sup>25</sup> Ł. Chruściel, *Zakładowy fundusz...*, komentarz do art. 4.

<sup>26</sup> Dotyczy to również pracodawców z sektora publicznego – zob. Ł. Chruściel, *Tarcza 4.0 a fundusz socjalny...*

<sup>27</sup> M. Mędrala, *Zakładowy fundusz...*, komentarz do art. 4. O wątpliwościach z wyłączeniem reprezentantów załogi pisze M. Latos-Miłkowska, *Działalność socjalna pracodawcy w tarczy antykryzysowej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2021, nr 1, s. 7–8.

<sup>28</sup> Sens tego przepisu budzi wątpliwości – próbę ustalenia jego sensu prezentuje M. Mędrala w komentarzu: *Zakładowy fundusz...*, komentarz do art. 4, oraz w artykule: *Ograniczenia praw zatrudnionych w tarczy 4.0 – niektóre refleksje w kontekście zasad konstytucyjnych*, „Monitor Prawa Pracy” 2020, nr 9, s. 8–9.

w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, w przypadku wystąpienia u pracodawcy, w rozumieniu art. 3 k.p., spadku obrotów gospodarczych, o którym mowa w art. 15g ust. 9, lub istotnego wzrostu obciążenia funduszu wynagrodzeń, o którym mowa w art. 15gb ust. 2, nie stosuje się postanowień układów zbiorowych pracy lub regulaminów wynagradzania, wprowadzonych na podstawie art. 4 u.z.f.ś.s., ustalających wyższą wysokość odpisu na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych oraz inne świadczenia o charakterze socjalno-bytowym niż określa ta ustawa. W takim przypadku stosuje się wysokość odpisu na ten fundusz określoną w tej ustawie.

W konsekwencji wystąpienie powyższych przesłanek oznacza automatyczne obniżenie odpisu. Pewną trudność może sprawić stwierdzenie wystąpienia spadku obrotów gospodarczych lub istotnego wzrostu obciążenia funduszu wynagrodzeń. Jeżeli bowiem pracodawca nie ubiega się na przykład o dofinansowanie do wynagrodzeń, to informacja na ten temat nie jest nikomu przekazywana ani weryfikowana. W mojej ocenie w takim przypadku warto, by pracodawca przekazał informacje o wystąpieniu powyższych przesłanek i skutku w postaci obniżenia odpisu organizacjom związkowym lub załodze w trybie u niego przyjętym. Warto to udokumentować choćby na potrzeby obrony przed zarzutem zaniżenia przekazania odpisu na fundusz. Kwestie te będą mogły być weryfikowane w trybie powództwa związków zawodowych z art. 8 ust. 3 u.z.f.ś.s. lub w ramach kontroli Państwowej Inspekcji Pracy.

Zupełnie niezrozumiały jest ten fragment art. 51ge ust. 3, który stanowi, że nie stosuje się postanowień układów zbiorowych pracy lub regulaminów wynagradzania, wprowadzonych na podstawie art. 4 u.z.f.ś.s., ustalających inne świadczenia o charakterze socjalno-bytowym niż określa ta ustawa. Ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych nie pozwala bowiem na finansowanie z funduszu świadczeń niemieszczących się w katalogu działalności socjalnej. Nie sposób przyjąć, że ustawodawcy chodziło o takie świadczenia przewidziane przez układ zbiorowy pracy czy regulamin wynagradzania finansowane poza zakładowym funduszem świadczeń socjalnych ze środków obrotowych, gdyż przepis wyraźnie odnosi się do art. 4 u.z.f.ś.s.

## 6. PODSUMOWANIE

Regulacje Kodeksu pracy w zakresie zaspokajania potrzeb socjalnych pracowników nie mają charakteru obowiązku, a jedynie postulatu określonego zachowania pracodawcy. W konsekwencji pracownikom nie przysługuje roszczenie o realizację tych postulatów. Kwestią dyskusyjną jest, czy roszczenie



takie przysługuje całej załodze i czy może być dochodzone przez związki zawodowe w procedurze sporu zbiorowego. Mając na uwadze brak roszczeniowego charakteru obowiązków kodeksowych, kwestia rezygnacji z tych obowiązków przez pracodawców jest bezprzedmiotowa. Aktem prawnym, który stanowi doprecyzowanie postulatów kodeksowych i przekształca je w obowiązki, jest ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych. Jest to jednak obowiązek szczególnego rodzaju – dotyczy bowiem utworzenia funduszu i przekazywania corocznego odpisu i w takim zakresie może być dochodzony przez związki zawodowe i wymuszany przez Państwową Inspekcję Pracy. Nie kreuje jednak obowiązków wobec poszczególnych pracowników – z wyjątkiem nielicznych przypadków świadczenia socjalne nie mają charakteru roszczeniowego i nie mogą być dochodzone przez pracowników<sup>29</sup>. Niemniej jednak zwłaszcza obowiązek przekazywania odpisu podstawowego może być finansowo bardzo uciążliwy w okresie kryzysu – stąd kwestia rezygnacji z tworzenia funduszu. W tym zakresie rozwiązania wprowadzone tzw. tarczą antykryzysową 4.0 są mocno rozczarowujące. Regulacji tej można postawić co najmniej dwa zarzuty. Po pierwsze, brak realnych instrumentów pomagających w kryzysie, czy to poprzez ułatwienia w zakresie rezygnacji z funduszu, czy też uatrakcyjnienia funduszu jako elementu wsparcia pracowników w okresie kryzysu. Po drugie, tarcza jest napisana niezrozumiale, przez co rodzi wiele wątpliwości. W konsekwencji ułomność rozwiązań tarczowych zmusza pracodawców do sięgnięcia do instrumentów rezygnacji przewidzianych w ustawie o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych. W ustawie tej zawarte są zaś tylko standardowe mechanizmy rezygnacji z funduszu – brakuje w nich regulacji na czas kryzysu. W konsekwencji pracodawcy nie dysponują instrumentem jednostronnej rezygnacji z funduszu – poza wyjątkowymi sytuacjami ich decyzja o rezygnacji z funduszu wymaga zgody strony społecznej – związków zawodowych lub przedstawiciela załogi. To utrudnia, a czasem wręcz uniemożliwia rezygnację przez pracodawcę z tych obowiązków.

## REFERENCES

- Chruściel Ł., *Tarcza 4.0 a fundusz socjalny. Niektóre regulacje dotyczące ZFŚS zbędne, inne chybione*, „Gazeta Prawna” z 25 czerwca 2020 r.
- Chruściel Ł., *Zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Komentarz*, Warszawa 2015
- Goździewicz G., Zieliński T., (w:) L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, LEX/el. 2017
- Latos-Miłkowska M., *Działalność socjalna pracodawcy w tarczy antykryzysowej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2021, nr 1

<sup>29</sup> Szerzej o braku roszczeniowości świadczeń socjalnych: Ł. Chruściel, *Zakładowy fundusz...*, s. 112.

- Mędrala M., *Ograniczenia praw zatrudnionych w tarczy 4.0 – niektóre refleksje w kontekście zasad konstytucyjnych*, „Monitor Prawa Pracy” 2020, nr 9
- Mędrala M., *Zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Komentarz*, LEX/el. 2021
- Muszalski W., Godlewska-Bujok B., (w:) W. Muszalski, K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis/el. 2021
- Nałęcz M., (w:) K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis/el. 2021
- Perdeus W., (w:) K.W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, t. I, *Art. 1–93*, LEX/el. 2022
- Sobczyk A., (w:) A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis/el. 2020
- Świątkowski A., *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis/el. 2018
- Tomaszewska B., *Ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych. Komentarz*, LEX/el. 2022
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 3 października 2012 r., III APa 22/12, Legalis nr 732745
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 września 2013 r., III AUa 360/13, LEX nr 1438179
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2014 r., II UK 472/13, LEX nr 1539468
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2018 r., II PK 60/17, LEX nr 2488650
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 marca 2007 r., K 40/04, LEX nr 270215

*Vita Czepek*

University of Warsaw

e-mail: [v.czepek@wpia.uw.edu.pl](mailto:v.czepek@wpia.uw.edu.pl)

ORCID: 0000-0002-9372-1784

*Elżbieta Karska*

Cardinal Stefan Wyszyński University, Warsaw

e-mail: [e.karska@uksw.edu.pl](mailto:e.karska@uksw.edu.pl)

ORCID: 0000-0002-5263-9127

## **THE SCOPE AND IMPORTANCE OF COOPERATION BETWEEN UNESCO AND THE ICC FOR THE PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY**

### **Abstract**

Intentional destruction and theft of cultural property during armed conflicts are now prohibited by international law. In line with international regulations, deliberate attacks against cultural property, both during international and non-international armed conflicts, may constitute serious violations of the norms of humanitarian law and their perpetrators should be tried and penalized. At the international level, the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) is the most appropriate body to take action to protect cultural property during armed conflicts. The International Criminal Court (ICC), on the other hand, has the jurisdiction to prosecute and penalize perpetrators of crimes against cultural property, classified as war crimes. The aim of this paper is, therefore, to answer the question of the extent to which the cooperation between the ICC and UNESCO may affect the protection of cultural property during armed conflicts. In order to answer this question, analysis was performed of the scope of

the protection of cultural property by the ICC and UNESCO, as well as of the legal basis for cooperation between these institutions.

## KEYWORDS

International Criminal Court, UNESCO, protection of cultural property, international crimes

## SŁOWA KLUCZOWE

Międzynarodowy Trybunał Karny, UNESCO, ochrona dóbr kultury, zbrodnie międzynarodowe

## 1. INTRODUCTION

Armed conflicts have always been an inherent part of human history, constituting the most common and most dangerous threat to cultural property. Ideas about protecting cultural property were already present in medieval Europe but the first attempts to formulate them as the provisions of international law were made only in the 19<sup>th</sup> century. The reason for their low effectiveness was their incomplete nature and their application being limited only to international conflicts. Unfortunately, despite the development of the protection of cultural property in the second half of the 20<sup>th</sup> century and at the early 21<sup>st</sup> century, such destruction continued to accompany armed conflicts in the territory of the former Yugoslavia, Iraq, Syria, Mali, Afghanistan, and Ukraine<sup>1</sup>. Many of the cultural assets destroyed during some of these armed conflicts were inscribed on the UNESCO World Heritage List<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> H. Alamsyah, P. Nugraheni, M. Prabowo, E. Andriani, *The dark side of cultural heritage protection*, "Journal of Private and Commercial Law" 2022, Vol. 6, No. 1, pp. 21–40.

<sup>2</sup> On 11 October 2022 Ukraine made official the candidacy of the historic centre of Odesa for inscription on UNESCO's World Heritage List. This inscription was made on 25 January 2023. *Odesa inscribed on UNESCO's World Heritage List in the face of threats of destruction*, UNESCO, 25 January 2023, <https://www.unesco.org/en/articles/odesa-inscribed-unescos-world-heritage-list-face-threats-destruction> (accessed 25.01.2023). Receiving the application, Audrey Azoulay, the UNESCO's Director General, stressed that "this initiative marks confidence in UNESCO's protection mechanisms". *At UNESCO, President Zelensky officially announces Odesa's candidacy to receive World Heritage status*, UNESCO, 11 October 2022, <https://www.unesco.org/en/articles/unesco-president-zelensky-officially-announces-odesas-candidacy-receive-world-heritage-status?hub=66116> (accessed 20.12.2022). As indicated by the Organization: "The inscription of the

The international protection of cultural heritage, which has evolved significantly in recent decades, is now deeply linked to the human rights protection system. The opinion can be found that the protection of cultural heritage is an element of protection of human dignity or “an important element of the promotion and protection of all human rights”<sup>3</sup>.

Undoubtedly, the establishment of the ICC, and in particular the recognition by the international community of the deliberate destruction of cultural property as a war crime, is of significant importance for the effectiveness of the protection of cultural property. The authors of the ICC Statute were guided, *inter alia*, by the assumption that “all peoples are united by common bonds, their cultures pieced together in a shared heritage”. In order not to shatter “this delicate mosaic”, it was assumed that persons guilty of, *inter alia*, crimes against cultural property should bear criminal responsibility<sup>4</sup>.

UNESCO is a global leader in the field of cultural heritage protection at the level of international law. This organization particularly benefits from its specialist knowledge and many years of experience in this field. It seems, therefore, that the cooperation of these two institutions should significantly increase the effectiveness of the protection of cultural property during armed conflicts.

---

historic centre of Odesa on the World Heritage List would recognize the exceptional universal value of this site and the duty of humanity as a whole to protect it. In legal terms, it would establish an extended protection zone under the 1972 UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage [1037 UNTS 151]. Indeed, under the Convention, ratified by both Ukraine and Russia, signatories undertake to assist in the protection of listed sites. They are furthermore obliged to refrain from taking any deliberate measures which might directly or indirectly damage World Heritage sites. Inscription on the List of World Heritage in Danger would moreover open access to emergency international assistance mechanisms, both technical and financial, to strengthen the protection of the property and help its rehabilitation”. *Ibidem*. There are 8 – including the historic centre of Odesa - properties inscribed on the UNESCO’s World Heritage List in Ukraine. *World Heritage Convention: States Parties: Ukraine*, UNESCO, <https://whc.unesco.org/en/statesparties/ua/> (accessed 25.01.2023). Organization emphasized that “as of 17 October [2022], UNESCO has verified damage to 204 sites since 24 February [2022] – 87 religious sites, 13 museums, 38 historic buildings, 38 buildings dedicated to cultural activities, 18 monuments, 10 libraries”. *Damaged cultural sites in Ukraine verified by UNESCO*, UNESCO, 18 October 2022, <https://www.unesco.org/en/articles/damaged-cultural-sites-ukraine-verified-unesco?hub=66116> (accessed 20.12.2022). Audrey Azoulay, the UNESCO’s Director General, emphasized that “Odesa, a free city, a world city, a legendary port that has left its mark on cinema, literature and the arts, is thus placed under the reinforced protection of the international community. While the war continues, this inscription embodies our collective determination to ensure that this city, which has always surmounted global upheavals, is preserved from further destruction”. *Odesa inscribed on UNESCO’s World Heritage List...*

<sup>3</sup> See K. Wierczyńska, A. Jakubowski, *Zbrodnie przeciwko dziedzictwu kulturowemu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym – analiza krytyczna*, “Studia Prawnicze” 2016, Vol. 1(205), pp. 39–62.

<sup>4</sup> Preamble to the Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998 (2187 UNTS 3).

The aim of this paper is, therefore, to answer the question of the extent to which the cooperation between the ICC and UNESCO may affect the protection of cultural property during armed conflicts. In order to answer this question, it is necessary to analyse the scope of protection of cultural property by the ICC and UNESCO and the legal basis for cooperation between these institutions.

The above goal was achieved mainly using two research methods: legal-dogmatic method and comparative method. The first of them discusses the provisions of international agreements in the field of protection of cultural property during armed conflicts, while the second one was used to compare the scope of ICC and UNESCO competences in the field of protection of cultural property within the scope specified above.

## 2. THE SCOPE OF PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY BY ICC

The ICC is not the first court to deal with crimes against cultural property. The first such proceedings took place before the International Military Tribunal (Nürnberg Tribunal). Its jurisdiction in the area of war crimes concerning the destruction of cultural property is based on Art. 6(b) of the Charter of the Nürnberg Tribunal of 1945, which states that: “Such violations shall include, but not be limited to (...) plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity”<sup>5</sup>. The Tribunal, in accordance with its Statute (Charter), recognized crimes against cultural property as war crimes. In this context, it also referred to crimes against humanity. It emphasized that the persecution of the Jewish population, which in principle was classified in this way, manifested itself in a special way also in the destruction of synagogues<sup>6</sup>.

Nearly 50 years later two *ad hoc* tribunals were established, namely the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the Interna-

---

<sup>5</sup> Charter of the International Military Tribunal is an attachment and forms an integral part of the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis of 1945 (82 UNTS 279). Art. 6(b) of the Charter was used to sentence *inter alia* Alfred Rosenberg – tried for theft of property and destruction of cultural property and heritage of conquered countries. S. Strykowska, *Problematyka ochrony dziedzictwa kulturowego w działalności międzynarodowych trybunałów karnych*, ”Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im Adama Mickiewicza” 2016, Vol. 6, p. 213. On the Nuremberg Tribunal see also K. Karski, *Realizacja idei utworzenia międzynarodowego sądownictwa karnego*, ”Państwo i Prawo” 1993, No. 7, pp. 68–70.

<sup>6</sup> Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Nuremberg 1947, p. 302. See more in S. Strykowska, *op. cit.*, pp. 222–223.

tional Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). The Statute of the latter does not envisage criminal liability of an individual for crimes against cultural property<sup>7</sup>. However, in case of ICTY, the attempts to penalize the perpetrators of the destruction of cultural assets which occurred during the Yugoslavian conflict were based on Art. 2(d) of its Statute, which stipulated that: “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention: (...) extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly”, and Art. 3(d) of the Statute of ICTY stating that: “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to: (...) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science”<sup>8</sup>. In the light of the provisions of the statute, these actions should be classified as a war crime<sup>9</sup>.

The jurisprudence of the ICTY, in particular the judgments in the Jokic and Strugar cases, are recognized as milestones in the history of the protection of cultural heritage<sup>10</sup> during armed conflict<sup>11</sup>. First of all, it confirmed the customary nature of states’ obligations to protect the world heritage of humanity during armed conflicts<sup>12</sup> and the state’s duty to judge and punish the perpetrators of the destruction of protected objects. Destruction of cultural heritage objects has been considered as a war crime (*actus reus*), provided that these objects were not used for military purposes. Moreover, when assessing the intention to commit the crime (*mens rea*), the Tribunal indicated that it may be both direct and indirect intention, while excluding negligence. It was also emphasized that in cases where the perpetrator intends to discriminate against a specific group, such a crime could be viewed in terms of persecution as a crime against humanity. When analyzing the crime of genocide, the Yugoslav tribunal stressed that “the physical destruction of a group is the most obvious method, but one may also conceive

<sup>7</sup> Statute of the ICTR of 1994 (S/RES/955, as amended), <https://unictr.irmct.org/en/documents> (accessed 20.12.2022).

<sup>8</sup> Statute of the ICTY of 1993 (S/RES/808, as amended), <https://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal> (accessed 20.12.2022).

<sup>9</sup> See more in S. Strykowska, *op. cit.*, p. 214. On the correlation between genocide and the destruction of the cultural heritage of nations see e.g. K. Karski, *The crime of genocide committed against the Poles by the USSR before and during World War II: An international legal study*, “Case Western Reserve Journal of International Law” 2013, Vol. 45, No. 3, pp. 713, 728, 730.

<sup>10</sup> K. Wierczyńska, A. Jakubowski, *op. cit.*, p. 55; M.S. Ellis, *The ICC’s role in combating the destruction of cultural heritage*, “Case Western Reserve Journal of International Law” 2017, Vol. 49, pp. 41–52.

<sup>11</sup> Applies both to international armed conflicts and to conflicts of different nature.

<sup>12</sup> Applies both to international armed conflicts and to conflicts of different nature.

of destroying a group through purposeful eradication of its culture and identity resulting in the eventual extinction of the group as an entity distinct from the remainder of the community”<sup>13</sup>.

The International Criminal Court (ICC) is the first permanent court with jurisdiction over crimes against cultural property. In the light of the provisions of its Statute, such crimes, as in the case of the ICTY Statute, were classified as war crimes. Pursuant to Art. 8(2)(b)(ix) and Art. 8(2)(e)(iv), which apply to international and non-international conflicts as appropriate, these acts concern deliberately targeting buildings intended for religious, educational, artistic, scientific or charitable purposes, historical monuments, hospitals and sites where the wounded and sick are gathered, provided they are not military targets. The Court has jurisdiction over war crimes, in particular those committed under a plan or policy, or when such crimes are committed on a large scale. This approach to the criteria for the protection of cultural heritage sites is a reflection of the provisions of Art. 27 of the Hague Regulations of 1907. The final version of the ICC Statute contains a much narrower scope of protection of cultural property than was considered by the Preparatory Committee in 1996. The list originally included such objects as: “clearly recognized historic monuments, works of art, or places of worship; constituting the cultural and spiritual heritage of peoples; specially protected under the aegis of international organizations; resulting in extensive destruction from the attack; and not used by an adverse party as part of its military effort and not within the immediate proximity of its military objectives”<sup>14</sup>.

The Elements of Crimes, which are a helpful tool for the ICC in the interpretation and application of the provisions of the Statute, indicate that in order to be able to classify the acts listed in Art. 8(2)(b)(ix) and Art. 8(2)(e)(iv) as war crimes it should be ascertained whether the perpetrator directed an attack and was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict. It is irrelevant here if the consequence of committing such an act concerned the destruction of one or a few buildings<sup>15</sup>.

In 2021, the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, published internal document entitled “Policy on Cultural Heritage: Cultural heritage is the repository of the human experience throughout the ages. To protect it, is to pay homage to the basic fabric of civilisation and civilizational practice” (hereinafter Policy on Cultural Heritage). It states that Art. 8(2)(b)(ix) and Art. 8(2)(e)(iv) prohibit intentionally

---

<sup>13</sup> Prosecutor v. Radislav Krstić, ICTY Case No. IT-98-33-T, Judgement of 2 August 2001, para 574. See more in Ch. Altafin, *Economic, social and cultural rights of civilians in contexts of armed conflict and occupation: An international law perspective*, Florence 2015, p. 128.

<sup>14</sup> See S. Mathias, *Prosecuting crimes against culture: The contributions of the Al-Mahdi and Ntaganda cases to the ICC approach to cultural property protections*, “Emory International Law Review Recent Developments” 2021, pp. 63–68.

<sup>15</sup> The Elements of Crimes of the ICC, 3-10 September 2002, United Nations Publication, Sales No. E.03.V.2 and corrigendum, pp. 15, 25, <https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (accessed 20.12.2022).



directing attacks during an armed conflict at determined types of buildings and monuments which fit the definition of “cultural property”. Considering that the concept of cultural property covers only tangible aspects of human culture, these provisions reflect only part of the protection that can be afforded to cultural heritage by the list of crimes set out in the Statute, in accordance with the assumptions of the Policy on Cultural Heritage. Therefore, “the Office broadly construes the term “cultural heritage” to extend beyond cultural property and to incorporate both products and processes”<sup>16</sup>.

The analysis of the achievements of the above-mentioned tribunals shows that crimes against cultural property are very common, but rarely tried before international courts. The ICC is no exception. During the two decades of the Court’s operation, it has managed to draw its attention to crimes against cultural property only on a few occasions. These were the cases of Bosco Ntaganda, Former Deputy Chief of the Staff and commander of operations of the Patriotic Forces for the Liberation of Congo<sup>17</sup>, Al Hassan Ag Abdoul Aziz, alleged member of Ansar Eddine and de facto chief of Islamic police<sup>18</sup>, and Ahmad al-Faqi al-Mahdi, alleged member of Ansar Eddine, a movement associated with Al Qaeda in the

---

<sup>16</sup> In particular, the Office understands cultural heritage “as including monuments, religious or secular (such as architectural works, works of monumental sculpture and painting, elements or structures of an archaeological nature, inscriptions, cave dwellings, and other combinations of features of cultural value); buildings or groups of buildings which are of cultural value, either because of their architecture, homogeneity or place in the landscape, or because of their content, in the case of museums, archives or libraries; sites (manmade works) and movable objects (such as works of art, sculpture, collections, manuscripts, books, records or other movable property of cultural value); underwater cultural heritage, including shipwrecks and underwater archaeological sites; intangible cultural heritage (such as the practices, representations, expressions, knowledge and skills that communities, groups, and, in some cases, individuals, recognise as part of their cultural heritage, together with the instruments, objects, artefacts, and cultural spaces associated therewith); and natural heritage (natural sites of cultural value, including certain natural or cultivated landscapes and physical, biological, or geological formations)”. Policy on Cultural Heritage: “Cultural heritage is the repository of the human experience throughout the ages. To protect it, is to pay homage to the basic fabric of civilisation and civilizational practice”, ICC, June 2021, para 16, pp. 7–8. This document was published by ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on 14.06.2021, i.e. on the last day of her term of the office. It could be regarded as a sort of a testament which was supposed to demonstrate the importance to her of these issues. Her successor, Karim Khan, announced the revision of policy papers adopted by his predecessor, thus the official position of the Office of ICC Prosecutor in this respect has not been finalised yet. See also ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, publishes Policy on Cultural Heritage: “Cultural heritage is the repository of the human experience throughout the ages. To protect it, is to pay homage to the basic fabric of civilisation and civilizational practice”, ICC Press Release, ICC-OTP-20210614-PR1595, 14 June 2021, <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-fatou-bensouda-publishes-policy-cultural-heritage-cultural-heritage-repository> (accessed 20.12.2022).

<sup>17</sup> Ntaganda Case: The Prosecutor v. Bosco Ntaganda: ICC-01/04-02/06, <https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda> (accessed 20.12.2022).

<sup>18</sup> Al Hassan Case: The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud: ICC-01/12-01/18, <https://www.icc-cpi.int/mali/al-hassan> (accessed 20.12.2022). The verdict in this

Islamic Maghreb<sup>19</sup>. The case of alMahdi is extremely important as it is the only case so far in which the charges were formulated on the basis of a violation of only one provision of the ICC Statute. He was found guilty as a co-perpetrator of the war crime consisting in intentionally directing attacks against religious and historic buildings in Timbuktu in June and July 2012 and sentenced to nine years' imprisonment<sup>20</sup>. Ahmad al-Faqi al-Mahdi was involved in the destruction of nine mausoleums and the doors of the Timbuktu mosque. These properties, with the exception of one, were on the UNESCO World Heritage List.

### 3. THE SCOPE OF PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY BY UNESCO

UNESCO started operating on 4 November 1946. Its main purpose is “to contribute to peace and security by promoting collaboration among the nations through education, science and culture in order to further universal respect for justice, for the rule of law and for the human rights and fundamental freedoms”<sup>21</sup>.

In the light of international law, in particular international humanitarian law, cultural property is protected during an armed conflict on the basis of several legal instruments. UNESCO played an important role in the adoption of most of them.

The first one, mentioned earlier, is the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. Art. 27 of the Regulations lists protected facilities with the proviso that the obligation of such protection may be performed by the state “as far as possible”. Finally, Art. 56 of the Regulations provides for criminal liability for any seizure, destruction or wilful desecration of historical monuments, works of art and science<sup>22</sup>. Although the Convention did not create a uniform system for the protection of cultural property, it was certainly a significant step towards creating such a system.

---

case hasn't been issued yet. The list of accusations includes, among others, intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion and historic monuments.

<sup>19</sup> Al Mahdi Case: The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi: ICC-01/12-01/15, <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi> (accessed 20.12.2022).

<sup>20</sup> *Ibidem*. See more in A. Herman, *Timbuktu, international criminal law and cultural heritage protection*, “Art Antiquity and Law” 2018, Vol. 23, issue 1, pp. 61–68.

<sup>21</sup> Art. I of the Constitution of the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 16 November 1945, London (4 UNTS 275).

<sup>22</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195> (accessed 20.12.2022).

The need to ensure the full protection of cultural property was recognised by the Assembly of the League of Nations but World War II interrupted the work of experts on the relevant draft document<sup>23</sup>. It was not until 14 May 1954 that the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (hereinafter the Hague Convention of 1954) was signed, followed by the Second Protocol to the Hague Convention of 1954 in 1999. The Convention was adopted at the General Conference of the UNESCO, which should undoubtedly be regarded as a significant achievement of this specialised organization<sup>24</sup>.

The Hague Convention of 1954 imposes on States Parties a number of obligations in the field of protection of cultural property, including a duty of care and respect for it. It also obliges states to take appropriate steps to prosecute, try and punish perpetrators of crimes against cultural property<sup>25</sup>. It should be stressed that the legal regime of the Hague Convention of 1954 was supplemented and reinforced by the provisions of Protocols Additional to Geneva Conventions of 12 August 1949 related to the protection of the victims of armed conflicts<sup>26</sup>.

From UNESCO's perspective, Art. 23(1) of the Hague Convention of 1954 should be highlighted, under which the States Parties "may call upon the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization for technical assistance in organizing the protection of their cultural property, or in connexion with any other problem arising out of the application of the Convention or the Regulations for its execution"<sup>27</sup>.

Specific attention should be also drawn to the Second Protocol to the Hague Convention of 1954. In its Art. 15 – which was an innovation – definitions of five international crimes related to the protection of cultural property were formulated. Moreover, pursuant to Art. 16 of the Protocol, for acts such as targeting cultural property under enhanced protection, using such cultural property to sup-

---

<sup>23</sup> For more information on the actions of international community for establishing of legally binding instruments for protection of cultural property during armed conflicts before the World War II, see K. Prażmowska, *Sprawa Al Mahdiego przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym: Przelomowy wyrok czy stracona szansa*, "Studia Prawnicze KUL" 2019, No. 2(78), p. 302.

<sup>24</sup> H. Schreiber, *Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z Regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r. (Dz. U. z 1957 r. Nr 46, poz. 212, załącznik): Wprowadzenie – zarys historii idei ochrony dóbr kultury w konfliktach zbrojnych*, (in:) E. Zalasińska (ed.), *Konwencje UNESCO w dziedzinie kultury. Komentarz*, Warszawa 2014, pp. 19–31.

<sup>25</sup> Art. 28 of Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 7 August 1954 (249 UNTS 240). See more in K. Prażmowska, *op. cit.*, pp. 302–303.

<sup>26</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977 (1125 UNTS 3); Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977 (1125 UNTS 609).

<sup>27</sup> Art. 23 of Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict.

port military operations, causing extensive damage, the States Parties are obliged to exercise universal jurisdiction in respect of the perpetrators of these crimes<sup>28</sup>.

Another instrument important for the protection of cultural property is the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property adopted during the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization in Paris in 1970 (hereinafter UNESCO Convention of 1970)<sup>29</sup>. Certainly, the achievements of the Convention include the creation of foundations for international cooperation and controlling the flow of cultural property<sup>30</sup>. This document sets the standard of protection, and thus has an impact on domestic law and the adoption of specific solutions in the individual legal systems of states that are the parties to the Convention<sup>31</sup>.

As in the case of the Hague Convention of 1954, the 1970 UNESCO Convention emphasizes the role of UNESCO in the protection of cultural property. In the case of the latter, the discussed scope of competences is much wider. Pursuant to Art. 17(5) of the Convention, UNESCO may, *inter alia*, call for the cooperation of any competent non-governmental organization or “at the request of at least two States Parties to the Convention which are engaged in a dispute over its implementation, UNESCO may extend its good offices to reach a settlement between them”.

It is worth noting that the international community has not managed to develop a universal definition of cultural property. This means that each of the legal documents discussed above uses its own definition of protected assets.

UNESCO is also taking action during the ongoing Russian-Ukrainian war in Ukraine. It reports that: “Since the beginning of the war, UNESCO has been deploying emergency measures for Ukraine under its mandate for education, culture, science, information and communication. It has already raised more than \$18 million for this purpose, which has included the delivery of equipment to secure museums and outdoor artworks, the distribution with Google of 50,000 computers to Ukrainian teachers, and the provision of more than 600 sets of bullet-proof vests and helmets for the protection of journalists on the ground. In recent weeks, UNESCO has stepped up its support to Odesa in three ways: 1. Funding to repair the damage inflicted on the Odesa Museum of Fine Arts and the Odesa Museum of Modern Art (since the beginning of the war). UNE-

---

<sup>28</sup> Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999 (2253 UNTS 172). See K. Prazmowska, *op. cit.*, p. 303.

<sup>29</sup> Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 14 November 1970 (823 UNTS 231).

<sup>30</sup> See W. Stankiewicz, *Rola UNESCO w ochronie dóbr kultury i zasobów przyrodniczych*, “Przegląd Politologiczny” 2012, No. 1, pp.145–160.

<sup>31</sup> K. Zalańska, *Konwencja UNESCO z roku 1970*, “Cenne, Bezcenne, Utracone” 2015, No. 1–2(82–83), p. 99.

SCO will also cover the cost of hiring additional staff to protect their collections. 2. Support for the digitization of at least 1,000 works of art in Odesa and of documentary collection at the Odesa State Archives by providing the necessary technical equipment. 3. The delivery of new equipment to the Odesa regional administration for the *in situ* protection of cultural properties: protective panels, sandbags, fire extinguishers, fireproof fabrics and gas masks to the Department of Culture, Religion and Protection of Architectural Heritage. They will enable the protection of monuments and sculptures in public spaces, which has been ongoing since the beginning of the war, to continue<sup>32</sup>.

#### 4. LEGAL GROUNDS OF COOPERATION BETWEEN THE ICC AND UNESCO

On the surface it may appear that both the ICC and UNESCO are dependent on the United Nations. In fact, this is not the case and their legal status is precisely defined in international law.

The ICC was established on the basis of the Rome Statute of the International Criminal Court that entered into force on 2 July 2002. On that day, a new institution of an exceptional nature began operating in the international arena. This consists, *inter alia*, in granting the Court, pursuant to Art. 4 para 1 of the ICC Statute, international legal personality and legal capacity to the extent necessary to perform its functions and objectives. The statement used in Art. 4 para 1 of the ICC Statute, regarding international legal personality, should be understood as granting the Court a legal personality in the sphere of international law. As Milik points out, despite the divergences of views on such reasoning existing in the doctrine of international law, the inclusion directly in the Statute of the provision granting the Court a legal personality (subjectivity) confirms the intentions of the founders of the Court, concerning the creation of an autonomous and independent International Criminal Court<sup>33</sup>.

The independence of the ICC from other entities of international law is confirmed by the provisions of the Statute, which authorise it to conclude international agreements with third countries. Doubts could arise only in the case of the

<sup>32</sup> *At UNESCO...*, *op. cit.* See also T. Korotkyi, Y. Savchenko, N. Hendel, *Vyklyky ta zahrozy dlia kulturnoi spadshchyny Ukrainy v umovakh ahresii rf proty Ukrainy [Challenges and threats to Ukraine's cultural heritage in the context of Russia's armed aggression]*, "Ukrainian Journal of International Law" 2022, No. 4, pp. 54–65; O. Malyshev, *Protection of cultural heritage on the occupied territories of Ukraine*, "Law of Ukraine" 2020, No. 11, pp. 110–126.

<sup>33</sup> Not all representatives of the doctrine of international law share this position. Cf. P. Milik, *Międzynarodowa osobowość prawna i zdolność prawna Międzynarodowego Trybunału Karnego*, "Państwo i Prawo" 2003, No. 9, p. 74.

manner of regulating the relations between the Court and the United Nations, since such an agreement is approved by the Assembly of States Parties to the ICC Statute and then concluded by the President of the Court on its behalf<sup>34</sup>.

The authors of the Statute, in the text concerning international cooperation and legal assistance, defined its scope and principles in a very detailed manner. Although their intention was to create a new, specific form of cooperation between the state and the International Criminal Court<sup>35</sup>, the subjective scope of such cooperation is not limited only to the States Parties to the Statute. The Court may request legal aid from a State that is not party to the Statute on the basis of an *ad hoc* agreement, a contract with that State or on any other appropriate grounds<sup>36</sup>. In addition, the Court may request an intergovernmental organisation to provide information, documents or request other forms of cooperation and assistance that may be agreed with that organisation and which are consistent with its competences and mandate<sup>37</sup>. For example, the Agreement on cooperation and assistance was concluded on these grounds between the International Criminal Court and the European Union in 2006<sup>38</sup>.

The Court can exercise its jurisdiction when information about (a) suspected crime(s) is presented to the ICC Prosecutor by the state party or by the UN Security Council. The Prosecutor may also initiate preliminary proceedings related to such a crime. Pursuant to Art. 15 of the Statute, the Prosecutor may, *proprio motu*, make a preliminary examination of the case on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court. In order to verify the credibility of the received information, the Prosecutor may request additional information from states, UN bodies, intergovernmental or non-governmental organizations and other credible sources which he deems appropriate.

In the 2021 Policy on Cultural Heritage, the ICC Prosecutor stressed that “cooperation is a fundamental component of the Rome Statute system” and “no actor is able effectively to fight impunity alone”<sup>39</sup>. Clearly, the ICC benefits from this type of cooperation as “often prior to the Court’s engagement in a situation,

---

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> E. Zielińska, *Wstęp*, (in:) E. Zielińska (ed.) *Międzynarodowy Trybunał Karny. USA i UE: Dwa różne podejścia*, Warszawa 2004, p. 10. See also K. Karski, K. Myszone-Kostrzewa, *Polityka zagraniczna administracji George’a W. Busha w świetle raportu Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy “Stany Zjednoczone Ameryki a prawo międzynarodowe” z 2007 r. Spojrzenie z perspektywy 2012 r.*, (in:) R.M. Czarny, K. Spryszak (eds.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*. Vol. 5. *Integracja europejska i stosunki międzynarodowe*, Toruń 2012, pp. 841–844; K. Zombory, *The protection of cultural heritage in international law*, (in:) A. Raisz (ed.), *International law from a Central European perspective*, Miskolc-Budapest 2022, pp. 246–247.

<sup>36</sup> Art. 87(5) of the Rome Statute of the ICC.

<sup>37</sup> Art. 87(6) of the Rome Statute of the ICC.

<sup>38</sup> Agreement between the International Criminal Court and the European Union on cooperation and assistance, 10 April 2006, Luxembourg (OJ L 115, 28.4.2006, pp. 50–56).

<sup>39</sup> Policy on Cultural Heritage, *op. cit.*, p. 41.

early responders such as UN bodies, peacekeeping and humanitarian personnel, non-governmental organisations and the media, deploy into areas where international crimes, including those against or affecting cultural heritage, have been committed<sup>40</sup>.

Furthermore, UNESCO is one of the specialised UN agencies established pursuant to Art. 57 of the UN Charter. In accordance with its provisions, specialised agencies should meet three criteria, namely: 1. be established on the basis of agreements concluded between governments, 2. have broad competences in the economic, social, cultural, educational, health and related areas, defined in their basic acts, and 3. be related to the UN in accordance with the provisions of Art. 63 of the UN Charter. The last requirement concerns the conclusion of the agreement between the Economic and Social Council and the organizations mentioned in Art. 57 setting out the conditions under which this institution is to be associated with the UN<sup>41</sup>.

The treaty on cooperation between UNESCO and UN (hereinafter the Treaty) was adopted at the first session of the General Conference of UNESCO. The Treaty came into force on 14 December 1946 following its approval by the UN General Assembly. Pursuant to Art. X of UNESCO's Constitution the agreement between UN and UNESCO creates the grounds for effective cooperation between these two organisations in pursuing their common goals. At the same time, it recognises the autonomy of UNESCO in the area of competences defined in the founding act of that organisation<sup>42</sup>.

The primary areas of activity, the principles and means used to implement them, and the method of internal organisation of UNESCO were defined in the Constitution of the UNESCO. Pursuant to the provisions of Art. I, UNESCO will, *inter alia*, "maintain, increase and diffuse knowledge by assuring the conservation and protection of the world's inheritance of books, works of art and monuments of history and science, and recommending to the nations concerned the necessary international conventions"<sup>43</sup>. In order for UNESCO to perform its tasks effectively, its statute provides for the possibility of cooperation with other specialised intergovernmental organisations and institutions whose interests and activities are related to its goals. To this end, the Executive Council empowers the Director General to establish effective day-to-day cooperation with such organi-

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Pursuant to Art. 63(2) and Art. 64 of the Charter of the United Nations (1 UNTS XVI), the Economic and Social Council may coordinate its activities with the specialized agencies through consultation with and recommendations to such agencies and should be receiving regular reports from this type of agencies.

<sup>42</sup> *Układ między Organizacją Narodów Zjednoczonych a Organizacją Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury*, (in:) S. Hubert (ed.), *Zbiór statutów i regulaminów organizacji międzynarodowych*. Vol. II. *Organizacje wyspecjalizowane ONZ*, Warszawa 1966.

<sup>43</sup> Art. I(2)(c) of the UNESCO Constitution.

zations and institutions and to establish joint committees as may be necessary to ensure effective cooperation<sup>44</sup>.

An example of such cooperation concerns the preparation of the international agreement with the ICC, namely the Draft Framework Agreement Between UNESCO and the International Criminal Court, Acting in Relation to the Trust Fund for Victims of 10 September 2021. Currently, “the Court and UNESCO are also in the process of concluding a Court-wide co-operation agreement”<sup>45</sup>. First of all, it will focus on “drawing upon UNESCO’s mandate for the protection, conservation, and promotion of cultural heritage affected by conflicts and intentional destruction and the Court’s mandate under the Rome Statute, to co-operate to work towards ending impunity for the commission of crimes against cultural property, including any form of theft, pillage or misappropriation of, and any acts of vandalism directed against, cultural property, and thus contributing to their prevention, within their respective mandates”<sup>46</sup>. Secondly, the agreement will aim at “establishing close relations between the ICC and UNESCO in order to enhance cooperation and encourage the exchange of knowledge, experience and expertise”<sup>47</sup>. Thirdly, provisions of the Agreement will allow the ICC and UNESCO to co-operate closely and consult each other on matters of mutual interest<sup>48</sup>.

It should be stressed that both the Statute of the ICC and the UNESCO Constitution do not establish an obligation to undertake the cooperation in question but provide organisations with such an option. Therefore, initiating this type of cooperation will always depend on the willingness of the ICC and UNESCO to do so.

## 5. IMPORTANCE OF COOPERATION BETWEEN THE ICC AND UNESCO FOR THE PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY

The dynamic development of international treaty and customary norms, the law-making activity of international organisations, and the international jurisprudence of international courts in the field of protection of cultural property confirms the determination of the international community to combat the impunity of persons responsible for serious breaches of international obligations in this area<sup>49</sup>. Undoubtedly, the ICC is at present the only permanent institution with the power to prosecute the perpetrators of crimes against cultural property. However,

---

<sup>44</sup> Art. XI of the UNESCO Constitution.

<sup>45</sup> Policy on Cultural Heritage, *op. cit.*, p. 43.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> K. Wierczyńska, A. Jakubowski, *op.cit.*, s. 46.



despite the Court's powers being broadly guaranteed in the statute within the discussed scope, practice shows that its effectiveness would be greatly reduced without cooperation with UNESCO.

As mentioned before, the ICC has twice already managed to bring perpetrators to justice in the area of protection of cultural property, in the cases of Al Mahdi and Katanga (the judgment in the third case, that of Al Hassan Ag Abdoul Aziz, has not yet been reached). UNESCO played the most important role in the case of the first of these cases.

It is essential to stress that it was the alert by UNESCO about the destruction of Mali's cultural heritage that contributed to the initiation of the proceedings before the ICC. In addition, during the proceedings regarding the destruction of Timbuktu's monuments inscribed on the UNESCO World Heritage List, UNESCO provided the ICC with the necessary expert knowledge. "UNESCO cooperated with the ICC between January 2013 and October 2015"<sup>50</sup>. During several working sessions UNESCO provided the ICC with critical photographic and cartographic documentation pertaining to the destruction of cultural heritage in Timbuktu. In June 2013, UNESCO organised an international mission to assess damage to cultural heritage in Timbuktu, in which representatives of the ICC participated.

On 17 August 2017, the Chamber issued the Order on Reparations in the case of Al Mahdi, concluding that he was liable for 2.7 million EUR in reparations to the community of Timbuktu<sup>51</sup>. This decision of the Court is particularly important as the ICC has never before awarded redress to victims of crimes against cultural heritage. It is also notable that the Court aimed to address all types of harm suffered by the victims through its awards of individual, collective, and symbolic reparations. Moreover, UNESCO itself did not submit any application for reparation and stated that "local communities (...) have been the principal victims"<sup>52</sup>. Despite this, the ICC awarded symbolic compensation of 1 Euro to the Government of Mali and to UNESCO for harm to the Mali people and the international community<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> UNESCO Amicus Curiae Observations submitted pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, 2 December 2016, ICC-01/12-01/15-194, para 13, <https://www.legal-tools.org/doc/1de7b7/pdf> (accessed 20.12.2022).

<sup>51</sup> Al Mahdi Case: ICC Trial Chamber VIII issues reparations order, ICC Press Release, 17 August 2017, ICC-CPI-20170817-PR1329, <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr1329> (accessed 20.12.2022).

<sup>52</sup> Reparations Order, Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, No. ICC-01/12-01/15, para 52. See more in M. Lostal, *Implementing reparations in the Al Mahdi case: A story of monumental challenges in Timbuktu*, "Journal of International Criminal Justice" 2021, Vol. 19, issue 4, pp. 831–853. See also M. Lostal, *International cultural heritage law in armed conflict: Case studies of Syria, Libya, Mali, the invasion of Iraq, and the Buddhas of Bamiyan*, Cambridge 2017.

<sup>53</sup> Mali and UNESCO to receive a "symbolic euro" in token reparation for the heritage of Timbuktu, ICC Press Release: 29 March 2021, <https://en.unesco.org/news/mali-and-unesco-receive-symbolic-euro-token-reparation-heritage-timbuktu> (accessed 20.12.2022).

The ICC requested that the Trust Fund for Victims (hereinafter “TFV”) implement the reparation order and complement the reparation measures through assistance programmes. On 30 June 2020, the TFV therefore decided to grant an amount of 427,069 EUR to UNESCO for the implementation of the project “Collective Reparation Programme in the form of Rehabilitation and Maintenance of Protected Buildings, Timbuktu, Situation in Mali, Al Mahdi Case”<sup>54</sup>. In order to undertake steps to strengthen the protection of cultural heritage in Timbuktu and to compensate the victims of the crimes against cultural heritage, the Director General of the UNESCO submitted to its Executive Board a draft Framework Agreement between UNESCO and the International Criminal Court, acting in relation to the Trust Fund for Victims, in accordance with Art. XI(1) of the Constitution of UNESCO. An agreement is to be concluded in order to implement the project “Rehabilitation and valorization of protected buildings in Timbuktu”.

In addition, at this stage of the proceedings, i.e. in the reparations stage, UNESCO appeared before ICC as *amicus curiae*. UNESCO expressed its willingness to submit comments in the proceedings pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure and Evidence, according to which “at any stage of the proceedings, a Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to submit, in writing or orally, any observation on any issue that the Chamber deems appropriate”<sup>55</sup>. On 31 October 2016 the Chamber approved UNESCO’s request to present observations as *amicus curiae*. UNESCO made “observations on reparations related issues, in particular on the importance of international cultural heritage generally and the harm caused to the international community by the crime Mr Al Mahdi was convicted of”<sup>56</sup>.

Cooperation between the ICC and UNESCO did not end with the conviction of Al Mahdi. On the contrary, the case of the destruction of Timbuktu’s monuments contributed to its reinforcement. This was reflected by signing a letter of intent by the UNESCO Director General and the ICC Prosecutor on 6 November 2017, formalising the cooperation of these two institutions in the field of cultural protection during armed conflicts. As noted by Bokova, strengthening cooperation for the protection of cultural property during armed conflicts is a humani-

---

<sup>54</sup> Draft Framework Agreement between UNESCO and the International Criminal Court, acting in relation to the Trust Fund for Victims, submitted to the Executive Board on 10 September 2021, UNESCO Doc. 212 EX/41, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf00000378781> (accessed 20.12.2022).

<sup>55</sup> Rule 103 (“Amicus curiae and other forms of submission”) of the Rules of Procedure and Evidence of the ICC, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf> (accessed 20.12.2022).

<sup>56</sup> Decision on Application by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (‘UNESCO’) to Submit Amicus Curiae Observations from 31 October 2016, No. ICC-01/12-01/15, para 3, [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_24735.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_24735.PDF) (accessed 20.12.2022).

tarian and security imperative<sup>57</sup>. Given that cooperation in the Mahdi case also took place at a non-operational level, for example through participation in the new ICC Prosecutor's Office political initiative on cultural heritage, both sides expressed their hope of concluding a comprehensive cooperation agreement in the near future.

## 6. CONCLUSION

Intentional destruction and theft of cultural property during armed conflicts are now prohibited by international law. In the light of international regulations, deliberate attacks against cultural heritage, both during international and non-international armed conflicts, may constitute serious violations of the norms of humanitarian law, and their perpetrators should be tried and punished.

On a global scale, UNESCO is the entity most empowered to undertake actions for the protection of cultural property, both in international and non-international armed conflicts. It is not, however, a judicial authority and therefore its role is not to achieve justice. Since 2002, the ICC has been such a body, and the scope of its jurisdiction covers crimes against cultural property, classified as war crimes. Undoubtedly, states should be the most effective players in prosecuting and punishing perpetrators of such crimes. The ICC, on the other hand, works on a complementary basis in relation to the shortcomings of the domestic criminal jurisdiction. The effectiveness of the Court is also limited due to the fact that only a small number of states are parties to the ICC's statute. However, despite frequent criticism of the functioning of the ICC, the importance of its activity in the field of proceedings regarding intentional attacks on protected facilities over the last decade cannot be overstated. The research reported in this paper shows that the Court would not have achieved such results without the cooperation with UNESCO.

Both the ICC Statute and the UNESCO Constitution provide for the possibility of cooperation between these institutions and other international organisations. Moreover, the ICC Rules of Procedure and Evidence give international organisations the right to join the proceedings at any stage as a friend of the court (*amicus curiae*). UNESCO has successfully exercised this right in the case of Al Mahdi. For these reasons, it can be concluded that UNESCO's contribution was instrumental in defining the charges against Al Mahdi. The uniqueness of this

---

<sup>57</sup> International Criminal Court and UNESCO Strengthen Cooperation on the Protection of Cultural Heritage, UNESCO Press Release, 6 November 2017, <https://en.unesco.org/news/international-criminal-court-and-unesco-strengthen-cooperation-protection-cultural-heritage> (accessed 20.12.2022).

case lies not only in the extensive cooperation between the ICC and UNESCO, but also in the fact that it is the only case so far in which the charges were formulated on the basis of a violation of only one provision of the ICC Statute.

The activities of the ICC and UNESCO in the case of Al Mahdi contributed to signing a letter of intent formalising and strengthening cooperation between these institutions in the field of protection of culture during armed conflicts.

The former ICC Prosecutor Fatou Bensouda and former UNESCO Director General Irina Bokova provided a strong impetus for cooperation between the ICC and UNESCO. Their terms of office expired in 2021 and 2017, respectively. They have left the fulfilment of this task to their successors.

Formally, the ICC and UNESCO are not currently negotiating a cooperation agreement. In fact, the talks have been suspended for the time being and we await the positions of both sides to crystallize. It should be noted that Bensouda's successor, Karim Khan, announced a revision of her policy position papers. We cannot, therefore, consider that the official position of the Office of the Prosecutor of the ICC on this issue has yet been fully developed.

It should be noted that UNESCO remains interested in pursuing criminal law consequences of violations of the law within the scope of its interests. This is the case not only in relation to the issue of the protection of cultural property, but also – for example – in trials of crimes against journalists and those involving freedom of expression<sup>58</sup>.

## REFERENCES

### Books and articles

- Alamsyah H., Nugraheni P, Prabowo M., Andriani E., *The dark side of cultural heritage protection*, "Journal of Private and Commercial Law" 2022, Vol. 6, No.1
- Altafin Ch., *Economic, social and cultural rights of civilians in contexts of armed conflict and occupation: An international law perspective*, Florence 2015
- Ellis M.S., *The ICC's role in combating the destruction of cultural heritage*, "Case Western Reserve Journal of International Law" 2017, Vol. 49
- Herman A., *Timbuktu, international criminal law and cultural heritage protection*, "Art Antiquity and Law" 2018, Vol. 23, issue 1
- Hubert S. (ed.), *Zbiór statutów i regulaminów organizacji międzynarodowych*. Vol. 2. *Organizacje wyspecjalizowane ONZ*, Warszawa 1966
- Karski K., *Realizacja idei utworzenia międzynarodowego sądownictwa karnego*, "Państwo i Prawo" 1993, No. 7

---

<sup>58</sup> UNESCO's work with prosecutors to tackle crimes against journalists taken forward with international partners, UNESCO, 20 October 2022, <https://www.unesco.org/en/articles/unescos-work-prosecutors-tackle-crimes-against-journalists-taken-forward-international-partners> (accessed 20.12.2022).

- Karski K., *The crime of genocide committed against the Poles by the USSR before and during World War II: An international legal study*, "Case Western Reserve Journal of International Law" 2013, Vol. 45, No. 3, pp. 713, 728, 730
- Karski K., Myszone-Kostrzewa K., *Polityka zagraniczna administracji George'a W. Busha w świetle raportu Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy "Stany Zjednoczone Ameryki a prawo międzynarodowe" z 2007 r. Spojrzenie z perspektywy 2012 r.*, (in:) R.M. Czarny, K. Spryszak (eds.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*. Vol. 5. *Integracja europejska i stosunki międzynarodowe*, Toruń 2012
- Korotkyi T., Savchenko Y., Hendel N., *Vyklyky ta zahrozy dlia kulturnoi spadshchyny Ukrainy v umovakh ahresii rf proty Ukrainy* [Challenges and threats to Ukraine's cultural heritage in the context of Russia's armed aggression], "Ukrainian Journal of International Law" 2022, No. 4
- Lostal M., *Implementing reparations in the Al Mahdi case: A story of monumental challenges in Timbuktu*, "Journal of International Criminal Justice" 2021, Vol. 19, issue 4
- Lostal M., *International cultural heritage law in armed conflict: Case studies of Syria, Libya, Mali, the invasion of Iraq, and the Buddhas of Bamiyan*, Cambridge 2017.
- Malyshev O., *Protection of cultural heritage on the occupied territories of Ukraine*, "Law of Ukraine" 2020, No. 11
- Mathias S., *Prosecuting crimes against culture: The contributions of the Al-Mahdi and Ntaganda cases to the ICC approach to cultural property protections*, "Emory International Law Review Recent Developments" 2021
- Milik P., *Międzynarodowa osobowość prawna i zdolność prawna Międzynarodowego Trybunału Karnego*, "Państwo i Prawo" 2003, No. 9
- Prażmowska K., *Sprawa Al Mahdiego przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym: Przełomowy wyrok czy stracona szansa*, "Studia Prawnicze KUL" 2019, No. 2(78)
- Schreiber H., *Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z Regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r. (Dz. U. z 1957 r. Nr 46, poz. 212, załącznik): Wprowadzenie – zarys historii idei ochrony dóbr kultury w konfliktach zbrojnych*, (in:) E. Złasińska (ed.), *Konwencje UNESCO w dziedzinie kultury. Komentarz*, Warszawa 2014
- Stankiewicz W., *Rola UNESCO w ochronie dóbr kultury i zasobów przyrodniczych*, "Przegląd Politologiczny" 2012, No. 1
- Strykowska S., *Problematyka ochrony dziedzictwa kulturowego w działalności międzynarodowych trybunałów karnych*, "Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza" 2016, Vol. 6
- Wierczyńska K., Jakubowski A., *Zbrodnie przeciwko dziedzictwu kulturowemu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym – analiza krytyczna*, "Studia Prawnicze" 2016, No. 1(205)
- Złasińska K., *Konwencja UNESCO z roku 1970*, "Cenne, Bezcenne, Utracone" 2015, No. 1–2(82–83)
- Zielińska E., *Międzynarodowy Trybunał Karny USA i UE: Dwa różne podejścia*, Warszawa 2004

Zombory K., *The protection of cultural heritage in international law*, (in:) A. Raisz (ed.), *International law from a Central European perspective*, Miskolc, Budapest 2022

### **Documents, acts of law**

- Al Mahdi Case: ICC Trial Chamber VIII issues reparations order, ICC Press Release, 17 August 2017, ICC-CPI-20170817-PR1329, <https://www.icccpi.int/pages/item.aspx?name=pr1329> (accessed 20.12.2022)
- Agreement between the International Criminal Court and the European Union on cooperation and assistance, 10 April 2006, Luxembourg (OJ L 115, 28.4.2006, pp. 50–56)
- Constitution of the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 16 November 1945, London (4 UNTS 275)
- Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 7 August 1954 (249 UNTS 240)
- Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 14 November 1970 (823 UNTS 231)
- Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195> (accessed 20.12.2022)
- Decision on Application by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization ('UNESCO') to Submit Amicus Curiae Observations from 31 October 2016, No. ICC-01/12-01/15, [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_24735.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_24735.PDF) (accessed 20.12.2022)
- Draft Framework Agreement between UNESCO and the International Criminal Court, acting in relation to the Trust Fund for Victims, submitted to the Executive Board on 10 September 2021, UNESCO Doc. 212 EX/41, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378781> (accessed 20.12.2022)
- Policy on Cultural Heritage: "Cultural heritage is the repository of the human experience throughout the ages. To protect it, is to pay homage to the basic fabric of civilisation and civilizational practice", ICC, June 2021
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977 (1125 UNTS 3)
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977 (1125 UNTS 609)
- Reparations Order, Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, No. ICC-01/12-01/15
- Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998 (2187 UNTS 3)
- Rules of Procedure and Evidence of the ICC, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf> (accessed 20.12.2022)
- Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999 (2253 UNTS 172)
- The Elements of Crimes of the ICC, 3-10 September 2002, United Nations Publication, Sales No. E.03.V.2 and corrigendum, <https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (accessed 20.12.2022)

Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Nuremberg 1947

Układ między Organizacją Narodów Zjednoczonych a Organizacją Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury, (in:) S. Hubert (ed.), *Zbiór statutów i regulaminów organizacji międzynarodowych*. Vol. II. *Organizacje wyspecjalizowane ONZ*, Warszawa 1966

UNESCO Amicus Curiae Observations submitted pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, 2 December 2016, ICC-01/12-01/15-194 <https://www.legal-tools.org/doc/1de7b7/pdf> (accessed 20.12.2022)

*Marcin Dąbrowski*

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

e-mail: [marcin.dabrowski@uwm.edu.pl](mailto:marcin.dabrowski@uwm.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-8780-9715

**GŁOSA DO PUNKTU 2 LIT. B WYROKU  
TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO  
Z DNIA 7 PAŹDZIERNIKA 2021 R., K 3/21**

**A GLOSS TO POINT 2B OF THE JUDGMENT OF THE  
CONSTITUTIONAL TRIBUNAL OF 7 OCTOBER 2021, K 3/21**

**Abstract**

The author offers a critical commentary on the point 2b of the Constitutional Tribunal judgment of 7 October 2021, K 3/21. The Tribunal claims that issuing court verdicts on the basis of the provisions which are not binding, having been revoked by the Sejm and/or ruled by the Constitutional Tribunal, is inconsistent with Art. 2, 7, 8(1), 90(1), and 178(1) of the Constitution. The Constitutional Court reconstructs the mentioned above jurisdiction of the courts based on the Art. 19(1), second subparagraph, of the Treaty on European Union. The author doesn't agree with this statement and argues that the Tribunal incorrectly and unlawfully interprets the provisions of the Treaty. Furthermore, the verdict is in contrary to Art. 2 and 42 of the Polish Constitution and the principle of non retroactivity of law. Moreover, the Tribunal's decision violates the concept of the Constitutional Tribunal judicature with the deferred clause. The author claims that the Tribunal's decision does not cause any legal effects and the courts in Poland will not apply it during resolving cases.



**KEYWORDS**

Constitutional Court, judgment, international agreement, application of law

**SŁOWA KLUCZOWE**

Trybunał Konstytucyjny, wyrok, umowa międzynarodowa, stosowanie prawa

**1. ZAGADNIENIA WPROWADZAJĄCE**

W dniu 7 października 2021 r. Trybunał Konstytucyjny w pełnym składzie<sup>1</sup> wydał wyrok w sprawie K 3/21. Postępowanie zostało zainicjowane wnioskiem Prezesa Rady Ministrów i dotyczyło kontroli konstytucyjności przepisów Traktatu o Unii Europejskiej<sup>2</sup>. Tłem sprawy były konflikty oscylujące wokół „reformy” władzy sądowniczej. W mojej ocenie rozstrzygnięcie Trybunału ma niebagatelne i precedensowe znaczenie. Orzeczenie to bowiem po raz drugi w historii działalności polskiego sądu konstytucyjnego stwierdza sprzeczność Konstytucji RP<sup>3</sup> z ratyfikowaną umową międzynarodową<sup>4</sup>. W swoim rozstrzygnięciu Trybunał Konstytucyjny odstąpił od praktyki poszukiwania rozwiązań kompromisowych, których celem jest uniknięcie orzeczenia bezpośredniej kolizji norm, działanie na podstawie zasad przychylności normom prawa wspólnotowego<sup>5</sup>, prounijnej wykładni prawa<sup>6</sup> i lojalności<sup>7</sup>. Istotną cechą tego wyroku jest to, że jego celem nie

<sup>1</sup> Do wyroku zdania odrębne złożyli: Piotr Pszczółkowski, Jarosław Wyrembak, Zbigniew Jędrzejewski, Mariusz Muszyński, Andrzej Zielonacki.

<sup>2</sup> Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 1, dalej: TUE.

<sup>3</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.), dalej: Konstytucja RP.

<sup>4</sup> Pierwszy tego typu wyrok został wydany w dniu 14 lipca 2021 r., P 7/20, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2021, poz. 21. Kolejnymi takimi orzeczeniami były wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 24 listopada 2021 r., K 6/21, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2022 poz. 9; z 10 marca 2022 r., K 7/21, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2022, poz. 24.

<sup>5</sup> Szerzej: A. Kustra-Rogatka, *Kontrola konstytucyjności aktu prawa pierwotnego Unii Europejskiej w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2021 r., K 3/21*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 11, s. 5–6. Na temat zasady przychylności: S. Biernat, *Członkostwo Polski w Unii Europejskiej w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 66 i n.

<sup>6</sup> A. Madeja, *Wykładnia prounijna w orzecznictwie Polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1997–2005)*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2011, nr VIII, s. 143 i n.

<sup>7</sup> D. Lis-Staranowicz oraz K. Doktor-Bindas prezentują interesujące stanowisko, które z formalnego (teoretycznego) punktu widzenia tłumaczy zmianę interpretacji ustawy zasadniczej

było wywołanie skutków prawnych w zakresie obowiązywania prawa, tylko jego stosowania. W tej płaszczyźnie kilka kwestii wydaje się szczególnie ciekawych. Równocześnie są one wątpliwe i pozostają w sprzeczności z dotychczasową praktyką stosowania prawa przez sądy i z poglądami powszechnie zaakceptowanymi w nauce. Chodzi mianowicie o wynikające z orzeczenia stwierdzenie, że niezgodne z ustawą zasadniczą jest orzekanie przez sądy na podstawie przepisów nieobowiązujących, uchylonych przez Sejm lub uznanych przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją RP. Wynika ono z pkt 2 lit. b wyroku, który brzmi:

„2. Art. 19 ust. 1 akapit drugi Traktatu o Unii Europejskiej w zakresie, w jakim – w celu zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii – przyznaje sądom krajowym (sądom powszechnym, sądom administracyjnym, sądom wojskowym i Sądowi Najwyższemu) kompetencje do:

(...)

b) orzekania na podstawie przepisów nieobowiązujących, uchylonych przez Sejm lub uznanych przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją, jest niezgodny z art. 2, art. 7 i art. 8 ust. 1, art. 90 ust. 1, art. 178 ust. 1 i art. 190 ust. 1 Konstytucji”.

W mojej ocenie celem pkt 2 lit. b analizowanego orzeczenia było uniemożliwienie wykonania uchwały Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. (BSA I-4110–1/20), w której Sąd zakwestionował prawowitość powoływania sędziów z udziałem Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r.<sup>8</sup> i w której podaje w wątpliwość niezawisłość i bezstronność takich osób. Równocześnie należy podkreślić, że pkt 2 lit. b sentencji odbiega od treści wniosku Prezesa Rady Ministrów. Premier w swoim piśmie domagał się stwierdzenia wadliwości art. 19 ust. 1 akapit drugi „w ten sposób, że ze względu na zapewnienie skutecznej ochrony prawnej organ stosujący prawo jest uprawniony lub zobowiązany stosować przepisy prawa w sposób niezgodny z Konstytucją RP, w tym stosować przepis, który na mocy orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego utracił moc obowiązującą jako niezgodny z ustawą zasadniczą”<sup>9</sup>. Natomiast Trybunał rozszerzył żądanie premiera i w sentencji stwierdził, że: „orzekanie na podstawie przepisów nieobowiązujących, uchylonych przez Sejm lub uznanych przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją” narusza polską ustawę zasadniczą. Oznacza to,

---

wskutek zmiany priorytetów konstytucyjnych – D. Lis-Staranowicz, K. Doktor-Bindas, *Constitutional priorities as an example of substantive amendment of the Constitution*, „Toruńskie Studia Polsko-Włoskie” 2021, nr XVII, s. 106 i n.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3, z późn. zm.).

<sup>9</sup> Wniosek Prezesa Rady Ministrów, BPRM.5091.5.2021, Warszawa, 29 marca 2021 r., [https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F1225335688%2FK\\_3\\_21\\_wns\\_2021\\_03\\_29\\_ADO.pdf](https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F1225335688%2FK_3_21_wns_2021_03_29_ADO.pdf) (dostęp: 24.05.2022).

że Trybunał Konstytucyjny orzekł ponad wniosek i tym samym naruszył art. 67 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym<sup>10</sup>. Z przepisu tego wynika, że Trybunał jest związany zakresem zaskarżenia wskazanym we wniosku.

W tej glosie chciałbym przedstawić analizę pkt 2 lit. b wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2021 r., K 3/21. Wynika z niego, że sprzeczne z art. 2, art. 7, art. 8 ust. 1, art. 90 ust. 1 i art. 178 ust. 1, art. 190 ust. 1 Konstytucji RP są kompetencje polskich sądów do: 1) orzekania na podstawie przepisów nie-obowiązujących; 2) orzekania na podstawie przepisów uchylonych przez Sejm; 3) orzekania na podstawie przepisów uznanych przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją RP. Te kompetencje zostały zrekonstruowane przez Trybunał z treści art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE. Istota stwierdzenia, że wymienione kompetencje sądów są niezgodne z przepisami ustawy zasadniczej, prowadzi do wniosku, że sądy nie posiadają takich uprawnień, a ewentualne ich wykonanie stanowi naruszenie Konstytucji RP i zarazem przekroczenie kompetencji.

Poza przedmiotem analizy pozostawiam natomiast inne ważne zagadnienia, których dotyczy analizowane orzeczenie, tj. pomijanie przez sądy w procesie orzekania przepisów Konstytucji RP, dopuszczalność kontroli przez Trybunał Konstytucyjny aktów prawa pierwotnego Unii Europejskiej, kolizja zasad pierwszeństwa, dopuszczalność i legalność wydania takiego orzeczenia, jego czytelność, skutki, w tym skutki wyroków zakresowych, interpretacyjnych oraz dotyczących umów międzynarodowych, legalność powołania niektórych sędziów Trybunału, którzy uczestniczyli w wydaniu orzeczenia. Zagadnienia te mają niebagatelne znaczenie, jednakże ich analiza znacznie przekracza ramy jednego opracowania naukowego.

Przygotowując niniejszą publikację, posłużyłem się przede wszystkim metodą dogmatycznoprawną. Wykorzystana ona została w celu analizy przepisów Konstytucji RP, orzecznictwa sądów oraz literatury przedmiotu. Przedmiotem analizy jest oddziaływanie omawianego orzeczenia na proces stosowania prawa przez sądy w Polsce. W tym ujęciu istotne znaczenie mają ustalenia teorii prawa. Pomijam równocześnie aspekty odnoszące się do prawa unijnego<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Dz.U. z 2019 r. poz. 2393.

<sup>11</sup> Zagadnienia te były już przedmiotem analiz i komentarzy. Por. np.: A. Kustra-Rogatka, *Kontrola konstytucyjności...*, s. 4 i n.; N. Półtorak, *Kilka uwag o skutkach wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 3/21 dla stosowania prawa unijnego przez polskie sądy*, „Europejski Przegląd Prawniczy” 2021, nr 12, s. 12 i n.; W. Wróbel, *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 12, s. 19 i n.; A. Wyrozumska, *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego w sprawach K 3/21 oraz K 6/21 w świetle prawa międzynarodowego*, „Europejski Przegląd Prawniczy” 2021, nr 12, s. 27 i n.

## 2. PROBLEM STOSOWANIA PRZEZ SĄDY PKT 2 LIT. B WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z DNIA 7 PAŹDZIERNIKA 2021 R.

### 2.1. ARTYKUŁ 19 UST. 1 AKAPIT DRUGI TRAKTATU O UNII EUROPEJSKIEJ JAKO PODSTAWA ROZSTRZYGNĘCIA

Artykuł 19 ust. 1 akapit drugi TUE stanowi, że: „Państwa Członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii”<sup>12</sup>.

Podzielałam pogląd, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi kolizja między polską ustawą zasadniczą a traktatem<sup>13</sup>, a problem konstytucyjny został upoźrowany<sup>14</sup>. W szczególności bardzo wątpliwe i zadziwiające jest stanowisko, że z art. 19 ust. 1 TUE możliwe jest zrekonstruowanie normy kompetencyjnej, iż sądy (zgodnie z tym przepisem) mogą orzekać na podstawie przepisów nieobowiązujących, uchylonych przez Sejm, uznanych przez Trybunał Konstytucyjny za sprzeczne z Konstytucją RP. „W żadnym też przypadku art. 19 TUE nie zawiera takiej treści normatywnej, która niweczyłaby skutki aktów derogacji dokonywanych przez parlament krajowy czy krajowy sąd konstytucyjny”<sup>15</sup>. Z treści art. 19 ust. 1 akapit drugi bezpośrednio nie wynikają bowiem żadne kompetencje organów państw członkowskich. Przepis ten nakłada na te państwa obowiązek „ustanowienia środków niezbędnych do skutecznej ochrony”. Nie wywołuje on również samoistnych (*ipso iure*) konsekwencji ani w sferze obowiązywania prawa, ani w sferze jego stosowania. Analiza komentarzy oraz orzecznictwa do art. 19 TUE prowadzi do jednoznacznego wniosku. W tym przepisie nie ma zakodowanych

<sup>12</sup> Natomiast art. 19 ust. 1 akapit pierwszy brzmi: „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej obejmuje Trybunał Sprawiedliwości, Sąd i sądy wyspecjalizowane. Zapewnia on poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów”. Artykuł 19 zawiera jeszcze dwa ustępy, które dotyczą składu Trybunału Sprawiedliwości UE i sposobu wyboru członków (ust. 2) oraz właściwości tego organu (ust. 3).

<sup>13</sup> Tezę taką jako pierwszy sformułował Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie procesowym w sprawie K 3/21 (Pismo procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich, VII.510.23.2021.PF, 13 lipca 2021 r., s. 23–25, [https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F-1974982554%2FK\\_3\\_21\\_rpo\\_2021\\_05\\_17\\_ADO.pdf](https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F-1974982554%2FK_3_21_rpo_2021_05_17_ADO.pdf), dostęp: 24.05.2022). Por. również: P. Bogdanowicz, *Opinia prawna na temat skutków prawnych orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt K 3/21 dotyczącego niezgodności przepisów Traktatu o Unii Europejskiej z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej w świetle prawa Unii Europejskiej*, s. 4, 8–9, [https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2021/10/P.Bogdanowicz\\_Opinia-prawna\\_nt.skutow.orzeczeniaTK.ws\\_TUE\\_.pdf](https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2021/10/P.Bogdanowicz_Opinia-prawna_nt.skutow.orzeczeniaTK.ws_TUE_.pdf) (dostęp: 24.05.2022).

<sup>14</sup> A. Kustra-Rogatka, *Kontrola konstytucyjności...*, s. 7; T. Zalasinski, *Pozorowanie problemu konstytucyjnego (opinia)*, „Gazeta Prawna” z 26 października 2021 r., <https://serwisy.gazeta-prawna.pl/orzeczenia/artykuly/8278024,wyrok-tk-wyzszosc-prawa-krajowegokonstytucja-dr-tomasz-zalasinski.html> (dostęp: 24.05.2022).

<sup>15</sup> W. Wróbel, *Skutki rozstrzygnięcia...*, s. 19.

reguł, których niekonstytucyjność orzekł Trybunał Konstytucyjny w pkt 2 lit. b wyroku z dnia 7 października 2021 r.

Podsumowując, Trybunał Konstytucyjny samodzielnie zrekonstruował z art. 19 ust. 1 akapit drugi normy kompetencyjne adresowane do sądów. Istotne jest to, że żaden inny organ władzy publicznej, zarówno działający w Polsce, jak i poza jej granicami, w tym w szczególności Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, takich norm z tego przepisu nigdy nie wyprowadził. Następnie polski sąd konstytucyjny uznał, że te reguły postępowania są sprzeczne z ustawą zasadniczą. Należy stwierdzić, że w tym zakresie Trybunał Konstytucyjny przekroczył swoje kompetencje. Trybunał nie ma uprawnień w zakresie dokonywania wykładni prawa unijnego. Wydaje się, że Trybunał miał świadomość tego faktu, albowiem w komunikacie wydanym po ogłoszeniu wyroku stwierdził m.in., że: „Trybunał Konstytucyjny nie dokonuje samodzielnej wykładni prawa UE. (...) Proces myślowy polskiego Trybunału Konstytucyjnego polega wyłącznie na ustaleniu treści tych norm oraz sprawdzeniu ich zgodności z Konstytucją”<sup>16</sup>. Rozstrzygnięcie Trybunału z dnia 7 października 2021 r. pozostaje w sprzeczności z tym oświadczeniem, gdyż w pkt 2 lit. b orzeczenia niewątpliwie dokonano wykładni art. 19 ust. 1 TUE. Należy podkreślić, że taka kompetencja przysługuje przede wszystkim Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej w ramach rozstrzygania pytań prejudycjalnych. Zgodnie z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>17</sup> – Trybunał ten jest uprawniony do dokonywania wykładni traktatów.

## 2.2. ORZEKANIE NA PODSTAWIE PRZEPISÓW NIEOBOWIĄZUJĄCYCH

Stwierdzenie, że sądy nie mają prawa orzekać na podstawie przepisów nieobowiązujących i uchylonych przez Sejm, jest w miarę oczywiste. Sformułowanie to nie budzi wątpliwości i nie jest przedmiotem sporów w nauce prawa i judykaturze. W tym zakresie rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego wydaje się potwierdzać istniejący i powszechnie zaakceptowany paradygmat. Uchylony przez prawodawcę przepis przestaje obowiązywać, nie jest on już elementem systemu prawnego, a organy władzy nie mogą go brać pod uwagę w procesie stosowania prawa. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego nie rodziłby zastrzeżeń, gdyby nie wiele wyjątków odnoszących się do sfery stosowania prawa. Wynikające z orzeczenia Trybunału stwierdzenie, że orzekanie na podstawie przepi-

<sup>16</sup> Komunikat *Ocena zgodności z Konstytucją RP wybranych przepisów Traktatu o Unii Europejskiej*, Trybunał Konstytucyjny, [2021], <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/komunikaty-prasowe/komunikaty-po/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej> (dostęp: 24.05.2022).

<sup>17</sup> Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47.

sów nieobowiązujących sprzeczne jest z art. 2 i innymi Konstytucji RP, budzi poważne wątpliwości w świetle zasady niedziałania prawa wstecz, utrwalonym jej rozumieniem i stosowaniem. Równocześnie zadziwiające jest to, że kompetencję sądów do orzekania na podstawie przepisów nieobowiązujących, uchylonych przez Sejm, Trybunał Konstytucyjny rekonstruuje z art. 19 ust. 1 TUE, a nie z treści art. 2 Konstytucji RP.

Klauzula *lex retro non agit* stanowi część składową zasady demokratycznego państwa prawnego<sup>18</sup> i jest pochodną zasady zaufania do państwa<sup>19</sup>. W Konstytucji RP została ona zrekonstruowana z treści art. 2, natomiast w odniesieniu do prawa karnego – z art. 42<sup>20</sup>. Adresatami tej klauzuli są organy władzy zarówno stanowiące, jak i stosujące prawo. Istota zakazu retroakcji sprowadza się do konieczności stosowania przepisów prawnych, które obowiązywały w czasie, w którym zaistniał określony stan faktyczny. „Innymi słowy, następstwa prawne zdarzeń mających miejsce pod rządami dawnych norm należy oceniać według tych norm, nawet jeżeli w chwili dokonywania tej oceny obowiązują już nowe przepisy”<sup>21</sup>. Oznacza to, że sąd bądź organ administracji ma obowiązek zastosowania przepisu regulującego dany stosunek społeczny, nawet jeżeli on już nie obowiązuje (np. został uchylony przez prawodawcę)<sup>22</sup>. Wyjątek w tej materii stanowią akty derogowane wskutek orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, o czym w dalszej części glosy.

Podsumowując, z art. 2 (art. 42 ust. 1) Konstytucji RP i z zawartej w nim zasady niedziałania prawa wstecz wynika nakaz zastosowania uchylonych przepisów co do przeszłych zdarzeń zaistniałych w czasie ich obowiązywania. Natomiast w pkt 2 lit. b sentencji wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że taka praktyka sprzeczna jest z całym wachlarzem przepisów Konstytucji RP. Uznając, że stanowisko sądu konstytucyjnego jest nieprawidłowe oraz że wynikający z pkt 2 lit. b sentencji wyroku zakaz orzekania na podstawie przepisów

<sup>18</sup> Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 stycznia 2001 r., P 4/99, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2001, nr 1, poz. 5. Por. również W. Wołodkiewicz, *Lex retro non agit*, (w:) W. Wołodkiewicz, J. Krzynówek (red.), *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, Warszawa 2001, s. 15 i n.

<sup>19</sup> W. Sokolewicz, M. Zubik, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016, komentarz do art. 2, s. 136.

<sup>20</sup> Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 230; P. Sarnecki, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016, komentarz do art. 42, s. 222.

<sup>21</sup> J. Kornaszewska, *Zasada „lex retro non agit”. Czy prawo nie działa wstecz?*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2018, nr 42, s. 171. Por. również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2009 r., P 66/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 5, poz. 65.

<sup>22</sup> Pozostawiam poza analizą zagadnienia związane z regulacjami intertemporalnymi oraz z przepisami, którym prawodawca nadał moc wsteczną. Mogą one modyfikować skuteczność i zasadność stosowania zasady *lex retro non agit*. Zagadnienie to ma drugoplanowe znaczenie dla treści tego artykułu.

nieobowiązujących jest sprzeczny z art. 2 i art. 42 Konstytucji RP. W mojej ocenie w poważnym zakresie narusza on ideę demokratycznego państwa prawnego, albowiem zakaz nadawania mocy wstecznej przepisom prawa stanowi jeden z bardzo ważnych jej elementów.

W tej kwestii pojawia się jeszcze jedno interesujące zagadnienie. Artykuł 219 ust. 4 Konstytucji RP stanowi, że: „Jeżeli ustawa budżetowa albo ustawa o provizorium budżetowym nie weszły w życie w dniu rozpoczęcia roku budżetowego, Rada Ministrów prowadzi gospodarkę finansową na podstawie przedłożonego projektu ustawy”. Joanna Juchniewicz wskazuje, że: „w świetle dotychczasowej praktyki uchwalania i wchodzenia w życie ustaw budżetowych po dniu 1 stycznia, sytuacja, w której do momentu uchwalenia ustawy budżetowej rząd prowadzi gospodarkę finansową w oparciu o zaproponowany przez siebie projekt, jest sytuacją dość powszechną”<sup>23</sup>. W obrocie projekt ustawy budżetowej traktowany jest jak obowiązująca ustawa. Oznacza to, że wykonanie budżetu następuje na podstawie dokumentu (projektu), który nie jest ustawą. Nie został on bowiem ani uchwalony, ani ogłoszony, a są to bezwzględne warunki obowiązywania aktu normatywnego<sup>24</sup>. Publiczne środki finansowe są dystrybuowane na podstawie takiego projektu, natomiast Rada Ministrów jest zobowiązana przedłożyć sprawozdanie z realizacji takiego budżetu<sup>25</sup>. Udzielenie bądź odmowa udzielenia absolutorium przez Sejm również obejmuje ten dokument.

„Przepisy” projektu ustawy budżetowej, na podstawie których Rada Ministrów prowadzi gospodarkę finansową, niewątpliwie nie są obowiązującym prawem, albowiem nie zostały ani uchwalone ani opublikowane. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego wydany w sprawie K 3/21 wyłącza możliwość kontroli ich stosowania przez sądy. W orzeczeniu tym wskazano, że orzekanie na podstawie przepisów nieobowiązujących jest sprzeczne z art. 2 (i innymi) Konstytucji RP. Powyższa koncepcja wydaje się szczególnie wątpliwa, gdyż realizacja budżetu na podstawie projektu ustawy wymaga szczególnej kontroli i uwagi. Rząd działa na podstawie dokumentu, który nie przeszedł procedury ustawodawczej i któremu nie służy domniemanie konstytucyjności ustaw. Mimo to w obrocie funkcjonuje on jak ustawa budżetowa. Pozbawienie sądów kompetencji do kontroli wykonania takiego dokumentu przez rząd nie znajduje racjonalnego uzasadnienia i może prowadzić do usankcjonowania bardzo poważnych nieprawidłowości.

<sup>23</sup> J. Juchniewicz, *Absolutorium jako realizacja funkcji kontrolnej Sejmu*, Olsztyn 2010, s. 156.

<sup>24</sup> Zgodnie z utrwalonymi w nauce prawa poglądami obowiązują tylko te regulacje (w tym ustawa budżetowa), które: (1) zostały prawidłowo ustanowione (przez właściwy organ, we właściwej procedurze i na podstawie odpowiedniej normy kompetencyjnej); (2) zostały prawidłowo ogłoszone; (3) nie zostały derogowane. Por. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2001, s. 70–71; P. Winczorek, S. Stawecki, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1999, s. 79.

<sup>25</sup> M. Chmaj, J. Juchniewicz, *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 225, 226*, Warszawa 2020, s. 109.

### 2.3. ORZEKANIE NA PODSTAWIE PRZEPISÓW UCHYLONYCH PRZEZ SEJM

W pkt 2 lit. b sentencji Trybunał Konstytucyjny wskazał również, że niezgodne z Konstytucją RP jest orzekanie na podstawie przepisów uchylonych przez Sejm. Wstępnie wydaje się, że powyższy fragment orzeczenia dotyczy ustaw i że wynika z niego, że sądy nie mogą odmówić zastosowania ustawy uchylonej przez Sejm. Tyle że Sejm nie uchyla samodzielnie ustaw. Derogacja tego typu aktu normatywnego wymaga uchwalenia ustawy. Zgodnie z przepisami Konstytucji RP (por. art. 118 i n.) ustawy uchwalane i uchylane są przez parlament, tj. Sejm i Senat działające łącznie. Żaden z tych organów nie może samodzielnie derogować ustawy. W takim razie zachodzi pytanie, jakie przepisy prawne uchyla Sejm? Opierając się na literalnym brzmieniu tego fragmentu orzeczenia, należałoby uznać, że chodzi tutaj o przepisy prawa wewnętrznego ustanowione przez Sejm, tj. regulamin tego organu. Ponadto mogłoby również chodzić o uchylone przez Sejm rozporządzenia Prezydenta RP o wprowadzeniu stanu wojennego lub wyjątkowego. Zgodnie z treścią art. 231 Konstytucji RP Prezydent przedstawia Sejmowi takie rozporządzenia i Sejm może je uchylić bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. Regulacje zawarte w tego typu rozporządzeniu mogą być przepisami uchylonymi przez Sejm, o których mowa w pkt 2 lit. b sentencji wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2021 r.

Wykładnia celowościowa wydaje się przemawiać za tym, że Trybunałowi chodziło jednak o ustawy. Równocześnie należy podkreślić, że rozważania dotyczące nieobowiązujących aktów z powodu uchylenia przez prawodawcę (pkt 2.2 niniejszej glosy) zachowują w pełni swoją aktualność do ustaw uchylonych przez parlament.

W powyższej materii Włodzimierz Wróbel zwrócił uwagę na jeszcze jeden problem<sup>26</sup>. Mianowicie chodzi o wyroki Trybunału Konstytucyjnego powodujące tzw. odżycie norm<sup>27</sup>. Ich istota sprowadza się do tego, że wskutek orzeczenia Trybunału stwierdzającego niekonstytucyjność jakiegoś przepisu (najczęściej uchylającego bądź zmieniającego) przywrócone zostają regulacje, które zostały uchylone bądź zmienione przez ten przepis<sup>28</sup>. Praktyka wydawania tego typu rozstrzygnięć

<sup>26</sup> W. Wróbel, *Skutki rozstrzygnięcia...*, s. 23 i n.

<sup>27</sup> Pierwszym tego typu orzeczeniem był wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 grudnia 1999 r., K 4/99, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 1999, nr 7, poz. 165.

<sup>28</sup> Szerzej: Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 443–447; A. Dębowska, P. Tuleja, *Dopuszczalność, charakter i skutki tzw. odżycia przepisów po wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) M. Laskowska (red.), *Znaczenie wyroków Trybunału Konstytucyjnego dla tekstu jednolitego ustawy*, Warszawa 2017, s. 154; A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 251–252;



nie jest i nie była zbyt częsta. Prowadzi ona jednak do obowiązku stosowania przez organy władzy przepisów, które formalnie zostały uchylone przez ustawodawcę. Co do zasady, uchylenie aktu normatywnego przez prawodawcę jest zabiegiem nieodwracalnym<sup>29</sup>, jednakże te szczególne wyroki Trybunału Konstytucyjnego stanowią wyjątek. Powodują one, że wskutek wady Trybunał uchyla ustawę i tym samym przywraca moc obowiązującą przepisów, które poprzedzały niekonstytucyjną regulację i które zostały uchylone. W konsekwencji organy władzy zobowiązane były do stosowania pierwotnych regulacji<sup>30</sup>. Pomijam zagadnienia dotyczące legalności, dopuszczalności i zasadności wydawania wyroków powodujących odzyskanie norm, gdyż nie jest to przedmiotem tej glosy. Należy jednak zwrócić uwagę, że wynikające z pkt 2 lit. b wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2021 r. dyspozycje pozostają w sprzeczności z koncepcją orzeczeń powodujących odzyskanie norm. Z wyroku K 3/21 wynika, że orzekanie przez sądy na podstawie przepisów nieobowiązujących uchylonych przez Sejm jest sprzeczne z art. 2 (i innymi) Konstytucji RP. Natomiast wyroki powodujące odzyskanie norm nakazują stosowanie ustaw uchylonych przez prawodawcę.

#### **2.4. ORZEKANIE NA PODSTAWIE PRZEPISÓW UZNANYCH PRZEZ TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY ZA NIEZGODNE Z KONSTYTUCJĄ RP**

Derogacja aktu normatywnego dokonywana przez Trybunał Konstytucyjny wskutek stwierdzenia jego niekonstytucyjności wywołuje nieco odmienne skutki niż uchylenie tego aktu przez prawodawcę<sup>31</sup>. W obydwu przypadkach akt traci swoją moc obowiązującą i przestaje być elementem systemu prawa. Wskutek powyższego nie wiąże on już swoich adresatów i wygasa obowiązek jego przestrzegania i stosowania. Jak już wskazałem, uchylenie aktu przez prawodawcę skutkuje tym, że będzie on stosowany przez sądy w odniesieniu do faktów, które zaistniały w czasie jego obowiązywania. Natomiast wyroki stwierdzające niekonstytucyjność określonego przepisu skutkują tym, że wadliwa regulacja nie będzie mogła być już

---

A. Mączyński, *Kontrola konstytucyjności przepisów uchylających i zmieniających*, (w:) F. Rymarz (red.), *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, Warszawa 2001, s. 162–167; P. Radziejewicz, *Przywrócenie mocy obowiązującej przepisu jako skutek orzeczenia TK*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 3, s. 33–42.

<sup>29</sup> A. Józefowicz, *Glosa do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 marca 2000 r. (sygn. akt K. 4/99)*, „Przegląd Sejmowy” 2000, nr 6, s. 84.

<sup>30</sup> Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 4 listopada 2003 r., II UK 154/03 (LEX nr 116161), zaaprobował skutki orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 grudnia 1999 r., K 4/99, i uznał, że niekonstytucyjnie zmieniony przepis należy stosować w brzemieniu obowiązującym sprzed jego nowelizacji.

<sup>31</sup> Przykładowo negatoryjne wyroki Trybunału Konstytucyjnego mogą stanowić podstawę do wznowienia postępowań w sprawach, w których podstawę orzeczenia stanowił niekonstytucyjny przepis (por. art. 190 ust. 4 Konstytucji RP).

nigdy zastosowana również w odniesieniu do stanów faktycznych sprzed wydania orzeczenia Trybunału<sup>32</sup>. W tym ujęciu stwierdzenie z pkt 2 lit. b wyroku Trybunału z dnia 7 października 2021 r., że orzekanie przez sądy na podstawie przepisów uznanych przez Trybunał za niezgodne z Konstytucją jest sprzeczne z art. 2, art. 8, art. 190 ust. 1 Konstytucji RP, jest spójne z dotychczasowym rozumieniem skutków wyroków Trybunału Konstytucyjnego i nie budzi zastrzeżeń.

Trybunał Konstytucyjny pominął jeden bardzo ważny typ swoich orzeczeń. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 3 Konstytucji RP orzeczenie Trybunału wchodzi w życie z dniem ogłoszenia. Równocześnie Trybunał w swoim rozstrzygnięciu może określić inny termin utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnego przepisu. Termin ten nie może przekroczyć 18 miesięcy – jeżeli chodzi o ustawy, a gdy chodzi o inny akt normatywny – 12 miesięcy. Są to tzw. wyroki z klauzulą odraczającą. W rozstrzygnięciach tych Trybunał Konstytucyjny stwierdza niekonstytucyjność kontrolowanego przepisu i równocześnie z różnych przyczyn opóźnia jego uchylenie. Skutkiem takiego orzeczenia jest utrata przez wadliwy przepis domniemania zgodności z ustawą zasadniczą<sup>33</sup>. Równocześnie przepis taki pozostaje częścią systemu prawa i powinien być stosowany przez organy władzy sądowniczej<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> M. Dąbrowski, *Funkcje Trybunału Konstytucyjnego związane z hierarchiczną kontrolą konstytucyjności prawa*, Olsztyn 2015, s. 151 i n.; K. Gonera, E. Łętowska, *Artykuł 190 Konstytucji i jego konsekwencje w praktyce sądowej*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 9, s. 17 i n.; A. Mączyński, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 116 i n. Pogląd ten akceptowany jest w orzecznictwie sądów. Por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 sierpnia 2001 r., I PKN 730/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy” 2002, nr 6, poz. 141; z dnia 5 września 2001 r., II UKN 542/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy” 2003, nr 11, poz. 276; z dnia 12 czerwca 2002 r., II UKN 281/01, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy” 2004, nr 2, poz. 36; z dnia 21 maja 2003 r., IV CKN 178/01, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2004, nr 7–8, poz. 123; z dnia 29 października 2003 r., III CK 34/02, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 4, poz. 54.

<sup>33</sup> P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5, s. 57; M. Zubik, *Status prawny sędziego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 22.

<sup>34</sup> Por. np. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 27 kwietnia 2005 r., P 1/05, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2005, nr 4, poz. 42; z dnia 24 marca 2009 r., K 53/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 3, poz. 27; z dnia 12 grudnia 2011 r., P 1/11, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2011 nr 10, poz. 115; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 czerwca 2018 r., II FSK 1678/16, LEX nr 2524312; uchwały Sądu Najwyższego: z dnia 23 stycznia 2004 r., III CZP 112/03, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2005, nr 4, poz. 61; z dnia 21 stycznia 2011 r., III CZP 116/10, LEX nr 685372. Por. również: Z. Czeszejko-Sochacki, *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego: pojęcie, klasyfikacja, skutki prawne*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 12, s. 32; D. Daniluk, *Skutki wyroku Trybunału Konstytucyjnego z klauzulą odraczającą w postępowaniu sądowniczym*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 4, s. 119 i n.; H. Filipczyk, *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w postępowaniach podatkowych w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych*, „Przegląd Podatkowy” 2014, nr 5,

Wokół zagadnienia stosowana przepisu objętego wyrokiem z klauzulą odraczającą narosło wiele sporów i wątpliwości<sup>35</sup>. Nie ma potrzeby szczegółowej ich analizy. Zasadnicza idea wyroków z odroczoną utratą mocy przez niekonstytucyjny przepis sprowadza się do tego, że wadliwy przepis może, a niekiedy nawet powinien być stosowany po ogłoszeniu (opublikowaniu) orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Tymczasem z pkt 2 lit. b wyroku Trybunału z dnia 7 października 2021 r. jednoznacznie wynika, że orzekanie na podstawie przepisów uznanych przez Trybunał za niezgodne z Konstytucją jest niezgodne z art. 2, art. 7 i art. 8 ust. 1, art. 90 ust. 1, art. 178 ust. 1 i art. 190 ust. 1 Konstytucji RP. Oznacza to, że Trybunał w sprawie K 3/20 w pełnym składzie odstąpił od swojej dotychczasowej linii orzeczniczej ukształtowanej na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji RP, a sentencja wyroku pozostaje w kolizji z dotychczasowym rozumieniem tego przepisu i ukształtowanymi na jego podstawie poglądami.

### 3. PODSUMOWANIE

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2021 r. nie odnosi się do sfery obowiązywania prawa i jego hierarchicznej zgodności, tylko do procesu jego stosowania. Oznacza to, że Trybunał Konstytucyjny, wydając przedmiotowe rozstrzygnięcie, przekroczył swoje konstytucyjne uprawnienia i wkroczył w domenę aktywności judykacyjnej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz sądów. Niezależnie od powyższego analizowany fragment rozstrzygnięcia rodzi bardzo poważne wątpliwości. Formuła sentencji, w tym pkt 2 lit. b, znacząco odbiega od przyjętego w Polsce modelu zasad stosowania prawa i kompetencji sądów w zakresie doboru podstaw prawnych swoich rozstrzygnięć. W mojej ocenie sama sentencja, z której wynika, że orzekanie przez sądy „na podstawie przepisów nieobowiązujących, uchylonych przez Sejm lub uznanych przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją RP, jest niezgodny z art. 2, art. 7 i art. 8 ust. 1, art. 90 ust. 1, art. 178 ust. 1 i art. 190 ust. 1 Konstytucji” w poważnym zakresie narusza art. 2 (zasadę demokratycznego państwa prawnego i wynikającą z niego regułę *lex retro non agit*), art. 42 (zasadę niedziałania prawa karnego wstecz), art. 219 ust. 4 (wykonanie budżetu na podstawie projektu), art. 190 ust. 3 (skutki wyroków z klauzulą odraczającą) Konstytucji RP. Naruszenia te nabierają szczególnego znaczenia w perspektywie stosowania przepisów prawa, które z jakichś przyczyn przestały obowiązywać.

---

s. 19; S. Steinborn, *Glosa do wyroku z TK z dnia 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 182 i n.

<sup>35</sup> Szerzej: M. Dąbrowski, *Domniemanie zgodności ustaw z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Olsztyn 2018, s. 225 i n.

Zakładam, że tak zredagowany pkt 2 lit. b wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2021 r., ze względu na jego wadliwość i irracjonalność, nie zostanie zaakceptowany w praktyce stosowania prawa i będzie pomijany<sup>36</sup>.

W przedmiotowej sprawie nasuwa się jeszcze jeden ciekawy wniosek. W nauce prawa konstytucyjnego praktycznie do 2021 r. istniał spór, a w zasadzie brak pewności w przedmiocie pytania: jakie skutki wywoła wyrok Trybunału Konstytucyjnego stwierdzający niekonstytucyjność wiążącej Polskę umowy międzynarodowej? Konstytucja RP nie zawiera w tym zakresie bezpośrednich wskazań. W tej materii zaprezentowano bardzo wiele koncepcji i ewentualnych skutków takiego rozstrzygnięcia<sup>37</sup>. Wskazywano, że tego typu rozstrzygnięcia nie wywołają skutków derogacyjnych, że konsekwencje nastąpią tylko w płaszczyźnie wewnętrznej i nie wpłyną na ważność umowy międzynarodowej. W wyroku z dnia 11 maja 2005 r.<sup>38</sup> Trybunał Konstytucyjny również poddał szczegółowej analizie powyższe zagadnienie i wskazał, że stwierdzenie niekonstytucyjności wiążącej Polskę ratyfikowanej umowy międzynarodowej skutkować będzie albo koniecznością jej wypowiedzenia (zmiany), albo wystąpieniem z organizacji międzynarodowej, jeżeli umowa dotyczyła członkostwa, albo koniecznością zmiany Konstytucji RP. Uznaję, że w świetle treści pkt 2 lit. b wyroku wydanego w sprawie K 3/21 wszystkie poglądy dotyczące ewentualnych skutków orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego stwierdzających niekonstytucyjność umowy międzynarodowej nie były słuszne. Żaden bowiem z autorów nie przewidział i nie wskazał, że taki wyrok po prostu może się nie przyjąć, nie zostać zaakceptowany w orzecznictwie i nauce, i że będzie on pomijany w praktyce stosowania prawa.

## REFERENCES

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009
- Biernat S., *Członkostwo Polski w Unii Europejskiej w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Warszawa 2011
- Bogdanowicz P., *Opinia prawna na temat skutków prawnych orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt K 3/21 dotyczącego niezgodności przepi-*

<sup>36</sup> Podobne wnioski wysnuli w odniesieniu do całego wyroku Trybunału Konstytucyjnego wydanego w sprawie K 3/21: P. Bogdanowicz, *Opinia prawna...*, s. 1; W. Wróbel, *Skutki rozstrzygnięcia...*, s. 22.

<sup>37</sup> Por. np.: M. Grzybowski, *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe jako wzorzec i przedmiot kontroli norm*, (w:) M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 342; M. Masternak-Kubiak, *Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 2003, s. 292; B. Szmulik, *Sądownictwo konstytucyjne. Ochrona konstytucyjności prawa w Polsce*, Lublin 2001, s. 98.

<sup>38</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r., K 18/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2005, nr 5, poz. 49.

- sów Traktatu o Unii Europejskiej z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej w świetle prawa Unii Europejskiej*, [https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2021/10/P.Bogdanowicz\\_Opinia-prawna\\_nt.skutow.orzeczeniaTK.ws\\_.TUE\\_.pdf](https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2021/10/P.Bogdanowicz_Opinia-prawna_nt.skutow.orzeczeniaTK.ws_.TUE_.pdf) (dostęp: 24.05.2022)
- Chmaj M., Juchniewicz J., *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 225, 226*, Warszawa 2020
- Czeszejko-Sochacki Z., *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego: pojęcie, klasyfikacja, skutki prawne*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 12
- Czeszejko-Sochacki Z., *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003
- Daniluk D., *Skutki wyroku Trybunału Konstytucyjnego z klauzulą odraczającą w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 4
- Dąbrowski M., *Domniemanie zgodności ustaw z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Olsztyn 2018
- Dąbrowski M., *Funkcje Trybunału Konstytucyjnego związane z hierarchiczną kontrolą konstytucyjności prawa*, Olsztyn 2015
- Dębowska A., Tuleja P., *Dopuszczalność, charakter i skutki tzw. odżycia przepisów po wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) M. Laskowska (red.), *Znaczenie wyroków Trybunału Konstytucyjnego dla tekstu jednolitego ustawy*, Warszawa 2017
- Filipczyk H., *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w postępowaniach podatkowych w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych*, „Przegląd Podatkowy” 2014, nr 5
- Gonera K., Łętowska E., *Artykuł 190 Konstytucji i jego konsekwencje w praktyce sądowej*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 9
- Grabowski A., Naleziński B., *Kłopoty z obowiązywaniem. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001
- Grzybowski M., *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe jako wzorzec i przedmiot kontroli norm*, (w:) M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006
- Józefowicz A., *Glosa do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 marca 2000 r. (sygn. akt K. 4/99)*, „Przegląd Sejmowy” 2000, nr 6
- Juchniewicz J., *Absolutorium jako realizacja funkcji kontrolnej Sejmu*, Olsztyn 2010
- Komunikat *Ocena zgodności z Konstytucją RP wybranych przepisów Traktatu o Unii Europejskiej*, Trybunał Konstytucyjny, [2021], <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/komunikaty-prasowe/komunikaty-po/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej> (dostęp: 24.05.2022)
- Kornaszewska J., *Zasada „lex retro non agit”. Czy prawo nie działa wstecz?*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2018, nr 42
- Kustra-Rogatka A., *Kontrola konstytucyjności aktu prawa pierwotnego Unii Europejskiej w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2021 r., K 3/21*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 11
- Lis-Staranowicz D., Doktor-Bindas K., *Constitutional priorities as an example of substantive amendment of the Constitution*, „Toruńskie Studia Polsko-Włoskie” 2021, nr XVII

- Madeja A., *Wykładnia prounijna w orzecnictwie Polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1997–2005)*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2011, nr VIII
- Masternak-Kubiak M., *Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 2003
- Mączyński A., *Kontrola konstytucyjności przepisów uchylających i zmieniających*, (w:) F. Rymarz (red.), *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, Warszawa 2001
- Mączyński A., *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecnictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2001
- Pismo procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich, VII.510.23.2021.PF, 13 lipca 2021 r., [https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F-1974982554%2FK\\_3\\_21\\_rpo\\_2021\\_05\\_17\\_ADO.pdf](https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F-1974982554%2FK_3_21_rpo_2021_05_17_ADO.pdf) (dostęp: 24.05.2022)
- Półtorak N., *Kilka uwag o skutkach wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 3/21 dla stosowania prawa unijnego przez polskie sądy*, „Europejski Przegląd Prawniczy” 2021, nr 12
- Radzewicz P., *Przywrócenie mocy obowiązującej przepisu jako skutek orzeczenia TK*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 3
- Radzewicz P., *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5
- Sarnecki P., (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016, komentarz do art. 42
- Sokolewicz W., Zubik M., (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016, komentarz do art. 2
- Steinborn S., *Glosa do wyroku z TK z dnia 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5
- Szumlik B., *Sądownictwo konstytucyjne. Ochrona konstytucyjności prawa w Polsce*, Lublin 2001
- Winczorek P., Stawecki S., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1999
- Wniosek Prezesa Rady Ministrów, BPRM.5091.5.2021, 29 marca 2021 r., [https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F1225335688%2FK\\_3\\_21\\_wns\\_2021\\_03\\_29\\_ADO.pdf](https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F1225335688%2FK_3_21_wns_2021_03_29_ADO.pdf) (dostęp: 24.05.2022)
- Wołodkiewicz W., *Lex retro non agit*, (w:) W. Wołodkiewicz, J. Krzynówek (red.), *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecnictwie sądów polskich*, Warszawa 2001
- Wróbel W., *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 12
- Wyrozumska A., *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego w sprawach K 3/21 oraz K 6/21 w świetle prawa międzynarodowego*, „Europejski Przegląd Prawniczy” 2021, nr 12
- Zalasiński T., *Pozorowanie problemu konstytucyjnego (opinia)*, „Gazeta Prawna” z 26 października 2021 r., <https://serwisy.gazetaprawna.pl/orzeczenia/artykuly/82-78024,wyrok-tk-wyzszosc-prawa-krajowegokonstytucja-dr-tomasz-zalasiniski.html> (dostęp: 25.05.2022)
- Zubik M., *Status prawny sędziego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011

*Aleksandra Dzięgielewska*

University of Warsaw

Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Munich

e-mail: [awdzięgielewska@gmail.com](mailto:awdzięgielewska@gmail.com)

ORCID: 0000-0002-2438-9466

## REDEFINING THE RULE OF LAW: IN SEARCH OF A UNIVERSAL SOCIAL DIMENSION

### Abstract

Bearing in mind that there exists no universally accepted definition of the rule of law, this paper sets out to identify its commonly agreed core, and to expand it by adding substantive elements. While the core is not controversial, the second part of the rule of law framework, comprising social welfare rights, essentially aims to revisit classical accounts of the rule of law. The analysis involves the frequently ignored social dimension of the rule of law, defending the necessity of its translation into a substantive element of the definition. Some general arguments are offered explaining why social rights protection should be included in the definition of the rule of law.

### KEYWORDS

rule of law, rule of law definition, social rights, social welfare

### SŁOWA KLUCZOWE

praworządność, państwo prawa, prawa socjalne, prawa społeczno-ekonomiczne, welfare

## 1. INTRODUCTION

It has become commonly accepted that the rule of law constitutes a central value of modern constitutional democracy<sup>1</sup>. Its upholding counts among the main objectives of liberal governments worldwide<sup>2</sup>. Despite a large consensus as to the rule of law's leading role in modern constitutional design, there exists no universally accepted definition thereof<sup>3</sup>. Regardless of numerous scholarly efforts to explain the phenomenon of the rule of law, its content remains highly disputed. The rule of law carries different meanings, depending on the social, legal, and cultural contexts. It is addressed as a value, guiding principle, standard, objective, or political ideal. Some scholars assert that there are so many viewpoints as to what the rule of law entails, that it has become a political slogan rather than a common standard<sup>4</sup>. According to Martin Krygier, leading scholar of the rule of law phenomenon, the notion now means so many different things to so many different people, and is so essentially contested, that it is hard to say what it implies<sup>5</sup>.

The idea behind this paper assumes – on the contrary – that the complexity of the rule of law constitutes its strength, not a shortcoming, and the clue to grasping the rule of law's objective lays in acknowledging this intricacy. What follows is that only isolating the rule of law's various – both well-established and newly emerging – features will enable to grasp it and determine the stage of its advancement in any given state. The rule of law's multidimensionality also contributes to its endurance as a central constitutional objective. For even if we agree that most of the democratic states worldwide meet the formal requirements of the thinnest rule of law conceptions, the evolving nature of the phenomenon repeatedly supplements it with new content, elongating the process of arriving at a satisfactory level of advancement. The process leading towards the rule of law is thus neither about reaching some ultimate rule of law-related goal, nor about an external assessment of the stage of its implementation. At the heart of the rule of law ideal there is rather the struggle for constant moving forward along the rule of law continuum and the awareness that the aspects requiring improvement will prevail.

---

<sup>1</sup> M. Rosenfeld, *The rule of law and legitimacy of constitutional democracy*, Cardozo Law School Working Paper 2001, No. 36, p. 2.

<sup>2</sup> F.K. Upham, *The illusory promise of the rule of law*, (in:) A. Sajó (ed.), *Human rights with modesty: The problem of universalism*, Leiden, Boston 2004, p. 282.

<sup>3</sup> A. Bedner, *The promise of a thick view*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the rule of law*, Oxford 2018, p. 34.

<sup>4</sup> D.M. Beatty, *Law's golden rule*, (in:) G. Palombella, N. Walker (eds.), *Relocating the rule of law*, 2009, p. 99.

<sup>5</sup> M. Krygier, A. Winchester, *Arbitrary power and the ideal of the rule of law*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *op. cit.*, p. 75; R. Fallon, *The rule of law as a concept in constitutional discourse*, "Columbia Law Review" 2007, No. 1, p. 6.



Following the idea of delineating the features of the modern rule of law, the main objective of this paper is to identify its consensual core. Further on, the latter will be expanded by substantive elements into a thick definition of the rule of law<sup>6</sup>. While the introduction of the core of the rule of law does not seem to be controversial, the second part of the rule of law framework, which in this paper comprises social welfare rights, essentially aims to revisit classical accounts of the rule of law and substitute the most common substantive requirements with a request for social rights protection<sup>7</sup>. Such expansion of the notion shall uncover its modern meaning by emphasizing an aspiration towards a more socially aware and inclusive state.

As far as the structure of the paper is concerned, the main argument is divided in two parts – firstly, the core of the rule of law will be identified, and further on, two substantive elements will be added to the definition. The elements belonging to the core will be individually commented on, although the main focus of the paper lays elsewhere. The emphasis will be placed on the transformative elements surrounding the core. The second part of the argument will assert not only that modern liberal democracies<sup>8</sup> should advocate the substantive rule of law accounts by increasing human rights protection, but also that a considerable shift in states' responsibility to resolve social issues is discernible and calls for the recognition of a basic social protection as part of the rule of law<sup>9</sup>. It should be underlined here that the paper does not comment on the precise design of such social welfare schemes, but rather focuses on delineating why they are needed.

To understand why the present analysis refers to both the rule of law's core and its substantive parts, it is crucial to note that all the well-established rule of law definitions are only seemingly opposing each other. They are all fluid in nature – a clear demarcation line cannot be drawn between the thin and thick rule of law accounts. These viewpoints are not contradictory, as they often overlap with one another, for instance because every thick conception needs the foundations from a thin definition<sup>10</sup>. The same applies to formal, substantive, procedural,

<sup>6</sup> The formulation of the formal versus substantive classification dates back to the 19<sup>th</sup> century and is also referred to as the “thin” and “thick” rule of law. K.-P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen 1997, p. 223; B. Tamanaha, *On the rule of law: History, politics, theory*, Cambridge 2004, p. 91; G. Napolitano, *The rule of law* (in: P. Cane et al. (eds.), *The Oxford handbook of comparative administrative law*, Oxford 2020, p. 422.

<sup>7</sup> A. Bedner, *An elementary approach to the rule of law*, “Hague Journal on the Rule of Law” 2010, No. 2, p. 65.

<sup>8</sup> Mindful of the fact, that the rule of law does not require any particular form of government, and especially its thin accounts can be adopted in nondemocratic regimes, definition presented in this paper leaves such cases aside, and contributes to the scholarly debate on how to enhance the rule of law in liberal democracies.

<sup>9</sup> N.W. Barber, *Must legalistic conceptions of the rule of law have a social dimension?*, “Ratio Juris” 2004, Vol. 17, No. 4, p. 483.

<sup>10</sup> B. Tamanaha, *A concise guide to the rule of law*, (in: N. Walker, G. Palombella (eds.), *Florence Workshop on the Rule of Law*, 2007, p. 15.

and institutional accounts – they put emphasis on different aspects of national frameworks as constituting the main focus of rule of law. They cannot, however, be considered mutually exclusive. While the accents can be spread out differently in each of these accounts, some core elements need to be recognized in all of them. This is also discernible in the rule of law understanding elaborated in this paper. As the definition is divided into two separate chunks – the core and the substantive features – it allows to perceive the core as a self-sufficient thin definition, while the surrounding afforded by substantive elements makes up a thick rule of law account.

As much as the argument suggested in this paper strives to deliver a universal contribution to the study of the rule of law as a worldwide phenomenon, it cannot ignore the significant differences between local meanings of the notion. For instance, the American rule of law ideal is by no means to be confused with the German *Rechtsstaat* serving as a yardstick for most of the European rule of law understandings. Mindful of these divergent legal, cultural, and social capacities, the author is aware that the presented substantive account referring to social rights protection will prove most suitable for the European liberal democratic frameworks, traditionally devoted to providing social welfare schemes to their populations. Nevertheless, the definition developed in this paper was sketched out with an attempt to operate above the local differences of the rule of law meaning.

Finally, mindful that the proposed formal requirements do not add much controversy to the scholarly rule of law debate, an analytical advantage of the paper should be discerned in drawing attention to the social aspect. With that in mind, the provided analysis does not comment in detail on the content of individual rule of law requirements which vary substantially from country to country. Instead, it focuses on looking into the frequently ignored social dimension of the rule of law, with an aim to maintain the necessity of its translation into substantive elements of the rule of law definition. The emphasis is placed on the process of getting to the substantive notion as a go-to rule of law conception, one that is universally intelligible, regardless of where it was applied.

## 2. THE CORE OF THE RULE OF LAW

Similarly to the well-embedded, thin rule of law definitions, the core offered in this paper will focus on legal forms rather than substantive content<sup>11</sup>. Its main elements were selected and termed in such a manner, as to firstly – reach the high-

---

<sup>11</sup> M. Krygier, *Four puzzles about the rule of law: Why, what, where? And who cares?*, (in:) J.E. Fleming (ed.), *Getting to the rule of law*, New York 2011, p. 67; B. Tamanaha, *A Concise guide...*, p. 13.

est possible degree of general consensus, and secondly – be universally understandable, without need for additional clarifications. The sequence of the rule of law's core features reflects the already mentioned metaphorical process of moving along the rule of law continuum – from the thinnest to the more substantive rule of law. More demanding elements will be added on top of the most basic ones creating the core, whereas the core itself will be of sufficient substance to establish a thin rule of law notion.

Even though the selection of the essentials of the rule of law is not unequivocal – there is no straightforward, commonly accepted line leading from the formal to substantive accounts – there seems to be a tentative consensus as to what constitutes the foundations of the rule of law<sup>12</sup>. Drawing on the various, well-established notions of the rule of law, the universally accepted core of the concept can suggest to contain the following elements:

1. Principle of legality,
2. Legal certainty,
3. Prevention of abuse of power,
4. Access to justice

at the heart of the rule of law ideal. Turning straight to the content of the individual features, the principle of legality, as understood in this paper, requires firstly that public authorities act on the basis of and in accordance with the law. In that sense, legality constitutes the most fundamental constraint on the state power. It further means that state bodies need to have an authorization to act and that they will act within the limits of the powers that have been conferred upon them<sup>13</sup>. The second part of the principle of legality refers to the quality of the law-making procedures, which need to achieve a certain standard. It is asserted that the rule of law-conform lawmaking should be clear, accountable, inclusive, and democratic<sup>14</sup>. The draft laws should thus be publicly debated, and the legislature should engage in the social dialogue with various actors prior to adopting the laws. The expedited law-making procedures should in principle be prohibited (except for the state of emergency), to ensure sufficient time for deliberation and to avoid the adoption of erroneous laws which serve the interests of particular groups within the society.

The second element of the core – legal certainty – in general terms requires that the law must provide those subject to it with the ability to regulate their conduct<sup>15</sup>. It firstly implies the qualities concerning the form of law, which should be accessible (published before entering into force), foreseeable in terms of its effects (intelligible), stable (not often changed, and if so, the citizens ought to know in

---

<sup>12</sup> A. Bedner, *The promise of...*, p. 36; A. Bedner, *An elementary approach...*, p. 50.

<sup>13</sup> Venice Commission of the Council of Europe, *The rule of law checklist*, 2016, p. 11.

<sup>14</sup> G. Napolitano, *op. cit.*, p. 431.

<sup>15</sup> C. May, *The centrality of predictability to the rule of law*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *op. cit.*, p. 99.

advance that the laws will be amended) and consistent (both internally and as a part of the larger field of law)<sup>16</sup>. Another aspect of the legal certainty is the protection of legitimate expectations. It requires that undertakings or promises held out by the state to individuals concerning their procedural or substantive interests should in general be honored<sup>17</sup>. The prohibition of retroactivity of the laws is also an element of legal certainty, although retroactive action improving the situation of an individual can be allowed under certain circumstances<sup>18</sup>. The American scholarship offers an alternative denomination for these requirements – all elements of legal certainty belonging to the core of the rule of law, as understood in this paper, constitute what Lon Fuller referred to as the inner morality of law<sup>19</sup>.

The third element making up the core of the rule of law definition as presented in this paper, is the prohibition of the abuse of power. It contains two further requirements, with respect to discretionary and arbitrary power. It should be noted at this point that the prohibition of arbitrariness has been constituting the central idea of the rule of law discourse from its beginnings and as such should also be considered of primary relevance to the understanding of the core offered in this paper<sup>20</sup>. While the exercise of discretionary power is by itself admissible, there need to be clear provisions guiding its application, as well as the mechanisms to prevent, correct, and sanction the abuse of such power. A clear demarcation line between an admissible discretion and prohibited abuse must be set out by law<sup>21</sup>. Public authorities are required to give adequate reasons for their decisions, especially those directly affecting individuals, to exclude that they were taken in an arbitrary manner<sup>22</sup>.

The last feature of the core is the access to justice<sup>23</sup>. The term encapsulates a wide range of legal provisions regarding institutional and procedural aspects, that can be merely enumerated here. Firstly, it should be noted that the contemporary rule of law requires not only a simple access to any justice, but rather to quality justice, referring mostly to the qualities of judicial independence and impartiality, as well as the effectiveness of access<sup>24</sup>. Another important aspect is the right to fair trial with a public hearing and, when necessary, free legal and financial aid. As part of it, access to court must be effective and not merely

---

<sup>16</sup> J. Möller, *The advantages of a thin view*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *op. cit.*, pp. 28, 37.

<sup>17</sup> A. Magen, L. Pech, *The rule of law and the European Union*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *op. cit.*, p. 240.

<sup>18</sup> B. Tamanaha, *On the rule of law...*, p. 93.

<sup>19</sup> L. Fuller, *The morality of law*, New Haven 1969; T. Ginsburg, *Difficulties with measuring the rule of law*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *op. cit.*, p. 50; C. Walker, *The rule of law and terrorism*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *op. cit.*, p. 456.

<sup>20</sup> B. Tamanaha, *On the rule of law...*, p. 97; M. Krygier, A. Winchester, *op. cit.*, p. 67.

<sup>21</sup> European Commission for Democracy Through Law, Report on the Rule of Law, 2011, p. 9.

<sup>22</sup> G. Napolitano, *op. cit.*, p. 432.

<sup>23</sup> J. Raz, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford 1979, p. 217.

<sup>24</sup> T. Ginsburg, *op. cit.*, p. 50.

illusory – there needs to be an easy and approachable way of initiating legal procedures by individuals and the formal requirements, as well as court fees, must remain reasonable. Overall, it can be stated that the principle of effectiveness constitutes an overarching ideal for access to justice, consolidating various aspects of right to judicial protection – access, legal and financial aid, right to appeal, and execution of judicial decision<sup>25</sup>.

It should be noted that the above mixed nature of various aspects of the rule of law is evident when looking at the core suggested in this paper. It is possible to maintain that the described core has a two-fold formal and institutional nature, where principle of legality, legal certainty, and prevention of the abuse of power would constitute the formal aspect, while the access to justice rather constitutes a guarantee of institutional character. Already at first glimpse, however, some features can be observed making this classification rather vague (e.g. access to justice and requirements for the lawmaking attract many procedural requirements). Nevertheless, the suggested core in its entirety remains mainly formal, making use of the classic, thin rule of law visions. Lastly, it is worth pointing out that many states observe far more formal and institutional requirements than those indicated above. With an aim, however, to bring up only the most essential elements of the rule of law, able to satisfy the requirement of universality, a strict reductionist vision was employed, that allowed for the core to only include four basic features.

### 3. SUBSTANTIVE FEATURES OF THE RULE OF LAW: TOWARDS A SOCIALLY ORIENTED STATE

Having identified the foundation able to meet the minimum requirements of the formal rule of law conception, we can now move on to the substantive elements reflecting the universal social dimension of the rule of law<sup>26</sup>. Constant development of modern liberal democracies obliges the states to reach out beyond the thin rule of law and shift towards the morally ambitious, thick rule of law accounts. The essential role of the substantive features making up the present rule of law definition is to enclose the previously established core within an “enabling environment”<sup>27</sup>, that would allow for an unrestrained advancement of both its constitutive and supplementary elements. Such rule of law design fosters the process of moving along the above-mentioned proverbial rule of law continuum. Mind-

---

<sup>25</sup> A. Cassatella, *Effektivität und Effizienz des Rechtsschutzes*, (in:) A. von Bogdandy, P.M. Huber, L. Marcusson (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum IX*, 2021, p. 543.

<sup>26</sup> N.W. Barber, *Must legalistic...*, p. 483.

<sup>27</sup> Venice Commission, *op. cit.*, p. 9.

ful of the fundamental differences between national governmental frameworks and their institutional capacities, and with an aim to prevent the overloading of the definition, the present rule of law conception includes only two substantive requirements:

1. Principle of equality and non-discrimination,
2. Protection of human rights, including basic social rights.

It was noted before, that the analysis will not engage with the content of the substantive rule of law features but will focus on the process of getting to the thick notion as the go-to rule of law conception. Thus, before an overview of the meaning of both requirements will be offered, their inclusion in the definition of the rule of law deserves an in-depth explanation. Against the backdrop of the main argument advanced in this paper, the reasons behind the incorporation of substantive features are equally important as their content. This background is reflective of why the various social circumstances should inform the substance of the rule of law. It is also needed to note that the rule of law has capacity, or even natural susceptibility, allowing its scope to expand, without obscuring its core. The main objectives of this introductory remarks are, firstly to show that the substantive rule of law accounts, inclusive of human rights protection, should become the notions of choice for modern states<sup>28</sup>. Secondly, to assert that the gravity of the worldwide social dilemmas has grown to such an extent that facing them by making social rights enforcement part of the broader human rights protection, has made it to the substantive rule of law accounts<sup>29</sup>.

The content of the rule of law as a constantly evolving legal phenomenon is not indifferent to development of liberal democracy's various dimensions. The socio-economic and cultural dynamics have forced the contemporary liberal democracies to take on more responsibilities. Since 2015, Europe has been confronted with massive migration. The issue has been further escalating since the Russian attack on Ukraine forced the European states to help the Ukrainian refugees. These problems, having implications for the global economy, translate into individual social hardships – rising inequalities, disparities between the rich and the poor, access to quality healthcare, and right to housing call for rearrangements in the states' social responsibility<sup>30</sup>.

The regulatory gap in social realm and insufficient protection of the social minima have been noticed by the populist governments in Central and East-

---

<sup>28</sup> Although no precise social welfare scheme is asserted, the consensual catalogue of social rights to become part of the present rule of law definition could correspond to this included in the Universal Declaration of Human Rights, Articles 22–26. They stipulate the right to social security, right to work, right to an adequate standard of living, and right to education.

<sup>29</sup> C. May, *The rule of law: What is it and why is it 'constantly on people's lips'*, "Political Studies Review" 2010, Vol. 9, No. 3; A. Bedner, *An elementary approach...*, p. 63.

<sup>30</sup> A. Loretoni, *The rule of law and feminism: The dilemma of differences*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *op. cit.*, p. 339; M. Krygier, A. Winchester, *op. cit.*, p. 83.

ern Europe (the most prominent examples would be Poland and Hungary) and allowed them to entrench their rule by providing robust social spending, while deteriorating the rule of law<sup>31</sup>. The current reality seems to confirm the concerns formulated by scholars in the context of the Polish transition period, that without an adequate safety net, or simply because of growing economic inequality, increasing social discontent may permit populist or totalitarian groups to win the day<sup>32</sup>. Perhaps this mechanism was noticed in other countries, as a minor trend towards social welfare legislation is discernible even in the United States – the country which is known for its self-restraint towards social welfare<sup>33</sup>. Such issues as the adoption of the paid maternity leave<sup>34</sup>, as well as the currently debated partial cancellation of the student debts<sup>35</sup>, have been dividing the society. Perhaps shifting the emphasis from legislating social rights to acknowledging social needs and thus perceiving rights as one of the frameworks to tackle social issues, seems a more suitable approach for countries like the United States<sup>36</sup>.

The inclusion of these substantive elements as part of the rule of law definition rests on a premise that, firstly, moral dimension is inherent to the concept of the rule of law, and secondly, that there should be some element of aspiration included in the rule of law notion. If we confined ourselves to advocating a mere thin vision of the rule of law, with no inherent moral values, requiring only some level of formal legality and procedural strictness, the rule of law could be instrumentally abused<sup>37</sup>. We could as well conclude that it suffices to for the country to be democratic to fulfil these requirements<sup>38</sup>. From such perspective, further advocacy for the rule of law seems pointless. This is precisely why, to enable the rule of law ideal to endure, its evolving nature and complexity should be perceived as an advantage incentivizing redefinition of its substantive aspects.

Thus, demands regarding social rights protection should be considered against the backdrop of the prevailing circumstances – and the rule of as a liv-

<sup>31</sup> A. Magen, L. Pech, *op. cit.*, p. 245.

<sup>32</sup> A. Sajó, *Socialist welfare schemes and Constitutional Adjudication in Hungary*, (in:) J. Přibáň, J. Young (eds.), *The rule of law in Central Europe. The reconstruction of legality, constitutionalism and civil society in the postcommunist countries*, Aldershot 1999, p. 162.

<sup>33</sup> W. Osiatyński, *Human rights and their limits*, Cambridge 2009, p. 113.

<sup>34</sup> C.C. Miller, *The world 'Has found a way to do this': The U.S. lags on paid leave*, "The New York Times" 25 October 2021, <https://www.nytimes.com/2021/10/25/upshot/paid-leave-democrats.html> (accessed 14.03.2023).

<sup>35</sup> The White House, *Fact sheet: President Biden announces student loan relief for borrowers who need it most*, 24 August 2022, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/24/fact-sheet-president-biden-announces-student-loan-relief-for-borrowers-who-need-it-most/> (accessed 14.03.2023).

<sup>36</sup> W. Osiatyński, *Human rights...*, p. 113.

<sup>37</sup> M. McIlwaine, *Denying human rights, upholding the rule of law: A critique of Joseph Raz's approach to the rule of law*, "The Western Australian Jurist" 2016, Vol. 7, p. 402.

<sup>38</sup> M. Krygier, *Rule of law (and Rechtsstaat)*, (in:) *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2015, p. 783.

ing instrument, which requires adjustments. Scholars assert that underlying such view is the argument of the imaginative social contract underpinning the creation of liberal communities. It is a “continuing conception” which develops with time to embrace the needs of the people<sup>39</sup>. With that in mind, the mere fact that some rights or entitlements were not considered indispensable in the past, does not mean that their protection is not required nowadays. What follows is that including the protection of basic welfare rights as part of the rule of law does not “burden” the scope of the rule of law<sup>40</sup>, but rather adds a component that has over time become indispensable due to the changing social and economic circumstances. Scholarship has noted that a more diffused and operational rule of law definition is needed<sup>41</sup>. That is where the social component comes to light adding substance to the demands put forward towards the rule of law. And it must be remembered that social rights are considered part of the most elaborate, substantive rule of law accounts, even if such views have not yet made it to the center of the rule of law debate<sup>42</sup>.

Another aspect worth noting is that the incorporation of social rights in the rule of law definition could also be a means of the latter’s rooting and internalization<sup>43</sup>. Individuals need to be able to get tangible feedback as to why the rule of law is worth upholding<sup>44</sup>. Its outcomes should thus be discernible on the level closest to individuals. This aspect of social engagement is an inextricable element of the rule of law’s development and the Venice Commission’s Rule of Law Checklist referred to it as an “enabling environment”<sup>45</sup>, that is a surrounding in which every member of the society is engaged in the rule of law’s rooting and advancement. It is an environment necessary for the rule of law to flourish<sup>46</sup>. It is interesting to note that from an individual’s perspective the rule of law may demonstrate its coercive side by subjecting citizens to laws with which they oftentimes disagree or which they find oppressive (e.g., tax law)<sup>47</sup>. Protection of social welfare carries

---

<sup>39</sup> L. Henkin, *Economic-social rights as “rights”: A United States perspective*, “Human Rights Law Journal” 1981, Vol. 23, p. 230; W. Osiatyński, *Human rights...*, p. 113.

<sup>40</sup> D.M. Beatty, *op. cit.*, p. 99.

<sup>41</sup> K. Nicolaidis, R. Kleinfeld, *Rethinking Europe’s “rule of law” and enlargement agenda: The fundamental dilemma*, Sigma Paper 2012, No. 49, p. 15.

<sup>42</sup> N.W. Barber, *The principles of constitutionalism*, Oxford 2018, p. 116; B.Z. Tamanaha, *On the rule of law...*, p. 91; A. Bedner, *An elementary approach...*, p. 63; N.W. Barber, *Must legalistic...*, p. 474.

<sup>43</sup> A. Magen, L. Pech, *op. cit.*, p. 254; A. Sajó, *The new legalism: Law as an instrument of social transformation*, Working Paper for the American Council of Learned Societies Congress on Constitutionalism and the Transition to Democracy in Eastern Europe, 1990, p. 7.

<sup>44</sup> A. Bedner, *An elementary approach...*, p. 66.

<sup>45</sup> Venice Commission, *op. cit.*, p. 14.

<sup>46</sup> P. Blokker, *EU democratic oversight and domestic deviation from the rule of law: Sociological reflections*, (in:) C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge 2016, p. 250.

<sup>47</sup> M. Rosenfeld, *op. cit.*, p. 10.



potential to engage with individuals because it affects the sphere of individual rights and obligations. An argument can arise claiming that while it is agreeable that certain basic social welfare rights constitute an important element of liberal democracy, they do not need to explicitly belong to the rule of law concept. While it is generally true, we can counter that without acknowledging social rights as part of the rule of law and recognizing their indispensability, the rule of law will never gain such social authority to elevate the struggle for its maintenance to a matter of joint effort<sup>48</sup>.

Moving on to the content of the two above-mentioned substantive features – the prohibition of discrimination requires that no one is discriminated against on any ground<sup>49</sup>. Any unjustified unequal treatment should be prohibited under the law and there should be an effective protection against discrimination. Next, the requirement of equality referring to law is that the laws should be applied equally to everyone (equality before the law) and that everyone should be subject to the same laws, without creating privileges for certain individuals or groups (equality in law)<sup>50</sup>. Equality in law refers to the lawmaking process and constrains the legislative to adopt law which satisfies the obligation of equal treatment of similar factual situations and subjects. It provides for a rule maintaining that in its content, the law must not be privileging nor discriminating against any groups of citizens<sup>51</sup>. Equality before the law concerns equal treatment of equal individuals in the process of application of law<sup>52</sup>.

Protection of human rights is part of many substantive rule of law accounts, which renders their inclusion in the present definition rather uncontroversial<sup>53</sup>. The opposite is true regarding the incorporation of fundamental social rights. Only the most substantive and elaborate definitions call for the protection of basic human welfare<sup>54</sup>. It is a classic distinction within the human rights scholarship to note that while the individual rights and liberties are primarily marked by their negative dimension providing for a prohibition of interference on behalf of the state, quite opposite is true regarding social human rights<sup>55</sup>. As social welfare is

<sup>48</sup> A. Bedner, *An elementary approach...*, p. 66.

<sup>49</sup> S. Baer, *Equality*, (in:) M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford 2012, p. 986.

<sup>50</sup> W. Sadurski, *Giving desert its due: Social justice and legal theory*, Dodrecht, Boston 1985, p. 78.

<sup>51</sup> M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania*, (in:) B. Banaszak, A. Preisner (eds.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, p. 121.

<sup>52</sup> W. Sadurski, *Equality and legitimacy*, Oxford 2008, p. 96; J. Clifford, *Equality*, (in:) D. Shelton (ed.), *The Oxford handbook of international human rights law*, Oxford 2013, p. 427; G. Marshall, *Notes on the rule of equal law*, (in:) J.R. Pennock, J.W. Chapman (eds.), *Equality*, New York 1967, p. 263.

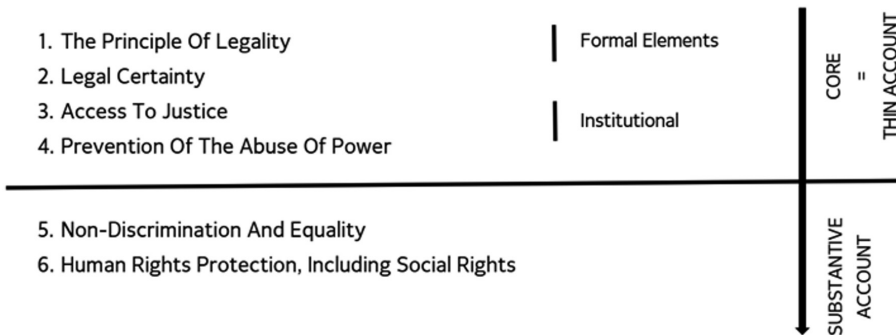
<sup>53</sup> A. Bedner, *An elementary approach...*, p. 65.

<sup>54</sup> N.W. Barber, *The principles...*, p. 116; B.Z. Tamanaha, *On the rule of law...*, p. 91.

<sup>55</sup> J. Møller, *op. cit.*, p. 22.

legislated in form of positive provisions, its enforcement requires state action and leads to public expenditure. It is, however, important to note, that while many social rights call for a regulatory role of the state, very few social rights demand direct provision of goods and services by the state<sup>56</sup>. It is also true that some negative rights require costly infrastructure – for instance access to justice. An argument based on this divide is thus outdated and can be easily debunked<sup>57</sup>. It should be noted that, as example of some Western European democracies shows<sup>58</sup>, to recognize and enforce social rights does not presuppose their entrenchment in national constitutions. For the constitutionalization of social rights does not determine, by itself, the level of social welfare<sup>59</sup>. This, however, does not affect the possibility of their incorporation as part of the rule of law definition. The present, strongly aspirational, rule of law account has the capacity to encapsulate both human rights protection and social rights protection in its scope.

### THE RULE OF LAW



## 4. CONCLUSIONS

The definition developed in this paper relied on the premise that some of the rule of law attributes are more critical than the others and as such are suitable to

<sup>56</sup> W. Osiatyński, *Needs-based approach to social and economic rights*, (in:) S. Hertel, L. Minckler (eds.), *Economic rights: Conceptual, measurement and policy issues*, Cambridge 2009, p. 56.

<sup>57</sup> W. Sadurski, *Myślenie konstytucyjne*, Warszawa 1994, pp. 56–57.

<sup>58</sup> For example, German constitution does not include any explicit social rights provisions. Social entitlements are inferred from the general notion of *sozialer Rechtsstaat*. See E. Benda, *Der soziale Rechtsstaat*, (in:) E. Benda, W. Maihofer, H.-J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*. Vol. 1. Berlin 1994, pp. 724 *et. seq.*; B. Banaszak, *System konstytucyjny Niemiec*, Warszawa 2005, pp. 31–32.

<sup>59</sup> W. Osiatyński, *Human rights...*, p. 127.

make up the commonly accepted core thereof. The paper further maintained that even though the core constitutes an agreeable element of the rule of law, other substantive and morally demanding elements, require to be added to the modern rule of law notion. Their incorporation is necessary due to the constantly changing social, economic, and cultural circumstances, but also because the evolving nature of the rule of law itself demands such adjustments. Only when the formal core is enclosed within the substantive content, the overall surrounding becomes conducive to the rule of law's long-term prevalence and flourishing.

This paper offered thus an incremental rule of law definition – starting from the commonly accepted elements, traditionally belonging to the thin rule of law conceptions, making an argument towards a substantive account. By demonstrating how these substantive features resonate with the most relevant social problems troubling states worldwide, their indispensability for a well-functioning rule of law-based democracy was asserted.

## REFERENCES

- Baer S., *Equality*, (in:) M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford 2012
- Banaszak B., *System konstytucyjny Niemiec*, Warszawa 2005
- Barber N.W., *Must legalistic conceptions of the rule of law have a social dimension?*, "Ratio Iuris" 2004, Vol. 17, No. 4
- Barber N.W., *The principles of constitutionalism*, Oxford 2018
- Beatty D.M., *Law's golden rule*, (in:) G. Palombella, N. Walker (eds.), *Relocating the rule of law*, Oxford 2009
- Bedner A., *An elementary approach to the rule of law*, "The Hague Journal on the Rule of Law" 2010, No. 2
- Bedner A., *The promise of a thick view*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the rule of law*, Oxford 2018
- Benda E., *Der soziale Rechtsstaat*, (in:) E. Benda, W. Maihofer, H.-J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*. Vol. 1. Berlin 1994
- Blokker P., *EU democratic oversight and domestic deviation from the rule of law: Sociological reflections*, (in:) C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge 2016
- Cassatella A., *Effektivität und Effizienz des Rechtsschutzes*, (in:) A. von Bogdandy, P.M. Huber, L. Marcussen (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum IX*, 2021
- Clifford J., *Equality*, (in:) D. Shelton (ed.), *The Oxford handbook of international human rights law*, Oxford 2013
- European Commission for Democracy Through Law, *Report on the Rule of Law*, 2011
- Fallon M., *The rule of law as a concept in constitutional discourse*, "Columbia Law Review" 2007, No. 1
- Fuller L., *The Morality of Law*, New Haven 1969

- Ginsburg T., *Difficulties with measuring the rule of law*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the rule of law*, Oxford 2018
- Henkin L., *Economic-social rights as "rights": A United States perspective*, "Human Rights Law Journal" 1981, Vol. 23
- Krygier M., *Four puzzles about the rule of law: Why, what, where? And who cares?*, (in:) J.E. Fleming (ed.), *Getting to the rule of law*, New York 2011
- Krygier M., *Rule of law (and Rechtsstaat)*, (in:) *International encyclopedia of the social and behavioral sciences*, 2015
- Krygier M., Winchester A., *Arbitrary power and the ideal of the rule of law*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the rule of law*, Oxford 2018
- Loretoni A., *The rule of law and feminism: The dilemma of differences*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the rule of law*, Oxford 2018
- Magen A., Pech L., *The rule of law and the European Union*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the rule of law*, Oxford 2018
- Marshall G., *Notes on the rule of equal law*, (in:) J.R. Pennock, J.W. Chapman (eds.), *Equality*, New York 1967
- Masternak-Kubiak M., *Prawo do równego traktowania*, (in:) B. Banaszak, A. Preisner (eds.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002
- May C., *The centrality of predictability to the rule of law*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the rule of law*, Oxford 2018
- May C., *The rule of law: What is it and why is it 'constantly on people's lips'*, "Political Studies Review" 2010, Vol. 9, No. 3
- McIlwaine M., *Denying human rights, upholding the rule of law: A critique of Joseph Raz's approach to the rule of law*, "The Western Australian Jurist" 2016, Vol. 7
- Miller C.C., *The world 'has found a way to do this': The U.S. lags on paid leave*, "The New York Times" 25 October 2021, <https://www.nytimes.com/2021/10/25/upshot/paid-leave-democrats.html> (accessed 14.03.2023).
- Møller J., *The advantages of a thin view*, (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the rule of law*, Oxford 2018
- Napolitano G., *The rule of law*, (in:) P. Cane et. al. (eds.), *The Oxford handbook of comparative administrative law*, Oxford 2020
- Nicolaidis K., Kleinfeld R., *Rethinking Europe's "rule of law" and enlargement agenda: The fundamental dilemma*, Sigma Paper 2012, No. 49
- Osiatyński W., *Human rights and their limits*, Cambridge 2009
- Osiatyński W., *Needs-based approach to social and economic rights*, (in:) S. Hertel, L. Minkler (eds.), *Economic rights: Conceptual, measurement, and policy issues*, Cambridge 2009
- Raz J., *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford 1979
- Rosenfeld M., *The rule of law and legitimacy of constitutional democracy*, Cardozo Law School Working Paper 2001, No. 36
- Sadurski W., *Equality and legitimacy*, Oxford 2008
- Sadurski W., *Giving desert its due: Social justice and legal theory*, Dodrecht, Boston, Lancaster 1985
- Sadurski W., *Myślenie konstytucyjne*, Warszawa 1994
- Sajó A., *Socialist welfare schemes and constitutional adjudication in Hungary*, (in:) J. Přibáň, J. Young (eds.), *The rule of law in Central Europe: The reconstruction*

- of legality, constitutionalism and civil society in the post-communist countries*, Aldershot 1999
- Sajó A., *The new legalism: Law as an instrument of social transformation*, Working Paper for the American Council of Learned Societies Congress on Constitutionalism and the Transition to Democracy in Eastern Europe, 1990
- Sommermann K.-P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen 1997
- Tamanaha B., *A concise guide to the rule of law*, (in:) N. Walker, G. Palombella (eds.), *Florence Workshop on the Rule of Law*, 2007
- Tamanaha B., *On the rule of law: History, politics, theory*, Cambridge 2004
- The White House, *Fact sheet: President Biden announces student loan relief for borrowers who need it most*, 24 August 2022, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/24/fact-sheet-president-biden-announces-student-loan-relief-for-borrowers-who-need-it-most/> (accessed 14.03.23).
- Upham F.K., *The illusory promise of the rule of law*, (in:) A. Sajó (ed.), *Human rights with modesty: The problem of universalism*, Leiden, Boston 2004
- Venice Commission of the Council of Europe, *The rule of law checklist*, 2016
- Walker C., *The rule of law and terrorism* (in:) C. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Oxford 2018

*Paweł Gała*

University of Silesia in Katowice

e-mail: [pawel.gala@us.edu.pl](mailto:pawel.gala@us.edu.pl)

ORCID: 0000-0002-5446-3436

## ADMISSIBILITY OF HEMP CROP OTHER THAN FIBROUS IN POLAND

### Abstract

Implementation in the Polish legal system of the amendment of the Act on Counteracting Drug Addiction on 7 May 2022 allowed for a possibility of cultivating in Poland hemp other than fibrous for the needs of the pharmaceutical industry. The paper discusses the path that has led from the legalization of cannabis and its products to a gradual change of attitude both in international and national legislation. The aim of the study is also to familiarize the reader with the requirements the Polish legislator has placed on entities that intend to grow hemp other than fibrous for the production of pharmaceutical raw material.

### KEYWORDS

cannabis, Indian hemp, cannabis cultivation, medical marijuana, medical cannabis use

### SŁOWA KLUCZOWE

konopie, konopie indyjskie, uprawy konopi, marihuana medyczna, medyczne zastosowanie konopi

## 1. INTRODUCTION

Statutory restrictions on the possibility of cultivating agricultural crops<sup>1</sup> are of exceptional nature in Polish legislation. At present, there are basically three cases of such restrictions: genetically modified plants<sup>2</sup>, poppy and cannabis<sup>3</sup>. There are different reasons for introducing rules restricting the cultivation of agricultural crops. In the case of poppy and cannabis cultivation, these are to protect health and social welfare, and prevent the diversion of narcotic drugs into the illicit market<sup>4</sup>. It is much more difficult to determine the rational reasons for restricting the possibility of cultivating genetically modified crops in Poland. The justification for the draft of the Act of 22 March 2018 amending the Act on Microorganisms and Genetically Modified Organisms and certain other acts<sup>5</sup> may indicate that such reasons include: protection of beekeepers and preservation of high quality products produced by beekeepers, nature conservation, protection or maintenance of habitats, ecosystems and landscape. Restrictions on the cultivation of genetically modified crops are not, however, the subject/interest of this study.

The Act on Counteracting Drug Addiction (hereinafter A.C.D.A.), defines hemp as plants of the *hemp genus (Cannabis L.)*<sup>6</sup> and at the same time introduces their division into fibrous hemp and hemp other than fibrous. According to A.C.D.A., fibrous hemp includes plants of the true hemp species (*Cannabis sativa L.*) in which the sum of delta-9-tetrahydrocannabinol and tetrahydrocannabinolic acid (delta-9-THC-2-carboxylic acid) in flowering or fruiting tops of plants from which the resin has not been removed does not exceed 0,3 per cent on a dry weight

---

<sup>1</sup> There is no legal definition of the term “crop” or “agricultural cultivation” in the current legislation. The case law of the Supreme Court, in particular the resolution of the Supreme Court – Civil Chamber of 14 April 1994 in the case Bering reference symbol of files III CZP 46/94 (Jurisprudence of the Supreme Court of the Civil, Labour and Social Insurance Chamber (OSNCP) 1994, No. 10, item 191) and the resolution of the composition of seven judges of the Supreme Court of 19 May 2015 in case bearing the reference symbol of files III CZP 114/14 (Jurisprudence of the Supreme Court of the Civil Chamber (OSNC) 2015, No. 12, item 134, p. 1) allow for the thesis that the concept of “agricultural cultivation” shall be interpreted according to its common understanding, as any type of cultivation carried out on agricultural land, which is the result of human activity closely related to the productive function of land as a means of production.

<sup>2</sup> Restrictions on the admissibility of cultivation of genetically modified plants are introduced by the provisions of Art. 49a and the next ones of the Act of 22 June 2001 on Microorganisms and Genetically Modified Organisms (“Journal of Laws” 2022, item 546).

<sup>3</sup> Restrictions on the admissibility of cultivation of poppy and cannabis are regulated by the provisions of Art. 45 and the next ones of the Act of 29 July 2005 on Counteracting Drug Addiction (“Journal of Laws” 2020, item 2050, as amended).

<sup>4</sup> Art. 22, sec. 1 of Single Convention on Narcotic Drugs of 1961 (“Journal of Laws” 1966, No. 45, item 277).

<sup>5</sup> “Journal of Laws” 2018, item 810.

<sup>6</sup> Art. 4, item 4 of the Act on Counteracting Drug Addiction.

basis; this sum shall be rounded to one decimal place<sup>7</sup>. Still, A.C.D.A. does not define the concept of the “hemp other than fibrous”. However, the scheme of that legislative act shows that the legislature treats as “hemp other than fibrous” all other cannabis which does not meet the statutory definition of fibrous hemp. At the same time, hemp other than fibrous is commonly referred to as cannabis or marijuana<sup>8</sup>. However, the term “marijuana” is derived from Spanish and means “Indian hemp”<sup>9</sup>. It should be emphasized that the legal division of hemp presented above deviates from their botanical system. In natural sciences, it is now recognised that the genus *Cannabis* includes only one species of *Cannabis sativa L.* (seed hemp), comprising both fibrous hemp (*Cannabis sativa L. var. sativa*) and Indian (narcotic) hemp (*Cannabis sativa L. var. indica*)<sup>10</sup>.

Restrictions on cannabis cultivation in Poland cover both fibrous hemp and hemp other than fibrous. The scope of these restrictions varies. With regard to fibrous hemp, it is significantly narrower and its purpose is, in essence, to enable public authorities to verify that the operator running such cultivation is not attempting to produce controlled substances from hemp other than fibrous. The restrictions on the cultivation of hemp other than fibrous are much more severe. This study focuses on the issue of restrictions on cultivation of hemp other than fibrous, taking into account recent legislative changes in this area.

## 2. PROPERTIES AND APPLICATION OF HEMP OTHER THAN FIBROUS

*Cannabis* has been an agricultural plant known to human being for almost 12 thousand years<sup>11</sup>. The characteristic feature of cannabis is that it produces, among others, specific chemical compounds called cannabinoids. Due to the

---

<sup>7</sup> Art. 4, item 5 of the Act on Counteracting Drug Addiction.

<sup>8</sup> P. Bołtryk, *Kryminologiczne i prawne aspekty posiadania narkotyków w Polsce (na przykładzie pochodnych konopi innych niż włókniste)* [Criminological and legal aspects of drug possession in Poland (as exemplified by the hemp derivatives other than fibrous)], Białystok 2014, p. 210.

<sup>9</sup> M. Kuna, *Warunki medycznego zastosowania marihuany w Polsce – aspekty prawa administracyjnego* [Conditions of medical use of marijuana in Poland – aspects of administrative law], „Przegląd Prawa Administracyjnego” 2019, No. 2, p. 82.

<sup>10</sup> M. Strzelczyk, R. Kaniewski, *Konopie siewne Cannabis sativa L. – jeden z najstarszych gatunków roślin użytkowych* [Cannabis seed Cannabis sativa L. – one of the oldest species of useful plants], „Postępy Fitoterapii” 2021, No. 1, p. 53.

<sup>11</sup> P. Gała, *Bariery prawne twórczej hodowli nowych odmian konopi włóknistych w Polsce*, (in:) E. Całka, A. Jakubecki, M. Nazar, A. Niewęglowski, R. Poździk (red.), *In varietate concordia. Księga jubileuszowa Profesora Ryszarda Skubisza*, Warszawa 2022, pp. 421–422 and the literature called there.



presence of cannabinoid receptors in the human body<sup>12</sup>; these substances affect many human tissues, including the brain<sup>13</sup>. This effect may in turn be psychoactive or non-psychoactive<sup>14</sup>. Delta-9-tetrahydrocannabinol, commonly known as THC, and cannabidiol or CBD, were the best investigated of the cannabinoids isolated so far. Hemp other than fibrous and therefore, from a botanical point of view, hemp belonging to the sub-species of cannabis, is characterized by several times higher THC content than fibrous hemp. THC displays anti-inflammatory, anticancer, analgesic, smooth muscle relaxant<sup>15</sup>, and antispasmodic effects<sup>16</sup>. With these properties, therapies using THC can effectively alleviate the side effects of cancer chemotherapy, support the treatment of Alzheimer's disease, Parkinson's disease, Huntington's disease, atrophic lateral sclerosis, chronic neuropathic pain, asthma, epilepsy, and glaucoma<sup>17</sup>. However, THC also has significant negative health effects: it causes memory and cognitive deficits, impairs motor coordination, and when used at an early age, with an increased risk of addiction, it can also cause chronic mental disorders, including schizophrenia<sup>18</sup>. Recent studies show that CBD has anti-anxiety, anti-arthritis, antipsychotic, anti-inflammatory, analgesic, sedative, and immunomodulatory properties, and prevents nausea<sup>19</sup>. After all, it has the potential to treat epilepsy, neurodegenerative diseases, schizophrenia, multiple sclerosis<sup>20</sup>. In addition, CBD reduces the side effects of using THC, and thus is able to reduce the danger of taking preparations derived from hemp other than fibrous<sup>21</sup>.

In addition to the above-mentioned medicinal properties of selected cannabinoids, other chemicals present in cannabis, such as terpenes and phenolic compounds, also show beneficial health properties. A characteristic feature of

---

<sup>12</sup> Cannabinoid receptors (CB1) were discovered in 1988. They are present throughout the central and peripheral nervous system of human being. More on this subject T. Dzierżanowski, *Kannabinoidy – możliwości zastosowania w medycynie paliatywnej* [Cannabinoids: Potential applications in palliative medicine], "Medycyna Paliatywna" 2018, No. 10, pp. 1–2.

<sup>13</sup> M. Strzelczyk, R. Kaniewski, *op. cit.*, p. 54.

<sup>14</sup> C.H. Ashton, *Pharmacology and effects of cannabis: A brief review*, "The British Journal of Psychiatry" 2001, Vol. 178, issue 2, p. 102.

<sup>15</sup> C.M. Andre, J. F. Hausman, G. Guerriero, *Cannabis sativa: The plant of the thousand and one molecules*, "Frontiers in Plant Science" 2016, p. 4.

<sup>16</sup> P. Pacher, S. Batkai, G. Kunos, *The endocannabinoid system as an emerging target of pharmacotherapy*, "Pharmacological Reviews" 2006, No. 58, p. 394.

<sup>17</sup> M. Strzelczyk, R. Kaniewski, *op. cit.*, p. 57.

<sup>18</sup> T. Iseger, M. Bossong, *A systematic review of the antipsychotic properties of cannabidiol in humans*, "Schizophrenia Research" 2015, No. 162, p. 158.

<sup>19</sup> S. Burnstein, *Cannabidiol (CBD) and its analogs: A review of their effects on inflammation*, "Bioorganic & Medicinal Chemistry" 2015, No. 5, p. 1379.

<sup>20</sup> A.J. Hill, C.M. Williams, B.J. Whalley, G.J. Stephens, *Phytocannabinoids as novel therapeutic agents in CNS disorders*, "Pharmacology & Therapeutic" 2012, Vol. 133, issue 1, pp. 83–84.

<sup>21</sup> A. Englund, J.M. Stone, P.D. Morrison, *Cannabis in the arm: What can we learn from intravenous cannabinoid studies?*, "Current Pharmaceutical Design" 2012, Vol. 18, issue 32, pp. 4912–4913.

preparations made from cannabis, and in particular hemp other than fibre, is that they exert their pharmacological effects in humans through the synergistic or antagonistic action of the individual active compounds contained therein. Thus, isolated or artificially synthesized cannabinoids do not exert such effects<sup>22</sup>.

In view of the above considerations, one may be tempted to conclude that due to the properties of cannabis, and especially those of hemp other than fibrous, they have a dual application in practice. Firstly, they can be successfully used in medicine, often referred to as medical cannabis or medical marijuana. Secondly, due to their psychoactive properties, they find so-called recreational use, as a kind of stimulant or soft drug.

### 3. HISTORY OF RESTRICTIONS ON THE CULTIVATION OF HEMP OTHER THAN FIBROUS

Restrictions on the cultivation of hemp other than fibrous are intrinsically linked to restrictions on the use of preparations made from it. The origins of such restrictions can be traced back to the provisions of the International Opium Convention, adopted in Geneva on 19 February 1925<sup>23</sup>. According to Art. 1 of that Convention, “Indian hemp” means dried flowering or fruiting tops of female plants of *Cannabis sativa L.*, from which no resin has been extracted, regardless of the name given to them in trade. It is worth noting that this definition made no distinction between fibrous hemp (non-narcotic) and the other one (narcotic). Afterwards, the Opium Convention required its Parties to adopt legislation restricting the manufacture, import, sale, distribution, export, and use of cannabis extracts and tinctures solely for medical and scientific purposes. The Contracting Parties were to prevent the use of cannabis extracts and tinctures for any other purpose<sup>24</sup>. In addition, the entire Chapter IV of that Convention is devoted to the prohibition of international trade in cannabis and its resin.

The next step in banning the cultivation of hemp other than fibrous was the passage by the United States Congress of the Marijuana Tax Act in 1937<sup>25</sup>. In practice, this law allowed only hemp seeds to be used for the production of bird feed and oil, and allowed the use of hemp for medical purposes.

---

<sup>22</sup> H. Wagner, G. Ulrich-Merzenich, *Synergy research: Approaching a new generation of phytopharmaceuticals*, “Phytomedicine” 2009, Vol. 16, pp. 107–108.

<sup>23</sup> “Journal of Laws” 1927, No. 108, item 920.

<sup>24</sup> Art. 4 item f, Art. 5 and Art. 6 of International Opium Convention.

<sup>25</sup> Marijuana Tax Act of 1937, <https://www.votehemp.com/wp-content/uploads/2018/09/Musto-on-the-MTA.pdf> (accessed 08.01.2023).

However, the adoption of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs was of particular importance for restrictions on non-Indian hemp cultivation<sup>26</sup>. It defined hemp as flowering or fruiting tops of hemp plants (excluding seeds and leaves, if not present together with the tops), from which no resin has been extracted, regardless of the name given to them, while indicating that “hemp plant” means all plants of the genus of hemp. The Convention also devoted the whole of Art. 22 to the issues concerning cultivation of hemp, stating that:

1. Where conditions in the country or territory of any Party require, in its opinion, the prohibition of the cultivation of the poppy, coca bush or hemp plant as the most appropriate means of protecting health and social welfare and of preventing the diversion of narcotic drugs into illicit trade, the Party concerned shall prohibit the cultivation.
2. A Party which prohibits the cultivation of the opium poppy or hemp plant shall take appropriate measures to confiscate and destroy any illegally grown plants, except for small quantities required by the Party for scientific and research purposes.

At the same time, however, Art. 28 sec. 2 of the Single Convention provided that its provisions did not apply to hemp plants grown solely for industrial purposes (fibre and seeds) or for horticultural purposes.

The last act of international law that had a significant impact on national (including the Polish) regulations on the restriction of the cultivation of hemp other than fibrous was adopted in 1988. It was the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances<sup>27</sup>. The Convention redefined the hemp plant as any plant of the genus hemp<sup>28</sup>. By contrast, in Art. 3 sec. 1 item a(ii), it required each Contracting Party to take such measures as may prove necessary to criminalise under its national law the cultivation of hemp plants for the production of narcotic drugs, carried out in a manner incompatible with the provisions of the Convention.

The first Polish national legislation indirectly relating to hemp was the Law of 23 June 1923 on the Subject of Narcotic Substances and Preparations<sup>29</sup>. This extremely laconic law (only 12 articles) in Art. 1 prohibited the manufacture, processing, import and export, storage, trade, and any marketing of, among others, hashish. On 30 May 1930, following the entry into force of the Regulation of the Minister of the Interior in agreement with the Minister of Industry and Trade of 15 March 1930 on the recognition of certain intoxicating substances and prepa-

---

<sup>26</sup> 1961 Single Convention on Narcotic Drugs drawn up in New York on 30 March 1961, “Journal of Laws” 1966, No. 45, item 277.

<sup>27</sup> Drawn up in Vienna on 20 December 1988 (Appendix – “Journal of Laws” 1995, No. 15, item 69).

<sup>28</sup> Art. 1 item b) the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances.

<sup>29</sup> “Journal of Laws” 1923, No. 72, item 559.

rations as having harmful effects on health<sup>30</sup>, the index of substances of hemp origin covered by the Act of 1923 was extended to include *Herba Cannabis Indicae* (herbs of cannabis), *Cannabinonum* (cannabinoids) and *Tinctura Cannabis Indicae* (cannabis tinctures).

Another Polish law relating to hemp products was the Act of 8 January 1951 on Pharmaceuticals, Narcotic Drugs and Sanitary Articles<sup>31</sup>. Art. 5 of the Act classified narcotics as hashish, cannabis herb, and the preparations and mixtures of these. At the same time, the legislator stipulated in Art. 18 of the same law that their manufacture, processing, export, transport within the country and transit, storage and placing on the market was permissible only for medicinal, scientific or industrial purposes, and only after obtaining the authorisation of the relevant minister<sup>32</sup>. Only the processing and placing on the market of narcotic drugs were exempted from the authorisation requirement if these activities were carried out in pharmacies for medicinal purposes.

On 31 January 1985, Poland adopted the Drug Addiction Prevention Act<sup>33</sup>, which was the first act of law comprehensively covering this issue in Poland. From the point of view of restrictions on cultivation of hemp other than fibrous, it should be emphasized that this law, for the first time in the Polish legal system, defined the concept of hemp as all plants of the genus of hemp (*Cannabis*). It also clarified the concepts of hemp herb, hemp resin and hemp cultivation<sup>34</sup>. Hemp herb meant flowering or fruiting hemp tops from which no resin had been removed. The hemp resin consisted of resin and other hemp products containing biologically active substances. The cultivation of hemp, on the other hand, included planting of these plants regardless of the area under cultivation. Chapter 2 of the Act is devoted to the cultivation of poppy and cannabis. In the case of cannabis, the law stipulated that its cultivation could only be carried out for the needs of the textile industry. In addition, subjective restrictions have also been applied here. The cultivation of cannabis could be carried out by a natural person or an organizational unit only on the basis of the authorisation of the competent local authority of the basic level of state administration and a contracting agreement concluded with the authorized social economy unit. Only research institutes, universities, botanical gardens, agricultural and horticultural seed companies and the Central Research Centre for Cultivated Plant Varieties were excluded from the requirement to obtain the authorisation described above, but only within the

---

<sup>30</sup> "Journal of Laws" 1930, No. 36, item 304.

<sup>31</sup> "Journal of Laws" 1951, No. 1, item 4.

<sup>32</sup> Accordingly, authorisations for import from abroad, export abroad and transit were granted by the Minister of Foreign Trade in agreement with the Minister of Health. Permits for other activities were granted by the Minister of Health.

<sup>33</sup> "Journal of Laws" 1985, No 4, item 15.

<sup>34</sup> Accordingly, Art. 9, item 11, 12, 13 and 14 of the Drug Addiction Prevention Act of 31 January 1985.

scope of their statutory activities. For the first time, this law excluded the possibility of growing cannabis in Poland for medical purposes.

The Drug Addiction Prevention Act of 1985 was repealed by the Act on Counteracting Drug Addiction of 24 April 1997<sup>35</sup>. The new law introduced a new definition of fibrous hemp – plants of the species hemp seed (*Cannabis sativa L.*) with a content of delta-9-tetrahydrocannabinol below 0.20 % in the dry mass of the herb and other cannabis whose cultivation was prohibited<sup>36</sup>. At the same time, the cultivation of fibrous hemp was prohibited<sup>37</sup>. The only exception to these rules was the possibility of growing hemp (both fibrous and other than fibrous) by a university, a research and development unit or other scientific institution and the Central Research Centre for Cultivated Plant Varieties – if this is done as part of the statutory activity, as well as by an entity engaged in plant breeding and using fibrous hemp for insulation purposes. The law therefore maintained the principle of non-cultivation of cannabis for medical purposes.

Summing up, since 1925, international legislation and subsequent Polish national regulations have imposed increasingly far-reaching restrictions on the cultivation of cannabis, especially hemp other than fibrous. In the Polish legal order, these restrictions have led to the exclusion of the possibility of cultivating hemp other than fibrous for medical purposes. The cultivation of fibrous hemp has also been significantly reduced, but this issue is outside the concern of this study.

#### **4. CURRENT RESTRICTIONS ON THE CULTIVATION OF HEMP OTHER THAN FIBROUS**

The Act of 1997 on Counteracting Drug Addiction was repealed by the current Act of 29 July 2005 on Counteracting Drug Addiction<sup>38</sup>. Until the date of entry into force of the provisions of the Act of 6 April 2022, amending the Act on Counteracting Drug Addiction<sup>39</sup>, the regulations of this Act regarding restrictions on cultivation of hemp other than fibrous did not differ fundamentally from the model adopted in the previously applicable regulations. This meant that the cultivation of non-fibrous hemp could only be carried out by a scientific unit and the Central Research Centre for Cultivated Plant Varieties, as part of their statutory activity, as well as by an entity engaged in plant breeding and using hemp for iso-

---

<sup>35</sup> Consolidated text “Journal of Laws” 2003, No. 24, item 198, as amended.

<sup>36</sup> Art. 32 sec. 4 of the Act on Counteracting Drug Addiction of 1997.

<sup>37</sup> Art. 32 sec. 3 of the Act on Counteracting Drug Addiction of 1997.

<sup>38</sup> Consolidated text “Journal of Laws” 2020, item 2050, including alterations.

<sup>39</sup> “Journal of Laws” 2022, item 763.

lation purposes. However, those operators could only carry out such cultivation after obtaining an authorisation issued by the Chief Pharmaceutical Inspectorate (hereinafter CPhI) at the request of the operator concerned. Before issuing such an authorisation, CPhI sought the opinion of the organizational unit of Police, whose task in turn was to determine whether the entity intending to carry out such cultivation is able to protect it from access by unauthorized persons<sup>40</sup>.

However, the law did not allow the cultivation of hemp other than fibrous for medical purposes. This approach seemed to be dictated by a very restrictive and at the same time limiting approach to the implementation of obligations arising from international conventions binding our country, described in section 2 of this study.

The first impulse to change such an approach was made by the Constitutional Tribunal (hereinafter the Constitutional Tribunal), which by its decision of 17 March 2015 issued under the reference symbol of files S 3/15, within framework of the so-called signalling moving for to the Sejm of the Republic of Poland, decided to submit comments on the appropriateness of taking legislative measures aimed at regulating the issue of the medical use of marijuana<sup>41</sup>. In support of its intervention, the Constitutional Tribunal stated that:

In the current legal situation, the prevention by the legislator of the uncontrolled distribution of substances whose use may lead to drug addiction completely excludes the possibility of using marijuana for medical purposes. On the other hand, from the point of view of a specific group of citizens benefiting from health care services, allowing the medical use of marijuana needs to be considered in view of the therapeutic usefulness of marijuana in certain medical conditions.

At the same time, the Constitutional Tribunal also pointed out that:

*De lege lata*, the emphasis placed by the legislator on combating addictions leading to loss of the health, puts into question the exercise of the right to health care benefits by the State to some extent. However, it is the task of the legislator to balance these two objectives.

The Constitutional Tribunal also drew attention of MPs to numerous inconsistencies within the domestic legal order of our country. It pointed to the possibility for Polish nationals to import from abroad a medicinal product (including one based on hemp other than fibrous) for their own needs under the provisions of Art. 37 sec. 10 of the A.C.D.A. in conjunction with the provisions of Art. 75 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic

---

<sup>40</sup> Art. 49 of the Act on Counteracting Drug Addiction of 2005 before the amendment of 6 April 2022.

<sup>41</sup> The ruling of the Constitutional Court (OTK – acronym in Polish) Series A 2015 No. 3, item 39.

of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders<sup>42</sup>.

It should also be noted that the provisions of Art. 4 sec. 1 of the Law of 6 September 2001 Pharmaceutical Law<sup>43</sup>, which regulates the institution of the so-called destination import, authorizes the marketing of medicinal products imported from abroad without the need to obtain a licence, if their use is necessary to save the life or health of the patient, provided that the medicinal product is admitted to trading in the country from which it is imported and has a valid marketing authorisation. This regulation also allows Polish patients to be provided with medicinal products made of hemp other than fibrous.

The first attempt of the Polish legislator intended to balance the interests of combating addiction on the one hand, and ensuring the right of citizens to health care on the other, was the adoption on 7 July 2017 of the Act amending the Act on Counteracting Drug Addiction and the Act on Reimbursement of Medicines, Foodstuffs for Special Nutritional Purposes and Medical Devices<sup>44</sup>. With this Act, the legislator introduced into the A.C.D.A. the provisions of Art. 33a–33d, allowing the use of herb of hemp other than fibrous and extracts, pharmaceutical tinctures, as well as all other extracts of hemp other than fibrous as pharmaceutical raw material intended for the preparation of prescription drugs. Such raw material requires marketing authorisation within the territory of Poland issued by the President of the Office for Registration of Medicinal Products, Medical Devices and Biocidal Products. This provision, due to the impossibility of growing hemp other than fibrous for medical purposes in Poland, allowed import of standardized herb of hemp other than fibrous into Poland in the form of pharmaceutical raw material.

However, this solution proved to be far from sufficient. The implementing provisions of the Regulation of the Minister of Health of 5 December 2017 issued to it<sup>45</sup>, due to their restrictive nature, significantly limited the scope of marketing of pharmaceutical raw material produced from hemp other than fibrous, and thus made prescription drugs based on it still unavailable in pharmacies for Polish patients<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> “Journal of Laws” EU Official Gazette, Polish special edition, chapter 19, Vol. 2, p. 9.

<sup>43</sup> Consolidated text in “Journal of Laws” 2022, item 2301.

<sup>44</sup> “Journal of Laws” 2017, item 1458.

<sup>45</sup> Regulation of the Minister of Health of 5 December 2017 on the model application for marketing authorisation of pharmaceutical raw material for preparation of prescription drugs in the form of herb of hemp other than fibrous and extracts, pharmaceutical tinctures, as well as all other extracts from hemp other than fibrous and resin of hemp other than fibrous as well as detailed scope of data and list of documents covered by this application (“Journal of Laws” 2017, item 2337).

<sup>46</sup> Letter from the Ombudsman Adam Bodnar to the Minister of Health of 6 September 2018, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/%2FWystapienie%20do%20Ministra%20Zdrowia%20w%20sprawie%20lecniczej%20marihuany.pdf> (accessed 08.01.2023), p. 2.

The limited availability of pharmaceutical raw material produced from hemp other than fibrous and the high price of prescription drugs prepared from it in Polish pharmacies became a major incentive to undertake work on the amendment of the regulations of A.C.D.A. The result of this work was the adoption of the Act of 24 March 2022, amending the Act on Counteracting Drug Addiction<sup>47</sup>. The Act introduced a number of significant changes from the point of view of the admissibility of growing hemp other than fibrous in Poland. Firstly, it modified the definition of fibrous hemp (and thereby indirectly redefined the concept of hemp other than fibrous). At present, fibrous hemp means plants of the species hemp (*Cannabis sativa L.*) in which the sum of delta-9-tetrahydrocannabinol and tetrahydrocannabinolic acid (delta-9-THC-2-carboxylic acid) in the flowering or fruiting tops of plants from which the resin has not been removed does not exceed 0.3% on a dry weight basis; the sum shall be rounded to one decimal place. Moreover, as a consequence of the above, the legislator amended the definition of “herb of hemp other than fibrous”, indicating that it is constituted by any terrestrial part of a hemp plant (single or in a mixture), excluding seeds, containing more than 0.3% of the sum of delta-9-tetrahydrocannabinol and tetrahydrocannabinolic acid (delta-9-THC-2-carboxylic acid); the sum shall be rounded to one decimal place. The term “hemp resin” has also been clarified due to prejudging that hemp resin is only resin and other hemp products containing delta-9-tetrahydrocannabinol or delta-9-tetrahydrocannabinol acid. Secondly, under the amendment of A.C.D.A., the legislator decided that in Poland it would be permissible to cultivate hemp other than fibrous, as well as to harvest its herb or resin, for the purpose of manufacturing pharmaceutical raw material<sup>48</sup>. However, the cultivation and harvesting of hemp other than fibrous is subject to a number of restrictions. First of all, such cultivation (and harvesting) may only be carried out by research institutes<sup>49</sup> supervised by the Minister responsible for agriculture. Moreover, such cultivation and harvesting requires a prior authorisation issued by CPhI on the basis of an administrative decision.

A research institute intending to cultivate and harvest herb of hemp other than fibrous (or resin of such hemp) in order to obtain the authorisation referred to above shall have to comply with a number of strict conditions. It shall have to employ qualified persons who will be responsible for supervising the cultivation of hemp other than fibrous and for collecting its herb and resin, as well as persons who will be responsible for supervising the place of cultivation of hemp other than

---

<sup>47</sup> It should be noted that on 24 March 2022, the Polish legislator also adopted the Act amending the Act on Counteracting Drug Addiction and Certain Other Acts (“Journal of Laws” 2022, item 764), which included a number of changes concerning the rules for growing fibrous hemp in Poland.

<sup>48</sup> Art. 4, item 5, 37 and 38, Art. 49a sec. 1 of the Act on Counteracting Drug Addiction.

<sup>49</sup> Within the meaning of the Act of 30 April 2010 on Research Institutes (Consolidated text “Journal of Laws” 2022, item 498).



fibrous and the premises for storing that harvest. Moreover, all persons engaged in the cultivation and harvesting of hemp other than fibrous shall not be punished for offences under Art. 63 and 64 of the Act on Counteracting Drug Addiction<sup>50</sup> and violation of Art. 65 of the Act on Counteracting Drug Addiction<sup>51</sup>. The Institute shall also have to ensure that the place where the hemp other than fibrous is grown, the herb or the resin of hemp other than fibrous is harvested, and the premises where the harvest is stored are protected from unauthorised access. These safeguards shall include:

1. to keep a list of persons authorised to enter the place of cultivation of hemp other than fibrous, the harvest of herb or resin of hemp other than fibrous and the premises for the storage of such harvest,
2. to keep a list of vehicles authorised to enter the place of cultivation of hemp other than fibrous, the harvest of herb or resin of hemp other than fibrous and the premises for the storage of such harvest,
3. to be technically capable of recording the date and time at which the authorised person or the authorised vehicle is present at the place of cultivation of hemp other than fibrous or harvest of herb or resin of hemp other than fibrous or at the premises for storing such harvest as well as capable of verifying such data;
4. to have means to signal a breach of the security against unauthorised access and means for continuous observation of planned sites of cultivation of hemp other than fibrous, harvest of herb or resin of hemp other than fibrous and premises for storing such harvest, in particular for image recording,
5. to have technical means to prevent unauthorised persons from entering the place of cultivation of hemp other than fibrous, the harvest of herb or resin of hemp other than fibrous and the premises for the storage of such harvest,
6. to prepare the marking of the place of cultivation of hemp other than fibrous, the harvest of herb or resin of hemp other than fibrous and premises for storing such harvest and for keeping records of crops grown, harvested and destroyed,
7. to have means to monitor the location where the cultivation of hemp other than fibrous is carried out, the harvest of herb or resin of hemp other than fibrous and the premises for the storage of that harvest.

Compliance by the research institute with the above-mentioned requirements shall have to be confirmed in the opinion that CPhI obtains before issuing the authorisation from the organisational unit of the Police competent for the place of cultivation of hemp other than fibrous. This opinion is issued by an organizational

---

<sup>50</sup> That is, for the illegal cultivation and harvesting of poppy (except low morphine poppy), cannabis (except fibre hemp) and coca bushes and the theft of narcotic drugs, psychotropic substances, new psychoactive substances, poppy milk or poppy straw.

<sup>51</sup> The sign of this offence exhausts the cultivation or purchase of low-morphine poppy or hemp fibre contrary to the provisions of the Act on Counteracting Drug Addiction.

unit of the Police in the form of a resolution. Failure to submit an opinion within 30 days from the date of referral is tantamount to issuing a positive opinion on how to protect the crop from unauthorised access.

Apart from the requirements described above concerning the protection of crops against unauthorized access, which are verified by an organizational unit of the Police, a research institute shall also have to meet a number of other requirements in order to obtain the authorisation to grow hemp other than fibrous. These requirements shall cover:

1. to have RFID system<sup>52</sup> that allows reading data on the number of plants,
2. to employ a qualified person who holds a master's degree, master's degree in engineering or equivalent obtained as a result of the completion of studies related to education in the field of: medical analytics, biology, biotechnology, chemistry, pharmacy, medicine, veterinary medicine and at least 2-year work experience with the holder of the authorisation for the manufacture or import of medicinal products, referred to in Art. 38 sec. 1 of the Act of 6 September 2001 Pharmaceutical Law,
3. to have procedures and a control system in terms of the activities carried out, in particular that cover ensuring the continuity of operations, including the division of responsibilities and provision of deputising,
4. to have quality systems for harvesting,
5. to have a laboratory with equipment for assessing the quality of plants and harvesting.

Compliance by the research institute with the above requirements shall be verified periodically (not less than every 3 years) by the voivodeship pharmaceutical inspector.

A favourable decision by CPhI authorising a research institute to grow hemp other than fibrous as well as harvest herb or resin of hemp other than fibrous shall specify:

1. the institute for which it is issued,
2. the area under hemp Rother than fibrous,
3. the location of the operations covered by the authorisation,
4. the term of validity of the authorisation (no longer than 5 years), and
5. the date of issue of the authorisation.

---

<sup>52</sup> According to Art. 4, item 23a of the Act on Counteracting Drug Addiction, RFID means a remote plant monitoring technology (Radiofrequency identification) which uses radio waves to read and transmit the data contained in the label applied to each of the cultivated plants, enabling the identification of each of the plants in the reading field.

## 5. CONCLUSIONS

The amendment to the Act on Counteracting Drug Addiction (A.C.D.A.) made by the Act of 24 March 2022 (which came into force on 7 May 2022), after more than thirty-seven years, allowed the return in Poland of cultivation of hemp other than fibrous for medical purposes. Furthermore, it is to be noted that the Polish legislator adopted a solution of a very liberal nature. It limited subjectively and strictly controlled only the cultivation of hemp other than fibrous and the harvesting of herb and resin from such hemp. The Polish legislator entrusted the powers of controls in this regard to the Pharmaceutical Inspectorate. In addition, supervision over this process is also exercised by the Minister responsible for agriculture on the basis of the provisions of Art. 35 of the Act on Research Institutes. At the same time, the Polish legislator has not introduced any subjective restrictions on the processing of the crop from cultivation of hemp other than fibrous into the active substance and subsequently into the pharmaceutical raw material. These activities may be carried out by any entity that obtains the appropriate authorisations and permits<sup>53</sup>. The similar model of admissibility of non-fibre cannabis cultivation has been adopted by many other countries, which have allowed the legalization of marijuana cultivation for medical purposes<sup>54</sup>.

Since the amended provisions of A.C.D.A. entered into force only just nine months ago, it is not yet possible to assess their effectiveness. The implementation in Poland of cultivation of hemp other than fibrous for the production of pharmaceutical raw material requires research institutes not only to be equipped with appropriate technical infrastructure, but also to obtain necessary authorisations and permits as well as to receive biological starting materials (hemp seedlings). Therefore, for the results of the legislative changes, especially in the respect of the availability for Polish patients of prescription drugs manufactured from hemp other than fibrous, we will have to wait.

---

<sup>53</sup> In particular, a permit under Art. 35 sec. 1 of the Act on Counteracting Drug Addiction, i.e. a permit for the manufacture, processing, processing, import or distribution of narcotic drugs or psychotropic substances issued by the Chief Pharmaceutical Inspector, or a permit under Art. 33a of the Act on Counteracting Drug Addiction, i.e. a permit for the marketing of pharmaceutical raw materials issued by the President of the Office for Registration of Medicinal Products, Medical Devices and Biocidal Products.

<sup>54</sup> V. Rathi *et al.*, *Legality of worldwide cannabis use and associated economic benefits*, (in:) T. Belwal, N.C. Belwal (eds.), *Revolutionizing the potential of hemp and its products in changing the global economy*, Springer 2022, pp. 57–60.

## REFERENCES

- Andre C.M., Hausman J.F., Guerriero G., Cannabis sativa: *The plant of the thousand and one molecules*, "Frontiers in Plant Science" 2016
- Ashton C.H., *Pharmacology and effects of cannabis: A brief review*, "The British Journal of Psychiatry" 2001, Vol. 178, issue 2
- Bołtryk P., *Kryminologiczne i prawne aspekty posiadania narkotyków w Polsce (na przykładzie pochodnych konopi innych niż włókniste)*, Białystok 2014
- Burnstein S., *Cannabidiol (CBD) and its analogs: A review of their effects on inflammation*, "Bioorganic & Medicinal Chemistry" 2015, No. 5
- Dzierżanowski T., *Kanabinoidy – możliwości zastosowania w medycynie paliatywnej*, "Medycyna Paliatywna" 2018, No. 10
- Englund A., Stone J.M., Morrison P.D., *Cannabis in the arm: What can we learn from intravenous cannabinoid studies?*, "Current Pharmaceutical Design" 2012, Vol. 18, issue 32
- Gała P., *Bariery prawne twórczej hodowli nowych odmian konopi włóknistych w Polsce*, (in:) E. Całka, A. Jakubecki, M. Nazar, A. Niewęłowski, R. Poździk (red.), *In varietate concordia. Księga jubileuszowa Profesora Ryszarda Skubisza*, Warszawa 2022
- Hill A.J., Williams C.M., Whalley B.J., Stephens G.J., *Phytocannabinoids as novel therapeutic agents in CNS disorders*, "Pharmacology & Therapeutic" 2012, Vol. 133, issue 1
- Iseger T., Bossong M., *A systematic review of the antipsychotic properties of cannabidiol in humans*, "Schizophrenia Research" 2015, No. 162
- Kuna M., *Warunki medycznego zastosowania marihuany w Polsce – aspekty prawa administracyjnego*, "Przegląd Prawa Administracyjnego" 2019, No. 2
- Pacher P., Batkai S., Kunos G., *The endocannabinoid system as an emerging target of pharmacotherapy*, "Pharmacological Reviews" 2006, No. 58
- Rathi V. et al., *Legality of worldwide cannabis use and associated economic benefits*, (in:) T. Belwal, N.C. Belwal (eds.), *Revolutionizing the potential of hemp and its products in changing the global economy*, Springer 2022
- Strzelczyk M., Kaniewski R., *Konopie siewne Cannabis sativa L. – jeden z najstarszych gatunków roślin użytkowych*, "Postępy Fitoterapii" 2021, No. 1
- Wagner H., Ulrich-Merzenich G., *Synergy research: Approaching a new generation of phytopharmaceuticals*, "Phytomedicine" 2009, Vol. 16

*Tomasz Giaro*

University of Warsaw

e-mail: [giao@uw.edu.pl](mailto:giao@uw.edu.pl)

ORCID: 0000-0002-5702-6135

## **MORE BREAKING NEWS FROM NAZI TIMES: IS THE EUROPEAN LEGAL TRADITION SPURIOUS?\***

### **Abstract**

Is it plausible to treat the Nazi legal historians as progenitors of current European legal history? Is it in particular tenable to consider Franz Wieacker (1908–1994), one of the leading Nazi jurists, as the top founding father of this discipline? Is the European legal tradition spurious? We are able to pose these questions, but not to answer them unambiguously.

### **KEYWORDS**

Franz Wieacker, *Kieler Schule*, European integration, European legal history, European legal tradition, Roman foundations of Europe

### **SŁOWA KLUCZOWE**

Franz Wieacker, szkoła kilońska, integracja europejska, europejska historia prawa, europejska tradycja prawna, rzymskie podwaliny Europy

---

\* This paper is a sequel to my *Breaking news from Nazi times: Some Roman lawyers white-washed!*, "Academia Letters" 425, March 2021, pp. 1–5.

## 1. EUROPEANISM DURING AND AFTER WORLD WAR II

“A thousand years will pass and still this guilt of Germany will not have been erased”, said memorably Hans Frank at Nuremberg<sup>1</sup>. But history has soon denied this prophecy. The story of postwar Germany turned out to be no less dramatic than that of the Nazi times: overnight the enemy became the cold war ally. The Dachau trials, conducted in 1945–48 before the US military courts against the German war criminals, were stopped and by the close of the 1950s all prisoners had been released, whereas the ungrateful task of de-Nazification was devolved to the German authorities themselves.

In January 1951, General Dwight D. Eisenhower, the supreme commander of NATO, bestowed a declaration of honour (*Ehrenerklärung*) on the German soldiers, pronouncing that they had served honourably. Therefore, in late 1952 a similar declaration was issued by West German Chancellor Konrad H.J. Adenauer. In August 1953, he extended this honour to the veterans of the infamous *Waffen-SS*<sup>2</sup>, who thereby became transmuted into the stuff of the clean *Wehrmacht* legend<sup>3</sup>. Nazi generals became generals of the Federal Republic of Germany; the alternative of NATO accepting 18-years-old commanders was a clear non-starter.

In April 1951, the European Coal and Steel Community, the precursor of the European Economic Community, was founded. This integration project facilitated from the outset the readmission of Germany among the so-called civilized nations. The result was not bad at all, compared to the Morgenthau plan of August 1944 which imagined the defeated Germany as a demilitarized and deindustrialized agricultural state with a population of peasants, gardeners, and craftspeople – more or less the same fate which in their great days the Nazi Germans planned for Eastern Europe<sup>4</sup>.

But there was also the Europeanization of legal studies whose story is depicted by Kaius Tuori in his book *Empire of law*<sup>5</sup>, published by Cambridge University Press in 2020. In the same year, the American Society of Legal History awarded Tuori the Surrency Prize for the best article from the preceding year’s contributions to the “Law and History Review”, published also by CUP. The article

---

<sup>1</sup> M. Housden, *Hans Frank. Lebensraum and the Holocaust*, Palgrave 2003, p. 228.

<sup>2</sup> N. Cawthorne, *The Waffen-SS. The Third Reich’s most infamous military organization*, Arcturus Publishing 2022.

<sup>3</sup> D.C. Large, *Reckoning without the past: The HIAG of the Waffen-SS and the politics of rehabilitation in the Bonn Republic, 1950-1961*, “Journal of Modern History” 1987, Vol. 59, pp. 88–89.

<sup>4</sup> T. Giaro, *Vor-, Mit- und Nachdenker des Madagaskar-Plans. Der Eiertanz um Schieders Protokoll, Erdmanns Urmanuskript und einzelne Äußerungen Conzes*, “Rechtshistorisches Journal” 2000, Vol. 19, p. 134.

<sup>5</sup> K. Tuori, *Empire of law: Nazi Germany, exile scholars and the battle for the future of Europe*, Cambridge 2020.

elucidated the message of the then still unprinted book<sup>6</sup>. It identifies the situation which changed Germany's national legal framework into a European one as arising at the earliest possible juncture and as having the most thoroughgoing effects.

According to Tuori, "the narrative of the shared tradition of European law" emerged "in a long process beginning from the 1930s", and particularly starting from the Nazi era<sup>7</sup>. The blemish of this concept is the anachronistic assumption that Europeanization is always a good thing; what about plunder organizations such as the "Society for Planning the European Economy and the Economy of Large Areas" (*GeWG*), based on Carl Schmitt's concept of *Grossraum*?<sup>8</sup>. What about the antimodern, anti-Jewish, anti-American, anti-Bolshevik European Writers' Union?<sup>9</sup>. And what about Hitler's related slogan: "Europe for the Europeans"?

On the other side, I am not going to brood once again over the undemocratic origins of the European idea, a quarter-century ago depicted in John Laughland's *The tainted source*<sup>10</sup>. Instead, I will analyze critically Tuori's claim to have discovered not only the roots of Nazi legal doctrine<sup>11</sup>, but also the invention of the European legal tradition. I permit myself to regretfully question first and foremost the frequent terminological confusion between the European Community and the European legal tradition brought about by Tuori, but what makes me wary in a general way is his lack of respect for historical facts.

Although narratives are social facts themselves, they are dangerous because they reduce the past to (collective) opinions. For my taste, Tuori's narrative of the invention of the European legal tradition resembles too much a Brazilian telenovela. The actors are too many and the plot too convoluted; it begins with Fritz Schulz, belonging to the first generation of Roman lawyers in the mould of mere historians, and ends only with Reinhard Zimmermann, born in 1952. In this way, nearly every German Romanist from the post-codification cohort could have claimed his share in the Europeanization of the legal history discipline of the country.

---

<sup>6</sup> K. Tuori, *Narratives and normativity: Totalitarianism and narrative change in European legal tradition after World War II*, "Law and History Review" 2019, Vol. 37, pp. 605–638.

<sup>7</sup> K. Tuori, *Empire of law...*, p. 263.

<sup>8</sup> T. Giaro, *Victims and supporters of Nazism vis-à-vis Europe's legal tradition. A new episode in the history of the Third Reich?*, "Forum Prawnicze" 2020, Vol. 62, pp. 82–83.

<sup>9</sup> B.G. Martin, *The Nazi-fascist new order for European culture*, Cambridge MA, London 2016, pp. 224–277.

<sup>10</sup> J. Laughland, *The tainted source: The undemocratic origins of the European idea*, 3<sup>rd</sup> ed., London 2015.

<sup>11</sup> K. Tuori, *Reply to a Review on "Empire of law"*, "Forum Prawnicze" 2020, Vol. 62, p. 89.

## 2. THE EUROPEANIST NARRATIVE AS PART OF THE EXILE PROCESS?

Originally, Fritz Schulz and Fritz Pringsheim, conservative German legal historians of Jewish extraction, forced to emigrate by the Nazis, occupy much space in Tuori's article on narratives and normativity<sup>12</sup>, as well as in his monograph *Empire of law*<sup>13</sup>. Both exiles appear as equal counterparts to the core-Germans, those allowed to remain in Germany: Paul Koschaker (although only a German by culture)<sup>14</sup>, Franz Wieacker, and Helmut Coing. Consequently, Tuori leaves no occasion to doubt that "the two strands of the narrative, the exile and the German, form two parts of the whole"<sup>15</sup>.

It seems that both exiles, as British residents during the war, had abundant opportunity to divine the local legal culture's underlying Europeaness. But alas, they remained wholly uninterested even in so much as a shared legal culture of the continent based on the "European idea" rooted in Roman law. Tuori omits that Schulz, who after the war did not return from England, never mentioned Europe as political entity. What is more, both Schulz and Pringsheim can be qualified as representatives of the democratic anti-Nazi opposition, where Tuori situates them<sup>16</sup>, only when read between the lines and *à clef*<sup>17</sup>.

Both scholars adopted in reference to Roman law a stance of those educated immediately after the BGB codification which separated valid law from legal history. In consequence, Schulz and Pringsheim were interested in ancient law, and not in current or future private law of other European countries or any nascent community of them. They never uttered the name "European legal tradition", invented only in 1967 by Helmut Coing<sup>18</sup>, even more so, they never mentioned English common law among its manifestations. This idea was formulated for the first time again by Coing in 1985<sup>19</sup>.

Already after the war, Koschaker, the most convinced Europeanist among the German Romanists who raised the European banner even prior to the end of Nazi rule, expressed doubts about the political skills of the exiles. In his masterwork

<sup>12</sup> K. Tuori, *Narratives and normativity...*, p. 607.

<sup>13</sup> K. Tuori, *Empire of law...*, pp. 40–86, 87–123.

<sup>14</sup> T. Giaro, *Memory disorders: Koschaker rediscovered and Baudlerized*, "Studia Iuridica" 2018, Vol. 78, p. 10.

<sup>15</sup> K. Tuori, *Empire of law...*, p. 268.

<sup>16</sup> K. Tuori, *Empire of law...*, pp. 83, 95–96.

<sup>17</sup> T. Giaro, *Victims and supporters...*, pp. 70–74.

<sup>18</sup> H. Coing, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet: Probleme und Aufbau*, "Ius Commune" 1967, Vol. 1, pp. 1–33.

<sup>19</sup> H. Coing, *Common law and civil law in the development of European civilization: Possibilities of comparison*, (in:) H. Coing, K.W. Nörr (eds.), *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: Ein Forschungsprojekt*, Berlin 1985, pp. 31–41.



on Europe and Roman law, he asserted that the cohort of legal historians who emigrated during Nazi rule embraced exclusively scholars of ancient Roman law, i.e. the representatives of the neo-humanist orientation and papyrologists, who – in contrast to the good old (neo-)pandectists – were not authentic lawyers rooted firmly enough (*bodenständig*) to the native soil<sup>20</sup>.

Although as “the main formulators of the new European narrative for legal history” are distinguished Koschaker, Wieacker and Coing, all of them Aryans who were allowed to remain in Hitler’s Germany, Tuori assures us that “the narrative foundations laid by Schulz and Pringsheim were fused with cultural theories as well as earlier themes concerning the transmission of science”<sup>21</sup>. Frankly, I am unable to identify these narrative foundations or to discern a linkage between this unclear category and the transmission of science which appears in this context equally enigmatic.

Tuori even insists that this new European narrative is “a part of the process of exile”. And going somewhat further: “The creation of a new narrative was clearly part of the exile process”<sup>22</sup>. However, from Tuori’s later paper, dedicated to the invention of the European legal tradition<sup>23</sup>, there has disappeared not only the particular importance of the exile problem, but also the equilibrium between the Jewish exiles and the core-Germans, whose work had been defined in *Empire of law* in an egalitarian and at the same time solidaristic way as “two parts of the whole”<sup>24</sup>.

It looks almost like a tacit revocation of the original idea, when in this later paper Tuori promotes the core-Germans: Koschaker, Wieacker and Coing, to the status of “central figures” or “main creators” of the shared-culture theory<sup>25</sup>. In short, disregarding the neo-pandectist Koschaker and the unproductive Coing who did not register any scholarly output under Nazi rule, among Romanists remaining in Germany there emerges only one serious contender for the role of the top founding father of the Europeanist narrative: Franz Wieacker, even if he was sentenced in 1947 by a de-Nazification court (*Spruchkammer*) in Göttingen as a Nazi follower (*Mitläufer*).

<sup>20</sup> P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4<sup>th</sup> ed., München, Berlin 1966, p. 368.

<sup>21</sup> K. Tuori, *Narratives and normativity...*, pp. 630, 633.

<sup>22</sup> K. Tuori, *Narratives and normativity...*, pp. 606, 620.

<sup>23</sup> K. Tuori, *The invention of the European legal tradition and the narrative of rights*, “Journal of European Studies” 2022, pp. 1–15.

<sup>24</sup> K. Tuori, *Empire of law...*, p. 268.

<sup>25</sup> K. Tuori, *The invention...*, pp. 2, 4.

### 3. WALKING ON EGGHELLS AROUND WIEACKER

During the Nazi times, his achievements were not always glorious. In 1937, he endorsed the infamous Nazi Law for the Protection of German Blood and the Marital Health Law of 1935, prominent Nazi statutes breaking the axiom of liberal civil law: the equality of all subjects. Not only did he laud the restriction of the marital community (*Konubium*) to “racially related people”, but he reinforced this passage by the emphatic praise of the extension of marital capacity from mere citizens of the German *Reich* (*Reichsangehörige*) to all ethnic Germans living abroad, the *Volksdeutsche*<sup>26</sup>.

Unfortunately, Wieacker did not stop there. In another article, published in another juristic Nazi journal, “Deutsche Rechtswissenschaft”, directed by an *SS-Sturmbannführer* and Himmler’s personal friend, Karl August Eckhardt, and considered the mouthpiece of the so-called *Kieler Schule*, Wieacker voiced his opinions about “ideologic-racialist” (*weltanschaulich-rasserechtlich*) questions. He praised once more – concerned about the biologically correct constitution of the German racial body (*Volkskörper*) – the return of the long-lost ancient Roman *conubium* in the midst of the modernizing anti-Semitic “legal renewal” of the Nazis<sup>27</sup>.

Moreover, in the same article Wieacker embarked on the interpretation of the racist Law for the Restoration of the Professional Civil Service (*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, in short *Berufsbeamtengesetz*) of 1933, the mother of all anti-Semitic Nazi legislation<sup>28</sup>. According to its ill-famed para 3 (*Arierparagraph*), all Jewish employees, except the WWI participants and servants of long seniority, were instantly to be dismissed. Wieacker took *positivistisch* stance on the Nazi statute, but *antipositivistisch* on the formally still binding Weimar Constitution, denying the wage claim of Jewish employees based on its Art. 131<sup>29</sup>.

Back to the long-lost ancient Roman *conubium*, we can register the recent progress of Romanistic studies. Around a quarter-century ago, Okko Behrends, still ignoring Wieacker’s party membership, rationalised his praise of the modern *conubium* as springing from “the desire for romantic immediacy and concreteness” (*romantische Unmittelbarkeit und Konkretheit*)<sup>30</sup>. How romantic! Tuori and

<sup>26</sup> F. Wieacker, *Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*, “Deutsche Rechtswissenschaft” 1937, Vol. 2, p. 182.

<sup>27</sup> F. Wieacker, *Geschichtliche Ausgangspunkte der Ehereform*, “Deutsches Recht” 1937, Vol. 7, pp. 17–18.

<sup>28</sup> F. Wieacker, *Geschichtliche Ausgangspunkte...*, p. 26.

<sup>29</sup> R. Kohlhepp, *Franz Wieacker und die NS-Zeit*, “Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung” 2005, Vol. 122, p. 222.

<sup>30</sup> O. Behrends, *Franz Wieacker 1908–1994*, “Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung” 1995, Vol. 112, p. XXXIII.

his pupils, thank goodness not exceedingly numerous ones, either simply omit these utterances of Wieacker, or even maintain – in striking contrast with the facts – that he has never, privately or publicly, written such things<sup>31</sup>.

However, besides the testimony of Wieacker's writings, there are also several testimonies of his conduct: before, in the course, and after the war. During this last period he provided namely a significant contribution to the re-Nazification of the Juristic Faculty at the GeorgAugust University of Göttingen, which between 1953 and 1973 accommodated no less than three prominent members of the *Kieler Schule*: Ernst Rudolf Huber, alongside Carl Schmitt another “crown jurist of the Third Reich” (who in 1952 at Freiburg in Breisgau had been efficiently blocked by Pringsheim), as well as Karl Michaelis and Friedrich Schaffstein<sup>32</sup>.

Another source of juristic literature ignored by Tuori is Wieacker's reappraisal of his own 1935 essay on the Nazi politics of property. The position of young Wieacker was this time not romantic, but – as some exegetes will – “personalistic” (*personalistisch*)<sup>33</sup> or, maybe better: in contrast to the abstract pandectistic concept of ownership, “personalized”<sup>34</sup>. Old Wieacker follows, by contrast, the popular interpretation of the Hitler era as reposing on a kind of contest between the Nazis and the Jews with the bulk of Germans remaining uncommitted in the middle<sup>35</sup>... and with the anti-Nazi resistance growing day by day<sup>36</sup>.

This image is inspired by a neat demarcation, emerging in a few legal historians, between the German academic “legal scholars” and the “Nazis”<sup>37</sup>. According to these historians, in the course of the pitiable process of de-Nazification, the former were “suddenly (...) accused of enabling the crimes” of the latter<sup>38</sup>. This seems to exclude any overlapping membership between the two groups. Wieacker regrets accordingly the “opportunistic” nature of the Nazi property politics, but surprisingly excepts from censure the “predation (*Ausplünderung*) of political opponents”<sup>39</sup>.

<sup>31</sup> K. Tuori, *Empire of law...*, p. 180.

<sup>32</sup> V. Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, Hamburg 2014, pp. 474–76.

<sup>33</sup> J.G. Wolf, *Die Gedenkrede*, (in:) *In memoriam Franz Wieacker: Akademische Gedenkfeier am 19. November 1994*, Göttingen 1995, p. 28.

<sup>34</sup> J.G. Wolf, *Franz Wieacker 1908–1994*, (in:) S. Grundmann, K. Riesenhuber (eds.), *Private law development in context: German private law and scholarship in the 20<sup>th</sup> century*, Intersentia 2018, pp. 154–155.

<sup>35</sup> O. Bartov, *Defining enemies, making victims: Germans, Jews, and the Holocaust*, “American Historical Review” 1998, Vol. 103, issue 3, pp. 788–98.

<sup>36</sup> R. Hohls, K.H. Jarausch (eds.) *Versäumte Fragen*, Stuttgart, Munich 2000, p. 316.

<sup>37</sup> T. Giaro, *The culmination-book: Trying to make sense of the Nazi years*, “Studia Iuridica” 2020, Vol. 83, p. 18.

<sup>38</sup> V. Erkkilä, *Roman law as wisdom: Justice and truth, honour and disappointment in Franz Wieacker's ideas on Roman law*, (in:) K. Tuori, H. Björklund (eds.), *Roman law and the idea of Europe*, Bloomsbury 2019, p. 211.

<sup>39</sup> F. Wieacker, *Wandlungen der Eigentumsverfassung revisited*, “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno” 1976–77, Vol. 5–6, p. 842.

Well, at least Wieacker remembers the Holocaust being not only the biggest mass killing, but also the biggest plunder in history. In a clause deploying a slippery slope argument, he mentions “confiscations which progressively accompanied oppression and eventually extermination (*Unterdrückung und schließlich Vernichtung*) of our Jewish fellow citizens”<sup>40</sup>. His paper started, though, with the rhetorical question whether such a subtlety as his property doctrine – by many considered the masterpiece of Nazi legal literature – could “embolden the oppressions and illegalities (*Unterdrückungen und Rechtsbrüche*) of the regime?”<sup>41</sup>.

The answer expected by Wieacker was evidently negative. But we do not hesitate to contradict: Yes, in concomitance with other factors Wieacker’s property doctrine certainly emboldened the Nazi oppressions ending with extermination, particularly if we understand Nazism as a collective deed or systemic phenomenon. In this way, the former leader of European legal historians appears as a forerunner of those who still today aim to normalize the Nazi past with the hope that the passage of time would belittle its crimes, changing them imperceptibly into acts of ordinary administration (of property?).

Is the European legal tradition a sham? What says our expert Tuori? As Europe’s cities were being demolished and their populations eliminated, he sees Wieacker, with other Roman lawyers loyal to Hitler’s Germany, simply continuing to work – in implicit partnership with his distant refugee brethren – on his “part of a whole”<sup>42</sup>. Of course, success has many fathers, but in assigning the European legal tradition’s paternity to Wieacker, we must commemorate also his uneasy position amidst Germany’s uncommitted majority which in the 1930s inadvertently stumbled into a quarrel between the Nazis and the Jews.

And the last question. Are the sources not only of the European economic and political integration, but also of the European legal tradition tainted? Tuori’s image of the implicit partnership between the German legal historians and the exiles can be extended into the historical dimension. Wieacker was always the same, and so his appraisal of the Imperial Legal Studies Ordinance of 1935 remained the same after the war as it was before: In 1967 Wieacker still qualified this creation of the sworn Nazi Karl August Eckhardt as “in its content essentially not politically motivated”<sup>43</sup>. Thank God this evaluation was in Germany repeatedly denied<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 856.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 842.

<sup>42</sup> K. Tuori, *Empire of law...*, p. 268.

<sup>43</sup> F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2<sup>nd</sup> ed., Göttingen 1967, pp. 555–556.

<sup>44</sup> A.-M. von Lösche, *Der nackte Geist: Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*, Tübingen 1999, pp. 284–300; E. Grothe, *Zwischen Geschichte und Recht: Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970*, München 2005, p. 199; R. Frassek, *Juristenausbildung im Nationalsozialismus*, „Kritische Justiz“ 2004, Vol. 37, pp. 85–96; R. Frassek, *Göttinger Hegel-Lektüre, Kieler Schule und die nationalsozialistische Juristenausbildung*, (in:)

## REFERENCES

- Bartov O., *Defining enemies, making victims: Germans, Jews, and the Holocaust*, "American Historical Review" 1998, Vol. 103, issue 3
- Behrends O., *Franz Wieacker 1908–1994*, "Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung" 1995, Vol. 112
- Cawthorne N., *The Waffen-SS. The Third Reich's most infamous military organization*, Arcturus Publishing 2022
- Coing H., *Common law and civil law in the development of European civilization: Possibilities of comparison*, (in:) H. Coing, K.W. Nörr (eds.), *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: Ein Forschungsprojekt*, Berlin 1985
- Coing H., *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet: Probleme und Aufbau*, "Ius Commune" 1967, Vol. 1
- Erkkilä V., *Roman law as wisdom: Justice and truth, honour and disappointment in Franz Wieacker's ideas on Roman law*, (in:) K. Tuori, H. Björklund (eds.), *Roman law and the idea of Europe*, Bloomsbury 2019
- Frassek R., Göttinger Hegel-Lektüre, Kieler Schule und die nationalsozialistische Juristenausbildung, (in:) E. Schumann (ed.), *Kontinuitäten und Zäsuren: Rechtswissenschaft und Justiz im "Dritten Reich" und in der Nachkriegszeit*, Göttingen 2008
- Frassek R., *Juristenausbildung im Nationalsozialismus*, „Kritische Justiz“ 2004, Vol. 37
- Giario T., *Breaking news from Nazi times: Some Roman lawyers whitewashed!*, "Academia Letters" 425, March 2021, pp. 1–5
- Giario T., *Memory disorders: Koschaker rediscovered and Baudlerized*, "Studia Iuridica" 2018, Vol. 78
- Giario T., *The culmination-book: Trying to make sense of the Nazi years*, "Studia Iuridica" 2020, Vol. 83
- Giario T., *Victims and supporters of Nazism vis-à-vis Europe's legal tradition. A new episode in the history of the Third Reich?*, "Forum Prawnicze" 2020, Vol. 62
- Giario T., *Vor-, Mit- und Nachdenker des Madagaskar-Plans: Der Eiertanz um Schieders Protokoll, Erdmanns Urmanuskript und einzelne Äußerungen Conzes*, "Rechtshistorisches Journal" 2000, Vol. 19
- Grothe E., *Zwischen Geschichte und Recht: Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970*, München 2005, p. 199
- Hohls R., Jarausch K.H., (eds.) *Versäumte Fragen: Deutsche Historiker im Schatten des Nationalsozialismus*, Stuttgart, Munich 2000
- Housden M., *Hans Frank: Lebensraum and the Holocaust*, Palgrave 2003
- Kohlhepp R., *Franz Wieacker und die NS-Zeit*, "Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung" 2005, Vol. 122
- Koschaker P., *Europa und das römische Recht*, 4<sup>th</sup> ed., München, Berlin 1966
- Large D.C., *Reckoning without the past: The HIAG of the Waffen-SS and the politics of rehabilitation in the Bonn Republic, 1950-1961*, "Journal of Modern History" 1987, Vol. 59

---

E. Schumann (ed.), *Kontinuitäten und Zäsuren: Rechtswissenschaft und Justiz im "Dritten Reich" und in der Nachkriegszeit*, Göttingen 2008, pp. 59–63.

- Laughland J., *The tainted source: The undemocratic origins of the European idea*, 3<sup>rd</sup> ed., London 2015
- Lösch A.-M. von, *Der nackte Geist: Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*, Tübingen 1999
- Martin B.G., *The Nazi-fascist new order for European culture*, Cambridge MA, London 2016
- Tuori K., *Empire of law: Nazi Germany, exile scholars and the battle for the future of Europe*, Cambridge 2020
- Tuori K., *Narratives and normativity: Totalitarianism and narrative change in European legal tradition after World War II*, "Law and History Review" 2019, Vol. 37
- Tuori K., *Reply to a Review on "Empire of Law"*, "Forum Prawnicze" 2020, Vol. 62
- Tuori K., *The invention of the European legal tradition and the narrative of rights*, "Journal of European Studies" 2022
- Wieacker F., *Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*, "Deutsche Rechtswissenschaft" 1937, Vol. 2
- Wieacker F., *Geschichtliche Ausgangspunkte der Ehereform*, "Deutsches Recht" 1937, Vol. 7
- Wieacker F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2<sup>nd</sup> ed., Göttingen 1967
- Wieacker F., *Wandlungen der Eigentumsverfassung revisited*, "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno" 1976–77, Vol. 5–6
- Winkler V., *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft: Franz Wieackers „Privatrechtsgeschichte Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, Hamburg 2014
- Wolf J.G., *Die Gedenkrede*, (in:) *In memoriam Franz Wieacker: Akademische Gedenkfeier am 19. November 1994*, Göttingen 1995
- Wolf J.G., *Franz Wieacker 1908–1994*, (in:) S. Grundmann, K. Riesenhuber, (eds.) *Private law development in context: German private law and scholarship in the 20<sup>th</sup> century*, Intersentia 2018

*Ewa Gmurzyńska*

University of Warsaw

e-mail: [gmurzynska@wpia.uw.edu.pl](mailto:gmurzynska@wpia.uw.edu.pl)

ORCID 0000-0003-3726-1573

## THE NATURE AND ROLE OF ACADEMIC OMBUDSMAN AT THE POLISH HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS

### Abstract

The article reports the results of a study conducted in the form of structured interviews. The goal of the study was to find out about the nature of this institution, the objectives of academic ombudsmen, the cases they deal with, their role in the academic community, in particular their role in resolving disputes at universities, and the type of methods they apply in their work. The institution of an academic ombudsman is considered to use an ADR method which is more appropriate in resolving problems and conflicts that appear at the universities, in comparison with formal procedures. The academic ombudsman takes into account important elements of the mission of universities which include respect for the other party, diversity, tolerance, and application of more inclusive and democratic methods in university governance. The introduction of ombudsman institutions at the universities in Poland is dictated not only by the necessity for more effective management and dispute resolution, but also shows a change in the attitude of the university administration towards the academic community. The need for research into the function of academic ombudsman arises from the relatively dynamic growth in the last three years in the number of academic ombudsmen as well as other institutions with similar names and goals. The emergence and significant increase in number of these institutions in the last few years at the universities in Poland raises the question of their nature and role at the universities.

## KEYWORDS

academic ombuds, academic ombudsman, conflict resolution, dispute resolution, ADR, mediation, higher education institutions, university

## SŁOWA KLUCZOWE

rzecznik akademicki, akademia, rozwiązywanie konfliktów, mediacja, ADR, uczelnie wyższe, uniwersytet

## 1. INTRODUCTION

The goal of this article is to report the results of empirical research conducted under the micro-grant in the IDUB Program on Excellence Initiative – Research University on the nature and functioning of academic ombudsman at the higher education institutions in Poland<sup>1</sup>. The purpose of the study conducted in the form of structured in-depth interviews was to learn about the nature of this institution, the goals of academic ombudsmen, the scope of their activities, their role in the academic community, in particular their role in resolving disputes at universities, and the type of methods they use.

The research also aimed at analyzing the laws and regulations concerning ombudsman's activities at universities in Poland. Due to the broad scope of the research material, the legal analysis of the law and regulations on the functioning of academic ombudsmen will be the subject of another article. The present article is an extension of the discussion the author offered in two other articles<sup>2</sup>. In these articles, the author reported theoretical research and made, *inter alia*, an attempt to analyze the reasons for introducing alternative methods of dispute resolution at universities in selected countries, which is a cheaper and faster alternative to court or disciplinary proceedings.

The previous studies indicated that the ADR methods take into account an important element of the mission of universities to educate students in the spirit of tolerance and respect for the other party, as well as application of more inclusive and democratic methods by the university administration. The use of the ADR

---

<sup>1</sup> <https://www.uw.edu.pl/mikrogranty-idub-uw/> (accessed 25.03.2023).

<sup>2</sup> E. Gmurzyńska, *Analysis of the causes of conflicts at universities and alternative methods for their resolution*. Part I. *Mediation in academic disputes*, "Studia Iuridica Lubliniensa" 2021, Vol. XXX, No. 1; E. Gmurzyńska, *Analysis of the causes of conflicts at universities and alternative methods for their resolution*. Part II. *Academic ombudsman and adjudicative methods*, "Studia Iuridica Lubliniensa" 2021, Vol. XXX, No. 2.



methods, including mediation, and the institution of an academic ombudsman also indicate the involvement of individual universities in creating a more systemic approach to dispute resolution<sup>3</sup>. The use of these methods is dictated not only by the need for more effective dispute resolution at the universities, but also proves that the universities' approach to the academic community has changed. According to the theory of conflict, this approach is now increasingly based on interests as opposed to the traditional hierarchical power-based approach<sup>4</sup>.

ADR methods are also better suited for higher education, because they protect the academic independence by application of internal mechanisms and procedures for resolving issues and conflicts. They also take into regard the voice and opinion of the participants and allow them to influence the process and outcome of the dispute, as well take into regard an opinion of the other party and come to resolution through dialogue<sup>5</sup>.

The rationale for conducting empirical research among academic ombudsmen in Poland was the significant increase in their number in the last three years. This increase reflects global tendencies to establish academic ombudsman institutions at foreign universities, especially in common law countries, as well as in European Union countries<sup>6</sup>.

Similarly, at the Polish universities, the current approach of the administration to the academic problems and disputes has been insufficient or even inadequate, and procedures require greater democratization. Recently, hierarchical structures at the universities have begun to be replaced by procedures and institutions more adapted to the expectations of the contemporary academic community<sup>7</sup>.

The first academic ombudsman at a Polish university was appointed in 2011 at the University of Warsaw, and then at three more universities: in 2013 at the Nicolaus Copernicus University in Toruń, in 2014 at the Catholic University of Lublin and in 2016 at the Medical University of Warsaw. The early second decade of the 21<sup>st</sup> century is characterized by a significant increase in number of academic ombudsmen appointed at the Polish universities. This trend was caused by factors such as: the adoption of the Law of 20 July 2018 on Higher Education and Science<sup>8</sup> (hereinafter Law 2.0), the participation of some universities in the Euro-

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>4</sup> R. Behrens, *Being an ombudsman in higher education: Comparative studies*, ENOHE June 2017, p. 41; W.L. Ury, J.M. Brett, S.B. Goldberg, 1993. *Getting disputes resolved: The strategic use of interests, rights, and power to resolve disputes*, 2<sup>nd</sup> ed., San Francisco 1993, pp. 8–19; E. Gmurzyńska, *Analysis of the causes...* Part I, pp. 71–72; E. Gmurzyńska, *Analysis of the causes...* Part II, p. 161.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>7</sup> B. Chludziński, A. Budzanowska, *Rzecznik wartości akademickich*, (in:) D. Antonowicz, A. Machnikowska, A. Szot (eds.), *Innowacje i konserwatyzm 2.0. Polskie uczelnie w procesie przemian*, Toruń 2020, p. 311.

<sup>8</sup> "Journal of Laws" 2022, item 574.

pean Commission's "HR Excellence" program<sup>9</sup>, recommendation of the Human Rights Defender (Rzecznik Praw Obywatelskich) in relation to problems caused by sexual harassment at one of the universities<sup>10</sup>. As a result of these changes, at least 12 academic ombudsmen have been appointed at universities in Poland in 2019–2021, this number constantly increasing<sup>11</sup>.

In the case of academic ombudsmen who were appointed as the first in Poland – at the University of Warsaw<sup>12</sup> and at the Nicolaus Copernicus University<sup>13</sup> – efforts were made at least during two years to convince the university authorities to create such a position. At that time, the institution of academic ombudsman was completely unknown in Poland. The models were drawn from the experience of foreign universities, above all the higher education institutions in the United States, where the institution of academic ombudsman was very popular and has been operating at US universities for over forty years<sup>14</sup>, but also the experience of similar institutions in some European Union countries, mainly in Spain<sup>15</sup>. The University of Warsaw and the Nicolaus Copernicus University in Toruń decided to carry out this experiment, although the future of these institutions was difficult to predict. During this period, universities in Poland began to realize the necessity to change the attitude towards the entire academic commu-

---

<sup>9</sup> The "HR Excellence in Research" is awarded by the European Commission to institutions that implement strategies to increase the attractiveness of working conditions and career development of researchers. The Human Resources Strategy for Researchers HRS4R. Two documents that outline the area of "HR Excellence in Research" are: European Charter for Researchers and Code of Conduct for the Recruitment of Researchers; <https://euraxess.ec.europa.eu/jobs/hrs4r> (accessed 25.03.2023).

<sup>10</sup> A. Bodnar, S. Spurek, *Doświadczenie molestowania wśród studentek i studentów. Analiza i zalecenia*. Rzecznik Praw Obywatelskich, Warszawa 2018, pp. 87–90, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Do%C5%9Bwiadczenie%20molestowania%20w%C5%9Br%C3%B3d%20studentek%20i%20student%C3%B3w%2C%202018.pdf> (accessed 25.03.2023).

<sup>11</sup> E.g. at the University of Rzeszów the Academic Ombudsman was appointed on 21 June 2022 and apart from him, the Equal Treatment Deputy was also appointed, <https://www.ur.edu.pl/uniwersytet/rowne-traktowanie/aktyprawne-i-kodeksy> (accessed 25.03.2023); at SWPS Academic Ombudsman was appointed on 1 March 2022, <https://swps.pl/olga-piaskowska>; recently, on Zachodniopomorski Technical University in Szczecin Ombudsman on Academic Rights was appointed, <https://www.zut.edu.pl/zut-strona-glowna/pelnomocnicy-rektora-zut/rzecznik-akademicki.html> (accessed 25.03.2023); at Szczecin University Academic Ombudsman was appointed on 22 March 2021, <https://wpia.usz.edu.pl/pani-doktor-adriana-tomeczyk-powolana-na-stanowisko-rzecznika-praw-akademickich-universytetu-szczecinskiego/> (accessed 25.03.2023).

<sup>12</sup> <http://ombudsman.uw.edu.pl/kim-jest-ombudsman-2/ombudsman-uw-2/> (accessed 25.03.2023).

<sup>13</sup> [https://www.umk.pl/uczelnia/rzecznik\\_akademicki/](https://www.umk.pl/uczelnia/rzecznik_akademicki/) (accessed 25.03.2023).

<sup>14</sup> W.C. Warters, *The history of campus mediation systems: Research and practice*, Georgia State University College of Law Reading Room 1999, p. 1.

<sup>15</sup> See generally: L. Espada Recarey, *The ombudsman for Spanish higher education institutions*, Universidade de Vigo 2006, Pathway 3: *Towards early resolution and more effective complaints handling*, Annex: *A survey of campus ombudsmen in continental Europe, North and South America, and Australia and New Zealand*, 2012, p. 43.

nity. However, it was only the accumulation of certain phenomena that caused the universities in Poland to begin to clearly see the purposefulness of establishing such functions. Those phenomena included: the growing problems related to discrimination, equality and bullying; the change in expectation towards alma mater by the students and other members of the community in particular towards equal treatment and diversity<sup>16</sup>; the above-mentioned activities of the European Commission in the field of equality, discrimination, tolerance, and the introduction of the Law 2.0.

It is important to note that currently the Polish universities do not use a unified nomenclature related to the function of the academic ombudsman. In 2011–2016, when the first six ombudsmen were appointed at the Polish universities, they all assumed the name of *rzecznik akademicki*, which can be translated as a Polish version of the “academic ombudsman”. In the later period, i.e. from 2019, a large variety of names of these functions were introduced, such as: the president’s commissioner/ombudsman for equal treatment (*rzecznik/pełnomocnik rektora ds równości*), ethics ombudsman (*rzecznik etyki*), ombudsman-mediator (*rzecznik-mediator*), ombudsman for academic rights and values (*rzecznik praw i wartości akademickich*), ombudsman for equal opportunities and antidiscrimination (*rzecznik równości szans*), as well as ombudsman for dealing with specific issues or a particular group, e.g. student ombudsman, anti-discrimination deputy<sup>17</sup>.

The analysis of various names of ombudsman at the Polish universities will be analyzed in detail in subsection 5.1, however, at this point it should be clarified that the author generalizes and uses the name “academic ombudsman”, “ombuds”, “academic ombuds” or “ombudsman” in spite of the fact that various names of those positions are used at the Polish universities, and as a matter of fact, the “academic ombudsman” is only one of the them. In order to avoid repetition, the author uses this name both in relation to academic ombudsmen and to those persons who perform functions identical to the function of the academic ombudsman, e.g. the ombudsman for equal treatment, ombudsman-mediator, ombudsman for academic rights and values, ombudsman for equal opportunities and anti-discrimination ombudsman.

The emergence, diversity and significant increase in number of these institutions over the last few years in Poland raises a question about their nature, role,

<sup>16</sup> E. Gmurzyńska, *Analysis of the causes...* Part I, p. 61.

<sup>17</sup> For example: <http://zagiell.uwm.edu.pl/rzecznik-ds-rownosci-szans>; <https://ombuds.uj.edu.pl/>; <https://us.edu.pl/en/uczelnia/o-nas/wladze-uniwersytetu-slaskiego/rzecznik-praw-i-wartosci-akademickich/>; <https://uni.wroc.pl/en/helpful-uwr/legal-and-social-assistance/the-student-ombudsman-uwr/>; <https://www.umk.pl/uczelnia/pełnomocnik-bezpieczenstwo/>; <https://www.umk.pl/uczelnia/pełnomocnik-bezpieczenstwo/>; <https://www.uw.edu.pl/uniwersytet/wladze-i-administracja/komisje-i-zespoły/komisja-rektorska-ds-przeciwdziałania-dyskryminacji/>; <https://ug.edu.pl/o-uczelnia/uniwersytet-odpowiedzialny-społecznie/biuro-rzecznika-ds-rownego-traktowania-i-przeciwdziałania-mobbingowi>; <https://russ.uwm.edu.pl/niezbednik-studenta/rzecznik-praw-studenta/> (accessed 25.03.2023).

and place at the university structure, as well as the differences between these institutions at individual universities.

## **2. THE SCOPE OF THE STUDY, ITS GOALS AND RESEARCH HYPOTHESES**

The scope of the empirical research was framed by the main aim of the research, which concerned the nature and functioning of the academic ombudsman institution at the Polish universities. In particular, the following issues were included in the scope of the research:

1. Reasons for the creation and development of ombudsman institutions at the Polish universities,
2. The role of academic ombudsman in solving university conflicts,
3. Types of cases that are the subject of ombudsman activities,
4. Types and nature of activities undertaken by ombudsmen in relation to conflict prevention and resolution at universities,
5. The use of mediation and other dispute resolution (ADR) methods by academic ombudsman,
6. The place of academic ombudsman in the structure of universities,
7. Model of academic ombudsman at the Polish universities, in particular with regard to dispute resolution.

Empirical research reported in this article is of a preliminary nature. The goal of this study is to gain new knowledge relevant to the development of academic ombudsman institutions at the universities in various countries, in the absence of research on this subject in Poland. In addition, the aim of the research was to obtain material that will be the basis for the next stage of research, including:

1. A deeper analysis of the position and role of academic ombudsmen at the Polish universities through empirical research involving representatives of the academic community and institutions at universities that permanently cooperate with the ombudsman,
2. A legal analysis of laws and regulations concerning position of the academic ombudsman in the legal system,
3. A comparative analysis of this institution at universities in other countries, especially with regard to the role of the ombudsmen in resolving academic disputes and conflicts.

The implementation of the general goal, and the specific goals of this research, is also intended to make the institution of academic ombudsman more familiar. The cumulative goal of these and subsequent studies will be to determine the nature of this institution in Poland in a comparative context and to formulate

operational models regarding the activities of academic ombudsmen in Poland and at foreign universities, primarily in the field of resolving academic disputes and the type of tools used by the ombudsmen.

In the research reported here, three basic hypotheses were adopted. Academic honesty and reliability require the admission that the hypotheses were the result of the author's experience and previous theoretical research<sup>18</sup>.

The first research hypothesis is the assumption that the ombudsman and his/her activities constitute an important element of the university structure, both from the point of view of the academic community and the university authorities. The author's earlier research, mainly in the international context, indicated that the function of the academic ombudsman is an important part of the university structure and fills a critical gap, by ensuring procedural justice and implementing the principle of equity and fairness in the university procedures. On the other hand, it is a considerable element of conflict management in the organization<sup>19</sup>.

The second hypothesis concerns the supposition that one of the basic roles of academic ombudsman is to resolve and prevent conflicts in the academia. Previous theoretical research conducted by the author shows that it is one of the main functions of academic ombudsman, which is consistent with the basic goals of this institution, i.e. helping members of the academic community in all matters.

The third hypothesis comes down to answering the question of what is the nature of the ombudsman's activities and what methods and tools they use in their work: soft methods such as facilitation, mediation, conciliation, informal conversation or more formal procedures and binding decisions<sup>20</sup>. The author's experience and her earlier theoretical research led to the conclusion that in most cases at foreign universities, ombudsmen use soft tools, and only exceptionally they do establish facts or make binding decisions<sup>21</sup>.

### 3. DESCRIPTION OF THE RESEARCH

The empirical research was of a qualitative nature and consisted of structured individual in-depth interviews conducted among the ombudsmen appointed at the Polish universities. The survey took place in March and April 2021. Identification of those who participated in the interviews took place in February 2021, therefore it did not include the ombudsmen appointed at a later date, i.e. after 28 February 2021.

---

<sup>18</sup> E. Gmurzyńska, *Analysis of the causes...* Part II, pp. 195–197,

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

The intention of the research was to conduct interviews with all academic ombudsmen or other professionals appointed to comparable positions. The selection of this group presented to the author a considerable difficulty, due to the fact that during the period 2019–2021, many ombudsmen, with various names of their position, were appointed at the Polish universities. The author had to choose which of these positions, regardless of their names, best fitted to the functions of academic ombudsman. To establish the surveyed group, the author first took into regard definitions of academic ombudsman well-established in the literature. According to those definitions, an academic ombudsman is an independent, impartial and neutral person who can be formally, informally and confidentially approached by students and/or academic and administrative staff to help them in dealing with complaints concerning the university and its community<sup>22</sup>. In addition, he/she is a neutral or impartial specialist in dispute resolution, whose main task is to provide confidential and informal assistance to members of the university community: the students, staff, and faculty<sup>23</sup>. Another definition highlights the informal nature of the ombudsman's activities and the possibility of applying both flexible and more formal procedures depending on the problem and situation, as well as the parties involved<sup>24</sup>. Taking into consideration these definitions, the author first, irrespective of the name, verified the group to be included in the research by analyzing their names, descriptions of their functions on websites or by direct telephone contacts. After the initial selection, in the next step, the author adopted the following criteria when selecting a particular person for the study:

1. They are not advocates of a specific group, e.g. excluded ombudsmen for students,
2. They are not dealing only with specific issues, e.g. excluded those authorized by the president of the university to deal only with specific issues such as bullying or discrimination,
3. According to the description on the websites, they are involved in a wide range of activities and assistance to members of the academic community, notwithstanding their names.

As a result of this choice, the author identified sixteen active ombudsmen who met these criteria and contacted them by e-mail. Out of all contacted professionals, one refused to participate in the study due to lack of time, and two did not respond to the invitation to participate in the study. As a result, the in-depth interviews were conducted with thirteen ombudsmen.

The interviews were conducted with the following persons (listed below by the name and the university; the year of their appointment was indicated):

---

<sup>22</sup> F. Bauer, *The practice of one ombudsman*, "Negotiation Journal" 2000, No. 16, p. 60.

<sup>23</sup> <https://www.jefferson.edu/content/dam/university/skmc/faculty/overview/ombudsman.pdf>. (accessed 10.01.2020).

<sup>24</sup> W.C. Warters, *Mediation in campus community: Designing and managing effective programs*, San Francisco 2000, p. 10.

1. Academic Ombudsman (*Rzeczniczka akademicka*), University of Warsaw – UW, dr Anna Cybulko, 2011,
2. Academic Ombudsman (*Rzecznik akademicki*), the Nicolaus Copernicus University in Toruń – UMK, dr Bartłomiej Chłudziński, 2013,
3. Ombudsman (*Rzecznik akademicki*), the John Paul II Catholic University in Lublin – KUL, dr Marek Dąbrowski, 2014,
4. Academic Ombudsman (*Rzecznik akademicki*), the Medical University of Warsaw – WUM, Oskar Luty, esq., 2016,
5. Ombudsman for Academic Rights and Values (*Rzecznik praw i wartości akademickich*), the Maria Curie-Skłodowska University – UMCS, prof. dr hab. Katarzyna Dudka, 2019,
6. Ombudsman–Mediator (*Rzeczniczka-mediator*), the Cracow University of Technology – PK, dr Justyna Małkuch-Świtalska, 2019,
7. Ombudsman for Academic Rights and Values (*Rzecznik praw i wartości akademickich*), Jagiellonian University – UJ, prof. dr hab. Beata Kowalska, 2019,
8. Ombudsman for Academic Rights and Values (*Rzecznik praw i wartości akademickich*), University of Silesia – UŚ, prof. dr hab. Jacek Górecki, 2019,
9. Ethics Ombudsman (*Rzeczniczka etyki*), the Warsaw School of Economics – SGH, dr Ewa Jastrzębska, 2020,
10. Ombudsman for Equal Treatment and Counteracting Discrimination (*Rzecznik ds. równego traktowania i przeciwdziałania dyskryminacji*), University of Wrocław – UW, dr Łukasz Prus, 2020,
11. Commissioner/Deputy of the President for Equal Treatment and Counteracting Discrimination (*Pełnomocnik rektora ds. równego traktowania i przeciwdziałania dyskryminacji*), Physical Education Academy in Wrocław – AWF, dr hab. Krzysztof Pezdek, 2020,
12. Ombudsman for Equal Opportunities (*Rzecznik ds. równości szans*) University of Warmia and Mazury in Olsztyn – UWM, Mateusz Dampc, 2020,
13. Commissioner/Deputy of the President for Equal Treatment (*Pełnomocnik Rektora ds. równego traktowania*), Academy of Art in Szczecin, dr hab. Zofia Wolny, 2020.

#### 4. THE QUESTIONNAIRE

A questionnaire was prepared especially for this study. The questionnaire consisted of 22 questions followed up by specific questions. All the participants in the study were asked these same questions. Each of the in-depth interviews lasted about one and a half hours, and due to the fact that the research was carried

out during the pandemic period, they were all conducted on-line. The ombudsmen were asked the following questions:

Introductory questions:

1. What was the main context for the appointment of the ombudsman?
2. For how many years has the ombudsman been active at the university?
3. What prompted the choice of a specific name for the institution?
4. What is the legal basis for the ombudsman's activity?

Questions aimed at determining the position of the ombudsman in the university structures and his/her overall role at the university:

5. What is the position of the ombudsman at the university and to whom is he/she subject?
6. What is the scope of the ombudsman's activities, what cases does the ombudsman deal with, and are there any types of cases that are of particular interest to the ombudsman?
7. What is the most important goal/objective of the academic ombudsman at the university?

Questions to determine specific tasks and role of the ombudsman, including their role in resolving disputes and conflicts:

8. How do cases get submitted to the ombudsman?
9. What issues are most often submitted to the ombudsman?
10. What are the most common actions taken by the ombudsman when a case is received?
11. How important is the ombudsman's work in resolving academic conflicts?
12. Does the ombudsman conduct mediation?
13. Is there a separate unit/person dealing with mediation at the university?

Questions aimed at determining the nature of the ombudsman institution and organizational issues:

14. Are the ombudsman's activities based on a specific set of ethical principles?
15. How does the ombudsman assess his/her independence and are there any problems with it?
16. What are the ombudsman's qualification for the performed function: education, training, experience?
17. How is the work of the ombudsman organized: is it an exclusive work or is it combined with other functions at the university, does he/she work full-time, part-time etc., does he/she have an office or assistants?
18. Does the ombudsman deal with the popularization of his/her institution or with education in this area?
19. With which units at the university does the ombudsman cooperate on a regular basis?



20. Does the ombudsman remain in contact with other persons performing similar functions at other universities? If so, with whom? Does it affect the way his/her position works?

Final/summary questions:

21. What are the greatest challenges in the work of an ombudsman?  
 22. What are the prospects for further development of the ombudsman institution at a particular university, as well as at universities in Poland in general?

## 5. ANALYSIS OF QUESTIONS IN THE QUESTIONNAIRE

### 5.1. TITLE

There is broad variation of titles at the Polish higher education institutions given to an academic ombudsman. This differentiation was influenced by the reasons for establishing this function at a particular university<sup>25</sup>. The variety of titles reflects the decentralized nature of this function, as universities in many cases adopt titles to the needs of the academic community. The first six ombudsmen appointed in Poland at universities in 2011–2017 adopted the title of the Academic Ombudsman (*Rzecznik akademicki*)<sup>26</sup>. According to the statements of the ombudsmen at these universities, this title was adopted because there were no similar institutions at the Polish universities. At the University of Warsaw and the Nicolaus Copernicus University, reference was made to the titles of similar institutions in other countries, but the title was Polonized since the term “ombudsman”, commonly used at universities in other countries, might not have

<sup>25</sup> It is worth noting that most popular names used at foreign universities in English speaking countries are the following: academic ombuds, academic ombudsman, and academic ombudsperson. In Spain and Mexico those institutions adopt the name *defensor universitario*, in France *médiateur* or *défenseur académique*, B. Chludzinski, A. Budzanowska, *op. cit.*, p. 318. There are also ombudsmen only dealing with students such as *provedor do estudante* (Portugal), *student ambassador* (Denmark), *studentombudet* (Norway), *ombudsman för studenter* (Sweden), *Ombudsstellen* or *Ombudspersonen für Studierende* (Austria, Germany), *difensore degli studenti* (Italy), *Ibidem*. However, these ombudsmen are advocates for a specific group, unlike the academic ombudsman, who usually deals with the matters of the entire academic community and, more still, his/her activities are aimed at resolving academic disputes and protection of academic values.

<sup>26</sup> The first academic ombuds were appointed at the University of Warsaw, the Nicolaus Copernicus University in Toruń, Catholic University in Lublin, and the Medical University of Warsaw. According to Chludzinski and Budzanowska, *op. cit.*, p. 318, the following Polish education institutions appointed academic ombudsmen: University of Warsaw, the Nicolaus Copernicus University in Toruń, the Medical University of Warsaw, Catholic University in Lublin, the Cracow University of Technology, Vistula University, University of Humanists and Economics in Łódź, Kujawy and Pomorze University in Bydgoszcz.

been understandable to the academic community at that time. Currently, *Rzecznik akademicki* at the Medical University of Warsaw uses the title *Ombudsman akademicki* and *Rzecznik akademicki* interchangeably. *Rzecznik akademicki* at the University of Warsaw also uses the title *Ombudsman akademicki*, e.g. in the website address or in a brochure about its activities addressed to the academic community. In addition, at the UMK and the WUM, where the ombudsmen were appointed a few years after this institution began to function at the University of Warsaw, their titles were modeled after that of the University of Warsaw. In addition, they emphasized in their interviews, that because that position was completely new at the Polish universities, this term was most suitable as being broad, not related to a specific group of people, understandable, and gave the possibility of adapting this function to the needs of a given university.

Another group of ombudsmen are institutions established in the years 2019–2021. There were several impulses to create these functions, such as: the Law of 20 July 2018 on Higher Education and Science (Law 2.0), the EU programs, or the activities of the Human Rights Defender, mentioned earlier. During this period, an ombudsman for academic rights and values were appointed at several universities (UJ, UMCS, UŚ) in accordance with the model charter providing for the establishment of such institution, attached to the Law 2.0<sup>27</sup>. Despite lack of an obligation under the Law 2.0, both the Law itself and the model charter created the organizational and legal framework for the introduction of this position. At several other universities (UWr, AWF in Wrocław, and Academy of Art in Szczecin) in the same period, the ombudsmen/commissioners for equal treatment and anti-discrimination were appointed after the recommendations issued by the Human Rights Defender following the report on harassment and subsequent recommendations of the Conference of Presidents of the Polish Universities (KRASP) on academic freedom<sup>28</sup>.

Some of the universities adopted the names which are quite unique, e.g. the Ombudsman-Mediator at the Cracow University of Technology, appointed after the recommendations of the European Commission assessing “HR Excellence in Research” at this university and sending recommendations on the implementation of equality procedures, emphasizing the importance of mediation in these proce-

---

<sup>27</sup> Law 2.0. The concept of the so-called Constitution for Science was prepared by the Nicolaus Copernicus University, University of Silesia, University of Gdańsk, and the Maria Curie-Skłodowska University. Section V of the model charter provides for the appointment of an ombudsman for academic rights and values, [http://statut20.umk.pl/wp-content/uploads/2019/02/STATUTU-2.0-B\\_18.02.2019.pdf](http://statut20.umk.pl/wp-content/uploads/2019/02/STATUTU-2.0-B_18.02.2019.pdf) (accessed 25.03.2023). Ombudsmen for academic rights and values were appointed, among others, at Jagiellonian University, University of Wrocław, and the Maria Curie-Skłodowska University.

<sup>28</sup> Statement of the Assembly of the Conference of Presidents of the Polish Universities of 20 November 2020 on academic freedom, document No. 6/VIII, [https://www.krasp.org.pl/resources/upload/dokumenty/PP\\_zdalne/PP\\_20.05.2021/Zal1-dok6\\_VIII.pdf](https://www.krasp.org.pl/resources/upload/dokumenty/PP_zdalne/PP_20.05.2021/Zal1-dok6_VIII.pdf) (accessed 25.03.2023).

dures<sup>29</sup>; Ombudsman for Equal Opportunities at the University of Warmia and Mazury in Olszyn, which was appointed in connection with the Żagiel project aimed at increasing the accessibility of UWM in Olsztyn for students with disabilities<sup>30</sup>; or the Ethics Ombudsman at the Warsaw School of Economics, appointed as a result of the adoption of “HR Excellence in Research” and the university’s social responsibility strategy, based on the corporate social responsibility CSR<sup>31</sup>.

## Conclusions

The research shows that the most commonly used term is the title *Rzecznik* (ombudsman). It was adopted in order to avoid such titles like “commissioner” or “deputy of the president” which could be read as a position dependent on the president of the university. For example, at the Nicolaus Copernicus University in Toruń, the name of this institution is the “academic ombudsman” (*Rzecznik akademicki*), although formally it is a position of the president’s commissioner. Due to the fact that the ombudsman should be as independent as possible in his/her activities, it was emphasized in several interviews that the term *rzecznik* reflects this independence better, although in three cases the formal name is “deputy of the president”. Due to the semantics of the word *rzecznik* in the Polish language, meaning someone who supports a case or acts on behalf of someone else, there is a risk that the term *rzecznik* will be understood as a defender of a certain group in the academic community or certain value<sup>32</sup>. Some of the respondents noted that misunderstanding of the role of *rzecznik* may raise issues relating to its independence or neutrality. The academic ombudsman at the Medical University of Warsaw stated that “There is a risk that the ombudsman will simply become an advocate of the students’ rights. The ombudsman should protect academic rights and values in general, and does not play the role of an assistant to the student government”. For this reason, the name of the academic ombudsman (*rzecznik akademicki*) seems accurate, as it does not give the impression that he/she is a defender of a specific group or specific values. In addition, people appointed to this position, due to the broad name, may themselves define the scope of their activities to some extent, depending on the problems occurring at a given university. Those who act as ombudsmen emphasized also that, especially at the

---

<sup>29</sup> The “HR Excellence in Research” award gives public recognition to research institutions that have made progress in aligning their human resource policies with the principles set out in the “Charter & Code”, <https://euraxess.ec.europa.eu/jobs/hrs4r>. (accessed 25.03.2023). The European Commission recognizes with the “HR Excellence in Research” award the institutions which make progress in aligning their human resources policies to the 40 principles of the two documents. European Charter for Researchers and Code of Conduct for the Recruitment of Researchers.

<sup>30</sup> Żagiel możliwości – model dostępności Uniwersytetu WarmińskoMazurskiego, <http://zagiel.uwm.edu.pl/> (accessed 25.03.2023).

<sup>31</sup> CSR – Corporate Social Responsibility; <https://www.parp.gov.pl/csr> (accessed 25.03.2023).

<sup>32</sup> Słownik języka polskiego, PWN; <https://sjp.pwn.pl/sjp/rzecznik;2518568> (accessed 25.03.2023).

beginning of their activities, the academic community was not aware of what they do. Quite often this function is confused with the function of a disciplinary spokesperson (*rzecznik dyscyplinarny*) or a press spokesman (*rzecznik prasowy*), since in the Polish language the noun *rzecznik* refers to all those functions.

As a result of the analysis of information concerning the adoption of the name, four groups emerged:

1. *Rzecznik akademicki* (Academic Ombudsman) (4 respondents) – this is a broad name adopted by the universities where this institution was established in the years 2011–2016. It is also worth emphasizing that, despite the passage of time, these names have not been changed. According to the respondents, they are still accurate, since they reflect well the scope of the ombudsman's activities and the nature of this institution, and also give quite a lot of freedom in adjusting the scope of activities to the needs and problems of the institution.
2. *Rzecznik praw i wartości akademickich* (Ombudsman for Academic Rights and Values) (3 respondents) – appointed in accordance with the model charter, which is an annex to the Law 2.0, providing for the appointment of the Ombudsman for Academic Rights and Values and creating an institutional framework for the ombudsman's activities.
3. *Rzecznik/pelnomocnik ds równego traktowania* (Ombudsman/Commissioner for Equal Treatment) (3 respondents) – the name determined by the recommendations of the Human Rights Defender and the statement of the Conference of the Presidents of the Polish Universities, as well as the expectations of the academic community in relation to the growing problems of equal treatment.
4. Individual names with no other equivalents (3 respondents) – e.g. *Rzecznik równości szans* (Ombudsman for Equal Opportunities) at the UWM, *Rzecznik-mediator* (Ombudsman-Mediator) at the Cracow University of Technology, *Rzecznik etyki* (Ethics Ombudsman) at the Warsaw School of Economics – appointed as a result of participation of those universities in special projects and programs, e.g. the Żagiel project, CSR or the project of the European Commission “HR Excellence”.

## 5.2. PERFORMANCE OF OTHER FUNCTIONS AT UNIVERSITIES BY OMBUDSMEN

Most of the ombudsmen are employed at the universities as research and teaching staff (9 people). The majority of them are tenured professors (6 people), in the other three cases they have a Ph.D. degree. In four cases, the persons acting as ombudsmen are not academics (UW, UWM, WUM, the Cracow University of Technology) but two of them have a Ph.D. degree (UW and Cracow

University of Technology), one is a doctorate candidate and one is an attorney specializing in medical law. Among the four ombudsmen who are not research and teaching staff, three respondents are employed at the university, while one is a freelance employee. The respondents who are not academics are usually part-time employed as ombudsmen. They emphasize that such a form of employment gives them greater independence, since they are only subject to the president of the university and are not dependent on the deans, for example. On the other hand, the vast majority of the ombudsmen who are employed on research and teaching positions replied that they cooperate with many institutions at the university but are not members of the university's governing bodies, which gives them greater independence. Several ombudsmen previously held other functions at their universities, such as a disciplinary spokesperson or person responsible for safety of the students, and this experience, according to the respondents, is very useful when acting as ombudsman.

## Conclusions

The analysis of the information provided by the ombudsmen leads to the conclusion that in the vast majority of cases, they are people who have been associated with a given university for a longer period of time, usually as research and teaching staff. Moreover, most of them held the title of professor or university professor, which places them quite high in the hierarchy of the university. It is worth noting here, which will be the subject of a more detailed analysis later in this article, that in several cases the internal university regulations require that ombudsman has at least the Ph.D. degree or university professor title<sup>33</sup>. Most often, when taking up the position of the ombudsman, they resign from other functions at their university in order to protect their independence. The important attribute of most of the ombudsmen is good knowledge of the university-related matters, which gives a greater guarantee of familiarity with the academic community, diagnosing and solving problems they face. The fact that these functions are performed by professors in many cases, even if not required by university regulations, may be due to at least two reasons. The first is the need to create an atmosphere of trust in the institution of the ombudsman, to which members of the

---

<sup>33</sup> Art. 118, para 2 of the Charter of the UMCS of 29 May 2019 reads: "A candidate for the Ombudsman may be an academic teacher holding at least a doctoral degree. The candidate for the Ombudsman must be employed at the University on a fulltime basis for at least 10 years". Art. 40, para 3 of the Charter of the University of Silesia adopted by the Senate on 28 May 2019 reads: "A candidate for an Ombudsman may be an academic teacher employed at the University as a professor or university professor with at least ten years of work experience at the University". Art. 4, para 1, p. 1 of the Resolution No. 16/II/2020 of the Senate of Jagiellonian University of 26 February 2020 on the principles of appointing and the scope of competences of the Ombudsman for Academic Rights and Values reads: "The Ombudsman may be an academic teacher employed at the Jagiellonian University as a professor or university professor".

academic community report very diverse problems. Prestige is associated with high academic degree, and in the universities an academic title is often equated with a higher status in the university hierarchy<sup>34</sup>. Consequently, achieving such trust may be easier for those with a high academic status. In addition, due to the quite hierarchical structure of the university and the fact that academics often report to ombudsmen, the academic title adds rank to this institution and contributes to the fact that tenured people will not have concerns or barriers in reporting to ombudsmen, especially in situations of a dispute with another tenured academics or faculty administration. The Medical University of Warsaw adopted a different model, where an attorney specializing in medical law, quite loosely associated with the university, was hired as the academic ombudsman. Such a solution may be a result of specific problems which appear at the medical school and the need to deal with medical law. Additionally, as an advocate, he enjoys great prestige characteristic for legal professions.

### 5.3. THE SCOPE OF THE ACTIVITIES

The interviews with the ombudsmen show that the scope of their activities varies and depends on such variables as specific problems occurring at a given university and activities assigned to the ombudsman in the appointment decision by the president, university regulations or in the charter. Ten ombudsmen out of the thirteen interviewed deal with the matters of all members of the academic community, i.e. the students, academics and the administrative staff. The scope of the ombudsmen's activities is partially determined by the name of these institutions, although, on the other hand, these names are so broad that they do not constitute an adequate indication of what matters ombudsmen deal with.

It is worth to mention that at many universities ombudsmen for student rights or student ombudsmen were also appointed, but this group is not included in the present study. The purpose of their activities is mainly related to the protection of one group in the academic community, i.e. the students<sup>35</sup>. However, even if the

---

<sup>34</sup> Report of CBOS on Prestige of Professions, Warsaw, November 2013, p. 2, [https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K\\_164\\_13.PDF](https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_164_13.PDF) (accessed 25.03.2023). In research on the prestige of various professions in Poland, the academic professor enjoyed the greatest prestige after the firefighter – 82 per cent of the respondents declared great respect for this profession. In the case of academic professors, respect is determined primarily by the expert nature of the profession and the tradition that attributes high social prestige to it. An important status factor in this case is both the academic title itself and the resulting authority, as well as the type of work associated with intellectual independence.

<sup>35</sup> The difference is worth noting between the Student Ombudsman and the Academic Ombudsman. The main task of the former is to defend students' rights. According to the information on the website of the Student Ombudsman at the Students' Parliament of the Republic of Poland, the Student Ombudsman defends the rights of students through interventions, information campaigns, trainings, and debates. The Student Ombudsman also has the right to bring a complaint

student ombudsmen were appointed at universities, academic ombuds also, to a certain extent, deal with some student's matters, because the issues of academic rights and values or equal treatment concern all members of the community, not only the employees. Similarly, the Ethics Ombudsman at the Warsaw School of Economics deals with ethical problems of the academics, but often the matters that come to her are brought by the students<sup>36</sup>. Moreover, due to the existence of separate bodies which deal with bullying (anti-bullying commission, deputies for anti-bullying policy), at some universities ombudsmen do not deal with bullying. If cases of bullying arise, the ombudsman directs them to those institutions or to the president of the university who appoints a special commission for each case. In several cases, ombudsmen emphasized that all cases go to them first, and then they refer the matter to the units which deal with a specific category of problems. At some universities, however, for example at the University of Wrocław, the Ombudsman for Equal Treatment and Counteracting Discrimination also deals with bullying matters. Similarly, the Ethics Ombudsman at the Warsaw School of Economics deals with bullying issues. At the Nicolaus Copernicus University, the Academic Ombudsman dealt with all matters during the first years of his activity,

---

against any decision of the university administration that discriminates the student and breaks the law. He/she may also represent a student before the university authorities. The Student Ombudsman at the Students' Parliament of the Republic of Poland has a nationwide range, <https://psrp.org.pl/nowa-rzecznik-praw-studenta>. See also about student ombudsman at individual universities e.g. <https://samo.mish.uw.edu.pl/rzecznik-praw-studenta-archiwum/> (accessed 25.03.2023). The Student Ombudsman at the MISH College at the University of Warsaw provides students with substantive assistance in the course of study. The Ombudsman contacts the Deputy Director of the College for Student Affairs in order to clarify any disputes, and unclear student practices. Student Ombudsman may intervene in cases that clearly violate the provisions of the Regulation of Study at the University of Warsaw and MISH College. <https://uni.wroc.pl/pomocny-uwr/pomoc-prawna/rzecznik-praw-studenta-uwr/> (accessed 25.03.2023): The tasks of the Student Ombudsman of the University of Wrocław include, first of all, the protection of the rights of students. In conflict and crisis situations, the Student Ombudsman represents students and acts as a mediator. <https://w.prz.edu.pl/uczelnia/dobre-praktyki/rzecznik-praw-studentow>: The Student Ombudsman is appointed to protect the rights of students, is a guardian of the students' rights, and also cooperates with the University authorities on an ongoing basis. The Ombudsman intervenes in the event of violations of students' rights at the University and takes preventive measures to increase awareness of the rights and obligations of the students.

<sup>36</sup> The Ethics Ombudsman at the Warsaw School of Economics, unlike other ombuds participating in the study, deals with strictly defined issues related to the ethics of academics and her activity differs from the activities performed by academic ombuds. Her main task is to promote the Code of Ethics, support employees in implementing the provisions of the Code, counteract unethical actions and violations, consider reports of violations of the Code, monitor the implementation of the Code, and submit proposals for updating the Code. <https://www.sgh.waw.pl/etyka-w-sgh> (accessed 25.03.2023). The interview with the Ethics Ombudsman leads to interesting conclusions that she uses slightly different tools than the academic ombudsmen. Due to the fact that she deals with ethical issues concerning academics, her task is usually to establish facts and transfer the matter to the President of the School. She uses soft tools in the form of facilitation and informal mediation, but not as often as the academic ombuds.

while due to the adoption of Law 2.0 and the appointment of a commissioner for equal treatment and for the safety of students, the scope of matters that are currently submitted to him are narrower.

The scope of matters dealt with by ombuds is quite diverse. Most often they take all the matters from any member of the academic community, but in a few cases their activities are limited to the employees only<sup>37</sup>. In the vast majority of cases, except for one, the scope of ombudsmen's activities is specified in the charter, regulations or appointment decision, however, these provisions have a different degree of details.

## Conclusions

Due to lack of previous models, different nature of universities, the problems occurring at them, as well as because of going through the experimental phase, many ombudsmen at the time when their function was created tended to deal with a wide range of cases. Only over time, while they gained more experience, ombuds began to transfer some matters to the other units. In most cases, ombudsmen accept cases from all the members of the community, unless their activities are limited by internal regulations to a specific group or it results from the nature of the cases which the ombudsman handles (e.g. the Ethics Ombudsman). An ombuds for the Jagiellonian University emphasized that "due to the fact that the range of matters is very wide, I am currently learning to assign or move matters to other units. I also see my role in such a way that I learn to move things elsewhere and do not to deal with everything on my own". Many ombudsmen believe that since they create these functions from the beginning, and at the same time the scope of their activities is only generally defined, they not only define their role at the university, but also determine the type of matters they deal with and of activities they undertake.

Due to the fact that many ombuds were appointed in the years 2019–21 and their activities were significantly limited during a year and a half due to the pandemic, they are currently in the process of defining the scope of matters they deal with.

---

<sup>37</sup> E.g. in the Cracow Technology University, the Ombudsman-Mediator deals only with the academics' matters, according to para 2 of Zarządzenie No. 46 of the President of 22 July 2019 on appointment of the position of the Academic ombudsman. Para 39 of the Charter of University of Silesia provides that the Ombudsman for academic rights and freedoms aims to amicably resolve conflicts and disputes between the University employees, as well as between the employees and the University authorities and administration; on his/her own initiative or at the request of a University employee he/she gets involved in those cases, when it is required by the interests of the University community or when an employee or a group of the University employees feels harmed, bullied, harassed, discriminated against or otherwise improperly treated. "An academic ombudsman at the Catholic University of Lublin said in an interview that he only deals with the employees".



#### 5.4. THE CATEGORIES OF CASES HANDLED BY OMBUDSMEN

Most ombudsmen list two main categories of cases they deal with. First, they handle individual cases in which they intervene in various ways with regard to people who have submitted their complaint or simply want to know what they can do in a specific situation. These matters usually come from the members of the academic community, and less often from the president of the university or the other members of administration or units of the university. The second category includes activities of a more general nature, resulting from the university's policy, or those related to broader problems that are specific to the academic environment. These activities include the implementation of especially dedicated programs, promoting specific academic values, educating the academic community, initiating good practices, creating an academic ethos or initiating discussions on important topics at the university. Although the vast majority of ombuds believe that their tasks include both interventions in individual matters and actions of a more general nature affecting the entire community, in two cases the ombudsmen see their role in a limited way, only as persons who deal with current affairs, i.e. the interventions in individual cases.

Regarding individual cases, ombudsmen noticed that "people who are lost and do not know who could help them" come to them, or those who cannot find help elsewhere, and expect answers to their questions. They are usually both the students and the employees. The academic ombuds of the University of Warsaw, who has more than ten years of experience in holding this position, noted that recently she was also approached by the deans and the heads of departments for advice on how to approach some problems, who told her: "I can see the problem and I don't know what to do with it". She positively assessed this evolution in the approach to the problems by those who are in charge of the departments and faculties at the university, since they noticed that the ombuds could be helpful in solving problems they face. In dealing with them, she sees her role as that of a person who shows them the tools and methods to solve a given problem. The ombuds of the University of Warsaw also expressed the belief that if this function did not exist, members of the community would in many cases not have a place where they can turn for help and would be left to themselves.

The ombuds at the Nicolaus Copernicus University most often deals with the disputes between the students and the employees. The second most common category includes the labour disputes. In three cases, when the ombudsmen are also lawyers, they stated that the members of the community also ask them for legal opinion or legal information, and they usually provide them with a requested opinion "because no one at the university is able to give them such information".

The ombudsmen who have been appointed during the last three years were usually unable to precisely distinguish the categories of cases that come to them, because so far they have either handled relatively few cases, due to the involve-

ment in more systemic solutions, or they received so many cases that they did not have time to analyze them in a systematic way. The ombuds of the University of Warsaw, among hundreds of cases brought to her, listed the following categories which most commonly are submitted to her office:

### **Students**

1. Matters related to the course of the study (e.g. expelling from the university),
2. Disputes with the academics – feeling of unfair treatment, changing the rules during the semester,
3. Disputes with the mentors and tutors – a systemic problem in different expectations,
4. Scholarship issues,
5. Cases of discrimination and harassment.

### **Academic and administrative staff**

1. Relationship and financial resources conflicts,
2. Bullying,
3. Problems with copyright and ethical principles (downloading, plagiarism),
4. Problems with the behavior of the students during classes.

### **Conclusions**

In most cases, ombudsmen define their role more broadly than just somebody who handles individual matters and issues. They join and organize broadly framed educational activities, such as trainings, lectures, programs, discussions, debates, meetings, and promote specific academic values. Sometimes this role is also fulfilled by participation in committees or consultations of documents prepared by the university authorities, although some ombuds limit their activities in other university bodies to a minimum, so as to they do not lose their independence. The scope and subject matter of the general activities undertaken by the ombudsmen is based on consultation with the university administration, therefore the ombudsmen undertake the activities in this area, which is consistent with the university's policy and its strategic goals. Although some ombudsmen see the need to be involved more in educational or consultative activities, they do not undertake them or do so to a limited extent due to the high volume of matters from individual members of the community and the lack of time to undertake wider activities. The ombudsmen who were appointed in the years 2019–2021 are mainly involved in individual cases, oscillating around issues related to equality, discrimination, diversity, fair treatment, bullying, and the copyright issues. For example recently, some ombudsmen dealt with a separate category of issues related to discrimination against the transgender students whose sense of security

at the university has been threatened, they have encountered verbal aggression, hate speech, transphobia, and homophobia. The cases also include discrimination and harassment. As the spokesman of the University of Silesia said: “The function of the ombuds is also to adapt to the needs of the community and to focus on solving the problems that are present at the moment”. For example, during the pandemic, many conflicts resulted from a lack of personal contact, and these conflicts would not arise if there were direct contact between people and clarification of certain issues on an ongoing basis. The other category of issues that has dominated in recent years are conflicts resulting from the introduction of Law 2.0 and changes in the organizational structure of universities or the requirements for the employees, especially in regards to research and teaching. Many people do not understand this structure and feel lost in the face of changes, which leads to conflicts.

## **5.5. TYPES OF ACTIVITIES UNDERTAKEN BY ACADEMIC OMBUDSMEN**

### **5.5.1. SOFT TOOLS**

The first type of action, undertaken by virtually all surveyed ombudsmen, is the use of soft tools in the form of informal conversation or consulting with those who report a problem to them. Sometimes they refer a matter to the president of the university, if the president’s decision is the most appropriate approach. Some ombuds emphasize that often it is enough that they show their interest in the matter and the person reporting the problem has the opportunity to talk to the ombuds about the problem, which changes their perspective and perception of a particular issue. In addition, the ombudsmen often engage in a conversation with both parties and also seek information from the university departments to help solve the problem. One ombuds focuses on supporting people with Asperger Syndrome and describes his soft activities this way: “Sometimes it’s just a simple conversation. Students come to my office for a few minutes and I ask them how they are doing. I try to find time to talk to them because I believe that communication is a priority and my obligation is to give them the support”. One of the ombuds noted that in 90 per cent of cases his intervention or the intervention of other people is not needed at all, because those who come to him just want to discuss the problem. Worth noting are the observations of those ombuds who have long time experience. The ombuds at the University of Warsaw reported: “There are hundreds of cases that reach me from very different levels. I try to help. I answer all sort of questions because people are lost, they do not know where to go, and sometimes there is no one at the university who would be willing to answer their question”. The ombuds at the Nicolaus Copernicus University said that he had encountered “all possible dysfunctions that appear in the relations between the members of the university

community. I have dealt with all kinds of problems, challenges and main sins which may appear in a complex organization such as the university”.

The ombudsmen report that the major part of their activities include “informal conversation”, “shuttle conciliation”, “facilitation”, “informal mediation” or “consultation”. Several of them also conduct more formalized mediation. A more detailed report on the mediation by ombudsmen will be analyzed in subsection 5.7. It is worth noting that none of the ombudsmen make binding decisions on individual matters, nor do they establish facts or apply formalized procedures. The ombuds at the Jagiellonian University described her role as follows: “Well, I can’t do anything. My role is soft. So what is my goal is to get the two parties to start communicating”. In the case of the Ethics Ombuds who participated in the interviews, the actions are somewhat different. This ombuds examines whether the violation of the ethical rules in force at the university has occurred or not, collects documentation, and then prepares a position on the issue and presents it to the president, who makes a decision on the issue. Such actions aimed to identify the infringement are different in nature from typical ombudsman actions. Most of the academic ombudsmen do not undertake fact-finding activities but rather apply a problem-solving approach or a referral to the appropriate department. In this individual case, fact-finding activities may result from the fact that the Ethic Ombudsman has been appointed specifically to deal with cases related to violations of academic ethics.

### 5.5.2. LEGAL OPINIONS

All ombudsmen stated that very often in the matters which are submitted to them legal issues are important. Seven of the surveyed ombuds have a legal education. Those who have such education indicated that it is very useful in their ombudsman’s activities. With regard to preparing legal opinions, three approaches to this issue have emerged, depending on whether a given ombuds has a legal education or not.

In all cases where ombudsmen have no legal education they have clearly indicated that they do not issue legal opinions, and when necessary, they refer the matter to the legal department, with which they closely cooperate or present the problem to the president for a decision. According to them, legal issues often appear in the cases they receive, and legal knowledge is very useful, but they emphasize that they are in constant contact with the legal department.

A slightly different approach is represented by ombudsmen with legal education. In three cases, ombudsmen who are lawyers stated that they do not issue legal opinions that are binding, but admitted that they sometimes prepare documents that are legal opinions by nature, e.g. “we prepare an opinion that contains our legal perspective, but then we always write that the opinion is not binding, but it is our interpretation or point of view. Of course, we can go to the individual person and try to convince her/him that they should act accordingly, but no one

is obliged to obey. (...) As an ombudsman, I give opinions, but they are not legal opinions, these are opinions of the ombudsman's office issued after hearing the case, meeting with all parties, consulting various people or university bodies. (...) Often I express my opinion orally and then I summarize it in the e-mails. I do not prepare a full extent legal opinion".

The third group of ombudsmen with legal education report that legal help is one of their duties. One of the ombuds stated that "it can be said that I provide such ongoing legal assistance for employees. However, apart from such individual cases, I am also consulted by the university authorities on various issues, including the legal ones". Another ombuds with a legal background stated: "I do write legal opinions, but they are informal in the sense that I provide information, such as legal opinion by e-mail, responding to a given problem". At another university, the ombuds said: "It often happens that I am commissioned to give a legal opinion, which means that the president asked me to prepare a legal opinion. Sometimes also a deans ask me to do so. I had one case so far when I was asked to verify from the legal point of view a rather complicated situation".

### **5.5.3. REDIRECTING CASES TO OTHER UNIVERSITY UNITS/ DEPARTMENTS**

Many ombuds stated that it is an important function since they deal with a wide variety of cases. Their statements show that if the members of the academic community do not know where to turn with their problem or how to qualify their problem, they contact them. If they do not receive help from other units, they also come to the ombudsmen. Such an approach is favored because of very general definition of the function of an ombudsman and the lack of formalized procedures, which means that the members of the academic community readily apply to them. Due to the establishment of other units at universities in recent years, which deal for example with discrimination, bullying, student safety, matters falling within the competences of individual units are transferred to them by the ombuds. Several ombudsmen noted that redirecting the case to the appropriate unit, employee or president of university is their important task, apart from solving problems. If they receive a case that is beyond their mandate, they redirect the case to other units or to the president. Many ombuds stated that they never leave the matter unresolved, and if the issue does not fall within their competence, they investigate who is in charge and redirect the case to a more specialized department.

### **5.5.4. ISSUING UNIVERSITY-WIDE ANNOUNCEMENTS/ RECOMMENDATIONS**

Sometimes the ombudsman issue announcements or recommendations concerning issues important for the academic community. Such announcements have been so far rather rare and two examples can be brought: a recommendation

regarding the use of an avatar symbol by the students and the English-speaking student council, in which an ombuds confirmed that “there were certain facts that no one wanted to confirm”, and because of that position the community was able to break the deadlock.

### 5.5.5. EDUCATIONAL AND PROMOTIONAL ACTIVITIES

In addition to intervening in individual matters, the ombudsmen often conduct educational activities and promote their activities at universities, which manifests itself in various forms, for example by conducting lectures, workshops, training for the employees and students, organizing meetings with the ombudsman at various departments, and organizing special programs or debates. Specific actions taken in this area include, for example, creating anti-discrimination procedures, introducing education mechanisms and clear rules on co-authorship or plagiarism, campaigns to prevent discrimination or promote equality and diversity, research on the remuneration of men and women at universities, training in dispute resolution in the workplace, mediation or how to react to bullying, and organizing debates<sup>38</sup>.

## Conclusions

The analysis of the interviews shows that there is a wide range of different activities undertaken by ombudsmen. Often the type and scope of these activities depends on when the ombudsman was appointed. The longer this institution functions at the university, the more diverse these tasks are. Moreover, it is significant that ombudsmen, as a rule, do not make binding decisions and do not conduct activities aimed at establishing facts, except for one ombudsman whose task is to protect academic ethical principles. The activities undertaken by the ombudsmen are quite homogeneous, and the main mechanisms they use are soft tools. However, their practice is slightly different depending on their education. Those with legal education, who account for more than half of the respondents, state that the legal education is very helpful in performing their functions and issue legal opinions that are “non binding”. The ombudsmen with different educational background turn to legal offices at the universities when they encounter problems of a legal nature.

The activities of ombudsmen usually include:

1. Informal conversation,
2. Facilitation,
3. Informal or formal mediation,

---

<sup>38</sup> Many of these activities are described on the website of the academic ombuds of the University of Warsaw: <http://ombudsman.uw.edu.pl/archiwum/easop/>; <http://ombudsman.uw.edu.pl/sposob-dzialania/dokumenty/https://mediacje.wpia.uw.edu.pl/dla-pracownikow/68-zapraszamy-na-szkolenie-pt-rozwiazywanie-konfliktow-w-relacjach-pracowniczych-oraz-profilaktyka-mobbingu> (accessed 25.03.2023).

4. An attempt to explain the situation (shuttle diplomacy),
5. Redirection of the case to the appropriate unit,
6. Signaling and reporting irregularities to the president in rare cases of violating law or the regulations<sup>39</sup>,
7. Issuing announcements/positions/recommendations,
8. Educational and promotional activities.

### 5.6. MISSION AND GOALS OF ACADEMIC OMBUDSMEN

The answers to the question about the mission/goals set by the ombudsmen were as follows. Three of them replied that their mission is to resolve conflicts and prevent conflicts at academia (UMK, WUM, KUL), commenting that it is not only their task, but also a mission. The ombuds at the Catholic University in Lublin believes that conflict prevention is also carried out by educating the community in how to deal with them. The ombuds at the Cracow University of Technology stated that “it is a delicate negotiation mission. It consists of reminding people about mutual kindness, personal culture, and turning to each other with empathy”. The six ombudsmen believed that their mission was more general: they felt obliged to provide students and staff with a safe and good working and study environment, to make them feel safe, to ensure that their rights were not violated, and to prevent discrimination. Two ombudsmen emphasized that the mission of the university, and consequently that of the ombudsmen, should be to build a community and to create a true *universitas*, among others by preventing discrimination and building dialogue. Several ombudsmen mentioned the educational mission as a priority, which includes, for example, building awareness of how to deal with conflict, what values should guide members of the university community, or in the field of discrimination and equality.

Among other missions and goals of their function they also listed:

1. Providing support for the employees and students “because the mere awareness of the existence of such a position mentally helps a lot”,
2. Fair treatment or the implementation of the principles of equity and justice at the university,
3. Involving the university in important topics, e.g. in regards to academic freedom,
4. Introduction or influence the introduction of systemic solutions at universities that will prevent discrimination and take into account the needs of various minorities.

---

<sup>39</sup> The ombuds at the University of Warsaw clearly mentioned that signaling is one of her tasks, while the statements of several other ombuds show they also believe that they should inform the university authorities of the detected irregularities. However, everyone emphasized that these situations are exceptional.

## Conclusions

The comments of the ombuds show that most of them understand their mission quite broadly in terms of ensuring the safety of the students and the employees. Safety is understood as creating conditions for work and study in which every member of the community, regardless of belonging to a particular group, will feel comfortable. This mission is carried out both by various types of ombudsman interventions and by creating a place where everyone can report their problems. The office of the ombudsman is to be a safe place where they can get help, especially in the absence of this help from other units of the university. Moreover, the mission of the ombudsmen is consistent with the mission of universities, in particular the educational mission of building a community. For several ombudsmen, an important mission and goal is to resolve and prevent conflicts at the university, and for the others such activities are methods for the implementation of the mission to ensure safety, preventing discrimination, and promoting equality at the university.

### 5.7. DISPUTE RESOLUTION AND MEDIATION

The interviewed ombuds almost unanimously stated that dispute resolution is their main area of activity. One of them emphasized that it is the essence of his activity and reported that he considers solving and mitigating conflicts at his home university as his mission. Another one stated that resolving disputes takes up to 90 per cent of his activity, while another one noted that after educational activities it was her most important task at the university. In response to the question about mediation, most of the ombudsmen expressed great enthusiasm for this method, stating, for example, that “mediation works miracles”, “I did not expect that this method would bring such amazing results”. Their responses show their belief in the effectiveness of mediation in academic disputes.

The understanding of mediation by ombudsmen is quite consistent and most often, in an academic context, they understand mediation as an informal conversation with the parties enhanced by their participation. Although they emphasize that it is not a classic and formal mediation, understood as a procedure governed by specific rules and concluded with a written settlement. Two ombuds expressed the view that the university mediation should be understood as an element of restorative justice, particularly having in mind that at one of the universities it is used as part of disciplinary proceedings<sup>40</sup>. Most ombudsmen deal with conflict resolution using a method which they describe as an “informal mediation”, “facilitation”, “bringing the parties together and talking” and “a not 100 per cent mediation”. Many ombudsmen pointed out that they did not conduct “formal mediation”, although several statements show that they are considering such a possibility in

---

<sup>40</sup> Para 122, p. 4. of the Charter of UMCS.



the future, particularly in many cases where mediation is an integral part of their duties<sup>41</sup>. Three ombudsmen are professionally prepared to conduct mediation, since they went through a mediation training and practice, and these ombudsmen conduct mediation in the academic settings. The others stated that due to the lack of formal preparation, they did not feel competent to conduct formal mediation, and when they see or potentially see the need for mediation, they refer the case to a professional mediator. Two ombudsmen expressed the view that due to their involvement in the case or relatively high position in university structures, they are potentially exposed to a loss of impartiality and neutrality as mediators, and therefore mediation conducted by them may be problematic.

In the vast majority of cases, ombudsmen use “informal mediation”. At one university the exclusive task of the ombuds is to conduct mediation in academic conflicts. The ombudsmen who are not formally prepared to conduct mediation also expressed the need to participate in training/workshops/studies that would give them skills to conduct both formal and informal mediation.

The term “informal mediation” is often repeated in their statements, which indicates that they understand the idea of mediation, as well as the nature of methods they use, despite the lack of a formal preparation or previous experience as a mediators.

The answers to the question regarding conducting academic mediation by ombudsmen was very diverse and at least three approaches to this issue were expressed by ombudsmen:

1. One of the basic functions of the ombudsman is resolving disputes at the university and therefore an important obligation of the ombudsman, expressly stated in the acts regulating his/her position or implied, is to conduct formal and informal mediation, in addition to using other effective communication tools.
2. One of the basic functions of the ombudsman is resolving disputes at the university, but he/she performs it mainly in the form of informal meetings, support of the parties in communications, or facilitation, but does not conduct formal mediation. If there is a need for formal mediation, the matter is referred to a professional mediator or a mediation center.

---

<sup>41</sup> E.g. Order No. 296/2020 of the Rector of the Medical University of Warsaw of 23 December 2020 on the detailed rules of performing tasks by the Academic Ombudsman at the Medical University of Warsaw; para 4, p. 2 of the Order No. 106/2020 of the Rector of the University of Wrocław of 18 August 2020 on the introduction of the antidiscrimination procedure at the University of Wrocław, defining the principles of operation of the Commissioner for Equal Treatment and the Ombudsman for Equal Treatment and AntiDiscrimination at the University of Wrocław; para 8, p. 6 of the Order No. 137 of the Rector of the Nicolaus Copernicus University in Toruń of 27 September 2013 on the appointment of the Academic Ombudsman at the Nicolaus Copernicus University in Toruń.

3. One of the basic functions of the ombudsman is resolving disputes at the university, but he performs it mainly in the form of informal meetings, supporting the parties in communication, or facilitation and does not conduct formal mediation, because he/she does not have the appropriate skills, although in the future he/she sees such a possibility after gaining skills.

An ombuds at the Jagiellonian University stated: "If this process takes a long time on my part, I feel that it has already been going on long enough making me somehow weaken my independence on the one hand, and impartiality on the other hand. These are the situations when I feel that a certified external mediator is needed. Then I refer the case for mediation. I feel there is a moment when I should withdraw and leave this process to someone from the outside". The ombuds at the University of Warsaw, noticed: "I have a feeling that the roles overlap here and I am not completely neutral as a mediator. I have some perspective on what is right and what is wrong in some matters anyway, although not always, but sometimes it happens that there is some kind of violation involved". Their statements indicate that due to the concerns about neutrality and impartiality, it is more beneficial at some stage to refer the case to a professional mediator or a mediation center, which is the practice of both ombudsmen.

If they, after conducting an informal conversation or meeting of the parties, believe there is a need for formal mediation, they refer the matter to professional mediators. Such a choice usually results from the fact that the ombudsmen are not formally prepared to conduct mediation, or the scope of their activities is so wide that they do not have enough time to conduct formal mediation.

At the universities there are differences as to whom the ombudsmen refer a case for mediation when they see that this method should be applied. At most of the universities there are no separate mediation centers or persons who officially perform a function of the mediator. In one case the ombudsman stated that the person working in her office is a mediator, so if she decides that mediation would be appropriate, she can refer the matter to mediator. However, this cooperation is not of a formal nature. At another university, the ombuds also cooperate with a person at the university who is a mediator and send cases to her. The ombudsmen sometimes also use the help of an external mediator with whom they cooperate or submit a request to the president of the university to appoint a mediator. In a few cases, ombudsmen stated that they have not noticed yet the need for mediation, but if they will do in the future, they would submit a request to the president for the appointment of a mediator. At two universities (the University of Warsaw and the Jagiellonian University), there are also university mediation centers with which the ombudsmen cooperate. These centers have many years of experience in conducting academic mediation<sup>42</sup>. They were established as a result of the changes

---

<sup>42</sup> Centrum Rozwiązywania Sporów i Konfliktów przy Wydziale Prawa i Administracji UW, <https://mediacje.wpia.uw.edu.pl/> (accessed 25.03.2023); Centrum Alternatywnego Rozwiązy-

to the Code of Civil Procedure concerning mediation, in particular Art. 183(2) para 3, according to which nongovernmental organizations within the scope of their statutory tasks and universities may maintain lists of mediators and establish mediation centers<sup>43</sup>. The establishment of the institution of academic ombudsmen, one of whose main functions is to resolve the university disputes, resulted at some universities in establishing cooperation with the mediation centers and using the existing structure to achieve the goals of the ombudsmen. For example, when the Academic Ombudsman at the University of Warsaw receives a case that, in her opinion, is suitable for formal mediation, she sends the case to the Center for Conflict and Dispute Resolution, operating at the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw since 2006. The mediators at the Center are certified mediators, and the Center itself and the individual mediators are on the list of mediators administered by the District Court in Warsaw. Permanent cooperation with the Center has been developing for many years and the principles of this cooperation and procedures for sending cases for mediation have been worked out jointly with the ombuds. They are aimed at ensuring the speedy and efficient proceedings. In addition to the mediation Center, in 2021 a professional mediator was also employed in the ombudsman's office. He is responsible for conducting academic mediations. According to the University of Warsaw ombuds, it is a comfortable situation because, if she considers that the case is suitable for mediation, she can send it to the Center or refer it to the mediator working in her office. That means that she had no dilemmas as to whether she should conduct mediation, despite her professional background. A similar model of cooperation between the academic ombuds and the academic mediation center is starting to function at the Jagiellonian University, but this practice is only taking shape due to the fact that the ombudsman of the Jagiellonian University was appointed in 2019. The Center for Alternative Dispute Resolution was established at the Jagiellonian University in 2010. The Center gathers mediators who are also permanent mediators in the District Court and, if necessary, the ombuds will refer the case to the mediators of this center. At several universities where mediation centers have been established some time ago, like those at the University of Warsaw and the Jagiellonian University, the ombudsmen have not yet established wider cooperation with them, which may be due to the fact that the ombudsmen were appointed relatively recently and it is only a matter of time.

---

wania Sporów UJ, <http://www.centrumars.wpia.uj.edu.pl/centrum-ars/o-centrum-ars> (accessed 25.03.2023).

<sup>43</sup> Art. 183<sup>2</sup>, para 3 of the Code of Civil Procedure. Within the scope of their statutory tasks the nonprofit organizations and universities may maintain lists of mediators and establish mediation centers.

## Conclusions

The analysis of the ombuds' opinions regarding mediation leads to the conclusion that it is difficult to state now that there is a particular model or models for resolving disputes at the Polish universities at the moment, due to the fact that in most cases they are only just shaping their functions. Among the ombudsmen there are very different approaches to the issue of whether an ombudsman should conduct mediation. There are ombudsmen who do not mediate at all and those who believe that their primary task is to conduct mediation. Noteworthy is the model developed at the University of Warsaw where the ombudsman, if there is a need for formal mediation, sends the case to a mediation center operating at the university or to a professional mediator working in her office. In many cases, the ombudsmen do not undertake formal mediation and the reasons for such a decision are various: due to the lack of formal preparation and skills to conduct mediation, due to a large number of cases and the lack of time for mediation, or due to the fear of losing their neutrality and impartiality. However, the ombudsmen believe that mediation is an important tool to resolve academic disputes and are ready to submit cases for mediation or engage in mediation. Most ombudsmen conduct an "informal mediation" which is an important tool in their work for conflict resolution. However, it is worth noting that only in three cases the ombudsmen are prepared professionally to conduct mediation: they completed training for mediators, they practice mediation, and they are entered on the list of mediators in one of the district courts. Most of the ombudsmen were convinced that since informal mediation and facilitation are important methods applied in their work, they plan to take part in trainings for mediators in the future, as this skill would be very useful in their work.

## 5.8. INDEPENDENCE AND OTHER ETHICAL STANDARDS

### 5.8.1. INDEPENDENCE

Ombudsmen are appointed most often on the basis of the president's decision. At six universities (UŚ, UJ, UMK, UMCS, SGH, WUM) this function is also provided for in the university's charter approved by the senate. This gives it greater independence, as it is included in the structure of the university and not just depends on a single act of appointment and dismissal<sup>44</sup>. In one case, this function is included in the regulations concerning the course of study, which is

---

<sup>44</sup> Para 57 of the Charter of the Nicolaus Copernicus University in Toruń of 16 April 2019; Chapter XII of the Charter of the Maria Curie-Skłodowska University in Lublin of 29 May 2019; Chapter VII of the Charter of the University of Silesia in Katowice adopted by the Senate of the University of Silesia in Katowice on 28 May 2019; para 125 of the Charter of the Medical University of Warsaw adopted by Resolution No. 40/2019 of the Senate of the Medical University of Warsaw on 27 May 2019; para 190 of the Charter of Jagiellonian University passed by the Senate of the

also approved by the senate<sup>45</sup>. The question of the independence of the ombudsmen, which is also an ethical principle governing the performance of their tasks, was raised due to the fact that independence may be a potential problem in their activities, and besides, it is the essence of this function. On the one hand, ombudsmen should be independent in order to properly perform their functions and support the members of the community, while on the other hand, they are under the authority of the university. In all cases, except for one university, the ombudsmen stated that they were subordinated only to the president of the university, although in many cases they made the reservation that they were independent of the president and that their position was independent. Two ombuds said they were independent or completely independent. In one case, the ombuds replied that it was a position “similar to the position of the president’s commissioner” even though he was not the president’s deputy. In three cases, ombudsmen are the president’s deputies, and in one case the ombudsman stated that he was subordinate to the vice-president for science. In four cases, the ombudsmen present a report on their activities to the president or the senate.

All the ombudsmen participating in the research stated that so far they had no problems with their independence, no matter how long they have been in this position. However, many of them see potentially such a threat. They emphasize their independence from both university authorities and other influences. Although their opinions or recommendations are not binding, the presidents implement them, adhere to them, and fully respect their perspective and opinions. One of the ombuds described his independence as follows: “I have not encountered any situation in which I feel that someone is trying to violate this rule or force me to make any decision, or that I should follow any instructions. The president often repeats that he does not want to interfere with my competences, since I am appointed to this position and I know my tasks and how to perform them”.

At the same time, the ombudsmen realize that they are to some extent dependent on the president or other university authorities due to the fact that they are employed at the university on the basis of the president’s decision or the senate resolution. The Academic Ombudsman of the Nicolaus Copernicus University, answering the question about independence, stated that “the academic ombudsman acts independently, though is not completely independent. I am definitely dependent on my employer, on the person who appointed me to this position and whom I represent. But even with a limited independence, I remain independent in action”. On the other hand, the Academic Ombudsman of the University of Warsaw noted that the ombuds are part of the university system and the longer they

---

Jagiellonian University on 29 May 2019; para 4 of the Charter of the Warsaw School of Economics adopted by Resolution No. 499 of the Senate of the Warsaw School of Economics on 29 May 2019.

<sup>45</sup> Para 18, p. 2 of the Resolution No. 441 of the Senate of the University of Warsaw of 19 June 2019 in regards to Regulation of Study at the University of Warsaw.

work at the university, carry out various projects, interact with people, the more it may affect their independence.

The ombudsmen see potential problems with independence and this issue has been discussed during cyclical meetings of the academic ombudsmen. One of them mentioned that in this discussion “some colleagues were of the opinion that it is not exactly independence, because most of us are appointed by the presidents and some by the resolutions of the senate”. Both the ombuds and the university authorities are aware of this problem. The ombudsmen believe that this function only has a *raison d’être* in a situation where they are independent, and the various solutions used in appointing the ombudsman show that the university authorities also strive to make it as independent as possible. The solutions consist, for example, in placing the ombuds high in the university hierarchy and making him/her to report only to the president or the senate<sup>46</sup>. In addition, some ombudsmen cannot perform at their universities other functions than being academics<sup>47</sup>. At the Warsaw School of Economics or the University of Warsaw, the ombuds is not an academic and this is the only function she performs which makes this position more independent from the administration of the faculties<sup>48</sup>. Moreover, at that School the Ethics Ombuds is elected by the academic community, which increases her independence from the entire administration. At the UMCS, in order to reduce the problem with independence, in accordance with the charter of the university, the ombuds is appointed for a 5-years term, which differs from the President’s term. Moreover, the ombuds cannot be dismissed within 2 years from the end of the term of office<sup>49</sup>. In addition, at this university, the candidate must be an academic with at least a doctoral degree<sup>50</sup>. The University of Silesia sets

---

<sup>46</sup> Para 117, p. 3 of the Statute of the Maria Curie-Skłodowska University of 29 May 2019; para 125, p. 3 of the Statute of the Medical University of Warsaw “Ombudsman – Rzecznik Akademicki is directly subordinate to the Rector”.

<sup>47</sup> Para 4, p. 1 of the Resolution No. 16/II/2020 of the Senate of the Jagiellonian University of 26 February 2020 on the principles of appointment and the scope of competences of the Ombudsman for Academic Rights and Values; para 2, sect. 11 of Appendix No. 3 to the Ordinance No. 106/2020 of 18 August 2020 on Principles of the Ombudsman for Equal Treatment and Counteracting Discrimination at the University of Wrocław: “The Ombudsman may not perform an additional function at the University of Wrocław that could threaten his neutrality”.

<sup>48</sup> Para 4, sect. 6 of the Charter of the Warsaw School of Economics: “The Ombudsman is elected by the University’s employees on the terms specified by the Senate”.

<sup>49</sup> Para 118, sect. 1. of the Maria Curie-Skłodowska University Charter of 29 May 2019: “The Ombudsman is appointed by the Senate by an absolute majority of votes in the presence of at least half of the Senate members, for a period of five years”. Para 119, sect. 1 of the Charter: “The Ombudsman’s labor employment may not be terminated during his/her term of office and two years after its termination without the Senate’s consent, unless a disciplinary penalty has been imposed on him/her or he/she has been legally convicted by a court for an intentional crime”.

<sup>50</sup> Para 118, sect. 2 of the Maria Curie-Skłodowska University Charter of 29 May 2019: “A candidate for the Ombudsman may be an academic holding at least a doctoral degree. The candidate for the Ombudsman must be employed at the University on a fulltime basis for at least 10 years”.

even higher requirements for the ombuds, because according to its charter, the Ombudsman for Rights and Values may be a person with the title of professor or university professor and 10 years of experience<sup>51</sup>. Opinions are also expressed that the appointment of an ombudsman by the senate, and not by the president, would strengthen his/her independence. In addition, some of them expressed opinions that the ombudsman functions should be regulated by law, which would also reduce the possibility of potential pressure. However, on the other hand, opinions are expressed that the statutory regulation may “take away the autonomy of the universities in this area and regulate our legal status and legal situation so that we will simply be a dummy”.

### 5.8.2. OTHER ETHICAL PRINCIPLES

At four universities, the ombudsmen adopted international ethical standards for academic ombudsmen (UMCS, UW, UW, WUM)<sup>52</sup>. These are the standards of the International Ombudsman Association (IOA). The main ethical standards are: impartiality, neutrality, independence, confidentiality, and informality. These rules were also mentioned on the websites of the ombudsmen<sup>53</sup>. At three universities (KUL, UŚ, UMK), the ombuds stated that they had not adopted a specific code of ethics, but in addition to the basic principles, such as independence, impartiality, and confidentiality, they use the code of ethics for academic teachers or the charter of the university in which ethical principles are adopted in their work, obligatory for all academic teachers. The ombuds for UMCS, which applies the ethical principles adopted by the IOA, mentioned that she also follows the principles set out in the code of ethics of an academic teachers at this university, stating that “although the academic teacher’s code of ethics emphasizes the integrity of scientific research, I can nevertheless see that there are also elements in that code that are applicable to the functioning of the ombudsman, particularly concerning academic values. In general, the ombuds is an advocate of the

<sup>51</sup> Para 40, sect. 3 of the Charter of the University of Silesia in Katowice, adopted by the Senate of the University of Silesia in Katowice on 28 May 2019: “A candidate for the Ombudsman may be an employee employed at the University as a profesor or university professor with at least ten years of work experience at the University”.

<sup>52</sup> Para 57 of the Charter of the Nicolaus Copernicus University in Toruń of 16 April 2019; Chapter XII of the Statute of the Maria Curie-Skłodowska University in Lublin of 29 May 2019; Chapter VII of the Charter of the University of Silesia in Katowice adopted by the Senate of the University of Silesia in Katowice on 28 May 2019; para 125 of the Charter of the University of Warsaw, adopted by Resolution No. 40/2019 of the Senate of the Medical University of Warsaw of 27 May 2019; the Jagiellonian University, para 190 of the Charter of the Jagiellonian University passed by the Senate of the Jagiellonian University on 29 May 2019; para 4 of the Statute of the Warsaw School of Economics adopted by Resolution No. 499 of the Senate of the Warsaw School of Economics of 29 May 2019.

<sup>53</sup> <http://ombudsman.uw.edu.pl/sposob-dzialania/standardy-dzialania/> (accessed 25.03.2023); <https://www.umcs.pl/pl/umcs-aktualnosci,1,rzecznik-praw-akademickich-na-umcs,85640.chtm> (accessed 25.03.2023); <https://ombudsman.wum.edu.pl/node/61> (accessed 25.03.2023).

academic values and principles, and should not be someone's advocate but an advocate of the values and principles". The ombuds at the Nicolaus Copernicus University stated that there is no formal specific code of ethics that he follows, but he draws from the rules of mediation. On his website there are three basic ethical principles mentioned: impartiality, neutrality, and confidentiality<sup>54</sup>. Similarly, at the Jagiellonian University, the Ombudsman applies the principles of independence, confidentiality, and impartiality, which are listed on the Ombudsman's website, although no specific set of ethical principles has been adopted<sup>55</sup>. The ombuds of the Medical University of Warsaw, who is an attorney, in his work at the University also applies the ethical principles applicable to a legal profession.

## Conclusions

The most frequently mentioned ethical principles applied by the ombudsmen are the principles of: impartiality, independence, neutrality, and confidentiality. It is worth emphasizing that these are the same ethical principles that guide mediators in their work, which may lead to a reflection that, despite many differences, the nature of the mediators and the ombudsmen's activities is similar, and mediation is one of the important tools of the ombudsmen's work. With regard to the application of ethical principles by the ombudsmen, there is a wide variety of approaches to their formal adoption. The first group are universities that have adopted the OIA's Ethical Principles, and these principles are also listed and described on their websites. The second group are ombuds who follow similar ethical principles without adopting specific codes of ethics. These rules are listed and described on their websites without referring to specific codes. Finally, a third group of the ombudsmen stated that they do not follow a specific set of ethical principles. In a few cases, in addition to the set of ethical principles, the ombudsmen additionally apply the ethical rules applicable to academic teachers, because in most cases, the ombudsmen are also members of the academia. When they act as mediators while performing the ombudsman duties, they also do apply the principles of mediation.

Independence is not only a fundamental ethical principle followed by the ombudsmen, but also the essence of their functions. Placing the position of the ombudsman high in the university hierarchy, as well as the introduction of mechanisms securing the independence of the ombudsmen, shows the understanding and concern of the university authorities' about nature of that function. In addition, most ombudsmen are academics with the title of professors or doctors, which can also contribute to greater independence in a specific academic environment. The academics with a high academic degree are relatively independent from the heads of their units, at least in terms of conducting research, hence the practice of

---

<sup>54</sup> [https://www.umk.pl/uczelnia/rzecznicz\\_akademicki/](https://www.umk.pl/uczelnia/rzecznicz_akademicki/) (accessed 25.03.2023).

<sup>55</sup> <https://ombuds.uj.edu.pl/o-biurze> (accessed 25.03.2023).



appointing such persons to the position of spokesperson. On the other hand, the nonacademics emphasize that such placement gives them greater independence, since they are less involved in the university structure.

The analysis of the interviews suggests that there is a need to introduce mechanisms that will ensure the greater independence of the ombudsmen in the future, such as: high position in the university hierarchy, subordination only to the university authorities, introducing the term of office of the ombuds function, introducing a term different from the term of office of the university president, selection of the ombuds by the senate or academic community, or even regulation of this function in law. The analysis does not give a clear answer which model is more independent: an ombuds who is an academic and is associated closely with the university, appointed for a longer period of time, or a person who is employed on the position of the ombuds who is not an academic.

### 5.9. SKILLS AND EDUCATION

The ombudsmen represent a very diverse range of education. They include lawyers, educators, philosophers, psychologists, and a graduate of the Academy of Fine Arts. The largest group of the ombudsmen have a legal education (UW, UWR, WUM, UMCS, UMK, UŚ, KUL). Many ombudsmen express the view that this function should be performed by people with humanistic education, with soft and empathetic skills, because they work with people, resolving difficult problems, also of an ethical nature. However, opinions were divided as to what this education should be. Of the thirteen ombudsmen participating in the survey, seven have legal education. The ombuds often expressed the view that education in the field of psychology, sociology, pedagogy or social sciences is also important and helpful in this work, due to the problems of human and emotional nature.

The ombuds emphasized also how important legal knowledge is in performing this function. Even if a person with legal education specializes in a different field, such education is helpful in interpreting regulations, analyzing problems or searching answers to legal questions. Those with legal education also insisted that legal knowledge helps them to prepare legal opinions, as they believe that preparing such opinions, even if they are non-binding, is their responsibility.

With regard to the necessary skills, the ombuds emphasize the importance of the soft skills in their work, such as the ability to diagnose conflict, the conciliation, and mediation skills, and the communication and interpersonal skills. All the ombudsmen found that the mediation skills, supported by the completion of a mediation training, are very helpful in performing their tasks, as they often conduct conciliations, facilitation or informal mediation. The ombuds at the University of Warsaw expressed the view that the mediation skills are important in performing this function, although ombudsmen should also be able to cooperate with mediators to whom some cases could be transferred.

## Conclusions

The analysis of views on the education and skills necessary to perform the ombudsman's work does not lead to clear conclusions. This analysis shows that professionals with legal education are most often selected for the position of ombuds by the university authorities. Although ombudsmen, including those who have legal education, express the view that these functions can be performed by people with other education, legal knowledge, due to legal problems arising in their work, is very useful in their activities. On the other hand, those with a different education emphasized the importance of psychological or sociological education. Their necessary educational background also depends on the specifics of a given university, especially if the university is focused on education in a narrow field, such as the University of Physical Education or the Academy of Arts. One of the respondents noted that the ombuds at the University of Warsaw, who has legal and psychological education, is a model example of a person employed in this position, from the point of view of education.

### **5.10. TYPE OF EMPLOYMENT, ORGANIZATIONAL SUPPORT, COOPERATION WITH OTHER UNIVERSITY UNITS AND OTHER OMBUDSMEN**

#### **5.10.1. TYPE OF EMPLOYMENT**

The type of employment as ombudsman varies greatly. Four interviewed ombudsmen are employed at the university part-time or full-time on the position of an ombudsman. Those ombuds are not employed at the university at any other position, e.g. as academics, and this is their sole employment at the university. At other universities, the positions of ombudsmen are held by those who are employed as the research/teaching academics. In five cases they receive additional remuneration for the performance of this function. At three universities, they perform their functions as ombudsmen without any extra bonus and without a reduced number of teaching hours, although some of them stated during the interviews that they applied for an additional remuneration or a reduction of the number of teaching hours, due to performance of the extra duties. In the vast majority of cases, when ombudsmen are also the research/teaching academics, they do not have separate offices, but use their offices and assistants who help them perform their academic duties. The ombuds at the UW, UWM, WUM and PK, who are employed at their positions, have their own offices, but no other assistants. The only exception is the office of the ombuds at the University of Warsaw, where three assistants are employed, including one mediator.

### 5.10.2. COOPERATION WITH OTHER UNITS AT THE UNIVERSITY

As regards the cooperation with other university units, the ombudsmen most often listed the university president and vice-presidents. In addition, other most frequently indicated units with which they cooperate include: the anti-discrimination committee, the disciplinary committee, the legal department, the human resources department, the senate, the trade unions, and other deputies, if appointed by the president, e.g. at the UWM the ombuds closely cooperates with the commissioners for equal treatment and for safety of students and doctoral students, the ombuds at the University of Warsaw cooperates with the anti-discrimination and anti-bullying committee, the ombuds at the University of Wrocław cooperates with a faculty commissioner appointed in 2021, who can contact people with problems related to their work or studies.

### 5.10.3. NETWORK OF OMBUDSMEN

When asked about cooperation between the ombudsmen and other persons performing similar functions at other universities, the vast majority of the ombudsmen replied that they actively participated in the meetings of the network of academic ombudsmen in Poland. The network was organized on the initiative of the Academic Ombudsman of the University of Warsaw, with the support of the Academic Ombudsman of the Nicolaus Copernicus University. Within their framework, the ombudsmen meet periodically (approximately every two months) to discuss problems they have in common, share experiences, and discuss case studies and good practices. Each meeting is devoted to a different topic, such as sexism or the anti-discrimination procedures. All the ombudsmen who have taken part in the meetings assessed this initiative very positively.

## Conclusions

The analysis of the organization of the ombudsman's work leads to the conclusion that the preferred model is to appoint to this position an academic who has been associated with the university for a long time as a researcher/teacher and continues this work even after he/she is designated as ombuds. Less frequently, the university administration creates a separate, usually part-time position of an ombuds, who is an outside person and is not employed at the university as an academic. The reason for such a preference may be the fact that the research/teaching academics, especially those who previously performed various functions in the university structure (e.g. as members of the disciplinary commission or antidiscrimination commission), regardless of their specialization, know the university's problems well. In addition, due to their high position in the university structures, they enjoy the trust of both the president and the entire community. Also the employment of a person from outside of the university demands greater commitment from the administration since it is necessary to create a separate job, find

a suitable room, and provide financial and organizational support. In this situation, it seems also much simpler from the point of view of the university administration to appoint to this position somebody known and use the existing support provided to research/teaching personnel. An interesting solution was adopted by the Cracow University of Technology, where the ombuds is a part-time employee from the outside, but due to the long cooperation with the university, she knows its problems<sup>56</sup>. She holds a Ph.D. degree and professionally deals with the problems of universities.

When it comes to remuneration issues, many ombudsmen who are academics receive an additional payment for performing this function, but in some cases they do not receive any remuneration or even an exemption from part of their workload. It seems that the lack of any remuneration and/or an exemption from the working hours is completely inadequate in view of a large number of cases that come to ombudsmen and their workload. One ombuds, who described her function as “honorary”, appointed to the position in 2020, said at the time of the interview that she already had 71 cases. Most of the ombudsmen stated in the interviews that the number of problems they encounter is very large, also because these problems have not been addressed at all for many years. Generally, ombudsmen do not have enough time to deal with all the individual matters, and they often deal with them “after hours”. Many of them believe that they should not only help in individual matters, but would like to take more general initiatives at the university, however, they do not have enough time for these activities. There is also visible lack of organizational support for the ombudsmen’s work from the universities, at least at the beginning of their functioning, for example, in the form of separate secretarial assistance or providing them their own premises, although the ombudsmen often stated that the premises they use as research/teaching staff are sufficient.

## **5.11. CHALLENGES FACING OMBUDSMEN**

### **5.11.1. BUILDING THE TRUST OF THE ACADEMIC COMMUNITY**

Several ombudsmen emphasized that their challenge is gaining trust of the academic community. Due to the fact that in many cases this is a new function, the academic community do not know about ombudsmen, the the scope of the ombudsmen’s competences, and what help they could obtain from them. Therefore, there is a need for information and promotion of their activities among the academic community so that its members can learn about the ombudsman at the university. One of the respondents admitted that the greatest challenge for him was to change the awareness of the students and the staff regarding the univer-

---

<sup>56</sup> <http://reforma.pk.edu.pl/?p=1699> (accessed 25.03.2023).

sity's accessibility and openness and to help them understand that the university is ready to take actions to help the academic community in solving difficult cases. The understanding of a new role of the university comes slowly because historically universities were characterized by a fairly complex hierarchy which also meant lack of inclusiveness in making decisions and solving problems. In addition, the ombudsman model currently introduced at the Polish universities is based on the application of soft tools and has nothing to do with dos and don'ts or binding decisions. One ombudsman put it as follows: "In my opinion, the biggest challenge is not to apply hierarchical mechanisms and at the same time not to lose your authority. It is the tension between the fact that we operate using soft tools as an authority in the confrontation with the fact that my clients in the broad sense of the word are, for example, professors who have their own habits, their sense of domination, various – better or worse traditions of functioning. Colliding with this, I have to find my way. I cannot act by force, because that is not my function. (...) This is the biggest challenge – to remain in the sphere of authority without using pressure. So far I have been able to do it, but it is a challenge".

### 5.11.2. BUILDING A DIALOGUE

Several ombuds noted that the challenge for them is to build a dialogue at the university. They expressed a need to make the university a real *universitas*, where truth is reached through dialogue and clash of different views and ideas. They noticed that the debate and dialogue at the universities have begun to fade away and the growing ideological and political conflicts have led to greater antagonisms. According to them, the political climate has polarized society, which means that also at universities there are many new conflicts "because people stopped getting along well". They also expressed their opinions that in the new model of higher education "the functions of *universitas* were lost, above all in restoring the awareness of the university community in search of truth. "The main goal of the universities can be achieved by restoring the pleasure and value of debate. We can disagree with each other, we can argue with each other, in fact, the essence of the dispute is that we have to differ, but this discussion should be continued". In many cases they considered the restoration of such a function of the university as a challenge. The ombudsmen also expressed the hope that their function, which departs from the hierarchical management model and emphasizes the value of dialogue, communication, and listening to the other side, will help to some extent help re-establish the debate.

### 5.11.3. PROTECTION AGAINST EXCLUSION AND EDUCATION OF THE ACADEMIC COMMUNITY

The role of the ombuds is primarily to educate the academic community in the area where "we have mythical thinking, stigmatizing thinking". The ombudsmen should reach the academic community with their message, as there are real threats

of inclusion, discrimination, and exclusion. These typical problems regarding discrimination, attacking specific views, transferring political struggle into the academic forum, affect both the minorities, e.g. the LGBT+ community, and people with conservative views, whose worldview is strongly religiously inspired. One ombuds put it in an interesting way: “The role and challenge faced by the ombudsman is to protect all people against social exclusion and invalidation, as well as to make the academic community aware that we can differ and that an academic, educator, student must not be excluded because he/she professes a different worldview than the mainstream one”.

#### **5.11.4. THE HUMAN FACTOR**

Another challenge articulated by several ombudsmen is the human factor. Working with people involves certain amount of emotional work that must be put into each case, as well as the psychological burden associated with it. There are very few repetitive situations in the work of the ombudsmen, therefore their work cannot be standardized. The academic environment is specific, each case is slightly different and requires different approach. The ombudsmen work mainly with people who are very individualistic and each of them has a different approach to the same problem.

#### **5.11.5. SHAPING FUNCTIONS OF OMBUDSMEN**

Many respondents are the first ombudsman appointed at their university, therefore there are challenges related to shaping this function. They are aware that creating and defining this function by them will affect the work of their successors. Therefore, according to them, it is important to create this position in such a way that people who will take over their duties from them in the future can find a set of good, proven practices, and be able to use it in their work. In addition, according to them, it is important to shape this function, which has recently been established at many universities, so that it is not just another institution, but one which has a real impact on the university’s activities and quality of work and study.

#### **5.11.6. PANDEMIC**

In connection with the pandemic, the ombudsmen noticed an increased number of conflicts and a greater number of cases which are submitted to them. One of the reasons of this phenomenon was the limited direct communication between the members of the academic community. Direct communication allows clarification of problems and doubts, or resolution of conflicts on an ongoing basis. During the pandemic, the members of the academic community began to communicate in writing, which, according to the ombuds, raised many additional problems. These issues, which could be dealt with relatively quickly in the normal functioning of

the university, took on a dramatic dimension during the pandemic. In addition, many people took the pandemic hard and both employers and employees were not always able to quickly adapt to the situation or react or behave properly in the new reality. Communication by electronic means is not well adapted to the freedom of expression, and doesn't encourage conversation about difficult and sensitive topics. People are sometimes afraid to talk about problems with the use of electronic means.

#### **5.11.7. OTHER CHALLENGES IDENTIFIED BY INDIVIDUAL OMBUDSMEN**

The other challenges include:

1. Lack of a code of ethics at some universities, which makes it impossible to refer to unified standards,
2. Growing ideological and political conflicts and the lack of clarity as to how the university should behave in this changing reality,
3. Lack of appreciation of the value of the academic teaching profession,
4. Individualistic attitude of the community members, a desire to pursue only their own goals.

### **5.12. PROSPECTS OF FURTHER DEVELOPMENT OF THE OMBUDSMAN INSTITUTION**

The ombudsmen's replies to the question about the prospects of the activities of the academic ombudsmen at a particular university and, in a broader context, at the universities in Poland, were surprisingly consistent.

#### **5.12.1. PERSPECTIVES OF OMBUDSMEN AT INDIVIDUAL UNIVERSITIES**

In the context of individual universities, the ombudsmen believe that their function is going in a proper direction. First of all, because so far there has been no place at the university where members of the academic community could talk about their problems, e.g. in the event of a conflict with their supervisor. In such situations, people in conflict do not always want to go to the president or the dean, which is why the institution of the ombudsman fills certain gap. Conflicts have always been present at universities and did not arise with the appointment of an ombudsman. They often remained unresolved and at some point manifested themselves in a much more intense form. Most of the ombudsmen believe that this function is necessary and affects the way the entire university functions. One of them put it this way: "When the cogs in the institution are covered with rust, we will not go far with this bicycle. I think the key thing is unblocking, removing that rust, and making this bike or other machine ride better. From this point of view, it is very important that there is the institution of ombudsman". Moreover, ombudsmen are a sort of link between the members of the community and the university

authorities. They can help to solve the problem, where possible, without the need for the dean's or the president's intervention.

All ombudsmen emphasized good cooperation with the presidents, their support, giving them great freedom and independence. They assess the prospects of the development of these institutions at their universities very positively. They also believe that their activities should be legitimized by the academic community. However, in a situation where they have been operating for a short time, it is difficult to come up with unambiguous conclusions about their future. On the other hand, they refer to the experience of the ombudsmen at the foreign universities and in Poland, and their activity proves that this function is needed, both by the university authorities and the academic community. The ombudsmen who have been recently appointed noticed a very large impact of resolving the individual problems in the first year of their operation, although their activities were limited by the pandemic. The same was the case with the Academic Ombudsman at the University of Warsaw, who received 130 cases in the first year of operation (2012), but now the impact is increasing: in 2019 – 252 cases, in 2020 – 265 cases, in 2021 – 315 cases<sup>57</sup>. The ombudsmen also note that gaining a firm position of the ombudsman in the university system takes time, as this function is characterized by the use of soft tools instead of autocratic decisions, which is associated with a fairly long process.

The establishment of a national network of ombudsmen also proves that the prospect of the development of this institution is good. Until recently, there were three or four active ombudsmen in Poland. During the last three years, many ombudsmen have been appointed and, as the ombuds of the Nicolaus Copernicus University put it, “suddenly we have a group of several dozen people who today discuss many important matters with each other at least once every two months, and they also cooperate with the ombuds from the foreign universities”.

### **5.12.2. PROSPECTS OF THE DEVELOPMENT OF OMBUDSMAN FUNCTIONS IN A BROAD SOCIO-POLITICAL CONTEXT**

The ombudsmen expressed their concerns about functioning of this institution in the context of broader changes which take place in public life and politics in Poland. According to them, limiting the autonomy of universities and academic freedom may threaten the institution of the ombudsman in the future. They may become only façade institutions or may be liquidated. These fears are dictated not only by the attempts of the government to encroach the academic freedom, but are supported by a specific example of actions which took place at the Pedagog-

---

<sup>57</sup> The data can be found in the Academic Ombudsman Action Report for 1 January–31 December 2021, <http://ombudsman.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2022/02/Sprawozdanie-z-dzia%C5%82a%C5%84-Rzecznika-2021.pdf> (accessed 25.03.2023).



ical University of Kraków in 2021<sup>58</sup>. Some ombuds believe that one of the solutions to protect these institutions would be to regulate this function in the statute as a university organ, independent of other university units and administration. Such a position of the ombudsman would not only strengthen his/her position and make him/her more independent from the political influence, but would also give the ombudsman a stronger position in the university structure. Another solution would be to include the institution of the ombudsman in the strategic documents of the university, which are, for example, approved by the senate.

## 6. FINAL CONCLUSIONS

The conducted research indicates an increase in the interest of the universities in Poland in the institution of an academic ombudsman and the strengthening of this function in the structures of the universities. Over the last three years, the number of academic ombudsmen or institutions meeting the definition of an academic ombudsman has been increasing at the Polish universities. At those universities where ombudsmen have been active for many years, there is also a growing number of cases submitted to them.

At present, it is difficult to clearly predict the future of the development of the institution of the academic ombudsman, but the analysis carried out as a result of theoretical and empirical research shows that it will continue to develop unless it is hindered by political issues related to the restriction of academic freedom.

The function of ombudsman at the Polish universities corresponds to the classic definitions of this institution. The ombuds is a person in charge of the matters concerning all members of the university community, with some exceptions where his/her activities are limited to the administrative and academic staff. The ombudsmen at the universities in Poland are most often guided by the principles of independence, impartiality, neutrality, and confidentiality. It is to them the students, academics, and the administrative staff can turn to obtain confidential and informal information or assistance in all matters relating to the university. One of the most important roles of ombudsmen at the Polish universities, similarly to

---

<sup>58</sup> Another round of layoffs at the Pedagogical University in Kraków. Almost 20 lecturers out of work, 22.03.2022, 06:23, <https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,28241574,kolejna-tura-zwolnien-na-uniwerysytacie-pedagogicznym-w-krakowie.html> (accessed 25.03.2023); Adam Leszczyński, Pedagogical University in Kraków. Professor dismissed disciplinarily for union activities, <https://oko.press/uniwerysytet-pedagogiczny-w-krakowie-profesor-ka-zwolniona-dyscyplinarnie-za-dzialalnosc-zwiazkowa/> (accessed 25.03.2023), 17 December 2021; Notification to the prosecutor's office in connection with the situation at the Pedagogical University in Kraków, 16 August 2021, [https://serwisy.gazetaprawna.pl/orzeczenia/artykuly/8226830\\_zawiadomienie-do-prokuratury-uniwerysytet-pedagogiczny-krakow.html](https://serwisy.gazetaprawna.pl/orzeczenia/artykuly/8226830_zawiadomienie-do-prokuratury-uniwerysytet-pedagogiczny-krakow.html) (accessed 25.03.2023).

ombudsmen at the foreign universities, is to prevent and resolve conflicts. In this context, the role of the ombudsmen fits into the definitions that emphasize their role as neutral or impartial dispute resolution specialists whose main task is to provide confidential and informal assistance to members of the university community: the students, staff, and academics<sup>59</sup>.

It is also worth noting that the universities in Poland are beginning to systematically approach the issue of helping the academic community in solving problems through the internal structures. At many universities not only the academic ombudsmen are appointed, who are tasked with providing extensive assistance to all members of the academic community, but also more specialized institutions that deal with specific issues, e.g. bullying or anti-discrimination committees, student ombudsmen or commissioners for student's and doctoral students' safety. One of the roles of the academic ombudsmen is to direct the cases that come to them to these units. In addition, some universities introduce other elements into what can be described as a dispute resolution system, such as trainings and educating employees and students in dealing with conflicts at work, discriminatory or bullying behavior or in mediation.

At the moment, it is difficult to say what the exact role of the ombudsmen in this system will be, due to the just recent formation of these institutions at many universities. The subsequent research in a few years' perspective will show whether the ombudsman is an institution that supervises the entire dispute resolution system at universities or deals only with specific issues.

Like at many foreign universities, academic ombudsmen in Poland are internal university institutions of a decentralized nature, as they are appointed by the university bodies, most often on the basis of the president's decision, internal regulations or university charter<sup>60</sup>. Many ombuds made suggestions that including the institution of an academic ombudsman in the law on higher education would strengthen their position at the universities. There were also different opinions, in regard to which statutory regulations would allow for limiting the ombudsman's independence, and these ombuds believed that their position could be strengthened by entering this function into the university charter, which is actually the case at some universities.

Introducing certain solutions in internal regulations by the universities to ensure the independence of the ombudsmen, as well as respecting by the university authorities of the independence of the ombudsmen in practice, may indicate a change in approach of the university administration to the problems occurring in the academia. It proves a departure from hierarchical management, and applying interest based approach which is based on dialogue, including community members in discussion and democratization of decision-making process.

---

<sup>59</sup> W.C. Warters, *Mediation...*, p. 10.

<sup>60</sup> E. Gmurzyńska, *Analysis of the causes...*Part II, p. 170.

The ombudsmen at the Polish universities operate in an informal manner. In order to solve problems they use soft tools in the form of facilitation, informal conciliation, informal mediation, and conversation. In some cases they also act as mediators and use more formalized mediation. At the present stage of development, ombudsmen do not apply formal procedures and do not make binding decisions, and their practice so far indicates that the model that is beginning to be established at the Polish universities is the model of an ombudsman using almost exclusively soft tools.

However, there is no homogeneity regarding the two elements of their activities: issuing legal opinions and the use of formal mediation. These tasks depend often on the experience and education of the ombudsmen: those with legal training often issue non-binding legal opinions, while the ombudsmen with the mediation training and experience are more likely to mediate in the academic disputes.

Research has shown that the institution of the academic ombudsman has filled certain gap in the university structures by providing informal procedures that counterbalance the formalized mechanisms and top-down decisions of the university administrations. It is also a response to the needs of the academic community to create a neutral and safe place where its members can confidentially discuss any problems arising from work or studies at a university. Creating that institution also shows that internal procedures may be fair, just and aim to help members of the community<sup>61</sup>.

Currently, each university is looking for its own model of an ombudsman, as most of them are at the beginning stage of shaping their function, but according to some opinions, in the future there will be greater unification, and they will act similarly. Certainly, many differences will remain, e.g. those related to the approach to whether the ombudsman should conduct mediation or should leave it to the commission specialized in mediation, a mediation center or a mediator; should the ombuds be more of a spokesperson for a particular group or should he/she focus on the protection of values such as equality or diversity. The ombuds at the University of Warsaw believes that the development of this function may go in two directions. On the one hand, the ombuds “may be able to bind the system together, he/she will be the keystone of the system and a driving force, or he/she will simply be a more specialized person and will focus mainly on solving current problems”.

The Polish universities are characterized by a variety of names for this function, such as: academic ombudsman, ombuds for academic rights and values, equal opportunities ombudsman, ombuds/commissionaire for equal treatment and counteracting discrimination, ombudsman-mediator. The interviews indicate that the differences in nomenclature are mainly the result of what inspired

---

<sup>61</sup> W.C. Warters, *The emergence of campus mediation systems: History in the making, conflict management*, “Higher Education Report” 2001, Vol. 2, No. 1, p. 3, [https://www.creducation.net/resources/cmher\\_vol\\_2\\_1\\_warters\\_a.pdf](https://www.creducation.net/resources/cmher_vol_2_1_warters_a.pdf) (accessed 10.01.2021).

the introduction of these functions at the particular university. Regardless of the name, the ombudsmen see their role quite consistently and uniformly as people supporting members of the community in resolving conflicts, helping them when their rights or interests are violated, ensuring that everyone at the university is treated fairly and with respect.

Analysis of the interviews with the ombudsmen at the Polish universities gives a positive picture of changes that take place, despite the fact that in the wider, national dimension, many of them were appointed only recently. The conducted research shows that the Polish universities have started introducing systemic solutions related to the protection of important academic values, such as non-discrimination, equal treatment or the strengthening of an academic community. These changes caused the introduction of a system which consists of various functions, including academic ombudsman, who believes that any problem that arises at the university should be solved, if possible, in its internal structures. This tendency is a symptom of a change in the university authorities' approach to the problems of the academic community. Until recently, such cases were handled in a hierarchical manner by heads of departments, they were brought to a disciplinary commission, and occasionally to court, and many problems and issues were left unsolved. Currently, universities focus their attention and efforts on preventing problems at an early stage, resolving them within their own structures, using dialogue and effective communication in resolving disputes and involving the academic community in these procedures. A deeper analysis of the role and nature of the ombudsman functions at the universities in Poland requires further research, especially in a situation where many ombudsmen have been appointed at universities in recent years and it takes time for these functions to better embed in the structures of the universities and the academic communities.

## REFERENCES

### Books and articles

- Bauer F., *The practice of one ombudsman*, "Negotiation Journal" 2000, No. 16
- Behrens R., *Being an ombudsman in higher education: Comparative studies*, ENOHE June 2017
- Bodnar A., Spurek S., *Doświadczenie molestowania wśród studentek i studentów. Analiza i zalecenia*. Rzecznik Praw Obywatelskich, Warszawa 2018, pp. 87–90, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Do%C5%9Bwiadczenie%20molestowania%20w%C5%9Br%C3%B3d%20studentek%20i%20student%C3%B3w%2C%202018.pdf> (accessed 25.03.2023)
- Chludziński B., Budzanowska A., *Rzecznik wartości akademickich*, (in:) D. Antonowicz, A. Machnikowska, A. Szot (eds.), *Innowacje i konserwatyzm 2.0. Polskie uczelnie w procesie przemian*, Toruń 2020

- Espada Recarey L., *The ombudsman for Spanish higher education institutions*, Universidade de Vigo 2006, Pathway 3: *Towards early resolution and more effective complaints handling*, Annex: *A survey of campus ombudsmen in continental Europe, North and South America, and Australia and New Zealand*, 2012
- Gmurzyńska E., *Analysis of the causes of conflicts at universities and alternative methods for their resolution*. Part I. *Mediation in academic disputes*, "Studia Iuridica Lubliniensa" 2021, Vol. XXX, No. 1
- Gmurzyńska E., *Analysis of the causes of conflicts at universities and alternative methods for their resolution*. Part II. *Academic ombudsman and adjudicative methods*, "Studia Iuridica Lubliniensa" 2021, Vol. XXX, No. 2
- Ury W.L., Brett J.M., Goldberg S.B., *Getting disputes resolved: The strategic use of interests, rights, and power to resolve disputes*, 2<sup>nd</sup> ed., San Francisco 1993
- Warters W.C., *Mediation, mediation in campus community: Designing and managing effective programs*, San Francisco 2000
- Warters W.C., *The emergence of campus mediation systems: History in the making, conflict management*, "Higher Education Report" 2001, Vol. 2, No. 1
- Warters W.C., *The history of campus mediation systems: Research and practice*, Georgia State University College of Law Reading Room 1999

### Documents, acts of law

- Statut Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie przyjęty uchwałą nr 499 Senatu SGH z dnia 29 maja 2019 r.; [https://ssl-bip.sgh.waw.pl/pl/Documents/OR\\_1\\_2022\\_zal\\_tekst\\_jednolity\\_statutu\\_SGH.pdf](https://ssl-bip.sgh.waw.pl/pl/Documents/OR_1_2022_zal_tekst_jednolity_statutu_SGH.pdf) (accessed 25.03.2023)
- Statut Uniwersytetu Jagiellońskiego uchwalony przez Senat Uniwersytetu Jagiellońskiego w dniu 29 maja 2019 r.; [https://bip.uj.edu.pl/dokumenty/uchwaly-senatu/2019?p\\_p\\_id=56\\_INSTANCE\\_R0Yt03IQxDoc&\\_p\\_p\\_lifecycle=0&\\_p\\_p\\_state=normal&\\_p\\_p\\_mode=view&\\_p\\_p\\_col\\_id=column-3&\\_p\\_p\\_col\\_count=1&\\_groupId=1384597&\\_articleId=142868404&\\_widok=ogloszenieUchwała nr 16/II/2020 Senatu Uniwersytetu Jagiellońskiego z dnia 26 lutego 2020 roku w sprawie zasad powoływania oraz zakresu kompetencji Rzecznika Praw i Wartości Akademickich](https://bip.uj.edu.pl/dokumenty/uchwaly-senatu/2019?p_p_id=56_INSTANCE_R0Yt03IQxDoc&_p_p_lifecycle=0&_p_p_state=normal&_p_p_mode=view&_p_p_col_id=column-3&_p_p_col_count=1&_groupId=1384597&_articleId=142868404&_widok=ogloszenieUchwała%20nr%2016/II/2020%20Senatu%20Uniwersytetu%20Jagiellońskiego%20z%20dnia%2026%20lutego%202020%20roku%20w%20sprawie%20zasad%20powoływania%20oraz%20zakresu%20kompetencji%20Rzecznika%20Praw%20i%20Wartości%20Akademickich), [https://bip.uj.edu.pl/documents/1384597/144672525/uchw\\_nr\\_16\\_2020.pdf/8ae864f8-4857-4584-b1d3-856bdec395c4](https://bip.uj.edu.pl/documents/1384597/144672525/uchw_nr_16_2020.pdf/8ae864f8-4857-4584-b1d3-856bdec395c4) (accessed 25.03.2023)
- Statut Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej z dnia 29 maja 2019 r., <https://www.umcs.pl/pl/statut-umcs,2457,statut-universytetu-marii-curie-sklodowskiej-z-dnia-29-maja-2019-r,78984.chtm> (accessed 25.03.2023)
- Statut Uniwersytetu Mikołaja Kopernika Torunia z dnia 16 kwietnia 2019r., <https://bip.umk.pl/arttykul/statut-umk> (accessed 25.03.2023)
- Statut Uniwersytetu Śląskiego z dnia 28 maja 2019 r., [https://www.us.edu.pl/wp-content/uploads/Nieprzypisane/zal\\_do\\_374\\_2019.pdf](https://www.us.edu.pl/wp-content/uploads/Nieprzypisane/zal_do_374_2019.pdf) (accessed 25.03.2023)
- Statut Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego przyjęty uchwałą nr 40/2019 Senatu Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z dnia 27 maja 2019 r., <https://bip.wum.edu.pl/arttykuly/275/statut> (accessed 25.03.2023)
- Uchwała nr 16/II/2020 Senatu Uniwersytetu Jagiellońskiego z dnia 26 lutego 2020 r. w sprawie: zasad powoływania oraz zakresu kompetencji Rzecznika Praw i Wartości Akademickich, [https://bip.uj.edu.pl/documents/1384597/144672525/uchw\\_nr\\_16\\_2020.pdf/8ae864f8-4857-4584-b1d3-856bdec395c4](https://bip.uj.edu.pl/documents/1384597/144672525/uchw_nr_16_2020.pdf/8ae864f8-4857-4584-b1d3-856bdec395c4) (accessed 25.03.2023)

- Uchwała nr 441 Senatu Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu Studiów na Uniwersytecie Warszawskim, <https://monitor.uw.edu.pl/Lists/Uchway/Uchwa%C5%82a.aspx?ID=4930> (accessed 25.03.2023)
- Załącznik nr 3 do zarządzenia nr 106/2020 z dnia 18 sierpnia 2020 r. Zasady działania Rzecznika ds. równego traktowania i przeciwdziałania dyskryminacji w Uniwersytecie Wrocławskim, [https://bip.uni.wroc.pl/download/attachment/25366/nr-106\\_2020-z-dnia-18082020-r-w-sprawie-wprowadzenia-procedury-przeciwdzialania-dyskryminacji-w-uwr-okreslenia-zasad-dzialania-komisji-ds-rownego-traktowania-oraz-rzecznika-ds-rownego-traktowania.pdf](https://bip.uni.wroc.pl/download/attachment/25366/nr-106_2020-z-dnia-18082020-r-w-sprawie-wprowadzenia-procedury-przeciwdzialania-dyskryminacji-w-uwr-okreslenia-zasad-dzialania-komisji-ds-rownego-traktowania-oraz-rzecznika-ds-rownego-traktowania.pdf) (accessed 25.03.2023)
- Zarządzenie nr 106/2020 Rektora Uniwersytetu Wrocławskiego z dnia 18 sierpnia 2020 r. w sprawie wprowadzenia procedury przeciwdziałania dyskryminacji w Uniwersytecie Wrocławskim, określenia zasad działania Komisji ds. równego traktowania w Uniwersytecie Wrocławskim oraz Rzecznika ds. równego traktowania i przeciwdziałania dyskryminacji w Uniwersytecie Wrocławskim, [https://bip.uni.wroc.pl/download/attachment/25366/nr-106\\_2020-z-dnia-18082020-r-w-sprawie-wprowadzenia-procedury-przeciwdzialania-dyskryminacji-w-uwr-okreslenia-zasad-dzialania-komisji-ds-rownego-traktowania-oraz-rzecznika-ds-rownego-traktowania.pdf](https://bip.uni.wroc.pl/download/attachment/25366/nr-106_2020-z-dnia-18082020-r-w-sprawie-wprowadzenia-procedury-przeciwdzialania-dyskryminacji-w-uwr-okreslenia-zasad-dzialania-komisji-ds-rownego-traktowania-oraz-rzecznika-ds-rownego-traktowania.pdf) (accessed 25.03.2023)
- Zarządzenie nr 137 Rektora Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu z dnia 27 września 2013 r. w sprawie powołania Rzecznika Akademickiego w Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu, [https://www.umk.pl/uczelnia/dokumenty/biuletyn/prawo/inc/pdf/Z\\_Rektora\\_137\\_2013.pdf](https://www.umk.pl/uczelnia/dokumenty/biuletyn/prawo/inc/pdf/Z_Rektora_137_2013.pdf) (accessed 25.03.2023)
- Zarządzenie nr 296/2020 Rektora Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych zasad wykonywania zadań statutowych przez Ombudsmana – Rzecznika Akademickiego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego
- Zarządzenie nr 30 Rektora Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 16 sierpnia 2011 r. w sprawie powołania na Uniwersytecie Warszawskim Rzecznika Akademickiego, [https://monitor.uw.edu.pl/lists/uchway/zarzdzenia%20rektora.aspx?paged=true&p\\_te=2011&](https://monitor.uw.edu.pl/lists/uchway/zarzdzenia%20rektora.aspx?paged=true&p_te=2011&) (accessed 25.03.2023)

*Iwona Gredka-Ligarska*

University of Silesia in Katowice

e-mail: [iwona.gredka-ligarska@us.edu.pl](mailto:iwona.gredka-ligarska@us.edu.pl)

ORCID: 0000-0002-9243-3158

## **EMPLOYMENT STABILITY IN TIMES OF THE COVID CRISIS: A CASE OF LEGAL INSTRUMENTS INTRODUCED BY THE POLISH LEGISLATOR**

### **Abstract**

Protection of jobs has become one priority aim of the legislator during the crisis caused by the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic. In the justification of the draft Act of 2 March 2020 on special solutions relating to the prevention, neutralisation, and combating of COVID-19 and other contagious diseases and the ensuing crisis situations (COVID Act), it was emphasized that the aid mechanisms introduced in the Act were supposed to prevent mass collective redundancies. And although the legislator tried to preserve sustainable employment during the COVID crisis, only a part of the introduced legal provisions offered a guarantee of work to employees. This article aims to provide an overview and assessment of the aid mechanisms implemented by the Polish legislator to protect jobs during the COVID crisis. The anti-crisis activities of the legislator, intended to preserve sustainable employment, can be divided into indirect and direct measures. An analysis was carried out taking into account the above division. Based on the analysis, reflections are formulated on the effectiveness of the implemented aid mechanisms. Finally, conclusions for the future are offered.

## KEYWORDS

sustainable employment, protection of jobs, employment-based jobs, COVID crisis, anti-crisis legislation

## SŁOWA KLUCZOWE

trwałość zatrudnienia, ochrona miejsc pracy, zatrudnienie pracownicze, kryzys covidowy, regulacje antykryzysowe

## 1. INTRODUCTION

The SARS-CoV-2 virus pandemic and the restrictions imposed as a result of that pandemic on the operation of many industries gave rise to serious threats to the economy and the labour market. This induced the Polish legislator to adopt numerous legislative acts intended to support the entrepreneurs, counteract their loss of financial liquidity, and protect jobs. Although the epidemic caused by COVID-19 is a new phenomenon on a global scale, the ensuing economic and social crisis, in certain respects, does not differ from the crises of the past. Times of crisis always involve uncertainty. It cannot be predicted in advance when a crisis will end and what its actual consequences will be. The deteriorating economic situation affects both the employers and the employees. It leads to the cancellation of jobs, bankruptcies open to composition arrangements and, in many cases, even to liquidation bankruptcy of employers. Such factors are not conducive to sustainable employment.

The Polish legislator tried to minimise the negative consequences caused by the SARS-CoV-2 pandemic in economic life, especially those concerning the financial status of employers. Specific legislative solutions were successively drafted and introduced under the Act of 2 March 2020 on special solutions relating to the prevention, neutralisation and combating of COVID-19 and other contagious diseases and the ensuing crisis situations<sup>1</sup>. A number of following Acts amended the COVID Act<sup>2</sup>. The main dangers identified were payment backlogs, limitations

---

<sup>1</sup> "Journal of Laws" 2020, item 374, hereinafter The COVID Act.

<sup>2</sup> Act of 31.03.2020 amending the Act on special solutions relating to the prevention, neutralisation and combating of COVID-19 and other contagious diseases and the ensuing crisis situations and certain other acts ("Journal of Laws" 2020, item 568, hereinafter Shield 1.0); Act of 16.04.2020 on special support instruments in relation to the spread of the SARS-CoV-2 virus ("Journal of Laws" 2020, item 695, hereinafter Shield 2.0); Act of 14.05.2020 amending certain acts on the protective measures in relation to the spread of the SARS-CoV-2 virus ("Journal of Laws" 2020,



to the scale of enterprise operations, plummeting demand for the products and services of enterprises, problems for firms with obtaining external financing and loss of contract partners, and limitation or suspension of investment. Firms were also exposed to delays in the performance of their obligations due to disruptions to the supply chain, lack of components necessary for production, and increased absence of employees caused by their isolation or quarantine<sup>3</sup>. On top of that, a factor especially acute and dangerous to the condition of many industries was the introduction in the Republic of Poland of temporary restrictions to the pursuance of certain types of economic activity, consisting of full or partial prohibition to conduct the specified kind of activity<sup>4</sup>. Those circumstances rapidly led to the entrepreneurs' financial difficulties. As a result, the priority aims of the crisis legislation were to preserve the financial liquidity of entrepreneurs and to ensure the protection of jobs. Also, in the longer run, much importance is attached to the curbing of growth in unemployment and minimising the size of the economic crisis and, in consequence, to the prevention of bankruptcy and liquidation of enterprises and mass group redundancies<sup>5</sup>.

In times of crisis, the instruments of general and special protection of sustainable employment become insufficient to ensure the real protection of jobs. During the COVID crisis, also the aid mechanisms laid down in the Act of 11 October 2013 on special solutions relating to the protection of employment<sup>6</sup> have proven insufficient. The anti-crisis activities of the legislator intended to protect jobs can be divided into indirect and direct measures. This is a consequence of the fact that although maintaining sustainable employment in times of crisis has become

---

item 875, hereinafter Shield 3.0); Act of 19.06.2020 on bank loan interest subsidies granted to entrepreneurs affected by consequences of COVID-19 and on summary proceedings for the approval of an arrangement in connection with the COVID-19 virus pandemic ("Journal of Laws" 2020, item 1086, hereinafter Shield 4.0); Act of 17.09.2020 amending the Act on special solutions relating to the prevention, neutralisation and combating of COVID-19 and other contagious diseases and the ensuing crisis situations and certain other acts ("Journal of Laws" 2020, item 1639, hereinafter Shield 5.0); Act of 9.12.2020, amending the Act on special solutions relating to the prevention, neutralisation and combating of COVID-19 and other contagious diseases and the ensuing crisis situations and certain other acts ("Journal of Laws" 2020, item 2255, hereinafter Shield 6.0).

<sup>3</sup> Justification of shield 4.0, p. 1–3. Sejm paper No. 382, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=382> (accessed 16.05.2022).

<sup>4</sup> See e.g. Regulation of the Council of Ministers of 16.05.2020 establishing certain restrictions, requirements and prohibitions in relation to the state of the epidemic ("Journal of Laws" 2020, item 878); Regulation of the Council of Ministers of 21.05.2020 amending the Regulation establishing certain restrictions, requirements and prohibitions in relation to the state of the epidemic ("Journal of Laws" 2020, item 904); Regulation of the Council of Ministers of 29.05.2020 establishing certain restrictions, requirements and prohibitions in relation to the state of epidemic ("Journal of Laws" 2020, item 964).

<sup>5</sup> A. Boguska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracowników wobec pandemii COVID-19*, "Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej" 2021, No. 2 (19), p. 4.

<sup>6</sup> Consolidated text: "Journal of Laws" 2019, item 669, hereinafter ASSPJ.

one of the priorities of the anti-COVID legislation, only a part of the introduced intervention regulations ensured the stability of work for the employees.

The purpose of this article is to examine the legal instruments used by the Polish legislator for the protection of jobs during the COVID crisis, precisely from the perspective of their direct or indirect nature. This will already be a look from a certain distance because, at the time of preparing this study, two years have passed since the introduction in the Republic of Poland first the state of epidemic threat<sup>7</sup> and subsequently, the state of epidemic<sup>8</sup>. This allows reflection on the effectiveness of the applied aid mechanisms. Therefore, the author's task is to attempt to assess the analysed legal solutions and to draw conclusions that may prove helpful for drafting anti-crisis legislation in the future. This article is focused exclusively on the employment-based jobs since the employment relationship – by its very nature – is characterised by sustainability.

## 2. MECHANISMS OF DIRECT PROTECTION OF JOBS

At the time of the COVID crisis, the Polish legislator decided to implement – as is known from the Act on special solutions relating to the protection of jobs<sup>9</sup> – a mechanism of direct employment protection. This mechanism – in principle – consisted of a prohibition of dismissing employees in combination with financial aid and the legislator's authorisation of worsening the terms of employment. However, as laid down in the COVID Act, the system of subsidies was based on presumptions other than those laid down in ASSPJ. Under the COVID Act, grants from public funds are available to employers for the purpose, among others, of covering a part of an employee's reduced salary, provided that the employer has actually reduced such salary. On the other hand, under ASSPJ, subsidies were addressed not to the employer but to the employee and made a partial compensation for the income lost on account of the salary reduced by the employer. As a result, under the provisions of ASSPJ, the employer is only an intermediary in the payment of benefits to employees, which derive from the public funds. The employer pays the benefits together with the employer's own part of the salary<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Regulation of the Minister of Health of 13.03.2020 declaring a state of epidemic threat in the Republic of Poland ("Journal of Laws" 2020, item 433).

<sup>8</sup> Regulation of the Minister of Health of 20.03.2020 declaring a state of epidemic in the Republic of Poland ("Journal of Laws" 2020, item 491). The state of the epidemic was in force in the Republic of Poland since 20.03.2020 and was cancelled on 16.05.2022.

<sup>9</sup> Art. 13 in conjunction with Art. 5 ASSPJ.

<sup>10</sup> A. Boguska, Ł. Pisarczyk, *Sfera zatrudnienia w działaniach antykryzysowych. Wybrane zagadnienia*, "Monitor Prawa Pracy" 2020, No. 5, p. 9.

Bearing in mind the wide range of the intervention mechanisms implemented during the COVID crisis, it should be highlighted that the legislator used a prohibition to dismiss employees only to a limited degree. On the other hand, it is the direct protection mechanism that offers a real guarantee of employment to employees.

As introduced in the COVID Act, the prohibition of dismissing employees has a narrower and a wider form. The narrower approach involves prohibition of terminating an employee's contract for reasons independent of the employee<sup>11</sup>, whereas under the wider approach, there is an obligation to "maintain employment" of the employees covered by the subsidies. As far as the narrower form of protection is concerned, the underlying provisions can be found in Articles 15g; 15gg; 15gga of the COVID Act.

Article 15g of the COVID Act is an example of imposing a prohibition to terminate an employee's contract for reasons independent of the employee in combination with the deterioration of the terms of employment and provision of financial support to the employer. This provision includes an institution of reducing employees' working time or coverage of employees with an economic stoppage, in combination with a reduction of the employee's salary and partial compensation for the costs of salaries<sup>12</sup>. Employers could apply for the payment of benefits from the Guaranteed Employee Benefits Fund<sup>13</sup>. The subsidy for the employee salaries, as provided for by the legislator for a period of economic stoppage caused by the COVID-19 pandemic, amounted to 50 per cent of the minimum salary for work, as established under the provisions on minimum remuneration for work, considering the working times (Art. 15g(7) of the COVID Act). To obtain the subsidy, in the period of economic stoppage, an employee's salary had to be reduced, however, by no more than 50 per cent and down to an amount no less than the minimum salary for work, considering the employee's working

---

<sup>11</sup> For more on reasons independent of the employee, see Judgment of the Supreme Court of 10.10.2019, I PK 196/18, *Legalis*; Judgment of the Supreme Court of 10.03.2016, III PK 81/15, OSNP 2017 No. 10, item 124; Judgment of the Supreme Court of 24.03.2011, I PK 185/10, LEX No. 1119478; Judgment of the Supreme Court of 29.03.2001, I PKN 325/00, OSNP 2003 No. 1, item 8.

<sup>12</sup> Moreover, employers could obtain funds to cover the contributions to an employee's social insurance, as payable on the granted benefits for cofinancing the salaries of the employees covered by economic stoppage or reduction of working times in consequence of the COVID-19 pandemic (Art. 15g(2) of the COVID Act, as amended under Art. 77, item 13, letter c of Shield 4.0).

<sup>13</sup> When defining the material scope of the provision of Art. 15g of the COVID Act, the legislator did not use the term "employer", but made clear that benefits may be granted for the cofinancing of salaries of employees covered by economic stoppage or reduction of working hours as a consequence of the COVID-19 pandemic. This means that the aid mechanisms laid down in Art. 15g of the Covid Act were addressed by the legislator to employers, however, not to all employers. For extensive comments on the subjective scope of Art. 15g of the COVID Act, see M. Raczkowski, M. Ducki, *Porozumienia zawieszające w ustawie antykryzysowej*, "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2020, No. 5, pp. 19–20.

time<sup>14</sup>. On the other hand, the employees' working time could be reduced maximally by 20 per cent, however, no more than to 0.5 of full-time employment<sup>15</sup>.

The subsidies for the employees' salaries covered by a reduction of working time were defined by the legislator differently from the subsidies for salaries of employees covered by economic stoppage. Namely, the salaries of employees covered by a reduction of working time could be subsidised up to one-half of such employees' remuneration. In case of reduction of working time, the subsidies for remunerating employees had a more individualised nature and were defined in relation to the salary of particular employees and not as a lump sum<sup>16</sup>. However, for the purpose of controlling the costs of the subsidy, the legislator introduced its quota limit. A monthly amount of subsidies per one employee covered by a reduction of working time could not exceed 40 per cent of an average monthly salary for the preceding quarter, as announced by the President of the Central Statistical Office and applicable on the date of submitting the request for subsidy<sup>17</sup>.

The right to take advantage of the subsidies for employees' salaries covered by economic stoppage or a reduction of working time was made dependent by the legislator on the fulfilment of several positive and negative preconditions<sup>18</sup>. Among the positive preconditions, one should note the requirement of a decrease

---

<sup>14</sup> In consequence, if a fulltime employee received minimum salary, in the period of economic stoppage an employer could obtain a subsidy for the salary of such an employee, covering as much as one half of the employee's remuneration. However, if the employee's salary before the economic stoppage period was significantly higher than the minimum salary, the subsidy amount – although nominally the same – actually constituted a lesser financial aid for the employer. If the employer reduced the previous remuneration of such employee by the highest admissible amount, that is by half, the subsidy obtained (50 per cent of minimum salary for work) could cover only a part of the employee's salary. Moreover, the legislator entirely precluded the possibility to obtain subsidies for the salaries of employees engaged at highly paid job positions (Art. 15g(7), second sentence, of the COVID Act). As a result, the parties that benefited most from the cofunding mechanism laid down in rt.. 15g of the COVID Act were employers operating in such industries where employee salaries were still at a relatively low level (e.g., catering industry, hotel industry).

<sup>15</sup> Provided, however, that an employee's salary may not be lower than the minimum salary for work, as established under the provisions on minimum remuneration for work, considering the employee's working time (Art. 15g(8) of the COVID Act).

<sup>16</sup> A. Przybyłowicz, (in:) K.W. Baran (ed.), *Tarcza antykryzysowa 1.0–4.0: Ustawa o dodatku solidarnościowym i inne regulacje. Szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych związane z COVID-19. Komentarz*, Warszawa 2020, p. 191.

<sup>17</sup> As in the case of an economic stoppage, also in the case of reduction of working times, subsidies were not payable for the remuneration of such employees whose salaries – as received in the month preceding the month of submitting the application for the subsidy – were higher than 300 per cent of an average monthly salary for the preceding quarter, as announced by the President of the Central Statistical Office under the provisions on pensions and disability pensions from the Social Insurance Fund (Art. 15g(10a) of the COVID Act).

<sup>18</sup> For more, see K. Księżyk, (in:) K.W. Baran (ed.), *Tarcza antykryzysowa 1.0–4.0: Ustawa o dodatku solidarnościowym i inne regulacje. Szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych związane z COVID-19: Komentarz*, Warszawa 2020, pp. 155–156.

in turnover as a consequence of the COVID-19 pandemic (Art. 15g (9) of the COVID Act). At the same time – when specifying the negative preconditions – the legislator found it inadmissible, among others, to fulfil the prerequisites for declaring the employer's bankruptcy<sup>19</sup>. In consequence, the subsidies laid down in Art. 15g of the COVID Act were addressed to such employers whose financial condition deteriorated as a result of the SARS-CoV-2 virus pandemic (decrease in turnover) but who, at the same time, have not lost their ability to meet their monetary obligations.

In Art. 15g(17) of the COVID Act, the legislator instructs to apply as appropriate<sup>20</sup>, among others, Art. 13 ASSPJ, which provides for a prohibition to terminate an employee's contract for reasons independent of the employee. This prohibition applies both in the period or periods of receiving the benefits and in the period or periods directly following the period or periods of receiving the benefits – however, for no longer than a total of 3 months. However, it should be noted that the prohibition of terminating the employee's contract for reasons independent of the employee – within the full scope provided in Art. 13 ASSPJ – applied only for a very short time in pursuance of Art. 15g of the COVID Act (only from 31 March 2020 to 18 April 2020). Very soon, already in the Shield 2.0, the legislator decided to restrict the discussed prohibition exclusively to a period of the employer's receipt of the benefits referred to in 15g(1) and of the means referred to in Art. 15g(2) of the COVID Act. Such a decision of the legislator should be assessed critically. The guarantee of employment granted to employees under Art. 15g of the COVID Act should definitely be subject to a longer protective period. Preferably, it should be subject to at least a 3-month period directly following the receipt of the benefits. In literature, it was noted that the shortening of the protective period was probably a response to the concerns reported by employers and was to provide an incentive for the employers to take advantage of the aid mechanisms offered by the state<sup>21</sup>.

In Art. 15gg of the COVID Act, the legislator decided to correlate the prohibition of terminating an employee's contract with the employer's right to obtain the subsidies for salaries and social insurance contributions payable on such salaries in relation to those employees who are not covered either by a stoppage in the understanding of Art. 81 of the Labour Code or an economic stoppage or reduction of working time, as referred to in Art. 15g(5) of the COVID Act. As a result, employers who have noted a reduction in turnover, as defined in Art. 15g(9) of the COVID Act, could obtain – from the funds of the Guaranteed Employee Benefits Fund – subsidies amounting to one-half of an employee's salary, however, no

---

<sup>19</sup> This refers to the prerequisites specified in Art. 11 or Art. 13(3) of the Act of 28.02.2003 – Bankruptcy Law ("Journal of Laws" 2003, No. 60, item 535, as amended).

<sup>20</sup> This means appropriate application to the payment and settlement of the benefits referred to in Art. 15g(1) and of the means referred to in Art. 15g(2) of the COVID Act.

<sup>21</sup> See A. Boguska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn...*, pp. 7–8.

more than 40 per cent of an average monthly salary for the preceding quarter as announced by the President of the Central Statistical Office (Art. 15gg(4) of the COVID Act)<sup>22</sup>. Employers could receive subsidies for a total period of 3 months, starting from the month when the application was submitted. At the same time, the grant of subsidy was correlated by the legislator with a prohibition on terminating an employee's contract for reasons independent of the employee. The prohibition applied for a period of receipt of the benefit co-financing the salary (Art. 15gg(8) of the COVID Act). In literature, it was highlighted that the term "shall not terminate employment contract", in fact, meant a prohibition imposed on the employer to terminate an employment contract<sup>23</sup>. Under Art. 15gg(8) of the COVID Act, in the period of receiving subsidies for the salary of a specific employee, the employer could not terminate that employee's contract for reasons independent of the employee. However, the employer could terminate the contract for reasons attributable to the employee<sup>24</sup>. Moreover, an employment contract could be terminated upon the expiry of the period for which it was concluded. An employer could also terminate an employee's contract with immediate effect, i.e. without notice, if the prerequisites under Art. 51 of the Labour Code were fulfilled. It seems that by using the term "shall not terminate the employment contract", the legislator meant the procedure of terminating an employment contract as specified in Art. 30, para 1, item 2 of the Labour Code, that is, termination of an employment contract under a notice made by the employer. This means that this concept covers both making such an act and its consequence<sup>25</sup>. Under the analysed Art. 15gg(8) of the COVID Act, it is inadmissible that, in a period of the employer's receipt of the subsidy for a salary of a specific employee, the employment contract is terminated by the employer's notice for reasons independent of that employee<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> On the other hand, the subsidy was not payable for the remuneration of employees whose salary received in the month preceding the month of submitting the application was higher than 300 per cent of an average monthly salary for the preceding quarter, announced by the President of the Central Statistical Office under the provisions on pensions and disability pensions from the Social Insurance Fund, as applicable on the date of submitting the application (Art. 15gg(5) of the COVID Act).

<sup>23</sup> A. Boguska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn...*, p. 6.

<sup>24</sup> For more on reasons attributable to the employee, see L. Mitrus, *Wypowiedzenie umowy o pracę z przyczyn dotyczących pracownika*, Warszawa 2018, p. 139 *et seq.*

<sup>25</sup> See A. Boguska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn...*, p. 7.

<sup>26</sup> Since not only the mere legal act is of the essence but, first of all, its consequence, that is cessation of the employment relationship for reasons independent of an employee, a question arises if, under Art. 15gg(8) of the COVID Act, it was admissible to terminate an employment contract by mutual agreement of the parties for reasons independent of the employee. The answer will be affirmative if the initiator of the agreement was the employee. In practice, however, such situations would definitely be rare since the reasons for terminating the employment relationship must be independent of the employee. For a contract to terminate by mutual agreement of the parties – on the employer's initiative – the employee obviously has to express his consent. Nonetheless, due

In conclusion, the narrow approach to the prohibition of dismissing employees under Art. 15gg(8) of the COVID Act is manifested in the limitation of that prohibition to dismissals for reasons independent of the employees and to the procedure referred to in Art. 30, para 1, item 2 of the Labour Code. Violation of the prohibition under Art. 15gg(8) of the COVID Act is sanctioned by the requirement to return in full the subsidy obtained for the employee's salary, together with interest at the rate corresponding to tax arrears (Art. 15gg(23b) of the COVID Act).

Also, in Art. 15gga of the COVID Act we have to do with a narrow approach to the prohibition of dismissing employees. However, the subjective scope of that provision differs from the scope of Art. 15gg of the same Act. The provisions of Art. 15gga of the COVID Act are dedicated only to entrepreneurs who operate in specific industries and who, as of the date specified by the legislator, have conducted – as their principal activity – the activities referred to by specific codes as per the Polish Classification of Activities (PKD) 2007<sup>27</sup>. Under the provision of Art. 15gga(15) item (1) of the COVID Act, the employers who were granted subsidies for the employee salaries were covered with a prohibition to terminate such employees' contracts for reasons independent of the employee throughout the period of the subsidy's receipt. As in the case of Art. 15gg of the COVID Act, also under Art. 15gga of that Act, a prohibition was imposed on the employer to terminate employee contracts under the procedure specified in Art. 30, para 1, item 2 of the Labour Code for reasons independent of the employee. Violation of that prohibition by the employer gave rise to an obligation to return the entire subsidy received for the salary of the employee whose contract was terminated for reasons independent of the employee (Art. 15gga(16) of the COVID Act).

A wider prohibition of dismissing employees was provided for by the legislator in: Art. 15zzb(8), Art. 15zze(7), and in Art. 15zze<sup>2</sup>(7) of the COVID Act. This prohibition was correlated with the subsidies for the employee salaries and social insurance contributions payable on such salaries. Employers could be granted

---

to the procedure of terminating employment contracts by mutual agreement, the employer could achieve the same result as was precluded by the legislator under Art. 15gg(8) of the COVID Act. The employer's use of the procedure of the parties' mutual agreement was not prohibited under Art. 15gg(8) of the COVID Act, which means that it was entirely admissible.

<sup>27</sup> Under Art. 15gga of the COVID Act, entrepreneurs who met the industry criterion could obtain benefits – from the Guaranteed Employee Benefits Fund – for the protection of jobs. This referred to entrepreneurs whose income from economic activity, in the understanding of tax legislation, received in one of the three months preceding the month of submitting the application was lower, as a result of the COVID-19 pandemic, at least by 40 per cent than the incomes earned in the preceding month or analogous month of the preceding year. Subsidy co-financing the salary of one employee was 2,000.00 PLN per month – considering the employee's working time – and was payable for a total period of 3 calendar months from the month of submitting the application. An exception related to highly paid job positions and employees engaged in a period shorter than 3 months prior to submitting the application. In such cases the subsidy was not payable (Art. 15gga(5) of the COVID Act).

a subsidy under an agreement concluded with the starost. The beneficiaries of that subsidy were obligated to maintain employment of the employees covered by the subsidy throughout the period for which the subsidy was granted<sup>28</sup>. This means that employers were obliged to refrain from terminating such employees' contracts on notice, both for reasons independent of the employee and for reasons attributable to the employee. The prohibition against terminating an employment relationship also extended to the termination of an employment contract by mutual agreement of the parties but on the employer's initiative. On the other hand, the obligation to maintain employment did not relate to termination of an employee's contract without notice through the employee's fault, in case of fulfilment of a prerequisite under Art. 52 of the Labour Code. However, there could be some interpretive doubts regarding the admissibility to cease employment – that is not to maintain in employment – in case of dissolution of an employment contract upon expiry of the period for which it was concluded or in case of terminating an employment contract by the employer without notice and without the employee's fault, under Art. 53 of the Labour Code. Within the framework of Art. 15zzb of the COVID Act, the legislator dispersed a part of such doubts by adding para (9a). The admissibility was confirmed of terminating the employment contract by the employee themselves, which, however, seems quite obvious, bearing in mind that the labour relationship is a voluntary legal relationship. More importantly, however, the legislator confirmed that the obligation, expressed in Art. 15zzb(8) of the COVID Act, to maintain in employment, did not cover the expiry of the employment relationship or terminating an employee's contract under Art. 52 of the Labour Code. Notably, Art. 15zzb(9a) of the COVID Act does not relate at all to the termination of an employment contract under Art. 53 of the Labour Code, i.e. without notice and without employee's fault. Following the assumption of the reasonable legislator, it should be concluded that such omission was not accidental but intended by the lawmaker. It must be concluded that immediate termination of an employment contract, as provided for in Art. 53 of the Labour Code, is inadmissible within the framework of Art. 15zzb(8) of the COVID Act<sup>29</sup>.

In summary, the scope of direct protection of jobs in times of the COVID crisis should be considered too narrow. This concerns both too short a period of the prohibition to dismiss employees and too few aid rules in which the Polish

---

<sup>28</sup> Under the original version of Art. 15zzb(8) of the COVID Act, the employer was obliged to maintain in employment the employees covered by the agreement concluded with the starost throughout the period of the subsidy and, upon expiry of the subsidy, for a period equal to that period. Very quickly – already in consequence of amending the COVID Act by the Shield 2.0 – the legislator withdrew from that solution and shortened the protection to a period of receipt of the subsidy.

<sup>29</sup> The same conclusions relate also to the provisions of Art. 15zze(7) in conjunction with Art. 15zze(8a) and of Art. 15zze<sup>2</sup>(7) in conjunction with Art. 15zze<sup>2</sup>(9) of the COVID Act. This is the case as we have to do with provisions analogous to those set out in Art. 15zzb(8) and (9a) of the COVID Act. However, the subjective scope of those rules is different.



legislator decided to use that prohibition. For the sake of comparison, the Italian legislator introduced a prohibition to launch the procedure of collective redundancies or to effect individual dismissals for economic reasons, initially for a period of 60 days (from March to May 2020). Then, this prohibition was prolonged until August 2020<sup>30</sup>. On its part, the Spanish legislator, with a view to protecting jobs, provided, among others, for an exemption of entrepreneurs from the obligation to pay social insurance contributions. The exemption covered 75 per cent of the contribution payable by an entrepreneur (which is referred to large enterprises) or 100 per cent of the contribution in respect of entrepreneurs employing less than 50 employees. However, a precondition to the grant of the exemption was that the entrepreneur had to maintain the previous headcount for a minimum 6-month period. Moreover, in the second stage of introducing anti-crisis legislation, the Spanish legislator decided to introduce a prohibition to dismiss employees for economic, technical, organisational or manufacturing reasons or on account of *force majeure*. On the other hand, dismissal for reasons attributable to the employee was still admissible<sup>31</sup>.

### 3. MECHANISMS OF INDIRECT PROTECTION OF JOBS

During the COVID crisis, the Polish legislator focused its actions on mechanisms of indirect protection of jobs. As opposed to the legal instruments of direct protection of sustainable employment – introduced for a very short, 3-month period – instruments of indirect protection were used by the legislator more extensively and in a long-term perspective. Among the most essential mechanisms of indirect protection of jobs, one can list authorisation of the employers' right to worsen the terms of employees' service and financial support for employers. As far as indirect protection of jobs is concerned, the legislator does not introduce a prohibition to dismiss employees but strives to improve the financial standing of employers<sup>32</sup>. This is done in different ways, i.e. through legal provi-

---

<sup>30</sup> M. Biasi, *Covid-19 and labour law in Italy*, "European Labour Law Journal" 2020, Vol. 11, issue 3, pp. 309–310.

<sup>31</sup> M.A. García-Muñoz Alhambra, *Covid-19 and labour law in Spain*, "European Labour Law Journal" 2020, Vol. 11, item 3, p. 321.

<sup>32</sup> It is noteworthy that at an initial phase of the pandemic, aid legislation was addressed to a wide range of entrepreneurs (employers), and as the following waves of the pandemic proceeded, support from the state was addressed only to entrepreneurs operating in specific industries. This was the case as the legislator looked after those industries that suffered the most as a consequence of the coronavirus pandemic and which, in turn, suffered most acutely the negative consequences of the restrictions imposed for the purpose of combating the pandemic. As examples of aid provisions dedicated to specific industries, one can list the right to be granted exemption from the

sions reducing labour costs (authorisation of worsening the terms of employment, increasing flexibility of the labour process), or by exemptions from the obligation to pay social insurance contributions, or, finally, through direct financial support granted to employers. And although financial support to employers is not a classical instrument in the area of labour law intended to protect employment stability, in times of a crisis – and the COVID is no exception – it is qualified as one of the mechanisms of indirect protection of jobs. By using the instruments of indirect protection of jobs, the legislator does not provide employees with a guarantee of employment, but by improving their employers' financial position, the legislator strives to create conditions conducive to maintaining the existing headcount and avoiding collective redundancies<sup>33</sup>.

An example of legislation authorising employers to worsen the terms of employee's service was the provision of Art. 15gb of the COVID Act. In the discussed norm, the legislator did not provide for any subsidy for employers but allowed for a reduction of employees' working times or coverage of employees with an economic stoppage and a reduction of salary. This was admissible in case of a decrease in the incomes from sales of goods or services – as a consequence of the COVID-19 pandemic – and an ensuing essentially increased burden on the salary fund<sup>34</sup>. Taking advantage of the legal instruments provided for in 15gb of the COVID Act, employers could, at the same time, submit an application for a subsidy granted under Art. 15g(1) of the COVID Act if, concurrently, the preconditions prescribed in that provisions were fulfilled<sup>35</sup>. The employer could reduce the working time of an employee maximally by 20 per cent, however, no less than 0.5 of full-time employment, provided that the employee's salary could not be lower than the minimum salary for work, as established under the provisions on minimum remuneration for work, considering the employee's working time (Art. gb(1) point 1 of the COVID Act).

Additionally, in case of covering an employee with the economic stoppage, such an employee's salary could be maximally reduced by 50 per cent, however, to an amount no less than the minimum salary for work, as established under the provisions on the minimum remuneration for work, considering the employee's working time. In the analysed provision, the legislator authorised long-term dete-

---

obligation to pay social insurance contributions, health insurance contributions, contributions to the Labour Fund, the Solidarity Fund, the Guaranteed Employee Benefits Fund or the Temporary Retirement Fund. This right was provided for in the Shields: 5.0; 6.0; 7.0; 8.0; 9.0, with a proviso that the exemption from payment of contributions may be granted only to such entrepreneurs who, on the date specified by the legislator, conducted – as their principal activity – the activities under specific codes as per the Polish Classification of Activities (PKD) 2007.

<sup>33</sup> Ł. Pisarczyk, *Prawo pracy wobec kryzysu*, "Państwo i Prawo" 2020, No. 12, source: LEX.

<sup>34</sup> The phrase "essentially increased burden on the salary fund" was defined in Art. 15gb(2) of the COVID Act.

<sup>35</sup> It was necessary, among others, to note a decrease in the turnover in the understanding of Art. 15g(9) of the COVID Act.

rioration of the terms of employees' service. Reduction of the working time or coverage of an employee with economic stoppage could be introduced for a period of 6 months starting from the month when the quotient of employee salary costs decreased to a level lower than 105 per cent of the quotient from the base month, however, no longer than for a period of 12 months from the date of cancelling the state of epidemic threat or the state of the epidemic<sup>36</sup>.

In addition, as a part of worsening the terms of employees' service, the legislator authorised: 1. reduction of uninterrupted daily rest of an employee from 11 hours to 8 hours and reduction of uninterrupted weekly rest of an employee from 35 hours to 32 hours, 2. introduction of a system of equivalence where it was admissible to prolong the daily working time, however, to no longer than 12 hours, in a settlement period not exceeding 12 months<sup>37</sup>, 3. introduction of less favourable terms of employees' service than those under the employment contracts concluded with the employees (Art. 15zf(1) item (1)–(3) of the COVID Act)<sup>38</sup>. This rule provided for extensive use of collective agreements, in which social partners would decide about: the conditions and procedures of performing work in the period of economic stoppage or reduction of working times (Art. 15g(11) of the COVID Act), about the introduction of a system of equivalence (Art. 15zf(1) item (2) of the COVID Act), about the application of less favourable terms of employees' service than those under employment contracts concluded with the employees, and about the scope and period of application of such less favourable terms (Art. 15zf(1) item (3) of the COVID Act).

Deterioration of the employees' situation is also related to the restriction of social activities of employers who noted a decrease in the turnover<sup>39</sup> or an essentially increased burden on the salary fund<sup>40</sup>. This was the case since the legislator permitted employers to suspend their obligations in respect of: 1. creating and operating a company employee social benefits fund, 2. making a basic deduction, 3) payment of leave benefits (Art. 15ge(1) of the COVID Act), and 4. reducing the amount of the basic deduction to a statutory level (Art. 15ge(3) of the COVID Act).

---

<sup>36</sup> Unless the employer restores at an earlier time the working times applicable before their reduction or ends the economic stoppage in relation to an employee (Art. 15gb(5) of the COVID Act).

<sup>37</sup> Prolonged daily working times were to be compensated by a shorter daily working time on certain days or by days off (Art. 15 zf(1) item (2) of the COVID Act).

<sup>38</sup> Introduction of flexible terms of determining employees' working times, introduction of a system of equivalence, and application of less favourable terms of employees' service was made available by the legislator to such employers who noted a decrease in the turnover as a consequence of the COVID-19 pandemic and who – within the third quarter of 2019 – were not in arrears with paying tax liabilities, contributions to social insurance, health insurance, the Guaranteed Employee Benefits Fund, the Labour Fund or the Solidarity Fund. Decrease in the turnover was defined in Art. 15zf(2) and (2a) of the COVID Act.

<sup>39</sup> Decrease in turnover – in the understanding of Art. 15g(9) of the COVID Act.

<sup>40</sup> Essentially increased burden on the salary fund – in the understanding of Art. 15gb(2) of the COVID Act.

The legislator introduced a long time frame, allowing entrepreneurs to restrict their social activities throughout the period of the state of epidemic threat or the state of epidemic declared in relation to the COVID-19 pandemic<sup>41</sup>.

Upon examining the legal mechanisms compromising the terms of employees' service, a conclusion arises that the legislator's interventions are too far-reaching. The legislator authorised the deterioration of the employees' situation within too long a time frame. The manifestation of the foregoing is, among others, the authorisation of: 1. restricting social activities throughout the entire period of the state of epidemic threat or the state of epidemic announced in relation to the COVID-19 pandemic (Art. 15ge(1) of the COVID Act), 2. reducing working time or covering an employee with an economic stoppage for a period up to 6 months<sup>42</sup> and, maximally, for a period up to 12 months from the cancelling of the state of epidemic threat or the state of the epidemic (Art. 15gb(5) of the COVID Act). Moreover, the legislator did not define the time frame for the application of less favourable terms of employees' service, leaving that question to be decided in a collective agreement<sup>43</sup> (Art. 15zf(1) item (3) of the COVID Act). The same is true in respect of economic stoppages and reductions of working times, as laid down in Art. 15g of the COVID Act. The period of the employer's use of

---

<sup>41</sup> In literature, attention was drawn to the fact that the purpose of the discussed provisions – namely reduction of employers' operating costs – may justify the authorisation given to employers for the suspension of the obligation to make a deduction for the company employee social benefits fund, pay leave benefits or the obligation to create the fund (obviously, this relates exclusively to such employers whose financial condition deteriorated as a result of the SARS-CoV-2 coronavirus epidemic.). However, there is no justification for endowing employers with the right to suspend the operation of the fund, that is to suspend payment of social benefits from the means already accumulated in that fund. Since such means cannot be allocated to any other purposes – and especially to the financing of the employer's current operations – the suspension of operation of the company employee social benefits fund, in no way whatsoever, improved the financial standing of the employer, and only deprived employees of the access to social benefits in the difficult time of the COVID crisis. See M. Latos-Miłkowska, *Działalność socjalna pracodawcy w tarczy antykryzysowej*, "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2021, Vol. LXII, No. 1, p. 10. Moreover, this author emphasised that most serious controversies were aroused by the solution adopted under Art. 15ge(3) of the COVID Act, consisting in the suspension, by operation of law, of the provisions of collective labour agreements and remuneration regulations setting out a deduction to the company employee social benefits fund or for other social activities in an amount higher than statutory deduction, as provided in the Act of 4.03.1994 on the company employee social benefits fund ("Journal of Laws" 1994, No. 43, item 163, as amended). In the opinion of M. Latos-Miłkowska, the provisions of Art. 15ge(3) of the COVID Act violate the constitutional principle of dialogue between social partners and infringe on the right of trade unions to conduct collective bargaining for the purpose of concluding collective labour agreements or other collective agreements. M. Latos-Miłkowska, *Działalność socjalna pracodawcy...*, p. 11.

<sup>42</sup> Starting with the month when the quotient of employee salary costs decreased to a level lower than 105 per cent of the quotient in the base month.

<sup>43</sup> See M. Latos-Miłkowska, *Porozumienia zbiorowe w tarczy antykryzysowej*, "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2020, Vol. LXI, No. 10, p. 29.

those institutions was also left to be decided in a collective agreement concluded between social partners (Art. 15g(14) item (3) of the COVID Act).

As a result, the legal provisions adopted by the Polish legislator with regard to worsening the terms of employees' service should be regarded as too intrusive in the situation of the employees. Undoubtedly, we have to do with a disproportion between protecting the interests of employers and protecting the interests of employees<sup>44</sup>. On the one hand, the mechanism of direct protection of jobs (prohibition of dismissing employees) is only rarely introduced by the legislator, and if so, only for a short period – as short as 3 months<sup>45</sup>. On the other hand, during the COVID crisis, the legislator permitted the possibility to worsen the terms of employees' service – in case of a deteriorated financial condition of the employer – for a, principally, indefinite term. This is the case as no one could predict when the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic would end and when, in turn, the state of pandemic – declared in Poland on 20 March 2020 – would be cancelled. By permitting the possibility to worsen the situation of employees throughout the entire duration of the state of epidemic or the state of epidemic threat, the legislator upset the balance between protecting the interests of employers and protecting the interests of employees.

#### 4. UNDERMINING STABILITY OF EMPLOYMENT IN THE TIMES OF THE COVID CRISIS

By introducing legal mechanisms intended to protect jobs, the Polish legislator, paradoxically, introduced also solutions undermining the stability of employment. As examples of such solutions, one can point to the limitation of the amount of severance allowances or provisions on the restructuring of the workforce in public administration. In the first case, the legislator decided that the amount of a severance allowance, compensation or other monetary benefit paid by an employer to an employee in connection with terminating their employment contract – where the applicable legislation sets out an obligation to pay the benefit – may not be higher than ten times the minimum salary for work, as established

---

<sup>44</sup> See M. Mędrala, *Ograniczenia praw zatrudnionych w tarczy 4.0 – niektóre refleksje w kontekście zasad konstytucyjnych*, "Monitor Prawa Pracy" 2020, No. 9; A. Rytel-Warzochoa, *Wypowiadanie umów o zakazie konkurencji w ustawie "Tarcza 4.0" – kilka uwag z punktu widzenia zgodności z Konstytucją RP*, "Monitor Konstytucyjny", <http://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/14207> (accessed 3.04.2023); I. Gredka-Ligarska, *Uprawnienie do wypowiedziania umów o zakazie konkurencji w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu Covid-19. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, "Roczniki Administracji i Prawa" 2021, special edition.

<sup>45</sup> See Ł. Pisarczyk, *Prawo pracy...*

under the provisions on minimum remuneration for work (Art. 15gd(1) of the COVID Act). This regime is applicable in the period of the state of epidemic threat, or the state of epidemic declared in relation to the COVID-19 pandemic if the employer notes a decrease in the turnover<sup>46</sup> or essential burden on the salary fund<sup>47</sup>. The limitation introduced by the legislator relates to any type of severance allowance or benefit paid in connection with terminating an employment contract<sup>48</sup>, which means that the regime also covers severance allowances for terminating the employment relationship for reasons independent of the employee, paid within the framework of collective or individual dismissals<sup>49</sup>.

From the exclusive perspective of employers, the legislator's intervention consisting in the reduction of the amounts of severance allowances paid to dismissed employees can be considered legitimate. The legislator realised that, despite the aid instruments addressed to employers, in certain situations, redundancies are still unavoidable. The legislator did not want to impose an additional burden on employers, who would face the necessity to dismiss employees. However, it would be difficult to resist the impression that, by introducing such legislative solutions, the legislator even encouraged employers to reduce the workforce. This is especially vital in situations where redundancies have not yet been decided. Moreover,

---

<sup>46</sup> Decrease in turnover in the understanding of Art. 15g(9) of the COVID Act.

<sup>47</sup> Essential burden on the salary fund as referred to in Art. 15gb(2) of the COVID Act.

<sup>48</sup> In literature, attention was drawn to serious problems with interpretation of Art. 15gd of the COVID Act. It was not clear if by the term "provisions" setting out an obligation to pay a benefit one should understand generally applicable legislation or if the concept includes also provisions of autonomous sources of labour law under Art. 9 of the Labour Code. E. Zając-Tobiasz and M. Zając-Rzosińska, emphasise that since the norm of Art. 15gd of the COVID Act generally refers to provisions, without mentioning labour regulations, this means that internal company labour regulations should not be covered by the scope of its application. E. Zając-Tobiasz, M. Zając-Rzosińska, *Zwolnienia z przyczyn nie dotyczących pracowników w dobie pandemii COVID-19*, "Temidium" 2021, No. 2, p. 46. Moreover, the legislator did not define, for the purposes of Art. 15gd of the COVID Act, the terms "severance allowance", "compensation" or "other monetary benefit paid in connection with terminating an employment contract". In consequence, it is difficult to establish beyond any doubt the objective scope of those terms. M. Mędrala draws attention to the fact that, in relation to Art. 15gd of the COVID Act, textual interpretation proves insufficient since it can often lead to even absurd conclusions, which, at the same time, are very unfavourable to employees. Therefore, in this context, it becomes necessary to apply purposive interpretation. See M. Mędrala, *Aksjologia ograniczenia wysokości świadczeń pieniężnych wypłacanych w związku z rozwiązaniem umowy o pracę w ustawodawstwie pandemicznym*, "Przegląd Prawa Publicznego" 2021, No. 7–8, pp. 62–72.

<sup>49</sup> Therefore, the regime under Art. 15gd(1) of the COVID Act constitutes *lex specialis* in relation to the provision of Art. 8(4) of the Act of 13.03.2003 on special terms of terminating labour relationships with employees for reasons independent of employees ("Journal of Laws" 2003, No. 90, item 844, as amended, hereinafter Act on collective redundancies). Under Art. 8(4) of that Act "The amount of severance pay may not be higher than 15 times the minimum salary for work, established under separate provisions, as applicable on the date of terminating the employment relationship".

one should critically assess the fact that the legislator authoritatively imposed limits on severance allowances<sup>50</sup>. The possibility to pay severance allowances to employees in an amount following from the existing regulations could, in fact, be preserved even despite a decrease in the turnover or an essential burden on the salary fund<sup>51</sup>. This way, the legislator decided that the financial situation of dismissed employees should be obligatorily worsened. It was emphasised in the doctrine that the legislator's endeavours to provide support to entrepreneurs should be accompanied by the preservation of social sustainability. As a result, the state should assume the economic burden of the benefits taken away from employees<sup>52</sup>.

The second example of legal mechanisms introduced by the legislator which undermined the stability of employment during the COVID crisis refers to the restructuring of the workforce in governmental administration. In Art. 15zzzzzz of the COVID Act, it was decided that if negative economic consequences of the COVID-19 pandemic lead to threatening the state's public finances, the Council of Ministers may – by a regulation – in specific public administration entities: 1. impose an obligation to reduce manpower or 2. introduce, for a definite term – no longer than within the end of the given financial year – less favourable terms of employees' service than under the basis of their employment relationship. Deterioration of employment terms may consist in the suspension of the right to additional salary components, rewards, bonuses or other benefits of such type, or suspension of rights under other legal provisions, including the right to additional

---

<sup>50</sup> In literature, attention was paid to the fact that payment of a benefit in an amount higher than under the restriction laid down in Art. 15gd(1) of the COVID Act will constitute a kind of breach of the employer's financial discipline. Benefits in an amount higher than provided for in statutory provisions may, however, be paid as optional benefits – on other grounds. M. Mędrala, *Ograniczenia praw zatrudnionych...*. Other opinion in this regard was expressed by K. Naumowicz. According to that author, the provision of Art. 15gd of the COVID Act is semiimperative and does not preclude the possibility to determine a higher benefit for an employee since the legislator did not clearly resolve in respect of nullity of other arrangements in that regard. K. Naumowicz, (in:) K.W. Baran (ed.), *Tarcza antykryzysowa 1.0–4.0: Ustawa o dodatku solidarnościowym i inne regulacje. Szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych związane z COVID-19. Komentarz*, Warszawa 2020, p. 233. The Supreme Court in the Judgment of 13.10.2020 (II PK 12/19, source: Legalis), pointed out that: "Provisions of autonomous labour regulations or agreements allowing for severance allowances in an amount higher than 15 times the minimum salary for work must be compatible with the principle of equal treatment of employees (Art. 11<sup>2</sup> of the Labour Code) and of their nondiscrimination (Art. 11<sup>3</sup> of the Labour Code). The duty of equal treatment of employees relates to the members of staff in a similar factual and legal situation. As a result, an employer may, under Art. 18 para 1 of the Labour Code, grant to an employee a benefit more favourable than under the provisions of labour law (including arrangements or collective labour agreements), but such arrangements should be provided for in the contract or in the provisions applicable in the employer's company setting out the rights and obligations of the parties to the employment relationship and comply with the principle of equal treatment in employment".

<sup>51</sup> See M. Mędrala, *Aksjologia ograniczenia...*, p. 65 *et seq.*

<sup>52</sup> A. Boguska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn...*, p. 22.

leave (Art. 15zzzzzu(1))<sup>53</sup>. The introduction of less favourable employment terms may relate to all employees in a given entity or to a group of employees according to the basis of their employment relationship (Art. 15zzzzzu(3) of the COVID Act)<sup>54</sup>.

In a situation of workforce reduction – understood either as termination of employment relationships or reduction of working times<sup>55</sup> – the legislator excluded the application of the provisions of the Act on collective redundancies (Art. 15zzzzzq(1) of the COVID Act). This way, the legislator deprived employees of the protection laid down in the cited Act. Although alternative protective mechanisms have been provided for – as justly highlighted in the academic literature – these alternative mechanisms offer a much lower level of protection<sup>56</sup>. Moreover, the legislator excluded the application of the procedure of consultations with trade unions under Art. 38 of the Labour Code (Art. 15zzzzzr(8) of the COVID Act). However, most serious doubts are aroused by the fact that dismissed employees were deprived of the priority right in re-employment if the employer conducts new recruitment in the future. At the same time, one should not lose sight of the provision of Art. 15zzzzzq(1) item (1) of the COVID Act, under which the obligation to reduce workforce may be complied with, among others, through terminating an employer's labour relations, including with regard to employers with an established right to an old-age or disability pension or employers fulfilling the criteria for granting an old-age pension. With the above in mind, one should agree with the opinion presented in the academic literature that the purpose of the cited restructuring legislation was not the only pursuit of savings in governmental administration but also a planned replacement of the existing human resources<sup>57</sup>. This raises serious doubts both in the context of the principle of equal treatment in a situation of terminating employment relationships and in the context of the state's task to ensure a continuity of proper operation of governmental administration.

By providing for a possibility of such far-reaching restructuring of the workforce in public administration – that is, in an area in which the state has the great-

---

<sup>53</sup> In the period of application of such restrictions, application was excluded of the provisions forming a basis for granting the suspended salary components, benefits or rights (Art. 15zzzzzu(1) of the COVID Act).

<sup>54</sup> If the worsened terms of employment are unacceptable for an employee, within 14 days of the receipt of a respective notice, the employee may declare not to consent to the application to the employee of the worsened terms of employment. Such declaration is tantamount to the submission by the employee of a notice of terminating the employment relationship (Art. 15zzzzzu(5) of the COVID Act).

<sup>55</sup> K. Walczak, "Optymalizacja" kosztów zatrudnienia w administracji rządowej, "Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej" 2020, No. 27 (4), p. 295.

<sup>56</sup> For more, see A. Boguska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn...*, p. 16 *et seq.*; K. Walczak, "Optymalizacja" kosztów..., pp. 299–300; K. Walczak, *Kilka uwag na temat zatrudnienia w dobie pandemii i po jej zakończeniu*, "Monitor Prawa Pracy" 2020, No. 6, p. 10.

<sup>57</sup> K. Walczak, "Optymalizacja" kosztów..., p. 299; K. Walczak, *Kilka uwag...*, p. 9.



est influence – the legislator gave a very inconsequent message to employers in the private sector. It would be difficult to expect employers in the private sector to make significant efforts to maintain the existing headcount if the state does not intend to protect jobs in the public sector. The scenario of workforce restructuring in governmental administration has not been realised. However, this does not change the fact that, in the period of the COVID crisis, the legislator showed far-reaching inconsistency in the drafting of legal mechanisms intended to protect jobs. Despite the legislator's strenuous efforts, the legislator did not create a coherent system of protecting jobs and did not avoid legal solutions undermining sustainable employment in time of crisis.

## 5. SUMMARY

Summarising the anti-crisis regulations from the perspective of protecting jobs – on the second anniversary of declaring a state of the epidemic in the Republic of Poland – it is worth emphasising that large-scale collective redundancies did not take place. According to the Central Statistical Office, the unemployment rate was 5.5 per cent in February 2022<sup>58</sup>. As a result, the rate returned to a level observed in February 2020, that is before the beginning of the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic in Poland. The number of unemployed registered in February 2022 was 865.6 thousand, whereas in February 2020, the same number was 860.2<sup>59</sup>. In comparison, according to the data published by Eurostat, the rate of unemployment in January 2022 was 6.2 per cent in the European Union and 6.8 per cent in the eurozone. A decrease was noted as compared to December 2021, when the rate of unemployment for the European Union was 6.3 per cent and for the eurozone – 7 per cent<sup>60</sup>. According to the data published by Eurostat, the unemployment rate in Poland was at the level 2.8 per cent – in January 2022, 2.9 per cent – in December 2021, and 3.6 per cent – in January 2021<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Statistical data from the website of the Central Statistical Office (GUS), <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/bezrobocie-rejestrowane/stopa-bezrobocia-rejestrowane-go-w-latach-1990-2022,4,1.html> (accessed 16.05.2022).

<sup>59</sup> Statistical data from the website of the Central Statistical Office (GUS), <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/bezrobocie-rejestrowane/wyrownania-sezonowe-bezrobotni-zarejestrowani-i-stopa-bezrobocia-w-latach-2011-2022,5,1.html> (accessed 16.05.2022).

<sup>60</sup> Statistical data from Eurostat's website, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/14317274/3-03032022-BP-EN.pdf/e9f04fd8-a9d7-0fd6-2341-e9194274dfcd?t=1646235822280> (accessed 16.05.2022). A decrease in unemployment was also observed in relation to January 2021, when the unemployment rate in the entire EU was 7.5 per cent, and in the euro zone – 8.3 per cent.

<sup>61</sup> It must be explained that the data of the Central Statistical Office (GUS) and Eurostat differ because of a dissimilarity of the applied methodologies. In the case of Eurostat, the unemployment rate is based on the definition recommended by the International Labour Organisation (ILO).

In this context, judging exclusively by the unemployment indicators in Poland for the first quarter of 2022, it can be concluded that the legal instruments introduced by the Polish legislator for the purpose of preserving sustainable employment during the time of the COVID crisis proved adequate and effective. However, the formulation of such a conclusion would be a major simplification, disregarding a broader social and economic context. It should be borne in mind that in the initial period of the coronavirus pandemic – when aid mechanisms were addressed to a wide range of employers – the unemployment rate in Poland rose from the level of 5.4 per cent in March 2020 to the level of 6.3 per cent in December 2020<sup>62</sup>. A short, only 3-month period of protecting jobs – if introduced by the legislator at all – gave rise to a situation in which, upon its expiry and upon the use of subsidies from the state, employers could freely reduce the workforce. The highest – throughout the entire pandemic period – level of unemployment was observed in Poland in February 2021 (6.6 per cent). The unemployment rate above 6 per cent subsisted until June 2021 and then started to fall. In October 2021, the rate came back to the level from before the pandemic (5.5 per cent)<sup>63</sup>. The above may show that employers benefited from the change of the previous method of counteracting the pandemic, i.e. withdrawal from shutting down the economy and from the prohibition of operation of many industries. In autumn 2021 – that is during the IV wave of the coronavirus pandemic in Poland – the unemployment rate did not

---

The measurement is based on a harmonised data source, the European Union Labour Force Survey (LFS). Based on the ILO definition, Eurostat defines unemployed persons as persons aged 15 to 74 who: - are without work; - are available to start work within the next two weeks; – and have actively sought employment at some time during the previous four weeks. The unemployment rate is the number of people unemployed as a percentage of the labour force. The labour force is the total number of people employed plus unemployed, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/14317274/3-03032022-BP-EN.pdf/e9f04fd8-a9d7-0fd6-2341-e9194274dfcd?t=1646235822280> (accessed 16.05.2022). According to the Polish Central Statistical Office, the registered unemployment rate is a percentage share of the registered unemployed to the number of the professionally active civilian population, i.e. excluding employees of budgetary units conducting activities in the area of national defence and public security. Unemployment rate is calculated including persons working in agriculture, in private farms. On the other hand, the term unemployed must be understood as a person over 18 who has not attained the retirement age, is not employed and does not perform any other salaried work, able and ready to take on full-time employment (or, in respect of persons with disabilities – able and ready to take on at least half-time employment), who does not attend a school – except for schools for adults or higher schools offering education on part-time basis – registered in the appropriate, that is having jurisdiction over their place of residence (either permanent or temporary), district employment office, and searches for employment or other salaried job. <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/bezrobotnie-rejestrowane/wyrownania-sezonowe-bezrobotni-zarejestrowani-i-stopa-bezrobotnicia-w-latach-2011-2022,5,1.html> (accessed 16.05.2022).

<sup>62</sup> <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/bezrobotnie-rejestrowane/stopa-bezrobotnicia-rejestrowanego-w-latach-1990-2022,4,1.html> (accessed 16.05.2022).

<sup>63</sup> <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/bezrobotnie-rejestrowane/stopa-bezrobotnicia-rejestrowanego-w-latach-1990-2022,4,1.html> (accessed 16.05.2022).

rise even though the aid instruments at that time were already addressed only to selected industries<sup>64</sup>. Moreover, it must be remembered that the situation at the time of the COVID crisis was much diversified in different industries. For example, the fitness, event, artistic, catering, or hotel industries were strongly affected by the prohibitions introduced by the state and faced the need to dismiss employees. At the same time, entrepreneurs in the IT sector or courier companies developed without any disturbance, noted growth, and recruited new employees.

With the above in mind, the assessment of the analysed legislation intended to protect jobs must be ambiguous. It cannot be concluded that mass redundancies were avoided only due to the aid mechanisms introduced by the Polish legislator during the COVID crisis. On the other hand, it would be illegitimate to conclude that the legislator's aid activities were irrelevant to the protection of jobs. The support mechanisms introduced by the state definitely helped amortise employers' clash with the very difficult reality that became their share because of the coronavirus pandemic and the lockdown. At the same time, it should be noted that the avoidance of mass collective redundancies was also a merit of employers themselves, who tried not to treat redundancies as an easy tool in the search for savings. As already noted in the literature, the COVID crisis differed from previous crises, among others, in that employers – wherever possible – avoided dismissing their personnel<sup>65</sup>. Bearing in mind the experiences of the recent years, which demonstrate that it is a difficult, time-consuming and costly procedure to find a valuable employee, employers strived to preserve the existing staffing. To achieve that end, they were trying to cut down expenses, for example, by sending employees on overdue leaves, using the institutions of stoppage, suspension of company regulations, and amending the terms of employment contracts<sup>66</sup>.

A valuable instrument for the protection of jobs was also the institution of remote work, as introduced by the Polish legislator in the COVID Act. Performance by employees of remote work – wherever this was possible – allowed to reduce the costs relating to lease and maintenance of office space. It also allowed to maintain social distance and, as a consequence, to prevent the spread of the coronavirus. Due to the above, employers were, to a much lesser extent, exposed to disorganisation of the labour process or even to its complete paralysis in the event of mass absence of employees because of their isolation or quarantine.

Entrepreneurs themselves, when assessing the aid mechanisms implemented by the Polish legislator in the time of the COVID crisis, pointed to their numerous shortcomings. A reproach was made about the delayed implementation of the specific support instruments and insufficient consultation of those instruments with entrepreneurs. Attention was also drawn to excessive bureaucracy, regulatory

---

<sup>64</sup> According to the legislator's assumptions, to such industries that suffered the most as a result of the restrictions in the pursuance of economic activities.

<sup>65</sup> K. Walczak, *Kilka uwag...*, p. 10.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 11.

chaos and a high degree of complication of the introduced legal provisions. It was underlined that preventive aid instruments were missing dedicated to those entrepreneurs who were not yet in a difficult financial situation but whose development was important for a sector or for the entire economy<sup>67</sup>. Particular attention should also be paid to the legitimate criticism – addressed to the legislator – regarding much uncertainty of the law<sup>68</sup>. During a crisis, the situation changes dramatically and calls for an urgent reaction from the state. Nevertheless, citizens and employers should not be surprised by legal provisions, which were often amended during the crisis and frequently became the applicable law without any opportunity to prepare for their entry into force.

The research carried out by the Polish Economic Institute indicates that in the time of the COVID crisis, the aid mechanisms most highly appreciated by entrepreneurs and, at the same time, the most frequently used were: exemptions from contributions to the Social Security Institution (ZUS), the financial shield, subsidies for employees' salaries and contributions to social insurance, reduction of working times and remote work<sup>69</sup>. Therefore, arriving at general conclusions which step beyond the framework of the COVID crisis, it can be indicated that such institutions as: exemptions from contributions to the Social Security Institution (ZUS), subsidies for employees' salaries and social insurance contributions, reduction of working times – are necessary and work out during a crisis, regardless of its cause. It is also important to adjust the type and intensity of aid to the actual needs of employers. In this context, it seems legitimate to address aid tools to particular industries. This is not easy since the establishment of the condition and needs of particular sectors of the economy requires an in-depth analysis, and a crisis situation necessitates rapid decision-making. Nevertheless, the activities of the legislator should not be chaotic or imprudent. In the light of the above, there is a need to hold more consultations with employer representatives.

Moreover, it was underlined in the literature that, in the future, one should avoid excessive fragmentation of different types of aid mechanisms and stretching their launch over time, as this renders difficult perception by employers of the

---

<sup>67</sup> K. Dębowska, U. Kłosiewicz-Górecka, A. Szymańska, P. Ważniewski, K. Zybortowicz, *Tarcza Antykryzysowa. Koło ratunkowe dla firm i gospodarki?*, Warszawa 2021, p. 60, <https://pie.net.pl/tarcza-antykryzysowa-kolo-ratunkowe-dla-firm-i-gospodarki/> (accessed 16.05.2022).

<sup>68</sup> *Raport Związku Przedsiębiorców i Pracodawców "Podsumowanie lockdown-u w Polsce"*, Warszawa 2021, p. 14, <https://zpp.net.pl/wp-content/uploads/2021/01/25.01.2021-Business-Paper-Podsumowanie-lockdownu-w-Polsce.pdf> (accessed 16.05.2022).

<sup>69</sup> K. Dębowska, U. Kłosiewicz-Górecka, A. Szymańska, P. Ważniewski, K. Zybortowicz, *op. cit.*, pp. 41, 61. It follows from the Report of the Polish Economic Institute that industrial processing companies and service companies were especially advantaged by the financial shield. Trade companies benefited the most from the subsidies for salaries and social insurance contributions. Enterprises in the area of construction were supported mostly by the reduction of working times, and transport companies often took advantage of stoppage benefits.

offered aid or analysis of consequences of such aid<sup>70</sup>. During the COVID crisis, aid instruments were introduced through multiple amendments to the COVID Act and characterised by a high degree of complexity. In this context, their understanding posed a serious challenge to employers. Therefore, in the future, an aid system should be consistent and transparent and – as far as possible – prepared in advance, based on the experiences gained during the 2 years of the COVID crisis and previous crises. However, it must also be remembered that every crisis is different, caused by different factors and may call for legislation allowing for its specificity.

When analysing the aid mechanisms implemented during the COVID crisis to protect jobs, it would be impossible to ignore employees themselves and their interests. In times of crisis, a special task of the state is to weigh the interests of employers and employees, so that provision of support to employers does not correlate with excessive burdens on employees and the other way round. From this perspective, it becomes apparent that the Polish legislator did not strike balance between protecting the interests of employers and those of employees. The legislator concentrated on aid mechanisms dedicated to employers, hoping that the improvement of their financial position would allow to preserve jobs. As a result, the legislator attempted to ensure sustainable employment during the COVID crisis, predominantly through the mechanisms of indirect protection of jobs. Financial risk, which is generally associated with employers, was shifted, to an excessive degree, to employees<sup>71</sup>. The legislator managed to avoid mass collective redundancies, however, at the expense of excessive deterioration of terms of employment. In particular, financial aid instruments were missing – addressed to employees themselves and compensating for their loss of income in consequence of the worsening of their terms of employment. Subsidies for salaries, as envisaged by the legislator, did not serve to compensate for employees' loss of income but made a part of salaries paid by the employer in an already decreased amount. Additionally, the legislator did not provide for any compensation to employees in connection with the reduction of the amounts of severance allowance paid in case of dismissal for reasons independent of an employee. In the context of the aid mechanisms dedicated to employers, the lack of support for employees may therefore be only approached with criticism. In those cases where salaries or severance allowances were reduced, the state should compensate for the loss of income to employees. If this is not fully possible – because of missing funds – such compensation should take place at least in part. Striking a balance between the parties of employment relationships requires that financial support be addressed both to employers and to employees. Yet, these are employers that, as it were, benefited twice. First, they had an opportunity to reduce their employ-

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>71</sup> For more on the transfer of risk, see Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy*, Warszawa 2008, pp. 82–90.

ees' salaries and second, they received subsidies from the state to cover a part of those salaries in an already reduced amount. Employers saved financial means also by paying to employees severance allowances in a reduced amount. On the other hand, employees themselves did not benefit much from the aid mechanisms implemented by the legislator. This means that they did not obtain any guarantees of employment – apart from certain scant and short-term exceptions – and the terms of their employment could be worsened by employers for a longer period of time. Accordingly, employees could hope, in the first place, that due to the aid mechanisms implemented by the legislator, the financial condition of their employers would improve so that the employees could keep their existing jobs.

In future, the legislator should show more care for the interests of employees and recognise that the treatment of employment as a stand-alone value is not enough. Although this seems obvious, it is worth reminding that employment should give an employee the possibility to maintain themselves and the employee's families at a decent level. Taking care of the interests of employers and, at the same time, striving to preserve jobs in times of a crisis, the legislator should not enable excessive deterioration of the terms of employment-based jobs.

## REFERENCES

### Books and articles

- Biasi M., *Covid-19 and labour law in Italy*, "European Labour Law Journal" 2020, Vol. 11, issue 3
- Boguska A., Pisarczyk Ł., *Sfera zatrudnienia w działaniach antykryzysowych. Wybrane zagadnienia*, "Monitor Prawa Pracy" 2020, No. 5
- Boguska A., Pisarczyk Ł., *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracowników wobec pandemii COVID-19*, "Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej" 2021, No. 2 (19)
- Dębowska K., Kłosiewicz-Górecka U., Szymańska A., Ważniewski P., Zybortowicz K., *Tarcza antykryzysowa. Koło ratunkowe dla firm i gospodarki?*, Warszawa 2021, <https://pie.net.pl/tarcza-antykryzysowa-koło-ratunkowe-dla-firm-i-gospodarki/> (accessed 16.05.2022)
- García-Muñoz Alhambra M.A., *Covid-19 and labour law in Spain*, "European Labour Law Journal" 2020, Vol. 11, issue 3
- Gredka-Ligarska I., *Uprawnienie do wypowiedzania umów o zakazie konkurencji w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu Covid-1. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, "Roczniki Administracji i Prawa" 2021, special edition
- Księżyk K., (in:) K.W. Baran (ed.), *Tarcza antykryzysowa 1.0–4.0: Ustawa o dodatku solidarnościowym i inne regulacje. Szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych związane z COVID-19. Komentarz*, Warszawa 2020

- Latos-Miłkowska M., *Działalność socjalna pracodawcy w tarczy antykryzysowej*, “Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2021, Vol. LXII, No. 1
- Latos-Miłkowska M., *Porozumienia zbiorowe w tarczy antykryzysowej*, “Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, Vol. LXI, No. 10
- Mędrala M., *Aksjologia ograniczenia wysokości świadczeń pieniężnych wypłacanych w związku z rozwiązaniem umowy o pracę w ustawodawstwie pandemicznym*, “Przegląd Prawa Publicznego” 2021, No. 7–8
- Mędrala M., *Ograniczenia praw zatrudnionych w tarczy 4.0 – niektóre refleksje w kontekście zasad konstytucyjnych*, “Monitor Prawa Pracy” 2020, No. 9
- Mitrus L., *Wypowiedzenie umowy o pracę z przyczyn dotyczących pracownika*, Warszawa 2018
- Naumowicz K., (in:) K.W. Baran (ed.), *Tarcza antykryzysowa 1.0–4.0: Ustawa o dodatku solidarnościowym i inne regulacje. Szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych związane z COVID-19. Komentarz*, Warszawa 2020
- Pisarczyk Ł., *Prawo pracy wobec kryzysu*, “Państwo i Prawo” 2020, No. 12
- Pisarczyk Ł., *Ryzyko pracodawcy*, Warszawa 2008
- Przybyłowicz A., (in:) K.W. Baran (ed.), *Tarcza antykryzysowa 1.0–4.0: Ustawa o dodatku solidarnościowym i inne regulacje. Szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych związane z COVID-19. Komentarz*, Warszawa 2020
- Raczkowski M., Ducki M., *Porozumienia zawieszające w ustawie antykryzysowej*, “Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, No. 5
- Raport Związku Przedsiębiorców i Pracodawców*, “Podsumowanie lockdown-u w Polsce”, Warszawa 2021, <https://zpp.net.pl/wp-content/uploads/2021/01/25.01.2021-Business-Paper-Podsumowanie-lockdownu-w-Polsce.pdf> (accessed 16.05.2022)
- Rytel-Warzocho A., *Wypowiadanie umów o zakazie konkurencji w ustawie “Tarcza 4.0” – kilka uwag z punktu widzenia zgodności z Konstytucją RP*, “Monitor Konstytucyjny”, <http://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/14207> (accessed 3.04.2023)
- Walczak K., *Kilka uwag na temat zatrudnienia w dobie pandemii i po jej zakończeniu*, “Monitor Prawa Pracy” 2020, No. 6
- Walczak K., *“Optymalizacja” kosztów zatrudnienia w administracji rządowej*, “Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2020, No. 27 (4)
- Zajac-Tobiasz E., Zajac-Rzosińska M., *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracowników w dobie pandemii COVID-19*, “Temidium” 2021, No. 2

### **Court decisions**

- Judgment of the Supreme Court of 13.10.2020, II PK 12/19, Legalis
- Judgment of the Supreme Court of 10.10.2019, I PK 196/18, Legalis
- Judgment of the Supreme Court of 10.03.2016, III PK 81/15, OSNP 2017 nr 10, item 124
- Judgment of the Supreme Court of 24.03.2011, I PK 185/10, LEX No. 1119478
- Judgment of the Supreme Court of 29.03.2001, I PKN 325/00, OSNP 2003 No. 1, item 8

*Daniel Jakubowski*

Uniwersytet Warszawski, Polska  
e-mail: [dm.jakubowsk@uw.edu.pl](mailto:dm.jakubowsk@uw.edu.pl)  
ORCID: 0000-0001-8836-4084

## KRYTERIA DEFINICYJNE RAŻĄCEGO NIEDBALSTWA

### DEFINING CRITERIA OF GROSS NEGLIGENCE

#### Abstract

The article discusses the results of a study on the judgments in which the courts ruled on the issue of gross negligence. The main goal is to identify the criteria the courts adopt for defining gross negligence. Using qualitative analysis the author classifies the criteria into categories and points to the differences between them, while performing quantitative analysis indicates the frequency of particular criteria usage in practice and analyzes statistical relationship between the categories and the criteria. In addition to the conclusions concerning the concept of gross negligence, the author offers critical comments on the formulation of justifications for judgments.

#### KEYWORDS

gross negligence, criteria, analysis of courts' verdicts

#### SŁOWA KLUCZOWE

rażące niedbalstwo, kryteria, orzecznictwo sądowe



## 1. UWAGI WSTĘPNE ORAZ CEL ARTYKUŁU

Rażące niedbalstwo jest jedną z dwóch form winy nieumyślnej. Maciej Gutowski w swoim komentarzu określa je jako kwalifikowaną postać winy nieumyślnej<sup>1</sup>. Odwołuje się on tym samym do bogatego orzecznictwa Sądu Najwyższego, w którym niejednokrotnie padało takie stwierdzenie.

Dość długą tradycję ma wskazywanie na graniczenie rażącego niedbalstwa z umyślnością. Już Ludwik Domański na gruncie Kodeksu zobowiązań wskazywał, że: „jest to nieostrożność granicząca z rozmyślnym działaniem lub zaniechaniem, polegająca na niezachowaniu środków bezpieczeństwa, które zwykle zachowuje każdy przeciętny człowiek”<sup>2</sup>. Pogląd ten, w nieco zmodyfikowanej wersji sytuującej rażące niedbalstwo na granicy winy umyślnej bądź umyślności, znajduje się w wielu nowych komentarzach<sup>3</sup>.

Zwyczajowo rażące niedbalstwo kojarzone jest z lekkomyślnością. Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska wskazywała, że: „rażące niedbalstwo stanowi cięższą formę winy nieumyślnej i obejmuje swym zasięgiem lekkomyślność i specjalnie wyraźne przypadki niedbalstwa”<sup>4</sup>. W tym kontekście warto przytoczyć pogląd Stanisława Grobla, który krytycznie podchodzi do takiego ujmowania rażącego niedbalstwa. Jak twierdzi: „nie przyjmuję tutaj poglądu, że rażącemu niedbalstwu odpowiada stan określony na gruncie prawa karnego jako «lekkomyślność» bądź «niedbalstwo». Rażące niedbalstwo, gdy chodzi o stan psychiki sprawcy, może zawierać zarówno znamiona lekkomyślności, jak i niedbalstwa z gruntu prawa karnego, a o tym, że określamy je właśnie jako «rażące», decydują elementy obiektywne”<sup>5</sup>. Różnica między tymi dwoma poglądami zasadza się na tym, że w pierwszym lekkomyślność jest niejako docelową formą rażącego niedbalstwa, w drugim zaś występuje brak uprzywilejowania którejkolwiek z form.

Przechodząc do znaczenia tego pojęcia, należy wskazać, że rażące niedbalstwo jest terminem ustawowym w ustawie niezdefiniowanym. Dokonując jego literalnej wykładni, należy stwierdzić, że termin „rażący” można rozumieć jako „rzucający się w oczy” oraz „o ujemnych cechach, zjawiskach itp.: wyraźny,

<sup>1</sup> M. Raczyński, (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 450–1088*, Warszawa 2016, s. 1100.

<sup>2</sup> L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1936, s. 603.

<sup>3</sup> Zob. Z. Gawlik, (w:) A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania. Część szczególna*, Warszawa 2014, s. 1100; M. Krajewski, *Umowa ubezpieczenia. Art. 805–834 KC. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 607.

<sup>4</sup> B. Lewaszkiewicz, *Zakres niedbalstwa jako podstawy odpowiedzialności cywilnej*, „Nowe Prawo” 1956, nr 3, s. 69.

<sup>5</sup> S. Grobel, *Pojęcie rażącego niedbalstwa w kodeksie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1979, nr 5, s. 711.

bardzo duży”<sup>6</sup>, z kolei niedbalstwo to „brak dbałości o coś, niestaranność”<sup>7</sup>. W wyniku połączenia tych dwóch znaczeń rażące niedbalstwo mogłoby być definiowane jako „rzucający się w oczy brak staranności o coś” albo „bardzo wyraźna niestaranność”. Definicje te, choć przybliżają nam znaczenie pojęcia rażącego niedbalstwa, mają znikomą użyteczność. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest to, że zwrot podlegający każdorazowo ocenie został zastąpiony innymi zwrotami ocennymi.

Obserwacja ta prowadzi do wniosku, że jest to zwrot nieostry, co z kolei implikuje określony sposób badania tego pojęcia prawnego. Po pierwsze, niezasadne jest poszukiwanie i konstruowanie definicji zwrotu nieostrego. Stałoby to bowiem w sprzeczności z celem, dla którego wprowadzono go do tekstu ustawy. Po drugie, zwroty nieostre podlegają operacjonalizacji w ramach procesu stosowania prawa. Analiza znaczeń tych pojęć będzie zatem możliwa w wyniku analizy postępowań sądowych, a konkretnie – uzasadnień orzeczeń.

Uwzględniając te uwagi, można określić cel tego artykułu jako próbę wskazania kryteriów, które służą identyfikacji danego zachowania jako rażącego niedbalstwa. Poszukiwanie kryteriów jest o tyle uzasadnione, że ocena dokonywana przez pryzmat zwrotu nieostrego nie może opierać się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu sędziego. Sąd powinien bowiem sformułować uzasadnienie prawne rozstrzygnięcia, tak by można było prześledzić poprawność jego rozumowania. W przypadku subsumpcji, w której większa przesłanka sylogizmu jest rekonstruowana na podstawie przepisu prawnego zawierającego zwrot nieostry, nieuniknione wydaje się wskazanie, jak ten zwrot, zdaniem sądu, powinien być rozumiany.

## 2. METODOLOGIA BADANIA

Dobór wyroków do próby badawczej składał się z trzech kroków. W pierwszej kolejności doszło do zebrania wszystkich wyroków, które zostały „przypięte” w Systemie Informacji Prawnej LEX do artykułów albo ustępów artykułów, posługujących się pojęciem rażącego niedbalstwa. Wyroki te pochodzą z lat 2003–2019<sup>8</sup>.

Następnie dokonano pobieżnego przeglądu tych wyroków poprzez poszukiwanie w nich frazy „rażąc”, gdyż forma ta zapewniała znalezienie wszystkich

<sup>6</sup> *Słownik języka polskiego*, hasło: *rażący*, WN PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/razacy;2514202.html> (dostęp: 8.06.2022).

<sup>7</sup> *Słownik języka polskiego*, hasło: *niedbalstwo*, WN PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/niedbalstwo;2488490.html> (dostęp: 8.06.2022).

<sup>8</sup> Dobór wyroków do próby został zamknięty dnia 11 maja 2020 r.

wystąpien w tekście hasła „rażące niedbalstwo”, niezależnie od użytej formy gramatycznej. Na tym etapie z próby badawczej zostały usunięte wyroki niewłaściwie „przypięte” do danej jednostki redakcyjnej Kodeksu cywilnego oraz cytujące wyłącznie treść przepisu bez odniesienia się do zagadnienia rażącego niedbalstwa. Wyroki, które nie zostały na podstawie wskazanych kryteriów odrzucone, zostały poddane szczegółowej analizie.

W ramach analizy każdego z wyroków dążono do wyodrębnienia z ich treści następujących elementów:

- 1) opis stanu faktycznego;
- 2) przyjęta przez sąd definicja rażącego niedbalstwa;
- 3) rozstrzygnięcie kwestii, czy stronie można przypisać rażące niedbalstwo<sup>9</sup>.

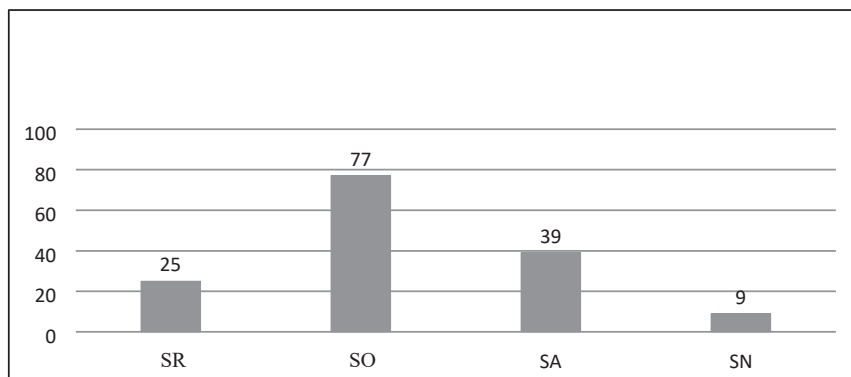
Warunkiem pozostawienia danego wyroku w próbie badawczej było wystąpienie w nim co najmniej opisu stanu faktycznego oraz rozstrzygnięcia. Najczęstszą przyczyną braku rozstrzygnięcia było nieprzeprowadzenie przez stronę podnoszącą zarzut rażącego niedbalstwa skutecznego dowodu na okoliczności, które przemawiałyby za przyjęciem takiej kwalifikacji prawnej (tj. niespełnienie dyspozycji art. 6 k.c.). Poza próbą badawczą znalazły się wyroki, w których sądy nie dostrzegały adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego. W tym miejscu należy jednak poczynić uwagę, że istnieją takie grupy stanów faktycznych, w stosunku do których część sądów stwierdzała rażące niedbalstwo, z kolei pozostała część stwierdzała brak związku przyczynowo-skutkowego<sup>10</sup>. W takich sytuacjach pozostawiano w puli również wyroki, które wskazywały na brak takiego związku, aby nie doszło do stworzenia złudnego wrażenia, że linia orzecznicza w ich przedmiocie jest jednolita. Odrzucone zostały również wyroki, w których stwierdzono winę umyślną, z racji ich braku związku z celem niniejszej pracy.

W wyniku opisanych kroków została wyłoniona próba badawcza w postaci 150 wyroków sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego (wykres 1). Rozkład wyroków z poszczególnych sądów jest, co prawda, nierównomierny, jednak z racji tego, że nie będą prowadzone analizy w ramach grup wyznaczonych przez rodzaj sądu wydającego wyrok, rozkład ten nie będzie wpływał na wyniki analiz. Wśród zgromadzonych wyroków 65 spraw (tj. 43,33%) zakończyło się stwierdzeniem wystąpienia rażącego niedbalstwa.

---

<sup>9</sup> W przypadku gdy dana sprawa była przedmiotem apelacji albo skargi kasacyjnej, za rozstrzygnięcie przyjmowano stanowisko sądu, którego rozstrzygnięcie miało dla niej charakter ostateczny.

<sup>10</sup> Na gruncie art. 827 § 1 k.c. można sądom stawiać zarzut wadliwej interpretacji w zakresie określenia, czyjego działania dotyczy ten paragraf. Wskazywany przepis ma zastosowanie w sytuacji, gdy sprawcą szkody jest sam ubezpieczony. O ile zasadne jest jego rozważenie, np. gdy wywoła on pożar swojej nieruchomości czy zniszczy swój pojazd, o tyle trudno znaleźć jego zastosowanie w przypadku kradzieży pojazdu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że to złodziej jest tym, którego działanie wywołuje szkodę w postaci utraty pojazdu przez ubezpieczonego.



Wykres 1. Liczba wyroków ze względu na rodzaje sądów, które je wydały

### 3. KRYTERIA DEFINICYJNE

#### 3.1. WPROWADZENIE

Definicje rażącego niedbalstwa przyjęte przez sądy zostały rozłożone na elementy składowe, które w tym artykule będą określane mianem kryteriów definicyjnych. Każdemu z nich został przypisany kod porządkowy. W tekście ich brzmienia zostały przytoczone tylko raz, a przy ich pierwszym pojawieniu kod porządkowy został pogrubiony.

Łącznie zostało wyodrębnionych 16 kryteriów [K] definicyjnych. Zostały one włączone do zbioru niezależnie od częstości ich występowania. W tej sekcji zostaną one omówione w kontekście sposobów oceniania zachowań przez ich pryzmat.

Wyodrębnione kryteria definicyjne nie mają charakteru bezwzględnie się wykluczającego. Oznacza to, że nie tworzą zbioru, który składa się z wielu wariantów definicji rażącego niedbalstwa, tylko zbiór twierdzeń, które służą jego operacjonalizacji. W ramach tego zbioru możemy wyróżnić poszczególne podzbiory, które odnoszą się do różnych aspektów ustalania stopnia winy. Jeśli chodzi o te podzbiory, to w ich przypadku można już stwierdzić, że pewne kryteria definicyjne nie mogą ze sobą występować w parach, gdyż dojdzie wówczas do niejasności co do przyjętego przez sąd wzorca oceny. Kolejne podsekcje stanowią próbę uporządkowania kryteriów w podzbiory, a także wskazywania na różnice, jakie zachodzą między poszczególnymi kryteriami.

### 3.2. RAŻĄCE NIEDBALSTWO W STRUKTURZE WINY

Rażące niedbalstwo można definiować poprzez określenie jego miejsca w strukturze winy. Tylko raz wystąpiło określenie rażącego niedbalstwa jako szczególnie wysokiego niedbalstwa [K1]. Takie określenie nie ułatwia przeprowadzenia granicy między zwykłym a rażącym niedbalstwem, a jest jedynie objaśnianiem poprzez wyrażenie synonimiczne. Wskazuje się, że „należy wyraźnie odróżnić «rażące niedbalstwo» od «zwykłego niedbalstwa», czyli takiego zachowania osoby, która przewiduje skutki swojego działania lub zaniechania, lecz spodziewa się, że ich uniknie, oraz gdy skutków tych nie przewiduje, chociaż może i powinna je przewidzieć” [K2]. To stwierdzenie rezerwuje dla zwykłego niedbalstwa zarówno lekkomyślność, jak i tzw. klasyczne niedbalstwo. Sprawia to, że zwykłe niedbalstwo wyczerpuje cały zakres winy nieumyślnej. Pogląd ten w pewien sposób jest zatem zbliżony do stwierdzenia, że „chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy z umyślnością” [K3]. Obydwa one sytuują rażące niedbalstwo w bezpośredniej bliskości z winą umyślną.

Wracając jeszcze do [K2], należy stwierdzić, że trudno wskazać, jaką formę zachowania miałyby przybierać rażące niedbalstwo. Nie jest bowiem znana cywilistycznie taka forma zachowania w ramach winy nieumyślnej, którą można by w tym układzie przypisać rażącemu niedbalstwu. Czy zatem pogląd ten sugeruje istnienie trzech stopni winy w postaci winy umyślnej, rażącego niedbalstwa i winy nieumyślnej? Możliwość takiej interpretacji, poza oryginalnym podziałem winy, nie wnosi nic praktycznego do wskazywania przypadków rażącego niedbalstwa. Nie zostaje bowiem wskazany rodzaj zachowania, który by mu odpowiadał. Można przyjąć, że jest to zachowanie, które nie odpowiada zamiarowi bezpośredniemu, zamiarowi ewentualnemu, lekkomyślności oraz klasycznemu niedbalstwu. Trudno jednak wyobrazić sobie, na czym takie zachowanie miałyby wówczas właściwie polegać, co może sugerować przyjęcie zbyt szerokiej definicji.

Zarazem możemy spotkać pogląd, że „rażące niedbalstwo stanowi cięższą formę winy nieumyślnej i obejmuje swym zasięgiem formę określaną w prawie karnym mianem lekkomyślności oraz szczególnie wyraźne przypadki niedbalstwa.” / „Jako rażąco niedbałe należałoby ocenić przede wszystkim zachowanie lekkomyślne, albowiem jako połączone z przewidywaniem skutku jest bliższe umyślności niż klasyczne niedbalstwo” [K4]. Pogląd ten odwołuje się do pojęcia lekkomyślności, która co do zasady miałaby przesądzać o rażącym niedbalstwie, a więc osadza on to pojęcie w granicach winy nieumyślnej. Ponadto wskazuje na gradację stopni winy i to, że przypadki znajdujące się na granicy między umyślnością a nieumyślnością powinny być uznawane za rażące niedbalstwo.

Poglądem, który należy uznać za bardziej zasadny, jest [K4]. W jego przypadku wypracowane są już kryteria, które pozwalają na ustalenie rażącego niedbalstwa, gdyż wystarczy uznać wystąpienie lekkomyślności po stronie dzia-

ląjącego. Problemem pozostaje jednak wskazywanie „szczególnie wyraźnych przypadków niedbalstwa”. W obydwóch kryteriach pozostawiono bowiem miejsce na zaklasyfikowanie tzw. klasycznego niedbalstwa jako rażącego niedbalstwa.

### 3.3. RAŻĄCE NIEDBALSTWO A MODEL ZACHOWANIA OKREŚLONEGO TYPU CZŁOWIEKA

W kryteriach znajdują się odwołania do pewnego typu osoby, która działa w danych warunkach. Kryteria te stawiają różne wymogi co do poziomu wiedzy i doświadczenia życiowego:

- „Jako rażące niedbalstwo określa się także brak staranności, jakiej można wymagać od osób najmniej rozgarniętych”. / „Chodzi zatem tylko o takie przypadki, gdy osoba postępuje w sposób oczywiście sprzeczny z zasadami bezpieczeństwa powszechnie znanymi i rozumianymi nawet przez osoby o niskim poziomie intelektualnym. / Przez rażące niedbalstwo w orzecznictwie i doktrynie powszechnie rozumie się niedołożenie takiej staranności lub niezachowanie takich środków ostrożności, których można wymagać od osób nawet najmniej przezornych i rozgarniętych” [K5]<sup>11</sup>.

- „Punktem odniesienia dla powyższej oceny (...) jest normalna reakcja zwykłego człowieka w analogicznej sytuacji”. / „(...) działanie z rażącym niedbalstwem oznacza taką sytuację, w której dana osoba zdaje sobie sprawę z grożącego jej niebezpieczeństwa, gdyż zwykle ono występuje w danych okolicznościach faktycznych, tak że człowiek o przeciętnej przezorności ocenia je jako ewidentne, a mimo to, z naruszeniem przepisów, bez potrzeby naraża się na to niebezpieczeństwo, ignorując następstwa własnego zachowania” [K6]<sup>12</sup>.

- „Punktem odniesienia dla powyższej oceny są zasady postępowania oczywiste dla większości rozsądnie myślących” / „(...) jak podkreślają niektórzy autorzy – oczywistego dla każdego rozsądnego człowieka” [K7].

- „(...) ubezpieczający zaniedbał takiej czynności zachowującej ubezpieczone dobro przed zajściem zdarzenia powodującego odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń, której niedopełnienie byłoby czymś absolutnie oczywistym w świetle doświadczenia życiowego dostępnego każdemu przeciętnemu uczestnikowi obrotu prawnego i w sposób wprost dla każdego przewidywalny mogło dopro-

<sup>11</sup> Model ten odwołuje się do rzymskiej paremii „culpa lata est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes inteelegunt”. Rozpropagowanie tego wzorca w polskiej nauce przypisuje się W. Czachórskiemu.

<sup>12</sup> Taki pogląd wyrażał L. Domański, który wskazywał na to, że rażące niedbalstwo znajduje się poniżej zachowania człowieka przeciętnego – L. Domański, *Instytucje ...*, s. 608. Podobne stanowisko można znaleźć również we współczesnym piśmiennictwie – zob. W. Borysiak, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, t. IIIA, Warszawa 2017, s. 1018.

wadzić do powstania szkody przedmiotowo podlegającej ochronie ubezpieczeniowej” [K8].

[K5] odwołuje się do kategorii człowieka, którego cechy, takie jak: rozgarnięcie, poziom intelektualny, przezorność, znajdują na najniższym poziomie. Pogląd ten należy uznać za słuszny w zakresie, w jakim przewiduje on przypisanie rażącego niedbalstwa osobie, która zachowuje się poniżej najniższych oczekiwań, jakie moglibyśmy stawiać osobie, która może w ogóle ponosić odpowiedzialność. Jedyny zarzut, jaki można postawić tak sformułowanemu pogładowi, brzmi, czy osobie, która znajduje się na wyższym poziomie jednej lub kilku spośród wskazanych cech, można postawić zarzut rażącego niedbalstwa wyłącznie wówczas, gdy narusza tak elementarne zasady ostrożności.

Wyższy standard zachowania od [K5] ustanawia model [K6], który odwołuje się do zachowania zwykłego człowieka. Oprócz tego, że na tej podstawie więcej przypadków może zostać objętych zarzutem rażącego niedbalstwa, to zostaje wprowadzone kolejne pojęcie do zdefiniowania. Zwykły człowiek jest tu zapewne rozumiany jako człowiek przeciętny. Można więc w drodze analogii do poglądu [K5] powiedzieć, że jest to osoba o przeciętnym poziomie inteligencji czy przeciętnie rozgarnięta albo przezorna. Wzorzec ten wydaje się jednak trudniejszy do stosowania od prezentowanego w [K5]. Łatwiej bowiem jest wskazać, czego można oczekiwać od osoby o najniższych zdolnościach, niż ustalić ten zakres dla przeciętnego człowieka.

Najwyższy standard ustanawia wzorzec [K7], który mówi o wzorcu rozsądnych ludzi. Pojęcia tego nie należy utożsamiać ze wzorcem zwykłego człowieka, gdyż nieuzasadnione wydaje się przyjmowanie, że zwykły człowiek to człowiek rozsądny. Zwykły człowiek jest pewną konstrukcją uśredniającą występowanie pewnych cech, z kolei człowiek rozsądny wykazuje się cechą w postaci rozsądku w wysokim, jeśli nie w najwyższym stopniu. Bardziej logiczny spośród zaprezentowanych wariantów w ramach [K7] jest wzorzec oczywistości dostępnej każdemu rozsądnemu człowiekowi. Jeżeli bowiem mamy jednorodną kategorię ludzi rozsądnych i stosują oni w tych samych okolicznościach różne zasady postępowania, to oznacza, że ich wybór nie jest wcale taki oczywisty. Poza tym, jeśli dla większości osób rozsądnych coś jest oczywistością, to należy podać w wątpliwość rozsądnosć tej mniejszości.

Z boku tej gradacji znajduje się model przeciętnego uczestnika obrotu prawnego [K8]. Najbardziej zbliżony jest on do wzorca zwykłego człowieka, gdyż również odwołuje się do kategorii uśrednionych. Wprowadza jednak element uczestnictwa w obrocie prawnym, który nieco podnosi poziom wymaganej staranności w porównaniu do modelu zwykłego człowieka. Określanie kogoś jako przeciętnego uczestnika obrotu prawnego sugeruje, że jest to osoba, której działania w sferze prawnej nie ograniczają się wyłącznie do umów powszechnie zawieranych w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego. Wydaje się, że posiadane przez niego doświadczenie pozwala na stawianie mu wyższych wymo-

gów w zakresie staranności niż zwykłemu człowiekowi. Wzorca [K8] nie ma z kolei sensu przyrównywać do modelu [K7], gdyż nie da się ustanowić między nimi żadnej przekonującej relacji logicznej.

Przyjęcie danego modelu może prowadzić do różnej oceny tego samego zachowania. O ile nie ma problemu, gdy dane zachowanie mieści się w naruszeniu minimalnych standardów, gdyż w każdym z tych modeli byłoby to rażące niedbalstwo, o tyle inaczej będzie w sytuacji, gdy dane zachowanie narusza sposób postępowania, jakiego można oczekiwać od każdego rozsądnego człowieka. Wówczas sądy przyjmujące definicje [K5] powinny dopatrzeć się wyłącznie niedbalstwa, z kolei te posługujące się [K7] ocenią je jako rażące niedbalstwo.

### 3.4. RELACJA RAŻĄCEGO NIEDBALSTWA Z NALEŻYTA STARANNOŚCIĄ

W wyrokach możemy spotkać stwierdzenie, że: „pojęcie «rażącego niedbalstwa» zawarte w przepisie art. 827 § 1 k.c. nie może być traktowane za równoznaczne z pojęciem należytej staranności, o jakim mowa w art. 355 k.c. Gdyby pojęcia te były znaczeniowo tożsame, art. 827 § 1 k.c. wyłączałby odpowiedzialność ubezpieczyciela nie w przypadku rażącego niedbalstwa, ale w przypadku działania poszkodowanego bez zachowania należytej staranności” [K9]. Twierdzenie to należy uznać za słuszne. Nie wyklucza ono jednak możliwości rozpatrywania zachowania w kategoriach należytej staranności i wykorzystania wypracowanych już metod w tym zakresie.

Do problemu odstępstwa od należytej staranności można podchodzić dwojako. Po pierwsze, można zająć się odpowiedzią na pytanie, jaki poziom staranności musi zostać przekroczony, by mówić o rażącym niedbalstwie. W orzecznictwie możemy spotkać następujące stwierdzenia, które zbiorczo zostały zebrane w kategorii [K10] „(...) rażące niedbalstwo występuje wtedy, gdy przewoźnikowi można przypisać naruszenie podstawowych zasad ostrożności” / „Rażące niedbalstwo zachodzi w przypadku przekroczenia podstawowych, elementarnych zasad ostrożności czy też ogólnie prawidłowego zachowania się w danej sytuacji” / „(...) przekroczenia elementarnego poziomu staranności i postępowania poniżej minimalnego poziomu wiedzy i umiejętności”. / „(...) rozumie się niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”. Przez tę kategorię zbiorczo reprezentowany jest podstawowy bądź minimalny poziom staranności. Można przyjąć, że są to pojęcia tożsame, gdyż określają, że w skład tej staranności wchodzi tylko najbardziej elementarne zasady. Ich każdorazowe naruszenie może zostać uznane za rażące niedbalstwo.



Po drugie, mamy pogląd, który mówi, że: „rażące niedbalstwo to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu (a w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej ocenianej przy uwzględnieniu podwyższonego miernika)” [K11]. Do postawienia zarzutu rażącego niedbalstwa wymagane jest nie tylko niezachowanie należytej staranności, lecz także różnica między właściwym a faktycznym zachowaniem powinna być znacząca.

W orzecznictwie możemy spotkać różne poglądy mówiące o tym, jak duża powinna być ta różnica. Jeden z nich stwierdza, że: „o ile zatem zachowanie odbiegające *in minus* od zachowania pożądanego z punktu widzenia należytej staranności kwalifikować należy jako niedbalstwo, to dopiero w sytuacji, gdy różnica pomiędzy pożądanym wzorcem a zachowaniem sprawcy jest bardzo znacząca, można zachowanie takie kwalifikować jako rażące niedbalstwo” [K12]. Inny z kolei dostrzega rażące niedbalstwo w sytuacji, gdy „stopień naganności postępowania drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach zachowania się dłużnika” [K13]. Ten drugi pogląd wydaje się ograniczać liczbę przypadków, które mogą być uznane za rażące niedbalstwo. Zobaczmy bowiem, że zachowanie, które drastycznie odbiega od modelu staranności, jest bardziej naganne, niż tylko to, które odbiega bardzo znacznie. Zachowanie to oprócz oczywistej nieprawidłowości powinno wzbudzać oburzenie czy „naruszać w sposób rażący poczucie przyzwoitości lub dobrego smaku”<sup>13</sup>. Samo więc odejście od wzorca należytego zachowania, nawet w sposób bardzo znaczny, nie stanowi o rażącym niedbalstwie, jeśli nie pociąga za sobą dodatkowej nagannej oceny.

### 3.5. PRZEWIDYWANIE SKUTKÓW ZACHOWANIA W KONTEKŚCIE RAŻĄCEGO NIEDBALSTWA

W aspekcie przewidywania skutków zachowania można wskazać następujące próby określenia rażącego niedbalstwa:

- „rażące niedbalstwo przypisać można w wypadku nieprzewidywania szkody jako skutku działania lub zaniechania ubezpieczającego, o ile doszło do przekroczenia podstawowych, elementarnych zasad staranności” [K14];

- „wykładnia tego pojęcia [tj. rażącego niedbalstwa] powinna zatem uwzględnić kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania” [K15];

- „przyjęcie, że taki wypadek zachodzi [tj. rażące niedbalstwo], jak wskazuje się w orzecznictwie, wymaga uwzględnienia obiektywnego stanu zagrożenia oraz kwalifikowanej postaci braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków, a więc uwzględnienia staranności wymaganej od działającej osoby” [K16].

<sup>13</sup> *Słownik języka polskiego*, hasło: *drastyczny*, WN PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/drastyczny;2555429.html> (dostęp: 8.06.2022).

Wszystkie te twierdzenia odnoszą się do nieprzewidzenia wystąpienia szkody. Ich bliższa analiza wskazuje na to, że ustanawiają one różny wymagany stopień przewidywania skutków. W przypadku [K14] rażącym niedbalstwem jest naruszenie podstawowych elementarnych zasad staranności w przewidywaniu skutków działania lub zaniechania, których efektem jest powstanie szkody. [K15] mówi o kwalifikowanej postaci braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania, zaś [K16] mówi wyłącznie o kwalifikowanej postaci braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków.

[K14] w przeciwieństwie do [K15] oraz [K16] nie mówi o braku staranności w przewidywaniu szkody, lecz o przekroczeniu podstawowych zasad staranności. Może to prowadzić do dwojakich interpretacji. Jeśli ktoś przekracza podstawowe zasady staranności, to *de facto* jego działaniu nie można przypisać staranności, czyli mamy do czynienia z brakiem staranności. Zarazem możemy mówić o tym, że poglądy [K15] i [K16] uznają za rażące niedbalstwo wyłącznie przewidywanie całkowicie pozbawione staranności, z kolei [K14] również takie, które odpowiada zasadom staranności, jednak jego proces został obciążony poważnymi błędami. Bardziej praktyczna wydaje się pierwsza interpretacja, której efektem jest mocne zbliżenie tych trzech poglądów. W przypadku drugiej dochodzi bowiem do potrzeby wytyczania granicy między brakiem staranności a jej znikomym występowaniem.

Nie można jednak pomijać faktu, że w przypadkach [K15] oraz [K16] mowa jest o kwalifikowanym braku staranności. Oznaczałoby to, że sam brak staranności nie jest wystarczający. Pytaniem pozostaje, na czym kwalifikowalność tego braku miałaby polegać. Jedynym sensownym rozwiązaniem wydaje się przyjęcie, że chodzi tu o niedochowanie staranności, jakiej można by oczekiwać nawet od osób najmniej rożgarniętych. Pogląd [K14] z kolei nie zawiera odwołania do innych omawianych aspektów winy. Naruszenie podstawowych zasad staranności jest wystarczające do przypisania rażącego niedbalstwa i na tym zasadza się różnica między tymi poglądami, pozwalająca traktować je jako oddzielne kryteria definicyjne.

Różnicą między [K15] a [K16] jest wskazanie w pierwszym z tych poglądów na podwyższoną staranność. Stanowi to znaczne rozszerzenie możliwości zaklasyfikowania danego przypadku jako rażącego niedbalstwa. Trudno przyjąć, by przez pojęcie podwyższonej staranności rozumieć staranność, jakiej wymaga się od przedsiębiorcy w rozumieniu art. 355 § 2 k.c. Kodeks nie posługuje się tym pojęciem, a staranność przedsiębiorcy jest starannością zwykłą, uwzględniającą zawodowy charakter tej działalności. Twierdzenie to znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego, w którym sąd stwierdził, że: „W piśmiennictwie nieraz określa się to mianem podwyższonej staranności przedsiębiorcy, co nie jest precyzyjne, nie chodzi bowiem o wyższą staranność wobec przeciętnej (ogólnej) wymaganej w obrocie powszechnym, lecz o staranność zawodową, a więc

inną niż powszechna, mającą wzorce konstruowane od razu z uwzględnieniem profesjonalizmu podmiotów, której dotyczy”<sup>14</sup>.

O ile zwykłą staranność w przewidywaniu skutków możemy rozumieć jako przewidywanie oczywistych skutków działań lub zaniechań, o tyle podwyższona staranność polegałaby na wykroczeniu poza ten zakres. To spostrzeżenie z kolei rodzi pytanie, jak daleko poza ten zakres należy wykroczyć, aby znaleźć się już w ramach podwyższonej staranności. Może tu chodzić o skutki potencjalne, których szansa wystąpienia jest znacznie niższa niż skutków oczywistych. W tym miejscu rodzi się pytanie, co byłoby w tym układzie kwalifikowaną postacią braku podwyższonej staranności. Odpowiedzią jest zapewne nieprzewidzenie skutku, który miał potencjalnie niską szansę wystąpić. Prowadzi to tylko do kolejnego pytania o to, jak mało prawdopodobne skutki powinna obejmować podwyższona staranność. Na to pytanie nie sposób już udzielić jednoznacznej odpowiedzi.

Problemem jest również wskazanie, co w konkretnym stanie faktycznym wyznacza obowiązek przewidywania z podwyższoną starannością. W pierwszej kolejności na myśl przychodzą niecodzienne okoliczności czy trudne warunki atmosferyczne, które wymagają przedsięwzięcia większych środków ostrożności. W orzecznictwie można spotkać pogląd, że obowiązek uruchomienia w takich okolicznościach wyższych aktów staranności musi więc być oceniany jako mieszczący się w regułach przewidywalności<sup>15</sup>. Zobaczmy jednak, że to przesunięcie na osi zagrożenia nie implikuje wyższego stopnia staranności w przewidywaniu. W celu lepszego zobrazowania przyjrzyjmy się sytuacji kierowcy, który jedzie samochodem podczas ulewy. W tej sytuacji przewidywanie przez niego, że droga hamowania w takich warunkach jest dłuższa, w związku z czym zmniejsza prędkość, nadal stanowi zwykłą staranność w przewidywaniu skutków. Jest to bowiem myśl, która nie wymaga skomplikowanej wiedzy, a poza tym jest wykładana kierowcom podczas kursów na prawo jazdy i powinna być zawsze na uwadze kierowcy w takich warunkach. Niewyjaśnione zatem pozostaje, co ma sprawiać, że możemy skutecznie komuś zarzucić, że w danych okolicznościach powinien przewidywać z wyższą starannością.

Uwzględniając powyższe uwagi, wydaje się, że pogląd przyjęty w [K15] jest poglądem, który przy próbie jego praktycznego zastosowania w ogóle nie pomaga oddzielać przypadków zwykłego i rażącego niedbalstwa. Problemem jest zarówno określenie, dokąd sięga podwyższona staranność, bo absurdalne byłoby przyjęcie, że rozciąga się na wszystkie, nawet najmniej prawdopodobne skutki, a także w jakich sytuacjach można oczekiwać takiego stopnia staranności. Poza tym nadmiernie rozszerza możliwość zarzutu rażącego niedbalstwa. Zobaczmy, że kierowca, zostawiając pojazd na parkingu strzeżonym, też powinien przewidywać, że może dojść do kradzieży. Istnieje bowiem taka możliwość, a rzecz taka

<sup>14</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 330/11, LEX nr 1217097.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2012 r., II CSK 202/12, LEX nr 1303227.

nie jest trudna do przewidzenia, gdyż kradzież może nastąpić w każdym miejscu. Uznanie takiego zachowania za rażące niedbalstwo, w mojej ocenie, jest więc niezasadne.

## 4. ANALIZA STATYSTYCZNA KRYTERIÓW DEFINICYJNYCH

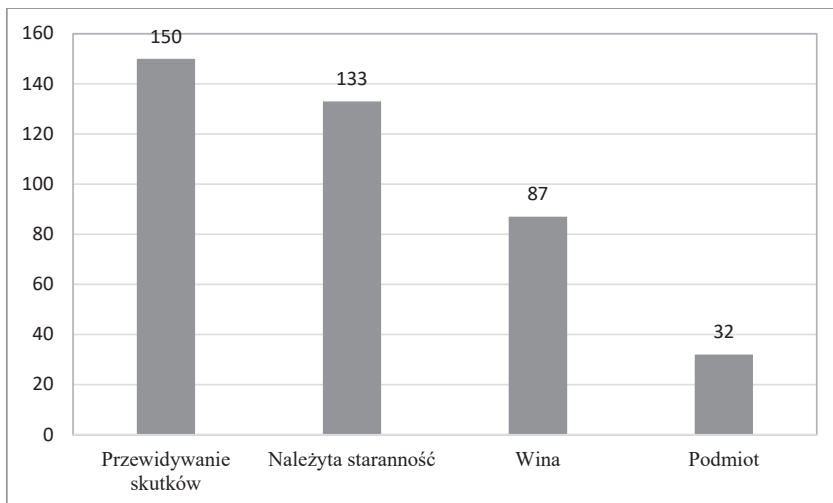
### 4.1. UWAGI OGÓLNE

Na wstępie należy zaznaczyć, że w stosunku do poniższych analiz należy powstrzymać się przed nadmiernym przypisywaniem korelacji między rozstrzygnięciami a kryteriami czy kategoriami. Kryteria definicyjne nie są bowiem jedynym czynnikiem determinującym rozstrzygnięcie sądu. Przeciwnie założenie można przyjąć wyłącznie wówczas, gdybyśmy mieli do czynienia ze zbiorem takich samych okoliczności tworzących stan faktyczny. Ponadto istnieją takie zachowania, które niezależnie od przyjętego kryterium zostałyby uznane za rażące niedbalstwo, gdyż naruszają nawet najniżej określone standardy. Oznacza to, że dla części przypadków, niezależnie od tego, jakie kryterium przyjąłby sąd, dane zachowanie i tak spotkałoby się z taką samą oceną.

W toku powyższej analizy udało się wyodrębnić 16 kryteriów definicyjnych. Średnio w wyrokach znajdowały się przynajmniej dwa kryteria definicyjne (średnia dla całej próby 2,68). Nie sposób wskazać występowania jakiegoś związku między liczbą kryteriów definicyjnych a rodzajem rozstrzygnięcia. Uwagę powinien zwracać za to fakt, że w przypadku aż 32 orzeczeń (21,33%) sądy nie przytoczyły w treści wyroku choćby jednego kryterium rażącego niedbalstwa. Sytuację tę należy uznać za niepokojącą, gdyż niewskazanie przez sąd żadnych kryteriów, którymi się kierował, uniemożliwia dokonanie oceny poprawności rozumowania sądu. Samo stwierdzenie, że zachowanie bądź zaniechanie jest rażącym niedbalstwem, nie wydaje się z kolei wystarczająco przekonujące.

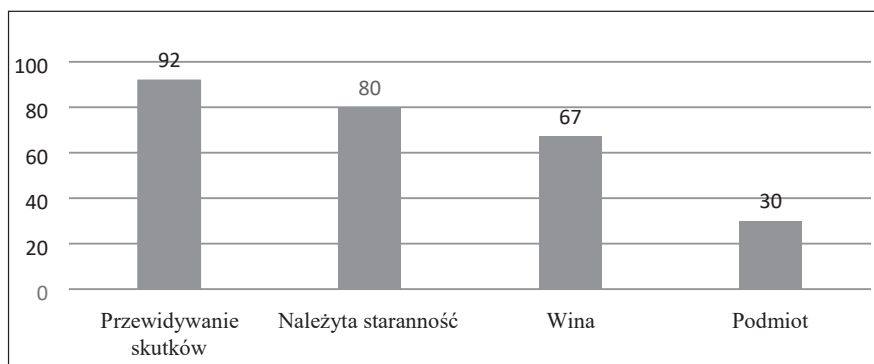
### 4.2. ANALIZA KATEGORII DEFINICYJNYCH

W pierwszej kolejności przyjrzymy się kategoriom wyodrębnionym w poprzedniej sekcji (dla przejrzystości wykresów kategoria dotycząca modelu zachowania człowieka określonego typu została określona słowem „podmiot”). Na wykresie 2 zostały one zaprezentowane wraz z liczbą wystąpień kryteriów definicyjnych wchodzących w ich skład. Na jego podstawie można stwierdzić, że aspekty przewidywania skutków oraz zachowania należytej staranności są tymi, na które sądy szczególnie zwracają uwagę przy rozpatrywaniu zarzutu rażącego niedbalstwa.



**Wykres 2.** Liczba wystąpień kryteriów definicyjnych poszczególnych kategorii

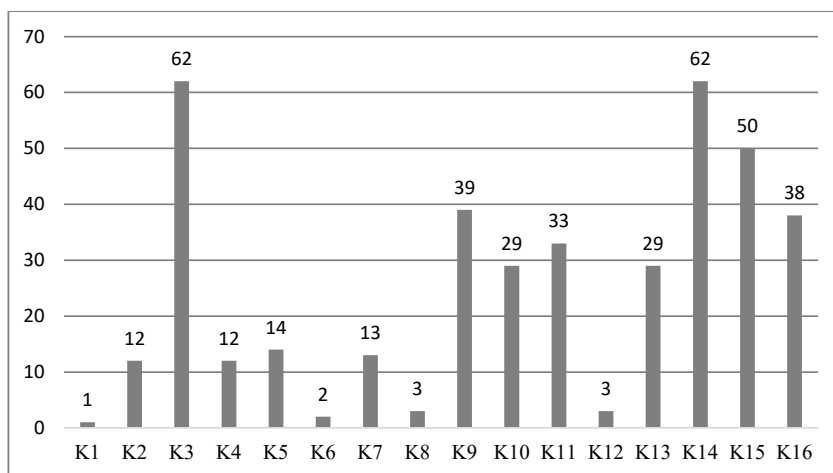
Jeśli jednak spojrzymy na liczbę wyroków, w których wystąpiło chociaż jedno kryterium definicyjne z danej kategorii (wykres 3), to zauważymy, że właściwie tylko rozważania na temat modelu zachowania człowieka określonego typu pozostają na uboczu uwagi sądów. Najczęściej występującymi łącznie kategoriami są przewidywanie skutków oraz wina. Występują one łącznie w 58 wyrokach (49,15% wyroków, w których wystąpiło chociaż jedno kryterium). Z dość zbliżoną częstością występują pary: przewidywanie skutków–należyta staranność oraz należyta staranność–wina, obie w przypadku 47,46% takich wyroków. Te trzy najpopularniejsze kategorie występują razem w 40,68% wyroków zawierających chociażby jedno kryterium. Pozwala to stwierdzić, że rozważania na temat rażącego niedbalstwa krążą właśnie wokół tych kategorii.



**Wykres 3.** Liczba wyroków, w których wystąpiła dana kategoria definicyjna

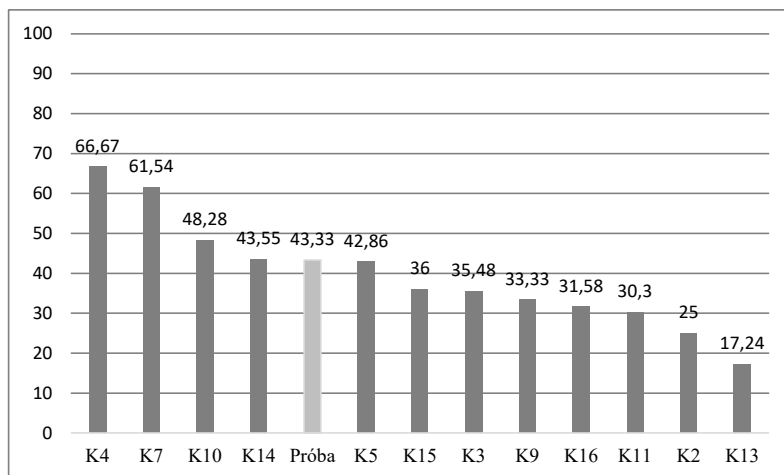
### 4.3. ANALIZA KRYTERIÓW DEFINICYJNYCH

Na wykresie 4 widać dość duży stopień zróżnicowania występowania poszczególnych kategorii. Najczęściej wskazywanymi cechami rażącego niedbalstwa są: nieprzewidywanie szkody jako skutku działania lub zaniechania ubezpieczającego, o ile doszło do przekroczenia podstawowych, elementarnych zasad staranności [K14], oraz graniczenie rażącego niedbalstwa z umyślnością [K3]. Jednocześnie widać, że w przypadku kilku zmiennych, takich jak: [K1], [K6], [K8], [K12], nie można prowadzić analiz statystycznych ze względu na bardzo niski odsetek wystąpień. Analiza zmiennych [K2], [K4], [K5] oraz [K7] musi być z kolei prowadzona z dużą ostrożnością.



Wykres 4. Liczba wyroków, w których wystąpiło dane kryterium definicyjne

Wykres 5 odzwierciedla, jak często w przypadku przywołania określonego kryterium definicyjnego zostało stwierdzone rażące niedbalstwo. Punktem odniesienia dla analiz jest odsetek stwierdzeń rażącego niedbalstwa w całej próbie. Na szczególną uwagę zasługują odchylenia poniżej tego odsetka. Zobaczmy, że najrzadziej stwierdzono rażące niedbalstwo w sytuacji, gdy odwoływano się do drastycznego odejścia od wzorca postępowania [K13]. Rezultat taki odpowiada uwagom przedstawionym w sekcji 3.4, wskazującym na znaczne potencjalne ograniczenia liczby przypadków, które mogą zostać jako takie zaklasyfikowane.



**Wykres 5.** Odsetek stwierdzeń rażącego niedbalstwa przy wystąpieniu danego kryterium definicyjnego

W sekcji 3 zostały również zaprezentowane pewne gradacje określonych modeli ze względu na potencjalną liczbę przypadków, jakie na ich podstawie mogą zostać objęte pojęciem rażącego niedbalstwa. Taka relacja zachodziła między modelem osoby najmniej rozgarniętej [K5] a modelem rozsądnego człowieka [K7]. Liczebność wystąpień obu modeli znajduje się na zbliżonym poziomie, w związku z czym mogą one zostać porównane. Zgodnie z oczekiwaniami płynącymi z analizy semantycznej tych kryteriów definicyjnych przyjęcie modelu rozsądnego człowieka częściej skutkuje stwierdzeniem rażącego niedbalstwa niż w przypadku osoby najmniej rozgarniętej. Należy jednak pamiętać, że te kryteria definicyjne nie były zbyt licznie reprezentowane w próbie, w związku z czym ta prawidłowość wymagałaby sprawdzenia na większej próbie.

Z podobną zależnością mamy do czynienia w aspekcie braku staranności w przewidywaniu skutków. Przyjęcie modelu, w którym jest mowa tylko o braku zwykłej staranności [K16], powinno skutkować objęciem mniejszej liczby przypadków kwalifikacją rażącego niedbalstwa w przeciwieństwie do modelu rozszerzonego o podwyższoną staranność [K15]. Analiza danych potwierdza występowanie takiej prawidłowości. W tej kategorii oczekiwanym związkiem było również to, że [K14] powinno obejmować więcej przypadków określeniem rażącego niedbalstwa, gdyż nie odwołuje się ono do pojęcia kwalifikowanego braku w przeciwieństwie do modeli [K15] oraz [K16], co i tym razem znalazło odzwierciedlenie w zebranych danych

W poprzedniej sekcji wykazano, że niektóre kryteria definicyjne ustalają różny zakres przypadków, które mogą być uznane za rażące niedbalstwo. Idealną sytuacją byłoby zatem, żeby warianty z tej samej kategorii nie występowały

łącznie w treści wyroków. W przeciwnym razie pojawia się pytanie, który z nich jest punktem odniesienia dla oceny zachowania albo zaniechania. Prezentowany wymóg najslabiej spełniany jest w ramach kategorii przewidywania skutków. Zobaczmy, że w przypadku aż 44,12% wyroków, spośród orzeczeń, w których wystąpił choć jeden z modeli [K14] lub [K16], wystąpiły jednocześnie oba te modele. Zaskakujące wydaje się również dość wysokie współwystępowanie [K15] oraz [K16] na poziomie 27,54%, skoro te dwa modele aż tak znacząco się między sobą różnią. Wszystkie trzy kryteria występują razem w 15,22% wyroków, w których znalazło się chociaż jedno z nich.

## 5. PODSUMOWANIE

Artykuł stanowi przegląd kryteriów wykorzystywanych przez orzecznictwo do operacjonalizacji zwrotu nieostrego, jakim jest rażące niedbalstwo. Najczęściej wskazywanymi kryteriami rażącego niedbalstwa są jego graniczenie z umyślnością oraz nieprzewidywanie szkody jako skutku działania lub zaniechania, o ile doszło do przekroczenia podstawowych, elementarnych zasad staranności. W analizie ilościowej możemy odnaleźć potwierdzenie gradacji, jakie zachodzą między poszczególnymi kryteriami na poziomie analizy jakościowej. Z dużą ostrożnością można stawiać wnioski, że sposób doboru kryteriów z poszczególnych kategorii faktycznie oddziałuje na rozstrzygnięcie w danej sprawie.

Kryteria definicyjne można umieścić w ramach czterech kategorii: miejsca rażącego niedbalstwa w strukturze winy, modelowego działania określonego typu człowieka, relacji między pojęciami należytej staranności i rażącego niedbalstwa oraz przewidywania skutków zachowania. Na podstawie analizy ilościowej można stwierdzić, że w praktyce orzeczniczej stosunkowo najmniejsze znaczenie ma ocenianie zachowań poprzez odwołanie się do pewnego modelowego działania określonego typu człowieka.

Oprócz spostrzeżeń odnoszących się ściśle do pojęcia rażącego niedbalstwa warto również zwrócić uwagę na pewne niewłaściwe praktyki w zakresie sporządzania uzasadnień orzeczeń, w przypadku gdy podstawą roszczenia jest przepis zawierający zwrot nieostry. Jak zostało wykazane, nierzadkim przypadkiem jest brak wskazania przez sądy jakiegokolwiek kryterium, przez pryzmat którego oceniane ma być dane zachowanie, co uniemożliwia ocenę poprawności rozumowania dokonanego przez sąd. Innym problemem jest formułowanie dwóch czy trzech kryteriów definicyjnych z kategorii przewidywania skutków – bez rozstrzygnięcia, które z tych kryteriów powinno być podstawą oceny danego zachowania. Takie działanie świadczy raczej o budowaniu szerokich podstaw uzasadnienia swojej decyzji, niż o rozstrzygnięciu zgodnie z jakimś konkretnym



wzorcem. Należałoby zatem apelować, by sądy po rozważeniu treści kilku kryteriów wyraźnie określały, które zostały przez nie wybrane.

## REFERENCES

- Borysiak W., (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, t. IIIA, Warszawa 2017
- Domański L., *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1936
- Gawlik Z., (w:) A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania. Część szczególna*, Warszawa 2014
- Grobel S., *Pojęcie rażącego niedbalstwa w kodeksie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1979, nr 5
- Krajewski M., *Umowa ubezpieczenia. Art. 805–834 KC. Komentarz*, Warszawa 2016
- Lewaszkiewicz B., *Zakres niedbalstwa jako podstawy odpowiedzialności cywilnej*, „Nowe Prawo” 1956, nr 3
- Raczyński M., (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 450–1088*, Warszawa 2016
- Słownik języka polskiego*, hasło: *rażący*, WN PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/razacy;2514202.html> (dostęp: 8.06.2022)
- Słownik języka polskiego*, hasło: *niedbalstwo*, WN PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/niedbalstwo;2488490.html> (dostęp: 8.06.2022)
- Słownik języka polskiego*, hasło: *drastyczny*, WN PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/drastyczny;2555429.html> (dostęp: 8.06.2022)
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2012 r., II CSK 202/12, LEX nr 1303227
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 330/11, LEX nr 1217097

*Dorota Krekora-Zajac*

University of Warsaw

e-mail: [d.krekora@wpia.uw.edu.pl](mailto:d.krekora@wpia.uw.edu.pl)

ORCID 0000-0003-3782-7477

## **PHYSICIAN SCIENTIST: CLASH OF PATIENT RIGHTS AND PRINCIPLES OF CONDUCTING RESEARCH**

### **Abstract**

Conducting scientific research, learning about the etiology of diseases, and searching for new methods of treatment are undoubtedly the basis of medicine. For centuries, a doctor has been a person who not only treated people, but also conducted scientific research aimed at deepening the knowledge about man. Due to the development of genetics, the pharmaceutical industry, and biobanks, this research has become mass and sometimes it is only human biological samples that are sufficient to carry it out. All this, undoubtedly, enables faster development of science, but puts a doctor in an extremely difficult situation of playing two roles, i.e. treating the patient and conducting scientific research using one's biological material. In medical law, it has been emphasized for years that the basis of the relationship between a doctor and a patient is a special type of trust, which is systemically protected both by national and international legislature. The doctor is, therefore, obliged to act for the benefit of the patient. There is no doubt, however, that when conducting scientific research, a doctor sometimes faces the rivalry of patient rights, including the right to privacy and the right to freedom to conduct research. Both European and national lawmakers seem to notice these problems only partially, and only partially regulate the issue in question in both medical and personal data protection law. The subject of the reported research was analysis of the European and Polish law in terms of determining the extent to which this conflict of interests affects the patient's rights and the doctor's duties. In addition, the subject of analysis was to determine whether the person who gave a biological sample to the doctor to conduct research on it is always

a patient and what consequences for the doctor's legal liability this research on human biological samples has.

### KEYWORDS

doctor's responsibility, patient rights, biobank, research on human biological material, consent, freedom of science, trust

### SŁOWA KLUCZOWE

odpowiedzialność lekarza, prawa pacjenta, badania na ludzkim materiale biologicznym, zgoda, wolność nauki, zaufanie

## 1. INTRODUCTION

For centuries, people have been trying to better understand principles governing the human body in order to cure and prevent diseases affecting humanity. Therefore, physicians have become ones who conduct such research. A new group of physician scientists was created, whose aim was not only to treat patients, but to conduct scientific research that could serve future generations.

The development of medical sciences would not be possible without research on human biological samples and use of medical data. Biobanks are established to gather the large numbers of human biological samples and transmit them to the researchers all over Europe. The legal nature of biological samples is being increasingly detached from the donor becoming the subject of their *sui generis* rights.

The aim of the article<sup>1</sup> is to show the complexity of the legal and ethical situation of such physicians scientists conducting research on human biological samples and their responsibility to patients. The medical research on a human being as such has been deliberately excluded from the scope of the study, as they are the subject of separate bioethical and legal standards.

---

<sup>1</sup> This paper has been prepared as part of the project Sonata 12 No. 2016/23/D/HS5/00411 financed from the resources of the National Science Centre, Poland.

## 2. BIOMEDICAL RESEARCH IN THE 21<sup>ST</sup> CENTURY AS A CHALLENGE FOR PHYSICIAN SCIENTIST

The 21<sup>st</sup> century can be regarded prime time for biomedical research on human biological samples<sup>2</sup>. These studies contribute to the understanding of the etiology of many population diseases, such as cancer and diabetes, as well as genetically determined conditions. Thanks to the results presented by scientists, new drugs and treatment methods are created. Nevertheless, sometimes biomedical research raise ethical doubts.

The disgraceful card in history has been recorded by biomedical research on people during World War II. It showed how many abuses and dangers for an individual can be carried out, and it gave an impulse for adoption of basic ethical and legal norms for conducting scientific research on a human being. Adopted were, among others, the Nuremberg Code<sup>3</sup>, the Universal Declaration of Human Rights<sup>4</sup>, and the Oviedo Convention<sup>5</sup>. The principles expressed in both the Code and the declarations are aimed at protecting people against damage to life and health associated with research on a living person, not on human biological samples. This need for protection also results from the national laws on medical experiments.

The next breakthrough was the year 2000 and the sequencing of the human genome – the new era of conducting biomedical research has begun. It turned out that many studies can be conducted not on a human body, but on biological material taken from it – which seems to be significantly limited by the possibility of threat to the rights of individuals. Therefore, when conducting research on samples, there is no indication of the traditional risks associated with human research, such as the induction of individual health distress or loss of life. However, in practice research on human biological samples has created new threats and ethical dilemmas. They are related to several factors.

Firstly, conducting reliable research on human biological samples requires collection of many thousands of samples (it is often indicated that even several hundred thousand), so in the case of an improper collection there is a much larger number of injured entities.

---

<sup>2</sup> F. Karimi-Busheri, A. Rasouli-Nia, *Biobanking in the 21<sup>st</sup> century*, Springer 2015, No. 2.

<sup>3</sup> The Nuremberg Code (1947), (in:) A. Mitscherlich, F. Mielke, *Doctors of infamy: The story of the Nazi medical crimes*. New York 1949, pp. xxiii–xxv.

<sup>4</sup> The Declaration was proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948 (General Assembly resolution 217 A) as a common standard of achievements for all peoples and all nations.

<sup>5</sup> The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No. 164).

Secondly, collecting such a large number of samples for just one study is too expensive and time-consuming. Therefore, it is necessary to biobank these samples, and therefore to transfer them to professional storage entities, which will make them accessible to scientists around the world. Often, therefore, the physician who collects a sample loses the actual control over it by passing it on to the biobank, which transfers it to an unrecognized number of scientists. The idea of biobanking has been recognised by the Time Magazine<sup>6</sup> as one of the leading ideas which may change the world. It is estimated that the value of the biobank market in 2022 could reach USD 2.69 billion<sup>7</sup>. Thanks to the existence of biobanks of human tissues, it is possible to carry out scientific research based on a very large number of samples which would otherwise not be available to scientists. Without biobanks, the development of medicine, pharmacy or genetics would be impossible. The postulates of scientists, who demanded sharing patient's genetic and biomedical data<sup>8</sup>, led to the idea of establishing a responsible genomic data sharing center, and the researchers focused their attention on the ethical and legal issues, such as as the consent, privacy, and confidentiality of individuals, families, and communities<sup>9</sup>.

Thirdly, in practice, the data contained in these samples will be subject to coding or anonymisation and therefore the natural relationship between the physician conducting the research and the persons from whom the sample originates will be discontinued.

Fourthly, research on human biological samples is carried out not only by physicians but also by other biological scientists, who are not legally obliged to comply with the legal standards for physicians. Therefore, two important questions arise, i.e. who will be responsible and on what terms for the violation of the rights of persons from whom the samples originate and what are the obligations of those who perform research on the donor?

Fifthly, a sample at a certain stage can become commercialized. The HeLa cells are an example of such commercialization. These cells were the first human cells able to divide and multiply outside the human body. They have been used in more than 50 thousand studies on, among others, leukemia, Parkinson's disease

---

<sup>6</sup> A. Park, *10 ideas changing the world right now: Biobanks*, "Time Magazine" March 2009, [http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1884779\\_1884782\\_1884766,00.html](http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1884779_1884782_1884766,00.html) (accessed 1.01.2018).

<sup>7</sup> The report "Biobanking market by product and service (equipment, consumables, services, software), sample type (blood products, human tissues, cell lines, nucleic acids), application (regenerative medicine, life science, clinical research) – Global Forecast to 2022", <https://www.marketsandmarkets.com/PressReleases/biobanking-devices.asp> (accessed 1.01.2018).

<sup>8</sup> C. Allen, T. Joly, P.G. Moreno, *Data sharing, biobanks and informed consent: A research paradox*, "McGill Journal of Law and Health" 2013, No. 1, pp. 89–91.

<sup>9</sup> M. Shabani, E.S. Dove, M. Murtag, B.M. Knoppers, P. Borry, *Oversight of genomic data sharing: What roles for ethics and data access committees?*, "Biopreservation and Biobanking" 2017, No. 5, p. 469.

or AIDS. They were also used for research on chemotherapy, gene mapping, *in vitro* fertilization or cloning. It is indicated that thanks to these cells a multimillion-dollar market for the sale of human biological material was created, and the person from whom these cells came from, never participated in profits from it<sup>10</sup>.

Sixthly, as a consequence of this process completely different legal standards of data protection apply to patients whose biological material is transferred for scientific purposes and to those who donate their biological samples for scientific purposes only. The subject of the paper will be the presentation of these standards and an indication of their inconsistency.

This dichotomous division is visible not only in Polish regulations but also, and perhaps above all, in European regulations. Natural questions arise about the effects of such differences in the regulations. What will be the liability of the physician who receives a sample from the patient during the course of therapy and uses it to carry out scientific research without the patient's consent? When can a patient be harmed by using his samples and data for scientific purposes? These questions have been the subject of numerous US and Australian court rulings, including most famous Moor case<sup>11</sup>. The entry into force of the EU Data Protection Regulations<sup>12</sup> as well as the Declaration of Helsinki<sup>13</sup> introduced completely new rules on the possibility of using personal data and human biological samples, and force new conclusions to emerge.

### 3. TRUST FOR THE RESEARCHER AND TRUST FOR THE PHYSICIAN

The basis for treatment and for research on human biological samples is created by a special type of trust<sup>14</sup>.

In the first case, there is the patient's trust for the physician to whom they provide all information about their health, addictions, habits, and ailments. It is possi-

---

<sup>10</sup> D.A. Alford, *HeLa cells and unjust enrichment in the human body*, "Annals of Health Law" 2012 special edition, No. 1, p. 224.

<sup>11</sup> *Moore v. Regents of University of California* (1990) 51 Cal. 3d 120 [271 Cal. Rptr. 146, 793 P.2d 479].

<sup>12</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

<sup>13</sup> WMA Declaration Of Helsinki – Ethical principles for medical research involving human subjects. Adopted by the 18<sup>th</sup> WMA General Assembly, Helsinki, 9 July 2018.

<sup>14</sup> A. Kerasidou, *Trust me, I'm a researcher!: The role of trust in biomedical research*, "Medicine, Health Care and Philosophy" 2017, No. 1, p. 43 *et seqq.*

ble only if the patient is sure that the information provided will not be disclosed<sup>15</sup>. The patient gives this information because he trusts that the physician (physician is trustworthy<sup>16</sup>) has the knowledge to help them and that the physician will gather as much information as possible to offer effective treatment. Trust is important for both the patient and the physician. Patients who trust their physician are more satisfied. Physicians are in a unique position to provide social support to patients, and the long-term nature of many patient-physician relationships allows time for trust to develop in ways that can help patients physically and emotionally. While most of the studies emphasize the importance of the patient trust, there is little discussion in the literature on physician's trust for their patients. Patients who are nonadherent and those who simply cannot change problematic health behaviors threaten to erode trust on the part of their physicians. Therefore, it seems that part of the work of a physician involves some acceptance and understanding of the inherent difficulties involved with impacting patient change. It seems to me that a balance is required between the physician's sense of responsibility and the detachment needed to avoid feeling overwhelmed. In other words, there are limits to what physicians can provide. Although physicians cannot make patients magically change their unhealthy behaviors, the relationship between doctors and patients remains extremely important and can have a powerful impact on many patients<sup>17</sup>.

The departure from the paternalist system, in which the physician was the subject making the decisions themselves, made the patient ultimately decide about the choice of therapy (from the one proposed by the doctor). This forces considering the attitude of trust between the physician and the patient as a bilateral relationship. As follows from the research carried out by Crooks *et al.*<sup>18</sup>, the doctor's trust for the patient is also extremely important. The doctor should trust that, based on the information provided, the patient will make the right decisions about the choice of place and method of therapy. In general, therefore, it should be pointed out that the purpose of transmitting biological information and samples is to achieve a specific diagnostic or therapeutic goal consistent with the patient's good.

The character of trust being the basis for creating biobanks<sup>19</sup> and conducting research on human biological samples is completely different. In this regard, the

<sup>15</sup> S.D. Pearson, *Patients' trust in physicians: Many theories, few measures, and little data*, "Journal of General Internal Medicine" 2000, No. 7, pp. 509–513.

<sup>16</sup> S. Holland, D. Stocks, *Trust and its role in the medical encounter*, "Health Care Analysis" 2015, No. 3, p. 262.

<sup>17</sup> T. McClintock Greenberg, *The psychological impact of acute and chronic illness: A practical guide for primary care physicians*, San Francisco 2007, pp. 134–135.

<sup>18</sup> V.A. Crooks *et al.*, *You don't want to lose that trust that you've built with this patient...: (Dis)trust, medical tourism, and the Canadian family physician/patient relationship*, "BMC Family Practice" 2015, No. 16.

<sup>19</sup> R.T. Lawlor, A. Scarpa, *Models of collaboration and experience between bioindustry and academic biobanks*, (in:) E. Salvaterra, J. Corfield (eds.), *Advances in biobanking practice through public and private collaborations*, Bentham e-Book 2017, p. 18.

donor's interest gives way to the higher good that is the development of science and the health of future generations. Sometimes it is called public trust<sup>20</sup>. It is indicated that this is the reason of a gross expectation of patients' altruism<sup>21</sup>. Of course, this does not limit the possibility that the additional motivation (often the most important) of the donor participating in the study is the recognition that the results of the physician-scientist's work will contribute to finding a new therapy for the disease suffered by the donor. However, the donor does not receive any assurances that the research conducted on his biological sample will contribute to improving his health. Lack of confidence, therefore, makes it impossible to conduct any research on human biological samples<sup>22</sup>. In Estonia, where there is great confidence in physicians conducting research in the national biobanks, the biobanks have biological samples from 51,515 people<sup>23</sup>, whereas in the Kingdom of Tonga<sup>24</sup>, due to a lack of trust in physicians promoting the creation of biobank, there is no biobank.

#### 4. FROM THE PATIENT TO THE DONOR TO THE PARTICIPANT OF BIOMEDICAL RESEARCH

The basic question is whether the donor of biological samples for biomedical research is always a patient?

The word "patient" is derived from the Latin word *patiens* which is translated as 'suffering and ill'<sup>25</sup> and therefore devoid of health. It is indicated that since the middle of the last century, the definition of health itself has been subject to enlargement. In the Preamble of the Statute of the World Health Organization, it was pointed out that health is a state of complete good physical, mental, and social condition, not just the absence of disease or infirmity. In connection with such

---

<sup>20</sup> G.N. Samuel, B. Farsides, *Public trust and 'ethics review' as a commodity: The case of Genomic England Limited and UK's 100,000 genomes project*, "Medicine, Health Care and Philosophy" 30 October 2017, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11019-017-9810-1> (accessed 11.04.2023).

<sup>21</sup> B. Daley, E. Cranley, *'Biorights' rise: Donors demand control of their samples*, "Boston Globe" 10 October 2016, <https://www.bostonglobe.com/metro/2016/10/09/the-rise-biorights-donors-are-demanding-control-and-sometimes-cash-exchange-for-genetic-samples/jCbaQ2E5t6c-0Qs1kcITMRM/story.html> (accessed 11.04.2023).

<sup>22</sup> K. Moodley, S. Singh, *"It's all about trust": Reflections of researchers on the complexity and controversy surrounding biobanking in South Africa*, "BMC Medical Ethics" 2016, No. 10, p. 57.

<sup>23</sup> <https://www.geenivaramu.ee/en/about-us> (accessed 11.04.2023).

<sup>24</sup> J. Pawlikowski, *Biobankowanie ludzkiego materiału biologicznego dla celów badań naukowych – aspekty organizacyjne, etyczne, prawne i społeczne*, Lublin 2013, p. 49.

<sup>25</sup> M. Gałązka, *Status pacjenta*, (in:) M. Safjan, L. Bosek (eds.), *Instytucje prawa medyczne*, Warszawa 2018, p. 531.



a broad definition of health in the acts of international law, Polish law began to detach the term “patient” from the term “health”.

The only act of European law defining the term “patient” is Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients’ rights in cross-border healthcare. According to Art. 3h of the Directive “patient” means any natural person who seeks to receive or receives healthcare in a Member State. In accordance with Art. 3a healthcare means health services provided by health professionals to patients to assess, maintain or restore their state of health, including prescription, dispensation and provisions of medical products and medical devices. Therefore, it can be concluded that not every person on whose biological samples scientific research is conducted is a patient.

Such a person is protected by separate legal acts, such as: Recommendation CM/Rec(2016)6 of the Committee of Ministers to member States on research on biological materials of human origin (Adopted by the Committee of Ministers on 11 May 2016 at the 1256<sup>th</sup> meeting of the Ministers’ Deputies); Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Biomedical Research; WMA Declaration of Taipei on Ethical Considerations Regarding Health Databases and Biobanks; and OECD Guidelines on Human Biobanks and Genetic Research Databases. In none of these acts the term “patient” appears. The terms used are only: “person”, “research participant”, and “participant”. Therefore, it should be concluded that in European regulations there is no automatic recognition that the person from whom the samples are taken for the research purpose will be a patient and, therefore, detailed regulations in this respect belong to the laws of the Member States.

In Polish law, the definition of “patient” still evokes much controversy. In Art. 3 sect. 2 point 4 of the Polish Patient Rights Act and the Patient Rights Ombudsman, the “patient” was defined as a person seeking health services or benefiting from health services provided by the entity providing health services or a person performing a medical profession. In accordance with Art. 2 point 10 of the Polish Act on Healthcare Activity, the health service is an action aimed at maintaining, saving, restoring health and other medical activities resulting from the treatment process or separate provisions regulating the principles of their performance.

This imprecise definition of the provisions of health in Polish law in the past had created some doubts whether conducting research on human biological samples is a healthcare service or not. Gałązka indicates that “Defining a provision of health as a medical activity goes beyond medical intervention, understood as an impact on the human body. Therefore, it also includes medical activities on parts of his body disconnected from human, so the person from whom the cells, tissues or organs that are the subject of such activities come from, also has the status of a patient”<sup>26</sup>. Thus, only naturally a question arises what actions performed on

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 541.

human cells are medical activities? Traditionally, however, in the doctrine of Polish law it is pointed out that the provision of health is an action on a human, not on the parts of the body separated from it<sup>27</sup>.

This legal situation was additionally complicated by the amendment to the Act on the Professions of Doctor and Dentist<sup>28</sup>, which entered into force on 1 January 2021. In this amendment, the definition of a “medical experiment” was extended to include research on human biological samples. However, not all research on human biological samples is experiment within the meaning of this Act. An experiment is the research conducted on samples that have been collected for the purpose of scientific research (Art. 21 para 4 Act on the Professions of Doctor and Dentist). It is not clear from the justification of the Act why the legislator decided to introduce such a restriction. However, it should be acknowledged, *a contrario*, that conducting scientific research on samples that have been collected for other purposes, e.g. for medical purposes and later used for scientific purposes, is not considered a medical experiment, and thus is not subject to the new regulation. Thus, two different legal regimes arise for conducting research on human biological samples, one as part of a medical experiment, the other only on the basis of the patient’s subsequent consent to use for scientific purposes the samples obtained from him for other purposes.

In the first case (of an experiment), according to the Act, such a person is not a participant in the experiment (because only the person on whom the experiment is conducted is a participant), but a person whose effects relate to. Therefore, the basis for conducting such research is not only private-law consent, but also public law norms stipulating the conditions for its conduct. Some of these additional conditions are somehow external to the patient-doctor relationship. It can be indicated, for example, that the doctor will have to obtain the consent of the biotic committee to conduct the research and insure the participant of the experiment. In such a case, it seems the influence of the doctor on the research has been reduced. The arrangements between the doctor and the patient are overlapped with the requirements set out in the opinion of the bioethics committee and resulting from the insurance contract, which naturally limits the scope of the doctor’s liability. The question arises, however, whether this participant is also a patient. It seems that due to the fact that samples are from the beginning collected and tested only for scientific purposes, it is doubtful whether such a person can be considered as a patient.

In the second case, i.e. when the sample was collected as part of a healthcare services, and the collected biological material is used for a scientific purpose, the person remains a patient.

---

<sup>27</sup> M. Boratyńska, P. Konieczniak, (in:) L. Kubicki (ed.), *Prawo medyczne*, Wrocław 2003, p. 32.

<sup>28</sup> Ustawa o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 lipca 2020 r. (“Journal of Laws” 2020, item 1291).

Therefore, there is no doubt that the donor from whom biological samples were taken for scientific purposes as part of a medical procedure will be recognized as a patient in both Polish and European law, although the donor will not always be a patient. This will be possible if the conducted research on the sample does not take place in an institution providing health services, e.g. at a research institute, and they are not run by persons performing medical profession, i.e. doctors, nurses or laboratory diagnostics.

Undoubtedly, it will be when the biological samples were taken during the treatment process in which case it should be clearly stressed that the physician is still obliged to use the data and samples for medical purposes and only in addition can use them for scientific purposes. However, due to the special moment of collecting these data and samples which is a medical service, the physician will be obliged to treat them as any other medical data – protecting the patient's rights. In this respect, one should also analyze two first cases, in which the doctor who conducts treatment of the patient uses his data and samples for scientific purposes. The other is one in which the doctor passes data and samples to other researchers (from his hospital or transmits them to the biobank).

In the first case, it should be considered whether the use of samples and data for testing was covered by the consent of patients and of what legal nature this consent would be. Such consent is not a consent to a medical procedure, sometimes it will take the form of consent for the collection of biological samples and data for research purposes, but it will be more often the consent to use already collected data and samples for medical purposes for scientific purposes<sup>29</sup>.

#### 4.1. THE PATIENT'S RIGHTS IN SCIENTIFIC RESEARCH ON HUMAN BIOLOGICAL SAMPLES

Traditionally, the following patient's rights can be distinguished in relation to the performance of scientific research on human biological samples: right to informed consent and free choice, right to clear information, right to confidentiality, and right to access to medical record<sup>30</sup>.

According to Daher, the right to informed consent thus understood results from the fact that "Patients should be empowered to participate in decision making, and the healthcare team should respect those decisions. Any unauthorized touching of a person is battery, even in the medical setting. The patient's consent

---

<sup>29</sup> M. Goniewicz, R. Patryn, K. Goniewicz, A. Włoszczak-Szubzda, *Legal concept of consent as a declaration of intent to use genetic material*, "Revista Română de Bioetică" 2014, No. 1, pp. 15–23.

<sup>30</sup> M. Daher, *Patient rights*, (in:) H. Have (ed.), *Encyclopaedia of global bioethics*, Springer 2016, p. 2167.

allows the physician to provide care<sup>31</sup>. It is difficult to point out, therefore, that the narrowly understood right to informed consent related only to the therapeutic decision-making process will apply here. Undoubtedly, conscious consent is a certain process of building mutual trust between a doctor and a scientist, and a patient. In practice, biological samples can be used for scientific research after prior consent of the patient or without it – on the basis of the legal act.

In the world's bioethical discussion, there are two issues concerning the use of biological samples obtained as part of medical treatments for scientific purposes without proper consent of the patient. The first is the case of Moor's<sup>32</sup> second covering of HeLa cells<sup>33</sup>. In both cases, cancer cells were collected from patients during medical procedures and out-targeting specific cell lines. The first case ended with a court ruling in California in which it was considered that the patient has no right to participate in profits from the results of scientific research. However, the court considered that due to the fact that Moore did not agree to commercial use of material taken from him, there was a violation of the fiduciary duty involving the proper representation of the patient's rights by the doctor. The second case, although not terminated by a court ruling, is referred to in the bioethical literature as an example of breaking the patient's right and abuse by the doctor. It should be noted that both cases have happened in the USA. No similar cases are known in European countries.

From the examples given above, it is clear that one's consent to use a biological sample and data related to it for the purposes of scientific research is not a consent to a medical procedure in the understanding of the patient's rights protection.

#### 4.1.1. INFORMED CONSENT IN SCIENTIFIC RESEARCH ON HUMAN BIOLOGICAL SAMPLES

There is no doubt that the dominant approach to protecting the rights of donors in Europe is protection based on donor's informed consent<sup>34</sup>. This concept is highlighted in the 2001 Report of the National Bioethics Advisory Commission, according to which engaging in the consent process is one of the best ways researchers can demonstrate their concern and respect for the participants<sup>35</sup>. In accordance with point 12 of the World Medical Association's (WMA) Declaration

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 2168.

<sup>32</sup> *Moore v. Regents of the University of California* (1990) 51 Cal. 3d 120 [271 Cal. Rptr. 146, 793 P.2d 479].

<sup>33</sup> A. Aford et al. *HeLa cells and unjust enrichment in the human body – The Lacks family*, "Annals of Health Law" 2012, No. 1, pp. 224.

<sup>34</sup> B.S. Dörr, *Collection of human tissue samples in biobanks: Challenges to human rights and human nature*, (in:) M. Albers, T. Hoffmann, J. Reinhardt (eds.), *Human rights and human nature*, Springer 2014, p. 186.

<sup>35</sup> J. Murphy, *Public perspective in informed consent for biobanking*, "American Journal of Public Health" 2009, No. 12, p. 2128.

of Taipei<sup>36</sup>, consent is valid only if it was preceded by information about: the purpose of the medical database or biobank; the risks and burdens associated with the collection, storage and use of data and material; the type of data and material to be collected; procedures for the return of results, including accidentally detected health information; rules for access to medical databases or biobanks; how privacy is protected; that if the data and material become completely anonymous, the donor will not be able to find out what is happening with his data or material and that he will not be able to withdraw his consent; the fundamental rights and guarantees laid down in this Declaration; commercial use and distribution of benefits, intellectual property issues and the transfer of data or material to other institutions or third countries, if applicable. In addition, the Declaration constructs two more rights in this respect, i.e. the right to withdraw consent with effect for the future (point 15) and the right to receive information on the use of data (para 14). This right to information has also become a central mechanism guaranteeing the protection of donors' rights in the OECD Recommendations, such as the information (point 4): on acceptable re-contact; on situations in which researchers will have access to non-coded personal data when the biobank will be obliged to provide biological material or data for third parties for non-testing purposes, the right to withdraw consent, about commercial products that may arise as a result of research on human biological samples or data and the benefits that the participant can relate to.

It is still emphasized that the problem of consent for conducting scientific research may determine the future of science. Meanwhile, it seems that the long-lasting discussion in the international forum on defining informed consent for the use of human biological samples for scientific purposes revealed the need to create new protective mechanisms<sup>37</sup>. In contrast to the concept of informed consent, understood as a consent to specific research in an increasing number of countries, the concept of broad consent is adopted<sup>38</sup>.

According to the GDPR, there is also acceptance that the use of not all biological samples may be based on the conscious consent of the donor. Pursuant to Art. 5 (1b) of the GDPR, data collected for another purpose are processed in accordance with the purpose if they are processed for scientific purposes. In practice, it seems that specific protection of the rights of donors associated with personal data may only be insufficient if based on informed consent<sup>39</sup>. In the days of Big

---

<sup>36</sup> WMA Declaration of Taipei on Ethical Considerations Regarding Health Databases and Biobanks. Adopted by the 53<sup>rd</sup> WMA General Assembly, Washington DC, USA, October 2002 and revised by the 67<sup>th</sup> WMA General Assembly, Taipei, Taiwan, October 2016.

<sup>37</sup> J. Pawlikowski, *Dyskusja wokół koncepcji świadomej zgody w kontekście badań naukowych z użyciem ludzkiego materiału biologicznego*, "Diametros" 2015, No. 44, p. 104.

<sup>38</sup> M.A. Rothstein, B.M. Knoppers, H.L. Harell, *Comparative approaches to biobanks and privacy*, "Journal of Law, Medicine and Ethics" 2016, No. 2, pp. 3–6.

<sup>39</sup> O. Tzortzou *et al.*, (in:) S. Slokenberga, O. Tzortzou, J. Reichel (eds.), *Biobanking across Europe Post-GDPR: A deliberately fragmented landscape in GDPR and biobanking law, gover-*

Data and the merging of new data registers, it is difficult to clearly indicate at what stage the consent should be obtained since all processing should be covered. However, passing samples and using them in many research projects in different countries makes the consent only a formal way of protection.

#### 4.1.2. THE PATIENT'S RIGHT TO INFORMATION IN RESEARCH ON HUMAN BIOLOGICAL SAMPLES

According to the traditional definition, the patient's right to information assumes that "Patients should receive adequate information about their illness, possible interventions, and the known benefits and risks of specific treatment options. They should have the ability to ascertain names, roles, and the qualifications of those who are treating them"<sup>40</sup>. From the point of view of conducting scientific research it should be pointed out that the right to information in this field has a wider scope and includes the need to inform the patient that his data and samples will be used for research purposes, but also the right to obtain information relevant to his or her research. Life and health obtained as part of the conducted research.

Lack of proper information on people who are sampled biological samples and data on the scientific objective may lead not only to breaking the trust between the doctor and the donors, but also to many violations of personal rights or even lead to discrimination of specific social groups<sup>41</sup>.

The right to information has become the basis of medical law and protection of patients' rights, as well as consumer law. Traditionally, therefore, it is identified with information that is received by the person who should be protected (patient, consumer) so that one can make an informed consent to a medical procedure or contract. In the field of biobanking, this obligation is increasingly understood much more honestly, i.e. as an obligation to provide information to donors after obtaining consent in the course of conducted scientific research. In recent years, there have been many voices of patient organizations indicating the need to provide donors with information that has been obtained as part of their research and analysis on their biological samples and biomedical data. Under the CHIP Me program, in 2014, analyzes were carried out from 22 European countries<sup>42</sup>. They clearly showed that action at European level was necessary as regards the necessity of introducing an obligation to provide information of importance to the patient in relation to his state of health.

---

*nance and technology series*, Springer 2021, pp. 397–419; M. Kirwan *et al.*, *What GDPR and the Health Research Regulations (HRRs) mean for Ireland: "Explicit consent" – a legal analysis*, "Irish Journal of Medical Science" 2021, No. 2, pp. 515–521.

<sup>40</sup> M. Daher, *op. cit.*, p. 2168.

<sup>41</sup> *Havasupai Tribe v. Arizona Board of Regents* 1989.

<sup>42</sup> I. Budin-Ljøsne *et al.*, *Feedback of individual genetic results on research participants: Is it feasible in Europe?*, "Biopreservation and Biobanking" 2016, No. 2, pp. 241–248.

The postulate of such an obligation results from the very idea of biobanking, which is based on the honorary donation of biological samples associated with the particular trust that biobanks should enjoy. So, if donors donate their biological material without a gratuity, it is natural that they should receive some additional medical information (in practice, donors most often receive morphological results or cholesterol levels). However, the right to obtain information about the so-called incidental findings (“a finding concerning an individual research participant that has potential health or reproductive importance and is discovered in the course of conducting research, but is beyond the aim of the study”<sup>43</sup>) is definitely more difficult for physician-scientist due to legal<sup>44</sup>, economic, and organizational constraints<sup>45</sup>. Obtaining access to the results of these findings is still an important postulate of donors and patients<sup>46</sup>.

The question arises whether in the absence of express consent the transfer of such information will not be a violation of the right to autonomy, of which the right to not know is an integral part. The Universal Declaration on Human Genome and Human Rights directly establishes the human right to abandon all research information, indicating that: “The right of every person to decide whether he wants to be informed about the results of genetic testing and the resulting consequences must be respected”. This provision is an expression of the awareness of the nature of the results of such research. It should be remembered that they do not always have to indicate a disease, but only indicate the possibility of its occurrence in an unspecified future. Then, such information could only constitute an unnecessary psychological burden for the patient, especially in a situation where for some reasons it is not possible to apply preventive measures.

First of all, the right to information and non-informed non-disclosure also follows directly from the Oviedo Convention. According to the wording of Art. 10, para 2, everyone has the right to read all the information collected about their health. The bioethical convention also indicates the need to respect the wishes of a person who does not want to read this information. It should be noted, however, that the bioethical convention allows the possibility of limiting these rights by national legislation. Similarly, in accordance with Recommendation CM/Rec(2016)6 of the Committee of Ministers to member States on research on biological materials of human origin No. 10, the patient’s right to knowledge and ignorance should be recognized and professional mechanisms should be intro-

---

<sup>43</sup> S.M Wolf *et al.*, *Managing incidental findings and research result in genomics research involving biobanks and archived data sets*, “Genetics in Medicine” 2012, No. 4, pp. 361–384.

<sup>44</sup> J. Bovenberg, T. Meulenkamp, E. Smets, S. Gevers, *Biobank research: Reporting results to individual participant*, “European Journal of Health Law” 2009, No. 16, p. 234.

<sup>45</sup> R.T. Lawlor, A. Scarpa, *op. cit.*, p. 20.

<sup>46</sup> E.M. Bunnik, *Ethical framework for detection, management and communication of incidental findings in imaging studies, building on an interview study of researchers: Practices and perspectives*, “BMC Medical Ethics” 2017, No. 18, p. 9.

duced to ensure that it is respected. In the context of genetic research involving the provision of information, counseling, informed consent procedures and information on research results, practices should be created to meet these needs. Also, the Additional Protocol to the Bioethical Convention on genetic testing for health purposes<sup>47</sup> recognizes the right of every person to obtain information resulting from the genetic tests, as well as expressing the wish of not being informed about them. However, it allows the possibility of limiting these rights due to the good of that person. In addition, the Protocol indicates that everyone has the right to respect for their privacy in the context of genetic testing results

Secondly, the question arises who would assess whether a given discovery is so significant and reliable for a given person that it already results in an information obligation. Thirdly, would the physician also be responsible for the lack of information provided, which he would not obtain himself from the researcher? Fourthly, the question arises to whom this information should be transmitted, whether directly to the donor or to his doctor? Undoubtedly, the introduction of such an obligation will involve the need to include its costs in research projects<sup>48</sup>.

Such a right is postulated both in the Declaration of Taipei and in the OECD Guidelines. In addition, it seems that in order to make a decision about further participation in the study, take therapeutic and diagnostic measures, information about the results of research and further negotiations are also necessary. According to Art. 26 of the Additional Protocol to the Bioethical Convention on Genetic Testing for Health Purposes, participants should be given all information collected about their health. Also, according to the Declaration on human genetic data, no one should be deprived of access to their data in any case.

#### 4.2. DONOR IS NOT ONLY THE PATIENT

The modern postulated model of cooperation between a physician and a donor patient also assumes increasing cooperation of these entities at the stage of conducting research<sup>49</sup>. The donor became a participant and even a research partner<sup>50</sup>. Some biobanks were established by patients<sup>51</sup>. This is particularly evident in the

---

<sup>47</sup> Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning genetic testing for health purposes, Strasburg 27.11.2008, European Treaty Series No. 203.

<sup>48</sup> A. Hawkins Virani, H. Langstaff, *Ethical considerations in biobanks: How a public health ethics perspective sheds new light on old controversies*, "Journal of Genetic Counselling" 2015, No. 24, p. 430.

<sup>49</sup> V.G. Koc, *A private rights of actions for informed consent in research*, "Seton Hall Law Review" 2015, No. 1, p. 1973.

<sup>50</sup> M. Boeckhout, R. Reuzel, G. Zeielhuis, in collaboration with E. Vermeulen, M.K. Schmid, A. Cecil, J.W. Janssens, *The donor as partner: How to involve patients and the public in the governance of biobank and registries*. A guideline prepared by BBMRI-NL 2014.

<sup>51</sup> D. Mitchell *et al.*, *Biobanking from the patient perspective*, "Research Involvement and Engagement" 2015, No. 1, p. 8.



case of cooperation with physicians-researchers of organizations associating patients<sup>52</sup> with rare diseases<sup>53</sup> and large biobanks such as, for example, the UK Biobank<sup>54</sup> or the Genom Biobank in Estonia. In both cases, the donor patients, on the one hand, continue to provide new information and data about themselves, as well as periodically order new biological samples. On the other hand, they are informed about research carried out on their biological samples and sometimes even about the results of these tests that have a diagnostic significance for them. In modern biobanks donors and patients are very important part in making research policy<sup>55</sup>.

The result of such a change in the subjectivity of donor patients in the absence of binding legal regulations is the recognition that in addition to the patient's rights, they also have the rights arising from the agreement concluded with the biobank, hospital or doctor. In practice, the content of this agreement will be confirmed in the patient's consent for the transfer of samples and data for research purposes. According to Giancarlo Pruneri and Giuseppina Bonizzi "(...) participation in research is completely transformed. Unlike previous models that attempted to impose on participants a robust duty to take part in research, a pact-based relationship instead provides participants with a strong incentive to do so, as they are motivated by an act of solidarity where participants, trust and belief that science in an ethical enterprise play mutual supportive roles"<sup>56</sup>.

## 5. LEGAL RESPONSIBILITY OF PHYSICIAN SCIENTIST

Responsibility of the doctor-scientist towards the patient-supplier of human biological samples and data related to them will depend on detailed regulations contained in national legislation. Undoubtedly, however, under the law of the European Union and international declarations, certain general rules should be

---

<sup>52</sup> M. Wilcox *et al.*, *The importance of quality patient advocacy to biobanks: A lay perspective from Independent Cancer Patients Voice (ICPV) based in the United Kingdom*, (in:) F. Karimi-Busheri (ed.), *Biobanking in the 21<sup>st</sup> century*, Springer 2015, pp. 171–183.

<sup>53</sup> Ch. Baldo *et al.*, *The alliance between genetic biobanks and patient organisations: The experience of the telethon network of genetic biobanks*, "Journal of Rare Diseases" 2016, No. 11, p. 142.

<sup>54</sup> R.T. Lawlor, A. Scarpa, *op. cit.*, p. 32.

<sup>55</sup> M. Verlinder, H. Nys, I. Huys, *Right and obligations of different stakeholders involved in access and use of samples and data in biomedical research*, (in:) E. Salvaterra, J. Corfield (eds.), *Advances in biobanking practice through public and private collaborations*, Bentham e-Book 2017, p. 92.

<sup>56</sup> G. Pruneri, G. Bonizzi, *Quality criteria in oncology: Lessons learned from B4MED Biobank*, (in:) E. Salvaterra, J. Corfield (eds.), *Advances in biobanking practice through public and private collaborations*, Bentham e-Book 2017, p. 70.

laid down regarding this responsibility based on the fundamental human rights<sup>57</sup>. For the purposes of this article, this responsibility can be divided into:

1. responsibility for improper processing of patient data,
2. responsibility for conducting research on a human biological sample without the consent of the patient,
3. responsibility for the operation of the subject to which the physician has provided/shared data or samples,
4. counter-agreement responsibility for non-performance or improper performance of the contract between the patient and the doctor,
5. tort liability for damage to persons related to conducting tests on human biological samples,
6. professional responsibility of the doctor.

The first kind of responsibility will be involved when the doctor processes the patient's data without a legal sub-platform, improperly secured it, prevented the patient from implementing the rights resulting from GDPR, processed data collected for health purposes for scientific purposes without the patient's new consent (the GDPR of course sets the principle according to which the treatment data for scientific purposes is always in line with the original goals, but at the same time it implies that if it is possible, the processor should obtain new consent from the person whose data is processed). The doctor will not be responsible in this respect if the data is anonymized (then they will not be subject to GDPR regulation) or if he will process the data of the deceased patient. However, in the case of data processing of a deceased patient, in many national jurisdictions the doctor was obliged to maintain medical confidentiality and hence not to disclose these data to other entities without the consent of the patient or his family members even after his death. In this case, it should be acknowledged that the doctor will have the right to conduct scientific research by himself, but he will not have the right to disclose data covered by medical confidentiality to other scientists. Certain doubts may arise as regards the possibility of the donor invoking the right to privacy. Traditionally, the right to privacy can be invoked if the data has been disclosed or made public in an unauthorized way.

The question open in this respect is whether violation of the right to privacy will therefore be any unauthorized transfer of patient's data to other scientists. In relation to the data, there may also be a breach of the contact obligations by the doctor, who, when obtaining permission to carry out the tests, assured the patient that the data will not be transferred to other entities, but later such transfer would occur or the non-compliant data would not be secured. In these cases, however, it should be emphasized that under condition of the physician's responsibility the injury of the patient could occur, which in practice would be difficult to demonstrate.

---

<sup>57</sup> P.K. Yu, *Biobanking, scientific productions and human rights*, "Legal Studies Research Paper Series" 2017, No. 17-73, p. 2.

In the second case, i.e. conducting scientific research without the patient's consent, one can undoubtedly point out the responsibility for the violation of patient's rights, such as the right to informed consent or the right to confidentiality of data. In this case, the patient will be able to demand reparation from the physician for dignity harms (caused by conduct that overrides patients autonomy)<sup>58</sup>. In addition, the patient may assume that as a result of the doctor's action undertaken without his consent, his personal good was violated. Recognizing the rather broad definition of health resulting from the Preamble to the Constitution of the World Health Organisation<sup>59</sup>, one can also consider that the mere awareness that there has been a nauseous study without the consent of the donor may result in harm to the patient's psychological well-being. The doctor's action in this area may also be punished under professional or criminal law, depending on the regulation of domestic law.

When analysing the third case, it should be pointed out that the scope of the physician's responsibility for the subjects who provided the samples and the patient's data may vary. Undoubtedly, the doctor will be responsible for these entities and for his own actions when the transfer took place without the consent of the patient or without a legal basis. However, if the transfer will have a legal responsibility, the doctor will not perform or will be limited by the content of the contract.

The fourth case is still the subject of few doctrinal studies.

The physician's responsibility in this respect will be shaped on the basis of quasi-contractual liability and on this basis he will be responsible for improper performance of the contract and, therefore, for the use of samples not in accordance with the purpose or unauthorized transfer to other entities. In both cases, the liability will arise when the patient will suffer harm as a result of the doctor's actions.

This agreement is difficult to regard as a typical obligatory relation of medical law. Banaszczyk<sup>60</sup> rightly points out that the essence of such a relationship is the obligation of a person performing medical activity to take and conduct treatment and to pay the patient due remuneration. The transfer of samples and data to the doctor for scientific research is of an altruistic nature. Therefore, it is difficult to point to binding obligations on the part of the patient who, even after consenting to carry out such tests, may withdraw it at any time. On the other hand, the doctor has a number of obligations arising from the patient's rights and, in particular, the

---

<sup>58</sup> V.G. Koc, *op. cit.*, p. 202.

<sup>59</sup> The Constitution was adopted by the International Health Conference held in New York from 19 June to 22 July 1946, signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States and entered into force on 7 April 1948. Later amendments are incorporated in this text.

<sup>60</sup> Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy prywatnego stosunku prawa medycznego – założenia ogólne i metodologiczne*, (in:) M. Safjan, L. Bosek (eds.), *Instytucje prawa medycznego*, Warszawa 2018, p. 358.

need to protect the rights of the donor. With respect to this responsibility, one can point to additional obligations not resulting from the law. Sometimes doctors and biobanks in which they work will guarantee patients additional rights such as the right to information about research findings<sup>61</sup> or free laboratory tests.

Analysing the liability of a tort, it should be considered that it is connected with the same problem of contractual responsibility, i.e. the need to prove the suffered damage. It is difficult to indicate the possibility of damaging the property as well as damage caused to the human body. One can only rely on the fact that the culpable action of a doctor who, for example, publicized the patient's data in a scientific publication, caused the patient mental suffering or even a mental illness.

Finally, referring to the doctor's professional responsibility, it should be pointed out that he will be responsible for all violations of the patient's rights. It should be clearly stressed that he is obliged to provide all medical information known to him that is relevant to the health and life of the patient, including incidental findings<sup>62</sup>. There is no doubt that only the doctor who knows them (regardless of whether he was a patient's doctor or not) has an obligation to inform about incident findings and he is able to contact the patient (this possibility will not arise if the patient's data were subject to anonymization or due to procedural reasons re-contact with the patient is impossible, eg. when the doctor has no contact details<sup>63</sup>).

## REFERENCES

### Books and articles

- Alford D.A., *HeLa cells and unjust enrichment in the human body*, "Annals of Health Law" 2012 special edition, No. 1
- Allen C., Joly T., Moreno P.G., *Data sharing, biobanks and informed consent: A research paradox*, "McGill Journal of Law and Health" 2013, No. 1
- Baldo Ch. *et al.*, *The alliance between genetic biobanks and patient organisations: The experience of the telethon network of genetic biobanks*, "Journal of Rare Diseases" 2016, No. 11

---

<sup>61</sup> Without special agreement there is no right to information about the study. More about this issue B.M. Knoppers, *The right not to know*, "Journal of Law, Medicine and Ethics" 2014, No. 1, p. 8.

<sup>62</sup> V.G. Koc, *op. cit.*, p. 176.

<sup>63</sup> More about this issue G. Helgesson, *Autonomy, the right not to know, and the right to know personal research results: What rights are there, and who should decide about exceptions?*, "Journal of Law, Medicine and Ethics" 2014, No. 1, pp. 29–37.

- Banaszczyk Z., *Właściwość i elementy prywatnego stosunku prawa medycznego – założenia ogólne i metodologiczne*, (in:) M. Safjan, L. Bosek (eds.), *Instytucje prawa medycznego*, Warszawa, 2018
- Boeckhout M., Reuzel R., Zeielhuis G., in collaboration with Vermeulen E., Schmid M.K., Cecile A., Janssens J.W., *The donor as partner: How to involve patients and the public in the governance of biobank and registries*. A guideline prepared by BBMRI-NL 2014
- Boratyńska M., Konieczniak P., (in:) L. Kubicki (ed.), *Prawo medyczne*, Wrocław 2003
- Bovenberg J., Meulenkamp T., Smets E., Gevers S., *Biobank research: Reporting results to individual participant*, “European Journal of Health Law” 2009, No. 16
- Budin-Ljøsne I. et al., *Feedback of individual genetic results on research participants: Is it feasible in Europe?*, “Biopreservation and Biobanking” 2016, No. 2
- Bunnik E.M., *Ethical framework for detection, management and communication of incidental findings in imaging studies, building on an interview study of researchers: Practices and perspective*, “BMC Medical Ethics” 2017, No. 18
- Crooks V.A. et al., *You don't want to lose that trust that you've built with this patient...: (Dis)trust, medical tourism, and the Canadian family physician-patient relationship*, “BMC Family Practice” 2015
- Daher M., *Patient rights*, (in:) H. Have (ed.), *Encyclopaedia of global bioethics*, Springer 2016
- Daley B., Cranley E., *'Biorights' rise: Donors demand control of their samples*, “Boston Globe” 10 October 2016, <https://www.bostonglobe.com/metro/2016/10/09/the-rise-biorights-donors-are-demanding-control-and-sometimes-cash-exchange-for-genetic-samples/jCbaQ2E5t6c0Qs1kcITMRM/story.html> (accessed 11.04.2023)
- Dörr B.S., *Collection of human tissue samples in biobanks: Challenges to human rights and human nature*, (in:) M. Albers, T. Hoffmann, J. Reinhardt (eds.), *Human rights and human nature*, Springer 2014
- Gałązka M., *Status pacjenta*, (in:) M. Safjan, L. Bosek (eds.), *Instytucje prawa medycznego*, Warszawa 2018
- Goniewicz M., Patryn R., Goniewicz K., Włoszczak-Szubsza A., *Legal concept of consent as a declaration of intent to use genetic material*, “Revista Română de Bioetică” 2014, No. 1
- Hawkins Virani A., Langstaff H., *Ethical considerations in biobanks: How a public health ethics perspective sheds new light on old controversies*, “Journal of Genetic Counselling” 2015, No. 24
- Helgesson G., *Autonomy, the right not to know, and the right to know personal research results: What rights are there, and who should decide about exceptions?*, “Journal of Law, Medicine and Ethics” 2014, No. 1
- Holland S., Stocks D., *Trust and its role in the medical encounter*, “Health Care Analysis” 2015, No. 3
- Karimi-Busheri F., Rasouli-Nia A., *Biobanking in the 21<sup>st</sup> century*, Springer 2015
- Kerasidou A., *Trust me, I'm a researcher!: The role of trust in biomedical research*, “Medicine, Health Care and Philosophy” 2017, No. 1
- Kirwan M. et al., *What GDPR and the Health Research Regulations (HRRs) mean for Ireland: “Explicit consent” – a legal analysis*, “Irish Journal of Medical Science” 2021, No. 2

- Knoppers B.M., *The right not to know*, “Journal of Law, Medicine and Ethics” 2014, No. 1
- Koc V.G., *A private rights of actions for informed consent in research*, “Seton Hall Law Review” 2015, No. 1
- Lawlor R.T., Scarpa A., *Models of collaboration and experience between bioindustry and academic biobanks*, (in:) E. Salvaterra, J. Corfield (eds.), *Advances in biobanking practice through public and private collaborations*, Bentham e-Book 2017
- McClintock Greenberg T., *The psychological impact of acute and chronic illness: A practical guide for primary care physicians*, San Francisco 2007
- Mitchell D. et al., *Biobanking from the patient perspective*, “Research Involvement and Engagement” 2015, No. 1
- Mitscherlich A., Mielke F., *Doctors of infamy: The story of the Nazi medical crimes*, New York 1949
- Moodley K., Singh S., *‘It’s all about trust’: Reflections of researchers on the complexity and controversy surrounding biobanking in South Africa*, “BMC Medical Ethics” 2016, No. 10
- Murphy J., *Public perspective in informed consent for biobanking*, “American Journal of Public Health” 2009, No. 12
- Park A., *10 ideas changing the world right now: Biobanks*, “Time Magazine” March 2009, No. 173
- Pawlikowski J., *Biobankowanie ludzkiego materiału biologicznego dla celów badań naukowych – aspekty organizacyjne, etyczne, prawne i społeczne*, Lublin 2013
- Pawlikowski J., *Dyskusja wokół koncepcji świadomej zgody w kontekście badań naukowych z użyciem ludzkiego materiału biologicznego*, “Diametros” 2015, No. 44
- Pearson S.D., *Patients’ trust in physicians: Many theories, few measures, and little data*, “Journal of General Internal Medicine” 2000, No. 7
- Pruneri G., Bonizzi G. *Quality criteria in oncology: Lessons learned from B4MED Biobank*, (in:) E. Salvaterra, J. Corfield (eds.), *Advances in biobanking practice through public and private collaborations*, Bentham e-Book 2017
- Rothstein M.A., Knoppers B.M., Harell H.L., *Comparative approaches to biobanks and privacy*, “Journal of Law, Medicine and Ethics” 2016, No. 2
- Samuel G.N., Farsides B., *Public trust and ‘ethics review’ as a commodity: The case of Genomic England Limited and UK’s 100,000 genomes project*, “Medicine, Health Care and Philosophy” 30 October 2017, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11019-017-9810-1> (accessed 11.04.2023)
- Shabani M., Dove E.S., Murtagh M., Knoppers B.M., Borry P., *Oversight of genomic data sharing: What roles for ethics and data access committees?*, “Biopreservation and Biobanking” 2017, No. 5
- Tzortzatou O. et al., (in:) S. Slokenberga, O. Tzortzatou, J. Reichel (eds.), *Biobanking across Europe post-GDPR: A deliberately fragmented landscape in GDPR and biobanking law, governance and technology series*, Springer 2021
- Wilcox M. et al., *The importance of quality patient advocacy to biobanks: A lay perspective from Independent Cancer Patients Voice (ICPV) based in the United Kingdom*, (in:) F. Karimi-Busheri (ed.), *Biobanking in the 21<sup>st</sup> century*, Springer 2015
- Verlinder M., Nys H., Huys I., *Right and obligations of different stakeholders involved in access and use of samples and data in biomedical research*, (in:) E. Salvaterra,

- J. Corfield (eds.), *Advances in biobanking practice through public and private collaborations*, Bentham e-Book 2017
- Wolf S.M. *et al.*, *Managing incidental findings and research result in genomics research involving biobanks and archived data sets*, “Genetics in Medicine” 2012, No. 4
- Yu P.K. *Biobanking, scientific productions and human rights*, “Legal Studies Research Paper Series” 2017 No. 17–73

### **Documents, acts of law**

- Additional Protocol to the Bioethical Convention on Genetic Testing for Health Purposes, concerning genetic testing for health purposes, Strasburg 27.11.2008, European Treaty Series No. 203
- Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Biomedical Research concerning Biomedical Research, Strasburg 25.01.2005, European Treaty Series No. 195
- Constitution of the World Health Organisation of 22 July 1946 entered into force on 7 April 1948
- Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No. 164)
- Declaration of Helsinki – Ethical principles for medical research involving human subjects, adopted by the 18<sup>th</sup> WMA General Assembly, Helsinki, 9 July 2018
- Declaration of Taipei on Ethical Considerations Regarding Health Databases and Biobanks, adopted by the 53<sup>rd</sup> WMA General Assembly, Washington DC, USA, October 2002 and revised by the 67<sup>th</sup> WMA General Assembly, Taipei, Taiwan, October 2016
- Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients’ rights in cross-border healthcare
- Nuremberg Code of 1947, (in: A. Mitscherlich, F. Mielke, *Doctors of infamy: The story of the Nazi medical crimes*, New York 1949
- OECD Guidelines on Human Biobanks and Genetic Research Databases, <https://www.oecd.org/sti/emerging-tech/44054609.pdf> (accessed 11.04.23)
- Recommendation CM/Rec(2016)6 of the Committee of Ministers to member States on research on biological materials of human origin, adopted by the Committee of Ministers on 11 May 2016 at the 1256<sup>th</sup> meeting of the Ministers’ Deputies
- Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) OJ L 119, 4.5.2016
- The Universal Declaration of Human Rights, [https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr\\_booklet\\_en\\_web.pdf](https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf) (accessed 11.04.23)
- The Universal Declaration on Human Genome and Human Rights, [https://www.unesco.org/en/ethics-science-technology/human-genome-and-human-rights?TSPD\\_101\\_R0=080713870fab2000c082dee544fc518a34aaae95331fa84fb011ca02bae13f8f300538549efe060108747f8389143000fc7d1d5e06ef47843653d5a2401ce0e7f26e829e9b3520-286979d4d30e3291aab2952c3bb193761471214ecaa3338dbb](https://www.unesco.org/en/ethics-science-technology/human-genome-and-human-rights?TSPD_101_R0=080713870fab2000c082dee544fc518a34aaae95331fa84fb011ca02bae13f8f300538549efe060108747f8389143000fc7d1d5e06ef47843653d5a2401ce0e7f26e829e9b3520-286979d4d30e3291aab2952c3bb193761471214ecaa3338dbb) (accessed 11.04.23)

---

Ustawa o działalności leczniczej z dnia 15 kwietnia 2021r., "Journal of Laws" 2022, item 633

Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty z dnia 5 grudnia 1996 r., "Journal of Laws" 2022, item 1731

Ustawa o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 lipca 2020 r., "Journal of Laws" 2020, item 1291



*Katarzyna Leśkiewicz*

Adam Mickiewicz University, Poznań

e-mail: [Katarzyna.leskiewicz@amu.edu.pl](mailto:Katarzyna.leskiewicz@amu.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-5261-2752

## THE LEGAL CONCEPT OF UNSAFE (DANGEROUS) FOOD

### Abstract

The purpose of the considerations offered in this article is to determine how the term “dangerous food” should be understood in the light of the applicable law. The food safety system includes general and specific criteria for assessing whether a product is safe or not. Sometimes the concepts of defective product within the meaning of Directive No. 85/374/EEC, and dangerous food within the meaning of Regulation No. 178/2002 coincide. Food safety requirements include both health quality and commercial quality. Responsibility for unsafe food in individual areas must be determined separately, as they are based on divergent legal foundations. The legislation includes sub-categories of unsafe food, such as product harmful to health, adulterated product or spoiled product.

### KEYWORDS

food, dangerous product, responsibility, harmful to health

### SŁOWA KLUCZOWE

żywność, produkt niebezpieczny, odpowiedzialność, środek szkodliwy dla zdrowia

## 1. INTRODUCTION

The legislator did not define the term “unsafe food”, even though it appears in the Regulation No. 178/2002<sup>1</sup>. The concept of food has a universal dimension, because it is used for the purposes of various legal acts in the field of food law. It has also been the subject of research in both Polish and foreign legal literature<sup>2</sup>. Food as a product also attracts attention of researchers in various perspectives and circumstances<sup>3</sup>. Similarly, many scientific publications, not only legal ones, concern food safety<sup>4</sup>. However, relatively few works were devoted to the problem of dangerous food<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Regulation (EC) No. 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures for food safety; “Official Journal” L No. 31, 1.02.2002, pp. 1–24, hereinafter Regulation No. 178/2002.

<sup>2</sup> P. Wojciechowski, *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny żywnościowy pierwotny i przetworzony. Wybrane problemy*, “Studia Iuridica Agraria” 2011, Vol. 9, p. 328 *et seq*; K. Leśkiewicz, *Legal aspects of the food concept*, (in:) R. Budzinowski, I. Härtel (eds.), *Food security, food safety, food quality: Current developments and challenges in European Union Law*, Baden Baden 2016, pp. 59–70; M. Korzycka, *Definicje żywności w prawie*, (in:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017, pp. 175–178; K. Leśkiewicz, *Ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Komentarz*, Warszawa 2022; K. Leśkiewicz, *Prawo żywnościowe*, Warszawa 2020, pp. 34–36; A. Szymecka-Wesołowska (ed.), *Bezpieczeństwo żywności i żywienia. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 1057.

<sup>3</sup> See E. Fouilleux, N. Bricas, A. Apha, *Feeding 9 billion people: Global food security debates and productionist trap*, “Journal of European Public Policy” 2017, Vol. 24, issue 1, pp. 1658–1677; I. Lipińska, I. Hasińska, D. Puślecki, K. Różański, *Economic and legal determinants of development of agrifood logistics*, Poznań 2022; K. Leśkiewicz, *Produkcja żywności w gospodarce o zamkniętym obiegu – wybrane aspekty prawne*, “Studia Iuridica Lublinensia” 2017, Vol. 26, pp. 503–518.

<sup>4</sup> A. Kijlstra, A.P. Bos, *Animal welfare and food safety: Danger, risk and the distribution of responsibility*, “Organic Eprints”, orgprints.org (accessed 31.10.2022); J.D.G. McEvoy, *Emerging food safety issues: An EU perspective*, “Drug Testing and Analysis” 22 July 2016, pp. 511–520, www.drugtestinganalysis.com (accessed 31.10.2022); I. Canfora, *Legal instruments of health protection against unsafe food of agriculture origin in Italy*, (in:) K. Leśkiewicz (ed.) *Legal protection of human health against the unsafe agricultural food*, Warszawa 2022, pp. 149–157; J.L. Pomeranz, *Food law for public health*, Oxford 2016; M.S. Schumann, T.D. Schneid, B.R. Schumann, M.J. Fagel, *Food safety law*, New York 1997; I. Härtel, D. Ren, *Agri-food law: Term, development, structures, system and framework*, (in:) I. Härtel (ed.), *Handbook of agrifood law in China, Germany, European Union: Food security, food safety, sustainable use of resources in agriculture*, Frankfurt (Oder) 2018.

<sup>5</sup> See e.g. I. Trapé, *Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny podmiotów dystrybuujących żywność*, “Przegląd Prawa Rolnego” 2008, No. 2, p. 111; Ł.M. Sokołowski, *Liability for damage caused by unsafe innovative food – a legal perspective*, “Przegląd Prawa Rolnego” 2020, No. 1 (26), pp. 47–63; Ł. Bobeł, K. Leśkiewicz, *Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przez niebezpieczny środek spożywczy*, “Przemysł Spożywczy” 2007, No. 3, p. 39 *et seq*.

The concept of food is related normatively to various concepts, such as “product” or “agricultural product”. According to the *Dictionary of Polish language*, the word “dangerous” (*niebezpieczny*) means: “1. Likely to cause something bad, 2. capable of causing trouble”<sup>6</sup>. As the legal nature of food is intended for human consumption, the risk may therefore concern human health or life. Consequently, this article is about food that can have negative consequences for people in the light of the applicable legal regulation.

The opposite of “unsafe food” is “safe food”. This expression has not been defined, either. On the other hand, in national legislation, the phrase “food safety” is defined. In the light of the Food and Nutrition Safety Act<sup>7</sup> it is “a set of conditions that must be met, in particular: additives and flavorings used, levels of contaminants, pesticide residues, conditions of food irradiation, organoleptic characteristics, and actions that must be taken at all stages of food production or handling – in order to ensure human health and life”. As we can see, this definition refers to both the law (“all conditions”) and the practice of its application (actions)<sup>8</sup>. Therefore, determining how to understand them demands taking into account many requirements regulated in various legal acts, both in EU and national law. For these reasons, the normative research area includes in particular Regulation No. 178/2002, Directive No. 85/374/EEC<sup>9</sup>, and other legal acts.

Both practical reasons and the need to protect human health against unsafe (dangerous) food speak for further elaboration of the issue included in the title of the article.

There is no doubt that determining how to understand the phrase “unsafe food” is a problematic issue for the practice of applying the law. In particular, the criminal sanction covers the production and marketing of a commonly consumed food that is harmful to human health or life, and therefore certainly dangerous. These acts are punishable under Art. 96 of the Food and Nutrition Safety Act (the penalty is a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to 2 years). Difficulties in interpretation may be caused by the dispersion of regulations regarding the requirements that must be met by food in order to be considered safe. *A contrario* – it is sometimes difficult to determine the characteristics of unsafe food. In addition, the current regulation includes many different terms that may indicate that it is a hazardous food, e.g. spoiled or adulterated food.

---

<sup>6</sup> *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/niebezpieczny;2488342.html> (accessed 20.10.2022); M. Korzycka, *Bezpieczeństwo żywności*, (in:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017, p. 248.

<sup>7</sup> Act of 25 August 2006 on Food and Nutrition Safety, “Journal of Laws” 2019, item 1252, as amended, hereinafter the Food and Nutrition Safety Act.

<sup>8</sup> See e.g., K. Leśkiewicz, *Ustawa o bezpieczeństwie...*, pp. 36–37.

<sup>9</sup> Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, “Official Journal” L 210, 7.08.1985, pp. 29–33, hereinafter Directive No. 85/374/EEC.

From a practical point of view, there are still cases of unsafe food on the market. In particular, consumers obtain such information as part of the Early Warning System against Dangerous Food, thanks to the messages of the Chief Sanitary Inspector, which indicate, for example, the presence of *Listeria monocytogenes* or the presence of gluten in food labeled as gluten-free<sup>10</sup>. In these communication one can see a huge variety of risks that food provokes to humans.

In addition, food safety is also influenced by the practice of applying law by the producers and official food control authorities<sup>11</sup>. Sometimes it is lack of control or supervision that contributes to unsafe food being placed on the market. Some of these effects are shown by the report from the audit carried out by the Polish Supreme Audit Office<sup>12</sup>. The introduction of unsafe food to the market is connected with legal liability based on various sources, e.g. in the Food Safety Act or in the Code Civil.

In Poland, the system, diversity and multiplicity of control institutions are of significant importance. The official food control bodies in Poland are various inspections under control (Chief Sanitary Inspector, Chief Veterinary Officer, Chief Inspector of Commercial Quality of Agricultural and Food Products) and the State Plant Health and Seed Inspection Authority. The numerous and overlapping competences of these authorities are not conducive to ensuring the effectiveness of official food control. The Supreme Audit Office determined that the food safety and quality assurance systems operating in Poland in 2017–2018 required changes in the area of consumer protection against consumption or purchase of products of insufficient quality. In the event of detection of food which is unsafe for the consumer, all the inspected bodies were equipped with tools to protect the consumer against consuming or purchasing products that are hazardous to health. The Polish food safety model was assessed by the Supreme Audit Office

---

<sup>10</sup> Warnings – Chief Sanitary Inspectorate, [www.gov.pl](http://www.gov.pl) (accessed 20.10.2022).

<sup>11</sup> Regulation (EU) No. 2017/625 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on official controls and other official activities performed to ensure the application of food and feed law and the rules on animal health and welfare, plant health and plant protection products, amending Regulations (EC) No. 999/2001, (EC) No. 396/2005, (EC) No. 1069/2009, (EC) No. 1107/2009, (EU) No. 1151/2012, (EU) No. 652/2014, (EU) No. 2016/429, and (EU) No. 2016/2031 of the European Parliament and of the Council, Council Regulations (EC) No. 1/2005 and (EC) No. 1099/2009 and Council Directives 98/58/EC, 1999/74/EC, 2007/43/EC, 2008/119/EC and 2008/120/EC, and repealing Regulations (EC) No. 854/2004 and (EC) No. 882/2004 of the European Parliament and of the Council, Council Directives No. 89/608/EEC, 89/662/EEC, 90/425/EEC, 91/496/EEC, 96/23/EC, 96/93/EC and 97/78/EC and Council Decision 92/438/EEC (Official Controls Regulation), “Official Journal” L No. 95, p. 1, as amended, hereinafter Regulation No. 2017/625; See A.F. Hernandez-Jerez *et al.*, EFSA Panel on plant protection products and their residues, 2022; Scientific opinion on toxicity of pyrethroid common metabolites, “EFSA Journal” 2022, No. 20(10), p. 7582, <https://doi.org/10.2903/j.efsa.2022.7582> (accessed 20.10.2022).

<sup>12</sup> Supreme Audit Office, Regional Office in Łódź, Informacja o wynikach kontroli bezpieczeństwa żywności, LLO.430.005.2019, Registry No. 176/2019/P/19/084/LLO, Warszawa, 9 Janu-  
ary 2020, 29, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,21927,vp,24594.pdf> (accessed 5.10.2022).

as dispersed. Its structure is as follows: food quality includes health quality and commercial quality.

With this in mind, the aim of this paper is to determine how the term “unsafe food” should be understood in the light of the applicable law. In particular, the considerations will indicate the legal criteria for qualifying food as unsafe food, as well as referring this expression to other legal terms, e.g. the concept of a product. Due to the framework of the study, the scope of considerations is not exhaustive, but only indicates some problems.

## 2. THE CONCEPT OF FOOD AND RELATED TERMINOLOGY

The concept of food is a very broad category, it can cover many products. The definition of food coincides with the concept of agricultural products as understood in the Treaty on the Functioning of the European Union<sup>13</sup>. According to Regulation No. 178/2002 “food” (or “foodstuff”) means any substance or product, whether processed, partially processed or unprocessed, intended to be, or reasonably expected to be, ingested by humans. “Food” includes drink, chewing gum and any substance, including water, intentionally incorporated into the food during its manufacturing, preparation or treatment. It includes water after the point of compliance as defined in Art. 6 of Directive 98/83/EC and without prejudice to the requirements of Directives 80/778/EEC and 98/83/EC.

Regulation No. 178/2002 also lays down exclusion of specific products from the scope of the concept of *ex lege* food. “Food” shall not include: feed; live animals unless they are prepared for placing on the market for human consumption; plants prior to harvesting; medicinal products within the meaning of Council Directives 65/65/EEC(21) and 92/73/EEC(22); cosmetics within the meaning of Council Directive 76/768/EEC(23); tobacco and tobacco products within the meaning of Council Directive 89/622/EEC(24); narcotic or psychotropic substances within the meaning of the United Nations Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, and the United Nations Convention on Psychotropic Substances, 1971; residues and contaminants.

It is pointed out as important, *inter alia*, that it is destined for human consumption, if only potential<sup>14</sup>. The regularity is that agricultural products will, as a rule, always be food within the meaning of Regulation No. 178/2002. Food, on the other hand, will not always be an agricultural product.

<sup>13</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, “Official Journal” C 326, 26.10.2012, pp. 47–390.

<sup>14</sup> K. Leśkiewicz, *Prawo żywnościowe...*, p. 33; K. Leśkiewicz, *Ustawa o bezpieczeństwie żywności...*, pp. 28–31.

Art. 38 sect. 1 TFEU states that agricultural products mean the produce of the land, farming and fishery products, as well as products of first-stage processing directly related to them. Art. 38 TEWG (now Art. 38 (3) TFEU) contains a detailed list of products covered by the agricultural provisions of the Treaty (attached as Annex II to the TEWG, now Annex I to the TFEU). In turn, the Council was authorized to extend this list to other products within two years of the entry into force of the Treaty establishing the European Economic Community<sup>15</sup>. The product lists use the nomenclature consistent with the Common Customs Tariff System<sup>16</sup>. In the light of this definition, the processed and unprocessed agricultural products will be treated as food.

The food will always be a “product” within the meaning of Directive 85/374/EEC, which has been implemented in the Polish legal system. The binding force of the provisions of Art. 4491–44911 of the Civil Code were granted on 1 July 2000. In the period preceding the implementation of Directive 85/374/EEC into Polish law, the basis of the producer’s liability for placing on the market dangerous goods causing damage was Art. 415 Code Civil.

The Directive 85/374/EEC provides that, for the purposes of the Directive, “product” means all movables, with the exception of primary agricultural products and game, even though incorporated into another movable or into an immovable. The term “primary agricultural products” means the products of the soil, of stock-farming and of fisheries, excluding products which have undergone initial processing. “Product” includes electricity. Food is a movable thing, so it has the status of a product, regardless of whether it is in a natural or processed state. Importantly, when it is placed on the market, it is intended for human consumption. The Food and Nutrition Safety Act in Art. 95 refers precisely to the provisions of the Code Civil regarding liability for damage caused by a dangerous product in the event of damage caused by food. Food is therefore treated by the legislator as a potentially dangerous product.

In the first years of application of Directive 85/374/EEC, it contained a provision allowing the exclusion of unprocessed agricultural products and those derived from farming, hunting or fishing activities from the concept of a product, which in practice eliminated farmers operating farms from the circle of responsible entities. Since the 1999 amendment to the regulations<sup>17</sup> “product” is considered to include all agricultural and livestock products. Therefore, also animals from breeding were considered as a product. In Art. 4491 para 2 of the Code Civil clearly states that animals are also considered products. It is argued that the concept of an “animal” does not include live wild animals, which is not surprising as

---

<sup>15</sup> Regulation No. 7a of the Council of the European Economic Community of 18 December 1959, “Official Journal” EC 1961, No. 7, p. 71.

<sup>16</sup> A. Jurcewicz, (in:) A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Polityka rolna Wspólnoty Europejskiej w świetle ustawodawstwa i orzecznictwa*, Warszawa 1995, p. 22 *et seq.*

<sup>17</sup> “Official Journal” EC L 141, p. 20.

they are not the product of economic activity. Furthermore, it is doubtful whether pets or animals kept for scientific purposes can be included among animals<sup>18</sup>.

Meanwhile, the possibility of including animals in the product category within the meaning of Directive 85/374/EEC is of great importance for strengthening the protection of food consumers, because a significant proportion of unsafe (dangerous) food comes from farms and concerns products of animal origin. In this respect, the exclusion of wild animals from the product categories within the meaning of the directive must raise objections. In practice, these products and their derivatives may pose a serious threat in the event of failure to comply with the basic rules of food safety<sup>19</sup>. For example, wild game meat that has not undergone post-mortem inspection carries a serious risk of contracting zoonotic disease<sup>20</sup>. Importantly, the obligation of such research also applies to products obtained for own needs. Therefore, it should be assumed all the more that products of animal origin from wild animals should be included among products within the meaning of Directive No. 85/374/EEC, because even their preparation for sale and processing may and sometimes take place as part of the producer's economic activity.

It should be noted that despite the fact that the Food and Nutrition Safety Act does not apply to food of animal origin within the scope regulated in Regulation No. 853/2004<sup>21</sup>, it is these products that have a number of legal safety requirements. According to Annex to Regulation No. 853/2004, the term "products of animal origin" means food of animal origin, including honey and blood; live bivalve molluscs, live echinoderms, live tunicates and live marine gastropods intended for human consumption; and other animals destined to be prepared with a view to being supplied live to the final consumer.

Another term related to the concept of food and appearing in Polish legislation is "agri-food". Pursuant to the Act on the commercial quality of agri-food products, agri-food products include agricultural products, undergrowth, game, marine and freshwater organisms in the form of raw materials, semi-finished products and finished products obtained from these raw materials and semi-fin-

---

<sup>18</sup> A. Kubiak-Curył, *Komentarz do art. 449<sup>l</sup> KC*, (in:) M. Załucki (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 3<sup>rd</sup> ed., Warszawa 2023.

<sup>19</sup> See Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 21.10.2010 r. w sprawie wymagań weterynaryjnych przy produkcji mięsa przeznaczonego na użytek własny, "Journal of Laws" 2021, item 2059; Judgment of the Court of Justice of 12 September 2019, C-347/17, A *et al.* v. Staatssecretaris van Economische Zaken, ECLI:EU:C:2019:720.

<sup>20</sup> If the veterinary requirements for the production of meat for personal use have not been met, including the obligation to subject the meat of shot wild boar to the test on the hair, an appropriate penalty should be imposed (see Judgment of the Provincial Administrative Court in Opole of 19 April 2011, II SA/Op 41/11, Legalis), this judgment is discussed by K. Leśkiewicz, *Ustawa o bezpieczeństwie żywności...*, p. 14.

<sup>21</sup> Regulation (EC) No. 853/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 laying down specific hygiene rules for food of animal origin, "Official Journal" L 139, 30.04.2004, pp. 55–205.

ished products, including foodstuffs. As can be seen, within this concept there are things that may have the status of products within the meaning of Directive No. 85/374/EEC, as well as food within the meaning of Regulation No. 178/2002.

The Food and Nutrition Safety Act does not apply to this “category”, either. Agricultural and food products are subject to the Act on the commercial quality of agri-food products, which regulates the commercial quality of agricultural and food products as well as the organization and operation of the Commercial Quality Inspection of Agricultural and Food Products. According to these regulations, the agri-food products placed on the market should meet the requirements of commercial quality, if such requirements are specified in the regulations on commercial quality, and additional requirements for these articles, if their compliance has been declared by the producer.

An issue directly related to the concept of a product within the meaning of Directive 85/374/EEC is the term “producer”. The term “producer” means the manufacturer of a finished product, the producer of any raw material or the manufacturer of a component part and any person who, by putting his name, trade mark or other distinguishing feature on the product, presents himself as its producer. Without prejudice to the liability of the producer, any person who imports into the Community a product for sale, hire, leasing or any form of distribution in the course of his business shall be deemed to be a producer within the meaning of this Directive and shall be responsible as a producer.

This group will include farmers introducing agricultural products to the market, processors, and anyone whose company, trademark, etc. appears on the label, in the designation, in the presentation of the foodstuff.

It should be considered whether the category of producer includes a “food business operator” within the meaning of Art. 3 p. 3 of Regulation No. 178/2002. In the Corrigendum of 13 February 2015 to Regulation No. 178/2002<sup>22</sup>, terminological clarifications were introduced in the text of Regulation No. 178/2002 where “food business operator” should read “food business operator”. By the way, the Polish law still uses this old expression. It is appropriate to use the phrase “food and feed business operators”. Food business operator means the natural or legal persons responsible for ensuring that the requirements of food law are met within the food business under their control. As we can see, a food business operator is not literally the same as a “producer” within the meaning of Directive 85/374/EEC. The group of food business operators includes producers and companies. To a large extent, the concept of “producer” within the meaning of the Directive and the concept of “food business operator” within the meaning of Regulation No. 178/2002 will coincide.

---

<sup>22</sup> “Official Journal of the European Union” L No. 37, p. 24.



### 3. CRITERIA FOR ASSESSING FOOD SAFETY

The criteria for assessing food safety have been included in various regulations, and they have been widely dispersed. Therefore, it can sometimes be problematic to establish the appropriate legal status to verify the safety properties of a product. So it is important that specific requirements shape a certain level of food safety. The legislation also covers the official food control system and requirements for control and supervision of the production and marketing of food, which already affects the aspect of the activities referred to in the statutory term “food safety” as defined in the Food and Nutrition Safety Act.

The important point is that the food safety assessment criteria in Directive 85/374/EEC differ from those in Regulation No. 178/2002. Pursuant to Art. 6 of the Directive, a product is defective if it does not ensure the safety which a person has a right to expect, taking into account all the circumstances, in particular the appearance of the product, the way in which the product is used which can reasonably be expected and time the product was placed on the market. A product will not be considered defective solely because a better product has subsequently been placed on the market. These are the criteria that apply to a product’s defect. The terminology used in Polish legislation in the Code Civil and the Food and Nutrition Safety Act indicates a certain identity of the concepts of a defective and dangerous product, which is a simplification in the case of food. Food will be a defective product when the conditions of Directive 85/374/EEC are met. Not always, however, a defective product will also be a product that is dangerous to health or life. Criteria included in the provisions of food law and relating to food safety are much more complex and sometimes it will be necessary to refer to more detailed regulations.

Moreover, Directive 85/374/EEC does not constitute the basis for a comprehensive and uniform solution to the problem of liability for a defective product. In some respects, the legal regulations in this field differ in individual Member States. Member States have been given the option to design their domestic law in a way that differs from some of the Directive’s principles, e.g. with regard to claims for damages or the method of implementing the burden of proof. The Court of Justice of the EU explains that the extent of the discretion available to the Member States in regulating liability for a defective product is entirely determined by Directive 85/374/EEC and must be determined on the basis of its content<sup>23</sup>.

An issue that gives rise to reflection is the premise for the exclusion of producer liability based on the provisions of the Directive (Art. 7), if he proves that:

---

<sup>23</sup> See judgments of the Court of Justice: of 25 April 2002 in case C-52/00, *Commission of the European Communities v. France*, EU: C: 2002: 252; of 25 April 2002 in case C-154/00, *Commission of the European Communities v. Greece*, EU: C: 2002: 254; of 25 April 2002 in case C-183/00, *María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*, EU: C: 2002: 255.

1. he did not place the product on the market or 2. having regard to the circumstances, it is probable that the defect which caused the damage did not exist when he placed the product on the market or that the defect arose later, or 3. he has not produced the product for sale or other form of distribution for a commercial purpose, or has not produced or distributed the product in the course of his business activities, or 4. the defect is due to the product's compliance with mandatory regulations issued by public authorities, or 5. the state of scientific and technical knowledge at the time when he placed the product on the market did not allow the existence of the defect to be detected, or 6. in the case of a component manufacturer, that the defect is due to the product design into which the component is fitted, or from instructions received from the product manufacturer.

From the point of view of the producer's responsibility for unsafe food, two situations are particularly interesting: when the defect results from the product's compliance with mandatory provisions issued by public authorities, and when the state of scientific and technical knowledge at the time of placing the product on the market did not allow for detection of the defect.

This first premise has to be confronted with the provisions of Regulation No. 178/2002. According to Regulation No. 178/2002, food that complies with the specific Community provisions regulating food safety is considered safe in terms of factors covered by specific Community provisions. Compliance of a food with the specific rules applicable to it should not prevent the competent authority from taking appropriate measures to impose restrictions on the placing on the market or require it to be withdrawn from the market where there are grounds for suspecting that, despite such compliance, the food is dangerous.

Conversely, in the absence of specific Community provisions, food is considered safe if it complies with the specific provisions of the national food law of the Member State on whose territory it is placed on the market, if such provisions have been drawn up and applied without prejudice to the provisions of the Treaty, in particular its Art. 28 and 30. According to the Food and Nutrition Safety Act, non-compliant foodstuffs are allowed to be marketed in the territory of the Republic of Poland, provided that they were produced or marketed in another Member State of the European Union, in accordance with the law of that country, or produced in a Member State of the European Agreement on Free Trade (EFTA), which is a party to the Agreement on the European Economic Area, or produced or marketed in the Republic of Turkey, in accordance with the laws of these countries, to the extent that they enjoy the free movement of goods under agreements concluded with the European Community – provided that they do not pose a threat to human health or life. Therefore, against the background of these regulations, the legality of a food is a premise which makes it possible to release from risk-based liability for a defective product. Regarding the food safety criteria of Regulation No. 178/2002, the principle is that unsafe food must not be placed on the market. These provisions distinguish between the categories of “unsafe food” and “harmful food”.

This issue remains problematic, therefore, when the product does not comply with national law, but has been legally manufactured or marketed in another Member State of the European Union, in accordance with the law of that country, or produced in a Member State of the European Free Trade Association (EFTA), because in these situations there is a non-compliance of the product with the legal provisions within the meaning of Directive No. 85/374/EEC. In such cases, the producer will always be able to invoke the food law regulations mentioned here as an excuse from liability. In the event of non-compliance with national law, when the food was authorized in another Member State, the food may be placed on the market.

At the same time, a foodstuff is considered dangerous if it is harmful to health, not fit for human consumption. When assessing these characteristics, one should take into account the normal conditions of use of the food by the consumer and its use at every stage of production, processing and distribution, as well as information intended for the consumer, including information on the label, and other information usually available to the consumer about avoiding specific negative effects. health effects related to the food or type of food in question. Undoubtedly, it is up to the entity that places the food on the market to assess the suitability for consumption of a product.

It should be added that the Polish legislator decided to define the expression “food harmful to human health or life”. A food harmful to human health or life is a food which, if consumed under normal conditions and as intended, may cause negative effects on human health or life, in particular if:

1. it does not meet the health requirements specified in section II of the Food and Nutrition Safety Act,
2. it includes:
  - a. pollutants or microbiological contaminants in amounts exceeding the permissible levels specified in the regulations of the European Union and other pollutants,
  - b. residues of radioactive contamination in amounts exceeding the levels specified in European Union regulations,
  - c. veterinary medicinal products in quantities exceeding the permissible levels or prohibited specified in the regulations of the European Union,
  - d. other substances harmful to human health or life defined in the regulations of the European Union<sup>24</sup>.

The term “in particular” used in the Polish definition of an agent harmful to health contained in the Food and Nutrition Safety Act means that in order for a food to be considered harmful to health, no violation of the law is required. This solution significantly differs from the provisions of Directive No. 85/374/EEC and the solutions implemented in the Polish Civil Code in the indicated scope. The

---

<sup>24</sup> K. Leśkiewicz, *Ustawa o bezpieczeństwie żywności...*, pp. 90–92.

directive makes it possible to discharge from liability when there is a prerequisite for the compliance of the product with the law. In the light of the Polish Food and Nutrition Safety Act, food that is harmful to health and does not infringe the law (although it is difficult to imagine it) may result in criminal liability (see Art. 96 of the Food and Nutrition Safety Act). An example of a dangerous food will also be “spoiled food” within the meaning of the Polish Food and Nutrition Safety Act. It is a food whose composition or properties have changed as a result of irregularities in the production, marketing or natural factors such as humidity, time, temperature or light, or due to the presence of microorganisms and impurities, preventing them from it is fit for consumption for its intended purpose within the meaning of Art. 14 sect. 2 b and para 5 of Regulation No. 178/2002.

It was underlined that EU law uses the expression “health quality” of food. This expression is referred to e.g. in Regulation 2017/625 in Polish version there is “health quality” in the Art. 1 sect. 2 a. According to Art. 1 sect. 2 a, the Regulation No. 2017/625 shall apply to the official controls performed for the verification of compliance with the rules, whether established at Union level or by the Member States, to apply Union legislation, in the areas of food and food safety, integrity and wholesomeness at any stage of production, processing and distribution of food, including rules aimed at ensuring fair practices in trade and protecting consumer interests and information, and the manufacture and use of materials and articles intended to come into contact with food. Health quality of food is marked with the “health mark” in accordance with the requirements set out in the regulations in relation to products of animal origin (e.g. Art. 48 of Regulation No. 2019/627)<sup>25</sup>.

When assessing that a food is harmful to health, consideration should be given not only to the likely immediate and/or short-term and/or long-term effects of the food on the health of the person consuming it, but also on future generations, possible cumulative toxicity effects; the particular health sensitivities of a certain category of consumers, if the food is intended for that category of consumers. In this regard, the assessment of the harmfulness of food to health is based on the state of scientific and technical knowledge – at the time when the product was placed on the market it did not allow for the detection of the defect. In the light of Directive No. 85/374/EEC, it is this state of scientific and technical knowledge that will determine the possible exclusion of liability for defective food within the meaning of the Directive, but will not determine the exclusion of liability in general, as liability is possible on a general basis. With regard to food, the state of scientific knowledge is an important point in the scientific risk assessment on which law-making and enforcement is based, and what is called development risk in the doctrine. In this regard, the precautionary principle should be followed.

---

<sup>25</sup> See more: K. Leśkiewicz, *Legal aspects of the health quality of food in terms of soil quality*, (in:) P. Massányi, A. Bandlerová, L. Palšová, M. Capcarová (eds.), *Quality soil as a pathway to healthy food in the EU: Challenges to 2030: FOODIE*, Nitra 2021, pp. 44–54.

On the other hand, when assessing whether a foodstuff is unfit for human consumption, it should be taken into account that the foodstuff cannot be consumed by humans for its intended purpose due to contamination, both by foreign and other factors, or due to rotting, deterioration or decay. Importantly, the legal status of pollution in detailed regulations<sup>26</sup> means that they are not food ingredients but are an undesirable superfluum in food. Some area of regulation regarding residues and contaminants in food<sup>27</sup>, including pesticides fall into a category that can be defined as the health quality of food<sup>28</sup>.

The food information is also important in determining whether a food is unsafe. Relevant requirements in this regard are regulated by Regulation No. 1169/2011<sup>29</sup>, as well as other acts regulating the requirements for providing information on food, e.g. Regulation No. 2018/848<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Commission Regulation (EC) No. 2073/2005 of 15 November 2005 on microbiological criteria for foodstuffs, "Official Journal" L No. 338, p. 1 as amended, hereinafter Regulation No. 2073/2005; Commission Regulation (EC) No. 1441/2007 of 5 December 2007, amending Regulation (EC) No. 2073/2005 on microbiological criteria for foodstuffs, "Official Journal" L No. 322, p. 12; Regulation (EC) No. 470/2009 of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 laying down Community procedures for the establishment of residue limits of pharmacologically active substances in foodstuffs of animal origin, repealing Council Regulation (EEC) No. 2377/90 and amending Directive 2001/82/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No. 726/2004 of the European Parliament and of the Council, "Official Journal" L No. 152, p. 11, hereinafter Regulation No. 470/2009; Regulation (EC) No. 396/2005 of the European Parliament and of the Council of 23 February 2005 on maximum residue levels of pesticides in or on food and feed of plant and animal origin, and amending Council Directive 91/414/EEC, "Official Journal" L No. 70, p. 1, as amended, hereinafter Regulation No. 396/2005; Council Regulation (EURATOM) 2016/52 of 15 January 2016 laying down maximum permitted levels of radioactive contamination of food and feed following a nuclear accident or any other case of radiological emergency, and repealing Regulation (EURATOM) No. 3954/87 and Commission Regulations (EURATOM) No. 944/89 and (EURATOM) No. 770/90, "Official Journal" L No. 13, p. 2.

<sup>27</sup> Commission Regulation (EC) No. 1881/2006 of 19 December 2006 setting maximum levels for certain contaminants in foodstuffs (Text with EEA relevance), "Official Journal" L 364, 20.12.2006, pp. 5–24, hereinafter Regulation No. 1881/2006.

<sup>28</sup> K. Leśkiewicz, *Legal aspects of the health quality...*, pp. 44–54.

<sup>29</sup> Regulation (EU) No. 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers, amending Regulations (EC) No. 1924/2006 and (EC) No. 1925/2006 of the European Parliament and of the Council, and repealing Commission Directive 87/250/EEC, Council Directive 90/496/EEC, Commission Directive 1999/10/EC, Directive 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Directives 2002/67/EC and 2008/5/EC and Commission Regulation (EC) No. 608/2004 Text with EEA relevance, "Official Journal" L 304, 22.11.2011, pp. 18–63, hereinafter Regulation No. 1169/2011.

<sup>30</sup> Regulation (EU) 2018/848 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on organic production and labelling of organic products and repealing Council Regulation (EC) No. 834/2007 PE/62/2017/REV/1, "Official Journal" L 150, 14.6.2018, pp. 1–92; Act on organic farming and agricultural production of 23 June 2022, "Journal of Laws" 2022, item 1370, hereinafter Act on Organic Agriculture.

In the light of EU law, information on food is an element of food safety, as well as commercial quality within the meaning of the Polish Act on the commercial quality of agri-food products. Commercial quality means the characteristics of an agri-food product related to its organoleptic, physicochemical, and microbiological properties in terms of production technology, size or weight, and requirements resulting from the method of production, packaging, presentation and labeling, not covered by sanitary, veterinary or phytosanitary requirements. As we can see, some of these requirements are the same as food safety requirements in terms of food information, such as presentation, labeling. In practice, information on the use-by date has been considered a requirement for both commercial quality and food safety<sup>31</sup>.

The Polish legislator introduced in the Food and Nutrition Safety Act, also some subcategories of unsafe food: the definition of “adulterated substance”. Adulterated food is a food whose composition or other properties have been changed without the consumer being informed in the manner specified in Regulation No. 1169/2011, or a food in which changes have been made to hide its actual composition or other properties; the food is adulterated food, in particular if:

1. Substances have been added to it that change its composition or reduce its nutritional value.
2. An ingredient has been subtracted or the content of one or more nutritional ingredients or other properties of the food has been reduced.
3. Procedures have been carried out that conceal its actual composition or give it the appearance of a foodstuff of appropriate quality.
4. Its name, composition, date or place of production, use-by date or date of minimum durability were stated incorrectly, or otherwise incorrectly labeled by affecting the safety of the foodstuff by these actions.

Adulterated food is an example of confusion about its composition or other properties. There are also other examples of food adulteration in the legal system, which can also be assessed in the light of other legal acts than the Food and Nutrition Safety Act or Regulation No. 1169/2011. For example, Art. 3 p. 10 of the Act on the commercial quality of agri-food products defines the expression adulterated agri-food product as a product whose composition is inconsistent with the provisions on the commercial quality of individual agri-food products, or a product in which changes have been introduced, including changes to labeling, aimed at concealing its actual composition or other properties, if these non-conformities or changes significantly infringe the interests of end consumers, in particular if:

1. Operations have been carried out that changed or concealed its actual composition or made it look like a product that complies with the provisions on commercial quality.
2. The labeling contains a name that is either inconsistent with the provisions on the commercial quality of individual agri-food products or is untrue.

---

<sup>31</sup> Judgment of the Supreme Administrative Court of 28 April 2022, II GSK 1923/18, *Legalis*.

3. The labeling contains incorrect information regarding the composition, origin, use-by date or date of minimum durability, net content or commercial quality class.

#### 4. CONCLUSIONS

The food safety system includes general and specific criteria for assessing whether a product is safe. Among the former, there are the basic requirements included in Regulation No. 178/2002. This scope includes formal criteria related to the presumption of safety and material – related to the actual characteristics of the product. Among the formal criteria, there is the requirement to comply with the law. The legality of a food product carries a legal presumption that the product is safe. However, the said presumption should be treated as rebuttable (*praesumptio iuris tantum*), because formal food safety cannot be more important than actual food safety for health.

The food safety requirements of a material nature include the following requirements: that the product is not harmful to health, as well as that the product is suitable for consumption. These are basically requirements related to the health quality of food, including specific food production conditions, requirements for contaminants and pesticide residues and other undesirable substances, and finally production and processing requirements in organic farming, GMO food, food for particular nutritional uses. Among other specific material requirements there are aspects related to commercial quality.

At the same time, in terms of terminology, the legislator mistakenly considers a defective product within the meaning of Directive 85/374/EEC and a dangerous food under Regulation No. 178/2002 to be the same. This can be seen, for example, in the reference contained in Art. 95 the Food and Nutrition Safety Act, to the provisions of the Code Civil implementing the Directive on liability for unsafe food. However, that coincidence is only apparent, since a defective product within the meaning of that directive does not have to be a hazardous food within the meaning of Regulation No. 178/2002 at the same time. The evaluation criteria used in the two legal acts are different. And so, in fact, food that is harmful to health within the meaning of the Food and Nutrition Safety Act, does not have to violate the law in order to give rise to liability. On the other hand, food which is harmful to health, which does not infringe the law, will not incur liability for a dangerous product within the meaning of Directive No. 85/374/EEC.

Certain legal subcategories of unsafe food are distinguished by EU law in Regulation No. 178/2002, and in national law (which concerns a product that is harmful to health, adulterated product, or spoiled product).

In the regulations discussed here, there is a certain accumulation of solutions in the field of food safety and commercial quality assessment regarding the aspects of food safety. The legal system is therefore opaque and complex, and the responsibility for unsafe food may be spread across different sources.

## REFERENCES

### Books and articles

- Bobel Ł., Leśkiewicz K., *Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przez niebezpieczny środek spożywczy*, "Przemysł Spożywczy" 2007, No. 3, p. 39 *et seq.*
- Canfora, I. *Legal instruments of health protection against unsafe food of agriculture origin in Italy*, (in:) K. Leśkiewicz (ed.), *Legal protection of human health against the unsafe agricultural food*, Warszawa 2022, pp. 149–157
- Fagel M.J., *Food safety law*, New York 1997
- Fouilleux E., Bricas N., Apha A., *Feeding 9 billion people: Global food security debates and productionist trap*, "Journal of European Public Policy" 2017, Vol. 24, issue 11, pp. 1658–1677
- Härtel I., Ren D., *Agri-food law: Term, development, structures, system and framework*, (in:) I. Härtel (ed.), *Handbook of agri-food law in China, Germany, European Union: Food security, food safety, sustainable use of resources in agriculture*, Frankfurt (Oder) 2018
- Hernandez-Jerez A.F. *et al.*, EFSA panel on plant protection, products and their residues, 2022
- Jurcewicz A., (in:) A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Polityka rolna Wspólnoty Europejskiej w świetle ustawodawstwa i orzecznictwa*, Warszawa 1995, p. 22 *et seq.*
- Kijlstra, A., Bos A.P., *Animal welfare and food safety: Danger, risk and the distribution of responsibility*, "Organic E-prints", orgprints.org (accessed 31.10.2022)
- Korzycka M., *Bezpieczeństwo żywności*, (in:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017
- Korzycka M., *Definicje żywności w prawie*, (in:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017
- Korzycka M., Wojciechowski P., *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017
- Kubiak-Curyl A., *Komentarz do art. 449<sup>l</sup> KC* (in:) M. Załucki (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 3<sup>rd</sup> ed, Warszawa 2023
- Leśkiewicz K., *Legal aspects of the food concept*, (in:) R. Budzinowski, I. Härtel (eds.) *Food security, food safety, food quality: Current developments and challenges in European Union law*, Baden Baden 2016, pp. 59–70
- Leśkiewicz K., *Legal aspects of the health quality of food in terms of soil quality*, (in:) P. Massányi, A. Bandlerová, L. Pařšová, M. Capcarová (eds.), *Quality soil as a pathway to healthy food in the EU: Challenges to 2030: FOODIE*, Nitra 2021, pp. 44–54
- Leśkiewicz K. (ed.), *Legal protection of human health against the unsafe agricultural food*, Warszawa 2022



- Leśkiewicz K., *Prawo żywnościowe*, Warszawa 2020
- Leśkiewicz K., *Produkcja żywności w gospodarce o zamkniętym obiegu – wybrane aspekty prawne*, “*Studia Iuridica Lublinensia*” 2017, Vol. 26, pp. 503–518
- Leśkiewicz K., *Ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Komentarz*, Warszawa 2022
- Lipińska I., Hasińska I., Puślecki D., Różański K., *Economic and legal determinants of development of agri-food logistics*, Poznań 2022
- McEvoy J.D.G., *Emerging food safety issues: An EU perspective*, “*Drug Testing and Analysis*” 22 July 2016, pp. 511–520, [www.drugtestinganalysis.com](http://www.drugtestinganalysis.com) (accessed 31.10.2022)
- Pomeranz J.L., *Food law for public health*, Oxford 2016;
- Schumann M.S., Schneid T.D., Schumann B.R., Fagel M.J., *Food safety law*, New York 1997
- Sokołowski Ł.M., *Liability for damage caused by unsafe innovative food: A legal perspective*, “*Przegląd Prawa Rolnego*” 2020, No. 1 (26), pp. 47–63
- Szymecka-Wesołowska A. (ed.), *Bezpieczeństwo żywności i żywienia. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 1057
- Trapé I., *Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny podmiotów dystrybuujących żywność*, “*Przegląd Prawa Rolnego*” 2008, No. 2, p. 111
- Wojciechowski P., *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny żywnościowy pierwotny i przetworzony. Wybrane problemy*, “*Studia Iuridica Agraria*” 2011, Vol. 9, p. 328 *et seq.*

### Documents, acts of law

- Act of 25 August 2006 on Food and Nutrition Safety, “*Journal of Laws*” 2019, item 1252
- Act of 25 August 2006 on Food and Nutrition Safety, “*Journal of Laws*” 2019, item 1252, as amended
- Act on organic farming and agricultural production of 23 June 2022, “*Journal of Laws*” 2022, item 1370
- Commission Regulation (EC) No. 1441/2007 of 5 December 2007, amending Regulation (EC) No. 2073/2005 on microbiological criteria for foodstuffs, “*Official Journal*” L No. 322, p. 12
- Commission Regulation (EC) No. 1881/2006 of 19 December 2006 setting maximum levels for certain contaminants in foodstuffs (Text with EEA relevance), “*Official Journal*” L 364, 20.12.2006, pp. 5–24
- Commission Regulation (EC) No. 2073/2005 of 15 November 2005 on microbiological criteria for foodstuffs, “*Official Journal*” L No. 338, p. 1 as amended
- Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, “*Official Journal*” C 326, 26.10.2012, pp. 47–390
- Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, “*Official Journal*” L 210, 7.08.1985, pp. 29–33
- Council Regulation (EURATOM) 2016/52 of 15 January 2016 laying down maximum permitted levels of radioactive contamination of food and feed following a nuclear accident or any other case of radiological emergency, and repealing Regulation

(EURATOM) No. 3954/87 and Commission Regulations (EURATOM) No. 944/89 and (EURATOM) No. 770/90, “Official Journal” L No. 13, p. 2

Regulation (EU) No. 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers, amending Regulations (EC) No. 1924/2006 and (EC) No. 1925/2006 of the European Parliament and of the Council, and repealing Commission Directive 87/250/EEC, Council Directive 90/496/EEC, Commission Directive 1999/10/EC, Directive 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Directives 2002/67/EC and 2008/5/EC and Commission Regulation (EC) No. 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 20, “Official Journal” L No. 31, 1 February 2002, pp. 1–2402

Regulation (EU) No. 2017/625 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on official controls and other official activities performed to ensure the application of food and feed law and the rules on animal health and welfare, plant health and plant protection products, amending Regulations (EC) No. 999/2001, (EC) No. 396/2005, (EC) No. 1069/2009, (EC) No. 1107/2009, (EU) No. 1151/2012, (EU) No. 652/2014, (EU) No. 2016/429, and (EU) No. 2016/2031 of the European Parliament and of the Council, Council Regulations (EC) No. 1/2005 and (EC) No. 1099/2009 and Council Directives 98/58/EC, 1999/74/EC, 2007/43/EC, 2008/119/EC and 2008/120/EC, and repealing Regulations (EC) No. 854/2004 and (EC) No. 882/2004 of the European Parliament and of the Council, Council Directives No. 89/608/EEC, 89/662/EEC, 90/425/EEC, 91/496/EEC, 96/23/EC, 96/93/EC and 97/78/EC and Council Decision 92/438/EEC (Official Controls Regulation), “Official Journal” L No. 95, p. 1, as amended

Regulation (EU) 2018/848 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on organic production and labelling of organic products and repealing Council Regulation (EC) No. 834/2007 PE/62/2017/REV/1, “Official Journal” L 150, 14.6.2018, pp. 1–92

Regulation (EC) No. 396/2005 of the European Parliament and of the Council of 23 February 2005 on maximum residue levels of pesticides in or on food and feed of plant and animal origin, and amending Council Directive 91/414/EEC, “Official Journal” L No. 70, p. 1, as amended

Regulation (EC) No. 470/2009 of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 laying down Community procedures for the establishment of residue limits of pharmacologically active substances in foodstuffs of animal origin, repealing Council Regulation (EEC) No. 2377/90 and amending Directive 2001/82/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No. 726/2004 of the European Parliament and of the Council, “Official Journal” L No. 152, p. 11

Regulation (EC) No. 608/2004 Text with EEA relevance, “Official Journal” L 304, 22.11.2011, pp. 18–63

Regulation No. 7a of the Council of the European Economic Community of 18 December 1959, “Official Journal” EC 1961, No. 7, p. 71

Regulation (EC) No. 853/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 laying down specific hygiene rules for food of animal origin, “Official Journal” L 139, 30.04.2004, pp. 55–205

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 21.10.2010 r. w sprawie wymagań weterynaryjnych przy produkcji mięsa przeznaczonego na użytek własny, "Journal of Laws" 2021, item 2059

Scientific opinion on toxicity of pyrethroid common metabolites, "EFSA Journal" 2022, No. 20(10), p. 7582, <https://doi.org/10.2903/j.efsa.2022.7582> (accessed 20.10.2022)

Supreme Audit Office, Regional Office in Łódź, Informacja o wynikach kontroli bezpieczeństwo żywności, LLO.430.005.2019, Registry No. 176/2019/P/19/084/LLO, Warszawa, 9 January 2020, 29, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,21927,vp,24594.pdf> (accessed 5.10.2022)

### **Court decisions**

Judgment of the Court of Justice of 12 September 2019, C-347/17, *A et al. v. Staatssecretaris van Economische Zaken*, ECLI:EU:C:2019:720

Judgment of the Court of Justice of 25 April 2002 in case C-154/00, *Commission of the European Communities v. Greece*, EU: C: 2002: 254

Judgment of the Court of Justice: of 25 April 2002 in case C-183/00, *María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*, EU: C: 2002: 255

Judgment of the Court of Justice of 25 April 25 2002 in case C-52/00, *Commission of the European Communities v. France*, EU: C: 2002: 252

Judgment of the Provincial Administrative Court in Opole of 19 April 2011, II SA/Op 41/11, *Legalis*

Judgment of the Supreme Administrative Court of 28 April 2022, II GSK 1923/18, *Legalis*

*Jacek Lewkowicz*

University of Warsaw

e-mail: [jlewkowicz@wne.uw.edu.pl](mailto:jlewkowicz@wne.uw.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-9430-4926

*Przemysław Litwiniuk*

Warsaw University of Life Sciences

e-mail: [przemyslaw\\_litwiniuk@sggw.edu.pl](mailto:przemyslaw_litwiniuk@sggw.edu.pl)

ORCID: 0000-0003-2099-157X

## **MARKET REGULATION: ARE THERE ANY REASONS TO TREAT SHARING ECONOMY EXCEPTIONALLY?**

### **Abstract**

In this paper we posed a question about the role of the state with regard to imposing regulations on the sharing economy sectors. Analysis of the institutional frames of the regulatory intervention of the state in the sharing economy still constitutes an underexploited niche. We drew on the literature in institutional economics and other related fields to provide a picture of a reasonable regulation of markets introduced by a state. The paper covers the spheres of information asymmetry, imperfect competition, negative externalities, and the supply of public goods. What may be generally concluded is that there are no sufficient arguments for treating sharing economy entities more favorably as compared to other organizations. As regards the imperfect competition and negative externalities, sharing economy entities may play a key role and should not be excused from respecting general legal rules. Otherwise, some market actors would use the sharing economy cover just to take advantage of the exemptions. The sharing economy may be also an attractive channel of activity from the perspective of policymakers for mixing direct governmental support with other (social) sources for public goods.

## KEYWORDS

sharing economy, institutional economics, public policy, regulatory challenges

## SŁOWA KLUCZOWE

ekonomia współdzielenia, ekonomia instytucjonalna, polityka publiczna, wyzwania regulacyjne

## 1. INTRODUCTION

How the state shall interact with new markets? What should be the design of regulations imposed on them? The legislator faces a continuous necessity of developing legal regulations dedicated for new or evolving markets<sup>1</sup>. Even if some particular markets require a special attention due to their complexity, *inter alia*, the financial sector, the legal environment usually evolves gradually over time<sup>2</sup>. Some of the market spheres, like the sharing economy, have been developing outstandingly fast in recent years<sup>3</sup>.

The sharing economy has gained its market and social importance in the recent past<sup>4</sup>. Sharing economy platforms offer means for sharing products, services, and other various forms of assets<sup>5</sup>. Apart from the crucial role of enabling or fostering the exchange, the sharing economy is important from the perspective of social ties and consumer's mood tendencies<sup>6</sup>. However, some aspects of the sharing economy remain vague. Starting from the issue of the definition of the

---

<sup>1</sup> J. Baker, K. Storbacka, R. Brodie, *Markets changing, changing markets: Institutional work as market shaping*, "Marketing Theory" 2018, Vol. 19, No. 3, pp. 301–328; S. Schwarcz, *Changing law to address changing markets: A consequence-based inquiry*, "Law and Contemporary Problems" 2017, Vol. 80, pp. 163–191.

<sup>2</sup> A. Kern, *Reforming European financial supervision: Adapting EU institutions to market structures*, "ERA Forum" 2011, Vol. 12, No. 2, pp. 229–252.

<sup>3</sup> R. Parente, J.-M. Geleilate, K. Rong, *The sharing economy globalization phenomenon: A research agenda*, "Journal of International Management" 2018, Vol. 24, No. 1, pp. 52–64.

<sup>4</sup> P. Gazzola, E.-M. Vătămănescu, A. Andrei, Ch. Marrapodi, *Users' motivations to participate in the sharing economy: Moving from profits toward sustainable development*, "Corporate Social Responsibility and Environmental Management" 2019, Vol. 26, No. 4, pp. 741–751.

<sup>5</sup> Ch. Narasimhan *et al.*, *Sharing economy: Review of current research and future directions*, "Customer Needs and Solutions" 2018, Vol. 5, pp. 93–106.

<sup>6</sup> P. Gazzola, E.-M. Vătămănescu, A. Andrei, Ch. Marrapodi, *op. cit.*, pp. 741–751.

sharing economy – there is no universal and widely accepted one<sup>7</sup>. The sharing economy is often described in the context of business models or social changes<sup>8</sup>. Importantly, the issue of market failures from the perspective of the sharing economy remains a research niche. This paper aims at exploring the characteristics of failures in this sphere.

The paper provides an insight into the theoretical dimension of the application of law & economics and institutional economics to the analysis of market problems, like imposing regulations on relatively new market spheres. The key objective of the article is to provide a systematical analysis of the motives for imposing new key regulations on the sharing economy organizations which began to develop dynamically in recent years. The research objective is met with the analysis of literature and the theoretical inquiry. Namely, both milestones in institutional economics or economics of regulations, as well as actual studies, are recalled. Then, conclusions from these studies are appropriately adapted to the considerations regarding the regulation of the sharing economy, thereby accounting for the specificity of this market sphere. By our research we aim to contribute to the broad current discussion over market regulations.

The paper contains 6 sections. In Section 2 we provide background information on the role of the state from an economic perspective. Section 3 reviews the relevant literature – both theoretical and empirical – on the economics of regulation. Section 4 is devoted to the sphere of sharing economy. Based on the reviewed literature, in Section 5 we present our thoughts about the aims and threats of regulating sharing economy sectors. The last section offers conclusions.

## 2. ROLE OF THE STATE IN MARKET REGULATION

Since the focus of this article is the design of regulations regarding the sharing economy, this section is devoted to the role of state in a legislative process. This is the starting point of the argument offered in this paper, as it exposes the general context of developing regulations. Thus, the goal of this section is to provide remarks on the actors imposing new laws that, in turn, provide rules for the market. The state is very often taken in economic literature as an abstractive subject.

---

<sup>7</sup> T. Puschmann, R. Alt, *Sharing economy*, “Business & Information Systems Engineering” 2016, Vol. 58, No. 1, pp. 93–99; M. Cheng, *Sharing economy: A review and agenda for future research*, “International Journal of Hospitality Management” 2016, Vol. 57, pp. 60–70.

<sup>8</sup> M. Ritte, H. Schanz, *The sharing economy: A comprehensive business model framework*, “Journal of Cleaner Production” 2019, Vol. 213, pp. 320–331; P. Muñoz, B. Cohen, *A compass for navigating sharing economy business models*, “California Management Review” 2018, Vol. 61, No. 1, pp. 114–147; D. Trabucchi, L. Muzellec, S. Ronteau, *Sharing economy: Seeing through the fog*, “Internet Research” 2019, Vol. 29, No. 5, pp. 996–1013.

Mechanisms of executing regulations, in turn, are assumed *per se*. Thanks to the delegation of competences done by society, the state is legitimate to impose and execute regulations. It is sometimes stated that the implemented law is optimal and just. However, such an approach is inadequate. It seems to become commonly understood that the state (government) is involved in a game of interests and some of the regulations imposed may have nothing to do with raising social welfare or fulfilling social goals. Hopefully, there are some boundaries on the activity of the state that shape the decisions regarding the law.

The competence of rulers to impose new laws comes from the underpinnings of states. The state possesses the exclusive right to apply coercion in order to achieve a desired condition of social order. In such a context, the state may be treated as a special sort of organization that interacts with markets by using formal institutions. By analogy to the idea of effectiveness of markets, popular within neoclassical economics, states are often assumed to be effective. In fact, a fraction of regulations imposed by the state is introduced not because of social welfare, but in order to satisfy the interests of particular rent-seeking groups<sup>9</sup>. Too intensive intervention of states into markets may lead to the development of coordinated groups of pressure (rent-seeking groups), whose aim is to achieve economic goals, *inter alia*, by influencing governments. As Buchanan and Tullock claim, the organized rent-seeking groups minimize the transaction costs of political decisions that are derived from rules imposed by public power<sup>10</sup>. The organized pressure groups have an advantage over the rest of society in the field of access to relevant information and the capability to run negotiations<sup>11</sup>.

Available studies show that legislative power is some kind of a prisoner of a regulated society and voters (regulatory capture)<sup>12</sup>. Political cycles are associated with government elections, so they affect public promises and legal regulations. The empirical interrelationship between the pace of economic development and political dynamics was confirmed in the literature<sup>13</sup>. For instance, one of the most popular models of political cycles by Nordhaus<sup>14</sup> assumes the usage of political power in order to gain voters' sympathy and regards politicians and voters as undetermined. According to the rent-seeking theory, sources of rents act

---

<sup>9</sup> D.C. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge 1990.

<sup>10</sup> J.M. Buchanan, G. Tullock, *The calculus of consent: Logical foundations of constitutional democracy*, Ann Arbor 1962.

<sup>11</sup> M. Kalinowski, *Ekonomiczne podstawy lobbingu w świetle teorii public choice*, "Gospodarka Narodowa" 2005, Vol. 7–8, pp. 29–44.

<sup>12</sup> A. Lipowski, *Ekonomiczna zawodność państwa – krytyczna analiza ujęcia antyetatystycznego*, "Ekonomista" 2002, Vol. 2, pp. 165–193.

<sup>13</sup> E. Tufte, *Political control of the economy*, Princeton 1978.

<sup>14</sup> W.D. Nordhaus, *The political business cycle*, "The Review of Economic Studies" 1975, Vol. 42, No. 2, pp. 169–190.

as restraints for the free market and are introduced to life by states<sup>15</sup>. The more spheres are regulated strictly by a state and the more market influence they have, the more pressure is faced by public power representatives<sup>16</sup>. As an effect of the pressure of rent-seeking groups, transfer of goods or rights occurs, but is supervised by the state representatives, who may be inclined to fulfill the expectations of agents from the rent-seeking groups. A political cycle exists when a state begins to run new and different than previously economic policies after the government changes made due to the elections. Obviously, in some circumstances it may harm social welfare. Both the market and the state itself become a playground for the rent-seeking activities, and political freedom is a sphere of competition for the division of rents between the involved agents<sup>17</sup>.

Moving to the market issues, very interesting effects occur within an institutional dichotomy – the state organizes markets through regulations, but markets defend themselves against the state also thanks to institutions (coercion-constraining institutions). The aim of introducing regulations shall be supporting the organizations or markets, not replacing them. Considering the fact that state failures and market failures are interrelated and it is almost impossible to eliminate those failures completely, markets and states should be treated as encompassing mechanisms that coordinate decisions of the individuals<sup>18</sup>.

States may face a failure in recognizing market needs and expectations. The knowledge of state representatives is limited. Naturally, it is due to the complexity of markets and dynamic changes over time. Moreover, the state does not have a limitless impact on markets. As a result, governors do not possess the knowledge necessary to coordinate all the markets appropriately<sup>19</sup>. If there is no person able to get the relevant knowledge about “the time and the place”, a mechanism of making decisions, not related to individual verdicts, is required to coordinate individual actions<sup>20</sup>. Dispersion of information also may be problematic.

A point could be made that if we require and expect effective market regulations, we should also bear in mind that someone has to design them, introduce, and then execute. Usually, we may expect the state to do so, also in the context of the sharing economy. The state, in turn, is limited in the legislative process – by information asymmetry, various needs of the society that have to be prioritized, external factors, as well as the pressure of the rent-seeking groups. So what is

<sup>15</sup> A.O. Krueger, *The political economy of the rent-seeking society*, “The American Economic Review” 1974, Vol. 64, No. 3, pp. 291–303.

<sup>16</sup> G. Tullock, *The welfare costs of tariffs, monopolies and theft*, “Western Economic Journal” 1967, Vol. 5, No. 3, pp. 224–232.

<sup>17</sup> M. Olson, *Dictatorship, democracy and development*, “American Political Science Review” 1993, Vol. 87, No. 3, pp. 567–576.

<sup>18</sup> B. Fiedor, *Błędy rynku a błędy państwa – regulacja rynkowa versus regulacja publiczna*, “Ekonomista” 2013, Vol. 2, pp. 183–200.

<sup>19</sup> F.A. Hayek, *Konstytucja wolności*, Warszawa 2013.

<sup>20</sup> *Ibidem*.



remarkable, is that proficient states are desirable in the context of regulatory challenges. On the other hand, state failures are, to a large extent, inevitable. However, institutional constraints imposed over political agents may force them to fulfill their commitments.

### 3. JUSTIFICATION FOR MARKET REGULATIONS

Following the logic of the previous section on the actors playing the essential role in legislative process, this section deals with the issue of the necessity of imposing new laws on markets. The arguments discussed in this part of the article are relevant in the following section devoted to the regulatory aspects of the sharing economy. Markets may be treated as a mechanism of coordination of assets and optimization of their usage *per se*<sup>21</sup>. Actors present on markets make decisions based upon production factors, market supply and demand with reference to prices of commodities or services, as well as on their own specific utility functions. In fact, market equilibrium is achievable only on fully perfect markets (non-existent in reality), characterized by perfect competition, where homogeneity of products, free market entrance or exit, symmetry of information and no impact of an individual agent on the level of prices occur<sup>22</sup>. The functioning of perfect markets depends mainly on pricing mechanisms<sup>23</sup>, while imperfect markets require regulatory interventions in order to obtain higher levels of economic (market) effectiveness, what is crucial from the perspective of social welfare. Markets without regulations do not reach equilibria, if they face information asymmetry or when they are incomplete. In fact, those two circumstances are typical for every market<sup>24</sup>. Another point is that in some conditions, regulatory interventions may foster economic growth<sup>25</sup>.

Some kinds of market imperfection are negligible, but others seem to be crucial. Market failures are present on almost every market and they tend to differ across states and sectors. A great challenge is to manage the issue of economic (market) efficiency and to keep some sort of justice of allocation of assets, by using legal regulations<sup>26</sup>. The logic of regulatory intervention of a state is as follows: if

---

<sup>21</sup> A.B. Atkinson, J.E. Stiglitz, *Lectures on public economics*, London, New York 1980.

<sup>22</sup> B. Fiedor, *Błędy...*, pp. 183–200.

<sup>23</sup> J. Robinson, *What is perfect competition?*, “The Quarterly Journal of Economics” 1934, Vol. 49, No. 1, pp. 104–120.

<sup>24</sup> J.E. Stiglitz, *Globalizacja*, Warszawa 2004.

<sup>25</sup> K. Jamal, M. Maier, S. Sunder, *Regulation and the marketplace*, “Regulation Magazine” 2004, Vol. 26, No. 4, pp. 38–41.

<sup>26</sup> J.E. Stiglitz, *The invisible hand and modern welfare economics*, (in:) D. Vines, A. Stevenson (eds.), *Information, strategy, and public policy*, Oxford 1991.

markets are not able to reach the equilibrium by themselves and do not converge towards effectiveness, a reasonable regulatory policy may correct this condition<sup>27</sup>. In a broad approach to this sphere, regulations mean all forms of influence on the market made by the state. A narrow perspective, in turn, stands for developing formal institutions that affect markets<sup>28</sup>. Regulations are recognized also as tools used by the state in order to optimize and coordinate its responsibilities. All in all, it may be summarized that regulations serve as a system or structure of incentives imposed, *inter alia*, on market agents. If regulations are valid and executed, they shall affect the decisions of those agents, *inter alia*, enterprises or consumers<sup>29</sup>.

A very crucial point is not only about the design of institutions, but also about the way they are implemented. Because of several geopolitical factors, the exact pattern of the implementation of new laws is tough to predict. Discrepancies may be linked also with the pace of reforms – shock or sequential<sup>30</sup>. The sequential implementation of regulations has an advantage of gradual social adjustments to formal rules. However, it may also lead to rent-seeking activity. Shock reforms, in turn, bring fast and sometimes radical changes, but leave less space for adaptation (see e.g. the effects of political transformation in Poland and other post-socialist countries<sup>31</sup>). Attitudes towards market regulation may be driven by the effectiveness of institutions, which usually assume maximization of the difference between the social benefits and social costs of the implementation of new laws. Some institutions, both formal and informal, can be used as tools for reducing market failures, but not always, especially when they are driven by the expectations of rent-seeking groups<sup>32</sup>. In this case, the most important issue is the selection of an adequate measure (approach) of institutional effectiveness.

Adherents of the most recognizable approaches in economics agree that market failures are present on almost all markets. By market failures we usually understand some setbacks in allocation of assets and motivation of market agents<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> R. Baldwin, M. Cave, *Understanding regulation: Theory, strategy and practice*, Oxford 1999.

<sup>28</sup> T. Kahn, *The economics of regulation: Principles and institutions*, Cambridge 1991.

<sup>29</sup> W.K. Viscusi, J.M. Vernon, J.E. Harrington, *Economics of regulation and antitrust*, Cambridge 2005.

<sup>30</sup> S.M. Nsouli, M. Rached, N. Funke, *The speed of adjustment and the sequencing of economic reforms: Issues and guidelines for policymakers*, “International Journal of Social Economics” 2005, Vol. 32, No. 9, pp. 740–766.

<sup>31</sup> G. Kołodko, *A two-thirds of success: Poland's postcommunist transformation 1989–2009*, “Communist and Post-Communist Studies” 2009, Vol. 42, No. 3, pp. 325–351.

<sup>32</sup> J.C. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The regulation of labor*, “The Quarterly Journal of Economics” 2004, Vol. 119, No. 4, pp. 1339–1382.

<sup>33</sup> P. Schmidt, *Market failure vs. system failure as a rationale for economic policy?: A critique from an evolutionary perspective*, “Journal of Evolutionary Economics” 2018, Vol. 28, pp. 785–803; T. Cherry, S. Kallbekken, S. Kroll, *Accepting market failure: Cultural worldviews and the opposition to corrective environmental policies*, “Journal of Environmental Economics and Management” 2017, Vol. 85(C), pp. 193–204.

Market failures evolve because of the incompleteness of markets, information asymmetry, imperfect competition, externalities, public goods, and redistribution of income. One of the solutions of market failures is market regulation. Considering market failures in separation from regulatory issues and opposing those two terms is called a nirvana fallacy<sup>34</sup>. The stability and effectiveness of markets should be guaranteed by regulations imposed by states, secured by a legitimate monopoly of states to enforce the execution of the regulations<sup>35</sup>.

Moreover, a lack of institutional (regulatory) stability and transparency may lead to a widespread market uncertainty, inhibiting investments and development in general<sup>36</sup>. Two crucial spheres, in this context, are enforceable contracts (contract-enforcement institutions) and valid property rights<sup>37</sup>. Apart from legal regulations, informal institutions, like culture, tradition or social customs, may also shape decisions and the allocation of resources<sup>38</sup>.

#### 4. SHARING ECONOMY

As it is stated in the literature, it is almost impossible to propose some universal and solid definition of the sharing economy<sup>39</sup>. One of the definitions of the sharing economy says that it means collaborative consumption made by the activities of sharing, exchanging, and rental of resources without owning the goods<sup>40</sup>. There are various drivers of the evolution of the sharing economy<sup>41</sup>. The sharing economy, as built on using and sharing of resources, products and services between others, is developing with changing consumer behavior, social networks and electronic markets, as well as mobile devices and electronic services<sup>42</sup>. Taking into consideration that the sharing economy tools are, to a great extent, available online<sup>43</sup>, the progress

---

<sup>34</sup> H. Demsetz, *Information and efficiency: Another viewpoint*, (in:) T. Cowen, E. Crampton (eds.), *Market failure or success: The new debate*, Cheltenham-Northampton 2002.

<sup>35</sup> R.G. Holcombe, *The economic foundations of government*, New York 1994.

<sup>36</sup> B. Fiedor, *Neoklasyczna teoria instytucji*, (in:) B. Fiedor (ed.), *Kierunki rozwoju współczesnej ekonomii*, Wrocław 1991.

<sup>37</sup> D.C. North, *Structure and change in economic history*, New York, London 1981.

<sup>38</sup> S. Voigt, *How (not) to measure institutions*, "Journal of Institutional Economics" 2013, Vol. 9, No. 1, pp. 1–26.

<sup>39</sup> J. Schor, *Debating the sharing economy*, "Journal of Self-Governance and Management Economics" 2016, Vol. 4, No. 3, pp. 7–22.

<sup>40</sup> L. Lessing, *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, New York 2008.

<sup>41</sup> T. Puschmann, R. Alt, *op. cit.*, pp. 93–99.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> J. Hamari, M. Sjöklint, A. Ukkonen, *The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption*, "Journal of the Association for Information Science and Technology" 2016, Vol. 67, No. 9, pp. 2047–2059.

in smartphones, tablets, computers or other appliances and the Internet, boosts people's interest in mobile applications, covering also the sharing economy ones. The sharing economy ranges from rental activities (Airbnb), to for-profit service provision (Uber), to gifting (Freecycle)<sup>44</sup>. The sharing economy is described as a mean of a relatively sustainable form of consumption, based on individuals rather accessing than owning resources, a way towards a decentralised and equitable economy, and a playground for innovation and unregulated marketplaces<sup>45</sup>. In this context, the sharing economy promotes relatively equitable and sustainable distribution of resources, which are linked with reducing the costs of accessing products or services, as well as lowering consumer demand for resources<sup>46</sup>.

Since a precise definition of the sharing economy is a hardship, the whole term becomes more clear by encompassing the ways the term is applied in practice<sup>47</sup>. Some scholars use the term "sharing economy" to express the growing phenomenon of citizens sharing skills or knowledge in collaborative online tools<sup>48</sup>. The collaborative consumption is described as "the peer-to-peer based activity of obtaining, giving, or sharing the access to goods and services, coordinated through community-based online services"<sup>49</sup>. The term sharing economy covers a number of various activities and organisations. The sharing economy may be classified into broad categories like the recirculation of goods, increased utilization of durable assets, exchange of services, and the sharing of productive assets<sup>50</sup>.

The recirculation of goods is done, *inter alia*, by firms like eBay or Craigslist, which serve as marketplaces, and were initiated in the 1990s. What changes with respect to our times is the technology, reduced transaction costs or the relevance of reputational information. The utilization of durable assets is fulfilled by the platforms – *inter alia* Zipcar, Zimride, Uber, Lyft or Airbnb. This category of sharing economy may be up to hourly rentals of cars, bicycles, ride services or lodgings<sup>51</sup>. In the low-income communities, ideas of non-monetized initiatives have evolved primarily. Those were for instance toll libraries and other ideas linked with the components of neighbourhood building (Share Some Sugar, Neighborgoods). The key advantage of such initiatives is cheap access to goods or space and sometimes to earning extra money. Service exchange, in turn, evolved from time banking offering opportunities for the unemployed. Time banks are a sort of nonprofit and multilateral barter sites, where services are traded upon the time needed. The rea-

<sup>44</sup> Ch.J. Martin, *The sharing economy: A pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?*, "Ecological Economics" 2016, Vol. 121, pp. 149–159.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*; R. Botsman, R. Rogers, *What's mine is yours: How collaborative consumption is changing the way we live*, London 2010.

<sup>47</sup> J. Schor, *op. cit.*, pp. 7–22.

<sup>48</sup> Ch.J. Martin, *op. cit.*, pp. 149–159.

<sup>49</sup> J. Hamari, M. Sjöklint, A. Ukkonen, *op. cit.*, pp. 2047–2059.

<sup>50</sup> J. Schor, *op. cit.*, pp. 7–22.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

son why time banking did not become globally popular was the idea of equal remuneration of each user. However, platforms as Task Rabbit offer a similar idea of paid exercises. The last category, the sharing of productive assets, is rather aimed at sharing assets or space to boost production rather than consumption. It covers communal offices, educational projects, co-working spaces or makerspaces.

Sharing economy platforms are designed to facilitate exchange. However, the attitude towards profits affects the way sharing and the division of revenue take place. The for-profit platforms attract investments, *inter alia*, from venture capital firms, what boosts their dynamics and expansion<sup>52</sup>. The non-profit sharing economy platforms, in turn, may be aimed at some social goals. They may be operating in order to deliver public benefits (see tool library). However, the platforms may be also somehow ruthless and harmful to the competition. Some of the sharing economy platforms are involved in an anti-competitive behavior. Usually, the difference between peer to peer and business to peer depends also on the perspective of making rents. Peer to peer platforms tend to earn money by commissions on transaction (exchange), so they are dependent strongly on the volume of transactions. Business to peer firms, on the contrary, are rather interested in maximizing revenue *per transaction*, what is typical for traditional business as well<sup>53</sup>.

Another key question may be who participates in the sharing economy. Again, it depends on the perspective and social group. Sharing economy platforms may be attractive due to their novelty or trendiness<sup>54</sup>. The second point is rather about economic or social factors pushing towards using the means of sharing economy. Sharing economy platforms may be associated with relative lower costs or offer more means of exchange, also in spheres where traditional agencies are not active. Those platforms may also enable some people to make money in ways that were unavailable before. What is more, sharing economy can be attractive because of environmental motives (sharing cars and reducing carbon footprints) or tying social connections. On the other hand, apart from simple geographical or political reasons, sharing economy platforms may discourage some people because of a relatively high technological advancement.

The sharing economy may be profitable because of saving money or the effects of facilitating access to resources. An interesting sphere is the field of relationships between the motivations of the users of the sharing economy and their behavior<sup>55</sup>. Attitudes like the self-determination approach, parallel sharing economies or context specific-adjustments have arisen there<sup>56</sup>. Sharing is a spe-

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> J. Bray, N. Johns, D. Kilburn, *An exploratory study into the factors impeding ethical consumption*, "Journal of Business Ethics" 2011, Vol. 98, No. 4, pp. 597–608.

<sup>56</sup> J. Hamari, M. Sjöklint, A. Ukkonen, *op. cit.*, pp. 2047–2059; S. Lindenberg, *Intrinsic motivation in a new light*, "Kykkos" 2001, Vol. 54, No. 2–3, pp. 317–342; O. Nov, M. Naaman, C. Ye,

cific alternative form of distribution with reference to the traditional exchange of commodity or gift giving<sup>57</sup>. It is emphasized that the sharing economy may foster community, save resources, and boost various synergies<sup>58</sup>, but on the other hand the aspect of failures that may occur on the sharing economy seems to be neglected.

## 5. AIMS AND THREATS OF REGULATING THE SHARING ECONOMY

Not much has been done in the sphere of regulations imposed on the sharing economy. Hartl, Hofmann and Kirchler investigated rules and governance in collaborative consumption communities<sup>59</sup>. Ranchordas<sup>60</sup> analyzed descriptively regulating innovation in the sharing economy. Demary<sup>61</sup>, for instance, provides basic notions about competition in the sharing economy. Interesting points have been made by Reuch and Schleicher<sup>62</sup> with regard to local governmental policies on the sharing economy. Guttentag<sup>63</sup> explores the emergence of Airbnb and refers to common problems due to its legality (short-term rental regulations and tax concerns) and provides a brief description of regulatory flux, as well as possible solutions to the existing problems. However, this paper deals with just a very few aspects of the Airbnb's activity.

The sharing economy is based on the system of a special type of transactions described in the above-mentioned sections. A classical informational discrepancy regarding the features of a good or a service as the subject of the transaction or

---

*Analysis of participation in an online photosharing community: A multidimensional perspective*, "Journal of the American Society for Information Science and Technology" 2010, Vol. 61, No. 3, pp. 555–566; T. Hennig-Thurau, V. Henning, H. Sattler, *Consumer file sharing of motion pictures*, "Journal of Marketing" 2007, Vol. 71, No. 4, pp. 1–18.

<sup>57</sup> R. Belk, *Why not share rather than own?*, "The Annals of the American Academy of Political and Social Science" 2007, Vol. 611, No. 5, pp. 126–140.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> B. Hartl, E. Hofmann, E. Kirchler, *Do we need rules for "what's mine is yours"?: Governance in collaborative consumption communities*, "Journal of Business Research" 2016, Vol. 69, No. 8, pp. 2756–2763.

<sup>60</sup> S. Ranchordas, *Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy*, "Tilburg Law School Legal Studies Research Paper" 2015, Series 6.

<sup>61</sup> V. Demary, *Competition in the sharing economy*, "IW Policy Paper" 2014, Vol. 19.

<sup>62</sup> D.E. Reuch, D. Schleicher, *Like Uber, but for local governmental policy: The future of local regulation of the sharing economy*, "George Mason University Law and Economics Research Paper" 2015, Series15–01.

<sup>63</sup> D. Guttentag, *Airbnb: Disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector*, "Current Issues in Tourism" 2015, Vol. 18, No. 12, pp. 1192–1217.

the credibility as well as other characteristics of the buyer or seller, occurs also in the context of the sharing economy<sup>64</sup>.

What is crucial, people interested in using sharing economy platforms are usually up to getting high quality services or assets. It is similar to typical market transactions. To avoid the harm that may be caused to the consumers or trade partners, or even the sellers, regulators impose various informational obligations. Due to this solution, parties of transactions to some extent raise the probability of satisfactory exchange<sup>65</sup>. This sphere of regulatory intervention is especially meaningful in the food industry, toy branch or hotel industry. In many states, the sharing economy entities are subject to general law restrictions as civil law or administrative law<sup>66</sup>. However, some areas that are competing with traditional business units, are free from specific regulations. A fine example may be the hotel industry. Hotels have to meet a number of obligations (safety, hygiene, advertising), what is beneficial from the perspective of their clients, but generates costs. The sharing economy platforms in some regions, in turn, are not obliged with those rules, what results in cheaper offers<sup>67</sup>. On the other hand, the risk of unfruitful transactions and clients' loss is raising. Analogous arguments may refer to the profiles of clients or service/good providers.

There are different ways of dealing with this informational asymmetry with respect to the sharing economy. In terms of the for-profit sharing economy platforms, the same regulations as for traditional businesses may be applied<sup>68</sup>. Apart from the characteristics shaping the sharing economy, the part regarding the subject of the exchange and possible harm to the consumer or producer is very similar, since dissatisfaction of the taxi client is comparable to the dissatisfaction of the user of the car sharing platform. Also the harm that may be done for the service provider is alike – just think about the hotel guest avoiding paying for the room and the user of the flat sharing platform that does not want to pay for the service. There are no substantive arguments for treating the sharing economy more severely or leniently than non-sharing entities.

<sup>64</sup> S. Balakrishnan, M.P. Koza, *Information asymmetry, adverse selection and jointventures: Theory and evidence*, "Journal of Economic Behavior & Organization" 1993, Vol. 20, No. 1, pp. 99–117; Ch.Ch. Shen, J.Sh. Chiou, B.Sh. Kuo, *Remedies for information asymmetry in online transaction: An investigation into the impact of web page signals on auction outcome*, "Internet Research" 2011, Vol. 21, No. 2, pp. 154–170.

<sup>65</sup> G. Clarkson, T.E. Jacobsen, A.L. Batcheller, *Information asymmetry and information sharing*, "Government Information Quarterly" 2007, Vol. 24, No. 4, pp. 827–839.

<sup>66</sup> A.R. Vining, D.L. Weimer, *Information asymmetry favoring sellers: A policy framework*, "Policy Sciences" 1988, Vol. 21, pp. 281–303; A. Ogus, *The economic basis of legal culture: Networks and monopolization*, "Oxford Journal of Legal Studies" 2002, Vol. 22, No. 3, pp. 419–434.

<sup>67</sup> S. Miller, *First principles for regulating the sharing economy*, "Harvard Journal on Legislation" 2016, Vol. 53, pp. 147–202.

<sup>68</sup> R. McLaughlin, A. Safieddine, *Regulation and information asymmetry: Evidence from the performance of industrial and utility firms issuing seasoned equity in the USA*, "Journal of Financial Regulation and Compliance" 2008, Vol. 16, No. 1, pp. 59–76.

Another interesting aspect of the sharing economy in the field of informational asymmetry is that the platforms may be willing to reduce the information asymmetry of the exchange, because they compete with the non-sharing businesses<sup>69</sup>. Then, platforms operating the sharing economy exchange require posting credible information, contact details, photographs, a relevant description of the service or good, as well as create grading systems with comments allowed. Thanks to this solution, the users of the sharing economy may easily compare various offers of similar services.

It is highly controversial whether informational requirements should be imposed on the non-for-profit part of the sharing economy platforms<sup>70</sup>. Those entities offer products or services because of reasons other than monetary. Informational obligations would probably reduce the supply of the offers since they generate additional transaction costs. Naturally, consumers may suffer in this case due to unreliable units in the same way as customers of the for-profit platforms. However, the risk that they bear because of the lack of legal regulations stating lower information asymmetry is compensated by the attractive price of the goods and services placed on the non-for-profit units.

Another aspect of the sharing economy is imperfect competition. In fact, perfect competition is an abstract concept, that does not occur in reality. Apart from the key four examples of imperfect competition, i.e. oligopoly, oligopsony, monopsony, and monopolistic competition, a broader look is significant at situations where firms do not sell identical products, form control of prevailing prices and their market shares<sup>71</sup>. Organizations do not have perfect information about the market, or encounter barriers to entry or exit, factors which define the state of the imperfect market.

Sharing economy organizations are not active on perfect markets – their activity occurs on imperfect ones, as in the case of any businesses or just market transactions. A broad range of academic literature point out the negative outcome of a large degree of market imperfectness<sup>72</sup>. As it was mentioned, sharing economy

<sup>69</sup> R.A. Lambert, Ch. Leuz, R.E. Verrecchia, *Information asymmetry, information precision, and the cost of capital*, “Review of Finance” 2012, Vol. 16, No. 1, pp. 1–29.

<sup>70</sup> A. Prakash, M.K. Gugerty, *Trust but verify?: Voluntary regulation programs in the non-profit sector*, “Regulation & Governance” 2010, Vol. 4, No. 1, pp. 22–47; M.F. Sloan, *The effects of nonprofit accountability ratings on donor behavior*, “Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly” 2009, Vol. 38, No. 2, pp. 220–236.

<sup>71</sup> J. Robinson, *Imperfect competition revisited*, “The Economic Journal” 1953, Vol. 63, No. 251, pp. 579–593; R. Harris, *Applied general equilibrium analysis of small open economies with scale economies and imperfect competition*, “The American Economic Review” 1984, Vol. 74, No. 5, pp. 1016–1032.

<sup>72</sup> H. Dixon, N. Rankin, *Imperfect competition and macroeconomics: A survey*, “Oxford Economic Papers” 1994, Vol. 46, No. 2, pp. 171–199; B.L. Chen, Y.Y. Chiang, P. Wang, *Credit market imperfections and longrun macroeconomic consequences*, “Annals of Economics and Finance” 2008, Vol. 9, No. 1, pp. 151–175; B. Cohen, M.I. Winn, *Market imperfections, opportunity and sustainable entrepreneurship*, “Journal of Business Venturing” 2007, Vol. 22, No. 1, pp. 29–49.



platforms may be created as for-profit organizations or non-for-profit ones. One may state that organizations performing as non-for-profit ones lead to a higher degree of social welfare than for-profit ones, due to differences in economic rents of the owners of the platforms in those two cases.

However, the non-for-profit sharing economy platforms that boost market imperfectness in any significant way, may block entry to a particular market in a longer time span. As a result, even if in the short-perspective the market dominated by sharing economy platforms may be somehow beneficial, in the long-run it is not going to be<sup>73</sup>. This context is even more clear for for-profit sharing economy organizations. On markets, they act as traditional businesses, doing their best to control the market as much as they can. Limiting their competition will lead to negative effects from the perspective of the social welfare and slower development of various markets.

Another fair point is that without the sharing economy, some markets would not develop at all or would stay at the current pace of evolution<sup>74</sup>. So the indication for the lawmakers is not to limit the sharing economy organizations, but rather not to favor them compared to other entities. Even if the exemptions designed for the sharing economy are attractive in the short-run, they would not work in the long-run.

The sharing economy may be associated with externalities in the same way as “traditional” businesses<sup>75</sup>. When an organization causes a positive externality, the society (or the state) may take advantage of this. From the perspective of social welfare, positive externalities are favorable. If this does not influence the primary business, but affects the external agents, such a phenomenon may be even promoted by the state. Taking into consideration the social aspect of sharing economy platforms, it may be not such a hardship. On the other hand, negative externalities may be a serious problem.

Negative externalities are essential in the context of sharing economy<sup>76</sup>. Some examples are the prices of real estates with reference to Airbnb, parity on sev-

---

<sup>73</sup> T. Besley, *Commodity taxation and imperfect competition: A note on the effects of entry*, “Journal of Public Economics” 1989, Vol. 40, No. 3, pp. 359–367; N. Rankin, *Imperfect competition, expectations and the multiple effects of monetary growth*, “The Economic Journal” 1992, Vol. 102, No. 413, pp. 743–753.

<sup>74</sup> A. Acquier, T. Daudigeos, J. Pinkse, *Promises and paradoxes of the sharing economy: An organizing framework*, “Technological Forecasting and Social Change” 2017, Vol. 125, pp. 1–10.

<sup>75</sup> W. Jing, B. Sun, *Negative externalities in the sharing economy: Sources, paths and recommendations*, “International Journal of Crowd Science” 2018, Vol. 2, No. 2, pp. 149–163; M.A. Griffiths, B.Y. Perera, P.A. Albinsson, *Contrived surplus and negative externalities in the sharing economy*, “Journal of Marketing Theory and Practice” 2019, Vol. 27, No. 4, pp. 445–463; D.E. Jaremen, E. Nawrocka, M. Żemła, *Externalities of development of the sharing economy in tourism cities*, “International Journal of Tourism Cities” 2020, Vol. 6, No. 1, pp. 138–157.

<sup>76</sup> D.E. Jaremen, E. Nawrocka, M. Żemła, *op. cit.*, pp. 138–157; W. Jing, B. Sun, *op. cit.*, pp. 149–163.

eral platforms, or safety issues (Uber). As a response, some states issue regulations imposing additional boundaries on the sharing economy businesses (*inter alia* Barcelona on Airbnb). What seems to be obvious, is that in order to avoid the accumulation of negative externalities, the sharing economy cannot be treated exceptionally by the officials and the law comparing to other organizations. This may be crucial, for instance, in car sharing businesses (safety, information requirements, guarantees). All in all, the vast majority of people or organizations participating in the sharing economy are doing this for profit and their activity should not cause direct or indirect harm to the customers and for the rest of society.

But sometimes, tough decisions upon the externalities and further steps have to be made. There may be situations where some sharing economy platforms act in line with the law. However, even then negative externalities may occur. When such a state of affairs affects negatively the external agents and the society in a global span, the decision of the policymaker to suppress the active platform should be straightforward<sup>77</sup>. But there may be an occurrence, where the platform harms just some agents, but all in all it raises the social welfare. Being precise, it still means that negative externalities are present and should be eliminated. Unfortunately, this approach may be affected due to the fiscal situation of the region, or arguments referring to selective regulatory tiering<sup>78</sup>. All in all, even in such cases, the law should protect people not involved in the platform from its negative externalities. Given that the law is a dynamic concept and is everlastingly evolving, regular analyses and honest consideration of complaints need to be performed.

Last, but not least, the undersupply of public goods is another type of market failure posing a challenge for policymakers<sup>79</sup>. Bearing in mind the causes why the free market is not going to assure the optimal level of supply of public goods, similar conclusions can be drawn as to the sharing economy. Even with a relatively high level of people's interest in social ties that associate the sharing economy, other factors, mainly monetary, cause that the sharing economy by itself would not provide an optimal level of public goods either. It is not a particular disadvantage of the sharing economy, since justified arguments for expecting such a characteristic are lacking.

On the contrary and with respect to the social aspect of the sharing economy, the usage of platforms typical for this sphere, could be an interesting lesson for

---

<sup>77</sup> Ch. Horne, *Collective benefits, exchange interests, and norm enforcement*, "Social Forces" 2004, Vol. 82, No. 3, pp. 1037–1062.

<sup>78</sup> W.A. Brock, D.S. Evans, *The economics of regulatory tiering*, "The RAND Journal of Economics" 1985, Vol. 16, No. 3, pp. 398–409.

<sup>79</sup> I. Kaul, *Global public goods: Explaining their underprovision*, "Journal of International Economic Law" 2012, Vol. 15, No. 3, pp. 729–750; G.R. Zodrow, P. Mieszkowski, *Pigou, Tiebout, property taxation, and the underprovision of local public goods*, "Journal of Urban Economics" 1986, Vol. 19, No. 3, pp. 356–370.

policymakers. Because of the features of quasi-free or regulated markets, a vast portion of public goods has to be supplied (or funded) by the state, also due to their role<sup>80</sup>. However, policymakers and governors may probably take an advantage from the sharing economy. Some of the factors underpinning the sharing economy are the interest in social connections, overall welfare, sharing knowledge, experience or assets. With reference to this point, the state could boost the supply of public goods by enhancing the society to participate in projects involving the development of public goods<sup>81</sup>. Thanks to such a perspective, a new form apart from popular peer-to-peer or business-to-peer models, would probably evolve.

What is crucial while regulating the sharing economy, is a proper *ex ante* analysis of the proposed legal institutions, independent from the subjects responsible for the legal changes<sup>82</sup>. A proper implementation of regulations and their execution may be both time and money consuming. It may even undermine the point of regulatory policy. What should be kept in mind is that market processes are dynamic, what is crucial and challenging in the context of designing adequate regulations. Thus, some regulations should be general enough to handle eventual new circumstances.

## 6. CONCLUSIONS

The main goal of this paper was to contribute to a better understanding of the character and effects of regulatory policies for sharing economy sectors. Recent cross-disciplinary studies regarding the relevance of legislation for providing institutional frames crucial to the market and society, that combine economics, legal and political science, reveal the importance of this topic. However, the regulatory challenges seem to remain a sophisticated *lacuna* that should be exploited more.

The question arises whether regulatory intervention of a state into sharing economy spheres has any perspectives to be really operative and effective. In fact, inappropriately large sums of public funds may be wasted on imposing and executing suboptimal formal institutions (directly and indirectly). On the other hand, sometimes it is almost impossible or very time consuming to secure clients and markets against spectacular failures without any social losses. Thus, the challenge is to minimize the number and scope of suboptimal regulations.

---

<sup>80</sup> J.R. Hummel, *National goods versus public goods: Defense, disarmament, and free riders*, "The Review of Austrian Economics" 1990, Vol. 4, pp. 88–122.

<sup>81</sup> M. Bagnoli, B.L. Lipman, *Provision of public goods: Fully implementing the core through private contributions*, "The Review of Economic Studies" 1989, Vol. 56, No. 4, pp. 583–601.

<sup>82</sup> S. Smismans, *Policy evaluation in the EU: The challenges of linking ex ante and ex post appraisal*, "European Journal of Risk Regulation" 2015, Vol. 6, No. 1, pp. 6–26.

The number of papers devoted to the issue of sharing economy is rapidly growing and reflects the dynamically changing importance of this sphere. A broad literature on the definitional, social or market aspects of the sharing economy, is becoming available. Even if there is no commonly accepted definition of the sharing economy available, the quality of the newly proposed concepts is satisfactory. A vast portion of literature is about market changes due to the development of the sharing economy as well as its social impact. However, what is still missing, is the context of market failures associating the sharing economy.

Market failures are not only a domain of traditional business – they affect the sharing economy units as well. The paper covered the spheres of information asymmetry, imperfect competition, negative externalities, and the supply of public goods. What may be generally concluded is that there are no sufficient arguments for treating sharing economy entities more favorably as compared to other organizations. Of course, our point of reference is pure sharing economy, as when it comes to professionalization of sharing economy services, we are simply dealing with business.

Information asymmetry in terms of for-profit sharing economy platforms affects the consumers and the process of exchange in the same way as in the case of other business models. With regard to non-for-profit organizations, informational requirements may be relatively lower, but potential clients should be aware of a higher risk of abuse. With respect to imperfect competition and negative externalities, sharing economy entities may play a key role and should not be excused from respecting general legal rules. Otherwise, some market actors would gain the sharing economy cover just to take advantage of the exemptions. The sharing economy may be also an attractive channel of activity from the perspective of policymakers for mixing direct governmental support with other (social) sources for public goods.

We believe that applying the proposed approach linking theoretical and empirical economic literature with actual studies on regulatory policies is a value added. More systematic empirical analysis may allow for formulating more reliable and scientifically-based recommendations on public policies in order to create a formal setting conducive to the optimal functioning of sharing economy organizations. It may allow for a more successful quest for the possibly most adequate public support programs in the future responding to the needs of advanced economies, as well as emerging markets and developing states.

## REFERENCES

- Acquier A., Daudigeos T., Pinkse J., *Promises and paradoxes of the sharing economy: An organizing framework*, “Technological Forecasting and Social Change” 2017, Vol. 125, pp. 1–10

- Atkinson A.B., Stiglitz J.E., *Lectures on public economics*, New York 1980
- Bagnoli M., Lipman B.L., *Provision of public goods: Fully implementing the core through private contributions*, "The Review of Economic Studies" 1989, Vol. 56, No. 4, pp. 583–601
- Baker J., Storbacka K., Brodie R., *Markets changing, changing markets: Institutional work as market shaping*, "Marketing Theory" 2018, Vol. 19, No. 3, pp. 301–28
- Balakrishnan S., Koza M.P., *Information asymmetry, adverse selection and joint-ventures: Theory and evidence*, "Journal of Economic Behavior & Organization" 1993, Vol. 20, No. 1, pp. 99–117
- Baldwin R., Cave M., *Understanding regulation: Theory, strategy and practice*, Oxford 1999
- Belk R., *Why not share rather than own?*, "The Annals of the American Academy of Political and Social Science" 2007, Vol. 611, No. 5, pp. 126–140
- Besley T., *Commodity taxation and imperfect competition: A note on the effects of entry*, "Journal of Public Economics" 1989, Vol. 40, No. 3, pp. 359–367
- Botero J.C., Djankov S., La Porta R., Lopez-de-Silanes F., Shleifer A., *The regulation of labor*, "The Quarterly Journal of Economics" 2004, Vol. 119, No. 4, pp. 1339–1382
- Botsman R., Rogers R., *What's mine is yours: How collaborative consumption is changing the way we live*, London 2010
- Bray J., Johns N., Kilburn D., *An exploratory study into the factors impeding ethical consumption*, "Journal of Business Ethics" 2011, Vol. 98, No. 4, pp. 597–608
- Brock W.A., Evans D.S., *The economics of regulatory tiering*, "The RAND Journal of Economics" 1985, Vol. 16, No. 3, pp. 398–409
- Buchanan J.M., Tullock G., *The calculus of consent: Logical foundations of constitutional democracy*, Ann Arbor 1962
- Chen B.-L., Chiang Y.-Y., Wang P., *Credit market imperfections and long-run macroeconomic consequences*, "Annals of Economics and Finance" 2008, Vol. 9, No. 1, pp. 151–175
- Cheng M., *Sharing economy: A review and agenda for future research*, "International Journal of Hospitality Management" 2016, Vol. 57, pp. 60–70
- Cherry T., Kallbekken S., Kroll S., *Accepting market failure: Cultural worldviews and the opposition to corrective environmental policies*, "Journal of Environmental Economics and Management" 2017, Vol. 85(C), pp. 193–204
- Clarkson G., Jacobsen T.E., Batcheller A.L., *Information asymmetry and information sharing*, "Government Information Quarterly" 2007, Vol. 24, No. 4, pp. 827–839
- Cohen B., Winn M.I., *Market imperfections, opportunity and sustainable entrepreneurship*, "Journal of Business Venturing" 2007, Vol. 22, No. 1, pp. 29–49
- Demary V., *Competition in the sharing economy*, "IW Policy Paper" 2014, Vol. 19
- Demsetz H., *Information and efficiency: Another viewpoint*, (in:) T. Cowen, E. Crampton (eds.), *Market failure or success: The new debate*, Cheltenham-Northampton 2002
- Dixon H., Rankin N., *Imperfect competition and macroeconomics: A survey*, "Oxford Economic Papers" 1994, Vol. 46, No. 2, pp. 171–199
- Fiedor B., *Błędy rynku a błędy państwa – regulacja rynkowa versus regulacja publiczna*, "Ekonomista" 2013, Vol. 2, pp. 183–200
- Fiedor B., *Neoklasyczna teoria instytucji*, (in:) B. Fiedor (ed.), *Kierunki rozwoju współczesnej ekonomii*, Wrocław 1991

- Gazzola P., Vătâmânescu E.-M., Andrei A., Marrapodi Ch., *Users' motivations to participate in the sharing economy: Moving from profits toward sustainable development*, "Corporate Social Responsibility and Environmental Management" 2019, Vol. 26, No. 4, pp. 741–751
- Griffiths M.A., Perera B.Y., Albinson P.A., *Contrived surplus and negative externalities in the sharing economy*, "Journal of Marketing Theory and Practice" 2019, Vol. 27, No. 4, pp. 445–463
- Guttentag D., *Airbnb: Disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector*, "Current Issues in Tourism" 2015, Vol. 18, No. 12, pp. 1192–1217
- Hamari J., Sjöklint M., Ukkonen A., *The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption*, "Journal of the Association for Information Science and Technology" 2016, Vol. 67, No. 9, pp. 2047–2059
- Harris R., *Applied general equilibrium analysis of small open economies with scale economies and imperfect competition*, "The American Economic Review" 1984, Vol. 74, No. 5, pp. 1016–1032
- Hartl B., Hofmann E., Kirchler E., *Do we need rules for "what's mine is yours"?: Governance in collaborative consumption communities*, "Journal of Business Research" 2016, Vol. 69, No. 8, pp. 2756–2763
- Hayek F.A., *Konstytucja wolności*, Warszawa 2013
- Hennig-Thurau T., Henning V., Sattler H., *Consumer file sharing of motion pictures*, "Journal of Marketing" 2007, Vol. 71, No. 4, pp. 1–18
- Holcombe R.G., *The economic foundations of government*, New York 1994
- Horne Ch., *Collective benefits, exchange interests, and norm enforcement*, "Social Forces" 2004, Vol. 82, No. 3, pp. 1037–1062
- Hummel J.R., *National goods versus public goods: Defense, disarmament, and free riders*, "The Review of Austrian Economics" 1990, Vol. 4, pp. 88–122
- Jamal K., Maier M., Sunder S., *Regulation and the marketplace*, "Regulation Magazine" 2004, Vol. 26, No. 4, pp. 38–41
- Jaremen D.E., Nawrocka E., Żemła M., *Externalities of development of the sharing economy in tourism cities*, "International Journal of Tourism Cities" 2020, Vol. 6, No. 1, pp. 138–157
- Jing W., Sun B., *Negative externalities in the sharing economy: Sources, paths and recommendations*, "International Journal of Crowd Science" 2018, Vol. 2, No. 2, pp. 149–163
- Kahn T., *The economics of regulation: Principles and institutions*, Cambridge, MA 1991
- Kalinowski M., *Ekonomiczne podstawy lobbingu w świetle teorii public choice*, "Gospodarka Narodowa" 2005, Vol.7–8, pp. 29–44
- Kaul I., *Global public goods: Explaining their underprovision*, "Journal of International Economic Law" 2012, Vol. 15, No. 3, pp. 729–750
- Kern A., *Reforming European financial supervision: Adapting EU institutions to market structures*, "ERA Forum" 2011, Vol. 12, No. 2, pp. 229–252
- Kołodko G., *A two-thirds of success: Poland's post-communist transformation 1989–2009*, "Communist and Post-Communist Studies" 2009, Vol. 42, No. 3, pp. 325–351
- Krueger A.O., *The political economy of the rent-seeking society*, "The American Economic Review" 1974, Vol. 64, No. 3, pp. 291–303

- Lambert R.A., Leuz Ch., Verrecchia R.E., *Information asymmetry, information precision, and the cost of capital*, "Review of Finance" 2012, Vol. 16, No. 1, pp. 1–29
- Lessing L., *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, New York 2008
- Lindenberg S., *Intrinsic motivation in a new light*, "Kykkos" 2001, Vol. 54, No. 2–3, pp. 317–342
- Lipowski A., *Ekonomiczna zawodność państwa – krytyczna analiza ujęcia antyetatystycznego*, "Ekonomista" 2002, Vol. 2, pp. 165–193
- Martin Ch.J., *The sharing economy: A pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?*, "Ecological Economics" 2016, Vol. 121, pp. 149–159
- McLaughlin R., Safieddine A., *Regulation and information asymmetry: Evidence from the performance of industrial and utility firms issuing seasoned equity in the USA*, "Journal of Financial Regulation and Compliance" 2008, Vol. 16, No. 1, pp. 59–76
- Miller S., *First principles for regulating the sharing economy*, "Harvard Journal on Legislation" 2016, Vol. 53, pp. 147–202
- Muñoz P., Cohen B., *A compass for navigating sharing economy business models*, "California Management Review" 2018, Vol. 61, No. 1, pp. 114–147
- Narasimhan Ch. et al., *Sharing economy: Review of current research and future directions*, "Customer Needs and Solutions" 2018, Vol. 5, pp. 93–106
- Nordhaus W.D., *The political business cycle*, "The Review of Economic Studies" 1975, Vol. 42, No. 2, pp. 169–190
- North D.C., *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge 1990
- North D.C., *Structure and change in economic history*, New York, London 1981
- Nov O., Naaman M., Ye C., *Analysis of participation in an online photo-sharing community: A multidimensional perspective*, "Journal of the American Society for Information Science and Technology" 2010, Vol. 61, No. 3, pp. 555–566
- Nsouli S.M., Rached M., Funke N., *The speed of adjustment and the sequencing of economic reforms: Issues and guidelines for policymakers*, "International Journal of Social Economics" 2005, Vol. 32, No. 9, pp. 740–766
- Ogus A., *The economic basis of legal culture: Networks and monopolization*, "Oxford Journal of Legal Studies" 2002, Vol. 22, No. 3, pp. 419–434
- Olson M., *Dictatorship, democracy and development*, "American Political Science Review" 1993, Vol. 87, No. 3, pp. 567–576
- Parente R., Geleilate J.-M., Rong K., *The sharing economy globalization phenomenon: A research agenda*, "Journal of International Management" 2018, Vol. 24, No. 1, pp. 52–64
- Prakash A., Gugerty M.K., *Trust but verify?: Voluntary regulation programs in the nonprofit sector*, "Regulation & Governance 2010", Vol. 4, No. 1, pp. 22–47
- Puschmann T., Alt R., *Sharing economy*, "Business & Information Systems Engineering" 2016, Vol. 58, No. 1, pp. 93–99
- Ranchordas S., *Does sharing mean caring?: Regulating innovation in the sharing economy*, "Tilburg Law School Legal Studies Research Paper" 2015, Series 6
- Rankin N., *Imperfect competition, expectations and the multiple effects of monetary growth*, "The Economic Journal" 1992, Vol. 102, No. 413, pp. 743–753

- Reuch D.E., Schleicher D., *Like Uber, but for local governmental policy: The future of local regulation of the sharing economy*, “George Mason University Law and Economics Research Paper” 2015, Series 15–01
- Ritter M., Schanz H., *The sharing economy: A comprehensive business model framework*, “Journal of Cleaner Production” 2019, Vol. 213, pp. 320–331
- Robinson J., *Imperfect competition revisited*, “The Economic Journal” 1953, Vol. 63, No. 251, pp. 579–593
- Robinson J., *What is perfect competition?*, “The Quarterly Journal of Economics” 1934, Vol. 49, No. 1, pp. 104–120
- Schmidt P., *Market failure vs. system failure as a rationale for economic policy?: A critique from an evolutionary perspective*, “Journal of Evolutionary Economics” 2018, Vol. 28, pp. 785–803
- Schor J., *Debating the sharing economy*, “Journal of Self-Governance and Management Economics” 2016, Vol. 4, No. 3, pp. 7–22
- Schwarcz S., *Changing law to address changing markets: A consequence-based inquiry*, “Law and Contemporary Problems” 2017, Vol. 80, pp. 163–191
- Shen Ch.-Ch., Chiou J.-Sh., Kuo B.-Sh., *Remedies for information asymmetry in online transaction: An investigation into the impact of web page signals on auction outcome*, “Internet Research” 2011, Vol. 21, No. 2, pp. 154–170
- Sloan M.F., *The effects of nonprofit accountability ratings on donor behavior*, “Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly” 2009, Vol. 38, No. 2, pp. 220–236
- Smismans S., *Policy evaluation in the EU: The challenges of linking ex ante and ex post appraisal*, “European Journal of Risk Regulation” 2015, Vol. 6, No. 1, pp. 6–26
- Stiglitz J.E., *Globalizacja*, Warszawa 2004
- Stiglitz J.E., *The invisible hand and modern welfare economics*, (in:) D. Vines, A. Stevenson (eds.), *Information, strategy, and public policy*, Oxford 1991
- Trabucchi D., Muzellec L., Ronteau S., *Sharing economy: Seeing through the fog*, “Internet Research” 2019, Vol. 29, No. 5, pp. 996–1013
- Tufte E., *Political control of the economy*, Princeton 1978
- Tullock G., *The welfare costs of tariffs, monopolies and theft*, “Western Economic Journal” 1967, Vol. 5, No. 3, pp. 224–232
- Vining A.R., Weimer D.L., *Information asymmetry favoring sellers: A policy framework*, “Policy Sciences” 1988, Vol. 21, pp. 281–303
- Viscusi W.K., Vernon J.M., Harrington J.E., *Economics of regulation and antitrust*, Cambridge, MA 2005
- Voigt S., *How (not) to measure institutions*, “Journal of Institutional Economics” 2013, Vol. 9, No. 1, pp. 1–26
- Zodrow G.R., Mieszkowski P., *Pigou, Tiebout, property taxation, and the underprovision of local public goods*, “Journal of Urban Economics” 1986, Vol. 19, No. 3, pp. 356–37



*Maciej Lubiszewski*

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

e-mail: [m.lubiszewski@uwm.edu.pl](mailto:m.lubiszewski@uwm.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-8261-7917

## **KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCY PRZY UDZIELANIU ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO Z WOLNEJ RĘKI**

### **SUBJECT QUALIFICATION OF THE CONTRACTOR IN SOLE SOURCE PUBLIC PROCUREMENT**

#### **Abstract**

Single-source procurement is a specific procedure for awarding a public contract. Compared to other procedures, which include tendering or negotiating and tender procedures, single-source procurement is a purely negotiated procedure, in which only one contractor takes part. In such proceedings, no offers are submitted by competing contractors. These specific features affect the way of making the qualitative selection of the contractor, i.e. verification whether there are grounds for exclusion and whether contractor meets the conditions for participation in the procedure. The purpose of this article is to determine at what point in the procedure the qualitative selection of the contractor is carried out, to what extent and how it is carried out, and how to apply the special self-cleaning mechanism provided for in the grounds for exclusion from the procedure related to arrears in paying public levies.

## KEYWORDS

qualitative selection of the contractor, sole source procurement, grounds for exclusion from the procedure, conditions for participation in the procedure

## SŁOWA KLUCZOWE

kwalfikacja podmiotowa wykonawcy, zamówienie z wolnej ręki, podstawy wykluczenia z postępowania, warunki udziału w postępowaniu

## 1. WPROWADZENIE

Kwalifikacja podmiotowa wykonawcy<sup>1</sup> polega na sprawdzeniu przez zamawiającego, czy wykonawca jest godny powierzenia mu wykonania zamówienia publicznego oraz czy jest on zdolny do jego realizacji na odpowiednim poziomie jakości<sup>2</sup>. Pierwszy aspekt leży u podstaw przesłanek wykluczenia z postępowania. Obecnie są one uregulowane w art. 108 i 109 ustawy – Prawo zamówień publicznych<sup>3</sup>. Przepisy te określają sytuacje, w których wykonawca podlega eliminacji z postępowania. Odnoszą się one do uczciwości wykonawcy rozumianej jako niekaralność za czyny wskazane w ustawie<sup>4</sup>, ale także jako przestrzeganie praw i zwyczajów kupieckich<sup>5</sup> składających się na standard uczciwości kupieckiej<sup>6</sup>.

Do oceny drugiego aspektu kwalifikacji podmiotowej, a więc zdolności do wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, służą warunki udziału w postępowaniu, których normatywną podstawę stanowią art. 112 i n. p.z.p. Celem tego mechanizmu jest sprawdzenie, czy wykonawca dysponuje

---

<sup>1</sup> Mimo że opisywany tu mechanizm jest obecny w polskim prawie zamówień publicznych od wielu lat, to używany w tym artykule termin „kwalfikacja podmiotowa” pojawił się w polskim ustawodawstwie stosunkowo niedawno. Wywodzi się on z prawa unijnego, na gruncie którego jest rozumiany jako sprawdzenie wiarygodności oraz potencjału finansowego i technicznego wykonawcy – por. A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 464.

<sup>2</sup> W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 364.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), dalej: p.z.p.

<sup>4</sup> Por. np. art. 108 ust. 1 pkt 1–2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

<sup>5</sup> Por. np. art. 108 ust. 1 pkt 5–6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5–10 p.z.p.

<sup>6</sup> K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, nr 1, *passim*.

prawnymi<sup>7</sup>, finansowymi<sup>8</sup>, zawodowymi i technicznymi<sup>9</sup> możliwościami realizacji udzielanego zamówienia publicznego.

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców dokonywana jest w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na etapie poprzedzającym jego rozstrzygnięcie<sup>10</sup>. W przypadku postępowania o charakterze przetargowym<sup>11</sup> powinna ona nastąpić przed wyborem najkorzystniejszej oferty, natomiast w przypadku postępowania o charakterze hybrydowym (negocjacyjno-przetargowym)<sup>12</sup> – przed zaproszeniem do negocjacji.

Obecnie obowiązujące przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych pozwalają wyróżnić dwa etapy kwalifikacji podmiotowej. W pierwszej kolejności zamawiający dokonuje kwalifikacji wstępnej. Przeprowadza ją względem wszystkich wykonawców, opierając się na złożonych przez nich oświadczeniach<sup>13</sup>. Z kolei kwalifikacja pełna prowadzona jest jedynie wobec wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. Podstawą oceny są podmiotowe środki dowodowe składane przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego.

Negatywny wynik kwalifikacji podmiotowej skutkuje eliminacją wykonawcy z postępowania, co następuje przez odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Jak widać, mechanizm kwalifikacji podmiotowej został dostosowany do konstrukcji postępowania przetargowego oraz negocjacyjno-przetargowego, w których występują oferty złożone przez konkurujących ze sobą wykonawców. Celem artykułu jest ustalenie, w jaki sposób powinna zostać przeprowadzona kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w postępowaniu procedowanym w trybie zamówienia z wolnej ręki. Szczególne cechy tego trybu (zwłaszcza brak ofert

<sup>7</sup> Artykuły 113 i 114 p.z.p.

<sup>8</sup> Artykuł 115 p.z.p.

<sup>9</sup> Artykuł 116 p.z.p.

<sup>10</sup> M. Falkowska, *Rzetelność i wiarygodność wykonawcy warunkiem ubiegania się o zamówienie*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 1, s. 75.

<sup>11</sup> Trybami przetargowymi są: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony oraz tryb podstawowy prowadzony w wariantcie pierwszym (art. 275 pkt 1 p.z.p.) i w wariantcie drugim (art. 275 pkt 2 p.z.p.).

<sup>12</sup> W tego typu trybach negocjacje prowadzą do doprecyzowania warunków zamówienia, co z kolei umożliwia zamawiającemu zaproszenie wykonawców do składania ofert. Do tej grupy trybów należą: negocjacje bez ogłoszenia, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne, negocjacje bez ogłoszenia oraz tryb podstawowy prowadzony w wariantcie trzecim (art. 275 pkt 3 p.z.p.).

<sup>13</sup> W żargonie praktyków oświadczenia te nazywane są oświadczeniami wstępnymi. W postępowaniach, których wartość jest równa lub większa niż wartość progów unijnych, oświadczenia te składane są na podstawie formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, opracowanego przez Komisję Europejską. Zgodnie z art. 125 ust. 3 p.z.p. oświadczenia te stanowią „dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe”.

i brak konkurujących wykonawców uczestniczących w postępowaniu) prowokują pytania o: moment i sposób dokonania kwalifikacji podmiotowej<sup>14</sup>, zastosowanie podstaw wykluczenia związanych z zaległością w opłacaniu danin publicznych<sup>15</sup> czy skutki negatywnego wyniku kwalifikacji podmiotowej<sup>16</sup>.

Próba rozwiązania przedstawionych problemów badawczych zostanie poprzeczona krótką charakterystyką trybu zamówienia z wolnej ręki oraz nielicznych norm regulujących kwalifikację podmiotową w tym trybie. Całość zamkną wnioski, w tym postulatory *de lege ferenda*.

## 2. CHARAKTERYSTYKA TRYBU ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający typuje wykonawcę, którego zaprasza do negocjacji, negocjuje z nim postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a następnie udziela mu zamówienia<sup>17</sup>.

Cechami charakterystycznymi tego trybu są jego negocjacyjny charakter oraz udział tylko jednego wykonawcy<sup>18</sup>.

Zamówienie z wolnej ręki jest jedynym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadającym negocjacyjnemu sposobowi zawierania umowy, który został uregulowany w art. 72 i 72<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego<sup>19</sup>. Negocjacje dotyczą przede wszystkim postanowień umowy, co wynika z definicji postępowania z art. 7 pkt 18 p.z.p.<sup>20</sup>. Zakończą się, gdy strony wypracują

---

<sup>14</sup> Czy kwalifikacja podmiotowa wykonawcy powinna być przeprowadzona niezwłocznie po wszczęciu postępowania, w trakcie negocjacji, czy może dopiero po ich zakończeniu? Czy kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki powinna zostać podzielona na kwalifikację wstępną i pełną?

<sup>15</sup> Te podstawy wykluczenia nie zachodzą, gdy wykonawca spłaci zaległość lub zawrze wiążące porozumienie z właściwym organem przed upływem terminu składania ofert. W jaki sposób stosować tę podstawę w trybie, w którym nie są składane oferty?

<sup>16</sup> Ustawodawca zrezygnował z odrębnej czynności wykluczenia z postępowania, przewidując, że wykonawca, wobec którego zachodzi podstawa wykluczenia, jest eliminowany z postępowania poprzez odrzucenie jego oferty. W jaki sposób wyeliminować wykonawcę z postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, w którym wykonawca nie składa oferty?

<sup>17</sup> W. Dzierżanowski et al., *Prawo zamówień publicznych...*, s. 560.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, z późn. zm.), dalej: k.c.

<sup>20</sup> Fragment definicji odnoszącej się do wynegocjowania postanowień umowy jako celu postępowania o udzielenie zamówienia odnosi się wyłącznie do trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ w pozostałych trybach czynności podejmowane w postępowaniu prowadzą do wyboru najkorzystniejszej oferty.

konsens, który legnie u podstaw umowy, ewentualnie gdy stronom nie uda się dojść do porozumienia i postępowanie zostanie zamknięte unieważnieniem na podstawie art. 255 pkt 8 p.z.p.<sup>21</sup>.

Natura negocjacji sprawia, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie są składane oferty<sup>22</sup>. Stanowiska negocjacyjne nie mogą być wiążące, gdyż podlegają dwustronnemu łagodzeniu w celu osiągnięcia kompromisu. W przeciwnym razie „negocjacje” przekształciłyby się w sekwencję ofert i kontrofert, skutkując częstą zamianą ról uczestników postępowania, z których każdy byłby najpierw oferentem, a następnie oblatem.

Należy dodać, że dojście do porozumienia przez negocjujące strony nie oznacza jeszcze zawarcia umowy. W tym trybie, podobnie jak w trybach przetargowych, konieczne jest odrębne zawarcie umowy w formie określonej w ustawie – Prawo zamówień publicznych<sup>23</sup>, przy czym nie znajdzie tu zastosowania mechanizm tzw. *standstill period*, wymagający, aby umowa została zawarta po upływie czasu określonego przepisami, ponieważ termin ten jest liczony od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty<sup>24</sup>.

Kolejną cechą charakterystyczną zamówienia z wolnej ręki jest to, że w postępowaniu bierze udział tylko jeden wykonawca. Brak konkurencyjności stanowi powód, dla którego przesłanki zastosowania tego trybu są taksatywnie wyliczone w katalogu ustawowym i podlegają zawężającej interpretacji<sup>25</sup>. Z wyjątkiem szczególnych przypadków zmiana wykonawcy wymaga unieważnienia postępowania i wszczęcia nowego poprzez zaproszenie kolejnego wykonawcy.

### **3. KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCY W POSTĘPOWANIU PROWADZONYM W TRYBIE ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI W ŚWIETLE PRZEPISÓW PRAWA ZAMÓWIENÍ PUBLICZNYCH**

Co do zasady, kwalifikacja podmiotowa jest mechanizmem, który znajduje zastosowanie w każdym trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia

---

<sup>21</sup> M. Lubiszewski, *O potrzebie dalszego usprawnienia procedur negocjacyjnych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 2, s. 24.

<sup>22</sup> A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 572–573.

<sup>23</sup> Artykuł 432 p.z.p. wymaga, pod rygorem nieważności, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w formie pisemnej. Zgodnie z art. 78<sup>1</sup> § 2 k.c. w grę wejdzie również forma elektroniczna, równoważna przeciwieństwu formie pisemnej.

<sup>24</sup> Artykuł 264 ust. 1 oraz art. 308 ust. 2 p.z.p.

<sup>25</sup> M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 573.

z wolnej ręki, nie może podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 p.z.p. Nie ma też przeszkód, aby zamawiający zastosował w tym trybie fakultatywne podstawy wykluczenia z postępowania określone w art. 109 p.z.p. lub warunki udziału w postępowaniu.

Cechy charakterystyczne trybu zamówienia z wolnej ręki – zwłaszcza fakt, że w postępowaniu bierze udział tylko jeden wykonawca oraz że w wielu przypadkach pilność wymaga, aby postępowanie to było jak najbardziej odformalizowane – uzasadniają jednak specyficzne uregulowanie niektórych aspektów kwalifikacji podmiotowej.

Zgodnie z art. 215 ust. 1 p.z.p. zamawiający może odstąpić od stosowania art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p., które nakazują wykluczyć z postępowania wykonawcę prawomocnie skazanego za przestępstwo wyliczone w art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Odstępstwo to jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy zamówienie udzielane jest na jednej z podstaw wymienionych w art. 215 ust. 1 p.z.p. Analiza tego przepisu pozwala uznać, że chodzi o sytuacje, w których bezwzględna konieczność udzielenia zamówienia publicznego danemu wykonawcy<sup>26</sup> przeważa nad zakazem udzielania zamówień publicznych skazanym prawomocnie wykonawcom. Wyjątkowy charakter omawianego przepisu prowadzi do wniosku, że pozostałe obligatoryjne podstawy wykluczenia z postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 3–6 oraz art. 108 ust. 2 p.z.p.) będą zawsze obowiązywały w postępowaniach prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Kolejną szczególną regulację kwalifikacji podmiotowej wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki można znaleźć w art. 217 ust. 2 i 3 p.z.p. Zgodnie z pierwszym z przywołanych przepisów wykonawca „składa” oświadczenie wstępne oraz podmiotowe środki dowodowe nie później niż „wraz z zawarciem umowy”. Z kolei art. 217 ust. 3 p.z.p. pozwala zamawiającemu na odstąpienie od żądania od wykonawcy złożenia oświadczenia wstępnego. Przywołane przepisy mają zastosowanie wyłącznie w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (dalej: postępowania unijne). Ich celem jest odformalizowanie postępowania poprzez brak określonego ustawowo terminu dokonania kwalifikacji wstępnej oraz umożliwienie rezygnacji z oświadczenia wstępnego, które w postępowaniach unijnych, co do zasady, muszą być składane na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, przysparzającym trudności wielu wykonawcom.

Nieco odmiennie został sformułowany przepis art. 306 ust. 2 p.z.p., który ma zastosowanie do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne (dalej: postępowania krajowe). W takich postępowaniach zamawiający „może żądać”

---

<sup>26</sup> Konieczność ta wynika z monopolistycznej pozycji tego wykonawcy albo ze szczególnych okoliczności faktycznych, gdy w grę wchodzi potrzeba ograniczenia poważnych skutków zdarzenia losowego, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach.

od wykonawcy złożenia oświadczenia wstępnego lub podmiotowych środków dowodowych „przed udzieleniem zamówienia”.

Przywołane przepisy dowodzą, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki kwalifikacja podmiotowa nie musi być dokonywana na podstawie oświadczenia wstępnego, natomiast zamawiający są zobowiązani żądać od wykonawców złożenia podmiotowych środków dowodowych jedynie w postępowaniach unijnych.

#### 4. MOMENT PRZEPROWADZENIA KWALIFIKACJI PODMIOTOWEJ

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargowym albo negocjacyjno-przetargowym czas przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej wyznaczają przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przykładowo w przetargu nieograniczonym oraz w trybie podstawowym (w wariantach pierwszym i drugim) oświadczenie wstępne składane jest wraz z ofertą; wstępna kwalifikacja podmiotowa jest więc dokonywana przez zamawiającego niezwłocznie po otwarciu ofert. Pełna kwalifikacja podmiotowa jest dokonywana po wytypowaniu oferty najwyższej ocenionej<sup>27</sup>. Wykonawca, który ją złożył, jest zobowiązany do przekazania zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, który nie może być krótszy niż 10 dni (przetarg nieograniczony) albo 5 dni (tryb podstawowy). Pozytywny wynik pełnej kwalifikacji podmiotowej jest warunkiem *sine qua non* wyboru najkorzystniejszej oferty.

Streszczone reguły nie mają zastosowania do trybu zamówienia z wolnej ręki, w którym – jak już wskazano – nie są składane oferty. Oznacza to, że moment oraz sposób przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej wyznacza zamawiający, określając go w zaproszeniu wykonawcy do negocjacji. Należy bowiem uznać, że obowiązujące w danym postępowaniu podstawy wykluczenia oraz warunki udziału wraz z zasadami kwalifikacji podmiotowej, w tym wykaz oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych oraz terminy ich składania, stanowią „informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania”, które zamawiający powinien przekazać wykonawcy wraz z zaproszeniem go do negocjacji, co wynika z art. 217 ust. 1 p.z.p.

Zamawiający, wyznaczając czas przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, musi uwzględnić treść art. 217 ust. 2 i art. 306 ust. 2 p.z.p. Przepisy te określają najpóźniejszy moment („wraz z zawarciem umowy” oraz „przed udzie-

<sup>27</sup> P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 459.

leniem zamówienia”<sup>28</sup>), w którym wykonawca składa oświadczenie wstępne lub podmiotowe środki dowodowe. Chodzi przy tym o takie oświadczenie lub środki dowodowe, które potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu; nawet jeżeli są one składane „wraz z zawarciem umowy”, zamawiający powinien więc powstrzymać się z udzieleniem zamówienia do czasu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości co do ich formy lub treści. Względy praktyczne nakazują zatem wyznaczenie terminu na złożenie oświadczenia wstępnego lub podmiotowych środków dowodowych w taki sposób, aby zamawiający mógł zareagować stosownie do treści złożonych dokumentów, tj. wezwać do złożenia wyjaśnień lub do uzupełnienia braków, a nawet odmówić zawarcia umowy i unieważnić postępowanie.

## 5. PODZIAŁ KWALIFIKACJI PODMIOTOWEJ NA WSTĘPNĄ I PEŁNĄ

Omówiony podział kwalifikacji podmiotowej na wstępną i pełną jest spójny z eliminacyjnym charakterem procedury przetargowej oraz negocjacyjno-przetargowej. Wstępna kwalifikacja podmiotowa dotyczy wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu i jest prowadzona na podstawie oświadczeń własnych wykonawców. Pełną kwalifikacją podmiotową objęty jest jedynie ten z wykonawców, który złożył ofertę najwyższej ocenioną. Ten etap kwalifikacji prowadzi się na podstawie podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Jak widać, pełną kwalifikację podmiotową przeprowadza się wyłącznie względem tego z wykonawców, który ma największą szansę na uzyskanie zamówienia, dzięki czemu pozostali wykonawcy nie są niepotrzebnie obciążeni do składania środków podmiotowych.

W trybie zamówienia z wolnej ręki oddzielenie kwalifikacji wstępnej od pełnej nie jest niezbędne. Co więcej, ustawodawca – o czym już była mowa – dopuścił możliwość odstąpienia od żądania od wykonawcy oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., co oznacza, że zamawiający może całkowicie pominąć wstępną kwalifikację podmiotową. Nawet w przypadku, gdy zamawiający nie korzysta z tego proceduralnego udogodnienia, oświadczenie wstępne może być złożone przez wykonawcę wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi.

---

<sup>28</sup> Różnica między sformułowaniami użytymi w tych przepisach w praktyce udzielania zamówień publicznych sprowadza się do niuansu. W postępowaniach unijnych oświadczenie wstępne lub podmiotowe środki dowodowe mogą zostać doręczone zamawiającemu wraz z oświadczeniem woli składającym się na umowę w sprawie zamówienia publicznego, co będzie miało znaczenie przy korespondencyjnym procesie zawarcia kontraktu. W postępowaniach krajowych takie zachowanie wykonawcy należałoby uznać za spóźnione.



Nie ma jednak przeszkód, aby zamawiający ukształtował proces kwalifikacji podmiotowej na wzór postępowań przetargowych oraz negocjacyjno-przetargowych i nałożył na wykonawcę obowiązek złożenia oświadczenia wstępnego przy przystępowaniu do negocjacji, natomiast po ich zakończeniu zobowiązał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Takie rozwiązanie nieco skomplikuje postępowanie, lecz może zmniejszyć ryzyko wikłania się w negocjacje z wykonawcą, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia.

## 6. ZAKRES ZASTOSOWANIA PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA ZWIĄZANYCH Z ZALEGŁOŚCIĄ W OPŁACANIU PODATKÓW, OPŁAT I SKŁADEK

Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego wydano prawomocny wyrok lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z opłacaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne<sup>29</sup>. Zamawiający może rozszerzyć zakres tej przesłanki na każdy przypadek naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek, wprowadzając do warunków zamówienia fakultatywną podstawę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p.<sup>30</sup>.

Obie podstawy wykluczenia z postępowania związane z zaległością w opłaceniu danin publicznych zostały wyposażone w szczególnie mechanizm samooczyszczenia<sup>31</sup>, pozwalający wykonawcy uchylić się od eliminacji z postępowania. W tym celu wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że: „przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności”<sup>32</sup>. Granice temporalne dokonania spłaty zaległości lub zawarcia porozumienia w sprawie spłaty mają służyć zapobieżeniu sytuacji, w której wykonawca

<sup>29</sup> Artykuł 108 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

<sup>30</sup> Różnice między tymi podstawami wykluczenia zostały omówione w doktrynie – por. m.in. M. Lubiszewski, *Zaległość podatkowa jako podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 53, s. 351–360.

<sup>31</sup> Zasadniczy mechanizm samooczyszczenia został uregulowany w art. 110 ust. 2 i 3 p.z.p., nie obejmuje on jednak omawianych tu podstaw wykluczenia z postępowania związanych z zaległością w opłaceniu danin publicznych.

<sup>32</sup> Artykuł 108 ust. 1 pkt 3 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

splaci zaległość podatkową dopiero wtedy, gdy będzie w stanie oszacować swoje szanse na uzyskanie zamówienia (np. po otwarciu ofert)<sup>33</sup>.

Stosowanie tego mechanizmu w trybie zamówienia z wolnej ręki budzi wątpliwości, gdyż udział wykonawcy w postępowaniu jest inicjowany przez zamawiającego, a nie w drodze oferty albo wniosku wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto w tym trybie, o czym była już mowa, nie dochodzi do złożenia oferty. Powstaje zatem pytanie o granice czasowe spłaty zaległości lub zawarcia porozumienia w sprawie takiej spłaty.

Wydaje się, że w grę wchodzi trzy możliwe interpretacje. Zgodnie z pierwszą z nich omawiany mechanizm w ogóle nie ma zastosowania do zamówienia z wolnej ręki. Wystąpienie w dowolnym momencie postępowania zaległości musi skutkować bezwzględnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zakończeniem negocjacji i unieważnieniem postępowania – i nawet spłata zaległości lub zawarcie porozumienia w sprawie spłaty przed udzieleniem zamówienia nie uchyli tych skutków. Taka interpretacja jest niewłaściwa, ponieważ *de facto* prowadzi do zaostrożenia ustawowej przesłanki wykluczenia z postępowania przy braku wyraźnej normy prawnej. Omawiane przepisy stanowią implementację art. 57 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24/UE<sup>34</sup>. Wprawdzie przyjmuje się, że państwa członkowskie są uprawnione do określenia czasu, w którym powinno dojść do spłaty zaległości lub stosownego porozumienia w tej sprawie<sup>35</sup>, nie oznacza to jednak, że prawo krajowe może całkowicie wyłączyć ten mechanizm w stosunku do określonego rodzaju procedur.

Druga możliwa interpretacja polega na uznaniu, że spłata zaległości lub zawarcie porozumienia w sprawie tej spłaty powinny nastąpić przed udzieleniem zamówienia. Na takim stanowisku stanęli m.in. autorzy urzędowego komentarza Prawa zamówień publicznych<sup>36</sup>. Wobec braku wyraźnej regulacji ustawowej należy uznać, że ta interpretacja jest najwłaściwsza, ponieważ wątpliwości dotyczące podstaw eliminacji z postępowania powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Wydaje się, że możliwa jest również trzecia interpretacja, zgodnie z którą omawiany mechanizm powinien być stosowany w sposób uwzględniający jego cel, jakim jest uniknięcie sytuacji, w której wykonawca dokonuje spłaty zaległości lub zawiera porozumienie z właściwym organem dopiero wtedy, gdy uznaje, że ma realne szanse na uzyskanie zamówienia. Wykładnia teleologiczna nakazuje

<sup>33</sup> M. Lubiszewski, *Zaległość podatkowa...*, s. 355.

<sup>34</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65), dalej: dyrektywa 2014/24/UE.

<sup>35</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 9 lutego 2006 r., C-226/04, EU:C:2006:94, § 31. Por. też R. Caranta, A. Sanchez-Graells, *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham, Northampton 2021, s. 604–605.

<sup>36</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 380.

uznać, że spłata lub zawarcie porozumienia powinny nastąpić przed zaangażowaniem się wykonawcy w sposób analogiczny do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty. W przypadku zamówienia z wolnej ręki takim momentem jest przystąpienie przez wykonawcę do negocjacji. W rezultacie przyjęcia takiej wykładni wykonawca zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, wobec którego zachodzi podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 6 lub art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p., mógłby przystąpić do tych negocjacji dopiero po spłacie zaległości lub po zawarciu porozumienia. Restrykcyjny charakter proponowanego podejścia do mechanizmu samooczyszczenia wymaga jednak określenia przez zamawiającego takiego *modus operandi* w dokumentach zamówienia, tj. w zaproszeniu do negocjacji.

## 7. SKUTKI NEGATYWNEGO WYNIKU KWALIFIKACJI PODMIOTOWEJ

Wykonawca, wobec którego zachodzi co najmniej jedna przesłanka określona w art. 108 lub art. 109 p.z.p., podlega wykluczeniu z postępowania. Wykluczenie to może nastąpić na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, co wynika z art. 110 p.z.p. Obecnie obowiązujące przepisy nie przewidują wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie przewidują odrębnej czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego zachodzi któraś z przesłanek z art. 108 lub art. 109 p.z.p. Jedynym sposobem eliminacji wykonawcy, który nie przeszedł pozytywnie kwalifikacji podmiotowej, jest odrzucenie jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 p.z.p.<sup>37</sup> albo odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Tu ponownie pojawia się wątpliwość wynikająca ze szczególnego charakteru trybu zamówienia z wolnej ręki. Skoro w tym trybie nie występuje wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani oferta, to w jaki sposób zamawiający powinien wyeliminować z postępowania wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania, lub który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu?

Z całą pewnością należy stwierdzić, że niedopuszczalne jest udzielenie zamówienia wykonawcy, wobec którego zachodzą podstawy określone w art. 108 lub art. 109 p.z.p., lub niespełniającemu warunków udziału w postępowaniu. Występujący w trybie zamówienia z wolnej ręki brak możliwości eliminacji wykonawcy

<sup>37</sup> Przepis ten znajduje zastosowanie w postępowaniach prowadzonych w trybach: przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego.

z postępowania poprzez odrzucenie jego wniosku albo oferty sprawia, że jedynym możliwym rozwiązaniem jest zakończenie przez zamawiającego negocjacji i unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 8 p.z.p.

## 8. WNIOSKI

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców ma zastosowanie w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, z wyjątkiem przewidzianej w art. 215 p.z.p. możliwości odstąpienia od stosowania art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Wprawdzie zamawiający może również odstąpić od żądania od wykonawcy złożenia oświadczenia wstępnego, należy to jednak uznać za ułatwienie proceduralne, a nie uchylenie całego mechanizmu kwalifikacji podmiotowej.

Cechy *stricte* negocjacyjnego trybu zamówienia z wolnej ręki (brak wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofert, udział w postępowaniu tylko jednego wykonawcy) sprawiają, że standardowe reguły dokonywania kwalifikacji podmiotowej, dostosowane do trybów przetargowych i negocjacyjno-przetargowych, wymagają adaptacji. Zamawiający, kierując się celem postępowania oraz względem sprawności, powinien określić: zakres kwalifikacji podmiotowej (obligatoryjne podstawy wykluczenia / fakultatywne podstawy wykluczenia / warunki udziału w postępowaniu), moment (przed przystąpieniem do negocjacji / w trakcie negocjacji / po zakończeniu negocjacji przez udzieleniem zamówienia) oraz sposób jej przeprowadzenia (kwalifikacja wstępna / kwalifikacja pełna / oświadczenie wstępne / podmiotowe środki dowodowe).

Niemale wątpliwości interpretacyjne budzą podstawy wykluczenia z postępowania związane z zaległością w opłacaniu podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Szczególny mechanizm samooczyszczenia przewidziany w art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p. nie uwzględnia faktu, że w trybie zamówienia z wolnej ręki nie dochodzi do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani oferty. Według niektórych autorów do samooczyszczenia może dojść zatem w każdym momencie postępowania, przed udzieleniem zamówienia. Taka interpretacja niweczy jednak jeden z celów tej specyficznej regulacji prawnej, jakim było nakłonienie wykonawcy do spłaty zaległości lub do zawarcia porozumienia w sprawie tej spłaty jeszcze przed złożeniem wniosku lub oferty, a więc zanim pozna on swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Przepisy ustawy nie sprzeciwiają się temu, aby zamawiający określił w zaproszeniu do negocjacji, że do spłaty zaległości w opłacaniu danin publicznych lub do zawarcia stosownego porozumienia w tej sprawie musi dojść przed przystąpieniem wykonawcy do negocjacji. Takie wyraźne postanowienie dokumentu zamówienia stałoby się wiążącym warunkiem zamówienia. Wątpliwość tę powinien jednak rozstrzygnąć ustawodawca, który powinien uwzględnić

specyfikę zamówienia z wolnej ręki w treści art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Jeżeli kwalifikacja podmiotowa wykaże, że wobec wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania lub że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, zamawiający jest zobowiązany zakończyć negocjacje bez udzielenia zamówienia i unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 8 p.z.p.

## REFERENCES

- Caranta R., Sanchez-Graells A., *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham, Northampton 2021
- Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Falkowska M., *Rzetelność i wiarygodność wykonawcy warunkiem ubiegania się o zamówienie*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 1
- Gawrońska-Baran A., Wiktorowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Kopaczyńska-Pieczniak K., *Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, nr 1
- Lubiszewski M., *O potrzebie dalszego usprawnienia procedur negocjacyjnych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 2
- Lubiszewski M., *Zaległość podatkowa jako podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 53
- Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016

*Agnieszka Malarewicz-Jakubów*

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

e-mail: [malarewicz@uwb.edu.pl](mailto:malarewicz@uwb.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-5964-4546

*Przemysław Brzozowski*

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

e-mail: [p.brzozowski@uwb.edu.pl](mailto:p.brzozowski@uwb.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-9166-5013

## **SKUTECZNOŚĆ NADZORU NAD WYKORZYSTANIEM MAJĄTKU SPÓŁEK KOMUNALNYCH W POLSCE**

### **EFFECTIVENESS OF SUPERVISION OVER THE DISBURSEMENT OF ASSETS OF MUNICIPAL COMPANIES IN POLAND**

#### **Abstract**

The article focuses on the issues of supervision over the disbursement of assets of municipal companies under Polish law. The authors discussed basic issues related to the system of municipal companies and presented the results of the research consisting in collecting and analyzing the reports of the Supreme Audit Office on the functioning of Polish municipal companies. Three categories of irregularities related to the supervision of the use of the property of municipal companies were distinguished: in the field of providing financial support to municipal companies, in the field of compliance with statutory restrictions on conducting business activity by municipal companies, and in the field of exercising ownership supervision over these companies. *De lege ferenda*

conclusions were also offered in the scope of legal provisions requiring amendment due to too much freedom of interpretation.

### KEYWORDS

municipal economy, municipal companies, local government, Supreme Audit Office, corporate governance

### SŁOWA KLUCZOWE

gospodarka komunalna, spółki komunalne, samorząd terytorialny, Najwyższa Izba Kontroli, nadzór właścicielski

## 1. WPROWADZENIE: POZYCJA USTROJOWA SPÓLEK KOMUNALNYCH

Transformacja ustrojowa, która miała w Polsce miejsce pod koniec XX w., skutkowałą upadkiem modelu państwa centralnie kierowanego i zmianą systemu państwa na demokratyczny. Podjęte po 1989 r. zmiany ustrojowe zmierzały do przekształcenia państwa komunistycznego w państwo w większym, choć wciąż niewystarczającym, stopniu zdecentralizowane, którego podstawę miał stanowić m.in. samorząd terytorialny. Jak stwierdził Gerald E. Caiden, reforma administracji nie może zastąpić ani politycznej, ani ekonomicznej, ani instytucjonalnej reformy. Zarazem – polityczne, ekonomiczne i instytucjonalne – reformy rzadko osiągają rezultaty bez reformy administracji<sup>1</sup>. Inny naukowiec, François Saint-Ouen, zaznaczył w podobnym duchu, że decentralizacja jest procesem przywracającym harmonię podziału władzy, który następuje po krótszym lub dłuższym czasie nadmiernej centralizacji<sup>2</sup>.

W związku z położeniem przez ustrojodawcę nacisku na upodmiotowienie społeczności gminnej, lokalnej i regionalnej uznaje się, że jednostki samorządu terytorialnego zostały utworzone w celu realizacji interesów lokalnych, a nie realizacji celów państwowych w terenie – co nierozzerwalnie jest związane z założeniami decentralizacji ustrojowej państwa<sup>3</sup>. Wszystkie te swoiste misje

---

<sup>1</sup> G.E. Caiden, *Administrative Reform Comes of Age*, Berlin–New York 1991, s. 11.

<sup>2</sup> F. Saint-Ouen, *Podział władzy w demokracji europejskiej*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 6, s. 7.

<sup>3</sup> B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2021, s. 22.

decentralizacji mają wspólny cel – zapewnienie warunków do jak najpełniejszej przestrzeni uczestnictwa politycznego i obywatelskiego<sup>4</sup>.

Istotą realizacji funkcji samorządu terytorialnego jest, najogólniej ujmując, zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej danego szczebla. Zadania, które prowadzą do tego celu, mają charakter zadań publicznych, realizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego. Ta reakcja państwa i samorządu wobec potrzeb społecznych mieszkańców danego obszaru, które wymagają zaspokojenia, określana jest jako gospodarka komunalna<sup>5</sup>. Zgodnie z art. 1 ustawy o gospodarce komunalnej<sup>6</sup> pojęcie gospodarki komunalnej obejmuje więc wykonywanie przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej i obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Przymiotnik „komunalny” pochodzi od francuskiego słowa *communal*, opisującego wspólność odnoszącą się historycznie do „miejskości”. Komunami nazywano bowiem organizacje mieszczan w średniowiecznej Europie<sup>7</sup>. Mimo to termin „gospodarka komunalna” jest używany w odniesieniu do wszystkich trzech szczebli polskiego samorządu terytorialnego – gmin, powiatów i województw<sup>8</sup>. W wymiarze podmiotowym gospodarka komunalna obejmuje więc przede wszystkim jednostki samorządu terytorialnego – jako podmioty odpowiedzialne za prowadzenie polityki komunalnej oraz odpowiadające za wykonywanie gospodarki komunalnej.

Podmioty wykonujące zadania z zakresu zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej mają ogólnie określone zasady i formy gospodarki komunalnej, które ustawodawca przyjął w celu stworzenia ogólnych uniwersalnych ram jej prowadzenia. Jednostki samorządu terytorialnego mogą więc, zgodnie z art. 2 i 3 u.g.k., prowadzić gospodarkę komunalną w szczególności w formie samorządowego zakładu budżetowego lub spółki prawa handlowego, lub dokonać powierzenia wykonywania tych zadań w drodze umowy cywilno-

<sup>4</sup> D. de Rougemont, *A Divided or a Federate Europe?*, (w:) *The Future is Tomorrow*, European Cultural Foundation, Amsterdam 1972, s. 73–78; H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Pionowy podział władzy*, Warszawa 2020, s. 95–99.

<sup>5</sup> L. Kieres, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2018, s. 60–63.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2021 r. poz. 679, z późn. zm.), dalej: u.g.k.

<sup>7</sup> Narodowe Centrum Kultury, *Odpady komunalne*, [https://www.nck.pl/projekty-kulturalne/-projekty/ojczysty-dodaj-do-ulubionych/ciekawostki-jezykowe/ODPADY\\_KOMUNALNE.ajax](https://www.nck.pl/projekty-kulturalne/-projekty/ojczysty-dodaj-do-ulubionych/ciekawostki-jezykowe/ODPADY_KOMUNALNE.ajax) (dostęp: 22.09.2022).

<sup>8</sup> C. Banasiński, K. Jaroszyński, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 18.



prawnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym niemającym osobowości prawnej.

Najczęściej wykorzystywaną formą prowadzenia gospodarki komunalnej w Polsce są spółki prawa handlowego, czyli tzw. spółki komunalne – w 2021 r. funkcjonowały 3083 spółki z udziałem jednostek samorządu terytorialnego<sup>9</sup>. Są one swoistą hybrydą podmiotu prywatnoprawnego i publicznoprawnego. Z jednej strony stosuje się wobec nich regulacje dotyczące spółek prawa handlowego, a z drugiej – ogranicza je kategoria zadań, które ustawodawstwo przypisuje ich działalności<sup>10</sup>. Do spółek komunalnych nie możemy więc bezrefleksyjnie zastosować funkcjonującej w prawie spółek zasady prymatu kapitału spółki nad jej elementem osobowym. Chroniony prawnie interes spółki jest niezaprzeczalny, nie zawsze jednak będzie się on wyrażał jej interesem majątkowym<sup>11</sup>.

Należy zauważyć, że ustawa o gospodarce komunalnej nakłada na podmioty samorządowe bardzo rygorystyczne warunki tworzenia spółek komunalnych lub przystępowania do nich. Tak wąska regulacja jest wynikiem woli ustawodawcy do zapewnienia szerokiej ochrony podmiotom prywatnym przed ingerencją państwa (samorządu) w sferę wolnorynkową. Nieograniczona działalność gospodarcza spółek komunalnych powodowałaby nierówną konkurencję między podmiotami publicznymi i prywatnymi na danym rynku, zapewniając tym pierwszym nieuzasadnioną przewagę finansową. Skoro zaś państwo ma konstytucyjny obowiązek ochrony wolności gospodarczej oraz wolności konkurencji, to tym samym dla działalności gospodarczej podmiotów publicznych konieczna jest zawsze określona podstawa prawna<sup>12</sup>.

## 2. PRZEDMIOT I CEL ARTYKUŁU ORAZ ZASTOSOWANE METODY BADAWCZE

Autorzy przeanalizowali przepisy regulujące udzielanie wsparcia finansowego przez jednostki samorządu terytorialnego spółkom prawa handlowego, których jednostki te są udziałowcami, oraz regulacje dotyczące ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej przez spółki komunalne i nadzoru właścicielskiego nad tymi spółkami. Następnie szczegółowo zbadano informacje

<sup>9</sup> Główny Urząd Statystyczny, *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON*, 2021, s. 136.

<sup>10</sup> L. Kieres, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, s. 109–110.

<sup>11</sup> A. Malarewicz-Jakubów, *Zasada słuszności w prawie handlowym*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2015, nr 30, s. 8.

<sup>12</sup> R. Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart 2004, s. 68.

przedstawione w ostatnich latach przez Najwyższą Izbę Kontroli, która skontrolowała w tym zakresie część spółek samorządowych w Polsce. Celem artykułu jest przedstawienie najważniejszych wniosków przeprowadzonego przez autorów badania, w tym w szczególności wskazanie obszarów najistotniejszych nieprawidłowości dotyczących badanego obszaru oraz sformułowanie propozycji *de lege ferenda*, które pozwoliłyby zmniejszyć skalę nadużyć.

Badanie opierało się na analizie przepisów prawnych dotyczących pozycji ustrojowej spółek komunalnych, a także szczegółowo w zakresie udzielania wsparcia finansowego przez jednostki samorządowe ich spółkom komunalnym, ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej przez te spółki (metoda dogmatycznoprawna). Dokonano także analizy dokumentacji sporządzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli w zakresie kontroli spółek komunalnych (metoda empiryczna). Głównymi zagadnieniami, na które została zwrócona uwaga podczas wykorzystania metody empirycznej, były: nieprawidłowości stwierdzone przez Najwyższą Izbę Kontroli, wyjaśnienia spółek komunalnych i ich właścicieli (jednostek samorządu terytorialnego), wnioski i propozycje zmian przedstawione przez Najwyższą Izbę Kontroli.

Autorzy w celu zbadania prawidłowości nadzoru nad udzielaniem wsparcia finansowego spółkom komunalnym przez jednostki samorządu terytorialnego zebrali i przeanalizowali wiele raportów Najwyższej Izby Kontroli w zakresie funkcjonowania polskich spółek komunalnych<sup>13</sup>. Analizie zostały poddane w szczególności zagadnienia związane z udzielaniem wsparcia finansowego spółkom komunalnym, przestrzeganiem ustawowych ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej przez spółki komunalne i skutecznością nadzoru właścicielskiego nad tymi spółkami.

Najwyższa Izba Kontroli w ciągu kolejnych lat stwierdziła dużą skalę nieprawidłowości w kontrolowanych spółkach, wynikającą zarówno z nieprecyzyjnych lub niespójnych przepisów prawa, jak i z zaniedbań decydentów spółek komunalnych i jednostek samorządu terytorialnego będących ich udziałowcami. Autorzy zdecydowali się podzielić je na trzy kategorie, o których mowa poniżej.

---

<sup>13</sup> Najwyższa Izba Kontroli, Departament Gospodarki, Skarbu Państwa i Prywatyzacji, Realizacja zadań publicznych przez spółki tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego, KGP-4101-002-00/2014, nr ewid. 13/2014/P/14/019/KGP; Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura w Łodzi, Funkcjonowanie spółek komunalnych w województwie łódzkim, nr ewid. 162/2014/P/13/160/LLO; Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura w Lublinie, Działalność spółek komunalnych w województwie lubelskim, LLU.430.05.2020, nr ewid. 5/2021/P/20/068/LLU; Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura we Wrocławiu, Finansowanie i wspieranie działalności spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego w województwie dolnośląskim, LWR.430.002.2021, nr ewid. 65/2021/P/20/088/LWR; Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura w Szczecinie, Funkcjonowanie spółek komunalnych w województwie pomorskim i zachodniopomorskim, LSZ.430.003.2021, nr ewid. 148/2021/P/21/092/LSZ.

### 3. NIEPRAWIDŁOWOŚCI ZWIĄZANE Z UDZIELANIEM WSPARCIA FINANSOWEGO SPÓŁKOM KOMUNALNYM

Od 2011 do 2021 r. liczba spółek komunalnych wzrosła z 2806 do 3083 podmiotów, a komunalnych spółek jednoosobowych – z 1891 do 2392. Oznacza to, że w ciągu dekady odnotowano przyrost spółek samorządowych o wartości około 9,9%, a spółek jednoosobowych – w przybliżeniu o 26,5%<sup>14</sup>. Powyższe prowadzi do wniosku, że rola spółek komunalnych w sektorze podmiotów gospodarki narodowej wciąż rośnie.

Jak już wspomniano, jednostki samorządu terytorialnego mogą udzielać spółkom komunalnym wsparcia finansowego za pomocą wielu narzędzi, m.in. poprzez podwyższanie kapitału zakładowego wkładem pieniężnym lub niepieniężnym, udzielanie dopłat do kapitału zapasowego lub rezerwowego, udzielanie rekompensat z tytułu świadczenia usług komunalnych i zamówień publicznych *in-house*, dotacji, poręczeń, gwarancji, umorzeń i odroczeń.

Problemy dofinansowywania spółek komunalnych rozpoczynają się już na etapie zasadności wnoszenia dodatkowego majątku przez jednostki samorządu terytorialnego do tych podmiotów. Wyniki raportów w tym zakresie obrazują, że jedynie co piąta spółka dokonuje analizy lub oszacowania potrzeb spółki związanych z realizowanymi zadaniami lub korzyściami dla spółki lub samorządu. Nie oznacza to, że wszelkie wsparcia nieoprowadzone takim oszacowaniem były nieuzasadnione, ale nasuwa wątpliwości co do gospodarności i celowości takiego działania. Jak wskazuje Najwyższa Izba Kontroli, wskazane byłoby przeprowadzanie w tym zakresie rzetelnego testu prywatnego inwestora, odpowiednie ukształtowanie zamierzenia inwestycyjnego (np. zgodnie z kryteriami Altmark) czy rozważenie różnych modeli realizacji inwestycji. Dodatkowo analiza prawna poprzedzająca udzielenie wsparcia publicznego jest wskazana również ze względu na przesądzenie, czy wymagane jest spełnienie dodatkowych warunków prawnych, np. uzyskania opinii Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów<sup>15</sup>.

Jak wynika z kontroli przeprowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli, odnotowuje się przypadki transferów majątkowych do spółek komunalnych nieuzasadnionych pod względem celowym oraz pod kątem realizowanych przez samorządy zadań. Stwierdzono w tym zakresie m.in. wnoszenie przez jednostki samorządu terytorialnego udziałów jednej spółki komunalnej do innej, niezwiązanej z nią przedmiotem działalności, oraz kierowanie do spółek wsparcia pie-

<sup>14</sup> Główny Urząd Statystyczny, *Zmiany strukturalne...*, 2021, s. 136; Główny Urząd Statystyczny, *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON*, 2011, s. 154.

<sup>15</sup> Taki warunek przewiduje np. art. 12 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz.U. z 2021 r. poz. 743, z późn. zm.).

nieżnego na działalność wykraczającą poza sferę użyteczności publicznej (o tym szerzej w dalszej części).

Ponadto w spółkach komunalnych występują sytuacje udzielania wsparcia majątkowego przez inne spółki należące do tej samej jednostki samorządu terytorialnego, np. w formie umów sponsorskich, mimo że podmioty te wykonują zupełnie różne zadania publiczne. Do przypadków osiągania takich dochodów dochodzi często w spółkach zajmujących się szeroko pojętą działalnością sportową i kulturalną, które chętnie zawierają umowy dotyczące działań marketingowo-wizerunkowych. Przekazywane w sposób zupełnie uznaniowy środki pozbawione są jakiegokolwiek bieżącej kontroli i często nie mają ekonomicznego uzasadnienia.

Należy zauważyć, że zawieranie wskazanych umów sponsoringu poprzez działania marketingowo-wizerunkowe nie jest wprost zabronione przez obowiązujące prawo. Przepisy nie przewidują obowiązku sporządzania przez spółki komunalne analiz w przedmiocie zasadności podejmowania takich kroków, w szczególności wpływu reklamy na działalność i wyniki spółki czy kręgu odbiorców reklamy. W związku z powyższym należałoby postulować *de lege ferenda* wprowadzenie zasad regulujących ten obszar, aby ograniczyć niegospodarne i niecelowe wydatkowanie środków pochodzących z jednostek samorządu terytorialnego.

Najwyższa Izba Kontroli zwraca uwagę, że problemem udzielania przez jednostki samorządu terytorialnego wsparcia majątkowego spółkom komunalnym z ich udziałem jest także doraźność tych działań. W przeważającej liczbie skontrolowanych samorządów nie określano bowiem wieloletnich planów lub strategii przekazywania takich świadczeń, a raczej są one zabezpieczane w corocznych budżetach tych jednostek.

#### **4. NIEPRAWIDŁOŚCI ZWIĄZANE Z PRZESTRZEGANIEM USTAWOWYCH OGRANICZEŃ PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ PRZEZ SPÓŁKI KOMUNALNE**

Istotą działalności jednostek samorządu terytorialnego oraz spółek z ich udziałem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Jest to przejaw decentralizacji wykonywania zadań publicznych przez państwo, mającej na celu przybliżenie osób podejmujących decyzje istotne dla mieszkańców do danego obszaru. Ta reakcja państwa i samorządu wobec potrzeb społecznych mieszkańców danego terytorium, które wymagają zaspokojenia, określana jest mianem gospodarki komunalnej<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> L. Kieres, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, s. 60–63.

Zadania, które prowadzą do tego celu, mają charakter zadań publicznych i przejawiają się w podejmowaniu i wykonywaniu działalności przez właściwe jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 1 u.g.k. zakres przedmiotowy gospodarki komunalnej wypełniają więc przede wszystkim zadania jednostek samorządu terytorialnego ze sfery użyteczności publicznej. Definicja użyteczności publicznej, jak też jej zakres nie są w polskim systemie prawnym precyzyjne. Pojawiające się zarówno w doktrynie, jak i praktyce wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie nie sprzyjają pewności prawa oraz prowadzą do kwestionowania legalności wykonywania niektórych działalności przez jednostki samorządu terytorialnego oraz ich jednostki organizacyjne i spółki.

Nie ma jednak wątpliwości co do tego, że zawartość pojęcia użyteczności publicznej wypełniają zadania o szczególnym znaczeniu i charakterze. Jest to widoczne w ich treści i formach organizacyjnych odnoszonych do działalności, która jest podejmowana i wykonywana w celu realizacji zadań o charakterze użyteczności publicznej<sup>17</sup>. Jak zauważył Naczelny Sąd Administracyjny, polskie prawo ustala tym samym tożsamość użyteczności publicznej przez wyróżnienie jej elementów<sup>18</sup>. Artykuł 1 ust. 1 i 2 u.g.k. wskazuje bowiem pewne cechy charakteryzujące zadania o charakterze użyteczności publicznej. Są to: cel stanowiący zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności, świadczenie usług powszechnie dostępnych oraz działanie bieżące i nieprzerwane. Aby można było mówić o zadaniu o charakterze użyteczności publicznej, przesłanki te muszą być spełniane łącznie<sup>19</sup>.

W wymiarze podmiotowym gospodarka komunalna obejmuje przede wszystkim jednostki samorządu terytorialnego jako podmioty odpowiedzialne za prowadzenie polityki komunalnej oraz odpowiadające za wykonywanie gospodarki komunalnej. Zakres podmiotowy gospodarki komunalnej jest jednak zdecydowanie szerszy. Wyróżnia się w tym kontekście również inne jednostki organizacyjne wykonujące zadania z zakresu zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Dzieli się je na podmioty: samoistne (np. stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego, związki jednostek samorządu terytorialnego), zależne (np. spółdzielnie z udziałem jednostek samorządu terytorialnego, fundacje, których fundatorem jest jednostka samorządu terytorialnego, spółki z udziałem jednostek samorządu terytorialnego) oraz autonomiczne (osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym dana jednostka samorządowa powierzyła w drodze umowy wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej)<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> L. Kieres, (w:) L. Kieres (red.), *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 321.

<sup>18</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 11 września 2003 r., II SA/Wr 1234/03, „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 2004, nr 1, s. 12.

<sup>19</sup> C. Banasiński, K. Jaroszyński, *Ustawa o gospodarce...*, s. 37.

<sup>20</sup> M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 27–29; L. Kieres, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, s. 65.

We wskazanym zakresie dopuszczalnej działalności spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego odnotowuje się potężną skalę nieprawidłowości. Zgodnie z dostępnymi badaniami nawet co trzecia spółka komunalna narusza przepisy dotyczące ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej, a co piąta prowadzi lub częściowo prowadzi działalność w żadnym stopniu niezwiązaną z zadaniami jednostek samorządu terytorialnego określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym<sup>21</sup> i art. 14 ust. 1 ustawy o samorządzie województwa<sup>22</sup>.

Nieprawidłowości występują także w zakresie zbyt szerokiej interpretacji przesłanek udziału samorządu w spółkach prowadzących działalność poza sferą użyteczności publicznej. Zgodnie z art. 10 u.g.k. oraz art. 13 ust. 2 u.s.w. działalność tego rodzaju może być wykonywana wyjątkowo, przy spełnieniu określonych przesłanek. Przepisy te są od lat krytykowane przez doktrynę oraz środowisko samorządowe ze względu na ich niedookreślony i ocenny charakter, m.in. co do sformułowań „spółka ważna dla rozwoju gminy”, „spółka prowadząca czynności promocyjne”.

Mimo tych nieścisłości, które powinny być usunięte przez ustawodawcę, nie może dochodzić do sytuacji nadużywania prawa przez jednostki samorządu terytorialnego. Niestety, w badaniach odnotowuje się pomijanie merytorycznej analizy występowania ustawowych przesłanek działalności poza sferą użyteczności publicznej lub niewłaściwe ich zastosowanie polegające na zbyt daleko idącej wykładni rozszerzającej (np. działalność deweloperska uzasadniana jako działalność ważna dla rozwoju gminy, prowadzenie obiektu komercyjnego o wysokim standardzie kwalifikowane jako działalność z zakresu targowisk miejskich).

Ponadto, choć wydawałoby się to sytuacją skrajną, badania wskazują, że nawet do 5% spółek komunalnych prowadzi działalność niezgodną z celem wskazanym im przez organ uchwałodawczy jednostki samorządu terytorialnego. Powyższe nie odnosi się do drobnych nieprawidłowości. Dla przykładu można wskazać, że spółka powołana do promocji gospodarczej regionu zajmowała się prowadzeniem szpitala publicznego. Świadczy to o występujących przypadkach rażących zaniedbań w zakresie nadzoru właścicielskiego jednostek samorządu terytorialnego nad spółkami, do których te jednostki należą, oraz braku właściwego nadzoru wojewodów nad tym zagadnieniem.

Nieprecyzyjne przepisy prowadzą również do kwestionowania działalności wojewódzkich spółek komunalnych w zakresie udzielania poręczeń i pożyczek z wykorzystaniem środków z budżetu Unii Europejskiej, która tłumaczona jest potrzebą tworzenia warunków rozwoju gospodarczego regionu. Podczas badania tego rodzaju usług należy zwrócić szczególną uwagę na to, czy spółki nastawione są na osiągnięcie zysku, co mogłoby prowadzić do szkody dla budżetu unijnego.

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2023 r. poz. 40).

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2022 r. poz. 2094), dalej: u.s.w.

Działalność funduszy poręczeniowych i pożyczkowych powinna mieścić się w zakresie niezwykle ogólnego art. 11 u.s.w., przy czym musi być to działalność bieżąca, nieprzerwana i powszechnie dostępna.

## 5. NIEPRAWIDŁOWOŚCI ZWIĄZANE ZE SPRAWOWANIEM NADZORU WŁAŚCICIELSKIEGO NAD SPÓŁKAMI KOMUNALNYMI

Kierując się kryterium podmiotu nadzorującego, nadzór właścicielski nad spółkami z udziałem jednostek samorządu terytorialnego jest jedną z trzech form (obok obligatoryjnego nadzoru przez radę nadzorczą<sup>23</sup> i kontroli wspólnika) nadzoru nad działalnością spółek komunalnych. Jest on sprawowany przez samorządy lub ich jednostki organizacyjne, które są związane w tym zakresie uchwałami organów stanowiących oraz zarządzeniami organów wykonawczych poszczególnych szczebli samorządu, w których określa się: zasady, cele, zakres i sposób sprawowania nadzoru właścicielskiego<sup>24</sup>. Nadzór właścicielski nad spółkami komunalnymi przejawia się w dążeniu do zaspokojenia interesów właścicieli i interesariuszy spółki w zakresie zarządzania mieniem komunalnym<sup>25</sup>.

Nadzór właścicielski może przybierać trojaki charakter. Po pierwsze, formalny – dotyczący kontroli pod względem formalnym dokumentów przedłożonych przez zarządy i rady nadzorcze spółek. Po drugie, merytoryczny – związany z podejmowaniem bezpośrednich czynności przez samorządy i ich jednostki organizacyjne w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i inwestycyjnej (np. analiza umów, opiniowanie projektów). Trzecim rodzajem nadzoru właścicielskiego może być nadzór ekonomiczno-finansowy polegający na analizowaniu i ocenie składanych sprawozdań finansowych oraz przekazywanych danych finansowych, a także dokonywaniu pomiaru skuteczności i efektywności ekonomicznej działalności spółek<sup>26</sup>. Nadzór właścicielski – realizujący powyższe założenia oraz zorganizowany w sposób systematyczny, uporządkowany, z jasno i precyzyjnie określonymi wytycznymi i celami – można uznać za spełniający

<sup>23</sup> Szerzej: P. Brzozowski, *Członkostwo w radzie nadzorczej gminnej spółki prawa handlowego*, „Acta Scientifica Academiae Ostroviensis. Sectio A. Nauki Humanistyczne, Społeczne i Techniczne” 2018, nr 12(2), s. 146–149.

<sup>24</sup> A. Zołotar (red.), *Spółki jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2014, s. 36.

<sup>25</sup> Ł. Żabski, (w:) P. Laskowski (red.), *Samorząd terytorialny i rozwój lokalny*, t. 38, Wałbrzych 2016, s. 172.

<sup>26</sup> Ł. Żabski, *Instytucje nadzoru właścicielskiego nad spółkami samorządowymi*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 493, s. 194–195.

wymogi kontroli zarządczej, regulowanej przez art. 68 ust. 1 ustawy o finansach publicznych<sup>27</sup>.

Niestety, mimo organizacji komórek nadzoru właścicielskiego w jednostkach samorządu terytorialnego (zadowolający stan zatrudnienia i poziom przeszkolenia pracowników odpowiedzialnych za ten obszar) w praktyce zauważa się wiele problemów związanych ze skutecznością sprawowania nadzoru właścicielskiego nad spółkami komunalnymi. W pierwszej kolejności w kontrolowanych spółkach co do zasady nie sformułowano wspomnianych wyżej pisemnych założeń, które pozwalałyby na systematyczny, uporządkowany i precyzyjny nadzór.

Oprócz tego znaczna część spółek komunalnych sprowadza nadzór właścicielski głównie do nadzoru pasywnego i formalnego, ograniczonego do kontroli dokumentów przedłożonych przez spółki do jednostek samorządu terytorialnego. Oznacza to, że nie wykorzystuje się dostatecznie często uprawnień samorządów do kontroli na podstawie art. 212 Kodeksu spółek handlowych<sup>28</sup>, który umożliwia m.in. analizę ksiąg i dokumentów spółki, sporządzanie bilansu na swój użytek, żądanie wyjaśnień od zarządu spółki komunalnej. Z wyjaśnień składanych w tym zakresie w toku kontroli przez jednostki samorządu terytorialnego wynika, że komórki odpowiedzialne za nadzór właścicielski uznają często, że kontrola tego rodzaju powinna odbywać się z inicjatywy członków rad nadzorczych.

W przypadku wielu jednostek samorządu terytorialnego dochodzi również do poważnych zaniedbań w zakresie przestrzegania przepisów o zasadach doboru i wynagradzania członków organów spółek komunalnych. Dla przykładu, zgodnie z art. 2 ustawy o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami<sup>29</sup> samorzady były zobowiązane do:

- doprowadzenia do głosowania przez walne zgromadzenie spółki projektów uchwał w sprawie zasad kształtowania wynagrodzeń członków organów zarządzających i nadzorczych spółki,
- odebrania od kandydatów na członków organów nadzorczych oświadczenia o przyjęciu obowiązku kształtowania w spółce wynagrodzeń członków organu zarządzającego zgodnie z ustawą.

Jak wynika z przeprowadzonych kontroli, co prawda we wszystkich gminach przyjęto uchwały w sprawie kształtowania zasad wynagrodzeń członków zarządów i organów nadzorczych, ale niemal w żadnej z nich nie wyegzekwowano zgodnie z prawem od kandydatów na członków rad nadzorczych realizowania wymogów dotyczących oświadczeń, o których mowa w tiret drugim powyżej.

<sup>27</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1634, z późn. zm.).

<sup>28</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1467, z późn. zm.).

<sup>29</sup> Ustawa z dnia 9 czerwca 2015 r. o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami (Dz.U. z 2020 r. poz. 1907, z późn. zm.).



Stwierdzono w tym zakresie przypadki zarówno nieodebrania w ogóle takich oświadczeń, jak i złożenia oświadczeń z naruszeniem przepisów prawa.

Należy podkreślić, że nieskuteczny nadzór właścicielski prowadzi m.in. do nieprawidłowego udzielania wsparcia finansowego spółkom komunalnym oraz następnie do niezgodnego z prawem wydatkowania tych środków (m.in. poza obszarem zadań samorządu). W związku z tym wysoce niepokojące wydają się wyniki kontroli Najwyższej Izby Kontroli, które wskazują, że zdecydowana większość jednostek samorządu terytorialnego nie wypełnia rzetelnie i legalnie zadań związanych ze sprawowaniem nadzoru właścicielskiego nad spółkami prawa handlowego z ich udziałem. Powinno to skłonić ustawodawcę do rewizji przepisów w tym zakresie zgodnie z postulatami zgłaszanymi od lat przez doktrynę, organy kontroli oraz środowisko samorządowe.

## 6. WNIOSKI

Podsumowując przedstawione niektóre nieprawidłowości w funkcjonowaniu spółek komunalnych, negatywnie należy odnieść się do skali tych nieprawidłowości, związanych zarówno z zarządzaniem spółkami, jak i z nadzorem nad nimi.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na nieprecyzyjne i niespójne przepisy prawa, w szczególności ustawy o gospodarce komunalnej. Pojawiające się wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie z pewnością są jedną z przyczyn patologii w tym sektorze gospodarki. Co więcej, niska jakość prawa stanowionego – jako czynnik w pewien sposób zewnętrzny od samej wewnętrznej działalności spółek komunalnych – jest wygodnym argumentem dla decydentów jednostek samorządu terytorialnego i ich spółek, podnoszonym w celu usprawiedliwiania nadużywania prawa. Zwiększenie obowiązków sprawozdawczych i analitycznych w zakresie monitorowania majątku spółek komunalnych również mogłoby sprzyjać zmniejszeniu skali nieprawidłowości.

Należy podkreślić, że wiele stwierdzonych nieprawidłowości prowadzi m.in. do nieprawidłowego udzielania wsparcia finansowego spółkom komunalnym, a w następstwie do niezgodnego z prawem wydatkowania środków publicznych. W związku z tym wysoce niepokojące wydają się wyniki kontroli NIK-u, które wskazują, że zdecydowana większość jednostek samorządu terytorialnego nie wypełnia rzetelnie i legalnie zadań związanych ze sprawowaniem nadzoru właścicielskiego nad spółkami prawa handlowego z ich udziałem. Nieefektywność nadzoru zgromadzenia wspólników (jednostek samorządu terytorialnego) i rad nadzorczych powoduje również brak systemowego, całościowego nadzoru nad spółkami komunalnymi. Powyższe powinno skłonić ustawodawcę do rewizji przepisów w tym zakresie zgodnie z postulatami zgłaszanymi od lat przez doktrynę, organy kontroli oraz środowisko samorządowe.

Inną przyczyną tego stanu rzeczy jest jedynie iluzoryczny nadzór tego obszaru przez wojewodów. Z badań wynika, że wojewodowie w żadnym z przypadków nie zakwestionowali niezgodnej z prawem działalności podejmowanej przez spółki komunalne. Należałoby pochylić się głębiej nad tym problemem i ocenić, czy wojewodowie nie dysponują wystarczającymi narzędziami nadzorczymi, czy też problem wynika raczej z nieprawidłowej organizacji czynności nadzorczych.

## REFERENCES

- Banasiński C., Jaroszyński K., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2017
- Brzozowski P., *Członkostwo w radzie nadzorczej gminnej spółki prawa handlowego*, „Acta Scientifica Academiae Ostroviensis. Sectio A. Nauki Humanistyczne, Społeczne i Techniczne” 2018, nr 12(2)
- Caiden G.E., *Administrative Reform Comes of Age*, Berlin–New York 1991
- Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2021
- Główny Urząd Statystyczny, *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON*, 2011
- Główny Urząd Statystyczny, *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON*, 2021
- Izdebski H., *Samorząd terytorialny. Pionowy podział władzy*, Warszawa 2020
- Kieres L., (w:) L. Kieres (red.), *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009
- Kieres L., (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2018
- Malarewicz-Jakubów A., *Zasada słuszności w prawie handlowym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 30
- Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura w Lublinie, Działalność spółek komunalnych w województwie lubelskim, LLU.430.05.2020, nr ewid. 5/2021/P/20/068/LLU
- Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura w Łodzi, Funkcjonowanie spółek komunalnych w województwie łódzkim, nr ewid. 162/2014/P/13/160/LLO
- Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura w Szczecinie, Funkcjonowanie spółek komunalnych w województwie pomorskim i zachodniopomorskim, LSZ.430.003.2021, nr ewid. 148/2021/P/21/092/LSZ
- Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura we Wrocławiu, Finansowanie i wspieranie działalności spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego w województwie dolnośląskim, LWR.430.002.2021, nr ewid. 65/2021/P/20/088/LWR
- Najwyższa Izba Kontroli, Departament Gospodarki, Skarbu Państwa i Prywatyzacji, Realizacja zadań publicznych przez spółki tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego, KGP-4101-002-00/2014, nr ewid. 13/2014/P/14/019/KGP
- Narodowe Centrum Kultury, *Odpady komunalne*, [https://www.nck.pl/projekty-kulturalne/-projekty/ojczysty-dodaj-do-ulubionych/ciekawostki-jezykowe/ODPADY\\_KOMUNALNE.ajax](https://www.nck.pl/projekty-kulturalne/-projekty/ojczysty-dodaj-do-ulubionych/ciekawostki-jezykowe/ODPADY_KOMUNALNE.ajax) (dostęp: 27.09.2022)

- Rougemont D. de, *A Divided or a Federate Europe?*, (w:) *The Future is Tomorrow*, European Cultural Foundation, Amsterdam 1972
- Saint-Ouen F., *Podział władzy w demokracji europejskiej*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 6
- Stober R., *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart 2004
- Szydło M., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008
- Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2023 r. poz. 40)
- Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2021 r. poz. 679, z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2022 r. poz. 2094)
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1467, z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz.U. z 2021 r. poz. 743, z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1634, z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2015 r. o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami (Dz.U. z 2020 r. poz. 1907, z późn. zm.)
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 11 września 2003 r., II SA/Wr 1234/03, „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 2004, nr 1
- Zołotar A. (red.), *Spółki jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2014
- Żabski Ł., *Instytucje nadzoru właścicielskiego nad spółkami samorządowymi*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 493
- Żabski Ł., (w:) P. Laskowski (red.), *Samorząd terytorialny i rozwój lokalny*, t. 38, Wałbrzych 2016

*Konrad Marciniuk*

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: [k.marciniuk@wpia.uw.edu.pl](mailto:k.marciniuk@wpia.uw.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-9201-6891

## **PROBLEMATYKA PRAWNA LOKALIZOWANIA INSTALACJI WYTWÓRCZYCH ODNAWIALNYCH ŹRÓDEŁ ENERGII**

### **LEGAL ISSUES OF LOCATING INSTALLATIONS GENERATING RENEWABLE ENERGY SOURCES**

#### **Abstract**

The article discusses the legal and administrative regulations regarding location of installations generating energy from renewable sources (RES). The growing importance of generating energy from renewable sources and the significant involvement of public funds allocated to support the development of RES generation infrastructure contrast with the lack of coherent legal regulations regarding the implementation of this type of investment. The legal provisions governing the investment process involving the construction of RES installations remain dispersed in many normative acts, and decisions concerning the construction of new installations are made by various authorities as part of separate administrative proceedings regarding individual legal aspects of these investments. Issues related to the location of renewable energy sources installations are regulated primarily in the area of spatial planning and development regulations, with the provisions of specific acts discussed in the article also playing an important role, including, in particular, the acts on renewable energy sources and those on investments in wind farms.

**KEYWORDS**

renewable energy sources, photovoltaic power plants, wind power plants, RES investments, investment location, climate change, energy transformation

**SŁOWA KLUCZOWE**

odnawialne źródła energii, elektrownie fotowoltaiczne, elektrownie wiatrowe, inwestycje OZE, lokalizacja inwestycji, zmiana klimatu, transformacja energetyczna

W warunkach postępującego kryzysu klimatycznego, a szczególnie wobec potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa i samowystarczalności energetycznej Polski, w tym tworzenia warunków do dalszego rozwoju gospodarczego oraz podnoszenia konkurencyjności polskiej gospodarki, a także wobec zaciągniętych przez Polskę zobowiązań międzynarodowych<sup>1</sup>, jednym z priorytetów polityki państwa staje się stworzenie warunków do przyspieszenia transformacji energetycznej w kraju. Niewątpliwie w centrum tej transformacji znajduje się problematyka odnawialnych źródeł energii (OZE)<sup>2</sup>. Dzięki innowacyjnym tech-

---

<sup>1</sup> Zobowiązania międzynarodowe Polski w zakresie zmian klimatu wynikają przede wszystkim z postanowień Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, a w szczególności Protokołu z Kioto. Polska ratyfikowała Konwencję w dniu 28 lipca 1994 r. W świetle tej Konwencji Polska jest zobowiązana m.in. do: (i) opracowania i wdrożenia państwowej strategii redukcji emisji gazów cieplarnianych, w tym mechanizmów ekonomicznych i administracyjnych, oraz okresowej kontroli jej wdrażania; (ii) inwentaryzacji emisji i pochłaniania gazów cieplarnianych dla każdego roku według metodologii przyjętej przez Konferencję Stron i na tej podstawie monitoringu zmian emisji; (iii) opracowania długookresowych scenariuszy redukcji emisji dla wszystkich sektorów gospodarczych, oddzielnie dla każdego gazu; (iv) prowadzenia badań naukowych w zakresie problematyki zmian klimatu; (v) opracowywania okresowych raportów dla Konferencji Stron zawierających szczegółowe informacje o wypełnianiu wskazanych zobowiązań.

<sup>2</sup> Zgodnie z art. 2 pkt 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (Dz.Urz. UE L 328, s. 82) „energia ze źródeł odnawialnych” oznacza energię z odnawialnych źródeł niekopalnych, to jest: energię wiatru, energię promieniowania słonecznego, energię aerotermalną, geotermalną i hydrotermalną, energię oceanów i hydroenergię, energię pozyskiwaną z biomasy, energię z gazu pochodzącego z wysypisk śmieci, oczyszczalni ścieków oraz energię ze źródeł biologicznych (biogaz). Artykuł 3 pkt 20 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2022 r. poz. 1385, z późn. zm., dalej: pr. en.), definiując pojęcie odnawialnego źródła energii, odsyła do definicji tego pojęcia sformułowanej w art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz.U. z 2022 r. poz. 1378, z późn. zm.). W konsekwencji przez pojęcie to należy rozumieć wyodrębniony zespół urządzeń służących do wytwarzania energii opisanych przez dane techniczne i handlowe, w których energia jest wytwarzana z odnawialnych

nologiom wytwarzania energii, m.in. za pomocą siły wiatru, wody, słońca i biogazu, można bowiem znacząco i stosunkowo tanio ograniczyć zużycie paliw kopalnych. Rozwiązania alternatywne, spośród których najistotniejsze to rozwój energetyki jądrowej, przyniosą wymierne efekty dopiero za wiele lat, i to pod warunkiem, że pozostające wciąż w sferze deklaracji i dyskusji kosztowne inwestycje – obejmujące budowę co najmniej kilku bloków jądrowych – zostaną ukończone.

Należy podkreślić, że proces transformacji energetycznej nie jest zagadnieniem nowym. W wymiarze prawnym w okresie ostatnich dekadach dokonano radykalnej przebudowy całego systemu prawa krajowego, w tym prawodawstwa z zakresu ochrony środowiska. Podstawą do podejmowania działań w tym zakresie są przepisy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>3</sup>, w tym szczególnie postanowienia art. 5, zgodnie z którym zapewnienie ochrony środowiska powinno być realizowane zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju. Rozwinięciem i uszczegółowieniem tej zasady są postanowienia art. 74 Konstytucji RP – zobowiązujące m.in. władze publiczne do zapewnienia bezpieczeństwa ekologicznego współczesnemu i przyszłym pokoleniom.

Rozwiązania stymulujące podejmowanie działań w ramach transformacji energetycznej oraz wpływających na ograniczenie emisji gazów cieplarnianych uwzględniono w wielu aktach prawnych. Niestety, coraz większe znaczenie wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych w ramach transformacji energetycznej, a także angażowanie znaczących środków publicznych przeznaczanych na wsparcie rozbudowy infrastruktury wytwórczej w tym zakresie nie idą w parze z tworzeniem spójnych systemowo przepisów regulujących lokalizowanie, budowę i oddawanie do użytku instalacji OZE. Regulacje prawne dotyczące tych zagadnień są rozproszone w wielu aktach normatywnych. Co więcej, rozstrzygnięcia w sprawach budowy instalacji OZE dokonywane są przez różne organy administracji w ramach odrębnych postępowań administracyjnych dotyczących poszczególnych etapów tych inwestycji, co komplikuje i spowalnia proces przygotowywania inwestycji.

Z punktu widzenia tworzenia warunków prawnych transformacji energetycznej szczególnie istotne są przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne określające zasady gospodarowania energią i oszczędzania jej oraz wspierające wzrost wykorzystania odnawialnych źródeł energii. Nie mniej

---

źródeł energii, a także zespół obiektów budowlanych i urządzeń stanowiących całość techniczno-użytkową służący do wytwarzania biogazu rolniczego. W myśl wskazanego przepisu instalacją OZE jest również połączony z tym zespołem magazyn energii elektrycznej lub magazyn biogazu rolniczego.

<sup>3</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.).

istotne znaczenie ma także ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska<sup>4</sup> zawierająca m.in. przepisy dotyczące obowiązku:

- 1) opracowywania polityki ekologicznej państwa (cyklicznie co 4 lata) i przyjęcia jej przez Sejm;
- 2) opracowania programów ochrony środowiska (wojewódzkich, powiatowych oraz gminnych), w których problematyka ochrony klimatu powinna znajdować właściwe odbicie;
- 3) uzyskania pozwolenia na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza;
- 4) określenia programów ochrony powietrza;
- 5) posiadania przez przedsiębiorstwa pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji, których funkcjonowanie, ze względu na rodzaj i skalę prowadzonej w nich działalności, może powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości; warunkiem uzyskania pozwolenia zintegrowanego jest spełnianie przez daną instalację wymogów najlepszej dostępnej techniki (BAT);
- 6) udzielenia pomocy ze środków funduszy ochrony środowiska i gospodarki wodnej, m.in. poprzez wspieranie działań przeciwdziałających zanieczyszczeniom, wykorzystania lokalnych źródeł energii odnawialnej oraz pomocy dla wprowadzenia bardziej przyjaznych dla środowiska nośników energii czy wsparcia dla ekologicznych form transportu;
- 7) określenia i przestrzegania standardów jakości środowiska i standardów emisyjnych w energetyce;
- 8) ponoszenia opłat za korzystanie ze środowiska, w tym opłat za wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza.

Ustawa – Prawo energetyczne określa zasady kształtowania polityki energetycznej państwa, zasady i warunki zaopatrzenia i użytkowania paliw i energii, w tym ciepła, oraz działalności przedsiębiorstw energetycznych, a także określa organy właściwe w sprawach gospodarki paliwami i energią. Celem tej ustawy jest tworzenie warunków do zrównoważonego rozwoju kraju, zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwoju konkurencji, przeciwdziałania negatywnym skutkom naturalnych monopolii, uwzględniania wymogów ochrony środowiska, zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych oraz równoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii.

Należy jednak zwrócić uwagę, że mimo węzłowego znaczenia przepisów ustawy – Prawo energetyczne – także z punktu widzenia tworzenia podstawowej siatki pojęciowej w zakresie rynku energetycznego – jej przepisy, co do zasady, nie regulują procesów inwestycyjnych związanych z budową nowych instalacji do wytwarzania energii, w tym również instalacji do wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych. Kluczowe z tego punktu widzenia normy zostały sformułowane

<sup>4</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 2556, późn. zm.

w: (i) ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii, (ii) ustawie o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych<sup>5</sup>, a także w ustawach systemowych regulujących procesy inwestycyjno-budowlane, tj. w: (iii) ustawie o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz cenach oddziaływania na środowisko<sup>6</sup>, (iv) ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>7</sup> oraz (v) przepisach Prawa budowlanego<sup>8</sup>. Zagadnienie reglamentacji prawnej procesów inwestycyjnych obejmujących budowę nowych instalacji przeznaczonych do wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych jest więc, jak widać, zagadnieniem złożonym, a regulacje prawne regulujące te procesy są bardzo obszerne i rozproszone.

Nieco na marginesie rozważań na temat zasad lokalizowania inwestycji odnawialnych źródeł energii należy zauważyć, że w ustawie o odnawialnych źródłach energii sformułowano ogólną zasadę, zgodnie z którą podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej obejmującej wytwarzanie energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii wymaga uzyskania koncesji na zasadach i warunkach określonych w ustawie – Prawo energetyczne. Zasada ta nie dotyczy wytwarzania energii elektrycznej: w mikroinstalacjach, w małych instalacjach, wyłącznie z biogazu rolniczego, w tym w kogeneracji w rozumieniu art. 3 pkt 33 pr. en., a także wytwarzania energii wyłącznie z biopłynów (art. 3 u.OZE)<sup>9</sup>.

W świetle wymienionych wyżej przepisów zasady lokalizowania instalacji wytwórczych odnawialnych źródeł energii zostały zróżnicowane w kilku płaszczyznach. Zakres przepisów regulujących lokalizację nowych instalacji OZE zależy przede wszystkim od ich rodzajów i parametrów technicznych. Całkowicie odrębnie zostały uregulowane inwestycje w zakresie budowy elektrowni wiatrowych. I tak, zasadą jest lokalizowanie elektrowni wiatrowych wyłącznie

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 20 maja 2016 r. o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 724), dalej: u.i.e.w.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. z 2022 r. poz. 1029, z późn. zm.).

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2022 r. poz. 503, z późn. zm.), dalej: u.p.z.p.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351, z późn. zm.), dalej: pr. bud.

<sup>9</sup> Zgodnie z ustawą o odnawialnych źródłach energii (art. 2) przez pojęcie małej instalacji należy rozumieć instalację odnawialnego źródła energii o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej większej niż 50 kW i nie większej niż 1 MW, przyłączonej do sieci elektroenergetycznej o napięciu znamionowym niższym niż 110 kV albo o mocy osiągalnej cieplnej w skojarzeniu większej niż 150 kW i mniejszej niż 3 MW, w której łączna moc zainstalowana elektryczna jest większa niż 50 kW i nie większa niż 1 MW. Z kolei mikroinstalację stanowi instalacja odnawialnego źródła energii o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej nie większej niż 50 kW, przyłączona do sieci elektroenergetycznej o napięciu znamionowym niższym niż 110 kV albo o mocy osiągalnej cieplnej w skojarzeniu nie większej niż 150 kW, w której łączna moc zainstalowana elektryczna jest nie większa niż 50 kW.



na terenach przeznaczonych na ten cel w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego. Zasada ta nie obejmuje jedynie małych elektrowni wiatrowych o mocy nieprzekraczającej 50 kW, które podobnie jak inne instalacje OZE, mogą być realizowane również na terenach nieobjętych miejscowymi planami zagospodarowania przestrzennego, na podstawie decyzji administracyjnych. W przypadku pozostałych rodzajów instalacji odnawialnych źródeł energii poziom reglamentacji prawnej procesu inwestycyjnego jest zależny od ich parametrów technicznych.

Z punktu widzenia lokalizacji nowych instalacji odnawialnych źródeł energii zasadnicze znaczenie mają zatem przepisy o planowaniu przestrzennym. Warto zatem poddać je bliższej analizie.

Zasadniczym i najważniejszym aktem planowania przestrzennego na poziomie gminy jest studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy. Studium opracowywane jest dla obszaru położonego w granicach administracyjnych gminy (art. 9 ust. 3 u.p.z.p.). Zgodnie z art. 87 ust. 4 u.p.z.p. uchwalenie studium jest obowiązkowe. Studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy służy określeniu polityki przestrzennej gminy, w tym lokalnych zasad zagospodarowania przestrzennego. Studium jest aktem polityki wewnętrznej gminy, w którym określa się z jednej strony uwarunkowania zagospodarowania przestrzennego gminy (m.in. geograficzne, demograficzne, przyrodnicze, ekonomiczne), a z drugiej – długofalową politykę przestrzenną gminy. „Studium jest aktem o charakterze ogólnym, gdyż wyznacza podstawowy zarys, kierunki zagospodarowania gminy, natomiast uszczegółowienie zasad zagospodarowania terenów następuje w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego”<sup>10</sup>. Studium pełni także ważną funkcję w zakresie koordynowania polityki przestrzennej w wymiarze regionalnym. Jak bowiem wynika z art. 9 ust. 2 u.p.z.p., studium musi być zgodne ze strategią rozwoju województwa i planu zagospodarowania przestrzennego województwa, a także strategią rozwoju ponadlokalnego oraz strategią rozwoju gminy.

Z art. 9 ust. 5 u.p.z.p. wyraźnie wynika, że studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy nie jest aktem prawa miejscowego, lecz aktem prawnym o charakterze wewnętrznym, wiążącym organy gminy. W tym kontekście należy zauważyć, że zgodnie z ugruntowanymi poglądami Naczelnego Sądu Administracyjnego akty o charakterze wewnętrznym nie mogą być podstawą do wydawania decyzji administracyjnych i szerzej pojmowanych indywidualnych aktów stosowania prawa ani wiązać organu administrowanego przy wydawaniu aktów wiążących podmioty administrowane<sup>11</sup>. Postanowienia studium nie mogą zatem stanowić podstawy wyrażenia lub odmowy zgody

<sup>10</sup> Wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 25 września 2013 r., II OSK 1676/13, LEX nr 1559449; z dnia 24 września 2013 r., II OSK 1460/13, LEX nr 1559405.

<sup>11</sup> Tak I. Zachariasz, (w:) H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 9; wyroki Naczelnego Sądu

na realizację inwestycji obejmującej instalację odnawialnych źródeł energii. Mimo to jednak w praktyce treść studium ma istotne znaczenie dla możliwości realizacji tego rodzaju inwestycji. Postanowienia studium w dużej mierze determinują bowiem rozstrzygnięcia, które są przyjmowane w planach miejscowych. W konsekwencji, gdy inwestycja obejmująca instalacje odnawialnych źródeł energii nie jest przewidziana w studium, co do zasady brak będzie możliwości uchwalenia nowego bądź zmiany już istniejącego planu w taki sposób, aby dopuszczał możliwość realizacji tego typu inwestycji. Rygoryzm tego rozwiązania został nieco złagodzony w wyniku nowelizacji ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym z dnia 17 września 2021 r.<sup>12</sup>. Zgodnie z wprowadzonym w wyniku tej nowelizacji rozwiązaniem, jeżeli na obszarze gminy przewiduje się wyznaczenie terenów, na których mogą być rozmieszczone urządzenia wytwarzające energię z odnawialnych źródeł energii o mocy zainstalowanej większej niż 500 kW, a także ich stref ochronnych związanych z ograniczeniami w zabudowie oraz zagospodarowaniu i użytkowaniu terenu, w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego ustala się ich rozmieszczenie, z wyłączeniem wolnostojących urządzeń fotowoltaicznych o mocy zainstalowanej elektrycznej nie większej niż 1000 kW, zlokalizowanych na gruntach rolnych stanowiących użytki rolne klas V, VI, VIz, a także na gruntach stanowiących nieużytki. Wyjątek ten dotyczy także urządzeń innych niż wolnostojące. W konsekwencji możliwe jest uchwalenie planu miejscowego dopuszczającego realizację instalacji o mocy nieprzekraczającej 1000 kW na nieużytkach oraz na gruntach klas V, VI i VIz – nawet jeżeli tego rodzaju przeznaczenie terenu nie zostało przewidziane w studium.

Zakres zagadnień regulowanych w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy określa art. 10 u.p.z.p. Zawarty w tym przepisie katalog uwarunkowań stanowi zatem wykaz elementów treściowych studium, które muszą być w nim zawarte. Użyty w tym przepisie zwrot „w szczególności” oznacza jednak, że organy gminy, opracowując studium, mogą brać pod uwagę i określać również dodatkowe uwarunkowania, kierunki i inne zmienne w studium<sup>13</sup>. Należy przy tym zauważyć, że odstępienie od zawarcia elementów wskazywanych jako obligatoryjne w sytuacji, gdy nie będą one występować w gminie, nie jest rozwiązaniem błędnym<sup>14</sup>. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w piśmiennictwie ograniczenie władztwa będzie jednak występować w odniesieniu do obowiązku umieszczenia elementów związanych z planowaniem na pozio-

Administracyjnego: z dnia 21 listopada 2000 r., II SA 2437/99, LEX nr 55333; z dnia 6 lutego 1981 r., SA 819/80, LEX nr 9603.

<sup>12</sup> Dz.U. z 2021 r. poz. 1873.

<sup>13</sup> I. Zachariasz, (w:) H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu...*, komentarz do art. 10.

<sup>14</sup> P. Sosnowski, (w:) P. Sosnowski, K. Buczyński, J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 10.

mie wojewódzkim (art. 9 ust. 2 u.p.z.p.)<sup>15</sup>. Warto także zauważyć, że szczegółowy zakres projektu studium określa rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 17 grudnia 2021 r. w sprawie zakresu projektu studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy<sup>16</sup>.

Najistotniejszym z punktu widzenia problematyki lokalizowania instalacji wytwórczych odnawialnych źródeł energii rodzajem aktu planistycznego jest miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego.

Plan miejscowy jest uchwalany w celu ustalenia przeznaczenia terenów, w tym dla inwestycji celu publicznego, oraz dla określenia sposobów ich zagospodarowania i zabudowy (art. 14 ust. 1 u.p.z.p.). Zgodnie z art. 6 u.p.z.p. ustalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego kształtują, wraz z innymi przepisami, sposób wykonywania prawa własności nieruchomości. Zgodnie z art. 6 ust. 2 u.p.z.p. każdy ma prawo, w granicach określonych ustawą, do zagospodarowania terenu, do którego przysługuje mu tytuł prawny, zgodnie z warunkami ustalonymi w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego albo decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, jeżeli nie narusza to chronionego prawem interesu publicznego oraz osób trzecich, a także do ochrony własnego interesu prawnego przy zagospodarowaniu terenów należących do innych osób lub jednostek organizacyjnych. Przepis ten wskazuje zatem ograniczenia sposobu wykonywania prawa własności nieruchomości wynikające z norm regulujących gospodarkę przestrzenną. Istotą władztwa planistycznego jest bowiem publicznoprawna ingerencja w prawo własności oraz inne prawa do nieruchomości<sup>17</sup>. Jest ono realizowane przede wszystkim przez trzy ustawy: ustawę o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, Prawo budowlane oraz ustawę z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>18</sup>. Znaczącą rolę odgrywają także regulacje zawarte w innych ustawach poświęconych określonym rodzajom inwestycji, których lokalizowanie i realizację z różnych powodów poddano nieco odmiennym niż ogólne zasadom. Przykładem takich inwestycji są inwestycje związane z budową instalacji do wytwarzania odnawialnych źródeł energii, które ze względu na swoją specyfikę zostały poddane odrębnym regula-

<sup>15</sup> I. Zachariasz, (w:) H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu...*, komentarz do art. 10.

<sup>16</sup> Dz.U. z 2021 r. poz. 2405.

<sup>17</sup> Samorządy gminne dysponują wieloma środkami prawnymi zapewniającymi im rzeczywisty wpływ na kształtowanie przestrzeni oraz ochronę ładu przestrzennego rozumianego jako harmonijna całość uwzględniająca w uporządkowanych relacjach wszelkie uwarunkowania i wymagania funkcjonalne, społeczno-gospodarcze, środowiskowe, kulturowe oraz kompozycyjno-estetyczne. Z kształtowaniem ładu przestrzennego w gminie powiązane jest bezpośrednio pojęcie „władztwa planistycznego gminy” rozumiane jako prawo do ingerencji w prawo własności innych podmiotów w celu przeznaczenia terenu pod określone funkcje, nawet wbrew woli właścicieli, i prawo do ustalenia przeznaczenia i zasad zagospodarowania terenu, realizowane głównie w ramach miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

<sup>18</sup> Dz.U. z 2023 r. poz. 344.

cjon modyfikującym ogólne zasady wynikające przede wszystkim z przepisów wskazanej ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.

Choć plany miejscowe są głównymi instrumentami wykonywania przez gminę przysługującego jej władztwa planistycznego, to ich uchwalanie jest w zasadzie fakultatywne, gdyż gminy – poza wyraźnie wskazanymi w ustawie sytuacjami – mogą, ale nie muszą przyjmować planów miejscowych<sup>19</sup>. Plan miejscowy stanowi zarówno rozwinięcie, jak i konkretyzację postanowień studium<sup>20</sup>. Zgodnie z wyraźną dyspozycją art. 20 ust. 1 u.p.z.p. plan miejscowy musi być zgodny ze studium. Zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie wskazuje się, że wymóg zgodności planu miejscowego z postanowieniami studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy nie może ograniczać się wyłącznie do braku sprzeczności między rozstrzygnięciami podejmowanymi w obu aktach planistycznych. Zgodność powinna być bowiem rozumiana jako stosunek silniejszego związania niż spójność czy niesprzeczność<sup>21</sup>. Związanie ustaleniami studium przy sporządzaniu planu miejscowego polega na formułowaniu treści planu w sposób uwzględniający i wręcz wynikający z określonych w studium ustaleń i kierunków zagospodarowania przestrzennego<sup>22</sup>. Kontroli zgodności powinna podlegać całość studium, zarówno w części tekstowej, jak i graficznej, a nie jedynie wybrane fragmenty wskazanego aktu<sup>23</sup>. Spójność studium i planu miejscowego pozwala gminie na koordynację realizacji polityki przestrzennej wykonywanej w ramach poszczególnych planów miejscowych, które – inaczej niż studium – nie obejmują całego obszaru gminy.

<sup>19</sup> I. Zachariasz, (w:) H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu...*, komentarz do art. 14.

<sup>20</sup> A. Plucińska-Filipowicz, A. Kosicki, (w:) M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, komentarz do art. 20; zob. też wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 7 grudnia 2021 r., II SA/Łd 696/21, LEX nr 3283051, i wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 listopada 2009 r., II OSK 1425/09, LEX nr 587231.

<sup>21</sup> J. Dziedzic-Bukowska, (w:) P. Sosnowski, K. Buczyński, J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 20. Zob. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 14 czerwca 2007 r., II OSK 359/07, LEX nr 341275; z dnia 16 listopada 2010 r., II OSK 1904/10, LEX nr 746845; jak również wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie: z dnia 29 grudnia 2010 r., IV SA/Wa 2001/10, LEX nr 1607629; z dnia 25 stycznia 2011 r., IV SA/Wa 719/10, LEX nr 954068; z dnia 22 lutego 2010 r., IV SA/Wa 55/10, LEX nr 671024.

<sup>22</sup> J. Dziedzic-Bukowska, (w:) P. Sosnowski, K. Buczyński, J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, *Ustawa o planowaniu...*, komentarz do art. 20. Zob. też powołany wyżej wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 stycznia 2011 r., IV SA/Wa 719/10.

<sup>23</sup> J. Dziedzic-Bukowska, (w:) P. Sosnowski, K. Buczyński, J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, *Ustawa o planowaniu...*, komentarz do art. 20. Zob. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 12 września 2012 r., II OSK 1271/12, LEX nr 1373485; z dnia 9 kwietnia 2008 r., II OSK 32/08, LEX nr 510231; z dnia 9 kwietnia 2008 r., II OSK 33/08, LEX nr 1043337; z dnia 9 kwietnia 2008 r., II OSK 34/08, LEX nr 565688; z dnia 26 maja 2011 r., II OSK 412/11, LEX nr 1081781.

Zgodnie z art. 14 ust. 8 u.p.z.p., w odróżnieniu od studium, miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest aktem prawa miejscowego. W konsekwencji, zgodnie z art. 87 ust. 2 Konstytucji RP, plan ten stanowi źródło prawa powszechnie obowiązującego na obszarze działania organów, które je ustanowiły. Jako akt prawa miejscowego miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego stanowi źródło praw i obowiązków dla jego adresatów, tj. osób i podmiotów, którym przysługuje prawo do nieruchomości położonych w granicach planu miejscowego, a w szczególności dla tych, którzy dokonują zmiany sposobu zagospodarowania nieruchomości położonych w obszarze objętym tym planem. Normy zawarte w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego wiążą również organy administracji publicznej przy podejmowaniu przez nie rozstrzygnięć dotyczących zabudowy terenu objętego planem miejscowym<sup>24</sup>.

Analizując problematykę planów miejscowych, należy zauważyć, że wskazane w art. 15 u.p.z.p. zakresy obligatoryjnych i fakultatywnych postanowień planu miejscowego łącznie wyznaczają maksymalny zakres rozstrzygnięć normatywnych, które mogą być przedmiotem planu miejscowego<sup>25</sup>. Postanowienia art. 15 u.p.z.p. wyznaczają zatem granice władztwa planistycznego gminy, która nie jest upoważniona do regulowania w planach miejscowych zagadnień wykraczających poza zakres wyznaczony wskazanym przepisem. Przykładem rozstrzygnięć, które mogą się znaleźć (ale nie muszą) w planie miejscowym, są m.in. przepisy dopuszczające możliwość przeznaczenia terenu pod budowę instalacji odnawialnych źródeł energii oraz wyznaczenia wokół nich stref ochronnych. Rozstrzygnięcia w zakresie dopuszczalności lokalizowania inwestycji odnawialnych źródeł energii wynikają wyłącznie z oceny potrzeb gminy w zakresie realizacji na jej terenie tego typu inwestycji oraz z postanowień studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy. W szczególności należy zauważyć, że w obecnym stanie prawnym, w przypadku gdy obowiązujący na danym terenie miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego nie wskazuje terenów rozmieszczenia instalacji fotowoltaicznych o mocy większej niż 1000 kW, realizacja inwestycji o takich parametrach nie będzie możliwa.

Warunki lokalizowania elektrowni wiatrowych określa odrębna ustawa o inwestycjach z zakresu elektrowni wiatrowych. Ustawa ta wprowadza zasadę, zgodnie z którą lokalizacja elektrowni wiatrowej następuje wyłącznie na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. W planie miejscowym przewidującym lokalizację elektrowni wiatrowej określa się maksymalną

<sup>24</sup> A. Plucińska-Filipowicz, A. Kosicki, (w:) M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Ustawa o planowaniu...*, komentarz do art. 14. Podobnie: I. Zachariasz, (w:) H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu...*, komentarz do art. 14; T. Bąkowski, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Kraków 2004, komentarz do art. 14.

<sup>25</sup> A. Plucińska-Filipowicz, A. Kosicki, (w:) M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Ustawa o planowaniu...*, komentarz do art. 15. Podobnie: I. Zachariasz, (w:) H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu...*, komentarz do art. 15.

całkowitą wysokość elektrowni wiatrowej, przy czym plan ten sporządza się co najmniej dla obszaru, na którym nie mogą być zlokalizowane nowe budynki mieszkalne albo budynki o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa, którego granice są wyznaczone z uwzględnieniem maksymalnej całkowitej wysokości elektrowni wiatrowej określonej w tym planie (art. 4 ust. 1 u.i.e.w.). Ustawa o inwestycjach z zakresu elektrowni wiatrowych wprowadza do polskiego porządku prawnego zasadę minimalnej odległości, tzw. zasadę odległościową (nazywaną też czasem zasadą 10h)<sup>26</sup>, która odgrywa obecnie kluczową rolę przy podejmowaniu rozstrzygnięć dotyczących lokalizacji i budowy nowych elektrowni wiatrowych. Na podstawie tej zasady wyznacza się bowiem minimalną odległość, jaką należy zachować od nowo budowanych instalacji oraz budynków w ich sąsiedztwie<sup>27</sup>. Zgodnie z art. 4 u.i.e.w. odległość ta „jest równa lub większa od dziesięciokrotności wysokości elektrowni wiatrowej mierzonej od poziomu gruntu do najwyższego punktu budowli wliczając elementy techniczne, w szczególności wirnik wraz z łopatom (całkowita wysokość elektrowni wiatrowej)”. W praktyce wysokość ta obejmuje „podstawę fundamentu turbiny wiatrowej oraz punkt znajdujący się na krawędzi łopaty, przy najwyższym jej wychyleniu”<sup>28</sup>. W związku z tym, że najwyższe ze stosowanych obecnie na polskim rynku turbin wiatrowych mają wysokość w granicach 150–200 m, wprowadzenie zasady 10h powoduje, że minimalna odległość od zabudowań mieszkaniowych, w jakiej można lokalizować elektrownie wiatrowe, to w praktyce około 1,5–2 km.

Wprowadzenie zasady odległościowej przy lokalizowaniu elektrowni wiatrowych, która, jak wiadomo, znacząco utrudniła (a w przeważającej mierze uniemożliwiła) realizację inwestycji obejmujących budowę elektrowni wiatrowych, uzasadniano koniecznością eliminowania konfliktów wynikających z uciążliwości powodowanych pracą urządzeń elektrowni. W uzasadnieniu regulacji wskazywano, że urządzenia te „emitują hałas, niesłyszalne dla ucha infradźwięki, powodują wibracje, migotanie światła, mogą stanowić także bezpośrednie zagrożenie życia lub zdrowia w przypadku awarii, jak również oblo-

<sup>26</sup> M. Przybylska, *Zasada odległościowa w procesie inwestycyjnym elektrowni wiatrowej i zabudowy mieszkaniowej a działania organów samorządowych*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 4, s. 100–113.

<sup>27</sup> Warto zauważyć, że zasada odległościowa dotyczy nie tylko lokalizacji elektrowni wiatrowych z zachowaniem określonej odległości od budynków mieszkalnych (albo budynku o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa), ale działa również „w drugą stronę”, tj. dotyczy także odległości, w której dopuszczalne jest lokalizowanie budynków mieszkalnych (albo budynków o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa) od elektrowni wiatrowej.

<sup>28</sup> M. Makowski, *Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, LEX/el. 2018, komentarz do art. 4.

dzenia łopat elektrowni wiatrowej zimą<sup>29</sup>. Zachowanie minimalnej odległości ma również chronić tereny sąsiednie przed negatywnym oddziaływaniem danej inwestycji, tj. aby elektrownia wiatrowa nie stwarzała zagrożenia w postaci negatywnego oddziaływania na budynek mieszkalny, budynek o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa, formy ochrony przyrody i leśne kompleksy promocyjne. Chodzi tu przede wszystkim o ochronę mieszkańców przed emisjami, jakie mogą się wiązać z funkcjonowaniem elektrowni. Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych: „10-krotność wysokości środka wirnika jest odległością, w jakiej najczęściej będą spadać elementy wyrzucone przez łopaty wirnika (np. zamrożony śnieg, lód) oraz urwane fragmenty łopat<sup>30</sup>”. Nie negując faktu, że praca elektrowni wiatrowych rzeczywiście powoduje uciążliwości, dyskusyjne wydaje się jednak przyjęcie przez ustawodawcę sztywnych parametrów określających odległość, w której to oddziaływanie przestaje być nadmiernie uciążliwe. Jak się wydaje, odległość ta powinna być ustalana każdorazowo na podstawie rzeczywistych parametrów inwestycji w ramach postępowania w sprawie środowiskowych uwarunkowań zgody na realizację inwestycji. Rzeczywisty wpływ inwestycji na otoczenie jest bowiem wynikiem wielu czynników, w tym także wyborem rozwiązań technicznych, które ten wpływ mogą znacząco ograniczać.

Zasada odległościowa musi być brana pod uwagę przez organy gminy już na etapie sporządzania studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego i rozciąga się na etap sporządzania i uchwalania lub zmian planu miejscowego. Odległość wynikająca z dyrektywy wyrażonej w art. 4 u.i.e.w. musi być uwzględniana przez uczestniczące w procedurze planistycznej organy gminy, przez wojewodę, jak również przez organy gminy i wojewodę w związku z wydawaniem decyzji o warunkach zabudowy, organy administracji architektoniczno-budowlanej wydające pozwolenia na budowę, organy właściwe w zakresie ustalania środowiskowych uwarunkowań zgody na realizację inwestycji (art. 6 u.i.e.w.)<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> R. Maruszkin, *TSUE rozstrzygnął sprawę polskich wiatraków i ustawy 10h. Omówienie wyroku TS z dnia 28 maja 2020 r., C-727/17 (ECO-Wind Construction)*, LEX/el. 2020.

<sup>30</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o inwestycjach z zakresu elektrowni wiatrowych – Sejm VIII kadencji, druk nr 315 z dnia 19 lutego 2016 r.

<sup>31</sup> Sposób obliczania odległości między zabudową mieszkaniową a elektrowniami wiatrowymi określa art. 5 ust. 1 u.i.e.w. Zgodnie z tym przepisem odległość ta wyznacza najkrótszy odcinek między: rzutem poziomym istniejącego budynku mieszkalnego (albo istniejącego budynku o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa), albo granicą terenu objętego decyzją o warunkach zabudowy dotyczącą budowy takiego budynku lub linią rozgraniczającą teren, którego sposób zagospodarowania określony w planie miejscowym dopuszcza realizację takiego budynku – a okręgiem, którego promień jest równy połowie średnicy wirnika wraz z łopatom, a środek jest środkiem okręgu opisanego na obrysie wieży istniejącej elektrowni wiatrowej, albo linią rozgraniczającą teren, którego sposób zagospodarowania określony w planie miejscowym dopuszcza budowę elektrowni wiatrowej. Należy zauważyć, że na równi z obiektami już

Konkludując ten wątek, warto raz jeszcze zauważyć, że ze względu na znaczne rozproszenie zabudowy mieszkaniowej na terenach wiejskich przedstawiona reguła bardzo utrudniła realizację nowych elektrowni wiatrowych, co przełożyło się na zahamowanie rozwoju tego segmentu energetyki w Polsce. Zarówno związany z wojną w Ukrainie kryzys energetyczny, jak i oczywiste uciążliwości wywoływane działaniem opisywanej zasady „w drugą stronę”, tj. ograniczenia w rozwoju budownictwa mieszkaniowego na terenach sąsiadujących z już istniejącymi elektrowniami wiatrowymi, spowodowały, że podjęto prace nad zmianą zasad lokalizowania elektrowni wiatrowych.

W lipcu 2022 r. Rada Ministrów przyjęła projekt ustawy o zmianie ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych oraz niektórych innych ustaw<sup>32</sup>. Projekt ten wprowadzie utrzymuje zarówno zasadę lokalizowania elektrowni wiatrowych wyłącznie na terenach przeznaczonych na ten cel w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego, jak i utrzymuje zasadę odległościową, ale jednocześnie przewiduje uelastycznienie tej zasady przez poszerzenie uprawnień gmin co do ustalania lokalizacji elektrowni wiatrowych w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego. Jeżeli rozwiązania przewidziane w projekcie zostaną przyjęte, plan miejscowy będzie mógł określać inną odległość elektrowni wiatrowej od budynku mieszkalnego, mając na uwadze zasięg oddziaływań elektrowni wiatrowej z uwzględnieniem określonej w projekcie nowelizacji bezwzględnej odległości minimalnej wynoszącej 500 metrów<sup>33</sup>. Taka sama minimalna bezwzględna odległość będzie dotyczyć budowy nowych budynków mieszkalnych w pobliżu istniejących elektrowni wiatrowych. Podstawą do określania wymaganej minimalnej odległości od zabudowań mieszkalnych mają być wyniki prognozy oddziaływania na środowisko (w ramach której analizuje się m.in. wpływ danej instalacji na otoczenie i zdrowie mieszkańców), wykonywanej w ramach prac nad dotyczącym elektrowni planem miejscowym lub jego zmianą. W planie miejscowym sporządzanym dla terenu wokół przyszłej elektrowni wiatrowej przyjmowane odległości mają uwzględniać faktyczne wymagania wynikające z wymienionej prognozy (z zachowaniem wskazanych odległości minimalnych). Ostateczna odległość od zabudowań mieszkalnych ma być dodatkowo weryfikowana i określana w ramach procedury wydawania przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla danej inwestycji na podstawie szczegółowego raportu oddziaływania na środowisko przy zachowaniu nowej minimalnej bezpiecznej

---

istniejącymi ustawa traktuje obiekty budowlane objęte decyzją o pozwoleniu na budowę albo zgłoszeniem, wobec którego organ administracji architektoniczno-budowlanej nie wniósł sprzeciwu.

<sup>32</sup> Projekt nr UD207, <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-inwestycjach-w-zakresie-elektrowni-wiatrowych-oraz-niektorych-innych-ustaw2> (dostęp: 3.03.2023). W październiku 2022 r. projekt został skierowany do Sejmu.

<sup>33</sup> Kwestia minimalnej odległości jest cały czas przedmiotem dyskusji w ramach prac nad projektem ustawy nowelizującej.



bezwzględnej odległości od zabudowań mieszkalnych, która ma zostać wskazana w ustawie. Rozwiązania takie zdecydowanie złagodziłyby nadmierny rygorystyczny charakter ustawy w jej obecnym kształcie, należy więc mieć nadzieję, że zostaną jak najszybciej przyjęte.

Instalacje odnawialnych źródeł energii inne niż elektrownie wiatrowe co do zasady mogą być realizowane zarówno na terenach, dla których obowiązują plany miejscowe, jak i na terenach, które takimi planami nie są objęte.

Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 10 ust. 2a u.p.z.p., jeżeli na obszarze gminy przewiduje się wyznaczenie obszarów, na których rozmieszczone będą urządzenia wytwarzające energię z odnawialnych źródeł energii o mocy przekraczającej 500 kW, a także ich stref ochronnych związanych z ograniczeniami w zabudowie oraz zagospodarowaniu i użytkowaniu terenu, ich rozmieszczenie ustala się w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy<sup>34</sup>. Wprawdzie, jak już wspomniano, studium nie jest aktem prawa miejscowego, a w konsekwencji nie wiąże właściciela nieruchomości, to jednak zgodnie z art. 9 ust. 4 u.p.z.p. jego ustalenia wiążą organy gminy przy sporządzaniu miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego.

Dla możliwości zlokalizowania instalacji odnawialnych źródeł energii na nieruchomościach objętych miejscowymi planami zagospodarowania przestrzennego decydujące są ustalenia tych planów. Warto przy tym zwrócić uwagę, że ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym nie przewiduje dla instalacji odnawialnych źródeł energii takich ograniczeń, jakie wynikają z art. 10 ust. 3a i 3b tej ustawy w stosunku do lokalizowania tzw. wielkopowierzchniowych obiektów handlowych, tj. obiektów handlowych o powierzchni sprzedaży o powierzchni większej niż 2000 metrów kwadratowych. Jeżeli bowiem na terenie gminy przewiduje się lokalizację takich obiektów, to w studium określa się obszary, na których mogą być one sytuowane, a ich lokalizacja może nastąpić wyłącznie na podstawie planu miejscowego. Podobne ograniczenia przewiduje np. ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Zgodnie z art. 3 tej ustawy lokalizacja elektrowni wiatrowej następuje wyłącznie na podstawie planu miejscowego. W konsekwencji lokalizacja zarówno wielkopowierzchniowego obiektu handlowego, jak i elektrowni wiatrowej może nastąpić wyłącznie na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Podobnych ograniczeń nie wprowadzono jednak w stosunku do innych niż elektrownie wiatrowe instalacji odnawialnych źródeł energii. Niemniej z art. 15 ust. 3 pkt 3a u.p.z.p. wynika, że w planie miejscowym określa się – w zależności od potrzeb – granice terenów pod budowę urządzeń, o których mowa w art. 10 ust. 2a u.p.z.p. (tj. urządzeń służących do wytwarzania energii z odnawialnych źródeł energii o mocy przekraczającej 500 kW), oraz granice ich stref ochronnych związanych z ogra-

<sup>34</sup> Zasada ta nie dotyczy wolnostojących urządzeń fotowoltaicznych, o mocy zainstalowanej elektrycznej nie większej niż 1000 kW, zlokalizowanych na gruntach rolnych stanowiących użytki rolne klas V, VI, VIz i nieużytki, oraz urządzeń innych niż wolnostojące.

niczeniami w zabudowie, zagospodarowaniu i użytkowaniu terenu oraz występowaniem znaczącego oddziaływania tych urządzeń na środowisko. Z przepisu tego nie wynika, co prawda, wprost (jak wprost wynika to z przepisów dotyczących wielkopowierzchniowych obiektów handlowych czy elektrowni wiatrowych), że urządzenia takie mogą być lokalizowane wyłącznie tam, gdzie plan miejscowy wyraźnie dopuszcza ich lokalizację, ale wniosek taki wynika z dotychczasowego orzecznictwa sądów administracyjnych.

Zgodnie z poglądami prezentowanymi w orzecznictwie, w tym w szczególności w orzeczeniach Naczelnego Sądu Administracyjnego, brzmienie art. 15 ust. 3 pkt 3a oraz art. 10 ust. 2a u.p.z.p. wskazuje, że wolą ustawodawcy jest, aby inwestycje, w ramach których planuje się rozmieszczenie urządzeń wytwarzających energię z odnawialnych źródeł energii o mocy przekraczającej 500 kW, były realizowane przede wszystkim na podstawie ustaleń planu zagospodarowania przestrzennego<sup>35</sup>. Podobny pogląd wyrażany jest również w literaturze: „W przypadkach, gdy zapisy planu miejscowego nie są zgodne z planowanym zamierzeniem inwestora (czyli plan miejscowy pozwala na lokalizację innego rodzaju instalacji OZE niż planowana, zakazuje lokalizacji instalacji OZE lub też milczy w tej kwestii), jedynym wyjściem jest zmiana obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego”<sup>36</sup>. W konsekwencji należy uznać, że budowa instalacji odnawialnych źródeł energii innych niż elektrownia wiatrowa o mocy przekraczającej 500 kW będzie możliwa, jeśli spełniony jest warunek, o którym mowa w art. 15 ust. 3 pkt 3a u.p.z.p., tj. jeśli w planie miejscowym wyznaczone zostały granice terenów, określające możliwość realizacji urządzeń służących do wytwarzania energii z odnawialnych źródeł energii o mocy przekraczającej 500 kW.

Należy jednak zwrócić uwagę, że w orzecznictwie reprezentowany jest również pogląd odmienny. Przykładowo w wyroku z dnia 9 maja 2017 r.<sup>37</sup> Wojewódzki Sąd Administracyjny w Kielcach stwierdził, że treść opisywanych przepisów ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym w żadnym stopniu nie uprawnia do twierdzenia, że jeżeli obszary, na których mogą zostać rozmieszczone urządzenia wytwarzające energię z odnawialnych źródeł energii o mocy przekraczającej 500 kW, nie zostały wskazane w studium oraz wyznaczone w planie miejscowym, to na terenach objętych obowiązującymi planami miejscowymi nie można lokować tego rodzaju urządzeń i ich stref ochronnych. Gdyby bowiem taka była wola ustawodawcy, zawarłby w tym względzie podobne unormowania, jak w odniesieniu do obiektów handlowych o powierzchni sprze-

<sup>35</sup> Por. np. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 31 sierpnia 2017 r., II OSK 3036/15, LEX nr 2406633; z dnia 7 listopada 2017 r., II OSK 3035/15, LEX nr 2406257.

<sup>36</sup> E. Olejarczyk, *Budowa i eksploatacja instalacji odnawialnych źródeł energii w świetle obowiązującego prawa*, (w:) A. Barczyk, A. Ogonowska (red.), *Prawo i polityka ochrony środowiska w doktrynie i praktyce*, Szczecin 2016, s. 479–480.

<sup>37</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 9 maja 2017 r., II SA/Ke 139/17, LEX nr 2301346.

daży powyżej 2000 metrów kwadratowych, dla których art. 10 ust. 3a i 3b u.p.z.p. wprost przewiduje możliwość ich lokalizacji wyłącznie na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Sąd zauważył, że w odniesieniu do urządzeń wytwarzających energię z odnawialnych źródeł energii o mocy przekraczającej 500 kW takiego przepisu brak. W konsekwencji, zdaniem sądu wyrażonym w tym orzeczeniu, gdy takie obszary nie zostały wskazane, dopuszczalność inwestycji należy ocenić, biorąc pod uwagę treść obowiązującego planu miejscowego. Gdy w świetle jego unormowań brak jest zakazu lokalizacji takiej inwestycji i ewentualnie wyznaczonej dla niej strefy ochronnej, nie ma podstaw do odmowy wydania (z punktu widzenia zapisów planu) zgody na realizację przedsięwzięcia<sup>38</sup>.

Dla oceny dopuszczalności lokalizacji na danym terenie instalacji odnawialnych źródeł energii innych niż elektrownia wiatrowa istotne znaczenie ma również termin uchwalenia planu miejscowego. Przepisy art. 15 ust. 3 pkt 3a i art. 10 ust. 2a u.p.z.p. zostały bowiem dodane do tej ustawy dopiero z dniem 25 września 2010 r., tj. z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 6 sierpnia 2010 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>39</sup>. Stosownie do art. 3 ust. 1 wskazanej ustawy zmieniającej obowiązujące w dniu wejścia jej w życie (tj. 25 września 2010 r.) studia uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gmin, miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego oraz plany zagospodarowania przestrzennego województw zachowują moc.

Kwestia ta była przedmiotem rozważań Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku. Sąd ten w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 kwietnia 2017 r.<sup>40</sup> wyraził pogląd, że: „chybione jest (...) powoływanie się organów na okoliczność, że w m.p.z.p. Gminy G., jak też w studium uwarunkowań, nie wyznaczono obszarów, na których mogą być lokalizowane urządzenia wytwarzające energię z odnawialnych źródeł energii, a więc zezwolenie na tą lokalizację byłoby sprzeczne z art. 10 ust. 2 «a» ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. (...) przepis art. 10 ust. 2 «a» ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym dotyczy, po pierwsze: studium uwarunkowań a nie planu miejscowego, po drugie: obowiązujące dopiero od 25 września 2010 r., gdy tymczasem sporny plan uchwalono w 2003 r., a po trzecie: gdyby nawet przepis art. 10 ust. 2 «a» odnosił się do planu, to nie wprowadziłby żadnych zmian w m.p.z.p. Gminy G., ponieważ dotychczasowe akty zachowały moc – zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 6 sierpnia 2010 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym”. W przypadku planów uchwalonych

<sup>38</sup> Por. również wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 24 czerwca 2016 r., II SA/Gl 248/16, LEX nr 2078006.

<sup>39</sup> Dz.U. z 2010 r. poz. 1043.

<sup>40</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 6 kwietnia 2017 r., II SA/Bk 155/17, LEX nr 2281815.

po 25 września 2010 r. istotne jest także ustalenie, na jakim etapie znajdowała się procedura planistyczna w dniu 25 września 2010 r. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 6 sierpnia 2010 r.: „do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz studiów uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy, w stosunku do których podjęto uchwałę o przystąpieniu do sporządzania lub zmiany planu lub studium, a postępowanie nie zostało zakończone do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe”, a więc do takich planów nie stosuje się art. 15 ust. 3 pkt 3a i art. 10 ust. 2a u.p.z.p. W konsekwencji ocena dopuszczalności lokalizacji na danym terenie instalacji odnawialnych źródeł energii innych niż elektrownia wiatrowa o mocy przekraczającej 500 kW w pierwszej kolejności wymaga weryfikacji, czy lokalizacja takiej inwestycji jest dopuszczalna w świetle obowiązującego planu miejscowego. Jeśli plan miejscowy nie zawiera wyraźnej podstawy do lokalizacji na danym terenie takiej instalacji, organ administracji architektoniczno-budowlanej powinien ustalić – na podstawie opisanych wyżej kryteriów – czy do danego planu miejscowego stosuje się art. 15 ust. 3 pkt 3a oraz art. 10 ust. 2a u.p.z.p.

Odrębnym zagadnieniem jest lokalizacja instalacji odnawialnych źródeł energii na terenach nieobjętych miejscowymi planami zagospodarowania przestrzennego. W praktyce sytuacje takie mają miejsce bardzo często, gdyż znacząca część tego typu instalacji realizowana jest na terenach niezurbanizowanych, stanowiących głównie tereny rolne, dla których plany miejscowe uchwalane są bardzo rzadko. W warunkach braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego zmiana zagospodarowania terenu polegająca na budowie obiektu budowlanego lub na wykonaniu innych robót budowlanych, a także zmiana sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części, z zastrzeżeniem art. 50 ust. 1 i art. 86 u.p.z.p. wymaga ustalenia, w drodze decyzji, warunków zabudowy. Od tej zasady obowiązują jednak wyjątki.

Zgodnie z art. 50 ust. 2 w związku z art. 59 ust. 1 u.p.z.p. nie wymagają wydania decyzji o warunkach zabudowy roboty budowlane polegające na remoncie, montażu lub przebudowie, jeżeli nie powodują zmiany sposobu zagospodarowania terenu i użytkowania obiektu budowlanego oraz nie zmieniają jego formy architektonicznej, a także nie są zaliczone do przedsięwzięć wymagających przeprowadzenia postępowania w sprawie oceny oddziaływania na środowisko w rozumieniu przepisów o ochronie środowiska, albo roboty budowlane niewymagające pozwolenia na budowę. Zgodnie ze stanowiskiem Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego wyrażonym w związku ze stosowaniem powołanych wyżej przepisów: „decyzji o warunkach zabudowy nie wymaga instalacja na obiekcie budowlanym urządzeń fotowoltaicznych wraz z konstrukcją mocującą, o ile czynność ta nie prowadzi do zmiany zagospodarowania terenu lub zmiany sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części oraz nie wymaga uzyskania pozwolenia na budowę. Sytuacja ta dotyczy przede wszystkim urządzeń fotowoltaicznych służących do wytwarzania energii elektrycznej na potrzeby danej

nieruchomości, gdyż wówczas nie zmienia się jej sposób użytkowania, a jedynie źródło, z którego pozyskiwana jest energia elektryczna pozwalająca na korzystanie z nieruchomości. W takim przypadku należy uznać, że ewentualna sprzedaż nadwyżki energii elektrycznej nie powinna automatycznie oznaczać zmiany sposobu zagospodarowania terenu lub zmiany sposobu użytkowania obiektu budowlanego. Ustalenie, czy w konkretnym stanie faktycznym nastąpi zmiana zagospodarowania terenu albo zmiana sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części, a tym samym, czy zaistniały przesłanki do wydania decyzji o warunkach zabudowy, należy do organu prowadzącego postępowanie<sup>41</sup>.

Konieczność uzyskania decyzji o warunkach zabudowy dla inwestycji obejmującej instalację urządzeń fotowoltaicznych na istniejącym już obiekcie budowlanym uzależniona jest zatem od tego, czy instalacja taka powoduje zmianę zagospodarowania terenu lub zmianę sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części, jak również od tego, czy budowa takiej instalacji wymaga uzyskania pozwolenia na budowę. W przypadku łącznego spełnienia obu przesłanek uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy bez wątplenia jest konieczne. Wątpliwości budzi natomiast sytuacja, w której montaż instalacji fotowoltaicznej nie wymagałby uzyskania pozwolenia na budowę. Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym nie daje na to pytanie jednoznacznej odpowiedzi. Również w orzecznictwie sądowym prezentowane są rozbieżne poglądy na ten temat.

Zgodnie z pierwszym stanowiskiem, w przypadku gdy pozwolenie na budowę nie jest wymagane, stosownie do art. 50 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 59 ust. 1 u.p.z.p. nie jest również wymagana decyzja o warunkach zabudowy<sup>42</sup>. W niektórych orzeczeniach reprezentowany jest natomiast pogląd odmienny, opierający się na pierwszeństwie stosowania art. 59 ust. 2 u.p.z.p., w wyniku czego brak konieczności uzyskania decyzji o warunkach zabudowy dotyczy wyłącznie zmian zagospodarowania terenu o charakterze tymczasowym<sup>43</sup>. Zgodnie zatem z drugim poglądem, w warunkach braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, każda zmiana zagospodarowania terenu polegająca na budowie obiektu budowlanego albo wykonaniu innych robót budowlanych z wyjątkiem tymczasowej, jednorazowej zmiany zagospodarowania terenu, trwającej do roku, będzie wymagać uzyskania decyzji o warunkach zabudowy.

Przesłanki ustalenia warunków zabudowy co do zasady określa art. 61 ust. 1 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem wydanie decyzji o warunkach zabudowy jest możliwe jedynie w przypadku łącznego spełnienia następujących warunków:

<sup>41</sup> Zob. pismo Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego (GUNB), [bd], [https://www.gunb.gov.pl/sites/default/files/pliki/samples/ws140124\\_0.pdf?736](https://www.gunb.gov.pl/sites/default/files/pliki/samples/ws140124_0.pdf?736) (dostęp: 3.03.2023).

<sup>42</sup> Zob. np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 20 października 2016 r., II SA/Kr 894/16, LEX nr 2151160.

<sup>43</sup> Zob. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 stycznia 2012 r., II OSK 2144/10, LEX nr 1138087, oraz późniejszy wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 31 marca 2017 r., II SA/Rz 1416/16, LEX nr 2280946.

(i) co najmniej jedna działka sąsiednia, dostępna z tej samej drogi publicznej, jest zabudowana w sposób pozwalający na określenie wymagań dotyczących nowej zabudowy w zakresie kontynuacji funkcji, parametrów, cech i wskaźników kształtowania zabudowy oraz zagospodarowania terenu, w tym gabarytów i formy architektonicznej obiektów budowlanych, linii zabudowy oraz intensywności wykorzystania terenu; (ii) teren ma dostęp do drogi publicznej; (iii) istniejące lub projektowane uzbrojenie terenu jest wystarczające dla zamierzenia budowlanego; (iv) teren nie wymaga uzyskania zgody na zmianę przeznaczenia gruntów rolnych i leśnych na cele nierolnicze i nieleśne albo jest objęty zgodą uzyskaną przy sporządzaniu miejscowych planów, które utraciły moc na podstawie art. 67 ustawy, o której mowa w art. 88 ust. 1<sup>44</sup>; (v) decyzja jest zgodna z przepisami odrębnymi; (vi) zamierzenie budowlane nie znajdzie się w obszarze: (a) w stosunku do którego decyzją o ustaleniu lokalizacji strategicznej inwestycji w zakresie sieci przesyłowej, o której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o przygotowaniu i realizacji strategicznych inwestycji w zakresie sieci przesyłowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 428, 784 i 922), ustanowiony został zakaz, o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 tej ustawy, (b) strefy kontrolowanej wyznaczonej po obu stronach gazociągu, (c) strefy bezpieczeństwa wyznaczonej po obu stronach rurociągu.

Zgodnie z art. 61 ust. 3 u.p.z.p. przepisów art. 61 ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.z.p. nie stosuje się do linii kolejowych, obiektów liniowych i urządzeń infrastruktury technicznej, a także instalacji odnawialnego źródła energii w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy o odnawialnych źródłach energii. W konsekwencji dla inwestycji obejmujących budowę instalacji odnawialnych źródeł energii decyzję o warunkach zabudowy można wydać także wtedy, gdy nieruchomości, na której instalacja ma zostać wybudowana, nie ma dostępu do drogi publicznej, jak również gdy nie są spełnione przesłanki wskazane w art. 61 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p.

Na tle stosowania przepisów dotyczących lokalizacji inwestycji obejmujących budowę instalacji odnawialnych źródeł energii pojawiały się poważne problemy wynikające z niekonsekwencji ustawodawcy w zakresie definiowania kluczowych z tego punktu widzenia pojęć. W szczególności w zakresie wykładni pojęcia „urządzeń infrastruktury technicznej”, na gruncie art. 61 ust. 3 u.p.z.p. w przeszłości ukształtowały się dwie rozbieżne linie orzecznicze. Zgodnie z pierwszą z nich interpretacja pojęcia urządzeń infrastruktury technicznej, w tym urządzeń energetycznych, powinna uwzględniać rozwój w energetyce odnawialnych źródeł energii. Dlatego przy dokonywaniu wykładni terminu „urządzenie elektryczne” jako urządzenie infrastruktury technicznej na podstawie art. 61 ust. 3 ustawy w brzmieniu obowiązującym do 29 sierpnia 2019 r. konieczne jest zastosowanie wykładni funkcjonalnej i dynamicznej uwzględniającej – po pierwsze: cel, jakiego ma służyć odwołanie się w tym przepisie do tego pojęcia; po drugie:

<sup>44</sup> Chodzi o ustawę z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 1999 r. nr 15, poz. 139, z późn. zm.), uchyloną z dniem 1 stycznia 2004 r.

że następuje ewolucja techniczna i technologiczna urządzeń elektrycznych i coraz większy procent energii jest wytwarzany ze źródeł odnawialnych. W konsekwencji, skoro przykładowo elektrownie wiatrowe stanowią urządzenia infrastruktury technicznej w rozumieniu art. 61 ust. 3 u.p.z.p., to brak jest podstaw do odmiennego traktowania instalacji fotowoltaicznej. W ramach drugiej, przeciwstawnej linii orzeczniczej podkreśla się, że realizacja inwestycji polegającej na budowie systemu fotowoltaicznego prowadzi do faktycznej zmiany przeznaczenia terenu z przeważającej funkcji na funkcję przemysłową. Za taką bowiem należy uznać produkcję (wytwarzanie) i sprzedaż energii elektrycznej. Realizacja tego rodzaju inwestycji spowoduje zatem zmianę dotychczasowego sposobu zagospodarowania terenu i zmianę jego funkcji. W efekcie powstanie teren zabudowany, wykorzystywany do celów produkcyjnych, związanych z produkcją (wytwarzaniem) energii elektrycznej. Dlatego należy przyjąć, że instalacja fotowoltaiczna o mocy przekraczającej 100 kW nie stanowi urządzenia infrastruktury technicznej, o którym mowa w art. 61 ust. 3 u.p.z.p.

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 9 grudnia 2020 r.<sup>45</sup> stanowisko, które wyklucza urządzenia wytwarzające energię (elektrownie fotowoltaiczne) z kategorii urządzeń infrastruktury technicznej, o których mowa w art. 61 ust. 3 ustawy, znajduje potwierdzenie w nowelizacji tego przepisu dokonanej ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o odnawialnych źródłach energii oraz niektórych innych ustaw<sup>46</sup>. Na mocy art. 4 pkt 2 ustawy nowelizującej, zmieniającej m.in. ustawę o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym z dnia 29 sierpnia 2019 r., instalacje odnawialnego źródła energii w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy z 20 lutego 2015 r. dodano jako kolejne obiekty zwolnione z wymogów spełnienia warunków wynikających z zasady dobrego sąsiedztwa, wymienionych w art. 61 ust. 1 u.p.z.p. Posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem instalacji odnawialnego źródła energii, obok pojęcia urządzeń infrastruktury technicznej, wyklucza możliwość utożsamiania tych pojęć. Zważywszy, że w świetle definicji zawartej w art. 2 pkt 13 lit. a ustawy z 20 lutego 2015 r. instalacja fotowoltaiczna mieści się w pojęciu instalacji odnawialnego źródła energii, brak jest podstaw do tego, aby w dalszym ciągu, posiłkując się orzecznictwem sprzed tej nowelizacji, wywodzić, że elektrownie fotowoltaiczne stanowią urządzenia infrastruktury technicznej w rozumieniu art. 61 ust. 3 u.p.z.p.

Należy jednak podkreślić, że wskutek zmiany brzmienia art. 61 ust. 3 u.p.z.p., dokonanej z dnia 29 sierpnia 2019 r., zakres tego przepisu został rozszerzony poprzez wyraźne wskazanie w jego treści również instalacji odnawialnego źródła energii w rozumieniu art. 2 pkt 13 u.OZE. Zmiana ustawy w zakresie brzmienia art. 61 ust. 3 u.p.z.p. zdezaktualizowała zatem występujące wcześniej w orzecz-

<sup>45</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 grudnia 2020 r., II OSK 3705/19, LEX nr 3130321.

<sup>46</sup> Dz.U. z 2019 r. poz. 1524.

nictwie rozbieżności, jakie pojawiały się w zakresie definiowania urządzeń infrastruktury technicznej. Brzmienie powyższego przepisu jest obecnie jednoznaczne, odpowiada celom ustawy, a tym samym należy podzielić stanowisko w zakresie kwalifikacji instalacji odnawialnego źródła energii, mając na względzie art. 2 pkt 13 w związku z art. 2 pkt 22 u.OZE, że przedsięwzięcie polegające na budowie infrastruktury umożliwiającej produkcję energii z odnawialnych źródeł energii stanowi instalację odnawialnego źródła energii. Należy przy tym zauważyć, że tego typu uznanie rodzi dalsze konsekwencje w postaci braku konieczności weryfikacji, czy zamierzenie inwestycyjne spełnia wymogi z przepisów art. 61 ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.z.p. Możliwość ustalenia warunków zabudowy dla instalacji odnawialnego źródła energii (innego niż elektrownia wiatrowa) uzależniona jest jednak nadal od spełnienia wszystkich pozostałych przesłanek wymienionych w art. 61 ust. 1 u.p.z.p., w tym przesłanki dotyczącej braku konieczności uzyskania zgody na zmianę przeznaczenia gruntów rolnych i leśnych na cele nierolnicze i nieleśne, względnie objęcia danego terenu zgodą na taką zmianę uzyskaną przy sporządzeniu historycznych, nieobowiązujących już planów miejscowych (art. 61 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p.). W związku z tym, że wiele instalacji odnawialnych źródeł energii, np.: elektrownie wiatrowe, biogazownie czy instalacje fotowoltaiczne, lokalizowanych jest często na gruntach rolnych podlegających ochronie na podstawie ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych<sup>47</sup>, przesłanka ta ma szczególne znaczenie.

W rozumieniu ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych gruntami rolnymi są przede wszystkim grunty określone w ewidencji gruntów jako użytki rolne<sup>48</sup>. Jak stanowi art. 7 ust. 2 u.o.g.r.l., przeznaczenie na cele nierolnicze i nieleśne gruntów rolnych stanowiących użytki rolne klas I–III wymaga zgody ministra właściwego do spraw rozwoju wsi, wyrażonej w formie decyzji administracyj-

<sup>47</sup> Ustawa z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 2409), dalej: u.o.g.r.l.

<sup>48</sup> Zgodnie z brzmieniem art. 2 u.o.g.r.l. gruntami rolnymi, obok sklasyfikowanych w ewidencji gruntów jako użytki rolne, są również: grunty pod stawami rybnymi i innymi zbiornikami wodnymi, służącymi wyłącznie dla potrzeb rolnictwa; grunty pod wchodzącymi w skład gospodarstw rolnych budynkami mieszkalnymi oraz innymi budynkami i urządzeniami służącymi wyłącznie produkcji rolniczej oraz przetwórstwu rolno-spożywczemu; grunty pod budynkami i urządzeniami służącymi bezpośrednio do produkcji rolniczej uznanej za dział specjalny, stosownie do przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych i podatku dochodowym od osób prawnych; grunty parków wiejskich oraz pod zadrzewieniami i zakrzewieniami śródpolnymi, w tym również pod pasami przeciwwietrznymi i urządzeniami przeciwerozyjnymi; grunty rodzinnych ogrodów działkowych i ogrodów botanicznych; grunty pod urządzeniami: melioracji wodnych, przeciwpowodziowych i przeciwpożarowych, zaopatrzenia rolnictwa w wodę, kanalizacji oraz utylizacji ścieków i odpadów dla potrzeb rolnictwa i mieszkańców wsi; grunty zrehabilitowane dla potrzeb rolnictwa, torfowiska i oczka wodne, a także grunty pod drogami dojazdowymi do gruntów rolnych. Zgodnie z § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 27 lipca 2021 r. w sprawie ewidencji gruntów i budynków (Dz.U. poz. 1390) pojęcie użytki rolne obejmuje: grunty orne, łąki trwałe, pastwiska trwałe, sady, grunty rolne zabudowane, grunty zadrzewione i zakrzewione na użytkach rolnych, grunty pod stawami oraz grunty pod rowami.



nej<sup>49</sup>. W konsekwencji wydanie decyzji o warunkach zabudowy dla inwestycji tego typu możliwe jest jedynie na gruntach klas IV–VI. W przypadku gruntów stanowiących użytki klas wyższych lokalizacja instalacji odnawialnych źródeł energii wymaga uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, obejmującego zmianę przeznaczenia gruntów rolnych na cele nierolne. Okoliczność, że niektóre instalacje odnawialnych źródeł energii (np. elektrownie wiatrowe) zajmują często jedynie bardzo niewielkie enklawy gruntu rolnego, nie ma w tym przypadku znaczenia. W orzecznictwie sądów administracyjnych konsekwentnie podnosi się, że zlokalizowanie elektrowni wiatrowych w każdym przypadku pociąga za sobą zmianę przeznaczenia gruntu na nierolnicze<sup>50</sup>.

Jak wynika z przeprowadzonych rozważań, problematyka lokalizowania instalacji wytwórczych odnawialnych źródeł energii jest ściśle powiązana z problematyką planowania przestrzennego. Mimo obowiązywania wielu regulacji szczegółowych, sformułowanych przede wszystkim w ustawie o odnawialnych źródłach energii oraz w ustawie o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych, modyfikujących nieco ogólne zasady wynikające z ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, rozwiązania przyjęte w tej ustawie nadal mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia tworzenia warunków do lokalizowania instalacji OZE. Choć powiązanie takie wydaje się całkowicie racjonalne, to trzeba jednocześnie zwrócić uwagę, że w praktyce lokalizowanie instalacji odnawialnych źródeł energii napotyka wiele problemów. Po części wynikają one z niedoskonałości obowiązującego systemu planowania przestrzennego, czego przejawem jest choćby bardzo niski stopień pokrycia kraju miejscowymi planami zagospodarowania przestrzennego. Deficyty planowania są szczególnie zauważalne na terenach słabo zurbanizowanych, na których lokalizowana jest większość inwestycji OZE. W szczególności bowiem elektrownie wiatrowe i biogazownie nie są lokalizowane w pobliżu miast, ale na terenach wiejskich, z dala od zwartej zabudowy. Brak planów miejscowych na takich terenach stanowi jedną z najważniejszych przeszkód w rozwoju sektora odnawialnych źródeł energii.

Chociaż w zasadzie omówione przepisy stanowią dość zwarty system, to – jak się wydaje – zostały niepotrzebnie rozproszone, co utrudnia ich stosowanie. Niewątpliwie pilnej korekty wymagają także rozwiązania szczegółowe, przykładowo przyjęte w nadmiernie rygorystycznej ustawie „odległościowej”. Jednocześnie wobec faktu, że odnawialne źródła energii (energia wiatru, słoneczna, hydroelektryczna, energia oceanów, energia geotermalna, biomasa i biopaliwa)

<sup>49</sup> Wprawdzie art. 7 ust. 2a u.o.g.r.l. ustanawia pewne wyjątki od tej zasady dopuszczające możliwość przekształcenia na cele nierolne gruntów rolnych obejmujących gleby wyższych klas, ale – ze względu na szczególnie charakter tych wyjątków oraz bardzo ograniczony areał gruntów, których te wyjątki dotyczą – nie mają one istotnego znaczenia z punktu widzenia realizacji inwestycji obejmujących instalacje odnawialnych źródeł energii.

<sup>50</sup> Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 czerwca 2014 r., II OSK 197/13, LEX nr 1519296.

stanowią alternatywę dla paliw kopalnych i przyczyniają się do ograniczenia emisji gazów cieplarnianych, zróżnicowania dostaw energii i zmniejszania zależności od niepewnych i niestabilnych rynków paliw kopalnych, zwłaszcza ropy, gazu i węgla – w świetle wspomnianych na wstępie wyzwań klimatycznych oraz wyzwań geopolitycznych należy spodziewać się przyspieszenia rozwoju tego sektora energetyki, co wymaga jednak racjonalizacji rozwiązań prawnych w tym zakresie. W szczególności należy mieć nadzieję, że specyfika inwestycji obejmujących budowę instalacji odnawialnych źródeł energii zostanie uwzględniona w planowanej reformie systemu planowania przestrzennego<sup>51</sup>.

## REFERENCES

- Bąkowski T., *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Kraków 2004
- Dziedzic-Bukowska J., (w:) P. Sosnowski, K. Buczyński, J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2014
- Makowski M., *Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, LEX/el. 2018
- Maruszkin R., *TSUE rozstrzygnęła sprawę polskich wiatraków i ustawy 10h. Omówienie wyroku TS z dnia 28 maja 2020 r., C-727/17 (ECO-Wind Construction)*, LEX/el. 2020
- Olejarczyk E., *Budowa i eksploatacja instalacji odnawialnych źródeł energii w świetle obowiązującego prawa*, (w:) A. Barczyk, A. Ogonowska (red.), *Prawo i polityka ochrony środowiska w doktrynie i praktyce*, Szczecin 2016
- Plucińska-Filipowicz A., Kosicki A., (w:) M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021
- Przybylska M., *Zasada odległościowa w procesie inwestycyjnym elektrowni wiatrowej i zabudowy mieszkaniowej a działania organów samorządowych*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 4
- Zachariasz I., Izdebski H., *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2013

<sup>51</sup> W wykazie prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów pojawił się projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz niektórych innych ustaw (numer projektu: UD369), który zakłada wprowadzenie znaczących zmian w obecnym systemie planowania przestrzennego. Przykładowo proponuje się zastąpienie studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy, dokumentu o charakterze aktu kierownictwa wewnętrznego, aktem prawa miejscowego – planu ogólnego, którego ustalenia byłyby wiążące także przy wydawaniu decyzji o warunkach zabudowy. Projekt zawiera także wiele propozycji dotyczących usprawnienia sporządzania planów miejscowych oraz propozycję wprowadzenia nowego narzędzia urbanistyki operacyjnej, ułatwiającego inwestowanie – zintegrowanego planu inwestycyjnego.

*Błażej Mądrzycki*

University of Silesia in Katowice

[blazej.madrzycki@us.edu.pl](mailto:blazej.madrzycki@us.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-9165-6168

*Łukasz Pisarczyk*

University of Zielona Góra, Poland

[l.pisarczyk@wpa.uz.edu.pl](mailto:l.pisarczyk@wpa.uz.edu.pl)

University of Silesia in Katowice

[lukasz.pisarczyk@us.edu.pl](mailto:lukasz.pisarczyk@us.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-9312-7489

## THE IMPACT OF THE PANDEMIC ON COLLECTIVE RELATIONS IN POLAND

### Abstract

The crisis caused by the outbreak and spread of the COVID-19 pandemic forced the legislature to make numerous legal changes. The undertaken measures comprised labour law understood in the broadest sense. They were intended to protect the economy, including jobs, from the dramatic consequences of the spread of the virus and the associated danger. The extraordinary circumstances called for specific measures, focused on protecting work and workers. The drafting of protective regulations, under such special circumstances, could not take place without dialogue involving the labour. At the multi-company level, this was seeking concrete solutions to protect the employees. In turn, at the company level, the partners exercised the rights guaranteed by the anti-crisis regulations. The article offers an analysis of the legal situation of participants in social dialogue – both the employees and the employers. In retrospect, it is possible to evaluate specific measures which have been adopted.

## KEYWORDS

labour law, crisis, COVID-19, protection, anti-crisis regulations, social dialogue, social partners

## SŁOWA KLUCZOWE

prawo pracy, kryzys, COVID-19, ochrona, regulacje antykryzysowe, dialog społeczny, partnerzy społeczni

## 1. THE COVID-19 CRISIS: INITIAL REMARKS

The crisis caused by the COVID-19 pandemic involved unprecedented phenomena related to the restriction of social contacts, suspension of various forms of activity, and development of remote relations. At first, it could be feared that the existing socio-economic order was bound to fail. There were concerns that we would face an economic crisis, a wave of insolvencies, and a fundamental reduction in employment (which was attested by data on the decreasing number of jobs, the dismissals, and the growing unemployment)<sup>1</sup>. Employers and workers were unable to protect themselves against the consequences of the crisis. The state, which was the only entity with sufficient (organisational and financial) means to provide necessary support, was forced to intervene. It had to restructure the regulatory framework of the socio-economic relations and provide direct support to entities affected by the crisis. It was vital to take steps to protect human life and health, support businesses (especially those whose operations were suspended or curtailed), and protect jobs.

First, various health and hygiene-related protective measures were adopted to contain the threat caused by the virus. Second, remote work was introduced on a grand scale, which made social distancing possible. In some instances, the regulations imposed a direct obligation to organise remote work (as far as it was possible, of course). In many legal systems, a new legislative framework for remote work was developed (as the existing solutions were often inadequate). Third, it was possible to reduce the employees' working time or even to suspend employment relationships. As a result, businesses could cut labour costs. Fourth, financial support schemes for businesses and employees were developed. They

---

<sup>1</sup> See, among others, International Labour Organization Monitor, COVID-19 and the world of work, 27 October 2020, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_824092.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_824092.pdf) (accessed 11.04.2023).

included, among others, subsidies compensating for the lower or lost remuneration caused by the shorter working time or the suspension of the employment relationship (short-time work)<sup>2</sup>.

In some legal regimes, social dialogue played a considerable role in protective measures against the consequences of the COVID-19 crisis<sup>3</sup>. First, the social partners initiated protective actions (e.g. in the area of occupational health and safety), which were applied autonomously or adopted in legislation. Second, the provisions stipulated the possibility to adopt anti-crisis solutions with the participation of social partners. That said, social partners had to deal with restricted social contacts and the development of remote communication. Therefore, there were also questions about how the pandemic would affect traditional forms of social dialogue, including collective bargaining – their intensity, effectiveness, and finally also scope of application (with regard to employers and employees). This issue was growing more complex due to the overhaul of many national collective bargaining systems resulting from the economic crisis and the resultant expectation of greater flexibility and decentralisation<sup>4</sup>.

The last few months, even if there has been an increase in SARS-CoV-2 infections<sup>5</sup>, have no longer caused major disruptions in the functioning of socio-economic relations. We can speak of the end of a certain phase, which leads us to reflect on the post-pandemic socio-economic order and its legal framework. One important area where the pandemic may have caused significant changes are collective labour relations. The first level of analysis is the actual situation of the social partners (including the density of trade unions) and the practice of their social dialogue (the number of collective agreements concluded, the extent of coverage of employees or other workers). The second level is an analysis of the legal framework in which social dialogue is held and an attempt to answer the question of whether the pandemic has caused any lasting changes to the rules governing relations between the social partners. The subject of reflection are collective relations in Poland, which, on the one hand, have significant potential (a large labour market, traditional position of trade unions) and, on the other, have undergone a deep crisis in recent decades. From the Polish perspective, the fundamental question is whether the pandemic and the response to it entail a deepening of the

---

<sup>2</sup> Various national solutions have been discussed e.g. in “Italian Labour Law e-Journal” 2020, No. 1S, <https://illej.unibo.it/issue/view/868> (accessed 11.04.2023).

<sup>3</sup> Cf. S. Adameczyk, B. Surdykowska, *Gospodarka i świat pracy wkraczają na niezbadany ląd. Kilka wstępnych refleksji wokół rozwoju pandemii COVID-19*, “Monitor Prawa Pracy” 2020, No. 4, pp. 5–6.

<sup>4</sup> For more on this subject, see e.g. S. Laulom (ed.), *Collective bargaining developments in times of crisis*, “Bulletin of Comparative Labour Relations” 2018, No. 99; A. Liukkunen, *The role of collective bargaining in labour law regimes: A global approach*, (in:) A. Liukkunen (ed.), *Collective bargaining in labour law regimes: A global perspective*, Springer 2019.

<sup>5</sup> <https://www.gov.pl/web/koronawirus/wykaz-zarazen-koronawirusem-sars-cov-2> (accessed 11.04.2023).

crisis of collective relations, maintenance of the status quo, or perhaps an impulse to revive social dialogue (increasing the number of agreements, extending the scope of coverage, or perhaps extending agreements to new groups of workers, such as the self-employed). Despite the dramatic impact of the pandemic, it was expected that the exceptional situation in which people seek effective protection could be a factor in the development of workers' representation and the revival of social dialogue<sup>6</sup>.

The subject of the analysis will be the situation and competences of the most important participants in the social dialogue. Those will be, on the employers' side – the employers themselves and their associations, and on the employees' side – trade unions and elected employee representatives, which can be established in the largest number of work organizations – works councils and employees' representatives elected according to the procedure adopted at a given employer. The legal act of fundamental importance for the situation of the social partners and their bargaining during the pandemic is the so-called anti-crisis shield, i.e. the Act of 2 March 2020 on special solutions related to preventing, counteracting, and combating COVID-19 and other infectious diseases and crisis situations caused by them<sup>7</sup>, hereinafter referred to as the Anti-Crisis Shield Act.

## 2. THE INSTITUTIONAL CRISIS AND ATTEMPTS AT OVERCOMING IT: COLLECTIVE RELATIONS IN POLAND

Collective relations in Poland have been in deep crisis for several decades. It is a systemic crisis caused by the effects of the political transformation, the adopted concept of shaping the socio-economic order, and the weakness of the social partners. The collapse of collective bargaining began in the 1990s, when the system of collective agreements was restructured. On the one hand, this was necessary in view of the undemocratic nature of collective agreements during the communist period. On the other hand, given the weakness of the social partners, the adopted model did not (and probably could not) result in the formation of a comprehensive collective bargaining system. The weakening, or even atrophy of collective agreements has been accompanied by the emergence of other forms of defining employment conditions<sup>8</sup>. Employers issue various types of regulations (among which the

---

<sup>6</sup> In this context, see e.g. S. Adamczyk, B. Surdykowska, *Świat pracy na bezdrożach. Refleksje na temat możliwych skutków pandemii COVID-19*, "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2020, No. 4, pp. 3–10; K. Walczak, *Kilka uwag na temat zatrudnienia w dobie pandemii i po jej zakończeniu*, "Monitor Prawa Pracy" 2020, No. 6, pp. 9–16.

<sup>7</sup> "Journal of Laws" 2021, item 2095.

<sup>8</sup> For more on the subject, see Ł. Pisarczyk, J. Rumian, K. Wiczorek, *Zakładowe układy zbiorowe — nadzieja na dialog społeczny?*, "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2021, No. 6, pp. 3–14.

remuneration regulations play a special role), as well as engage in dialogue with employee representatives outside the framework created by the legislation, which is an element of collective autonomy (innominate collective agreements). The social partners themselves are unable to reverse the unfavourable trends, as they face their own problems (weakness of employers' organisations, declining trade union membership, insufficient trade union activity and pressure) and are unable to adapt to the changing socio-economic environment (sticking to old structures and operating methods). As a result, collective agreements, especially regular collective agreements, which should be the primary means of shaping the terms and conditions of employment, cover a relatively small group of businesses (large entities, the former state-owned enterprises, entities funded by local government) and a relatively small circle of employees (other working people exercising trade union rights).

### 3. LEGAL FRAMEWORK FOR THE FUNCTIONING OF THE SOCIAL PARTNERS

The situation and the potential (including the negotiating potential) of the social partners are substantially affected by regulations concerning the structure of individual organisations and actors.

When it comes to trade unions, the anti-crisis legislation did not alter the principles of representation. Most of the mechanisms were company-wide. If trade union involvement was envisaged, the entitled subject was supposed to be, as before, the company trade union organisation. In the absence of such a structure at the employer, elected representatives were to be involved in individual procedures. Thus, even a serious pandemic threat did not induce the legislature to abandon the concept of a company-level trade union organisation, which hinders the development of universal trade union representation<sup>9</sup>. The legislature opts for alternative representation by elected representatives, which does not guarantee workers a similar level of protection.

The anti-crisis provisions adopted the existing legal structure also with regard to elected representatives. In certain situations, agreements with employee representatives elected in the manner adopted at the employer were stipulated. The statute does not specify the structure of the representations, the manner of their election or, finally, the rights of the representatives, including protection

---

<sup>9</sup> For more on the subject, see especially Z. Hajn, *Ustawowy model organizacji polskiego ruchu związkowego i jego wpływ na zbiorowe stosunki pracy*, (in:) M. Matey-Tyrowicz, L. Nowacki, B. Wagner (eds.), *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, Warszawa 2002.

against repression by the employer<sup>10</sup>. The general framework for the election of representatives is set by the provisions of ILO Convention No. 135 – Workers’ Representative Convention 1971<sup>11</sup>, which provides for “elected representatives, namely, representatives who are freely elected by the workers of the undertaking in accordance with provisions of national laws or regulations or of collective agreements and whose functions do not include activities which are recognised as the exclusive prerogative of trade unions in the country concerned” (Art. 3). Given the reference to national rules for the election of representatives, this provision would hardly be considered self-executing. Moreover, it is “national laws or regulations, collective agreements, arbitration awards or court decisions that may determine the type or types of workers’ representatives which shall be entitled to the protection and facilities provided for in this Convention” (Art. 4).

The fundamental problem with the adopted structure stems from the fact that the employer is the entity with the greatest influence on the design of the election procedure. The law does not in any way require the participation of the employees (the staff), who will then choose their representatives. Any form of their involvement (e.g. consultation) is at the discretion of the employer. Ultimately, therefore, employers can create mechanisms that primarily take into account their own interests. Only *ex post* can the adopted solutions be possibly challenged as violating the principles of representation (e.g. if the employer appoints employee representatives or limits the circle of those entitled to vote<sup>12</sup>). The only requirement that can be derived from the law is that – in view of the use of the plural – there should be at least two employee representatives. This would make the position of the representatives stronger. It may be feared, however, that the numerical criterion does not offset other weaknesses in representation. Representatives are protected against discrimination under the general principles of labour law. However, such protection will not be available to representatives who are not employees. Similarly, representatives are not explicitly guaranteed facilities to exercise their functions. All this renders their position quite weak, and they are under strong pressure from employers.

It is regrettable that, in a situation where the representatives had a major role to play and could have been expected to be created, the legislature refrained from restructuring the legal framework in order to eliminate the concerns noted and

---

<sup>10</sup> More on the subject see e.g. M. Latos-Miłkowska, *Przedstawiciele pracowników wylaniania w trybie przyjętym u danego pracodawcy*, ”Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2010, No. 10; A. Sobczyk, *Przedstawicielstwo pozazwiązkowe w systemie zbiorowej reprezentacji pracowników – stan obecny i kierunki zmian*, (in:) A. Wypych-Żywicka, M. Tomaszewska, J. Stelina (eds.), *Zbiorowe prawo pracy w XXI wieku*, Gdańsk 2010.

<sup>11</sup> C135 – Workers’ Representatives Convention, 1971 (No. 135), [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312280.pdf](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312280.pdf) (accessed 11.04.2023).

<sup>12</sup> See <https://www.prawo.pl/kadry/porozumienie-pracodawcy-z-przedstawicielem-pracownikow-warunkuje,499370.html> (accessed 11.04.2023) (statement by M. Gładoch).



signalled so far. An excellent opportunity was lost to build a stronger and viable second channel for the representation of workers' interests, which could provide an alternative to the weakening trade unions, but also stimulate them to become more active. Nor was it guaranteed that a dialogue involving elected representatives could become, if not a dialogue between two equal actors, then at least a form of genuine expression of the interests of working people and a means of exerting pressure on the employing entity. A particular solution was to create a mechanism to facilitate the establishment of representation under pandemic conditions. If, due to the given situation, it was not possible to elect representatives, the law allowed an agreement to be made with representatives previously elected for other purposes (for the purpose of negotiating other agreements).

#### 4. THE ACTUAL SITUATION OF THE SOCIAL PARTNERS

Another question is how the actual situation of the social partners has evolved during the pandemic, including the number of different structures and the range of people and actors they represent. A separate analysis should be made of voluntary associations (trade unions and employers' organisations)<sup>13</sup> and elected representations, which are established on the basis of the law, although also in their case, the establishment requires an initiative (workers' councils) or some activity on the part of the employees (employees' representatives elected according to the procedure adopted by the employer). It should be emphasised that the very manner of representation and the objectives of trade union activity have not changed. The challenge, however, consisted in the completely new circumstances in which unions had to pursue their objectives. This applies to both internal union activities and relations with the employer.

The period of the pandemic is too short to establish clear trends in unionisation levels, on both the labour and the employer side. Still, there are insufficient grounds to consider the pandemic as a turning point for the condition of trade unions and employers' associations. The level of unionisation remains low (trade unions), and even very low (employers' associations). Despite some expectations, there is likewise no breakthrough when it comes to the collective representation

---

<sup>13</sup> Data published by the Central Statistical Office (GUS) shows that 0.4 thousand of active employers' organisations had 19.1 thousand members in 2018 (2.4 per cent more than in 2014). A total of 1.5 million people belonged to 12.5 thousand trade unions (1.1 per cent less than in 2014). The largest proportion of trade union members (23.2 per cent) worked in education, while employers belonging to employers' associations were involved in health care and social assistance (18.5 per cent), <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/gospodarka-spoleczna-wolontariat/gospodarka-spoleczna-trzeci-sektor/partnerzy-dialogu-spolecznego-zwiazki-zawodowe-i-organizacje-pracodawcow-wyniki-wstepne,16,1.html> (accessed 11.04.2023).

of working people who have no employee status. Even the state of emergency associated with the pandemic and the crisis it caused has not resulted in a visible increase in the number of union members. Theoretically, it could be presumed that employment concerns could provide an impulse to join trade unions. However, the restriction of social contacts significantly hampered any form of collective cooperation.

At the same time, some symptoms of a revival of union activity and a change in the public perception of unions are noticeable<sup>14</sup>. Yet the reasons for this revival are complex. It is the result of several spectacular collective actions that reminded people of trade unions' potential and possibilities (e.g. collective labour disputes in education, in the Polish Air Navigation Services Agency<sup>15</sup> or, finally, in the Social Insurance Institution<sup>16</sup>). These actions were in response to the deteriorating situation of various employee groups, caused, among other things, by inflation, the rising cost of living, and the fall in the real level of wages (partly even before the pandemic broke out). There is no doubt that, at least in some cases, the worsening situation of workers was directly (e.g. air traffic controllers) or indirectly linked to the COVID-19 crisis. Similarly, the positive signals should not be overstated in anticipation of future developments.

There is, unfortunately, no aggregate data to illustrate how the practice of establishing representations, elected according to the procedure adopted by the employer, has developed. However, it is possible to make some hypotheses. A significant proportion of employers (several tens of thousands of entities), including relatively large companies, wanted to benefit from some form of support that required an agreement with employee representatives<sup>17</sup>. Given that few employers have company-level trade union organisations, it was necessary to negotiate agreements with elected representatives. This meant that a representation had to be elected or an existing representation had to be empowered. It is, therefore, to be expected that the number of employers with elected employee representatives has increased significantly. However, it is not clear whether the representatives were elected only for the purposes of the Anti-Crisis Shield (which would imply a temporary increase in activity) or whether they have been empowered for other procedures, as well. The development of more permanent representative structures may provide the impetus for a revival of companylevel dialogue, although

---

<sup>14</sup> See communication of CBOS based on November 2021 studies, [https://www.cbos.pl/SPIS-KOM.POL/2021/K\\_140\\_21.PDF](https://www.cbos.pl/SPIS-KOM.POL/2021/K_140_21.PDF) (accessed 11.04.2023).

<sup>15</sup> <https://www.rynek-lotniczy.pl/wiadomosci/konflikt-w-pazp-bez-porozumienia-po-niedzielnym-rozmowach-14297.html> (accessed 11.04.2023).

<sup>16</sup> <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/brutalna-gra-w-zus-spor-o-strajk-to-tylko-wi-erzcholek-gory-lodowej/nv7scww> (accessed 11.04.2023).

<sup>17</sup> Almost 28 thousand agreements were concluded by February 2021, <https://gospodarka.dziennik.pl/news/artykuly/8105179,pip-kontrola-firmy-tarcza-antykryzysowa-koronawirus-covid-19-pieniadze.html> (accessed 11.04.2023).

of course to a very limited extent (as determined by the scope of the elected representatives' powers).

In the case of workers' councils, reference can be made to statistical data concerning their number and the term for which they have been set up at individual employers. The general trend is a declining rate of establishing workers' councils: for the first term, for subsequent terms of office, and as a total number of all councils<sup>18</sup>. The numbers of workers' councils established during the pandemic are, respectively: 47 (2020), 55 (2021), and 43 (2022 – here the data are not yet complete; that said, this is the year in which the councils are appointed for a fifth term – one such council has been reported to have been set up so far). Compared to previous years (105 in 2016, 78 in 2017, 179 in 2018, and 112 in 2019), a slowdown in establishing councils is evident. On the one hand, even if we take into account the rhythm of a term of office, in particular set by the first elections in 2006, we can notice a clear weakening of elected representation. On the other hand, declining trends with regard to councils have been evident since the outset (1,903 structures were created in 2016), and the pandemic caused not so much a collapse, but perhaps rather an acceleration of certain processes.

## 5. TRADITIONAL COLLECTIVE BARGAINING

Due to the course of the pandemic, especially in its first phase, it could have been feared that the epidemiological situation would contribute to a further weakening of the collective agreement system, especially collective bargaining. Social distancing and contact restrictions are undoubtedly not conducive to bargaining, especially in its traditional form. A basic indicator of the intensity of collective relations during the pandemic may be the number of collective bargaining agreements concluded (based on register data). The legislature itself did not make major changes to the rules of bargaining involving collective bargaining agreements and other collective agreements (with the exception of agreements provided for in the anticrisis provisions and treated as special institutions).

No multi-employer collective agreement was registered during the pandemic (this also applies to agreements concluded as part of the activities of the Social Dialogue Council). The last multi-employer collective agreement was registered in 2014. Additional protocols (formal amendments to agreements) have been registered since then. In this area, the activity of the social partners was even greater than in some previous years. There were also some attempts to conclude agreements which did not result in registration. Therefore, the atrophy of multi-em-

---

<sup>18</sup> Based on data published by the Ministry of Family and Social Policy, <https://www.gov.pl/web/dialog/rady-pracownikow2> (accessed 11.04.2023).

ployer agreements should not be associated with the pandemic but rather with the general situation of collective relations at the multi-employer level. Undoubtedly, however, the pandemic did not result in an increased interest in multi-employer bargaining, which was partly justified by the types of threats and the nature of the actions taken – mainly at the level of the work establishment or larger economic entity.

The data concerning activity in terms of company-level collective agreements in 2020 and 2021 are the following:

in 2020 – 49 collective agreements (13,650 employees) and 778 additional protocols, in 2021 – 48 collective agreements (20,407 employees) and 788 additional protocols.

For comparison, the data for preceding years are as follows:

in 2014 – 88 collective agreements (43,576 employees) and 1,030 additional protocols, in 2015 – 69 collective agreements (106,552 employees) and 909 additional protocols, in 2016 – 79 collective agreements (38,227 employees) and 896 additional protocols, in 2017 – 50 collective agreements (28,230 employees) and 845 additional protocols, in 2018 – 54 collective agreements (21,067 employees) and 945 additional protocols, in 2019 – 68 collective agreements (33,437 employees) and 988 additional protocols<sup>19</sup>.

On the one hand, the period of the pandemic entailed lower numbers of collective agreements and additional protocols as well as employees who were covered by the agreements. On the other hand, the declines are not sharp. They are rather a part of a constant downward trend that has been noted for many years. In conclusion, one could hardly expect a reversal of the previous unfavourable trends at the time of the pandemic. Additionally, the pandemic itself appears not to have been a major factor in increasing the intensity of bargaining. Certainly, the social partners did not opt for collective bargaining as a form of counteracting the effects of the crisis, which was the result of their own strategies, but also of statutory solutions. Rather, they used the construction of specific agreements, which were better adapted to the current situation and easier to negotiate.

Due to the lack of the requirement to register such an agreement, it is much more difficult to assess the situation of collective agreements (normative agreements) other than collective bargaining agreements. Information about the market situation suggested that the parties more often resorted to the institution of crisis agreements provided for in the Labour Code<sup>20</sup> (Articles 9<sup>1</sup>, 23<sup>1a</sup>, and 241<sup>27</sup>). Collective dismissals were likewise more frequent, which required the procedure provided for in the Collective Dismissals Act and, if the employer was covered by a company-level trade union organisation – negotiations with that organisation(s). The activity of trade unions in the context of dismissals for reasons not related to employees deserves to be highlighted. According to the trade union report,

<sup>19</sup> <https://www.pip.gov.pl/pl/o-urzedzie/sprawozdania-z-dzialalnosci> (accessed 11.04.2023).

<sup>20</sup> Act of 26/06/1974 – Labour Code, “Journal of Laws” of 2022, item 1510, as amended.

collective dismissals during the pandemic affected some 15,000 employees. The examples cited in the report may justify the thesis that without trade union protection, the scope of redundancies could have been greater<sup>21</sup>. At the same time, it should be emphasised that the Act, by lowering severance payments, facilitated redundancies and weakened the trade unions' bargaining position (Art. 15gd of the Anti-Crisis Shield Act), which has been criticised<sup>22</sup>. Despite the effectiveness of trade union action, it should be borne in mind that agreements to worsen employment conditions or concerning collective dismissals count as extraordinary. An improvement in the economic situation and the absence of other difficulties result in a declined interest in these institutions and a return to the *status quo*. Therefore, it does not seem that the pandemic will bring about fundamental changes in the area of collective agreements other than agreements under general labour law, although, of course, any form of involvement can spark social partner activity.

Finally, seeing the weakness of the typical forms of dialogue, some social partners undertook independent measures to mitigate the impact of the pandemic. Trade union activities included publishing a handbook prepared by the OPZZ trade union as part of a project titled "Knowledge and Education – a Key to Efficient Social Dialogue at Company Level during the COVID-19 Pandemic"<sup>23</sup>. The project is a direct response by trade union central authorities to the need to support company-level trade union organisations. The development, and later the implementation of the new legislation required support. The project was therefore a strong response to a recognised need.

## 6. THE INVOLVEMENT OF SOCIAL PARTNERS IN THE DEVELOPMENT OF UNIVERSALLY APPLICABLE LAW

When analysing the situation of collective bargaining, it is difficult to ignore the involvement of social partners in the drafting of universally binding law. First, the law establishes the formal framework for social dialogue and determines the scope of the social partners' freedom. Second, the involvement in the drafting of universally applicable law is not without influence on activity in autonomous

<sup>21</sup> K. Duda, Sytuacja na rynku pracy w dobie pandemii koronawirusa. Raport. Wydział Polityki Społecznej, Rynku Pracy, Ubezpieczeń i Zdrowia OPZZ, <https://www.opzz.org.pl/aktualnosci/kraj/rynek-pracy-w-dobie-pandemii-raport-opzz> (accessed 11.04.2023)

<sup>22</sup> B. Mądrzycki, *O związkach zawodowych z pandemią Covid-19 w tle*, "Zeszyty Naukowe Wydziału Zarządzania GWSH" 2022, No. 17, pp. 77–86.

<sup>23</sup> <https://www.opzz.org.pl/szkolenia-i-projekty-ue/kursy-i-szkolenia-dla-zwiazkowcow/kursy-i-szkolenia-dla-zwiazkowcow-zakonczone/wiedza-i-edukacja-kluczem-do-sprawnego-dialogu-spolecznego-na-poziomie-zakladu-pracy-w-dobie-pandemii-covid-19> (accessed 11.04.2023).

areas (the possibility to influence the content of laws limits this activity in a certain way).

The draft anti-crisis solutions proposed by the legislature aroused reservations of both the labour and the management. Social consultations of draft regulations were carried out at a very rapid pace, with social partners often having only a few days to take a position. The scope of the regulations was extensive and the proposed solutions raised doubts. It should be stressed that the social partners were very active in the legislative process<sup>24</sup>. They were also fairly effective in blocking some of the solutions that could be considered controversial<sup>25</sup>. Examples include proposals to facilitate the termination of employment contracts, e.g. by e-mail, or to expand the employer's unilateral powers to shape the employment relationship, which were criticised as being in conflict with the protective function of labour law<sup>26</sup>. On the one hand, the activity of trade unions and employers' organisations in the law-making process is an example of the promotion of the social partners and the effective use of their potential (which, as it turns out, is still significant). On the other hand, these mechanisms may consolidate the practice of social partners, including trade unions, concentrating in the political sphere – at the expense of typical collective bargaining.

## 7. ANTI-CRISIS MECHANISMS

The anti-crisis legislation provided for a number of solutions with a direct or indirect impact on the employment sphere. The introduction of some of them required the participation of employee representatives. The involvement of a collective entity may contribute to the application of solutions that take into account the interests of both parties to the employment relationship. It thus guarantees, despite extraordinary circumstances, a certain level of protection for employees and other workers (provided, of course, that the representatives are in a position to genuinely bargain with the employer). As a result, it is worth considering which constructions were introduced by collective agreements (and which could have been introduced under employment contracts or unilaterally by employers),

---

<sup>24</sup> <https://www.opzz.org.pl/aktualnosci/kraj/czas-na-podjecie-dzialan-antykryzysowych> (accessed 11.04.2023).

<sup>25</sup> <https://www.opzz.org.pl/aktualnosci/kraj/natychmiastowa-reakcja-opzz-przynosi-skutek-rzad-powoli-wycofuje-sie-z-najbardziej-antypracowniczych-rozwiazan-tarczy-3-0> (accessed 11.04.2023); see also <https://www.solidarnosc.org.pl/aktualnosci/wiadomosci/kraj/item/19356-rzad-uwzglednil-czesc-postulatu-solidarnosci-bez-porozumienia-nie-bedzie-wsparcia-w-ramach-tarczy> (accessed 11.04.2023).

<sup>26</sup> B. Mądrzycki, *op. cit.*

which entities represented the employees' interests, and what were the procedure of conclusion and the content of the agreements.

One of the most important decisions of the legislature was to determine the mode in which remote work would be introduced. Due to the risks to human life and health, it was necessary to create a mechanism that was as flexible and effective as possible. As a result, remote work was introduced on the basis of the employer's decision (the law in a way extended the employer's managerial prerogatives). Only after several months were provisions adopted to safeguard the interests of employees, although they too were characterised by a rather high level of generality. The managerial prerogatives were extended also with regard to employers in charge of so-called critical infrastructure (e.g. they gained the right to make changes to working time schedules). In this way, the legislature wanted to ensure the smooth operation of work establishments of key importance to society and the economy. Partly justifiable given the special circumstances, the form of remote work provided for in the anti-crisis legislation would have been difficult to accept as a permanent element of the employment relationship (due to the excessive expansion of the employer's managerial prerogatives). At the same time, the pandemic revealed the significant weaknesses of remote work as regulated by the Labour Code. Therefore, the legislature is looking for a new, comprehensive solution that will combine the existing telework with remote work. Among other things, the drafters are looking for a balance between collective elements (participation of employee representatives in the introduction of remote work) and individual elements (role of the employment contract, right of the employer to introduce remote work unilaterally)<sup>27</sup>.

Collective agreements provided the legal basis for the application of the most important mechanisms to reduce labour costs and thus support employers and avoid or limit redundancies. This was possible with employers who met certain conditions, in particular those facing a decline in turnover. In some cases, the conclusion of an agreement was also a condition for applying for state aid. On the basis of an agreement with employee representatives, it was possible, among other things, to: 1. introduce a furlough, 2. reduce the working time of employees (Article 15g), 3. adopt less favourable terms of employment than those resulting from employment contracts (the agreement should specify the extent of such deterioration), 4. introduce certain forms of work organisation, including the extension of the daily working time to 12 hours in a reference period not exceeding 12 months, and the reduction of uninterrupted rest periods (Article 15zf). Since they were explicitly based on legislation, the agreements could be considered as sources of labour law (Art. 9(1) of the Labour Code). Importantly, they could affect the situation of not only employees, but also

---

<sup>27</sup> See a bill to amend the Labour Code, where the existing model of distance working is supposed to be replaced with a new, comprehensive concept of remote work, which could be used in a number of variants, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2335> (accessed 11.04.2023).

persons performing work under civil law contracts. The latter solution was an important step towards shaping uniform protection for all persons who perform work. However, it was introduced under specific circumstances. It is, therefore, difficult to say whether this will already be a permanent statutory trend or rather an incidental solution.

As far as the entities representing the interests of the employed persons were concerned, the legislature applied the concept of trade union priority that had already been used before. If a company-level trade union organisation was active at the employer, the agreement had to be concluded with this trade union entity. The existence of a company-level trade union structure at the employer precluded the conclusion of agreements with elected representatives. Thus, if it was not possible to conclude an agreement with the trade union, the employer could not obtain aid. At the same time, a conflict mechanism was adopted in the regulations in an effort to ensure that the procedure was efficient. Where more than one trade union structure was active at an employer, the agreement could be concluded with representative organisations (Art. 15g(11) and 15zf(4) of the Anti-Crisis Shield Act). Due to the link with employment relationships, a two-stage criterion of representativeness was applied: taking into account all persons performing paid work (at least 8 per cent of persons performing paid work for unions representative in accordance with the provisions on the Social Dialogue Council, 15 per cent for the others, and finally – in the absence of meeting these requirements – the criterion of the largest organisation) and, in addition, the employees themselves (at least 5 per cent of the employees). Recognising the importance of crisis agreements for employers (businesses), the provisions enabled them to be concluded also when employees are not represented by trade unions (15g(11)(4) of the Anti-Crisis Shield Act). Then, the parties to the agreement could be elected representatives<sup>28</sup>. The agreements were verified in that they were required to be forwarded to the competent district labour inspectors, who, however, were not granted any special powers.

The negotiation of anti-crisis agreements has become an important element in maintaining social dialogue. The implementation of the anti-crisis legislation revealed the potential of social dialogue. Employers with an interest in concluding agreements (seeking to reduce labour costs and obtain state aid) started negotiations with the workers. In the absence of trade unions, they also initiated (usually successfully) the election of representatives able to conclude an agreement. Workers' representatives tended to take into account the particular situation of employers affected by the crisis (especially if they had to suspend or reduce operation)<sup>29</sup>. As a result, there were no major tensions and disputes in the background of crisis

---

<sup>28</sup> See M. Latos-Milkowska, *Porozumienia zbiorowe w tarczy antykryzysowej*, "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2020, No. 10, pp. 31–33.

<sup>29</sup> <https://gospodarka.dziennik.pl/news/artykuly/8105179,pip-kontrola-firmy-tarcza-antykryzysowa-koronawirus-covid-19-pieniadze.html> (accessed 11.04.2023).



agreements negotiations, and a large part of the bargaining ended with an agreement, although there were cases when company-level trade union organisations did not accept the terms of the agreement, which prevented the employer from obtaining aid (such situations generally did not occur in bargaining with elected representatives).

Based on data from February 2021, i.e. those covering the period of the most severe restrictions on business activity and the most intensive implementation of anti-crisis mechanisms, nearly 28,000 agreements concerning employment conditions were concluded, with approximately 24,500 entrepreneurs (employers) as parties<sup>30</sup>. Agreements on the application of furlough and reduction of working time were concluded most frequently. Agreements on the organisation of working time were concluded much less often<sup>31</sup>.

Unfortunately, the intensification of the social dialogue was conditioned by the specific circumstances of the pandemic, and thus exceptional. The end of the state of emergency and the need for specific solutions resulted in a return to the *status quo*. The increase in activity, like its causes, was atypical. It may be feared that it will not result in a lasting change in relations between the social partners. Given the data on traditional forms of bargaining, social partners did not (in most cases) continue social dialogue after the conclusion of crisis agreements, which could have resulted in especially collective bargaining or other agreements.

## 8. PUBLIC ADMINISTRATION

A separate problem was the situation of employees in the public sector, including public administration<sup>32</sup>. The legislature reckoned with the need to cut costs and reduce employment. This assumption alone raised doubts, given that employment in the private sector was supported with significant resources<sup>33</sup>. The anti-crisis

---

<sup>30</sup> <https://gospodarka.dziennik.pl/news/artykuly/8105179,pip-kontrola-firmy-tarcza-antykryzysowa-koronawirus-covid-19-pieniadze.html> (accessed 11.04.2023). A report prepared by the Polish Economic Institute shows that 86 per cent of the surveyed businesses benefited from the solutions available under the AntiCrisis Shield Act. Most of them, 92 per cent, used more than one support instrument. See *Tarcza Antykryzysowa. Koło ratunkowe dla firm i gospodarki?* Warszawa 2021, [https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2021/09/PIE-Raport\\_Tarcze-antykryzysowe.pdf](https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2021/09/PIE-Raport_Tarcze-antykryzysowe.pdf) (accessed 11.04.2023).

<sup>31</sup> <https://www.prawo.pl/kadry/pip-udostepnila-pierwsze-dane-dotyczace-porozumien-w-sprawie,499793.html> (accessed 11.04.2023).

<sup>32</sup> See considerations by J. Szmít, *Państwo wobec pracowników administracji rządowej (uwagi na tle ustawy antykryzysowej)*, "Państwo i Prawo" 2020, No. 12, pp. 92–106.

<sup>33</sup> Even though the planned measures were justified with constitutional solidarity (explanatory memorandum to the government bill on extraordinary support instruments in connection with the spread of the SARS-CoV-2 virus, paper 330, p. 73).

legislation authorised the Council of Ministers (this option was never used) to issue a regulation providing for an obligation to downsize the sector or to apply less favourable employment conditions. The rationale for issuing the regulation was meant to be a state of threat to public finances (Article 15zzzzzo of the Anti-Crisis Shield Act). Importantly, in the event of a reduction of employment, the Act excluded the application of the provisions of the Collective Dismissals Act. This gap of sorts was supposed to be filled by a procedure under the Anti-Crisis Shield Act. Employees' interests were supposed to be represented by trade unions (company-level trade union organisations) only, which meant that employees at agencies where such structures had not been established would be deprived of protection. Moreover, trade unions were not guaranteed the right to negotiate an agreement on dismissals. They were only granted the right to express their opinion on the planned measures. As the consultation did not give rise to specific obligations on the part of the employer, this solution inevitably had to be assessed critically as weakening the protection of vulnerable employees (and that of those employed in the public sector)<sup>34</sup>. Fortunately, this scenario of dismissals never became reality, although the Act remains an example of a regulation that undermines the potential of social dialogue, and is a result of the state's own actions.

## 9. THE TECHNICAL SIDE OF SOCIAL PARTNER ACTIVITIES AND COLLECTIVE BARGAINING

One of the greatest challenges during the pandemic was the need to limit social contacts. The need to maintain distance hinders various forms of interaction, including collective bargaining (negotiation), whose essence consists in various forms of interpersonal contacts and meetings. Bargaining, therefore, required special technical and organisational solutions. This was the result partly of explicit statutory solutions, and partly (where possible) of autonomous initiatives. At the same time, the question arises as to whether specific activities from the period of the pandemic can have a more lasting impact on the shape of collective relations.

Trade union activities and collective relations were constrained by laws governing meetings and events. Initially, no provisions allowing remote activities were in place. With time, such a possibility was adopted under Art. 15zzzzr of the Anti-Crisis Shield Act, stipulating, among other things, that meetings of the organs of legal entities could be held using electronic communications without the simultaneous presence of the members of those organs (but subject to other formal requirements). In view of the uncertain future, some trade unions have intro-

---

<sup>34</sup> K. Walczak, "Optymalizacja" kosztów zatrudnienia w administracji rządowej, "Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej" 2020, Vol. 27, No. 4, pp. 293–303.

duced<sup>35</sup> or are considering introducing amendments to their statutes so as to allow remote actions<sup>36</sup>. In view of the epidemiological threat, the Anti-Crisis Shield Act has also adopted special arrangements for the election of bodies. According to Art. 14i(2) of the Anti-Crisis Shield Act, if the term of office of a statutory body of a trade union, a union or organisation of entrepreneurs, an employers' associations, their federations and confederations, or a social labour inspector expires during the period of a state of epidemic emergency or a state of epidemics declared due to COVID-19 or up to 30 days after the cancellation of the state in question, and as a result there is no possibility to hold elections, the term of office of these bodies shall be extended until the election of the statutory body of the trade union, union or organisation of entrepreneurs, an employers' association, their federations and confederations, or a social labour inspector for a new term of office, but no longer than 90 days from the date on which the state of epidemic emergency or state of epidemic emergency is revoked. This solution was accepted by all trade union central authorities<sup>37</sup>. During the epidemiological emergency, remote communication means were also widely used in relations between the social partners. It seems that a kind of digitalisation of the social partners' activities may become a more permanent phenomenon. The benefits of remote activities (greater flexibility, cost reduction) have been recognised, although of course social dialogue requires face-to-face interaction, as well. Moreover, digitalisation is an opportunity (mainly for trade unions) to reach out to new groups, including especially young people or the self-employed (while, for example, traditional forms of activities even with regard to gig economy workers are proving ineffective)<sup>38</sup>. Much will depend on the vision and openness of the unions themselves.

---

<sup>35</sup> The possibility to hold remote meetings is stipulated e.g. in the Statutes of the Polish Teachers' Union (ZNP). Pursuant to Art. 25a, 1. Meetings of the authorities and collegiate statutory bodies of the ZNP shall be minuted. 2. In exceptional situations, in particular when faced with urgent matters, the authorities and statutory bodies may hold meetings and adopt resolutions by means of electronic communication. 3. The rules for convening and holding meetings and voting by means of electronic communication shall be defined by the General Board in its Rules of Procedure.

<sup>36</sup> Poradnik OPZZ, <https://www.opzz.org.pl/szkolenia-i-projekty-ue/kursy-i-szkolenia-dla-zwiazkowcow/kursy-i-szkolenia-dla-zwiazkowcow-zakonczone/wiedza-i-edukacja-kluczem-do-sprawnego-dialogu-spoiecznego-na-poziomie-zakladu-pracy-w-dobie-pandemii-covid-19> (accessed 11.04.2023)

<sup>37</sup> Opinions on the Deputies' bill to amend the Act on special solutions related to preventing, counteracting, and combating COVID-19 and other infectious diseases and crisis situations caused by them. Sejm paper No. 1018. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1018> (accessed 11.04.2023).

<sup>38</sup> More on this subject e.g. F. Rosioru, *The "smart" trade union: New strategies for a digitalised labour market*, (in:) J.M. Miranda Boto, E. Brameshuber (eds.), *Collective bargaining and the gig economy: A traditional tool for new business models*, Hart Publishing 2022, pp. 135 *et seq.*

## 10. CONCLUSION

Despite the extraordinary nature of the COVID-19 crisis, there has been no fundamental overhaul of the legal framework in which collective bargaining is carried out. The legislature has essentially limited itself to creating extraordinary anti-crisis mechanisms that were used during the pandemic, as well as certain procedural simplifications justified by the restriction of social contacts. The concepts of a company-level trade union organisation and representatives elected according to the procedure adopted by the employer – with all their shortcomings – have been retained. At the same time, the competences of these entities have been extended only to include participation in anti-crisis procedures. These are not changes that could significantly affect the practice of social dialogue in the long term. It is regrettable that the parliament failed to take advantage of the situation in which both sides of social dialogue were interested in collective bargaining in order to make changes that could contribute to improving the current situation.

Social partners participated (fairly actively) in containing the adverse effects of the pandemic. This, however, did not fundamentally increase their activity – in terms of either the scope of representation (number of actors represented) or the initiatives taken (e.g. initiating collective bargaining). Thus, even the state of threat and uncertainty, which prompts people to seek protection, has not increased the attractiveness of collective actors. This can be worrying especially in the case of trade unions, as it exposes the depth of the crisis in which they find themselves. Meanwhile, some signs of recovery can be noted; they are reflected, among other things, by significant collective actions. It cannot be ruled out that, at least to some extent, this is a consequence of actions taken during the pandemic. However, it is too early to speak of a clear trend, and even more so – to diagnose its causes.

At the same time, the pandemic has rather not extraordinarily weakened collective bargaining. Admittedly, collective bargaining has continued to decline (as can be seen, among other things, in the number of regular (typical) collective agreements negotiated and in force), but the trends from 2020 to 2022 were not fundamentally different from those of the previous years. If the social partners were interested in pursuing collective bargaining, they usually succeeded in finding a way to do so (even despite the emerging constraints). The crisis, requiring firm and effective action, has reinforced the tendency for the social partners to act in the political sphere and to influence the law-making process (which may not be without impact on the involvement in the area of typical collective bargaining). A change for the better, which, at least from the technical point of view, may facilitate dialogue, is the wider use of new techniques and technologies, including various forms of remote contact. These solutions are a useful instrument, provided of course that the social partners are interested in engaging in dialogue. In addition,

they provide opportunities to reach out to groups that have hitherto been only on the margins of trade union activity.

In conclusion, the pandemic has not had any major impact on the collective bargaining system in Poland – either in terms of legislation (the solutions introduced were mostly incidental) or in the area of facts (bargaining intensified mainly in the face of a serious threat and in the hope of obtaining external support). The key trends observed in the earlier period persisted. The pandemic neither caused the ultimate collapse of collective bargaining nor became, despite initial expectations, an impetus to strengthen trade unions and intensify relations between social partners. At the same time, however, some processes are underway which, with the right attitude on the part of the social partners themselves, could contribute to the revival of collective relations.

## REFERENCES

### Books and articles

- Adamczyk S., Surdykowska B., *Gospodarka i świat pracy wkraczają na niezbadany ląd. Kilka wstępnych refleksji wokół rozwoju pandemii COVID-19*, “Monitor Prawa Pracy” 2020, No. 4
- Adamczyk S., Surdykowska B., *Świat pracy na bezdrożach. Refleksje na temat możliwych skutków pandemii COVID-19*, “Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, No. 4
- Hajn Z., *Ustawowy model organizacji polskiego ruchu związkowego i jego wpływ na zbiorowe stosunki pracy*, (in:) M. Matey-Tyrowicz, L. Nowacki, B. Wagner (eds.), *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, Warszawa 2002
- International Labour Organization Monitor, COVID-19 and the world of work, 27 October 2020, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_824092.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_824092.pdf) (accessed 11.04.2023)
- Latos-Miłkowska M., *Porozumienia zbiorowe w tarczy antykryzysowej*, “Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, No. 10
- Latos-Miłkowska M., *Przedstawiciele pracowników wylaniani w trybie przyjętym u danego pracodawcy*, “Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2010, No. 10
- Laulom S. (ed.), *Collective bargaining developments in times of crisis*, “Bulletin of Comparative Labour Relations” 2018, No. 99
- Liukkunen A., *The role of collective bargaining in labour law regimes: A global approach*, (in:) U. Liukkonen (ed.), *Collective bargaining in labour law regimes: A global perspective*, Springer 2019
- Mądrzycki B., *O związkach zawodowych z pandemią Covid-19 w tle*, “Zeszyty Naukowe Wydziału Zarządzania GWSH” 2022, No. 17
- Pisarczyk Ł., Rumian J., Wieczorek K., *Zakładowe układy zbiorowe — nadzieja na dialog społeczny?*, “Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2021, No. 6

- Rosioru F., *The “smart” trade union: New strategies for a digitalised labour market*, (in:) J.M. Miranda Boto, E. Brameshuber (eds.), *Collective bargaining and the gig economy: A traditional tool for new business models*, Hart Publishing 2022
- Sobczyk A., *Przedstawicielstwo pozazwiązkowe w systemie zbiorowej reprezentacji pracowników – stan obecny i kierunki zmian*, (in:) A. Wypych-Żywicka, M. Tomaszewska, J. Stelina (eds.), *Zbiorowe prawo pracy w XXI wieku*, Gdańsk 2010
- Szmida J., *Państwo wobec pracowników administracji rządowej (uwagi na tle ustawy antykryzysowej)*, “Państwo i Prawo” 2020, No. 12
- Walczak K., *Kilka uwag na temat zatrudnienia w dobie pandemii i po jej zakończeniu*, “Monitor Prawa Pracy” 2020, No. 6
- Walczak K., *“Optymalizacja” kosztów zatrudnienia w administracji rządowej*, “Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2020, 27, No. 4

### Internet sources

- Bill to amend the Labour Code, where the existing model of distance working is supposed to be replaced with a new, comprehensive concept of remote work, which could be used in a number of variants, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2335> (accessed 11.04.2023)
- Communication of CBOS. Związki zawodowe w Polsce, [https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2021/K\\_140\\_21.PDF](https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2021/K_140_21.PDF) (accessed 11.04.2023)
- Czas na podjęcie działań antykryzysowych!, <https://www.opzz.org.pl/aktualnosci/kraj/czas-na-podjecie-dzialan-antykryzysowych> (accessed 11.04.2023)
- Guza Ł. Będą kontrole. PIP sprawdzi, czy firmy nie nadużyły tarczy, <https://gospodarka.dziennik.pl/news/artykuly/8105179,pip-kontrole-firmy-tarcza-antykryzysowa-koronawirus-covid-19-pieniadze.html> (accessed 11.04.2023)
- “Italian Labour Law e-Journal” 2020, No. 1S, <https://illej.unibo.it/issue/view/868> (accessed 11.04.2023)
- Leśniak G. J. Porozumienia w sprawie postojowego: sukces czy porażka?, <https://www.prawo.pl/kadry/pip-udostepnila-pierwsze-dane-dotyczace-porozumien-w-sprawie,499793.html> (accessed 11.04.2023)
- Leśniak G.J., Przedstawiciel załogi w epidemii – to może być duży problem, <https://www.prawo.pl/kadry/porozumienie-pracodawcy-z-przedstawicielem-pracownikow-warunkuje,499370.html> (accessed 11.04.2023) (statement by M. Gładoch)
- Natychmiastowa reakcja OPZZ przynosi skutek. Rząd powoli wycofuje się z najbardziej antypracowniczych rozwiązań Tarczy 3.0, <https://www.opzz.org.pl/aktualnosci/kraj/natychmiastowa-reakcja-opzz-przynosi-skutek-rzad-powoli-wycofuje-sie-z-najbardziej-antypracowniczych-rozwiazan-tarczy-3-0> (accessed 11.04.2023)
- Opinions on the Deputies’ bill to amend the Act on special solutions related to preventing, counteracting, and combating COVID-19 and other infectious diseases and crisis situations caused by them. Sejm paper No. 1018, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1018> (accessed 11.04.2023)
- Rady pracowników. Obowiązek informacyjny, <https://www.gov.pl/web/dialog/rady-pracownikow2> (accessed 11.04.2023)
- Raport zakażeń koronawirusem (SARS-CoV-2), <https://www.gov.pl/web/koronawirus/wykaz-zarazen-koronawirusem-sars-cov-2> (accessed 11.04.2023)

- Rynek pracy w dobie pandemii – raport OPZZ, <https://www.opzz.org.pl/aktualnosci/kraj/rynek-pracy-w-dobie-pandemii-raport-opzz> (accessed 11.04.2023)
- Rząd uwzględnił część postulatów “Solidarności”. Bez porozumienia nie będzie wsparcia w ramach “Tarczy”, <https://www.solidarnosc.org.pl/aktualnosci/wiadomosci/kraj/item/19356-rzad-uwzglydnil-czesc-postultow-solidarnosci-bez-porozumienia-nie-bedzie-wsparcia-w-ramach-tarczy> (accessed 11.04.2023)
- Statistical data of the Central Statistical Office GUS, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/gospodarka-spoeczna-wolontariat/gospodarka-spoeczna-trzeci-sektor/partnerzy-dialogu-spoecznego-zwiazki-zawodowe-i-organizacje-pracodawcow-wyniki-wstepne,16,1.html> (accessed 11.04.2023)
- Tarcza Antykryzysowa. Koło ratunkowe dla firmy i gospodarki. Polski Instytut Ekonomiczny, [https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2021/09/PIE-Raport\\_Tarcze-antykryzysowe.pdf](https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2021/09/PIE-Raport_Tarcze-antykryzysowe.pdf) (accessed 11.04.2023)
- Wiedza i edukacja kluczem do sprawnego dialogu społecznego na poziomie zakładu pracy w dobie pandemii COVID-19, <https://www.opzz.org.pl/szkolenia-i-projekty-ue/kursy-i-szkolenia-dla-zwiazkowcow/kursy-i-szkolenia-dla-zwiazkowcow-zakonczone/wiedza-i-edukacja-kluczem-do-sprawnego-dialogu-spoecznego-na-poziomie-zakladu-pracy-w-dobie-pandemii-covid-19> (accessed 11.04.2023)

### **Documents, acts of law**

Act of 26/06/1974 – Labour Code, “Journal of Laws” of 2022, item 1510, as amended

Act of 2 March 2020 on special solutions related to preventing, counteracting, and combating COVID-19 and other infectious diseases and crisis situations, Journal of Laws” 2021, item 2095

Communication of CBOS based on November 2021 studies

ILO Convention No. 135 – Workers’ Representative Convention 1971

*Agata Niewiadomska*

Uniwersytet Warszawski, Polska

[aniewiadomska@wz.uw.edu.pl](mailto:aniewiadomska@wz.uw.edu.pl)

ORCID 0000-0003-2863-2715

## **INNOWACYJNOŚĆ W NOWEJ WSPÓLNEJ POLITYCE ROLNEJ**

### **INNOVATION IN THE NEW COMMON AGRICULTURAL POLICY**

#### **Abstract**

Innovativeness is one of the most significant determinants of the new Common Agricultural Policy from 2023. Along with climate protection, it is becoming a key consideration when allocating the European funds. The problem, however, is the overly broad understanding of this concept which is construed as ‘progress’ rather than ‘innovation’. In this regard, it seems justified to make an *ex ante* evaluation of the prepared legal solutions in the field of legal instruments aimed at implementing innovativeness in the Polish and European rural areas. Appropriate construction of these mechanisms will enable efficient and effective use of funds by farmers. Currently, one can only observe a search for innovative mechanisms that could help agriculture. The article evaluates selected mechanisms by applying the method of dogmatic law analysis and comparative law analysis.



## KEYWORDS

Common Agricultural Policy, innovativeness, National Strategic Plan, innovation, agriculture, innovative countryside

## SŁOWA KLUCZOWE

Wspólna Polityka Rolna, innowacyjność, Krajowy Plan Strategiczny, nowatorstwo, rolnictwo, innowacyjna wieś

## 1. INNOWACYJNOŚĆ JAKO KATEGORIA PRAWNA

Innowacyjność jest jednym z głównych wyznaczników Wspólnej Polityki Rolnej (WPR), od wielu lat funkcjonującym w regulacjach europejskich. Na sile jej znaczenie przybrało od 2020 roku, kiedy negocjowano kształt europejskiego rolnictwa w nowej perspektywie finansowej. Innowacyjność zestawia się obecnie na równi z ochroną klimatu i środowiska<sup>1</sup> jako jeden z najważniejszych mechanizmów prawnych zmierzających do ukształtowania nowego obrazu wsi europejskiej. Wdrożenie rozwiązań innowacyjnych w nowej WPR będzie świadczyło o jej efektywności i możliwości wykorzystania funduszy europejskich przez rolników.

Sam cel innowacyjności nie jest w prawie europejskim nowością. Już w art. 39 ust. 1 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wskazuje się, że jednym z podstawowych celów WPR jest „zwiększenie wydajności rolnictwa przez wspieranie postępu technicznego, racjonalny rozwój produkcji rolnej, jak również optymalne wykorzystanie czynników produkcji, zwłaszcza siły roboczej”. Postęp techniczny, który pojawia się w tym przepisie, utożsamiany jest z innowacyjnością. Jednym z głównych problemów podniesionych w artykule jest wskazanie, że innowacyjność jest tylko ogólnym hasłem programowym, pod którym kryje się wiele instrumentów prawnych dążących do innowacyjności, jednocześnie nie używając tego określenia.

W artykule zostaną przedstawione wybrane instrumenty prawne nowej WPR, których celem jest zwiększenie innowacyjności w rolnictwie w perspektywie pięciu najbliższych lat. Wybór poszczególnych mechanizmów podyktowany był albo wielkością przeznaczanej na nie pomocy, albo nowatorskością rozumianą jako

---

<sup>1</sup> B. Włodarczyk, *Prawne instrumenty ochrony środowiska i przeciwdziałania zmianom klimatu we Wspólnej Polityce Rolnej na lata 2023–2027*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2021, nr 2(31), s. 11–26.

powstanie zupełnie nowego instrumentu prawnego. Dokonana ocena *ex ante* tych mechanizmów prawnych pozwoli na możliwe ich udoskonalenie i zwiększenie efektywności stosowanych rozwiązań.

Innowacyjność rolnictwa należy odczytywać także w szerszej perspektywie innowacyjności całej gospodarki europejskiej, a w szczególności – polskiej<sup>2</sup>. W tym kontekście analizowane rozwiązania prawne dotyczące rolnictwa muszą się wpisywać w mechanizmy ogólnorynkowe. W szczególności znaczenia nabiera sektor energetyczny i wdrażane w nim mechanizmy innowacyjne. Oddziałują one bezpośrednio na możliwości inwestycyjne rolników, a co za tym idzie – na rozwijanie innowacyjnych rozwiązań.

W świetle obowiązujących znaczeń językowych innowacyjność należałoby kojarzyć raczej z nowatorstwem. Zgodnie ze *Słownikiem języka polskiego* PWN innowacyjność to „wprowadzenie czegoś nowego; też: rzecz nowo wprowadzona”<sup>3</sup>. To tylko jedno ze znaczeń, które obrazuje położenie nacisku na wdrażanie nowych rozwiązań.

## 2. KSZTAŁTOWANIE SIĘ INNOWACYJNOŚCI W NOWEJ WPR

W jednym z podstawowych dokumentów zmierzających do wytyczenia ram nowej WPR – w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Zalecenia dla państw członkowskich w sprawie ich planów strategicznych dotyczących wspólnej polityki rolnej, COM(2020) 846 final<sup>4</sup> – nie użyto wprost terminu „innowacyjność”. Zakłada się w nim rozwój rolnictwa poprzez „przechodzenie na zrównoważone i odporne rolnictwo”, a prowadzące do niego: „działania w ramach WPR powinny być ukierunkowane na transformację i modernizację rolnictwa, poprawę wartości, jakości i zrównoważenia środowiskowego produktów rolnych i bioproduktów oraz na zachęcanie rolników do współpracy w łańcuchu żywnościowym”. Wskazane w komunikacie transformacja i modernizacja w kolejnych aktach prawnych utożsamiane są z działaniami nowatorskimi i naj-

<sup>2</sup> A.Z. Nowak, *Perspektywy innowacji, konkurencyjności i wzrostu polskiej gospodarki w kontekście transformacji energetycznej*, (w:) A.Z. Nowak, M. Kurtyka, G. Tchorek (red.), *Transformacja energetyczna i klimatyczna – wybrane dylematy i rekomendacje*, Warszawa 2021, s. 11–27.

<sup>3</sup> Hasło „innowacyjność”, (w:) *Słownik języka polskiego*, PWN, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/innowacyjność.html> (dostęp: 22.03.2023).

<sup>4</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Zalecenia dla państw członkowskich w sprawie ich planów strategicznych dotyczących wspólnej polityki rolnej, COM(2020) 846 final, Bruksela, 18.12.2020.

częściej innowacyjnymi. Najwięcej takich działań powinno być podejmowanych w procesie produkcji żywności<sup>5</sup>. Związane to jest nie tylko z ekologizacją<sup>6</sup> rolnictwa<sup>7</sup>, lecz także z większym znaczeniem łańcucha żywnościowego, a co za tym idzie – z bezpieczeństwem żywnościowym<sup>8</sup>.

W komunikacie wskazuje się również, że „należy zachęcać rolników do stosowania instrumentów zarządzania ryzykiem i ułatwiać im to, wspierając inwestycje w innowacyjne rozwiązania (np. ulepszenie waloryzacji produktów rolnych i czynników produkcji w biogospodarce o obiegu zamkniętym) oraz poprawiając dostęp do finansowania z bardziej efektywnym wykorzystaniem możliwości, jakie daje polityka rozwoju obszarów wiejskich”. To od polityki rozwoju obszarów wiejskich, czyli zazwyczaj dobrowolnych przedsięwzięć inwestycyjnych rolników i ich pomysłów, w dużej mierze będzie zależeć znajdowanie rozwiązań innowacyjnych. Sprzyjać temu mają m.in. inteligentne wioski jako jeden z wyznaczników podejmowania różnorodnych rozwiązań innowacyjnych<sup>9</sup>. Niejednokrotnie w tym kontekście innowacyjność utożsamiana jest z technicyzacją lub cyfryzacją rolnictwa<sup>10</sup>. Wskazuje się nawet konieczność rozwoju rolnictwa precyzyjnego, wykorzystującego w działalności rolniczej roboty i inne urządzenia automatyczne.

Jak podkreśla się w pkt 2.4 komunikatu: „Wiedza i innowacje mają do odegrania kluczową rolę, jeśli chodzi o pomoc dla rolników i społeczności wiejskich w sprostaniu dzisiejszym i przyszłym wyzwaniom. Badania naukowe i innowacje, cyfryzacja i nowe technologie będą jednymi z głównych czynników umożliwiających przejście na bardziej zrównoważone i zdrowsze systemy żywnościowe”. Połączenie badań naukowych – nie tylko w sektorze przetwórstwa roślinnego

---

<sup>5</sup> K. Leśkiewicz, *Zrównoważone systemy żywnościowe w kontekście reformy Wspólnej Polityki Rolnej – aspekty prawne*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2020, nr 2(27), s. 75–85.

<sup>6</sup> M.A. Król, *Ocena modelu prawnej ochrony środowiska we Wspólnej Polityce Rolnej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, Vol. 26(1), s. 227–254.

<sup>7</sup> M. Dudek, K. Prandecki, W. Wrzaszcz, M. Żekało, *Jak powstają innowacje ekologiczne w gospodarstwach rolnych? Analiza i przykłady*, Warszawa 2019.

<sup>8</sup> P. Wojciechowski, *Bezpieczeństwo żywnościowe a ograniczenia w nabywaniu nieruchomości rolnych w kontekście strategii „Od pola do stołu”*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2021, nr 1(28), s. 147–166.

<sup>9</sup> A. Niewiadomska, *Koncepcja „Smart Village” w kontekście zrównoważonego rozwoju*, „Studia Iuridica” 2021, t. 87, s. 376–387. W cytowanym komunikacie czytamy: „Ogólnie rzecz biorąc, rozwiązaniem wielu z opisanych problemów jest «inteligentniejsze», bardziej precyzyjne i zrównoważone rolnictwo, które w większym stopniu opiera się na wiedzy i technologiach (cyfrowych) – co pozwala wspólnie produkować więcej dóbr prywatnych i środowiskowych dóbr publicznych przy niższym wykorzystaniu nakładów i mniejszych negatywnych efektach zewnętrznych”.

<sup>10</sup> Z. Wysokińska, *Unia Europejska w handlu międzynarodowym na drodze do zrównoważonej gospodarki cyfrowej w warunkach pandemii COVID-19*, (w:) Z. Wysokińska, J. Witkowska (red.), *Unia Europejska w procesie zrównoważonego rozwoju w warunkach pandemii COVID-19*, Łódź 2022, s. 13–63.

i zwierzęcego – będzie wymagało synergii między finansowaniem rolnictwa a badaniami naukowymi. Wdrażanie producentów rolnych jako ważnego podmiotu i uczestnika badań naukowych, jako ukazujących możliwości praktycznego zastosowania poszczególnych rozwiązań, wydaje się koniecznością.

Te ogólne zamierzenia, które zostały ujęte w komunikacie, są tylko przykładem, jak duże znaczenie regulacje europejskie przykładają do innowacyjności i ich rozwoju w sektorze rolnym. Dlatego przedstawione założenia koncepcyjne, potwierdzone wynikami analiz ekonomicznych, stanowiły podstawę określenia podstawowych regulacji zmierzających do utworzenia nowych mechanizmów prawnych normujących wdrażanie nowatorskich rozwiązań w rolnictwie.

### 3. EUROPEJSKIE PRZYKŁADY UNORMOWANIA INNOWACYJNOŚCI W ROLNICTWIE

Jednym z przykładowych aktów prawnych na poziomie europejskim, który wdraża instrumenty innowacyjne, jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/2115<sup>11</sup>. Samo określenie innowacyjności w rozporządzeniu występuje 29 razy. W art. 127 utworzono nowy instrument prawny: europejskie partnerstwo innowacyjne na rzecz wydajnego i zrównoważonego rolnictwa (EPI). Jego celem jest stymulowanie innowacji oraz poprawa wymiany wiedzy.

Zgodnie z art. 127 ust. 2 rozporządzenia 2021/2115 EPI tworzy wartość dodaną poprzez tworzenie silniejszych powiązań między badaniami a praktykami rolniczymi oraz zachęcanie do szerszego stosowania dostępnych innowacyjnych rozwiązań. Upowszechnienie innowacyjności – z zachowaniem praw własności przemysłowej i ochrony dóbr intelektualnych – staje się jedną z kluczowych kwestii wdrażania innowacji w rolnictwie na masową skalę. Nie chodzi tu tylko o interesy ekonomiczne wynalazców, ale przede wszystkim o ochronę europejskiego rolnictwa przed konkurencyjnością państw trzecich<sup>12</sup>. Wydobycie europejskiego *know-how* może stanowić istotne zagrożenie dla funkcjonowania rolnictwa w Unii Europejskiej.

---

<sup>11</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/2115 z dnia 2 grudnia 2021 r. ustanawiające przepisy dotyczące wsparcia planów strategicznych sporządzanych przez państwa członkowskie w ramach wspólnej polityki rolnej (planów strategicznych WPR) i finansowanych z Europejskiego Funduszu Rolniczego Gwarancji (EFRG) i z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) oraz uchylające rozporządzenia (UE) nr 1305/2013 i (UE) nr 1307/2013 (Dz.Urz. UE L 435, s. 1), dalej: rozporządzenie 2021/2115.

<sup>12</sup> T. Qin, L. Wang, Y. Zhou, L. Guo, G. Jiang, L. Zhang, *Digital Technology-and-Service-Driven Sustainable Transformation of Agriculture: Cases of China and the EU*, „Agriculture” 2022, Vol. 12(2), s. 297.

Ważnym zadaniem EPI jest łączenie innowacyjnych podmiotów i projektów, a także promowanie i szersze wdrażanie innowacyjnych rozwiązań w praktyce, w tym wymiany między rolnikami. Przepływ informacji o nowych rozwiązaniach usprawniających działalność rolniczą wydaje się kluczowy dla powodzenia wykorzystywania przyznanej pomocy, a także dla funkcjonowania sektora rolnego. Ponadto promocja ta musi być na tyle zrozumiała, aby przekonać jak największą liczbę rolników o możliwości, jeśli nie konieczności, wdrożenia nowych rozwiązań. Dlatego poza sferą prawa w obecnej perspektywie finansowej należy dołożyć starań o większe przekazywanie rolnikom prostych i zrozumiałych informacji. Niewątpliwie duże wyzwanie staje w zakresie promocji innowacji przed samorządem rolniczym<sup>13</sup> czy organizacjami pozarządowymi<sup>14</sup>. Przekonanie rolników, że warto zaryzykować nie tylko środki finansowe, lecz także dotychczasowe sposoby działania i produkcji, wymaga nauczania ich nowego sposobu zarządzania gospodarstwem rolnym<sup>15</sup>.

Ważnym zadaniem EPI jest informowanie środowiska naukowego o zapotrzebowaniu na badania w praktyce rolniczej. Świat nauki oczywiście rozpoznaje najważniejsze potrzeby rolników i stara się proponować nowe rozwiązania. Ale podobnie jak w poddanym analizie wyżej komunikacie, tak i EPI dostrzega konieczność połączenia sił między badaniami i gospodarką, w tym przypadku – gospodarką rolną. Bez tej synergii nie będzie możliwe wdrażanie procesów innowacyjnych.

Główne zasady takiej interaktywnej współpracy określone są w art. 127 ust. 3 rozporządzenia 2021/2115. Należą do nich: opracowywanie innowacyjnych rozwiązań ze szczególnym uwzględnieniem potrzeb rolników lub leśników, a – jeśli jest to zasadne – dotyczących również interakcji w całym łańcuchu dostaw; łączenie partnerów dysponujących wiedzą z wzajemnie uzupełniających się dziedzin, takich jak: rolnicy, doradcy<sup>16</sup>, naukowcy, przedsiębiorstwa lub organi-

---

<sup>13</sup> A. Walenia, *Samorząd rolniczy w procesie transferu wiedzy i doradztwa na rzecz rolnictwa i obszarów wiejskich*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2022, Vol. 66, nr 1, s. 134–150.

<sup>14</sup> B.M. Wawrzyniak, *Miejsce Systemu Doradztwa Rolniczego w nowej perspektywie finansowej WPR 2021–2027*, „Zagadnienia Doradztwa Rolniczego” 2020, nr 1, s. 5–20.

<sup>15</sup> I. Lipińska, *Prawne instrumenty zarządzania ryzykiem w rolnictwie w nowej Wspólnej Polityce Rolnej*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2021, nr 1(28), s. 203–216.

<sup>16</sup> Zgodnie z art. 15 ust. 2 rozporządzenia 2021/2115 usługi doradcze dla rolników – świadczone z uwzględnieniem istniejących praktyk rolniczych – obejmują wymiar gospodarczy, środowiskowy i społeczny oraz dostarczają aktualnej wiedzy technologicznej i naukowej opierającej się na wynikach opracowanych badań naukowych i projektów innowacyjnych, w tym w odniesieniu do dostarczania dóbr publicznych. Wskazuje się tutaj na obowiązek doradców rolnych informowania o projektach innowacyjnych. Ta informacja traktowana jest jako swoiste dobro publiczne (dalej w przepisie można wskazać na innowacyjne praktyki: „W ramach usług doradczych dla rolników oferowana jest stosowna pomoc w całym cyklu rozwoju gospodarstwa, w tym w zakresie rozpoczęcia działalności po raz pierwszy, konwersji systemów produkcji w odpowiedzi na potrzeby konsumentów, innowacyjnych praktyk, technik rolniczych służących zwiększaniu odporności na

zacje pozarządowe, w takim składzie, który pozwoli jak najlepiej osiągnąć cele projektu; współdecydowanie i współtworzenie projektu w całym cyklu jego istnienia. Współpraca wielu podmiotów w świetle tego instrumentu prawnego jest kluczem do wypracowania innowacji w rolnictwie, a następnie ich wdrożenia. Jeżeli któryś z powyższych mechanizmów zawiedzie, to może się okazać, że nawet najlepsze rozwiązania innowacyjne pozostaną tylko w sferze laboratoryjnych projektów<sup>17</sup>.

Analizowane rozporządzenie 2021/2115 przewiduje przy tym dwa rodzaje innowacji – można je określić jako nowe i tradycyjne. Zgodnie z cytowanym art. 127 ust. 3 planowane innowacje mogą być oparte na nowych praktykach, jak również na tradycyjnych praktykach zastosowanych w nowym kontekście geograficznym lub środowiskowym. Oznacza to rozwijanie dotychczas sprawdzonych praktyk i ich doskonalenie. Może to sprzyjać upowszechnianiu ich wdrażania.

#### 4. INNOWACYJNOŚĆ W PLANIE STRATEGICZNYM DLA WSPÓLNEJ POLITYKI ROLNEJ 2023–2027

W Planie Strategicznym dla Wspólnej Polityki Rolnej 2023–2027<sup>18</sup> słowo „innowacyjność” występuje tylko 87 razy. Oznacza to, że jedno z głównych założeń przyszłości WPR w Polsce zastępowane jest poprzez inne określenia, które mają oznaczać postęp w rolnictwie. To Plan Strategiczny ma być głównym transmitterem innowacji do rolnictwa. Zakłada on przede wszystkim działania inwestycyjne, które już na etapie złożenia wniosku muszą przewidywać osiągnięcie określonego efektu. Tym sposobem projektowane działania innowacyjne mogą być mierzalne, chociażby poprzez wzrost wartości dodanej.

W zatwierdzonym przez Komisję Europejskim Planie Strategicznym we wstępnej analizie nakreśla się główny powód, który może stać się przeszkodą w rozwoju innowacji. Podkreśla się, że: „Polski sektor rolno-żywnościowy charakteryzuje się niskim poziomem innowacyjności i zastosowania nowoczesnych technologii, w tym prośrodowiskowych. Przede wszystkim gospodarstwa rolne powinny aktywniej wdrażać innowacje produktowe, procesowe, organizacyjne i marketingowe. Proces modernizacji podmiotów sektora będzie wymagał jed-

---

zmianę klimatu, w tym agroleśnictwa i agroekologii, poprawy dobrostanu zwierząt oraz w razie konieczności norm bezpieczeństwa i wsparcia społecznego”).

<sup>17</sup> B. Hasler, M. Termansen, H.Ø. Nielsen, C. Daugbjerg, S. Wunder, U. Latacz-Lohmann, *European Agri-Environmental Policy: Evolution, Effectiveness, and Challenges*, „Review of Environmental Economics and Policy” 2022, Vol. 16, No. 1, s. 105–125.

<sup>18</sup> Plan Strategiczny dla Wspólnej Polityki Rolnej 2023–2027 (PS WPR 2023–2027), Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, <https://www.gov.pl/web/rolnictwo/plan-strategiczny-dla-wspolnej-polityki-rolnej-na-lata-2023-27> (dostęp: 20.01.2023); dalej: Plan Strategiczny.

nak dużych nakładów inwestycyjnych w innowacyjne rozwiązania, w tym przede wszystkim inwestycji w kapitał trwały. Kluczowym wyzwaniem realizacji wymienionych celów będzie zagwarantowanie rolnikom dostępu do kapitału umożliwiającego przeprowadzenie koniecznych inwestycji<sup>19</sup>. Poszukiwanie kapitału dla rolników nie może ograniczać się tylko do dotacji z funduszy europejskich, musi sięgnąć także po preferencje publiczne, a nawet niskooprocentowane kredyty w prywatnym sektorze bankowym. Dopiero gwarancja zniwelowania ryzyka związanego z inwestycją w innowacje może przekonać rolników do ich efektywności<sup>20</sup>.

Dlatego ważnym czynnikiem będzie zrzeszanie się rolników w grupy producentów rolnych<sup>21</sup>. Rolnicy w ten sposób dysponujący większym kapitałem i potencjałem rynkowym nie tylko będą mogli negocjować korzystniejsze warunki wdrażania poszczególnych innowacji, lecz także być jednym z ważniejszych graczy na rynku nowoczesnych rozwiązań rolnych. Przykładem promowania takiego podejścia jest w Planie Strategicznym interwencja „Tworzenie i rozwój organizacji producentów i grup producentów rolnych”. Do wniosków przyznaje się dodatkową punktację, jeżeli „podmiot zamierza realizować działania innowacyjne – innowacje produktowe, procesowe, technologiczne w ramach podejmowanych inwestycji, a koszty tych działań dotyczą minimum 30% wartości planowanego wsparcia”<sup>22</sup>. Taka kooperacja rolników ma szansę na zwiększenie efektywności wdrażanych mechanizmów poprzez wsparcie grup producentów rolnych, a nie tylko poszczególnych beneficjentów. Rozwiązania te należy promować wśród rolników i pokazywać korzyści z nich płynące. Podobne rozwiązania powinny być przyjęte w odniesieniu do spółdzielni rolnych<sup>23</sup>. Wspólne pozyskiwanie innowacji może tylko sprzyjać procesowi ich wdrażania i podnieść konkurencyjność polskiego rolnictwa<sup>24</sup>.

Jednym z wyznaczników innowacji w rolnictwie jest jej cyfryzacja. W nowym Planie będzie ona realizowana poprzez dotychczasowe rozwiązania.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 46.

<sup>20</sup> I. Lipińska, *Prawne instrumenty zarządzania ryzykiem w rolnictwie*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2013, nr 1(12), s. 67–84.

<sup>21</sup> A. Stelmachowski, *Załącznik regulacji prawnej rynku produktów rolnych w Polsce*, „Studia Iuridica Agraria” 2001, t. II, s. 168 i n.; B. Kozłowska, *Dostosowywanie polskiego prawa rolnego do prawa wspólnotowego na przykładzie uregulowania organizacji producentów rolnych (komunikat naukowy)*, „Studia Iuridica Agraria” 2002, t. III, s. 356 i n.; B. Jeżyńska, *Producent rolny jako przedsiębiorca*, Lublin 2008, s. 172; A. Suchoń, *Z aktualnej problematyki zakładania i funkcjonowania grup producentów rolnych*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2016, nr 2(19), s. 97 i n.

<sup>22</sup> Plan Strategiczny, s. 1036.

<sup>23</sup> A. Suchoń, *Spółdzielnie wobec wyzwań współczesnego rolnictwa w Polsce*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2018, nr 1(22), s. 62 i n.

<sup>24</sup> P. Popardowski, *Reguły konkurencji w rolnictwie w prawodawstwie Unii Europejskiej*, Warszawa 2018, s. 17 i n.; A. Jurcewicz, P. Popardowski, J. Zięba, *Prawne podstawy wspólnej polityki rolnej*, (w:) A. Jurcewicz (red.), *Prawo i polityka Unii Europejskiej*, t. XXVI, Warszawa 2010, s. 8 i n.

Jak się podkreśla: „Rozwój obszarów wiejskich w Polsce jest oparty o potencjał endogeniczny [...]. W dużym stopniu opiera się na innowacjach, a obecnie wdrażany jest proces ucyfrowienia tych terenów. W ramach Planu kontynuowane będzie wdrażanie instrumentów wsparcia rozwoju lokalnego wykorzystujących potencjały lokalne oraz wsparcie dla wdrażania innowacyjnych rozwiązań i ucyfrowienia małych miejscowości wiejskich. Potrzeba będzie realizowana poprzez interwencję (I 13.1.) LEADER/RLKS, gdzie wsparcie jest zapewnione dla wdrożenia lokalnych strategii rozwoju (LSR), projektowanych oddolnie i uwzględniających warunki naturalne oraz potencjał gospodarczy, kulturowy oraz społeczny (zasoby ludzkie) umożliwiający rozwój terenu objętego LSR”<sup>25</sup>. Oznacza to kontynuację dotychczasowych rozwiązań innowacyjnych i realizowanie dotychczasowego poziomu cyfryzacji. Istnieje dość poważna obawa, czy takie rozwiązania okażą się wystarczające w porównaniu do innych państw europejskich, gdzie stopień cyfryzacji rolnictwa już obecnie jest wyższy.

Przykładem regulacji wdrażających omawianych w rozporządzeniu 2021/2115 EPI jest interwencja określana jako „Współpraca Grup Operacyjnych EPI”. Jednym z jej celów jest wspieranie zrównoważonego rozwoju i efektywnego zarządzania zasobami naturalnymi, takimi jak: woda, gleba i powietrze, w tym poprzez ograniczenie uzależnienia od produktów chemicznych. Zakłada się w nim rozwój rolnictwa precyzyjnego. Wskazano, że: „Nowe technologie będą wykorzystywać w coraz większym stopniu rozwiązania z obszaru IT i wspierać rozwój rolnictwa precyzyjnego. Innowacje polegać mogą również na bezpośrednich zmianach w agrotechnice i doborze roślin uprawnych. Kluczowym elementem jest rozwój i wykorzystanie postępu biologicznego, który pozwoli na wprowadzenie do produkcji wydajnych roślin. Nowe odmiany, a nawet gatunki powinny efektywnie wykorzystywać potencjał plonotwórczy gleb oraz oszczędnie gospodarować wodą”<sup>26</sup>. Zakłada to w niedalekiej przyszłości wykorzystywanie w rolnictwie zaawansowanej robotyki, w tym nawet dronów, które usprawnią funkcjonowanie prowadzenia działalności rolniczej, w szczególności w zakresie produkcji roślinnej.

Tematyka rolnictwa precyzyjnego jest jednym z podstawowych zagadnień związanych z innowacyjnością rolnictwa. Już w Stanach Zjednoczonych można zaobserwować wykorzystywanie zaawansowanych technologii, jak chociażby bezzałogowych statków powietrznych, w procesie produkcji rolnej. W Polsce są także pewne doświadczenia w monitorowaniu powierzchni zasiewów. Zazwyczaj wykorzystuje się do tego zdjęcia satelitarne w celu weryfikacji wniosków doty-

<sup>25</sup> Plan Strategiczny, s. 248. Podkreśla się też, że: „Wsparcie w ramach LSR będzie udzielane na projekty z zakresu krótkich łańcuchów dostaw żywności, tworzenie i rozwój przedsiębiorczości, w tym wdrożenie innowacyjnych rozwiązań w zakresie usług opiekuńczych, gospodarki wolnego czasu, poszukiwania rozwiązań na dostarczenie usług publicznych dla lokalnej społeczności, w tym z zastosowaniem rozwiązań cyfrowych” (s. 248).

<sup>26</sup> Plan Strategiczny, s. 1062.



czących płatności bezpośrednich. Jednakże w sytuacji, kiedy istnieje możliwość kontroli, nic nie stoi na przeszkodzie, aby te rozwiązania – usprawnione o nowe komponenty rolnictwa precyzyjnego – zostały wykorzystane w procesie produkcji rolnej. Do rozwoju tych technik potrzeba naukowców (informatyków i robotyków), rolników, a także prawników, którzy rozwiązaliby problemy prawne związane z rolnictwem precyzyjnym. Dla przykładu można podać problematykę ochrony danych osobowych związanych ze zbieraniem danych przez drony. Nie bez znaczenia pozostaje także kwestia ochrony prawa własności w przestrzeni powietrznej, a także tajemnica gospodarstwa rolnego w zakresie stosowanego know-how w produkcji rolnej.

Niewątpliwie tego rodzaju rozwiązania jak rolnictwo precyzyjne są przyszłością rolników. Tak jak dziś nikogo nie dziwi traktor na polu, tak już w nieodległej przyszłości zdumienia nie będą wywoływać wykorzystywane do różnych prac roboty. Wdrożenie tych innowacji wymaga nie tylko znacznych nakładów finansowych, ale przede wszystkim dobrego przygotowania prawnego. Zgodnie z zasadą minimalizowania ryzyka związanego z wdrażaniem nowatorskich rozwiązań już dziś prawnicy powinni być przygotowani do konstruowania rozwiązań prawnych dotyczących rolnictwa precyzyjnego.

Dużą wagę przywiązuje się w Planie Strategicznym nie tylko do wdrożenia innowacji, lecz także do ich transferu między krajami. Jak podkreśla się: „Polski sektor rolno-spożywczy potrzebuje rozwiązań (organizacyjnych, technologicznych i produktowych), które pozwolą wyróżnić się na tle konkurencji tak na poziomie globalnym, UE jak i regionalnym czy lokalnym. Powinny to być rozwiązania innowacyjne wytworzone w kraju lub za granicą, albo przeniesione z wdrożeń zakończonych sukcesem (innowacje naśladownicze), które pozwolą na optymalizację produkcji, wzrost jej zrównoważenia lub wprowadzenie na rynek nowych produktów/usług”<sup>27</sup>. Te innowacje naśladownicze mogą być przenoszone na poziomach zarówno krajowym, jak i zagranicznym. W tym zakresie zbudowanie EPI wydaje się jak najbardziej celowe. Brakuje obecnie regulacji prawnych umożliwiających łatwe uzyskanie ochrony patentowej. Wymaga to znajomości wielu porządków prawnych, w tym regulacji europejskich. Wdrażanie już zastosowanych innowacji stawia nowe wyzwania nie tylko przed prawem publicznym, ale przede wszystkim cywilnym.

## 5. PODSUMOWANIE

Przedstawione wybrane zagadnienia związane z innowacyjnością jako instrumentem Wspólnej Polityki Rolnej prowadzą do kilku konstatacji.

<sup>27</sup> Plan Strategiczny, s. 45.

Po pierwsze, innowacyjność nie jest pojęciem zdefiniowanym prawnie. Aby odkodować jej znaczenie, trzeba dokonywać ocen poprzez pryzmat konkretnego działania, mechanizmu prawnego przewidującego pomoc dla rolników czy elementu wspólnego, jak chociażby EPI. W tym zakresie nawet w sferze postulatywnej nie zaleca się opracowania takiej definicji. Wydaje się, że przyniosłaby więcej szkody niż przewidywanych korzyści. Dlatego innowacyjność na poziomie legislacji WPR powinna pozostać w sferze wykładni prawa w zależności od jej umiejscowienia w systemie, albo nawet i celu regulacji.

Po drugie, innowacyjność poprzez swoje różnorakie znaczenia nie zawsze jest rozumiana jako postęp czy nowatorskość. Innowacyjnością może być ulepszanie dotychczasowych instrumentów prawnych czy poprawianie istniejących sposobów postępowania. W tym zakresie innowacyjność wymaga rozróżnienia na nowatorskość i na tradycję, którą unowocześniamy. Ma to znaczenie w promocji podejść innowacyjnych. Do dotychczasowych, ale ulepszonych mechanizmów szybciej będzie można przekonać beneficjentów pomocy niż do działań zupełnie nowych, a co za tym idzie – obarczonych większym ryzykiem ekonomicznym i poznawczym.

Po trzecie, współczesne mechanizmy innowacyjne wymagają koordynacji. Nie tylko w ramach samej WPR, lecz także z instrumentami prawnymi w innych sektorach gospodarki. Bez takiego współdziałania efekty wdrażanych rozwiązań innowacyjnych mogą okazać się niezadowalające. Tylko wielostronna współpraca i wymiana doświadczeń mogą okazać się skutecznym mechanizmem innowacyjnym. W końcu otwarcie innych gałęzi gospodarki na innowacyjne rolnictwo może samo w sobie okazać się nowatorskie.

Po czwarte, innowacja jako jeden z wyznaczników sukcesu WPR do 2027 r. wyznacza konieczność współpracy rolnictwa z sektorem badań, a także z przedsiębiorcami czy konsumentami. Zakładane nowe rozwiązania i postęp mają powstawać w określonej prawnie synergii. Jest to nowoczesne podejście do szerszego zagadnienia współpracy nauki z biznesem<sup>28</sup>.

Po piąte – i chyba najważniejsze – odpowiednie instrumenty prawne wspierające innowacyjne rozwiązania powinny znaleźć jak największe finansowanie. Bez odpowiednich środków ekonomicznych nawet najlepiej przygotowane przepisy prawa i doskonale skonstruowane zespoły badawcze nie będą w stanie przezwyciężyć bariery powszechności możliwych do wprowadzenia innowacji. Finanso-

---

<sup>28</sup> W Planie Strategicznym jako przykład takiej współpracy podaje się kooperację w zakresie agrotechniki: „Potrzeba realizowana będzie w sposób pośredni także dzięki opracowaniu i wdrożeniu innowacyjnych projektów realizowanych przez Grupy operacyjne EPI (I. 13. 5), łączące partnerów dysponujących wiedzą z wzajemnie uzupełniających się dziedzin oraz oparte na interaktywnym modelu innowacji. Innowacje polegać mogą m.in. na zmianach w agrotechnice i doborze roślin uprawnych, co pozwoli np. na wprowadzenie do produkcji wydajnych roślin, które z kolei powinny efektywnie wykorzystywać potencjał plonotwórczy gleb oraz oszczędnie gospodarować wodą” (s. 185).

wanie potrzebne jest nie tylko na etapie koncepcji nowego pomysłu, tworzenia prototypu czy wstępnej produkcji, ale przede wszystkim na etapie podejmowania przez rolnika decyzji o zakupie danego innowacyjnego rozwiązania. Środki europejskie mogą wydać się tutaj daleko niewystarczające. Dlatego potrzebna jest pomoc publiczna, chociażby w postaci dopłat do kredytów. Niewątpliwie także sektor bankowy powinien dostrzec szansę na rozwój we wspieraniu innowacji w rolnictwie, udzielając chociażby niskooprocentowanych kredytów.

Należy mieć nadzieję, że ta wstępna ocena *ex ante* wybranych mechanizmów prawnych zmierzających do wdrożenia innowacji okaże się równie przychylna *ex post*. To od realizacji postanowień prawa, które niekiedy wymaga udoskonalenia, zależy spełnienie jednego z głównych celów WPR, jakim jest innowacyjność.

## REREFENCES

- Dudek M., Prandecki K., Wrzaszcz W., Żekało M., *Jak powstają innowacje ekologiczne w gospodarstwach rolnych? Analiza i przykłady*, Warszawa 2019
- Hasler B., Termansen M., Nielsen H.Ø., Daughjerg C., Wunder S., Latacz-Lohmann U., *European Agri-environmental Policy: Evolution, Effectiveness, and Challenges*, „Review of Environmental Economics and Policy” 2022, Vol. 16, No. 1
- Hasło „innowacyjność”, (w:) *Słownik języka polskiego*, PWN, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/innowacyjność.html> (dostęp: 22.03.2023)
- Jeżyńska B., *Producent rolny jako przedsiębiorca*, Lublin 2008
- Jurcewicz A., Popardowski P., Zięba J., *Prawne podstawy wspólnej polityki rolnej*, (w:) A. Jurcewicz (red.), *Prawo i polityka Unii Europejskiej*, t. XXVI, Warszawa 2010
- Kozłowska B., *Dostosowywanie polskiego prawa rolnego do prawa wspólnotowego na przykładzie uregulowania organizacji producentów rolnych (komunikat naukowy)*, „Studia Iuridica Agraria” 2002, t. III
- Król M.A., *Ocena modelu prawnej ochrony środowiska we Wspólnej Polityce Rolnej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, Vol. 2(1)
- Leśkiewicz K., *Zrównoważone systemy żywnościowe w kontekście reformy Wspólnej Polityki Rolnej – aspekty prawne*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2020, nr 2(27)
- Lipińska I., *Prawne instrumenty zarządzania ryzykiem w rolnictwie*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2013, nr 1(12)
- Lipińska I., *Prawne instrumenty zarządzania ryzykiem w rolnictwie w nowej Wspólnej Polityce Rolnej*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2021, nr 1(28)
- Niewiadomska A., *Koncepcja „Smart Village” w kontekście zrównoważonego rozwoju*, „Studia Iuridica” 2021, t. 87
- Nowak A.Z., *Perspektywy innowacji, konkurencyjności i wzrostu polskiej gospodarki w kontekście transformacji energetycznej*, (w:) A.Z. Nowak, M. Kurtyka, G. Tchorek (red.), *Transformacja energetyczna i klimatyczna – wybrane dylematy i rekomendacje*, Warszawa 2021

- Popardowski P., *Reguły konkurencji w rolnictwie w prawodawstwie Unii Europejskiej*, Warszawa 2018
- Qin T., Wang L., Zhou Y., Guo L., Jiang G., Zhang L., *Digital Technology-and-Services-Driven Sustainable Transformation of Agriculture: Cases of China and the EU*, „Agriculture” 2022, Vol. 12(2)
- Stelmachowski A., *Załączki regulacji prawnej rynku produktów rolnych w Polsce*, „Studia Iuridica Agraria” 2001, t. II
- Suchoń A., *Spółdzielnie wobec wyzwań współczesnego rolnictwa w Polsce*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2018, nr 1(22)
- Suchoń A., *Z aktualnej problematyki zakładania i funkcjonowania grup producentów rolnych*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2016, nr 2(19)
- Walenia A., *Samorząd rolniczy w procesie transferu wiedzy i doradztwa na rzecz rolnictwa i obszarów wiejskich*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2022, Vol. 66, nr 1, s. 134–150.
- Wawrzyniak B.M., *Miejsce Systemu Doradztwa Rolniczego w nowej perspektywie finansowej WPR 2021–2027*, „Zagadnienia Doradztwa Rolniczego” 2020, nr 1
- Włodarczyk B., *Prawne instrumenty ochrony środowiska i przeciwdziałania zmianom klimatu we Wspólnej Polityce Rolnej na lata 2023–2027*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2021, nr 2(31)
- Wojciechowski P., *Bezpieczeństwo żywnościowe a ograniczenia w nabywaniu nieruchomości rolnych w kontekście strategii „Od pola do stołu”*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2021, nr 1(28)
- Wysokińska Z., *Unia Europejska w handlu międzynarodowym na drodze do zrównoważonej gospodarki cyfrowej w warunkach pandemii COVID-19*, (w:) Z. Wysokińska, J. Witkowska (red.), *Unia Europejska w procesie zrównoważonego rozwoju w warunkach pandemii COVID-19*, Łódź 2022

*Jacek Piecha*

University of Warsaw

e-mail: [jb.piecha@wpia.uw.edu.pl](mailto:jb.piecha@wpia.uw.edu.pl)

ORCID: 0000-0003-3667-1765

*Magdalena Porzeżyńska*

University of Warsaw

e-mail: [m.porzezynska@wpia.uw.edu.pl](mailto:m.porzezynska@wpia.uw.edu.pl)

ORCID: 0000-0002-2586-3393

*Marek Porzeżyński*

Warsaw University of Technology

e-mail: [marek.porzezynski@pw.edu.pl](mailto:marek.porzezynski@pw.edu.pl)

ORCID: 0000-0002-4709-2788

*Marek Grzywacz*

University of Warsaw

e-mail: [m.grzywacz@wpia.uw.edu.pl](mailto:m.grzywacz@wpia.uw.edu.pl)

ORCID: 0000-0002-4757-3514

## **ROAD TO ECO-ROUTING: A MODEL OF REGULATORY APPROACH FOR THE EU**

### **Abstract**

Global warming is of key importance among the many negative manifestations of human impact on the environment. The main cause of climate change and the observed global warming is the emission of greenhouse gases (GHG) into the atmosphere, while the largest share of emissions is generated by transportation sector. It is declared that by 2050 GHG emissions in the transportation sector will be reduced by 90 per cent. In the part

relating to road transport, a key role is to be played by digitization, transport automation, the use of intelligent traffic control systems and the abandonment of combustion engines in favour of electric ones. This study aims to present possible legal solutions aimed at introducing eco-routing solutions for vehicle traffic in the EU and obstacles to its widespread implementation and is aimed to begin discussion about this matter and the further studies in this area.

## KEYWORDS

eco-routing, greenhouse gas emission, transport, European Union, environmental policy, data

## SŁOWA KLUCZOWE

eco-routing, emisja gazów cieplarnianych, transport, Unia Europejska, polityka ochrony środowiska, dane

## 1. INTRODUCTION

Many human actions, unfortunately, more and more lead us to an ecological imbalance. The threats to humanity seem to be the greatest challenge since the birth of civilization. The ongoing COVID-19 pandemic, migratory movements, climate change, rising sea levels are consequences of excessive human interference in the natural environment<sup>1</sup>.

Global warming, which is the cause of many of the above-mentioned perceptible changes, is of key importance among the many negative manifestations of human impact on the environment<sup>2</sup>. Due to these alterations, humanity will be (and already is) struggling against serious effects of the changes taking place – in addition to the previously mentioned negative and sudden changes in weather, lack of drinking water, fires, and health problems. As indicated in the literature,

---

<sup>1</sup> S. Balsari, C. Dresser, J. Leaning, *Climate change, migration and civil strife*, “Current Environmental Health Reports” 2004, Vol. 7, pp. 404–405; J. Abatzoglou, A. Williams, *Impact of anthropogenic climate change on wildfire across western US forests*, “Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America” 2016, Vol. 113, No. 42, pp. 11770, 11773.

<sup>2</sup> D. Stern, R. Kaufmann, *Anthropogenic and natural causes of climate change*, “Climatic Change” 2014, Vol. 122, p. 257; C. Rosenzweig, D. Karoly, M. Vicarelli *et al.*, *Attributing physical and biological impacts to anthropogenic climate change*, “Nature” 2008, Vol. 453, pp. 355–356.

climate change caused by global warming has already posed the greatest threat to health (both individual and public) in the 21<sup>st</sup> century<sup>3</sup>.

The main cause of climate change and the observed global warming is the emission of greenhouse gases (GHG) into the atmosphere. European Union is undoubtedly the world leader in reducing these emissions. The EU Member States are significantly reducing their GHG emissions in the energy sector. Reduction by 51 per cent between 1990 and 2019 was a result of the energy transition, i.e. switch to the renewable energy sources<sup>4</sup>. However, we can observe a worrying trend in the transportation sector. Namely, in contrast to the energy sector, in the EU, GHG emissions in this segment are increasing proportionally<sup>5</sup>. It is estimated that the domestic transportation sector generated 673 MTCO<sub>2</sub> in 1990 and 832 MTCO<sub>2</sub> in 2019 (increase in GHG by almost 25 per cent). Road transport plays an important role here. The largest share of emissions in this sector (over 70–75 per cent, i.e. over 624 MTCO<sub>2</sub>) is generated by passenger cars and vans<sup>6</sup>. It is worth to mention that this growth exists despite the implementation of instruments aimed at reducing emissions in the field of transport<sup>7</sup>, which allows for obtaining reliable information on the emissions by individual cars. Another solution proposed by EU legislation is Directive 98/70/EC relating to the quality of petrol and diesel fuels<sup>8</sup>, which sets emission reduction targets by ensuring the appropriate quality of fuels. In comparison with the quoted data on GHG emissions in the transportation sector, it seems that these instruments are not sufficient. Thus, it is necessary to look for further solutions that will lead to the reduction of emissions in this sector. The EU has devoted a separate part of the European Green Deal policy to this issue. In the part concerning sustainable mobility, the goal is declared of reducing

---

<sup>3</sup> A. Costello, M. Abbas, A. Allen *et al.*, *Managing the health effects of climate change*, “Lancet” 2009, Vol. 373, pp. 1693, 1728; see also C.J. Porter, K.T. Tart (eds.), *A human health perspective on climate change: A report outlining the research needs on the human health effects of climate change*, “Journal of Current Issues in Globalization” 2013, Vol. 6, issue 4, pp. 621–710.

<sup>4</sup> *Greenhouse gas emission intensity of electricity generation in Europe*, <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/overview-of-the-electricity-production-3/assessment-1> (accessed 26.10.2021).

<sup>5</sup> W. Todts (ed.), *CO<sub>2</sub> emissions from cars: The facts*. A report by European Federation for Transport and Environment AISBL, Brussels 2018, [https://www.transportenvironment.org/wp-content/uploads/2021/07/2018\\_04\\_CO2\\_emissions\\_cars\\_The\\_facts\\_report\\_final\\_0\\_0.pdf](https://www.transportenvironment.org/wp-content/uploads/2021/07/2018_04_CO2_emissions_cars_The_facts_report_final_0_0.pdf) (accessed 7.06.2021).

<sup>6</sup> G. Fontaras, N.-G. Zacharof, B. Ciuffo, *Fuel consumption and CO<sub>2</sub> emissions from passenger cars in Europe: Laboratory versus real-world emissions*, “Progress in Energy and Combustion Science” 2017, Vol. 60, pp. 97, 98; C. Buysse, J. Miller, *Transport could burn up the EU’s entire carbon budget*, 2021, <https://theicct.org/blog/staff/eu-carbon-budget-apr2021> (accessed 3.10.2021).

<sup>7</sup> European Parliament and Council Directive 1999/94/EC of 13 December 1999 relating to the availability of consumer information on fuel economy and CO<sub>2</sub> emissions in respect of the marketing of new passenger cars (1999) OJ L 12/16.

<sup>8</sup> European Parliament and Council Directive 98/70/EC of 13 October 1998 relating to the quality of petrol and diesel fuels and amending Directive 93/12/EEC (1998) OJ L 350/58.

by 90 per cent the 2050 GHG emissions in the transportation sector. In the part relating to road transport, a key role is to be played by digitization, transport automation, the use of intelligent traffic control systems, and the abandonment of combustion engines in favour of electric ones. The reduction of emissions in this sector will be important not only in terms of limiting climate change, but above all, it will affect the health of the inhabitants of the EU cities, because it is road traffic that has become the most serious source of local air pollution<sup>9</sup>.

The emissivity of road traffic is influenced by a number of factors, including not only the vehicle design or fuel quality but also the behaviour of drivers, their driving style, terrain, speed, road conditions, etc. Therefore, two issues play an important role here. The first, “eco-driving” refers in principle to the skills of the driver who can drive a car in a way that reduces fuel consumption<sup>10</sup>. The second, “eco-routing” is understood as a set of external factors influencing fuel consumption – topography, traffic or weather<sup>11</sup>. Possibilities of taking such conditions into account appear in various car navigation systems, which make it possible to calculate the route to a given destination as causing the least emission. Today, these solutions are of interest to researchers in the field of sustainable mobility<sup>12</sup>.

This study aims to present possible legal solutions aimed at introducing eco-routing solutions for vehicle traffic in the EU and discuss the obstacles to its widespread implementation. The research is based mainly on the legal methods. The conclusions in the key issues required especially to analyse the normative legal material, including the EU Treaties and relevant secondary legislation. However, the findings concerning the problem of the necessity for issuing the regulations in this area were based also on the relevant scientific papers analysis.

This is the first contribution which considers the possibility and necessity of introducing a regulation of the eco-routing navigation systems in the EU. It may begin an in-depth discussion of this matter and inspire further studies in this field. Especially, it may affect searching solutions for decreasing the GHG emissions in the EU transportation sector.

---

<sup>9</sup> F. Palmgren *et al.*, *Actual car fleet emissions estimated from urban air quality measurements and street pollution models*, “Science of the Total Environment” 1999, Vol. 235, issue 1–3, pp. 101, 102.

<sup>10</sup> M. Rohani, *Bus driving behaviour and fuel consumption*. Ph.D. Thesis, University of Southampton 2012, p. 90, [https://www.researchgate.net/publication/299464233\\_Bus\\_driving\\_behaviour\\_and\\_fuel\\_consumption](https://www.researchgate.net/publication/299464233_Bus_driving_behaviour_and_fuel_consumption) (accessed 1.06.2021); see also J. Anderson *et al.*, *Autonomous vehicle technology: A guide for policymakers*, Santa Monica, CA 2016, p. 29; L. Chen Chiu, *Energy-saving and carbon reduction effects of longterm green transportation policy in Taiwan*, “The Kyoto Economic Review” 2014, Vol. 83, pp. 70, 79, <https://www.jstor.org/stable/24898543> (accessed 3.04.2023).

<sup>11</sup> *Eco-routing*, “Long Run”, <https://h2020-longrun.eu/ecorouting/> (accessed 3.04.2023).

<sup>12</sup> A. Elbery, H.A. Rakha, *City-wide eco-routing navigation considering vehicular communication impacts*, “Sensors” 2019, Vol. 19, No. 2, p. 5 *et seq.*



## 2. CAR NAVIGATION AS AN ECO-ROUTING TOOL

The first navigation instrument that assisted the driver in viewing his current route by moving tapes with printed maps in a special device, was the Inter Avto system introduced in the 1930s<sup>13</sup>. Since then navigation programs have become widely available as one can use them on almost every device. Studies show that the current development phase in the discussed market is characterized by the dominance of the largest software delivery platforms: Google and Google Maps software<sup>14</sup>. Their development is supported by the results of the research. More than 90 per cent of the smartphone users in the US use navigation software, and the vast majority of it is the Google Maps software<sup>15</sup>.

### 2.1. THE MARKET OF TRANSPORT SERVICES

It can be observed that the market of the road transport is undergoing relatively limited digital transformation as compared to other industries. The changes affecting this market were mainly limited to the transfer of the route planning system into a digital form for the purpose of the organization of shipping. It should be noted that the development of technology in the field of vehicles themselves is extremely dynamic and does not affect the basic elements of the organization of the discussed market. In 2015, the transport market was responsible for almost 30 per cent of global energy consumption, most of which, as much as 96 per cent, came from fossil fuels<sup>16</sup>. The above may lead to the conclusion that one of the most energy-consuming sectors on a global scale is also one least subject to technological changes, which could significantly contribute to reducing its energy consumption.

At the same time, recently a number of research has been undertaken on the technological development of vehicles, including research on autonomous or electric vehicles. Although the regulatory environment is not conducive to the rapid introduction of new technologies for widespread use, which is of particular

---

<sup>13</sup> M. Lelovic, *Car navigation history: From rolled paper maps to car play connected Sygic app*, 2018, <https://www.sygic.com/pl/blog/2018/car-navigation-history> (accessed 27.07.2018).

<sup>14</sup> N. Vasistha, *History of in-car navigation*, 2021, <https://medium.com/chargetrip/history-of-in-car-navigation-e7afbf3d23ca> (accessed 7.06.2021).

<sup>15</sup> Y. Wurmsler, *Maps and navigation apps: Discovery, exploration features open up ad opportunities*, 2018, <https://www.emarketer.com/content/maps-and-navigation-apps> (accessed 7.06.2021).

<sup>16</sup> International Renewable Energy Agency, *Renewable energy policies in a time of transition*, 2018, [https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2018/Apr/IRENA\\_IEA\\_REN21\\_Policies\\_2018.pdf](https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2018/Apr/IRENA_IEA_REN21_Policies_2018.pdf) (accessed 7.06.2021).

importance for vehicles travelling on public roads, there is no doubt that the automotive market will undergo a definite transformation<sup>17</sup>.

## 2.2. FACTORS RELEVANT TO DRIVING ECONOMY AND THE ROLE OF NAVIGATION INSTRUMENTS IN THE EFFECTIVE ECO-ROUTING

New technologies very often offer tools to improve professional activity, which until recently has been available only to the largest corporations with extensive research and development budgets. One such solution that enables the reduction of cost intensity is the implementation of an appropriate system for the utilization of available resources which already functions in many industries. Appropriate planning of the resource use allows, for example, to reduce the demand for the resources, which results in lower purchase costs (less resources) and lower operating costs (less activities performed, less demand for employees, or lower energy costs). Eco-routing is a collective term used by the authors to describe functionality in routing and navigation programs, taking into account the economics of travelling a given route, as well as the method of calculating a more economical (and/or ecological) route. For this purpose, it is necessary to determine factors influencing the fluctuation of the cost-consumption of a given activity type. There are external and internal factors to be taken into account. External factors, such as all the actions of natural forces or geography, include in particular: road traffic intensity, manner of road traffic organisation (including the number of collision and collision-free intersections, etc.), topography, type of selected route, number of crossing points including borders or foreseeable weather conditions. In addition to the above-mentioned, attention should also be paid to internal factors, i.e. those relating to the vehicle itself and its driver such as, in particular: type of car (type of engine, vehicle size and tonnage), adjusting the appropriate tires, proper inflation of tyres to a specific tonnage in accordance with the manufacturer's recommendations, selection of the appropriate route, driving style, including in particular eco-driving skills.

The above division, as well as the elements of each category, should be treated only as an example of data allowing theoretically for obtaining lower indications of transport cost-effectiveness on a given route. The analysed results of the research show that eco-routing is possible and effective<sup>18</sup>. In this context, it should be noted that research in the scope potentially convergent with research on

---

<sup>17</sup> Z. Navas-Anguita, D. Garcia-Gusano, D. Iribarren, *A review of technoeconomic data for road transportation fuels*, "Renewable and Sustainable Energy Reviews" 2019, Vol. 112, p. 11.

<sup>18</sup> X. Huang, H. Peng, *Eco-routing based on a data driven fuel consumption model*, Ann Arbor 2018, [https://www.researchgate.net/publication/322756338\\_Eco-Routing\\_based\\_on\\_a\\_Data\\_Driven\\_Fuel\\_Consumption\\_Model](https://www.researchgate.net/publication/322756338_Eco-Routing_based_on_a_Data_Driven_Fuel_Consumption_Model) (accessed 7.06.2021).

eco-routing (or even falling within the scope of eco-routing) – that on the development of a route energy forecasting model for the needs of the growing market for electric vehicles – can be largely adapted also for non-electric vehicles<sup>19</sup>. The above is mainly due to the possibility of using research in a wide range of vehicle energy consumption. Although research on the use of specific mechanisms for eco-routing has been carried out for many years<sup>20</sup>, the recently presented studies, in which researchers had the opportunity to take into account data about the road transportation market, were of extremely high importance due to the fact that the analysed data were obtained from devices/vehicles that accounted for almost 2 per cent of the total number of vehicles at the test site. Research conducted in such a wide range allows for the collection of a large number of precise measurements constituting the basis for further calculations. It was clearly indicated that the “constrained eco-routing” system used to calculate travel routes enables to lower the energy consumption by 5 per cent, at the same time increasing the travel time by less than 1 per cent compared to the standard selection of the fastest route option<sup>21</sup>. These results should be considered very promising in the context of further research, although they are not as good as assumed. For example, in a study commissioned by the California Energy Commission it was assumed that eco-routing can contribute to a reduction in energy consumption and the emission of certain gases by up to 15 per cent, which is a value exceeding the findings from the previously discussed study<sup>22</sup>. However, the wide-scale implementation of the eco-routing solutions may lead to the significant reduction of the GHG emission in the light transport (cars and vans) sector in the EU. In the specific numbers, if eco-routing solutions were commonly implemented, these emissions in the EU would have fallen by 31 MTCO<sub>2</sub> – 93 MTCO<sub>2</sub> per year (depending on given data).

Most of the planned eco-routing models depend on the algorithm used (i.e. based on the correct type of data) and the appropriate amount and quality of the data submitted for the calculations. This requires, however, permanent access to a network enabling the exchange of road data with other road users<sup>23</sup>. Therefore, the above is also related to the issue of interoperability of navigation software

---

<sup>19</sup> C. De Cauwer, J. Van Mierlo, T. Coosemans, *Energy consumption prediction for electric vehicles based on real-world data*, “Energies” 2015, Vol. 8, issue 8.

<sup>20</sup> H.A. Rakha, K. Ahn, K. Moran, *INTEGRATION framework for modeling eco-routing strategies: Logic and preliminary results*, “International Journal of Transportation Science and Technology” 2012, Vol. 1, No. 3, pp. 259, 260–261.

<sup>21</sup> X. Huang, H. Peng, *op. cit.*

<sup>22</sup> L. Mirviss, *Public interest energy research 2014*. Annual Report. Publication No. CEC-5002015-009-SD, California Energy Commission, Energy Research and Development Division 2015, pp. 58–59.

<sup>23</sup> J. Wang, A. Elbery, H.A. Rakha, *Real-time vehicle-specific eco-routing model for onboard navigation applications capturing transient vehicle behavior*, “Transportation Research”, Part C “Emerging Technologies” 2019, Vol. 104, No. 3, pp. 1–3, 12–19; see also H.A. Rakha, K. Ahn, K. Moran, *op. cit.*, p. 272.

and the willingness to share one's data with the competitors. However, it should be noted that this problem seems to be already noticed by lawmakers – the US Department of Transportation issued in 2016 a notice of proposed law requiring connectivity between vehicles (in order to reduce the number of car accidents).

### 2.3. ECO-ROUTING NOW

The mentioned studies confirmed that eco-routing is not just a theory, and that such results are achievable outside the laboratory conditions. Despite the fact that such mechanisms are prone to immediate utilization not everyone is willing to implement given functionality and share their data. Therefore, research questions regarding the need to implement the relevant regulation as well as its form should be considered justified.

Market reacts to such information much faster, and some navigation software vendors have already introduced to their products an eco-routing functionality. In particular, attention should be paid to the largest entity responsible for most of the navigation software market – Google. Google Maps has limited the choice to two types of routes: the fastest and with the lowest carbon footprint. The application is to select the route with the lowest carbon footprint by default<sup>24</sup>. According to the scarce media reports, the eco-routing model that is being introduced is based in particular on the use of data on road gradient and traffic volume<sup>25</sup>. Most likely, these are not the only factors included in the developed model. No information is available on the role of the AI algorithms in the process, which can also be a significant factor to take into account in the discussion concerning eco-routing methods and their effectiveness.

The supplier mentioned above may play the greatest role in reducing the energy consumption of the automotive industry in general, due to its market share. In the foreseeable future, solutions such as eco-routing or its parts will be further developed and utilized for the benefit of electric and/or autonomous vehicles. In this regard, we can refer to the example of the Chargetrip start-up, which indicates the best possible route for an electric vehicle, taking into account the information on the characteristics of the current vehicle and external factors such as dedicated infrastructure<sup>26</sup>. The problem that may still limit or slow down the transformation of the discussed industry, with special focus on utilization of AI methods, is ensuring the widest possible access to data on which the accuracy of

---

<sup>24</sup> D. Paresh, *Google Maps to start directing drivers to 'eco-friendly' routes*, 2021, <https://www.reuters.com/technology/google-maps-start-directing-drivers-eco-friendly-routes-2021-03-30/> (accessed 7.06.2021).

<sup>25</sup> Glasgow D., *Redefining what map can be with new information and AI*, <https://blog.google/products/maps/redefining-what-map-can-be-new-information-and-ai/> (accessed 8.06.2021).

<sup>26</sup> N. Vasistha, *op. cit.*

calculations and the achieved results depend. Therefore, the above will be important for the assessment of the need to introduce appropriate regulations and their shape in this regard.

It should be also noted that eco-routing is not only important for the autonomous vehicles that are yet to come. As indicated and confirmed in the research projects, the impact of utilization of road or traffic data can be positive as well – cutting the energy use and GHG emissions by half – or double them in the most negative scenario<sup>27</sup>. Therefore, eco-routing as a policy should be implemented regardless of developments in the vehicle industry or transport market.

### 3. SELF-REGULATION OR REGULATION?

Despite the actual introduction of modes commonly referred to as “ECO” in some navigation systems, these activities do not result from any national or international legal regulations. It is a proposal of the producers themselves, addressed primarily to environmentally conscious users of their devices or applications. Therefore, it seems reasonable to ask whether adapting car navigation to eco-routing requirements should be left to the self-regulation of service providers? The idea of self-regulation is supported by the fact that for years corporations have been subject to social pressure to implement environmentally friendly behaviour and solutions<sup>28</sup>. It is worth mentioning, for instance, the more and more frequent manifestations of “green-banking”<sup>29</sup>. In the European context, support for self-regulation of public and private entities in the field of environmental protection can be also observed – an example is the eco-management system operating on the basis of Regulation (EC) No. 1221/2009<sup>30</sup>. The regulation states that joining the system is voluntary. However, the introduction of self-regulatory solutions is of a very limited effectiveness. Currently, the system associates slightly more than 3,500 organizations which is not a significant number<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> A. Sciarretta, A. Vahidi, *Energy-efficient driving of road vehicles: Toward cooperative, connected, and automated mobility*, Springer 2020, p. 2.

<sup>28</sup> R. Andrews R., *Environmental regulation and business ‘self-regulations’*, ”Policy Sciences” 1998, Vol. 31, No. 3, pp. 177, 179–189.

<sup>29</sup> K. Alexander, *Greening banking policy*. Input paper in support of the G20 Green Finance Study Group, 2016, p. 13, [http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/10\\_Greening\\_Banking\\_Policy.pdf](http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/10_Greening_Banking_Policy.pdf) (accessed 7.06.2021).

<sup>30</sup> European Parliament and Council Regulation (EC) No. 1221/2009 of 25 November 2009 on the voluntary participation by organisations in a Community eco-management and audit scheme (EMAS), repealing Regulation (EC) No. 761/2001 and Commission Decisions 2001/681/EC and 2006/193/EC [2009] OJ L 342/1.

<sup>31</sup> [https://ec.europa.eu/environment/emas/pdf/statistics/EMAS\\_Statistics\\_April\\_2020.pdf](https://ec.europa.eu/environment/emas/pdf/statistics/EMAS_Statistics_April_2020.pdf) (accessed 7.06.2021).

Nevertheless, bearing in mind the evidence of progressing global warming and wide-ranging environmental changes, it seems that any socially viable and economically feasible attempt to reduce GHG emissions should be made. Possible self-regulation and growing social pressure may prove insufficient to make business decisions by the largest automotive concerns and technology companies, or to change certain habits and social behaviours. Therefore, it seems that legislative actions, preceded by extensive consultations and assessment of the potential effects of the regulation, are necessary. They should cover the largest possible geographical areas in order to achieve the assumed, real pro-environmental goal within the returns to scale. The examples of proposed regulatory solutions need some kind of legal incentive.

In the authors' opinion, ultimately every navigation system should be equipped with eco-routing mode within the next few years. The eco-route should in some sense be imposed on the navigation user as the default setting in the route determination, superseding the quickest or shortest route modes. Another key solution, impossible to achieve solely through self-regulation, is the need for a specific synergy through close cooperation of entities, very often competing with each other on a daily basis on the global market. From the technical point of view, in cars equipped with hundreds of various sensors that test current parameters, it is not a problem to obtain individual data for use in the selection of the route of one vehicle. However, the challenge is to create a system of exchange of the finally adopted route choices between the navigation systems in order to avoid the opposite effect from the originally assumed. If all users of a road network are directed to the same route, it will lead to a potential disturbance of the smoothness of the driving (due to an increase in traffic congestion and the formation of traffic jams), and thus to an increase in exhaust emissions. Therefore, there is a need to create a dedicated communication system, and to appoint an international operator for the collected data. Such a solution cannot be created without taking real legislative actions within a boldly conducted environmental policy.

## **4. NATIONAL OR EU REGULATION?**

### **4.1. THE DIVISION OF COMPETENCES BETWEEN THE EU AND THE MEMBER STATES: GENERAL REMARKS**

The analysis conducted so far has shown that legal regulation of eco-routing is justified. In this context, the starting point should be an answer to another key question: at what level should the relevant legislation be adopted? In other words, whether the discussed issues should be regulated at the EU level, or is it sufficient to introduce appropriate regulations at the level of individual Member States –

both from the perspective of the admissibility itself, but also guarantee of the highest possible effectiveness of the discussed regulations.

The division of competences between the Member States and the EU is based on two elements. First one is the principle of conferral expressed in Art. 5(1) sentence 1 of the TEU<sup>32</sup>, according to which the EU acts only within the limits of the powers conferred on it by the Member States in the Treaties to achieve the objectives set out therein. At the same time, the TEU stipulates that all competences not conferred on the EU by the Treaties belong to the Member States (Art. 5 (2) sentence 3 TEU). The second component, related to the division of the EU's competences into exclusive – in which the Member States are essentially unable to act independently – and non-exclusive ones, which enable both the EU and the Member States to legislate in the areas covered by them. Within the latter category, we can distinguish shared competences and the so-called supporting competences (also known as coordinating or complementary competences).

Although in case of the areas of exclusive competence, Member States are generally deprived of the possibility to act independently, this does not mean that the EU institutions are able to legislate in this area freely. The exercise of competences by the EU (including excluded ones) is subject to the principle of proportionality – the action must be appropriate to the intended purpose and not go beyond what is necessary to achieve it. On the other hand, in the case of nonexcluded competences, the measures adopted by the EU must additionally comply with the principle of subsidiarity, which is met only when the objective of the intended action cannot be sufficiently achieved by the Member States, and at the same time due to its scale or possible effects they are better achieved at EU level<sup>33</sup>.

In the light of the above considerations, in the first place it should be determined whether the eco-routing issue falls within the scope of the competences of the EU, and if so, what competences it covers and on what legal basis such a regulation could be adopted. The answer to these questions is the starting point for determining whether at the EU level it is possible to bring forward a legislative initiative on emission limiting navigation systems, and if so, to what requirements the proposed EU legal measure in this field would have to be subject.

---

<sup>32</sup> Consolidated Version of the Treaty on the European Union (2012) OJ C 326/13 (TEU).

<sup>33</sup> G. Davies, *Subsidiarity: The wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, "Common Market Law Review" 2006, Vol. 43, p. 63; see also D. Cass, *The word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community*, "Common Market Law Review" 1992, Vol. 29, p. 1107.

## 4.2. REGULATION OF ECO-ROUTING FROM THE PERSPECTIVE OF EU COMPETENCES

The main consequence of the mentioned principles is the need to find an appropriate legal basis for an EU legal act. In practice, this is important insofar as the adoption of a legal measure based on an inadequate legal basis constitutes the basis for its annulment (Art. 263 TFEU)<sup>34</sup>. The analysis of the provisions of the Treaties leads to the conclusion that the EU undoubtedly has the competence to adopt a legal measure regulating eco-routing. This regulation should be considered in the first place from the perspective of the EU policy in the field of transport (Art. 90 *et seq.* TFEU) and in the field of the environment (Art. 191 *et seq.* TFEU).

Art. 90 TFEU establishes a common transport policy and applies, *inter alia*, to transport services in the field of road transport (cf. Art. 100 (1) TFEU). This policy aims to remove obstacles between Member States to facilitate the free movement of people and goods within the EU. The means to achieve these goals are establishing common rules for international transport, promoting free competition between operators from Member States, eliminating discrimination against carriers based on their seat or improving transport safety. Art. 91 (1) TFEU broadly outlines the competences of the EU institutions to adopt legal measures to achieve these goals. It was the basis for adopting a number of measures aimed at harmonizing tax and technical regulations<sup>35</sup>, administrative regulations<sup>36</sup> or social regulations<sup>37</sup>.

However, an analysis of the EU legislative practice to date allows for the assumption that the more appropriate legal basis for the adoption of the emission reduction navigation provisions is Art. 192 (1) TFEU, which authorizes the EU institutions to take measures to implement the EU environmental policy. On this basis, legal measures have been adopted that affect road transport in the Member States, but which primarily take into account environmental considerations<sup>38</sup>. Also recently adopted regulation setting emission performance standards for passenger cars<sup>39</sup> was adopted on the basis of Art. 192 sect. 1 TFEU. The explanatory

---

<sup>34</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (2012), OJ C 326/47 (TFEU).

<sup>35</sup> E.g. European Parliament and Council Directive 1999/62/EC of 17 June 1999 on the charging of heavy goods vehicles for the use of certain infrastructure (1999) OJ L 187/42.

<sup>36</sup> E.g. European Parliament and Council Directive 2006/126/EC of 20 December 2006 on driving licenses (2006) OJ L 403/18.

<sup>37</sup> E.g. European Parliament and Council Directive 2002/15/EC of 11 March 2002 on the organization of the working time of persons performing mobile road transport activities (2002) OJ L 80/35.

<sup>38</sup> E.g. European Parliament and Council Directive 2009/33/EC of 23 April 2009 on the promotion of clean and energyefficient road transport vehicles (2009) OJ L 120/5.

<sup>39</sup> European Parliament and Council Regulation 2019/631 of 17 April 2019 setting CO<sub>2</sub> emission performance standards for new passenger cars and for new light commercial vehicles and repealing Regulation (EC) No. 443/2009 and (EU) No. 510/2011 (2019) OJ L 111/13.



memorandum to the draft regulation emphasizes that the objectives of the EU environmental policy include, *inter alia*, preserving, protecting, and improving the quality of the environment as well as promoting measures at international level to deal with regional or worldwide environmental problems. Legal regulation concerning emission limiting navigation systems should undoubtedly also be seen in the context of achieving these goals.

It should be emphasized that pursuant to Art. 4(2) TFEU, EU environmental policy (as well as transport policy) falls within shared competences. Thus, following the remarks made earlier, the proposed legal measure would have to be compatible, *inter alia*, with the principle of subsidiarity. Therefore, an analysis is required as to whether, in the light of this principle, the adoption of the eco-routing legal regulation would be acceptable, and if so, which EU legal instrument would be the most appropriate.

#### **4.3. REGULATION OF ECO-ROUTING FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUBSIDIARITY PRINCIPLE AND THE NATURE OF THE LEGAL INSTRUMENT**

In the light of Art. 5 (3) TEU, verification whether the EU action complies with the subsidiarity principle is of a two-stage nature. Firstly, it is necessary to establish whether the Member States are not able to achieve the intended goal on their own sufficiently (both at central, regional, and local level). Secondly, it must be verified whether the action taken at the EU level will contribute more to the achievement of the objective of the planned action than at the level of the Member States themselves.

The EU regulation of emission limiting navigation systems should meet both of these criteria. Taking action at EU level makes sense not only in view of the very specificities of the road transport sector, which is inherently cross-border in its nature, but also the impact of climate change having the same dimension. Without top-down initiative, there could be a number of different navigation models with different parameters – often inconsistent with each other – which would consequently lead to fragmentation of the internal market, with the risk of its disruption. From the perspective of navigation manufacturers, the necessity to always adapt to various requirements provided for in national regulations, including additional costs associated with it, could discourage them from wider use, undermining the achievement of the intended environmental protection objective, including combating climate change. Moreover, the aforementioned additional costs would be borne not only by the navigation manufacturers, but also by the users themselves, who would ultimately suffer the consequences of a lack of coordinated action. Hence, the adoption of common standards and eco-routing solutions would allow for a more effective achievement of the intended regulatory

objectives, while ensuring a higher level of protection for all market participants and limiting the risk of distortions of competition in the internal market.

Regardless of the legitimacy of regulating this issue at the EU level, the question arises about the choice of the legal form of such a measure. Pursuant to Art. 288 TFEU, binding acts of secondary law may take the form of regulations, directives or decisions. Each of them is characterized by a different legal nature<sup>40</sup>. In the authors' opinion, the most appropriate EU legal instrument from the perspective of regulating eco-routing is a regulation. Regulation is directly applicable, which means that, unlike directives, it does not need to be transposed into national law. In order for the navigation systems to achieve the intended purpose, and at the same time to avoid the risk of market fragmentation described above, it would be reasonable to establish unified rules and parameters. An inherent feature of the directives is that the Member States are free to choose the form and means of implementing them. Direct applicability of a regulation would reduce the risk of legal fragmentation and, at the same time, increase legal certainty through a top-down set of rules that is the same for all, contributing positively to the smooth functioning of the internal market. Moreover, in most cases, the addressees of the new regulations will not be the Member States of the EU themselves, but manufacturers of passenger cars and trucks, as well as providers of navigation services and devices. Thus, the EU regulation imposing the obligations directly on the group of the largest international economic entities operating on the global market seems to be more appropriate than a directive which due to its legal nature does not impose any obligations on the individuals.

Considering the returns to scale, only the EU as a whole, as part of a consistently implemented and innovative global energy and climate policy, can effectively influence, and has ongoing impact on the directions selected in connection with the idea of eco-routing. The EU regulation, which covers 27 Member States and thus affects the market rules covering more than 446 million people, seems to be the only right and the most effective way to face this challenge.

## 5. CONCLUSION

The conducted analysis has proved that the adoption of the eco-routing legal intervention at the EU level is not only acceptable (both from technical and regulatory perspective) but also required in the near future, bearing in mind the increasing GHG emissions in the EU transportation sector. However, the activities undertaken in the field of eco-routing should be preceded by extensive socio-market consultations, technical and economic analyses, including the schedule, imple-

---

<sup>40</sup> G. Búrca, P. Craig, *EU law: Text, cases, and materials*, Oxford 2015, p. 105.

mentation method, and some kind of gradation of planned obligations. The result of the above process should be the determination of the milestones within the framework of future regulation, socially and economically acceptable and, above all, realistic steps to be achieved by the obligated economic entities.

In view of the determined and already chosen course for the EU to achieve a net zero-emission economy under the European Green Deal program, as well as the designated GHG emission reduction indicators in the transportation sector, the correctness of the proposed solutions should not raise any doubts or social resistance. It is worth emphasizing that some users already now independently select settings within the ECO mode, available in some applications and navigation devices. So why not make this as a standard? The key question, therefore, is not actually the question of “whether to introduce” the regulation, which, given the enormous scale of the use of passenger and freight wheeled transport, undoubtedly has a chance to reduce the level of GHG emissions in the area of transport in the EU, but the question of “how” this initiative should be carried out. Limited framework of this study does not allow for the presentation of full concepts and ideas for specific, comprehensive, and effective legal solutions. However, the issues presented here should become a source of a broad discussion. Its result should be measures to supplement the energy and climate policy with a new, innovative solution based on artificial intelligence algorithms and big data sets.

The EU already has a number of extremely rich experiences in the gradual, cyclical introduction of legal regulations and the achievement of partial goals resulting from long-term pro-environmental strategies. They can constitute an example or a specific starting point for new regulations concerning eco-routing. It is worth mentioning here a whole range of regulations promoting the use of energy from renewable sources, with the latest directive on the promotion of the use of energy from renewable sources<sup>41</sup> (setting the binding targets for individual Member States and the entire EU), regulation on binding annual greenhouse gas emission reductions<sup>42</sup> or the already cited regulation setting CO<sub>2</sub> emission performance standards for new passenger cars and for new light commercial vehicles. The EU institutions, more cautious and, at the same time, richer in the lessons learned from the scandal related to, among others, the activity of the Volkswagen Group within the so-called *Volkswagen emission scandal* or *dieseldgate* should have no problem preparing a comprehensive, proportionate, consistent, reliable, and effective legal regulation, supplemented with an entire range of control and verification possibilities.

---

<sup>41</sup> European Parliament and Council Directive 2018/2001 of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources (2018) OJ L 328/82.

<sup>42</sup> European Parliament and Council Regulation 2018/842 of 30 May 2018 on binding annual greenhouse gas emission reductions achieved by Member States from 2021 to 2030, contributing to climate action to meet commitments under the Paris Agreement and amending Regulation (EU) No. 525/2013 (2018) OJ L 156/26.

But where should we start? Undoubtedly, the proposed regulations will in many cases have to be legal and technical regulations, characterized by a high degree of detail. The first step in the legislative work should be to determine the method and standards of providing information and data necessary to adapt the current and to prepare new navigation software, allowing for taking into account the entire catalogue of the aforementioned potential variables – related directly to vehicles and the landscape. It is also necessary to develop standards for remote communication and exchange of information between the navigation devices themselves or, more broadly, between cars (communication between passing vehicles or with the central database), conducted during the journey with the use of navigation programs and thus improving the functioning of the system. In this regard, however, it should be remembered that at the same time the anonymity of the owners of individual vehicles is to be ensured.

As it seems now, the key to the first phase of introducing the new regulations will be the future-oriented regulation, i.e. covering, in the coming months and years, newly manufactured and introduced to the market motor vehicles (passenger and delivery vehicles), equipped with factory-installed navigation devices. The designed solutions should allow for the real use of a maximally wide catalogue of variables, related both to the technical properties of a given vehicle (collected, pre-analysed and provided on an ongoing basis by a car computer), the environment (topography, weather, traffic intensity, possible traffic difficulties), the way the vehicle is driven or also the number of passengers and the weight of the transported goods.

Based on a number of data provided as part of the first stage of eco-routing implementation by car manufacturers and suppliers of certain parts (mainly indicators provided by tire manufacturers), a central European database on motor vehicles and emission reductions in relation to the application of individual solutions and eco-routing settings should be created. Information collected in this way, while ensuring the full anonymity of car users, could also become the basis for further pro-environmental research in the field of eco-routing. Legal regulation in the above scope would also be an additional stimulus to strengthen competition on the market of motor vehicles and navigation devices, due to ensuring equal access to the collected data. Therefore, such a database should be built, maintained, managed and made available by an independent data operator, e.g. in the form of an EU agency, guaranteeing third parties' access to properly prepared information packages.

Subsequently, the experience gained and the collected data should allow for the introduction of detailed regulations, setting requirements and adopting standards relating to two following other areas:

1. New external devices for navigation with integrated navigation software,
2. Software updates for external devices already in use and factory navigation devices in older cars and vans.

In both cases, for the full use of eco-routing, it would be necessary for manufacturers of navigation systems to use the data provided to the aforementioned central database by vehicle manufacturers. Moreover, it is also worth adding that car computers that have been installed for several years now, collect a whole range of data about a vehicle for service purposes. So we are dealing with an almost ready base that allows for at least partial implementation of eco-routing to older vehicles.

The information gathered, the experience gained, and the selected directions, with the full cooperation of all those obliged under the proposed regulation of economic entities, would allow for faster achievement of the assumed results, including the set GHG emission reduction targets in the transportation sector.

## REFERENCES

### Books and articles

- Abatzoglou J., Williams A., *Impact on anthropogenic climate change on wildfire across western US forests*, "Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America" 2016, Vol. 113, No. 42, <https://doi.org/10.1073/pnas.1607171113> (accessed 3.04.2023)
- Alexander K., *Greening banking policy*. In support of the G20 Green Finance Study Group, 2016, [http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/10\\_Greening\\_Banking\\_Policy.pdf](http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/10_Greening_Banking_Policy.pdf) (accessed 7.06.2021)
- Anderson J. et al., *Autonomous vehicle technology: A guide for policymakers*, Santa Monica, CA 2016, [https://www.rand.org/pubs/research\\_reports/RR443-2.html](https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR443-2.html) (accessed 1.06.2021)
- Andrews R., *Environmental regulation and business "self-regulations"*, "Policy Sciences" 1998, Vol. 31, No. 3
- Balsari S. et al., *Climate change, migration and civil strife*, "Current Environmental Health Reports" 2020, Vol. 7, <https://doi.org/10.1007/s40572-020-00291-4> (accessed 3.04.2023)
- Búrca G., Craig P.P., *EU law: Text, cases, and materials*, Oxford 2015
- Buysse C., Miller J., *Transport could burn up the EU's entire carbon budget*, 2021, <https://theicct.org/blog/staff/eu-carbon-budget-apr2021> (accessed 3.10.2021)
- Cass Z., *The word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community*, "Common Market Law Review" 1992, Vol. 29, p. 1107
- Chen Chiu L. (2014), *Energy-saving and carbon reduction effects of long-term green transportation policy in Taiwan*, "The Kyoto Economic Review" 2014, Vol. 83, <https://www.jstor.org/stable/24898543> (accessed 3.04.2023)
- Costello A., Abbas M., Allen A. et al., *Managing the health effects of climate change*, "Lancet" 2009, Vol. 373, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(09\)60935-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(09)60935-1) (accessed 3.04.2023)

- Davies G., *Subsidiarity: The wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, "Common Market Law Review" 2006, Vol. 43
- De Cauwer C., Van Mierlo J., Coosemans T., *Energy consumption prediction for electric vehicles based on real-world data*, "Energies" 2015, Vol. 8, issue 8
- Elbery A., Rakha H.A. (2019), *City-wide eco-routing navigation considering vehicular communication impacts*, "Sensors" 2019, Vol. 19, No. 2
- Fontaras G., Zacharof N.G., Ciuffo B., *Fuel consumption and CO<sub>2</sub> emissions from passenger cars in Europe: Laboratory versus real-world emissions*, "Progress in Energy and Combustion Science" 2017, Vol. 60
- Glasgow D., *Redefining what map can be with new information and AI*, 2021, <https://blog.google/products/maps/redefining-what-map-can-be-new-information-and-ai/> (accessed 8.06.2021)
- Hartley T., *The foundations of European Union law*, Oxford 2014
- Huang X., Peng H., *Eco-routing based on a data driven fuel consumption model*, Ann Arbor 2018, [https://www.researchgate.net/publication/322756338\\_Eco-Routing\\_based\\_on\\_a\\_Data\\_Driven\\_Fuel\\_Consumption\\_Model](https://www.researchgate.net/publication/322756338_Eco-Routing_based_on_a_Data_Driven_Fuel_Consumption_Model) (accessed 7.06.2021)
- International Renewable Energy Agency, *Renewable energy policies in a time of transition*, 2018, [https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2018/Apr/IRENA\\_IEA\\_REN21\\_Policies\\_2018.pdf](https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2018/Apr/IRENA_IEA_REN21_Policies_2018.pdf) (accessed 7.06.2021)
- Lelovic M., *Car navigation history: From rolled paper maps to car play connected Sygic app*, 2018, <https://www.sygic.com/pl/blog/2018/car-navigation-history> (accessed 7.06.2021)
- Mirviss L., *Public interest energy research 2014. Annual Report. Publication No. CEC-5002015-009-SD*, California Energy Commission, Energy Research and Development Division 2015
- Navas-Anguita Z. *et al.*, *A review of techno-economic data for road transportation fuels*, "Renewable and Sustainable Energy Reviews" 2019, Vol. 112
- Palmgren F. *et al.*, *Actual car fleet emissions estimated from urban air quality measurements and street pollution models*, "Science of the Total Environment" 1999, Vol. 235, issue 1–3
- Paresh D., *Google Maps to start directing drivers to 'eco-friendly' routes*, 2021, <https://www.reuters.com/technology/google-maps-start-directing-drivers-eco-friendly-routes-2021-03-30/> (accessed 7.06.2021)
- Porter C.J., Thigpen Tart K., Carter S.R., *A human health perspective on climate change: A report outlining the research needs on the human health effects of climate change*, "Journal of Current Issues in Globalization" 2013, Vol. 6, issue 4
- Rakha H.A., Ahn K., Moran K., *INTEGRATION framework for modeling eco-routing strategies: Logic and preliminary results*, "International Journal of Transportation Science and Technology" 2012, Vol. 1, No. 3
- Rohani M., *Bus driving behaviour and fuel consumption*. Ph.D. Thesis, University of Southampton 2012, [https://www.researchgate.net/publication/299464233\\_Bus\\_driving\\_behaviour\\_and\\_fuel\\_consumption](https://www.researchgate.net/publication/299464233_Bus_driving_behaviour_and_fuel_consumption) (accessed 1.06.2021)
- Rosenzweig C., Karoly D., Vicarelli M. *et al.*, *Attributing physical and biological impacts to anthropogenic climate change*, "Nature" 2008, Vol. 453
- Sciarretta A., Vahidi A., *Energy-efficient driving of road vehicles: Toward cooperative, connected, and automated mobility*, Springer 2020

- Stern D., Kaufmann R., *Anthropogenic and natural causes of climate change*, “Climatic Change” 2014, Vol. 122
- Todts W. (ed.), CO<sub>2</sub> emissions from cars: The facts. A report by European Federation for Transport and Environment AISBL, Brussels 2018  
[https://www.transportenvironment.org/sites/te/files/publications/2018\\_04\\_CO2\\_emissions\\_cars\\_The\\_facts\\_report\\_final\\_0\\_0.pdf](https://www.transportenvironment.org/sites/te/files/publications/2018_04_CO2_emissions_cars_The_facts_report_final_0_0.pdf) (accessed 7.06.2021)
- Vasistha N., *History of in-car navigation*, 2021, <https://medium.com/chargetrip/history-of-in-car-navigation-e7afbf3d23ca> (accessed 7.06.2021)
- Wang J., Elbery A., Rakha H.A., *Real-time vehicle-specific eco-routing model for on-board navigation applications capturing transient vehicle behavior*, “Transportation Research”, Part C “Emerging Technologies” 2019, No. 104 (3)
- Wurmser Y., *Maps and navigation apps: Discovery, exploration features open up ad opportunities*, 2018, <https://www.emarketer.com/content/maps-and-navigation-apps> (accessed 7.06.2021)

### Internet sources

- <https://ec.europa.eu>, 2020, [https://ec.europa.eu/environment/emas/pdf/statistics/EMAS\\_Statistics\\_April\\_2020.pdf](https://ec.europa.eu/environment/emas/pdf/statistics/EMAS_Statistics_April_2020.pdf) (accessed 7.06.2021)
- <https://h2020-longrun.eu>, 2021, <https://h2020-longrun.eu/ecorouting/> (accessed 7.05.2021)
- <https://www.eea.europa.eu>, 2021, <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/overview-of-the-electricity-production-3/assessment-1> (accessed 7.06.2021)
- <https://www.transportenvironment.org>, 2021, <https://www.transportenvironment.org/challenges/cars/co2-emissions/> (accessed 18.10.2021)

### Documents, acts of law

- Consolidated version of the Treaty on the European Union (2012) OJ C 326/13
- Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (2012), OJ C 326/47
- European Parliament and Council Directive 1999/62/EC of 17 June 1999 on the charging of heavy goods vehicles for the use of certain infrastructure (1999) OJ L 187/42
- European Parliament and Council Directive 1999/94/EC of 13 December 1999 relating to the availability of consumer information on fuel economy and CO<sub>2</sub> emissions in respect of the marketing of new passenger cars (1999) OJ L 12/16
- European Parliament and Council Directive 2002/15/EC of 11 March 2002 on the organization of the working time of persons performing mobile road transport activities (2002) OJ L 80/35
- European Parliament and Council Directive 2006/126/EC of 20 December 2006 on driving licenses (2006) OJ L 403/18
- European Parliament and Council Directive 2009/33/EC of 23 April 2009 on the promotion of clean and energy-efficient road transport vehicles (2009) OJ L 120/5
- European Parliament and Council Directive 2018/2001 of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources (2018) OJ L 328/82
- European Parliament and Council Directive 98/70/EC of 13 October 1998 relating to the quality of petrol and diesel fuels and amending Directive 93/12/EEC (1998) OJ L 350/58

- 
- European Parliament and Council Regulation 2018/842 of 30 May 2018 on binding annual greenhouse gas emission reductions achieved by Member States from 2021 to 2030, contributing to climate action to meet commitments under the Paris Agreement and amending Regulation (EU) No. 525/2013 (2018) OJ L 156/26
- European Parliament and Council Regulation 2019/631 of 17 April 2019 setting CO<sub>2</sub> emission performance standards for new passenger cars and for new light commercial vehicles and repealing Regulation (EC) No. 443/2009 and (EU) No. 510/2011 (2019) OJ L 111/13
- European Parliament and Council Regulation (EC) No. 1221/2009 of 25 November 2009 on the voluntary participation by organisations in a Community eco-management and audit scheme (EMAS), repealing Regulation (EC) No. 761/2001 and Commission Decisions 2001/681/EC and 2006/193/EC [2009] OJ L 342/1



*Krzysztof Różański*

Poznań University of Life Sciences

e-mail: [krzysztof.rozanski@up.poznan.pl](mailto:krzysztof.rozanski@up.poznan.pl)

ORCID: 0000-0003-2467-6403

## **CURRENT PROBLEMS FACING APICULTURAL ACTIVITY: ECONOMIC AND LEGAL PERSPECTIVE**

### **Abstract**

Scientific surveys, reports, and publications identify current threats to beekeeping, which include biological, chemical, environmental, economic, and legal factors. The last two, in particular, involve challenging circumstances that significantly undermine the national beekeeping sector. The aim of this article is to identify main problems of an economic and legal nature that pose threat to contemporary apicultural activity, and to offer some suggestions to solve them. The research results reveal main shortcomings of the beekeeping sector in Poland, among them lack of appropriate use of the pollinating activity of bees, which could contribute to a significant increase of the profitability and efficiency of apicultural activity. In the author's opinion, both Polish agricultural entrepreneurs and beekeeping producers fail to take advantage of nomadic beekeeping and the so-called "pollination contracts", which are successfully implemented e.g. in the United States. Furthermore, enhancing performance of the domestic beekeeping sector is possible – investments should be made to improve the resilience and competitiveness of the beekeeping industry, including the development of human capital by encouraging the younger generation of farmers to take up employment in the beekeeping sector. Consideration should also be given to a system of support for beekeeping and its taxation, so that amateur beekeepers can also benefit from the aid, while all beekeepers would be taxed in proportion to their income.

## KEYWORDS

beekeeping, apicultural activity, economic perspective, legal aspects,

## SŁOWA KLUCZOWE

pszczelarstwo, działalność pszczelarska, perspektywa ekonomiczna, aspekty prawne

## 1. INTRODUCTION

Scientific surveys, reports and publications identify current threats to beekeeping, which include biological, chemical, environmental, economic and legal factors<sup>1</sup>. The last two, in particular, involve challenging circumstances that significantly undermine the national beekeeping sector. The aim of this article is to identify main problems of an economic and legal nature that pose threat to contemporary apicultural activity, and to offer suggestions to solve them.

Economic factors endangering the apicultural activity are remarkably diverse. To start with, the occurrence of the syndrome known as Collony Collapse Disorder will be highlighted<sup>2</sup>. It refers to the gradual but dynamic decline in number of bee colonies in Eastern Europe, which began in the 1990s and resulted in abandoning by beekeepers their activity in face of the lack of state support in order to remedy this condition<sup>3</sup>. An overwinter colony loss rate of 10 per cent is usually considered as normal in bee production systems<sup>4</sup>. Higher rates of loss occurring in some areas are causing important economic losses and its unpredictable nature is a source of uncertainty which could limit recruitment of a new generation of

---

<sup>1</sup> See Deloitte, Evaluation of the CAP measures related to apiculture: Agriculture and rural Development. DG Final Report 2013, pp. 37–43; P. de la Rúa, R. Jaffé, R. Dall’Olio, I. Muñoz, J. Serrano, *Biodiversity, conservation and current threats to European honeybees*, "Apidologie" 2009, Vol. 40, No. 3, pp. 163–184; J. Majewski, *Pszczelarstwo w Polsce – wybrane problemy ekonomiczne*, "Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" 2012, No. 450, pp. 369–377; M. Kucharczyk *et al.*, *Problemy pszczelarstwa w Polsce*, "Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" 2017, No. 494, pp. 123–131.

<sup>2</sup> Deloitte, *op. cit.*, pp. 37–38.

<sup>3</sup> Many reports and scientific articles have been published on this subject, such as the following: E. Capri, A. Marchis, *Bee health in Europe: Facts & Figures 2013*, Report of Opera Research Center 2013, pp. 1–64; P. Hristov, R. Shumkova, N. Palova, B. Neov, *Honey bee colony losses: Why are honey bees disappearing?*, "Sociobiology" 2021, Vol. 68, issue 1, pp. 1–13.

<sup>4</sup> Deloitte, *op. cit.*, pp. 37–38.

beekeepers. The decline in the number of bee colonies can consequently be considered both a cause and an effect of the decline in the number of beekeepers.

Another element reducing the profitability of the beekeeping sector is the price of treating bee diseases. It has increased to the extent that the treatment cost may equal or exceed the income from a colony for an entire year<sup>5</sup>. The fact that the relative profitability of beekeeping operations is likely to exert major influence on the number of managed colonies has been reported in several reports<sup>6</sup>. However, interviews with stakeholders have confirmed that little or no systematic information can be found on the economic aspects and challenges of beekeeping in Europe. While some national evaluations might be available, there is no comprehensive EU-wide study publicly available to evaluate the economic situation of the beekeeping sector. It is therefore difficult to go further in this economic analysis.

Apart from economic threats related to production, several reports mention the existence of marketing difficulties faced by European beekeepers<sup>7</sup>. Among other difficulties, some stakeholders have mentioned the difficulties to compete with the low prices of imported honey. Additionally, the professional European agricultural association COPA COGECA<sup>8</sup> pointed out that the marketing problems that beekeeping is facing in Europe are related to the lack of market information, such as market statistics and forecasts, and to the difficulties in placing the products on the market. The last one is exacerbated by the heterogeneous marketing standards for certain hive products, by unfair practices of adulteration of honey, and by residues in hive products.

In addition, attention should be drawn to other economic aspects, such as the role of pollination and its importance for agriculture and rural development, as well as the impact it has on food security and the environment, both in the European Union and in Poland alone. Bees of the *Apis mellifera* species pollinate over 80 per cent of the world's arable crops<sup>9</sup>. It is estimated that the contribution of

---

<sup>5</sup> S.G. Potts *et al.*, *Declines of managed honey bees and beekeepers in Europe*, "Journal of Apicultural Research" 2010, Vol. 49, issue 1, pp. 15–22.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Working Party on Honey of Committee of Professional Agricultural Organisations – General Confederation of Agricultural Cooperatives, *European Beekeeping at a crossroads. Strategic plan proposed by European beekeepers*. Survey prepared by: COPA COGECA 2009, <<http://www.biodlarna.se/website/1/10.0.1.0/158/Strategisk%20plan%20Copa%20091118.pdf>> (accessed 2.01.2022).

<sup>8</sup> This acronym stands for: Committee of Professional Agricultural Organisations – General Confederation of Agricultural Cooperatives.

<sup>9</sup> B. Madras-Majewska, J. Majewski, *Zmiany w światowym pszczelarstwie z uwzględnieniem miejsca Polski*, "Problemy Rolnictwa Światowego" 2008, Vol. 4 (XIX), p. 281.

honeybees to EU agriculture amounts to about 22 billion euro<sup>10</sup>, of which about 1.5 billion euro in Poland<sup>11</sup>.

## 2. ECONOMIC FACTORS INFLUENCING CARRYING OUT APICULTURAL ACTIVITY

In the Polish beekeeping sector, the harvest of numerous crops depend on pollination by these insects and, according to various estimates, the value of the crops obtained through pollination is several to one hundred times greater than the value of the products generated by these insects<sup>12</sup>. In Poland, pollination is required for fruit crops, fruit bushes, permanent crops, oilseed rape, and buckwheat, among others<sup>13</sup>. The annual agricultural benefits from such pollination for oilseed rape amount to some 600–700 million zlotys, while for fruit crops it is even more than 3 billion zlotys<sup>14</sup>. It is claimed in the literature that the current number of bee colonies is approximately twice as insufficient to pollinate arable crops in Poland<sup>15</sup>. This contributes to lower yields and poorer quality harvests for farmers. It is worth mentioning, however, that the number of bee colonies in Poland is steadily increasing. According to data made available by the Veterinary Inspection, there were approximately 1.77 million bee colonies in Poland in 2020<sup>16</sup>. Compared to 2019, an increase in the number of bee colonies of 5.2 per cent has been reported<sup>17</sup>.

So far, the use of bees for the purpose of intentional pollination of agricultural fields has not been, and still is not, exploited in Poland<sup>18</sup>. As part of such

---

<sup>10</sup> Official website of the European Commission – Food Security, [https://ec.europa.eu/food/animals/live-animals-trade-imports/honey-bees\\_en](https://ec.europa.eu/food/animals/live-animals-trade-imports/honey-bees_en) (accessed 11.05.2021).

<sup>11</sup> See J. Majewski, *Pszczoły w biogospodarce – znaczenie i wartość ekonomiczna*, "Roczniki Naukowe SERiA" 2016, Vol. 18, issue 4, pp. 172–177.

<sup>12</sup> J. Majewski, *Pszczelarstwo w Polsce...*, p. 209.

<sup>13</sup> J. Majewski, *Pszczelarstwo i jego rola dla rolnictwa polskiego*, "Roczniki Nauk Rolniczych". Seria G 2010, Vol. 97, issue 4, p. 127.

<sup>14</sup> P. Semkiw, *Pszczelarstwo w Unii Europejskiej*, "Pszczelarstwo" 2007, No. 8, p. 10; A. Bórowska, *Stan i perspektywy rozwoju pszczelarstwa w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem miódów regionalnych*, "Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie. Problemy Rolnictwa Światowego" 2011, No.11(26), issue 4, p. 37.

<sup>15</sup> J. Majewski, *Pszczelarstwo jako czynnik wpływający na konkurencyjność w rolnictwie*, "Stowarzyszenie Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu. Roczniki Naukowe" 2008, Vol. X, issue 4, p. 256.

<sup>16</sup> P. Semkiw, *Raport. Sektor pszczelarski w Polsce w 2020 roku*, Puławy 2020, p. 2.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> In contrast, as Z. Kołtowski demonstrates in highly developed countries, a significant proportion of beekeepers' income comes from renting out bee colonies to pollinate crops: Z. Kołtowski, *Znaczenie pszczoły miodnej w zapyłaniu roślin entomofilnych*, "Pasička" 2007, No. 2, pp. 36–40.

a solution, agricultural entrepreneurs would be able to obtain higher harvests, while beekeeping producers would gain the opportunity to diversify their sources of income related to the operation of beekeeping, i.e. income related to making bees available for the pollination of crops. Such a form of cooperation between agricultural producers and beekeepers is successfully implemented, e.g. in the United States, in the form of so-called pollination contracts<sup>19</sup>. In Poland, due, *inter alia*, to the relatively poorly developed structure of transhumance beekeeping (as compared with other countries of the European Union, e.g. Italy and Spain) such a solution has not yet been adopted<sup>20</sup>. As a result, beekeepers most often do not receive any income from it, and often pay for the possibility to set up hives next to plantations<sup>21</sup>.

It is worth noting that the primary source of revenue from domestic beekeeping activities is therefore the sale of products generated by *Apis mellifera*, mainly honey. Due to the COVID-19 pandemic, domestic apiaries produced only 12.7 thousand tonnes of honey in 2020, which means that its production was lower by 5.4 thousand tonnes than in 2019 and by about 9.6 thousand tonnes compared to 2018<sup>22</sup>. As Majewski points out, the profitability of production activities in this area is fundamentally influenced by factors such as the volume of honey production, the cost of its production, and the selling prices, while in turn, the selling prices of honey are influenced by factors such as its quality and variety<sup>23</sup>. The conducted research shows that the annual net income from an apiary, assuming that a beekeeper owns 200 bee colonies, would amount, in the case of selling honey to buying companies, from about 1 000 zlotys to 18 000 zlotys, while in the case of direct sales, from 21 000 zlotys to over 50 000 zlotys<sup>24</sup>. As far as production efficiency is concerned, in the domestic beekeeping sector one bee colony produces on average 20 kg of honey per year, while in the case of mass production of honey in industrial apiaries, one bee colony can produce up to 40 kg of honey per year<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> For more see E. Mader, M. Spivak, E. Evans, *Managing alternative pollinators: A handbook for beekeepers, growers and conservationists*, Ithaca 2010, pp. 9–14.

<sup>20</sup> Cf. L. Costato, *La disciplina dell'apicoltura*, "Rivista di Diritto Agrario" 2015, Vol. LXXIV Fasc., No.1, p. 116 *et seq.*; J.C. Salvachua Gallego, *La transhumancia en apicultura*, "Hojas Divulgadas" 1989, No. 15, p. 37.

<sup>21</sup> B. Madras-Majewska, J. Majewski, *Produkcja i ceny miodu w badanych pasiekach w Polsce*, "Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu" 2007, Vol. IX, issue 1, p. 210.

<sup>22</sup> P. Semkiw, *Raport...*, p. 7.

<sup>23</sup> Prices of varietal honeydew or heather honey, for example, can be more than 100 per cent higher than multiflower or rapeseed honey. See J. Majewski, *Ekonomiczne aspekty produkcji pszczelarskiej w Polsce i UE*, (in:) J. Pawłowska-Tyszko, A. Oler (eds.), *III Ogólnopolska Konferencja "Szanse i wyzwania pszczelarstwa w Polsce"*, Dobrcz 2017, pp. 27–32.

<sup>24</sup> J. Majewski, *Pszczelarstwo w Polsce...*, p. 217.

<sup>25</sup> A. Borowska, *Production, consumption and foreign trade of honey in Poland in the years 2004 to 2015*, "Roczniki Naukowe Ekonomii Rolnictwa i Rozwoju Obszarów Wiejskich" 2016, Vol. 103, issue 4, p. 101.

In addition, domestic beekeeping is characterised by the fragmentation of production (approximately 97 per cent of beekeeping holdings in Poland are small- or medium-sized apiaries with fewer than 80 bee colonies) and the advanced demographic structure of the beekeeping sector (beekeepers under the age of 35 account for 1/10<sup>th</sup> of all those registered with the Polish Beekeeping Federation)<sup>26</sup>. The development of the domestic beekeeping sector is also hindered by the fact that beekeeping tends to be an activity “passed on from generation to generation”<sup>27</sup>, which hinders the process of generational change in agriculture in terms of the inflow of “new” labour. Furthermore, statistical data indicate that the number of beekeeping operators is falling year on year, both in Poland and in Europe<sup>28</sup>.

This structure of Polish beekeeping does not have a positive impact on the profitability of beekeeping. As Majewski states, obtaining a satisfactory income from beekeeping activities requires the beekeeper, among other things, to have an appropriate scale of production, to run an itinerant apiary, as well as to preserve and sell bee products directly<sup>29</sup>. According to Majewski and Madras-Majewska, in order to make a living from beekeeping it would be necessary to run a large apiary, with more than 100 bee families on several apiaries, preferably using the aforementioned nomadic apiary and, in addition, selling bee products directly<sup>30</sup>.

In this context, it is worth pointing out the advantages of carrying out beekeeping activities in the form of transhumance beekeeping. This is because running a transhumant apiary allows more forage to be used, which in turn results in an increase in the honey production of the bees<sup>31</sup>. Studies show that honey production from nomadic apiaries is 100 per cent or more higher than from stationary apiaries<sup>32</sup>. Furthermore, an additional benefit is the possibility of obtaining varietal honeys, which generally fetch higher prices on the market than multi-flower honeys.

It is evident from the above considerations and statistical data that higher profits from beekeeping activities are usually achieved by medium and large beekeeping entrepreneurs, who have a wide scale of production of beekeeping products, as well as an appropriate infrastructure in the form of modern apiary farms. However, it should be borne in mind that, as studies show, while production in larger apiaries is profitable, the net agricultural income generated is generally lower than the average wage in other sectors of the national economy<sup>33</sup>. The

---

<sup>26</sup> A. Borowska, *Stan i perspektywy...*, p. 41.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>28</sup> S.G. Potts *et al.*, *op. cit.*, pp. 15–22.

<sup>29</sup> J. Majewski, *Ekonomiczne aspekty...*, p. 29.

<sup>30</sup> B. Madras-Majewska, J. Majewski, *Oplacalność i perspektywy produkcji miodu w Polsce*, (in:) H. Szoega Manteuffel, W.E. Tyner (eds.): *Rolnictwo i gospodarka żywnościowa Polski w ramach Unii Europejskiej. Problemy Rolnictwa Światowego*, Warszawa 2006, p. 67.

<sup>31</sup> J. Majewski, *Ekonomiczne aspekty...*, p. 30.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> J. Majewski, *Pszczelarstwo w Polsce...*, p. 217.

domestic beekeeping sector, on the other hand, consists mainly of small apiary farms, with apiaries numbering up to 20 bee stems (they account for 60 per cent of all apiaries in Poland)<sup>34</sup>. The statistical Polish beekeeper is most often an older person, who is involved in beekeeping as an amateur and hobbyist<sup>35</sup>.

It should be noted, however, that profits from beekeeping activities are also influenced by external factors. There is a strong link between the level of honey production, the location of the apiary, and the weather conditions prevailing in Poland in a given year<sup>36</sup>. In addition to internal factors that depend on the beekeeper, other external factors that are beyond the beekeeper's control, or have only limited influence, also have an impact on the economic situation of beekeepers. In addition to the weather phenomena mentioned above, these include bee diseases, legal acts regulating the status of beekeeping in Poland, as well as the emergence of damage such as theft of bee colonies or destruction of beehives<sup>37</sup>.

As far as factors encouraging beekeeping are concerned, the literature points to the relatively low costs of setting up an apiary<sup>38</sup>. These are limited to the costs of purchasing beehives and colonies, and also involve the purchase of tools and equipment for working with bees and extracting honey. These expenses can be reduced by constructing the hives oneself or by buying second-hand equipment<sup>39</sup>.

Beekeeping, understood as "the activity of keeping and breeding honey bees"<sup>40</sup> (*Apis mellifera*), has been the subject of numerous publications in various scientific disciplines<sup>41</sup>. This subject has also become the focus of economics and finance, as well as law<sup>42</sup>. Carrying out research within the framework of both these sciences is justified, *inter alia*, because it makes possible to carry out a precise assessment of the Polish beekeeping sector and to indicate the directions of its

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> M. Kobylańska, *Regionalne zróżnicowanie pszczelarstwa w Polsce*, "Wiadomości Statystyczne. The Polish Statistician" 2021, Vol. 66, No. 2, pp. 25–38.

<sup>37</sup> J. Majewski, *Ekonomiczne aspekty produkcji ...*, p. 30.

<sup>38</sup> B. Madras-Majewska, J. Majewski, *Oplacalność i perspektywy ...*, p. 63.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> A definition of beekeeping and definitions of other basic conceptual categories related to beekeeping were proposed by R. Tomaszewski, *O bibliografii pszczelnictwa polskiego*, "Biblioteka" 2008, No. 12(21), p. 29 *et seq.*

<sup>41</sup> The subject of beekeeping is dealt with in publications from, *inter alia*, the humanities (within disciplines such as archaeology and history), agricultural sciences (within disciplines such as forest sciences, agriculture, and horticulture, veterinary science, animal and fishery sciences, or science and natural sciences (within disciplines such as biological, earth, and environmental sciences). Listing examples of all the representatives of the above-mentioned sciences and disciplines is beyond the scope of this study, nevertheless, worth noting in this context are the accomplishments of J. Banaszak, K. Pohorecka, J. Prabucki, P. Semkiw, and J. Wilde.

<sup>42</sup> Within the field of social sciences, in the scientific discipline of economics and finance, one can point to the works of, among others, A. Borkowska, B. Majewska-Madras or J. Majewski, while in the context of legal sciences the subject of beekeeping in their publications is addressed, among others, by Z. Witkowski and K. Różański.

further economic development, as well as to formulate postulates concerning possible legislative changes in the regulation of beekeeping in the Polish legal system.

The characterization of the economic determinants, as well as the legal aspects of beekeeping in Poland, may contribute to the preparation of solutions aimed at attempting to address the numerous threats to its continued operation which have arisen in the 21<sup>st</sup> century<sup>43</sup>. The latter include factors of an economic nature (decreasing profitability of beekeeping products, insufficient forms of support for entities conducting beekeeping activities), of a biological nature (threats in the form of various diseases and parasites of honey bees, migration to Europe of invasive species threatening *Apis mellifera*), chemical (use of plant protection products in agriculture), environmental (disappearance of natural bee habitats due to industrial development, climate change, reduction in the degree of biodiversity), and socio-demographic ones (advanced age structure of beekeepers, lack of inflow of the so-called “young farmers”, migration of the “young generation of farmers”, migration of beekeepers to the industrial and service sectors)<sup>44</sup>.

### 3. LEGAL FACTORS INFLUENCING CARRYING OUT APICULTURAL ACTIVITY

The regulation of various aspects of carrying out this activity is scattered. For this reason, the normative area of study is very diverse. When it comes to national law, it should be emphasised that beekeeping activity has not been standardised in the form of a separate act. The legal provisions regulating its exercise are found in numerous normative acts.

Practical considerations, on the other hand, relate to the law-making and application process. Although, as was already said, beekeeping activities have not been standardised in a separate legal act, legislative proceedings to support beekeeping have been underway in the Parliament of the Republic of Poland for several years. In this context, it should be emphasised that the eighth term Sejm established the Parliamentary Group for the Support of Beekeeping<sup>45</sup>. Its work is continued by the team appointed for the ninth term, however, it has not yet

---

<sup>43</sup> Deloitte, *op. cit.*, pp. 37–43.

<sup>44</sup> *Ibidem*; M.P. Chauzaut *et al.*, *Demographics of the European apicultural industry*, “Plos ONE” 2013, No. 8, p. 1 *et seqq.*

<sup>45</sup> The presidium of the Parliamentary Team for the Support of Beekeeping was elected by the Sejm on 26 January 2017. More on this topic: [http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=POSIEDZ\\_ENIA\\_ZESP&Zesp=453](http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=POSIEDZ_ENIA_ZESP&Zesp=453) (accessed 25.01.2022).



presented any legislative proposals<sup>46</sup>. So far, no bill concerning the regulation of beekeeping activities as such has been submitted to the Marshal's staff either.

On the other hand, practical considerations relating to the application of the law concern the resolution of doubts, in particular with regard to the provision of aid to the beekeeping sector, neighbourhood disputes concerning the keeping and rearing of bees (especially in the context of the location of apiaries), or the commercial quality of honey. At this point, it should be stressed that the fragmented and scattered legislation on beekeeping contributes to the existence of numerous disputed situations in practice. Consequently, disagreements on this background are the subject of lawsuits in which so-called neighbourhood law proceedings are brought against beekeepers<sup>47</sup>.

In further analysing the economic and legal aspects of beekeeping, certain assumptions have to be made. The first assumption is that beekeeping activity is a form of agricultural activity and, if only for that reason, should be treated favourably by the legislator. Indeed, this activity is of a specific nature, as its conduct contributes to increasing the efficiency of agricultural production, and above all, of plant production. According to data made available by the European Parliament, 84 per cent of plant species and 76 per cent of food production in Europe depend on pollination by wild and honey bee<sup>48</sup>. Furthermore, beekeeping also contributes to the preservation of the environment as well as biodiversity. Despite this, both EU and national regulations do not provide for legal solutions that favour beekeepers.

Another assumption is expressed in the observation that, due to the specific nature of beekeeping activities and the functions they perform for agriculture and the environment, these activities should be specifically protected and supported by the legislator. The introduction of appropriate legal instruments for the protection of beekeeping is necessary given the numerous threats to its continued existence<sup>49</sup>. It is worth emphasising that Polish legislation does not provide for the possibility of concluding so-called pollination contracts<sup>50</sup>, under which beekeepers could receive remuneration in exchange for making bees available to farmers in order to increase the quantity and quality of crops. Currently, support for bee-

---

<sup>46</sup> See <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/agent.xsp?symbol=POSIEDZENIAZESP&Z-esp=610> (accessed 2.03.2022).

<sup>47</sup> See e.g. Judgment of the Regional Court in Krakow of 30 June 2015, II Ca 797/15, LEX No. 3052808.

<sup>48</sup> European Parliament Resolution of 1 March 2018 on prospects and challenges for the EU apiculture sector (2017/2115(INI)), "Official Journal UE" 2019, C 129/25.

<sup>49</sup> M.P. Chauzaut, *op.cit.*, p. 1 *et seqq.*; Deloitte, *op. cit.*, pp. 37–43.

<sup>50</sup> Beekeeping contracts operate successfully in the US legal system. For more on this, see e.g. C.J. Ritten, D. Peck, M. Ehmke, M.A. Buddhika Patalee, *Firm efficiency and returns-to-scale in the honey bee pollination services industry*, "Journal of Economic Entomology" 2018, Vol. 111, No. 3, p. 1014 *et seqq.*

keeping depends on the production capacity of the apiary, including the number of hives it has.

Some pressing issues can also be formulated in this context. The first pressing issue is to define the legal nature of beekeeping activities. The starting point is a closer consideration of the concept of beekeeping activity as an agricultural activity. It is then necessary to point out the legal consequences of its qualification as an agricultural activity. At this point, it should be stressed that no uniform concept of agricultural activity has been adopted in the Polish legal system, and the legislation regulating this activity is scattered. It should also be noted that beekeeping is sometimes classified as one of the economic activities.

The second pressing issue relates to the question of whether the legislator sufficiently protects beekeeping activities. In this context, it should be noted that there is no legislation in both EU and national law that protects beekeeping activities as such. Only the individual elements that make up beekeeping, such as honeybees or beekeeping products, are protected. However, neither apiary farms nor beekeepers are covered. In turn, the Supreme Audit Office's audit report for the Ministry of Agriculture and Rural Development indicated that "there is a lack of coordinated action to combat bee diseases and to use plant protection products in such a way that they do not endanger bees"<sup>51</sup>.

The third pressing issue concerns answering the question of whether the legislator sufficiently supports beekeeping activities. Currently, financial support for beekeeping can be obtained, *inter alia*, from the implementation of the Rural Development Programme 2014–2020 and the National Beekeeping Programme 2020–2022. Receiving one of the mentioned forms of support excludes the use of the other. In addition, due to the dispersion of regulations, entities conducting beekeeping activities in Poland have, in practice, problems related to obtaining comprehensive knowledge on the possibilities of support for their activities. Financial aid also depends on the size of the apiary, thus favouring the owners of larger apiary holdings at the expense of medium-sized and smaller ones<sup>52</sup>.

#### 4. CONCLUSIONS

The research carried out into selected economic and legal aspects of beekeeping indicates the main shortcomings of the beekeeping sector in Poland. Well, both Polish agricultural entrepreneurs and beekeeping producers are failing to

---

<sup>51</sup> Information on the results of the audit. Support for beekeeping in Poland, Najwyższa Izba Kontroli 2017, reg. No. 27/2017/P/16/044/KRR, p. 17, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/16/044/> (accessed 22.01.2020).

<sup>52</sup> *Ibidem*.

take advantage of the opportunity which could be presented by nomadic beekeeping and the so-called “pollination contracts”, which are successfully implemented e.g. in the United States. Furthermore, an improvement in the performance of the domestic beekeeping sector is possible and, in the author’s opinion, investments should be made to improve the resilience and competitiveness of the beekeeping industry and to develop human capital, *inter alia*, by activating the so-called “younger generation” of farmers to take up employment in the beekeeping sector. Consideration should also be given to a system of support for beekeeping and its taxation, so that amateur beekeepers can also benefit from the aid, while all beekeepers would be taxed in proportion to their income.

## REFERENCES

### Books and articles

- Banaszak J., Cierznik T., *Ekonomiczne efekty zapylania roślin uprawnych przez pszczołę miodną i dziko żyjące pszczołowate (apoidea)*, ”Polskie Towarzystwo Przyrodników im. Kopernika: Kosmos” 1995, Vol. 44, issue 1
- Bielska-Brodziak A., Drapalska-Grochowicz M., Suska M., *Pszczoły miodne w prawie miejscowym*, ”Studa Prawnicze KUL” 2019, No. 3
- Bielska-Brodziak A., Haładaj A., Trzewik J., *Lokalizacja pni pszczelich na tle regulacji prawa administracyjnego i prawa cywilnego*, ”Studia Prawnoustrojowe” 2017, No. 37
- Borowska A., *Production, consumption and foreign trade of honey in Poland in the years 2004 to 2015*, ”Roczniki Naukowe Ekonomii Rolnictwa i Rozwoju Obszarów Wiejskich” 2016, Vol. 103, issue 4
- Borowska A., *Stan i perspektywy rozwoju pszczelarstwa w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem miodów regionalnych*, ”Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie. Problemy Rolnictwa Światowego” 2011, Vol. 11(26), issue 4
- Budzinowski R., *Prawne pojęcie działalności rolniczej*, (in:) R. Budzinowski (ed.), *Prawo i Administracja*. Vol. 2. Piła 2003
- Budzinowski R., *Status prawny rolnika jako przedsiębiorcy (zagadnienia wybrane)*, ”Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, Vol. LXIV, issue 3
- Capri E., Marchis P., *Bee health in Europe: Facts & Figures 2013*, Report of Opera Research Center 2013
- Chauzaut M.P. *et al.*, *Demographics of the European apicultural industry*, ”Plos ONE” 2013, No. 8
- Costato L., *La disciplina dell’apicoltura*, ”Rivista di Diritto Agrario” 2015, Vol. LXXIV Fasc., No. 1
- Czech E.K., *Definicje podstawowych pojęć z zakresu bartnictwa*, (in:) E.K. Czech, *Prawne aspekty prowadzenia działalności bartnej. Wybrane zagadnienia*, Białystok 2015

- Czech E.K., Kropiewnicka M., Ostrowski D., *Poradnik. Prawne aspekty prowadzenia działalności bartnej. Zagadnienia wybrane w pytaniach i odpowiedziach*, Białystok 2016
- De la Rúa P., Jaffé R., Dall'Olio R., Muñoz I., Serrano J., *Biodiversity, conservation and current threats to European honeybees*, "Apidologie" 2009, Vol. 40, No. 3
- Hasińska I., *Ewolucja od rolnika indywidualnego ku przedsiębiorcy rolnemu. Uwagi na tle statusu prawnego rolnika i spółki cywilnej*, "Przegląd Prawa Rolnego" 2017, No. 2
- Hofmański B., *Kwalifikacja praworzeczowa roju pszczół i jego składników według kodeksu cywilnego*, "Nowe Prawo" 1989, No. 6–7
- Hristov P., Shumkova R., Palova N., Neov B., *Honey bee colony losses: Why are honey bees disappearing?*, "Sociobiology" 2021, Vol. 68, issue 1
- Knecht M., *Pasieka miejska – wybrane aspekty prawne*, "Przegląd Sądowy" 2019, No.7–8
- Kobylińska M., *Regionalne zróżnicowanie pszczelarstwa w Polsce*, "Wiadomości Statystyczne. The Polish Statistician" 2021, Vol. 66, No. 2, pp. 25–38
- Kołtowski Z., *Znaczenie pszczoły miodnej w zapylaniu roślin entomofilnych*, "Pasieka" 2007, No. 2
- Kucharczyk M. *et al.*, *Problemy pszczelarstwa w Polsce*, "Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" 2017, No. 494
- Mader E., Spivak M., Evans E., *Managing alternative pollinators: A handbook for beekeepers, growers and conservationists*, Ithaca 2010
- Madras-Majewska B., Majewski J., *Oplacalność i perspektywy produkcji miodu w Polsce*, (in:) H. Szoegge Manteuffel, W.E. Tyner (eds.), *Rolnictwo i gospodarka żywnościowa Polski w ramach Unii Europejskiej. Problemy Rolnictwa Światowego*, Warszawa 2006
- Madras-Majewska B., Majewski J., *Produkcja i ceny miodu w badanych pasiekach w Polsce*, "Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu" 2007, Vol. IX, issue 1
- Madras-Majewska B., Majewski J., *Zmiany w światowym pszczelarstwie z uwzględnieniem miejsca Polski*, "Problemy Rolnictwa Światowego" 2008, Vol. 4 (XIX)
- Majewski J., *Ekonomiczne aspekty produkcji pszczelarskiej w Polsce i UE*, (in:) J. Pawłowska-Tyszko, A. Oler (eds.), *III Ogólnopolska Konferencja "Szanse i wyzwania pszczelarstwa w Polsce"*, Dobrcz 2017
- Majewski J., *Problem wyceny zapylania jako usługi środowiskowej*, "Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" 2016, No. 450
- Majewski J., *Pszczelarstwo i jego rola dla rolnictwa polskiego*, "Roczniki Nauk Rolniczych". Seria G 2010, Vol. 97, issue 4
- Majewski J., *Pszczelarstwo jako czynnik wpływający na konkurencyjność w rolnictwie*, "Stowarzyszenie Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu. Roczniki Naukowe" 2008, Vol. X, issue 4
- Majewski J., *Pszczelarstwo w Polsce – wybrane problemy ekonomiczne*, "Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" 2021, No. 246
- Majewski J., *Pszczoły w biogospodarce – znaczenie i wartość ekonomiczna*, "Roczniki Naukowe SERiA" 2016, Vol. 18, issue 4
- Majewski J., *Rola owadów zapylających w zapewnieniu bezpieczeństwa żywnościowego Polski*, "Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu" 2017, Vol. XIX, issue 3

- Partap U.M.A., Partap T.E.J., Yonghua H.E., *Pollination failure in apple crop and farmers' management strategies in Hengduan Mountains, China*, "Acta Horticulturae" 2001, No. 561
- Potts S.G. *et al.*, *Declines of managed honey bees and beekeepers in Europe*, "Journal of Apicultural Research" 2010, Vol. 49, issue 1
- Ritten C.J., Peck P., Ehmke M., Buddhika Patalee M.A., *Firm efficiency and returns-to-scale in the honey bee pollination services industry*, "Journal of Economic Entomology" 2018, Vol. 111, No. 3
- Tomaszewski R., *O bibliografii pszczelnictwa polskiego*, "Biblioteka" 2008, No. 12 (21)
- Salvachua Gallego J.C., *La transhumancia en apicultura*, "Hojas Divulgadas" 1989, No. 15
- Semkiw P., *Pszczelarstwo w Unii Europejskiej*, "Pszczelarstwo" 2007, No. 8
- Semkiw P., *Raport. Sektor pszczelarski w Polsce w 2020 roku*, Puławy 2020
- Szymecka A., *Rolnik to też przedsiębiorca – zagadnienia prawne*, (in:) K. Duczkowska-Małysz, A. Szymecka (red.), *Wokół trudnych problemów globalnego rozwoju obszarów wiejskich, gospodarki żywnościowej i rolnictwa*, Warszawa 2009
- Witkowski Z., *Gospodarka pasieczna w prawie polskim*, Klecza Dolna 2016
- Witkowski Z., *Ochrona prawna pszczół w Polsce*, Klecza Dolna 2018
- Working Party on Honey of Committee of Professional Agricultural Organisations – General Confederation of Agricultural Cooperatives, *European beekeeping at a crossroads: Strategic plan proposed by European beekeepers*. Survey prepared by COPA COGECA 2009, <<http://www.biodlarna.se/website/1/10.0.1.0/158/Strategisk%20plan%20Copa%20091118.pdf>> (accessed 2.01.2022)

### Internet sources

- [http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=POSIEDZ\\_ENIA\\_ZESP&Zesp=453](http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=POSIEDZ_ENIA_ZESP&Zesp=453) (accessed 25.01.2022)
- Official website of the European Commission – Food Security, [https://ec.europa.eu/food/animals/live-animals-trade-imports/honey-bees\\_en](https://ec.europa.eu/food/animals/live-animals-trade-imports/honey-bees_en) (accessed 11.05.2021).

### Documents, acts of law

- Deloitte, Evaluation of the CAP measures related to apiculture: Agriculture and rural development. DG Final Report 2013 European Parliament Resolution of 1 March 2018 on prospects and challenges for the EU apiculture sector (2017/2115(INI)), "Official Journal UE" 2019, C 129/25
- Najwyższa Izba Kontroli: Informacja o wynikach kontroli. Wsparcie pszczelarstwa w Polsce, Najwyższa Izba Kontroli 2017, nr ewid. 27/2017/P/16/044/KRR

### Court decisions

- Judgment of the Regional Court in Krakow of 30 June 2015, II Ca 797/15, LEX No. 3052808

*Karol Ryszkowski*<sup>1</sup>

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Polska

e-mail: [ryszkowskikarol@gmail.com](mailto:ryszkowskikarol@gmail.com)

ORCID: 0000-0003-2744-3533

**KWESTIA CHARAKTERU ODPOWIEDZIALNOŚCI  
ODSZKODOWAWCZEJ NOTARIUSZA W ZAKRESIE  
ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ ZA SZKODY  
WYRZĄDZONE PRZY WYKONYWANIU CZYNNOŚCI**

**THE ISSUE OF THE NATURE OF THE NOTARY'S LIABILITY  
FOR DAMAGES IN THE SCOPE OF CIVIL LIABILITY FOR  
DAMAGES CAUSED IN THE COURSE OF PERFORMING THE  
NOTARIAL ACTIVITIES**

**Abstract**

A notary, as a person who performs activities that play a huge role in legal transactions and produce extremely significant effects, is obliged to act in accordance with the law and behave with dignity – both in private and public life. The notary is responsible for the breach of these rules. As a rule, the following types of liability are mentioned: civil, criminal, disciplinary, and tax. Based on Art. 19a of the Law on Notaries, a notary public is subject to compulsory third-party liability insurance for damages caused while

---

<sup>1</sup> Publikacja została dofinansowana ze środków subwencji przyznanej Uniwersytetowi Ekonomicznemu w Krakowie. The publication was co-financed by the subsidy granted the Cracow University of Economics.

performing notarial activities. There are doubts about the nature of the civil liability of a notary and its scope. This article aims to provide a clear answer on this matter.

## KEYWORDS

real estate law, notarial law, contract law, liability

## SŁOWA KLUCZOWE

prawo nieruchomości, prawo o notariacie, prawo umów, odpowiedzialność cywilna

## 1. WSTĘP

Na podstawie art. 2 § 1 w związku z art. 1 § 1 ustawy – Prawo o notariacie<sup>2</sup> notariusz w zakresie swoich uprawnień do dokonywania czynności notarialnych działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym<sup>3</sup>.

Abstrahując od konkretnego określenia statusu prawnego notariusza, należy wskazać, że notariusz jako osoba dokonująca czynności odgrywających ogromną rolę w obrocie prawnym oraz rodzących niezwykle doniosłe skutki jest zobowiązany postępować zgodnie z przepisami prawa oraz zachowywać się godnie, zarówno w życiu prywatnym, jak i publicznym. Za naruszenie tych zasad notariusz ponosi odpowiedzialność. Z reguły wymienia się odpowiedzialność: cywilną, karną, dyscyplinarną oraz podatkową<sup>4</sup>.

Odpowiedzialność odszkodowawcza notariusza w zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności została uregulowana w trzech przepisach ustawy – Prawo o notariacie.

Zgodnie z art. 49 pr. not.: „Notariusz ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnych na zasadach określonych

---

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2022 r. poz. 1799), dalej: pr. not.

<sup>3</sup> Kwestia statusu prawnego notariusza jest sporna w doktrynie i orzecznictwie. Szerzej: A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, t. 1, *Ustrój notariatu*, Warszawa 2016, komentarz do art. 2; P.A. Błajer, (w:) A. Rataj, A.J. Szereda (red.), *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 2; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/01, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2003, nr 9, poz. 101.

<sup>4</sup> M. Kozłowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy*, LEX/el. nr 130969.

w Kodeksie cywilnym, z uwzględnieniem szczególnej staranności, do jakiej jest obowiązany przy wykonywaniu tych czynności”.

Do tego przepisu odwołuje się art. 22a § 4 pr. not., który wskazuje, że to notariusz ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez aplikanta notarialnego przy wykonywaniu przez tego aplikanta czynności notarialnych, o których mowa w art. 22a § 1 pr. not. Zgodnie z tym przepisem: „Notariusz może upoważnić aplikanta notarialnego objętego jego patronatem do wykonywania czynności notarialnych określonych w art. 79 pkt 2, 4, 7 i 8, jeżeli aplikant odbył co najmniej 2 lata i 6 miesięcy aplikacji oraz uzyskał pozytywny wynik z kolokwium, o którym mowa w art. 71 § 12”. Tym samym rozciąga się na notariusza odpowiedzialność za aplikanta działającego za notariusza na podstawie upoważnienia wydanego w trybie art. 22a § 1 pr. not. (*nulla poena sine lege*). Takie rozwiązanie ma stanowić swoistą gwarancję w przypadku sporządzenia przez aplikanta notarialnego (spełniającego hipotezę art. 22a § 1 pr. not.) czynności, która w przypadku sporządzenia jej osobiście przez notariusza skutkowałaby jego odpowiedzialnością na podstawie art. 49 pr. not.

Na podstawie art. 19a pr. not. notariusz podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności notarialnych.

## **2. ZAWARCIE UMOWY OBOWIĄZKOWEGO UBEZPIECZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ ZA SZKODY WYRZĄDZONE PRZY WYKONYWANIU CZYNNOŚCI PRZEZ NOTARIUSZA**

Należy podkreślić, że naruszenie art. 19a pr. not. samo w sobie jest deliktem dyscyplinarnym i naraża notariusza na odpowiedzialność dyscyplinarną<sup>5</sup>. Na podstawie art. 19c pr. not. rada izby notarialnej, właściwej ze względu na siedzibę kancelarii notarialnej, jest obowiązana do przeprowadzania kontroli spełnienia obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia przez notariusza, natomiast na podstawie art. 19d pr. not. Minister Sprawiedliwości nadzoruje wykonywanie przez rady izb notarialnych zadań określonych w art. 19c pr. not.

Odnosnie do celu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z art. 19a pr. not. wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 września 2009 r.<sup>6</sup>, w którym wskazał, że: „Zawarcie umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności, o których mowa w art. 1 § 1 ustawy z 1991 r. – Prawo o notariacie,

<sup>5</sup> M. Król, (w:) A. Rataj, A.J. Szereda (red.), *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 19d.

<sup>6</sup> I CSK 60/09, LEX nr 528144.



jest zgodnie z art. 19a tej ustawy obowiązkiem notariusza. Celem umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, której istotę określają przepisy art. 822 § 1–4 k.c. jest – z jednej strony – udzielenie ochrony ubezpieczeniowej odpowiedzialnemu za szkodę przez przejęcie przez ubezpieczyciela ciężaru negatywnych konsekwencji majątkowych wyrządzonej szkody, spoczywających bezpośrednio na jej sprawcy i będących skutkiem ponoszenia przez odpowiedzialności cywilnej za tę szkodę oraz – z drugiej strony – wzmocnienie ochrony interesów osoby trzeciej, poszkodowanej w wyniku wypadku ubezpieczeniowego”. Jednocześnie Sąd Najwyższy wskazał, zgodnie z brzmieniem hipotezy art. 49 pr. not., że zawarcie umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności dotyczy jedynie czynności notarialnych, tj. tych, o których mowa w art. 1 § 1 pr. not., a nie innych kwestii, na przykład wymienionej przez ten sąd funkcji notariusza jako płatnika opłat sądowych. Za tak przyjętym zakresem przemawia wykładnia językowa art. 49 pr. not.

Można wskazać na różnicę w zakresie charakteru odpowiedzialności notariusza za wykonywane czynności notarialne (objęte umową obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej) oraz za pozostałe kwestie związane z wykonywaniem przez niego zawodu. Dystynkcja ta jest bezpośrednio związana z rodzajem ponoszonej przez notariusza odpowiedzialności, co rzutuje na cały obrót, w tym na stosunki między notariuszem a stronami postępowania notarialnego oraz osobami trzecimi.

### **3. CHARAKTER ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ NOTARIUSZA W ZAKRESIE ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ ZA SZKODY WYRZĄDZONE PRZY WYKONYWANIU CZYNNOŚCI**

Rafał Bernat w zakresie odpowiedzialności notariusza za czynności notarialne wskazał, że: „Zasadniczo można by rozpatrywać odpowiedzialność deliktową i kontraktową. Ponieważ jednak prawie zawsze notariusz nie jest stroną umowy wraz z uczestnikiem czynności (wyjątek umowa o wynagrodzenie notariusza), to przyjąć należy, że właściwym rodzajem odpowiedzialności będzie ta wynikająca z deliktu”<sup>7</sup>.

Podobnie Aleksander Oleszko, który twierdził, że: „analiza charakteru i możliwości zawarcia umowy o dokonanie czynności notarialnej, która stanowiłaby podstawę do konstruowania odpowiedzialności kontraktowej notariusza za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnej, na gruncie art. 49

<sup>7</sup> R. Bernat, *Odmowa dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem podatkowym*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 4(30), s. 87.

ustawy nie daje podstaw do przyjęcia, że taka umowa zostaje zawarta. Brak zatem uzasadnionych przesłanek do przypisywania notariuszowi odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu* na podstawie art. 49 ustawy w zw. z art. 471 i n. k.c.”<sup>8</sup>.

Z poglądem Aleksandra Oleszki zbieżne jest zapatrywanie Sądu Najwyższego wskazane w wyroku z dnia 9 maja 2008 r.<sup>9</sup>, zgodnie z którym: „Wprawdzie w stosunku pomiędzy notariuszem a jego klientem występują elementy umowy (wybór konkretnej kancelarii notarialnej czy wręcz konkretnego notariusza, określenie wysokości opłaty), jednak obowiązek sporządzenia czynności notarialnej wynika z ustawy (art. 91 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. Nr 22, poz. 91 ze zm.)) i notariusz nie może odmówić np. sporządzenia aktu notarialnego, chyba że pozostawałoby to w sprzeczności z prawem (art. 81 Prawa o notariacie)”. Kwestia dotycząca charakteru stosunku prawnego łączącego notariusza z klientem jest sporna, jednakże zgodnie z dominującym stanowiskiem nie jest to umowa w klasycznym rozumieniu tego pojęcia. Skoro nie można notariuszowi przypisać odpowiedzialności kontraktowej za dokonywane czynności notarialne, to *a contrario* należy przypisać mu odpowiedzialność deliktową.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego jednomyślnie<sup>10</sup> wskazuje na deliktowy charakter odpowiedzialności notariusza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności. Między innymi Sąd Najwyższy w wyżej powołanym wyroku z dnia 9 maja 2008 r., III CSK 366/07, orzekł, że: „Za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnej notariusz ponosi odpowiedzialność deliktową”, a w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2004 r., III CK 271/02, wskazała na nieadekwatność kontraktowej odpowiedzialności notariusza za czynności notarialne, gdyż: „Podstawowe obowiązki notariusza zarówno wobec klientów, stron czynności notarialnej, jak i wobec osób trzecich wypływają zatem nie z umowy zawartej z klientem, lecz wprost z zasad porządku prawnego i mają swoje źródło w ustawach. Uznać więc trzeba, że jego odpowiedzialność zarówno wobec klientów, jak i wobec osób trzecich za wyrządzoną im szkodę przy wykonywaniu czynności notarialnych, opiera się na art. 415 k.c. Przy takiej podstawie odpowiedzialności, notariusz odpowiada wobec klientów także wówczas, gdy sporządził umowę zgodnie z ich życzeniem, choć w świetle art. 81 ustawy o notariacie powinien był odmówić jej sporządzenia, jako sprzecznej z prawem. Przyjęcie kon-

<sup>8</sup> A. Oleszko, *Podstawy i przesłanki odpowiedzialności cywilnej notariusza*, „Rejent” 1991, nr 7–8, s. 33.

<sup>9</sup> III CSK 366/07, LEX nr 424389.

<sup>10</sup> Za deliktowym charakterem odpowiedzialności notariusza za czynności notarialne por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, LEX nr 79845; z dnia 5 lutego 2004 r., III CK 271/02, LEX nr 602711; uchwały Sądu Najwyższego: z dnia 1 czerwca 2007 r., III CZP 38/07, LEX nr 259715; z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, LEX nr 1523411; a także wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 9 maja 2008 r., III CSK 366/07; z dnia 27 kwietnia 2016 r., II CSK 518/15, LEX nr 2051476; z dnia 14 czerwca 2017 r., IV CSK 104/17, LEX nr 2340597; z dnia 22 marca 2019 r., I CSK 89/18, LEX nr 2639466.

traktowej odpowiedzialności notariusza, mogłoby w takiej sytuacji prowadzić do znacznego ograniczenia, a nawet wyłączenia odpowiedzialności notariusza wobec stron czynności, co nie znajduje uzasadnienia w ustawie”. Konsekwencje przyjęcia kontraktowej odpowiedzialności notariusza za czynności notarialne są zatem nie do zaakceptowania w obrocie.

Romuald Szytk podkreśla zaostrenie odpowiedzialności notariusza przy dokonywaniu czynności notarialnej (konkretnie – odmowy jej dokonania) obowiązkiem zachowania szczególnej staranności<sup>11</sup>, co wynika wprost z brzmienia art. 49 pr. not. Wskazuje też na szczególną rolę notariusza jako gwaranta obrotu<sup>12</sup>. Należy zaznaczyć, że kwestia szczególnej roli notariusza często jest podkreślona w orzecznictwie Sądu Najwyższego w przedmiotowej materii.

Odnośnie do roli notariusza warto jeszcze raz przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2004 r., III CK 271/02, w którym Sąd także, jak było wskazane wyżej, wskazał na deliktową odpowiedzialność notariusza za czynności notarialne, orzekając, że: „Podstawą określonej w art. 49 ustawy o notariacie odpowiedzialności notariusza zarówno wobec jego klientów jak i wobec osób trzecich jest przepis art. 415 k.c. a zatem jest to odpowiedzialność deliktowa (...). Pogląd ten należy podzielić. Zgodnie z art. 2 ustawy o notariacie, notariusz jest osobą zaufania publicznego, gwarantem wiarygodności i prawidłowości dokonywanych przez niego czynności i uczestnikiem szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości, bowiem jak wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 maja 1990 r. (OSNCAP 1990/12/150), w ramach zakreślonych powyższą ustawą, notariusz sprawuje jurysdykcję prewencyjną, oddziałując na zainteresowanych kontrahentów tak, aby swoje stosunki prawne ukształtowali zgodnie z prawem i zasadami współżycia społecznego. Przy wykonywaniu swojego zawodu notariusz jest zobowiązany do zachowania całkowitej neutralności, powinien jednako dbać o interesy wszystkich stron czynności notarialnej, a także o interesy osób trzecich, a jeśliby akt notarialny miał być sporządzony z naruszeniem prawa, notariusz zgodnie z art. 81 ustawy ma obowiązek odmówić jego sporządzenia”.

Kwestia interpretacji powyższego passusu zawartego w art. 49 pr. not. jest jednak sporna w doktrynie. Marek K. Kolasiński, opowiadając się za odpowiedzialnością deliktową notariusza za czynności notarialne, utożsamia wymóg zachowania szczególnej staranności z odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka<sup>13</sup>, która może występować zarówno w przypadku odpowiedzialności deliktowej, jak i kontraktowej<sup>14</sup>. Autor ten opowiada się za niedopuszczalnością stosowania

<sup>11</sup> R. Szytk, *Odmowa dokonania czynności notarialnej*, „Rejent” 1991, nr 3, s. 87.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 88.

<sup>13</sup> M.K. Kolasiński, *Notariusz ma obowiązek odmówić dokonania czynności sprzecznej z zasadami współżycia społecznego; notariusz jest przedsiębiorcą. Glosa do uchwały SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 3, s. 138.

<sup>14</sup> M. Celichowski, (w:) A. Rataj, A.J. Szereda (red.), *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 49.

odpowiedzialności na zasadzie ryzyka na podstawie art. 49 pr. not., wskazując na pogląd Biruty Lewaszkiwicz-Petrykowskiej<sup>15</sup>, zgodnie z którym „odpowiedzialność na zasadzie ryzyka wydaje się nie do przyjęcia, jeśli chodzi o tzw. wolne zawody”<sup>16</sup>. Marek K. Kolasiński popiera też zapatrywanie Małgorzaty Florczak, że szczególna staranność, o której mowa w art. 49 pr. not.<sup>17</sup>, to „jedna z odmian staranności zawodowej. Nie oznacza to podwyższenia stopnia tej staranności, a jedynie dostosowanie do określonej czynności (...). Różni się ona od staranności laika nie stopniem pilności, lecz odmiennością obiektywnego modelu, jakim ją mierzymy. Jest ona starannością ogólnie wymaganą, czyli przeciętną. Przeciętność ta jest jednak odmienna od zwykłej, gdyż jest to przeciętność wymagana od specjalisty, jakim na pewno jest notariusz”<sup>18</sup>.

Jak wskazał Maciej Celichowski: „uważa się, że odpowiedzialność na podstawie słuszności lub ryzyka musi wynikać z przepisu prawa. Ponieważ przepis art. 49 PrNot nie przewiduje odpowiedzialności notariusza ani na zasadzie słuszności, ani na zasadzie ryzyka, należy przyjąć, że jest ona oparta na zasadzie winy”<sup>19</sup>.

Również o odpowiedzialności notariusza na zasadzie winy orzekł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, w której wskazał, że: „Trafnie zauważa się, że obowiązek zachowania przez notariusza należytej staranności nie może być utożsamiany z obowiązkiem przeprowadzenia prawidłowej wykładni, jeśli ma stać za nim taki sposób wykładni, który następnie zostanie zaaprobowany przez sąd. Należy jednak pamiętać, że w odróżnieniu od odpowiedzialności Skarbu Państwa za tzw. bezprawie sądowe, odpowiedzialność notariusza jest oparta na zasadzie winy”.

Należałoby się zastanowić, czy sam zwrot: „z uwzględnieniem szczególnej staranności, do jakiej jest obowiązany przy wykonywaniu tych czynności”, nie stanowi podstawy do odpowiedzialności notariusza na zasadzie ryzyka. Biorąc pod uwagę założenie racjonalności ustawodawcy oraz wykładnię celowościową, nie można przyjąć, że zawarty w art. 49 pr. not. zwrot: „z uwzględnieniem szczególnej staranności, do jakiej jest obowiązany przy wykonywaniu tych czynności”, jest normą pustą, lecz ma pełnić pewną funkcję. Tym samym nie można tego zwrotu kwalifikować jako pewnego ozdobnika.

Charakter tego zwrotu wskazuje na zaostrenie odpowiedzialności notariusza, jednak skoro nie można kwalifikować ponoszonej przez notariusza odpowiedzialności deliktowej jako odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, a tym bardziej

<sup>15</sup> M.K. Kolasiński, *Notariusz...*, s. 138.

<sup>16</sup> B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, *Nowe tendencje w zakresie cywilnej odpowiedzialności zawodowej*, (w:) A. Mączyński (red.), *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, Kraków 1994, s. 192.

<sup>17</sup> M.K. Kolasiński, *Notariusz...*, s. 138.

<sup>18</sup> M. Florczak, *Odpowiedzialność cywilna notariusza*, „Rejent” 1995, nr 4, s. 131.

<sup>19</sup> M. Celichowski, (w:) A. Rataj, A.J. Szereda (red.), *Ustrój notariatu...*, komentarz do art. 49.

słuszności (skoro ustawodawca nie wskazał tego w przepisach, jak np. w przypadku art. 417<sup>2</sup> k.c.), to jest to odpowiedzialność ponoszona na zasadzie winy, która może mieć różne postaci.

Odnosnie do odpowiedzialności na zasadzie winy należy wskazać, że nie jest ona jednorodna. Część przedstawicieli doktryny posługuje się koncepcjami karnistycznymi. Zdaniem Macieja Celichowskiego: „W przypadku winy rozróżniamy winę umyślną i nieumyślną, a w przypadku tej ostatniej lekkomyślność i niedbalstwo. Z lekkomyślnością mamy do czynienia, gdy sprawca przewiduje możliwość powstania szkody spowodowanej swoim zachowaniem, lecz bezpodstawnie uważa, że szkoda nie powstanie. Z nieumyślnością będziemy mieć do czynienia, gdy sprawca powoduje szkodę, nie zachowując w swym zachowaniu należytej staranności”<sup>20</sup>.

Część autorów z kolei nawiązuje do prawa rzymskiego. Jak wskazuje Fryderyk Zoll, nie jest takie proste przeniesienie do prawa cywilnego koncepcji karnistycznych, m.in. takich kategorii pojęciowych, jak: umyślność, lekkomyślność czy niedbalstwo<sup>21</sup>. Wina, wzorem prawa rzymskiego, może być stopniowana (*dolus, culpa lata, culpa levis* oraz *culpa levissima*)<sup>22</sup>.

Jak widać z powyższych podziałów winy, dają one pole do zastosowania spornego passusu z art. 49 pr. not. Tak też stało się w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, w którym sąd połączył kwestie szczególnej staranności oraz odpowiedzialności deliktowej notariusza za czynności notarialne na zasadzie winy, przy jednoczesnym wskazaniu rodzaju winy, przy którym notariusz ponosi odpowiedzialność. Sąd wskazał, że: „Notariusz ponosi odpowiedzialność *ex delicto* za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu przez niego czynności notarialnej, zatem odpowiedzialność notariusza zarówno w stosunku do jego klienta, jak i osób trzecich, znajduje podstawę prawną w art. 415 k.c. (...) podstawowe obowiązki notariusza wypływają wprost z zasad porządku prawnego i wiążą go w jednakowej mierze zarówno względem jego klienta, jak i osoby trzeciej. Ustawa zobowiązuje notariusza do zachowania przy wykonywaniu tych obowiązków szczególnej staranności (art. 49 pr.not.). Naruszenie ich musi być wprawdzie zawinione (art. 415 k.c.), jednakże – zważywszy na abstrakcyjną ocenę niedbalstwa (art. 355 § 1 k.c.) oraz zawodowy charakter działalności notariusza (art. 355 § 2 k.c.) – sam fakt ich naruszenia przesądza z reguły o winie, co najmniej w postaci niedbalstwa”.

W podobnym tonie wypowiada się Maciej Celichowski, który wskazał, że: „Artykuł 49 PrNot wskazuje, że notariusz ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnych «z uwzględnieniem

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> F. Zoll, *Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań*, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 1160.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 1164.

szczególnej staranności, do jakiej jest obowiązany przy wykonywaniu tych czynności». Co za tym idzie – należy uznać, że jest to odpowiedzialność sięgająca nie tylko winy umyślnej (co jest bezdyskusyjne i nie wymaga dalszego komentarza) i lekkomyślności, lecz także niedbalstwa. Przy czym wina w postaci niedbalstwa może być notariuszowi przypisana wtedy, gdy nie dochowa przeciętnej staranności wymaganej od notariusza w sytuacji, która doprowadziła do szkody, ustalonej z uwzględnieniem wymogu posiadania wiedzy w zakresie prawa znajdującego w danej sytuacji zastosowanie oraz podjęcia czynności podejmowanych zwykle przez przeciętnego notariusza w takiej sytuacji<sup>23</sup>. Wypowiedź ta może nasuwać koncepcję odpowiedzialności notariusza za czynności notarialne maksymalnie na zasadzie *culpa lata*, a więc z wykluczeniem *culpa levis* oraz *culpa levissima*.

W tej materii także wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 czerwca 2017 r., IV CSK 104/17, orzekając, że: „w ramach odpowiedzialności przewidzianej w art. 415 k.c. w związku z art. 49 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Pr.not. wystarczająca jest najlżejsza wina (*culpa levissima*) i nie ma podstaw, by twierdzić (...), że o niedbalstwie notariusza można mówić tylko wtedy, gdy dopuścił się naruszenia obowiązków o charakterze podstawowym. Obowiązek dochowania staranności nie może być też ograniczony do podejmowania działań wprost w przepisach przewidzianych i nie ma to nic wspólnego z odpowiedzialnością absolutną”. Tym samym Sąd Najwyższy opowiedział się za deliktową odpowiedzialnością notariusza odnośnie do czynności notarialnych, która zostaje spełniona już w przypadku popełnienia przez notariusza najlżejszego stopnia winy nieumyślnej, tj. *culpa levissima*.

Powyższe zapatrywanie jest zgodne z poglądem powszechnie akceptowanym w doktrynie. Jak wskazują Bogusław Lackoroński oraz Michał Raczkowski: „dla ustalenia odpowiedzialności na podstawie art. 415 KC wystarczy wykazanie najlżejszego stopnia nieumyślności (*culpa levissima*; por. *Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, 1939, s. 232 oraz 235; *Domański*, *Instytucje. Część ogólna*, s. 605; *F. Zoll*, *Zobowiązania*, s. 130–131; tak wyraźnie: *Z. Masłowski*, w: *Resich*, *Komentarz*, 1972, t. II, s. 983; *M. Nesterowicz*, w: *Winiarz*, *Komentarz*, 1989, t. I, s. 394; *Z. Banaszczyk*, w: *Pietrzykowski*, *Komentarz*, 2015, t. I, art. 415, Nb 34)<sup>24</sup>. Dlatego należy wskazać, że powyższe podziały nie mają większego znaczenia z perspektywy zasad odpowiedzialności deliktowej, ponieważ każdy – nawet najmniejszy – stopień winy (jak *culpa levissima*) uzasadnia nałożenie na sprawcę szkody obowiązku jej naprawienia<sup>25</sup>.

Jednakże wyrok z dnia 14 czerwca 2017 r., IV CSK 104/17, nie jest pozbawiony znaczenia, ponieważ staranność niekiedy bywa rozumiana jako staranność

<sup>23</sup> M. Celichowski, (w:) A. Rataj, A.J. Szereda (red.), *Ustrój notariatu...*, komentarz do art. 49.

<sup>24</sup> B. Lackoroński, M. Raczkowski, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, seria „Osajda”, Legalis/el. 2020, komentarz do art. 415.

<sup>25</sup> I. Długoszewska-Kruk, (w:) M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2020, komentarz do art. 415.

ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, nieobejmująca zatem staranności najwyższej<sup>26</sup>. Dobrze więc, że Sąd Najwyższy wypowiedział się w tej kwestii.

Biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy oraz wykładnię celowościową art. 49 pr. not., a także bardzo istotną rolę notariusza w obrocie i jego status, należy się przychylić do stanowiska Sądu Najwyższego zawartego w wyroku IV CSK 104/17.

#### 4. UWAGI KOŃCOWE

Należy zgodzić się z wnioskami, które zostały zaprezentowane na podstawie jednolitej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego w zakresie charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej notariusza za czynności notarialne. W orzecznictwie została podkreślona szczególna rola notariusza jako „strażnika”, który gwarantuje zgodność obrotu cywilnoprawnego z przepisami prawa oraz związaną z nią odpowiedzialność, ze względu na postrzeganie w społeczeństwie formy aktu notarialnego jako gwarancji pewności obrotu prawnego, pewności ukształtowanego prawa oraz jego stabilności. Notariusz – jako osoba zaufania publicznego – jest zobowiązany do szczególnej staranności przy sporządzaniu aktów notarialnych, ma zapewniać bezpieczeństwo obrotu prawnego oraz zabezpieczać go przed wadliwymi czynnościami, a ponadto czuwać nad tym, by nie zostały zagrożone interesy nie tylko stron, lecz także innych osób, dla których sporządzany akt będzie wywoływał skutki prawne. W orzecznictwie prezentowane jest ugruntowane stanowisko, zgodnie z którym odpowiedzialność notariusza za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnej ma charakter odpowiedzialności deliktowej<sup>27</sup>. Pogląd ten należy odnieść także do pozostałych czynności notarialnych (nie tylko aktu notarialnego).

Można wskazać na różnicę w zakresie charakteru odpowiedzialności notariusza za wykonywane czynności notarialne (objęte umową obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej) oraz za pozostałe kwestie związane z wykonywaniem przez niego zawodu. Dystynkcja ta jest bezpośrednio związana z rodzajem ponoszonej przez notariusza odpowiedzialności, co rzutuje też na cały obrót, w tym na stosunki między notariuszem a stronami postępowania notarialnego oraz osobami trzecimi.

Podsumowując, istnieje różnica w zakresie charakteru odpowiedzialności cywilnej notariusza za wykonywane czynności notarialne, która jest odpowiedzialnością deliktową, nawet za niedbalstwo w postaci najłżejszej winy (*culpa*

<sup>26</sup> Tak M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008, s. 54.

<sup>27</sup> Kierunek orzeczniczy, *Charakter odpowiedzialności odszkodowawczej notariusza*, Legalis 2019.

*levissima*); ponadto za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności notarialnych notariusz podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej (w tym zakresie odpowiedzialność ta objęta jest umową OC) oraz za pozostałe kwestie związane z wykonywaniem przez niego zawodu.

Za inne kwestie związane z wykonywaniem przez niego zawodu w obrocie cywilnoprawnym notariusz, występujący jako przedsiębiorca, odpowiada *ex contractu* – jako np. odbiorca energii elektrycznej. W tym przypadku odpowiedzialność cywilnoprawna notariusza będzie odpowiedzialnością kontraktową. Nie wyklucza to oczywiście dodatkowej odpowiedzialności deliktowej notariusza związanej z prowadzoną przez niego kancelarią (która nie jest związana z dokonywanymi przez niego czynnościami notarialnymi) na zasadzie art. 443 k.c.<sup>28</sup>.

Odnosnie do deliktowej odpowiedzialności notariusza za wykonywane czynności notarialne, nawet za niedbalstwo w postaci najłżejszej winy (*culpa levissima*), pogląd ten został potwierdzony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 marca 2019 r., I CSK 89/18. Przy ustaleniu wysokiego miernika staranności sąd słusznie powołał się na doniosłą funkcję notariusza w obrocie gospodarczym. Ponadto wskazał przesłanki zaistnienia tej odpowiedzialności. Poniższy fragment tego wyroku jest dobrym podsumowaniem niniejszego artykułu: „Zgodnie z art. 49 pr. not. notariusz ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnych na zasadach określonych w kodeksie cywilnym, z uwzględnieniem szczególnej staranności, do jakiej jest obowiązany przy wykonywaniu tych czynności. Odpowiedzialność ta w świetle utrwalonego orzecznictwa ma charakter deliktowy i opiera się na art. 415 k.c. (...). Wymaga ona tym samym wykazania ogólnych przesłanek deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, do których należą wina, adekwatny związek przyczynowy i powstanie szkody. (...) Funkcja sprawowana przez notariusza w powiązaniu z podstawą odpowiedzialności wynikającą z art. 415 k.c. w związku z art. 49 pr. not. sprawia, że do przypisania notariuszowi odpowiedzialności wystarcza najłżejsza postać winy (*culpa levissima*), ustalonej przy wykorzystaniu wspomnianego wysokiego miernika staranności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2017 r., IV CSK 104/17)”.

## REFERENCES

- Bernat R., *Odmowa dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem podatkowym*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 4(30)  
Blajer P.A., (w:) A. Rataj, A.J. Szereda (red.), *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 2

<sup>28</sup> M. Celichowski, (w:) A. Rataj, A.J. Szereda (red.), *Ustrój notariatu...*, komentarz do art. 49.



- Celichowski M., (w:) A. Rataj, A.J. Szereda (red.), *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 49
- Długoszewska-Kruk I., (w:) M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2020, komentarz do art. 415
- Florczak M., *Odpowiedzialność cywilna notariusza*, „Rejent” 1995, nr 4
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008
- Kierunek orzecznicy, *Charakter odpowiedzialności odszkodowawczej notariusza*, Legalis 2019
- Kolasiński M.K., *Notariusz ma obowiązek odmówić dokonania czynności sprzecznej z zasadami współżycia społecznego; notariusz jest przedsiębiorcą. Glosa do uchwały SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 3
- Kozłowski M., *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy*, LEX/el. nr 130969
- Król M., (w:) A. Rataj, A.J. Szereda (red.), *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 19d
- Lackoroński B., Raczkowski M., (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, seria „Osajda”, Legalis/el. 2020, komentarz do art. 415
- Lewaszkiwicz-Petrykowska B., *Nowe tendencje w zakresie cywilnej odpowiedzialności zawodowej*, (w:) A. Mączyński (red.), *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, Kraków 1994
- Oleszko A., *Podstawy i przesłanki odpowiedzialności cywilnej notariusza*, „Rejent” 1991, nr 7–8
- Oleszko A., *Prawo o notariacie. Komentarz*, t. 1, *Ustrój notariatu*, Warszawa 2016
- Szytk R., *Odmowa dokonania czynności notarialnej*, „Rejent” 1991, nr 3
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 1 czerwca 2007 r., III CZP 38/07, LEX nr 259715
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, LEX nr 1523411
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2022 r. poz. 1799)
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, LEX nr 79845
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2004 r., III CK 271/02, LEX nr 602711
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2008 r., III CSK 366/07, LEX nr 424389
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2009 r., I CSK 60/09, LEX nr 528144
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2016 r., II CSK 518/15, LEX nr 2051476
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2017 r., IV CSK 104/17, LEX nr 2340597
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2019 r., I CSK 89/18, LEX nr 2639466
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/01, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2003, nr 9, poz. 101
- Zoll F., *Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań*, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018

*Patrycja Sobolewska*

University of Warsaw

e-mail: [pb.sobolewska@uw.edu.pl](mailto:pb.sobolewska@uw.edu.pl)

ORCID: 0000-0002-3339-1963

## THE EFFECTIVENESS OF THE EU PACKAGE TRAVEL DIRECTIVE DURING THE COVID-19 PANDEMIC

### Abstract

The aim of this paper is to analyze the effectiveness of the EU Package Travel Directive during the COVID-19 pandemic. First, the paper depicts the legal regime under Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours as well as Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements. The comparison of both EU Package Travel Directives shows both some similarities and differences from the perspective of travellers' rights. Furthermore, the paper offers justification of the actions taken by the EU Member States in the face of COVID-19 pandemic, using the EU report on the application of the 2015 Package Travel Directive. Finally, the paper exhibits case law relating to tourism that evolved as a consequence of the COVID-19 pandemic. The reported cases are pending before the Court of Justice of the European Union, which means that all EU Member States are still waiting for the final judgement. The author supports the views presented by Advocate General Laila Medina and strongly believes that the protection of tourists will be continued.

### KEYWORDS

package travel, holiday, tourists, EU law

## SŁOWA KLUCZOWE

wycieczka zorganizowana, wakacje, turyści, prawo europejskie

### 1. INTRODUCTION

The COVID-19 pandemic brought uncertainty for many people<sup>1</sup>. It has burst upon tourists as one of the main players of the tourism sector. All tour operators also faced the pandemic with little knowledge and no experience. Over this period, many conflicting statements, positions, and behaviours have been spreading. Prior to the coronavirus pandemic, the global tourism sector had seen almost uninterrupted growth for decades. Nowadays, as the world is facing new challenges, such as the war in Ukraine and a stalling recovery in China, tourism is one of the sectors most seriously affected by COVID-19 pandemic. The international arrivals have increased by just 4 per cent in the second year of the pandemic, with 1 billion fewer arrivals compared to the pre-pandemic levels. In many of the world's cities, planned travel went down by 80–90 per cent<sup>2</sup>. Conflicting and unilateral travel restrictions occurred regionally<sup>3</sup>. The UN World Tourism Organization (UNWTO) reported a 65 per cent drop in international tourist arrivals in the first six months of 2020<sup>4</sup>. The air passenger travel showed a similar decline<sup>5</sup>. The United Nations Conference on Trade and Development released a report in June 2021, stating that the global economy could lose over USD 4 trillion as a result of the pandemic<sup>6</sup>. The majority of experts from the UNWTO believe the sector will not fully recover until 2024<sup>7</sup>. The outbreak of the COVID-19 pandemic forced the

---

<sup>1</sup> The paper is based on the research conducted for the author's doctoral dissertation, entitled *The legal protection of Polish tourists in the framework of foreign package holidays*.

<sup>2</sup> L. Jones, D. Brown, D. Palumbo, *Coronavirus: A visual guide to the economic impact*, BBC 20 March 2020, <https://www.bbc.co.uk/news/business-51706225> (accessed 16.10.2022).

<sup>3</sup> EU's politics-oriented approach to border reopening is risking recovery, Schengen Visa Info 10 July 2020, <https://www.schengenvisa.info.com/news/eus-politics-oriented-approach-to-border-reopening-is-risking-recovery> (accessed 16.10.2022).

<sup>4</sup> International tourist numbers down 65% in first half of 2020, UNWTO 15 September 2020, <https://www.unwto.org/news/international-tourist-numbers-down-65-in-first-half-of-2020-unwto-reports> (accessed 16.10.2022).

<sup>5</sup> M. McCarty Carino, *Airlines may need to retool routes with decline in business travel*, "Marketplace" 26 August 2020, <https://www.marketplace.org/2020/08/26/covid-19-airlines-business-travel> (accessed 16.10.2022).

<sup>6</sup> United Nations Conference on Trade and Development. COVID-19 and tourism: An update. United Nations, 30 June 2021, [https://unctad.org/system/files/official-document/ditcinf2021d3\\_en\\_0.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditcinf2021d3_en_0.pdf) (accessed 16.10.2022).

<sup>7</sup> *This is the impact of COVID-19 on the travel sector*, World Economic Forum 25 January 2022, <https://www.weforum.org/agenda/2022/01/global-travel-tourism-pandemic-covid-19> (accessed 16.10.2022).

EU Member States and thus the EU institutions to undertake a number of actions aimed at protecting the tourism industry. The article examines the effectiveness of the EU Package Travel Directive during the COVID-19 pandemic, taking into account all the relevant factors. These factors are carefully discussed in the following section.

## 2. HOW WAS IT BEFORE THE 2015 PACKAGE TRAVEL DIRECTIVE?

Directive 90/314/EEC<sup>8</sup> has contributed to the European travel and tourism since it created – as the first directive ever – important rights for the European travellers purchasing package holidays, typically consisting of passenger transport and accommodation. Firstly, Directive 90/314/EEC ensured that consumers receive essential information before and after signing a package travel contract. Secondly, it provided that the organizers and/or retailers are responsible for the proper performance of the package, even if the services are provided by subcontractors, and regulated what happens if there are changes to the package travel contract. It also ensured that travellers receive a refund of pre-payments and are repatriated in the event of the organiser's and/or retailer's insolvency<sup>9</sup>.

The Member States, governed by this Directive, had a huge margin of discretion in terms of providing tourists with adequate level of protection. According to its Art. 8, “Member States may adopt or return more stringent provisions in the field covered by this Directive to protect the consumer”. This nature of the Directive has led to the approximation of implementation regulations in the individual Member States, allowing for the existing differences, sometimes quite significant, regarding some of the regulated issues. It means that the Directive allowed for derogations from it as part of the implementation process as long as the minimum standard of protection stipulated therein was maintained. It also defined the terms which are essential to the tourism industry. According to Art. 2 of Directive 90/314/EEC, the term “package” means the pre-arranged combination of not fewer than two of the items listed below, when sold or offered for sale at an inclusive price and when the service covers a period of more than twenty-four hours or includes overnight accommodation: 1. transport, 2. accommodation, 3. other

---

<sup>8</sup> Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours [1990] OJ L158/59.

<sup>9</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No. 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC, COM(2013) 512 final.

tourist services not ancillary to transport or accommodation and accounting for a significant proportion of the package<sup>10</sup>.

There is no doubt that the customer of the travel agency is the consumer. This fact seemed to be confirmed by the Directive 90/314/EEC. Pursuant to Art. 2(4), “consumer means the person, who takes or agrees to take the package (‘the principal contractor’), or any person on whose behalf the principal contractor agrees to purchase the package (‘the other beneficiaries’) or any person to whom the principal contractor or any of the other beneficiaries transfers the package (the transferee)”.

Directive 90/314/EEC also referred to the protection of customers in the event of the price change by the tour operator. Pursuant to its Art. 4(5), the possibility of withdrawing from the contract existed if the price of the package increased “to a significant degree”. The Directive did not specify this concept in detail, leaving the matter to national legislators. Moreover, there were no provisions that would refer more broadly to the consequences of the consumer’s withdrawal from participation in a package before its commencement<sup>11</sup>.

Under Directive 90/314/EEC, the concept of *force majeure* appeared in two provisions. First, *force majeure* was one of the two circumstances which resulted in the exclusion of the consumer right to compensation in a situation where the tour operator cancelled the package before the agreed date of departure<sup>12</sup>. In this provision, the legislator defined *force majeure* as extraordinary and unforeseen circumstances beyond the control of the party and having the consequences which could not be avoided even if due diligence was exercised, except for selling more than the available number of seats. Secondly, *force majeure* was one of the conditions allowing the “organiser and/or retailer or the supplier of services” to avoid responsibility for the non-performance or improper performance of the contract<sup>13</sup>. Under this provision, liability was excluded if the non-performance or improper performance of the contract was for “reasons of *force majeure*”, as defined in point (ii) of Art. 4(6), or an event which the organiser and/or retailer or the supplier of services, even with all due care, could not foresee or forestall. In the latter case, the directive envisaged two grounds for excluding the tour operator’s liability (*force majeure* and the event indicated).

One of the most important problems discussed for years in the case of a package travel contract is the responsibility of tour operators for the so-called third

<sup>10</sup> P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną*, Warszawa 2005, p. 66.

<sup>11</sup> D. Ambrożuk, *Funkcja ochronna przepisów ustawy o imprezach turystycznych dotyczących umowy o udział w takiej imprezie*, (in:) B. Gneta, E. Sługocka-Ktupa, M. Szaraniec, A. Vignianisi Ferraro (eds.), *Prawo konsumenckie w Polsce oraz innych państwach UE. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2019.

<sup>12</sup> Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours [1990] OJ L158/59, Art. 4(6).

<sup>13</sup> Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours [1990] OJ L158/59, Art. 5(2).

parties (subcontractors). Directive 90/314/EEC allowed in this respect to limit the liability of the tour operator in two ways to a large extent<sup>14</sup>: firstly, on the basis of international conventions relating to the services constituting a package, and secondly<sup>15</sup>, permitting the Member States to limit a contractual level of the amount of compensation. However, it didn't include damages related to personal injury<sup>16</sup>.

Pursuant to Directive 90/314/EEC, the package travel contract should contain, *inter alia*, deadlines by which complaints could be submitted by a consumer with reference to the non-performance or improper performance of the contract<sup>17</sup>. Interestingly, no provision of the Directive in question specified when consumer claims for the non-performance or improper performance of a package travel contract are time-barred. The lack of such a provision under the Directive meant that it could be freely defined by the Member States, assuming that the general requirements of correct implementation, related in particular to the need to ensure effective legal protection, were met.

However, the main problem of Directive 90/314/EEC was that in 1990 the structure of the travel market was much simpler than today and the Internet didn't exist. It remains unclear to what extent modern ways of combining travel services are covered by the Directive. Moreover, Directive 90/314/EEC, adopting the principle of minimum harmonisation, has led to different legal protection offered to consumers under different national laws. The Member States were allowed to offer consumers more protection than stipulated by the Directive. As a result, it contributed to the emergence of inequalities leading to limitations in cross-border trade, which was particularly affecting entrepreneurs.

### 3. THE 2015 PACKAGE TRAVEL DIRECTIVE AS A CURE FOR HEALING THE EXISTING PROBLEMS

On 25 November 2015 the European Parliament and the Council of the EU adopted a new Directive on Package Travel and Linked Travel Arrangements, i.e.

---

<sup>14</sup> P. Cybula, *W sprawie oceny dopuszczalności powoływania się przez organizatora turystyki na przepisy szczególnie ograniczające zakres albo warunki na jakich odszkodowanie lub zadośćuczynienie jest wypłacane przez dostawcę usług turystycznych (czyli o potrzebie zmiany art. 50 ust. 5 ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych)*, „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, Vol. 38.

<sup>15</sup> Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours [1990] OJ L158/59, Art. 5(2).

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours [1990] OJ L158/59, Art. 4 (2) (1) and Annex to the Directive.

Directive 2015/2302<sup>18</sup>. The main objective of the Directive in question was to eliminate gaps and ambiguities arising from Directive 90/314/EEC and to adapt the legal regulations of the Member States to the challenges related to electronic commerce, in the most uniform manner in the area of operation of the EU market. For this reason, the Member States will not be able either to maintain or introduce into national law provisions diverging from those laid down in the Directive, including more or less stringent provisions that would lead to a different level of protection for travellers<sup>19</sup>.

Compared to the previous legal regime, Directive 2015/2302 is based on the principle of maximum harmonisation. It follows from this assumption that the matter covered by this Directive has been exhaustively regulated by the EU legislator. It is also unacceptable to fail to implement any part of the Directive<sup>20</sup>. According to recital 21 of the Directive, “Member States should remain competent, in accordance with Union law to apply the provisions of this Directive to areas not falling within its scope. Member States may therefore maintain or introduce national legislation corresponding to the provisions of this Directive, or certain of its provisions, in relation to contracts that fall outside the scope of this Directive. For instance, Member States may maintain or introduce corresponding provisions for certain stand-alone contracts regarding single travel services (such as the rental of holiday homes) or for packages and linked travel arrangements that are offered or facilitated, on a not-for-profit basis to a limited group of travellers and only occasionally, or to packages and linked travel arrangements covering a period of less than 24 hours and which do not include accommodation”.

As far as the personal scope of application of Directive 2015/2302 is concerned, the EU legislator deliberately deviates from the term “consumer” and replaces it with the word “traveller” in order to avoid misunderstandings related to the interpretation of the former term in the light of other consumer protection directives. According to Art. 3(6) of the Directive, the term “traveller” refers to any person who is seeking to conclude a contract or is entitled to travel on the basis of a contract concluded, within the scope of this Directive. In this definition of “traveller”, the EU legislator does not specify that it is a natural or legal person or that it is only a natural person, but merely states it is a “person”. The

---

<sup>18</sup> Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No. 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC [2015] OJ L326/1.

<sup>19</sup> Art. 4: “Unless otherwise provided for in this Directive, Member States shall not maintain or introduce, in their national law, provisions diverging from those laid down in this Directive, including more or less stringent provisions which would ensure a different level of traveller protection”.

<sup>20</sup> F. Radoniewicz, *Techniki implementacji do polskiego porządku postanowień decyzji ramowych Rady Unii Europejskiej dotyczących prawa karnego materialnego*, ”Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015, Vol. 193.

purpose of a trip is not mentioned, either. Therefore, the Directive shall also apply to a business traveller. This follows from recital 7 of the Preamble, which requires the Directive to apply to business travellers, including members of liberal professions, or self-employed or other natural persons, where they do not make travel arrangements on the basis of a general agreement. It can be concluded that in contracts falling within the scope of Directive 2015/2302, the majority of travellers “purchasing” packages or linked travel arrangements are consumers within the meaning of EU law. A “traveller” is then a person protected under the Package Travel Directive, and not only a consumer within the meaning of EU law or only a natural person. However, only a natural person, including one who has the status of an entrepreneur, may be the beneficiary of the package travel contract<sup>21</sup>.

The adoption of Directive 2015/2302 led to certain changes within the scope of the protection of tourists. First of all, the concept of “package” started to be defined differently, and the concept of “linked travel arrangements” was introduced. According to Art. 3(2) of Directive 2015/2302, a package means a combination of at least two different types of travel services for the purpose of the same trip or holiday. The new Directive also clarifies the individual elements of the package. Therefore, the concept of “package” will also include contracts in which the package is prepared by the entrepreneur at the traveller’s request or of his choice, made before the package travel contract is concluded<sup>22</sup>. Moreover, it will not matter for the design of the package whether the trader has separate contracts with individual travel service providers or whether it only allows the selection and purchase of these services at one point of sale before a traveller agrees to pay. The most important thing is that tourism services are either offered or sold at an exclusive or total price, as well as where such services are advertised or sold under the term “package” or under a similar term indicating a close connection between the tourism services concerned. Such similar terms could be “combined deal” or “all-inclusive”<sup>23</sup>. Moreover, individual services may also be combined after the conclusion of a contract under which the trader entitles a traveller to choose some types of tourism services. This regulation will apply in a situation where the package is a gift for a traveller<sup>24</sup>.

As regards price changes before the start of the package, Directive 2015/2302 introduced two significant changes compared to Directive 90/314/EEC. Firstly,

---

<sup>21</sup> P. Cybula, *The implementation of Directive 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements in Poland*, (in:) *Collective commentary about the New Package Travel Directive*, ESHTE 2020, 55.

<sup>22</sup> Case C-400/00 *Club-Tour, Viagens e Turismo SA v Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido*, with the participation of Club Med Viagens Lda. [2002] ECLI:EU:C:2002:272, I,04051.

<sup>23</sup> Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No. 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC [2015] OJ L326/1, Recital 10 of the Preamble.

<sup>24</sup> *Ibidem*, Recital 11 of the Preamble.



Art. 10(1) of Directive 2015/2302 expressly states that introducing provisions relating to the possibility of increasing the price is permissible as long as the contract also provides that a traveller is entitled to a price reduction in the same situations. Secondly, if the price increase within the scope strictly defined in Art. 10(1) of Directive 2015/2302 does not exceed 8 per cent of the price, a traveller is obliged to pay the surcharge. The price is changed unilaterally by the tour operator and a traveller cannot withdraw from the contract.

The EU legislator also introduced the concept of “unavoidable and extraordinary circumstances”, defined in Art. 3(12) of Directive 2015/2302 as “a situation beyond the control of the party who invokes such a situation, and the consequences of which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken”. This is a reduction in the protection of a traveller because the concept of “unavoidable and extraordinary circumstances” is understood more broadly than the current concept of *force majeure*<sup>25</sup>, which leads to wider circumstances excluding the tour operator’s liability<sup>26</sup>.

On the one hand, Directive 2015/2302 does not contain a general rule allowing the exclusion or limitation of the tour operator’s liability due to “special provisions”<sup>27</sup>, but on the other hand it specifies when consumer’s claims for the non-performance or improper performance of a package travel contract are timebarred. In accordance with Art. 14(6), “the limitation period for introducing claims under this Article shall not be less than two years”. Art. 14 of Directive 2015/2302 deals with a traveller’s entitlement to a price reduction for non-compliance and compensation for any damage suffered by a traveller as a result of any non-compliance.

#### 4. EU REPORT ON THE APPLICATION OF THE PACKAGE TRAVEL DIRECTIVE

As mentioned above, the COVID-19 pandemic has had a dramatic and unprecedented impact on the tourism sector throughout the world, reducing sharply the tourism flows and thus the revenues of the tourism businesses. In the first three quarters of 2020, international arrivals in the EU were 67.5 per cent lower than in

---

<sup>25</sup> M. Nesterowicz, *Dyrektywa Unii Europejskiej o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, jej implementacja do prawa polskiego i odpowiedzialność biur podróży*, “Przegląd Sądowy” 2018, Vol. 51.

<sup>26</sup> D. Ambrożuk, *op.cit.*

<sup>27</sup> Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No. 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC [2015] OJ L326/1, Art. 14 (4) and (5).

the same period in 2019. The drop ranged from 46 per cent to 84 per cent, depending on the Member State concerned. Most of the tourism stakeholders we interviewed doubted that the tourism demand would return to pre-crisis levels before 2024<sup>28</sup>. For this reason, the European Commission decided to publish a report on the application of Directive 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements<sup>29</sup>. The document in question summarizes the actions taken by EU Member States in the face of the COVID-19 pandemic.

First of all, the application of the Directive was reflected in the number of inquiries and complaints that appeared in relation to the legal solutions it introduced. According to the information from European Consumer Centres (ECCs)<sup>30</sup> 2399 queries and 261 complaints were submitted in 2019. Queries cover all requests for information and assistance received by ECCs, whereas complaints cover cases where ECCs contact the trader to find a solution. The COVID-19 pandemic did not stop the growth of these indicators. In 2020, the numbers increased by 368 per cent (11,226 queries) and 250 per cent (914 complaints). Furthermore, the proportion of the total ECC caseload that related to the Directive increased significantly from 2 per cent in 2019 to 7 per cent of the total caseload in 2020. Nevertheless, the subject of queries and complaints has changed. In 2019, 39 per cent of them concerned the non-conformity of the performance or misleading acts or omissions. In 2020, cancellation and non-performance was the topic number one (62 per cent). On the other hand, the thing that remained unchanged was the average case-handling time. In order to avoid confusion, the ECCs published a brochure on the interpretation of the PTD<sup>31</sup> and shared FAQs on their national websites and social media channels to assist consumers in view of the spike of complaints in the travel sector, including packages.

The analysis of the data included in the report proves that the insolvency protection systems appear to have functioned well in spite of being put under great strain. Travellers could choose between the repatriation and termination of their holidays in the case of those who had already arrived at their destinations. According to the information available to the Commission, travellers who had

---

<sup>28</sup> European Court of Auditors. EU Support to tourism. Need for a fresh strategic orientation and a better funding approach. Publications Office of the European Union 2021, [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21\\_27/SR\\_EU-invest-tourism\\_EN.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_27/SR_EU-invest-tourism_EN.pdf) (accessed 16.10.2022).

<sup>29</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements (COM2021) 90 final 2.

<sup>30</sup> ECC Net is a network of independently managed offices cofunded by the European Commission. It provides free information and advice to consumers who purchase products and services within the EU and assists with the outofcourt settlement of disputes arising between traders and consumers from different EU Member States.

<sup>31</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements (COM2021) 90 final 9.

not yet started their package have received, or should receive, a refund of their prepayments<sup>32</sup>. However, there were situations where tourists had to wait a long time to receive a refund or did not receive a full refund even though Art. 17(5) of the PTD requires that refunds be provided without undue delay after a traveller's request.

The report also included the issue of the so-called risk insurance. There were voices that banks were no longer providing security for tour operators and that also some of the relatively few insurance companies offering insolvency protection are pulling out of the market in Austria<sup>33</sup> and Belgium<sup>34</sup>. This, in turn, gave rise to anxiety whether appropriate insolvency protection providers can be found to cover the risks related to the bankruptcy of a major tour operator, especially, during peak season. Therefore, it was proposed to provide a multiple security providers for one tour operator or the setting up of a pan-EU guarantee fund as a kind of re-insurance for the first line guarantors.

The limitation of prepayments was also examined. This system is known in Member States such as Germany. According to its national case law on unfair contract terms, prepayments for package travel are, in principle, limited to 20 per cent down payment at the time of booking unless the tour operator duly justifies a higher prepayment due to expenditures arising at the time of contract conclusion. The rest is due no more than 30 days before the beginning of the trip<sup>35</sup>. In some Member States, there are also restrictions on prepayment(s). This is the case, for example, in Austria, where these restrictions do not apply as long as unlimited insolvency protection is available<sup>36</sup>. In order to improve the system and protect tourists, a proposal for a limitation in the amount of prepayments has emerged. This idea would require travellers to pay as long as they receive the service, which, in turn, would ensure the certainty of trading in the tourism services market. Another advantage of this solution is that travellers would be better protected in the case of cancellations<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, final 11.

<sup>33</sup> Recital 7 of the Commission Decision of 4 February 2021 in State aid case SA.60521, [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_60521](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_60521) (accessed 30.11.2021).

<sup>34</sup> Explanatory Memorandum to COM(2021)90 – Application of Directive 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements, [https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhd-fd-k3hyd-zq\\_j9vvik7mlc3gyxp/vlgnkr-gb2qr7](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhd-fd-k3hyd-zq_j9vvik7mlc3gyxp/vlgnkr-gb2qr7) (accessed 30.11.2021).

<sup>35</sup> Judgment of the Bundesgerichtshof of 9 December 2014, X ZR 13/14; Judgment of the Bundesgerichtshof of 25 July 2017, X ZR 71/16.

<sup>36</sup> Para 4(4) of the Package Travel Order (*Pauschalreiseverordnung*). Prepayments may only be accepted 11 months before the agreed end of the trip; prepayments of more than 20 per cent may only be requested 20 days before the start of the trip, unless unlimited insolvency protection is available.

<sup>37</sup> Position paper of the Verband Deutsches Reisemanagement e.V. of May 2020, [https://www.vdr.service.de/fileadmin/der,verband/politische,arbeit/vdr,positionen/2020,05\\_VDR,Position\\_Payment,Practice,Airline,Tickets\\_Pay,As,You,Check,In.pdf](https://www.vdr.service.de/fileadmin/der,verband/politische,arbeit/vdr,positionen/2020,05_VDR,Position_Payment,Practice,Airline,Tickets_Pay,As,You,Check,In.pdf) (accessed 30.11.2021).

With reference to the bankruptcy of Thomas Cook<sup>38</sup>, the European Parliament called for extending insolvency protection to seat-only flights in the framework of the revision of the Air Passenger Rights Regulation 261/2004. There is no doubt that the airline insolvency can affect travellers, tour operators, and intermediaries<sup>39</sup>. In the case of a flight cancellation, the tour operator may have to refund a traveller the full price irrespective of whether it still holds the money or will be able to recover it from the airline. The COVID-19 crisis clearly shows that mandatory insolvency protection provided by airlines should be introduced.

The report also refers to the situation of the tourism industry and tourists in connection with the COVID-19 pandemic, announced on 11 March 2020 by the World Health Organization. As the research shows, the COVID-19 pandemic has resulted in unprecedented worldwide travel restrictions causing almost a standstill of travel in Europe and many other parts of the world. This is having a serious impact on the whole tourism ecosystem<sup>40</sup>, reflected in relevant data. Between January and October 2020 tourism was reduced to 72 per cent in comparison with 2019<sup>41</sup>. The tour operators themselves were also at a disadvantage as travellers started demanding refunds. It was realized that these customer's demands significantly exceed the level of income generated by new bookings. The Commission's Joint Research Centre estimated in a "second wave" scenario that 11.7 million jobs could be at risk in the EU economy as a result of a drop in tourist arrivals in 2020<sup>42</sup>. Refund requests due to cancellations turned out not to be fulfilled, as shown by data from consumer organisations. It can be concluded that, by December 2020, thousands of consumers had not yet received a refund in money for cancelled holidays<sup>43</sup>.

The coronavirus pandemic, affecting the international environment, has forced the EU institutions to adopt specific measures. The first step was to publish informal guidelines on the application of the Package Travel Directive in connection with COVID-19<sup>44</sup> on the Commission's website on 5 March 2020,

---

<sup>38</sup> European Parliament Resolution of 24 October 2019 on the negative impact of the bankruptcy of Thomas Cook on EU tourism (2019/2854(RSP)), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B\\_9\\_2019\\_0120\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B_9_2019_0120_EN.pdf) (accessed 30.11.2021).

<sup>39</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements (COM2021) 90 final 13.

<sup>40</sup> *Ibidem*, final 13.

<sup>41</sup> Behavioural changes in tourism in times of COVID-19, [https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC121262/report\\_covid\\_tour\\_emp\\_final.pdf](https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC121262/report_covid_tour_emp_final.pdf) (accessed 30.11.2021).

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> BEUC's evaluation of the Member States implementation of the EU Commission Recommendation on 'vouchers' of 14 December 2020, <https://www.beuc.eu/publications/travel,voucher,chaos,continues,several,eucountries,and,travel,industry,still,flouting/html> (accessed 30.11.2021).

<sup>44</sup> Information on the Package Travel Directive in connection with the COVID-19, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/coronavirus\\_info\\_ptd\\_19.3.2020.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/coronavirus_info_ptd_19.3.2020.pdf) (accessed 30.11.2021).

and to update them on 19 March 2020. A traveller's right to get a full refund was confirmed as long as the conditions of Art. 12(2) or (3) of the PTD were met<sup>45</sup>. Simultaneously, the European Commission asked tourists to accept any changes in the dates of packages, and thus their postponement due to the spreading pandemic. This is of particular importance in a situation where tour operators found themselves in the context of cash flow. Several Member States requested the Commission to suspend the 14 days refund right and/or replace it with a temporary voucher solution<sup>46</sup>.

On 1 May 2020, the Commission adopted Recommendation (EU) 2020/648 on vouchers offered to passengers and travellers as an alternative to reimbursement for cancelled package travel and transport services in the context of the COVID-19 pandemic<sup>47</sup>. The right to reimbursement under the applicable EU legislation was recalled again. Simultaneously, the Recommendation recognises the unsustainable cash-flow and revenue situation for the transport and travel sectors, due to the numerous cancellations caused by the coronavirus pandemic<sup>48</sup>. The recommendation also introduces solutions aimed at rendering the voucher system more attractive. One of them is treating vouchers as an alternative to cash reimbursement, in order to increase their acceptance by passengers and travellers. What is more, the European Commission called on the Member States to apply the PTD and EU passenger rights regulations correctly and to ensure that any shortcomings related to it are detected on time and properly sanctioned<sup>49</sup>.

15 Member States have introduced a legal obligation for tour operators to provide vouchers instead of cash reimbursement for cancelled trips, or to postpone reimbursement beyond the 14-day period. It was treated as inconsistent with Art. 12(2), 12(3)(b) and 12(4) read in conjunction with Art. 4 of the PTD<sup>50</sup>.

Member States have also taken measures to improve the situation of tour operators responsible for organising package tours. For this purpose, specific

---

<sup>45</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements (COM2021) 90 final 14.

<sup>46</sup> The decision of the German Government of 2 April 2020 to request the Commission to submit at EU level proposals on package travel and passenger rights that should temporarily replace cash refunds by vouchers in the case of COVID-19 related cancellations, <https://www.bundesregierung.de/bregde/aktuelles/im,sogenannten,corona,kabinett,der,bundesregierung,wurde,heute,-folgender,beschluss,fuereine,gutscheinloesung,bei,pauschalreisen,flugtickets,und,freizeitveranstaltungen,gefasst,,1738744> (accessed 30.11.2021).

<sup>47</sup> Recommendation (EU) 2020/648 on vouchers offered to passengers and travellers as an alternative to reimbursement for cancelled package travel and transport services in the context of the COVID-19 pandemic [2020] OJ L 151, 10–16.

<sup>48</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements (COM2021) 90 final 15.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *Ibidem*, final 16.

state aid measures were adopted in order to support tour operators and establish guarantee schemes for vouchers to ensure that, in the event of insolvency of the tour operator, travellers are reimbursed, as recommended by the Commission in its Recommendation 2020/648. Those measures were adopted by the Commission in accordance with the Temporary Framework for State Aid Measures<sup>51</sup> or under the Treaty<sup>52</sup>.

The report also summarizes the implementation of travellers' right to reimbursement. According to the report, they did not receive reimbursements within 14 days as provided for under Art. 12(4) PTD, covering situations of a trip having been cancelled because of COVID-19. They were either refused a refund, imposed a voucher against their wish, unable to contact the tour operator, received a refund after an excessively long period of time or only partially, or were otherwise hindered in claiming their rights<sup>53</sup>. Doubts regarding the implementation of travelers rights under the PTD have also been deepened by the number of queries and complaints received by ADR bodies, ECCs, and consumer organisations.

The report ends by stating that the COVID-19 crisis and its consequences should still be monitored and further evaluated depending on the future course of events. Nevertheless, it is already known what the European Commission is planning to do before long. As announced in its New Consumer Agenda, by 2022 a "deeper analysis into whether the current regulatory framework for package travel, including as regards insolvency protection, is still fully up to the task of ensuring robust and comprehensive consumer protection at all times, taking under consideration also developments in the field of passenger rights"<sup>54</sup> will be conducted. It is also planned to increase the current protection of consumers, including tourists. The Commission will assess the highest possible level of consumer protection provided by the PTD, effective enforcement of the rights of consumers at all times and the method of a fairer sharing of the burden among economic operators along the value chain to contribute to this objective<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Communication of the Commission of 19 March 2020. Temporary Framework for State Aid Measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, OJ C 91I, 1.

<sup>52</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326, Art. 107(3)(b).

<sup>53</sup> BEUC's evaluation, *op.cit.*, and its survey among their members regarding complaints in the package travel sector (not published).

<sup>54</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. New Consumer Agenda – Strengthening consumer resilience for sustainable recovery, COM(2020) 696 final.

<sup>55</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements (COM2021) 90 final 21.

## 5. CASE LAW ANALYSIS

Apart from a negative impact on the tourism sector, the COVID-19 pandemic also contributed to the evolution of two cases pending before the Court of Justice of the European Union, namely the *FTI Touristik* case<sup>56</sup> and the *UFC – Que choisir and CLCV* case<sup>57</sup>. For research purposes, it seems justified to present the facts of both cases.

The *FTI Touristik* case deals primarily with the impact of the pandemic on package travel contracts and travellers' rights, which are governed by Directive 2015/2302. The applicants in the main proceedings booked a 14-day holiday from Germany to the Canary Islands from 13 to 27 March 2020. Due to the pandemic, their trip ended after seven days and they returned to Germany claiming a price reduction of 70 per cent of the *pro rata* travel price for seven days. The Regional Court of Munich asked the Court of Justice of the European Union whether Art. 14(1) of Directive 2015/2302 entitles the traveller to a price reduction for lack of conformity with the package travel contract in circumstances where this is due to restrictions imposed to prevent the spread of an infectious disease worldwide<sup>58</sup>.

The *UFC – Que Choisir and CLCV* case concerns, more specifically, the legality of the adoption of national measures granting temporary derogations from consumer legislation on package travel contracts. The applicants, French associations defending consumer interests, contested, among others, the legality of Order No. 2020315 of 25 March 2020 governing the conditions for termination of holiday contracts in the event of unavoidable and extraordinary circumstances or *force majeure*. Under those conditions, the Order allowed the travel organisers to issue a voucher instead of a refund of the full amount of any payments made by travellers thus deviating from the requirements of the Directive 2015/2302<sup>59</sup>.

The Court of Justice of the European Union has not yet decided how to resolve the issues raised by the questions referred for a preliminary ruling by the Member States involved. On 15 September 2022 Advocate General Laila Medina issued an opinion on both cases.

As far as the *FTI Touristik* case is concerned, in view of the structure of Art. 14 of the Directive, the organiser is not exempt from his obligation to provide for an appropriate reduction in the price of the package. According to Advocate General, the amount of the price reduction to which a traveller is entitled must be

<sup>56</sup> Case C-396/21 *FC v FTI Touristik GmbH* [2021] ECLI:EU:C:2021:523.

<sup>57</sup> Case C-407/21 *UFC – Que choisir and CLCV* [2022] ECLI:EU:C:2022:690.

<sup>58</sup> Tourism in times of pandemic: Advocate General's Opinions (C-396/21, C-407/21) | FTI Touristik and UFC' (*Insight EU Monitoring*, 15 September 2022, <https://portal.ieu-monitoring.com/editorial/tourism-in-times-of-pandemic-advocate-generals-opinions-c-396-21-c-407-21-fti-touristik-and-ufc/387021> (accessed 16.10.2022)).

<sup>59</sup> *Ibidem*.

appropriate, taking into account all the circumstances of the case, which is a matter for the national court to determine<sup>60</sup>. In consequence, a lack of conformity that is attributable to any other person than a traveller or which is due to unavoidable and extraordinary circumstances, will not exclude the travellers's right to receive a price reduction.

Advocate General also points out that the regulatory restrictions imposed in March 2020 in response to the pandemic should be regarded as *force majeure*. For this reason, unavoidable and extraordinary circumstances do not exempt the organiser from the obligation to grant a price reduction. She added that the "appropriate" reduction is to be determined by the national courts, taking into account all the circumstances of the specific case such as the reason for the lack of conformity, whether there was fault on the part of the organiser and whether the organiser could recover further up the business chain or from the State monies paid to the traveller.

In her Opinion delivered in the *UFC – Que Choisir and CLCV* case Advocate General indicates that the term "refund" generally refers to an amount of money that is paid back to someone. Therefore, the "refund" of any payments made cannot be understood as entitling the organiser to provide a deferred form of payment, such as a voucher. That interpretation is supported by the context and the origins of Art. 12(4) of Directive 2015/2302 as well as by the objective of that directive<sup>61</sup>. Moreover, a reimbursement should be paid in cash, which means that any other form, including a voucher, has to be excluded.

Advocate General Medina takes the view that any derogations from EU law on the freedom of movement cannot justify derogations from a specific provision of secondary EU law and, more specifically, from the traveller's right to receive a refund. Her reading of Directive 2015/2302 is that the pandemic is neither excluded from the scope of the concept of "unavoidable and extraordinary circumstances" nor from the scope of that directive overall<sup>62</sup>.

If a Member State pleads *force majeure*, it needs to prove that a derogation from EU law is necessary to resolve such difficulties owing to the pandemic, and it is necessary to verify that there is no alternative. In her view, the Order adopted by the French government appears to exceed what is necessary and proportionate to address the difficulties encountered by travel operators. Advocate General Medina draws particular attention to the retroactive effect of the contested measure, the duration of the suspension of the right to receive a refund and the lack of any advantage offered to the traveller to counterbalance the impact on his or her rights under the package travel contract.

Sometimes the opinions of Advocates General are helpful as they constitute proposals for legal solutions in cases considered by the CJEU. What is crucial

---

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.



is that the Advocate General's opinion is not binding on the Court of Justice<sup>63</sup>. However, this does not change the fact that the remarks delivered by Advocate General Medina are valuable in the cases at issue. It is highly likely that they will be taken into account while deciding the dispute before the Court of Justice of the European Union.

## 6. CONCLUSION

To sum up, even though the EU's specific competence on tourism is relatively limited, the EU has significant influence on tourism law through its role in promoting consumer protection. The fact that Directive 90/314, which originally treated a tourist as a consumer, is no longer in force does not mean that tourists were deprived of such a status. As the 2015 Package Travel Directive states, a tourist is still a consumer under EU law. Moreover, the level of protection resulting from consumer law has been increased, since a tourist defined by the new directive as a traveller is in many cases also a consumer within the meaning of EU law. The next stage of the analysis was to compare the previous legal regime with EU law shaped by Directive 2015/2302. Its main objective was to bring the law up to date to reflect changes in the way that holidays are booked following the development of on-line booking, as well as to adjust the level of the protection of tourists to a changing market of tourism services. Under Directive 90/314, these solutions were completely unknown, which was also an impulse to work on the new directive. It should be noted that the adoption of the Package Travel Directive has led to the strengthening of the scope of protection in some areas. Nevertheless, there are still some areas where little has changed or deteriorated slightly. The EU legislator decided to develop a certain protection system for tourists by means of a directive instead of using a more far-reaching measure such as a regulation. In consequence, Directive 2015/2302 is a maximum harmonisation Directive and Member States do not have any flexibility on how they implement most of its provisions. Art. 4 states that unless otherwise provided for, Member States shall not maintain or introduce, in their national law, provisions diverging from those laid down in the Directive, including more or less stringent provisions which would ensure a different level of traveller protection. On the contrary, the previous Package Travel Directive provided a minimum level of harmonisation. It means that Member States could sometimes provide customers of travel agencies with a higher level of protection than required by the Directive. Hence, the current standard of protection should be unified in each Member State which limits its ability to adapt the Directive to suit

---

<sup>63</sup> L.C. Wilz, *The Advocate General: A key actor of the Court of Justice of the European Union*, ResearchGate 2011, 588.

the national market should it wish to do so. However, there are a number of areas where there are choices. Despite some shortcomings, it is safe to say that Directive 2015/2302 has achieved its goal, which was to increase the transparency and legal certainty for both travellers and entrepreneurs.

## REFERENCES

- Ambrożuk D., *Funkcja ochronna przepisów ustawy o imprezach turystycznych dotyczących umowy o udział w takiej imprezie*, (in:) B. Gnela, E. Sługocka-Ktupa, M. Szaraniec, A. Viglianisi Ferraro (eds.), *Prawo konsumenckie w Polsce oraz innych państwach UE. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2019
- Behavioural changes in tourism in times of COVID-19*, [https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC121262/report\\_covid\\_tour\\_emp\\_final.pdf](https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC121262/report_covid_tour_emp_final.pdf) (accessed 30.11.2021)
- BEUC's evaluation of the Member States implementation of the EU Commission Recommendation on 'vouchers' of 14 December 2020, <https://www.beuc.eu/publications/travel,voucher,chaos,continues,several,eucountries,and,travel,industry,still,flouting/html> (accessed 30.11.2021)
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. New Consumer Agenda – Strengthening consumer resilience for sustainable recovery, COM(2020) 696 final
- Communication of the Commission of 19 March 2020. Temporary Framework for State Aid Measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, OJ C 91I, 1
- Cybula P., *The implementation of Directive 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements in Poland*, (in:) *Collective commentary about the New Package Travel Directive*, ESHT 2020, 55
- Cybula P., *Umowa o imprezę turystyczną*, Warszawa 2005
- Cybula P., *W sprawie oceny dopuszczalności powoływania się przez organizatora turystyki na przepisy szczególne ograniczające zakres albo warunki na jakich odszkodowanie lub zadośćuczynienie jest wypłacane przez dostawcę usług turystycznych (czyli o potrzebie zmiany art. 50 ust. 5 ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych)*, "Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2018, Vol. 38
- European Court of Auditors. EU Support to tourism. Need for a fresh strategic orientation and a better funding approach. Publications Office of the European Union 2021, [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21\\_27/SR\\_EU-invest-tourism\\_EN.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_27/SR_EU-invest-tourism_EN.pdf) (accessed 16.10.2022)
- European Parliament resolution of 24 October 2019 on the negative impact of the bankruptcy of Thomas Cook on EU tourism (2019/2854(RSP)), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B\\_9\\_2019\\_0120\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B_9_2019_0120_EN.pdf) (accessed 30.11.2021)
- EU's politics-oriented approach to border reopening is risking recovery, Schengen Visa Info 10 July 2020, <https://www.schengenvisainfo.com/news/eus-politics-oriented-approach-to-border-reopening-is-risking-recovery> (accessed 16.10.2022)

- Explanatory Memorandum to COM(2021)90 – Application of Directive 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements, [https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhdjdk3hydzq\\_j9vvik7mlc3gyxp/vlgnkrqb2qr7](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhdjdk3hydzq_j9vvik7mlc3gyxp/vlgnkrqb2qr7) (accessed 30.11.2021)
- Information on the Package Travel Directive in connection with the COVID-19, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/coronavirus\\_info\\_ptd\\_19.3.2020.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/coronavirus_info_ptd_19.3.2020.pdf) (accessed 30.11.2021)
- International tourist numbers down 65% in first half of 2020, *UNWTO* 15 September 2020, <https://www.unwto.org/news/international-tourist-numbers-down-65-in-first-half-of-2020-unwto-reports> (accessed 16.10.2022)
- Jones L., Brown D., Palumbo D., *Coronavirus: A visual guide to the economic impact*, *BBC 20 March 2020*, <https://www.bbc.co.uk/news/business-51706225> (accessed 16.10.2022)
- McCarty Carino M., *Airlines may need to retool routes with decline in business travel*, “Marketplace” 26 August 2020, <https://www.marketplace.org/2020/08/26/covid-19-airlines-business-travel> (accessed 16.10.2022)
- Nesterowicz M., *Dyrektywa Unii Europejskiej o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, jej implementacja do prawa polskiego i odpowiedzialność biur podróży*, „Przegląd Sądowy” 2018, Vol. 51
- Position paper of the Verband Deutsches Reisemanagement e.V. of May 2020, [https://www.vdr.service.de/fileadmin/der,verband/politische,arbeit/vdr,positionen/2020,05\\_VDR,Position\\_Payment,Practice,Airline,Tickets\\_Pay,As,You,Check,In.pdf](https://www.vdr.service.de/fileadmin/der,verband/politische,arbeit/vdr,positionen/2020,05_VDR,Position_Payment,Practice,Airline,Tickets_Pay,As,You,Check,In.pdf) (accessed 30.11.2021)
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No. 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC, COM(2013) 512 final
- Radoniewicz F., *Techniki implementacji do polskiego porządku postanowień decyzji ramowych Rady Unii Europejskiej dotyczących prawa karnego materialnego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015, Vol. 193
- Recommendation (EU) 2020/648 on vouchers offered to passengers and travelers as an alternative to reimbursement for cancelled package travel and transport services in the context of the COVID-19 pandemic [2020] OJ L 151, 10–16
- Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements (COM2021) 90 final
- The decision of the German Government of 2 April 2020 to request the Commission to submit at EU level proposals on package travel and passenger rights that should temporarily replace cash refunds by vouchers in the case of COVID-19 related cancellations, <https://www.bundesregierung.de/bregde/aktuelles/im,sogenanntem,corona,kabinettd,der,bundesregierung,wurde,heute,folgender,beschluss,fuereine,gutscheinloesung,bei,pauschalreisen,flugtickets,und,freizeitveranstaltungen,gefasst,,1738744> (accessed 30.11.2021)
- This is the impact of COVID-19 on the travel sector*, “World Economic Forum” 25 January 2022, <https://www.weforum.org/agenda/2022/01/global-travel-tourism-pandemic-covid-19> (accessed 16 October 2022)

- 
- Tourism in times of pandemic: Advocate General's Opinions (C-396/21, C-407/21) | FTI Touristik and UFC, Insight EU Monitoring 15 September 2022, <https://portal.ieu-monitoring.com/editorial/tourism-in-times-of-pandemic-advocate-generals-opinions-c-396-21-c-407-21-fti-touristik-and-ufc/387021> (accessed 16.10.2022)
- United Nations Conference on Trade and Development. COVID-19 and tourism: An update. United Nations 30 June 2021, [https://unctad.org/system/files/official-document/ditcinf2021d3\\_en\\_0.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditcinf2021d3_en_0.pdf) (accessed 16.10.2022)
- Wilz L.C., *The Advocate General: A key actor of the Court of Justice of the European Union*, ResearchGate 2011, 588

*Adrianna Suska*

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: [suska.adrianna@gmail.com](mailto:suska.adrianna@gmail.com)

ORCID: 0000-0001-8485-7404

## **ZNAKOWANIE ŻYWNOŚCI JAKO FORMA ADMINISTRACYJNOPRAWNEJ OCHRONY KONSUMENTA**

### **FOOD LABELLING AS A FORM OF CONSUMER PROTECTION IN ADMINISTRATIVE LAW**

#### **Abstract**

This article discusses the role of administrative norms in food labelling regulations with regard to consumers' protection. Administrative regulations play a significant role in the entire food law system, particularly in the pursuit of its general objectives related to consumers' well-being. Food labelling is one of the instruments applied to ensure consumers' protection but it needs to be assisted by a legal apparatus enabling efficient control over the observance of the provisions and imposing sanctions for non-compliance. Not only is food label a basic channel of communication used by producers in order to provide consumers with information about products, but it also has a tremendous impact on consumers' food choices. Information shared on labels ought to be readable and understandable for the purpose of facilitating conscious food decision making. Nonetheless, despite the institutional support, consumers are still considered to be the weaker party on the food market, therefore food labelling regulations should be compliant with their awareness and habits.

## KEYWORDS

food law, consumer protection, food labelling, administrative law, European Union

## SŁOWA KLUCZOWE

prawo żywnościowe, ochrona konsumenta, znakowanie żywności, prawo administracyjne, Unia Europejska

## 1. WPROWADZENIE

Prawo żywnościowe to niedawno wyodrębniona dziedzina prawa normująca stosunki społeczne związane z procesem produkcji, przetwarzania i dystrybucji żywności oraz pasz dla zwierząt hodowlanych. Na autonomizację prawa żywnościowego – jako odrębnej dziedziny – wpływają jego główne cele związane z ochroną konsumenta oraz szczególny przedmiot jego regulacji, jakimi są kwestie związane z żywnością<sup>1</sup>. Na system prawa żywnościowego składają się normy dwojakiego rodzaju: prywatno- i publicznoprawne. Unormowania administracyjnoprawne są niezwykle istotne, ponieważ zazwyczaj to one ustanawiają instytucje dążące do zapewnienia ochrony zdrowia i życia konsumenta<sup>2</sup>. Do grupy przepisów administracyjnych stojących na straży ochrony konsumentów można zaliczyć regulacje dotyczące znakowania żywności – obejmujące reguły etykietowania, wyznaczające organy urzędowej kontroli żywności i ich kompetencje, a także określające sankcje administracyjne związane z nieprzestrzeganiem norm.

## 2. ŹRÓDŁA NORM DOTYCZĄCYCH ZNAKOWANIA ŻYWNOŚCI

Polskie normy prawa żywnościowego opierają się w dużej mierze na regulacjach unijnych. Nieobowiązująca już ustawa z dnia 11 maja 2001 r. o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia<sup>3</sup> wprowadziła europejskie standardy

<sup>1</sup> Zob. M. Korzycka, P. Wojciechowski, *Prawo żywnościowe jako nowa dziedzina prawa*, „*Studia Iuridica Agraria*” 2016, nr 14, s. 279–282.

<sup>2</sup> M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017, s. 54.

<sup>3</sup> Dz.U. z 2005 r. nr 31, poz. 265, z późn. zm.

do polskiego porządku prawnego, za to aktualna ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia<sup>4</sup> stanowi w rzeczywistości implementację kilkudziesięciu aktów unijnych. Niektóre standardy funkcjonujące w Polsce przed przystąpieniem do Wspólnoty Europejskiej były jednak wyższe od europejskich, a rezygnacja z nich wpłynęła na osłabienie ochrony konsumenta w zakresie, który obejmowały<sup>5</sup>.

Unijną konstytucją prawa żywnościowego jest rozporządzenie nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r., nazywane Ogólnym Prawem Żywnościowym (*General Food Law*)<sup>6</sup>. Akt zawiera definicje legalne podstawowych pojęć, takich jak prawo żywnościowe i żywność, a także ustala cele i zasady ogólne dziedziny. W kwestii znakowania żywności kluczowym aktem normatywnym pozostaje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności [...] <sup>7</sup>, w którym zostały wymienione ogólne reguły znakowania środków spożywczych.

System prawa żywnościowego jest stale rozbudowywany aktami prawnymi wydawanymi każdego roku przez organy Unii Europejskiej i krajowe. Jako przykłady polskich aktów regulujących znakowanie żywności można wskazać: ustawę z dnia 21 grudnia 2000 r. o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych<sup>8</sup>, ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych oraz o produktach tradycyjnych<sup>9</sup>, rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie znakowania poszczególnych rodzajów środków spożywczych<sup>10</sup>. We wspomnianych aktach prawnych – zarówno unijnych, jak i krajowych – istotna część norm regulowana jest metodą administracyjną.

<sup>4</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 2132.

<sup>5</sup> M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System...*, s. 61.

<sup>6</sup> Dz.Urz. UE L 31, s. 1, ze zm., dalej: rozporządzenie 178/2002.

<sup>7</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylecia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004 (Dz.Urz. UE L 304, s. 18, ze zm.), dalej: rozporządzenie 1169/2011.

<sup>8</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 1688, z późn. zm., dalej: u.j.h.a.r.s.

<sup>9</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 2268.

<sup>10</sup> Dz.U. z 2015 r. poz. 29, z późn. zm.

### 3. OCHRONA KONSUMENTA

Mimo rosnącej świadomości żywieniowej, a także instytucjonalnego wzmocnienia pozycji konsumentów na rynku żywności konsumenci nadal nie zajmują takiej pozycji jak producenci. Przeciętny konsument nie wykazuje się tak specjalistyczną wiedzą, jaką posiada producent, a także ma zdecydowanie ograniczone możliwości wykrycia zaawansowanych technologicznie zafałszowań środków spożywczych<sup>11</sup>. Ze względu na słabszą pozycję konsumenta, a także kluczowy wpływ odpowiedniego odżywiania na fizyczny i psychiczny dobrostan człowieka istotne jest stworzenie systemu wspomagającego ochronę konsumenta na rynku żywności.

Rola ochrony słabszego uczestnika rynku została wyrażona przez rozporządzenie 178/2002, w którym za główne i samoistne cele prawa żywnościowego uznano wysoki poziom ochrony zdrowia i życia ludzi, jak również ochronę interesów konsumentów, przy jednoczesnym uwzględnieniu uczciwych praktyk w handlu żywnością. Kiedy jest to właściwe, powinno się też brać pod uwagę ochronę zdrowia i warunków życia zwierząt, zdrowia roślin i środowiska naturalnego<sup>12</sup>. Oznacza to, że prymat został nadany celom związanym z ochroną konsumentów żywności, a co więcej – na mocy art. 8 rozporządzenia 178/2002 została ona podniesiona do rangi zasad ogólnych dziedziny. Cele prawa żywnościowego znajdują też zastosowanie praktyczne – stanowią pryzmat dla wykładni jego przepisów oraz wpływają na zakres dopuszczalnego działania administracji publicznej<sup>13</sup>. Jednym z narzędzi realizacji założeń prawa żywnościowego, w tym interesów konsumentów, jest znakowanie żywności<sup>14</sup>.

Analiza informacji zamieszczonych na etykietach środków spożywczych powinna pozwalać kupującym dokonywać świadomych wyborów żywności, które bezsprzecznie wpływają na dietę, a co za tym idzie – na zdrowie i jakość życia konsumentów finalnych. Etykieta stanowi dla konsumenta zazwyczaj najłatwiej dostępne i najbliższe źródło informacji o środku spożywczym, powinna zatem spełniać przede wszystkim funkcję informacyjną<sup>15</sup>. Jest przy tym pewnego rodzaju dokumentem, który powinien stanowić o jakości produktu<sup>16</sup>. Oprócz osobistych preferencji, przyzwyczajajeń czy opinii innych etykieta stanowi ważny

<sup>11</sup> A. Kowalska, *Problem fałszowania żywności w Polsce*, „Problemy Jakości” 2016, nr 9, s. 31.

<sup>12</sup> Artykuł 5 rozporządzenia 178/2002. Zob. P. Wojciechowski, *Cele prawa żywnościowego*, „Studia Iuridica Agraria” 2014, nr 12, s. 46–48.

<sup>13</sup> P. Wojciechowski, *Cele prawa...*, s. 63.

<sup>14</sup> M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System...*, s. 50.

<sup>15</sup> P. Wojciechowski, *Regulacje dotyczące informacji na temat żywności*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017, s. 416.

<sup>16</sup> S. Kowalczyk, M. Kwasek, *Jakość żywności na polskim rynku – zagrożenia i sposoby ich eliminacji*, „Zagadnienia Ekonomiki Rolnej” 2020, nr 3(364), s. 82; G. Krasnowska, A.M. Salej-



czynnik wpływający na wybór żywności przez konsumenta<sup>17</sup>. Czytając informacje dołączone do żywności, polscy konsumenci zwracają uwagę przede wszystkim na obowiązkowo podawane informacje, takie jak: skład, termin przydatności do spożycia lub datę minimalnej trwałości, masę netto, a w mniejszym stopniu na markę, jakość, certyfikację czy znaki jakości<sup>18</sup>.

#### 4. PODSTAWOWE ZASADY ZNAKOWANIA ŻYWNOCI

Zgodnie z definicją legalną żywnością (środkiem spożywczym) są jakiegokolwiek substancje lub produkty przeznaczone do spożycia przez ludzi, lub których spożycia przez ludzi można się spodziewać, niezależnie od stopnia ich przetworzenia<sup>19</sup>. Oznakowaniem żywności można nazwać wszystkie dotyczące jej informacje, które są zamieszczone na opakowaniu środka spożywczego lub dołączone do niego. Zgodnie z art. 9 rozporządzenia 1169/2011 zasadą jest, że na środku spożywczym powinny zostać umieszczone przede wszystkim:

- jego nazwa,
- wykaz składników,
- wymienione w załączniku II rozporządzenia składniki lub substancje pomocnicze w przetwórstwie albo uzyskane z nich składniki lub substancje pomocnicze, powodujące alergie lub reakcje nietolerancji, użyte przy wytworzeniu lub przygotowywaniu żywności i nadal obecne w produkcie gotowym, nawet jeżeli ich forma uległa zmianie,
- ilość składników lub ich kategorii,
- ilość netto żywności,
- wartość odżywcza,
- data minimalnej trwałości lub termin przydatności do spożycia,
- specjalne warunki przechowywania lub warunki użycia,
- nazwa lub firma i adres podmiotu, pod którego nazwą lub firmą jest wprowadzany na rynek dany środek spożywczy, lub importer danego środka na rynek Unii.

Ponadto istnieje obowiązek zamieszczenia instrukcji użycia w przypadkach, gdy jej brak utrudniałby odpowiednie użycie środka spożywczego. W sytuacjach

---

da, *Ocena wiedzy konsumentów na temat znakowania żywności*, „Żywność. Nauka. Technologia. Jakość” 2011, nr 1(74), s. 173.

<sup>17</sup> M. Niewczas, *Kryteria wyboru żywności*, „Żywność. Nauka. Technologia. Jakość” 2013, nr 6(91), s. 205–206.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 208.

<sup>19</sup> Artykuł 2 rozporządzenia 178/2002.

określonych w art. 26 rozporządzenia 1169/2011 należy ponadto zamieścić informacje o kraju lub miejscu pochodzenia produktu.

Zakres informacji obligatoryjnych może się różnić ze względu na rodzaj żywności czy opakowania, w którym znajduje się środek spożywczy. Wśród licznych przykładów szczególnych regulacji znakowania określonych typów żywności można przywołać konieczność umieszczenia procentu masy kakaowej na opakowaniu czekolady<sup>20</sup> czy rzeczywistej zawartości objętościowej alkoholu na napojach o zawartości alkoholu większej niż 1,2%. Napoje alkoholowe wyróżniają się również tym, że na ich etykietach nie muszą być zamieszczone informacje o wykazie składników i wartości odżywczej<sup>21</sup>. W przypadku etykiet preparatów dla niemowląt i małych dzieci producent – oprócz obowiązku zamieszczenia dodatkowych informacji obligatoryjnych – musi przedstawić produkt w taki sposób, by nie zniechęcał do karmienia piersią<sup>22</sup>. Na tle ostatniego przykładu wyłania się kolejna rola norm administracyjnoprawnych w znakowaniu żywności, a mianowicie: regulowanie sposobu prezentacji wiadomości o środku spożywczym.

Informacje dołączone do produktu powinny być proste i zrozumiałe, tak aby przemawiały do przeciętnego konsumenta i pozwoliły mu na świadomy wybór środka spożywczego<sup>23</sup>. Na terenie Polski obowiązuje wymóg oznakowania w języku polskim produktów żywnościowych znajdujących się w obrocie<sup>24</sup>. Zasadniczo obowiązkowe informacje wydrukowane na opakowaniu lub etykiecie muszą być czytelne, a czcionka powinna mieć rozmiar co najmniej 1,2 mm; w przypadku opakowań mniejszych niż 80 cm<sup>2</sup> minimalny rozmiar czcionki może wynosić 0,9 mm. Na opakowaniach, których największa powierzchnia jest mniejsza niż 10 cm<sup>2</sup>, dopuszczalne jest pominięcie części informacji obligatoryjnych, ale nadal konieczne jest umieszczenie najważniejszych z nich (nazwy, alergenów, ilości netto i daty minimalnej trwałości lub terminu przydatności do spożycia), za to wykaz składników jest podawany za pośrednictwem innych środków lub udostępniany na życzenie konsumenta<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Zob. § 11 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie znakowania poszczególnych rodzajów środków spożywczych.

<sup>21</sup> Artykuł 9 ust. 1 lit. k i art. 16 ust. 4 rozporządzenia 1169/2011.

<sup>22</sup> Artykuł 10 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 609/2013 z dnia 12 czerwca 2013 r. w sprawie żywności przeznaczonej dla niemowląt i małych dzieci oraz żywności specjalnego przeznaczenia medycznego i środków spożywczych zastępujących całodzienną dietę, do kontroli masy ciała oraz uchylające dyrektywę Rady 92/52/EWG, dyrektywy Komisji 96/8/WE, 1999/21/WE, 2006/125/WE i 2006/141/WE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/39/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 41/2009 i (WE) nr 953/2009 (Dz.Urz. UE L 181, s. 35, ze zm.).

<sup>23</sup> Pkt 41 preambuły i art. 7 rozporządzenia 1169/2011.

<sup>24</sup> Artykuł 48 ust. 2 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

<sup>25</sup> Artykuł 13 i art. 16 ust. 2 rozporządzenia 1169/2011.

Etykiety nie mogą wprowadzać w błąd, w tym poprzez nazwę czy inne określenia, które mogłyby sugerować cechy produktu, których ten nie ma<sup>26</sup>. Nieprawdziwe lub nieprawidłowe informacje mogą zostać uznane za fałszowanie żywności, co dotyczy nie tylko informacji obowiązkowych, ale też fakultatywnych.

## 5. DODATKOWE INFORMACJE NA ETYKIETACH

Oprócz informacji wymaganych przez prawo producenci żywności mogą zamieszczać na środkach spożywczych fakultatywne informacje i oznaczenia. Mimo braku ich kompletnej listy, a także zasady dobrowolności w zamieszczaniu dodatkowych wiadomości o produkcie działania producentów są ograniczone wymogiem zgodności z prawdą każdego oświadczenia o środku spożywczym. Wszelkie informacje i oznaczenia, bez względu na to, czy są one obowiązkowe czy fakultatywne, muszą być zgodne z faktycznymi właściwościami produktu<sup>27</sup>. Rozporządzenie (WE) nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności<sup>28</sup> reguluje możliwość stosowania na etykietach oświadczeń żywieniowych, zdrowotnych czy oświadczeń o zmniejszaniu ryzyka choroby, jeśli środek spożywczy spełnia wymagania określone w tym akcie prawnym. Oświadczenia te stanowią informacje stwierdzające, sugerujące lub dające do zrozumienia, że:

- produkt ma szczególne właściwości odżywcze ze względu na specyficzną wartość kaloryczną lub substancje, które zawiera lub których nie zawiera – oświadczenia żywieniowe,
- występuje związek między kategorią żywności, daną żywnością lub jednego z jej składników a zdrowiem – oświadczenia zdrowotne,
- spożycie danej kategorii żywności, danej żywności lub jednego z jej składników znacząco zmniejsza jakiś czynnik ryzyka w rozwoju choroby dotykającej ludzi – oświadczenie o zmniejszaniu ryzyka choroby<sup>29</sup>.

Na etykietach mogą znajdować się znaki i certyfikaty jakości świadczące o wyróżniających cechach produktu. Przykładem jest znak „Poznaj Dobrą Żywność”. Może on zostać przyznany produktowi ze względu na skład surowcowy, cechy mikrobiologiczne i sensoryczne, zawartość składników odżywczych i funkcjonalnych, ilość stosowanych substancji dodatkowych oraz metody przetwarzania i utrwalania. Środek spożywczy musi mieć udokumentowaną wyróż-

<sup>26</sup> Artykuł 7 rozporządzenia 1169/2011.

<sup>27</sup> Artykuł 36 rozporządzenia 1169/2011.

<sup>28</sup> Dz.Urz. UE L 404, s. 9, ze zm., dalej: rozporządzenie 1924/2006.

<sup>29</sup> Artykuł 2 ust. 2 pkt 4–6 rozporządzenia 1924/2006.

niającą się jakość wytwarzanych produktów, a decyzję o przyznaniu znaku wydaje minister właściwy do spraw rynków rolnych na okres 3 lat<sup>30</sup>.

Producenci żywności na zasadzie dobrowolności mogą używać znaku „Produkt polski”, jeśli środek spożywczy i jego składniki zostały wyprodukowane na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, przy czym dopuszcza się, by nie więcej niż 25% masy wszystkich składników (nie wliczając w to wody) stanowiły produkty, których nie można zastąpić składnikami wyprodukowanymi w Polsce<sup>31</sup>.

Stosunkowo popularnym oznaczeniem wydaje się być euroliść informujący o pochodzeniu żywności z rolnictwa ekologicznego. Aby producent mógł zamieścić unijne logo rolnictwa ekologicznego na swoim produkcie, musi spełnić wiele wymagań wyrażonych w rozporządzeniu 2018/848<sup>32</sup>, a także rozporządzeniu wykonawczym 2020/464<sup>33</sup>. Chociaż szczegółowe warunki różnią się w zależności od rodzaju produktu, to istnieją ogólne zasady produkcji ekologicznej, wśród których można wskazać: odpowiedzialne korzystanie z energii i zasobów naturalnych, ochronę elementów naturalnego krajobrazu, wysoką jakość żywności czy zaniechanie stosowania GMO<sup>34</sup>.

Istnieje także możliwość specjalnego wyróżnienia produktów, które zostały wytworzone zasadniczo bez wykorzystania GMO. Na mocy ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o oznakowaniu produktów wytworzonych bez wykorzystania organizmów genetycznie zmodyfikowanych jako wolnych od tych organizmów<sup>35</sup> producent na zasadzie dobrowolności może używać oznaczenia „bez GMO” (dla pasz oraz produktów pochodzenia roślinnego i żywności wieloskładnikowej, niezawierającej składników odzwierzęcych) oraz „wyprodukowane bez stosowania GMO” (dla produktów pochodzenia zwierzęcego i żywności wieloskładnikowej, zawierającej składnik odzwierzęcy).

W kontekście żywności genetycznie modyfikowanej warto jeszcze wskazać, że produkty GMO (zawierające składniki GMO) mogą się znajdować na rynku, jeśli zostały wpisane do Unijnego Rejestru Genetycznie Zmodyfikowanej Żywności i Pasyży oraz są należycie oznakowane. Zamieszczając informację o gene-

<sup>30</sup> A. Kapała, *Z prawnej problematyki wyróżniania produktów lokalnych*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2017, nr 2(21), s. 55–56.

<sup>31</sup> Artykuł 7b u.j.h.a.r.s.

<sup>32</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/848 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie produkcji ekologicznej i znakowania produktów ekologicznych i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 834/2007 (Dz.Urz. UE L 150, s. 1).

<sup>33</sup> Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2020/464 z dnia 26 marca 2020 r. ustanawiające szczegółowe zasady dotyczące stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/848, w odniesieniu do dokumentów niezbędnych w celu uznania z mocą wsteczną okresów do celów konwersji, produkcji produktów ekologicznych oraz informacji, które mają być dostarczane przez państwa członkowskie (Dz.Urz. UE L 98, s. 2).

<sup>34</sup> Wyklucza się stosowanie GMO, produktów wytworzonych z GMO i produktów wytworzonych przy użyciu GMO, innych niż lecznicze produkty weterynaryjne.

<sup>35</sup> Dz.U. z 2021 r. poz. 763.

tycznie zmodyfikowanej żywności, producent powinien posłużyć się jednym z następujących określeń:

- „genetycznie zmodyfikowany”,
- „wyprodukowany z genetycznie zmodyfikowanego (nazwa składnika)”,
- „zawiera genetycznie zmodyfikowany (nazwa organizmu)”,
- „zawiera (nazwa składnika) wyprodukowany z genetycznie zmodyfikowanego (nazwa organizmu)”<sup>36</sup>.

Ze względu na rosnące zainteresowanie wpływem produkcji żywności na środowisko coraz powszechniejsze stają się *sustainability labels*, w Polsce nazywane znakami ekologicznymi. Wśród nich można wymienić certyfikaty (np. Rainforest Alliance, UTZ Certified, Certyfikat Zrównoważonego Rybołówstwa MSC), oznaczenia śladu węglowego produktu (np. Carbon Trust) czy oznaczenia całościowo oceniające wpływ produktu na środowisko (np. Eco-Score, Planet-Score). Coraz częściej na przodzie opakowania zamieszczane są dodatkowe formy wyrażania i prezentacji wartości odżywczej produktu (*Front-of-Pack Labelling*), a w badaniach potwierdzono wpływ takich oznakowań na wybory konsumentów<sup>37</sup>. Jako przykład można wymienić oznaczenia typu (*Multiple*) *Traffic Lights* czy zyskujący ostatnio popularność Nutri-Score, który ma zarówno wielu zwolenników, jak i przeciwników.

Chociaż dodatkowe wiadomości o produkcie często pozwalają lepiej zapoznać się z jego cechami, niestety, mogą prowadzić do dezorientacji konsumenta. Nadmiar informacji może sprawić, że konsument nie będzie w stanie określić, które informacje są dla niego istotne, albo może się zniechęcić do zapoznania się z nimi.

## 6. NIEZROZUMIAŁOŚĆ ETYKIET

Mimo wymogów prostoty i zrozumiałości informacji opisujących żywność regulacje etykietowania środków spożywczych są bardzo szczegółowe i większość z nich nie jest znana przeciętnemu konsumentowi. Odpowiednie znakowanie produktów może także sprawiać problemy przedsiębiorcom, a w niektórych przypadkach nawet odpowiednie zastosowanie przez nich przepisów może

<sup>36</sup> A. Kowalska, J. Kowalski, *Znakowanie żywności wolnej od GMO w polskim systemie prawa żywnościowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, nr 2, s. 217.

<sup>37</sup> Zob. S. Storcksdieck Genannt Bonsmann et al., *Front-of-pack nutrition labelling schemes: A comprehensive review*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2020; E.A. Finkelstein et al., *A randomized controlled trial evaluating the relative effectiveness of the multiple traffic light and nutri-score front of package nutrition labels*, „Nutrients” 2019, vol. 11(9); B. Neal et al., *Effects of different types of front-of-pack labelling information on the healthiness of food purchases – a randomised controlled trial*, „Nutrients” 2017, vol. 9(12).

doprowadzić do wprowadzenia konsumenta w błąd. Badania wskazują, że dla wielu konsumentów oznaczenia zawarte na produktach żywnościowych nie są w pełni zrozumiałe i czytelne<sup>38</sup>. W praktyce na czytelność wpływają między innymi: czcionka, wielkość i zagęszczenie liter, słaba jakość druku, barwa tła i liter oraz kontrast między nimi, długość wierszy czy rozmieszczenie tekstu. Brak zrozumienia może być spowodowany użyciem nieznanymi konsumentowi skrótów czy eksponowaniem mniej istotnych informacji, co potęguje nadmiar treści prowadzący do trudności z ustaleniem ich ważności i większe zagęszczenie powierzchni zadruku<sup>39</sup>.

Badania wspominają o problemach z odróżnieniem dwóch zbliżonych do siebie, ale jednak różnych sformułowań, jakimi są termin przydatności do spożycia (dalej: TPDS) i data minimalnej trwałości (dalej: DMT). DMT jest datą, do której środek spożywczy zachowuje swoje szczególne właściwości pod warunkiem jego właściwego przechowywania, a spożycie środka po oznaczonym dniu nie wiąże się automatycznie z wystąpieniem niebezpieczeństwa dla zdrowia konsumenta. Przed wyznaczoną datą na opakowaniach znajdują się sformułowania: „Najlepiej spożyć przed...” (data dzienna) lub „Najlepiej spożyć przed końcem...” (stosowane w innych przypadkach). W przypadku środków spożywczych, które z mikrobiologicznego punktu widzenia szybko się psują i mogą z tego powodu stanowić bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia ludzkiego, zamiast DMT producent powinien umieścić termin przydatności do spożycia (TPDS). Po jego upływie środek spożywczy uznawany jest za niebezpieczny. W Polsce przed tym terminem powinno znaleźć się sformułowanie „Należy spożyć do...”<sup>40</sup>. Chociaż prawo wymaga, by na środku spożywczym znalazło się oznaczenie DMT albo TPDS, spełniają one inną funkcję, gdyż DMT odnosi się do jakości produktu, a TPDS ma informować o bezpieczeństwie środka spożywczego<sup>41</sup>. Mimo odmiennych ról – zgodnie z polskim prawem – środki spożywcze oznakowane datą minimalnej trwałości lub terminem przydatności do spożycia mogą znajdować się w obrocie do daty lub terminu znajdujących się na etykiecie<sup>42</sup>. Niemożność rozróżnienia tych dwóch

<sup>38</sup> Zob. G. Krasnowska, A.M. Salejda, *Ocena wiedzy...*, s. 173; M. Tomaszewska-Pielacha, I. Ozimek, *Czytelność, zrozumiałość i kompletność informacji zamieszczanych na opakowaniach żywności w opinii konsumentów*, „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2011, nr 4(92); M. Ankiel, M. Grzybowska-Brzezińska, *Wartość informacyjna opakowań jako determinanta zakupu żywności*, „Marketing Instytucji Naukowych i Badawczych” 2020, nr 2(36); N. Kozik, *Opakowanie jako narzędzie wpływania na wybory konsumentów i czytelność przekazywanych przez nie komunikatów na przykładzie ekskluzywnych wód mineralnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2019, nr 4.

<sup>39</sup> N. Kozik, *Opakowanie...*, s. 24–25; M. Tomaszewska-Pielacha, I. Ozimek, *Czytelność...*, s. 821–822.

<sup>40</sup> Załącznik X rozporządzenia 1169/2011.

<sup>41</sup> EFSA Panel on Biological Hazards (BIOHAZ), K. Koutsoumanis et al., *Guidance on date marking and related food information: part 1 (date marking)*, „EFSA Journal” 2020, vol. 18(12), s. 41–42.

<sup>42</sup> Artykuł 52 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

instytucji i ich funkcji przejawia się między innymi we wzmożonym marnowaniu żywności, która nadaje się jeszcze do spożycia. Co ciekawe, kłopot z rozpoznaniem dwóch komunikatów nie dotyczy jedynie kupujących. Przejawia się również w umieszczaniu nieprawidłowych sformułowań na etykietach i świadczy o tym, że producenci żywności też mierzą się z problemami wyboru odpowiedniego rodzaju oświadczenia<sup>43</sup>.

Za kolejny przykład regulacji budzących wątpliwości mogą posłużyć oświadczenia o braku zawartości określonych substancji, uregulowane w przywołanym już rozporządzeniu 1924/2006. Określenia typu: „Nie zawiera cukrów”, „Nie zawiera soli lub sodu” czy „Nie zawiera tłuszczów”, niekoniecznie oznaczają, że w produkcie w ogóle nie występuje wskazany składnik. Jeśli zawartość danej substancji nie przekracza maksymalnego stężenia ustalonego w rozporządzeniu, określenie: „Nie zawiera...” może zostać zastosowane. Choćby normy te są bardzo niskie, to można przypuszczać, że konsumenci takie oświadczenia odczytują jako deklaracje o braku jakiegokolwiek zawartości<sup>44</sup>. Bardziej problematyczna wydaje się jednak możliwość znakowania produktów jako bezglutenowe, w przypadkach gdy zawartość glutenu w nich nie przekracza 20 mg/kg<sup>45</sup>. Choćby procentowo dopuszczalny poziom glutenu w produkcie jest niewielki, to jego obecność może mieć szczególne znaczenie dla osób chorujących na celiakię czy nietolerujących glutenu<sup>46</sup>.

Ponadto ani w prawie unijnym, ani w prawie krajowym nie zostało uregulowane znakowanie produktów bez laktozy. W roku 2016 Główny Inspektor Sanitarny wydał opinię informującą o tym, że w produkcie oznaczonym jako bezlaktozowy maksymalny poziom laktozy powinien wynosić maksymalnie 0,01%. W praktyce opakowania produktów bezlaktozowych często wyróżniają się fioletowymi odcieniami<sup>47</sup>.

Organy unijne dostrzegają, że znakowanie produktów nie zawsze spełnia swoje cele, dlatego na przełomie lat 2021 i 2022 prowadzone były konsultacje

<sup>43</sup> Zob. L. Toma, M. Costa Font, B. Thompson, *Impact of consumers' understanding of date labelling on food waste behaviour*, „Operational Research. International Journal” 2020, vol. 20(2); U. Smotyja, *Znakowanie terminami trwałości a marnotrawstwo żywności*, (w:) eadem, *Znaczenie badań nad trwałością żywności w aspekcie zapewnienia jej jakości i bezpieczeństwa konsumenta*, Poznań 2016; D. Zielińska et al., *Consumer understanding of the date of minimum durability of food in association with quality evaluation of food products after expiration*, „International Journal of Environmental Research and Public Health” 2020, nr 17(5).

<sup>44</sup> P. Wojciechowski, *Informacja o braku zawartości określonych substancji w żywności w regulacjach prawa żywnościowego*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2018, nr 1(22), s. 120.

<sup>45</sup> Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) nr 828/2014 z dnia 30 lipca 2014 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat nieobecności lub zmniejszonej zawartości glutenu w żywności (Dz.Urz. UE L 228, s. 5).

<sup>46</sup> P. Wojciechowski, *Informacja o braku...*, s. 117–119.

<sup>47</sup> M. Małkowska, D. Pogorzelska, *Rynek mlecznych produktów bezlaktozowych a świadomość konsumentów*, (w:) W. Truszkowski, P.R. Sosna (red.), *Uwarunkowania bezpieczeństwa i jakości żywności w Polsce*, Olsztyn 2019, s. 129.

„Etykietowanie żywności – przegląd przepisów dotyczących informacji przekazywanych konsumentom”. To oznacza, że w przyszłości można spodziewać się etykiet bardziej dostosowanych do potrzeb konsumentów żywności.

## 7. URZĘDOWA KONTROLA ZNAKOWANIA ŻYWNOŚCI

System urzędowej kontroli żywności w Polsce ma charakter rozproszony, w przeciwieństwie do większości krajów Unii<sup>48</sup>. Urzędową kontrolę żywności sprawują przede wszystkim: Państwowa Inspekcja Sanitarna (PIS), Inspekcja Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych (IJHARS), Inspekcja Weterynaryjna (IW), a także Państwowa Inspekcja Ochrony Roślin i Nasiennictwa (PIORiN), nad którymi nadzór sprawują minister właściwy ds. rolnictwa (nadzór nad IJHARS, IW, PIORiN) i minister właściwy ds. zdrowia (nadzór nad PIS)<sup>49</sup>.

Od dnia 1 lipca 2020 r. kontrola znakowania żywności spoczywa w większości na Inspekcji Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych, która została „powołana do kontroli przestrzegania przepisów o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych, w tym w zakresie ochrony interesów i praw konsumentów finalnych”<sup>50</sup>. Zgodnie z definicją zawartą w ustawie o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych artykułami rolno-spożywczymi są: produkty rolne, runo leśne, dziczyzna, organizmy morskie i słodkowodne w postaci surowców, półproduktów oraz wyrobów gotowych otrzymywanych z tych surowców i półproduktów, w tym środki spożywcze i pasze przeznaczone dla zwierząt domowych<sup>51</sup>. Choć desygnaty ustawowej definicji artykułu rolno-spożywczego nie pokrywają się w całości z desygnatami definicji legalnej żywności z rozporządzenia 178/2002, do której odsyła ustawa o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych, to przypadki rodzajów żywności wykraczającej poza zakres znaczeniowy artykułu rolno-spożywczego są rzadkie<sup>52</sup>.

Pojęcie jakości handlowej zawiera między innymi wymagania wynikające ze sposobu oznakowania, nieobjęte wymaganiami sanitarnymi, weterynaryjnymi lub fitosanitarnymi. Ponadto IJHARS kontroluje prawidłowość oznakowania materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością. Realizując zadania związane z kontrolą jakości handlowej, na podstawie art. 29 u.j.h.a.r.s. wojewódzki inspektor w drodze decyzji może między innymi zakazać wprowa-

<sup>48</sup> NIK, *System kontroli bezpieczeństwa żywności w Polsce – stan obecny i pożądane kierunki zmian*, LLO.034.001.2020, Warszawa 2020, s. 46.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 18.

<sup>50</sup> Artykuł 16 ust. 3 u.j.h.a.r.s.

<sup>51</sup> Artykuł 3 pkt 1 u.j.h.a.r.s.

<sup>52</sup> P. Wojciechowski, (w:) A. Szymecka-Wesołowska (red.), *Bezpieczeństwo żywności i żywienia. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 73, s. 902.



dzenia do obrotu artykułu rolno-spożywczego niespełniającego wymagań jakości handlowej lub nakazać, aby został poddany określonym zabiegom (np. zmianie oznakowania).

Wśród kompetencji IJHARS można wyróżnić eliminowanie z obrotu artykułów rolno-spożywczych zafałszowanych, czyli produktów, których skład nie spełnia wymagań jakości handlowej lub takich, w których zostały wprowadzone zmiany mające na celu ukrycie ich rzeczywistych właściwości, jeśli działania te naruszają w sposób istotny interesy konsumentów finalnych. Falszowanie żywności może w szczególności obejmować zmianę lub ukrycie rzeczywistego składu produktu, używanie nazwy niezgodnej z przepisami lub prawdą, jak również podanie na etykiecie nieprawdziwych informacji o produkcie<sup>53</sup>. Jak pokazuje praktyka, to właśnie nieprawidłowe etykietowanie żywności jest w większości przypadków przyczyną uznania produktu za zafałszowany<sup>54</sup>.

Do najczęściej występujących zafałszowań należą:

- pomijanie w składzie składników małowartościowych, a nawet szkodliwych dla zdrowia,
- wykorzystywanie zabiegów dążących do wykształcenia u konsumenta przeświadczenia o właściwościach czy cechach, których produkt nie posiada,
- deklarowanie na etykiecie wyższej masy produktu niż jest w rzeczywistości,
- umieszczanie w wykazie składników, które w rzeczywistości nie zostały użyte w produkcie<sup>55</sup>.

Przeciwdziałanie obecności na rynku produktów zafałszowanych jest istotne nie tylko dla konsumentów, lecz także dla przedsiębiorców. Jak już wspomniano, przeciętny konsument nie ma zaplecza badawczego ani pogłębionej wiedzy o regulacjach znakowania żywności. Zwykle dokonuje jedynie oceny organoleptycznej produktu i tylko w bardzo wąskim zakresie w warunkach domowych może zbadać produkt z uwzględnieniem parametrów fizykochemicznych (np. zważyć masę netto produktu), a to właśnie ich analiza w połączeniu z oceną znakowania dają zazwyczaj podstawy do stwierdzenia zafałszowań<sup>56</sup>. Dla przedsiębiorców wykrywanie zafałszowań żywności jest ważne ze względu na uczciwość konkurencji.

IJHARS ma obowiązek upublicznienia informacji o przedsiębiorstwach fałszujących artykuły rolno-spożywcze<sup>57</sup>, co dla wielu przedsiębiorców może być nawet bardziej dotkliwie niż kara pieniężna, ponieważ wpływa na renomę i zaufa-

<sup>53</sup> Artykuł 3 pkt 10 u.j.h.a.r.s.

<sup>54</sup> Zob. S. Kowalczyk, M. Kwasek, *Jakość żywności...*, s. 84.

<sup>55</sup> S. Kowalczyk, *Bezpieczeństwo i jakość polskiej żywności*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, z. 4(16), s. 151.

<sup>56</sup> S. Kowalczyk, M. Kwasek, *Jakość żywności...*, s. 81.

<sup>57</sup> Artykuł 29 ust. 5 i art. 40a ust. 4a u.j.h.a.r.s.

nie konsumenta do produktu czy producenta<sup>58</sup>. Kara pieniężna nakładana jest na podmiot wprowadzający do obrotu zafałszowane artykuły rolno-spożywcze, a jej wysokość wynosi nie mniej niż 1000 zł i nie przekracza 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Ponadto producent ponosi odpowiedzialność za wprowadzenie do obrotu artykułów nieodpowiadających jakości deklarowanej w ich oznakowaniu, a kara pieniężna w tym przypadku wynosi nie mniej niż 500 zł i maksymalnie może stanowić pięciokrotność korzyści majątkowej faktycznie uzyskanej lub która mogłaby być uzyskana przez wprowadzenie artykułów do obrotu. Przy ustalaniu wysokości kar Główny Inspektor lub wojewódzki inspektor „uwzględni stopień szkodliwości czynu, zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu działającego na rynku artykułów rolno-spożywczych i wielkość jego obrotów oraz przychodu, a także wartość kontrolowanych artykułów rolno-spożywczych”<sup>59</sup>.

Wspomniane kary stanowią przykłady represyjnej odpowiedzialności administracyjnej, często występującej w polskim systemie prawa żywnościowego<sup>60</sup>. Podmiot fałszujący żywność może jednak podlegać także odpowiedzialności karnej uregulowanej w ustawie o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Akt zawiera definicję środka spożywczego zafałszowanego, która po części różni się od definicji artykułu rolno-spożywczego zafałszowanego. Przede wszystkim odnosi się ona do środków spożywczych (żywności), a ponadto zabiegi fałszujące wpływają na bezpieczeństwo żywności. Zafałszowanym środkiem spożywczym jest taki, którego właściwości (w tym skład) zostały zmienione bez poinformowania konsumenta zgodnie z procedurami określonymi w rozporządzeniu 1169/2011 lub z zamiarem ukrycia jego rzeczywistych właściwości<sup>61</sup>. Zgodnie z art. 97 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia, produkcja lub wprowadzanie do obrotu takiego środka są zagrożone sankcją grzywny, kary ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku, a w przypadku środków o znacznej wartości – karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 3 lat.

Warto wspomnieć, że w ramach ochrony konsumenta, oprócz odpowiedzialności administracyjnej i karnej, podmioty mogą również ponosić odpowiedzialność cywilną, przykładowo za dokonanie nieuczciwej praktyki rynkowej<sup>62</sup> czy za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny<sup>63</sup>. Wymienione regulacje są

<sup>58</sup> I. Ozimek, J. Szlachciuk, N. Przeździecka-Czyżewska, *Zafałszowania artykułów rolno-spożywczych w świetle regulacji prawnych oraz działań organów urzędowej kontroli żywności w Polsce*, „*Ekonomika i Organizacja Gospodarki Żywnościowej*” 2017, nr 120, s. 106.

<sup>59</sup> Artykuł 40a ust. 1 pkt 3 i 4 oraz ust. 5 u.j.h.a.r.s.

<sup>60</sup> P. Wojciechowski, *Z problematyki odpowiedzialności administracyjnej i karnej w prawie żywnościowym*, „*Przegląd Prawa Rolnego*” 2011, nr 1(8), s. 75.

<sup>61</sup> Artykuł 3 ust. 3 pkt 45 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

<sup>62</sup> Artykuł 12 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. z 2017 r. poz. 2070).

<sup>63</sup> Artykuły 449–449<sup>10</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, z późn. zm.).

jedynie przykładami sankcji naruszenia regulacji dotyczących znakowania żywności.

Kontrole znakowania żywności oraz sankcje za naruszenie przepisów są konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa konsumenta żywności, a także ochrony jego interesów. W literaturze podaje się, że na poprawę bezpieczeństwa żywności i ochrony konsumenta mogą wpłynąć:

- ujednoczenie struktur urzędowej kontroli żywności<sup>64</sup>,
- konsekwentne kontrole<sup>65</sup>,
- wprowadzenie odpowiedniego modelu odpowiedzialności administracyjnej<sup>66</sup>,
- sprawienie, że oszustwa żywnościowe będą nieopłacalne, a kary skutecznie zniechęcą do fałszowania żywności<sup>67</sup>,
- edukacja konsumentów i przedsiębiorców<sup>68</sup>.

## 8. PODSUMOWANIE

Rola norm publicznoprawnych w systemie prawa żywnościowego jest niezaprzeczalnie istotna. Przepisy o charakterze administracyjnym określają między innymi reguły prawidłowego znakowania żywności czy nadają uprawnienia kontrolne organom administracji publicznej stojącym na straży bezpieczeństwa oraz jakości środków spożywczych. Uregulowanie znakowania produktów żywnościowych normami administracyjnoprawnymi jest konieczne do zapewnienia realizacji celów prawa żywnościowego, w tym przede wszystkim wysokiej ochrony zdrowia i życia konsumenta oraz ochrony jego interesów. W obliczu coraz bardziej zaawansowanych możliwości fałszowania żywności, a także szczególności regulacji prawnych niesamowicie ważną rolę odgrywają urzędowe kontrole oraz sankcje związane z naruszeniem regulacji dotyczących etykietowania, mające zapewnić bezpieczeństwo zarówno zdrowotne, jak i jakościowe żywności.

Etykieta jest swoistym kanałem komunikacyjnym między producentem żywności a jej konsumentem, często najłatwiej dostępnym źródłem informacji o produkcie oraz czynnikiem wpływającym na procesy decyzyjne konsumentów. Wymagania dotyczące znakowania są rozbudowane, tak aby jak najpełniej realizować cele prawa żywnościowego i otoczyć konsumenta ochroną na rynku

<sup>64</sup> NIK, *System kontroli...*, s. 47.

<sup>65</sup> S. Kowalczyk, M. Kwasek, *Jakość żywności...*, s. 76.

<sup>66</sup> P. Wojciechowski, *Informacja o braku...*, s. 109.

<sup>67</sup> A. Kowalska, *Problem fałszowania...*, s. 35.

<sup>68</sup> NIK, *System kontroli...*, s. 13; I. Ozimek, *Ochrona konsumentów na rynku żywności w świetle zmieniających się regulacji prawnych*, „Handel Wewnętrzny” 2013, nr 4, s. 70.

żywności. Wpływa to jednak na ich szczegółowość, co prowadzi do tego, że przeciętna osoba nie jest w stanie się ze wszystkimi zapoznać. Ponadto do analizy etykiety może zniechęcać nadmiar informacji, a wielość systemów certyfikacji jakości – do zaznajomienia się z oznaczeniami. Konsumenta w błąd mogą wprowadzać niektóre regulacje prawne – niekoniecznie dostosowane do jego przyzwyczajen czy zwykłego rozumienia używanych sformułowań.

## REFERENCES

- Ankiel M., Grzybowska-Brzezińska M., *Wartość informacyjna opakowań jako determinanta zakupu żywności*, „Marketing Instytucji Naukowych i Badawczych” 2020, nr 2(36)
- EFSA Panel on Biological Hazards (BIOHAZ), K. Koutsoumanis et al., *Guidance on date marking and related food information: part 1 (date marking)*, „EFSA Journal” 2020, vol. 18(12)
- Finkelstein E.A. et al., *A randomized controlled trial evaluating the relative effectiveness of the multiple traffic light and nutri-score front of package nutrition labels*, „Nutrients” 2019, vol. 11(9)
- Kapała A., *Z prawnej problematyki wyróżniania produktów lokalnych*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2017, nr 2(21)
- Korzycka M., Wojciechowski P., *Prawo żywnościowe jako nowa dziedzina prawa*, „Studia Iuridica Agraria” 2016, nr 14
- Korzycka M., Wojciechowski P., *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017
- Kowalczyk S., *Bezpieczeństwo i jakość polskiej żywności*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, z. 4(16)
- Kowalczyk S., Kwasek M., *Jakość żywności na polskim rynku – zagrożenia i sposoby ich eliminacji*, „Zagadnienia Ekonomiki Rolnej” 2020, nr 3(364)
- Kowalska A., *Problem fałszowania żywności w Polsce*, „Problemy Jakości” 2016, nr 9
- Kowalska A., Kowalski J., *Znakowanie żywności wolnej od GMO w polskim systemie prawa żywnościowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, nr 2
- Kozik N., *Opakowanie jako narzędzie wpływania na wybory konsumentów i czytelność przekazywanych przez nie komunikatów na przykładzie ekskluzywnych wód mineralnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2019, nr 4
- Krasnowska G., Salejda A.M., *Ocena wiedzy konsumentów na temat znakowania żywności*, „Żywność. Nauka. Technologia. Jakość” 2011, nr 1(74)
- Małkowska M., Pogorzelska D., *Rynek mlecznych produktów bezlaktozowych a świadomość konsumentów*, (w:) W. Truskowski, P.R. Sosna (red.), *Uwarunkowania bezpieczeństwa i jakości żywności w Polsce*, Olsztyn 2019
- Neal B. et al., *Effects of different types of front-of-pack labelling information on the healthiness of food purchases – a randomised controlled trial*, „Nutrients” 2017, vol. 9(12)
- Niewczas M., *Kryteria wyboru żywności*, „Żywność. Nauka. Technologia. Jakość” 2013, nr 6(91)

- NIK, *System kontroli bezpieczeństwa żywności w Polsce – stan obecny i pożądane kierunki zmian*, LLO.034.001.2020, Warszawa 2020
- Ozimek I., *Ochrona konsumentów na rynku żywności w świetle zmieniających się regulacji prawnych*, „Handel Wewnętrzny” 2013, nr 4
- Ozimek I., Szlachciuk J., Przeździecka-Czyżewska N., *Zafalszowania artykułów rolno-spożywczych w świetle regulacji prawnych oraz działań organów urzędowej kontroli żywności w Polsce*, „Ekonomika i Organizacja Gospodarki Żywnościowej” 2017, nr 120
- Smotyja U., *Znakowanie terminami trwałości a marnotrawstwo żywności*, (w:) eadem, *Znaczenie badań nad trwałością żywności w aspekcie zapewnienia jej jakości i bezpieczeństwa konsumenta*, Poznań 2016
- Storcksdieck Genannt Bonsmann S. et al., *Front-of-pack nutrition labelling schemes: A comprehensive review*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2020
- Toma L., Costa Font M., Thompson B., *Impact of consumers' understanding of date labelling on food waste behaviour*, „Operational Research. International Journal” 2020, vol. 20(2)
- Tomaszewska-Pielacha M., Ozimek I., *Czytelność, zrozumiałość i kompletność informacji zamieszczanych na opakowaniach żywności w opinii konsumentów*, „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2011, nr 4(92)
- Wojciechowski P., *Cele prawa żywnościowego*, „Studia Iuridica Agraria” 2014, nr 12
- Wojciechowski P., *Informacja o braku zawartości określonych substancji w żywności w regulacjach prawa żywnościowego*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2018, nr 1(22)
- Wojciechowski P., *Regulacje dotyczące informacji na temat żywności*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017
- Wojciechowski P., *Z problematyki odpowiedzialności administracyjnej i karnej w prawie żywnościowym*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2011, nr 1(8)
- Wojciechowski P., (w:) A. Szymecka-Wesołowska (red.), *Bezpieczeństwo żywności i żywienia. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 73
- Zielińska D. et al., *Consumer understanding of the date of minimum durability of food in association with quality evaluation of food products after expiration*, „International Journal of Environmental Research and Public Health” 2020, nr 17(5)

*Robert Suwaj*

Politechnika Warszawska, Polska

e-mail: [robert.suwaj@pw.edu.pl](mailto:robert.suwaj@pw.edu.pl)

ORCID: 0000-0003-1372-9039

## **ZNACZENIE DOROBKU WACŁAWA DAWIDOWICZA DLA WSPÓŁCZESNEJ ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ**

### **THE IMPORTANCE OF WACŁAW DAWIDOWICZ'S RESEARCH ACHIEVEMENTS FOR CONTEMPORARY PUBLIC ADMINISTRATION**

#### **Abstract**

The subject of the study are the author's conclusions in the context of the assessment of the scientific achievements of Waclaw Dawidowicz, juxtaposed with the achievements of modern administrative law, as illustrated by selected examples. In the author's opinion, they justify conducting comprehensive research on contemporary administrative law, taking into account systemic and structural changes in public administration and its tasks. There is a noticeable need to verify the current scientific achievements within the entire branch of administrative law, or even more broadly – in the context of all legal norms used today to fulfil public tasks. This seems necessary from the perspective Dawidowicz never forgot about, even speaking of the need to restrain the administration from appropriating most of the spheres of social relations. The point, therefore, is to verify whether there are still effective legal instruments to control the surrender to the administration of the possibility to decide on the criteria of disposing of public funds outside the system of statutory norms. Is it possible to effectively verify the legality of

allowing the administration to choose legal forms of action in such a way that there is no possibility of an instance-based and judicial review of the legality of those actions. Finally, a negative answer to the above doubts doesn't lead to a complete negation of the assumptions of the tripartite division of powers and a democratic state of law implementing the principles of social justice.

### KEYWORDS

public administration, administrative process, learning of administrative law, public administration system

### SŁOWA KLUCZOWE

administracja publiczna, proces administracyjny, nauka prawa administracyjnego, ustrojowe prawo administracyjne

## 1. WPROWADZENIE

Przedmiot tego artykułu ma charakter szczególny z kilku względów. Pierwszy wiąże się z aspektem formalnym będącym konsekwencją stażu badawczego, który autor miał okazję odbyć w Katedrze Prawa Administracyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego w okresie czerwiec–wrzesień 2022 r. Staż ten, realizowany pod opieką naukową prof. Tomasza Bąkowskiego, ukierunkowany był na przeprowadzenie pogłębionej kwerendy badawczej dorobku naukowego profesora Waława Dawidowicza oraz próby odniesienia głównych kierunków badawczych do współczesnej administracji publicznej i prawa administracyjnego. Kluczowym elementem stażu był też udział autora z wystąpieniem na symposium pt. „Życie i twórczość profesora Waława Dawidowicza”, które odbyło się 10 czerwca 2022 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Pozostałe zadania badawcze zrealizowane w ramach stażu wiązały się z powyższą tematyką (pogłębiona kwerenda biblioteczna), jak również obejmowały aspekty aktualnej działalności badawczej tzw. Gdańskiej Szkoły Prawa Administracyjnego, zawierając też pierwiastek prezentacji wyników badań zarówno w ramach wykładu dla studentów i doktorantów, jak i na zebraniu Katedry Prawa Administracyjnego. Niniejszy tekst zawiera wyniki przeprowadzonych badań i realizuje ostatni z elementów stażu badawczego, stanowiąc zadanie o charakterze prezentacji dokonanych ustaleń.

Drugim z powodów szczególnego charakteru tekstu jest przyjęcie konkluzji, które dają niezwykle ciekawy obraz współczesnej administracji publicznej i prawa administracyjnego w zestawieniu z głównymi tezami badawczymi, które cechowały dorobek naukowy prof. Dawidowicza. W zasadzie bowiem większość z tych tez nie wytrzymuje próby czasu i traci na aktualności bądź też wymaga zupełnie odmiennego podejścia. W zasadzie co do kwestii podstawowych należy przyjąć założenie o swoistej rewolucji w tworzeniu konstrukcji normatywnych, które nie mają swych źródeł w dotychczasowej doktrynie, a często są z nią oczywiście niespójne, wręcz sprzeczne. Skoro więc dzieje się to z woli ustawodawcy, problematyka współczesnego prawa administracyjnego zaczyna znacząco odbiegać od dotychczasowych koncepcji normatywnych, prowadząc do wniosku o potrzebie dokonania i przyjęcia nowej struktury pojęć podstawowych prawa administracyjnego oraz prawnych form działania administracji publicznej.

## 2. FUNDAMENTY DOROBKU NAUKOWEGO WAĆŁAWA DAWIDOWICZA W KONTEKŚCIE DZIAŁANIA WSPÓŁCZESNEJ ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

Wśród całokształtu obszarów badawczych podjętych w ramach działalności naukowej Waćława Dawidowicza wyróżnia się co najmniej kilka podstawowych, co dość szeroko zaprezentowano w monografii pt. *Idee Waćława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka*<sup>1</sup>, przygotowanej na wzmiankowane sympozjum wspominkowe. Ze względu na wszechstronną i szczegółową ich prezentację pozwolę sobie na zwrócenie uwagi wyłącznie na kilka kwestii, które w mojej ocenie charakteryzują osiągnięcia naukowe Profesora, a zarazem dają powód do refleksji w kontekście współczesnego prawa administracyjnego i działalności administracji publicznej.

2.1. W pierwszej kolejności na uwagę zasługuje pogląd o znaczeniu fundamentalnym dla teoretyków prawa administracyjnego, który zakłada **brak możliwości stworzenia spójnej teorii prawa administracyjnego**. Prowadzone wywody dotyczące jednolitości całego obszaru prawa administracyjnego doprowadziły prof. Dawidowicza do twierdzenia, że: „dotychczasowa struktura prawa administracyjnego uniemożliwia powstanie dostatecznie spójnej teorii tego prawa, tzn. takiej, która by odnosiła się równocześnie do wszystkich zjawisk występujących

---

<sup>1</sup> W monografii: T. Bąkowski, M. Bogusz (red.), *Idee Waćława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańska koncepcja prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022, zaprezentowano obszary badawcze z podziałem na: powszechne prawo administracyjne, prawo ustrojowe administracji publicznej, postępowanie administracyjne i inne procedury administracyjne, sądową kontrolę administracji publicznej oraz naukę administracji.



w obszarze określonym jako prawo administracyjne<sup>2</sup>. Biorąc pod uwagę fakt, że słowa te Autor pisał w roku 1971, można odnieść wrażenie o ogromnej uniwersalności tego twierdzenia. Współczesne prawo administracyjne i wszechobecna działalność organów władzy publicznej w zasadzie nie tyle stanowią poparcie tej tezy, ile znacznie ją rozszerzają. Nie ma bowiem wątpliwości co do tego, że rozwiązania normatywne oraz współczesna działalność podmiotów publicznych wykazują zarówno brak strukturalnego uporządkowania organizacji administracji publicznej jako takiej, brak wyraźnego określenia zakresu ich kompetencji, jak i odnoszą się do stworzonej możliwości kreowania nowych podmiotów publicznych i nowych prawnych form działania. Przykładem tego są np. rozwiązania zawarte w art. 1 i n. ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o systemie instytucji rozwoju<sup>3</sup>, określające normatywny przedmiot regulacji, do którego zaliczono:

- 1) zasady funkcjonowania systemu instytucji rozwoju i tryb współpracy między instytucjami tworzącymi system instytucji rozwoju;
- 2) rolę Polskiego Funduszu Rozwoju Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej Polskim Funduszem Rozwoju, w systemie instytucji rozwoju;
- 3) warunki finansowania przedsiębiorców przez Polski Fundusz Rozwoju.

Jak więc widać, ustawodawca tworzy nowy podmiot, który staje się elementem nowo stworzonego „systemu instytucji rozwoju”. W art. 2 ust. 1 tej ustawy zalicza się do tego systemu – obok Polskiego Funduszu Rozwoju – także: Bank Gospodarstwa Krajowego, Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych Spółkę Akcyjną, Polską Agencję Inwestycji i Handlu Spółkę Akcyjną oraz Agencję Rozwoju Przemysłu Spółkę Akcyjną. Dodatkowo określa się warunki finansowania przedsiębiorców, którzy „w ramach swoich zadań określonych właściwymi przepisami prawa lub postanowieniami statutów realizują w sposób skoordynowany zadania w obszarze wsparcia lub usług świadczonych przedsiębiorcom, zwane dalej «zadaniami Grupy PFR»” (art. 2 ust. 3 cyt. ustawy). Ustawodawca tworzy więc alternatywny – wobec rozwiązań przewidzianych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>4</sup> – system dystrybucji środków publicznych, którymi zajmować się będą powołane do tego spółki Skarbu Państwa, na zasadach określonych przez te spółki w ich statutach, wykorzystując środki publiczne oraz realizując zadania publiczne. Powyższe rozwiązanie można uznać za twórcze rozwinięcie koncepcji prof. Dawidowicza w kierunku powstawania nowych struktur podmiotów publicznych, którym tutaj nadaje się formę spółek prawa handlowego, a których działalność wymyka się obowiązującym regulacjom normatywnym i zasadom w nich ustanowionym. Otrzymują one bowiem ustawowe prawo do **samoistnego**

<sup>2</sup> W. Dawidowicz, *W kwestii pojęcia prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 6, s. 896.

<sup>3</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 2183, z późn. zm., dalej: u.s.i.r. lub ustawa.

<sup>4</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 1634, z późn. zm., dalej: u.f.p.

**tworzenia norm prawa wewnętrznego**, według których będą dokonywać dystrybucji środków publicznych z pominięciem publicznoprawnego trybu stosowania zasad dokonywania wydatków ze środków publicznych określonych w art. 44 u.f.p. Co więcej, ustawa nie przewiduje prawnych podstaw do zastosowania środka zaskarżenia od rozstrzygnięć w zakresie odmowy przyznania środków publicznych ani możliwości sądowej kontroli legalności takich działań, w konsekwencji czego nie znajdują one miejsca w obszarze kognicji sądów administracyjnych, czego przykłady mamy już w orzecznictwie<sup>5</sup>. Osiągnięty zostaje jednak cel zmierzający do zwiększenia dynamiki zadań polegających na dystrybucji środków publicznych, tyle że jest ona prowadzona:

- 1) przez podmioty niebędące formalnie organami administracji publicznej;
- 2) na zasadach oraz według kryteriów określonych w przepisach wewnętrznych, tworzonych przez te podmioty w regulaminach ich działania;
- 3) z wykorzystaniem form konkursowych, bez prawa do kwestionowania zarówno kryteriów (legalności) jak i celowości, słuszności i gospodarności podjętego rozstrzygnięcia.

Mamy więc tu do czynienia ze swoistą „pseudoprywatyzacją zadań publicznych”, gdyż nie przekazuje się tych zadań do realizacji podmiotowi najlepiej przygotowanemu do ich wykonania, jak to ma miejsce przy wyborze np. organizacji społecznych realizujących zadania publiczne ze sfery pomocy społecznej. Zadania te powierza się ustawowo spółkom Skarbu Państwa, co ani nie gwarantuje najlepszego ich wykonania, ani nie stanowi obiektywnego wyboru podmiotu spoza sfery podmiotów publicznych. Są to wciąż podmioty w pełni podległe ministrowi, który je nadzoruje. Ponadto można odnieść wrażenie, że jedynym celem organizacyjnym jest uniknięcie jakiegokolwiek zewnętrznej kontroli nad działalnością tych podmiotów, w tym ograniczając prawo do sądowej kontroli ich legalności. Świadczy o tym głównie prawo do wewnętrznej regulacji zasad i kryteriów pomocy udzielanej przedsiębiorcom, z pominięciem zasad wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym zasad przyznawania środków publicznych. Dodatkowo brak uzasadniania rozstrzygnięć odmownych, wyłączenie stosowania przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego<sup>6</sup> oraz brak przewidzianej kontroli sądowej świadczyć mogą raczej o tym, że jest to przejmowanie przez administrację publiczną zarówno roli dysponenta środków publicznych, jak i ustawodawcy określającego zasady ich dystrybucji, a także ostatecznego sędziego, który decyduje bez uzasadnienia o sposobie i kierunku dystrybucji środków publicznych.

<sup>5</sup> Por. np. postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 października 2022 r., I GSK 1443/22, LEX nr 3437094, mocą którego oddalono skargę kasacyjną na postanowienie o odrzuceniu skargi na rozstrzygnięcie Polskiego Funduszu Rozwoju.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 2000, z późn. zm.), dalej: k.p.a.

2.2. Drugim elementem, na który warto zwrócić uwagę w dorobku Wacława Dawidowicza, jest jego koncepcja odnosząca się do **braku możliwości precyzyjnego zdefiniowania przedmiotu prawa administracyjnego**. Jak podkreślił Profesor, eklektyczny charakter koncepcji przedmiotu prawa administracyjnego „obejmuje różne jakościowo dziedziny stosunków (w szczególności zarówno stosunki wewnątrz aparatu państwowego, jak i stosunki między tym aparatem a społeczeństwem), a w konsekwencji wprowadza do prawa administracyjnego normy o jakościowo różnej charakterystyce. Uniemożliwia to powstanie doktryny jednolitej dla całego obszaru norm prawnych, objętych pojęciem prawa administracyjnego”<sup>7</sup>. Jak celnie podsumowuje ten wątek Zofia Duniewska w odniesieniu do powyższego poglądu prof. Dawidowicza, w kontekście niejednorodności i przekształcalności prawa administracyjnego: „reinterpretacji podlegają też kluczowe pojęcia w nauce tego prawa (niektóre ztracają swą aktualność, inne trwają bądź powracają do łask, pojawiają się też nowe pojęcia)”<sup>8</sup>. W ocenie autorki: „między innymi specyfika unormowań tego prawa sprawia, że nie udało się dotąd uchwalić ustawy o jego przepisach ogólnych”<sup>9</sup>. Akceptując założenie o zróżnicowanej charakterystyce norm prawa administracyjnego, odnoszę jednak wrażenie, że to ewidentny opór właśnie samej administracji oraz wspierających ją polityków uniemożliwił stworzenie i uchwalenie przepisów ogólnych prawa administracyjnego. Być może też błędnie przyjmowano, że standardy te muszą się mieścić wyłącznie w ramach modelu, który przewiduje w krajowym porządku prawnym ochronę proceduralną (a często również sądową) wyłącznie uczestnikom postępowania administracyjnego, które kończy się wydaniem – wprost wskazanej w prawie materialnym – decyzji administracyjnej w rozumieniu art. 1 pkt 1 i 2 k.p.a. Przyjęcie odmiennej koncepcji, choćby na wzór standardów europejskich (por. art. 1 Europejskiego kodeksu dobrej praktyki administracyjnej<sup>10</sup>), dotyczącej:

- a) pełnej ochrony prawnej,
- b) przysługującej każdemu,
- c) we wszystkich kontaktach z podmiotami władzy publicznej (niezależnie od ich prawnej formy organizacyjnej)

– znacząco mogłoby powstrzymać niekontrolowany rozrost metod i form nowych – działań współczesnej administracji publicznej. Jednocześnie dawałoby to gwarancję, że uprawnienia procesowe i prawo do sądu przysługują w każdej sprawie, realizując tym samym standard konstytucyjny z art. 45 Konstytucji RP.

<sup>7</sup> W. Dawidowicz, *Pojęcie normy prawa administracyjnego w świetle obowiązującego ustawodawstwa*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 4, s. 30.

<sup>8</sup> Z. Duniewska, *Koncepcja powszechnego prawa administracyjnego – geneza, założenia, emanacja*, (w:) T. Bąkowski, M. Bogusz (red.), *Idee Wacława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańska koncepcja prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022, s. 22.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Europejski kodeks dobrej praktyki administracyjnej jest dostępny m.in. na stronie Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich: <https://www.ombudsman.europa.eu/pl/publication/pl/3510> (dostęp: 12.03.2023).

Jak się wydaje, to wyłącznie zła wola ustawodawcy i bierność przedstawicieli nauki w tym zakresie spowodowały, że we wszystkich formach działania administracji publicznej, które następują w innej formie niż decyzja administracyjna, stosowanie standardów z art. 6–16 k.p.a. jest praktycznie niemożliwe. Co więcej – w mojej ocenie – projektowane przepisy ogólne prawa administracyjnego nie zostały wprowadzone w dużej mierze dlatego, że nie było jednolitości i poparcia środowiska naukowego w tym zakresie. Efekty takiego stanu rzeczy zauważalne są do dziś, co prowadzi do rozszerzania nowych form działania i obejmowania nimi coraz szerszych obszarów zadań publicznych przez administrację w sposób pozbawiający jednostkę (obywatela, przedsiębiorcę, beneficjenta środków publicznych) podstawowej ochrony prawnej nie tylko na etapie decydowania, lecz także w zakresie dostępu do kontroli legalności kryteriów i zasad działania podmiotów publicznych. Ponadto warto podkreślić, że wystarczyło w przepisach ogólnych prawa administracyjnego założyć wprost, iż odmowa zawarcia umowy przez organ stanowi w istocie rozstrzygnięcie noszące znamiona aktu indywidualnego, a wielu problemów praktycznych i orzecznich można było dzięki temu uniknąć. Warto wskazać też, że wprowadzenie do porządku prawnego przepisów ogólnych o administracyjnych karach pieniężnych (dział IVa k.p.a.) od dnia 1 czerwca 2017 r. było spóźnione na tyle, że nie tylko nie uregulowało tej tematyki w sposób uporządkowany, ale poprzez wcześniejsze unormowanie nakładania kar w przepisach szczególnych i odrębnych wyłączono możliwość stosowania przepisów ogólnych w tym zakresie (por. art. 189a § 1 k.p.a.)<sup>11</sup>. Co ciekawe, w dużej części przepisów szczególnych przewidziano – wobec administracyjnych kar pieniężnych – odpowiednie stosowanie przepisów działu III Ordynacji podatkowej<sup>12</sup>, co prowadzi do możliwości przeniesienia odpowiedzialności za delikty administracyjne także na spadkobierców oraz osoby trzecie. W istocie więc doszło do znaczącego rozszerzenia odpowiedzialności administracyjnej, przy jednoczesnym uchwaleniu regulacji ogólnych, które – teoretycznie – zakładały ochronę uczestników postępowań w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej.

2.3. Niezwykle istotną koncepcją naukową Wacława Dawidowicza było wyodrębnienie gałęzi prawa publicznego z podziałem na administracyjne prawo: ustrojowe, materialne i proceduralne. Szczególną uwagę prof. Dawidowicz zwracał na kwestię **wyodrębnienia problematyki ustrojowego prawa administracyjnego jako odrębnej gałęzi badawczej**, stanowiącego „akt merytorycznej emancypacji pewnego fragmentu prawa”<sup>13</sup>. Dość szerokie rozważania w tym zakresie konty-

<sup>11</sup> Szerzej: R. Suwaj, *Zasady nakładania administracyjnych kar pieniężnych*, Warszawa 2021.

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2022 r. poz. 2651, z późn. zm.).

<sup>13</sup> W. Dawidowicz, *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974, s. 110.

nuował także Tomasz Bąkowski<sup>14</sup>, którego koncepcję argumentacji zasadności wyodrębnienia administracyjnego prawa ustrojowego w całości akceptuję. Uważam jednak, że należałoby ją wesprzeć dodatkowym argumentem, przemawiającym za wyodrębnieniem części ustrojowej prawa administracyjnego w aspektach badawczym i dydaktycznym. Współczesne prawo administracyjne jest już tak skonstruowane, że przewiduje możliwość działania tych samych podmiotów zarówno w charakterze adresatów norm prawa administracyjnego, którymi pierwotnie były – co do zasady – osoby fizyczne, jak i w charakterze organów administracyjnych w znaczeniu funkcjonalnym. Chodzi tu więc o jednostki samorządu terytorialnego, których organy, z jednej strony, orzekają w sprawach indywidualnych, z drugiej zaś – występują jako przedstawiciele tej jednostki w postępowaniach dotyczących na przykład zwrotu nienależnie wykorzystanych środków pochodzących z programów europejskich w trybie przewidzianym w art. 207 u.f.p., jako adresaci decyzji Ministra Finansów. Podobnie dzieje się to w przypadku rektora uczelni wyższej, który będzie organem w znaczeniu funkcjonalnym w stosunku do studentów, a adresatem decyzji ministra właściwego do spraw nauki, chociażby w zakresie decyzji wydawanych w procesie oceny parametrycznej poszczególnych dyscyplin naukowych czy w zakresie ubiegania się o środki przez naukowców z danej uczelni w ramach różnych programów grantowych. Biorąc zaś pod uwagę fakt, że w znaczeniu funkcjonalnym organem administracyjnym mogą być dziś nawet organizacje społeczne czy spółki prawa handlowego, którym przekazano do wykonania zadania publiczne na podstawie porozumienia bądź umowy, a jednocześnie są to podmioty, które w innych sprawach mogą być adresatami decyzji administracyjnych, powstaje wątpliwość tego rodzaju, czy wciąż należy mówić o „prawie administracyjnym ustrojowym” jako postulowanej odrębnej gałęzi prawa. Czy może dokonano już tak daleko idących zmian w strukturze organów administracyjnych, by nie tyle badać administrację i jej zadania, ile podjąć trud badania sfery podmiotów realizujących zadania publiczne, włączając tu wszystkie podmioty, które realizują zadania publiczne ze środków publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych i których działalność powinna podlegać kontroli co najmniej legalności? Osobiście widziałbym tu zasadność podejścia do koncepcji nie tyle administracyjnego prawa ustrojowego, ile poszedłbym szerzej, proponując przyjęcie koncepcji „prawa podmiotów realizujących zadania publiczne”.

2.4. Współcześnie wątpliwości może budzić też sama koncepcja podziału gałęzi prawa administracyjnego na: ustrojowe, materialne i proceduralne, wydaje się jednak, że należy badać to zjawisko w znacznie szerszym kontekście, a mianowicie zasadności utrzymywania w ogólności historycznego podziału na główne

---

<sup>14</sup> T. Bąkowski, *Prawo ustrojowe administracji publicznej – dogmat czy aksjomat Gdańskiej Koncepcji Prawa Administracyjnego*, (w:) T. Bąkowski, M. Bogusz (red.), *Idee Wacława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańska koncepcja prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022, s. 37.

gałęzie prawa, czyli prawo cywilne, karne i administracyjne. Czy też, zawężając jeszcze bardziej, w kontekście podziału na prawo prywatne i prawo publiczne. Podział ten wydaje się archaiczny we współczesnym świecie. Nie odpowiada on kształtowi regulacji normatywnych, które coraz częściej przestają już być wyłącznie sferą prawa publicznego, zawierają bowiem rozwiązania o charakterze *stricte* cywilnoprawnym czy też przewidują wprost cywilnoprawne formy wykonywania zadań publicznych. Przykładów takich regulacji jest dziś wiele, dowodem na to jest chociażby fakt, że samych regulacji prawno-karnych w tzw. materialnym prawie administracyjnym jest co najmniej 189, gdzie przewidziano równoległą odpowiedzialność administracyjną i karną za delikty administracyjne. Większość z nich zawiera też regulacje cywilnoprawne.

Konkretnym przykładem przyjęcia takiego rozwiązania jest chociażby ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych<sup>15</sup>, która z czasem zaczęła zawierać – obok tradycyjnie administracyjnych kwestii dotyczących zarządzania pasem drogowym – także regulacje dotyczące pobierania opłat za korzystanie z dróg z wykorzystaniem systemu elektronicznego poboru opłat czy regulacje dotyczące poboru: opłaty elektronicznej, opłaty za przejazd autostradą, opłaty za przeprawę promową, opłaty za przejazd przez obiekty mostowe i tunele czy też opłaty za postój w strefie płatnego parkowania. Opłaty te nie są pobierane w trybie publicznoprawnym, choć drogi mają charakter publiczny, a podmioty pobierające opłaty również nie są organami administracji publicznej w sensie strukturalnym. Skoro więc nawet tak oczywistą kwestię, jaką jest korzystanie z dróg publicznych oraz urządzeń i obiektów drogowych, uregulowano w tak zróżnicowanej formie, wykorzystując instrumenty prawne o charakterze zarówno publicznym, jak i prywatnym, to jaki jest sens nazywania ustawy o drogach publicznych „administracyjnym aktem prawa materialnego”, skoro nim oczywiście nie jest w całości? Są tu wprawdzie realizowane zadania publiczne, ale w formach znanych ze sfery prawa prywatnego, co skutecznie uniemożliwia adresatom tych usług kwestionowanie ich w trybie publicznoprawnym. Co więcej, ogranicza im również prawo do uruchomienia sądowej kontroli legalności działań podmiotów właściwych do pobierania wymienionych opłat. Pomijając przypadki, gdy naruszenia obowiązków na przykład zapewnienia działania urządzenia mobilnego do poboru opłaty elektronicznej za pomocą Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS sankcjonowane są przez inspektorów Inspekcji Transportu Drogowego i funkcjonariuszy Służby Celno-Skarbowej w drodze mandatu karnego. Mamy tu więc przykład regulacji normatywnej, która przewiduje stosowanie norm właściwych dla prawa cywilnego, administracyjnego i karnego. Wydaje się, że jest to istotny przyczynek do podjęcia badań nad modyfikacją podejścia do tego klasycznego modelu w sferze badawczej, a także w sferze dydaktyki. Powyższe założenie o podziale na prawo administracyjne i prawo prywatne nie służy też – jak się wydaje – ocze-

<sup>15</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 1693, z późn. zm.

kiwaniami społecznym. Najlepiej widać to w strukturach organizacyjnych dużych kancelarii prawnych, gdzie od dawna odstąpiono już od podziału na prawo cywilne, karne i administracyjne, zastępując go podziałem na branże, np.: nieruchomości, energetyki, środowiska, bankowość i finanse, prawa reklamy, konkurencji, prawa pracy. W ramach takich branżowych obszarów prawa prawnicy zajmują się wszystkimi regulacjami danej branży, niezależnie od ich charakteru prawnego, często łączących ze sobą elementy prawa cywilnego, administracyjnego i karnego. Jaki jest więc sens badania tych obszarów normatywnych wyłącznie z perspektywy jednej gałęzi prawa, np. prawa administracyjnego, skoro jest to ewidentnie niewystarczające do poprawnego zastosowania przepisów danej ustawy? W konsekwencji powyższego sąd, orzekając np. w sprawie karnej tego typu, często też jednoosobowo, nie jest w stanie prawidłowo ocenić aspektów administracyjnych i cywilnych danej problematyki, gdyż zajmuje się wyłącznie jej aspektem prawnokarnym. Podobnie jak nie sposób przyjąć, że w ramach kontroli legalności, którą – zgodnie z art. 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych<sup>16</sup> – obowiązane są stosować sądy administracyjne, pomijane będą kwestie badania poprawności zastosowania przepisów prawa ustrojowego czy też pomijany będzie aspekt celowości, słuszności i gospodarności, sąd zaś będzie się skupiał wyłącznie na aspekcie formalnej legalności działania, z pominięciem celu i funkcji zastosowanych przepisów. Tym bardziej że regulacje przewidują dziś nawet odpowiedzialność karną podmiotów zbiorowych, a podmioty publiczne stosują konstrukcje prawa cywilnego do realizacji zadań publicznych w sposób wyłączający sądową kontrolę legalności wydatkowania środków publicznych czy nawet kryteriów pomocy udzielanej przedsiębiorcom, to trudno jest uznać racjonalność pozostawania w tradycyjnym, historycznym podziale gałęzi prawa. Przy takim podejściu bowiem uciekają nam kwestie podstawowe, o które walczył w swych badaniach prof. Dawidowicz, tj. fundamenty ochrony praw adresata działań podmiotów publicznych, tj. prawo do środka zaskarżenia oraz prawo do sądu w każdej sprawie. Podział ten należałoby – nawiązując do poglądów Profesora – zweryfikować z uwagi na cele i zadania, rezygnując z przyzwyczajenia i przywiązania do historycznego znaczenia.

Warto przypomnieć w tym miejscu koncepcję definicji prof. Dawidowicza, który zakładał, że powinny się tu znaleźć przepisy, które zawierają:

- a) normy ustanawiające bezpośrednio uprawnienia lub obowiązki wyznaczające zachowanie się każdej osoby fizycznej czy też każdego podmiotu, który dysponuje określonymi dobrami bądź prowadzi określoną działalność,
- b) normy prawne, w których założony jest model jednostronnego ich stosowania przez kompetentny organ wobec organizacyjnie niepodporządkowa-

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 2492).

nego mu podmiotu celem stworzenia po jego stronie określonej sytuacji prawnej w związku z określoną sytuacją faktyczną i celem jej unormowania, oraz

- c) przepisy prawne, które mogą odgrywać pewną rolę w zakresie działalności społeczno-organizacyjnej organów administracji państwowej<sup>17</sup>.

Pomijając aspekt ustrojowy i odchodząc od historycznego pojęcia „organu administracji państwowej” i zastępując je pojęciem „podmiotu realizującego zadanie publiczne”, jesteśmy w stanie ująć w powyższej definicji wszelkie działania o charakterze publicznym, niezależnie od nadanej im w ustawie prawnej formy. Oczywiście dla pełnej akceptacji przyjęcia powyższego rozwiązania niezbędne byłoby dokonanie zmian normatywnych w zakresie objęcia powyższych obszarów kognicją sądów administracyjnych, niezależnie od przyjętych prawnych form działania, o ile mamy do czynienia z realizacją praw i obowiązków wynikających z prawa powszechnie obowiązującego lub wydanych na jego podstawie (w tym m.in. wytyczne i kryteria oraz regulaminy pomocy udzielanej przedsiębiorcom czy dotyczące parkowania w strefach płatnego parkowania).

### 3. KONCEPCJA PROCESU ADMINISTRACYJNEGO

Na szczególną uwagę wśród katalogu osiągnięć naukowych Wacława Dawidowicza zasługuje autorska koncepcja „procesu administracyjnego”, zaprezentowana w ostatecznej wersji w monografii z 1989 r. pt. *Zarys procesu administracyjnego*<sup>18</sup>. Jest to swoisty kamień milowy w nauce prawa administracyjnego, która do tej pory – za sprawą samego Autora – posługiwała się wyłącznie pojęciem „postępowania administracyjnego” w celu dokonania zwięzłego opisu zespołu czynności zmierzających do konkretyzacji ogólnej i abstrakcyjnej normy prawa materialnego poprzez rozstrzygnięcie o prawach lub obowiązkach imiennie oznaczonego adresata, znajdującego się w konkretnej sytuacji faktycznej i prawnej. Koncepcja ta wiązała się z nowatorskim podejściem prof. Dawidowicza do modelu stosowania prawa administracyjnego, w ramach którego wskazywał on na kluczową – z perspektywy rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej – kwestię swoistych relacji między regułami materialnymi i proceduralnymi, które Autor ten uważał za reguły proceduralne „komplementarne w tym sensie, że ich potrzeba i zakres ujawniają się dopiero na gruncie reguł materialnych”<sup>19</sup>. Wątek ten został następnie opisany i znacząco wzbogacony przez Jana

<sup>17</sup> W. Dawidowicz, *Wstęp do nauk...*, s. 114.

<sup>18</sup> W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989.

<sup>19</sup> W. Dawidowicz, *Model postępowania w sprawie administracyjnej i obowiązywanie decyzji wydanej w tej sprawie*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 11/12, s. 59.



Zimmermanna, który zauważył, że „przedmiot, jaki nazywamy «postępowaniem administracyjnym» (ściślej: administracyjnym postępowaniem jurysdykcyjnym), jest dwupłaszczyznowy. Z jednej strony jest to formalny, drobiazgowo uregulowany i niezbędny przebieg czynności zmierzających do wydania decyzji administracyjnej (odpowiednio: zespół norm dotyczących właśnie tego przebiegu), z drugiej strony jest to decyzyjne stosowanie materialnej normy prawa administracyjnego drogą ustalenia normy indywidualnej i konkretnej, którego sens wykracza ponad uwarunkowania formalne (odpowiednio: zespół norm o charakterze materialnym, dotyczący tego stosowania, całkowicie sprzężonych z zespołem poprzednim)”<sup>20</sup>. Ten drugi element właśnie Jan Zimmermann uznał za przesądzający o swoistym „«fenomenie» postępowania administracyjnego i jego całkowitej oryginalności”<sup>21</sup>. Akceptując w całej rozciągłości powyższe założenie o komplementarności norm materialnoprawnych i proceduralnych, a także o materialnoprawnym przedmiocie i kształcie zarówno postępowania administracyjnego, jak i rozstrzygnięcia, które w jego wyniku zapaść powinno, pragnę zwrócić uwagę na swoisty deficyt tego podejścia w judykaturze. Być może jest to efekt właśnie braku normatywnej regulacji podstawowych norm prawa administracyjnego i wspomnianego tu już „sieroctwa” co do przepisów ogólnych prawa administracyjnego w systemie źródeł prawa. Niemniej formalizm procesowy zdaje się prowadzić praktykę administrowania w kierunkach całkowitej neutralności wobec celu i istoty norm materialnoprawnych.

#### 4. JUDYCJALIZACJA POSTĘPOWANIA ADMINISTRACYJNEGO JAKO KONTYNUACJA WIZJI WAĆŁAWA DAWIDOWICZA

W sposób szczególny fascynowało mnie zawsze podejście do modelu stosowania prawa administracyjnego, które Waćław Dawidowicz prezentował w kontekście modelu sądowego. Jak wskazywał Autor – proceduralny model stosowania prawa, który stworzył Jerzy Wróblewski<sup>22</sup> – „odpowiada w zasadzie strukturze modelu stosowania prawa administracyjnego w sprawie administracyjnej”<sup>23</sup>. Zakładając bowiem, że stanowi on teoretyczne ujęcie sekwencji czynności uregulowanych przez przepisy proceduralne, realizując swoisty „prosty model proceduralny, który obejmuje trzy fazy:

<sup>20</sup> J. Zimmermann, *Materialna procedura – czy to oksymoron?*, (w:) T. Bąkowski, M. Bogusz (red.), *Idee Waćława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańskie koncepcje prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022, s. 101.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> J. Wróblewski, (w:) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1969, s. 476.

<sup>23</sup> W. Dawidowicz, *Model postępowania...*, s. 60.

- 1) złożenie określonego wniosku, który jest poddany ocenie formalnej i ocenie procesowej,
- 2) rozprawę, w której istotną rolę odgrywa postępowanie dowodowe,
- 3) rozstrzygnięcie sprawy<sup>24</sup>.

Założenie o istnieniu procesu administracyjnego, w ramach którego wyróżnia się powyższe trzy etapy działania prowadzącego do załatwienia sprawy administracyjnej, stanowiło punkt odniesienia do przeprowadzenia badań nad kwestią innych, zarówno istniejących, jak i potencjalnych rozwiązań prowadzących do judycjalizacji postępowania administracyjnego, które w konsekwencji doprowadzą do ujednoczenia procedury administracyjnej z procedurami sądowymi, co do podstawowych instytucji. Rozważania te zawarłem w monografii *Judycjalizacja postępowania administracyjnego*<sup>25</sup>, która została wydana 20 lat po ukazaniu się *Zarysu procesu administracyjnego*. Dokonana tam ocena zakresu i stopnia judycjalizacji była dokonywana z punktu widzenia możliwości realizacji funkcji postępowania administracyjnego, wśród których wskazano:

- 1) zapewnienie realizacji materialnego prawa administracyjnego,
- 2) ochronę interesu indywidualnego i społecznego oraz
- 3) organizatorskie usprawnienie działalności organów.

Ponadto prowadzono je z perspektywy celu, który powinien przyświecać organowi prowadzącemu postępowanie i załatwiającemu sprawę administracyjną, rozumianego jako nakaz podjęcia wszelkich działań zmierzających do wydania decyzji rozstrzygającej sprawę administracyjną, zgodnej z prawem ustrojowym, materialnym i procesowym. Dokonując podsumowania zawartych w monografii rozważań, pozwoliłem sobie zwrócić uwagę na kilka instytucji procesowych, które mogą doprowadzić do realizacji zaprezentowanego celu oraz funkcji postępowania administracyjnego. W pierwszej kolejności rozważania te odniosłem do aspektu dopuszczalnych granic wprowadzenia regulacji pochodzących z procedur sądowych. Jak wskazałem, należy dokonać oceny tego, czy powody przyjętych rozwiązań zwiększających zakres judycjalizacji były na tyle istotne, że wywołały konieczność wprowadzania do postępowania poszczególnych instytucji procesowych, mających swój rodowód w postępowaniu sądowym<sup>26</sup>. Z punktu widzenia granic judycjalizacji za istotne uznałem też to, czy regulacja prawna nowego rozwiązania, stanowiącego o usądowieniu postępowania administracyjnego, może istotnie wpływać na zwiększenie możliwości prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej. Oczywiście, rozważania te należy zawsze prowadzić w kontekście trybunalskich wymagań w zakresie wprowadzania nowych rozwiązań prawnych w sposób adekwatny do potrzeb i oczekiwań, czyli proporcjonalny, co wprowadza obowiązek prawodawcy do:

<sup>24</sup> J. Wróblewski, (w:) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa...*, s. 477.

<sup>25</sup> R. Suwaj, *Judycjalizacja postępowania administracyjnego*, Warszawa 2009.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 236

- 1) przyjmowania danej regulacji tylko wtedy, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest związana (zasada konieczności),
- 2) nakazu kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych celów (zasada przydatności),
- 3) spełnienia warunku zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami, względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli (zasada proporcjonalności w ścisłym znaczeniu)<sup>27</sup>.

Zaprezentowana w powyższej publikacji koncepcja dalszego usądawiania postępowania administracyjnego zaowocowała zmianami normatywnymi, w których ustawodawca postanowił wprowadzić do porządku prawnego takie konstrukcje, jak: milczące załatwienie sprawy, reformatoryjna kontrola instancyjna w miejsce koncepcji kasatoryjnej, mediacja między organem a stroną (stronami) postępowania administracyjnego czy rozszerzenie kontroli bezczynności organu również na kwestie przewlekłości postępowania.

Wciąż jednak brakuje normatywnego obowiązku rozszerzenia zakresu stosowania zasad ogólnych prawa administracyjnego zapisanych w Kodeksie postępowania administracyjnego do wszystkich spraw indywidualnych, dotyczących orzekania o prawach lub obowiązkach publicznoprawnych, niezależnie od formy prawnej, oraz przed każdym podmiotem, który realizuje zadania publiczne na podstawie ustawy lub zawartego porozumienia.

## 5. KONKLUZJE

Jak celnie zauważył Mariusz Bogusz – oddając tym samym wyjątkowo trafnie specyfikę prawa administracyjnego – „publikacja naukowa z obszaru dogmatyki prawa ma pewną cechę wspólną z koncertem muzycznym lub spektaklem teatralnym: jej trwałość jest względna”<sup>28</sup>. W tym kontekście ocena dorobku naukowego Wacława Dawidowicza również musi odnosić się do całokształtu systemu obowiązujących norm prawnych. Niniejsze uwagi stanowią jedynie przyczynek do dyskusji nad koniecznością dokonania wszechstronnej analizy współczesnego prawa administracyjnego i zestawienia ich w kontekście dotychczasowego dorobku naukowego w ramach całej gałęzi prawa administracyjnego lub nawet szerzej – w kontekście całokształtu norm prawnych, wykorzystywanych

---

<sup>27</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 1999 r., P 7/98, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego” 1999, nr 4, poz. 72.

<sup>28</sup> M. Bogusz, *Koncepcja postępowania administracyjnego w ujęciu profesora Wacława Dawidowicza i jej aktualność*, (w:) T. Bąkowski, M. Bogusz (red.), *Idee Wacława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańska koncepcja prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022, s. 89.

do realizacji zadań publicznych. Wydaje się to niezbędne z perspektywy, o której Profesor nigdy nie zapominał, mówiąc wręcz o potrzebie poskramiania administracji przed zawłaszczaniem przez nią większości sfer stosunków społecznych. Z podobnym problemem mamy do czynienia dzisiaj i – choć w mojej ocenie jest już za późno na odwrócenie trendu normatywnego – wydaje się konieczne podjęcie prac nad nowym spojrzeniem na działalność administracji publicznej w kontekście trójpodziału władz oraz rozważenie, czy stan współczesny nie wymaga kluczowych zmian normatywnych, o ile nie chcemy oddać całości decydowania o zasadach realizacji zadań publicznych administracji publicznej. Oddawanie administracji możliwości decydowania o kryteriach dysponowania środkami publicznymi poza systemem norm ustawowych, jak również umożliwienie administracji wyboru prawnych form działania w sposób powodujący brak możliwości instancyjnej i sądowej kontroli legalności tych działań przyczynią się do całkowitego zaprzeczenia założeń trójpodziału władz oraz demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. W szczególności prowadzi to do niezwykle niebezpiecznego zagrożenia bezpieczeństwa prawnego, umożliwiając w istocie takie działania administracji publicznej, które w sposób formalnie legalny ingerują w konstytucyjne wolności i prawa, wykraczając znacząco poza dopuszczalną sferę swobody ustawodawczej stanowienia prawa odpowiadającego wyłącznie celom politycznym tej administracji.

## REFERENCES

- Bąkowski T., *Prawo ustrojowe administracji publicznej – dogmat czy aksjomat Gdańskiej Koncepcji Prawa Administracyjnego*, (w:) T. Bąkowski, M. Bogusz (red.), *Idee Wacława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańska koncepcja prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022
- Bąkowski T., Bogusz M. (red.), *Idee Wacława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańska koncepcja prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022
- Bogusz M., *Koncepcja postępowania administracyjnego w ujęciu profesora Wacława Dawidowicza i jej aktualność*, (w:) T. Bąkowski, M. Bogusz (red.), *Idee Wacława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańska koncepcja prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022
- Dawidowicz W., *Model postępowania w sprawie administracyjnej i obowiązywanie decyzji wydanej w tej sprawie*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 11/12
- Dawidowicz W., *Pojęcie normy prawa administracyjnego w świetle obowiązującego ustawodawstwa*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 4
- Dawidowicz W., *W kwestii pojęcia prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 6
- Dawidowicz W., *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974
- Dawidowicz W., *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989

- Duniewska Z., *Koncepcja powszechnego prawa administracyjnego – geneza, założenia, emanacja*, (w:) T. Bąkowski, M. Bogusz (red.), *Idee Wacława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańska koncepcja prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022
- Suwaj R., *Judycjalizacja postępowania administracyjnego*, Warszawa 2009
- Suwaj R., *Zasady nakładania administracyjnych kar pieniężnych*, Warszawa 2021
- Wróblewski J., (w:) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1969
- Zimmermann J., *Materialna procedura – czy to oksymoron?*, (w:) T. Bąkowski, M. Bogusz (red.), *Idee Wacława Dawidowicza. Kierunki. Inspiracje. Krytyka. Gdańska koncepcja prawa administracyjnego*, Gdańsk–Warszawa 2022

*Adrianna Szczechowicz-Raś*

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

e-mail: [adrianna.szczechowicz@uwm.edu.pl](mailto:adrianna.szczechowicz@uwm.edu.pl)

ORCID: 0000-0001-6598-2103

## **MOŻLIWOŚĆ WYBORU MIĘDZY ŚWIADCZENIEM PIELĘGNACYJNYM A SPECJALNYM ZASIŁKIEM OPIEKUŃCZYM – PROBLEMY PRAKTYCZNE**

### **THE POSSIBILITY OF CHOOSING BETWEEN A NURSING BENEFIT AND A SPECIAL CARE ALLOWANCE: PRACTICAL PROBLEMS**

#### **Abstract**

The article analyzes the provisions of law and jurisprudence in the aspect of the possibility for the beneficiary to choose a nursing benefit when a special care allowance has already been granted by an earlier decision. The main objective of the article is to indicate the interpretation of the provision used in the previous practice by the authorities and the current problems presented in the jurisprudence of administrative courts that affect the statutory right of a party to choose a benefit. In the author's opinion, the legislator does not take into account the changing economic and social situation in the adopted legal solutions, which is controversial in practice. The lack of legislative initiative in this regard leaves the judicature with the problem of non-compliance with the provisions. Administrative courts are forced to correct structural imperfections of the social security system in terms of support for carers of people with disabilities, which should not take place in a democratic state, as it is the sole role of the legislator.

## KEYWORDS

social assistance, disabled person, care benefits, nursing benefit

## SŁOWA KLUCZOWE

pomoc społeczna, osoba niepełnosprawna, świadczenia opiekuńcze, świadczenie pielęgnacyjne

## 1. WPROWADZENIE

Dotychczasowy katalog świadczeń opiekuńczych w ramach systemu świadczeń rodzinnych obejmuje: zasiłek pielęgnacyjny, świadczenie pielęgnacyjne oraz – począwszy od dnia 1 stycznia 2013 r. – specjalny zasiłek opiekuńczy<sup>1</sup>. Ich celem jest częściowe pokrycie wydatków związanych z opieką lub pielęgnacją starszego albo niepełnosprawnego członka rodziny<sup>2</sup>. Zasiłek pielęgnacyjny przysługuje osobie wymagającej opieki, specjalny zasiłek opiekuńczy i świadczenie pielęgnacyjne zaś – opiekunowi osoby niepełnosprawnej z tytułu rezygnacji z zatrudnienia w związku z koniecznością stałej i długotrwałej opieki nad osobą niepełnosprawną. Zarówno specjalny zasiłek opiekuńczy, jak i świadczenie pielęgnacyjne mają rekompensować osobom sprawującym opiekę brak możliwości aktywizacji zawodowej ze względu na sprawowanie opieki nad osobą wymagającą szczególnej troski<sup>3</sup>. Natomiast w przeciwieństwie do świadczenia pielęgnacyjnego przyznanie specjalnego zasiłku opiekuńczego zależy od spełnienia kryterium dochodowego oraz przysługuje on niezależnie od wieku powstania niepełnosprawności u osoby, nad którą jest sprawowana opieka<sup>4</sup>.

Może się zdarzyć, że opiekun spełnia pozytywne przesłanki przyznania obu tych świadczeń, nie ma jednak możliwości pobierania ich jednocześnie. Na pod-

<sup>1</sup> Specjalny zasiłek opiekuńczy jest świadczeniem wprowadzonym do ustawy o świadczeniach rodzinnych przez art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz niektórych innych ustaw zmieniającej tę ustawę z dniem 1 stycznia 2013 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1548).

<sup>2</sup> I. Sierpowska, *Kryteria ustalania uprawnień do świadczeń rodzinnych*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 6, s. 164.

<sup>3</sup> M. Lewandowicz-Machnikowska, *Zbieg prawa do świadczeń opiekuńczych i świadczeń z ubezpieczenia społecznego – uwagi de lege ferenda*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2019, nr 117, s. 37–38.

<sup>4</sup> H. Pławucka, *Świadczenie pielęgnacyjne*, (w:) R. Babińska-Górecka, A. Przybyłowicz, K. Stopka, A. Tomanek (red.), *Prawo pracy i prawo socjalne. Teraźniejszość i przyszłość. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Herbertowi Szurgaczowi*, Wrocław 2021, s. 333.

stawie art. 27 ust. 5 ustawy o świadczeniach rodzinnych<sup>5</sup> uprawniony ma prawo wyboru korzystniejszego świadczenia także wtedy, gdy jedno z nich jest już przyznane decyzją wcześniejszą. W omawianym przepisie ustawodawca użył zwrotu „zbieg uprawnień”, który należy rozumieć jako sytuację, w której dana osoba obiektywnie spełnia przesłanki do otrzymania co najmniej dwóch świadczeń, jak również sytuację, gdy ma już ustalone – na mocy ostatecznej decyzji administracyjnej – prawo do otrzymania jednego ze świadczeń wymienionych w tym przepisie i spełnia jednocześnie przesłanki otrzymania innego świadczenia<sup>6</sup>.

Wydany przez Trybunał Konstytucyjny wyrok z dnia 21 października 2014 r., K 38/13, spowodował wpływ wniosków o przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego opiekunom osoby niepełnosprawnej, którym przyznano decyzją wcześniejszą specjalny zasiłek opiekuńczy. Przyczyną tego stanu rzeczy jest znacząca różnica wysokości świadczeń. Wysokość specjalnego zasiłku opiekuńczego od dnia 1 listopada 2021 r. wynosi 620 zł miesięcznie<sup>7</sup>, natomiast wysokość świadczenia pielęgnacyjnego od dnia 1 stycznia 2023 r. wynosi 2458 zł miesięcznie<sup>8</sup>.

Niniejszy tekst służy przedstawieniu analizy przepisów prawa oraz orzecznictwa w aspekcie możliwości wyboru przez uprawnionego świadczenia pielęgnacyjnego wówczas, gdy specjalny zasiłek opiekuńczy został już przyznany wcześniejszą decyzją. Za główny cel artykułu przyjęto wskazanie stosowanej w dotychczasowej praktyce wykładni przepisu art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. b u.ś.r. oraz prezentowanych w orzecznictwie sądów administracyjnych aktualnych problemów wpływających na ustawowe prawo strony do wyboru świadczenia.

## **2. SKUTKI ZMIANY ZAKRESU ZASTOSOWANIA PRZEPISU ART. 17 UST. 1B U.Ś.R. ZE WZGLĘDU NA JEGO CZĘŚCIOWĄ NIEKONSTYTUCYJNOŚĆ W PRAKTYCE ORZECZNICZEJ**

Przy rozważaniu wskazanych kwestii konieczne jest odniesienie się do skutków płynących z wyroku z dnia 21 października 2014 r., K 38/13, w którym Try-

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. z 2023 r. poz. 390), dalej: u.ś.r.

<sup>6</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 27 maja 2021 r., II SA/Lu 43/21, LEX nr 3192475; W. Maciejko, (w:) W. Maciejko (red.), *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 27.

<sup>7</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2021 r. w sprawie wysokości dochodu rodziny albo dochodu osoby uczącej się stanowiących podstawę ubiegania się o zasiłek rodzinny i specjalny zasiłek opiekuńczy, wysokości świadczeń rodzinnych oraz wysokości zasiłku dla opiekuna (Dz.Urz. poz. 1481).

<sup>8</sup> Obwieszczenie Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 1 listopada 2022 r. w sprawie wysokości świadczenia pielęgnacyjnego w roku 2023 (M.P. poz. 1070).



bunał Konstytucyjny orzekł, że art. 17 ust. 1b u.ś.r.<sup>9</sup> w zakresie, w jakim różnicuje prawo do świadczenia pielęgnacyjnego osób sprawujących opiekę nad osobą niepełnosprawną po ukończeniu przez nią wieku określonego w tym przepisie ze względu na moment powstania niepełnosprawności jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. W uzasadnieniu wyroku Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że: „Skutkiem wejścia w życie niniejszego wyroku nie jest ani uchylenie art. 17 ust. 1b ustawy o świadczeniach rodzinnych, ani uchylenie decyzji przyznających świadczenia, ani wykreowanie «prawa» do żądania świadczenia dla opiekunów dorosłych osób niepełnosprawnych, jeżeli niepełnosprawność podopiecznych nie powstała w okresie dzieciństwa. Trybunał Konstytucyjny orzekł ostatecznie o niekonstytucyjności jedynie części normy wynikającej z art. 17 ust. 1b ustawy o świadczeniach rodzinnych. Poprawienie stanu prawnego w tym zakresie należy wyłącznie do ustawodawcy, który – biorąc pod uwagę skutki społeczne rozstrzygnięć podejmowanych w badanej materii – powinien tego dokonać bez zbędnej zwłoki”<sup>10</sup>.

Mimo upływu prawie 8 lat od ogłoszenia orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego nie zostały skutecznie podjęte działania legislacyjne w zakresie wprowadzenia zmian zakwestionowanej normy prawnej. Z tego względu praktyce zdarza się, że organy administracji wydają decyzję odmowną w przedmiocie przyznania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego z tytułu rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w związku z koniecznością sprawowania opieki nad niepełnosprawnym ze względu na niespełnienie kryteriów wiekowych określonych w art. 17 ust. 1b u.ś.r. Organy administracji przedstawiają pogląd, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2014 r. nie zmienił sytuacji prawnej osób opiekujących się dorosłymi niepełnosprawnymi, których niepełnosprawność powstała po upływie okresów wskazanych w art. 17 ust. 1b u.ś.r. Natomiast sądy administracyjne rozpoznające skargi prezentują stanowisko, że organy, rozpoznając wniosek o przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego złożony przez opiekuna dorosłej osoby niepełnosprawnej, w obecnym stanie prawnym (dopóki w tej materii nie zostaną wprowadzone nowe rozwiązania ustawowe) mają obowiązek zbadać, czy wnioskodawca spełnia warunki do przyznania tego świadczenia określone w art. 17 u.ś.r., z wyłączeniem tej części tego przepisu, która z dniem 23 października 2014 r. została ostatecznie uznana za niekonstytucyjną, tj. w zakresie, w jakim różnicuje prawo do świadczenia pielęgnacyjnego osób sprawujących opiekę nad osobą niepełnosprawną po ukończeniu przez nią

<sup>9</sup> Art. 17 ust. 1b u.ś.r.: „Świadczenie pielęgnacyjne przysługuje, jeżeli niepełnosprawność osoby wymagającej opieki powstała: 1) nie później niż do ukończenia 18. roku życia lub 2) w trakcie nauki w szkole lub w szkole wyższej, jednak nie później niż do ukończenia 25. roku życia”.

<sup>10</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2014 r., K 38/13, LEX nr 1523271.

wieku określonego w tym przepisie ze względu na moment powstania niepełnosprawności<sup>11</sup>.

Jak słusznie podkreśla się zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie, ustawodawca jest związany wyrokami Trybunału Konstytucyjnego stwierdzającymi stany niezgodności z Konstytucją RP. Brak jego reakcji nie oznacza, że stan niekonstytucyjności przestaje istnieć<sup>12</sup>. Przedmiotowy wyrok Trybunału Konstytucyjnego jest tzw. wyrokiem zakresowym, czyli takim, w którym Trybunał Konstytucyjny stwierdza zgodność albo niezgodność z Konstytucją przepisu prawnego w określonym (podmiotowym, przedmiotowym lub czasowym) zakresie jego zastosowania. W konsekwencji atrybut konstytucyjności albo niekonstytucyjności nie jest przypisywany całemu aktowi prawnemu albo jego jednostce redakcyjnej (przepisowi), lecz jego fragmentowi, a ściślej rzecz biorąc – jakiejś normie (normom) wywiedzionej z tego przepisu. Wyrok zakresowy rozstrzyga o przepisie, którego rozumienie nie jest sporne, lecz zarzut niekonstytucyjności odnosi się do wyraźnego zakresu zastosowania tego przepisu<sup>13</sup>.

Z poczynionych rozważań wynika, że skutkiem przedmiotowego wyroku Trybunału Konstytucyjnego jest zakresowe wyeliminowanie ograniczeń o charakterze podmiotowym, dotyczących wieku powstania niepełnosprawności podopiecznych, niepowodujących dysfunkcjonalności ustawy, gdyż możliwe jest odnalezienie w treści art. 17 ustawy i przepisów z nim skorelowanych wszystkich elementów podmiotowych, przedmiotowych i czasowych koniecznych do zrekonstruowania normy (norm) prawnej określającej prawo do świadczenia pielęgnacyjnego<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku: z dnia 5 listopada 2020 r., III SA/Gd 879/20, LEX nr 3080737; z dnia 9 lipca 2020 r., III SA/Gd 473/20, LEX nr 3033763; z dnia 16 lipca 2020 r., III SA/Gd 511/20, LEX nr 3033844; z dnia 1 października 2020 r., III SA/Gd 749/20, LEX nr 3075563; z dnia 2 sierpnia 2018 r., III SA/Gd 413/18, LEX nr 2529814; z dnia 21 listopada 2019 r., III SA/Gd 636/19, LEX nr 2757077; z dnia 8 października 2020 r., III SA/Gd 478/20, LEX nr 3071422; z dnia 10 listopada 2020 r., III SA/Gd 645/20, LEX nr 3076946; z dnia 11 marca 2021 r., III SA/Gd 1202/20, LEX nr 3195383; z dnia 6 lutego 2020 r., III SA/Gd 742/19, LEX nr 2783957; z dnia 21 stycznia 2021 r., III SA/Gd 754/20, LEX nr 3112784; z dnia 9 maja 2019 r., III SA/Gd 184/19, LEX nr 2671296; z dnia 3 grudnia 2020 r., III SA/Gd 947/20, LEX nr 3089536; z dnia 12 sierpnia 2020 r., III SA/Gd 517/20, LEX nr 3058311; z dnia 14 listopada 2019 r., III SA/Gd 637/19, LEX nr 2744374; z dnia 28 maja 2020 r., III SA/Gd 197/20, LEX nr 3012112.

<sup>12</sup> R. Hauser, J. Trzcziński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008, s. 108–109; wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 5 września 2017 r., I OSK 2370/16, LEX nr 2397150; z dnia 5 grudnia 2017 r., I OSK 1079/17, LEX nr 2426244.

<sup>13</sup> M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006, s. 104; R. Kopania, (w:) R. Kopania (red.), *Świadczenia rodzinne. Świadczenia dla opiekunów. Komentarz*, Legalis/el. 2017, komentarz do art. 17; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 3 grudnia 2020 r., II SA/Sz 683/20, LEX nr 3109579.

<sup>14</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 1 czerwca 2015 r., II SA/Bd 366/15, LEX nr 1751878.

W takim przypadku – przy braku reakcji prawodawcy – organy administracji, rozstrzygając sprawy w przedmiocie świadczenia pielęgnacyjnego, zgodnie z art. 6 ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego<sup>15</sup> mają uprawnienie do działania jedynie na mocy obowiązujących przepisów, przede wszystkim zgodnie z Konstytucją RP, a w razie wątpliwości co do jej zgodności – z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, w tym odnośnie do zakresu, w jakim art. 17 u.ś.r. został uznany za niekonstytucyjny, począwszy od dnia 23 października 2014 r. na mocy wyroku w sprawie K 38/13<sup>16</sup>.

Z interpelacją do Ministra Rodziny i Polityki Społecznej wystąpiła poseł Joanna Senyszyn, zadając m.in. pytanie, dlaczego wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2014 r. nie został wykonany<sup>17</sup>. W odpowiedzi wskazano, że od realizacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego „zależy kształt systemowego wsparcia opiekunów niesamodzielnych osób niepełnosprawnych, którzy zakończyli aktywność zawodową lub jej nie podjęli z powodu konieczności zapewnienia stałej opieki niepełnosprawnemu członkowi rodziny”. Ponadto podkreślono, że „istotne jest, że realizacja systemowego wsparcia dla opiekunów niesamodzielnych osób niepełnosprawnych wymaga zmian w systemie orzecznictwa o niepełnosprawności, w oparciu o który możliwe będzie wyodrębnienie spośród osób niepełnosprawnych – osób faktycznie niesamodzielnych, których funkcjonowanie bezwzględnie wymaga pomocy opiekuna uprawnionego do odpowiednich świadczeń opiekuńczych”<sup>18</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że źródło problemu stanowi nie tyle naruszenie konstytucyjnych wolności i praw wskazanych przez Trybunał Konstytucyjny, ale przede wszystkim wynika on z niedoskonałości konstrukcyjnych systemu zabezpieczenia społecznego w zakresie wsparcia opiekunów osób niepełnosprawnych. Pomoc społeczna jest instytucją polityki społecznej państwa, a wyznaczanie form jej realizacji należy do wyłącznej kompetencji ustawodawcy. Nie sposób pominąć faktu, że prawodawca miał prawie 8 lat na podjęcie działań legislacyjnych w zakresie wprowadzenia zmian zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego. Bezczynność ustawodawcy doprowadziła do sytuacji, w której opiekunom osób niepełnosprawnych (po ukończeniu przez nich wieku określonego w art. 17 ust. 1b u.ś.r.) zostaje przyznane świadczenie pielęgnacyjne decyzją organu drugiej instancji albo nawet po ponownym rozpoznaniu sprawy na skutek orzeczenia

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 2000, z późn. zm.), dalej: k.p.a.

<sup>16</sup> B. Chludziński, (w:) P. Rączka (red.), *Świadczenia rodzinne, Komentarz*, LEX/el. 2021, komentarz do art. 17; K. Działocha, *Pojęcie wykonywania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego* (w:) K. Działocha, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w praktyce konstytucyjnej organów państwa*, Warszawa 2013, s. 22.

<sup>17</sup> Sejm IX kadencji, Interpelacja nr 25833, 28.07.2021 r., <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=C5REW4> (dostęp: 28.03.2022).

<sup>18</sup> Sejm IX kadencji, Odpowiedź na interpelację nr 25833, 1.09.2021 r., <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=C6GH4Y> (dostęp: 28.03.2022).

sądów administracyjnych. W konsekwencji osoba uprawniona otrzymuje świadczenie pielęgnacyjne kilka lub nawet kilkanaście miesięcy po złożeniu wniosku. Należy zwrócić uwagę, że w tym okresie w niektórych wypadkach opiekun osoby niepełnosprawnej może pozostawać bez środków pieniężnych i jakiegokolwiek dochodu. W tej sytuacji konsekwencje braku działań prawodawcy zostały przezczone w całości na obywatela, co nie powinno mieć miejsca w demokratycznym państwie prawa i ten stan rzeczy należy stanowczo potępić. Brak inicjatywy ustawodawczej w tym zakresie powoduje, że pozostawiono judykaturze problem niedostosowania przepisów prawnych oraz konieczność zmiany praktyki stosowania art. 17 u.ś.r. przez organy administracji.

### 3. WYBÓR PRZYŚLUGUJĄCEGO ŚWIADCZENIA

W sytuacji zbiegu uprawnień oraz dokonania przez osobę uprawnioną wyboru korzystniejszego finansowo świadczenia najistotniejszą kwestią powinno być dla organów takie załatwienie sprawy, aby zagwarantować stronie wybór świadczenia i jednocześnie nie pozbawić jej należnego – z tytułu rezygnacji z zatrudnienia w związku z koniecznością opieki – wsparcia finansowego. W praktyce zdarza się, że opiekunowie osób niepełnosprawnych we wniosku wskazują, iż w przypadku wydania decyzji przyznającej wnioskowane świadczenie pielęgnacyjne wnoszą również o uchylenie z dniem jej wydania decyzji przyznającej specjalny zasiłek opiekuńczy. Zrozumiałe jest, że, formułując wnioski we wskazany sposób, osoby uprawnione zmierzały do uniknięcia niekorzystnej dla nich sytuacji – uchylenia decyzji przyznającej specjalny zasiłek opiekuńczy, przy jednoczesnym nieprzyznaniu prawa do świadczenia pielęgnacyjnego, co skutkowałoby pozostawieniem opiekunów bez środków do życia. Należy również zwrócić uwagę, na co wskazali opiekunowie w swoich wnioskach, że przede wszystkim obawiają się o utratę ubezpieczenia zdrowotnego w sytuacji zagrożenia epidemicznego. Organy jednak stawiają wymagania, aby beneficjenci najpierw wnosili o uchylenie decyzji o przyznaniu zasiłku dla opiekuna, a dopiero po wydaniu decyzji w tym przedmiocie wnosili o przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego, nie mając przecież pewności, czy zostanie ono przyznane<sup>19</sup>.

Sądy administracyjne krytycznie oceniają to stanowisko, wskazując, że organy nie mogą wymagać od opiekunów osób niepełnosprawnych, aby w niepewnej sytuacji co do prawa do świadczenia pielęgnacyjnego (wobec braku

<sup>19</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 9 czerwca 2020 r., II SA/Bk 134/20, LEX nr 3021525; jak również wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi: z dnia 19 maja 2021 r., II SA/Łd 152/21, LEX nr 3185803; z dnia 22 stycznia 2021 r., II SA/Łd 360/20, LEX nr 3120387; z dnia 5 marca 2021 r., II SA/Łd 838/20, LEX nr 3163914.

decyzji w tym przedmiocie) rezygnowali z pobierania przyznanego zasiłku opiekuńczego, stanowiącego jedyne źródło dochodu<sup>20</sup>. Wymaganie organu, aby strona w pierwszej kolejności zrezygnowała z przyznanego jej świadczenia przed zbadaniem, czy spełnia pozostałe warunki do otrzymania świadczenia wybranego i korzystniejszego dla niej, stawia ją w trudnej sytuacji, wprowadza w stan niepewności i zrozumiała obawę co do tego, czy uzyska wybrane świadczenie w miejsce otrzymywanego. Zauważa się także, że nie można od strony oczekiwać rezygnacji z przyznanego wcześniej świadczenia przed otrzymaniem zapewnienia organu, że drugie świadczenie rzeczywiście zostanie jej przyznane<sup>21</sup>.

Przepis art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. b u.s.r. nie powinien być interpretowany w odezwaniu od treści art. 27 ust. 5 u.s.r., zgodnie z którym w przypadku zbiegu uprawnień do kilku świadczeń rodzinnych przysługuje jedno wybrane przez osobę uprawnioną, oraz od treści art. 24 ust. 2 u.s.r. wprowadzającego zasadę ustalania prawa do świadczeń rodzinnych, począwszy od miesiąca wpływu wniosku z prawidłowo wypełnionymi dokumentami. Konflikt między wymienionymi wyżej zasadami wynikającymi z kilku przepisów ustawy o świadczeniach rodzinnych należy rozstrzygnąć zgodnie z regułą proporcjonalności, wypełnioną na etapie wykonania decyzji o przyznaniu uprawnienia do korzystniejszego świadczenia<sup>22</sup>.

Ustawodawca uregulował sytuację zbiegu uprawnień do świadczenia pielęgnacyjnego i specjalnego zasiłku opiekuńczego w art. 27 ust. 5 u.s.r., który stanowi, że przypadku zbiegu uprawnień do następujących świadczeń: świadczenia rodzicielskiego lub świadczenia pielęgnacyjnego, lub specjalnego zasiłku opiekuńczego, lub dodatku do zasiłku rodzinnego, lub zasiłku dla opiekuna – przysługuje jedno z tych świadczeń wybrane przez osobę uprawnioną – także w przypadku, gdy świadczenia te przysługują w związku z opieką nad różnymi osobami. Aby ten wybór mógł zostać skutecznie dokonany, organ – kierując się zasadami zawartymi w art. 7, 8, 9 i 79a k.p.a. – powinien w pierwszej kolejności wyjaśnić, czy strona spełnia pozostałe przesłanki otrzymywania świadczenia pielęgnacyjnego, a następnie poinformować ją, że wyłączną przeszkodą do jego przyznania pozostaje jedynie pobieranie specjalnego zasiłku opiekuńczego. Wskazane wyżej orzecznictwo jednoznacznie stanowi, że z propozycją rozważenia złożenia oświadczenia występuje organ do zainteresowanego tylko w przy-

<sup>20</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 17 stycznia 2019 r., II SA/Łd 974/18, LEX nr 2617518; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2019 r., III SA/Kr 403/19, LEX nr 2688536; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 5 marca 2020 r., II SA/Bk 26/20, LEX nr 2977133.

<sup>21</sup> Wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach: z dnia 27 maja 2020 r., II SA/Gl 131/20, LEX nr 3015940; z dnia 22 listopada 2019 r., II SA/Gl 1136/19, LEX nr 2752118; jak również wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 15 czerwca 2021 r., II SA/Ol 416/21, LEX nr 3211961; z dnia 29 czerwca 2021 r., II SA/Ol 509/21, LEX nr 3205300.

<sup>22</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 25 czerwca 2020 r., II SA/Bk 322/20, LEX nr 3024959; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 15 lutego 2022 r., II SA/Ol 852/21, LEX nr 3315274.

padku, gdy po zebraniu materiału dowodowego stwierdzi, że inne przesłanki osoba zainteresowana spełnia. Jest to podyktowane tym, aby osoba zainteresowana nie doznała szkody, choćby z tytułu przerwy w uzyskiwaniu dochodu<sup>23</sup>.

W judykaturze wyraża się pogląd, że skoro przepisy prawa umożliwiają stronie wybór świadczenia, to organ nie powinien czynić jakichkolwiek przeszkód w uzyskaniu przez nią świadczenia korzystniejszego, a wręcz przeciwnie – powinien przedsięwziąć takie czynności, by strona mogła z tego prawa wyboru skorzystać. W tym celu organy obowiązane są poszukiwać rozwiązań proceduralnych gwarantujących stronie przewidziane w art. 27 ust. 5 u.s.r. ustawowe prawo wyboru świadczenia, gdyż organy administracji publicznej powinny działać w sprawie wnikliwie i szybko, posługując się możliwie najprostszymi środkami prowadzącymi do jej załatwienia. Dotychczasowa praktyka stosowania tych przepisów wskazuje, że organy orzekające w tego typu sprawach stosują różne instrumenty prawne: po pierwsze, uchylenie decyzji przyznającej zasiłek na podstawie art. 155 k.p.a. (ewentualnie art. 32 ust. 1 u.s.r.), z jednoczesnym przyznaniem świadczenia pielęgnacyjnego. W orzecznictwie dopuszcza się zarówno wydanie jednej decyzji w tych dwóch kwestiach, jak i wydanie dwóch odrębnych decyzji, ale w tym samym czasie. Po drugie, możliwe jest stwierdzenie wygaśnięcia decyzji przyznającej zasiłek na podstawie art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a. oraz przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego w odrębnej, ale wydanej w tym samym czasie decyzji<sup>24</sup>. Trafności tego stanowiska nie podważa zasada „jedna sprawa (uprawnienie lub obowiązek wynikający z przepisu prawa) – jedna decyzja” z art. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 k.p.a. Strona może otrzymywać w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych tylko jedno ze świadczeń wybrane przez nią, to kwestia tego wyboru, a tym samym rezygnacji ze specjalnego zasiłku opiekuńczego, stanowi element faktyczny sprawy przyznania świadczenia pielęgnacyjnego, co wskazuje na możliwość uchylenia decyzji o przyznaniu specjalnego zasiłku opiekuńczego w odrębnym punkcie decyzji o przyznaniu świadczenia pielęgnacyjnego<sup>25</sup>. W orzecznictwie pojawia się również koncepcja wydawania

<sup>23</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 6 lutego 2020 r., III SA/Gd 733/19, LEX nr 2779443; wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie: z dnia 4 lutego 2020 r., II SA/Lu 631/19, LEX nr 3010387; z dnia 20 lutego 2020 r., II SA/Lu 41/20, LEX nr 2947997; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 14 stycznia 2020 r., II SA/Ol 994/19, LEX nr 2771311; jak również wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 10 grudnia 2019 r., I OSK 200/19, LEX nr 2768263; z dnia 15 września 2020 r., I OSK 2199/19; LEX nr 3110609.

<sup>24</sup> Wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie: z dnia 6 września 2021 r., III SA/Kr 650/21, LEX nr 3216703; z dnia 29 marca 2021 r., III SA/Kr 1261/20, LEX nr 3156278; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 grudnia 2018 r., I OSK 1676/18, LEX nr 2611460; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 6 maja 2020 r., II SA/Lu 199/20, LEX nr 2987202.

<sup>25</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 25 listopada 2021 r., II SA/Go 714/21, LEX nr 3274717.

decyzji o przyznaniu prawa do świadczenia pielęgnacyjnego pod warunkiem zrzeczenia się prawa do zasiłku. W tej sytuacji konieczne jest również jednak rozstrzygnięcie o bycie prawnym decyzji przyznającej zasiłek – czy to poprzez uchylenie w trybie art. 155 k.p.a., czy poprzez stwierdzenie wygaśnięcia w trybie art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a.<sup>26</sup>.

Powstaje również zasadnicze pytanie, od jakiej daty początkowej przysługuje uprawnionemu prawo do świadczenia pielęgnacyjnego. Do wskazanej kwestii odniósł się Naczelny Sąd Administracyjny, stwierdzając, że w przypadku złożenia wniosku o przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego i rezygnacji z prawa do kolidującego świadczenia wykluczającego możliwość przyznania wnioskowanego świadczenia świadczenie pielęgnacyjne przysługuje osobie uprawnionej, począwszy od miesiąca, w którym został złożony wniosek z prawidłowo wypełnionymi dokumentami. Brak jest bowiem przepisów umożliwiających zmodyfikowanie art. 24 ust. 2 u.ś.r., w tym w szczególności zmianę terminu początkowego ustalenia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego.

Bez wpływu na przytoczoną wykładnię przepisów pozostaje fakt, że decyzje z zakresu świadczeń rodzinnych mają charakter decyzji konstytucyjnych, tj. kreujących określone uprawnienie, a nie tylko je potwierdzających. Zauważyć bowiem należy, że decyzje konstytucyjne mają co do zasady moc na przyszłość, co nie wyklucza, że mogą one również mieć moc wsteczną<sup>27</sup>. Należy podzielić pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażony w wyroku z dnia 17 kwietnia 2014 r., na gruncie posiadającego tożsame brzmienie przepisu art. 106 ust. 5 ustawy o pomocy społecznej<sup>28</sup>, że decyzje weryfikujące mogą mieć skutek wsteczny w sytuacjach, w których zastosowanie takiego skutku odbędzie się z korzyścią dla zainteresowanego, np. przyznania korzystniejszego świadczenia<sup>29</sup>. Z poczynionych rozważań wynika, że każdy akt stosowania prawa odnosi się do określonego stanu faktycznego i w związku z tym jego skutki prawne mogą być powiązane w czasie z zaistnieniem tego stanu faktycznego. Można więc uznać, że akt konstytucyjny kreujący określone prawa i obowiązki pozostaje w związku z zaistnieniem przesłanek faktycznych stanowiących podstawę powstania określonych skutków prawnych. Oznacza to, że decyzja, mocą której skrócono okres, na który przyznano świadczenie uniemożliwiające przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego, wydana na skutek dokonania wyboru, o którym mowa w art. 27 ust. 5 u.ś.r., może zostać wydana z mocą wsteczną, co umożliwi

<sup>26</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 8 lipca 2021 r., II SA/Lu 53/21, LEX nr 3206422; jak również wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 13 kwietnia 2018 r., I OSK 82/18, LEX nr 2479715; z dnia 14 grudnia 2018 r., I OSK 1939/18, LEX nr 2734662.

<sup>27</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 lutego 2021 r., I OSK 2508/20, LEX nr 3125761.

<sup>28</sup> Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2021 r. poz. 2268, z późn. zm.).

<sup>29</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 kwietnia 2014 r., I OSK 989/13, LEX nr 1574694.

przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego – zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 2 u.ś.r. – od miesiąca, w którym wpłynął wniosek z prawidłowo wypełnionymi dokumentami<sup>30</sup>.

W orzecznictwie trafnie przyjmuje się, że istnieje możliwość wyrównania różnicy między już wypłaconym świadczeniem a świadczeniem korzystniejszym dla strony, przyznanym zgodnie z jej wyborem, lub przyznanie świadczenia odpowiadającego różnicy między wysokością świadczenia pielęgnacyjnego a wysokością specjalnego zasiłku opiekuńczego, który otrzymywała za ten sam okres. W konsekwencji można uznać za dopuszczalne rozliczenie obu świadczeń przyznaných za ten sam okres, z których jedno zostało wcześniej wypłacone, przez skompensowanie świadczeń i wypłatę nowego świadczenia za okres pokrywających się uprawnień w wysokości różnicy między kwotą świadczenia pielęgnacyjnego a kwotą wypłaconego zasiłku<sup>31</sup>.

#### 4. PODSUMOWANIE

Rozwiązanie problemu umożliwienia wyboru przez uprawnionego świadczenia pielęgnacyjnego wówczas, gdy specjalny zasiłek opiekuńczy został już przyznany wcześniejszą decyzją, wymaga zmiany i ingerencji ustawodawcy. Bezczynność legislacyjna w tym zakresie powoduje, że osoby uprawnione do uzyskania wyższego świadczenia zostają go pozbawione z winy organów, które odmawiają tego świadczenia wbrew przepisom prawa, wyrokowi Trybunału Konstytucyjnego oraz utrwalonemu orzecznictwu sądów administracyjnych.

We wskazanych w tym artykule orzeczeniach należy zauważyć, że w toku postępowania administracyjnego uprawnieni zostali mylnie poinformowani o braku spełnienia przesłanek przyznania świadczenia, tj. kryteriów wiekowych określonych w art. 17 ust. 1b u.ś.r. W konsekwencji uprawniony otrzymywał należne mu świadczenie dopiero w wyniku złożonego odwołania bądź nawet skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Natomiast organy drugiej

<sup>30</sup> Wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu: z dnia 15 kwietnia 2021 r., II SA/Op 102/21, LEX nr 3184888; z dnia 5 sierpnia 2021 r., II SA/Op 255/21, LEX nr 3214652; z dnia 12 sierpnia 2021 r., II SA/Op 324/21, LEX nr 3214809; z dnia 10 czerwca 2021 r., II SA/Op 204/21, LEX nr 3193411; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 27 maja 2021 r., II SA/Lu 207/21, LEX nr 3189741.

<sup>31</sup> Wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie: z dnia 27 marca 2020 r., II SA/Lu 10/20, LEX nr 3022473; z dnia 23 marca 2021 r., II SA/Lu 2/21, LEX nr 3168237; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 10 grudnia 2019 r., IV SA/Wr 362/19, LEX nr 2768090; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 20 września 2018 r., II SA/Op 302/18, LEX nr 2556341; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 17 września 2020 r., II SA/Ol 186/20, LEX nr 3053622.



instancji w części spraw, co prawda, przyznawały wnioskowane świadczenie, ale błędnie oznaczały jego datę początkową – niezgodnie z brzmieniem art. 24 u.ś.r. – od daty uchylenia wcześniejszego świadczenia, zamiast od daty złożenia wniosku o świadczenie pielęgnacyjne, co utrzymywało niekorzystne skutki rozstrzygnięcia organu pierwszej instancji we wskazanym zakresie.

W judykaturze słusznie poddano krytyce dotychczasową praktykę organów administracji, stwierdzając, że w państwie prawa nie do przyjęcia jest sytuacja, w której osoba spełniająca warunki do uzyskania jednocześnie kilku różnych świadczeń z pomocy społecznej otrzymuje świadczenie mniej korzystne, zwłaszcza gdy mogła dokonać wyboru i wyraźnie oświadczyła, że wybiera świadczenie bardziej korzystne<sup>32</sup>.

Dobitnie należy podkreślić, że „zmuszanie” uprawnionych do rezygnacji z przyznanego wcześniej świadczenia, pociągającej za sobą utratę ubezpieczenia zdrowotnego, przed otrzymaniem zapewnienia organu, iż świadczenie pielęgnacyjne rzeczywiście zostanie przyznane, nie powinno mieć w ogóle miejsca. Taka sytuacja z punktu widzenia zasady demokratycznego państwa prawa, wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP, oraz zasady pogłębiania zaufania uczestników postępowania do władzy publicznej, określonej w art. 8 § 1 k.p.a., jest nie do zaakceptowania.

## REFERENCES

- Chłudziński B., (w:) P. Rączka (red.), *Świadczenia rodzinne, Komentarz*, LEX/el. 2021, komentarz do art. 17
- Działocha K., *Pojęcie wykonywania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) K. Działocha, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w praktyce konstytucyjnej organów państwa*, Warszawa 2013
- Florczak-Wątor M., *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006
- Hauser R., Trzeciński J., *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008
- Kopania R., (w:) R. Kopania (red.), *Świadczenia rodzinne. Świadczenia dla opiekunów. Komentarz*, Legalis/el. 2017, komentarz do art. 17
- Lewandowicz-Machnikowska M., *Zbieg prawa do świadczeń opiekuńczych i świadczeń z ubezpieczenia społecznego – uwagi de lege ferenda*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2019, nr 117
- Maciejko W., (w:) W. Maciejko (red.), *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 27

<sup>32</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 20 września 2018 r., II SA/Op 302/18, LEX nr 2556341; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 10 stycznia 2022 r., III SA/Kr 847/21, LEX nr 3287625.

---

Pławucka H., *Świadczenie pielęgnacyjne*, (w:) R. Babińska-Górecka, A. Przybyłowicz, K. Stopka, A. Tomanek (red.), *Prawo pracy i prawo socjalne. Teraźniejszość i przyszłość. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Herbertowi Szurgaczowi*, Wrocław 2021

Sierpowska I., *Kryteria ustalania uprawnień do świadczeń rodzinnych*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 6

*Rafał Szewczyk\**

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: [r.szewczyk5@uw.edu.pl](mailto:r.szewczyk5@uw.edu.pl)

ORCID: 0000-0003-4632-4265

## **ROLA ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH W ZACHOWANIU ZASOBÓW MORSKICH. WYBRANE ZAGADNIENIA PRAWNE**

### **THE ROLE OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN THE CONSERVATION OF MARINE RESOURCES: SELECTED LEGAL ISSUES**

#### **Abstract**

Starting with the presentation of the acts of international maritime law most relevant to the presented subject, the author describes the history of the development of international organizations and their types. Using a dogmatic and historical analysis of normative acts, he tries to find an answer to the question asked – “Is the preservation of the maritime environment a dominant perspective among the operational goals of states?”. While examining the above issue in relation to the formation and activities of international organizations, the thesis was formulated that “the coordination of efforts of international organizations in matters related to maritime resources and their effectiveness should constitute the core of considerations on the subject of the effectiveness of all kinds of international policies”. The author presents the legal and international approach to the

---

\* Rafał Szewczyk – doktorant Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Szkoły Doktorskiej Nauk Społecznych przy Uniwersytecie Warszawskim.

definition of maritime resources and describes the effectiveness of the European Union's Common Fisheries Policy.

### KEYWORDS

law, international organizations, maritime resources, environmental protection

### SŁOWA KLUCZOWE

prawo, organizacje międzynarodowe, zasoby morskie, ochrona środowiska

## 1. WSTĘP

Wydobywanie zasobów morskich, korzystanie z nich i ich przetwarzanie jest w XXI wieku sprawą tak samo oczywistą, jak i pożądaną z punktu widzenia gospodarki państwa. Niektórzy przedstawiciele nauki wskazują jednak na konieczność zwiększenia efektywności polityk morskich dotyczących zasobów, powołując się na wciąż rosnący przyrost naturalny i ekstremalny rozwój cywilizacyjny ludzkości<sup>1</sup>. Powstaje zatem wiele pytań związanych z procesem wydobywania, jego skutecznością, optymalizacją eksploatacji zasobów i ochroną środowiska morskiego, które ma ogromne znaczenie dla *status quo* przetrwania życia na kuli ziemskiej.

Warto szukać odpowiedzi na pytanie, czy państwa tworzą skuteczne pole do negocjacji międzynarodowych, a jeśli tak, to: czy zachowanie środowiska morskiego jest perspektywą dominującą wśród eksploatacyjnych celów państw? Pojawiające się zagadnienia dotyczące aktualnego stanu prawnego regulacji koncentrują się wokół pytania, czy da się sprecyzować, czym są zasoby morskie, a jeżeli nie, to: czy istnieje konieczność doprecyzowania definicji legalnej zasobów morskich?

Organizacje międzynarodowe i ich rola w tworzeniu prawa międzynarodowego są podkreślane na kartach wielu publikacji naukowych, zatem koordynacja wysiłków tych organizacji w kwestiach powiązanych z zasobami morskimi i ich skuteczność powinny stanowić rdzeń rozważań nad przedmiotem skuteczności wszelkiego rodzaju polityk międzynarodowych skupiających się wokół zagad-

---

<sup>1</sup> B. Mazurkiewicz, *Wydobywanie zasobów surowcowych dna mórz i oceanów naczelnym zadaniem morskiej polityki gospodarczej państwa*, „Górnictwo i Geoinżynieria” 2011, nr 35(4/1), s. 267–268, <https://www.infona.pl/resource/bwmeta1.element.baztech-article-AGHM-0039-0037/content/partDownload/1765db2b-f079-30e9-b9ba-8fa477584e26> (dostęp: 19.03.2023).

nień powiązanych z działalnością morską i prowadzić do rozwiązań pożytecznych dla rozwoju i kultury prawa międzynarodowego.

## 2. CHARAKTERYSTYKA PRAWNA ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH W ŚWIETLE MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA MORZA

Międzynarodowa kooperacja między podmiotami prawa międzynarodowego od zawsze była przestrzenią dla wielu wyzwań, zarówno tych, w których istniała potrzeba odnalezienia wspólnego konsensu w ramach polityki zagranicznej, jak i w sprawach logistycznych. Aby umożliwić koordynację administracyjną, negocjacyjną oraz wywierać istotny wpływ na stosunki międzynarodowe, szeroko rozumiana społeczność międzynarodowa od końca XIX wieku zaczęła wykształcać byty organizacyjne, które kryją się pod określeniem „organizacje międzynarodowe”. Jak wskazuje Aleksander Surdej, pierwszymi organizacjami służącymi współpracy sektorowej (tzw. specjalistycznej), jakie pojawiły się w obrocie międzynarodowym, były organizacje międzynarodowe wielu państw, tj.: Międzynarodowy Związek Telegraficzny (1865), Unia Poczтовая (1874), Międzynarodowe Biuro Miar i Wąg (1875), Międzynarodowy Związek Ochrony Własności Przemysłowej (1883)<sup>2,3</sup>.

Doktryna międzynarodowego prawa publicznego przedstawia konieczność spojrzenia na organizacje międzynarodowe w trzech perspektywach – pierwszą z nich jest rola organizacji międzyrządowych w obrocie międzynarodowym. Organizacje międzyrządowe są podmiotami nacechowanymi podmiotowością wtórną<sup>4</sup> – oznacza to, że państwa składają oświadczenia woli o powołaniu podmiotu międzynarodowego, jakim jest organizacja międzynarodowa, o sposobie jej funkcjonowania i o jej charakterze – na przykład Międzynarodowa Organizacja Dna Morskiego, powołana na mocy Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza (The United Nations Convention on the Law of the Sea, dalej:

<sup>2</sup> Konwencja związkowa paryska o ochronie własności przemysłowej (Dz.U. z 1922 r. nr 8, poz. 58, z późn. zm.) została podpisana w Paryżu dnia 20 marca 1883 r.; ustanowiła funkcjonowanie Międzynarodowego Związku Ochrony Własności Przemysłowej (Union internationale pour la protection de la propriété industrielle); Rzeczpospolita Polska jest jego członkiem od dnia 10 listopada 1919 r. Obecnie do konwencji przystąpiło 177 stron, zatem jej charakter można uznać za powszechnie obowiązujący lub kodyfikacyjny. Zob. WIPO-Administered Treaties, [https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=2](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2) (dostęp: 19.03.2023).

<sup>3</sup> A. Surdej, *Multilateralizm i organizacje międzynarodowe: zasady i instrumenty*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 4, s. 194, <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/rpeis/article/download/17224/17798> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>4</sup> T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa, *Prawo międzynarodowe publiczne w pytaniach i odpowiedziach*, red. S. Sawicki Warszawa 2012, s. 112.

UNCLOS), sporządzonej w dniu 10 grudnia 1982 r. w Montego Bay<sup>5</sup>, została ukonstytuowana jako organizacja wyspecjalizowana, której głównym zadaniem jest pozbawienie dyskryminacji oraz sprawiedliwe zarządzanie zasobami dna morskiego, które stanowią „dziedzictwo ludzkości”<sup>6</sup>, dla odmiany Organizacja Narodów Zjednoczonych<sup>7</sup> uznawana jest za formę organizacji uniwersalnej<sup>8</sup>, która ma „maksymalnie szeroki zakres kompetencji” i zajmuje się „całokształtem stosunków międzynarodowych”<sup>9</sup>.

Opisując organizacje międzynarodowe, warto wskazać, że często wyposażone są w kompetencje uszczuplające nieznacznie suwerenność państw członkowskich, m.in. w przywileje i immunitety dyplomatyczne nadane przedstawicielom organów organizacji międzynarodowych, prawo legacji czy ponoszenie odpowiedzialności za działania organizacji międzynarodowej<sup>10</sup>. Należy jednak zaznaczyć, że przeważnie są one także wyposażone w osobowość prawną, która pozwala na upodmiotowienie i rzeczowe działanie organizacji międzynarodowej w sferze wewnętrznych spraw danego państwa członkowskiego – przykładem takich organizacji mogą być ONZ<sup>11</sup> albo Komisja Subregionalnego Rybołówstwa<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> Konwencja została ratyfikowana przez 168 państw, Rzeczpospolita Polska dostarczyła dokumenty ratyfikacyjne depozytariuszowi w dniu 13 listopada 1998 r. (opubl.: Dz.U. z 2002 r. nr 59, poz. 543). Zob. United Nations, Oceans & Law of the Sea, Chronological lists of ratifications of, accessions and successions to the Convention and the related Agreements, 13.05.2022, [https://www.un.org/Depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](https://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm) (dostęp: 19.03.2023).

<sup>6</sup> Zob. art. 136 UNCLOS.

<sup>7</sup> Organizacja Narodów Zjednoczonych (The United Nations) to organizacja międzynarodowa powołana na mocy Karty Narodów Zjednoczonych, Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienia ustanawiającego Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych z San Francisco podpisanych w dniu 26 czerwca 1945 r. – Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947 r. nr 23, poz. 90, z późn. zm.), dalej: Karta ONZ. Do Karty ONZ przystąpiły łącznie 193 państwa, w tym Rzeczpospolita Polska, która ratyfikowała Kartę ONZ w Waszyngtonie w dniu 16 października 1945 r. i stała się w ten sposób 51. członkiem założycielem ONZ – Oświadczenie rządowe z dnia 8 lipca 1946 r. w sprawie ratyfikacji przez Polskę Karty Narodów Zjednoczonych podpisanej w Waszyngtonie dnia 16 października 1945 r. (Dz.U. z 1947 r. nr 23, poz. 91).

<sup>8</sup> W doktrynie międzynarodowego prawa publicznego organizacje takie określane są także jako organizacje międzynarodowe o kompetencjach ogólnych.

<sup>9</sup> B. Kuźniak, M. Marcinko, M. Ingelevič-Citak, *Organizacje międzynarodowe*, Warszawa 2017, s. 7.

<sup>10</sup> P. Bogacki, *Zagadnienie podmiotowości prawnej w stosunkach międzynarodowych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 1997, t. VII, s. 218, <http://ojs.tnku.pl/index.php/rnp/article/download/4557/6734> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>11</sup> Zob. art. 104 Karty ONZ: „Organizacji przysługiwać będzie na terytorium każdego z jej członków taka zdolność do działań prawnych, jaka może być potrzebna do wykonywania jej funkcji i urzeczywistniania jej celów”.

<sup>12</sup> Komisję powołano na podstawie *Agreement establishing a sub-regional Fisheries Commission* (Porozumienia ustanawiającego Komisję Subregionalnego Rybołówstwa – tłum. własne),

Drugą perspektywę stanowią pozarządowe organizacje międzynarodowe. Zasady ich funkcjonowania nie są – tak jak w przypadku organizacji rządowych – oparte na statucie, jakim jest umowa międzynarodowa, ale na porozumieniach krajowych organów zarządczych organizacji pozarządowych (dalej: NGO). Jak podają przedstawiciele doktryny prawa międzynarodowego, NGO o zasięgu międzynarodowym spełniają swoją misję w „sferach nieobjętych władzą publiczną państwa”, a także poprzez „zastępowanie działalności państwa oraz kontrolę wykonywania obowiązków przez państwo”<sup>13</sup>. Cechą charakterystyczną międzynarodowych NGO jest „posiadanie statusu konsultacyjnego przy instytucjach międzynarodowych i inne formy współpracy z międzynarodowymi organizacjami rządowymi”<sup>14</sup>. Przykładem pozarządowej organizacji międzynarodowej działającej w sposób aktywny na rzecz zachowania zasobów mórz i oceanów jest World Wide Fund for Nature (WWF, tłum. własne – Światowy Fundusz na rzecz Przyrody), który działa między innymi w Polsce pod postacią prawną fundacji. Warto wskazać, że WWF jest współtwórcą Światowej Strategii w Zakresie Ochrony Przyrody, która stanowi kamień milowy dla kompleksowego spojrzenia na ochronę środowiska w ogólności<sup>15</sup>.

Trzecią perspektywą, która jest pochodną pierwszej, jest spojrzenie na działalność tzw. organizacji ponadnarodowych. Organizacje te, jak podają Władysław Czapliński i Anna Wyrozumka, nie różnią się zbyt wiele od organizacji o charakterze międzyrządowym, warto jednak wskazać, że cechują się one bezpośrednio skutecznymi w stosunku do obywateli i nadrzędnymi regulacjami stanowionymi przez organizacje, autonomicznym sądownictwem oraz autonomią finansową, niwelującą całkowicie zależność od składek państw członkowskich<sup>16</sup>. Organizacją

---

które zostało podpisane w Dakarze w dniu 29 marca 1985 r. Główne zadania Komisji to utrzymanie w odpowiednim stanie żywych zasobów rybnych występujących w regionie oraz umacnianie współpracy państw-stron porozumienia i podmiotów, nad którymi te państwa sprawują nadzór, dokonujących połowów na obszarze mórz zachodniej Afryki. Zob. Commission Sous-Regionale des Pêches (C.S.R.P.), Convention du 29 Mars 1985 Portant creation de la Commission Sous-Regionale des Pêches amendee le 14 Juillet 1993 a Praia, Cap-Vert, <http://spscrp.org/spscrp/sites/default/files/CSRP-1993-ConvPraya.PDF> (dostęp: 19.03.2023); zob. też art. 1 powyższego porozumienia: „The Commission shall have legal personality and the capacity to sue”.

<sup>13</sup> M. Perkowski, E. Szadkowska, *Umieędzynarodowienie organizacji pozarządowych we współczesnym prawie międzynarodowym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2013, t. XI, s. 95, [https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/150155/perkowski\\_szadkowska\\_umieędzynarodowienie\\_organizacji\\_pozarządowych\\_we\\_współczesnym\\_prawie\\_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/150155/perkowski_szadkowska_umieędzynarodowienie_organizacji_pozarządowych_we_współczesnym_prawie_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (dostęp: 19.03.2023).

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 97.

<sup>15</sup> WWF, Historia, <https://www.wwf.pl/o-nas/historia> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>16</sup> W. Czapliński, A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 436.

ponadnarodową głównie na podstawie orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej *Van Gend en Loos*<sup>17</sup> oraz *Costa v. ENEL*<sup>18</sup> jest Unia Europejska<sup>19</sup>.

Jak już zostało zaznaczone, tematyka dotycząca zachowania zasobów morskich jest przedmiotem działania wielu organizacji. W postanowieniach UNCLOS można bezpośrednio wyczytać, że specjalne uprawnienia zostały przyznane nie tylko – wspomnianej wcześniej – Międzynarodowej Organizacji Dna Morskiego, lecz także międzynarodowym organizacjom regionalnym i subregionalnym. Co jest warte podkreślenia – na państwa-strony UNCLOS został nałożony obowiązek współpracy w określonych przypadkach w drodze umów bezpośrednich lub przy wykorzystaniu organizacji subregionalnych lub regionalnych. Jak podaje Krzysztof Kozłowski w kontekście państw azjatyckich: „niski poziom integracji międzynarodowej powoduje, że zobowiązania w ramach organizacji regionalnych nie tworzą dla ich państw członków zagrożenia poddania się rygorom, np. ograniczającym działalność gospodarczą”<sup>20</sup>. Faktem, na który warto wskazać podczas badania aktów normatywnych powiązanych z międzynarodowym prawem morza, jest brak funkcjonującej definicji międzynarodowej organizacji regionalnej lub subregionalnej.

Rodrigo Tavares opisuje regionalne organizacje międzynarodowe jako złożone z trzech lub więcej państw położonych blisko siebie, posiadające ciągłe ramy instytucjonalne („an international organization composed of three or more geographically proximate states having a continuous institutional framework”)<sup>21</sup>. Definicja taka może być przyjęta ze względu na art. 63 ust. 1 UNCLOS<sup>22</sup>, którego zapis redakcyjny może sugerować, że w przypadku gdy sprawa dotyczy stref ekonomicznych dwóch państw, powinny one koordynować współpracę za pomocą

---

<sup>17</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 5 lutego 1963 r., 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen*, EU:C:1963:1.

<sup>18</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 15 lipca 1964 r., 6-64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, EU:C:1964:66.

<sup>19</sup> W. Czaplinski, A. Wyrozumski, *Prawo międzynarodowe...*, s. 437.

<sup>20</sup> K. Kozłowski, *Rola regionalnych międzynarodowych organizacji w realizacji koncepcji zrównoważonego rozwoju w Azji Wschodniej*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace” 2014, nr 2(18), s. 88, [http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element/ojs-doi-10\\_33119\\_KKESiP\\_2014\\_2\\_4/c/121-109.pdf](http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element/ojs-doi-10_33119_KKESiP_2014_2_4/c/121-109.pdf) (dostęp: 19.03.2023).

<sup>21</sup> R. Tavares, *Regional Security: The Capacity of International Organizations*, London 2009, s. 7, [https://books.google.com/books?hl=pl&lr=&id=aM2NAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=regional+international+organizations&ots=\\_NsNy7Y\\_GS&sig=TQ0-F13ylP2Dyo1HPY-qKQr7vrlY](https://books.google.com/books?hl=pl&lr=&id=aM2NAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=regional+international+organizations&ots=_NsNy7Y_GS&sig=TQ0-F13ylP2Dyo1HPY-qKQr7vrlY) (dostęp: 19.03.2023).

<sup>22</sup> Zob. art. 63 ust. 1 UNCLOS: „Jeżeli to samo stado albo stada współżyjących gatunków występują w wyłącznych strefach ekonomicznych dwóch lub więcej państw nadbrzeżnych, państwa te podejmują starania, bezpośrednio lub za pośrednictwem odpowiednich organizacji subregionalnych lub regionalnych, aby porozumieć się co do środków koniecznych dla skoordynowania i zapewnienia zachowania oraz rozwoju takich stad, bez uszczerbku dla innych postanowień niniejszej części”.



bezpośredniej komunikacji, a organizacje subregionalne/regionalne – zgodnie z rzymską premią *tres faciunt collegium* – przeznaczone są dla większej liczby powiązanych ze sobą regionalnie stref ekonomicznych. Występowanie spójnika „lub” w art. 63 ust 1 UNCLOS, mogące wywoływać poczucie, że niweluje racjonalność przedstawionej przez Tavaresa definicji, nie powinno jednak budzić wątpliwości dlatego, że w sferze stosunków międzynarodowych dwa państwa nie zakładają organizacji międzynarodowej, a jedynie zawierają bilateralne porozumienie.

Zgodnie z definicją ze *Słownika języka polskiego* słowo „region” oznacza „obszar względnie jednorodny, różniący się od terenów sąsiednich cechami naturalnymi bądź nabytymi na przestrzeni dziejów”<sup>23</sup>, a słowo „subregion” – „część regionu wyodrębnioną ze względu na charakterystyczny zespół cech”<sup>24</sup>. Podążając więc za treścią tych dwóch definicji, można założyć, że regionem byłby obszar Morza Bałtyckiego, subregionem zaś obszar, na którym położone są nadbałtyckie państwa skandynawskie. W kontekście zarządzania zasobami morskimi do celów interpretacyjnych wydaje się, że regionem można określać cały akwen morski opisany na układzie współrzędnych geograficznych, ten zaś akwen – w zależności od kontynentu, rodzaju surowców energetycznych czy surowców żywych – może zostać podzielony na subregiony zgodnie z cechami indywidualnymi obszaru opisywanego.

Brak ścisłej definicji regionu przy zastosowaniu prostego sylogizmu może powodować, że uprawnienia przyznane przez UNCLOS organizacji międzynarodowej nie mają legitymacji ze względu na nieobjęcie przez organizację członkostwem jednego państwa regionu/subregionu i w rezultacie utratę przymiotu organizacji regionalnej. Przedstawienie problemu interpretacyjnego i postulatów *de lege ferenda* dookreślających definicję organizacji subregionalnej/regionalnej powinno zostać przedstawione na kolejnych konferencjach prawa morza organizowanych pod agendą ONZ.

### 3. PRAWNA DEFINICJA ZASOBÓW MORSKICH

W odróżnieniu od pojęcia regionu oraz regionalnych/subregionalnych organizacji międzynarodowych międzynarodowe prawo morza wykształciło bardziej precyzyjną definicję legalną zasobów morskich, i chociaż niejednokrotnie UNCLOS odwołuje się do nich pod różnymi określeniami, to warto wskazać, że

<sup>23</sup> *Słownik języka polskiego*, hasło: region, WN PWN, <https://sjp.pl/region> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>24</sup> *Słownik języka polskiego*, hasło: subregion, WN PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/subregion;2525092> (dostęp: 19.03.2023).

zgodnie z zasadami podziału logicznego określenie „zasoby morskie” zawsze ma charakter nadrzędności nad pozostałymi zawartymi w tej konwencji.

W UNCLOS możemy znaleźć m.in.: „zasoby”, „zasoby obszaru”, „zasoby naturalne”, „zasoby mineralne”, „zasoby nieożywione”, „żywe zasoby”, „minerały”, „płynne lub gazowe zasoby mineralne”, „zasoby dna morskiego” oraz „zasoby podglebia”. Wszystkie desygnaty kryjące się pod tymi nazwami zakresowo stanowią element szeroko określanego terminu „zasoby morskie”. Definicję legalną „zasobów” odnajdujemy w art. 133 lit. a UNCLOS, zgodnie z którą zasoby „oznaczają wszystkie stałe, płynne lub gazowe zasoby mineralne, *in situ*, w Obszarze na dnie morskim lub pod jego dnem, łącznie z konkrekcjami polimetalicznymi”. Definicja ta nie jest definicją ogólną, gdyż odnosi się do części XI UNCLOS powiązanej z „obszarem” i warto zaznaczyć, że konwencja ta, opisując zasoby obszaru, opisuje je w art. 136 jako stanowiące „wspólne dziedzictwo ludzkości”. Zasoby obszaru są niezbywalne, chyba że pod postacią minerałów zostaną wydobyte za zgodą i zgodnie z procedurami uchwalonymi przez Międzynarodową Organizację Dna Morskiego. Warto zaznaczyć, że Konwencja genewska o morzu pełnym z dnia 29 kwietnia 1958 r.<sup>25</sup>, w kontekście zasobów naturalnych, powoływała się na możliwość występowania przeszkód przy układaniu podmorskich kabli i rurociągów wyłącznie w realizacji prawa do eksploatacji zasobów szelfu kontynentalnego.

W kontekście szelfu kontynentalnego UNCLOS doprecyzowała powyższe określenie zasobów naturalnych poprzez wskazanie, że stanowią one „zasoby mineralne oraz inne nieożywione zasoby”, a także „organizmy żywe należące do gatunków osiadłych” (art. 77 ust. 4). Warto zauważyć, że w zakresie eksploatacji zasobów „wód terytorialnych”<sup>26</sup> państwa, wykonując swoją wyłączną władzę jurysdykcyjną, mogą ustanawiać znaczenie zasobów morskich w swoim ustawodawstwie krajowym, zgodnie z art. 2 UNCLOS. Ustawa z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej<sup>27</sup> rozciąga definicję zasobów wydobywanych w obszarze wód terytorialnych o zasoby znajdujące się w obszarze wyłącznej strefy ekonomicznej i przedstawia pojęcie „zasobów naturalnych” jako zasoby żywe i mineralne dna mórz i wnętrza ziemi pod dnem oraz zasoby pokrywających dno wód morskich.

Sprawa definicji i regulacji związanej z działalnością sprzyjającą zachowaniu zasobów morskich została podjęta w związku z obszarem antarktycznym

<sup>25</sup> Konwencja weszła w życie w dniu 30 września 1962 r., została ratyfikowana przez 63 państwa, Rzeczpospolita Polska ratyfikowała konwencję w dniu 29 kwietnia 1962 r. (Dz.U. z 1963 r. nr 33, poz. 187), dalej: Konwencja o morzu pełnym. Zob. United Nations, Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, status at 12.03.2023, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI-2&chapter=21&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-2&chapter=21&clang=_en) (dostęp: 19.03.2023).

<sup>26</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2015, s. 226. Wody terytorialne należy rozumieć jako wody wewnętrzne i morze terytorialne.

<sup>27</sup> Dz.U. z 1991 r. nr 32, poz. 131, dalej: ustawa o obszarach morskich.

na łamach Konwencji o zachowaniu żywych zasobów morskich Antarktyki, sporządzonej w Canberrze dnia 20 maja 1980 r. (dalej: CCAMLR)<sup>28</sup>. Zgodnie z art. I ust. 2 CCAMLR: „żywe zasoby morskie Antarktyki” oznaczają „populacje ryb, mięczaków, skorupiaków oraz wszystkie inne gatunki żywych organizmów, włącznie z ptakami występującymi na południe od konwergencji antarktycznej”.

#### 4. WSPÓLPRACA PAŃSTW W ZARZĄDZANIU ZASOBAMI MORSKIMI

Powyższe rozważania wskazują, że kooperacja związana z zarządzaniem zasobami morskimi może przybierać różne formy, jednakże najbardziej skuteczną formę jest ona w stanie przybrać pod postacią organizacji międzyrządowych. Wspomniana Międzynarodowa Organizacja Dna Morskiego, dzięki ukonstytuowaniu jej ram instytucjonalnych na łamach UNCLOS, pomaga w zarządzaniu zasobami tzw. Obszaru, jej działalność zgodnie z art. 140 UNCLOS jest prowadzona przede wszystkim z korzyścią dla ludzkości, na podstawie zasady niedyskryminacji bez względu na geograficzne położenie państw. Pod jej auspicjami zarówno państwa członkowskie, jak i podmioty prywatne mogą prowadzić badania naukowe dotyczące zasobów Obszaru. Międzynarodowa Organizacja Dna Morskiego została wyposażona w kompetencje koordynacyjne, a jej obowiązkiem jest rozpowszechnianie wiedzy zdobytej na podstawie prowadzonych badań (art. 143 UNCLOS).

Obowiązkiem Organizacji Dna Morskiego, zgodnie z art. 145 UNCLOS, jest przyjmowanie odpowiednich procedur i regulacji o charakterze materialnym, skupiających wysiłki na zachowaniu, a także ochronie zasobów obszaru, przez co należy rozumieć tendencję prezerwacji fauny i flory, jak również zrównoważone wykorzystanie zasobów energetycznych Obszaru. Owocami pracy Międzynarodowej Organizacji Dna Morskiego jest wydanie m.in. regulacji dotyczących

---

<sup>28</sup> CCAMLR, Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CAMLR Convention), <https://www.ccamlr.org/en/organisation/camlr-convention-text> (dostęp: 19.03.2023). Konwencja weszła w życie w dniu 7 kwietnia 1982 r., ratyfikowana przez 36 państw – CCAMLR, Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (Canberra, 20 May 1980), Status List, last updated: 28 June 2022, [http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaty\\_list/depository/CCAMLR.html](http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaty_list/depository/CCAMLR.html) (dostęp: 19.03.2023). Polska ratyfikowała Konwencję w dniu 28 marca 1984 r. na podstawie oświadczenia rządowego z dnia 17 września 1984 r. w sprawie ratyfikacji przez Polską Rzeczpospolitą Ludową Konwencji o zachowaniu żywych zasobów morskich Antarktyki, sporządzonej w Canberrze dnia 20 maja 1980 r. (Dz.U. z 1984 r. nr 61, poz. 315); tekst Konwencji opubl.: Dz.U. z 1984 r. nr 61, poz. 314, ze sprost.

poszukiwań i eksploracji guzków polimetalicznych<sup>29</sup>, siarczków polimetalicznych<sup>30</sup> czy skorup żelazomanganowych bogatych w kobalt<sup>31</sup>, a także uzyskanie statusu obserwatora przy ONZ na mocy rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr A/RES/51/6<sup>32</sup>. Ostatecznie Międzynarodowa Organizacja Dna Morskiego podpisała z ONZ porozumienie o stosunkach między tymi dwiema organizacjami<sup>33</sup>, a następnie porozumienie to zostało zatwierdzone rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr A/RES/52/27.

Do wykonania postanowień CCAMLR powołano Komisję do spraw Zachowania Żywych Zasobów Morskich Antarktyki (Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, dalej: Komisja CCAMLR). Jej celem jest formułowanie, przyjmowanie i rewidowanie środków ochrony na podstawie najlepszych dostępnych informacji naukowych, do czego komisja ta została wyposażona w osobowość prawną i możliwość korzystania „na terytorium każdego Państwa Strony z takich uprawnień, jakie mogą okazać się niezbędne do pełnienia jej funkcji i osiągnięcia celów niniejszej konwencji”<sup>34</sup>.

Co roku na podstawie art. IX CCAMLR publikowany jest roczny raport ze spotkań Komitetu naukowego Komisji CCAMLR, który – jak do tej pory – zebrał się 38 razy, po raz ostatni między 21 a 25 października 2019 r. w Hobart w Australii. Przygotowany w 2019 r. raport podsumowywał nie tylko posiedzenie Komitetu, lecz także sprawozdania z posiedzeń jego organów pomocniczych, grup roboczych do spraw statystyki, zarządzania i monitorowania ekosystemami, oceny i modelowania, oceny zasobów rybnych, jak też podgrupy do spraw metod badań akustycznych i analiz<sup>35</sup>.

Komisja CCAMLR na podstawie raportów Komitetu naukowego – w nawiązaniu do przepisu art. IX CCAMLR ust. 1 lit. f – formułuje, przyjmuje i rewiduje „środki ochrony, opierając się na najlepszych dostępnych informacjach naukowych, zgodnie z postanowieniami ustępu 5 niniejszego artykułu”. Warto wskazać,

---

<sup>29</sup> ISBA/19/A/9 – Decision of the Assembly of the International Seabed Authority regarding the amendments to the Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area.

<sup>30</sup> ISBA/16/A/12/Rev.1 – Decision of the Assembly of the International Seabed Authority relating to the Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area.

<sup>31</sup> ISBA/18/A/11 – Decision of the Assembly of the International Seabed Authority relating to the Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-rich Ferromanganese Crusts in the Area. Zob. *International Seabed Authority Handbook 2019*, International Seabed Authority, 26.08.2019, <https://undocs.org/ISBA/18/A/11> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>32</sup> United Nations, Resolution adopted by the General Assembly, 4.11.1996, <https://undocs.org/A/RES/51/6> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>33</sup> United Nations, Digital Library, Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Seabed Authority, 14.03.1997, <https://digitallibrary.un.org/record/250557#record-files-collapse-header> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>34</sup> Zob. art. VIII CCAMLR.

<sup>35</sup> CCAMLR, Thirty-eighth Meeting of the Scientific Committee, Hobart, Australia, 21–25.10.2019, <https://www.ccamlr.org/en/sc-camlr-38> (dostęp: 19.03.2023).

że procedura przyjęcia określonych środków ochrony polega na powiadomieniu państwa będącego członkiem Komisji CCAMLR i zastosowaniu 180 dni *vacatio legis*. Jeżeli w tym okresie państwo członkowskie zgłosi, że nie może respektować danego środka ochrony, środek ten nie obowiązuje państwa zgłaszającego swój sprzeciw. Środki ochronne zostały przez Komisję CCAMLR podzielone na kategorie, a rok do roku można znaleźć zestawienie obowiązujących regulacji w harmonogramach obowiązywania środków ochronnych (*Schedule of Conservation Measures in Force*)<sup>36</sup>. Dla zachowania zasobów morskich szczególnie znaczenie ma zastosowanie środka ochronnego o oznaczeniu „Conservation measure – 26-01 (2019) – *General environmental protection during fishing*”<sup>37</sup>. W rozpoznaniu Komisji CCAMLR „niektóre działania związane z połowami mogą mieć wpływ na środowisko morskie Antarktyki” i „odegrały znaczącą rolę w wysiłkach CCAMLR zmierzających do zminimalizowania przypadkowej śmiertelności gatunków niebędących przedmiotem zwalczania, takich jak ptaki morskie i foki”<sup>38</sup> – niezbędne jest zatem, aby w obszarze antarktycznym zabronić statkom rybackim zanieczyszczania środowiska morskiego zrzutem olejów i paliwa do akwenu morskiego, a także zrzutu wszelkich śmieci, odpadów pokarmowych, ścieków oraz zatapiania podrobów i odrzutów w obszarze na południe od równoleżnika 60°S.

## 5. WSPÓLNA POLITYKA RYBOŁÓWSTWA UNII EUROPEJSKIEJ

Unia Europejska jako podmiot o charakterze ponadnarodowym wpisuje się w prowadzeniu swoich polityk wewnętrznych i zewnętrznych w zakres zainteresowania zachowania zasobów morskich. W głównej mierze dzieje się tak ze względu na prowadzenie polityki zachowania i eksploatacji zasobów żywych, nazwanej na potrzeby koordynacji państw członkowskich wspólną polityką rybołówstwa, która została wprowadzona w życie na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1380/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> CCAMLR, *Schedule of Conservation Measures in Force 2019/20*, <https://www.ccamlr.org/en/document/conservation-and-management/schedule-conservation-measures-force-2019/20> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>37</sup> Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR), Conservation Measure 26-1 (2019), <https://www.ccamlr.org/en/measure-26-01-2019> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 1.

<sup>39</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1380/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. w sprawie wspólnej polityki rybołówstwa, zmieniające rozporządzenia Rady (WE) nr 1954/2003 i (WE) nr 1224/2009 oraz uchylające rozporządzenia Rady (WE) nr 2371/2002

Głównymi celami wspólnej polityki rybołówstwa w kontekście prezentowanego tematu jest zrównoważona środowiskowo działalność połowowa, a także odbudowa i zachowanie populacji stad ryb powyżej poziomu biomasy zdolnego do uzyskania maksymalnego podtrzymywanego połowu. W tym celu rozporządzenie 1380/2013 wyposażyło Unię Europejską w kompetencję ustanawiania obszarów odbudowy stad ryb, określania wieloletnich planów polityki rybołówstwa, a także m.in. określenie odpowiednich środków technicznych definiujących cechy narzędzi połowowych (art. 7–9).

Unia Europejska – oprócz wewnętrznej polityki koordynacyjnej i integracyjnej – przyjęła w rozporządzeniu 1380/2013 także cele związane z działaniami zewnętrznymi, tj. powiązane z państwami niebędącymi państwami członkowskimi Unii Europejskiej oraz z organizacjami regionalnymi zarządzającymi zasobami morskimi. W ramach celów wskazanych jako znaczące można odnaleźć wsparcie wszelkich działań związanych z likwidacją nielegalnych, nieraportowanych i nieregulowanych połowów, a także tworzenie regionalnych organizacji regulujących rybołówstwo (art. 28 rozporządzenia 1380/2013). W art. 30 tego rozporządzenia wskazano, że w ramach współpracy międzynarodowej Unia Europejska podejmuje działania m.in. z pomocą Europejskiej Agencji Kontroli Rybołówstwa (EFCA)<sup>40</sup>, a przepisy poprzedzające nakazują – analogicznie do Komisji CCAMLR – działanie na podstawie najlepszych dostępnych opinii naukowych. EFCA przeprowadza zarówno kontrole, jak i inspekcje<sup>41</sup> oraz podejmuje wszelkie działania wchodzące w zakres wspólnej polityki rybołówstwa, przy czym z efektywności tych działań corocznie sporządzany jest raport, który ukazuje skalę problemów, z jakimi EFCA musi się mierzyć (np. w 2019 r. EFCA wykryła 116 uchybień proceduralnych po przeprowadzonych kontrolach na Morzu Bałtyckim)<sup>42</sup>.

Unia Europejska realizuje cele zewnętrznej polityki rybołówstwa poprzez zawieranie bilateralnych i multilateralnych umów zawieranych przez Komisję Europejską w imieniu Unii. Umowy bilateralne polegają na udostępnieniu przez państwo trzecie podmiotom z obszaru Unii dostępu do łowisk znajdujących

---

i (WE) nr 639/2004 oraz decyzję Rady 2004/585/WE (Dz.Urz. UE L 354, s. 22), dalej: rozporządzenie 1380/2013.

<sup>40</sup> European Fisheries Control Agency. Regulacje dotyczące EFCA zostały wprowadzone na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/473 z dnia 19 marca 2019 r. w sprawie Europejskiej Agencji Kontroli Rybołówstwa (Dz.Urz. UE L 83, s. 18), dalej: rozporządzenie 2019/473.

<sup>41</sup> Zob. art. 2 lit. a rozporządzenia 2019/473: „«kontrola i inspekcja» oznaczają wszelkie środki podejmowane przez państwa członkowskie, w szczególności na podstawie art. 5, 11, 71, 91 i 117 oraz tytułu VII rozporządzenia Rady (WE) nr 1224/2009, w celu dokonania kontroli i inspekcji działalności połowowej objętej zakresem wspólnej polityki rybołówstwa, w tym działania w zakresie nadzoru i monitorowania, takie jak satelitarne systemy monitorowania ruchu statków i działania w ramach systemów obserwacji”.

<sup>42</sup> European Fisheries Control Agency, Unit EU Waters and North Atlantic, 1.01.2019–31.12.2019, <https://www.efca.europa.eu/sites/default/files/atoms/files/2019%20-%20THE%20BALTIC%20SEA%20JOINT%20CAMPAIGN%20-%2012M%20REP%20WEB.pdf> (dostęp: 19.03.2023).

się w obszarach wyłącznych stref ekonomicznych tych państw, w zamian państwo spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego otrzymuje od Unii wsparcie sektorowe oparte na zasadach zrównoważonego rozwoju oraz wkładzie finansowym<sup>43</sup>. Na dzień 19 marca 2023 r. wiadomo, że do marca 2021 r. Unia Europejska zawarła dwanaście umów bilateralnych, w tym osiem dotyczących połowu tuńczyka i cztery dotyczące połowu mieszanego<sup>44</sup>. Na przykładzie umowy bilateralnej zawartej przez Komisję Europejską z rządem Republiki Zielonego Przylądka oraz protokołów do tej umowy<sup>45</sup> widać wyraźnie, jak wygląda kooperacja polityki rybołówstwa. Unia Europejska, posiadając kompetencje koordynacyjne względem państw członkowskich, zobowiązała się opłacać łącznie kwotę w wysokości 750 tys. euro rocznie, tytułem rekompensaty finansowej równej kwocie 350 tys. euro wsparcia na rozwój sektorowej polityki rybołówstwa oraz kwoty 400 tys. euro za dostęp do obszarów połowowych, wyliczoną na podstawie pojemności referencyjnej określonej w protokole na 8000 ton rocznie. Decyzją Rady<sup>46</sup> od 2019 do 2024 r. działalność połowową na obszarze Republiki Zielonego Przylądka wykonywać mogą trzy państwa: Francja, Hiszpania i Portugalia, przy czym liczba statków możliwych do wprowadzenia na obszar połowowy przyznana Unii jest równa liczbie 69 (sejnery do połowu tuńczyka – 28 statków, takłowce powierzchniowe – 27, klipy tuńczykowe – 14), przy czym warto zaznaczyć, że Hiszpania została upoważniona do wprowadzenia największej liczby statków – 45 (16 sejnery, 21 takłowców i 8 klipów).

Na podstawie powyższych przykładów dobrze widać wpływ Unii Europejskiej na międzynarodową koordynację wysiłków związanych ze zrównoważonym wykorzystaniem żywych surowców morskich, a zastosowane procedury regulują w sposób kompleksowy większość zagadnień technicznych, które mogą się pojawiać w sprawach międzynarodowego rybołówstwa państw członkowskich i ich potrzeb.

---

<sup>43</sup> European Commission, EU Maritime Security Strategy & Action Plan 2023, [https://ec.europa.eu/fisheries/cfp/international/agreements\\_pl](https://ec.europa.eu/fisheries/cfp/international/agreements_pl) (dostęp: 19.03.2023).

<sup>44</sup> <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/119/stosunki-miedzynarodowe-w-dziedzinie-rybolowstwa> (dostęp: 19.03.2023).

<sup>45</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 2027/2006 z dnia 19 grudnia 2006 r. w sprawie zawarcia Umowy partnerskiej w sprawie połowów między Wspólnotą Europejską a Republiką Zielonego Przylądka (Dz.Urz. UE L 414, s. 1).

<sup>46</sup> Wniosek. Decyzja Rady w sprawie podpisania, w imieniu Unii, oraz tymczasowego stosowania protokołu w sprawie wykonania Umowy partnerskiej w sprawie połowów między Wspólnotą Europejską a Republiką Zielonego Przylądka (lata 2019–2024), COM/2019/129 final, Bruksela, 13.03.2019 r.

## 6. ZAKOŃCZENIE

Międzynarodowe prawo morza stanowi skomplikowany system naczyń połączonych, który nie tylko ze względu na położenie danego akwenu, lecz także ze względu na rodzaj funkcjonującej organizacji międzynarodowej może bardzo komplikować zrozumienie sfery zależności między podmiotami na arenie międzynarodowej. Oczywiście jest, że rola organizacji międzynarodowych jest kluczem do zachowania surowców morskich, nie sposób jednak w obrębie jednej publikacji dokonać kompleksowej analizy postępowania wszystkich utworzonych organizacji międzyrządowych i ponadnarodowych, a już tym bardziej organizacji tworzonych przez NGO. W kontekście nieścisłości interpretacyjnych warto postawić postulat *de lege ferenda* dotyczący doprecyzowania definicji organizacji regionalnej i subregionalnej. W kontekście konwencji powołujących organizacje zarządzające zasobami widać tendencje do zachowania zasobów i wprowadzenia eksploatacji, której głównym założeniem jest zrównoważony rozwój. Może to oznaczać, że w ramach zarządzania zasobami państwa mogą kierować się niepisaną dyrektywą, której rdzeniem jest ochrona środowiska morskiego. Podkreślenia wymaga system procedur wykształcony przez organizacje międzynarodowe, oparty w głównej mierze na dokładnych badaniach naukowych, a także utworzenie doskonałej dostępności do informacji z działań wyżej wymienionych organizacji międzynarodowych.

## REFERENCES

- Bogacki P., *Zagadnienie podmiotowości prawnej w stosunkach międzynarodowych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 1997, t. VII, <http://ojs.tnkul.pl/index.php/rnp/article/download/4557/6734> (dostęp: 19.03.2023)
- CCAMLR, Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (Canberra, 20 May 1980), Status List, last updated: 28 June 2022, [http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaty\\_list/depositary/CCAMLR.html](http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaty_list/depositary/CCAMLR.html) (dostęp: 19.03.2023)
- CCAMLR, *Schedule of Conservation Measures in Force 2019/20*, <https://www.ccamlr.org/en/document/conservation-and-management/schedule-conservation-measures-force-2019/20> (dostęp: 19.03.2023)
- CCAMLR, Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (Canberra, 20 May 1980), Status List, last updated: 28 June 2022, [http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaty\\_list/depositary/CCAMLR.html](http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaty_list/depositary/CCAMLR.html) (dostęp: 19.03.2023)
- CCAMLR, Thirty-eighth Meeting of the Scientific Committee, Hobart, Australia, 21–25.10.2019, <https://www.ccamlr.org/en/sc-camlr-38> (dostęp: 19.03.2023)
- Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR), Conservation Measure 26-1 (2019), <https://www.ccamlr.org/en/measure-26-01-2019> (dostęp: 19.03.2023)
- Commission Sous-Regionale des Pêches (C.S.R.P.), Convention du 29 Mars 1985 Portant creation de la Commission Sous-Regionale des Pêches amendee le 14 Juillet 1993



- a Praia, Cap-Vert, <http://spcsrcp.org/spcsrcp/sites/default/files/CSRP-1993-ConvPraya.PDF> (dostęp: 19.03.2023)
- Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014
- European Commission, EU Maritime Security Strategy & Action Plan 2023, [https://ec.europa.eu/fisheries/cfp/international/agreements\\_pl](https://ec.europa.eu/fisheries/cfp/international/agreements_pl) (dostęp: 19.03.2023)
- European Fisheries Control Agency, Unit EU Waters and North Atlantic, 1.01.2019–31.12.2019, <https://www.efca.europa.eu/sites/default/files/atoms/files/2019%20-%20THE%20BALTIC%20SEA%20JOINT%20CAMPAIGN%20-%202012M%20REP%20WEB.pdf> (dostęp: 19.03.2023)
- Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2015
- International Seabed Authority Handbook 2019*, International Seabed Authority, 26.08.2019, <https://www.isa.org.jm/index.php/node/19341> (dostęp: 19.03.2023)
- Kamiński T., Myszona-Kostrzewa K., *Prawo międzynarodowe publiczne w pytaniach i odpowiedziach*, red. S. Sawicki, Warszawa 2012
- Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947 r. nr 23, poz. 90, z późn. zm.)
- Konwencja związkowa paryska o ochronie własności przemysłowej (Dz.U. z 1922 r. nr 8, poz. 58, z późn. zm.)
- Kozłowski K., *Rola regionalnych międzynarodowych organizacji w realizacji koncepcji zrównoważonego rozwoju w Azji Wschodniej*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace” 2014, nr 2(18), [http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.ojs-doi-10\\_33119\\_KKESiP\\_2014\\_2\\_4/c/121-109.pdf](http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.ojs-doi-10_33119_KKESiP_2014_2_4/c/121-109.pdf) (dostęp: 19.03.2023)
- Kuźniak B., Marcinko M., Ingelevič-Citak M., *Organizacje międzynarodowe*, Warszawa 2017
- Mazurkiewicz B., *Wydobywanie zasobów surowcowych dna mórz i oceanów naczelnym zadaniem morskiej polityki gospodarczej państwa*, „Górnictwo i Geoinżynieria”, 2011, nr 35(4/1), <https://www.infona.pl/resource/bwmeta1.element.baztech-article-AGHM-0039-0037/content/partDownload/1765db2b-f079-30e9-b9ba-8fa477584e26> (dostęp: 19.03.2023)
- Oświadczenie rządowe z dnia 8 lipca 1946 r. w sprawie ratyfikacji przez Polskę Karty Narodów Zjednoczonych podpisanej w Waszyngtonie dnia 16 października 1945 r. (Dz.U. z 1947 r. nr 23, poz. 91)
- Oświadczenie rządowe z dnia 17 września 1984 r. w sprawie ratyfikacji przez Polską Rzeczpospolitą Ludową Konwencji o zachowaniu żywych zasobów morskich Antarktyki, sporządzonej w Canberrze dnia 20 maja 1980 r. (Dz.U. z 1984 r. nr 61, poz. 315)
- Perkowski M., Szadkowska E., *Umieędzynarodowienie organizacji pozarządowych we współczesnym prawie międzynarodowym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2013, t. XI, [https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/150155/perkowski\\_szadkowska\\_umieędzynarodowienie\\_organizacji\\_pozarządowych\\_we\\_współczesnym\\_prawie\\_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/150155/perkowski_szadkowska_umieędzynarodowienie_organizacji_pozarządowych_we_współczesnym_prawie_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (dostęp: 19.03.2023)

- Rozporządzenie Rady (WE) nr 2027/2006 z dnia 19 grudnia 2006 r. w sprawie zawarcia Umowy partnerskiej w sprawie połowów między Wspólnotą Europejską a Republiką Zielonego Przylądka (Dz.Urz. UE L 414, s. 1)
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1380/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. w sprawie wspólnej polityki rybołówstwa, zmieniające rozporządzenia Rady (WE) nr 1954/2003 i (WE) nr 1224/2009 oraz uchylające rozporządzenia Rady (WE) nr 2371/2002 i (WE) nr 639/2004 oraz decyzję Rady 2004/585/WE (Dz.Urz. UE L 354, s. 22)
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/473 z dnia 19 marca 2019 r. w sprawie Europejskiej Agencji Kontroli Rybołówstwa (Dz.Urz. UE L 83, s. 18)
- Słownik języka polskiego*, hasło: region, WN PWN, <https://sjp.pl/region> (dostęp: 19.03.2023)
- Słownik języka polskiego*, hasło: subregion, WN PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/subregion;2525092> (dostęp: 19.03.2023)
- Surdej A., *Multilateralizm i organizacje międzynarodowe: zasady i instrumenty*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 4, <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/rpeis/article/download/17224/17798> (dostęp: 19.03.2023)
- Tavares R., *Regional Security: The Capacity of International Organizations*, London 2009, [https://books.google.com/books?hl=pl&lr=&id=aM2NAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=regional+international+organizations&ots=\\_NsNy7Y\\_GS&sig=TQ0-F13yIP2Dyo1HPYqKQr7vriY](https://books.google.com/books?hl=pl&lr=&id=aM2NAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=regional+international+organizations&ots=_NsNy7Y_GS&sig=TQ0-F13yIP2Dyo1HPYqKQr7vriY) (dostęp: 19.03.2023)
- United Nations, Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, status at 12.03.2023, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?s-rc=TREATY&mtdsg\\_no=I-1&chapter=1&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?s-rc=TREATY&mtdsg_no=I-1&chapter=1&clang=_en) (dostęp: 19.03.2023)
- United Nations, Digital Library, Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Seabed Authority, 14.03.1997, <https://digitallibrary.un.org/record/250557#record-files-collapse-header> (dostęp: 19.03.2023)
- United Nations, Oceans & Law of the Sea, Chronological lists of ratifications of, accessions and successions to the Convention and the related Agreements, 13.05.2022, [https://www.un.org/Depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](https://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm) (dostęp: 19.03.2023)
- United Nations, Resolution adopted by the General Assembly, 4.11.1996, <https://undocs.org/A/RES/51/6> (dostęp: 19.03.2023)
- WIPO-Administered Treaties, [https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=2](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2) (dostęp: 19.03.2023)
- Wniosek. Decyzja Rady w sprawie podpisania, w imieniu Unii, oraz tymczasowego stosowania protokołu w sprawie wykonania Umowy partnerskiej w sprawie połowów między Wspólnotą Europejską a Republiką Zielonego Przylądka (lata 2019–2024), COM/2019/129 final, Bruksela, 13.03.2019 r.
- WWF, Historia, <https://www.wwf.pl/o-nas/historia> (dostęp: 19.03.2023)
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 5 lutego 1963 r., 26-62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen, EU:C:1963:1
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 15 lipca 1964 r., 6-64, Flaminio Costa v. E.N.E.L., EU:C:1964:66

*Mariusz Tomaszuk*

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

e-mail: [tomaszuk.m@gmail.com](mailto:tomaszuk.m@gmail.com)

ORCID: 0000-0003-4669-9745

## **PRAWO DO SĄDU W DOBIE PANDEMII COVID-19<sup>1</sup>**

### **RIGHT TO JUSTICE IN THE ERA OF THE COVID-19 PANDEMIC**

#### **Abstract**

The right to court is one of the basic constitutional principles in the Polish legal order. The occurrence of COVID-19 forced the legislator to introduce a number of procedural solutions adjusting the judicial reality to this situation. Therefore, the institution of a remote hearing was introduced, the number of cases allowing for remote hearings increased, and greater emphasis was put on the presentation of written positions by the parties to the proceedings. It also significantly affected the preservation of the right to a court, especially in the case of persons less familiar with modern technology and without the support of a professional attorney. This article analyses the provisions introducing new institutions into the Polish civil procedure and leads to the conclusion that the adopted solutions violate the constitutional right to a court. The study touches upon a new subject in the literature on the subject, which undoubtedly constitutes an added value for this issue.

---

<sup>1</sup> Finansowanie własne (100%).

## KEYWORDS

right to court, COVID-19, remote hearings, code of civil procedure

## SŁOWA KLUCZOWE

prawo do sądu, COVID-19, rozprawy zdalne, Kodeks postępowania cywilnego

### 1. WSTĘP

Prawo do sądu stanowi jedną z zasad konstytucyjnych określonych w rozdziale II Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>2</sup>. Emanacja tej zasady jest widoczna w procedurze sądowej określonej na gruncie przepisów proceduralnych – czy to Kodeksu postępowania cywilnego<sup>3</sup>, Kodeksu postępowania karnego<sup>4</sup>, czy to ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>5</sup>. W każdej z tych ustaw wprowadzono wiele instytucji oraz procedur, które umożliwiają w pełni zachowanie prawa do sądu nie tylko dla osób już zaangażowanych w postępowanie sądowe jako strony, lecz także dla osób potencjalnie zainteresowanych zainicjowaniem postępowania sądowego ze względu na potrzebę ochrony ich praw.

Oczywiste jest, że prawo do sądu nie jest prawem nieograniczonym, jak każde z praw. Może ono podlegać ograniczeniom, np. ze względu na ważny interes stron, interes państwowy czy inne względy. Jednakże pandemia COVID-19, która wybuchła w marcu 2020 r., w istotnym zakresie wpłynęła na procedury sądowe, a przez to także na zasadę prawa do sądu. Wprowadzono bowiem regulacje, które w pewien sposób można uznać za ograniczające prawo do sądu określonego kręgu osób.

Niniejszy artykuł ma na celu przeanalizowanie przepisów wprowadzonych w związku z zaistnieniem stanu epidemii COVID-19 na terytorium Polski w kontekście ich wpływu na konstytucyjne prawo do sądu. Analiza obejmuje przepisy dotyczące procedury cywilnej, wprowadzone na gruncie ustawy z dnia 2 marca

---

<sup>2</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.).

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805, z późn. zm.).

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375, z późn. zm.).

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2023 r. poz. 259, z późn. zm.).

2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych<sup>6</sup>. Badaną na gruncie tego artykułu hipotezą jest stwierdzenie, że wprowadzone w marcu 2020 r. przepisy dotyczące procedury cywilnej w znacznym stopniu wpłynęły na realizację prawa do sądu określonego kręgu obywateli – w szczególności tych mniej zaznajomionych ze współczesną technologią oraz pozbawionych wsparcia profesjonalnego pełnomocnika. W artykule zostanie zastosowana metoda badawcza formalnodogmatyczna. Przeprowadzona analiza opiera się na polskich aktach prawnych, dorobku orzecznictwa oraz polskiej literaturze przedmiotu.

## 2. ZASADA PRAWA DO SĄDU

Prawo do sądu pełni funkcję gwarancyjną względem innych praw i wolności, stanowi podstawowy środek ochrony uprawnień podlegający bezpośredniemu stosowaniu. Zasada ta znajduje się na styku różnych dziedzin prawa, w szczególności prawa procesowego oraz prawa konstytucyjnego<sup>7</sup>.

Prawo do sądu jako zasadę ustrojową i konstytucyjną statuuje kilka przepisów konstytucyjnych: art. 45, art. 77 ust. 2 oraz art. 78<sup>8</sup>. Na szczególną uwagę zasługuje art. 45 Konstytucji RP, który poprzez umieszczenie go w rozdziale zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela” został podniesiony do rangi prawa podstawowego, a więc mającego charakter zasadniczy, i w związku z tym należy mu przypisać wyższą moc prawną od innych praw i wolności<sup>9</sup>.

Artykuł 45 Konstytucji RP stanowi, że:

„1. Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

---

<sup>6</sup> Dz.U. z 2021 r. poz. 2095, z późn. zm., dalej: u.COVID. Analizie zostanie poddana treść przepisów obowiązująca na dzień opracowywania niniejszego artykułu – 9 kwietnia 2022 r., a więc z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 28 maja 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1090).

<sup>7</sup> M. Żak, *Prawo do sądu jako element zasady dobrego rządzenia w świetle orzecznictwa z zakresu praw człowieka*, „Palestra” 2020, nr 2, 72–84.

<sup>8</sup> Poza normami konstytucyjnymi kwestię prawa do sądu poruszają także regulacje międzynarodowe – przede wszystkim art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz związane z tym orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zob. C. Kulesza, *Rozprawa zdalna oraz zdalne posiedzenie aresztowe w świetle konwencyjnego standardu praw oskarżonego*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, t. 26, nr 3, s. 206 i n.

<sup>9</sup> W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 33; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 456.

2. Wyłączenie jawności rozprawy może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny. Wyrok ogłaszany jest publicznie”.

Z powyższego przepisu wynika kilka elementów składających się na konstytucyjne prawo do sądu. Zgodnie z dorobkiem doktryny są to:

- 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo uruchomienia procedury przed sądem;
- 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności;
- 3) prawo do orzeczenia sądowego, czyli do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia swojej sprawy<sup>10</sup>.

Artykuł 77 ust. 2 Konstytucji RP stanowi natomiast, że: „Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw”.

Zgodnie zaś z art. 78 Konstytucji RP: „Każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa”.

Powyższe regulacje konstytucyjne łącznie ustanawiają prawo do sądu. Jednakże, czytając i rozpatrując te przepisy, należy mieć także na uwadze inne normy wpisane w polską Konstytucję, które mają charakter pomocniczy przy interpretowaniu przytoczonych przepisów. Stosując prawo do sądu, należy także pamiętać o takich zasadach konstytucyjnych, jak zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) oraz zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego i wymóg określoności przepisów regulujących prawo do sądu (art. 176 Konstytucji RP)<sup>11</sup>. Dopiero analiza wszystkich tych przepisów pozwala na wyprowadzenie pełnej i zgodnej z Konstytucją RP zasady prawa do sądu.

Biorąc pod uwagę lapidarność i niedookreśloność norm konstytucyjnych, rozwinięcie zasady prawa do sądu nastąpiło w doktrynie oraz orzecnictwie. W ten sposób wypracowano najważniejsze elementy składające się na prawo do sądu:

- 1) prawo do sprawiedliwego wyroku sądowego wraz z uzasadnieniem<sup>12</sup>;
- 2) prawo dostępu do właściwego sądu<sup>13</sup>;

<sup>10</sup> P. Tuleja, (w:) P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radzewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, LEX/el. 2021, komentarz do art. 45.

<sup>11</sup> M. Żak, *Prawo do sądu...*, s. 72–84.

<sup>12</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 grudnia 2008 r., P 17/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2008, nr 10, poz. 179.

<sup>13</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 września 2004 r., P 4/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2004, nr 8, poz. 81; postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 października 2010 r., II OSK 1912/10, LEX nr 743349. W doktrynie powszechnie uważa się przy tym, że prawo dostępu do sądu na gruncie postępowania cywilnego oznacza prawo zainicjowania postępowania sądowego. Natomiast na gruncie postępowania karnego jest ono interpretowane nieco inaczej – jako prawo do rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, z zachowaniem naczelnych zasad i fundamentalnych gwarancji procesowych.

- 3) prawo do rozpoznania sprawy w odpowiednio określonej procedurze sądowej (przez co rozumie się np. odpowiednie uwzględnienie środków dowodowych i odwoławczych, prawo do obrony i przedstawienia argumentów na swoją korzyść, prawo do jawnego, uczciwego i rzetelnego procesu, prawo do rozstrzygnięcia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki)<sup>14</sup>;
- 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji konstytucyjnych organów wymiaru sprawiedliwości<sup>15</sup>;
- 5) zobowiązanie organów władzy publicznej do takiego określenia organów wymiaru sprawiedliwości, aby były one niezależne, bezstronne, niezawisłe i mogły orzekać we wszystkich rodzajach spraw<sup>16</sup>;
- 6) prawo jednostki do dostępu do sądu i uzyskanie wiążącego rozstrzygnięcia sprawy<sup>17</sup>;
- 7) prawo do uzyskania skutecznej egzekucji wydanego przez odpowiedni sąd wyroku<sup>18</sup>.

Dopiero wszystkie powyższe elementy rozpatrywane łącznie (przy uwzględnieniu także pomocniczych norm konstytucyjnych) stanowią prawo do sądu określone w Konstytucji RP. Brak któregośkolwiek z wymienionych elementów może stanowić o tym, że prawo do sądu w danej sprawie zostało naruszone<sup>19</sup>.

Istotne jest również wskazanie, że prawo do sądu ma maksymalnie szeroki zasięg podmiotowy. Wynika to wprost z przepisów konstytucyjnych, które w swej treści zawierają wyraźne sformułowania: „każdy” oraz „nikomu” – wskazuje to na brak jakichkolwiek ograniczeń podmiotowych. Prawo do sądu nie jest uzależnione od posiadania polskiego obywatelstwa, przysługuje każdej osobie

---

<sup>14</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2000 r., SK 12/99, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2000, nr 5, poz. 143; wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: z dnia 22 marca 2007 r. w sprawach Siałkowska przeciwko Polsce (skarga nr 8932/05) i Staroszczyk przeciwko Polsce (skarga nr 59519/00); z dnia 7 lipca 2007 r. w sprawie Bobek przeciwko Polsce (skarga nr 68761/01); z dnia 10 września 2010 r. w sprawie McFarlane przeciwko Irlandii (skarga nr 31333/06); z dnia 30 października 1998 r. w sprawie Styranowski przeciwko Polsce (skarga nr 28616/95); z dnia 26 października 2000 r. w sprawie Kudła przeciwko Polsce (skarga nr 30210/96).

<sup>15</sup> Wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2007, nr 9, poz. 108; z dnia 12 lipca 2011 r., SK 49/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2011, nr 6, poz. 55; z dnia 23 listopada 2016 r., K 6/14, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2016, poz. 98.

<sup>16</sup> D. Lis-Staranowicz, *Konstytucyjne środki ochrony wolności i praw*, (w:) M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2016, s. 240.

<sup>17</sup> D. Lis-Staranowicz, *Konstytucyjne środki...*, s. 241.

<sup>18</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2003 r., K 28/02, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2003, nr 2, poz. 18.

<sup>19</sup> Naruszenie prawa do sądu może mieć, co do zasady, dwa wymiary: szeroki – w sytuacji, gdy mówimy o naruszeniu fundamentalnych gwarancji procesowych; węższy – gdy mowa jest o naruszeniu określonych praw podmiotowych w toku toczącego się postępowania. Por. M. Żak, *Prawo do sądu...*, s. 72–84.

fizycznej, jak i prawnej, a także podmiotom, którym ustawa nadała zdolność prawną<sup>20</sup>. Należy jednak wskazać na istotne rozróżnienie – brak podmiotowego ograniczenia prawa do sądu nie oznacza jednocześnie, że prawo to jest również nieograniczone przedmiotowo; nie każdej sprawie można nadać bieg przed właściwym sądem<sup>21</sup>.

### 3. PROCEDURA SĄDOWA W CZASACH PANDEMII COVID-19

Wybuch pandemii COVID-19 w marcu 2020 r. i związane z tym wprowadzenie *lockdownu* wymusiło na polskim ustawodawcy przyjęcie wielu przepisów dostosowujących funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, a więc także procedur sądowych, do nowej rzeczywistości. Przepisy te zostały wprowadzone na mocy ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

Najważniejszą zmianą, do tej pory zupełnie niestosowaną w polskim sądownictwie, było umożliwienie przeprowadzania tzw. rozpraw odmiejscowionych (zdalnych), co reguluje art. 15zsz<sup>1</sup> pkt 1 u.COVID. Zgodnie z tym przepisem w okresie obowiązywania stanu epidemii, stanu zagrożenia epidemicznego oraz w rok po zakończeniu każdego z tych stanów, w sprawach rozpatrywanych zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania cywilnego, rozprawę lub posiedzenie jawne przeprowadza się przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie ich na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Regulacja ta pozwoliła na prowadzenie rozpraw w sytuacji, gdyż każdy z podmiotów uczestniczących w rozprawie (sędzia, strony, pełnomocnicy, publiczność<sup>22</sup>) znajduje się w innym miejscu i miejscem tym nie jest budynek sądu, przed którym toczy się dana sprawa (nie dotyczy to jednak sędziów,

---

<sup>20</sup> B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 238; M. Zubik, *Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 3, s. 9; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 110. W kontekście podmiotów publicznych należy jednak zwrócić uwagę na istotne rozróżnienie – prawo do sądu podmiotom takim przysługuje jedynie w takim zakresie, w jakim nie wykonują zadań publicznych, a poszukują ochrony sądowej. Por. H. Pietrzykowski, *Prawo do sądu (wybrane zagadnienia)*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 11–12, s. 6–7.

<sup>21</sup> Z.R. Kmiecik, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2001 r.*, III RN 45/00, „Państwo i Prawo” 2002, nr 10, s. 110–111.

<sup>22</sup> W kontekście publiczności należy wskazać, że jej udział w rozprawach jest różnie zapewniany przez sądy – brak jest spójnych i skoordynowanych działań w tym zakresie. Zob. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Nowe technologie, nowa sprawiedliwość, nowe pytania. Wdrażanie nowych technologii w wymiarze sprawiedliwości*, Warszawa 2021, s. 179.



którzy nawet rozprawy odmiejscowione prowadzą z sal sądowych znajdujących się w budynkach sądów<sup>23</sup>).

Ten sam przepis w punkcie 2 jednocześnie umożliwił sędziom wyznaczanie i odbywanie posiedzeń niejawnych zawsze wtedy, gdy rozpoznanie sprawy zostanie uznane za konieczne, a przeprowadzenie wymaganych przez ustawę rozprawy lub posiedzenia jawnego mogłoby wywołać nadmierne zagrożenie dla zdrowia osób w nich uczestniczących i nie można przeprowadzić ich na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, a żadna ze stron nie sprzeciwiła się przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego w terminie 7 dni od dnia doręczenia zawiadomienia ich o skierowaniu sprawy na posiedzenie niejawne. Oznacza to, że każdorazowo, gdy z jakichkolwiek powodów nie ma możliwości przeprowadzenia ani rozprawy stacjonarnej, ani odmiejscowionej, sąd ma możliwość rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym, tzn. bez osobistego uczestnictwa stron, a jedynie na podstawie stanowisk i dowodów zaprezentowanych w formie pisemnej. Przepis ten został ponadto tak skonstruowany, że skłania raczej do kierowania spraw na posiedzenia niejawne<sup>24</sup>.

Łączy się z tym także treść art. 15zsz<sup>2</sup> u.COVID, na podstawie którego umożliwiono odbieranie stanowisk końcowych od stron postępowania na piśmie, jeżeli postępowanie dowodowe zostało zakończone w całości. Tym samym ponownie umożliwiono przeprowadzenie całego postępowania bez osobistego udziału stron.

Na mocy nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 4 lipca 2019 r. (która weszła w życie dnia 7 listopada 2019 r.) sąd drugiej instancji, co do zasady, może rozpoznać sprawę na posiedzeniu niejawnym, przy czym dotyczy to jedynie tych apelacji, które zostały wniesione po dniu wejścia w życie nowelizacji. Jednakże, zgodnie z obowiązującym do momentu wejścia w życie ustawy z dnia 28 maja 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, art. 15zsz<sup>3</sup> ust. 1 i 2 u.COVID, rozpoznanie apelacji na posiedzeniu niejawnym zostało rozszerzone na wszystkie apelacje, także te, których nie obejmowałaby wspomniana nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego. W ten sposób umożliwiono *de facto* przeprowadzenie całego postępowania na szczeblu drugiej instancji bez bezpośredniego udziału stron, a jedynie na podstawie zaprezentowanych przez nie stanowisk pisemnych. Przepis ten obowiązywał do dnia 2 lipca 2021 r.

Z powyższymi regulacjami w ścisłym związku pozostaje także treść art. 271<sup>1</sup> k.p.c., który nie został, co prawda, wprowadzony w związku z zaistnieniem pan-

<sup>23</sup> Pojawiały się jednak w niektórych sądach, np. w Sądzie Okręgowym w Warszawie, rozwiązania umożliwiające uczestnictwo stronom postępowania w rozprawie w budynku sądu, ale w innym, specjalnie przygotowanym pomieszczeniu, przy użyciu sprzętu zapewnionego przez sąd. Por. Sąd Okręgowy w Warszawie, *Rozprawy zdalne – co warto wiedzieć*, <https://bip.warszawa.so.gov.pl/artukul/1921/7376/rozprawy-zdalne> (dostęp: 10.04.2022).

<sup>24</sup> Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Prawa człowieka w dobie pandemii*, Warszawa 2021, s. 26–28.

demii COVID-19, ale na mocy nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 4 lipca 2019 r., jednakże istotnie wpływa na realizację prawa do sądu na gruncie obecnie obowiązującej procedury cywilnej. Zgodnie z tym przepisem umożliwiono złożenie przez świadka zeznań na piśmie, w przypadku gdy sąd tak zadecyduje.

Przytoczone przepisy miały za zadanie usprawnić procedurę sądową w sytuacji, gdy pożądane było maksymalne ograniczenie kontaktów społecznych i cel ten został osiągnięty, ale jednocześnie w dużym stopniu utrudniło to uczestnictwo w procedurze sądowej osobom mniej samodzielny czy pozbawionym wsparcia profesjonalnego pełnomocnika.

#### **4. WPŁYW PRZEPISÓW U.COVID NA SYTUACJĘ PROCESOWĄ STRON POSTĘPOWAŃ SĄDOWYCH**

Przytoczone przepisy u.COVID oraz Kodeksu postępowania cywilnego wprowadziły do postępowania cywilnego następujące nowe rozwiązania:

- 1) rozprawy odmiejscowione;
- 2) rozpatrywanie spraw na posiedzeniach niejawnych;
- 3) rozpatrywanie apelacji na posiedzeniach niejawnych;
- 4) prezentowanie przez strony stanowisk tylko na piśmie;
- 5) pisemne zeznania świadków.

Instytucje te bez wątpienia wpłynęły na stanowisko stron uczestniczących w postępowaniach sądowych. Przede wszystkim ograniczyły bezpośrednio uczestnictwo podmiotów zainteresowanych w toczącej się sprawie, wpływając istotnie na możliwość prezentowania przez strony swoich stanowisk i twierdzeń w sprawie, a także przeprowadzanie dowodów w toku postępowania.

Rozprawy odmiejscowione, o ile zdecydowanie ograniczyły kontakty społeczne w sferze postępowań sądowych, o tyle jednocześnie stały się swego rodzaju wyzwaniem dla osób w nich uczestniczących. Jeżeli strona postępowania reprezentowana jest przez profesjonalnego pełnomocnika, to zazwyczaj nie ma z takimi rozprawami większych problemów – pełnomocnicy są w stanie skontaktować się z sądem w celu uzyskania linku do rozprawy, wyjaśnienia problemów technicznych, zazwyczaj są też obcy z technicznymi aspektami prowadzenia rozpraw online (w wyniku ich codziennej pracy wykonywanej przed komputerem).

Natomiast w przypadku osób pozbawionych wsparcia profesjonalnego pełnomocnika mogą się pojawiać i pojawiają się problemy z uczestnictwem w rozprawach odmiejscowionych, radzeniem sobie z aspektami technicznymi takiego uczestnictwa czy wreszcie aspektem zaufania do sądu lub postrzegania powagi

sądu przy braku osobistej wizyty na sali rozpraw. Zgodnie z danymi za rok 2021 nadal około 5 milionów Polaków nigdy nie posługiwało się komputerem – są to także osoby pozbawione dostępu do Internetu<sup>25</sup>. Wynika z tego, że około 13% Polaków jest wykluczonych z cyfrowego życia, a przez to – w przypadku uczestnictwa takich osób w postępowaniu sądowym – osoby te nie miałyby możliwości uczestnictwa w rozprawie odmiejscowionej zarówno z powodu braku dostępu do Internetu i komputera, jak i z powodu braku umiejętności posługiwania się tymi zdobyczami techniki.

Pojawiły się zatem uzasadnione wątpliwości, czy rozwiązania dotyczące instytucji rozpraw odmiejscowionych nie narażają na stawianie zarzutów naruszania art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a więc naruszania prawa do sądu, jak również na ryzyko postawienia skutecznego zarzutu niezgodności z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>26</sup>. W szczególności, że biorąc pod uwagę orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, sprawność prowadzenia postępowania nie może być przesłanką uzasadniającą naruszanie jakichkolwiek praw podmiotowych<sup>27</sup>.

Wprowadzenie możliwości rozpoznawania spraw na posiedzeniach niejawnych istotnie ograniczyło wpływ stron postępowania na jego przebieg. O ile, podobnie jak w przypadku rozpraw odmiejscowionych, przy zaangażowaniu w postępowanie profesjonalnego pełnomocnika problem ten właściwie nie istnieje, o tyle przy braku pełnomocnika strony postępowania mają istotnie ograniczony udział w postępowaniu. Wynika to przede wszystkim z ograniczonej znajomości procedury sądowej przez osoby niebędące prawnikami, a przez to wysokie prawdopodobieństwo popełnienia błędu wpływającego istotnie na ich sytuację procesową, jak też ograniczenia związane z wyrażaniem stanowisk i wniosków w formie pisemnej, a nie ustnej – potencjalny brak zrozumienia intencji nadawcy przez adresata, jak również brak zgodności kierowanych pism z wymogami formalnymi czy procedurami, co skutecznie może przedłużyć postępowanie, a w najbardziej negatywnym scenariuszu – także pogorszyć sytuację procesową strony postępowania.

Powyższe uwagi dotyczą także rozwiązań dotyczących prezentowania przez strony stanowisk na piśmie oraz instytucji pisemnych zeznań świadków.

Za istotny czynnik wpływający na poziom uczestnictwa stron postępowania należy także uznać poziom zaufania społeczeństwa do nowych technologii, szcze-

<sup>25</sup> Federacja Konsumentów, *Wykluczenie cyfrowe podczas pandemii*, 2021.

<sup>26</sup> Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284, z późn. zm. Zob. K. Kurczewska, *Ocena skutków regulacji zawartych w projekcie nowelizacji ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 899)*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2021, nr 2, s. 230.

<sup>27</sup> Wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 13 stycznia 2004 r., SK 10/03, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2004, nr 1, poz. 2; z dnia 15 kwietnia 2009 r., SK 28/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 4, poz. 48.

gólnie w relacji obywatel – organy państwowe, a także oparcia kontaktu jedynie na formule wymiany pism, bez bezpośredniego kontaktu z daną instytucją.

## 5. PRZEPISY U.COVID A PRAWO DO SĄDU

Biorąc pod uwagę przytoczone przepisy u.COVID oraz praktyczne problemy związane z korzystaniem z wprowadzanych na mocy u.COVID rozwiązań przez osoby zainteresowane skorzystaniem z drogi sądowej, należy się zastanowić, na ile przepisy u.COVID wpłynęły na konstytucyjną zasadę prawa do sądu.

Odwołując się do przytoczonych w niniejszym artykule elementów składających się na prawo do sądu, które zostały wywiedzione przez orzecznictwo i doktrynę, szczególną uwagę w kontekście przepisów u.COVID zwraca prawo do rozpoznania sprawy w odpowiednio określonej procedurze sądowej. Przez procedurę sądową rozumie się np. odpowiednie uwzględnienie środków dowodowych i odwoławczych, prawo do obrony i przedstawiania argumentów na swoją korzyść, prawo do jawnego, uczciwego i rzetelnego procesu czy też prawo do rozstrzygnięcia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki.

Analizując przepisy u.COVID, na rozważenie zasługuje fakt, na ile wpływają one na prawo do obrony i przedstawiania argumentów przez strony postępowania na swoją korzyść. Wydawać by się mogło, że u.COVID pozwala na pełne zachowanie prawa do obrony i wszelkich związanych z tym prawem czynności, gdyż w żaden sposób nie zamyka możliwości podejmowania określonych kroków przed właściwym sądem. Zważywszy jednak na wątpliwości co do możliwości korzystania przez osoby zainteresowane z rozwiązań wprowadzanych przez u.COVID, dokładniejsza analiza prowadzi do wniosku, że u.COVID w pewnym zakresie ogranicza możliwości podejmowania czynności procesowych przez osoby niebędące profesjonalnymi pełnomocnikami.

W szczególności należy wskazać, że wprowadzenie rozpraw odmiejscowionych w istocie pozwoliło na rozpatrywanie spraw przy zachowaniu wszelkich zasad bezpieczeństwa<sup>28</sup>, jednakże utrudniło, a nawet uniemożliwiło uczestnictwo w takich rozprawach osób pozbawionych dostępu do komputera czy Internetu, a także tych, którzy nie umieją posługiwać się narzędziami telekomunikacyjnymi do przesyłu obrazu i dźwięku na odległość. Brak jest dostępnych badań, jaka może być skala takiej niedostępności, jednakże bez wątpienia grupa osób, która ma utrudniony dostęp do nowszych technologii, stanowi istotną część społeczeństwa (osoby starsze).

Pojawiają się opinie, że argumenty o braku sprzętu czy dostępu do Internetu umożliwiającego wzięcie udziału w rozprawie odmiejscowionej należy trakto-

<sup>28</sup> K. Kurczewska, *Ocena skutków regulacji...*, s. 233.

wać tak samo jak usprawiedliwianie nieobecności na rozprawie tradycyjnej ze względu na nieposiadanie samochodu, którym można na nią dojechać. Można tej analogii przyznać pewną rację, nie należy jednak zapominać o realiach, w jakich żyje istotna część polskiego społeczeństwa. Wciąż mamy bowiem w Polsce grupę osób cyfrowo wykluczonych, a wykluczenie to polega nie tylko na braku odpowiedniego sprzętu, lecz także wynika z braku umiejętności posługiwania się nim z różnych względów<sup>29</sup>.

Wprowadzenie możliwości rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym może prowadzić do sytuacji, gdy sprawy będą rozpoznawane tylko na posiedzeniach niejawnych – gdy nie będzie możliwości zorganizowania rozprawy odmiejscowionej (ze względu na problemy techniczne sygnalizowane w tym artykule), a rozprawa stacjonarna będzie się wiązała z zagrożeniem dla zdrowia, a nawet życia jej uczestników. W efekcie uczestnictwo stron postępowania w sprawie będzie minimalne, z oczywistą szkodą dla ich konstytucyjnego prawa do sądu<sup>30</sup>.

Również ograniczenie uczestnictwa stron jedynie do formuły pisemnej może być uznane w określonych przypadkach jako ograniczenie prawa do sądu obywateli – obywatel nieznający dokładnie procedur sądowych, a także pozbawiony wsparcia profesjonalnego pełnomocnika nie będzie w stanie podjąć wszelkich niezbędnych do zachowania swoich praw czynności, a także – z dużym prawdopodobieństwem – będzie miał problemy z odpowiednim przedstawieniem swojego pisemnego stanowiska. Co więcej, niezachowanie określonych wymogów formalnych związanych z przedstawianiem stanowisk na piśmie będzie prowadzić do przedłużenia prowadzonego postępowania, a w skrajnych wypadkach – także do negatywnych skutków procesowych dla danej strony (np. przez odrzucenie pisma zawierającego określone wnioski dowodowe czy kluczowe dla sprawy twierdzenia).

## 6. ZAKOŃCZENIE

Wprowadzone na mocy u.COVID rozwiązania prawne z jednej strony zapobiegają rozprzestrzenianiu się choroby zakaźnej wywołanej wirusem COVID-19, z drugiej strony – w istotny sposób wpływają na pozycję procesową stron postępowania, w skrajnych przypadkach ograniczając ich konstytucyjne prawo do sądu.

Wprowadzenie rozpraw odmiejscowionych – w kontekście zasady bezpośredniości i jawności zapewniających realizację prawa do rzetelnego procesu – jest, co prawda, w świetle zagrożenia epidemiologicznego rozwiązaniem właściwym

<sup>29</sup> K. Jasińska, *E-rozprawa w postępowaniu cywilnym a prawo do sądu i możliwość obrony swych praw*, „Studia Prawnicze” 2021, nr 2, s. 32.

<sup>30</sup> K. Kurczewska, *Ocena skutków regulacji...*, s. 230–231.

i wymagany, ale pod warunkiem odpowiedniego zarządzania ryzykiem wiążącym się z zapewnieniem i używaniem sprzętu, oprogramowania, sieci oraz zachowania uczestników rozpraw prowadzonych w tej formie. Co więcej, ta forma prowadzenia rozpraw przy braku zabezpieczenia związanych z tym ryzyk narzuca na ryzyko postawienia skutecznego zarzutu niezgodności z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP bądź z art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>31</sup>.

Ponadto należy jeszcze wskazać, że w świetle ugruntowanych poglądów doktryny i judykatury pozbawienie strony możliwości obrony swych praw w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c. zachodzi wówczas, gdy z powodu uchybienia przez sąd przepisom postępowania (a za takie należałoby uznać wyznaczenie rozprawy w trybie tradycyjnym w sytuacji, gdy ustawodawca jako zasadę przewidział tryb zdalny) strona wbrew swojej woli została faktycznie pozbawiona możliwości działania w postępowaniu lub jego istotnej części, jeżeli skutków tego uchybienia nie można było usunąć przed wydaniem orzeczenia w danej instancji<sup>32</sup>. Przepisy u.COVID stwarzają wobec tego więcej możliwości stawiania zarzutów nieważności postępowania.

Wprowadzenie możliwości rozpoznawania spraw na posiedzeniach niejawnych wraz z przedstawianiem przez strony stanowisk na piśmie, a także zeznań świadków w formie pisemnej w istotny sposób wpływa na ograniczenie prawa stron postępowania do sądu, uniemożliwiając pełne uczestnictwo w prowadzonych sprawach sądowych. Problem ten został także zauważony przez Helsińską Fundację Praw Człowieka jako ograniczający prawa człowieka i obywatela w dobie pandemii i wymagający wielkiej uważności ze strony sądów i sędziów prowadzących postępowania – tak, aby ryzyka związane z naruszeniem prawa do sądu zostały w możliwie najszerszym stopniu zminimalizowane, co będzie także z korzyścią dla pewności prowadzonych postępowań (wyeliminowanie ryzyka podnoszenia zarzutów nieważności postępowania)<sup>33</sup>.

## REFERENCES

Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009

Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008

Federacja Konsumentów, *Wykluczenie cyfrowe podczas pandemii*, 2021

Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Nowe technologie, nowa sprawiedliwość, nowe pytania. Wdrażanie nowych technologii w wymiarze sprawiedliwości*, Warszawa 2021

<sup>31</sup> K. Kurczewska, *Ocena skutków regulacji...*, s. 236–237.

<sup>32</sup> Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 21 lutego 2019 r., II PK 279/17, LEX nr 2623764; z dnia 15 lipca 2010 r., IV CSK 84/10, LEX nr 621352; z dnia 27 maja 1999 r., II CKN 318/98, LEX nr 319621; z dnia 10 maja 1974 r., II CR 155/74, LEX nr 4895.

<sup>33</sup> Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Nowe technologie...*, s. 28–31.

- Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Prawa człowieka w dobie pandemii*, Warszawa 2021
- Jasińska K., *E-rozprawa w postępowaniu cywilnym a prawo do sądu i możliwość obrony swych praw*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2021, nr 2
- Kmiecik Z.R., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2001 r., III RN 45/00*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 10
- Kulesza C., *Rozprawa zdalna oraz zdalne posiedzenie aresztowe w świetle konwencyjnego standardu praw oskarżonego*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, t. 26, nr 3
- Kurczewska K., *Ocena skutków regulacji zawartych w projekcie nowelizacji ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 899)*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2021, nr 2
- Lis-Staranowicz D., *Konstytucyjne środki ochrony wolności i praw*, (w:) M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2016
- Pietrzykowski H., *Prawo do sądu (wybrane zagadnienia)*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 11–12
- Sąd Okręgowy w Warszawie, *Rozprawy zdalne – co warto wiedzieć*, <https://bip.warszawa.so.gov.pl/artukul/1921/7376/rozprawy-zdalne> (dostęp: 10.04.2022)
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008
- Tuleja P., (w:) P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, LEX/el. 2021
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008
- Zubik M., *Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 3
- Żak M., *Prawo do sądu jako element zasady dobrego rządzenia w świetle orzecznictwa z zakresu praw człowieka*, „Palestra” 2020, nr 2

*Tomasz Tulejski*

Uniwersytet Łódzki, Polska

e-mail: [ttulejski@tlen.pl](mailto:ttulejski@tlen.pl)

ORCID: 0000-0001-9466-1173

**THOMAS JEFFERSON PRZECIWKO „POLITYKOM  
W TOGACH”. KILKA UWAG DOTYCZĄCYCH SPORU  
O KIERUNKI INTERPRETACJI KONSTYTUCJI  
STANÓW ZJEDNOCZONYCH**

**THOMAS JEFFERSON AGAINST “POLITICIANS IN ROBES”:  
SOME COMMENTS ON THE DISPUTE OVER THE DIRECTIONS  
OF INTERPRETATION OF THE US CONSTITUTION**

**Abstract**

Throughout the first decade of the American republic, competing claims between the *Federalists* and the *Anti-Federalist* (later *Republicans*) regarding the proper interpretation of the Constitution and the application of its principles were confined primarily to the executive branch, Congress and states. The year 1801 marked the beginning of a turnabout in the role of the Supreme Court in the national affairs. Thomas Jefferson, having promised to bring about a *revolution in the principles* guiding the government, took office as the third president of the young nation. Although the legislative and executive branches of government came under the control of Jefferson's *Republican* party in the election of 1800, the federal judiciary remained a bulwark of the rival *Federalist* party. In this article the author argues that differences in the interpretation of the Constitution resulted from the clear and irreconcilable differences in the political and



constitutional philosophies of Jefferson and Marshall. These differences sparked fierce debate over such monumental issues as the use of judicial review over acts of Congress and the development of the doctrine of *implied powers*. According to the author, political considerations were paramount in determining the tactics employed by both leaders in their efforts to define the proper role of the judiciary in a balanced government and the role of the national government itself within the federal system.

### KEYWORDS

Thomas Jefferson, John Marshall, judicial review, US Constitution

### SŁOWA KLUCZOWE

Thomas Jefferson, John Marshall, kontrola sądowa, Konstytucja Stanów Zjednoczonych

*I question whether the world ever saw,  
in any period of it, a court of justice invested  
with such immense powers, and yet placed  
in a situation so little responsible.*

Brutus XV

### WPROWADZENIE

Ogólnikowość sformułowań zawartych w Konstytucji Stanów Zjednoczonych od początku stała się źródłem rozmaitych kontrowersji dotyczących źródeł suwerenności, natury Unii oraz relacji między stanami a Unią, których formalne rozstrzygnięcie znalazło się ostatecznie w rękach federalnej judykatury, już po *dyskusji* na polach bitew wojny secesyjnej. Ma ona swe korzenie w sporze między *Federalistami* oraz *Antyfederalistami*, a potem *Republikanami* już na etapie przygotowywania Konstytucji, jej ratyfikacji, a następnie w czasie prezydentur George'a Washingtona i Johna Adamsa. Szczególnej temperatury nabrała jednak w czasie prezydentury Thomasa Jeffersona, kiedy Kongres i urząd prezydenta zdobyte zostały przez *Republikanów*, a federalną judykaturę dzierżyli w swych rękach pobici politycznie *Federaliści*. Stąd celem niniejszego, krótkiego z konieczności, tekstu jest próba odpowiedzi na pytanie: co było istotą owego sporu?

Moim zdaniem nie był to przede wszystkim spór o rolę ustrojową Sądu Najwyższego (choć przy okazji stworzone zostały fundamenty jego dzisiejszej pozy-

cji), ale, po pierwsze, o charakter prawny Konstytucji oraz, po drugie, o metodę jej interpretacji i wynikające zeń konsekwencje na linii Unia – stany<sup>1</sup>. Dla *Republikanów* Konstytucja była głównym instrumentem rządów ludu, w którym lud przez swych przedstawicieli powinien kontrolować nawet jej znaczenie. *Federaliści* natomiast widzieli ją przede wszystkim jako gwarancję rządów prawa, które miało być egzekwowane przez sędziów. Równocześnie Jefferson i *Republikanie* zawsze opowiadali się za rygorystyczną (*strict*) konstrukcją (*construction*), która oznacza w skrócie, że to, na co nie ma wyraźnego upoważnienia władza federalna, jest zabronione. *Federaliści* i John Marshall stali tymczasem na gruncie luźnej (*loose*) lub – używając bardziej adekwatnego sformułowania – elastycznej konstrukcji Konstytucji, która polega na zasadzie, że to, co nie było wyraźnie zabronione, było ogólnie dozwolone – zwłaszcza tam, gdzie zaspokajało nadrzędne potrzeby narodu. Tłem do sformułowania tych zasad była jednak określona sytuacja polityczna oraz walka o kształt Konstytucji. Dlatego w sporze między Jeffersonem i Marshalllem ten pierwszy pragnął dokonać złamania rosnącej siły Sądu Najwyższego, która może zagrozić republice i stanom Południa, będących twierdzą Jeffersonowskiego republikanizmu. Z tego powodu działania Marshalla uważał czasem za zamach na suwerenność ludu i Kongresu, choć sam sędzia nigdy takich ambicji nie przejawiał, chcąc tylko dokonać wypełnienia luk i nieścisłości pozostawionych przez twórców Konstytucji, oczywiście w zgodny ze swymi poglądami sposób.

Konflikt między dwoma wielkimi Wirgińczykami przyjął taką postać i rozmiary tylko ze względu na dzielące ich rozbieżności w kwestiach fundamentalnych. Dlatego na początku tej krótkiej analizy poddam wiwisekcji początek sporu o interpretację Konstytucji, jaki miał miejsce w czasie debaty nad *Bank of United States*. W dalszej części przejdę do analizy konfliktu wokół *Alien and Sedition Acts*, który doprowadził do upadku administracji Adamsa, zwycięstwa *Republikanów* i powołania na urząd przewodniczącego Sądu Najwyższego Johna Marshalla. Część trzecia poświęcona zostanie teoretycznym fundamentom sporu prezydenta i *Marshall Court* oraz preferowanym przez nich przeciwnym kierunkom interpretacji Konstytucji.

Na początku należy wszakże dokonać istotnego wyjaśnienia terminologicznego. Pisząc o *federalistycznej*, czyli *luźnej*, interpretacji Konstytucji, będę miał na myśli tę, która, w uproszczeniu, za fundament przyjmuje następujące założenia: 1. Unia nie ma charakteru kontraktowego, rozumianego jako *compact* między suwerennymi stanami, które ową suwerenność zachowują po utworzeniu

---

<sup>1</sup> Pisząc o *interpretacji* nie mam na myśli *wykładni* w sensie, w jakim używa się tego pojęcia w nauce polskiej, ani *interpretacji* – w tym znaczeniu, w jakie dzisiaj nadaje mu amerykańska jursprudencja. Chodzi raczej o kierunek analizy tekstu Konstytucji, a nie stosowaną w tym celu metodę. Na temat niuansów terminologicznych zob.: A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od pasywizmu do aktywizmu sądowego*, „Jurysprudencja” 2006, nr 7/16.

Unii, a zatem nie ma miejsca na *imperium in imperio*; 2. *Klauzula supremacyjna* interpretowana być może rozszerzająco, a Art. I, Sec. 8 ma charakter w istocie przykładowy, a nie enumeratywny<sup>2</sup>, dopóki kompetencje niewymienione wprost da się wyprowadzić z kompetencji wyliczonych; 3. Sąd Najwyższy ma prawo ostatecznego rozstrzygnięcia o konstytucyjności aktów federalnych i stanowych; 4. Kompetencja ta nie wynika wprost z Konstytucji, ale stanowi fundamentalną zasadę konstytucyjną. Takie ujęcie tego zagadnienia jest bowiem o tyle istotne, że stoi w sprzeczności z głównymi założeniami *federalizmu* sformułowanymi przez Jamesa Madisona w nr 46 *The Federalist*<sup>3</sup>, który w okresie prezydentury Adamsa, w reakcji na konsolidacyjne działania Alexandra Hamiltona, zajął, właśnie na ich podstawie, wspólnie z Jeffersonem, stanowisko przeciwne rozszerzaniu zakresu władzy federalnej. *À rebours* zatem, *republikańska*, wąska interpretacja opiera się na następujących aksjomatach: 1. Unia jest kontraktem zawartym przez poszczególne stany, które (w zależności od wersji tej doktryny) zachowują pełnię suwerenności, delegując na Unię jedynie pewne kompetencje, lub mamy do czynienia z *suwerennością dzieloną*; 2. Art. I, Sec. 8 ma charakter wyliczenia zamkniętego, i to rozumianego literalnie; 3. Sąd Najwyższy jest tylko jedną z trzech władz, która jurysdykcję zachowuje w granicach swych kompetencji, nie mogąc równocześnie wkrazać w kompetencje dwóch pozostałych.

## AKT I. POCZĄTEK – BANK OF UNITED STATES (BUS)

*Federalistyczna* interpretacja Konstytucji rozpoczęła się już za prezesury Johna Jaya, który konsekwentnie opowiadał się za stanowiskiem zwiększającym zakres władzy Unii. W orzeczeniach w sprawach *Chisholm v. Georgia* (1793)<sup>4</sup>, *Ware v. Hylton* (1796), *Hylton v. United States* (1796) i *Calder v. Bull* (1798<sup>5</sup>) można bowiem zauważyć próby uzasadnienia zakresu władzy federalnej wykraczającej poza granice opisane w Art. III Konstytucji i potem w X Poprawce

<sup>2</sup> Tak zresztą argumentowali przeciwko *Bill of Rights* sami *Federaliści* w trakcie debaty konstytucyjnej – zob. J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013, s. 91–92.

<sup>3</sup> „Rząd federalny i stanowy są w rzeczywistości tylko różnymi agentami i powiernikami ludu powołanymi z różnymi uprawnieniami i przeznaczonymi do różnych celów. Wydaje się, że w swoich rozważaniach na ten temat przeciwnicy Konstytucji całkowicie stracili z oczu lud i postregali te różne instytucje nie tylko jako wzajemnych rywali i wrogów, lecz także jako niepokojone przez żadnego wspólnego zwierzchnika w ich wysiłkach zmierzających do usurpowania sobie wzajemnie władzy” – J. Madison, *Federalist 46*, (w:) J.R. Pole (ed.), *The Federalist*, Indianapolis 2010, s. 255.

<sup>4</sup> Którego skutkiem było uchwalenie XI Poprawki.

<sup>5</sup> A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację...*, s. 20–25.

(*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*), których prawdziwym celem było – jak utrzymywali Jefferson i Madison – ograniczenie władzy federalnej. W ten rygorystyczny sposób (powołując się dodatkowo na Art. I, Sec. 8 oraz odrzucenie podczas Konwencji filadelfijskiej *Planu Wirginii*) rozumieli je dawni *Antyfederaliści* i w ten sposób argumentowali swój sprzeciw wobec planów Hamiltona, m.in. dotyczących utworzenia BUS, ich kontynuatorzy. Wydarzenie to było pierwszą od czasu ratyfikacji okazją do starcia dwóch wizji Unii i przedłużeniem sporów, które miały miejsce już w czasie Konwencji, a głównymi jego aktorami byli Hamilton, Madison i Jefferson.

Większość swego politycznego życia Hamilton poświęcił budowaniu suwerenności państwowej przeciwko roszczeniom stanów, przerażony konfliktami między Pensylwanią a Connecticut, Nowym Jorkiem a Vermontem<sup>6</sup>, sporami handlowymi między stanami<sup>7</sup>, *Rebelia Shaysa*, a już po ratyfikacji – *Rebelia Whisky*. W czasie debaty ratyfikacyjnej był przekonany, że tylko silna władza federalna mogła zapobiec w przyszłości tego typu ekscesom i destrukcyjnym partykularyzmem. Unia *konfederacyjna* (takiego pojęcia używał Hamilton), polegająca na zjednoczeniu stanów w jeden silniejszy organizm polityczny, mogłaby zapobiec konfliktom międzystanowym i ryzyku rebelii w republikach składowych. Korzyściami takiego zespolecia byłyby: *tłumienie frakcji*, *strzeżenie wewnętrznego pokoju* oraz *wzmocnienie siły zewnętrznej* połączonych stanów. Silne organy centralne mogły chronić skutecznie przed „ambicją, frakcji i anarchią”<sup>8</sup>. Konsolidacja Unii miała zatem w sposób konieczny dokonać się kosztem praw stanowych, w systemie Hamiltona nie było bowiem miejsca na podział suwerenności, *imperium in imperio* – „polityczne monstrum”<sup>9</sup>. Nadanie większej władzy rządowi Stanów Zjednoczonych bez zmniejszenia władzy stanów było więc niemożliwe do osiągnięcia. Natura suwerennej władzy była dla Hamiltona nie do pogodzenia z jej ograniczeniem, dlatego był zdecydowany zredukować stany do poziomu prowincji imperialnego państwa.

Choć podczas Konwencji jego projekt *państwa-Lewiatana* został odrzucony na rzecz kompromisu konstytucyjnego<sup>10</sup>, to pozostał mu wierny w czasie swej późniejszej służby publicznej. Najważniejsze u Hamiltona były jednak wątek ekonomiczny (wobec kryzysu gospodarczego lat 80. XVIII w.<sup>11</sup>) i budowa silnej republiki handlowej. W opinii przyszłego Sekretarza Skarbu wolny handel

<sup>6</sup> A. Hamilton, *The Federalist* 7, (w:) J.R. Pole (ed.), *The Federalist*, Indianapolis 2010.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> A. Hamilton, *The Federalist* 70.

<sup>9</sup> A. Hamilton, *The Federalist* 15.

<sup>10</sup> J.Ch. Miller, *Alexander Hamilton and the Growth of the New Nation*, New Brunswick, N.J. 2004, s. 159–161.

<sup>11</sup> D.B. Robertson, *Federalism and the Making of America*, New York 2012, s. 20; A.N. Coleman, *The American Revolution, State Sovereignty, and the American Constitutional Settlement*, Lanham, MD 2016, s. 70.

między stanami uczyniłby je bogatszymi, silniejszymi, bardziej wiarygodnymi dla cudzoziemców i lepiej prosperującymi gospodarczo. Oczywiście warunkiem tych korzyści było to, że władzę przejmie rząd federalny i rządzić będzie ludźmi bezpośrednio, a nie pośrednio poprzez władze stanowe<sup>12</sup>. Silny rząd federalny mógłby równocześnie stymulować rozwój gospodarczy, promując handel i przemysł, ochraniając go przez obcą konkurencją. Instrumentem i najważniejszym warunkiem realizacji ambitnych założeń gospodarczych Hamiltona miał być w czasie jego służby w administracji Washingtona Bank of the United States, wzorowany na tego typu instytucjach europejskich, przede wszystkim Bank of England<sup>13</sup> i Bank of Amsterdam. Miał on stymulować handel i produkcję, zapewnić zaufanie partnerów handlowych, dzięki którym Stany Zjednoczone mogłyby się stać realnym konkurentem dla mocarstw europejskich. Nie bez znaczenia była też dla Hamiltona możliwość zaciągania długu publicznego za jego pośrednictwem, co zresztą budziło największy niepokój jego przeciwników. Dlatego propozycja Sekretarza Skarbu od razu spotkała się z oporem opozycji zarzucającej projektowi niekonstytucyjność, której Hamilton wcześniej nawet nie brał pod uwagę. W konsekwencji wywiązała się w Kongresie debata między zwolennikami, głównie kongresmenami z Północy i Zachodu pod wodzą (spoza Kongresu) Hamiltona, i przeciwnikami, przede wszystkim z Południa, prowadzonymi przez Madisona, utworzenia BUS, oparta na argumentach konstytucyjnych i odmiennych interpretacjach Konstytucji.

Madison opierał swój sprzeciw na przekonaniu, że Konstytucję trzeba interpretować jako dokument ograniczający władzę federalną, a zatem wymienione w niej kompetencje traktować należy wąsko, Kongres zaś nie może przekroczyć tak wytyczonych, ścisłych granic swej władzy. „Nie jest to uprawnienie ogólne – mówił w Kongresie o ograniczeniach rządu federalnego – z którego wyłączone są uprawnienia szczególne; jest to przyznanie tylko poszczególnych uprawnień, pozostawiając ogólną masę w innych rękach”. Wszelkie inne rozumienie zapisów Konstytucji to „interpretacja, która niszczy samą charakterystykę rządu i nie może być właściwa”. „Z terminów «wspólna obrona i ogólny dobrobyt» – kontynuował – nie można było wyciągnąć żadnego argumentu [na rzecz BUS]. Władza co do tych ogólnych celów była ograniczona do aktów nakładających podatki, a same cele ogólne były ograniczone i wyjaśnione przez dołączone szczegółowe wyliczenie. Rozumienie tych terminów w jakimkolwiek znaczeniu, które uzasadniałoby przedmiotową władzę [utworzenia BUS], dałoby Kongresowi nieograniczoną władzę; uniemożliwiłoby wyliczenie poszczególnych uprawnień; zastąpiłoby wszystkie uprawnienia zastrzeżone dla rządów stanowych. Te warunki są skopiowane z artykułów Konfederacji; czy kiedykolwiek udawano,

<sup>12</sup> A. Hamilton, *The Federalist* 15.

<sup>13</sup> R.S. Grossman, *Unsettled Account: The Evolution of Banking in the Industrialized World since 1800*, Princeton 2010, s. 223–224.

że należy je rozumieć inaczej niż tam je wyjaśniono?”<sup>14</sup>. Powoływał się również na swoje wspomnienia jako uczestnika Konwencji filadelfijskiej, na dowód, że twórcy Konstytucji nie przyznali Kongresowi prawa do zakładania korporacji, a zatem także do utworzenia BUS<sup>15</sup>. Konstytucja bowiem miała zachować uprawnienia stanów, a uprawnienie do tworzenia banków i regulowania ich ustroju było kompetencją przysługującą właśnie im. Prawa do powołania BUS nie można też wywieść z prawa do pobierania podatków, z prawa do zaciągania długu publicznego ani z klauzuli z Art. I, Sec. 8, która mówi o *niezbędnych i właściwych (necessary and proper)* środkach, które mogą być podjęte przez rząd federalny w celu realizacji przekazanych mu przez Konstytucję uprawnień. Te *niezbędne i właściwe* środki, zdaniem Madisona, dotyczyły wyłącznie kompetencji wymienionych enumeratywnie w Art. I, Sec. 8<sup>16</sup> i musiały łączyć się z nimi bezpośrednio. Te i inne argumenty i przykłady przytoczone przez niego: „Potępiają wykonywanie jakiegokolwiek władzy, zwłaszcza wielkiej i ważnej władzy, która nie jest w sposób oczywisty i konieczny zawarta w wyraźnym upoważnieniu”<sup>17</sup>. Stąd oczywiste było dla Madisona, że zgoda na utworzenie BUS jest niekonstytucyjna.

Zwolennicy BUS wskazywali natomiast na utylitarne argumenty na rzecz jego utworzenia. Fisher Ames przekonywał, że „bank publiczny byłby przydatny w handlu, że jest prawie niezbędny do uzyskania dochodów i że jest prawie niezbędny w czasach zagrożenia publicznego”, jest „niezbędnym środkiem samozachowania”<sup>18</sup>. Ponadto literalne, rygorystyczne interpretowanie Konstytucji jest – wskazywał kongresman z Massachusetts – sprzeczne z dotychczasową praktyką Kongresu, który wcześniej podjął decyzje, co do których nie ma szczegółowych delegacji konstytucyjnych<sup>19</sup>. Jeśli więc przyjąć interpretację Madisona, większość dotychczasowych ustaw byłaby niekonstytucyjna. Istotą Konstytucji nie było więc przewidywanie przyszłości i wyraźne określanie celów prawodawstwa, lecz pozostawienie tego trzeźwej ocenie prawodawcy.

W identycznym duchu argumentował Theodore Sedgwick (przyczacząc, co ciekawe, argument Madisona z nr 44 *The Federalist*), mówiąc, że Konstytucja „musi zawierać nie tylko wszystkie niezbędne prawa w istniejących okolicznościach wspólnoty, ale także kodeks tak obszerny, aby dostosować go do wszystkich

<sup>14</sup> *Speeches in the First Congress – Third Session, 1791, February 2 – Bank of the United States*; (w:) *The Writings of James Madison*, New York, London 1906, VI, s. 27–28.

<sup>15</sup> *The Jay Treaty, Speech in the 4th Congress, April 6, 1796*, (w:) *The Writings of James Madison*, New York, London 1906, VI, s. 270.

<sup>16</sup> *Speeches in the First Congress...*, s. 33–34.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 32.

<sup>18</sup> F. Ames, 3 February, 1791, (w:) *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States: With an Appendix, Containing Important State Papers and Public Documents, and All the Laws of a Public Nature, Eighteenth Congress – First Session: Comprising the Period from [March 3, 1789] to May 27, 1824*, Washington 1834, II, s. 1903.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 1909.

możliwych przyszłych okoliczności”<sup>20</sup>. Nie byli ich w stanie przewidzieć sami twórcy, stąd jej zapisy należy traktować elastycznie, by sprostą nowym, nieznanym wcześniej okolicznościom. Dlatego „powszechnie przyjmuje się, że wszędzie tam, gdzie władza jest przekazywana dla wyraźnych celów, wszystkie znane i zwykłe środki do osiągnięcia wyrażonych celów, są również przyznawane”<sup>21</sup>. Cele te określa w sposób wystarczający – twierdził rodak Amesa – Art. I, Sec. 8.

Elias Boudinot natomiast w uzasadnieniu konstytucyjności BUS odwołuje się do *Preambuły Konstytucji*, która jako cele Unii określa *the insurance of domestic tranquility, provision for the common defence, and promotion of the general welfare*. Z tego więc punktu widzenia należy oceniać konstytucyjność działań rządu federalnego. Zwłaszcza *zapewnienie wspólnej obrony i wspieranie ogólnego dobrobytu* wymagały zapewnienia źródeł odpowiedniego dochodu i stabilności finansowej państwa. Wspominając dramatyczną sytuację finansową podczas wojny o niepodległość, przypomniał, że „to niebezpieczeństwo, którego tak trudno było wtedy uniknąć, stało się uroczystym *memento* dla tej Izby, aby koniecznie zabezpieczyć się przed podobnym przypadkiem”<sup>22</sup>. Obrona jest zatem łącznikiem między realizacją celów rządu a *koniecznymi* środkami jej urzeczywistnienia.

Hamilton i jego zwolennicy uważali więc Konstytucję za dokument uprawniający prawodawców do korzystania ze swych kompetencji w ramach szeroko pojętych zasad wyboru najlepszego sposobu działania dla zapewnienia postulowanych przez nią efektów – szczęścia i dobra publicznego. Skoro została uchwalona dla ochrony przed chaosem i bezsilnością rządu mającymi miejsce pod rządami *Artykułów Konfederacji* oraz dla dobrobytu i szczęścia obywateli, to jej celem jest przyznanie rządowi federalnemu szerokich uprawnień, by zbudować potężny, zunifikowany *naród Stanów Zjednoczonych*. Uzasadnienie utworzenia BUS opierali więc przede wszystkim na *luźnej* interpretacji Art. I, Sec. 8 jako klauzuli generalnej, który mówi o *niezbędnych i właściwych (necessary and proper)* środkach, które mogą być podjęte przez rząd federalny w celu realizacji przekazanych mu przez Konstytucję uprawnień. Skoro więc tak było, to konstytucyjność BUS nie budziła u Hamiltona wątpliwości.

Mimo że ostatecznie ustawa została uchwalona, to przed jej podpisaniem Washington poprosił trzech członków swojej administracji o opinie w sprawie jej konstytucyjności: Edmunda Randolpha – Prokuratora Generalnego, Tho-

<sup>20</sup> *Ibidem* s. 1912.

<sup>21</sup> T. Sedgwick, (w:) *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States: With an Appendix, Containing Important State Papers and Public Documents, and All the Laws of a Public Nature, Eighteenth Congress – First Session: Comprising the Period from [March 3, 1789] to May 27, 1824*, Washington 1834, II, s. 1911.

<sup>22</sup> E. Boudinot, (w:) *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States: With an Appendix, Containing Important State Papers and Public Documents, and All the Laws of a Public Nature, Eighteenth Congress – First Session: Comprising the Period from [March 3, 1789] to May 27, 1824*, Washington 1834, II, s. 1924.

masa Jeffersona – Sekretarza Stanu i Alexandra Hamiltona – Sekretarza Skarbu. Interesujące są przede wszystkim stanowiska dwóch ostatnich. Jefferson rozpatrywał tę kwestię z dwóch co najmniej perspektyw. Po pierwsze, jako obrońca praw stanowych zdawał sobie sprawę, że ustanowienie BUS stanowi śmiertelne zagrożenie dla agrarnych stanów Południa. System stanowych banków odpowiedzialnych przed stanowymi legislaturami zostałby zastąpiony przez ogólnonarodowy bank, pozostający pod kontrolą kupców i przemysłowców Północy. Uważał, że zamiar *Federalistów* stanowi wyraźny przykład ich ingerencji w Konstytucję w celu budowy wielkiego *skonsolidowanego* rządu. Po drugie zatem – zamiary Hamiltona były dla niego sprzeczne z zasadami pierwszymi, które legły u podstaw kompromisu konstytucyjnego. Dlatego w swojej opinii bezwzględnie opowiedział się za *rygorystyczną* interpretacją Konstytucji, odmawiającą rządowi wszelkich kompetencji poza tymi, które *wyraźnie (expressly)* zostały mu przyznane, formułując przy okazji polityczne *credo Republikańców*: „Uważam, że fundamenty Konstytucji zostały położone na tym gruncie: «Wszystkie uprawnienia, które nie zostały przekazane Stanom Zjednoczonym przez Konstytucję, ani nie zostały przez nią zabronione Stanom, są zastrzeżone dla Stanów lub narodu» [XII poprawka]. Wyjście choćby o krok poza granice w ten sposób specjalnie zakreślone wokół uprawnień Kongresu oznacza wejście w posiadanie przez niego bezgranicznego pola władzy, niepoddającego się już żadnej definicji”<sup>23</sup>. Postulowana ustawa nie miała bowiem na celu pobrania podatków czy zaciągnięcia zobowiązań, lecz jej celem było sfinansowanie powstania BUS. Jej podstawą nie mogło być uregulowanie handlu z uwagi na zasadniczo różny przedmiot regulacji. Również klauzula ogólna z Art. I, Sec. 8 nie dawała takiej możliwości, gdyż zdaniem Jeffersona musiała być ona interpretowana ściśle w kontekście władzy podatkowej, w przeciwnym razie „sprowadziłoby to cały instrument do jednego zdania, które polega na ustanowieniu Kongresu, który zrobi wszystko, co będzie dla dobra Stanów Zjednoczonych i jako, że byłby jedynym sędzią tego dobra lub zła, byłaby to również moc czynienia zła, jakie mu się spodoba”<sup>24</sup>. To, że coś sprzyja realizacji celów rządu, nie oznacza jeszcze, że jest to konieczne. Zdaniem Jeffersona zwolennicy BUS pojęcie *konieczności (necessity)* zastępują więc *wygoda (convenience)*. Otwiera to drogę do nieograniczonego rozrostu władzy federalnej, jeśli tylko będzie to dla niej *wygodne*. „Wiele osób twierdziło – argumentuje – że bank zapewni duże ułatwienie lub wygodę w zbieraniu podatków. Załóżmy, że jest to prawdą, ale Konstytucja zezwala tylko na środki, które są «konieczne», a nie te, które są jedynie «wygodne» do realizacji wyliczonych uprawnień. Jeśli pozwolimy na taką swobodę w interpretacji tego wyrażenia, aby przyznać jakąkolwiek niewymienioną władzę, to będzie to dotyczyło każdej z nich, ponieważ nie ma takiej, której pomysłowość nie mogłaby w taki czy inny

<sup>23</sup> *Opinion on the Constitutionality of A National Bank, February 15, 1791, (w:) The Works of Thomas Jefferson, New York, London 1904–06, VI, s. 198.*

<sup>24</sup> *Ibidem, s. 199–200.*



sposób uczynić wygodną którejś z tak długiej listy wyliczonych władz. Połączony by to wszystkie uprawnienia delegowane i sprowadziło całość do jednego zdania, jak to już wcześniej zauważono. Dlatego też Konstytucja ograniczyła je do niezbędnych środków, czyli do tych środków, bez których przyznanie uprawnień byłoby nieważne<sup>25</sup>.

Odpowiedź Hamiltona oparta jest na *klauzuli supremacyjnej* i jej interpretacji wynikającej wprost z jego centralistycznych poglądów. „Jeśli – pisze – konieczne byłoby udowodnienie tak jasnej tezy, jak ta, która stwierdza, że uprawnienia Rządu Federalnego w zakresie jego celów są suwerenne, to istnieje klauzula jego Konstytucji, która byłaby decydująca: jest nią ta, która oświadcza, że Konstytucja i ustawy Stanów Zjednoczonych wydane na jej podstawie oraz wszystkie traktaty zawarte lub które zostaną zawarte z ich upoważnienia, będą najwyższym prawem kraju. Władza, która może ustanowić najwyższe prawo kraju, w każdym przypadku jest bez wątplenia suwerenna w tym przypadku<sup>26</sup>. Z faktu suwerenności władzy federalnej wynika w istocie u Hamiltona iluzoryczność podziału na kompetencje wyraźne i dorozumiane, a moc tych ostatnich wcale nie jest mniejsza tylko z tego tytułu, że nie zostały sformułowane wprost. Muszą być one tylko interpretowane w kontekście generalnych zadań rządu, który dzięki temu może realizować swe funkcje, i wyprowadzone z zadań wyraźnych. Przedmiotowa kwestia wyprowadzona być może z uprawnienia do nakładania podatków i regulowania handlu, która przysługuje na zasadzie suwerenności rządowi federalnemu<sup>27</sup>. Rząd federalny zatem, choć nie ma wprost takich kompetencji, może na mocy kompetencji dorozumianych tworzyć korporacje na mocy swej suwerennej władzy, a więc powołać do życia BUS. Jest to tylko udogodnienie dla prowadzenia działalności handlowej, a nie zagrożenie dla porządku politycznego, w istocie wydarzenie o niewielkiej doniosłości, nadanie statusu prawnego dobrowolnej organizacji dla celów biznesowych<sup>28</sup>.

Widzimy zatem, że główna oś argumentacji dzieląca obie strony konfliktu dotyczyła fundamentalnej kwestii interpretacji Konstytucji oraz tego, czym właściwie jest Unia i jaka relacja łączy rząd federalny i stany. Zarysował się też przy okazji podział na kapitalistyczną Północ i rolnicze Południe, których interesy coraz trudniej było pogodzić w ramach Unii, nie tylko interesy gospodarcze, lecz także wizje federalizmu. Doprowadziło to również do ostatecznego rozbratu Hamiltona i Madisonsa, dając przy okazji impuls do powstania amerykańskiego systemu partyjnego. Do kolejnej konfrontacji przystąpiły już bowiem nie luźne

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 201.

<sup>26</sup> *Opinion of Alexander Hamilton, on the Constitutionality of a National Bank*, (w:) M.St. Clarke, D.A. Hall (eds.), *Legislative and Documentary History of the Bank of the United States*, Washington 1832, s. 96.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 105.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 97.

stronnictwa niemające ideowej spójności, lecz partie federalistyczna i republikańska.

## AKT II. PRZESILENIE – *ALIEN AND SEDITION ACTS*

Kurs zapoczątkowany przez Hamiltona i Washingtona był kontynuowany za kadencji kolejnego, również federalistycznego prezydenta. Ostatecznym dowodem dla *Republikanów* na zawłaszczenie Konstytucji przez *Federalistów* było uchwalenie przez Kongres *Alien and Sedition Acts* w 1798 r., które ograniczały radykalnie swobody obywatelskie zagwarantowane w *Bill of Rights* i przyznały prezydentowi ogromną arbitralną władzę odnoszącą się do cudzoziemców. *Sedition Act* umożliwił przy okazji zwalczanie antyprezydenckiej, republikańskiej opozycji przez sądy federalne (obsadzone w 100% przez *Federalistów*). Na tej podstawie skazano na karę więzienia Matthew Lyona, republikańsko-demokratycznego kongresmena z Vermont, Anthony Haswella – wydawcę „Vermont Gazette”, Jamesa Thomsona Callendera (Brytyjczyka piszącego dla „Richmond Examiner”, którego proces stał się później podstawą *impeachmentu* wobec sądującego go sędziego Chase’a<sup>29</sup>) oraz uwięziono i oskarżono (zmarł przed procesem) Benjamina Franklina Bache z „Philadelphia Aurora”. Zamknięto ponadto republikańskie: „Time Piece”, „Scourge of Aristocracy”, „Mount Pleasant Register”, „Philadelphia Aurora”, „Readering Adler”, „Bee”, „Vermont Gazette” i „Independent Chronicle”<sup>30</sup>. O typowo partyjnym charakterze regulacji świadczy fakt, że *Sedition Act* penalizował *falszywe, gorszące i złośliwe* wypowiedzi i publikacje o prezydencie, rządzie, ale nie zakazał takich komentarzy skierowanych do wiceprezydenta, którym wtedy był Jefferson. Sama ustawa miała zaś obowiązywać do *dnia trzeciego marca tysiąc osiemset pierwszego*, czyli dzień przed inauguracją nowego prezydenta. Sędziowie Sądu Najwyższego odrzucili równocześnie wszystkie wnioski o rozstrzygnięcie przez ławę przysięgłych, czy ustawy te były zgodne z Konstytucją, czym pośrednio potwierdzili argumenty przeciwko jej konstytucyjności. Opozycja nie miała więc złudzeń, jakie polityczne preferencje mają sędziowie, i że nie mogą liczyć na bezstronne zajęcie się tym palącym problemem<sup>31</sup>. Dlatego w odpowiedzi na działania rządu federalnego doszło do uchwalenia *Virginia and Kentucky Resolutions* (przygotowanych anonimowo

<sup>29</sup> S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court: Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, Cambridge, New York, Melbourne, Cape Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Tokyo, Mexico City 2001, s. 124–128.

<sup>30</sup> W. Bird, *Criminal Dissent. Prosecutions under The Alien and Sedition Acts of 1798*, Cambridge, Mass., London, England, 2020.

<sup>31</sup> D.E. Engdahl, *John Marshall’s „Jeffersonian” Concept of Judicial Review*, „Duke Law Journal” 1992, Vol. 42, No. 2, s. 297–298.

przez Jeffersona i Madisona). Powołując się na prawa stanowe i bezprawność działań federalistycznego Kongresu, Wirginia wezwała do tzw. *interpozycji* (*interposition*), czyli międzystanowych konsultacji nad sposobem zniesienia *Alien and Sedition Acts*, natomiast Kentucky, idąc za Jeffersonem, poszła jeszcze dalej, dokonując aktu *nullifikacji* (*nullification*) wspomnianych ustaw. Rozpoczyna się ona od wykładu koncepcji Unii i interpretacji Konstytucji plantatora z Monticello. Możemy więc przeczytać, że: „poszczególne stany tworzące Stany Zjednoczone Ameryki nie są połączone na zasadzie nieograniczonej uległości wobec ogólnego rządu, lecz że poprzez umowę [*by compact*] pod nazwą Konstytucji dla Stanów Zjednoczonych i wprowadzonych do niej poprawek, stworzyły one ogólny rząd dla specjalnych celów, powierzyły temu rządowi pewne określone władze, rezerwując, każdy stan dla siebie, pozostałe uprawnienia do samodzielnego rządzenia”<sup>32</sup>. Według Jeffersona *Alien and Sedition Acts* gwałciły więc przede wszystkim zagwarantowane w *I Poprawce* wolności osobiste, w tym prawo do krytycznych wypowiedzi wobec rządu. Powołując się na *X Poprawkę*, dowodził również, że penalizowanie czynów w nich opisanych nie należy do rządu federalnego, ponieważ „Uprawnienia, których Konstytucja nie powierzyła Stanom Zjednoczonym ani nie wyłączyła z właściwości poszczególnych stanów, przysługują nadal poszczególnym stanom bądź ludowi”. Ponadto, jak przekonywał, Konstytucja stanowi, że obcokrajowcy znajdują się nie pod jurysdykcją federacji, lecz prawa stanu, w którym zamieszkują (Art. I, Sec. 9). Administracja Adamsa naruszyła zatem wyraźnie określony w Konstytucji wertykalny podział kompetencji między Unię i stany. Dodatkowo, wychodząc poza określone w niej kompetencje, uzurpowała sobie przywileje władzy sądowniczej, dając prezydentowi pozycję oskarżyciela, sędziego i kata, naruszając tym samym horyzontalny podział władzy. Niekonstytucyjność działań rządu była oczywista, należało więc znaleźć tylko odpowiedni instrument zniweczenia tej uzurpacji. Dlatego: „Uchwalono, że kilka stanów tworzących Stany Zjednoczone Ameryki nie jest zjednoczonych na zasadzie nieograniczonego podporządkowania się ich Rządowi Generalnemu, ale że przez porozumienie pod nazwą i tytułem Konstytucji dla Stanów Zjednoczonych oraz poprawek do niej utworzyły one Rząd Generalny do specjalnych celów, przekazały temu Rządowi pewne określone uprawnienia, zastrzegając każdy stan dla siebie, pozostałą część w oczywisty sposób dla własnego rządzenia”<sup>33</sup>. Dlatego w sytuacji, gdy ci: „którzy sprawują ogólny rząd pozwalają sobie na przekroczenie granic wyznaczonych przez kontrakt, przez całkowite lekceważenie zawartych w nim delegacji dla władzy, zniszczenie rządów stanowych i stworzenie na ich gruzach ogólnego skonsolidowanego rządu”,

<sup>32</sup> *Kentucky Resolutions*, (w:) *The Virginia and Kentucky Resolutions of 1798 and '99. With Jefferson's Original Draught Thereof. Also, Madison's Report, Calhoun's Address, Resolutions of the Several States in Relation to State Rights. With Other Documents in Support of the Jeffersonian Doctrines of '98*, Washington 1832, s. 15.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

wtedy „unieważnienie (*nullification*) przez suwerenne stany wszystkich bezprawnych czynów [...] jest zgodne z prawem”<sup>34</sup>.

Nic dziwnego, że działania te wywołały wściekłość *Federalistów* i Hamiltona, który w liście do Sedgwicka planował nawet użycie siły i „podjęcie środków w celu działania zgodnie z prawem i wystawienia na próbę oporu Wirginii”<sup>35</sup>. Zdominowany przez *Federalistów* Kongres i północne legislatury, by zdeprecjonować postępowanie Wirginii i Kentucky, musiały więc stanąć na gruncie poglądu o sądowej supremacji, w przeciwnym razie uznałyby prawo stanów do uznania niekonstytucyjności aktów federalnych. Zarazem postępowanie Adamsa i *Federalistów* spowodowało konsolidację i determinację opozycji, zwłaszcza na Południu, i doprowadziło ostatecznie do ich klęski w wyborach prezydenckich 1800 r. i wyboru Jeffersona (paradoksalnie głosami Hamiltona i jego *Federalistów*, którzy bardziej nienawidzili Aarona Burra, federalistycznego kandydata na wiceprezydenta, niż obawiali się Jeffersona). Ustupujący prezydent pozostawił jednak swemu przyjacielowi kukułcze jajo, które miało uniemożliwić – a przynajmniej dalece utrudnić – rewolucję konstytucyjną (czyli powrót do republikańskiego ducha roku 1776, rygorystycznej interpretacji Konstytucji i ograniczenia władzy federalnej)<sup>36</sup> Jeffersona. Na mocy *Judiciary Act* z 1801 r. (uchylonego przez demokratyczno-republikański Kongres w roku następnym) utworzono nowe stanowiska sędziów federalnych (obsadzonych przez Adamsa tzw. *midnight judges*) oraz przyznano sądom okręgowym jurysdykcję w sprawach federalnych. Ponadto ustępujący prezydent w styczniu 1801 r. przesłał do Senatu nominację Marshalla – swojego Sekretarza Stanu i przywódcy *Federalistów* w Wirginii – na przewodniczącego Sądu Najwyższego. Ostatni kontrolowany przez *Federalistów* Senat potwierdził nominację 27 stycznia 1801 r., a 4 lutego Marshall został zaprzysiężony. Do tego czasu Sąd Najwyższy nie odgrywał pierwszoplanowej roli w starciu między *Federalistami* i *Antyfederalistami* (a później *Republikanami*), nie cieszył się też przesadnym autorytetem, rozpatrywał niewiele spraw, a i pobory jego członków nie były kuszące dla działających na rynku prawników. Dlatego propozycję objęcia stanowiska przewodniczącego Sądu Najwyższego odrzucili Patrick Henry, William Cushing czy Alexander Hamilton. Pierwszy przewodniczący – John Jay – zrezygnował w 1795 r., a jego następcą Oliver Ellsworth zrobił to samo w 1800 r. Od czasu nominacji Marshalla z Kongresu walka o Konstytucję przeniosła się jednak właśnie do Sądu Najwyższego, a rodak z *Old Dominion* i daleki kuzyn stał się dla Jeffersona najgroźniejszym politycznym wrogiem, który po rozpadzie partii federalistycznej w swoim orzecznictwie

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 20.

<sup>35</sup> J.C. Hamilton, *Life of Alexander Hamilton. A History of the Republic of The United States of America*, Boston 1879, VII, s. 278.

<sup>36</sup> P.S. Onuf, *Jefferson's Empire. The Language of American Nationhood*, Charlottesville 2000, s. 80–108; K. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton 2007, s. 54.

realizował konsekwentnie jej zasady, będąc ideowym spadkobiercą Hamiltona, o którym powiedział, że: „Myśl Hamiltona wyprzedzała go tak dalece”, że w porównaniu z nim był jak świeca „wobec południowego słońca”<sup>37</sup>. Adams zaś po latach od nominacji Marshalla stwierdził: „Mój dar Johna Marshalla dla narodu Stanów Zjednoczonych był aktem mojego życia, który wzbudza we mnie największą dumę. Żaden inny nie powoduje u mnie większej radości. Podarowałem mojemu krajowi sędziego równego Hale’owi, Holtowi czy Mansfieldowi”<sup>38</sup>.

### AKT III. TWIERDZA FEDERALISTÓW – MARSHALL COURT

Spór między administracją Jeffersona i *Marshall Court* pokazuje doskonale fundamentalne różnice w filozofiach politycznych obu wybitnych obywateli *Matki Stanów*, które spowodowały wciągnięcie judykatury w bezpośrednią walkę polityczną o interpretację Konstytucji oraz określenie miejsca rządu centralnego w ramach systemu federalnego. Marshall był zwolennikiem wzmocnienia władzy federalnej głównie dlatego, by zapobiec ekscesom, jakie miały miejsce tuż po wojnie o niepodległość. Silny rząd federalny był dla niego gwarancją dobrobytu i pomyślności Unii. *Rebelia Shaysa* pokazała mu przy okazji, jakie mogą być konsekwencje demokratycznych idei Jeffersona. „Obawiam się – skomentował to wydarzenie – i nie ma opinii bardziej poniżającej godność człowieka, że mają po swojej stronie rację ci, którzy twierdzą, że człowiek nie jest w stanie sam sobą rządzić”<sup>39</sup>. Marshall hołdował więc Hamiltonowskiemu przekonaniu, że lud w swej masie jest głupi i niebezpieczny. Podczas jednego ze spotkań partyjnych po przyjęciu Konstytucji Hamilton miał bowiem odpowiedzieć jednemu z uczestników wychwalającemu mądrość ludu: „Twój lud, sir – twój lud jest wielką bestią!”<sup>40</sup>. Był więc Marshall jak najdalszy od optymizmu Jeffersona, bał się i nie ufał metafizyce i teoretyzowaniu (zwłaszcza temu rodem z rewolucyjnej Francji), ponad nie przedkładając praktykę i doświadczenie, które wskazywały na zasadniczą ułomność intelektualną i moralną człowieka. Z tego powodu jako zacięty antydemokrata Marshall pod koniec życia podczas Konwencji Wirginii z lat 1829–1830 stanął w jednym szeregu ze swym przyjacielem, a równocześnie

<sup>37</sup> P.R. Henriques, *Realistic Visionary: A Portrait of George Washington*, Charlottesville 2008, s. 127.

<sup>38</sup> Cyt. za: H.J. Abraham, *Justices, Presidents, and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Bush II*, Lanham, Boulder, New York, Toronto, Plymouth 2008, s. 66–67.

<sup>39</sup> Cyt. za: Ch.G. Haines, *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics 1789–1835*, Berkeley 1944, s. 623.

<sup>40</sup> Cyt. za: S.F. Knott, *Alexander Hamilton and the Persistence of Myth*, Lawrence 2002, s. 253.

wielkim politycznym przeciwnikiem – Johnem Randolphem of Roanoke – by zapobiec demokratycznym reformom wyborczym. Działaniami Marshalla przez całe życie kierowało więc przekonanie, że istnieje w społeczności fundamentalny podział na oświeconą elitę, której przeznaczeniem i zadaniem jest kierowanie państwem, oraz masę niezdolną do dokonania racjonalnych wyborów i rozpoznania swego rzeczywistego interesu. Trzeba więc trzymać ją w ryzach, zarówno za pomocą restrykcyjnego prawa wyborczego, jak i, jeśli trzeba, poprzez sądowe ograniczenie lub wzmocnienie, w zależności od politycznego kontekstu, władzy Kongresu i osłabienie legislatur stanowych. Republikanizm Marshalla miał więc arystokratyczny charakter wywodzący się z hierarchicznej wizji społeczeństwa, w którym pozycja uzależniona jest od cnoty, wychowania i majątku, a radykalne zapędy mas powstrzymywane są przez rząd. Rząd, który odgrywa rolę aktywatora wielkich procesów społecznych i politycznych, wykraczając daleko poza rolę *nocnego stróża*. Dlatego Marshall, idąc drogą wytyczoną przez *Federalistów* Hamiltona, był zwolennikiem rozszerzania kompetencji rządu, stymulowania za pomocą długu publicznego rozwoju gospodarczego, ekspansji handlowej, stałej armii, finansowania inwestycji infrastrukturalnych<sup>41</sup>. Zapisaną nielicznymi zdaniem kartę Konstytucji wypełnił treścią zgodną ze swą wizją Unii, nieograniczoną jeszcze przez precedensy, w atmosferze wielkiego politycznego eksperymentu rozstrzygając kwestię relacji między władzą narodową i stanami<sup>42</sup>. Interpretując ją w duchu suwerenności władzy federalnej, za każdym razem starał się ograniczyć roszczenia stanów. „Ale Georgia – pisał w opinii do wyroku *Fletcher v. Peck* – nie może być postrzegana jako pojedyncza, niezwiązana, suwerenna władza, na której ustawodawcę nie nałożono innych ograniczeń niż te, które można znaleźć w jej Konstytucji. Jest ona częścią wielkiego imperium; jest członkiem amerykańskiej unii, a ta unia ma Konstytucję, której wyższość wszyscy uznają i która nakłada ograniczenia na ciała ustawodawcze poszczególnych stanów”<sup>43</sup>. Był więc tylko jeden suweren – Stany Zjednoczone, których Konstytucja była *zwierzchnia, nadrzędna, fundamentalna, najwyższa*. Był też jeden naród amerykański: „Na wojnie jesteśmy jednym narodem. We wszystkich regulacjach handlowych jesteśmy jednym i tym samym narodem. Pod wieloma innymi względami Amerykanie są jednym narodem, a rząd, który jako jedyny zdolny do kontrolowania i zarządzania ich interesami we wszystkich tych aspektach, jest rządem Unii. To jest ich rząd i w tym charakterze nie ma żadnego innego. (...) Jest najwyższy. Może więc, realizując te cele, legalnie kontrolować wszystkie jednostki lub rządy na terytorium amerykańskim. Konstytucje i prawa

<sup>41</sup> R.H. Brown, *The Republic in Peril 1812*, New York 1971, s. 158.

<sup>42</sup> Ph.B. Kurland, *Politics, the Constitution, and the Warren Court*, Chicago 1970, s. 10.

<sup>43</sup> *Fletcher v. Peck*, 136, (w:) J. Marshall, *The Constitutional Decisions of John Marshall*, ed. J.P. Cotton, Union, N.J. 2000, s. 245.

stanowe, o ile są sprzeczne z Konstytucją i prawami Stanów Zjednoczonych, są absolutnie nieważne”<sup>44</sup>.

Nic więc dziwnego, że Jefferson pisał: „Jestem świadomy codziennych ingerencji władz federalnych w jurysdykcję skoordynowanych z nimi rządów stanowych. Gałęzie ustawodawcza i wykonawcza mogą czasem błędzić, ale wybory i zależność doprowadzą je do porządku. Gałąź sądownicza jest instrumentem, który, działając jak grawitacja, bez przerwy, ma nas w końcu wtłoczyć w jedną skonsolidowaną masę. (...) Jeśli Kongres nie ochroni Stanów przed tak oczywistym i nieuchronnym niebezpieczeństwem, stany muszą same się obronić i spotkać się z najeżdżącą twarzą w twarz”<sup>45</sup>. Jako wyznawca praw stanowych obawiał się stworzenia wielkiego skoncentrowanego rządu narodowego, który mógłby *połknąć* stany, uniemożliwić demokratyczną kontrolę instytucji federalnych i zagrozić wolnościom obywatelskim. Zamiast stabilności opowiadał się za konsekwentnie realizowaną zasadą suwerenności ludu, choć sam nie do końca potrafił się zdecydować, czy chodzi o lud stanów, czy lud Unii<sup>46</sup>. Takie wydarzenia, jak *Rebelia Shaysa*, były dla niego wyrazem politycznego zaangażowania ludu, usprawiedliwionym sprzeciwem wobec niepopularnej polityki rządu i ceną za ustrój republikański<sup>47</sup>. Filozofia polityczna Jeffersona była bowiem z jednej strony demokratyczna, a z drugiej – radykalnie indywidualistyczna, oparta na wierze w mądrość ludu i istnienie nienaruszalnych swobód i wolności przysługujących jednostkom. Jak napisał w liście do Johna Taylora of Caroline, weterana Armii Kontynentalnej i zapamiętałego republikanina, republika „to rząd tworzony przez całą masę obywateli, działających bezpośrednio i osobiście, zgodnie z zasadami ustanowionymi przez większość”. Oczywiście, ten ideał da się zrealizować tylko w niewielkich republikach, a w wielkim państwie przyjmuje postać demokracji przedstawicielskiej z prawem szerokiej partycypacji oraz zagwarantowaną silną pozycją władzy stanów opartą na ideale *self-government*. Zasada rządu minimalnego oraz subsydiarności – określająca zadania hrabstw, stanów i Unii – zapewni zatem najlepsze wykonywanie władzy i zagwarantuje zaangażowanie obywateli w sprawy publiczne i ochronę ich wolności. Wszelka koncentracja władzy jest z tego punktu widzenia zagrożeniem dla wolności, dlatego rząd republikański opiera się nie na zaufaniu, lecz głębokiej nieufności wobec urzędników, którzy powinni być pod ciągłym nadzorem, by nie ulegli degeneracji i porzucili troski o dobro wspólne. Z tej perspektywy Jefferson ocenia uprawomocnienie amerykańskich instytucji, dokonując gradacji na najbardziej reprezentatywną i republikańską Izbę Reprezentantów, nieco mniej demokratycznie legitymowany Senat

<sup>44</sup> *Cohens v. Virginia*, 413–414, (w:) J. Marshall, *The Constitutional Decisions of John Marshall*, ed. J.P. Cotton, Union, N.J. 2000, s. 442.

<sup>45</sup> *To Archibald Thweat, Monticello, January 19, 1821*, (w:) *The Works of Thomas Jefferson*, New York, London 1904–06, XII, s. 196.

<sup>46</sup> J.J. Ellis, *American Sphinx: The Character of Thomas Jefferson*, New York 1997, s. 222.

<sup>47</sup> D.N. Mayer, *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*, Charlottesville 1994, s. 102.

oraz ostatnią w tym ciągu władzę wykonawczą. „Sądownictwo – pisze zaś dalej w liście do Taylora – jest w istocie antyrepublikańskie, bo obsadzone dożywotnio; jest bronią narodową dzierżoną, jak zauważyłeś, przez dowódców wojskowych, odpowiedzialnych tylko przed sobą. Dodajmy do tego nikczemną konstytucję naszych sądów okręgowych (którym powierzono sądownictwo, administrację wykonawczą, podatki, policję, nominacje wojskowe w hrabstwa i prawie wszystkie nasze codzienne sprawy), samozwańczych sędziów, otrzymujących swą władzę na całe życie i bez możliwości przełamania tej wieczystej sukcesji jakiegokolwiek frakcji, która kiedyś obsadzała sądy. W rzeczywistości są oni władzą wykonawczą, sądowniczą i wojskową w swoich hrabstwach, a suma hrabstw stanowi Państwo. Dodajmy też, że połowa naszych braci, którzy walczą i płacą podatki, jest wykluczona, podobnie jak heloci, z reprezentacji, tak jakby społeczeństwo zostało ustanowione dla ziemi, a nie dla ludzi ją zamieszkujących”<sup>48</sup>.

Z tymi politycznymi pryncypiami kroczyły nierozzerwalnie z nimi związane koncepcje interpretacyjne, które były wynikiem relacji między wizją Unii oraz kierunkiem, w których szły odmienne interpretacje Konstytucji. Już na początku prezydentury Jeffersona doszło do wydania wyroku w sprawie *Marbury v. Madison*, który nie bez pewnych racji uznaje się za istotny z punktu widzenia *judicial review*, choć aktorzy zdarzeń tak na niego nie patrzyli (sprawa *Marbury v. Madison* jako precedens dotyczący sądowej kontroli ustaw Kongresu została pierwszy raz przywołana w wyroku z 1887 r. w sprawie *Mugler v. Kansas*). Wcześniej bowiem dostrzegano potrzebę kontroli konstytucyjności<sup>49</sup> (nie przesądzając jednak, jaki organ i w jakim zakresie ma jej dokonywać), a i same sądy przed 1803 r. korzystały w sposób dorozumiany z tej kompetencji (*Calder v. Bull*, *Hylton v. United States*, *Lessee v. Dorrance*), zwłaszcza że miała ona źródło w praktyce czasów kolonialnych<sup>50</sup>, a instytucjonalne podstawy stworzył *Judiciary Act* z 1798 r.<sup>51</sup> Wyjątkowość decyzji w sprawie *Marbury v. Madison* polegała, po pierwsze, na tym, że wyrok ten był precedensem uzasadniającym wcześniejszą praktykę, konstytucjonalizacją zasady kontroli sądowej poprzez stwierdzenie, że „domeną i obowiązkiem władzy sądowniczej jest powiedzieć, jakie jest prawo”<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> To John Taylor, Monticello, May 28, 1816, (w:) *The Writings of Thomas Jefferson: Correspondence*, New York 1859, IV, s. 286–287.

<sup>49</sup> K. Whittington, *Political Foundations...*, s. 108.

<sup>50</sup> Zob.: *Winthrop v. Lechmere* z 1727, *Philips v. Savage* z 1737, *Clark v. Tousey* z 1745, *Camm v. Hansford and Moss* z 1758. Zaczepniętą z tych przykładów retoryką posługiwali się w końcu Otis i Adams, protestując przeciwko *Stamp Act* – A. Forsyth, *Common Law and Natural Law in America: From the Puritans to the Legal Realists*, Cambridge 2019, s. 67; E.S. Corwin, *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, „Michigan Law Review” 1914, Vol. 12, No. 7, s. 538–572.

<sup>51</sup> M.A. Graber, *Establishing judicial review: Marbury and the Judiciary Act of 1789*, „Tulsa Law Review” 2003, Vol. 38, No. 4, s. 625.

<sup>52</sup> *Marbury v. Madison*, 177, (w:) J. Marshall, *The Constitutional Decisions of John Marshall*, ed. J.P. Cotton, Union, N.J. 2000, s. 39.



Po drugie zaś, na oczywistym dla aktorów dramatu politycznym kontekście rozstrzygnięcia. To, co wcześniej miało być praktyką bezpartyjną lub antypartyjną, stało się działaniem jawnie partyjnym<sup>53</sup>. Uważa się je za moment przełomowy konstytuujący jedną z trzech fundamentalnych zasad amerykańskiego ustroju, jaką jest dziś *judicial review*. Kwestia ta jest jednak o wiele bardziej skomplikowana i złożona, niż przedstawia się ją w podręcznikach amerykańskiego prawa konstytucyjnego, ciągle też, mimo upływu lat, budzi w amerykańskiej jurysprudencji dyskusje, czyniąc ją co najmniej niejednoznaczną<sup>54</sup>. Ważne jest jednak dla mnie, jak sam Jefferson, nie jako polityk, lecz utalentowany prawnik, odczytał znaczenie orzeczenia.

W okresie okołokonstytucyjnym był zwolennikiem kontroli sądowej, zwłaszcza w kontekście obrony wolności zawartych w *Bill of Rights*. Jeszcze w 1792 r. pisał, że: „Gdy sprawa została rozstrzygnięta zgodnie z zasadami i formami obowiązującymi w danym kraju, należy domniemywać jej sprawiedliwość. Nawet błąd w sądzie najwyższym, który został przewidziany jako ostatni środek korygowania błędów innych, i którego dekrety nie podlegają zatem dalszej rewizji, jest jedną z tych niedogodności wynikających z niedoskonałości naszych zdolności, na które każde społeczeństwo musi się zgodzić, ponieważ musi istnieć gdzieś ostatnia deska ratunku, gdzie spory mogą się zakończyć”<sup>55</sup>. Po wyroku w sprawie *Marbury v. Madison* stwierdził jednak: „Praktyka sędziego Marshalla polegająca na wychodzeniu poza swoją sprawę, aby określić, jakie prawo obowiązywałoby w spornej sprawie, która nie jest rozpatrywana przez sąd, jest bardzo nieprawidłowa i bardzo naganna”<sup>56</sup>. Kilka lat później, oceniając w szerszej perspektywie orzecznictwo *Marshall Court*, zauważył dążenie Sądu Najwyższego do wyłącznego objęcia swą jurysdykcją kwestii oceny konstytucyjności. Dla autora *Deklaracji Niepodległości* „traktowanie sędziów jako najwyższych arbitrów w kwestiach konstytucyjnych jest bardzo niebezpieczną doktryną, która może przywieść nas do despotyzmu oligarchii. Nasi sędziowie nie są uczciwsi od reszty ludzi. Dzielią z nimi te same uczucia dla partii, władzy i przywilejów swej grupy. Ich maksymą jest *boni judicis est ampliare jurisdictionem*, a ich władza jest niebezpieczna, ponieważ nie są odpowiedzialni, jak inni funkcjonariusze, przed wyborcami. Konstytucja nie ustanowiła takiego pojedynczego trybunału, wiedząc, że niezależnie w czyje odda go ręce, jego członkowie zepsuci przez czas i partie zostaliby despotami”<sup>57</sup>. Ani Jefferson, ani Madison nie podzielali więc poglądu, formułowanego czasem jeszcze bez doświadczenia polityzacji sądów,

<sup>53</sup> M.A. Graber, *Establishing judicial review...*, s. 613.

<sup>54</sup> A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację...*, s. 26–29.

<sup>55</sup> *To the British Minister, May 29, 1792*, (w:) *The Works of Thomas Jefferson*, New York, London 1904–06, VII, s. 79.

<sup>56</sup> Cyt. za: Ch. Warren, *A History of the American Bar*, Boston 1911, s. 386.

<sup>57</sup> *To William Charles Jarvis, Monticello, September 28, 1820*, (w:) *The Works of Thomas Jefferson*, New York, London 1904–06, XII, s. 162.

że to sądy są jedynymi interpretatorami Konstytucji i aktów Kongresu. „Przyjmuję do wiadomości – mówił Madison – że w ramach zwykłego rządu wykładnia ustaw i Konstytucji spoczywa w rękach Sądownictwa. Ale proszę powiedzieć, na jakiej zasadzie można twierdzić, że jakkolwiek departament czerpie z Konstytucji większe uprawnienia niż inne, w wyznaczaniu granic uprawnienia pozostałych departamentów? (...) Nie widzę, żeby jakkolwiek z tych niezależnych departamentów miał większe prawo niż inny do wyrażania swojego zdania w tej sprawie”<sup>58</sup>. Kompetencje do autorytatywnych rozstrzygnięć rezerwował więc Madison, podobnie jak Jefferson, Sądowi Najwyższemu jedynie w sprawach wymienionych w Art. III Konstytucji, w ramach ściśle przypisanych mu kompetencji. Tak jak w przypadku pozostałych gałęzi rządu, jest więc ograniczony swoimi kompetencjami i – jak żadna inna – także on nie ma prawa oceny pozostałych. Identyczne stanowisko wyraził także Marshall jako kongresmen, broniąc Adamsa podczas sprawy fregaty *Hermione*<sup>59</sup>. Dla Jeffersona i Madisona przełomowy charakter tego orzeczenia polegał na tym, że otwierało ono drogę do elastycznej interpretacji Konstytucji<sup>60</sup>, ponieważ byli przekonani, że *Marshall Court* wybierze właśnie tę, która zmierzała – zgodnie z zamierzeniami *nacjonalistów* (zwolenników silnej władzy centralnej i przeciwników silnej pozycji władz stanowych) – do maksymalnego ograniczenia praw stanowych kosztem władzy federalnej, zredukowania stanów do roli prowincji<sup>61</sup>.

Szedł więc Marshall o wiele dalej niż *Federaliści* w czasie Konwencji (być może oprócz Hamiltona) i to on przekuł ich klęskę polityczną w zwycięstwo ustrojowe. Dlatego w 1801 r. Jefferson napisał: „Moim wielkim zmartwieniem jest obecnie wykorzystanie naszej przewagi do ustanowienia dobrych zasad i dobrych praktyk; do ufortyfikowania republikanizmu tak wieloma barierami, jak to tylko możliwe, tak aby te fortyfikacje dały czas na zebranie się i uratowanie cytadeli, gdyby znów była w niebezpieczeństwie. Ze swojej strony [*Federaliści*] wycofali się do sądownictwa jak twierdzy. Tam resztki federalizmu mają być zachowane i zasilane ze Skarbu Państwa, a z tej baterii wszystkie dzieła republikanizmu mają być rozbite i wymazane. Przez oszukańcze wykorzystanie Konstytucji, która uczyniła sędziów nieusuwalnymi, stworzyli wiele bezużytecznych sędziów, aby wzmocnić swoją falangę”<sup>62</sup>. Podobne obawy wykazywał również Marshall wobec swego przeciwnika: „Demokraci dzielą się – pisał do Charlesa

<sup>58</sup> *The Debates, Resolutions, and Other Proceedings, in Convention, on the Adoption of the Federal Constitution: As Recommended by the General Convention at Philadelphia, on the 17th of September, 1787: with the Yeas and Nays on the Decision of the Main Question*, Washington 1830, IV, s. 182.

<sup>59</sup> D.E. Engdahl, *John Marshall's „Jeffersonian” Concept...*, s. 305–311.

<sup>60</sup> P. Zavodnyk, *The Age of Strict Construction: A History of the Growth of Federal Power, 1789–1861*, Washington 2007, s. 104–120.

<sup>61</sup> S.K. Padover, *The political ideas of John Marshall*, „Social Research” 1959, Vol. 26, No. 1, s. 67.

<sup>62</sup> H.S. Randall, *The Life of Thomas Jefferson*, New York 1858, II, s. 690, przypis.

Coteswortha Pinckneya – na spekulatywnych teoretyków i bezwzględnych terrorystów. Do tych ostatnich nie jestem skłonny zaliczyć pana Jeffersona. Jeżeli ułoży się z nimi, to nietrudno przewidzieć, jak wiele nieszczęść czeka na nasz kraj<sup>63</sup>.

Plantator z Monticello bardzo dobrze zdiagnozował więc zagrożenie. Stosując elastyczną metodę interpretacji, Marshall w opinii do wyroku *McCulloch v. Maryland*, dotyczącym w istocie konstytucyjności 2BUS, napisał, odwołując się do argumentów Hamiltona: „Konstytucja, która zawierałaby dokładne szczegóły wszystkich podziałów, na które pozwoli jej wielka władza, i wszystkich środków, dzięki którym można wprowadzić w życie, miałyby charakter proliferacji kodeksu prawnego i z trudem mogłyby być ogarnięta przez ludzki umysł. Prawdopodobnie nigdy nie zostałyby zrozumiana przez społeczeństwo. Jej natura wymaga więc, aby zaznaczyć jedynie jej wielkie kontury, jej ważne przedmioty oraz pomniejsze składniki, które składają się na te przedmioty, a które same powinny być wydedukowane z natury tych przedmiotów<sup>64</sup>. Innymi słowy, kompetencje rządu wyliczone w Konstytucji mają charakter przykładowy, z których wyprowadzić można kolejne. Idąc dalej – tym kompetencjom muszą towarzyszyć odpowiednie środki służące do ich wykonania *dla szczęścia i pomyślności narodu*. Istotą opinii Marshalla jest więc Hamiltonowskie przekonanie o szerokiej, elastycznej konstrukcji Konstytucji „przeznaczonej, by przetrwać przez następne wieki, a w konsekwencji, aby być dostosowaną do różnych kryzysów ludzkich spraw<sup>65</sup>. Jej dostosowanie do zmieniających się okoliczności może się dokonać tylko za sprawą jej adekwatnej, sędziowskiej interpretacji, a nie trzymania się sztywno jej litery.

Tymczasem dla Jeffersona oznaczało to jednak przekroczenie konstytucyjnych kompetencji i przekreślenie zasady podziału władzy. Prawo judykatury do autorytatywnego rozstrzygania o konstytucyjności było konstytucyjnym *felo da se*. „Zamierzając bowiem ustanowić – pisał – trzy departamenty, skoordynowane i niezależne, aby mogły wzajemnie się kontrolować i równoważyć, dała ona [Konstytucja], zgodnie z tą opinią, jednemu z nich prawo do ustalania zasad rządzenia pozostałymi, i to również temu jednemu, który nie jest wybierany przez naród i jest od niego niezależny. Doświadczenie bowiem pokazało już, że impeachment, który przewidziała, nie jest nawet strachem na wróble. (...). Zgodnie z tą hipotezą Konstytucja jest tylko woskiem w rękach sędziów, który mogą przekręcać i kształtować w dowolną formę. Należy pamiętać, jako aksjomat wiecznej prawdy w polityce, że jakkolwiek władza w jakimkolwiek rządzie jest niezależna, jest również absolutna<sup>66</sup>. Jefferson traktował więc dzia-

<sup>63</sup> Cyt. za: J. Meacham, *Thomas Jefferson: The Art of Power*, New York 2012, s. 350.

<sup>64</sup> *McCulloch v. Maryland*, 407, (w:) J. Marshall, *The Constitutional Decisions of John Marshall*, ed. J.P. Cotton, Union, N.J. 2000, s. 314.

<sup>65</sup> *McCulloch v. Maryland*, 415, (w:) J. Marshall, *The Constitutional Decisions...*, s. 322–323.

<sup>66</sup> *To Judge Spencer Roane, Poplar Forest, September 6, 1819*, (w:) *The Works of Thomas Jefferson*, New York, London 1904–06, XII, s. 136–137

łania Marshalla jako zamach na amerykańską demokrację, dążenie do centralizacji władzy i ustanowienie zamiast republiki rządów oligarchicznych. Luźna interpretacja Konstytucji była dla Jeffersona zaprzeczeniem samej jej istoty – jako aktu nie tylko organizującego instytucje państwowe, ale przede wszystkim chroniącego wolność stanów i jednostek oraz zabezpieczającego przed tyranią władzy. „Kiedy instrument dopuszcza dwie konstrukcje – pisał jako prezydent w 1803 r. – jedną bezpieczną, drugą niebezpieczną, jedną precyzyjną, drugą nieokreśloną, wolę bezpieczną i precyzyjną. Wolałbym raczej poprosić o rozszerzenie władzy od narodu, tam, gdzie jest to konieczne, niż przyjąć konstrukcję, która sprawiłaby, że nasza władza byłaby nieograniczona. Nasze szczególne zabezpieczenie polega na posiadaniu spisanej Konstytucji. Nie róbmy z niej pustej kartki papieru przez konstrukcję. To samo mówię o opinii tych, którzy uważają, że uprawnienia do zawierania traktatów są nieograniczone. Jeśli tak jest, to nie mamy Konstytucji. Jeśli ma ona granice, to nie mogą one być inne niż definicje uprawnień, jakie daje ten instrument. Określa ona i definiuje operacje dozwolone rządowi federalnemu i daje wszystkie uprawnienia niezbędne do ich wykonania”<sup>67</sup>. Jefferson pisał do sędziego Johnsona: „W każdej kwestii konstrukcyjnej cofnijmy się do czasu, kiedy Konstytucja została przyjęta, by przypomnieć sobie ducha manifestowanego w debatach, i zamiast sprawdzać jakie znaczenie może być wyciśnięte z tekstu lub wymyślane wbrew niemu, dostosujmy się do prawdopodobnego znaczenia, w czasie w jakim została uchwalona”<sup>68</sup>. Jeśli konieczna jest interpretacja prawa, trzeba sięgnąć do intencji jej twórców wskazującej, jaki jest jego pierwotny cel. „Prawdziwym kluczem do konstrukcji każdej rzeczy wątpliwej w prawie jest intencja prawodawców”<sup>69</sup>, a nie *twórczość* sędziów. Jedynym właściwym środkiem zmiany Konstytucji jest więc poprawka wymagająca szerokiego społecznego konsensu i kompromisu, a nie niepodlegająca demokratycznej kontroli aktywność interpretacyjna sędziów. Odgrywanie przez sędziów tej roli jest wydarciem z rąk narodu suwerenności i przeniesieniem jej – jak barwnie ujął to republikański przywódca Izby Reprezentantów w czasie pierwszej prezydentury Jeffersona – John Randolph of Roanoke – do „szpitala dla podupadłych polityków”<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> To Wilson C. Nicholas, Monticello, September 7, 1803, (w:) *The Writings of Thomas Jefferson: Correspondence*, New York 1859, IV, s. 506.

<sup>68</sup> To Judge Johnson, Monticello, June 12, 1823, (w:) *Memoirs, Correspondence and Private Papers of Thomas Jefferson, Late President of The United States*, London 1829, IV, s. 382.

<sup>69</sup> To Secretary of the Treasury, Monticello, May 20, 1808, (w:) *The Writings of Thomas Jefferson: Correspondence*, New York 1859, V, s. 291.

<sup>70</sup> Cyt. za: W.W. Willoughby, *The Supreme Court of the United States: Its History and Influence in Our Constitutional System*, Baltimore 1890, s. 88.

## REKAPITULACJA

W czasie prezydentury Thomasa Jeffersona, a później Jamesa Madisona, Jamesa Monroe i Andrew Jacksona można było więc zauważyć dwutorowość funkcjonowania amerykańskiego systemu politycznego i konstytucyjnego: z jednej strony na poziomie politycznym ciąg zwycięstw wyborczych *Republikanów*, z drugiej – coraz bardziej federalistyczna interpretacja Konstytucji przez *Marshall Court* pozostającego poza oddziaływaniem rządzącej większości. Mimo że społeczeństwo amerykańskie odrzuciło arystokratyczny republikanizm na rzecz republikanizmu demokratycznego, Marshall pozostał wierny temu pierwszemu, wznosząc mur przeciwko demokratycznym ideom Jeffersona (a później Jacksona). Był więc bardziej politykiem niż sędzią, a polityczny kontekst jego orzeczeń był oczywisty zarówno dla jego przeciwników, jak i zwolenników. Atak *Republikanów* na Sąd Najwyższy nie był więc, jak pisze Vernon L. Parrington, atakiem na judykaturę, lecz na *sędziów-polityków* wykorzystujących swe stanowiska do działalności politycznej<sup>71</sup>. Działalność Marshalla przyczyniła się przez to do pogłębienia podziałów między kapitalistyczną i dążącą do centralizacji Północą a agrarystycznym i hołdującym zasadzie *self-government* Południem. Jefferson nie był bowiem przeciwnikiem Sądu Najwyższego jako takiego, przeciwnie, uważał, że powinien cieszyć się zaufaniem, jeśli będzie niezależny i działać będzie w ramach swej jurysdykcji. Marshall jednak ową niezależność, jego zdaniem, wykorzystywał w celach politycznych i nadużył zaufania, jakim obdarzyło go społeczeństwo. Dlatego w rok po *McCulloch v. Maryland* napisał, że: „Sądownictwo Stanów Zjednoczonych to subtelny korpus saperów i górników, którzy nieustannie pracują pod ziemią, aby podkopać fundamenty naszej skonfederowanej republiki. Konstruują naszą Konstytucję od koordynacji rządu ogólnego i specjalnego w kierunku jednego ogólnego i najwyższego”<sup>72</sup>.

Zarazem Jefferson i Madison nie wahali się przed stosowaniem środków, które wcześniej potępiali u *Federalistów*. Zakup Luizjany był bowiem oczywistym sprzeniewierzeniem się republikańskiemu *credo* i zasadzie ścisłej interpretacji Konstytucji (z czego prezydent doskonale zdawał sobie sprawę<sup>73</sup>, lecz zgodził się na dokonanie zakupu mimo nieuchwalenia poprawki do Konstytucji, która jego zdaniem była w tym wypadku konieczna), co zresztą spowodowało porzucenie Jeffersona przez *Starych Republikanów* – Johna Randolpha of Roanoke i Johna Taylora of Caroline. Podobnie *Embargo Act* z 1807 r. budziło poważne konstytu-

<sup>71</sup> V.L. Parrington, *Główne nurty myśli amerykańskiej. Romantyczna rewolucja w Ameryce 1800–1860*, przekł. H. Krzeczkowski, Warszawa 1970, s. 70.

<sup>72</sup> *To Thomas Ritchie, Monticello, December 25, 1820*, (w:) *The Works of Thomas Jefferson*, New York, London 1904–06, XII, s. 17

<sup>73</sup> *To John Dickson, Monticello, August 9, 1803*, (w:) *The Works of Thomas Jefferson*, New York, London 1904–06, X, s. 28–29.

cyjne wątpliwości. Powołanie BUS, które w 1791 r. było dla Madisona niekonstytucyjne, stało się konstytucyjne podczas jego kadencji, bez wyraźnych protestów Jeffersona. Jednocześnie Marshall zdecydowanie sprzeciwiał się *Alien and Sedition Acts*<sup>74</sup>, wykazał się też odpowiedzialnością podczas kryzysu wywołanego przez uchylenie *Judiciary Act* z 1801 r. i nie zachęcał sędziów okręgowych, tak jak inni *Federaliści*, do odmowy podjęcia swych obowiązków<sup>75</sup>. Prezentował też wyważoną postawę w czasie impeachmentu Chase’a, starając się ochłodzić rozgrzane głowy radykałów z obu partii. To on wyszedł z tego starcia zwycięsko, doliczając potem do grona swych pokonanych oponentów Jacksona. Gdy umierał w 1835 r., pozycja ustrojowa i autorytet Sądu Najwyższego były ugruntowane i powszechnie niemal uznane. Próby jej zakwestionowania pojawiły się dopiero kilka lat później, w kontekście zaostrzającej się walki między Północą a Południem. Wielki spór konstytucyjny między Jeffersonem i Marshalllem był więc efektem konkretnego momentu w historii konstytucyjnej Stanów Zjednoczonych, lecz mimo to zachowuje do dzisiaj pewną aktualność. Jeden identyfikował się przede wszystkim z Wirginią, drugi – ze Stanami Zjednoczonymi. Obu Wirgińczyków łączyło jednak przekonanie, że ostatecznie zarówno władza sądów, jak i Kongresu, i Prezydenta ma swoje konstytucyjnie określone granice. Marshall nigdy nie posunął się do twierdzenia, że Sąd Najwyższy odgrywa decydującą rolę w systemie konstytucyjnym, wpływając na zmianę rzeczywistości społecznej. Wykraczało poza jego intelektualny horyzont, że może on dowolnie niemal wkraczać w obszar zastrzeżony dla posiadającej legitymację demokratyczną władzy prawodawczej, co zresztą podkreślił w wyroku w sprawie *Marbury v. Madison*. Nie ma tam również tezy o supremacji Sądu Najwyższego w sprawach konstytucyjnych. „Gdyby Kongres – stwierdził w opinii do *McCulloch v. Maryland* – wykonując swoje uprawnienia, przyjął środki, które są zakazane przez Konstytucję, albo gdyby Kongres, pod pretekstem wykonywania swoich uprawnień, uchwalił ustawy w celu realizacji celów, które nie zostały powierzone rządowi, to bolesnym obowiązkiem tego trybunału, gdyby wpłynęła do niego sprawa wymagająca takiej decyzji, byłoby stwierdzenie, że taka ustawa nie była prawem tego kraju. Ale jeśli prawo nie jest zakazane i jest rzeczywiście obliczone na osiągnięcie któregoś z celów powierzonych rządowi, to podejmowanie się tutaj badania stopnia konieczności byłoby przekroczeniem linii, która ogranicza sądownictwo, i wkroczeniem na grunt ustawodawczy. Ten Sąd odrzuca wszelkie pretensje do takiej władzy”<sup>76</sup>. Nie jest to więc zasadniczo sprzeczne z tym, co napisał Jefferson w liście do Spencera Roane: „Moja konstrukcja Konstytucji jest zupełnie inna niż ta, którą cytujesz. Polega ona na tym, że każdy departament jest naprawdę niezależny od innych i ma równe prawo do samodzielnego decydowania o znacze-

<sup>74</sup> L. Baker, *John Marshall: A Life in Law*, New York 1974, s. 306.

<sup>75</sup> J. Glickstein, *After Midnight: The Circuit Judges and the Repeal of the Judiciary Act of 1801*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2012, Vol. 24, s. 551–552

<sup>76</sup> *McCulloch v. Maryland*, 423, (w:) J. Marshall, *The Constitutional Decisions...*, s. 331.

niu Konstytucji w sprawach poddanych jego działaniu, a zwłaszcza tam, gdzie ma działać ostatecznie i bez odwołania”<sup>77</sup>. Dlatego Marshall w ciągu całej swej kadencji tylko raz zakwestionował konstytucyjność aktu Kongresu i osiemnastu aktów legislatur stanowych, wykazując się raczej powściągliwością niż aktywnością w tym względzie. Przedmiotem jego wysiłków była więc *interpretacja*, a nie atak na władzę legislacyjną Unii i stanów, ich zdefiniowanie, a nie uszczuplenie kosztem judykatury. W tym względzie zasadniczo odróżnia się od tego, co czynił Sąd Najwyższy w XX i XXI wieku. Równie daleko mu dziś do występującego w amerykańskiej nauce prawa poglądu, że Sąd Najwyższy jest w istocie ważniejszy w swych rozstrzygnięciach od Kongresu. W tym znaczeniu Marshall był znacznie bliżej Jeffersona, niż *Warren Court*, *Rehnquist Court* i współcześni wyznawcy *judicial activism*.

## REFERENCES

- Abraham H.J., *Justices, Presidents, and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Bush II*, Lanham, Boulder, New York, Toronto, Plymouth 2008
- Ames F., *3 February, 1791*, (w:) *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States: With an Appendix, Containing Important State Papers and Public Documents, and All the Laws of a Public Nature, Eighteenth Congress – First Session: Comprising the Period from [March 3, 1789] to May 27, 1824*, Washington 1834, II
- Baker L., *John Marshall: A Life in Law*, New York 1974
- Bird W., *Criminal Dissent. Prosecutions under The Alien and Sedition Acts of 1798*, Cambridge, Mass., London, England, 2020
- Boudinot E., (w:) *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States: With an Appendix, Containing Important State Papers and Public Documents, and All the Laws of a Public Nature, Eighteenth Congress – First Session: Comprising the Period from [March 3, 1789] to May 27, 1824*, Washington 1834, II
- Brown R.H., *The Republic in Peril 1812*, New York 1971
- Clarke M.St., Hall D.A. (eds.), *Legislative and Documentary History of the Bank of the United States*, Washington 1832
- Coleman A.N., *The American Revolution, State Sovereignty, and the American Constitutional Settlement*, Lanham, MD 2016
- Corwin E.S., *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, „Michigan Law Review” 1914, Vol. 12, No. 7
- Debates and Proceedings in the Congress of the United States: With an Appendix, Containing Important State Papers and Public Documents, and All the Laws of a Public Nature, Eighteenth Congress – First Session: Comprising the Period from [March 3, 1789] to May 27, 1824*, Washington 1834, II

<sup>77</sup> *To Judge Spencer Roane...*, s. 137.

- The Debates, Resolutions, and Other Proceedings, in Convention, on the Adoption of the Federal Constitution: As Recommended by the General Convention at Philadelphia, on the 17th of September, 1787: with the Yeas and Nays on the Decision of the Main Question*, Washington 1830, IV
- Ellis J.J., *American Sphinx: The Character of Thomas Jefferson*, New York 1997
- Engdahl D.E., *John Marshall's „Jeffersonian” Concept of Judicial Review*, „Duke Law Journal” 1992, Vol. 42, No. 2
- Engel S.M., *American Politicians Confront the Court: Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, Cambridge, New York, Melbourne, Cape Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Tokyo, Mexico City 2001
- Forsyth A., *Common Law and Natural Law in America: From the Puritans to the Legal Realists*, Cambridge 2019
- Glickstein J., *After midnight: The circuit judges and the repeal of the Judiciary Act of 1801*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2012, Vol. 24
- Graber M.A., *Establishing judicial review: Marbury and the Judiciary Act of 1789*, „Tulsa Law Review” 2003, Vol. 38, No. 4
- Grossman R.S., *Unsettled Account: The Evolution of Banking in the Industrialized World since 1800*, Princeton 2010
- Haines Ch.G., *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics 1789–1835*, Berkeley 1944
- Hamilton A., *The Federalist 7, 15, 70*, (w:) J.R. Pole (ed.), *The Federalist*, Indianapolis 2010
- Hamilton J.C., *Life of Alexander Hamilton. A History of the Republic of The United States of America*, Boston 1879, VII
- Henriques P.R., *Realistic Visionary: A Portrait of George Washington*, Charlottesville 2008
- Kentucky Resolutions*, (w:) *The Virginia and Kentucky Resolutions of 1798 and '99. With Jefferson's Original Draught Thereof. Also, Madison's Report, Calhoun's Address, Resolutions of the Several States in Relation to State Rights. With Other Documents in Support of the Jeffersonian Doctrines of '98*, Washington 1832
- Knott S.F., *Alexander Hamilton and the Persistence of Myth*, Lawrence 2002
- Kurland Ph.B., *Politics, the Constitution, and the Warren Court*, Chicago 1970
- Madison J., *Federalist 46*, (w:) J.R. Pole (ed.), *The Federalist*, Indianapolis 2010
- Marshall J., *The Constitutional Decisions of John Marshall*, ed. J.P. Cotton, Union, N.J. 2000
- Mayer D.N., *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*, Charlottesville 1994
- Meacham J., *Thomas Jefferson: The Art of Power*, New York 2012
- Memoirs, Correspondence and Private Papers of Thomas Jefferson, Late President of The United States*, London 1829, IV
- Miller J.Ch., *Alexander Hamilton and the Growth of the New Nation*, New Brunswick, N.J. 2004
- Onuf P.S., *Jefferson's Empire. The Language of American Nationhood*, Charlottesville 2000
- Opinion of Alexander Hamilton, on the Constitutionality of a National Bank*, (w:) M.St. Clarke, D.A. Hall (eds.), *Legislative and Documentary History of the Bank of the United States*, Washington 1832



- Opinion on the Constitutionality of A National Bank, February 15, 1791*, (w:) *The Works of Thomas Jefferson*, New York, London 1904–06, VI
- Padover S.K., *The political ideas of John Marshall*, „Social Research” 1959, Vol. 26, No. 1
- Parrington V.L., *Główne nurty myśli amerykańskiej. Romantyczna rewolucja w Ameryce 1800–1860*, przekł. H. Krzeczowski, Warszawa 1970
- Pole J.R. (ed.), *The Federalist*, Indianapolis 2010
- Randall H.S., *The Life of Thomas Jefferson*, New York 1858, II
- Robertson D.B., *Federalism and the Making of America*, New York 2012
- Sedgwick T., (w:) *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States: With an Appendix, Containing Important State Papers and Public Documents, and All the Laws of a Public Nature, Eighteenth Congress – First Session: Comprising the Period from [March 3, 1789] to May 27, 1824*, Washington 1834, II
- Skrzydło J., *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013
- Speeches in the First Congress – Third Session, 1791, February 2 – Bank of the United States*; (w:) *The Writings of James Madison*, New York, London 1906, VI
- Tomza A., *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od pasywizmu do aktywizmu sądowego*, „Jurysprudencja” 2006, nr 7/16
- The Virginia and Kentucky Resolutions of 1798 and '99. With Jefferson's Original Draught Thereof. Also, Madison's Report, Calhoun's Address, Resolutions of the Several States in Relation to State Rights. With Other Documents in Support of the Jeffersonian Doctrines of '98*, Washington 1832
- Warren Ch., *A History of the American Bar*, Boston 1911
- Whittington K.E., *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton 2007
- Willoughby W.W., *The Supreme Court of the United States: Its History and Influence in Our Constitutional System*, Baltimore 1890
- The Jay Treaty, Speech in the 4th Congress, April 6, 1796*, (w:) *The Writings of James Madison*, New York, London 1906, VI
- The Works of Thomas Jefferson*, New York, London 1904–06, VI
- The Writings of James Madison*, New York, London 1906, VI
- The Writings of Thomas Jefferson: Correspondence*, New York 1859, IV
- Zavodnyik P., *The Age of Strict Construction: A History of the Growth of Federal Power, 1789–1861*, Washington 2007

*Mikołaj Wolanin*<sup>1</sup>

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: [mikolaj@mwolanin.pl](mailto:mikolaj@mwolanin.pl)

ORCID: 0000-0003-3574-6999

**ODRĘBNOŚĆ SAMORZĄDU UCZNIOWSKIEGO  
OD DYREKTORA SZKOŁY. GŁOSA DO WYROKU  
WOJEWÓDZKIEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO  
W KIELCACH Z DNIA 27 MAJA 2021 R., II SAB/KE 42/21<sup>2</sup>**

**SEPARATION OF THE STUDENT COUNCIL FROM THE SCHOOL  
PRINCIPAL: A COMMENTARY ON THE VERDICT OF THE  
VOIVODESHIP ADMINISTRATIVE COURT IN KIELCE OF  
27 MAY 2021, NO. II SAB/KE 42/21**

**Abstract**

In the commentary, the author analyses the judgment of the Voivodeship Administrative Court in Kielce, which stated that “the school principal cannot be obliged to inform about the basis of the decision made by (...) the student council in the form of access to public information”. While agreeing with this court decision, the author

---

<sup>1</sup> W chwili pisania glosy student I roku prawa na Uniwersytecie Warszawskim i prezes Fundacji na rzecz Praw Ucznia, którą ufundował w 2019 roku, z uwagi na ówczesną niepełnoletność, na podstawie zezwolenia sądu rodzinnego.

<sup>2</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 27 maja 2021 r., II SAB/Ke 42/21, LEX nr 3194887.

elaborates on the question whether the student council is part of the school as a public authority; whether, on this basis, its activities are subject to the public information; and whether the school council may be represented outside by the principal of the school where this student council exists. Therefore, by carrying out the dogmatic (linguistic and logical) analysis of the current norms, literature, and the ruling itself, the author comes to the conclusion that the student council is a body separate from the principal of a public school, and therefore the principal cannot represent it outside. That is why, in the author's opinion, the information about the activities of the student council is not a public information. The author in his gloss extended the topics the Court has signaled in its judgment, hoping to contribute to the scientific knowledge of the issues that have been so far rarely analyzed.

### KEYWORDS

student council, school principal, public authority, public information, access to public information, education law

### SŁOWA KLUCZOWE

samorząd uczniowski, dyrektor szkoły, organ władzy publicznej, informacja publiczna, dostęp do informacji publicznej, prawo oświatowe

## 1. STAN FAKTYCZNY I PRAWNY

Funkcjonująca w liceum komisja wyborcza (złożona z uczniów i uczennic uczęszczających do ostatniej klasy szkoły ponadpodstawowej) uznała wpis jednego z kandydatów za naruszający szkolną ordynację wyborczą (stanowiącą część regulaminu samorządu uczniowskiego tej szkoły) i skreśliła go z listy kandydatów. Kilka dni później skarżący złożył do dyrektora tego liceum wniosek o udostępnienie informacji publicznej, w ramach którego poprosił o: „przedstawienie sytuacji związanej z wyborami Przewodniczącego Samorządu Uczniowskiego, w tym podania przepisów prawa karnego, statutu [...] oraz Regulaminu samorządu, z uwagi na które Samorząd Uczniowski podjął decyzję o skreśleniu kandydata [...] z listy kandydatów na Przewodniczącego Samorządu Uczniowskiego” [pisownia zgodnie z uzasadnieniem wyroku – przyp. aut.].

Po wymianie korespondencji między skarżącym a dyrektorem liceum, podczas której skarżący nie otrzymał wyczerpującej, w jego ocenie, odpowiedzi na swój wniosek, skarżący złożył do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach skargę na bezczynność dyrektora liceum, wnosząc o zobowiązanie

organu do rozpoznania jego wniosku i zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania. W skardze zarzucił dyrektorowi naruszenie: art. 61 ust. 1 i 4 Konstytucji RP<sup>3</sup> oraz art. 10 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 1 i art. 13 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej<sup>4</sup>.

Dyrektor w odpowiedzi na skargę tłumaczył, że: „nie mógł udzielić szczegółowych odpowiedzi na pytania zawarte we wniosku z dnia 28 września 2020 r. (na temat przepisów prawa karnego, które mieli na myśli uczniowie klas maturalnych), ponieważ konkretną kwalifikację może nadać tylko Policja podczas prowadzonego postępowania. Dodatkowo rodzice [...] nie wyrazili zgody na informowanie kogokolwiek o tej sprawie, ponieważ uważają, że ich syn w sprawie jest osobą pokrzywdzoną. [...] udzielenie informacji, że uczniowie klas maturalnych podejrzewali ucznia o naruszenie konkretnego przepisu Kodeksu karnego – a to się na razie nie potwierdziło – może być potraktowane jako pomówienie i naruszenie dóbr osobistych całej rodziny, ze względu na wiązanie ich nazwiska z sytuacją, która nie miała miejsca («bo [...] nic nie wiedział»). Ponadto, jak podkreślił dyrektor, dostęp do informacji publicznej nie może mieć pierwszeństwa przed ochroną prywatności ucznia i jego rodziny, w tym ochroną przed nadmierną ciekawością osób z zewnątrz”. Swoją odpowiedź dyrektor uzasadniał art. 8 EKPC<sup>5</sup> oraz art. 47 Konstytucji RP.

Dyrektor wyraził także wątpliwość, czy jest właściwym adresatem otrzymanego wniosku. Skoro bowiem za wybory do organów samorządu uczniowskiego odpowiada specjalna komisja powołana właśnie spośród przedstawicieli i przedstawicielek tego samorządu, to dyrektor, odpowiadając na otrzymany wniosek, mógłby dopuścić się „nieuprawnionego wkroczenia w kompetencje samorządu uczniowskiego”. Poinformował on również, że nie jest w posiadaniu informacji, o które wnioskuje skarżący.

## 2. STANOWISKO SĄDU

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Kielcach skargę oddalił. Jak bowiem uzasadniał, dyrektor szkoły publicznej jest, co prawda, obowiązany do udostępniania informacji publicznej (por. art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p.), ale w przedmiotowej sytuacji konkretna decyzja została podjęta przez komisję wyborczą stanowiącą

<sup>3</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.).

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2022 r. poz. 902), dalej: u.d.i.p.

<sup>5</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284, z późn. zm.), dalej: EKPC.

organ samorządu uczniowskiego – gremium odrębnego od dyrektora i tworzono go przez wszystkie osoby uczące się w danej szkole (por. art. 85 ust. 2 Prawa oświatowego<sup>6</sup>). Jak zatem uzasadniał Sąd: „Nie można wymagać od dyrektora szkoły, by w trybie dostępu do informacji publicznej informował o podstawach decyzji, która została podjęta przez tak rozumiany samorząd uczniowski”.

W ocenie Sądu przedmiotowa informacja nie stanowiła ponadto informacji publicznej. „Skarżący żądał mianowicie [...] wskazania przepisów [...], z uwagi na które Samorząd Uczniowski podjął decyzję o takim skreśleniu. Tego rodzaju informacja nie odnosi się do zasad funkcjonowania szkoły, jej organizacji czy organów (osób sprawujących w nich funkcje, ich kompetencji), a żądanie wyrażone we wniosku zmierza do wskazania przepisów, które stały się podstawą konkretnej decyzji Samorządu Uczniowskiego. [...] Informacja w tym zakresie [w zakresie wniosku – przyp. aut.] wynikałaby z określonej interpretacji, miałyby w istocie charakter swego rodzaju oceny (w dodatku dokonanej przez inny podmiot), a nie precyzyjnie wyrażonych danych na temat funkcjonowania szkoły, którymi może dysponować jej dyrektor” – pisał Sąd w uzasadnieniu swojego wyroku.

### 3. ANALIZA STANOWISKA SĄDU

Ze stanowiskiem Sądu należy się zgodzić. W niniejszej glosie autor postara się jednak rozwinąć następujące zagadnienia będące swoistymi pytaniami badawczymi:

1. Czy dyrektor/dyrektorka szkoły publicznej reprezentuje na zewnątrz samorząd uczniowski?
2. Czy samorząd uczniowski jest organem odrębnym od dyrektora/dyrektorki szkoły publicznej i tym samym dyrektor/dyrektorka tej szkoły nie jest zobowiązany/zobowiązana do udostępniania w drodze udostępnienia informacji publicznej informacji o jego działalności?
3. Czy, co za tym idzie, ogół działalności samorządu uczniowskiego w szkole publicznej stanowi informację publiczną w rozumieniu Konstytucji RP i właściwej ustawy?

Odpowiedź na powyższe pytania badawcze zostanie udzielona z wykorzystaniem metody dogmatycznej (językowo-logicznej)<sup>7</sup>, którą autor postrzega jako

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe (Dz.U. z 2021 r. poz. 1082, z późn. zm.), dalej: pr. ośw.

<sup>7</sup> Jej rozumienie za: D. van Kędziński, *Metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2018, nr 3, s. 7.

metodę badania (analizy) nie tylko obowiązujących norm, lecz także orzecznictwa i piśmiennictwa (poglądów doktryny)<sup>8</sup>.

Rozpoczynając zatem rozważania, w pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że w szkołach i placówkach oświatowych działa samorząd uczniowski, a ewentualny jego brak w danej szkole czy placówce stanowi wyjątek od reguły ustanowionej w art. 85 ust. 1 pr. ośw.<sup>9</sup>. W skład samorządu wchodzi natomiast wszystkie osoby uczące się w danej szkole lub placówce (art. 85 ust. 2 pr. ośw.), co jest egzemplifikacją swoistej konsekwencji polskiego prawodawcy. W skład wspólnoty samorządowej (terytorialnej) wchodzi przecież „ogół [jego – przyp. aut.] mieszkańców” (por. art. 16 ust. 1 Konstytucji RP), podobnie zresztą, jak ogół osób wykonujących dany zawód zaufania publicznego wchodzi w skład jego zawodowego samorządu (zob. art. 17 ust. 1 Konstytucji RP). W przypadku uczniów i uczennic postąpiono zatem konsekwentnie, ustanawiając w drodze ustawy, na podstawie art. 17 ust. 2 Konstytucji RP, samorząd uczniowski.

Samorząd uczniowski ma swoje organy i to do nich każdy uczeń i każda uczennica może kandydować czy zgłaszać swoją chęć współpracy, szczególnie że ma on czy ona prawo do angażowania się w życie szkoły<sup>10</sup>, a organy te są „jedyne reprezentantami ogółu uczniów” (art. 85 ust. 3 zd. 2 pr. ośw.). Szczegóły wybierania osób do tych organów, a także zasady ich działania określa regulamin samorządu, który jest uchwalany przez ogół uczniów w głosowaniu równym, tajnym i powszechnym (art. 85 ust. 3 zd. 1 pr. ośw.). Trzeba zatem zauważyć, że dyrekcja szkoły nie ma formalnego wpływu na to, jak kształtuje się regulamin lokalnego samorządu uczniowskiego, a jedynym ograniczeniem dotyczącym tego, co może zostać uregulowane w tym regulaminie i w jaki sposób, jest wprowadzona przez art. 85 ust. 4 pr. ośw. swoista reguła kolizyjna mówiąca o tym, że regulamin samorządu uczniowskiego nie może być sprzeczny ze statutem szkoły lub placówki, oraz pozostałe reguły kolizyjne wynikające z ogólnych zasad prawa. Co równie istotne, dyrekcja szkoły nie ma także wpływu na to, kto będzie opiekunem uczniowskiego samorządu, ponieważ prawo do wyboru opiekuna przysługuje właśnie uczniom i jest – jak stanowi art. 85 ust. 5 pr. ośw. – „podstawowym prawem ucznia”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Argumenty za takim rozumieniem metody dogmatycznej zob. M. Wolanin, *Obowiązki ucznia*, Kraków 2021, s. 11–12.

<sup>9</sup> Dokładny katalog publicznych szkół i placówek, w których nie tworzy się samorządu uczniowskiego, jest określany przez wydane na podstawie delegacji ustawowej wyrażonej w art. 85 ust. 8 pr. ośw. rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 26 lipca 2018 r. w sprawie typów szkół i placówek, w których nie tworzy się samorządu uczniowskiego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2082).

<sup>10</sup> Szerzej: M. Wolanin, *Prawa ucznia*, Kraków 2020, s. 76–78.

<sup>11</sup> Doktryna nie podziela jednak poglądu ustawodawcy i nie uważa, by katalog praw osób uczących się, zawarty w art. 85 ust. 5 pr. ośw., był właśnie katalogiem „podstawowych praw ucznia”. Więcej na ten temat m.in.: M. Wolanin, *Prawa ucznia...*, s. 13–14; E. Czyż, *Prawa i obo-*

Samorząd uczniowski (i, bardziej, jego organy) ma zatem bardzo dużą swobodę w zakresie swojej działalności, doboru opiekuna oraz kształtowania regulaminu swojej pracy. Gdzie zatem należy go umiejscowić w całym systemie oświaty? Zdaje się, że bardzo trafnie dokonał tego ustawodawca, lokując wielokrotnie przywoływany wyżej ustawowy przepis o samorządzie uczniowskim w rozdziale zatytułowanym „Społeczne organy w systemie oświaty”, czyli tam, gdzie ustanowiono również w drodze ustawowej na przykład radę rodziców. Takie umiejscowienie w ustawie – Prawo oświatowe świadczy, zdaniem autora, o tym, że samorządowi uczniowskiemu nadawana jest dość znaczna autonomia działania i stanowienia o samym sobie, wyłączając go spod możliwego do wyobrażenia nadzoru dyrekcji szkoły lub placówki. Stanowiska dyrektorskie czy regulacje dotyczące rady pedagogicznej (której pracami kieruje przecież dyrektor/dyrektorka szkoły) zostały zresztą umieszczone przez ustawodawcę we wcześniejszym rozdziale ustawy – Prawo oświatowe zatytułowanym „Zarządzanie szkołami i placówkami publicznymi”.

Kierując się zatem chociażby tym, o czym mowa w akapicie wyżej, należy uznać, że samorząd uczniowski nie jest podległy dyrekcji, a tym samym dyrekcja nie może reprezentować go na zewnątrz i, generalnie, wypowiadać się w jego imieniu. Tezę tę potwierdza zresztą obowiązujące prawo – art. 85 ust. 3 zd. 2 pr. ośw. stanowi przecież jasno: „Organy samorządu [uczniowskiego – przyp. aut.] są jedynymi reprezentantami ogółu uczniów”. Wobec takiej normy nie można zatem twierdzić, że dyrektor/dyrektorka szkoły publicznej mógłby/mogłaby wypowiadać się w imieniu samorządu uczniowskiego lub reprezentować go na zewnątrz. Ma on swoich „jedynych reprezentantów” i nikt inny nie może wejść w tę rolę, szczególnie że dyrektorów i dyrektorki szkół publicznych – jako kierowników i kierowniczkę organów władzy publicznej – wiąże zasada legalizmu wynikająca z art. 7 Konstytucji RP stanowiąca jasno: „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Analizując natomiast powyższy wywód, należy uznać, że w prawie brak jest podstawy do tego, by dyrektor czy dyrektorka szkoły publicznej mógł czy mogła niejako przejmować od organów samorządu uczniowskiego nadaną im drogą ustawową funkcję „jedynego reprezentanta ogółu uczniów”.

Tym samym trzeba zauważyć, że samorząd uczniowski jest organem zupełnie odrębnym od dyrekcji szkoły publicznej i wchodzi w skład społecznych organów w systemie oświaty, nie znajdując się pod żadną rzeczową właściwością dyrektora lub dyrektorki danej szkoły publicznej. Można się zatem zgodzić z poglądem Przemysława Ziółkowskiego, według którego: „samorząd uczniowski jest częścią szkoły, którą współtworzą również jej dyrekcja, nauczyciele, woźni, rodzice”<sup>12</sup>,

---

wiązki ucznia w statutach szkolnych, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2017, t. 16, nr 2, s. 226.

<sup>12</sup> P. Ziółkowski, *Samorząd uczniowski – idee, uwarunkowania i doświadczenia*, Bydgoszcz 2014, s. 111.

ale trzeba zauważyć, że jego podejście jest zdecydowanie bardziej pedagogiczne niż legalistyczne. Bo tak jak samorząd uczniowski bezsprzecznie jest częścią szkoły (czy, może bardziej, społeczności szkolnej), tak konieczne jest pamiętanie o jego odrębności od, na przykład, dyrekcji szkoły, która nie jest wobec niego żadnym organem naczelnym, lecz stoi niejako z boku.

Uznanie samorządu uczniowskiego za „społeczny organ w systemie oświaty” rodzi natomiast bardzo poważne konsekwencje dla analizowanej sprawy sądowej. Skoro bowiem umiejscawiamy samorząd uczniowski właśnie w tym miejscu, to – co nietrudne do zauważenia – nie jest on częścią szkoły rozumianej jako swoisty zakład administracyjny<sup>13</sup>, a tym samym – nie jest on częścią szkoły publicznej rozumianej jako organ władzy publicznej. To zatem oznacza, że samorząd uczniowski nie jest podmiotem, wobec którego obywatel czy obywatelka ma prawo wystąpić o uzyskanie informacji na temat jego działalności, w rozumieniu art. 61 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP. Takie prawo przysługuje bowiem obywatelom i obywatelkom Rzeczypospolitej Polskiej wyłącznie wobec „organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne”. Jeśli natomiast samorząd uczniowski nie jest organem władzy publicznej (czy bardziej precyzyjnie: nie jest organem wewnątrzszkolnym szkoły publicznej, która jest z kolei organem władzy publicznej), to nie jest obowiązany do udostępniania informacji o swojej działalności w trybie udostępniania informacji publicznej, o którym mówi art. 61 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 4 ust. 1 u.d.i.p.

Konstytucja RP w art. 61 ust. 1 zd. 2 i przywoływana ustawa w art. 4 ust. 1 pkt 2 mówią ponadto, że prawo dostępu do informacji publicznej „obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego”, ale w tym miejscu należy zauważyć, że samorząd uczniowski nie jest ani samorządem gospodarczym, ani samorządem zawodowym. Samorząd uczniowski należy bowiem zakwalifikować do „innego rodzaju samorządu”, który można utworzyć w drodze ustawy (art. 17 ust. 2 Konstytucji RP), a sam nie prowadzi on działalności gospodarczej, wobec czego nietrafna byłaby ewentualna teza mówiąca o tym, że skoro dany samorząd nie jest samorządem zawodowym, to jest samorządem gospodarczym (która mogłaby zostać wysunięta ze względu na to, że samorzady gospodarcze także tworzy się na podstawie art. 17 ust. 2 Konstytucji RP). Teza autora w tym zakresie pozostaje zatem niezmienna: samorząd uczniowski nie jest ani organem władzy publicznej, ani częścią szkoły jako organu władzy publicznej i dlatego nie jest on obowiązany do udostępniania informacji o swojej działalności w charakterze informacji publicznej.

Tym bardziej nie są obowiązani do udostępniania informacji publicznej o działalności samorządu uczniowskiego dyrektor lub dyrektorka szkoły publicznej, w której ten samorząd działa. Jak bowiem autor wcześniej dowodził, samo-

<sup>13</sup> Szerzej: M. Pyter, *Skreślenie ucznia z listy uczniów a obowiązek szkolny*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. CXIV, s. 207–208.



rząd uczniowski jest społecznym organem w systemie oświaty, a nie organem szkoły jako organu władzy publicznej, wobec czego jego kierownik/kierowniczka (dyrektor/dyrektorka) nie mogą wypowiadać się w jego imieniu ani reprezentować go na zewnątrz, na co zresztą zwrócił uwagę Sąd w analizowanym wyroku.

Idąc dalej, należy uznać, że skoro samorząd uczniowski nie jest w żadnym stopniu organem władzy publicznej (czy jego częścią) i, tym samym, nie ma on obowiązku udostępniać informacji o swojej działalności w charakterze informacji publicznej (aspekt podmiotowy analizowanego tematu), to informacja o jego działalności nie stanowi informacji publicznej w rozumieniu tego, co przez to pojęcie rozumie Konstytucja RP oraz ustawa o dostępie do informacji publicznej (aspekt przedmiotowy analizowanego tematu).

#### 4. PODSUMOWANIE

Uwzględniając powyższe rozważania, autor zgadza się z rozstrzygnięciem Sądu, które podlegało badaniu w niniejszej glosie. Autor jednocześnie dokonał jednak dogmatycznej (językowo-logicznej) analizy tego, co stanowiło podstawę podjęcia takiej decyzji przez Sąd, dochodząc do wniosku, że samorząd uczniowski jest organem odrębnym od dyrektora lub dyrektorki szkoły publicznej, ponieważ jest on „społecznym organem w systemie oświaty” i dyrektor lub dyrektorka nie mają nad nim żadnej naczelnej władzy. Tym samym dyrektor lub dyrektorka szkoły publicznej nie mają podstaw prawnych do tego, by móc reprezentować na zewnątrz samorząd uczniowski czy wypowiadać się w jego imieniu, szczególnie że właściwa ustawa przyznaje organom samorządu uczniowskiego cechę „jedynego reprezentanta ogółu uczniów”, a dyrektor lub dyrektorka szkoły publicznej są związani zasadą legalizmu, o której mowa w art. 7 Konstytucji RP. To sprawia zatem, że samorząd uczniowski nie jest organem władzy publicznej ani nie stanowi części takiego organu, wobec czego informacja o jego działalności nie stanowi informacji publicznej, a on sam nie jest obowiązany do udostępniania informacji publicznej w drodze odpowiedzi na wnioski (czy w formie np. prowadzenia Biuletynu Informacji Publicznej), stanowiący realizację przez obywatela czy obywatelkę ich prawa do uzyskania dostępu do informacji publicznej, wynikającego z art. 61 Konstytucji RP i ustawy o dostępie do informacji publicznej.

#### REFERENCES

Czyż E., *Prawa i obowiązki ucznia w statutach szkolnych*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2017, t. 16, nr 2

- Kędzierski D. van, *Metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2018, nr 3
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.)
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284, z późn. zm.)
- Pyter M., *Skreślenie ucznia z listy uczniów a obowiązki szkolny*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. CXIV
- Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 26 lipca 2018 r. w sprawie typów szkół i placówek, w których nie tworzy się samorządu uczniowskiego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2082)
- Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2022 r. poz. 902)
- Ustawa z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe (Dz.U. z 2021 r. poz. 1082, z późn. zm.)
- Wolanin M., *Obowiązki ucznia*, Kraków 2021
- Wolanin M., *Prawa ucznia*, Kraków 2020
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 27 maja 2021 r., II SAB/Ke 42/21, LEX nr 3194887
- Ziółkowski P., *Samorząd uczniowski – idee, uwarunkowania i doświadczenia*, Bydgoszcz 2014

*Elżbieta Żochowska*

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: [elazochowska@wp.pl](mailto:elazochowska@wp.pl)

ORCID: 0000-0003-1474-2569

**NOWA INSTYTUCJA PRAWA CYWILNEGO:  
PRAWO WŁASNOŚCI WARSTWOWEJ CZY PRAWO  
ZABUDOWY**

**NEW CIVIL LAW INSTITUTION: LAYER PROPERTY  
OWNERSHIP RIGHT OR THE HERITABLE BUILDING RIGHT**

**Abstract**

The aim of the article is to compare the layered property ownership right and the heritable building right as potential solutions that could fill the gap in Polish law. Currently, there is no legal institution that would encourage commercial investors to implement investments on or below the ground. In Poland, there are many undeveloped properties located over railway tracks, tunnels or underground car parks. For years, there has been a public debate on the possibility of introducing layer ownership in Poland. The subject of discussion are the solutions used in other countries. The article discusses the draft law introducing the heritable building right. The heritable building right was also compared to the right of perpetual usufruct functioning in Polish law system. An analysis of the currently applicable legal standards was also made in the context of the possibility of introducing three-dimensional properties.

**KEYWORDS**

heritable building right, layer property ownership, three dimensional property, railway property

**SŁOWA KLUCZOWE**

prawo zabudowy, prawo własności warstwowej, trójwymiarowe nieruchomości, nieruchomości kolejowe

„Rozlewanie” się miast to zjawisko często spotykane w Polsce. Wraz z zagęszczeniem się struktur urbanistycznych i coraz mniejszą ilością terenów inwestycyjnych w centrach miast inwestorzy decydują się na sytuowanie nowych zabudowań na obrzeżach miast. Wiąże się to z ogromnymi wydatkami na doprowadzanie infrastruktury drogowej i wodno-kanalizacyjnej<sup>1</sup>. Wprowadzenie do polskiego systemu prawnego nowej instytucji umożliwiającej lokalizowanie inwestycji nad lub pod powierzchnią ziemi uwolniłoby atrakcyjne działki znajdujące się głównie w centrach miast, np. nad tunelami, torami kolejowymi czy parkingami podziemnymi.

W obecnym stanie prawnym inwestycje takie są skomplikowane i wiążą się z dużym ryzykiem dla inwestorów. Brak jest regulacji pozwalających na realizację inwestycji, gdy właścicielowi nie przysługuje prawo własności gruntu lub użytkowania wieczystego. Nie wnoszą oni budynków na cudzym gruncie w obawie przed utratą do nich praw oraz koniecznością wypłaty odszkodowań. Nieliczne przedsięwzięcia nad lub pod cudzym gruntem realizowane są na podstawie stosunków obligacyjnych, takich jak najem czy dzierżawa. Są one jednak mniej trwałe od praw rzeczowych czy ograniczonych praw rzeczowych. Brak odrębnej własności takich nieruchomości uniemożliwia w wielu sytuacjach uzyskanie finansowania, w tym szczególnie ustanowienia zabezpieczeń. Problematyczny jest stan prawny galerii handlowych znajdujących się nad torami kolejowymi w Poznaniu, Krakowie czy Gdańsku, dla których nie można ustanowić odrębnego prawa własności, czy parkingów podziemnych znajdujących się pod placami miejskimi<sup>2</sup>. Na potrzebę wprowadzenia nowej regulacji wskazuje również fakt, że bardzo atrakcyjne tereny inwestycyjne, jak np. znajdujący się w centrum War-

<sup>1</sup> E. Rudzka, *Prawo warstwowe, czyli sposób na zagospodarowanie kolejowych nieruchomości*, KRN.pl, 9.02.2021 r., <https://www.krn.pl/wiadomosci/prawo-warstwowe-czyli-sposob-na-zagospodarowanie-kolejowych-nieruchomosci,11201> (dostęp: 30.12.2022).

<sup>2</sup> R. Krupa-Dąbrowska, *Będzie własność warstwowa – budowlę nie tylko na gruncie*, Prawo.pl, 23.11.2021 r., <https://www.prawo.pl/biznes/uregulowanie-wlasnosci-warstwowej-w-pol-sce,511881.html> (dostęp: 30.12.2022).

szawy pas wzdłuż Alej Jerozolimskich między dworcami Warszawa Centralna a Warszawa Zachodnia, pozostaje niezagospodarowany z braku zainteresowania ze strony komercyjnych partnerów. W 2015 r. powstał projekt częściowego zagospodarowania linii średnicowej. Nad torami miała powstać fundamentowa platforma, na której miał stanąć kompleks biurowców. Projekt ten jednak upadł. Bariery do przeprowadzenia inwestycji nie stanowiły przeszkody techniczne czy architektoniczne, lecz brak korzystnej i pewnej w obrocie prawnym instytucji, odpowiedniej do sytuowania budynków choćby nad torami kolejowymi<sup>3</sup>. W przypadku gruntów kolejowych dodatkową przeszkodę stanowi to, że Polskie Koleje Państwowe nie są właścicielem gruntów, a jedynie ich użytkownikiem wieczystym.

W Polsce od ponad 10 lat trwa debata dotycząca wprowadzenia nowego prawa mającego wypełnić tę lukę. Przez lata pojawiały się różne pomysły. Początkowo rozważano zmianę Kodeksu cywilnego<sup>4</sup> i wprowadzenie prawa zabudowy jako nowego ograniczonego prawa rzeczowego. Dotychczas opracowano dwa różniące się projekty ustaw mających wprowadzić prawo zabudowy. Prace nad ich przygotowaniem prowadziła działająca przy Ministrze Sprawiedliwości Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego. W 2011 r. Ministerstwo Infrastruktury proponowało wprowadzenie ustawy o odrębnej własności obiektów budowlanych, która zawierała katalog obiektów budowlanych, które mogły być przedmiotem odrębnej własności. Żaden z tych projektów nie został jednak uchwalony. Propozycja wprowadzenia własności warstwowej pojawiła się również przy okazji prac nad projektem kodeksu urbanistyczno-budowlanego. Projektowany art. 82 kodeksu wskazywał na możliwość „odmiennego przeznaczenia i sposobu zagospodarowania przestrzeni położonej pod i nad poziomem gruntu”, jednak i ten pomysł upadł. Z proponowanych rozwiązań właśnie to ostatnie najszerzej realizowałyby cel gospodarczy, jednak, niestety, pomysł ten szybko upadł i wycofano się z planu wprowadzenia własności warstwowej<sup>5</sup>. Postulat wprowadzenia prawa własności warstwowej został umieszczony również w rządowym programie „Polski Ład”<sup>6</sup>. W dokumencie brak jest jednak szczegółów dotyczących kształtu, w jakim własność warstwowa miałaby być wprowadzona. Prace są na etapie analityczno-koncepcyjnym, tworzony jest Międzyresortowy Zespół do spraw

<sup>3</sup> M. Mika, M. Jurkiewicz, *Legal and technological obstacles on the road to creating the 3D cadastre in Poland*, „Acta Scientiarum Polonorum. Formatio Circumiecetus” 2018, nr 2.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, z późn. zm.), dalej: k.c.

<sup>5</sup> A. Krzyżanowska, *Kodeks budowlany: Trudne inwestycje na cudzym gruncie*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 11.10.2016 r., <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/983188,kodeks-budowlany-nie-ucieszy-deweloperow.html> (dostęp: 30.12.2022).

<sup>6</sup> *Dokument programowy Polski Ład*, PiS, <http://polskilad.pis.org.pl/> (dostęp: 30.12.2022).

Reformy Prawa Rzeczowego<sup>7</sup>. Ze względu na złożoność inicjatywy konieczne są interdyscyplinarne prace nad opracowaniem projektu.

Obecnie prace legislacyjne w Sejmie prowadzi Parlamentarny Zespół ds. wprowadzenia w Polsce własności warstwowej. Prace te są na wstępnym etapie. Ze stanowisk zaprezentowanych podczas posiedzenia z dnia 23 listopada 2021 r. wynika, że szerzej analizowaną instytucją jest prawo zabudowy niż prawo warstwowe<sup>8</sup>. Myląca może być nazwa Zespołu ds. [...] własności warstwowej, gdyż w rzeczywistości analizuje on dotychczasowe projekty wprowadzenia prawa zabudowy. Pojawiają się głosy, że to właśnie koncepcja własności warstwowej lepiej realizowałaby cel gospodarczy wprowadzenia nowego prawa, ale dotychczas nie został przedstawiony konkretny projekt wprowadzenia do polskiego systemu prawa własności warstwowej. Pracownicy Ministerstwa Sprawiedliwości przedstawiali obawy, że tytuł prawny z ograniczonego prawa rzeczowego, jakim miałyby być prawo zabudowy, nie zachęci komercyjnych inwestorów do wzniesienia „na czasowym tytule inwestycji wielokrotnie przewyższających wartość samego gruntu”, przez co opracowywana regulacja nie realizowałaby zakładanego celu gospodarczego. Natomiast przedstawiciele Polskich Kolei Państwowych wskazywali na kolizję prawa zabudowy z istniejącą już infrastrukturą kolejową. Ponadto podkreślali, że prawo własności warstwowej stwarzałoby „odrębną warstwę własności, nie ingerując w istniejącą infrastrukturę”. Zespół w swoich pracach koncentrował się również na rozróżnieniu proponowanego prawa zabudowy od funkcjonującego nadal użytkowania wieczystego.

Według obecnie omawianego przez zespół parlamentarny projektu ustawy prawo zabudowy miałyby stanowić nowe ograniczone prawo rzeczowe. Powstałoby przez zawarcie umowy w formie aktu notarialnego, pod rygorem nieważności, między zabudowcą a właścicielem nieruchomości obciążonej. W przypadku gruntów kolejowych rozważane jest jednak również ustanawianie prawa zabudowy w drodze decyzji administracyjnej, wydawanej przez wojewodę na wniosek inwestora. Treścią prawa zabudowy miałyby być uprawnienie do korzystania z istniejących budynków lub innych urządzeń trwale związanych z gruntem, a także do wzniesienia takich przedmiotów na lub pod powierzchnią nieruchomości gruntowej. Co do zasady, zabudowa miałyby stanowić własność zabudowcy jako prawa związanego z prawem zabudowy, jednak w umowie strony mogłyby zastrzec odmiennie. Strony mogłyby ograniczyć swobodę wznoszenia zabudowy przez zabudowcę na obciążonej nieruchomości przez uzależnienie od każdorazowej zgody właściciela obciążonej nieruchomości. Prawo zabudowy

<sup>7</sup> *Krajowa Polityka Miejska 2030*, Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej, [2023], <https://www.gov.pl/web/fundusze-regiony/polityka-miejska> (dostęp: 2.01.2023).

<sup>8</sup> Archiwalna transmisja z posiedzenia Zespołu Parlamentarnego ds. wprowadzenia w Polsce własności warstwowej, Sejm RP, IX kadencja, 23.11.2021 r., [https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/transmisja.xsp?documentId=83838100C8B59A53C125877D00353201&symbol=TRANSMISJA\\_ARCH&info=T](https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/transmisja.xsp?documentId=83838100C8B59A53C125877D00353201&symbol=TRANSMISJA_ARCH&info=T) (dostęp: 2.01.2023).

mogłyby być ustanawiane zarówno na gruntach prywatnych, jak i publicznych. Zgodnie z projektem strony mogłyby zawrzeć umowę na okres od 30 do 100 lat. Miałyby to zatem być prawo czasowe, jednak bez roszczenia o przedłużenie. Możliwość przedłużenia miałyby zapewniać umowa o przedłużeniu prawa zabudowy, do której odpowiednio stosowane byłyby przepisy o ustanawianiu. Dla prawa zabudowy miałyby powstawać odrębne księgi wieczyste, lecz prawo to powinno być ujawniane również w księdze wieczystej nieruchomości obciążonej.

Ważny przepisem z perspektywy pewności obrotu jest zakaz ustanawiania prawa zabudowy pod warunkiem rozwiązującym. Weryfikować to miałyby sądy wieczystoksięgowe. Ciekawym rozwiązaniem jest możliwość ustanawiania tego prawa odpłatnie albo nieodpłatnie, co w porównaniu z rozwiązaniami z innych krajów stanowi *novum*<sup>9</sup>. Świadczenie mogłyby być spełniane jednorazowo albo okresowo, a podwyższenie mogłyby następować jedynie raz na trzy lata. Prawo zabudowy miałyby być prawem zbywalnym i dziedzicznym. Projekt dopuszcza dwa modele prawa wykupu: określony przez strony w umowie i ustawowy. Ustawowe prawo wykupu miałyby przysługiwać właścicielowi nieruchomości obciążonej, gdy zabudowca korzystałby z nieruchomości w sposób sprzeczny z jej przeznaczeniem. Kontrowersyjnym przepisem jest ustanowienie pierwszeństwa prawa zabudowy przed innymi obciążeniami. W projekcie znajdują się również propozycje zmian przepisów Kodeksu postępowania cywilnego oraz ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji w zakresie egzekucji. Przewidziano również zmiany w ustawie o księgach wieczystych i hipotece, które wprowadzałyby możliwość ustanawiania hipoteki także na prawie zabudowy. Zmianie miałyby ulec również ustawa o własności lokali, w której zawarto by uprawnienie zabudowcy do wydzielania lokali w zabudowie.

Prawo zabudowy miałyby zatem stanowić kolejne odstępstwo od rzymskiej zasady akcesji *superficies solo cedit* wyrażonej w art. 48 i 191 k.c. Miałyby dotyczyć zabudowy, czyli kategorii zbiorczej obejmującej budynki i inne urządzenia, które są trwale związane z gruntem obciążonym prawem zabudowy. W doktrynie budzi jednak wątpliwości, że wprowadzanie kolejnych wyjątków mogłyby prowadzić do dekompozycji prawa własności nieruchomości, które jest najpełniejszym prawem do rzeczy<sup>10</sup>.

W toku prac legislacyjnych zgłaszano wiele uwag. W projekcie nie uwzględniono *expressis verbis* zabudowy wyłącznie nad powierzchnią nieruchomości, czyli nieposiadającej urządzeń związanych z nieruchomością obciążoną, prezentowane są więc poglądy, że byłoby to prawo przesyłu, a nie zabudowy<sup>11</sup>. Ponadto

<sup>9</sup> L. Dawid, *Wprowadzenie prawa zabudowy w Polsce w kontekście rozwiązań stosowanych w Niemczech*, „Infrastruktura i Ekologia Terenów Wiejskich” 2016, nr II.

<sup>10</sup> H. Cioch, H. Witeczak, *Zasada superficies solo cedit w prawie polskim*, „Rejent” 1999, nr 5(97).

<sup>11</sup> A. Bieranowski, *Prawo zabudowy i ciężary realne w pracach nad projektem kodeksu cywilnego – podstawowe założenia konstrukcyjne*, „Rejent” 2012, zeszyt specjalny – grudzień.

wątpliwości budzi zbieg prawa zabudowy z prawem użytkowania wieczystego. Obie instytucje są prawami czasowymi, a projekt nie zawiera reguł, które miałyby zapewnić pewność obrotu w razie rozbieżnych terminów ustanowienia tych praw na jednej nieruchomości. Co więcej, niepewne jest, czy ustanowienie na prawie użytkowania wieczystego prawa zabudowy nie wypełniałoby przesłanki rozwiązania umowy użytkowania wieczystego przez korzystanie z gruntu w sposób oczywiście sprzeczny z jego przeznaczeniem określonym w umowie zgodnie z treścią art. 240 k.c. Kwestie te są szczególnie istotne w przypadku wykorzystania prawa zabudowy na gruntach Polskich Kolei Państwowych, które w rzeczywistości w większości są własnością Skarbu Państwa, a PKP przysługuje prawo użytkowania wieczystego. Zwracano także uwagę na konieczność uzupełnienia projektu o regulacje dotyczące sprzedaży egzekucyjnej lub w ramach postępowania upadłościowego<sup>12</sup>.

Prawo zabudowy funkcjonowało już w Polsce w czasach zaborów. W zaborze pruskim obowiązywały postanowienia § 1012–1017 BGB<sup>13</sup> oraz recypowanego rozporządzenia Rzeszy z dnia 15 stycznia 1919 r. o prawie zabudowy, które określało to prawo jako zbywalne i dziedziczne. Uprawniało ono do korzystania z budynku na lub pod powierzchnią gruntu, jednak z zastrzeżeniem, że nie mogło dotyczyć części budynku. W zaborze austriackim obowiązywały natomiast § 418 ABGB z 1811 r. i ustawa z dnia 26 kwietnia 1912 r. o prawie do budowy na cudzym gruncie, które było skonstruowane podobnie jak w Prusach, jednak uprawnienie polegało na posiadaniu budynku. Również w zaborze rosyjskim funkcjonowała analogiczna konstrukcja – „zastojka”, która oparta była na tomie X Zводу Praw Rosyjskich. Uprawniała ona do zabudowania na mocy umowy na oznaczony czas za wynagrodzeniem<sup>14</sup>. Normy zostały ujednoczone dopiero dekretem z dnia 26 października 1945 r. o prawie zabudowy<sup>15</sup>. Instytucja ta różniła się od proponowanej obecnie w projekcie ustawy. Prawo zabudowy mogło być ustanawiane na gruntach państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. Uprawniało do wzniesienia budynku lub budynków za wynagrodzeniem, na okres od 30 do 80 lat. Uprawniony stawał się właścicielem wzniesionego budynku, a do gruntu nabywał prawo użytkowania. Prawo to było zbywalne, dziedziczne i obciążalne.

---

<sup>12</sup> M. Krotoski, P. Walczak, *Nowe zasady dotyczące prawa zabudowy. Czy projekt zmian stanie się lekiem na kryzys?*, Krotoski, 5.02.2014 r., <https://www.krotoski-adwokaci.pl/publikacje/prawo-nieruchomosci/nowe-zasady-dotyczace-prawa-zabudowy-czy-projekt-zmian-stanie-sie-lekiem-na-kryzys> (dostęp: 2.01.2023).

<sup>13</sup> R. Paczkowski, *Prawo zabudowy w mieście Poznaniu*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1930, nr 1.

<sup>14</sup> R. Śwogoń-Skok, *Rzymska superficies a prawo zabudowy w projekcie zmian prawa rzeczowego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2014, nr 2.

<sup>15</sup> Dz.U. nr 50, poz. 280.



W 1946 r. zostało zastąpione własnością czasową, która ostatecznie w 1961 r. została zastąpiona użytkowaniem wieczystym<sup>16</sup>.

Warto jednak zwrócić uwagę na różnice między proponowanym prawem zabudowy a użytkowaniem wieczystym. Przede wszystkim prawo zabudowy miałyby być ograniczonym prawem rzeczowym, a użytkowanie wieczyste jest swego rodzaju prawem pośrednim między prawem własności a ograniczonymi prawami rzeczowymi, które treściowo zbliżone jest do prawa własności. Ponadto prawo zabudowy mogłoby obciążać grunty nie tylko publiczne, ale i prywatne. Użytkowanie wieczyste natomiast ma ograniczony zakres, gdyż mogą nim być obciążone tylko grunty z zasobu publicznego. Dla inwestorów zagranicznych ma również znaczenie, że prawo zabudowy jest instytucją znaną w innych krajach, nie tak jak użytkowanie wieczyste, które jest konstrukcją specyficzną dla naszego systemu, trudną do zrozumienia przez inwestorów zagranicznych.

Obecnie rozwiązaniami, które pozwalają „oderwać” własność budynków czy nieruchomości położonych nad lub pod powierzchnią ziemi i nadać im odrębną własność w systemach prawnych innych państw, najczęściej są prawo własności warstwowej i prawo zabudowy. Warto jednak zwrócić uwagę, że oba te rozwiązania znacznie się od siebie różnią. Przede wszystkim prawo warstwowe jest nieograniczone w czasie, a prawo zabudowy jest prawem czasowym. Prawa te różnią się również zakresem uprawnień: prawo własności warstwowej daje pełne uprawnienia właścicielskie, w prawie zabudowy zakres własności zabudowcy ogranicza się jedynie do budynku. Prawo warstwowe jest bardziej innowacyjną konstrukcją, a prawo zabudowy krytykowane było za przestarzałość. Przykład Niemiec wskazuje jednak, że możliwe jest wykorzystanie go do nowoczesnych inwestycji, bo w ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat uległo silnej komercjalizacji.

Prawo zabudowy jest rozwiązaniem stosowanym szczególnie w krajach europejskich, np. w Niemczech, Austrii i Szwajcarii. W Niemczech osoba posiadająca prawo zabudowy staje się nieograniczonym właścicielem budynku wzniesionego zgodnie z umową. Prawo zabudowy jest traktowane jako równoważne prawu własności. Wynagrodzenie przysługujące właścicielowi nieruchomości jest ciężarem realnym, to znaczy, że jest ograniczonym prawem rzeczowym obciążającym prawo zabudowy. Przykładem wykorzystania prawa zabudowy jest rewitalizacja terenów poprzemysłowych w Hamburgu przez spółkę HafenCity.

Prawo warstwowe jest rozwiązaniem funkcjonującym głównie w państwach z systemem *common law*, np. w Stanach Zjednoczonych, ale też w Szwecji, Finlandii, Norwegii czy Danii. W Szwecji od 2004 r. istnieje możliwość wyodrębnienia trójwymiarowej nieruchomości. Może być ona podzielona zarówno poziomo, jak i pionowo. Wyodrębnienie nieruchomości 3D może nastąpić tylko wtedy, gdy zastosowanie takiego rozwiązania daje gwarancję bardziej skutecznego osiągnię-

<sup>16</sup> K. Pogorzalec, *Prawo zabudowy jako alternatywa dla użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2020, nr 112.

cia zakładanych celów. Właściciel nieruchomości 3D musi posiadać także wiązkę praw, dostęp do infrastruktury i instalacji, które są niezbędne do zagwarantowania właściwego sposobu użytkowania. Początkowo ustawa umożliwiała wyodrębnienie nieruchomości 3D jedynie w istniejących już obiektach budowlanych. Od 2009 r., aby ułatwić pozyskiwanie finansowania na inwestycje, możliwe jest wydzielenie takiej działki po uprzednim uzyskaniu pozwolenia na budowę. Nieruchomości 3D są wydzielane w procedurze administracyjnej i rejestrowane z uwzględnieniem współrzędnych x, y i z, w tradycyjnym dwuwymiarowym katastrze.

W Stanach Zjednoczonych natomiast prawo warstwowe pozwala na tworzenie działek powietrznych. Z orzecznictwa sądów amerykańskich wynika, że własność rozciąga się do wysokości 200 m, licząc od powierzchni dachu budynku trwale posadowionego na gruncie. Działki powietrzne pierwotnie są częścią składową nieruchomości gruntowej, ale mogą zostać odłączone od gruntu i stanowić samodzielny przedmiot obrotu. Możliwość korzystania z praw powietrznych umożliwiła realizację wielu inwestycji nad torami kolejowymi, tunelami czy parkingami podziemnymi. Konstrukcja ta przyczyniła się do ograniczenia zjawiska „rozlewania się” miast, a także do rewitalizacji. Ciekawą inwestycją jest Hudson Yard zrealizowany w Nowym Jorku przy współpracy władzy publicznej z inwestorami prywatnymi. Projekt ten miał na celu zrewitalizowanie obszaru zachodniej części Manhattanu. Tory i stacje kolejowe zostały zakryte platformą fundamentową, na której posadowiono wieżowce.

Właśnie wprowadzenie prawa warstwowego mogłoby pełniej zrealizować cel gospodarczy wprowadzenia do porządku prawnego instytucji mającej nadszyc za potrzebami uczestników rynku nieruchomości. Daje ona uprawnionym szerszy katalog praw niż ograniczone prawo rzeczowe. Biorąc jednak pod uwagę obecny stan prawny i ugruntowaną tradycję własności w dwuwymiarowym układzie współrzędnych, jej wprowadzenie w Polsce wiązałoby się z głęboką reformą systemu prawa. Obecnie obowiązująca definicja legalna nieruchomości zawarta w art. 46 k.c. określa, że nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej stanowiące przedmiot odrębnej własności, jak również budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności. Taka definicja wyklucza własność poszczególnych warstw, gdyż koncepcja własności warstwowej zakłada powstanie nieruchomości w trójwymiarowym układzie współrzędnych, tj. podzielonych na odrębne „nieruchomości powietrzne” w określonych przedziałach wysokości. Obecnie działki są określane jedynie w dwóch wymiarach: długości i szerokości. Własność nieruchomości nad i pod gruntem przypisana jest do jednej nieruchomości stanowiącej część powierzchni ziemskiej, lecz jedynie w zakresie wyznaczonym społeczno-gospodarczym przeznaczeniem nieruchomości<sup>17</sup>, zgodnie z art. 143 k.c., nie zaś – jak w prawie rzymskim: *usque*

<sup>17</sup> J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2012.

*ad sidera, usque ad inferos*<sup>18</sup>. Dyskusyjne jest to, czy wprowadzenie w Polsce prawa własności warstwowej implikowałoby obok wprowadzenia nowego pojęcia „nieruchomości powietrznej” dokonanie zmian w art. 140 i 143 k.c. W doktrynie pojawia się propozycja, aby na wzór amerykański klauzule generalne z wymienionych przepisów zastąpić sposobem wyznaczania przestrzennych granic, np. w trójwymiarowym katastrze nieruchomości<sup>19</sup>. Można jednak spotkać stanowisko przeciwne, że omawiane przepisy nie wymagają zmian, ponieważ zawarta w nich klauzula generalna jest bardzo ogólna. Przedstawiciele tego nurtu wskazują, że ustalanie sztywnych limitów wysokości mogłoby pozbawić prawa warstwowego elastyczności<sup>20</sup>.

Warto również zauważyć na podstawie doświadczeń większości państw, że wprowadzenie własności warstwowej wiązałoby się z koniecznością zmiany systemu katastralnego na wielowymiarowy. Obecnie funkcjonująca w Polsce ewidencja gruntów i budynków nie uwzględnia „trzeciego” wymiaru. Ponadto występują rozbieżności między danymi z ewidencji a ujawnionymi w księgach wieczystych. Przebudowa systemu byłaby niezwykle kosztowna, wymagałaby ujednoczenia danych i wprowadzenia zmian w prawie<sup>21</sup>. Ze wstępnych analiz wynika, że należałoby zmienić między innymi prawo geodezyjne i kartograficzne, rozporządzenie w sprawie ewidencji gruntów i budynków oraz ustawę o księgach wieczystych i hipotecę<sup>22</sup>.

Wprowadzenie prawa zabudowy byłoby na pewno krokiem w dobrym kierunku, ponieważ uprawnienia z niego wynikające dawałyby pewniejszy tytuł do gruntu, niż stosowane dotychczas stosunki obligacyjne, jak najem czy dzierżawa. Prawo zabudowy jest jednak również prawem czasowym, przez co może nie być atrakcyjne dla inwestorów, którzy nie mieliby pewności, że po upływie czasu, na jaki umownie zabezpieczone jest prawo, będą dalej posiadać tytuł do tego wzniesionego budynku. Proponowane w projekcie rozwiązanie legislacyjne nie uwzględnia możliwości ustanowienia prawa zabudowy nad gruntem, co mogłoby nadal mimo wprowadzenia tej instytucji wstrzymywać inwestorów. Prawo własności warstwowej dawałoby taką możliwość, ponieważ ze swej natury umożliwia utworzenie „nieruchomości powietrznych” zlokalizowanych nad powierzchnią

<sup>18</sup> W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018.

<sup>19</sup> D. Felcenloben, *Czasowo-przestrzenne obiekty ewidencyjne w wielowymiarowym katastrze nieruchomości – perspektywy zmian istniejącego modelu*, „Acta Scientiarum Polonorum. Geodesia et Descriptio Terrarum” 2013, t. 12, nr 1.

<sup>20</sup> A. Wilk, *Konstrukcja tzw. „własności warstwowej” i możliwości jej wprowadzenia do polskiego prawa cywilnego*, „Nieruchomości” 2021, nr 5.

<sup>21</sup> R. Hycner, *Ewidencja gruntów i budynków w Polsce jako kataster*, „Acta Scientifica Academiae Ostroviensis” 2006, nr 23.

<sup>22</sup> J. Bydłosz, *Kataster wielowymiarowy na świecie i uwarunkowania jego implementacji w Polsce*, „Rocznik Geomatyki” 2012, t. 10, nr 3.

ziemi, a nie jedynie na niej, jak w projekcie ustawy. Zaletą prawa warstwowego jest również niewątpliwie pewność tytułu prawnego w obrocie.

Wydaje się, że zapełnienie luki w prawie jest konieczne ze względu na mnogość terenów, które mogłyby zostać zagospodarowane. Biorąc pod uwagę ład urbanistyczny czy przytoczone wcześniej koszty związane z „rozlewaniem” się miast, zagospodarowanie tych problematycznych terenów pozytywnie wpłynęłoby na strukturę miast. Bardziej adekwatną instytucją ze względu na potrzeby rynku jest prawo własności warstwowej, mimo że wymaga ona wprowadzenia liczniejszych zmian w systemie prawa, przez co koszty byłyby wyższe. Potencjalny zysk z większego zainteresowania inwestorów komercyjnych mógłby zwrócić większe koszty. Dodatkowym atutem prawa warstwowego jest system katastrów 3D, który w innych krajach wykorzystywany jest nawet na cele ochrony przyrody, np. przez monitorowanie poziomu rzek czy trójwymiarowe modelowanie poziomu hałasu, m.in. jak w modelu 3D z CityEngine w Kolonii<sup>23</sup>.

## REFERENCES

- Archiwalna transmisja z posiedzenia Zespołu Parlamentarnego ds. wprowadzenia w Polsce własności warstwowej, Sejm RP, IX kadencja, 23.11.2021 r., [https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/transmisja.xsp?documentId=83838100C8B59A53C125877D00353201&symbol=TRANSMISJA\\_ARCH&info=T](https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/transmisja.xsp?documentId=83838100C8B59A53C125877D00353201&symbol=TRANSMISJA_ARCH&info=T) (dostęp: 2.01.2023)
- Baumann J., *Planning the City of Tomorrow in 3D*, ESRI, ArcUser, Winter 2017, <https://www.esri.com/about/newsroom/arcuser/planning-the-city-of-tomorrow-in-3d/> (dostęp: 4.01.2023)
- Bieranowski A., *Prawo zabudowy i ciężary realne w pracach nad projektem kodeksu cywilnego – podstawowe założenia konstrukcyjne*, „Rejent” 2012, zeszyt specjalny – grudzień
- Bydłowski J., *Kataster wielowymiarowy na świecie i uwarunkowania jego implementacji w Polsce*, „Rocznik Geomatyki” 2012, t. 10, nr 3
- Cioch H., Witczak H., *Zasada superficies solo cedit w prawie polskim*, „Rejent” 1999, nr 5(97)
- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018
- Dawid L., *Wprowadzenie prawa zabudowy w Polsce w kontekście rozwiązań stosowanych w Niemczech*, „Infrastruktura i Ekologia Terenów Wiejskich” 2016, nr II
- Dokument programowy Polski Ład, PiS, <http://polskilad.pis.org.pl/> (dostęp: 30.12.2022)
- Felcenloben D., *Czasowo-przestrzenne obiekty ewidencyjne w wielowymiarowym katastrze nieruchomości – perspektywy zmian istniejącego modelu*, „Acta Scientiarum Polonorum. Geodesia et Descriptio Terrarum” 2013, t. 12, nr 1

<sup>23</sup> J. Baumann, *Planning the City of Tomorrow in 3D*, ESRI, ArcUser, Winter 2017, <https://www.esri.com/about/newsroom/arcuser/planning-the-city-of-tomorrow-in-3d/> (dostęp: 4.01.2023).

- Hycner R., *Ewidencja gruntów i budynków w Polsce jako kataster*, „Acta Scientifica Academiae Ostroviensis” 2006, nr 23
- Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2012
- Krajowa Polityka Miejska 2030, Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej, [2023], <https://www.gov.pl/web/fundusze-regiony/polityka-miejska> (dostęp: 2.01.2023)
- Krotoski M., Walczak P., *Nowe zasady dotyczące prawa zabudowy. Czy projekt zmian stanie się lekiem na kryzys?*, Krotoski, 5.02.2014 r., <https://www.krotoski-adwokaci.pl/publikacje/prawo-nieruchomosci/nowe-zasady-dotyczace-prawa-zabudowy-czy-projekt-zmian-stanie-sie-lekiem-na-kryzys> (dostęp: 2.01.2023)
- Krupa-Dąbrowska R., *Będzie własność warstwowa – budowlę nie tylko na gruncie*, Prawo.pl, 23.11.2021 r., <https://www.prawo.pl/biznes/uregulowanie-wlasnosci-warstwowej-w-polsce,511881.html> (dostęp: 30.12.2022)
- Krzyżanowska A., *Kodeks budowlany: Trudne inwestycje na cudzym gruncie*, „Dziennik GazetaPrawna” z 11.10.2016r., <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/983188,kodeks-budowlany-nie-ucieszy-deweloperow.html> (dostęp: 30.12.2022)
- Mika M., Jurkiewicz M., *Legal and technological obstacles on the road to creating the 3D cadastre in Poland*, „Acta Scientiarum Polonorum. Formatio Circumietus” 2018, nr 2
- Paczkowski R., *Prawo zabudowy w mieście Poznaniu*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1930, nr 1
- Pogorzelec K., *Prawo zabudowy jako alternatywa dla użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2020, nr 112
- Rudzka E., *Prawo warstwowe, czyli sposób na zagospodarowanie kolejowych nieruchomości*, KRN.pl, 9.02.2021 r., <https://www.krn.pl/wiadomosci/prawo-warstwowe-czyli-sposob-na-zagospodarowanie-kolejowych-nieruchomosci,11201> (dostęp: 30.12.2022)
- Śworgoń-Skok R., *Rzymska superficies a prawo zabudowy w projekcie zmian prawa rzeczowego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2014, nr 2
- Wilk A., *Konstrukcja tzw. „własności warstwowej” i możliwości jej wprowadzenia do polskiego prawa cywilnego*, „Nieruchomości” 2021, nr 5