

NR

1(54) DWUMIESIĘCZNIK

PRAWO I WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS



NR

54

CZASOPISMO NAUKOWE POŚWIĘCONE PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM
JOURNAL IN LEGAL AND SOCIAL STUDIES

LAW & SOCIAL BONDS



ROK XIV / NUMER 1 (54)

VOL. 14 / NO. 1 (54)

LAW AND SOCIAL BONDS IS INCLUDED IN:

SCOPUS

EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES (ERIH PLUS)

THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES AND HUMANITIES



OBRAZ NA OKŁADCE

Widok Deventer widziany z północnego zachodu (View of Deventer Seen from the North-West)
Salomon Van Ruysdael, XVII wiek

źródło: WIKIPEDIA, DOMENA PUBLICNA

Liczba punktów do oceny parametrycznej jednostek naukowych – 100.
Wersja pierwotna jest wersją elektroniczną
Parametric evaluation of scientific units – 100 points. The primary version is the electronic version

WYDAWCA

Spółdzielczy Instytut Naukowy



ADRES

Redakcja Wydawnictwa
Spółdzielczego Instytutu Naukowego
G. Bierecki sp.j.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl

ADRES DO KORESPONDENCJI

Redakcja „Prawa i Więź”
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
www.prawoiwiez.edu.pl
e-mail: dominik.bierecki@sin.edu.pl

PRAWO I WIĘŹ LAW & SOCIAL BONDS



Czasopismo naukowe poświęcone prawu i badaniom społecznym
ROK XIV, NUMER 1 (54), LUTY 2025, ISSN 2299-405X,
ONLINE ISSN 2719-3594 DOI.ORG/10.36128/PRIW.VI53

Journal in Legal and Social Studies

VOL 14, NO. 1 (54), FEBRUARY 2025, ISSN 2299-405X,
ONLINE ISSN 2719-3594 DOI.ORG/10.36128/PRIW.VI53

ZESPÓŁ REDAKCYJNY EDITORIAL TEAM

REDAKTOR NACZELNY EDITOR-IN-CHIEF

prof. up, dr hab. Dominik Bierecki

Uniwersytet Pomorski w Słupsku i Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopocie
Pomeranian University in Słupsk and Cooperative Research Institute in Sopot

ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

prof. Adam Czarnota

Uniwersytet Nowej Południowej Walii w Sydney
University of New South Wales

ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

dr Agata Czarnecka

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Nicolaus Copernicus University

ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

dr Jacek Skoczek

Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopocie
Cooperative Research Institute in Sopot

PUBLIKACJA PRZY WSPÓŁREDAKCJI NAUKOWEJ GUEST EDITOR

dr. Tomasz R. Nowackiego

Uniwersytet Pomorski w Słupsku

dr. Tomasz R. Nowacki

Pomeranian University in Słupsk

SEKRETARZ REDAKCJI ASSISTANT EDITOR

mgr Maksymilian Migdański

Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopocie
Cooperative Research Institute in Sopot

CZŁONEK ZESPOŁU REDAKCYJNEGO MEMBER OF THE EDITORIAL TEAM

prof. Alejandra Vanney

Universidad Austral w Buenos Aires
Universidad Austral, Buenos Aires

REDAKTOR JĘZYKOWY PROOFREADING

Michał J. Czarnecki

PROJEKT TYPOGRAFICZNY I SKŁAD LAYOUT AND TYPESETTING

Szymon Strużyński, Wacław Krysztal atonce.pl



prof. Cezary Mik	Cezary Mik
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego – Przewodniczący	Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw – President
prof. Zenon Bankowski	Zenon Bankowski
University of Edinburgh	University of Edinburgh
prof. Irakli Burduli	Irakli Burduli
Tbilisi State University	Tbilisi State University
prof. Zbigniew Cieślak	Zbigniew Cieślak
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego	Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw
dr Dao Gia Phuc	Dao Gia Phuc
University of Economics and Law	University of Economics and Law
Vietnam National University, Ho Chi Minh City	Vietnam National University, Ho Chi Minh City
prof. Pablo An Ping Chang Ibarra	Pablo An Ping Chang Ibarra
University of the Americas	University of the Americas
prof. Przemysław Dąbrowski	Przemysław Dąbrowski
Uniwersytet Pomorski w Słupsku	Pomeranian University in Słupsk
ks. prof. dr hab. Antoni Dębiński	Antoni Dębiński
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II	The John Paul II Catholic University of Lublin
prof. UWM, dr hab. Jarosław Dobkowski	Jarosław Dobkowski
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie	University of Warmia and Mazury in Olsztyn
prof. Germano Andre Doederlein Schwartz	Germano Andre Doederlein Schwartz
La Salle University	La Salle University
ks. abp prof. dr hab. Andrzej Dziega	Andrzej Dziega
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II,	The John Paul II Catholic University of Lublin,
Spółdzielczy Instytut Naukowy	Cooperative Research Institute in Sopot
dr. habil. JUDr. Rastislav Funta	Rastislav Funta,
Danubius University	Danubius University
prof. UP, dr hab. Marcin Glicz	Marcin Glicz
Uniwersytet Pomorski w Słupsku	Pomeranian University in Słupsk
prof. Christian Hillgruber	Christian Hillgruber
University of Bonn	University of Bonn
prof. dr Bogdan Iancu	Bogdan Iancu
University of Bucharest	University of Bucharest
prof. Jolanta Jabłońska-Bonca	Jolanta Jabłońska-Bonca
Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie	Kozminski University, Warsaw
prof. Tadeusz Jasudowicz	Tadeusz Jasudowicz
Uniwersytet Mikołaja Kopernika	Nicolaus Copernicus University, Toruń
prof. Carlos Kete	Carlos Kete
Agostinho Neto University	Agostinho Neto University
prof. dr hab. Artur Kotowski	Artur Kotowski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego	Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw
doc. JUDr. Zdeněk Koudelka	Zdeněk Koudelka
Masaryk University	Masaryk University
prof. Jarosław Majewski	Jarosław Majewski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego	Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw
prof. Marek Michalski	Marek Michalski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego	Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw
prof. Krzysztof Pietrzykowski	Krzysztof Pietrzykowski
Uniwersytet Warszawski, Spółdzielczy Instytut Naukowy	University of Warsaw, Cooperative Research Institute in Sopot
prof. UAM, dr hab. Justyn Piskorski	Justyn Piskorski
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza	Adam Mickiewicz University in Poznań
prof. KUŁ, dr hab. Jadwiga Potrzyszcz	Jadwiga Potrzyszcz
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II	The John Paul II Catholic University of Lublin
prof. Zbigniew Rau	Zbigniew Rau
Uniwersytet Łódzki	University of Lodz
prof. Martin Rhonheimer	Martin Rhonheimer
Pontifical University of the Holy Cross	Pontifical University of the Holy Cross
dr Marcin Romanowski	Marcin Romanowski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego	Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw
prof. EWSPA, dr hab. Tomasz Szanciło	Tomasz Szanciło
Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie	European University of Law and Administration in Warsaw
prof. Dariusz Szpoper	Dariusz Szpoper
Uniwersytet Pomorski w Słupsku	Pomeranian University in Słupsk
prof. Hideki Tarumoto	Hideki Tarumoto
Hokkaido University	Hokkaido University
prof. Luigi Troiani	Luigi Troiani
Pontifical University of St. Thomas in Rome	Pontifical University of St. Thomas in Rome
ks. prof. UKSW, dr hab. Krzysztof Warchałowski	Krzysztof Warchałowski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego	Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

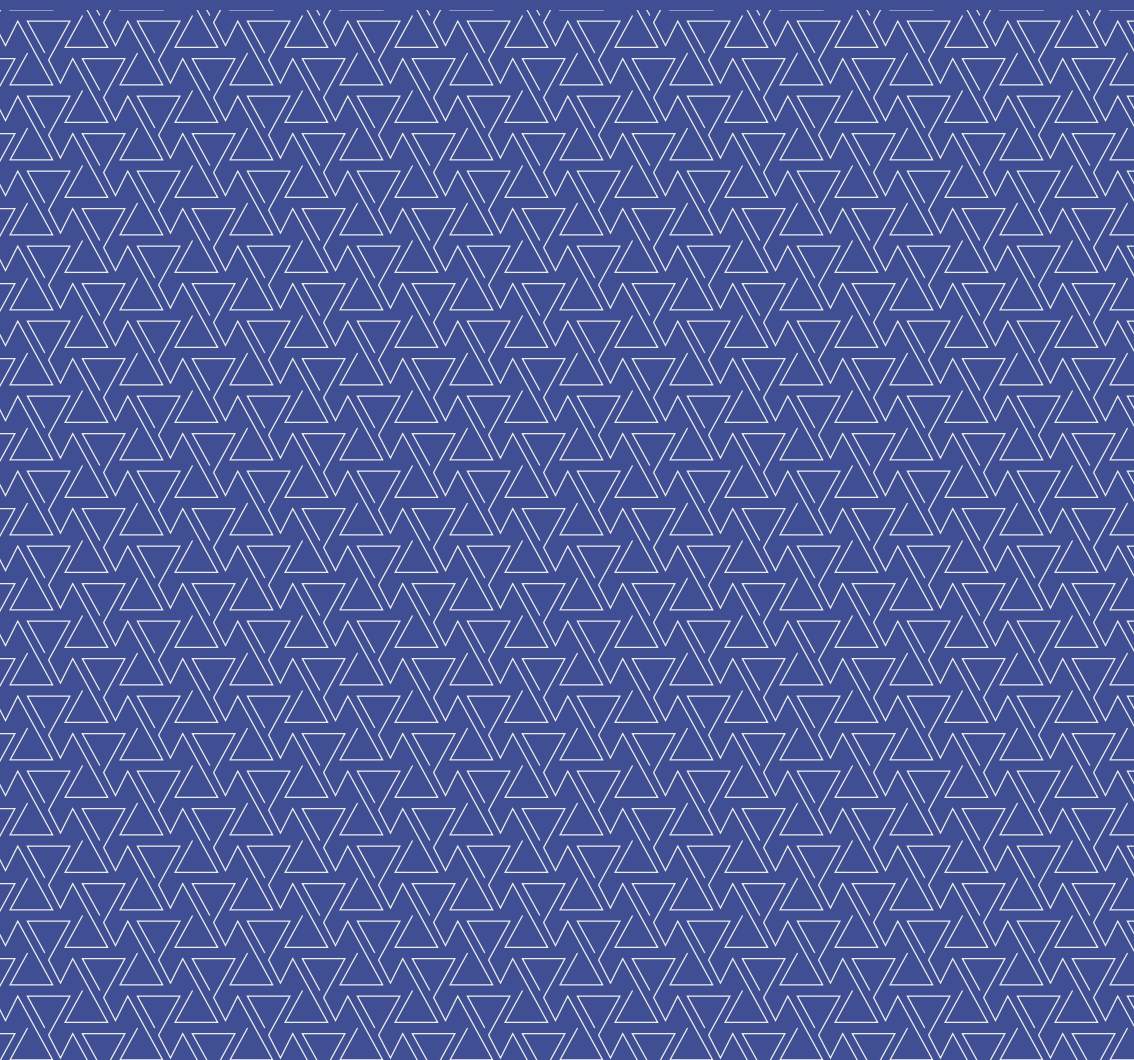
Spis treści

artykuły

- 9 **BRONISŁAW SITEK**
The Influence of Roman Public Law on Contemporary Administrative Law
- 27 **WOJCIECH PATRYAS**
Stosunek prawny a relacja prawna
- 47 **MIECZYŚLAW GOETTEL, ALEKSY GOETTEL**
Wątpliwości na tle usytuowania stosunków rodzinnych w strukturze grup podatkowych w podatku od spadków i darowizn
- 73 **TADEUSZ GADKOWSKI**
„Rules of the organization” w kontekście zdolności traktatowej organizacji międzynarodowych
- 91 **ALEKSANDRA SYRYT, MARIUSZ MUSZYŃSKI**
Legislacja delegowana w czasie epidemii. Uwagi na tle kształtu konstytucyjnego systemu źródeł prawa w Polsce
- 113 **WOJCIECH STASZEWSKI**
Ochrona polskich grobów i cmentarzy na terytorium Uzbekistanu w świetle dwustronnych regulacji traktatowych
- 125 **JOANNA BRZEZIŃSKA**
Między intencjonalnością a zamiarem. Filozoficzne reminiscencje w prawie karnym
- 153 **MOHAMMAD OWAIS FAROOQUI, FAIZAN RAHMAN, MOHD ZAMA**
Examining the Possibility of Transition from the Accusatorial to Inquisitorial Model of Trial in the Present Criminal Justice System
- 169 **MARTA KOLENDOWSKA-MATEJCZUK**
Błąd pełnomocnika, prokuratora i pracownika sekretariatu jako niemożność przywrócenia terminu zawitego w procedurze karnej a standardy konstytucyjne
- 187 **IV ROKAJ, IVAS KONINI**
A Comparative Perspective on the Individualization of Criminal Sentencing
- 205 **MARCIN SOWAŁA**
Osoba w spektrum autyzmu jako pokrzywdzony w polskim procesie karnym. Czy jest to proces równych szans w aspekcie standardów strasburskich? – wybrane zagadnienia
- 229 **THI HANH BUI**
Rights of Prisoners During Incarceration. A case study of Vietnam
- 251 **MINH CAO VU, KHANH NHAT NGUYEN, THI NGOC ANH CAO**
Freedom of Association in Vietnam: The Journey, Challenges, and Prospects for Legal Reform
- 279 **ANDRZEJ HERBET**
Kolejny oksymoron czy nowa perspektywa dla rodzinnego / rodzimego biznesu? Kilka uwag o pojęciu, charakterze prawnym i funkcjach fundacji rodzinnej
- 305 **MADHUSMITA RONGHANGPI, NAVEEN KUMAR**
Exploring the Cross-Border Insolvency Laws: A Comparative Study of India and International Perspectives
- 323 **MUEEN ALSHUNNAQ**
Legal Effects and Administration of Bank Acquisitions in Jordan: A Review of the Literature
- 347 **KRZYSZTOF OLSZAK, ANGELINA STOKŁOSA**
Interes spółki a koncepcja ESG – dokąd zmierzamy?
- 383 **DOMINIK BIERECKI, CHRISTOPHE GAIE, MIROŚLAW KARPIUK**
Artificial Intelligence in e-Administration
- 409 **ZBIGNIEW WIĘCKOWSKI, MAREK ŚWIERCZYŃSKI**
Analiza ryzyka dokonywana na podstawie konwencji ramowej Rady Europy o sztucznej inteligencji na przykładzie zastosowań w sektorze prawnym
- 429 **MICHAŁ KOWALSKI**
Sztuczna inteligencja a usprawnienie postępowania przed sądami administracyjnymi. Kilka refleksji na tle doświadczeń wybranych systemów prawnych
- 443 **MARLENA JANKOWSKA, MIROŚLAW PAWEŁCZYK**
Threads and Tech: From Runway Sass to Smart Class – Pierre Bourdieu’s Concept of Capital Revisited

- 471 IRENEUSZ KUNICKI**
O uprawnieniu wspólnoty mieszkaniowej do sprzedaży lokalu jej członka (art. 16 ustawy o własności lokali)
- 489 ALEKSANDER MAZIARZ**
Wpływ tymczasowej ochrony zabytku nieruchomego na możliwość podjęcia i prowadzenia robót budowlanych
- 505 JOANNA SMARŻ**
Zasada pogłębiania zaufania obywateli do administracji publicznej jako fundament postępowania administracyjnego
- 529 KATARZYNA JASIŃSKA**
Problematyka oznaczania wytworów generatywnej sztucznej inteligencji w świetle polskiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- 545 IGA BAŁOS**
Wpływ generatywnej sztucznej inteligencji na ocenę nowości wynalazku
- 565 KAMIL SZPYT, ARTUR BILSKI**
Wybrane wyzwania prawne i organizacyjne związane z wdrażaniem systemów AI w działalności samorządów terytorialnych
- 597 MICHAŁ TADEUSZ NAJMAN**
Pozostałości prawa religijnego we współczesnym prawie
- 615 VO TRUNG HAU**
The Formation and Development Process of Vietnam Law on Copyrights for Musical Works
- 629 DOROTA FERENC-KOPEC**
Konflikty cywilizacyjne a prawa człowieka. Wybrane aspekty problematyki
- 649 AGNIESZKA ROMANKO**
The Conclusion of an International Agreement by the Holy See
- 663 VIKTORIIA PIDUBNA, VITALII YAROTSKIY, VOLODYMYR POHREBNIAK, VIKTOR POPOV, ALONA KLOCHKO**
The EU Court of Justice in the Process of European Construction and Integration
- 689 ANASTASIIA SYCHOVA**
NATO Collaborative Practices: Political and Legal Regulation
- 719 AGATA ZIÓŁKOWSKA**
Instytucja „przestępstwa wojskowego” – uwagi *de lege ferenda*
- 741 MACIEJ JAROTA**
The Obligation to Provide Safe and Healthy Working Conditions Within the Meaning of Art. 207 § 2 of the Labour Code. Guidelines of Labour Law Literature and Current Challenges. Outline of the Problem
- 761 DARIUSZ P. KAŁA**
Zakaz powtarzania treści art. 15 ustawy o ochotniczych strażach pożarnych w uchwałach ekwiwalentowych
- 779 KINGA MOZGIEL-WIECHA**
Ewolucja zasad zadośćuczynienia w polskim prawie cywilnym

artykuły





The Influence of Roman Public Law on Contemporary Administrative Law

Abstract

The subject of this study is to present the influence and impact of Roman public and administrative law on contemporary legal-administrative and institutional solutions. The organization of state administration is always flexible, meaning it adapts to changing political or social conditions. However, certain solutions are repetitive, and their legal and organizational structures are based on experiences and solutions which date back to ancient Rome. The research hypothesis is that many modern institutions within the structure of administrative bodies have their roots in institutions that functioned in Ancient Rome. Therefore, I used a descriptive method in the study, which allowed me to present Roman institutions with reference to contemporary solutions. In this respect, the work represents a novel contribution to both Polish and international literature. The study may also serve as an inspiration for contemporary administrative scholars to draw on the experiences of ancient states in their research.

KEYWORDS: Roman public law, administrative law, reception of Roman law

BRONISŁAW SITEK – full professor, SWPS University,
ORCID – 0000-0002-7365-6954, e-mail: bsitek@swps.edu.pl

1 | Introduction

Despite the deep social and ideological changes in European political and legal culture, it is impossible to disregard the fact that the culture of ancient Rome, especially Roman law, remains one of the three pillars of European culture. Therefore, every student who chooses to study law begins their

education with Roman law, often without realizing how much it has influenced the structure and functioning of modern legal systems, especially on the European continent. We must also begin by stating that the most widespread knowledge of Roman law concerns Roman private law. Who among lawyers in Poland does not know the textbook on Roman law by Kazimierz Kolańczyk,^[1] Wacław Osuchowski,^[2] Wiesław Litewski,^[3] Rafał Taubenchlag,^[4] Władysław Bojarski,^[5] or the more contemporary textbook by Tomasz Giaro, Wojciech Dajczak, and Franciszek Longchamps de Berier^[6]. Of course, textbooks in Italian, German, or Spanish languages could be also mentioned here.

On the other hand, Polish and international studies on Roman public law, especially administrative law, are less well-known. However, in this area, numerous Polish works can be pointed out, including those done by authors such as Antoni Dębiński,^[7] Jan Zabłocki and Anna Tarwacka,^[8] Anna Pikulska-Radomska,^[9] Renata Kamińska,^[10] and Bronisław Sitek.^[11] It is also impossible to list all international authors writing on Roman administrative law and their publications, so I have decided to reference selected important works in the footnotes when discussing specific issues.

¹ Kazimierz Kolańczyk, *Prawo rzymskie* (Warszawa PWN, 1986).

² Wacław Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne* (Warszawa: PWN, 1986).

³ Wiesław Litewski, *Rzymskie prawo prywatne* (Warszawa: PWN, 1990).

⁴ Rafał Taubenchlag, *Historia i instytucje rzymskiego prawa prywatnego* (Warszawa: Gebethner i Wolff, 1945).

⁵ Władysław Bojarski, *Prawo rzymskie* (Toruń: TNOiK, 1994).

⁶ Tomasz Giaro, Wojciech Dajczak, Franciszek Longchamps de Berier, *Prawo Rzymskie. U podstaw prawa prywatnego* (Warszawa: PWN, 2014).

⁷ Antoni Dębiński, Joanna Misztal-Konecka, Monika Wójcik, *Prawo rzymskie publiczne* (Warszawa: C.H. Beck, 2017).

⁸ Jan Zabłocki, Anna Tarwacka, *Publiczne prawo rzymskie* (Warszawa: Liber, 2011).

⁹ Anna Pikulska-Radomska, *Fiscus non erubescit. O niektórych włoskich podatkach rzymskiego pryncypatu* (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2013).

¹⁰ Renata Kamińska, *W trosce o miasto. „Cura urbis” w Rzymie okresu republiki i pryncypatu* (Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2015).

¹¹ Bronisław Sitek, *Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis i lex Irnitana. Ustawy municypalne antycznego Rzymu. Tekst, tłumaczenie i komentarz* (Poznań: Ars Boni et Aequi, 2008); idem, *Tabula Heracleensis (Lex Iulia municipalis). Tekst, tłumaczenie, komentarz* (Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2006); Idem, *Advocatus fisci – system ochrony praw i interesów imperium Rzymskiego jako inspiracja dla współczesnych rozwiązań*, [in:] idem, *Wybrane systemy prawnej i instytucjonalnej ochrony praw i interesów państwa* (Warszawa: Difin, 2020).

The purpose of this study is to present selected public institutions or solutions from Roman administrative law and relate them to contemporary legal-administrative or constitutional solutions. Another goal is to demonstrate the indirect reception of selected Roman solutions in contemporary legal or institutional frameworks. Therefore, the main hypothesis of my work is the assertion that ancient Rome was a well-organized state which laid down the foundations for the organization and functioning of modern public administration.

In this paper, I primarily used the descriptive-historical method, due to the quantitative limitations imposed by the standards of the journal “*Studia Prawnoustrojowe*.” One must be aware that a comprehensive presentation of the similarities and differences between Roman administrative law and contemporary law would require writing a multi-volume work. Therefore, this article is merely an introduction for administrative law scholars interested in further exploring Roman administrative law and the organization of public administration bodies and offices in ancient Rome.

2 | Are the Ideas of Roman Law Still Alive?

At the very beginning of this study, one can refer to the often-repeated statement that the ideas of Roman private law are still alive,^[12] despite the passage of more than 1500 years since the end of the Western Roman Empire, and almost six hundred years since the fall of Byzantium. Roman private law is often referred to as timeless law.^[13] Such a statement is justified by the fact that with the end of the Middle Ages, the reception of Roman law

¹² Henryk Kupiszewski, *Prawo rzymskie. Historia i współczesność* (Warszawa: PWN, 1988), 215; Radosław Zych, “Prawo rzymskie – wiecznie żywe źródło inspiracji” *In Gremio. Miesięcznik Szczecińskich Środowisk Prawniczych*, No. 4 (2022): 28-30.

¹³ Wojciech Dajczak, „Problem ‘ponadczasowości’ zasad prawa rzymskiego. Uwagi w dyskusji o ‘nowej europejskiej kulturze prawnej’” *Zeszyty Prawnicze UKSW*, No. 2 (2005): 7-22; Okko Behrends, “Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, No. 95 (1978): 187-231.

into judicial practice took place, and the provisions of Roman law became the foundation for positive law until the 19th century.^[14]

The timelessness of Roman law is evident not only in the field of private law, but also in public law, including the law concerning the organization and functioning of public administration. These similarities are both in institutional and procedural aspects. As an example, one can point out the similarity between the electoral system of the President of the United States and the electoral system of the consul in republican Rome.

During the curial electoral assemblies, votes were cast for candidates within individual curiae, which were units of society based on personal rather than territorial division. The representative of each curia then voted for the candidate chosen by his curia. The candidate who received the most votes from the various curiae, rather than the total number of votes from voters, would become a consul.^[15] The principle of group voting was applied in the curial assemblies, and this principle still exists, in a slightly modified form, in the presidential elections in the United States of America.^[16]

In the United States, voting occurs within states, which are territorial units assigned a specific number of electoral votes. The presidential election is won by the candidate who receives the most electoral votes.^[17] It is therefore possible for the President of the United States to be the candidate who received the most electoral votes, rather than the candidate who received the most popular votes, as was the case with George W. Bush's victory over Al Gore.^[18]

¹⁴ Wojciech Dajczak, *Rzymska res incorporalis a kształtowaniu się pojęć „rzeczy” i „przedmiotu praw rzeczowych” w europejskiej nauce prawa prywatnego* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, 2007), 11-12; Heinrich Honsell, Iole Fargnoli, *Römisches Recht* (Heidelberg: Stämpfli Verlag, 2021), XXIII.

¹⁵ Anna Ludwikowska, Rett Ludwikowski, “System wyborów prezydenckich w Stanach Zjednoczonych na tle porównawczym” *Krakowskie Studia Międzynarodowe*, No. 3 (2008): 19-54.

¹⁶ Szczerbowski Jakub, “Prawo wyborcze”, [in:] *Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia*, ed. Aldona Jurewicz (Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2011), 144-145.

¹⁷ Matthew S. Shugart, “Elections: The American Process of Selecting a President: A Comparative Perspective” *Presidential Studies Quarterly*, September (2004): 641.

¹⁸ In 2000, G. Bush Jr. secured 271 electoral votes and support in thirty states, while A. Gore garnered only 266 votes, backed by twenty states and the District of Columbia. Nevertheless, G. Bush received 47.9 % of the popular vote, whereas Al Gore obtained 48.4 %. See: Paul R. Abramson, John H. Aldrich, David W. Rode, *Change and Continuity in the 2004 and 2006 Elections* (Washington DC: CQ Press, 2007), 54, footnote 10.

Undoubtedly, what remains of Roman administrative law refers to a set of legal principles and practices which regulated the public administration and organization of the Roman state, particularly during the Roman Republic and the Roman Empire. However, it must be emphasized that the Romans did not have a fully developed administrative law in the modern sense. Yet, many of the principles and mechanisms developed at that time became the foundation for later systems of administrative and public law, including the system in Poland. Therefore, it is worth briefly discussing at least some of the selected, fundamental, and simultaneously key characteristics of Roman administrative law.

3 | Key Features of Roman Administrative Law

Among the fundamental normative solutions of Roman administrative law, we can include, among others: the law serving as the basis for the organization of the public bodies system and its authority, as well as civil service law; the law of provincial and municipal administration; the public finance system and the tax system; the possibility of appealing administrative decisions; the creation of public infrastructure and services; and the separation of the military administration from the civil one done by Diocletian. Each of these topics could constitute a separate, extensive article. However, I will now limit myself to discussing the most important state organs and offices during the Republic, the Principate, and the Dominate periods.

3.1. Public bodies (*magistratus*), their authority, offices, and officials during the Republican period

In contemporary times, authority is understood as dignity, recognition, prestige, as well as social acknowledgment for an individual or an institution. Even in ancient times, it was believed that there could be various sources of authority for public officials. These sources could include professionalism, truthfulness, charisma, as well as the mere fact of holding

power or assuming a specific office. “The authority of the administration, as well as the authority of administrative law, is institutional authority”.^[19]

Dignity, recognition, and prestige, and thus authority, can also be discussed in reference to the power of Roman administrative bodies and the individuals holding them. In Roman terminology, the term *auctoritas* was used, which referred more to moral prestige than legal authority. Such authority was enjoyed by groups of people as well as individuals who held specific power. Some sources suggest that *auctoritas* was also attributed to the Roman people (*populus*). Nevertheless, the term *auctoritas* most commonly referred to individuals holding specific public offices, especially the consul in the Republic or, in the Principate, the emperor (*principis*), as well as other Republican or later imperial officials, such as judges.^[20] Authority was also held by famous jurists, such as Ulpian, Papinian, and Paulus. Similarly, in contemporary times, one can mention the names of jurists and administrative law experts who have great authority not only in academic circles but also in social and political environments. The source of their authority was their profound knowledge of the law, which is called – professionalism.

The Romans did not know the modern concept of the separation of powers. However, *de facto*, during the Republic, it is possible to distinguish three groups of public bodies which align with the contemporary system, namely the legislative branch, represented by the Senate and the popular or plebeian assemblies in the Republican period, the Senate and *princeps* during the Principate, and in the Dominate, the law was mainly constituted by the emperor. Judicial bodies played a significant role, although they will be omitted in this discussion.

When it comes to executive power in ancient Rome, it can be said that even then, in the organization of public administration, it was possible to distinguish between bodies and offices. The decision-making bodies during the Republic were divided into *magistratus maiores* and *magistratus minores*. *Magistratus maiores*, or the highest officials who held the power defined by the term *imperium*, included the consul, the praetor, and the dictator. The first two offices were held for one year, while the dictator held

¹⁹ Sławomir Pilipiec, Piotr Szreniawski, “Administracja a autorytet prawa administracyjnego” *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Oeconomica*, No. 270 (2012): 137-147.

²⁰ Adolf Berger, s.v. “Auctoritas”, [in:] idem, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953), 368.

office for no longer than six months. Both the consul and the praetor were elected during electoral assemblies (*comitia*).

Since the times of the *leges Tabulariae*, elections were equal and secret, made possible by the use of voting tablets.^[21] The term of office for the most important state bodies during the Republican period always began on 1 January, which is why the new year is still celebrated on this day – the day the new consul assumed office. Importantly, during the Republic, individuals holding public office, whether in the state or in municipalities (local governments), did so without remuneration. The bodies of power during the Republican period were collegial, meaning that there were always two *magistratus* in each office.

The consuls were the highest authority in the state during the Republican period. Since there were always two consuls in the office, they had to make decisions jointly, but they could also make them individually. However, in such cases, the colleague in office had the right of veto (*intersessio*), which rendered the decision ineffective. The right of veto could be exercised by the body on its own initiative or at the request of someone dissatisfied with the decision.^[22]

The praetor, as an official, was responsible for the organization and functioning of the judiciary. This office can be compared to the modern position of the minister of justice, but with broader competencies. Praetors directed and supervised legal proceedings, while also performing various administrative functions. An important task of the praetor for the judiciary was issuing the edict (*ius edicendi*), a set of rules, primarily of a procedural nature, which were important for judges and litigants. Each praetor issued a new edict upon assuming office. In practice, however, the new praetor would review and update the edict of his predecessor. This led to the edict being referred to as *edictum translativum*. In this way, one of the branches of Roman law, *ius honorarium* (praetorian law), was developed. Ultimately, the edict was compiled by the jurist Salvius Julianus around the year 130 during the reign of Emperor Hadrian.^[23]

²¹ Nicola D. Luisi, “Sul problema delle tabelle di voto nelle votazioni legislative: contributo all’interpretazione di Cic. Ad Att. 1.14.5” *Index*, No. 23 (1995): 419 and the following.

²² D. Medicus, s.v. “Intercessio”, [in:] *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike in fünf Bänden*, Vol. II, ed. Konrat Ziegler, Walther Sontheimer (München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1979), 1420.

²³ Luisi, *Sul problema delle tabelle di voto nelle votazioni legislative*, 419 and the following.

A dictator, a one-man office, was appointed by the Roman Senate in the event of a threat to the state from war. The short duration of the office was due to the fear that the dictator would assume absolute power and transform the republican system into a monarchy. It was an institution with powers similar to the modern institution of the Supreme Commander of the Armed Forces (Article 134, Section 4 of the Constitution of the Republic of Poland).

The other group of officials during the Republican period consisted of the *magistratus minores*, or officials who held authority defined as *potes-tas*. This group of public administration bodies included a wide range of officials from the Republican era, and it is worth mentioning two of them. The first group were the *aediles*, both plebeian (*aediles plebis*) and curule (*aediles curules*). Their responsibilities included overseeing public roads, ensuring their maintenance and the safety of travelers, as well as supervising marketplaces. They also possessed the authority to impose fines or corporal punishment (*coercitio*) for minor offenses.^[24] Their function was similar to that of the modern Minister of Infrastructure.

The second group among the *magistratus minores* were the censors, whose task was to conduct a census every five years. They held office for 1.5 years. The subject of the census was to compile a list of Roman citizens (*cives Romani*), assess their moral conduct, and determine their financial status (*rationem pecuniae*), which served as the basis for tax assessment. The financial status included assets such as real estate, leasehold of public lands (*ager publicus*), cash, leases for public taxes, slaves, works of art, jewelry, and even expensive clothing worn by a wife.^[25] It is important to note that the inclusion of a slave in the citizen list was a form of manumission, which simultaneously granted Roman citizenship to the slave. The censor could impose the sanction of *infamia* (disgrace), thus discrediting a citizen,

²⁴ Renata Kamińska, "Sprawowanie urzędu edyla plebejskiego i edyla kurulnego w republice i w pryncypacie rzymskim" *Czasopismo Prawno-Historyczne*, No. 66 (2013): 165-176; Bronisław Sitek, "Uprawnienia edyla w świetle ustaw municypalnych. Studium prawno-historyczne", [in:] *Prawo - Administracja - Policja. Księga pamiątkowa Prof. Wincentego Bednarka*, ed. Jarosław Dobkowski (Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2006), 406-413.

²⁵ Aul. Gell. N.A. 6.11.9; Liv. 39.44.2; Plaut, *Cato mai.* 18.2; Cic. *Flac.* 80. See: Sitek, *Tabula Heracleensis*, 76-77; Wolfgang Kunkel, Roland Wittmann, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Zweiter Abschnitt, Die Magistratur* (München: C.H. Beck, 1995), 226 and the following.

for example, if they worked as an actor or gladiator.^[26] This office disappeared in the first century AD. As we know, censuses are still conducted today, but in a much narrower scope.

The aforementioned bodies had the assistance of numerous officials, collectively referred to as *apparitores*. These were individuals employed by the previously discussed public authority bodies, and as such, one can speak of the existence of offices even at that time. This group of officials included, among others: scribes (*scribae*), messengers (*viatores*), and those who publicly announced the decisions of the authorities (*praecones*). These people were paid, unlike the public authorities themselves, who were held without remuneration, as I mentioned earlier. Even tablets have been found which contain a tariff for the remuneration of these officials. It was also common for highly skilled slaves to hold these office positions.^[27]

1.2. Public bodies (*magistratus*), their authority, offices and officials during the Principate and Dominate periods.

The period of the principate marked a thorough restructuring of public administration. Although Augustus Octavian retained some republican institutions, the emperor deprived them of real power. This power was gradually taken over by the emperor and the organs of the imperial administration. From the very beginning of the principate, a process of centralization of public administration began, reaching its peak during the reign of Diocletian, who modeled his organization on the Persian kingdom. The emperor referred to himself as the Persian king, that is, as a god and ruler (*deus et dominus*). Consequently, this period is called the dominatus. At that time, emperors were held in high esteem (*auctoritas*) by society.^[28]

²⁶ Bronisław Sitek, *Infamia w ustawodawstwie cesarzy rzymskich* (Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2003), 99 and the following; Anna Tarwacka, *Cenzor w sypialni: Urzędnicza kontrola moralności w życiu rodzinnym okresu Republiki* (Warszawa: C.H. Beck, 2021); idem, *Prawne aspekty urzędu cenzora w starożytnym Rzymie* (Warszawa: Wydawnictwo UKSW, 2012).

²⁷ Bronisław Sitek, "Autonomie lokalne – municypi", [in:] *Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia*, ed. Aldona Jurewicz (Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2011), 280-281.

²⁸ Ryszard Sajkowski, "Podstawy władzy cesarskiej za rządów Oktawiana Augusta i dynastii julijsko-klaudyjskiej (30 a.C. – 68)", [in:] *Rzymskie prawo publiczne*.

The power of *princeps*, and later of the emperors during the dominatus period, was vast. It encompassed not only civil and military power but also religious authority (*pontifex maximus*). They had the right to appoint the highest officials in the state. Augustus Octavian was the first to adopt the title *pater patriae*, a title that was continued by subsequent emperors.^[29]

As part of the new administration centered around the emperor, new offices emerged. The Senate gained new powers. It no longer only ratified laws passed by the popular assemblies, but *senatus consulta* (senate resolutions) became law, thus acts of legislation. The Senate's decisions most often dealt with public matters. Additionally, the Senate could conduct investigations and pass judgments in extraordinary procedures (*cognitio extra ordinem*). It appointed certain officials to existing republican offices. The Senate had authority over the senatorial provinces, appointing governors for these provinces and overseeing the *aerarium Saturni* – it means the treasury from the republican period. During the principate, the role of the state treasury was taken over by the *fiscus*, the private wealth of the emperor.

Additionally, the Senate ratified the election of a new emperor, but this was mostly a formality. The Senate could also declare an emperor to be a god, but it could also carry out a procedure known as *damnatio memoriae*, in which, usually at the instigation of the current emperor, it ordered the name of the previous ruler to be erased from all public documents and places, as Constantine the Great did with his co-emperor Licinius. Today, the institution of *damnatio memoriae* still exists in a somewhat different form. The driving force behind it is social media platforms, sometimes influenced by politics, which effectively eliminate individuals or even entire groups from public life by disseminating only negative information or fake news about them.^[30]

As I mentioned earlier, new bodies of public administration were established around the emperor. The first to be mentioned is the creation of the

Wybrane zagadnienia, ed. Aldona Jurewicz (Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2011), 58-63.

²⁹ Suet. Divus Augustus 58; Tom Stevenson, "Acceptance of the Title Pater Patriae in 2 BC" *Antichthon*, No. 43 (2009): 97-108.

³⁰ Florian Krüpe, *Die Damnatio memoriae: über die Vernichtung von Erinnerung. Eine Fallstudie zu Publius Septimius Geta (198-211 n. Chr.)* (Gutenberg: COMPTUS Druck Satz und Verlag, 2011); Valérie Huet, "Images et damnatio memoriae" *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, (2004): 237-253; Sajkowski, „Podstawy władzy cesarskiej za rządów Oktawiana Augusta i dynastii julijsko-klaudyjskiej (30 a.C. – 68)“, 64.

Consilium (*consilium principis*)^[31] at the emperor's side, which, during the dominatus period, was transformed into a council known as the consistorium (*consistorium*).^[32] This council was composed of individuals close to or known to the emperor. It served as an advisory body on state affairs. Today, a parallel can be drawn to a team or council of political advisors to a minister or prime minister. In the Catholic Church, there is also a *consistorium*, composed of cardinals, who are the closest advisors to each pope.^[33]

An important function during the principate and dominatus periods was held by the prefect of Rome, and later the prefect of Constantinople (*praefectus urbi*). This office can be compared to the mayor or president of a city, though the title of prefect was reserved exclusively for the prefects of Rome or Constantinople. It is also worth noting that Rome was a huge metropolis, with over 1.2 million inhabitants during the reign of Augustus. The next city to surpass a million residents in history was London, which reached this milestone in 1803.^[34] The city prefect was responsible for the daily affairs of the city. His powers were termed *coercitio*, which gave him the authority to punish thieves and those who disturbed public order. The prefect issued decrees regarding the city, including those related to traffic,^[35] and also handled some judicial appeals brought to the emperor,^[36] In the Catholic Church, the pope is the bishop of Rome, but he is *de facto*

³¹ Wilhelm Ensslin, "Consilium Principis, Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian" *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, No. 4 (1955): 475-479.

³² V. Bileta, *The venatio in the Emperor's Presence? The consistorium and the Military Men of the Late Roman Empire in the West, Gaining and Losing Imperial Favour in Late Antiquity* (Brill, 2019), 73-101.

³³ Józef Wroceński, "Wakat Stolicy Apostolskiej" *Prawo Kanoniczne*, No. 4 (2016): 3-30.

³⁴ Nearly a million residents lived in Baghdad in the year 900, in Kaifeng in 1200, in Beijing in 1500, and in Ayutthaya in 1700. See: Sebastian Ruciński, "Czy starożytny Rzym był milionowym miastem?" *Meander*, No. 3 (2007): 294-307; Abadi Mark, "Od Jerycha do Tokio - największe miasta świata w różnych epokach" *Business Insider*, 7 March 2018. <https://businessinsider.com.pl/lifestyle/najwieksze-miasta-swiata-w-roznych-epokach-historycznych/4815lff> [accessed: 19.09.2024].

³⁵ D. 1.12.1 pr.

³⁶ D. 11.12.1.13. See: Sebastian Ruciński, *Praefectus Urbi. Strażnik porządku publicznego w Rzymie w okresie wczesnego cesarstwa* (Poznań: Wydawnictwo Poznańskie, 2008), 231-232; Juan De Churruca, "Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über die argentarii im klassischen römischen Recht" *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, No. 1 (1991): 304-324; Magdalena Sitek, "Commercium iure gentium commune esse debet" *Studia Prawnoustrojowe*, No. 27 (2015): 65.

represented in the Roman Diocese by the Vicar General of the Roman Diocese, who has the rank of cardinal^[37].

The competencies of the *praefectus urbi* in managing Rome concerned events which occurred during the day. Meanwhile, the authority over the city at night was held by the *praefectus vigilum*, who, in the administrative hierarchy, answered to the prefect of the city. His responsibilities included ensuring the safety of the city at night, such as extinguishing fires, combating robberies, and preventing burglaries of homes, shops or warehouses.^[38] Another crucial task was cleaning the streets of filth which accumulated overnight, as well as removing the bodies of the deceased before dawn. This official had the right to punish criminals, typically by flogging or imposing fines, and for more serious crimes, he would imprison the offenders. He had several *cohorts vigilae*, it means order services, at his disposal.^[39] In modern times, these tasks are carried out by law enforcement agencies under the authority of the city government.

Another important office during the period of the Empire was the office of *praefectus praetorio*. Initially, his responsibilities included the protection of the emperor's person, and over time, his rank grew to the point where he became the second most important person in the state after the emperor. He accompanied the emperor during his public appearances. However, the most significant aspect was that he became the body that reviewed appeals of judgments issued by the provincial governors and sent to the emperor through the appeal process.^[40] An example of this can be found in the appeal made by St Paul from the verdict issued by Festus, the procurator of Palestine.^[41] But the most important fact is that the praetorian prefect was the head of all the state services. He could be compared, to some extent, to a minister coordinating special services, though he did not have judicial authority. This office was held by individuals with extensive knowledge of the state and experience in managing administration. Among the most

³⁷ Edward Szafrowski, "Kuria diecezjalna Biskupa Rzymskiego" *Prawo Kano-niczne*, No. 3-4 (1990): 27-45.

³⁸ D. 1.15.3.3-4; D. 1.15.3.3.1. See: Aldo Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano* (Torino: Giappichelli, 2012), 150-151.

³⁹ Gregory N. Daugherty, "The cohortes vigilum and the great fire of 64 AD" *The Classical Journal*, No. 3 (1992): 229-240.

⁴⁰ V. Marotta, "Un esempio di amministrazione giudiziale. Decreti dei consigli cittadini e appealtio", [in:] *Amministrare un impero Roma e le sue province*, ed. A. Baroni (Trento 2007), 54.

⁴¹ Dz.Ap. 24.

famous prefects, we know figures such as Ulpian, Paulus, and Papinian. It was they to whom the empire owed its security and continuity, even though at times the emperors were very weak both intellectually and morally, such as Tiberius, Nero, or Commodus.^[42]

Among the important imperial officials was *praefectus annonae*^[43], who was responsible for overseeing the supply and distribution of grain to Rome. This official also had authority over the system of free grain distribution (*frumentatio*), which was a form of social welfare for the poorest classes in Rome and other cities of the empire. A list of people entitled to receive this aid was created, providing six modii (about fifty litres) of wheat per month for each family. This list was updated annually and could include up to 300,000 people.^[44] In modern times, such functions are performed by social welfare agencies.

4 | Final conclusions

The organization and functioning of public administration bodies and offices undoubtedly relies on a tradition which dates back to ancient Rome. However, this does not mean that public administration does not need to adapt to the ongoing civilizational changes, especially globalization, and in contemporary times, the digitalization of the world. Nevertheless, this particularly important tradition also includes ancient Rome and both private and public Roman law. Without the experiences and solutions developed during the organization of the Roman state, we would certainly not have such a well-organized and functioning public administration in Europe, as well as in both American continents.

⁴² Timothy D. Barnes, "Praetorian Prefects, 337-361" *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, (1992): 249-260; Stein A., "Stellvertreter der Praefecti praetorio" *Hermes*, No. 1 (1925): 94-103.

⁴³ M. Ravizza, "Sui poteri giurisdizionali del praefectus annonae in età del principato" *JUS*, No. 3 (2020): 61-81; Lionel Casson, "The role of the state in Rome's grain trade" *Memoirs of the American Academy in Rome*, No. 36 (1980): 21-33.

⁴⁴ Sitek, *Tabula Heracleensis*, 31; Catherine Virlouvet, *Famines et émeutes à Rome des origines de la République à la mort de Néron* (Rome: École Française de Rome, 1985). 108 np.; Peter Gransey, *Famine and Food Supply in the Graeco-Roman World* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 208-217.

The content presented above, though in a very narrow scope, allows us to state that the Roman state, from the Republic to the Dominate, was well-organized. It was therefore a state which existed continuously for the longest period of time in the history of the Earth. Many of the solutions developed by the Romans certainly serve as inspiration, or at least provoke reflection on the appropriateness and purpose of common institutional and competency solutions. This study includes references to Roman institutions in relation to contemporary offices.

Bibliography

- Abadi Mark, "Od Jerycha do Tokio – największe miasta świata w różnych epokach" *Business Insider*, 7 March 2018. <https://businessinsider.com.pl/lifestyle/najwieksze-miasta-swiata-w-roznych-epokach-historycznych/4815lff>.
- Abramson Paul R., John H. Aldrich, David W. Rode, *Change and Continuity in the 2004 and 2006 Elections*. Washington DC: CQ Press, 2007.
- Barnes Timothyn D., "Praetorian Prefects, 337-361" *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, (1992): 249-260.
- Behrends Okko, "Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht" *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* No. 95 (1978): 187-231.
- Berger Adolf, "Auctoritas", [in:] idem, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. 368. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953.
- Bileta V., *The venatio in the Emperor's Presence? The consistorium and the Military Men of the Late Roman Empire in the West, Gaining and Losing Imperial Favour in Late Antiquity*. Brill 2019.
- Bojarski Władysław, *Prawo rzymskie*. Toruń: TNOiK, 1994.
- Casson Lionel, "The role of the state in Rome's grain trade" *Memoirs of the American Academy in Rome*, No. 36 (1980): 21-33.
- Dajczak Wojciech, *Rzymska res incorporalis a kształtowanie się pojęć „rzeczy” i „przedmiotu praw rzeczowych” w europejskiej nauce prawa prywatnego*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, 2007.
- Dajczak Wojciech, "Problem 'ponadczasowości' zasad prawa rzymskiego. Uwagi w dyskusji o 'nowej europejskiej kulturze prawnej'" *Zeszyty Prawnicze UKSW*, No. 2 (2005): 7-22.

- Daugherty Gregory N., "The cohortes vigilum and the great fire of 64 AD" *The Classical Journal*, No. 3 (1992): 229-240.
- De Churruca Juan, "Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über die argentarii im klassischen römischen Recht" *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, No. 1 (1991): 304-324.
- Dębińskim Antoni, Joanna Misztal-Konecka, Monika Wójcik, *Prawo rzymskie publiczne*. Warszawa: C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Ensslin Wilhelm, "Consilium Principis, Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian" *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, No. 4 (1955): 475-479.
- Gallo Filippo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto: corso di diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1997.
- Giario Tomasz, Wojciech Dajczaka, Franciszek Longchamps de Berier, *Prawo Rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*. Warszawa: PWN, 2014.
- Gransey Peter, *Famine and Food Supply in the Graeco-Roman World*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Honsell Heinrich, Iole Fargnoli, *Römisches Recht*. Heidelberg: Stämpfli Verlag, 2021.
- Huet Valérie, "Images et' damnatio memoriae" *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, (2004): 237-253.
- Kamińska Renata, "Sprawowanie urzędu edyla plebejskiego i edyla kurulnego w republice i w pryncypacie rzymskim" *Czasopismo Prawno-Historyczne*, No. 66 (2013): 165-176.
- Kamińska Renata, *W trosce o miasto. "Cura urbis" w Rzymie okresu republiki i pryncypatu*. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2015.
- Kolańczyk Kazimierz, *Prawo rzymskie*. Warszawa: PWN, 1986.
- Krüpe Florian, *Die Damnatio memoriae: über die Vernichtung von Erinnerung. Eine Fallstudie zu Publius Septimius Geta (198-211 n. Chr.)*. Gutenberg: COMPTUS Druck Satz und Verlag, 2011.
- Kunkel Wolfgang, Roland Wittmann, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Zweiter Abschnitt, Die Magistratur*. München: C.H. Beck, 1995.
- Kupiszewski Henryk, *Prawo rzymskie. Historia i współczesność*, Warszawa: PWN, 1988.
- Litewski Wiesław, *Rzymskie prawo prywatne*. Warszawa: PWN, 1990.
- Loska Elżbieta, "Rola konsula i pretora w procesie legislacyjnym okresu republiki" *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne*, nr 2 (2016): 31-44.
- Ludwikowska Anna, Ludwikowski Rett, "System wyborów prezydenckich w Stanach Zjednoczonych na tle porównawczym" *Krakowskie Studia Międzynarodowe*, No. 3 (2008): 19-54.

- Luisi Nicola D., "Sul problema delle tabelle di voto nelle votazioni legislative: contributo all'interpretazione di Cic. Ad Att. 1.14.5" *Index*, No. 23 (1995): 419-451.
- Medicus D., "Intercessio", [in:] *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike in fünf Bänden*, Vol. II, ed. Konrat Ziegler, Walther Sontheimer. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1979.
- Marotta V., "Un e esempio di amministrazione giudiziale. Decreti dei consigli cittadini e appealto", [in:] *Amministrare un impero Roma e le sue province*, ed. A. Baroni. 51-87. Trento 2007.
- Osuchowski Wacław, *Rzymskie prawo prywatne*. Warszawa: PWN, 1986.
- Petrucchi Aldo, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino: Giappichelli, 2012.
- Pikulska-Radomska Anna, *Fiscus non erubescit. O niektórych italskich podatkach rzymskiego pryncypatu*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2013.
- Pilipiec Sławomir, Piotr Szreniawski, "Administracja a autorytet prawa administracyjnego" *Acta Universitatis Lodzensis. Folia Oeconomica*, No. 270 (2012): 137-147.
- Ravizza M., "Sui poteri giurisdizionali del praefectus annonae in età del principato" *JUS*, No. 3 (2020): 61-81.
- Ruciński Sebastian, *Praefectus Urbi. Strażnik porządku publicznego w Rzymie w okresie wczesnego cesarstwa*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie, 2008.
- Ruciński Sebastian, "Czy starożytny Rzym był milionowym miastem?" *Meander*, No. 3 (2007): 294-307.
- Sajkowski Ryszard, "Podstawy władzy cesarskiej za rządów Oktawiana Augusta i dynastii julijsko-klaudyjskiej (30 a.C. – 68)", [in:] *Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia*, ed. Aldona Jurewicz. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2011.
- Shugart Matthew S., "Elections: The American Process of Selecting a President: A Comparative Perspective" *Presidential Studies Quarterly*, September (2004): 632-655.
- Sitek Bronisław, "Autonomie lokalne – municipi", [in:] *Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia*, ed. Aldona Jurewicz. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2011.
- Sitek Bronisław, *Infamia w ustawodawstwie cesarzy rzymskich*. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2003.
- Sitek Bronisław, *Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis i lex Irnitana. Ustawy municypalne antycznego Rzymu. Tekst, tłumaczenie i komentarz*. Poznań: Ars Boni et Aequi Publishing House, 2008.
- Sitek Bronisław, *Tabula Heracleensis (Lex Iulia municipalis). Tekst, tłumaczenie, komentarz*. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2006.

- Sitek Bronisław, "Uprawnienia edyla w świetle ustaw municypalnych. Studium prawnohistoryczne", [in:] *Prawo – Administracja – Policja. Księga pamiątkowa Prof. Wincentego Bednarka*, ed. Jarosław Dobkowski. 406-413. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2006.
- Sitek Bronisław, "Advocatus fisci – system ochrony praw i interesów imperium Rzymskiego jako inspiracja dla współczesnych rozwiązań", [in:] Bronisław Sitek, *Wybrane systemy prawnej i instytucjonalnej ochrony praw i interesów państwa*. Warszawa: Difin, 2020.
- Sitek Magdalena, "Commercium iure gentium commune esse debet" *Studia Prawnoustrojowe*, No. 27 (2015): 63-71.
- Stein A., "Stellvertreter der Praefecti praetorio" *Hermes*, No. 1 (1925): 94-103.
- Stevenson Tom, "Acceptance of the Title Pater Patriae in 2 BC" *Antichthon*, No. 43 (2009): 97-108.
- Szczerbowski Jakub, „Prawo wyborcze”, [in:] *Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia*, ed. Aldona Jurewicz. 143-172. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2011.
- Sztafrowski Edward, "Kuria diecezjalna Biskupa Rzymskiego" *Prawo Kanoniczne*, No. 3-4 (1990): 27-45.
- Świrgoń-Skok R., "Pretorskie pacta conventa servabo jako rzymskie korzenie zasady pacta sunt servanda", [in:] *Pacta sunt servanda – nierealny projekt czy gwarancja ładu społecznego i prawnego*, ed. Ewa Kozerska, Piotr Sadowski, Andrzej Szymański. 11-21. Kraków: A.T. Wydawnictwo, 2015.
- Tarwacka Anna, *Cenzor w sypialni: Urzędnicza kontrola moralności w życiu rodzinnym okresu Republiki*. Warszawa: C.H. Beck, 2021.
- Tarwacka Anna, *Prawne aspekty urzędu cenzora w starożytnym Rzymie*. Warszawa: Wydawnictwo UKSW, 2012.
- Taubenschlag Rafał, *Historia i instytucje rzymskiego prawa prywatnego*. Warszawa: Gebethner i Wolff, 1945.
- Virlouvet Catherine, *Famines et émeutes à Rome des origines de la République à la mort de Néron*. Rome: École Française de Rome, 1985.
- Wroczeński Józef, "Wakat Stolicy Apostolskiej" *Prawo Kanoniczne*, No. 4 (2016): 3-30.
- Zabłocki Jan, Anna Tarwacka, *Publiczne prawo rzymskie*. Warszawa: Liber, 2011.
- Zych Radosław, "Prawo rzymskie – wiecznie żywe źródło inspiracji" *In Gremio. Miesięcznik Szczecińskich Środowisk Prawniczych*, No. 4 (2022): 30-32.



Stosunek prawny a relacja prawna

Legal Relation and Legal Connection

Abstract

A legal relationship can be understood in this or that way, but it must be based on a legal norm. However from the provisions are interpretable both norms and sentences constituting objects. In contrast to a legal relation based on a legal norm, a legal connection is based on a sentence constituting object.

SŁOWA KLUCZOWE: stosunek prawny,
norma, relacja prawna, zdanie
konstytuujące obiekt

KEYWORDS: legal relation, a norm,
a legal connection, a sentence
constituting an object

WOJCIECH PATRYAS – profesor nauk prawnych, Uniwersytet Szczeciński,
ORCID – 0000-0002-4389-0301, e-mail: wojciech.patryas@wp.pl

1 | Wstęp

Analiza stosunku prawnego zajmuje poczesne miejsce w rozważaniach prawników. Zdaniem Wiesława Langa stosunek prawny „należy do podstawowych pojęć prawniczych. Pojęcie to odgrywa kluczową rolę w niektórych gałęziach prawa i dyscyplinach prawniczych”^[1]. Przejawem doniosłości

¹ Wiesław Lang, Jerzy Wróblewski, Sylwester Zawadzki, *Teoria państwa i prawa* (Warszawa: PWN, 1986), 374. Opinię tę podziela wielu badaczy, np. Franciszek Longchamps stwierdzający, że jednym z „podstawowych pojęć, które się wiążą z obojętnością prawa, jest pojęcie stosunku prawnego” – Franciszek Longchamps, „O pojęciu stosunku administracyjno-prawnego w gospodarce państwowej” *Państwo i Prawo*, z. 1 (1958): 10.

tego zagadnienia jest spora liczba dotyczących go publikacji tak w literaturze obcej^[2], jak i polskiej. Ta druga obejmuje szereg pozycji. Należy do niej monografia poświęcona stosunkowi administracyjnoprawnemu^[3]. O stosunkach prawnych mowa też w tytułach kilku innych naszych książek^[4] oraz artykułów^[5]. Opracowania odnoszące się do stosunków prawnych wywoływały również polemiki w polskim piśmiennictwie^[6], a są także obecne w rozmaitych podręcznikach^[7] i pracach o nastawieniu encyklopedycznym^[8].

Mimo sporej ilości publikacji na interesujący nas temat daleko jeszcze do definitywnych ustaleń w tej materii. Według Zygmunta Ziemińskiego pojęcie stosunku prawnego jest wprawdzie „pojęciem powszechnie przyjmowanym w prawoznawstwie [...] Nagromadziło się jednak szczególnie wiele rozbieżności i sporów, w dużej mierze tylko terminologicznych, związanych z analizą tego pojęcia”^[9]. Podobnie, Zofia Duniewska pisze, że interesujące nas tu badania wywołują „liczne kontrowersje odnoszące się m. in. do: charakteru stosunku prawnego, charakterystyki jego podstawowych elementów, struktury i typologii stosunków prawnych oraz przydatności tej instytucji w różnych gałęziach prawnych”^[10]. Skoro taki jest stan badań

² Ograniczę się tu do wskazania przełożonej na język polski książki Stepana Keczekiana, *Stosunki prawne w społeczeństwie socjalistycznym* (Warszawa: PWN, 1960).

³ Patrz Józef Filipek, *Stosunek administracyjnoprawny* (Kraków: PWN, 1968).

⁴ Patrz np. Alfred Klein, *Elementy stosunku prawnego prawa rzeczowego* (Wrocław: Księgarnia Akademicka, 1976). czy Paweł Boroszowski, *Elementy stosunku prawnego zobowiązania podatkowego* (Kraków: „Zakamycze”, 2004).

⁵ Patrz np. Longchamps, *O pojęciu stosunku*, bądź Janusz Guś, „O właściwości (naturze) stosunku prawnego” *Państwo i Prawo*, z. 4 (1997): 16-25.

⁶ Taki charakter mają napisany przez Stanisława Ehrlicha, „Przyczynek do problematyki normy i stosunku prawnego (na marginesie opublikowanej pośmiertnie pracy Jerzego Landego ‘Nauka o normie prawnej’)” *Państwo i Prawo*, z. 8-9 (1956): 386-395 oraz sformułowana przez Tomasza Dybowskiego, „Rzecz o stosunku prawnym prawa rzeczowego” *Państwo i Prawo*, z. 5 (1978): 68-82.

⁷ Oprócz pracy trzech autorów wskazanej w pierwszym przypisie także np. w podręczniku autorstwa Zygmunta Ziemińskiego i Sławomiry Wronkowskiej, *Zarys teorii prawa* (Poznań: „Ars Boni et Aequi”, 2001), rozdział 6.

⁸ Patrz Andrzej Bator, Włodzimierz Gromski, Artur Kozak, Stanisław Kaźmierczyk, Zbigniew Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny* (Warszawa: Lexis Nexis, 2006), rozdział VIII.

⁹ Zygmunt Ziemiński, *Uprawnienie a obowiązek. Przyczynek do analizy stosunku prawnego* (Poznań: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, 1962), 3.

¹⁰ Zofia Duniewska, „Podstawowe pojęcia prawa administracyjnego”, [w:] Zofia Duniewska, Barbara Jaworska-Dębska, Ryszarda Michalska-Badziak,

w interesującej nas materii, to spróbujmy przynajmniej ustalić, czy modyfikacja – w oparciu o intuicje uwypuklane przez różnych badaczy – wyjściowego ujęcia stosunku prawnego pozwoli objąć nim wszystkie prawnie doniosłe związki, czy też dla ich uwzględnienia trzeba raczej wprowadzić komplementarne względem tamtego pojęcie relacji prawnej^[11].

2 | Stosunek prawny

Niech za punkt wyjścia posłuży następująca wypowiedź Stefana Grzybowskiego: „Nauka prawa tradycyjnie łączy pojęcie stosunku prawnego ze stosunkami społecznymi. Stanowisko to znalazło wyraz w określeniu, według którego stosunkiem prawnym jest prawnie uregulowany stosunek społeczny”^[12]. Końcowy fragment tego cytatu ma wręcz postać tak zwanej definicji klasycznej. Określa się w nim bowiem stosunek prawny przez podanie jego rodzaju (stosunek społeczny) i różnicy gatunkowej (prawnie uregulowany). Za traktowaniem stosunków prawnych jako odmiany stosunków społecznych opowiada się wielu badaczy. Na przykład, według Stepana Keczekiana stosunki prawne „to specyficzne stosunki społeczne”^[13]. Podsumowując ten trend badań Duniewska pisze więc, że stosunki prawne „uznawane są z reguły za odmianę stosunków społecznych”^[14]. Przy takim ujęciu koncepcja stosunków społecznych stanowiłaby bazę dla rozważań nad stosunkami prawnymi.

Ewa Olejniczak-Szałowska, Małgorzata Stahl, *Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2000), 47.

¹¹ Do podjęcia takiego zadania zachęca stwierdzenie, iż prawo „nie definiuje pojęcia stosunku prawnego. Pojęcie to jest wytworem teoretycznych uogólnień, wynikiem pracy teorii prawa. Ta droga kształtowania się tego pojęcia doprowadziła do wielkiego zróżnicowania poglądów i do sporów co do sensu tego pojęcia, jak i co do zakresu zjawisk prawnych, jakie tym pojęciem mogą być objęte” Jerzy Starościak, „Stosunek administracyjnoprawny”, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. III, red. Teresa Rabska, Janusz Łętowski (Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1978), 8.

¹² Stefan Grzybowski, „Stosunek cywilnoprawny”, [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, red. Stefan Grzybowski (Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1985), 177.

¹³ Keczekian, *Stosunki prawne*, 15.

¹⁴ Duniewska *Podstawowe pojęcia*, 48.

Jednakże pewni autorzy uwypuklają mankamenty tak pojętego fundamentu dociekań. W szczególności Jerzy Kowalski podniósł, że odnośnie do stosunku społecznego „brak jest jednomyślności, gdy chodzi o jego definicję”^[15], a Ziemiński zauważył, iż sprawozdawcze „określenie, co się nazywa stosunkiem społecznym, jest wielce kłopotliwe wobec niejasności tego terminu w wypowiedziach potocznych i wielkiej rozbieżności koncepcji teoretycznych w socjologii”^[16]. Ten sam badacz w innej ze swoich prac zasugerował odmienną bazę dociekań nad stosunkami prawnymi, pisząc tak oto: „Przyjąć trzeba, że ogólne pojęcie stosunku jest pojęciem pierwszym, to znaczy samo służy do wyjaśniania innych pojęć, ale nie może być już przy pomocy prostszych pojęć wyjaśnione”^[17]. Oczywiście, chodziło mu o koncepcję relacji wypracowaną w teorii mnogości. Za takim rozumieniem powyższej jego wypowiedzi przemawia dawniejsza nomenklatura logiczna^[18], na gruncie której relacje nazywano właśnie stosunkami^[19]. Wybór takiej bazy dociekań uważam za w pełni trafny już choćby dlatego, że – jak to się potocznie mówi – logika (zwłaszcza pojmowana szerzej, a więc obejmująca teorię mnogości) leży u podstaw wszystkiego. Nie podważa to operowania w badaniach nad stosunkami prawnymi kategorią stosunków społecznych. Trzeba tylko przyjąć, że pewne logicznie pojęte relacje są stosunkami społecznymi, a pewne z tych ostatnich noszą miano stosunków prawnych.

Powstaje zatem pytanie o liczbę członów stosunku prawnego. Zdaniem Grzybowskiego pierwotnym „i podstawowym modelem, według którego konstruowano następnie różne typy stosunków prawnych, jest model stosunku tylko dwustronnego. Taką też postać przybiera nadal znacznie

¹⁵ Jerzy Kowalski, „Z zagadnień teorii stosunku prawnego” *Państwo i Prawo*, z. 6 (1971): 933.

¹⁶ Zygmunt Ziemiński, „O metodzie analizowania «stosunku prawnego»” *Państwo i Prawo*, z. 2 (1967): 194-195.

¹⁷ Ziemiński, *Uprawnienie*, 3. Być może to też miał na myśli Alfred Klein, gdy pisał, że stosunek prawny „jest w istocie rzeczy tylko określonego typu konstrukcją pojęciową, nie zaś samym stosunkiem społecznym” (Klein, *Elementy*, 7).

¹⁸ Patrz np. Kazimierz Ajdukiewicz, *Logika pragmatyczna* (Warszawa: PWN, 1965), 232 i następne. Patrz także Zygmunt Ziemiński, *Logika praktyczna* (Warszawa: PWN, 1994), 95 i następne.

¹⁹ Przemawia też nieco dalsza wypowiedź tego autora brzmiąca następująco: „Pojęcie stosunku zakłada istnienie członów (elementów), które ten stosunek wiąże” (idem, *Uprawnienie*, 4), bo – jak dobrze wiadomo – obiekty połączone danym stosunkiem nazywa się w logice właśnie członami.

przeważająca ilość typów stosunków prawnych”^[20]. Opinię tę podziela wielu badaczy^[21]. Lang głosi wręcz, że dwustronność „jest cechą paradygmatyczną stosunku prawnego”^[22]. Nie wyklucza to jednak stosunków prawnych o większej liczbie członów, co podkreśla Grzybowski, wskazując, że nie można „nie dostrzegać takich również typów stosunków prawnych, których konstrukcja opiera się na modelu stosunku wielostronnego”^[23] i jako przykłady podaje „wielostronne stosunki prawne, np. przy spółce, przekazie lub akredytywie”^[24]. Takie rozstrzygnięcie jest w pełni zgodne z teoriomnogościowym ujęciem relacji dopuszczającym stosunki o większej ilości członów.

Teoria ta dopuszcza również relacje jednoczłonowe zwane cechami. Czy zatem mamy jednoczłonowe stosunki prawne? Od razu zauważmy, że nie chodzi o taki stosunek, w którym ten sam podmiot pozostaje w danej relacji z samym sobą, bo wtedy w gruncie rzeczy mamy do czynienia ze stosunkiem dwuczłonowym^[25]. Chodzi o stosunek mający tylko jeden człón, aczkolwiek członów takich – wzajemnie niepowiązanych – może być bardzo wiele. Uważam, że taki charakter ma to, co Jan Boć określa mianem sytuacji prawnej^[26]. Według tego autora, jeśli „istotą stosunku

²⁰ Grzybowski, *Stosunek*, 186.

²¹ Na przykład Emanuel Iserzon, który pisze następująco: „Stosunek prawny zakłada istnienie dwóch podmiotów interesów – stron, między którymi stosunek przebiega” – Emanuel Iserzon „Uwagi o kryterium stosunku administracyjno-prawnego (Próba rewizji)” *Państwo i Prawo*, z. 11 (1965): 665.

²² Lang, Wróblewski, Zawadzki *Teoria*, 375.

²³ Grzybowski, *Stosunek*, 186.

²⁴ Idem, 182. Trzeba więc za błędną uznać następującą konstatację Keczekiana: „Stosunki prawne są dwustronnym związkiem osób. Ta okoliczność, że stosunek prawny nie może powstać bez odpowiedniej normy prawa, że prawa i obowiązki w stosunkach prawnych chronione są przez państwo, nie daje żadnej podstawy do tego, by mówić o stosunkach prawnych jako o związku trójstronnym” (Keczekian, *Stosunki*, 43). Bywają bowiem wielostronne stosunki prawne, których członami nie są ani normy, ani państwa.

²⁵ Podkreśla to Stefan Grzybowski, wedle którego „konstrukcja stosunku prawnego z samym sobą nadal opiera się na pojęciu różnych stron tego stosunku. Po obu stronach występuje wprawdzie ta sama osoba fizyczna lub prawna, ale raz jest ona podmiotem praw, drugim zaś razem podmiotem odpowiadającym tym prawom obowiązków. Możemy zatem dostrzegać tu dwie różne strony, a nawet, w określonym sensie, różne podmioty po każdej stronie stosunku” (idem s.184). Podobnie wypowiada się Wiesław Lang w: Lang, Wróblewski, Zawadzki, *Teoria*, 376.

²⁶ Rzeczony związek wyraźnie sugeruje wypowiedź owego autora, wedle której potrzeba „szerszego spojrzenia na prawa i obowiązki podmiotów prawnych [...] mogłaby być zaspokojona lepiej, gdybyśmy obok pojęcia stosunku prawnego

administracyjnoprawnego są zależne układy zachowań jednego podmiotu stosunku wobec drugiego podmiotu, to istotą sytuacji prawnej jest przysługujące lub nakazane przez prawo zachowanie się podmiotu w danej sytuacji. Opisywanie treści prawa za pomocą pojęcia sytuacji prawnej zmierza zatem do zastąpienia relacyjnego układu zachowań dwóch podmiotów przez pokazanie stanu praw i obowiązków tylko jednego podmiotu^[27]. Samą zaś sytuację prawną autor ten charakteryzuje następująco: „Przez sytuację prawną rozumieć można każdą sytuację społeczną określonego podmiotu, której elementy składowe zostały ukształtowane prawnie w sposób bezpośredni lub pośredni, ze względu na konkretne zdarzenie faktyczne”^[28]. Jak stosunek prawny uznaje się za stosunek społeczny, tak sytuacja prawna ma być odmianą sytuacji społecznej. Koincydencje idą jeszcze dalej, bo sposób „powstawania sytuacji prawnych i nawiązywania stosunków prawnych jest taki sam”^[29]. Jeszcze inna zbieżność polega na tym, że „wyróżnić można sytuacje prawne potencjalne i sytuacje prawne realne. Podział ten stosujemy również przy okazji badania stosunku administracyjnoprawnego”^[30]. Zatem uzasadniony wydaje się wniosek, że sytuacje prawne to jednoczłonowe stosunki prawne^[31].

Wprawdzie uznanie teorii mnogości za bazę rozważań o stosunkach prawnych wymusza nazywanie obiektów tych relacji członami, ale prawnicy powszechnie mówią w tym przypadku o podmiotach. Według bardzo prostego sformułowania są nimi wyłącznie „«osoby» fizyczne lub prawne”^[32]. Wskazuje się jednak, że „do tego, aby być podmiotem stosunku

wprowadzili [...] pojęcie sytuacji prawnej” – Jan Boć, *Prawo administracyjne* (Wrocław: Kolonia Limited, 2000).

²⁷ Idem, 355.

²⁸ Idem, 353.

²⁹ Idem, 362.

³⁰ Idem, 358.

³¹ Odmiennej wizję prezentuje Zofia Duniewska, pisząc tak oto: „Pojemniejsze od terminu «stosunek prawny» jest pojęcie sytuacji administracyjnoprawnej. Sytuacja ta mieści się w szerszej kategorii określanej mianem «sytuacji prawnej», będącej z kolei (analogicznie jak stosunek prawny) rodzajem sytuacji społecznej” (Duniewska, *Podstawowe pojęcia*, 51). Przy takim ujęciu mielibyśmy sytuacje jedno- i wieloczłonowe, przy czym wyłącznie te drugie byłyby stosunkami prawnymi. Tego typu rozwiązanie wydaje się mniej intuicyjne od tu proponowanego, już choćby dlatego, że wymagałoby całkowitego utożsamienia sytuacji z relacjami.

³² Grzybowski, *System*, 183. Prostotę takiego ujęcia osłabia już nieco następująca wypowiedź Mariana Cieślaka: „Stosunku prawnego nie można też sprowadzać do stosunku między żyjącymi (mamy niekiedy sytuacje, gdy obrońca występuje w obronie skazanego, który nie żyje)” (wypowiedź tego autora w „Dyskusja

administracyjnoprawnego nie jest wymagane wyposażenie podmiotu w osobowość prawa cywilnego. Wystarcza podmiotowość prawa administracyjnego”^[33]. Dalsze komplikacje wypływają z odróżniania przez prawników podmiotów stosunków prawnych od ich stron. Wedle bowiem Grzybowskiego od „podmiotów występujących w stosunkach prawnych należy ostro odróżnić «strony» tych stosunków: «strona stosunku prawnego» nie jest jego elementem, lecz pojęciem wyprowadzonym z analizy pojęcia «stosunku», który zawsze zachodzi pomiędzy dwoma (lub więcej) stronami. W zakresie stosunków prawnych pojęcie «strony» określa wzajemną konstrukcyjną sytuację podmiotów stosunku, z których jeden występuje np. jako sprzedawca, drugi zaś jako kupujący [...] Po każdej stronie stosunku prawnego może występować więcej podmiotów tego stosunku”^[34]. Zatem to nie podmioty, lecz strony stosunku prawnego są jego członami.

Wprawdzie każda strona stosunku prawnego jest jego członem, ale zdaje się, że nie każdy członek takiego stosunku jest jego stroną. Ziemiński spostrzegł bowiem, że często stosunki zachodzące między dwoma stronami „w pełnym rozwinięciu są to stosunki więcej niż dwuczłonowe”^[35]. Bez wątpienia tak właśnie jest, o czym świadczy chociażby analiza stosunku sprzedaży. Aby to unaocznić przyjmijmy, że w środę Andrzej sprzedał swój długopis Michałowi. W czwartek ich role się odwróciły, bo drugi z nich sprzedał tę samą rzecz pierwszemu, a w sobotę Michał odkupił ów długopis od Andrzeja. Trzeba uznać czas sprzedaży za kolejny jej człon, gdyż w przeciwnym przypadku środowa sprzedaż nie dałaby się odróżnić od sobotniej. Oczywiście, ten dodatkowy członek rzeczoności stosunku nie ma statusu jego strony.

Za wprowadzeniem członów stosunku prawnego niebędących jego stronami przemawia jeszcze inny wzgląd. Otóż zdaniem Grzybowskiego „treść praw oraz obowiązków jest stale zacieśniana przez odniesienie ogólnie określonych działań lub zaniechań dla pewnych «punktów odniesienia»: rzeczy, dobra osobistego, utworu, prawa, czynności itp. Bez takiego odniesienia treść prawa lub obowiązku byłaby niezrozumiała, co więcej,

w Komitecie Nauk Prawnych PAN nad referatem prof. Zygmunta Ziemińskiego ‘O metodach analizowania stosunku prawnego’” *Państwo i Prawo*, z. 3 [1967]: 521). Osłabia ją też stwierdzenie, iż „podmiotem stosunku administracyjnoprawnego może być tylko organ państwowy, nie zaś jego pracownik” (Starościak, *Stosunek*, 19).

³³ Starościak, *Stosunek*, 18.

³⁴ Grzybowski, *System*, 183.

³⁵ Ziemiński, *Uprawnienie*, 5.

nie byłaby zindywidualizowana w stosunkach społecznych, a poszczególnych praw podmiotowych tego samego typu nie dałoby się od siebie odróżnić. Ten właśnie «punkt odniesienia» nazywa się umownie «przedmiotem prawa»^[36]. Rzeczywiście, poszczególne stosunki sprzedaży najlepiej opisują takie oto zdania: „Jan Kwiatkowski w dniu 15 listopada 2023r. sprzedał Annie Nowakowej samochód osobowy o numerze rejestracyjnym ABC 123”, „Ewa w dniu 4 kwietnia 2020r. sprzedała Adamowi nieruchomość położoną w Obracimiu przy ulicy Pokrętej 7”, „Andrzej w środę sprzedał Michałowi długopis taki a taki”. Wszystkie one podpadają pod schemat „ x w t sprzedał y z ” zbudowany z czteroargumentowego predykatu oraz dołączonych doń zmiennych. Predykat ten denotuje czterocłonową relację zachodzącą między dwoma osobami, odcinkiem czasu i rzeczą. Oczywiście, nie ma konieczności traktowania owej rzeczy za jedną ze stron stosunku sprzedaży, ale uznanie jej za jeden z członów tej relacji wydaje się nieodzowne^[37]. Nie znaczy to jednak, aby w ten sposób honorować każdą proponowaną przez dogmatyków prawa rozbudowę stosunku prawnego^[38], aczkolwiek sama możliwość dodania do jego stron jeszcze innych członów daje szansę na respektowanie czasami wzajem niezgodnych intuicji prawniczych.

O ile wolno się spierać o bazę stosunków prawnych, rozważając, czy są nią stosunki społeczne, czy stosunki w ujęciu teoriomnogościowym, o ilość stron stosunków prawnych, uwzględniając tylko stosunki co najmniej dwustronne lub akceptując także jednostronne stosunki-cechy, o dopuszczalność rozróżnienia między stronami a członami stosunków prawnych, uznając za te ostatnie również tzw. przedmioty stosunków, o tyle nie da się kwestionować związku stosunków prawnych z normami

³⁶ Grzybowski, *System*, 189. W. Lang formułuje to krócej, pisząc następująco: „Wyróżnienie w doktrynie prawa cywilnego rzeczy oraz innych dóbr jako odrębnej kategorii stosunków prawnych jest [...] racjonalnie uzasadnione” (Lang, Wróblewski, Zawadzki, *Teoria*, 380).

³⁷ Dodatkowo przemawia za tym możliwość sformułowania za pomocą wspomnianego schematu i operatora abstrakcji takiej oto definicji: sprzedaż = $(x)(f)(y)(z)(x \text{ w } t \text{ sprzedał } y \text{ } z)$. Patrz w tej kwestii Wojciech Patryas, *Definiowanie pojęć prawnych* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 1997), 70.

³⁸ Na przykład, Alfred Klein postulował wyodrębnienie aż 16 rodzajów elementów stosunku własności (patrz idem *Elementy* s.75-76), co słusznie skrytykował Tomasz Dybowski wskazując, że gdy tamten autor „pisze o podmiotach stosunku prawnego, przedmiocie tego stosunku, przedmiocie przedmiotu stosunku prawnego [...] itd., to w gruncie rzeczy chodzi nie o pewne składniki stosunków społecznych, lecz o elementy znaczeniowe pewnego wzorca postępowania” (Dybowski, *Rzecz*, 69).

prawnymi. Prawnicy wprawdzie starannie odróżniają jedno od drugich^[39], ale powszechnie przyjmują, że każdy stosunek prawny opiera się na jakiejś normie prawnej. Tak mianowicie proponuje analizować owe stosunki Ziemiński, który dochodzi do następującej konkluzji: „Jeżeli stosunek społeczny tetyczny opiera się na obowiązywaniu normy prawnej, to tego rodzaju stosunek nazywany bywa stosunkiem prawnym”^[40]. Wspierają go w tym wypowiedzi innych badaczy. Według Franciszka Longchampsa podstawą „prawnej relacji administracyjno-prawnej jest zawsze norma prawna”^[41], zaś w opinii Emanuela Iserzona źródłem „stosunku prawnego między konkretnymi stronami nie jest wola stron, lecz obiektywna norma prawna [...], która wiąże z powstaniem pewnych faktów [...] istnienie pewnego węzła wzajemnych uprawnień i obowiązków między stronami”^[42]. Z kolei wedle Grzybowskiego konkretny „stosunek prawny powstaje wskutek zastosowania dyspozycji normy prawnej do konkretnej, zindywidualizowanej i realnie istniejącej sytuacji społecznej, odpowiadającej sformułowaniom zawartym w hipotezie normy prawnej”^[43]. Słowem każdy stosunek prawny opiera się na normie prawnej. Tego ustalenia nie da się skorygować, ponieważ zakwestionowanie go stanowiłoby naruszenie intuicji powszechnie żywionych przez prawników.

Powstaje zatem pytanie, czy niekiedy jeden stosunek prawny opiera się jednocześnie na kilku normach prawnych. Ewentualność taką dopuszcza Józef Filipek, zdaniem którego „jak jedna i ta sama norma prawna może być podstawą różnych stosunków prawnych, tak – na odwrót – konkretny stosunek prawny może być oparty na różnych normach prawnych”^[44]. Nie tak jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie udziela Ziemiński, podnoszący, że „często jedną kolektywną nazwą określa się zespół kilku prostszych stosunków podobnego rodzaju, a także określa się jedną nazwą i traktuje jako jeden stosunek – zespół stosunków różnego rodzaju, funkcjonalnie

³⁹ Na przykład, zdaniem J. Filipka „stosunki prawne występują po normach prawnych nie tylko jako odrębne stadium w procesie konkretyzacji prawa, niosą one ze sobą także odrębną płaszczyznę lub punkt widzenia na instytucje prawne” (Filipek, *Stosunek*, 90).

⁴⁰ Ziemiński, *O metodzie*, 196.

⁴¹ Longchamps, *O pojęciu*, 13.

⁴² Iserzon, *Uwagi*, 665. Podobnie wypowiada się Jan Boć stwierdzający, iż charakter „normy prawnej, która stanowić ma źródło powstania stosunku prawnego, daje podstawę zasadniczemu podziałowi na: a) stosunki materialnoprawne; b) stosunki procesowe” (Boć, *Prawo*, 356).

⁴³ Grzybowski, *System*, 178.

⁴⁴ Filipek, *Stosunek*, 93.

powiązanych w pewną instytucjonalną całość [...] Stosunkiem dzierżawy nazywa się więc cały zespół stosunków, i to dwustronnie skierowanych, ze względu na które raz dzierżawca, a kiedy indziej wydzierżawiający jest zobowiązany do świadczenia, i odwrotnie jest jego recypientem. Stosunek dzierżawy opiera się więc na całym zespole norm prawa cywilnego”^[45]. Jak się przeto zdaje i ten autor uwzględnia stosunek prawny oparty jednocześnie na kilku normach, ale uznaje go za całość złożoną z prostszych stosunków.

3 | Relacja prawna

Gdyby z przepisów prawnych dało się rekonstruować wyłącznie normy, to moje uwagi o związkach opartych na prawie ograniczałyby się wyłącznie do tego, co napisałem wyżej. Jednakże w ostatnio opublikowanej przeze mnie pracy^[46] staram się uzasadnić tezę, że prawodawca jest nie tylko normodawcą, ale również kreatorem tworzącym rozmaite obiekty. Stąd też z przepisów składających się na stanowione przezeń akty odtwarzalne są także zdania obiekty te konstytuujące. Owe zdania są skomplikowanymi koniunkcjami wyposażonymi w obligatoryjne i fakultatywne czynniki. Właśnie te ostatnie stanowią często podstawę istotnych związków prawnych.

Zwróćmy tedy uwagę na ustawę z dnia 24 lipca 1998r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa. Na mocy jej art. 2 ustęp 1 „Z dniem 1 stycznia 1999r. tworzy się województwa: 1) dolnośląskie, 2) kujawsko-pomorskie, ... 15) wielkopolskie, 16) zachodniopomorskie”. Zgodnie z ustępem 2 tego artykułu „Wykaz gmin, wchodzących w dniu 1 stycznia 1999r. w skład województw, określa załącznik do ustawy”. Wedle owego załącznika w skład województwa wielkopolskiego wchodziły wtedy gminy: 1) Babiak, 2) Baranów, ... 90) Książ Wielkopolski, ... 225) Żelazków, 226) Żerków. Zatem od tego dnia gmina Książ Wielkopolski wchodzi w skład województwa wielkopolskiego. Mamy więc prawnie doniosły związek wchodzenia w skład łączący wskazaną gminę z rzeczonym

⁴⁵ Ziemiński, O metodzie, 205-206.

⁴⁶ Patrz Wojciech Patryas, *Kreacyjna funkcja prawodawcy* (Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, 2023).

województwem. Związku tego nie można jednak nazwać stosunkiem prawnym, bo nie opiera się on na żadnej normie. Jego podstawę stanowi jeden z czynników zdania konstytuującego województwo wielkopolskie, odtwarzalny z art. 2. ust. 2 powoływanej wyżej ustawy i stosownego fragmentu jej załącznika. Z tego powodu proponuję ów związek nazwać relacją prawną. Gmina Książ Wielkopolski jest więc w relacji prawnej wchodzenia w skład województwa wielkopolskiego. Taka sama relacja prawna zachodzi też między gminą Babiak a województwem wielkopolski, gminą Baranów a tym województwem itd.

Rodzi się zatem pytanie, na czym polega owo wchodzenie w skład. Aby na nie odpowiedzieć spójrzmy na ustawę z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym. Jej art. 1 głosi, co następuje: „1. Mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową. 2. Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o gminie, należy przez to rozumieć wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium”. Gdy ograniczymy się do jakiegoś dnia, to wspólnotę samorządową wolno uznać za zbiór w sensie dystrybutywnym mieszkańców gminy, a jej terytorium – za zbiór w sensie kolektywnym. Analogiczne przepisy zawiera ustawa z dnia 5 czerwca 1998r. o samorządzie województwa. Według jej art. 1 „1. Mieszkańcy województwa tworzą z mocy prawa regionalną wspólnotę samorządową. 2. Ilekroć w ustawie jest mowa o województwie lub samorządzie województwa, należy przez to rozumieć regionalną wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium”. Zatem i w tym przypadku, ograniczając się do wybranego dnia, regionalną wspólnotę samorządową trzeba potraktować jako zbiór w sensie dystrybutywnym, zaś jej terytorium – jako zbiór w sensie kolektywnym. Jak się więc zdaje, to, że – powiedzmy – 1 stycznia 1999 r. gmina Książ Wielkopolski wchodziła w skład województwa wielkopolskiego, sprowadza się do dwóch zależności: 1) zbiór ówczesnych mieszkańców tej gminy zawierał się dystrybutywnie w zbiorze regionalnej wspólnoty samorządowej wspomnianego województwa, 2) ówczesne terytorium rzeczony gminy stanowiło kolektywną część terytorium owego województwa. Podobne zależności zachodziły i zachodzą we wszystkich kolejnych dniach.

Przykładu innej relacji prawnej dostarcza Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 7 sierpnia 1998r. w sprawie utworzenia powiatów. Zgodnie z jego § 1 „Tworzy się powiaty oraz określa się ich nazwy, siedziby władz i gminy wchodzące w ich skład, wymienione w załączniku do rozporządzenia”. Wedle tego załącznika tworzy się między innymi „Powiat śremski z siedzibą władz w Śremie obejmujący: gminy: Brodnica, Dolsk, Książ Wielkopolski, Śrem”. Mamy zatem prawną relację obejmowania

zachodzącą między powiatem śremskim a gminą Książ Wielkopolski. I w tym przypadku nie można mówić o stosunku prawnym, gdyż podstawą wspomnianego związku nie jest jakakolwiek norma, lecz odtwarzalny z przytoczonego fragmentu załącznika do wspomnianego rozporządzenia czynnik zdania konstytuującego powiat śremski. Cytowany fragment przesądza też o zachodzeniu prawnej relacji obejmowania przez powiat śremski gminy Brodnica, obejmowania przez ten powiat gminy Dolsk itd. Ponieważ na mocy art. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998r. o samorządzie powiatowym „1. Mieszkańcy powiatu tworzą z mocy prawa lokalną wspólnotę samorządową. 2. Ilekroć w ustawie jest mowa o powiecie, należy przez to rozumieć lokalną wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium”, dlatego prawna relacja obejmowania – powiedzmy 1 stycznia 1999r. – sprowadza się do tego, że: 1) lokalna wspólnota samorządowa powiatu śremskiego okazuje się nadzbiorem w sensie dystrybutywnym wspólnoty samorządowej gminy Książ Wielkopolski, 2) terytorium owego powiatu okazuje się nadzbiorem w sensie kolektywnym terytorium wspomnianej gminy.

Jeszcze inną relację prawną wprowadzało dawno już uchylone rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 września 1998r. w sprawie utworzenia okręgów wojskowych oraz określenia ich siedzib i terytorialnego zasięgu działania. Jego interesujący nas fragment brzmiał tak oto: „§ 1. Tworzy się, na potrzeby administracji wojskowej, następujące okręgi wojskowe jako jednostki terytorialnego podziału specjalnego: 1) Pomorski Okręg Wojskowy, 2) Śląski Okręg Wojskowy. [...] § 2. Pomorski Okręg Wojskowy obejmuje obszar województw: zachodniopomorskiego, pomorskiego, warmińsko-mazurskiego, podlaskiego, wielkopolskiego, kujawsko-pomorskiego i mazowieckiego”. Cytowane przepisy uzasadniają twierdzenie, że powstała wtedy prawna relacja obejmowania między Pomorskim Okręgiem Wojskowym a obszarem województwa zachodniopomorskiego^[47]. Również ona nie może być uznana za stosunek prawny, gdyż nie opiera się na jakiegokolwiek normie, lecz na czynniku stanowiącym fragment zdania konstytuującego wspomniany obiekt. Relacja ta zasługuje na odnotowanie z dwóch powodów. Po pierwsze, o ile członami poprzednio omówionych relacji były wyłącznie obiekty kreowane przez prawodawcę (takie jak gminy, województwa czy powiaty), o tyle w niniejszym przypadku jednym z członów jest obszar województwa zachodniopomorskiego, czyli pewna właściwość takiego obiektu, a nie on sam. Po drugie, interesująca nas obecnie relacja

⁴⁷ A także między tym okręgiem a obszarem województwa pomorskiego, między tym okręgiem a obszarem województwa warmińsko-mazurskiego itd.

obejmowania zdaje się sprowadzać tylko do tego, że Pomorski Okręg Wojskowy stanowił po prostu kolektywny nadzbiór obszaru wspomnianego województwa. Za takim ustaleniem przemawia początkowy fragment cytowanego wyżej § 1 owego rozporządzenia.

Werbalnie podobną do pierwszej z wyżej omówionych relacji prawnych wprowadza Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie z jej art. 96 „1. Tworzy się Narodowy Fundusz Zdrowia będący państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną. 2. W skład Funduszu wchodzi: 1) centrala Funduszu, 2) oddziały wojewódzkie Funduszu”. Według wydanego na podstawie tej ustawy statutu Narodowego Funduszu Zdrowia^[48] „§ 5. Tworzy się następujące oddziały wojewódzkie Funduszu: 1) Dolnośląski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą we Wrocławiu [...]”. Z przepisów tych daje się zrekonstruować następujący fragment zdania konstytuującego ów obiekt „Dolnośląski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia wchodzi w skład Narodowego Funduszu Zdrowia”. Czynniki ten przesądza o prawnej relacji wchodzenia w skład między wspomnianym oddziałem a rzeczonym Funduszem. Związku tego nie należy jednak utożsamiać z relacją wchodzenia w skład zachodzącą między gminami a województwami. Tamtą zależność można było przynajmniej częściowo objaśniać, odwołując się do konstrukcji teorii mnogościowych. Tu analogiczna sugestia wydaje się nieuprawniona. W każdym razie błędem byłoby potraktowanie Narodowego Funduszu Zdrowia jako zbioru w sensie dystrybutywnym, którego elementami są centrala i wojewódzkie oddziały, bo zmuszałoby to do uznania takiej klasy za państwową jednostkę organizacyjną posiadającą osobowość prawną.

Dotąd prezentowałem wyłącznie dwuczłonowe relacje. Być może starsza ich analiza ujawniłaby konieczność uwzględnienia dodatkowych członów. W naszym systemie prawnym znajdujemy jednak przykład relacji naprawdę wieloczłonowej, a dostarcza go Ustawa z dnia 21 lutego 2019r. o Sieci Badawczej Łukasiewicz. Zgodnie z jej art. 1 „1. Sieć Badawczą Łukasiewicz, zwaną dalej «Siecią», tworzą: 1) Centrum Łukasiewicz; 2) instytuty działające w ramach Sieci, zwane dalej «instytutami Sieci»”. Zaś wedle jej art. 98 „1. Tworzy się Centrum Łukasiewicz. 2. Instytuty badawcze: 1) COBRO – Instytut Badawczy Opakowań w Warszawie, [...] 37)

⁴⁸ Jak wiadomo, statut ten stanowi załącznik do Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 11 grudnia 2014r. w sprawie nadania statutu Narodowemu Funduszowi Zdrowia.

Przemysłowy Instytut Motoryzacji w Warszawie – z dniem wejścia w życie ustawy stają się instytutami Sieci”. Wstępnie zauważmy, że tworzenie, o którym mowa w art. 1 cytowanego aktu różni się znaczeniowo od tworzenia z jego art. 98. W drugim przypadku chodzi o kreowanie przez prawodawcę wskazanego obiektu. Natomiast w pierwszym przypadku tworzenie sprowadza się do partycypowania we wspomnianej Sieci. Jednakże nie można uznać Sieci po prostu za zbiór (Centrum Łukasiewicz, COBRO, [...] Przemysłowy Instytut Motoryzacji w Warszawie), bo nie uwidacznia on związków między jego elementami. Nie jest to też zbiór par uporządkowanych (<Centrum Łukasiewicz, COBRO>, [...] <Centrum Łukasiewicz, Przemysłowy Instytut Motoryzacji w Warszawie>), gdyż pomija oddziaływania między instytutami. Trudno byłoby też utożsamiać Sieć ze zbiorem (<Centrum Łukasiewicz, COBRO>, [...] <Centrum Łukasiewicz, Przemysłowy Instytut Motoryzacji w Warszawie>, [...] <COBRO, Przemysłowy Instytut Motoryzacji w Warszawie>, [...]), albowiem separuje on połączenia między składowymi całościami. Skoro ma to być właśnie Sieć, to wydaje się ona – jeśli wolno tak powiedzieć – 38-ką uporządkowaną^[49] postaci Centrum Łukasiewicz, <COBRO, [...] Przemysłowy Instytut Motoryzacji w Warszawie>^[50]. Przy takim ujęciu Sieć Badawcza Łukasiewicz okazuje się 38-członową relacją prawną, jako że jej podstawę stanowią zdania konstytuujące poszczególne obiekty wchodzące w skład tego konstruktów.

Zatem mamy wielocłonowe relacje prawne. A czy mamy także relacje jednocłonowe, które wolno by nazwać prawnymi cechami? Uważam, że tak, czego przykładem może być posiadanie osobowości prawnej. Na mocy art. 1 ustęp 2 Ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o Polskim Instytucie Spraw Międzynarodowych obiekt ten „ma osobowość prawną”, czyli znamionuje go owa właściwość. Na podstawie art. 2 ustęp 2 Ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym cecha ta przysługuje także każdej gminie, zaś na podstawie art. 8 ustęp 1 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce przysługuje ona również każdej uczelni. Oczywiście, część obiektów wykreowanych przez prawodawcę nie posiada tego znamienia, chociaż mają go rozmaite byty utworzone przez podmioty prawodawcą nie będące. Gdy jednak ograniczymy się do jednostek powstałych w wyniku

⁴⁹ W dniu wejścia w życie rozważanej ustawy, ponieważ następnie pewne instytuty znoszono, a inne z już istniejących lub nowe włączano do Sieci.

⁵⁰ Ewentualnie zbiorem posiadającym ten konstrukt jako swój jedyny element. Patrz w tej kwestii Ludwik Borkowski, *Logika formalna* (Warszawa: PWN, 1970), 173.

działalności prawodawcy, to te posiadające osobowość prawną składają się na zbiór, do którego należą – między innymi – Państwowy Instytut Spraw Międzynarodowych, wszystkie gminy i wszystkie uczelnie. Każdy z elementów owego zbioru zawdzięcza tam swoją obecność odpowiedniemu fragmentowi konstytuującego go zdania. Zbiór ten możemy więc utożsamiać z jednoczęłkową relacją, czyli cechą prawną.

Czasem trudno jest ustalić, czy chodzi o dwuczłonową relację prawną, czy o prawną cechę. Weźmy pod uwagę Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 28 grudnia 2022 r. w sprawie specjalnego obszaru ochrony siedlisk Wiślicka (PLH120084). Zgodnie z jego § 1 ustęp 1 „Wyznacza się specjalny obszar ochrony siedlisk Wiślicka (PLH120084), obejmujący obszar 69,81 ha, położony w województwie małopolskim”. Zauważmy, że w cytowanym akcie prawodawczym nie utworzono rzeczowego fragmentu powierzchni, bo istniał on tam od dawna, lecz jedynie wyznaczono go jako specjalny obszar^[51]. Nie można by więc mówić o dwuczłonowej relacji prawnej między województwem małopolskim a owym obszarem jako wiążącej obiekty utworzone przez prawodawcę, bo drugi z nich nie jest takim bytem. Chodzi zatem o cechę prawną polegającą na zawieraniu specjalnego obszaru ochrony siedlisk. Odpada jednak pomysł przypisania tej właściwości wspomnianemu terenowi, gdyż nie utworzył go prawodawca, a więc z przepisów prawnych nie daje się odtworzyć zdanie konstytuujące ów obiekt. Mamy do czynienia raczej z prawną cechą województwa małopolskiego, sprowadzającą się do zawierania specjalnego obszaru ochrony siedlisk Wiślicka. Podobnie zanalizować trzeba Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 26 września 2000 r. w sprawie uznania za pomnik historii. Według jego § 1 „Uznaje się za pomnik historii «Bochnię – kopalnię soli», położoną pod miastem Bochnia w województwie małopolskim”. Nie należy się tu dopatrywać dwuczłonowej relacji między utworzonym przez prawodawcę województwem małopolskim a nieutworzoną przezeń, lecz przez przyrodę i ludzi, kopalnią soli – Bochnia. Winno się raczej uznać, że wspomnianą jednostkę podziału terytorialnego naszego państwa znamionuje cecha zawierania Bochni będącej kopalnią soli.

Nieomal wszystkie z omówionych dotąd relacji prawnych bazują zawsze na jednym tylko zdaniu konstytuującym stosowny obiekt. Znajdujemy jednak przykłady takich relacji, które wymagają uwzględnienia przynajmniej dwóch tego rodzaju zdań. Należą do nich na przykład związki łączące województwa z powiatami. O ile się nie mylę w żadnym

⁵¹ Patrz o tym dokładniej Patryas, *Kreacyjna*, rozdział I.

z naszych aktów prawodawczych nie występuje przepis stwierdzający, że – powiedzmy – województwo wielkopolskie obejmuje powiat śremski^[52]. Aby dojść do takiego stwierdzenia, przypomnę ustalone wcześniej zależności. Gdy skoncentrujemy się wyłącznie na dniu 1 stycznia 1999 r., to z tej racji, iż powiat śremski obejmował wtedy jedynie gminę Brodnica, gminę Dolsk, gminę Książ Wielkopolski i gminę Śrem (co przesądzało zdanie konstytuujące ów powiat), jego terytorium było tożsame z mereologiczną sumą ich terytoriów, a zbiór jego mieszkańców – z dystrybutywną sumą zbiorów mieszkańców tamtych jednostek. Ponieważ owego dnia w skład województwa wielkopolskiego wchodziły między innymi wspomniane cztery gminy (co przesądzało zdanie konstytuujące rzeczne województwo), dlatego mereologiczna suma ich terytoriów była częścią jego terytorium, a dystrybutywna suma zbiorów ich mieszkańców zawierała się w zbiorze mieszkających w nim ludzi. Jeśli tak, to terytorium powiatu śremskiego stanowiło wtedy część terytorium województwa poznańskiego, zaś zbiór mieszkańców owego powiatu zawierał się w zbiorze mieszkańców rozważanego województwa. Przeto w tamtym dniu druga z tych jednostek obejmowała pierwszą. Skoro jednak przeprowadzone wyżej rozumowanie można powtórzyć odnośnie do każdego następnego dnia, do dzisiejszego włącznie, przeto nasuwa się wniosek, że województwo wielkopolskie obejmuje powiat śremski.

4 | Zakończenie

W całym niniejszym artykule staram się wykazać, iż obok stosunków prawnych mamy też relacje prawne. O ile pierwsze z nich bazują na normach prawnych, o tyle podstawę drugich stanowią zdania konstytuujące obiekty. Mimo tej zasadniczej różnicy prawne relacje wykazują rozmaite podobieństwa do stosunków prawnych. Fundamentem badawczym dla jednych i drugich jest szeroko rozumiana teoria mnogości. I w jednych i w drugich

⁵² Wprawdzie już załącznik do rozporządzenia tworzącego powiaty przydziela je do poszczególnych województw, ale wydaje się to być wnioskiem wyciągniętym przez prawodawcę z podanych przezeń charakterystyk wszystkich tych jednostek podziału terytorialnego, wnioskiem, którego wyprowadzenie staram się tu prześledzić dokładnie.

dominują związki dwuczłonowe, ale znajdujemy zarówno stosunki prawne, jak i relacje prawne mające więcej członów. Jeśli sytuacje prawne uznamy za stosunki, to będą one cechami prawnymi, podobnie jak jednoczłonowe relacje prawne.

Nie jest przy tym wykluczone, że między tymi samymi obiektami zachodzi jednocześnie relacja i stosunek prawny. Gdyby gmina Książ Wielkopolski sprzedała powiatowi śremskiemu kserokopiarkę, to między owymi podmiotami zachodziłaby nie tylko relacja prawna wyznaczona przez zdanie konstytuujące drugi z tych obiektów, ale również stosunek prawny oparty na normach leżących u podstaw wspomnianej umowy. W tym przypadku byłaby to jednak współzależność w tym sensie przypadkowa, że rzeczona relacja nie pociągałaby – sama przez się – tego stosunku. Jeśliby bowiem gmina Książ Wielkopolski sprzedała ów przedmiot – powiedzmy – gminie Choszczno, z którą nie wiąże jej żadna relacja prawna, to między tymi jednostkami podziału administracyjnego zachodziłby wyłącznie stosunek prawny. Jednakże niekiedy stosunek taki między podmiotami wymusza sama łącząca je relacja prawna. Podam jeden przykład. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 26 czerwca 2017r. w sprawie utworzenia w województwie śląskim związku metropolitalnego pod nazwą „Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia”: „§ 1. W województwie śląskim tworzy się związek metropolitalny pod nazwą «Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia». [...] § 3. Obszar i granice związku [...] obejmują [...] gminy: Bobrowniki, [...]”. Przeto między tym związkiem a ową gminą zachodzi relacja prawna. Jednakże na mocy art. 51 Ustawy z dnia 9 marca 2017r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim: „Źródłami dochodów związku metropolitalnego są [...] 2) składki od gmin wchodzących w skład związku metropolitalnego”. Z cytowanego przepisu (i wielu jeszcze dodatkowych) daje się zrekonstruować norma nakazująca wspomnianej gminie płacić owemu związkowi odpowiednie składki, co rodzi stosunek prawny między rzeczonymi podmiotami. W tym przypadku relacja prawna przesądza o stosunku prawnym. Z tego względu relacja jest tu pierwotna, a stosunek – wtórny.

Bibliografia

- Ajdukiewicz Kazimierz, *Logika pragmatyczna*, Warszawa: PWN, 1965.
- Bator Andrzej, Włodzimierz Gromski, Artur Kozak, Stanisław Kaźmierczyk, Zbigniew Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*. Warszawa: Lexis Nexis, 2006.
- Boć Jan, *Prawo administracyjne*. Wrocław: Kolonia Limited, 2000.
- Borkowski Ludwik, *Logika formalna*, Warszawa: PWN, 1970.
- Boroszowski Paweł, *Elementy stosunku prawnego zobowiązania podatkowego*. Kraków: „Zakamycze”, 2004.
- Duniewska Zofia, „Podstawowe pojęcia prawa administracyjnego”, [w:] Zofia Duniewska, Barbara Jaworska-Dębska, Ryszarda Michalska-Badziak, Ewa Olejniczak-Szałowska, Małgorzata Stahl, *Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*. 47-78. Warszawa: Wolters Kluwer, 2000.
- Dybowski Tomasz, „Rzecz o stosunku prawnym prawa rzeczowego” *Państwo i Prawo*, z. 5 (1978): 68-82.
- „Dyskusja w Komitecie Nauk Prawnych PAN nad referatem prof. Zygmunta Ziembińskiego ‘O metodach analizowania stosunku prawnego’” *Państwo i Prawo*, z. 3 (1967): 520-524.
- Ehrlich Stanisław, „Przyczynek do problematyki normy i stosunku prawnego (na marginesie opublikowanej pośmiertnie pracy Jerzego Landego ‘Nauka o normie prawnej’)” *Państwo i Prawo*, z. 8-9 (1956): 386-395.
- Filipek Józef, *Stosunek administracyjnoprawny*. Kraków: PWN, 1968.
- Grzybowski Stefan, „Stosunek cywilnoprawny”, [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, red. Stefan Grzybowski. 177- 214. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1985.
- Guść Janusz, „O właściwości (naturze) stosunku prawnego” *Państwo i Prawo*, z. 4 (1997): 16-25.
- Iserzon Emanuel, „Uwagi o kryterium stosunku administracyjno-prawnego (Próba rewizji)” *Państwo i Prawo*, z. 11 (1965): 663-670.
- Keczekian Stepan, *Stosunki prawne w społeczeństwie socjalistycznym*. Warszawa: PWN, 1960.
- Klein Alfred, *Elementy stosunku prawnego prawa rzeczowego*. Wrocław: Księgarnia Akademicka, 1976.
- Kowalski Jerzy, „Z zagadnień teorii stosunku prawnego” *Państwo i Prawo*, z. 6 (1971): 933-939.
- Lang Wiesław, Jerzy Wroblewski, Sylwester Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa: PWN, 1986.

- Longchamps Franciszek, „O pojęciu stosunku administracyjno-prawnego w gospodarce państwowej” *Państwo i Prawo*, z. 1 (1958): 10-20.
- Patryas Wojciech, *Definiowanie pojęć prawnych*, Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 1997.
- Patryas Wojciech, *Kreacyjna funkcja prawodawcy*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, 2023.
- Starościak Jerzy, „Stosunek administracyjnoprawny”, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. III, red. Teresa Rabska, Janusz Łętowski. 5-38. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1978.
- Ziembiński Zygmunt, *Logika praktyczna*. Warszawa: PWN, 1994.
- Ziembiński Zygmunt, „O metodzie analizowania «stosunku prawnego»” *Państwo i Prawo*, z. 2 (1967): 193-207.
- Ziembiński Zygmunt, *Uprawnienie a obowiązek. Przyczynek do analizy stosunku prawnego*. Poznań: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, 1962.
- Ziembiński Zygmunt, Sławomira Wronkowska, *Zarys teorii prawa*, Poznań: „Ars Boni et Aequi”, 2001.



Wątpliwości na tle usytuowania stosunków rodzinnoprawnych w strukturze grup podatkowych w podatku od spadków i darowizn

Doubts About the Placement of Family Legal Relationships in the Tax Groups Structure of Inheritance and Gift Tax

Abstract

The legislator differentiates the assessment of inheritance and gift tax depending on the existence or non-existence of a personal relationship between the acquirer of the property or property right and the person from whom or after whom the acquisition takes place. In this regard, the legislator gives priority to the acquirer who has a legal, family relationship with that person: marriage, kinship, affinity and adoption, placing that acquirer in the first (most privileged) or second tax group. In the context of membership of the above groups, controversies often arise, both in the literature and in practice. These controversies mainly concern spouses who have been legally separated and persons in an adoptive relationship. There are also doubts about the accuracy of the composition of the individual tax groups.

SŁOWA KLUCZOWE: podatek od spadków i darowizn, grupy podatkowe, stosunki rodzinnoprawne, małżeństwo, pokrewieństwo, powinowactwo, przysposobienie

KEYWORDS: inheritance and gift tax, tax groups, legal family relations, marriage, kinship, affinity, adoption

MIECZYŚŁAW GOETTEL – profesor nauk prawnych, Akademia Policji w Szczytnie, ORCID – 0000-0001-7917-1352, e-mail: miegoe@wp.pl

ALEKSY GOETTEL – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Akademii Ekonomiczno-Humanistycznej w Warszawie, ORCID – 0000-0003-2147-6174, e-mail: aleksyg@wp.pl

1 | Uwagi wprowadzające

Choć wskazane w tytule opracowania konstrukcje, zwane grupami podatkowymi, są obecne w systemie polskiego prawa podatkowego już od dłuższego czasu^[1], nie da się z pełnym przekonaniem skonstatować, że dotyczące ich regulacje prawne nie budzą poważniejszych kontrowersji i nie wymagają specjalnych zabiegów interpretacyjnych oraz zgłoszenia postulatów zmierzających do ich udoskonalenia.

Celem niniejszych rozważań jest wyjaśnienie, jakie stosunki rodzinoprawne zostały usytuowane w strukturze grup podatkowych, a także ocena prawidłowości obowiązujących w tym zakresie unormowań. Już wstępna ich analiza pozwala na sformułowanie tezy, że istniejący stan prawny nie jest wolny od pewnych niedoskonałości, co rodzi różnej natury dylematy. Z jednej strony mają one doniosłość praktyczną, dotyczą bowiem niejasności na tle przynależności określonych osób do konkretnej grupy, co przekłada się na wymiar ciążącego na nich obowiązku podatkowego, z drugiej zaś strony zmuszają do podniesienia wątpliwości co do adekwatności przyjętych przez ustawodawcę rozwiązań do istniejących w naszej rzeczywistości więzi międzyludzkich. Autorzy podejmą w związku z tym próbę wykazania, jakie mankamenty dadzą się wyeliminować w drodze racjonalnej wykładni, jakie zaś będą wymagały interwencji ustawodawcy.

U podstawy wyodrębnienia – na gruncie objętych niniejszą analizą przepisów^[2] – poszczególnych grup podatkowych^[3] tkwi, jak wiadomo, założenie aksjologiczne dające wyraz przekonaniu, że przesunięcia majątkowe

¹ Przewidywały je: ustawa z 19 grudnia 1975 r. o podatku od spadków i darowizn, Dz. U. z 1975 r., nr 45, poz. 228 oraz (posługując się pojęciem „klas podatkowych”) dekret z 3 lutego 1947 r. o podatku od nabycia praw majątkowych, tekst jedn.: Dz. U. z 1951, nr 9, poz. 74. Zróżnicowanie stóp procentowych podatku, w zależności od rodzaju stosunku rodzinnoprawnego, zawierała już w okresie porozbiorowym (w części zawierającej przepisy unifikujące ustawodawstwo dzielnicowe) ustawa z 29 maja 1920 r. w przedmiocie zmiany przepisów o opodatkowaniu spadków i darowizn, Dz. U. z 1920 r., nr 49, poz. 299 (wraz z załącznikiem do art. 3).

² Ustawa z 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn, tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 1837, dalej: u.p.s.d.

³ Genezę oraz *ratio legis* wyodrębnienia grup podatkowych na gruncie obowiązującego stanu prawnego przybliżają zwłaszcza Jan Głuchowski, Paweł Smoleń, „Klasyfikacja podatników na gruncie ustawy o podatku od spadków i darowizn” *Gdańskie Studia Prawnicze*, nr 1 (2007): 301-324. Zob. też Paweł Mańczyk, „Tax groups in gift and inheritance tax” *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*, nr 1 (2020): 277-286. <https://doi.org/10.32084/tekapr.2020.13.1-21>.

zachodzące pomiędzy uczestnikami obrotu cywilnoprawnego, którzy pozostają w stosunkach bliskości, zasługują na preferencyjne traktowanie. Ustawodawca, posługując się ogólnym pojęciem „stosunku osobistego” (art. 14 ust. 2 u.p.s.d.), nie rozstrzyga, którym z relacji międzyludzkich nadać miano stosunków bliskości. Ogranicza się do skonstruowania trzech grup podatkowych, z których każda obejmuje ściśle określony krąg podmiotów (nabywców rzeczy lub praw majątkowych) według określonego w art. 14 ust. 3 u.p.s.d. schematu:

- a. do grupy I zalicza się: małżonka, zstępnych, wstępnych, pasierba, zięcia, synową, rodzeństwo, ojczyma, macochę i teściów;
- b. grupa II obejmuje: zstępnych rodzeństwa, rodzeństwo rodziców, zstępnych i małżonków pasierbów, małżonków rodzeństwa i rodzeństwo małżonków, małżonków rodzeństwa małżonków, małżonków innych zstępnych;
- c. w skład grupy III wchodzi inni nabywcy^[4].

Dodać trzeba, że grupa I została rozbudowana poprzez uwzględnienie w jej składzie także innych kategorii osób, mianowicie:

- za rodziców uważa się również przysposabiających, a za zstępnych także przysposobionych i ich zstępnych (art. 14 ust. 4 u.p.s.d.);
- za zstępnych uważa się również osoby, które przebywają lub przebywały w rodzinie zastępczej, w rodzinnym domu dziecka, w placówce opiekuńczo-wychowawczej lub w regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej, o których mowa w ustawie z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. z 2024 r.,

⁴ Warto nadmienić, że obok wymienionych trzech grup podatkowych ukształtowało się w piśmiennictwie pojęcie tzw. zerowej grupy podatkowej (obejmującej węższy niż grupa I krąg nabywców), względem osób wskazanych w art. 4a ust.1 *in principio* u.p.s.d. – zob. m. in.: Stefan Babiarz, „Art. 4(a) Zwolnienia grupy o”, [w:] *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz* (Lex: ABC, 2010), teza 1; Krystyna Chustecka, Ireneusz Krawczyk, Maciej Kurasz, *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz* (Lex: Lexis Nexis, 2007), art. 4a, teza 2; Jan Szczygieł, „Art. 4(a) Zwolnienia podmiotowe”, [w:] *Podatek od spadków i darowizn. Komentarz* (Lex: Wolters Kluwer, 2021), teza 4; Jacek Wantoch-Rekowski, „Art. 14 Zasada dotycząca ustalenia wysokości podatku”, [w:] *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz* (Lex: Wolters Kluwer, 2022), teza 5; Dominik Rynkiewicz, „Przywileje podatkowe dla najbliższej rodziny zbywcy w podatku od spadków i darowizn” *Studia Iuridica Lublinensia*, nr 13 (2010): 238-239.

poz. 177), a za wstępnych także odpowiednio osoby tworzące rodzinę zastępczą, prowadzące rodzinny dom dziecka lub pracujące z dziećmi w placówce opiekuńczo-wychowawczej lub w regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej (art. 14 ust. 4a u.p.s.d.)^[5].

W składzie poszczególnych grup podatkowych mieszczą się osoby nabywające składniki majątkowe (własność rzeczy lub inne prawa majątkowe), należące wcześniej do ich poprzednika prawnego (osoby, od której lub po której nabycie to ma miejsce – art. 14 ust. 2 u.p.s.d.).

Zastosowanie rozwiązań preferencyjnych wyłącznie do nabywców należących do I oraz II grupy podatkowej oznacza, że w ujęciu ustawodawcy tylko relacje pomiędzy tymi nabywcami a ich poprzednikami zasługują na miano stosunków bliskości. Ustawodawca posłużył się przy tym, jak nie trudno zauważyć, dość oczywistym mechanizmem: im silniejszy stopień bliskości pomiędzy uczestnikami obrotu, tym dalej idące preferencje podatkowe. W szerszym więc stopniu odnoszą się one do grupy I, w węższym do grupy II. Powyższe preferencje przejawiają się przede wszystkim (choć nie tylko) w ustaleniu w sposób korzystniejszy, względem pozostałych nabywców, wymiaru kwoty wolnej od podatku (art. 9 ust. 1 u.p.s.d.) oraz wysokości podatku (art. 15 ust. 1 u.p.s.d.).

Przyglądając się wspomnianym wyżej „stosunkom bliskości”, zauważa się, że mają one zróżnicowaną naturę. Zdecydowana ich większość mieści się w obrębie stosunków rodzinnoprawnych^[6], zaś niektóre z nich mają charakter relacji wyłącznie faktycznych, aczkolwiek u ich źródła również tkwią określone powiązania rodzinnoprawne. Nie należą do stosunków

⁵ Poszerzenie zakresu podmiotowego grupy I o tę kategorię osób nastąpiło stosunkowo niedawno, za sprawą ustawy z 17 września 2020 r. o zmianie ustawy o podatku od spadków i darowizn, Dz. U. z 2020 r., poz. 1761.

⁶ Tym terminem określa się w doktrynie prawa rodzinnego (choć trzeba też odnotować istniejące na tym tle rozbieżności) stosunki prawne małżeństwa, pokrewieństwa, powinowactwa i przysposobienia – tak np. Jan Winiarz, „Źródła, przedmiot i zasady polskiego prawa rodzinnego”, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. Józef S. Piąkowski (Warszawa: Ossolineum, 1985), 59; Tadeusz Smoczyński, „Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński (Warszawa: C.H. Beck-Institut Nauk Prawnych PAN, 2009), 33. Zob. jednak Jerzy Ignatowicz, Mirosław Nazar, *Prawo rodzinne* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 35; Jakub M. Łukasiewicz, „Zagadnienia wstępne”, [w:] *Instytucje prawa rodzinnego*, red. Jakub M. Łukasiewicz (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 21, którzy nie zaliczają do stosunków rodzinnoprawnych powinowactwa.

rodzinnoprawnych relacje, w obrębie których są realizowane funkcje zbliżone do tych, jakie charakteryzują stosunki między rodzicami a dziećmi. Z tego względu są one nazywane stosunkami rodzinnopodobnymi lub quasi-rodzinnymi, przy czym ustawodawca, jak zasygnalizowano wyżej, uwzględnił w przepisach analizowanej ustawy (art. 14 ust. 4a) jedynie osoby pozostające w stosunku pieczy zastępczej^[7].

W kolejnych fragmentach opracowania zostaną poddane analizie stosunki rodzinnoprawne małżeństwa, pokrewieństwa, powinowactwa i przysposobienia jako elementy struktury grup podatkowych.

2 | Małżonkowie

Usytuowanie małżonków w I grupie podatkowej jest rozwiązaniem na tyle oczywistym, że uzasadnienie tego stanu rzeczy wydaje się zbędne. Tworzą oni szczególnego rodzaju wspólnotę, powołaną do spełniania wielu doniosłych, biologicznych i społecznych funkcji. Realizację celów małżeństwa wspomagają liczne instytucje prawne, w tym także regulacje prawa podatkowego^[8], zaś unormowania dotyczące grup podatkowych są jednym z tego przykładów.

W świetle dawniejszego stanu prawnego przynależność do I grupy podatkowej przedstawiała się na ogół w sposób jednoznaczny: w każdym wypadku osoby mające na gruncie obowiązującego porządku prawnego status małżonków znajdowały się w składzie tej grupy.

Jakie zatem sytuacje eliminowały ze składu tej grupy? Odpowiadając na postawione pytanie, należy dokonać oceny stanów faktycznych, w których, pomimo wystąpienia pewnych znamion, nie doszło do zawarcia małżeństwa, jak również oceny zdarzeń prowadzących do prawnej likwidacji związku małżeńskiego.

⁷ Kwestia ta zostanie zatem pominięta w niniejszym opracowaniu. Szerzej na ten temat – zob. Mieczysław Goettel, „Stosunki quasi-rodzinne w konstrukcji grup podatkowych w świetle przepisów o podatku od spadków i darowizn” *Państwo i Prawo*, z. 8 (2023): 30 i n.

⁸ Aleksy Goettel, *Podatkowoprawne skutki zawarcia i ustania małżeństwa* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 401 i n.

Pierwsza ze wskazanych wyżej kwestii wiąże się z sytuacją określaną w doktrynie zwrotem *matrimonium non existens*^[9]. Mamy z nią do czynienia w razie niezachowania przy zawieraniu małżeństwa przesłanek przewidzianych w art. 1 ustawy z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy^[10] (dalej: k.r.o.), np. brak po obu stronach zgodnych oświadczeń, złożenie tych oświadczeń przez osoby tej samej płci, niesporządzenie przez kierownika urzędu stanu cywilnego aktu małżeństwa (w razie składania oświadczeń przed duchownym). W tych wypadkach nie dochodzi (choćby nawet został sporządzony akt małżeństwa) do zawarcia związku małżeńskiego^[11], co jest równoznaczne z tezą, że „strony” owego *matrimonium non existens* w żadnym momencie nie mogły być zaliczone do omawianej grupy^[12].

Zupełnie inna sytuacja ma miejsce w razie ustania małżeństwa, co jest (pomijając przypadki śmierci lub uznania za zmarłego) następstwem rozvodu. Do chwili jego orzeczenia obecność byłych małżonków w składzie grupy I nie mogła być w żadnej mierze kwestionowana. Utrata przynależności do niej następowała zatem dopiero z chwilą uprawomocnienia się wyroku rozwodowego.

Źródłem pewnych wątpliwości może być natomiast przypadek unieważnienia stosunku małżeństwa w drodze jego unieważnienia. Podstawą wyroku sądu w tej materii jest zawarcie małżeństwa pomimo wystąpienia: 1) tzw. przeszkód małżeńskich (okoliczności wyłączających zawarcie niewadliwego związku) – art. 10 – 15 k.r.o.; 2) wad oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński – art. 15¹ k.r.o.; 3) nieprawidłowości dotyczących pełnomocnictwa (w razie zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika) – art. 16 k.r.o. Wspomniane wątpliwości są rezultatem braku pełnej jasności (i tym samym zgodności poglądów) co do charakteru skutków prawnych unieważnienia małżeństwa. Pomijając przytaczanie rozbieżności w stanowiskach

⁹ M. in.: Jan Winiarz, „Zawarcie i unieważnienie małżeństwa”, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. Józef S. Piąkowski (Warszawa: Ossolineum, 1985), 159; Mirosław Nazar, „Konkubinat”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński (Warszawa: C.H. Beck-Institut Nauk Prawnych PAN, 2009), 936.

¹⁰ T.j.: Dz. U. z 2023 r., poz. 2809 z późn. zm.

¹¹ Winiarz, „Zawarcie i unieważnienie małżeństwa”, 159; Nazar, „Konkubinat”, 936.

¹² Nawet gdyby pozostawały w stałym związku faktycznym (konkubinacie) – wyrok NSA z 28 listopada 2016 r., II FSK 2835/14, Lex nr 2188408. Kwestia ta nie budzi wątpliwości również w piśmiennictwie – zob. np. Stefan Babiarsz, *Spadek i darowizna w prawie cywilnym i podatkowym* (Lex: Wolters Kluwer, 2019), Cz. II, Rozdz. 5, pkt 5.3.

doktrynalnych w tej materii^[13], należy uznać za trafną tezę, że pomimo w zasadzie mocy wstecznej powyższych skutków (z wyjątkiem tych, które odnoszą się do stosunków między rodzicami a dziećmi oraz stosunków majątkowych między małżonkami – art. 21 k.r.o.), do chwili unieważnienia mamy do czynienia ze skutecznie zawartym małżeństwem^[14], a tym samym skutecznością zdarzeń i sytuacji prawnych mających miejsce w tym samym czasie. Obejmuje to także przynależność małżonków do grupy I. Trudno byłoby sobie wyobrazić, po uprawomocnieniu się wyroku unieważniającego małżeństwo, dopuszczalność podważenia ustaleń w zakresie obowiązku podatkowego, wynikających z zaliczenia małżonków do powyższej grupy^[15].

Zdecydowanie poważniejsze wątpliwości w kwestii przynależności małżonków do I grupy podatkowej zaistniały z chwilą pojawienia się w polskim porządku prawnym instytucji separacji^[16], co oczywiście nie dotyczy tzw. separacji faktycznej, która nie ma wpływu na sytuację małżonków w tym zakresie^[17]. Możliwość orzeczenia separacji prawo dopuszcza w razie nastąpienia między małżonkami zupełnego rozkładu pożycia (art. 61¹ § 1 k.r.o.), jednak przy zachowaniu prawnego węzła małżeństwa^[18]. Jednocześnie w myśl art. 61⁴ § 1 k.r.o. zastrzega się – i to jest główne źródło kontrowersji, o których będzie dalej mowa – że orzeczenie separacji ma takie skutki, jeżeli ustawa inaczej nie stanowi, jak rozwiązanie małżeństwa przez rozwód. Nie bez powodu zatem zrodził się dylemat, czy małżonek separowany mieści się w I grupie podatkowej skoro jest co do zasady traktowany tak jak małżonek rozwiedziony.

W judykaturze zajęto stanowisko, że nie ma podstaw, na gruncie przepisów o grupach podatkowych, do różnicowania sytuacji małżonków,

¹³ Szerzej omawia je Janusz Gajda, „Unieważnienie małżeństwa”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński (Warszawa: C.H. Beck-Institut Nauk Prawnych PAN, 2009), 196-197.

¹⁴ Gajda, „Unieważnienie małżeństwa”, 196-197.

¹⁵ Identyczne zapatrywanie wyrażono w piśmiennictwie w odniesieniu do wspólnego opodatkowania małżonków – Goettel, *Podatkowoprawne skutki*, 441.

¹⁶ W wyniku nowelizacji dokonanej ustawą z 21 maja 1999 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 1999 r., nr 52, poz. 532.

¹⁷ Mańczyk, „Tax groups”, 282.

¹⁸ Janina Panowicz-Lipska, „Separacja”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński (Warszawa: C.H. Beck-Institut Nauk Prawnych PAN, 2009), 808.

względem których sąd orzekł separację oraz pozostałych małżonków^[19]. Natomiast w piśmiennictwie nie ma w tej materii jednolitości poglądów. Można spotkać się zarówno z opiniami popierającymi stanowisko judykatury^[20], jak i z głosami prezentującymi odmienne zdanie^[21]. Uogólniając przytaczaną przez poszczególnych autorów argumentację, należy wyjaśnić, że rzecznicy pierwszego z tych stanowisk odwołują się do istoty i funkcji separacji, której orzeczenie zakłada wprawdzie (podobnie jak rozwód) rozłączenie małżonków, jednak (w odróżnieniu od rozwodu) nie niweczy stosunku prawnego małżeństwa, zaś zwolennicy przeciwnego zapatrywania nadają przesądzający charakter przywołanemu wyżej przepisowi art. 61⁴ § 1 k.r.o., zrównującego co do zasady skutki prawne separacji ze skutkami prawnymi rozwodu.

Wydaje się, że za bardziej przekonujący należy uznać pierwszy z przedstawionych kierunków interpretacyjnych, choć w świetle wykładni językowej nie da się całkowicie zakwestionować sensowności argumentów przemawiających na rzecz drugiego kierunku. Warto bowiem na ich usprawiedliwienie podkreślić, że w doktrynie prawa rodzinnego zasadę przyjętą w przytoczonym wyżej art. 61⁴ § 1 k.r.o., wyznaczającą zakres konsekwencji orzeczonej przez sąd separacji, odnosi się do całego obszaru prawa^[22], zatem również prawa publicznego, w tym podatkowego. Tak więc w stosunku do separowanych małżonków nie będą miały, jak się konstatuje, zastosowania (poza pewnymi wyjątkami) regulacje odnoszące się do osób pozostających w związku małżeńskim^[23]. Postępując konsekwentnie,

¹⁹ Wyrok NSA z 23 kwietnia 2008 r., II FSK 373/07, Lex nr 485167. Sąd ten krytycznie odniósł się do praktyki organów podatkowych przyjmujących odmienne rozstrzygnięcia. Zdaniem Mańczyka, „Tax groups”, 283 tego rodzaju rozstrzygnięcie jest przejawem wykładni *contra legem*.

²⁰ Tak m. in.: Głuchowski, Smoleń, „Klasyfikacja podatników”, 313; Babiarz, *Spadek i darowizna*, pkt 5.3; Paweł Smoleń, „Art. 14 Grupy podatkowe”, [w:] *Podatek od spadków i darowizn. Komentarz* (Lex: Wolters Kluwer, 2021), teza 5; Goettel, *Podatkowoprawne skutki*, 370; Wantoch-Rekowski, „Art. 14 Zasada dotycząca ustalenia wysokości podatku”, teza 12. Wcześniej analogiczne zapatrywanie wyraził Arkadiusz Piotrowski, „Majątkowe skutki orzeczenia separacji” *Nowy Przegląd Notarialny*, nr 3 (2004): 58-59.

²¹ Por. np.: Zbigniew Ofiarski, *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz* (Warszawa: Dom wydawniczy ABC, 2002), 162; Stella Brzeszczyńska, *Podatek od spadków i darowizn* (Warszawa: C.H. Beck, 2005), 229; Aleksandra Wrzesińska-Nowacka, „Rozdział 4 Wysokość podatku”, [w:] *Podatek od spadków i darowizn. Komentarz* (Gdańsk: ODDK, 2015), 338-339; Mańczyk, „Tax groups”, 283.

²² Panowicz-Lipska, „Separacja”, 844.

²³ Ibidem.

należałoby zatem unormowaniami odnoszącymi się do małżonków rozwiedzionych objąć także małżonków separowanych, bez konieczności wskazywania tych drugich w treści powyższych unormowań.

Tymczasem ustawodawca podatkowy, jakby ignorując przytoczoną zasadę, postanawia w treści niektórych unormowań *expressis verbis* zrównać sytuację małżonków separowanych z sytuacją małżonków rozwiedzionych (np. wymieniając w art. 6 ust. 4 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych^[24], obok m. in. „rozwódki”, „rozwodnika” także „osobę, w stosunku do której orzeczono separację”). Czyżby zatem tenże ustawodawca wyszedł z założenia, że w razie ograniczenia formuły powyższego przepisu tylko do małżonka rozwiedzionego nie można byłoby, wbrew zasadzie wyrażonej w art. 61⁴ § 1 k.ro., identycznie z nim traktować małżonka separowanego (w tym konkretnym wypadku uznać go za rodzica spełniającego przesłankę samotnego wychowywania dziecka)? Innymi słowy, skoro ustawodawca widzi potrzebę objęcia konkretnym wyliczeniem obu kategorii osób, to stwierdza tym samym, że nie zawsze pod względem wywoływanych skutków prawnych jest dopuszczalne utożsamianie obu tych kategorii. Stąd wypływa wniosek, że wbrew dosłownemu rozumieniu zasady zawartej w art. 61⁴ § 1 k.ro. istnieją racje, by małżonków separowanych (nawet przy braku wyraźnego postanowienia ustawy) nie traktować tak jak małżonków rozwiedzionych. Tego rodzaju argumentacja pozostawałaby więc w zgodności, jak wyżej wykazano, ze stanowiskiem zgłoszonym w judykaturze oraz z tezami wypowiadających się w tym samym duchu przedstawicieli doktryny podatkowoprawnej. Słuszna wydaje się zatem konstatacja, że gdyby ustawodawca zechciał wykluczyć małżonka separowanego z grona nabywców zaliczanych do I grupy podatkowej, zamieściłby w treści art. 14 ust. 3 pkt 1 u.p.s.d. stosowne zastrzeżenie^[25].

Powyższe stanowisko zasługuje na aprobatę również z innych względów. Separacja jest bowiem pomyślana nie tylko jako „alternatywne rozstrzygnięcie” czy też „surogat” rozwodu (w niektórych związkach jest on, głównie ze względów światopoglądowych, odrzucany), lecz również jako swoisty okres próby, dający szansę na przetrwanie sytuacji kryzysowej i powrót do wspólnego pożycia^[26]. Usytuowanie małżonków separowanych

²⁴ T. j. Dz. U z 2024 r., poz. 226 z późn. zm., dalej: u.p.d.o.f.

²⁵ Podobnie Głuchowski, Smoleń, „Klasyfikacja podatników”, 313.

²⁶ Panowicz-Lipska, „Separacja”, 817-818; Piotr Kasprzyk, *Separacja prawna małżonków* (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2003), 38-39.

w I grupie podatkowej ma więc silne uzasadnienie aksjologiczne. Nie można pominąć także znaczenia art. 61⁴ § 3 k.r.o., nakładającego na tychże małżonków, jeżeli przemawiają za tym względy słuszności, obowiązku wzajemnej pomocy, którego formą realizacji nierzadko będą akty darowizny. Należy zatem przyjąć, że wyjątki od zasady niestosowania względem małżonków separowanych uregulowań odnoszących się do osób pozostających w związkach małżeńskich, będą wynikać nie tylko z litery prawa, lecz również z założeń aksjologicznych tkwiących u podstaw określonych rozwiązań prawnych. Niemniej, ze względu na istniejące w doktrynie rozbieżności, trafny wydaje się postulat jednoznacznego uregulowania tej kwestii na drodze legislacyjnej^[27], zgodnie z którym orzeczona separacja nie zmieniaby pozycji małżonka na gruncie grup podatkowych. Sugerowana modyfikacja mogłaby polegać bądź na dodaniu do treści art. 14 u.p.s.d. (po ustępie 4a) nowej jednostki redakcyjnej (ustępu 4b.), bądź na zamieszczeniu w art. 14 ust. 3 pkt 1 u.p.s.d (w nawiasie) stosownego uzupełnienia, zgodnie z poniższą propozycją:

4b. Orzeczenie względem małżonka separacji nie ma wpływu na jego przynależność do grupy I.

albo

3. Do poszczególnych grup podatkowych zalicza się:

1) do grupy I – małżonka (nie wyłączając osoby, względem której sąd orzekł separację), zstępnych, wstępnych, pasierba, zięcia, synową, rodzeństwo, ojczyrna, macochę i teściów.

3 | Krewni i powinowaci

Zakres podmiotowy grup podatkowych, w odniesieniu do osób pozostających w stosunkach pokrewieństwa i powinowactwa, charakteryzuje się, jak należy sądzić, na tyle dostateczną jasnością, że nie powinien wywoływać żadnych kontrowersji interpretacyjnych. Dzieje się tak za sprawą

²⁷ Smoleń, „Art. 14 Grupy podatkowe”, teza 6. Autor obszernie rozważa argumentację wspierającą każde z przeciwnych stanowisk w tej materii.

posługiwania się przez ustawodawcę pojęciami zdefiniowanymi w sposób jednoznaczny^[28]. Jednak i w tym zakresie, jak sygnalizuje praktyka, kwestia przynależności nabywcy do określonej grupy podatkowej nie zawsze bywa wolna od wątpliwości^[29].

Gdy chodzi o krewnych, mieszczą się oni zarówno w grupie I (zstępni, wstępni, rodzeństwo), jak i w grupie II (zstępni rodzeństwa, rodzeństwo rodziców). Jak widać, ustawodawca nie przewidział żadnych ograniczeń jedynie względem krewnych w linii prostej; przynależność do grupy I nie jest uzależniona od stopnia pokrewieństwa (obejmuje zatem wszelkich zstępnych: dzieci, wnuki, prawnuki itd. oraz wszelkich wstępnych: rodziców, dziadków, pradziadków itd.), choć w praktyce na krąg potencjalnych beneficjentów ma wpływ długość życia człowieka. Natomiast względem krewnych w linii bocznej ustawodawca bądź zawęził krąg beneficjentów do stopnia drugiego (rodzeństwo) oraz trzeciego (rodzeństwo rodziców), bądź nie przyjął ograniczeń co do stopnia (zstępni rodzeństwa).

Względem usytuowania krewnych w linii bocznej można zgłosić pewne zastrzeżenia dotyczące trafności przyjętych rozwiązań w kwestii kręgu potencjalnych beneficjentów. W szczególności rzuca się w oczy pominięcie w składzie grupy II kuzynów (tzw. rodzeństwo cioteczne lub stryjeczne)^[30], których w wielu wypadkach łączą (poza więzią formalną) silne związki emocjonalne. Takie podejście raz i zwłaszcza w zestawieniu z zaliczeniem do tejże grupy (jak podkreślono wyżej) zstępnych rodzeństwa (bez ograniczenia w stopniu), czyli np. wnuki brata lub siostry czy też (o czym będzie mowa dalej) zstępnych pasierbów (również bez ograniczenia w stopniu) oraz (niebędących ani krewnymi, ani powinowatymi) małżonków

²⁸ Istotę pokrewieństwa i powinowactwa, wraz z precyzującymi je kryteriami w postaci linii i stopni określają przepisy art. 61⁷ oraz 61⁸ k.r.o. W doktrynie ich mechanizm wyjaśniają m. in.: Tadeusz Smoczyński, „Zagadnienia wprowadzające”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński (Warszawa: C.H. Beck-Institut Nauk Prawnych PAN, 2009), 7-11 oraz Winiarz, „Źródła, przedmiot i zasady polskiego prawa rodzinnego”, 44-50.

²⁹ Zob. dla przykładu będące przedmiotem zapytań poselskich niejasności dot. sytuacji nabywcy po wnuku rodzeństwa rodziców – www.sejm.gov.pl, VIII kadencja. archiwum – interpretacje, zapytania, pytania i oświadczenia poselskie – zapytania poselskie nr 7436 i 7453.

³⁰ Na gruncie obowiązującego stanu prawnego kwestia ta nie budzi wątpliwości ani w orzecznictwie – tak uzasadnienie wyroku NSA w Szczecinie, z dnia 20 kwietnia 2000 r., SA/Sz 433/99, Lex nr 169251, ani w praktyce organów podatkowych – zob. zawierające interpretację indywidualną Pismo z dnia 3 lipca 2013 r. Izby Skarbowej w Łodzi, IPTPB2/436-33/13-4/KK, <https://sip.lex.pl/openlex>.

rodzeństwa małżonków (np. mąż siostry współmałżonka), gdzie zazwyczaj tego rodzaju związki nie są zbyt silne^[31].

Podobnie jak krewni, również powinowaci są obecni i w grupie I (pasierb, ojczym macocha, synowa, zięć, teściowie), i w grupie II (zstępni pasierbów, małżonkowie rodzeństwa, rodzeństwo małżonków).

W odniesieniu do tej kategorii osób bliskich pojawia się w kwestii ich przynależności do grup podatkowych innego rodzaju problem. O ile bowiem pokrewieństwo jest stosunkiem prawnym trwałym, o tyle w przypadku powinowactwa może dojść, na gruncie obowiązującego porządku prawnego, do jego ustania. Możliwość tego rodzaju skutku wynika, po pierwsze, z samej istoty stosunku powinowactwa, do powstania którego wymagane jest zaistnienie innego stosunku prawnego, mianowicie małżeństwa^[32] oraz, po drugie, z treści art. 61⁸ § 1 zd. drugie k.r.o. stanowiącego, że powinowactwo trwa mimo ustania małżeństwa. Jeżeli zatem pomiędzy małżonkami zostanie orzeczony rozwód, dotychczasowi powinowaci nadal pozostają względem siebie w stosunku powinowactwa. Jednak przywołany wyżej przepis wypowiada się jedynie w kwestii ustania małżeństwa, zatem jego unieważnienie, jak zgodnie przyjmuje się w doktrynie^[33], prowadzi do unicestwienia stosunku powinowactwa. Ponieważ jednak do chwili unieważnienia mamy do czynienia, jak podkreślono w treści wcześniejszych rozważań (pkt Małżonkowie, s. 53), z „pełnoprawnym” związkiem małżeńskim, należy przyjąć, że także do tego czasu będzie trwał stosunek powinowactwa. W konsekwencji, dopiero z momentem unieważnienia małżeństwa dotychczasowi powinowaci, z racji utraty posiadanego statusu, wychodzą ze składu I lub II grupy podatkowej^[34].

Analizując sens wyrażen zawartych w art. 14 ust. 3 pkt 1 i 2 u.p.s.d. nie-trudno dostrzec, że występuje grono krewnych i powinowatych znajdujących poza składem grupy I i II, zatem mieszczących się w grupie III. Spośród krewnych (wyłącznie w linii bocznej) będą to m. in. kuzyni oraz ich zstępni, rodzeństwo dziadków, a spośród powinowatych np. rodzice teściów, dzieci rodzeństwa małżonków, małżonkowie zstępnych rodzeństwa^[35].

³¹ Trafnie zwraca na to uwagę K. Święch, *Pozycja rodziny w polskim prawie podatkowym* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2013), 303.

³² Zgodnie z brzmieniem art. 61⁸ § 1 zd. pierwsze k.r.o. „Z małżeństwa wynika powinowactwo między małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka”.

³³ Zob. m. in.: Winiarz, „Źródła, przedmiot i zasady polskiego prawa rodzinnego”, 49; Gajda, „Unieważnienie małżeństwa”, 197.

³⁴ Zob. jednak Mańczyk, „Tax groups”, 283-284.

³⁵ Słusznie zakwestionowano w judykaturze przynależność do grupy II małżonków zstępnych rodzeństwa (siostrzeńców, bratanków), stwierdzając, że nie

W stosunku do tych krewnych i powinowatych ustawodawca najwyraźniej kierował się założeniem (choć w niektórych sytuacjach przyjęte rozwiązanie może budzić wątpliwości), że w praktyce kontakty między nimi będą raczej sporadyczne, co nie uzasadnia zaliczenia ich w poczet osób pozostających w stosunkach bliskości.

W odniesieniu do obu kategorii osób pozostających w stosunkach rodzinnych (pokrewieństwa i powinowactwa) zauważa się też (co jest zapewne świadomym posunięciem ustawodawcy) brak swoistej symetrii w relacjach pomiędzy nabywcami rzeczy lub praw majątkowych a osobami, od których lub po których następuje nabycie, co da się zilustrować niektórymi stanami faktycznymi. Przykładowo, osoba uzyskująca przysporzenie od rodzeństwa babci lub dziadka mieści się (jako zstępny rodzeństwa) w II grupie podatkowej. Jednak przysporzenie uczynione między tymi samymi osobami, lecz w odwrotnym kierunku, czyli od wnuka na rzecz rodzeństwa babci lub dziadka, skutkować będzie przynależnością nabywcy do III grupy podatkowej (grupa II zapewnia bowiem preferencję jedynie rodzeństwu rodziców). Podobna sytuacja ma miejsce w relacjach między osobami należącymi do kategorii „małżonkowie innych (niż dzieci – uwaga M.G. i A.G.^[36]) zstępnych”. Podatnikiem zaliczonym do II grupy podatkowej jest m.in. osoba otrzymująca przysporzenie od dziadków swojego współmałżonka. Jednak w razie przysporzenia dokonanego przez tę osobę na rzecz wspomnianych dziadków, preferencja wynikająca z przynależności do powyższej grupy nie wchodzi w rachubę. Odnosi się wrażenie, że ustawodawca postanowił w większym stopniu uprzywilejować zstępnych niż wstępnych.

W stosunkach pomiędzy krewnymi lub powinowatymi może dojść – na gruncie przynależności do grup podatkowych – do charakterystycznego zbiegu uprawnień. Polega on na zaliczeniu nabywcy rzeczy lub prawa majątkowego, względem jego prawnego poprzednika, do różnych grup podatkowych z racji pozostawania tych osób w tych różnych typach stosunków rodzinnoprawnych. Interesujący przypadek tego typu miał miejsce w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozstrzygnięcia judykatury^[37]. Nabycie

mogą być oni zrównani z małżonkami zstępnych spadkodawcy – tak wyrok NSA w Łodzi z 25 kwietnia 1995 r., SA/Łd 1645/94, Lex nr 25047 oraz wyrok NSA w Gdańsku z 7 kwietnia 2000 r., I SA/Gd 79/98, Lex nr 44324. Zob. też Pismo z dnia 19 marca 2018 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, nr 0111-KDIB4.4015.23.2018.2.BD, <http://sip.mf.gov.pl> (zawierające interpretację indywidualną). Z poglądów doktryny – zob. Babiarz, *Spadek i darowizna*, pkt 5.3.

³⁶ Małżonkowie zstępnych pierwszego stopnia (dzieci), czyli zięć i synowa zaliczają się do I grupy podatkowej (art. 14 ust. 3 pkt 1 u.p.s.d.).

³⁷ Wyrok NSA z 24 listopada 2017 r., II FSK 3016/15, Lex nr 243071.

praw majątkowych (z tytułu dziedziczenia) miało miejsce po osobie będącej jednocześnie względem nabywcy ojczymem (mężem matki) oraz stryjem (bratem zmarłego ojca). Sytuacja tego rodzaju uzasadniała zatem zaliczenie nabywcy zarówno do grupy I (jako pasierbicy), jak i grupy II (jako zstępnego rodzeństwa). Pojawia się w związku z tym pytanie (choć w istocie czysto teoretyczne), czy nabywcy przysługuje wybór podstawy prawnej przesądzającej o jego przynależności do konkretnej grupy^[38], czy też organ podatkowy powinien z urzędu przyjąć rozwiązanie korzystniejsze dla podatnika (tzn. uwzględniające jego przynależność do grupy niższej). Wydaje się, że powyższy dylemat należałoby rozstrzygnąć w duchu zasady wynikającej z treści art. 2a ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa^[39] (dalej: o.p.), czyli uznać słuszność drugiego ze wskazanych rozwiązań.

W tej części opracowania należy także ustosunkować się do sytuacji osób, które nie pozostają w związku małżeńskim, nie łączy je również ani pokrewieństwo, ani powinowactwo, jednakże stosunki te (a ściślej ich zbieg) prowadzą do ukształtowania się między tymi osobami szczególnego rodzaju relacji faktycznych. Chodzi konkretnie o zaliczonych do II grupy podatkowej: małżonków pasierbów oraz małżonków rodzeństwa małżonków. W odniesieniu do pierwszej ze wskazanych relacji mamy do czynienia ze zbiegiem małżeństwa z powinowactwem w linii prostej pierwszego stopnia, w przypadku drugiej relacji dostrzega się zbieg małżeństwa z powinowactwem w linii bocznej drugiego stopnia. Włączając w skład II grupy podatkowej wymienione osoby, ustawodawca kierował się zapewne względami doświadczenia życiowego. Z pasierbem nierzadko nawiązują się więzi jak z naturalnym dzieckiem, toteż jego współmałżonek bywa traktowany jak synowa lub zięć. Podobnie sytuacja wygląda z małżonkami szwagrów, których dość powszechnie zalicza się do szeroko rozumianej rodziny.

Warto przy okazji zwrócić uwagę na nieporozumienie, jakie miało miejsce w orzecznictwie w związku z oceną na gruncie grup podatkowych małżonka pasierba^[40]. W obu powołanych wyrokach Sądy w niewłaściwy sposób powiązały z tą osobą przewidziane w treści art. 61⁸ § 1 zd. drugie k.r.o. skutki ustania małżeństwa, formułując wniosek, że przynależność do grupy II odnosi się także do byłego (rozwiedzionego) małżonka pasierba.

³⁸ Tego rodzaju sugestia wynika z treści uzasadnienia do powyższego wyroku, ibidem.

³⁹ T.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 2383 z późn. zm.

⁴⁰ Wyrok NSA z 16 września 2009 r., II FSK 438/08, Lex nr 596453. Identyczny pogląd został wyrażony w wyroku WSA w Krakowie z 23 października 2007 r., I SA/Kr 593/07, Lex nr 437769.

Prawdą jest, że ustanie małżeństwa nie ma wpływu na trwanie powinowactwa; przykładowo ojczym, pomimo rozvodu z matką nadal pozostaje w stosunku powinowactwa z jej synem (nie przestaje być w stosunku do niego ojczymem). Jednak żona tegoż syna (pasierba) nie jest dla jego ojczyma powinowatą, aczkolwiek wolą ustawodawcy została umieszczona względem niego w grupie II. Tak więc w razie ustania małżeństwa pasierba, osoba, o której mowa, wobec utraty statusu jego żony, przechodzi z grupy II do grupy III^[41]. Sądy nie wzięły pod uwagę okoliczności, że przywołany wyżej przepis (art. 61⁸ § 1 zd. drugie k.r.o.) reguluje skutki ustania małżeństwa w stosunkach między powinowatymi, nie zaś między osobami, które nie pozostają w stosunku powinowactwa.

4 | Osoby pozostające w stosunku przysposobienia

Największe natomiast kontrowersje dają o sobie znać w odniesieniu do instytucji przysposobienia. Należy przypomnieć, że jego założeniem jest ukształtowanie takiej relacji pomiędzy określonymi osobami, jaka charakteryzuje naturalny stosunek pokrewieństwa istniejący między rodzicem a dzieckiem, co wymownie oddaje znana łacińska premia *adoptio naturam imitatur*^[42]. Z tego niewątpliwie powodu ustawodawca włączył osoby powiązane stosunkiem przysposobienia w poczet nabywców zaliczonych do I grupy podatkowej (art. 14 ust. 4 u.p.s.d.). Jednak sposób w jaki to uczynił, nie jest wolny od wątpliwości interpretacyjnych^[43]. Przytoczone wyżej unormowanie w brzmieniu: „Za rodziców w rozumieniu ustawy uważa się również przysposabiających, a za zstępnych także przysposobionych i ich zstępnych”, biorąc przy tym pod uwagę fakt, że przysposobienie nie jest instytucją o jednorodnym obliczu jurydycznym, zmusza do podniesienia dość istotnych zastrzeżeń oraz postawienia szeregu pytań.

⁴¹ Powyższymi wyrokami Sądy zakwestionowały trafną argumentację oraz prawidłowe rozstrzygnięcie organów podatkowych.

⁴² Jerzy Ignatowicz, „Przysposobienie”, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. Józef S. Piątoski (Warszawa: Ossolineum, 1985), 922; Ignatowicz, Nazar, *Prawo rodzinne*, 467; Tadeusz Smoczyński, Marek Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze* (Warszawa: C.H. Beck, 2022), 304.

⁴³ Mańczyk, „Tax groups”, 281.

Pierwsza kwestia, bardziej natury redakcyjnej (czy też terminologicznej), wiąże się z pytaniem, do jakiego fragmentu ustawy wskazującego rodziców odsyła ustawodawca? Nietrudno dostrzec, po dokładniejszym przyjrzeniu się jej postanowieniom, że unormowania operującego *expressis verbis* terminem „rodzice” w istocie brak. Pojawia się on wprawdzie w art. 14 ust. 3 pkt 2 u.p.s.d., w treści zwrotu „rodzeństwo rodziców”, ale jako punkt odniesienia, służący doprecyzowaniu innej kategorii krewnych (czyli osób będących siostrami lub braćmi rodziców). Zatem użycie wyrazu „rodzice” w takim kontekście wyklucza powyższy przypadek z konstrukcji analizowanego odesłania. Należałoby przeto przyjąć, że mamy tu do czynienia z dorozumianym odesłaniem do art. 14 ust. 3 pkt 1 u.p.s.d., który, ustalając zakres podmiotowy grupy I w osobach: „małżonka, zstępnych, wstępnych, pasierba, zięcia, synowej, rodzeństwa, ojczyma, macochy i teściów”, wskazał pośrednio (domyślnie) rodziców, jako osoby należące do kategorii wstępnych. Powyższa konkluzja nie zmienia jednak krytycznej opinii o przyjętym przez ustawodawcę rozwiązaniu. Nie byłoby problemu, gdyby powyższy mankament dało się oceniać wyłącznie w kategoriach redakcyjnej niedoskonałości, ma on jednak również przełożenie na niejasności natury merytorycznej.

Nasuwa się mianowicie kolejna wątpliwość (odnosząca się do najważniejszych w praktyce rodzajów przysposobienia: pełnego oraz całkowitego) o już zdecydowanie poważniejszej wymowie. Opierając się bowiem na językowej wykładni art. 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 4 u.p.s.d. można odnieść wrażenie, że doszło, zapewne wbrew intencjom ustawodawcy, do zawężenia wyżej przytoczonego zakresu podmiotowego grupy I. Otóż wskazanie jedynie przysposabiających (i uznanie ich zarazem za odpowiednik rodziców), a pominięcie ich wstępnych sprawia wrażenie, że ci drudzy nie mieszczą się, wraz z przysposobionymi, w tej grupie. Praktyczne konsekwencje takiego rozumienia powyższego uregulowania można wyjaśnić na następującym przykładzie: przysposobiony, otrzymujący darowiznę od rodziców przysposabiającego (z którymi łączy go, zgodnie z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, więź analogiczna jak wnuka z dziadkami), dowiadyuje się, że nie przysługuje mu stosowna preferencja podatkowa. Tego rodzaju interpretacja pozostawałaby jednak w sprzeczności z mechanizmem podstawowego rodzaju przysposobienia, prowadząc do następstw niezgodnych z jego celami i zasadami zdrowego rozsądku. Nabiera to szczególnej ostrości zwłaszcza wówczas, gdy przysposobiony uważa się za naturalne dziecko przysposabiającego. Oczywiście ewentualność takiego rozstrzygnięcia powinna być (przynajmniej do czasu, póki

ustawodawca nie wprowadzi stosownej modyfikacji przepisu) wyeliminowana w drodze racjonalnej wykładni. Prowadziłaby ona do wniosku, że wszędzie tam, gdzie w treści regulacji prawnych ma miejsce odwołanie się do grupy I, chodzi nie tylko o przysposabiających, lecz również o ich wstępnych^[44] (co nie dotyczy jednak, o czym będzie mowa dalej, przysposobienia niepełnego). Trzeba jednocześnie podkreślić, że tym mankamentem nie jest dotknięty drugi człon art. 14 ust. 4 u.p.s.d., zawierający się w słowach: „[...] a za zstępnych także przysposobionych i ich zstępnych”^[45].

Należy zadać wobec tego pytanie, dlaczego ustawodawca w powyższym przepisie nie posłużył się wyrażeniem, w treści którego punktem odniesienia nie byłiby rodzice, lecz wstępni, obejmując zatem tymże wyrażeniem nie tylko przysposabiających, lecz również ich wstępnych, pozostawiając oczywiście w niezmienionym kształcie drugi człon przepisu? Otóż byłoby to możliwe, gdyby na gruncie polskiego porządku prawnego obowiązywała jednolita koncepcja przysposobienia (odpowiadająca konstrukcji przysposobienia pełnego), jednak specyfika skutków przysposobienia niepełnego przesądza o niedopuszczalności tego rodzaju zabiegu.

Zrozumienie przedstawionych dylematów ułatwi przybliżenie mechanizmu obu rodzajów przysposobienia.

Przysposobienie *pełne* (określane też mianem przysposobienia pełnego rozwiązywalnego), uchodzące za podstawowy rodzaj przysposobienia^[46], w pierwszej kolejności powoduje powstanie między przysposabiającym a przysposobionym takiego stosunku, jak między rodzicem a dzieckiem, a jednocześnie pociąga za sobą nabycie przez przysposobionego praw i obowiązków wynikających z pokrewieństwa również w stosunku do krewnych przysposabiającego, przy czym powyższe skutki rozciągają się na zstępnych przysposobionego (art. 121 § 1, 2 i 3 k.r.o.). Wymienione następstwa

⁴⁴ Zob. też Mańczyk, „Tax groups”, 281.

⁴⁵ Trafnie dostrzegają komplikacje wynikające z brzmienia art. 14 ust. 4 u.p.s.d. Głuchowski, Smoleń, „Klasyfikacja podatników”, 316 oraz Paweł Smoleń, „Rozdział 4. Wysokość podatku”, [w:] Artur Krukowski, Grzegorz Liszewski, Paweł Smoleń, *Komentarz do ustawy o podatku od spadków i darowizn* (Warszawa: Oficyna Prawa Polskiego, 2011), 199-200. Jednak chyba nadmierną obawą autorów jest podyktowana ich opinia, że zawarte w treści przepisu wyrazy „również” oraz „także” mogą sugerować, że przepis ten odnosi się do „przysposabiających łącznie z naturalnymi rodzicami przysposobionego oraz zstepnych naturalnych i zstepnych wynikających z przysposobienia”.

⁴⁶ Elżbieta Holewińska-Łapińska, „Przysposobienie”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XII, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński (Warszawa: C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, 2011), 649.

(poza dodatkowymi, wskazanymi w przepisach, skutkami) charakteryzują także przysposobienie pełne nierozwiązywalne, określane mianem przysposobienia całkowitego^[47]. Natomiast w wypadku przysposobienia niepełnego jego skutki polegają wyłącznie na powstaniu stosunku (jak między rodzicem a dzieckiem) między przysposabiającym a przysposobionym, rozciągając się także (tak jak przy przysposobieniu pełnym) na zstępnych przysposobionego (art. 124 § 1 k.r.o.). Jednocześnie utrzymane zostają więzy pokrewieństwa przysposobionego z jego rodzicami i dalszą rodziną naturalną^[48].

Należy przy tym z naciskiem podkreślić, że orzeczenie przysposobienia nie oznacza powołania do życia stosunku pokrewieństwa; przepisy jedynie wiążą z przysposobieniem skutki, jakie prawo rodzinne, inne działy prawa cywilnego oraz pozostałe gałęzie prawa łączą z naturalnym pochodzeniem dziecka^[49].

W świetle zgłoszonych uwag celowe wydaje się zaproponowanie modyfikacji formuły art. 14 ust. 4 u.p.s.d. w taki sposób, aby zostały wyeliminowane przedstawione wyżej zastrzeżenia natury redakcyjnej oraz merytorycznej. Nowa formuła powinna z jednej strony zawierać odesłanie nie do rodziców (jak w dotychczasowym brzmieniu), lecz do wstępnych, z drugiej zaś strony uwzględniać specyfikę obu rodzajów przysposobienia (pełnego i niepełnego). Zgodnie z przedstawioną propozycją powyższy przepis mógłby mieć następujące brzmienie: „Za wstępnych w rozumieniu ustawy uważa się również przysposabiających oraz (z wyjątkiem przysposobienia, którego skutki polegają wyłącznie na powstaniu stosunku między przysposabiającym a przysposobionym) ich wstępnych, a za zstępnych także przysposobionych i ich zstępnych”.

Doszłoby zatem do pewnej rozbudowy przepisu, ale trudno zaproponować jakieś alternatywne, bardziej sensowne rozwiązanie^[50]. Tak brzmiący przepis (podobnie jak w swoim aktualnym kształcie) nie wyjaśniałby jeszcze, jakie osoby objęte skutkami przysposobienia znalazłyby się w składzie poszczególnych grup podatkowych. Nie budziłoby jedynie wątpliwości,

⁴⁷ Smyczyński, Andrzejewski, *Prawo rodzinne*, 313; Ignatowicz, Nazar, *Prawo rodzinne*, 485; Holewińska-Łapińska, „Przysposobienie”, 669.

⁴⁸ Ignatowicz, „Przysposobienie”, 960; Holewińska-Łapińska, „Przysposobienie”, 664.

⁴⁹ Ignatowicz, Nazar, *Prawo rodzinne*, 485.

⁵⁰ Nie byłby to odosobniony przypadek konieczności uwzględnienia specyficznych skutków przysposobienia niepełnego – zob. np. art. 131 § 1 k.r.o. oraz art. 937 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2024, poz. 1061).

że rozszerzenie zakresu podmiotowego grup podatkowych na stosunek przysposobienia odnosi się, co trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, zarówno do przysposobienia pełnego, jak i niepełnego^[51].

Rozstrzygnięcie zatem kolejnej kwestii natury zasadniczej wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie: o jaki krąg osób, z tytułu powołania do życia stosunku przysposobienia, uległ rozszerzeniu zakres podmiotowy poszczególnych grup podatkowych? Wskazówką ułatwiającą znalezienie właściwego rozwiązania jest okoliczność, że ustawodawca w treści art. 14 ust. 4 u.p.s.d. nie posługuje się formułą zawężającą przewidziane w nim konsekwencje prawne wyłącznie do przysposabiającego i przysposobionego^[52]. Pozwala to na wyciągnięcie wniosku, że zalicza on do powyższego kręgu wszystkie osoby, na które rozciągają się skutki przysposobienia. W tym oczywiście momencie nie pozostaje bez znaczenia odmiennosc konstrukcyjna (wyjaśniona wyżej) każdego z dwóch rodzajów przysposobienia: pełnego (i jego szczególnej odmiany – przysposobienia całkowitego) oraz niepełnego.

W przypadku tego pierwszego ów krąg jest bardzo szeroki, gdyż przysposobionego łączy więź, analogiczna do pokrewieństwa, nie tylko z przysposabiającym, lecz również z jego krewnymi, a wszystkich wyżej wymienionych ze zstępnyimi przysposobionego^[53]. Należałoby zatem przyjąć, że w grupie I (art. 14 ust. 3 pkt 1 u.p.s.d.) będą mieścić się m.in.: przysposobiony, zstępni przysposobionego („odpowiedniki” wnuków, prawnuków itd. przysposabiającego), przysposabiający oraz jego dzieci („odpowiedniki” rodzeństwa przysposobionego) i wstępni („odpowiedniki” dziadków, pradziadków itd. przysposobionego); z kolei w grupie II (art. 14 ust. 3 pkt 2 u.p.s.d.) m.in.: zstępni przysposobionego względem naturalnego dziecka przysposabiającego albo zstępni naturalnego dziecka przysposabiającego względem przysposobionego (analogicznie jak zstępni rodzeństwa), rodzeństwo przysposabiającego względem przysposobionego

⁵¹ Babiarz, *Spadek i darowizna*, pkt 5.3; Adam Mariański, „Art. 14 Grupy podatkowe”, [w:] *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz* (Lex: ABC, 2010), teza 2; Chustecka, Krawczyk, Kurasz, *Ustawa o podatku*, art. 14, teza 4.

⁵² Jak czyni to np. w art. 15 § 1 k.r.o., mówiąc o „przysposobionym” i „przysposabiającym”; czy też w art. 111 § 3 o.p. oraz w art. 115 § 11 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 17, wymieniającymi „osobę pozostającą w stosunku przysposobienia” – co jest źródłem rozbieżnych stanowisk w kwestii kręgu osób objętych tymi przepisami.

⁵³ Holewińska-Łapińska, „Przysposobienie”, 650.

(analogicznie jak rodzeństwo rodziców)^[54], zaś np. dalsi krewni w linii bocznej przysposabiającego (analogicznie jak np. rodzeństwo dziadków) należą już do grupy III. Uogólniając, odpowiednio do zakresu poszczególnych grup podatkowych (I oraz II) będą włączone te osoby objęte skutkami przysposobienia pełnego, które stanowią, ze względu na linię i stopień, „odpowiedniki” krewnych wskazanych w art. 14 ust. 3 pkt 1 i 2 u.p.s.d.

Szczegółne ukształtowanie mechanizmu drugiego rodzaju przysposobienia, czyli niepełnego, sprawia, że krąg podatników znajdujących się w najbardziej korzystnym położeniu (czyli przynależących do grupy I) obejmuje wyłącznie przysposabiającego, przysposobionego oraz zstępnych przysposobionego. Krewni przysposabiającego, m.in. jego wstępni, zstępni czy rodzeństwo, znajdują się (względem przysposobionego) w grupie III^[55].

W sposób analogiczny jak w przypadku pokrewieństwa dochodzi do powstania – pomiędzy osobami, na które rozciągają się skutki przysposobienia, a małżonkiem jednej z tych osób – relacji będących „odwzorowaniem” stosunków powinowactwa. Na przykład pomiędzy małżonkiem przysposabiającego (niebędącego równocześnie przysposabiającym) a przysposobionym powstaje relacja: ojczym (macocha) – pasierb^[56]; małżonek przysposobionego będzie względem przysposabiającego miał pozycję synowej (zięcia), zaś przysposabiający względem tegoż małżonka pozycję teściowej (teścia); więź o charakterze powinowactwa (w linii bocznej), w przypadku rodzeństwa z przysposobienia, zachodzi pomiędzy małżonkiem jednego z rodzeństwa a drugim z rodzeństwa^[57].

Powyższe rozważania wydają się przemawiać za koniecznością uzupełnienia art. 14 ust. 4 u.p.s.d. o formułę wskazującą, w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości, krąg nabywców z tytułu pozostawania w stosunku przysposobienia (pełnego oraz niepełnego), należących do poszczególnych grup podatkowych. Mógłby on brzmieć następująco:

⁵⁴ Podobnie Głuchowski, Smoleń, „Klasyfikacja podatników”, 315 oraz Smoleń, „Art. 14 Wysokość podatku”, 198, według których przysposobienie pełne (w obu jego postaciach) sytuuje objęte jego skutkami osoby w pierwszej albo drugiej grupie podatkowej.

⁵⁵ Głuchowski, Smoleń, „Klasyfikacja podatników”, 315; Smoleń, „Art. 14 Wysokość podatku”, 198; Mariański, „Art. 14 Grupy podatkowe”, teza 2.

⁵⁶ Ignatowicz, „Przysposobienie”, 957; Holewińska-Łapińska, „Przysposobienie”, 586.

⁵⁷ Henryk Haak, Anna Haak-Trzuskawska, *Pokrewieństwo i powinowactwo (pochodzenie dziecka, stosunki między rodzicami a dziećmi, przysposobienie)*. Komentarz do art. 61(7)–127 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 6.

„Do poszczególnych grup podatkowych zaliczają się również odpowiednio osoby, na które rozciągają się skutki przysposobienia”. Kluczowego znaczenia nabierałby zawarty w zdaniu drugim wyraz „odpowiednio”, rozstrzygając o przynależności do poszczególnych grup osób objętych skutkami przysposobienia w zależności od tego, jakich krewnych i powinowatych są one „odpowiednikami”.

Reasumując wnioski wypływające z przedstawionej wyżej analizy stosunku przysposobienia w konstrukcji grup podatkowych, należałoby zachęcić ustawodawcę do nadania przepisowi art. 14 ustęp 4 następującej treści:

„Za wstępnych w rozumieniu ustawy uważa się również przysposabiających oraz (z wyjątkiem przysposobienia, którego skutki polegają wyłącznie na powstaniu stosunku między przysposabiającym a przysposobionym) ich wstępnych, a za zstępnych także przysposobionych i ich zstępnych. Do poszczególnych grup podatkowych zaliczają się również odpowiednio osoby, na które rozciągają się skutki przysposobienia.

Realizacja powyższego postulatu wychodziłaby naprzeciw zgłoszonej w doktrynie sugestii znalezienia rozwiązania harmonizującego sytuację podatkowoprawną stron transferów majątkowych z rodzinnoprawnymi skutkami przysposobienia^[58].

To jest dopiero jedna strona medalu. Należy zadać kolejne kluczowe pytanie, czy orzeczenie przysposobienia pociąga za sobą zmiany w zakresie statusu podatkowoprawnego naturalnych krewnych przysposobionego. Ten problem również wymaga odrębnego rozważenia względem obu rodzajów przysposobienia.

Gdy chodzi o przysposobienie pełne (co dotyczy również przysposobienia całkowitego) decydującą rolę odgrywa mechanizm wyrażający się w ustaniu wynikających z pokrewieństwa praw i obowiązków przysposobionego względem jego krewnych oraz praw i obowiązków tychże krewnych względem przysposobionego (art. 121 § 3 k.r.o.)^[59]. Powoduje to, że osoby te stają się wobec siebie prawnie „obce”. W konsekwencji „przemieszczają

⁵⁸ Głuchowski, Smoleń, „Klasyfikacja podatników”, 317.

⁵⁹ Aczkolwiek pokrewieństwo pomiędzy rodzicami a ich przysposobionym przez inną osobę dzieckiem jako „fakt biologiczny” trwa nadal – Andrzej Stelmachowski, „Przysposobienie”, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. Bronisław Dobrzański, Jerzy Ignatowicz (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1975), 725; Holewińska-Łapińska, „Przysposobienie”, 653.

się” z I lub II grupy podatkowej do grupy III^[60]. Przedstawiony mechanizm doznaje jednak istotnego wyjątku, gdy dochodzi do przysposobienia dziecka współmałżonka (czyli pasierba). W tej sytuacji zostają utrzymane prawa i obowiązki wynikające z pokrewieństwa pomiędzy przysposobionym a wspomnianym współmałżonkiem (czyli rodzicem przysposobionego) i jego krewnymi, co ma miejsce także w razie przysposobienia już po ustaniu małżeństwa przez śmierć tego współmałżonka (art. 121¹ § 1 k.r.o.). Taki skutek następuje również, jeżeli sąd opiekuńczy tak postanowi, względem krewnych drugiego z rodziców przysposobionego, w wypadku gdy do przysposobienia doszło po śmierci tegoż rodzica (art. 121¹ § 2 k.r.o.)^[61]. W sytuacji objętej opisanym wyjątkiem ulega znacznemu poszerzeniu krąg osób zaliczanych do poszczególnych grup podatkowych (I oraz II). Znajdą się bowiem (odpowiednio) w każdej z tych grup, oprócz „krewnych” przysposobionego z przysposobienia, krewni jego rodzica będącego współmałżonkiem przysposabiającego, zaś w sytuacji, o której mowa w art. 121¹ § 2 k.r.o., ponadto krewni jego zmarłego (drugiego) rodzica.

W wypadku przysposobienia niepełnego nie dochodzi do zmian charakteryzujących przysposobienie pełne, albowiem zachowane zostają (jak wyjaśniono wyżej) prawa i obowiązki wynikające z pokrewieństwa między przysposobionym i jego krewnymi naturalnymi. Stawia to tym samym przysposobionego (i jego zstępnych) w szczególnie korzystnym położeniu. Na przykład, uczynione na rzecz przysposobionego albo jego dziecka darowizny zarówno przez przysposabiającego, jak i (naturalnego) rodzica przysposobionego kwalifikują obdarowanych (w odniesieniu do każdej z tych darowizn) do I grupy podatkowej.

Doniosłe skutki podatkowoprawne pociąga za sobą również zniweczenie stosunku przysposobienia, co następuje w przypadku jego rozwiązania (art. 125 § 1 k.r.o.)^[62]. Dzieje się tak za sprawą mechanizmu zawartego

⁶⁰ Tego rodzaju trafne zapatrywanie zostało wyrażone w treści interpretacji indywidualnej organu skarbowego – Pismo z dnia 30 listopada 2018 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0111-KDIB2-2.4015.99.2018.1.MZA, <https://sip.lex.pl/openlex>. Jednak przeciwstawne (nietrafne) stanowisko zostało zajęte w decyzji organu podatkowego – Pismo z dnia 24 kwietnia 2007 r. Pierwszego Urzędu Skarbowy w Gdyni, PM/PS/436-4/07/SD, <https://sip.lex.pl/openlex>, zaliczającej osobę, z tytułu otrzymanej darowizny od ojca (biologicznego), a będącej jednocześnie przysposobioną, do grupy I.

⁶¹ Tym samym, jak zauważa Holewińska-Łapińska, „Przysposobienie”, 660, dziecko „przynależy” do rodzin obojga swoich rodziców (w linii ojczystej i macierzystej) oraz do rodziny przysposabiającego ojczyzna lub macochy.

⁶² Głuchowski, Smoleń, „Klasyfikacja podatników”, 318.

w treści art. 126 § 1 zd. pierwsze k.r.o., a przewidującego, że z chwilą rozwiązania przysposobienia ustają (z pewnymi wyjątkami) jego skutki (przede wszystkim określone w art. 121 – 123 k.r.o.). Oznacza to, że przysposobiony powraca w sensie prawnym (ze skutkiem *ex nunc*) do swej rodziny naturalnej, w szczególności ustaje wynikający z przysposobienia stan cywilny oraz pokrewieństwo przysposobionego względem krewnych z przysposobienia, a przysposobiony odzyskuje stan cywilny, jaki miał przed orzeczeniem przysposobienia^[63]. Konsekwencją tego, na gruncie przepisów o podatku od spadków i darowizn, jest „powrót” dotychczasowego przysposabiającego (i jego krewnych), jak również dotychczasowego przysposobionego odpowiednio do tych grup podatkowych, do jakich byli zaliczeni przed orzeczeniem przysposobienia.

5 | Uwagi końcowe i wnioski

Ukształtowanie dla potrzeb daniny od nieodpłatnych przysporzeń (jakim jest podatek od spadków i darowizn) systemu grup podatkowych, mającego w swym założeniu we właściwy sposób realizować funkcję prorodzinną, a ponadto stanowić konstrukcję przejrzystą, spójną i niebudzącą kontrowersji interpretacyjnych nie jest, jak widać, łatwym zadaniem. Stąd oczywista potrzeba, w ramach dyskusji nad istniejącymi w tej materii rozwiązaniami, nie tylko wskazywania określonych niejasności i mankamentów oraz prób ich eliminowania w drodze wykładni, lecz również zgłaszania interwencji ustawodawcy w celu udoskonalenia obowiązującego stanu prawnego.

Warto zatem przypomnieć kwestie, nad którymi należałoby bliżej zastanowić się. Wątpliwości na tle przynależności grupowej małżonków, względem których sąd orzekł separację, można by, podobnie jak to ma miejsce w przypadku unieważnienia małżeństwa, rozstrzygnąć w drodze wykładni. Właściwy jej kierunek, jak starano się uzasadnić we wcześniejszych wywodach, sprowadza się do uznania, że termin „małżonek” w art. 14 ust. 3 u.p.s.d. odnosi się również do osoby, względem której sąd orzekł separację. Być może jednak – dla usunięcia rozbieżności, które (czego się

⁶³ Ignatowicz, Nazar, *Prawo rodzinne*, 502-503; Smyczyński, Andrzejewski, *Prawo rodzinne*, 330.

nie da wykluczyć) od czasu do czasu mogą pojawiać się w piśmiennictwie (a możliwe, że i w praktyce) – warto byłoby rozważyć celowość rozwiązania tego problemu na drodze ustawodawczej.

W odniesieniu do krewnych i powinowatych poważniejsze wątpliwości interpretacyjne specjalnie nie dają o sobie znać, zaś istniejące niekiedy w tym względzie niejasności w praktyce wynikają ze specyfiki konfiguracji podmiotowej, kryjącej się pod używaną przez ustawodawcę terminologią. Z pewnością da się je wyeliminować w drodze starannej wykładni. Natomiast za pożądany należy uznać postulat *de lege ferenda* zmierzający do weryfikacji składu osobowego poszczególnych grup podatkowych pod kątem rzeczywistych więzi międzyludzkich. Spektakularnym przykładem jest pominięcie (w składzie grupy II) kuzynów.

W podobnym duchu można pokusić się o ocenę usytuowania przysposobienia w obrębie grup podatkowych. Też o objęciu zakresem I i II grupy podatkowej osób, na które rozciągają się skutki przysposobienia, a które to osoby stanowią „odpowiedniki” wchodzących w skład tychże grup krewnych lub powinowatych, da się sformułować w drodze racjonalnej wykładni art. 14 ust. 4 u.p.s.d. Dobrze byłoby jednak rozważyć próbę rozwiązania również tej kwestii w drodze ustawodawczej, stosownie do zamieszczonej wyżej propozycji.

W treści opracowania wskazano przykładowe brzmienie proponowanych rozwiązań, jakie ustawodawca mógłby wziąć pod uwagę w razie przychylenia się do zgłoszonych postulatów *de lege ferenda*.

Widać więc, że realizacji zgłoszonych wniosków i postulatów nie zawsze da się dokonać w drodze wypracowania odpowiedniego kierunku wykładni bez stosownej zmiany stanu prawnego.

Bibliografia

- Babiarz Stefan. *Spadek i darowizna w prawie cywilnym i podatkowym*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2019.
- Babiarz Stefan, „Art. 4(a) Zwolnienia grupy o”, [w:] *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz*, tezy 1 – 8. Lex: ABC, 2010.
- Brzeszczyńska Stella, *Podatek od spadków i darowizn*. Warszawa: C.H. Beck, 2005.
- Chustecka Krystyna, Ireneusz Krawczyk, Maciej Kurasz, *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz*. Lex: Lexis Nexis, 2007.

- Gajda Janusz, „Unieważnienie małżeństwa”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński. 145-199. Warszawa: C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, 2009.
- Głuchowski Jan, Paweł Smoleń, „Klasyfikacja podatników na gruncie ustawy o podatku od spadków i darowizn” *Gdańskie Studia Prawnicze*, nr 1 (2007): 301-324.
- Goettel Aleksy, *Podatkowoprawne skutki zawarcia i ustania małżeństwa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Goettel Mieczysław, „Stosunki quasi-rodzinne w konstrukcji grup podatkowych w świetle przepisów o podatku od spadków i darowizn” *Państwo i Prawo*, z. 8 (2023): 30-43.
- Haak Henryk, Anna Haak-Trzuskawska, *Pokrewieństwo i powinowactwo (pochodzenie dziecka, stosunki między rodzicami a dziećmi, przysposobienie)*. Komentarz do art. 61(7)-127 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Holewińska-Łapińska Elżbieta, „Przysposobienie”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XII, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński. 489-750. Warszawa: C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, 2011.
- Ignatowicz Jerzy, „Przysposobienie”, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. Józef S. Piątkowski. 908-993. Warszawa: Ossolineum, 1985.
- Ignatowicz Jerzy, Mirosław Nazar, *Prawo rodzinne*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Kasprzyk Piotr, *Separacja prawna małżonków*. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2003.
- Łukasiewicz Jakub M., „Zagadnienia wstępne”, [w:] *Instytucje prawa rodzinnego*, red. Jakub M. Łukasiewicz. 15-47. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Mańczyk Paweł, „Tax groups in gift and inheritance tax” *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*, nr 1 (2020): 277-286. <https://doi.org/10.32084/tekapr.2020.13.1-21>.
- Mariański Adam, „Art. 14 Grupy podatkowe”, [w:] *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz*, art. 14, tezy 1 – 3. Lex: ABC, 2010.
- Nazar Mirosław, „Konkubinat”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński. 907-964. Warszawa: C.H. Beck-Institut Nauk Prawnych PAN, 2009.
- Ofiarski Zbigniew, *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC, 2002.
- Panowicz-Lipska Janina, „Separacja”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński. 805-906. Warszawa: C.H. Beck-Institut Nauk Prawnych PAN, 2009.
- Piotrowski Arkadiusz, „Majątkowe skutki orzeczenia separacji” *Nowy Przegląd Notarialny*, nr 3 (2004): 31-79.

- Rynkiewicz Dominik, „Przywileje podatkowe dla najbliższej rodziny zbywcy w podatku od spadków i darowizn” *Studia Iuridica Lublinensia*, t. XIII (2010): 237-246.
- Smoleń Paweł, „Art. 14 Grupy podatkowe”, [w:] *Podatek od spadków i darowizn. Komentarz*, tezy 1 – 14. Lex: Wolters Kluwer, 2021.
- Smoleń Paweł, „Rozdział 4. Wysokość podatku”, [w:] Artur Krukowski, Grzegorz Liszewski, Paweł Smoleń, *Komentarz do ustawy o podatku od spadków i darowizn*. 189-211. Warszawa: Oficyna Prawa Polskiego, 2011.
- Smyczyński Tadeusz, „Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smyczyński. 25-65. Warszawa: C.H. Beck-Institut Nauk Prawnych PAN, 2009.
- Smyczyński Tadeusz, „Zagadnienia wprowadzające”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smyczyński. 1-24. Warszawa: C.H. Beck-Institut Nauk Prawnych PAN, 2009.
- Smyczyński Tadeusz, Marek Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*. Warszawa: C.H. Beck, 2022.
- Stelmachowski Andrzej, „Przysposobienie”, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. Bronisław Dobrzański, Jerzy Ignatowicz. 693-758. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1975.
- Szczygieł Jan, „Art. 4(a) Zwolnienia podmiotowe”, [w:] *Podatek od spadków i darowizn. Komentarz*, tezy 1-17. Lex: Wolters Kluwer Polska, 2021.
- Święch Katarzyna, *Pozycja rodziny w polskim prawie podatkowym*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.
- Wantoch-Rekowski Jacek, „Art. 14 Zasada dotycząca ustalenia wysokości podatku”, [w:] *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz*. tezy 1 – 19. Lex: Wolters Kluwer, 2022.
- Winiarz Jan, „Zawarcie i unieważnienie małżeństwa”, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. Józef S. Piąkowski. 122-215. Warszawa: Ossolineum, 1985.
- Winiarz Jan, „Źródła, przedmiot i zasady polskiego prawa rodzinnego”, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. Józef S. Piąkowski. 7-73. Warszawa: Ossolineum, 1985.
- Wrzesińska-Nowacka Aleksandra, „Rozdział 4 Wysokość podatku”, [w:] *Podatek od spadków i darowizn. Komentarz*. 331-377. Gdańsk: ODDK, 2015.
- Zielonacki Andrzej, *Zawarcie małżeństwa*. Warszawa: Ossolineum, 1985.



„Rules of the organization” w kontekście zdolności traktatowej organizacji międzynarodowych

„Rules of the Organization” in the Context of the Treaty-Making Capacity of International Organizations

Abstract

The paper deals specifically with the issue of the international legal personality of contemporary international organizations. This legal personality confers on international organizations certain capacities which they can use in their relations with other subjects of international law. Among these capacities, the capacity of international organizations to conclude treaties occupies a particularly prominent place. The author's hypothesis is that the treaty-making capacity of international organizations derives from general international law, but its application in practice is determined by the principle of speciality. Unlike states, international organizations do not have a general capacity, but their capacity is defined by their statutory functions and objectives. The Vienna Convention of 1986 provides that the capacity of international organizations to enter into treaties is determined by the rules of the organization. This concept includes first and foremost the constitutive instruments, but also decisions and resolutions adopted in accordance with them, as well as the established practice of international organizations.

KEYWORDS: international organization, international legal personality, treaty-making capacity, powers of the international organization, rules of the organization

SŁOWA KLUCZOWE: organizacja międzynarodowa, podmiotowość międzynarodowa, zdolność traktatowa, kompetencje organizacji międzynarodowej, reguły organizacji międzynarodowej

TADEUSZ GADKOWSKI – profesor nauk prawnych, Uniwersytetu Kaliskiego im. Prezydenta Stanisława Wojciechowskiego, ORCID – 0000-0001-5837-8397, e-mail: tgadkowski@gmail.com

1 | Uwagi wprowadzające

W procesie ewolucji współczesnego prawa międzynarodowego szczególne znaczenie miało powstanie i dynamiczny rozwój organizacji międzynarodowych, zwłaszcza w drugiej połowie XX wieku. Proces ten spowodował odejście od dogmatu określającego, że „międzynarodowość” tego prawa w wymiarze podmiotowym oznaczała zwłaszcza to, iż jego podmiotowość była równoznaczna z suwerennością. Odejście od tego dogmatu nie było łatwe nawet w sytuacji, w której Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w swojej fundamentalnej opinii doradczej w sprawie odszkodowania za straty poniesione w służbie ONZ z 1949 r. stwierdził, że podmioty prawa w danym systemie prawnym niekoniecznie są ze sobą identyczne w swojej naturze czy w wymiarze praw, a natura ta w istocie rzeczy zależy od potrzeb wspólnoty^[1]. Nie ulega jednak wątpliwości, że to stanowisko Trybunału – nawet jeżeli nie zakończyło doktrynalnych sporów w tym zakresie – to nie tylko utorowało drogę do faktycznej akceptacji podmiotowości prawnomiędzynarodowej Organizacji Narodów Zjednoczonych i innych międzynarodowych organizacji rządowych, ale stanowiło również wystarczająco wartościową podstawę do budowania teoretycznej koncepcji podmiotowości organizacji międzynarodowych w ogóle^[2].

W opinii wielu autorów element podmiotowości prawnomiędzynarodowej jest zaliczany do niezbędnego minimum definicyjnego współczesnych organizacji międzynarodowych jako ich szczególna metacecha^[3]. Jest to niewątpliwie stanowisko nawiązujące do ponadczasowej w swojej treści definicji organizacji międzynarodowej Geralda Fitzmaurice’a, który przyjął, że własna podmiotowość prawnomiędzynarodowa organizacji międzynarodowej jest jej konstytutywną cechą. Autor ten poszedł nieco dalej i w swojej definicji podkreślił, że własna podmiotowość, na którą składa się kilka podstawowych atrybutów, ma przede wszystkim umożliwić organizacjom międzynarodowym aktywny udział w stanowieniu prawa międzynarodowego, a zwłaszcza zawieranie umów międzynarodowych

¹ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, 178.

² Anne Peters, „Constitutional Theories of International Organisations: Beyond the West” *Chinese Journal of International Law*, t. XX (2021): 651.

³ Tadeusz Gądkowski, *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa organizacji międzynarodowych a ich zdolność traktatowa* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2019), 79.

z państwami i innymi organizacjami międzynarodowymi^[4]. To z kolei oznacza, że zdolność traktatowa, umiejscowiona w szerszym kontekście zdolności do kształtowania międzynarodowego porządku prawnego, jest najważniejszym atrybutem ich prawnomiędzynarodowej podmiotowości. Zdolność ta nie tylko umożliwia organizacjom bezpośredni udział w kształtowaniu prawa międzynarodowego, ale jej realizacja jest warunkiem skutecznego podejmowania przez nie innych działań w ramach pozostałych atrybutów tej podmiotowości. Trudno byłoby sobie wyobrazić skuteczne działania organizacji międzynarodowych w ramach *ius legationis*, czy *ius standi* bez możliwości szerokiego korzystania z podstawowej zdolności traktatowej. Należy przy tym pamiętać, że podmiotowość organizacji międzynarodowych i jej atrybuty, w tym zdolność traktatowa, są oderwane od suwerenności i dlatego, jeżeli *ius tractatum* państw ma z istoty swej charakter ogólny, to w odniesieniu do organizacji międzynarodowych zakres realizacji tej zdolności określa zasada specjalności, co w wymiarze przedmiotowym oznacza jej uwarunkowanie funkcjonalne.

Skoro zdolność traktatowa jest tak jednoznacznie powiązana z podmiotowością prawa międzynarodowego, to jej źródeł należy poszukiwać w szerszym kontekście, tak jak to uczynił Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości we wspomnianej opinii doradczej. Nie można bowiem jednoznacznie przyjąć, że podmiotowość prawnomiędzynarodowa organizacji międzynarodowych ma wyłącznie subiektywny albo wyłącznie obiektywny charakter. Obie koncepcje teoretyczne w tym zakresie mają swoją wartość naukową, a więc zarówno tradycyjna koncepcja subiektywnej podmiotowości, jak również znacznie bardziej dyskusyjna koncepcja podmiotowości obiektywnej autorstwa Finna Seyersteda, której nie można odmówić głębokiej, intelektualnej wartości^[5]. Jest jednak tak, że wypracowywane przez naukę założenia koncepcji teoretycznych weryfikuje praktyka międzynarodowa, a na bazie tej praktyki można przyjąć, że podmiotowość prawnomiędzynarodowa rządowych organizacji międzynarodowych jest subiektywna w kontekście jej źródła, ale zarazem obiektywna w kontekście jej faktycznego istnienia, a zwłaszcza w kontekście

⁴ Gerald G. Fitzmaurice, „Report on the Law of Treaties by G.G. Fitzmaurice, Special Rapporteur” YILC, t. II (1956): 108.

⁵ Finn Seyersted, *Common Law of International Organizations* (Leiden-Boston, Brill, 2008), 43.

przeciwstawialności podmiotowości państw, jak również innych organizacji międzynarodowych^[6].

Zdolność traktatowa organizacji międzynarodowych powinna więc być dyskutowana w powiązaniu z ich podmiotowością. Uprawnione jest w związku z tym kolejne założenie, że podmiotowość prawnomiędzynarodowa organizacji międzynarodowej będzie zawsze implikowała jej zdolność traktatową, bez potrzeby formułowania w akcie konstytucyjnym wyrażonego postanowienia w tej sprawie. Przesądzający jest w tej kwestii status organizacji jako podmiotu prawa międzynarodowego, a nie konkretny przepis sformułowany w statucie, czy w innym akcie konstytucyjnym. Przepis taki jest natomiast ważny, ale nie do końca rozstrzygający, gdy chodzi o konkretne kompetencje organizacji międzynarodowej do zawierania umów międzynarodowych. Takie kompetencje, jako kompetencje przyznane organizacji międzynarodowej, wynikają najczęściej z wyrażonych postanowień statutowych. W praktyce mogą to być jednak również kompetencje dorozumiane, wywodzone nie tylko z kompetencji wyrażnie przyznanych, ale – jak uczy doświadczenie niektórych organizacji międzynarodowych – również z wewnętrznego ustawodawstwa organizacji międzynarodowej, a nawet z jej statutowego celu, dla realizacji którego kompetencje wewnętrzne powinny zostać odpowiednio uzupełnione przez zewnętrzne kompetencje traktatowe^[7].

Każda organizacja międzynarodowa ma indywidualny charakter, co wynika zwłaszcza z faktu, że decyzja o jej ustanowieniu ma charakter indywidualno-konkretny i wyrażona jest w indywidualnym akcie woli, który może mieć różną nazwę, rangę, formę oraz treść^[8]. Ukierunkowana funkcjonalnie zdolność traktatowa konkretnej organizacji, nawiązująca do charakterystycznej dla jej podmiotowości zasady specjalności, w procesie jej realizacji w praktyce jest rządzona przede wszystkim odpowiednimi regułami organizacji, a zwłaszcza postanowieniami jej dokumentu

⁶ Gadkowski, *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa*, 170.

⁷ Na temat dorozumianych kompetencji organizacji międzynarodowych patrz np. Krzysztof Skubiszewski, „Implied Powers of International Organizations”, [w:] *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, red. Yoran Dinstein, Mala Tabory (Dordrecht, Martinus Nijhof Publishers, 1989), 857-858; Catherine Brölmann, *The Institutional Veil in Public International Law. International Organizations and the Law of Treaties* (Oxford and Portland, Oxford University Press, 2007), 69; Piet Eeckhout, *EU External Relations Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 80.

⁸ Andrzej Gadkowski, *Treaty-making Powers of International Organizations* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2018), 224.

konstytucyjnego. W związku z tym uzasadnione jest zbadanie tych „rules of the organization”, o których mówi art. 6 Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów pomiędzy państwami i organizacjami międzynarodowymi lub pomiędzy organizacjami międzynarodowymi z 21 marca 1986 r.^[9] Jego analiza i ocena pod kątem określenia istoty i charakteru tych reguł będzie przedmiotem rozważań zaprezentowanych w szczegółowej części niniejszego tekstu.

2 | Zdolność traktatowa organizacji międzynarodowych

W doktrynie dosyć powszechne jest stanowisko, że zdolność traktatowa organizacji międzynarodowych, oznaczająca ich generalną zdolność do zawierania umów, wynika co do zasady z powszechnego prawa międzynarodowego^[10]. Takie podejście do istoty tej zdolności nie oznacza, że każda organizacja międzynarodowa może zawierać każdą umowę i może to czynić według własnego uznania. W przeciwieństwie do państw organizacje międzynarodowe nie mają przecież kompetencji ogólnej, a zasadą, która określa zarówno zakres ich zdolności międzynarodowej, jak i intensywność korzystania z tej zdolności w praktyce jest wspomniana wyżej zasada specjalności. Należy pamiętać o tym, że w odniesieniu do zdolności traktatowej państw Konwencja Wiedeńska o prawie traktatów z 23 maja 1969 r. formułuje w art. 6 ich generalną zdolność traktatową, stanowiąc wyraźnie, że każde państwo posiada zdolność do zawierania traktatów. Jest to oczywiste, jako że zdolność traktatowa, będąca atrybutem suwerenności państwa, nie jest co do zasady limitowana zarówno przez pozytywne, jak i zwyczajowe prawo międzynarodowe. Natomiast w Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r. nie znajdujemy takiego generalnego sformułowania w odniesieniu do organizacji międzynarodowych^[11]. Jeżeli jednak konkretna organizacja

⁹ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, vol. II (United Nations Publication, Sales No. E.94.V.5).

¹⁰ Jan Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 41.

¹¹ Brölmann, *The Institutional Veil*, 141.

międzynarodowa, jako mniej lub bardziej zinstytucjonalizowana forma współpracy międzynarodowej, posiada własną podmiotowość prawnomiędzynarodową, której szczególnym atrybutem jest zdolność traktatowa, to może ona zawierać umowy międzynarodowe. Teza ta znajduje wyraźne potwierdzenie w postanowieniach preambuły do Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r. Wskazane są w nich specyficzne cechy umów międzynarodowych, których stronami są organizacje międzynarodowe jako podmioty inne niż państwa, a ponadto postanowienia te określają jednoznacznie, że organizacje międzynarodowe mają zdolność do zawierania traktatów (*capacity to conclude treaties*), która jest potrzebna do wykonywania ich funkcji i realizacji ich celów. Takie ukierunkowanie zdolności traktatowej organizacji międzynarodowych na wykonywanie ich funkcji i realizację ich celów dobrze odzwierciedla zasadę specjalności oraz istotę ich podmiotowości prawnomiędzynarodowej, która tą zasadą jest rządzona^[12]. Należy w związku z tym zauważyć, że w doktrynalnej dyskusji nad podmiotowością organizacji międzynarodowych postanowienia te są często powoływane w kontekście uzasadniania tezy, że zdolność traktatowa organizacji międzynarodowych ma co do zasady rodowód w zwyczajowym prawie międzynarodowym^[13].

Jeżeli zdolność traktatowa stanowi nieodłączny element podmiotowości międzynarodowej nie tylko organizacji międzynarodowej, ale każdego podmiotu prawa międzynarodowego, to jej zakres jest różny w odniesieniu do poszczególnych kategorii podmiotów. Jednakże tylko w odniesieniu do suwerennych podmiotów państwowych możemy mówić o jej ogólnym charakterze. Stąd też, pomimo szerokiej i wielowątkowej dyskusji, jaka przebiegała na forum Komisji Prawa Międzynarodowego podczas prac nad projektem Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r., właśnie z uwagi na odmienną od państwowej podmiotowość organizacji międzynarodowych w ostatecznym tekście konwencji nie znalazł się przepis podobny w swojej treści do treści przepisu art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1969 r.^[14] W szczegółowych dyskusjach na forum Komisji podnoszony był również argument znacznego

¹² Henry G. Schermers, Niels M. Blokker, *International Institutional Law* (Leiden-Boston, Brill, 2008), 1124.

¹³ Dla przykładu: Hungdah Chiu, *The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties and the Special Legal Aspects of the Treaties so Concluded* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1966), 34.

¹⁴ Brölmann, *The Institutional Veil*, 141 i nast.; Olufemi Elias, „Who Can Make Treaties? International Organizations”, [w:] *The Oxford Guide to Treaties*, red. Duncan B. Hollis (Oxford: Oxford University Press, 2012), 80.

zindywidualizowania organizacji międzynarodowych pod kątem podstaw prawnych ich ustanawiania, funkcjonowania, członkostwa, struktury instytucjonalnej, celów, funkcji oraz kompetencji^[15]. Taki indywidualny charakter poszczególnych organizacji międzynarodowych, ustanawianych przez państwa we wszystkich praktycznie dziedzinach współpracy międzynarodowej i mających w swojej działalności realizować bardzo zróżnicowane oczekiwania fundatorów ich międzynarodowej podmiotowości, determinuje więc w praktyce kierunki, formy i zakres realizowania zdolności traktatowej przez każdą z nich^[16].

Takie właśnie stanowisko obrazują postanowieniach art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r. które w swojej treści odzwierciedlają kompromis osiągnięty w czasie dyskusji na forum Komisji w sprawie specyfiki podmiotowości organizacji międzynarodowych i ich kompetencji^[17]. Przepis ten stanowi, że: „zdolność organizacji międzynarodowej do zawierania umów rządzona jest odnośnymi regułami tej organizacji”. Potwierdza to sformułowaną już wyżej tezę, że zdolności traktatowej organizacji międzynarodowej nie ustanawia ani sama Konwencja Wiedeńska, ani żadna inna umowa jako akt pozytywnego prawa międzynarodowego, a wynika ona – jako atrybut podmiotowości prawnomiędzynarodowej organizacji międzynarodowych – z powszechnego prawa międzynarodowego. Oznacza to w konsekwencji, że domniemanie przemawia na rzecz zdolności traktatowej wyposażonych w podmiotowość prawnomiędzynarodową organizacji międzynarodowych. Takie domniemanie, uprawnione w kontekście istoty i charakteru podmiotowości organizacji międzynarodowych, może zostać

¹⁵ Nicolas Levrat, „Article 6 of the 1986 Vienna Convention: capacity of International Organizations to conclude Treaties”, [w:] *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, red. Olivier Corten, Pierre. Klein (Oxford: Oxford University Press, 2011), 117.

¹⁶ Olufemi Elias pisze w tym kontekście, że każda organizacja międzynarodowa posiada „own distinctive legal image”, co wiąże się w konsekwencji z różnym zakresem realizacji ich zdolności w ramach poszczególnych atrybutów podmiotowości prawnomiędzynarodowej; Elias, *Who Can Make Treaties?*, 80.

¹⁷ Wynikiem tej dyskusji była konkluzja Komisji, że: „the result of compromise based essentially on the finding that this article should in no way be regarded as having the purpose or effect of deciding the question of the status of international organizations in international law; that question remains open, and the proposed wording is compatible both with the concept of general international law as the basis of international organizations’ capacity and with the opposite concept”; YILC, t. II (1982): 24 (część druga).

obalone przez wyraźne postanowienie aktu konstytucyjnego konkretnej organizacji o zaprzeczeniu zdolności traktatowej^[18].

W praktyce występują oczywiście głębokie różnice pomiędzy umowami zawieranymi przez organizacje międzynarodowe, ale ta sprawa związana jest z procesem realizowania w przez poszczególne organizacje ich kompetencji do zawierania umów międzynarodowych. Z natury rzeczy są to przede wszystkim kompetencje powierzone przez państwa w postanowieniach statutowych, ale mogą one realizować i realizują również kompetencje dorozumiane w zakresie kształtowania swoich stosunków zewnętrznych, a więc kompetencje rozumiane jako *treaty-making powers*. W odniesieniu natomiast do zdolności traktatowej, rozumianej jako *treaty-making capacity*, nie powinno się tej zdolności różnicować w takim sensie, aby przypisywać ją jednym organizacjom międzynarodowym, a odmawiać innym. Z postanowień art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r. wynika również, że zgodnie z potwierdzoną w jej preambule zasadą specjalności, zdolność ta jest ukierunkowana na wykonywanie funkcji organizacji międzynarodowych i realizację ich celów. Natomiast już samo wykonywanie przez konkretną organizację międzynarodową tak umocowanej zdolności traktatowej jest rządzone prawem pozytywnym, więc „odnośnymi regułami organizacji”.

Precyzując powyższe uwagi można stwierdzić, że zdolność traktatowa jako szczególnie atrybut podmiotowości prawnomiędzynarodowej organizacji międzynarodowych, podobnie zresztą jak w odpowiednich proporcjach inne atrybuty tej podmiotowości, ma swoje ogólne podstawy w powszechnym prawie międzynarodowym. Trudno byłoby przesądzać do końca kwestię takich podstaw w odniesieniu do pozostałych atrybutów podmiotowości, ale co do zdolności traktatowej, to sprawa ta wydaje się mieć szczególnie wysoka rangę. Wyżej zostało już podkreślone, że pierwszorzędny charakter i szczególna pozycja szczególnej zdolności organizacji międzynarodowych, jaką jest zdolność traktatowa wynikają z faktu, że jej istnienie w dużej mierze warunkuje skuteczną realizację przez organizacje międzynarodowe innych atrybutów ich podmiotowości. Trudno byłoby sobie wyobrazić realizację przez organizacje międzynarodowe ich *ius legationis* czy *ius standi* bez odpowiedniego korzystania przez nie z własnych kompetencji do zawierania umów, realizowanych w ramach własnej zdolności traktatowej, mającej przecież swoje znacznie szersze, aniżeli traktatowe źródła.

18 Przykłady patrz: Gadkowski, *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa*, 199.

Powyższe uwagi uzasadniają sformułowanie konkluzji, że przepis art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r. powinien być odczytywany i interpretowany w następujący sposób: podczas gdy ogólna zdolność traktatowa organizacji międzynarodowych wynika z powszechnego prawa międzynarodowego, to w procesie jej praktycznej realizacji jest ona rządzona odpowiednimi regułami konkretnej organizacji, które w praktyce są źródłem jej *treaty-making powers*^[19]. Wydaje się, że na poparcie tej tezy można przywołać stanowisko, które sformułował J. Brierly, pierwszy sprawozdawca KPM w procesie kodyfikacji prawa traktatów. Wskazał on na inherentny charakter zdolności traktatowej organizacji międzynarodowych, która w praktyce oznacza ich kompetencje do zawierania umów zgodnie z literą i duchem ich instrumentów konstytucyjnych^[20].

3 | Rules of the organization

Prezentując sposób rozumienia oraz istotę powołanych w art. 6 Konwencji reguł organizacji, należy pamiętać o tym, że w pierwotnym projekcie tego przepisu zostało zaproponowane nieco inne określenie, a mianowicie „odpowiednie reguły organizacji” (*relevant rules of the organization*). Określenie to spotkało się ze sprzeciwem delegacji reprezentujących różne organizacje międzynarodowe, w tym również Wspólnotę Europejską. Uważały one, że proponowane sformułowanie stwarzałoby niebezpieczeństwo nazbyt szerokiego i dowolnego interpretowania reguł organizacji. Ostatecznie więc Komisja przyjęła koncepcję szerszego rozumienia tego pojęcia, pozostając przy *rules of organization*^[21]. Przykład ten wskazuje na zróżnicowane podejście Komisji do podobnej problematyki, jako że we wcześniejszej Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. przepis jej art. 5, określający zakres przedmiotowy zastosowania jej postanowień stanowi, że ma ona zastosowanie do każdego traktatu, który jest aktem konstytucyjnym organizacji międzynarodowej, oraz do każdego

¹⁹ Brölmann, *The Institutional Veil*, 204.

²⁰ YILC, t. II (1950): 230, para. 44; patrz też komentarz: Clive Parry, *The Law of Treaties*, w *Manuel of Public International Law*, red. Max Sørensen (London-Melbourne-Toronto: St. Martin's Press, 1968), 184.

²¹ YILC, t. II (1982): 23-24.

traktatu przyjętego w ramach organizacji międzynarodowej, jednakże bez uszczerbku dla jej jakichkolwiek odpowiednich reguł. Konwencja nie definiuje jednak tego pojęcia i nie używa go w swoich kolejnych postanowieniach^[22]. Z kolei w Konwencji Wiedeńskiej o reprezentacji państw w ich stosunkach z organizacjami międzynarodowymi o charakterze uniwersalnym z 1975 r. znajdujemy zarówno pojęcie reguł organizacji (np. art. 1 i art. 10), jak również pojęcie odpowiednich reguł organizacji (art. 3), przy czym art. 1 (34) formułuje definicję tego pierwszego. Ponadto należy zauważyć, że art. 2 (b) projektu artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych zdefiniował na potrzeby tej kodyfikacji pojęcie reguł organizacji w sposób identyczny, jak to uczynił art. 2 (1) (j) Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r.^[23]. Niestety żadna z tych konwencji nie określa istoty i charakteru definiowanego pojęcia.

W konsekwencji przyjęcia stanowiska, że wskazane w przepisie art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r. reguły organizacji należy odczytywać jako faktyczne źródła *treaty-making powers* organizacji międzynarodowej rodzi uzasadnione pytanie o sposób ich rozumienia. Odpowiadając na to pytanie, można byłoby poprzestać na obrazowym określeniu Catherine Brölmann, że chodzi tu o „institutional make-up of the organization”, ale to nie byłaby odpowiedź satysfakcjonująca, jako że chodzi o pytanie szczególnie ważne z punktu widzenia praktyki traktatowej organizacji międzynarodowych^[24]. Musimy się więc odwołać do postanowień art. 2 (1) (j) Konwencji z 1986 r., w których – na wzór innych, wyżej wskazanych konwencji kodyfikacyjnych Komisji Prawa Międzynarodowego – pojęcie reguł organizacji zostało zdefiniowane przy klasycznym założeniu, że znaczenie tego pojęcia zostało ustalone dla celów konkretnej konwencji. Z przepisu tego wynika, że z uwagi na indywidualny charakter każdej organizacji międzynarodowej, mające również indywidualny charakter, reguły danej organizacji należy rozumieć w taki sposób, że obejmują one w szczególności: jej dokument konstytucyjny, przyjęte zgodnie z nim decyzje i rezolucje oraz utrwaloną praktykę tej organizacji^[25]. Nie ulega wątpliwości, że pierwszorzędne

²² Analiza tych postanowień patrz np. Olivier Corten, Pierre Klein, Maxime Didat, Ian M. Sinclair, *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités: Commentaire article par article*, t. I (Bruxelles: Bruylant, 2006), 151

²³ ILC Report 63rd Session (2011), UN Doc. A/66/10.

²⁴ Brölmann, *The Institutional Veil*, 93.

²⁵ Christiane Ahlborn, „The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility”, *International Organizations Law Review*, vol. VIII (2011): 397.

znaczenie mają w tym zakresie postanowienia aktu konstytucyjnego jako statutu organizacji międzynarodowej, niezależnie od jego formy i kształtu, uzupełnione o akty przyjmowane na jego podstawie w formie uchwał różnej rangi i mocy, a także utrwaloną praktykę organizacji^[26]. W kontekście praktyki traktatowej konkretnej organizacji międzynarodowej można więc powiedzieć, że jej kompetencje w tym zakresie (*treaty-making powers*) mają różne źródła, określane ogólnym mianem reguł organizacji. To właśnie na podstawie takich reguł możemy określić nie tylko zakres kompetencji traktatowych konkretnej organizacji międzynarodowej, ale również indywidualny charakter i zakres jej własnych kompetencji w ogóle. Interpretacja indywidualnych kompetencji traktatowych danej organizacji międzynarodowej musi być oparta na wielu podstawach, a więc przede wszystkim na jej statucie czy innym instrumencie konstytucyjnym, ale również na decyzjach i rezolucjach przyjmowanych zgodnie z nim oraz na utrwalonej praktyce tej organizacji. Zróżnicowanie samych organizacji międzynarodowych, ale także zróżnicowane formy i treści ich instrumentów konstytucyjnych, uchwał ich organów – zarówno decyzji, jak i rezolucji i wreszcie zróżnicowanie ich praktyki, wszystko to w zdecydowany sposób wpływa na wyraźne i istotne często zróżnicowanie ich *treaty-making powers* zarówno w odniesieniu do ich zakresu, jak i sposobu realizacji w praktyce.

Z oczywistych względów najwyższe miejsce w tym katalogu reguł organizacji międzynarodowych zajmują statuty, które najczęściej mają formę umów międzynarodowych, a więc są źródłami prawa o pierwotnym charakterze. To właśnie w ich postanowieniach wola założycieli jest wyeksponowana w szczególnie wyraźny sposób, a procesem ich obowiązywania i stosowania rządzą uniwersalne reguły prawa traktatów. Są one nie tylko podstawą prawną ustanowienia nowej organizacji, ale stanowią jej dokument konstytucyjny na cały czas jej międzynarodowej aktywności i w związku z tym są podstawą, na której opierają się akty prawa wtórnego, zarówno adresowane *pro foro ex terno*, jak i niezbędne dla codziennego funkcjonowania organizacji i realizacji jej statutowych celów oraz funkcji. Statuty organizacji międzynarodowych mające formę umowy są szczególnie ważne z punktu widzenia możliwości budowania przez organizację jej własnego porządku prawnego, obejmującego regulacje normatywne o różnym

²⁶ Zgodnie z art. 2 (1) (j) takie reguły organizacji to w szczególności: „the constituent instruments, decisions and resolutions adopted in accordance with them, and established practice of the organization”; komentarz KPM na ten temat patrz: YILC, t. II (1981): 124 i nast. (część druga).

charakterze^[27]. Określając umowny charakter dokumentu konstytucyjnego, Shabtai Rosenne wyraźnie podkreśla konstytucyjny, a nie kontraktualny charakter takiego statutu organizacji międzynarodowej^[28]. Określenie „konstytucja”, jakie znajdujemy w tytułach niektórych umów stanowiących statuty organizacji międzynarodowych, bardzo trafnie oddaje istotę i charakter dokumentu stanowiącego statut konkretnej organizacji^[29]. Pamiętać przy tym należy o postanowieniach preambuły do Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r., które jednoznacznie stwierdzają, że praktyka traktatowa organizacji międzynarodowej w odniesieniu do umów zawieranych z państwami albo z innymi organizacjami międzynarodowymi musi być zgodna z jej instrumentem konstytucyjnym.

Przepis art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r., stanowiąc o regułach organizacji międzynarodowych w kontekście ich *treaty-making powers*, wymienia w następnej kolejności *secondary law*, a więc akty przyjmowane przez organizacje na podstawie statutu, jako uchwalane zgodnie z nim decyzje i rezolucje. Z prawa pierwotnego przechodzimy więc na poziom prawa wtórnego organizacji międzynarodowej, dla stanowienia którego źródła znajdujemy w dokumencie konstytucyjnym i które zajmuje bardzo ważne miejsce w ramach porządku prawnego każdej organizacji. Różne akty organizacji międzynarodowych mają w swojej istocie charakter pochodny, jako że są źródłami opartymi na umowie jako instrumencie konstytucyjnym i w tym sensie nazywane są prawem wtórnym w stosunku do umowy. Pomimo tego, że prawo wtórne organizacji międzynarodowej jest stanowione zasadniczo *pro foro interno* i jest częścią jej wewnętrznego porządku prawnego, możliwe zewnętrzne skutki takich norm powodują często dla państw członkowskich skutki oznaczające możliwość powstania dla nich praw i obowiązków *pro foro externo* i mogą być przez to traktowane jako element w systemie źródeł prawa międzynarodowego. Należy również pamiętać o tym, że niektóre akty organizacji międzynarodowych, jako przejaw praktyki i (lub) *opinio iuris*, mogą być pojmowane w kategoriach elementów prawa zwyczajowego, a nawet jako elementy umów

²⁷ Evelyne Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales* (The Hague: Kluwer, 2002), 38.

²⁸ Shabtai Rosenne, „Is the Constitution of an International Organization an International Treaty?” *Comunicazioni e Studi*, t. XII (1966): 23.

²⁹ Np. Konstytucja MOP, Konstytucja FAO, Konstytucja UNESCO.

zawieranych w formie uproszczonej^[30]. Generalnie rzecz ujmując ranga aktów prawa wtórnego jest jednak zasadniczo inna, aniżeli ranga instrumentu konstytucyjnego o charakterze traktatowym^[31]. Z drugiej jednak strony, jeżeli spojrzymy na szczególnie pod każdym względem przykład prawa wtórnego Unii Europejskiej, to musimy stwierdzić, że kompetencje organizacji międzynarodowej i jej instytucji w tym zakresie oraz sam reżim prawa wtórnego, mogą zostać ustanowione na bardzo wysokim poziomie. Prawo Unii w ogóle (w tym prawo wtórne), albo lepiej powiedzieć: *acquis communautaire*, stanowi przecież autonomiczny system prawny, który funkcjonuje zarówno na poziomie zarówno prawa międzynarodowego, jak i prawa krajowego, mając pierwszeństwo przed tym ostatnim^[32].

Chociaż art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r. wymienia decyzje i rezolucje, to w praktyce nazwy takich aktów mogą być i są bardzo zróżnicowane, podobnie jak podmioty, do których są adresowane (państwa, organy organizacji międzynarodowej, osoby fizyczne)^[33]. Różny jest też ich charakter prawny, a niektóre z nich stanowią samoistne źródła prawa międzynarodowego^[34]. Trudno byłoby oczywiście zaakceptować idące nazbyt daleko stanowisko Dionisio Anzilottiego, który twierdził, że reguły proceduralne organów Ligi Narodów miały taką samą moc prawną jak Pakt Ligi Narodów^[35]. Znacznie bardziej przekonujące jest stanowisko sędziów P. Spendera i G. Fitzmaurice’a, którzy w odrębnej sprawie Afryki Południowo-Zachodniej wyrazili stanowisko, że fakt przyjęcia przez organ organizacji międzynarodowej aktu z upoważnienia statutowego nie oznacza, że uzyskuje on rangę równą statutowi^[36]. Z pewnością jednak ocena takich

³⁰ Władysław Czapliński, Anna Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe* (Warszawa: C.H. Beck, 2014), 164.

³¹ W literaturze prezentowane było również stanowisko, że takie akty organizacji międzynarodowych są takim samym źródłem prawa, jak umowa – statut organizacji; patrz np. Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international* (Paris: Recueil Sirey, 1929), 295.

³² Stwierdzają to powszechnie znane wyroki ETS: C 6/64 Costa v E.N.E.L., ECR [1964] 585, s. 593 oraz C 26/62 Van Gend en Loos, ECR [1963] 1, s. 12.

³³ Przykładowe nazwy z praktyki organizacji międzynarodowych: *declarations, recommendations, guidelines, regulations, directives, standards*.

³⁴ Na temat różnic terminologicznych i mocy wiążącej uchwał organów organizacji międzynarodowych patrz np. Jerzy Menkes, Andrzej Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2010), 317.

³⁵ Anzilotti, *Cours de droit*, Sirey, 295-296.

³⁶ Joint dissenting opinion of Sir Percy Spender i Sir Gerald Fitzmaurice, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary

aktów powinna być dokonywana na podstawie postanowień instrumentu konstytucyjnego oraz w świetle całego porządku prawnego konkretnej organizacji międzynarodowej.

Interesującą konstrukcją, jaką znajdujemy pośród reguł organizacji wymienionych w art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r., jest też utrwalona praktyka organizacji, jako niepisane źródło takich kompetencji traktatowych, wychodząca z całą pewnością poza zwykłą interpretację ich instrumentów statutowych^[37]. Pojęcie to pojawiło się w dyskusji na forum Komisji Prawa Międzynarodowego w czasie prac kodyfikacyjnych nad projektem kodyfikacji prawa traktatów^[38]. Warto zauważyć, że konwencje prawa traktatów odwołują się do takiej praktyki nie tylko w kontekście zdolności traktatowej. Art. 31 Konwencji Wiedeńskiej z 1969 r., określając reguły interpretacji umów międzynarodowych stanowi, że interpretując umowę w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu oraz wykorzystując dla tego celu szerszy kontekst określony w tych postanowieniach, należy również brać pod uwagę każdą późniejszą praktykę stosowania umowy, ustanawiającą porozumienie stron co do jego interpretacji. Wydaje się, że taka interpretacja, uwzględniająca łącznie z kontekstem bardzo bogatą często praktykę stosowania umowy, jest szczególnie ważna w procesie interpretacji umów stanowiących statuty organizacji międzynarodowych. Chodzi zwłaszcza o szczególną interpretację dokonywaną przez sądy międzynarodowe, w dużej mierze pod kątem oceny tego, czy akt prawny organizacji międzynarodowej został przyjęty zgodnie z postanowieniami jej instrumentu konstytucyjnego. Z interpretacją taką mieliśmy do czynienia również w orzecznictwie STSM i MTS^[39]. Należy odnotować, że już w czasie dyskusji na forum KPM nad kolejnymi projektami kodyfikacji eksponowane były wyraźnie różne wątki problematyki praktyki jako źródła prawa organizacji międzynarodowych. Chodziło zarówno o formy takiej praktyki, jak również o jej zakres, a także o to, czy ma ona oznaczać wyłącznie praktykę organów organizacji międzynarodowych czy również praktykę państw członkowskich. Dyskusji

Objections, Judgment of 21 December 1962, ICJ Reports 1962, p. 491.

³⁷ Patrz przykładowo: Repertory of the Practice of the Security Council and the Repertory of the Practice of the United Nations Organs; UNGA Res. 686(7) I 796 (8).

³⁸ A/CONF./39/C.1/SR.8 (1968).

³⁹ Dla przykładu: Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ, Reports 1971, s. 22.

takiej towarzyszyła pełna świadomość niezwykle zróżnicowanej praktyki poszczególnych organizacji międzynarodowych w tym zakresie^[40]. Bardzo ciekawym elementem dyskusji w tej sprawie były komentarze poproszonych o zaprezentowanie swojego stanowiska konkretnych organizacji i organów międzynarodowych, zwłaszcza funkcjonujących w systemie ONZ. Z komentarzy tych jednoznacznie wynika aprobata rozwiązania polegającego na włączeniu praktyki do kategorii *rules of the organization*^[41]. Wydaje się więc, że taka utrwalona praktyka organizacji międzynarodowych znalazła swoje stałe miejsce w ramach kategorii pojęciowej reguł organizacji międzynarodowej, obecnej w kolejnych kodyfikacjach prawa międzynarodowego. Stanowi ona już nie tylko część ogólnego prawa interpretacji instrumentów konstytucyjnych organizacji międzynarodowych, ale odgrywa coraz bardziej istotną rolę w procesie uzasadniania ich kompetencji traktatowych.

4 | Podsumowanie

Praktyka zawierania umów przez współczesne organizacje międzynarodowe oraz ich bogactwo i zróżnicowanie tematyczne w przekonujący sposób odzwierciedlają możliwości, jakie organizacje wykorzystują, występując w roli podmiotów prawa międzynarodowego dysponujących własną zdolnością traktatową. Korzystając z tego szczególnego atrybutu swojej podmiotowości wchodzą one w wielowątkowe relacje traktatowe z innymi podmiotami prawa międzynarodowego. Jest oczywiste, że te najbardziej naturalne relacje traktatowe powstają pomiędzy organizacjami międzynarodowymi i ich państwami członkowskimi, ale w praktyce

⁴⁰ Na temat dyskusji w tej sprawie patrz np. *YILC*, t. II (1982): 21 (część druga).

⁴¹ Najbardziej wyraziste odwołanie się do utrwalonej praktyki organizacji znalazło się w komentarzu WHO, w którym czytamy: „[w]hat matters most in this case is the retention of a reference to the established practice of the organization as one category of ‘rules’ of that organization. It is evident in the view of WHO that, when considering the attribution of conduct by an agent, organ or other person or entity to the organization, the role of the practice of that organization in the delimitation or specification of such attribution cannot be ignored and should be given formal status through its inclusion in the concept of ‘rules of the organization’”; patrz Doc. A/CN. 4/545, s. 27.

międzynarodowej szczególne miejsce zajmują umowy zawierane z państwami trzecimi oraz z innymi organizacjami międzynarodowymi. Ta właśnie strona aktywności traktatowej organizacji międzynarodowych pozwala im w istotny i najbardziej spektakularny sposób współuczestniczyć w procesie stanowienia prawa międzynarodowego.

Jak to już zostało wykazane wyżej, zdolność traktatowa organizacji międzynarodowych nie ma, w przeciwieństwie do państw, charakteru ogólnego, a ich prawnomiędzynarodowa podmiotowość jest rządzona zasadą specjalności. Oznacza to, że wynikające z tej podmiotowości atrybuty umożliwiają jej realizację w praktyce i mają zwłaszcza na celu umożliwienie organizacjom międzynarodowym wykonywanie ich statutowych funkcji oraz realizację ich statutowych celów. Atrybuty te, oznaczające pewne podstawowe zdolności organizacji do podejmowania w oparciu o prawo międzynarodowe skutecznych działań na płaszczyźnie międzynarodowej, mają umożliwić im nie tylko efektywne funkcjonowanie w środowisku międzynarodowym, ale przede wszystkim mają zapewnić skuteczne wykonywanie ich kompetencji, które mają zwłaszcza charakter kompetencji przyznanych przez państwa. Formułując w tej sprawie konkretną tezę w odniesieniu do zdolności traktatowej organizacji międzynarodowych należałoby stwierdzić, że zakres jej wykonywania wyznaczają funkcje danej organizacji, tak jak to określa jej statut i potwierdza praktyka^[42]. Z tego względu i w nawiązaniu do powoływanych już postanowień art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r., z których jasno wynika, że zdolność traktatowa organizacji międzynarodowych ukierunkowana jest na wykonywanie ich funkcji i realizację ich celów, uprawniona będzie teza, że ograniczenie kompetencji traktatowych organizacji międzynarodowych w stosunku do podobnych kompetencji państw ma charakter przedmiotowo-funkcjonalny^[43]. W nawiązaniu do uwag sformułowanych wyżej w odniesieniu do podstaw zdolności traktatowej organizacji międzynarodowych możemy nadto powiedzieć, że w procesie jej praktycznej realizacji zdolność ta jest rządzona odpowiednimi regułami konkretnej organizacji. Kategoria powołanych w art. 6 Konwencji Wiedeńskiej z 1986 r. „rules of the organization” jest niejednorodna, a składają się na nią nie tylko regulacje

⁴² Christian Dominicé, „La personnalité juridique dans le système de droit des gens”, [w:] *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, red. Jerzy Makarczyk (The Hague-London-Boston: Brill, 1996), 170.

⁴³ Patrz np. Maria Frankowska, *Umowy międzynarodowe. Wprowadzenie do prawa traktatów* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1977), 55.

normatywne o charakterze statutowym, ale również określone elementy *soft law*, a nawet utrwalona praktyka każdej organizacji międzynarodowej.

Bibliografia

- Ahlborn Christiane „The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility” *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011): 397-482.
- Anzilotti Dionisio, *Cours de droit international*. Paris, Recueil Sirey, 1929.
- Brölmann Catherine, *The Institutional Veil in Public International Law. International Organizations and the Law of Treaties*. Oxford-Portland: Oxford University Press, 2007.
- Chiu Hungdah, *The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties and the Special Legal Aspects of the Treaties so Concluded*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1966.
- Corten Olivier, Pierre Klein, Maxime Didat, Ian M. Sinclair, *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités: Commentaire article par article*, vol. I Bruxelles: Bruylant, 2006.
- Czapliński Władysław, Anna Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*. Warszawa; C.H. Beck, 2014.
- Dominicé Christian, „La personnalité juridique dans le système de droit des gens”, [w:] *Theory of International Law at the Threshold of the 21th Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, red. Jerzy Makarczyk. 147-171. The Hague-London-Boston: Brill, 1996.
- Eeckhout Piet, *EU External Relations Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Elias Olufemi, „Who Can Make Treaties? International Organizations”, [w:] *The Oxford Guide to Treaties*, red. Duncan B. Hollis. 73-91. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Frankowska Maria, *Umowy międzynarodowe. Wprowadzenie do prawa traktatów*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1977.
- Gadkowski Andrzej, *Treaty-making Powers of International Organizations*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2018.
- Gadkowski Tadeusz, *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa organizacji międzynarodowych a ich zdolność traktatowa*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2019.
- Klabbers Jan, *An Introduction to International Institutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

- Lagrange Evelyne, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*. The Hague: Kluwer, 2002.
- Levrat Nicolas, „Article 6 of the 1986 Vienna Convention: capacity of International Organizations to conclude Treaties”, [w:] *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, red. Olivier Corten, Pierre Klein. 117-124. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Menkes Jerzy, Wasilkowski Andrzej, *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2010.
- Parry Clive, „The Law of Treaties”, [w:] *Manuel of Public International Law*, red. Max Sørensen. 1-54. London-Melbourne-Toronto, St. Martin's Press, 1968.
- Peters Anne, „Constitutional Theories of International Organisations: Beyond the West” *Chinese Journal of International Law*, t. XX (2021): 649-698.
- Rosenne Shabati, „Is the Constitution of an International Organization an International Treaty?” *Comunicazioni e Studi*, t. XII (1966): 23-89.
- Seyersted Finn, *Common Law of International Organizations*. Leiden-Boston: Brill, 2008.
- Schermers Henry G., Niels M. Blokker, *International Institutional Law*. Leiden-Boston: Brill, 2008.
- Skubiszewski Krzysztof, „Implied Powers of International Organizations”, [w:] *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, red. Yoran Dinstein, Mala Tabory. 855-868. Dordrecht: Martinus Nijhof Publishers, 1989.



Legislacja delegowana w czasie epidemii. Uwagi na tle kształtu konstytucyjnego systemu źródeł prawa w Polsce

Delegated Legislation During the Epidemic: Remarks on the Constitutional Shape of the System of Sources of Law in Poland

Abstract

The pandemic revealed problems in the construction of the system of sources of law in Poland, especially in the area of public administration law. It turned out that the model of the system of sources of law established more than 27 years ago, although based on good assumptions, does not take into account the dynamics of phenomena, including possible threats, and is not adequate for the tasks entrusted to the executive. It can, in certain circumstances, limit the capacity of the public administration to act and even render it dysfunctional in the face of threats. As such, it may be seen as an inadequate guarantee for the protection of individual freedoms and constitutional rights. It may also raise questions from the point of view of the realisation of the common good and the objectives of the state. In this context, it is legitimate to consider extending, at the constitutional level, the sources of generally applicable law established by the administration. The purpose of this paper is to examine whether the model of the system of sources of law adopted in 1997, particularly with regard to the relationship between the law and sub-statutory acts, is adequate to the needs of the administration, including the need to respond to sudden,

ALEKSANDRA SYRYT – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, ORCID – 0000-0002-7501-0786, e-mail: ola.syryt@gmail.com

MARIUSZ MUSZYŃSKI – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, ORCID: 0000-0002-3499-2437, e-mail: m_muszynski@uksw.edu.pl

undesirable and dangerous phenomena. An attempt will be made to answer these questions on the basis of legislative experience during the pandemic.

SŁOWA KLUCZOWE: legislacja,
źródła prawa, legislacja rządowa,
Konstytucja

KEYWORDS: legislation, sources
of law, government legislation,
Constitution

1 | Wprowadzenie

Jedną z nowości, którą wprowadziła Konstytucja RP z 1997 r.^[1], było określenie wprost rozdziału o źródłach prawa. Mając na względzie wcześniejsze doświadczenia, ustrojodawca uznał bowiem, że zasadne będzie wyraźne opisanie tych źródeł, przynajmniej w kontekście źródeł formalnych, by nie dochodziło do sytuacji, w których określone organy, zwłaszcza organy administracji publicznej, w sposób samoistny i arbitralny, bez udziału parlamentu, będą decydowały o wolnościach i prawach czy nakazach i zakazach skierowanych do jednostek im niepodporządkowanych^[2]. Znałe były bowiem przypadki samoistnych uchwał Rady Ministrów, co do których nie wiadomo było, jaki jest ich charakter i na ile należy ich przestrzegać. Akty te nierzadko stanowiły źródło prawa powszechnie obowiązującego wbrew ich roli i przeznaczeniu^[3].

W okresie obowiązywania konstytucji z 22 lipca 1952 r.^[4] do stanowienia prawa były upoważnione różne organy takie jak Sejm, rząd, ministrów, Radę Państwa. W praktyce wydawano różne akty normatywne o niejasnym znaczeniu prawnym, nieprzewidziane wprost w konstytucji. Do takiego stanu przyczyniła się do tego m.in. rozwijana w okresie Polski Ludowej koncepcja tzw. wyłączności ustawy, zakładająca, że pewne materie prawne mogą być regulowane tylko w ustawie lub w akcie wydanym na

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 482, ze zm.; Konstytucja RP).

² Zob. np. sprawa dotycząca legalności uchwały Nr 123 Rady Ministrów z dnia 3 września 1984 r. w sprawie zasad podejmowania pracy przez obywateli polskich za granicą u pracodawców zagranicznych (postanowienie TK z 20 września 1989 r., sygn. U 1/89, OTK ZU 1989, poz. 19).

³ Zob. np. orzeczenie TK z 6 maja 1997 r., sygn. U 2/96. OTK nr 2/1997, poz. 17.

⁴ Tekst pierwotny: Dz.U. z 1952 r. Nr 33, poz. 232. Tekst zrewidowany: Dz. U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36, ze zm. (konstytucja PRL).

podstawie upoważnienia ustawowego^[5]. Wywodzą z tego, że w pozostałych materiałach nie jest konieczne posłużenie się ustawą ani aktem do niej wykonawczym.

Wskazane podejście doprowadziło do wydawania wielu aktów normatywnych o różnych nazwach (np. uchwały, zarządzenia, regulaminy, instrukcje, okólniki, wytyczne, komunikaty), które wpływały na kształt uprawnień i obowiązków jednostek. Ich zadaniem było precyzowanie regulacji wynikających z aktów prawa powszechnie obowiązującego, a także kreowanie obowiązków organów administracji. Obok ustaw i rozporządzeń, sytuacja prawna jednostek była kształtowana przez akty prawa resortowego czy powielaczowego^[6].

Podobny problem dotyczył aktów wykonawczych do ustawy, czyli rozporządzeń. W art. 40 ust. 2, art. 41 pkt 8 i art. 42 ust. 2 konstytucja PRL przewidywała możliwość ustawowego upoważniania Prezesa Rady Ministrów, Rady Ministrów i poszczególnych ministrów do wydawania rozporządzeń na podstawie ustaw i w celu ich wykonania. Rozporządzenia nie były jednak jedynymi aktami wykonawczymi do ustaw. Dopuszczano bowiem wydawanie uchwał rządowych i zarządzeń ministrów o charakterze wykonawczym względem ustaw^[7]. W sferach nieobjętych tzw. wyłącznością ustawy dopuszczano wydawanie aktów prawnych nieopartych na upoważnieniach ustawowych. W ramach transformacji ustrojowej przyznano kompetencje do wydawania rozporządzeń Prezydentowi RP oraz krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji. Zgodnie z Małą Konstytucją z 1992 r.^[8] rozporządzenia „w celu wykonania ustaw i na podstawie udzielonych w nich upoważnień” mogli wydawać Prezydent (art. 45 ust. 1), Rada Ministrów (art. 54 ust. 1), Prezes Rady Ministrów (art. 55 ust. 3), minister kierujący działem administracji rządowej (art. 56 ust. 2). Na podstawie art. 77 Małej Konstytucji z 1992 r. utrzymano w mocy art. 36b ust. 3 konstytucji PRL upoważniający Krajową Radę Radiofonii i Telewizji do wydawania rozporządzeń.

⁵ Stefan Rozmaryn, *Ustawa w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej* (Warszawa: PWN 1964), 174.

⁶ Zob. Agnieszka Bień-Kacała, *Źródła prawa wewnętrznego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku* (Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2013), 99, 106.

⁷ Stanisław Rozmaryn, *Ustawa w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej* (Warszawa: PWN, 1964), 216, 286.

⁸ Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84, poz. 426; Mała Konstytucja z 1992 r.).

Choć norma dotycząca charakteru rozporządzenia wykonawczego była wystarczająco jasna, w praktyce często wydawano te akty na podstawie blankietowych upoważnień ustawowych, np. udzielających danemu organowi ogólnej kompetencji do „wykonania ustawy”. Nie wskazywano ani formy, w jakiej ustawa ma być wykonana, ani zakresu spraw powierzonych do uregulowania. Podmiot upoważniony do wydania rozporządzenia mógł modyfikować treść norm ustawowych oraz rozszerzać kompetencję do wydawania rozporządzeń na organy niewymienione w Konstytucji^[9].

Wprowadzenie w Konstytucji RP wyraźnych reguł dotyczących relacji między ustawą a aktami podustawowymi miało zapobiec nadużywaniu kompetencji prawodawczych przez organy administracji publicznej^[10] i przeciwdziałać negatywnym praktykom dotyczącym dotychczasowej legislacji delegowanej.

Po 27 latach obowiązywania Konstytucji RP można rozważyć, czy przyjęty w 1997 r. model systemu źródeł prawa, zwłaszcza w odniesieniu do relacji między ustawą a aktami podustawowymi, usunął nieprawidłowości, z którymi mieliśmy do czynienia wcześniej, i czy obowiązujące przepisy są adekwatne do różnych potrzeb administracji, w tym potrzeby reagowania na

⁹ Sławomira Wronkowska, „Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki”, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. Andrzej Szynt (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2005), 71; Wojciech Brzozowski, „Wytyczne dotyczące treści rozporządzenia (uwagi na tle formułowania upoważnień ustawowych)” *Przegląd Sejmowy*, nr 4 (2013): 66. Wskazane praktyki były negowane przez Trybunał Konstytucyjny (zob. orzeczenie z 28 maja 1986 r., sygn. U 1/86 (OTK nr 1/1986, poz. 2). W orzecznictwie trybunalskim wypracowano już wówczas standardy upoważniania do wydawania rozporządzeń, jak i samego tworzenia prawa w formie rozporządzeń. W szczególności wskazano na wymóg wyraźnego upoważnienia do wydania rozporządzenia oraz nakaz szczegółowego określenia w przepisie upoważniającym materii, jakie mają być uregulowane w rozporządzeniu. Te ustalenia pozostały aktualne do dziś i znalazły odzwierciedlenie w treści norm konstytucyjnych.

¹⁰ Należy zwrócić uwagę, że przed wejściem w życie Konstytucji RP do porządkowania chaosu związanego z charakterem źródeł prawa tworzonych w ramach administracji publicznej przyczyniło się orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) i Trybunału Konstytucyjnego (TK). Organy te stwierdzały, że akty prawotwórcze kierownictwa wewnętrznego nie mogą być podstawą prawną decyzji adresowanych do jednostek, ale mogą wiązać tylko podmioty podporządkowane organowi wydającemu akt (zob. np. Witold Płowiec, *Koncepcja aktu prawa wewnętrznego Konstytucji RP* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2006), 67 i n.; wyrok NSA z 6 lutego 1981 r., sygn. SA 819/80, Legalis; wyrok NSA z 20 lipca 1981 r., sygn. SA 805/81, Legalis; orzeczenie TK z 9 maja 1989 r., sygn. Kw 1/89, OTK ZU 1989, poz. 3; orzeczenie TK z 6 maja 1997 r., sygn. U 2/96, OTK nr 2/1997, poz. 17).

zjawiska nagłe, niepożądane i niebezpieczne. Próba odpowiedzi na te pytania zostanie oparta na doświadczeniach legislacyjnych z czasu pandemii.

2 | Konstytucyjne podstawy legislacji delegowanej a konieczność szybkiej reakcji prawodawczej

Podstawowymi założeniami konstytucyjnego systemu źródeł prawa jest ich podział na źródła prawa powszechnie obowiązującego i źródła prawa wewnętrznie obowiązującego (dualistyczny charakter źródeł prawa) oraz, po drugie, „zamknięcie” systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego^[11]. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego^[12].

Źródła prawa powszechnie obowiązującego służą tworzeniu norm prawnych wiążących wszystkich adresatów prawa. Ich podstawową cechą jest regulowanie obowiązków i praw poszczególnych podmiotów (w tym osób fizycznych i prawnych) oraz ustroju i zakresu działania organów władzy publicznej^[13]. Prawo wewnętrzne jest skierowane do jednostek organizacyjnie podległych organowi wydającemu akt. Nie może ono stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów^[14].

¹¹ Zob. Andrzej Szmyt, „Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce”, [w:] *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, red. Kazimierz Działocha (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe 2004), 158 i n.; Kazimierz Działocha, „Komentarz do art. 87”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. Leszek Garlicki (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1999); Bogusław Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2009), 424 i n.

¹² Zob. np. wyroki TK z: 1 grudnia 1998 r., sygn. K 21/98, OTK ZU nr 7/1998, poz. 116; 9 listopada 1999 r., sygn. K 28/98, OTK ZU nr 7/1999, poz. 156; 28 czerwca 2000 r., sygn. K 25/99, OTK ZU nr 5/2000, poz. 141, 12 lipca 2001 r., sygn. SK 1/01, OTK ZU nr 5/2001, poz. 127; 9 grudnia 2009 r., sygn. Kp 8/09 OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 164.

¹³ Kazimierz Działocha, „Komentarz do art. 87”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. Leszek Garlicki (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1999), 1.

¹⁴ Por. art. 93 ust. 2 Konstytucji RP. Choć w art. 93 Konstytucji RP jest mowa o uchwałach Rady Ministrów i zarządzeniach Prezesa Rady Ministrów i ministrów, to wszystkie akty prawa wewnętrznego muszą mieścić się w modelu określonym w poszczególnych ustępach art. 93 Konstytucji RP. Jak wyjaśnił TK w wyroku z 1 grudnia 1998 r., sygn. K 21/98 (OTK nr 7/1998, poz. 116), „przepis ten stanowi

Zgodnie z art. 87 Konstytucji, źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia (ust. 1). Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są na obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego (ust. 2).

Z punktu widzenia legislacji delegowanej znaczenie mają te źródła prawa, które są wydawane na podstawie upoważnień ustawowych. Konstytucja RP przyznała ustawie szczególną rolę w systemie źródeł prawa. Obecnie co do zasady nie może w systemie prawa krajowego funkcjonować norma prawa powszechnie obowiązującego, która nie miałaby podstawy bezpośrednio w ustawie albo w akcie wydanym na podstawie upoważnienia ustawowego. To założenie ustrojodawcy ma istotne znaczenie dla charakterystyki rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustawy, a także w ocenie innych aktów wydanych na podstawie ustaw^[15]. Wskazana konstrukcja wynika z zasady prymatu ustawy, która polega na tym, że jedynie ustawa może upoważnić władzę wykonawczą (administrację publiczną) do wkraczania w sferę wolności i praw poszczególnych ludzi i tylko na taki akt wykonawczy, wydany na podstawie wyraźnego udzielonego w ustawie upoważnienia, można się skutecznie powołać w stosunkach między państwem a podmiotami prywatnymi^[16].

W świetle Konstytucji aktami niesamoistnymi wymagającymi stosownej delegacji ustawowej są rozporządzenia (art. 92 ust. 1 Konstytucji RP), akty prawa miejscowego (art. 94 Konstytucji RP), a także akty prawa wewnętrznego (art. 93 Konstytucji RP). Oczywiście nie są to akty tożsame. Różne jest bowiem ich miejsce w systemie źródeł prawa, a zatem także ich moc prawna, odmienne pełnią funkcje. Cechą wspólną wskazanych źródeł jest to, że mogą być wydawane przez organy administracji publicznej w określonych konstytucyjne sytuacjach.

bowiem nie tylko podstawę do wydawania uchwał przez Radę Ministrów oraz zarządzeń przez premiera i ministrów, ale też traktowany być musi jako ustanawiający ogólny – i bezwzględnie wiążący – model aktu o charakterze wewnętrznym”. Za takim ujęciem opowiada się również doktryna prawna z uwagi na niejasność art. 93 Konstytucji RP – zob. np. Sławomira Wronkowska, „System źródeł prawa w nowej Konstytucji” *Biuletyn RPO*, nr 38 (2000): 85.; Marcin Wiącek, „Komentarz do art. 93”, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. Marek Safjan, Leszek Bosek (Warszawa: C.H. Beck, 2016), Nb 17.

¹⁵ Marcin Wiącek, „Komentarz do art. 92”, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, Nb 11.

¹⁶ Jan Jeżewski w: *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. Jan Boć (Wrocław: Kolonia Limited, 1998), 163.

Najważniejszym aktem delegowanym jest niewątpliwie rozporządzenie, o którym mowa w art. 92 ust. 1 Konstytucji RP. Podczas prac nad Konstytucją z 1997 r. zwracano uwagę na rolę tego aktu w polskiej tradycji ustrojowej i podkreślano, że powinien to być akt wydawany na podstawie ustawy i w celu jej wykonania^[17]. W ramach prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego postulowano, by rozporządzenie było jedynym aktem prawa powszechnie obowiązującego o charakterze wykonawczym do ustawy. Inne akty władzy wykonawczej powinny mieć jedynie charakter wewnętrzny^[18]. Dążono także do tego, by upoważniający do wydania rozporządzenia zawierał „wytyczne co do treści aktu”, które miało być wskaźnikami dotyczące tego, ku czemu ma zmierzać treść, która zostanie zawarta w rozporządzeniu^[19].

Ostateczny kształt rozporządzenia wykonawczego i jego relacji do ustawy określił art. 92 Konstytucji RP, zgodnie z którym „1. Rozporządzenia są wydawane przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Upoważnienie powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu. 2. Organ upoważniony do wydania rozporządzenia nie może przekazać swoich kompetencji, o których mowa w ust. 1, innemu organowi”.

Ustrojodawca zdecydował o zamkniętym katalogu podmiotów upoważnionych do wydawania rozporządzeń, co miało zapobiec tworzeniu prawa powielaczowego^[20]. Związki między ustawą a rozporządzeniem zostały zacieśnione, zgodnie ze standardami kształtowanymi przed wejściem w życie Konstytucji RP w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego^[21].

¹⁷ Zob. Kazimierz Działocha, „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego” 1995, nr 10: 62.

¹⁸ Zob. np. wypowiedzi Kazimierza Działocha, „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego” nr 10 (1995), 63, 143-144; wypowiedzi Kazimierza Działocha, Marii Kruk-Jarosz w: „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego”, nr 38 (1997): 11-12, a także propozycje zawarte w „Biuletynie Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego”, nr 23 (1996): 27.

¹⁹ Zob. Maciej Zieliński w: „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego”, nr 38 (1997): 21.

²⁰ Zob. „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego”, nr 44(1997): 125-127.

²¹ Zbigniew Czeszejko-Sochacki, „Akty wykonawcze pod rządem Konstytucji z 1997 r. w świetle orzecznictwa TK”, [w:] *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, red. Maria Kruk, Janusz Trzcinski, Jan Wawrzyniak (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2002), 397 i n.

W przypadku aktów prawa miejscowego, art. 94 Konstytucji RP wskazuje, że są one wydawane „na podstawie i w granicach ustaw”. Wyjątkowo upoważnienie dotyczące statutów samorządów wynika z art. 169 ust. 4 Konstytucji RP^[22]. Ustawowe upoważnienie do wydania aktów prawa miejscowego musi być wyraźne. Jego brak jest równoznaczny z brakiem kompetencji prawotwórczej. Ustawowe upoważnienie przybrać może postać szczegółowego upoważnienia ustawowego albo upoważnienia generalnego (blankietowego), co z kolei stanowi podstawę do wyróżnienia poszczególnych rodzajów aktów prawa miejscowego. Jest to zasadnicza różnica w porównaniu z rozporządzeniami, które zawsze wymagają szczegółowego upoważnienia ustawowego, skonstruowanego zgodnie z wymogami przewidzianymi w art. 92 ust. 1 Konstytucji RP^[23].

Zakres swobody prawodawcy tworzącego akty prawa miejscowego jest szerszy niż prawodawcy rozporządzeniowego. Akty te są bardziej zróżnicowane. Mogą być tworzone w ramach organów jednostek samorządu terytorialnego, gdzie swoboda prawotwórcza powinna być większa ze względu na status tego samorządu i powierzone mu konstytucyjnie zadania. Akty prawa miejscowego mogą też pochodzić od terenowych organów administracji rządowej, które powinny mieć bardziej wykonawczy charakter^[24]. Należy jednak zaznaczyć, że Konstytucja RP nie wprowadziła wyraźnego obowiązku wykonywania przez akty prawa miejscowego ustaw. Zatem należy uznać, że wszystkie akty prawa miejscowego mają wykonawczy wobec ustaw charakter w ujęciu szerokim, tj. taki akt musi dotyczyć materii tożsamej z uregulowaną w ustawie, na podstawie której jest stanowiony^[25], uwzględniać system aksjologiczny Konstytucji i ustawy, być zgodny z celami ustawowych upoważnień i nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawy.

Akty wewnętrzne nie mają charakteru powszechnie obowiązującego, ale mogą być wydane na podstawie ustawy. Więź między aktem prawa wewnętrznego a ustawą nie jest jednak tak ścisła jak w przypadku

²² Marcin Wiącek, „Upoważnienie do wydania samorządowego aktu prawa miejscowego w świetle Konstytucji RP” *Zeszyty Naczelnego Sądu Administracyjnego*, nr 3 (2013): 104-113.

²³ Dorota Dąbek, *Prawo miejscowe* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), 103-119.

²⁴ Dorota Dąbek, *Prawo miejscowe samorządu terytorialnego* (Bydgoszcz: Oficyna Wydawnicza Branta: 2003), 101 i n.

²⁵ Zob. wyrok TK z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 62.

podstawowych aktów prawa powszechnie obowiązującego, które wiążą wszystkich znajdujących się pod władzą Rzeczypospolitej^[26].

Do wydania aktu prawa wewnętrznego wymagana jest „podstawa”, a nie „upoważnienie” w ustawie. To znaczy, że nie jest konieczny odrębny przepis, który wyraźnie przyznaje określonemu organowi kompetencję prawodawczą do uregulowania pewnego zakresu spraw. W literaturze przyjmuje się, że akty prawa wewnętrznego można wydawać na podstawie przepisów przyznających organom zadania lub kompetencje, w szczególności do kierowania lub zarządzania jednostkami czy określania pewnych działań^[27]. W orzecznictwie TK przyjął się pogląd, zgodnie z którym podstawą do wydania aktów prawa wewnętrznego może być albo przepis, który upoważnia dany organ do uregulowania określonego zakresu spraw, albo przepis, który wyznacza zadania lub kompetencje danego organu^[28].

Akty prawa wewnętrznego powinny być zgodne z normami zawartymi w aktach prawa powszechnie obowiązującego. Nie mogą zmieniać ani modyfikować źródeł prawa powszechnie obowiązującego.

Powyżej wskazane trzy rodzaje aktów wydawanych na podstawie ustawy pokazuje, że organy administracji publicznej mają różne kompetencje prawotwórcze. Kompetencje są jednak zdeterminowane po pierwsze przyznaniem upoważnieniem, a po drugie pozycją organów w systemie ustrojowym i wyznaczonymi im zadaniami. Co ciekawe, im akt normatywny jest wyżej w hierarchii, tym związki z ustawą są ściślejsze, a ustawodawca bardziej determinuje treść aktu podstawowego, czego przykładem są związki ustawy z rozporządzeniem wynikające z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP. Z kolei im niżej w hierarchii, tym słabsze może być oddziaływanie na status jednostki – akty prawa miejscowego, choć powszechnie obowiązujące, mogą wiązać tylko tych, którzy są na terenie działania organu wydającego akt, a akty wewnętrzne dotyczą jedynie jednostek organizacyjnie podległych organowi, który stanowi dane prawo.

W związku z koniecznością podjęcia szybkiej reakcji prawodawczej, organy władzy publicznej upoważnione do stanowienia aktów

²⁶ Zob. np. wyrok TK z 14 kwietnia 2014 r., sygn. U 8/13, OTK ZU nr 4/A/2014, poz. 39.

²⁷ Zob. Andrzej Bałaban, „Akty normatywne wewnątrznie obowiązujące”, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. Andrzej Szmyt (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe 2005), 99. Zob. jednak: Agnieszka Bień-Kacała, *Źródła prawa wewnętrznego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku* (Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2013), 188, 378.

²⁸ Zob. wyrok TK z 14 kwietnia 2014 r., sygn. U 8/13, OTK ZU nr 4/A/2014, poz. 39.

normatywnych na podstawie ustaw są związani i ograniczeni konstytucyjnie i ustawowo – charakterem aktu (powszechnie lub wewnętrznie obowiązujący), zakresem udzielonych upoważnień (upoważnienia szczegółowe lub ogólne), pozycją ustrojową i zakresem zadań organu wydającego akt. Stanowi to pewną gwarancję ochrony wolności i praw jednostki i pozwala ograniczyć arbitralne działania administracji publicznej, w sytuacjach zagrożenia może jednak powodować dysfunkcjonalność władzy wykonawczej i prowadzić do naruszeń Konstytucji i ustaw w procesie legislacyjnym.

3 | Zastrzeżenia odnośnie do aktualnego modelu legislacji delegowanej w kontekście legislacji czasu pandemii

Wraz z nastaniem pandemii poszczególne państwa musiały się zmierzyć nie tylko z ochroną przed rozprzestrzenianiem się wirusa, a zatem ochroną życia i zdrowia jednostek, ale też zapewnieniem sprawnego funkcjonowania państwa w obliczu zagrożenia i izolacji.

Pandemia dotknęła więc nie tylko bezpośrednio ludzi i najważniejszych dla nich dobra jak życie i zdrowie, ale też wpłynęła na organizację państwa, w tym legislację. Izolacja społeczna doprowadziła do zmiany procedowania z ustawami i przyjęcia zdalnego trybu w ramach procesu ustawodawczego. Jednak to nie techniczne zagadnienia dotyczące sposobu podejmowania decyzji były najważniejsze, ale formy, w jakich je podejmowano. Stan zagrożenia ujawnił jak ważna jest legislacja administracyjna, dzięki której można zarządzać kryzysem. Przy tej okazji pojawiły się wątpliwości co do rozstrzygania przez władzę wykonawczą o wolnościach i prawach człowieka, zwłaszcza że władze nie zdecydowały o wprowadzeniu któregoś z konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych, który uzasadniałby głębszą ingerencję w status jednostki^[29].

²⁹ Zob. szerzej na ten temat np. Piotr Tuleja, „Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne” *Palestra*, 9 (2020): 5-21; Monika Florczak-Wątor, „Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa” *Państwo i Prawo*, z. 12 (2020): 6-10; Sławomir Czarnow, „Między stanem epidemii a stanem klęski żywiołowej – COVID-19 a niektóre prawa człowieka” *Radca*

Działania władzy publicznej podczas pandemii opierało się na stanie epidemii, instytucji określonej w ustawie z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi^[30]. Ponadto wprowadzono różne przepisy mające na celu zapobieganie, przeciwdziałanie i kontrolę choroby wywołanej przez wirusa SARS-Cov-2. Wiele z tych rozwiązań zostało uregulowanych rozporządzeniami ministerialnymi, a nie ustawami. Wywołało to dyskusję na temat legalności i konstytucyjności wprowadzonych ograniczeń i zakazów.

Wprowadzane za pomocą rozporządzeń ograniczenia oparte były o upoważnienia zawarte właśnie w tej ustawie. Ponadto w poszczególnych obszarach również wydawano rozporządzenia (np. w zakresie systemu oświaty czy szkolnictwa wyższego dotyczące funkcjonowania szkół lub uczelni w czasie pandemii). I choć tzw. ustawy COVIDowe, tj. ustawy wprowadzane w związku z pandemią, regulowały pewne zagadnienia dotyczące funkcjonowania państwa podczas epidemii, to jednak podstawowymi aktami wyznaczającymi konkretne nakazy i zakazy były rozporządzenia^[31]. W szczególności były to kolejne rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii.

W początkowym etapie pandemii Rada Ministrów i ministrowie działali na podstawie upoważnień, przede wszystkim ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Upoważnienia nie były dość szczegółowe, by objąć regulacją całą materię, która była określona rozporządzeniami. Z czasem nowelizowano

Prawny, nr 3 (2021): 11-42; Robert Rybski, „Stan epidemii a stany nadzwyczajne” *Przegląd Konstytucyjny*, nr 1 (2022): 139-165.

³⁰ Dz. U. z 2022 r., poz. 1657.

³¹ Były to w szczególności: a) ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie zapobiegania, zwalczania COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz sytuacji nadzwyczajnych spowodowanych przez te choroby, Dz. U. z 2021 r., poz. 2069 ze zm. b) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia stanu epidemii na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. poz. 491; c) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 31 marca 2020 r. w sprawie ustanawiania określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii Dz. U. poz. 566 ze zm.; d) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia niektórych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemicznego, Dz. U. poz. 679 ze zm. Zobacz także regulacje rządowe dotyczące pandemii w GOV.PL <https://www.gov.pl/web/koronawirus/podstawa-prawna>. [dostęp: 10.06.2024].

upoważnienia, by móc skuteczniej korzystać z legislacji administracyjnej dla kształtowania sytuacji prawnej podczas pandemii.

Kwestia ograniczeń wolności i praw wprowadzonych w aktach podstawowych ta była przedmiotem wystąpień niektórych władz publicznych^[32]. Znalazła też wyraz w orzeczeniach sądowych^[33]. Sądy wskazywały przede wszystkim, że faktyczny zakres rozwiązania przyjętego w rozporządzeniu jest szerszy niż delegacja ustawowa, a to stoi w sprzeczności z konstytucyjną zasadą proporcjonalności ingerencji w wolności i prawa.

W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 kwietnia 2021 r.^[34], odnosząc się do uchylenia decyzji o nałożeniu grzywny za naruszenie zakazu zgromadzeń publicznych w czasie stanu epidemii, Sąd uznał, że ograniczenia praw i wolności w związku ze stanem epidemii opierają się na regulacji ustawowej, która jest wykonaniem konstytucyjnego nakazu z art. 68 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Sąd uznał również, że tego typu ograniczenie należy zakwalifikować jako zwykły środek konstytucyjny, który nie wymaga stosowania rozwiązań prawnych specyficznych dla stanów wyjątkowych, a dokładniej stanu klęski żywiołowej.

Sądy administracyjne wydawały też liczne orzeczenia w związku z decyzjami nakładającymi kary administracyjne za nieprzestrzeganie wprowadzanych bez upoważnienia ustawowego zakazów czy nakazów^[35]. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu podkreślił właśnie, że skoro Rada Ministrów zrezygnowała z wprowadzenia stanu klęski żywiołowej, uznając, że przyznane jej zwykłe środki konstytucyjne są wystarczające, aby opanować istniejący stan epidemii, to do uregulowań prawnych

³² Informacje na temat działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w 2020 r., s. 199–204. https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Informacja_RPO_za_2020.pdf. [dostęp: 24.05.2024].

³³ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z 16 marca 2021 r., sygn. II KK 64/21 OSNK 2021, nr 4, poz. 18; wyrok Sądu Najwyższego z 29 czerwca 2021 r., sygn. II KK 255/21, LEX nr 3207608; Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 września 2021 r., sygn. II GSK 602/21, LEX nr 3230490; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 11 grudnia 2020 r., sygn. II SA/Sz 765/20; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z 7 października 2021 r., sygn. II SA/Go 732/21.

³⁴ Sygn. II GSK 673/21; LEX nr 3185186.

³⁵ Zob. np. wyrok WSA w Gliwicach z 27 lipca 2020 r., sygn. III SA/Gl 319/20, Lex nr 3055472; wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 23 września 2020 r., sygn. II SA/GO 331/20, Lex nr 3061179; wyrok WSA w Warszawie z 21 lipca 2021 r., sygn. VII SA/Wa 1951/20, Lex nr 3211046; wyrok WSA w Gdańsku z 15 lipca 2021 r., sygn. III SA/Gd 424/21, Lex nr 3206412; wyrok WSA w Poznaniu z 5 stycznia 2022 r., sygn. II SA/Po 395/21, Lex nr 3285958.

dotyczących ograniczeń praw i wolności człowieka i obywatela mają zastosowanie wszystkie konstytucyjne i legislacyjne zasady obowiązujące poza regulacjami właściwymi dla stanów nadzwyczajnych z rozdziału XI Konstytucji RP. W związku z tym w celu wprowadzenia ograniczeń wolności i praw człowieka nie można powoływać się na nadzwyczajne okoliczności uzasadniające szczególne rozwiązania prawne oraz okolicznościami tymi nie można usprawiedliwiać daleko idących ograniczeń swobód obywatelskich wprowadzanych w formie rozporządzeń^[36].

Powyższe stanowisko potwierdził też Naczelny Sąd Administracyjny, który w wyroku z 13 stycznia 2022 r. uznał, że żadne względy praktyczne albo pragmatyczne, jak też celowość wprowadzanych rozwiązań nie uzasadniają wykroczenia poza granice upoważnienia ustawowego^[37]. Rozporządzenia ustanawiających określone ograniczenia, nakazy i zakazy w związku z wystąpieniem stanu epidemii w kontekście prawidłowości ich wydania, zakresu regulacji i zgodności z art. 92 Konstytucji RP były też dokonywana przez sądy powszechne w związku z rozpoznawaniem odwołań od nakładanych przez policjantów mandatów za brak maseczek, przybywanie w parkach czy niezachowanie dystansu między osobami^[38].

Z kolei Rzecznik Praw Obywatelskich nie wykluczył możliwości wprowadzenia ograniczeń w czasie pandemii. Zwrócił jednak uwagę, że np. całkowity zakaz zgromadzeń narusza istotę konstytucyjnego prawa obywateli do zgromadzeń i zasadę proporcjonalności^[39]. Zdaniem Rzecznika, prawodawca mógłby zmniejszyć ryzyko epidemii za pomocą mniej dotkliwych środków, takich jak określenie warunków przeprowadzania zgromadzenia w ramach przepisów sanitarnych^[40]. Podkreślił też, że w związku z pandemią i koniecznością dbania o zdrowie ludzi należy przestrzegać niezbędnych wytycznych sanitarnych. Działania władz publicznych, które utrudniają przeprowadzenie zgromadzenia, są

³⁶ Zob. wyrok WSA w Opolu z 27 października 2020 r., sygn. II SA/Op 219/20, Lex nr 3093916.

³⁷ Zob. wyrok NSA z 13 stycznia 2022 r., sygn. II GSK 2539/21, Lex nr 3328417.

³⁸ Zob. np. postanowienie SR w Gliwicach z 22 września 2020 r., sygn. IX Ko 46/20, Lex nr 3095506; postanowienie SR w Siedlcach z 31 sierpnia 2020 r., sygn. II W 683/20, Lex nr 3050205; wyrok SO w Legnicy z 26 sierpnia 2020 r., sygn. IV Kz 261/20, Lex nr 3046800.

³⁹ Informacje na temat działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w 2020 r., s. 200; zob też Stanisław Trociuk, *Prawa i wolności w stanie epidemii* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 65-69.

⁴⁰ Informacje na temat działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w 2020 r., s. 200.

niedopuszczalne. Funkcjonariusze policji i innych służb nie powinni podejmować działań, które utrudniają, a nawet uniemożliwiają pokojowym demonstrantom/kontrdemonstrantom korzystanie z wolności zgromadzeń publicznych. Środki przymusu stosowane przez policję wobec uczestników zgromadzeń publicznych powinny być proporcjonalne i odpowiednie^[41].

Ograniczeniu w formie rozporządzeń podlegała wolność praktyk religijnych, wolność przemieszczania się, prawo decydowania o życiu osobistym^[42].

W tym kontekście szczególne zarzuty podnoszono odnośnie do tego, że ingerencja w wolności i prawa jednostki została dokonana wbrew formalnemu wymogowi zasady proporcjonalności wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a zatem niezgodnie z warunkiem ustawowej formy ograniczenia. Wskazany przepis konstytucji wymaga, by ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogły być ustanawianie „tylko w ustawie”. W dotychczasowej dyskusji naukowej, a także w orzecznictwie rozważano, w jaki sposób należy rozumieć dane wyrażenie: czy wprost i literalnie, czy systemowo. Obecnie część doktryny uważa, że treść art. 31 ust. 3 Konstytucji nie oznacza bezwzględnego zakazu zamieszczania jakichkolwiek ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności w aktach podustawowych^[43]. To podejście opiera się założeniu, że wszystkie krajowe akty prawa powszechnie obowiązującego o charakterze podustawowym mają umocowanie w ustawie i są wydane na podstawie wynikającego z niej

⁴¹ Informacje na temat działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w 2020 r., s. 201-202.

⁴² Zob. np. ograniczenia związane z możliwością udziału w praktykach religijnych, nakaz zakrywania ust i nosa, nakaz kwarantanny itp. Zob. szerzej np. Marcin Olszówka, Krzysztof Dyda, „Analiza konstytucyjności ograniczeń w korzystaniu z wolności religii podczas pandemii koronawirusa w Polsce” *Studia z Prawa Wyznaniowego*, t. XXIII (2020): 441-469; Piotr Stanisławski, „Ograniczenia wolności kultu religijnego w czasie pandemii COVID-19: między konstytucyjnością a efektywnością” *Przegląd Sejmowy*, nr 3 (2021): 143-165; Jerzy Szukalski, „Wybrane zagadnienia naruszeń wolności i praw człowieka w Polsce w czasie pandemii COVID-19 na przykładzie obowiązku zakrywania ust i nosa” *Zeszyty Naukowe Wydziału Zarządzania GWSH*, nr 17 (2022): 5-13; Krzysztof Warchałowski, „Ograniczenia wolności religijnej podczas pandemii COVID-19 w wybranych państwach Europy. Pierwsze doświadczenia” *Prawo i Więź*, nr 4 (2021): 13-35.

⁴³ Leszek Bosek, Marek Szydło, „Komentarz do art. 31 Konstytucji”, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. Marek Safjan, Leszek Bosek (Warszawa: C.H. Beck 2016), Nb 74-84.

upoważnienia^[44]. Niezależnie od tego, to przepis prawa powszechnie obowiązującego zawarty w ustawie powinien w pierwszej kolejności określać zakres ingerencji, co stanowi wyraz realizacji zasady demokratycznego państwa prawnego i suwerenności Narodu. Ustanawianie ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności w ustawie stanowi najdalej idącą gwarancję poszanowania i przestrzegania konstytucyjnych praw i wolności^[45]. Zapewnia im też najlepszy stopień ochrony, a to w szczególności z uwagi legitymację parlamentu do reprezentowania suwerena, złożoność trybu uchwalenia ustawy dającego możliwość szeroką debatę nad zasadnością wprowadzanych ograniczeń i pogłębioną refleksję w tym zakresie, jawność postępowania, a wreszcie możliwości kontroli legalności i konstytucyjności aktu, a zatem weryfikacji jego zgodności np. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Należy jednak podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny wydawał orzeczenia, w których wskazywał, że wyrażenie „tylko w ustawie” ujawnia wolę ustrojodawcy, by wykluczyć możliwości ustanawiania ograniczeń w rozporządzeniu, nawet jeżeli spełnia ono wymogi z art. 92 Konstytucji. To znaczy, że zastrzeżenie wyłącznie ustawowej rangi unormowania ograniczeń należy rozumieć dosłownie, z wykluczeniem dopuszczalności subdelegacji^[46]. W innych orzeczeniach Trybunał wyjaśniał, że „Konstytucyjna zasada wyłączności ustawy w sferze praw człowieka nie wyklucza przekazywania pewnych spraw związanych z urzeczywistnianiem wolności i praw konstytucyjnych do unormowania w drodze rozporządzeń”^[47].

W doktrynie podkreśla się, że:

przy ograniczaniu konstytucyjnych praw i wolności na podstawie art. 31 ust. 3 kompletność i głębokość regulacji ustawowej (w porównaniu z tym, co można w sposób prawnie dozwolony zamieścić w rozporządzeniu wykonawczym) powinny być o wiele większe i dalej idące [...] ^[48].

⁴⁴ Art. 92 ust. 1 Konstytucji (upoważnienie do wydania rozporządzenia) i art. 94 Konstytucji (upoważnienie do wydania aktu prawa miejscowego).

⁴⁵ *Konstytucja RP* (Kraków: Zakamycze 1999), 107-108.

⁴⁶ Zob. np. wyrok TK z 19 maja 1998 r., sygn. U 5/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 46, a także wyrok TK z 25 lipca 2006 r., sygn. P 24/05, OTK ZU nr 7/A/ 2006, poz. 87, w którym TK zwrócił uwagę na różnicę w rozumieniu wyrażenia „w drodze ustawy” z wyrażeniem „tylko w ustawie”.

⁴⁷ Wyrok TK z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02, OTK ZU nr 6/A/ 2003, poz. 62.

⁴⁸ Leszek Bosek, Marek Szydło, „Komentarz do art. 31 Konstytucji”, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. Marek Safjan, Leszek Bosek (Warszawa: C.H. Beck, 2016), Nb 7.

Zagadnienie to ma znaczenie z punktu widzenia budowy systemu źródeł prawa i podziału materii między ustawę a akty podustawowe. Z tym, że po wejściu w życie Konstytucji RP zmieniło się podejście do kwestii wyłączności ustawy. Nawet w dziedzinie odpowiedzialności karnej TK dopuścił pewną relatywizację zasady bezwzględnej wyłączności ustawy i dopuścił regulowanie pewnych kwestii w rozporządzeniu, oczywiście jeśli właściwie zostało skonstruowane upoważnienie ustawowe^[49].

Dodatkowo uznano, że ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw mogą być również zamieszczane (doprecyzowywane) w innych niż rozporządzenia aktach normatywnych podustawowych, takich jak: akty prawa miejscowego (art. 94 Konstytucji RP). Nie dopuszczono jednak, by ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności były określane aktami o charakterze wewnętrznym.

Ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą wynikać z wiążących Polskę umów międzynarodowych. Należy przy tym pamiętać, że zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 i 5 Konstytucji RP ratyfikacja umów międzynarodowych dotyczących wolności i praw określonych w Konstytucji wymagają uprzedniej zgody na ratyfikację wyrażonej w ustawie. W tym miejscu należy podkreślić, że wyrażając swoją uprzednią zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej przewidującej określone ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, parlament (podobnie jak zresztą Prezydent RP) powinien dokładnie zbadać, czy ograniczenia spełniają materialne przesłanki usprawiedliwiające ograniczenia, przewidziane przez art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wszystkie umowy międzynarodowe muszą być bowiem zgodne z Konstytucją RP, która zgodnie z art. 8 ust. 1 jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej^[50].

Zwracając jeszcze uwagę na wymóg formalny proporcjonalności należy podkreślić, że oznacza nie tylko wyłączność ustawy w omawianym zakresie, z zastrzeżeniem dopuszczalności wyjątkowego normowania pewnych mniej istotnych kwestii techniczno-wykonawczych w aktach normatywnych podustawowych, ale też warunek dostatecznej określoności regulacji prawnej^[51]. Precyzyjność przepisów prawa powinna przejawiać się

⁴⁹ Wyrok TK z 20 lutego 2001 r., sygn. P 2/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 32.

⁵⁰ Np. odnośnie do charakteru umów międzynarodowych i ich relacji do Konstytucji wyroki TK z: 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 49, pkt 4.5, 6.3–6.4 oraz 16 listopada 2011 r., sygn. SK 45/09, OTK ZU nr 9/A/2011, poz. 97, pkt III.2.

⁵¹ Wyroki TK z: 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98, OTK ZU nr 1/2000, poz. 3; 5 maja 2004 r., sygn. P 2/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 39; 28 czerwca 2005 r., sygn.

w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała następnie na ich wyegzekwowanie^[52].

Wskazane okoliczności należało uwzględniać kształtując treść ewentualnych przepisów nakazujących szczepienia przeciwko COVID-19, w tym kształtujących środki przymusu oraz nakazy i zakazy nakładane na jednostki. W szczególności miało to znaczenie przy podejmowaniu decyzji o formie ingerencji prawodawczej w status jednostki.

Wyzwaniom tym nie sprzyjał kształt rozwiązań dotyczących źródeł prawa. Jeżeli chodzi o wymogi przepisu upoważniającego do wydania rozporządzenia są wyraźnie określone w Konstytucji RP, to w praktyce rozróżnienie zakresu spraw przekazanych do uregulowania w rozporządzeniu i wytycznych dotyczących treści tego aktu może budzić wątpliwości. Nie rozwiązują ich różne konstrukcje doktrynalne, interpretacje Rady Legislacyjnej czy nawet normy wynikające z Zasad techniki prawodawczej. Wymóg wytycznych powoduje, że łatwo zdeprecjonować rozporządzenie, gdy uzna się, że upoważnienie zawierało wytyczne niedostateczne czy nieprecyzyjne. Z drugiej strony ogranicza on działalność prawotwórczą podmiotu upoważnionego do wydania rozporządzenia, co może sam akt uczynić dysfunkcyjnym.

Jeśli chodzi o akty prawa miejscowego, to trudno jest z nich korzystać inaczej w sytuacjach zagrożenia niż tylko w kontekście przepisów porządkowych, których zakres określają poszczególne ustawy ustrojowe dotyczące jednostek samorządu terytorialnego oraz administracji rządowej w terenie. Zasięg ich oddziaływania jest mniejszy, ale być może – poprzez monitorowanie zagrożenia na poziomie lokalnym czy regionalnym – interwencje prawodawcze mogłyby być skuteczniejsze i mieścić się w granicach ochrony wolności i praw jednostki^[53].

SK 56/04, OTK ZU nr 6/A/ 2005, poz. 67. Zasada określoności prawa wywiedziona z art. 2 Konstytucji oznacza, że przepisy prawne muszą być formułowane w sposób precyzyjny, jasny i poprawny, co jest szczególnie istotne w przypadku przepisów ograniczających prawa i wolności jednostek (na temat tej zasady zamiast wielu wyrok TK z 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 138).

⁵² Np. wyroki TK z 21 marca 2001 r., sygn. K 24/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 51 i 28 października 2009 r., Kp 3/09.

⁵³ Art. 23 ustawy o stanie klęski żywiołowej stanowi „Art. 23. 1. Niezbędne ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela, o których mowa w art. 21 i art. 22, w granicach dopuszczonych w rozporządzeniu Rady Ministrów o wprowadzeniu stanu klęski żywiołowej wprowadza, odpowiednio w zakresie kompetencji wynikających z art. 8: 1) wójt (burmistrz, prezydent miasta) albo pełnomocnik, o którym mowa w art. 9 ust. 5 – w drodze zarządzenia albo decyzji; 2) starosta

W przypadku aktów prawa wewnętrznego formalnie Konstytucja zakazuje, by kształtowały one sytuację prawną jednostek, ale niezależnie od tego istnieje pokusa, by z nich korzystać pod pretekstem kierowania norm do określonych grup, rzekomo organizacyjnie podporządkowanych, a praktycznie pośrednio także do podmiotów zewnętrznych (np. zarządzenia różnych organów).

albo pełnomocnik, o którym mowa w art. 10 ust. 5 – w drodze zarządzenia albo decyzji; 3) wojewoda albo pełnomocnik, o którym mowa w art. 11 ust. 4 – w drodze rozporządzenia albo decyzji.”

Art. 22 ustawy o stanie wyjątkowym: „Rada Ministrów, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3, określa, w drodze rozporządzeń, szczegółowy tryb i sposoby oraz obszarowy, podmiotowy i przedmiotowy zakres wprowadzenia i stosowania ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela ustalonych przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w rozporządzeniach, o których mowa w art. 3 ust. 1 i art. 5 ust. 1, uwzględniając w możliwym stopniu minimalizację indywidualnych i społecznych uciążliwości wynikających ze stosowania tych ograniczeń.

2. Jeżeli stan wyjątkowy został wprowadzony na obszarze jednego województwa lub jego części, określone w ust. 1 kompetencje Rady Ministrów przejmują właściwy wojewoda.

3. Określone w art. 21 ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela ustalone przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w rozporządzeniach, o których mowa w art. 3 ust. 1 i art. 5 ust. 1, wprowadza się i stosuje w drodze rozporządzeń wydawanych przez:

- 1) właściwego ministra – w przypadku jeżeli ograniczenie określone w art. 21 pkt 3 dotyczy szkół jemu podległych;
- 2) ministra właściwego do spraw finansów publicznych po zasięgnięciu opinii Prezesa Narodowego Banku Polskiego – w przypadku ograniczenia określonego w art. 21 pkt 4;
- 3) ministrów właściwych do spraw transportu, żeglugi śródlądowej i gospodarki morskiej działających w porozumieniu z Ministrem Obrony Narodowej oraz ministrem właściwym do spraw wewnętrznych – w przypadku ograniczeń określonych w art. 21 pkt 5;
- 4) ministra właściwego do spraw łączności i ministra właściwego do spraw informatyzacji działających w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych, Ministrem Obrony Narodowej i ministrem właściwym do spraw finansów publicznych oraz po zasięgnięciu opinii Prezesa Narodowego Banku Polskiego w odniesieniu do bankowych systemów telekomunikacyjnych – w przypadku ograniczeń określonych w art. 21 pkt 6;
- 5) ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej w odniesieniu do żołnierzy zawodowych – w przypadku ograniczeń określonych w art. 21 pkt 7;
- 6) właściwego wojewodę – w przypadku stosowania ograniczenia określonego w art. 21 pkt 3 do szkół, z wyłączeniem szkół wyższych, oraz stosowania ograniczeń określonych w art. 21 pkt 1, 1a, 2 i 5, jeżeli stan wyjątkowy wprowadzono na obszarze jednego województwa lub jego części.

Wreszcie niebezpieczne jest korzystanie z tzw. *soft law* albo aktów o charakterze technicznym typu komunikaty, ogólniki, zawiadomienia, obwieszczenia, które nie są źródłami prawa, ale wyznaczają reguły działania, a czasem są źródłem wiedzy o prawie i tu się pojawia problem, czy ich wydanie rodzi obowiązki adresatów norm prawnych, o których mówią.

Stan pandemii wymaga niewątpliwie określonego reżimu legislacyjnego. Skoro ustrojodawca nie uznał pandemii za stan nadzwyczajny, to powinny istnieć inne instrumenty reakcji na zagrożenia, które umożliwiałyby funkcjonowanie państwa i realizację zadań ochrony przez administrację publiczną poprzez prawodawstwo szanujące prawa człowieka. W tym kontekście za niedostateczny należy uznać obecny system źródeł prawa w Polsce, który ogranicza możliwości realizacji zadań przez administrację publiczną, gdyż sposób ukształtowania ich kompetencji prawotwórczych jest tak ściśle związany z ustawą, że istnieje ryzyko naruszeń. Przez to system staje się dysfunkcyjny^[54].

4 | Wnioski

Pandemia ujawniła problemy w zakresie konstrukcji systemu źródeł prawa. Jak podkreśla Ewa Ura, przepisy covidowe pokazały kryzys prawa administracyjnego^[55]. Z perspektywy prawnej ma to źródło w kilku zagadnieniach. Po pierwsze, 27 lat obowiązywania Konstytucji RP ujawniło, że system źródeł prawa, w tym legislacji delegowanej, ma wady. Próba uniknięcia nadmiernej arbitralności władzy wykonawczej w stanowieniu prawa spowodowały, że zasady wydawania aktów podustawowych zostały usztywnione. Model upoważnienia ustawowego do wydania rozporządzenia powoduje, że organ upoważniony nie ma zbyt dużej swobody legislacyjnej. Gdy zaś choć trochę przekroczy upoważnienie, może to być powodem albo delegalizacji

⁵⁴ Zob. Elżbieta Ura, „Działania podejmowane przez administrację rządową w okresie pandemii COVID-19” *Acta Iuridica Resoviensia*, nr 3 (2022): 294-305.

⁵⁵ Elżbieta Ura, „Przepisy „covidowe” przykładem kryzysu prawa administracyjnego”, [w:] *Kryzys, stagnacja, renesans? Prawo administracyjne przyszłości. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Jagielskiemu*, red. Marek Wierzbowski, Jacek Piecha, Piotr Gołaszewski, Maksymilian Cherka (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 196-213.

rozporządzenia orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, albo odmową jego zastosowania przez sądy, które podlegają Konstytucji i ustawom.

Po drugie, mimo że Konstytucja RP zmieniała istotę dotyczącą kwestii materii i wyłączności ustawy, to nadal stosuje się miary wypracowane w przeszłym systemie, wymagając, by wszystko w określonych obszarach było przedmiotem regulacji ustawy.

Po trzecie, mimo wyraźnego wskazania zasad ograniczenia z konstytucyjnych wolności i praw w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, nadal nie ma jednoznacznego ujęcia rozumienia takich kwestii jak „w drodze ustawy” czy „w ustawie”. Nawet orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego jest w tym zakresie niejednolite. Trybunał ten w różnych sprawach wyklada dany przepis bardziej lub mniej elastycznie podchodząc do formy ograniczenia wolności i praw człowieka. To wprowadza relatywizację danej przesłanki, a zatem zaburza pewność prawa i bezpieczeństwo prawne.

Ukształtowany ponad 27 lat temu model systemu źródeł prawa w Polsce jest oparty na dobrych założeniach, ale nie uwzględnia dynamiki zjawisk, w tym możliwych zagrożeń, i nie jest adekwatny do zadań powierzonych władzy wykonawczej. Może – w niektórych okolicznościach ograniczać możliwość działania administracji publicznej, a nawet powodować jej dysfunkcjonalność wobec zagrożeń.

W tym kontekście być może trzeba rozważyć rozbudowanie na poziomie konstytucyjnym źródeł prawa powszechnie obowiązującego stanowionych przez administrację, a przynajmniej je doprecyzować. W obecnym kształcie art. 92 Konstytucji dotyczący wydawania rozporządzeń wydaje się zbyt rygorystyczny, a art. 94 (akty prawa miejscowego) i 93 (akty wewnętrznie obowiązujące) są ujęte zbyt ogólnie, niejasno. Pozwalają na dużą elastyczność działania organów jednostek samorządu terytorialnego i terenowych organów administracji rządowej, co prowadzi do paradoksu, że w praktyce akty niższe od rozporządzeń mogą regulować więcej i ingerować bardziej w status jednostki, a to jest bardziej niebezpieczne niż nieskorzystanie z możliwości wprowadzenia w czasie pandemii stanu wyjątkowego czy stanu klęski żywiołowej.

Bibliografia

- Bałaaban Andrzej, „Akty normatywne wewnętrznie obowiązujące”, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. Andrzej Szmyt. 99. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2005.
- Banaszak Bogusław, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2009.
- Bień-Kacała Agnieszka, *Źródła prawa wewnętrznego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2013.
- Bosek Leszek, Marek Szydło, „Komentarz do art. 31 Konstytucji”, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. Marek Safjan, Leszek Bosek, Nb 74-84. Warszawa: C.H. Beck, 2016.
- Brzozowski Wojciech, „Wytyczne dotyczące treści rozporządzenia (uwagi na tle formułowania upoważnień ustawowych)” *Przegląd Sejmowy*, nr 4 (2013) 65-82.
- Czarnow Sławomir, „Między stanem epidemii a stanem klęski żywiołowej – COVID-19 a niektóre prawa człowieka” *Radca Prawny*, nr 3 (2021): 11-42.
- Czeszejko-Sochacki Zbigniew, „Akty wykonawcze pod rządem Konstytucji z 1997 r. w świetle orzecznictwa TK”, [w:] *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, red. Maria Kruk, Janusz Trzciniński, Jan Wawrzyniak. 397 i n. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2002.
- Dąbek Dorota, *Prawo miejscowe samorządu terytorialnego*. Bydgoszcz: Oficyna Wydawnicza Branta, 2003.
- Dąbek Dorota, *Prawo miejscowe*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Działocha Kazimierz, „Komentarz do art. 87”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. Leszek Garlicki, t. I. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1999.
- Florczak-Wątor Monika, „Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa” *Państwo i Prawo*, z. 12 (2020): 6-10.
- Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. Jan Boć. Wrocław: Kolonia Limited, 1998.
- Olszówka Marcin, Krzysztof Dyda, „Analiza konstytucyjności ograniczeń w korzystaniu z wolności religii podczas pandemii koronawirusa w Polsce” *Studia z Prawa Wyznaniowego*, t. XXIII (2020): 441-469.
- Płowiec Witold, *Koncepcja aktu prawa wewnętrznego Konstytucji RP*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2006.
- Rozmaryn Stefan, *Ustawa w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*. Warszawa: PWN, 1964.

- Rybski Robert, „Stan epidemii a stany nadzwyczajne” *Przegląd Konstytucyjny*, nr 1 (2022): 139-165.
- Stanisz Piotr, „Ograniczenia wolności kultu religijnego w czasie pandemii COVID-19: między konstytucyjnością a efektywnością” *Przegląd Sejmowy*, nr 3 (2021): 143-165.
- Szmyt Andrzej, „Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce”, [w:] *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, red. Kazimierz Działocha. 158. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2004.
- Szukalski Jerzy, „Wybrane zagadnienia naruszeń wolności i praw człowieka w Polsce w czasie pandemii COVID-19 na przykładzie obowiązku zakrywania ust i nosa” *Zeszyty Naukowe Wydziału Zarządzania GWSH*, nr 17 (2022): 5-13.
- Trociuk Stanisław, *Prawa i wolności w stanie epidemii*. Warszawa: Wolters Kluwer 2021.
- Tuleja Piotr, „Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne” *Palestra*, 9 (2020): 5-21.
- Ura Elżbieta, „Działania podejmowane przez administrację rządową w okresie pandemii COVID-19” *Acta Iuridica Resoviensia*, nr 3 (2022): 294-305.
- Ura Elżbieta, „Przepisy „covidowe” przykładem kryzysu prawa administracyjnego”, [w:] *Kryzys, stagnacja, renesans? Prawo administracyjne przyszłości. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Jagielskiemu*, red. Marek Wierzbowski, Jacek Piecha, Piotr Gołaszewski, Maksymilian Cherka. 196-213. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Warchałowski Krzysztof, „Ograniczenia wolności religijnej podczas pandemii COVID-19 w wybranych państwach Europy. Pierwsze doświadczenia” *Prawo i Więź*, nr 4 (2021): 13-35.
- Wiącek Marcin, „Komentarz do art. 92”, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, red. Marek Safjan, Leszek Bosek, t. II. Nb 11. Warszawa: C.H. Beck, 2016.
- Wiącek Marcin, „Komentarz do art. 93”, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, red. Marek Safjan, Leszek Bosek, t. II. Nb 17. Warszawa: C.H. Beck, 2016.
- Wiącek Marcin, „Upoważnienie do wydania samorządowego aktu prawa miejscowego w świetle Konstytucji RP” *Zeszyty Naczelnego Sądu Administracyjnego*, nr 3 (2013): 104-113.
- Wojtyczek Krzysztof, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 1999.
- Wronkowska Sławomira, „Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki”, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. Andrzej Szmyt. 71. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2005.
- Wronkowska Sławomira, „System źródeł prawa w nowej Konstytucji” *Biuletyn RPO*, nr 38 (2000).



WOJCIECH STASZEWSKI

Ochrona polskich grobów i cmentarzy na terytorium Uzbekistanu w świetle dwustronnych regulacji traktatowych

Protection of Graves and Cemeteries on the Territory of Uzbekistan in the Light of Bilateral Treaty Provisions

Abstract

The protection of graves and cemeteries as places of burial is an essential element of the care of the national heritage and an expression of the formation of the national memory. Therefore, efforts to commemorate and protect the graves of Poles buried outside Poland are extremely important. Uzbekistan has numerous burial sites of Polish soldiers and civilians, as many military units of the emerging Polish army in the USSR were stationed there. This paper lists and analyses bilateral treaty provisions relating to cooperation in the protection of graves and cemeteries. It examines whether international agreements between Poland and Uzbekistan have provided a formal basis for such cooperation, and how this cooperation is carried out.

KEYWORDS: protection of graves and cemeteries, Polish-Uzbek relations, Polish treaty practice, treaty relations between Poland and Uzbekistan

SŁOWA KLUCZOWE: ochrona grobów i cmentarzy, stosunki polsko-uzbeckie, polska praktyka traktatowa, stosunki traktatowe Polski z Uzbekistanem

WOJCIECH STASZEWSKI – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II,
ORCID – 0000-0002-4139-3475, e-mail: wojciech.staszewski@kul.pl

1 | Wprowadzenie

Miejsca pochówku Polaków, biorąc pod uwagę zarówno pamięć o dziedzictwie narodowym, jak i szacunek dla szczątków ludzkich, stanowi, jak zauważa Mariusz Czyżak, „dobro szczególne, zasługujące na ochronę prawną”^[1]. Należy też podkreślić, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.^[2] w preambule wyraża wdzięczność „naszym przodkom za ich pracę, za walkę o niepodległość okupioną ogromnymi ofiarami, za kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnoludzkich wartości” oraz zobowiązuje, „by przekazać przyszłym pokoleniom wszystko, co cenne z ponad tysiącletniego dorobku”. Stąd też szczególnie istotne są podejmowane działania na rzecz upamiętnienia i ochrony miejsc pochówku Polaków położonych poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

Terytorium, gdzie znajduje się wiele mogił Polaków jest obecny Uzbekistan, będący miejscem rozlokowania polskich jednostek tworzącej się Armii Polskiej w ZSRR pod koniec lutego 1942 r. Rozmieszczono tam: sztab Armii (w rejonie Jangi-Jul), Centrum Wyszkożenia Armii (przy stacji Wriewskaja), Ośrodka Organizacyjnego Armii (w Guzar), 6. Dywizji Piechoty (w Szachrisabz), 7. Dywizji Piechoty (w Karmana), 9. Dywizji Piechoty (w Margiełan). Niezwłocznie wokół miejsc ulokowania jednostek wojskowych zaczęli zbierać się cywile i tworzone były szkoły junaczek i junaków, Pomocnicza Służba Kobiet, szkoły, sierocińce, szpitale itp.^[3]. Niestety złe warunki bytowe i klimatyczne spowodowały szerzenie się chorób i śmierć wielu Polaków. Z danych statystycznych wynika, że w lutym 1942 r. odsetek chorych wynosił 39% stanu osobowego wojska, a śmiertelność chorych sięgała aż 17,5%. Zmarłych wojskowych chowano zarówno na mogiłach indywidualnych na miejscowych cmentarzach w wydzielonych kwaterach, a czasami w zbiorowych grobach, jak też na tworzonych cmentarzach wojskowych^[4].

Należy przy tym zaznaczyć, że z polską obecnością w Uzbekistanie mieliśmy do czynienia już wcześniej, jeszcze przed umiejscowieniem tam

¹ Mariusz Czyżak, „Prawna ochrona grobów i cmentarzy wojennych w polskim systemie prawnym” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 2 (2011): 50.

² Tekst Konstytucji – Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

³ Regina Piątek, Jerzy Platajs, *Polskie cmentarze wojenne w Uzbekistanie* (Warszawa: Rada Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, 2011), 7. Zob. też: Andrzej K. Kunert, „Przedślowie”, [w:] Krzysztof Hejke, *Uzbekistan. Polskie Cmentarze Wojenne* (Warszawa: Rada Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, 2011), 10-11.

⁴ Piątek, Platajs, *Polskie cmentarze wojenne w Uzbekistanie*, 7-8. Zob. też: Kunert, „Przedślowie”, 13-14.

polskich żołnierzy, co było związane z migracją obywateli polskich na obszarze ZSRR, zwalnianych z więzień i łagrów na mocy tzw. amnestii z dnia 12 sierpnia 1941 r. Warto zauważyć, że są różne dane co do skali zwolnionych osób oraz tych, które nie odzyskały wolności.

Tabela. Polacy zwolnieni na mocy amnestii z dnia 12 sierpnia 1941 r. w zależności od źródła według stanu na październik 1941 r.

Kategoria	Raport Ł. Berii	Raporty terenowych organów NKWD	Informacje A. Wyszyńskiego przedstawione ambasadorowi S. Kotowi o podlegających amnestii
Uwięzieni	50 295	51 257	71 481
Deportowani	265 248	254 437	291 137
Jeńcy	26 297	26 297	25 314
Podlegający amnestii w sumie	391 575	–	387 932
Nie zwolnieni	49 735	50 632	42 421

Źródło: Daniel Boćkowski, *Czas nadziei. Obywatele Rzeczypospolitej Polskiej w ZSRR i opieka nad nimi placówek polskich w latach 1940-1943* (Warszawa: Wydawnictwo NERITON-Institut Historii PAN, 1999), 187.

Zwolniono wówczas wielu Polaków, którzy odzyskali wolność i prawo do swobodnego poruszania się po terytorium ZSRR (poza pasem przygranicznym, strefami zamkniętymi oraz objętymi działaniami wojennymi, a także miastami pierwszej i drugiej kategorii)^[5]. Wiele osób z chwilą odzyskania wolności opuściło północne rejony ZSRR i udało się w kierunku południowo-wschodnim, w tym do Uzbeckiej SRR^[6]. Warto dodać, że ogromna fala migracji Polaków i chęć jej powstrzymania przez władze radzieckie doprowadziły do wydania nakazu kierowania wszystkich Polaków na teren Uzbekistanu^[7]. Wycieńczenie, brak odporności na miejscowe choroby, ciężkie warunki sanitarne i klimat spowodowały liczne zgony przybyłych osób^[8].

⁵ Daniel Boćkowski, *Czas nadziei. Obywatele Rzeczypospolitej Polskiej w ZSRR i opieka nad nimi placówek polskich w latach 1940-1943* (Warszawa: Wydawnictwo Neriton-Institut Historii PAN, 1999), 192.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem, 202 i 206-209.

⁸ Ibidem, 203-205. Zob. też: Kunert, „Przedślowie”, 14.

Należy nadmienić, że wielu Polaków w te rejony przybyło wcześniej, w tym m.in. służący w armii carskiej, zesłańcy polityczni (uczestnicy powstania styczniowego), jeńcy wojenni w czasie I wojny światowej z armii austriackiej i niemieckiej (służący w nich Polacy)^[9].

Terytorium Uzbekistanu stało się miejscem pochówku licznych polskich wojskowych i cywilów. Niezbędne stało się zatem stworzenie ram prawnych w zakresie upamiętnienia i ochrony tych miejsc. Trzeba też mieć na względzie, że przemiany społeczno-polityczne w Europie Środkowej i Wschodniej po 1989 r. oraz ukształtowanie się wielu państw po byłym ZSRR^[10] spowodowało potrzebę ułożenia stosunków pomiędzy „nową” Polską a powstałym i uznanym przez Polskę w 1991 r. Uzbekistanem^[11], a także umożliwiło podjęcie działań zmierzających do uzgodnienia umowy dotyczącej ochrony grobów i cmentarzy oraz współpracy w tym zakresie.

Niezbędne jest odnotowanie, że na terytorium Polski pochowanych jest wielu żołnierzy pochodzenia uzbeckiego, którzy walczyli w szeregach Armii Radzieckiej^[12].

Niniejszy artykuł ma na celu nie tylko wskazać dwustronne regulacje traktatowe, które dotyczą ochrony grobów i cmentarzy, ale także dokonać ich analizy oraz udzielić odpowiedzi na pytanie badawcze, czy zawarte w stosunkach polsko-uzbeckich umowy międzynarodowe stworzyły właściwe ramy prawne dla przedmiotowej współpracy oraz jak ta współpraca

⁹ Zob. szerzej: Shodmonkuł D. Pirimkułow, „Polacy w historii Uzbekistanu”, [w:] *Uzbekistan. Historia – społeczeństwo – polityka*, red. Tadeusz Bodio (Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa, 2001), 51 i nast.

¹⁰ Zob. Lech Antonowicz, „Rozpad ZSRR ze stanowiska prawa międzynarodowego” *Państwo i Prawo*, nr 9 (1992). Zob. też: Karol Karski, *Rozpad ZSRR a prawo międzynarodowe* (Warszawa: Bellona, 2015), 122 i n.; Eugeniusz Zieliński, „Proces odrodzenia narodowego i państwowego republik”, [w:] *Przeobrażenia ustrojowe w republikach dawnego ZSRR*, red. Eugeniusz Zieliński (Warszawa: Dom Wydawniczy i Handlowy Elipsa, 1993), 7 i n.

¹¹ Uchwała Rady Ministrów RP nr 170/91 (w sprawie uznania przez Rzeczpospolitą Polską Republiki Armenii, Republiki Azerbejdżanu, Republiki Białoruś, Federacji Rosyjskiej, Republiki Kazachstanu, Republiki Kirgistanu, Republiki Mołdawii, Republiki Tadżykistanu, Turkmenistanu i Republiki Uzbekistanu), przyjęta w Warszawie w dniu 27 grudnia 1991 r. Kinga Stasiak, Wojciech Sz. Staszewski, Anna Szarek-Zwijacz, *Stosunki polsko-armeńskie. Wybór dokumentów z wprowadzeniem* (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2017), 27-29.

¹² M.in. gen. mjr Sabir Rachimow, który spoczywa na cmentarzu w Gdańsku Oliwie. Witold Śmidowski, „Stan i perspektywy rozwoju polsko-uzbeckich stosunków politycznych”, [w:] *Uzbekistan. Historia – społeczeństwo – polityka*, 390.

przebiega. Realizując zamierzone cele posłużono się przede wszystkim metodą prawno-dogmatyczną.

2 | Stosunki dyplomatyczne i Traktat o przyjaźni i współpracy

Po uznaniu przez Rząd RP Uzbekistanu nastąpiło nawiązanie stosunków dyplomatycznych między Polską a Uzbekistanem w dniu 19 marca 1992 r. na szczecelu ambasad^[13]. Intensyfikacja wzajemnych stosunków nastąpiła w 1995 r. podczas wizyty prezydenta Islama Karimowa w Polsce, podczas której doszło do podpisania wielu porozumień międzynarodowych, w tym w dniu 11 stycznia 1995 r. szczególnie ważnej dla relacji dwustronnych umowy – Traktatu o przyjaźni i współpracy^[14]. W preambule umowy odwołano się do tradycyjnej przyjaźni łączącej oba narody oraz wyrażono pragnienie odtworzenia i wszechstronnego rozwijania cennych wartości stosunków dwustronnych. Traktat stworzył formalne podstawy dla rozwoju współpracy w różnych dziedzinach^[15]. Kluczowe znaczenie dla przedmiotowych rozważań ma art. 11 Traktatu odnoszący się do współpracy kulturalnej. Strony stwierdziły, że będą popierać wszechstronny rozwój współpracy w dziedzinie kultury, nauki i oświaty oraz zobowiązały się do wzajemnej ochrony dóbr kultury obu narodów, stosując istniejące światowe i europejskie standardy, określone w konwencjach UNESCO, dokumentach

¹³ Ambasadę RP w Taszkiencie ustanowiono na podstawie zarządzenia Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 18 marca 1994 r., a otwarto w 1996 r. W 2002 r. został akredytowany w Polsce ambasador Republiki Uzbekistanu z siedzibą w Berlinie. Od 2004 r. działa w Warszawie ambasada Republiki Uzbekistanu. *Stosunki dyplomatyczne Polski*. Informator, t. III, Azja, Zakaukazie, Australia i Oceania 1918-2009, red. Krzysztof Szczepanik, Anna Herman-Łukasik, Barbara Janicka (Warszawa: Ministerstwo Spraw Zagranicznych. Biuro Archiwum i Zarządzania Informacją, 2010), 252.

¹⁴ Traktat o przyjaźni i współpracy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Uzbekistanu, sporządzony w Warszawie w dniu 11 stycznia 1995 r. Wszedł on w życie – zgodnie z postanowieniami art. 20 ust. 1 Traktatu – w dniu 20 listopada 1995 r. Tekst: Dz. U. z 1996 r., Nr 26, poz. 115.

¹⁵ Zob. Śmidowski, „Stan i perspektywy rozwoju polsko-uzbeckich stosunków politycznych”, 392-393.

KBWE i innych umowach międzynarodowych. Uzgodniono także, że kontrahenci będą, na podstawie istniejących między nimi umów i programów, intensyfikować i rozbudowywać wymianę kulturalną na wszystkich szczeblach – w szczególności będą popierać współpracę między stowarzyszeniami twórców i artystów, instytucjami i organizacjami kulturalnymi oraz bezpośredni kontakt pomiędzy polskimi i uzbeckimi artystami i twórcami. W dodatku – co szczególnie istotne i co wymaga podkreślenia – strony zobowiązały się otoczyć szczególną opieką historyczne miejsca i dobra kultury związane z historią i tradycjami drugiego państwa-kontrahenta umowy.

Traktat stworzył ramy prawne polsko-uzbeckiej współpracy w dziedzinach stanowiących zainteresowanie obu stron, a także podstawy do przyjęcia innym umów odnoszących się do różnych aspektów wzajemnej współpracy, w tym zakresie ochrony grobów i cmentarzy.

3 | Umowa o współpracy kulturalnej i naukowej

W dniu 11 stycznia 1995 r. została zawarta także Umowa o współpracy kulturalnej i naukowej^[16]. W porozumieniu tym uzgodniono ramy prawne współpracy kulturalnej i naukowej opierając się, jak stwierdzono w art. 1, na zasadach poszanowania jednostki, wolności sumienia i wyznania, swobodnej autoekspresji, uznania ważności duchowych i kulturowych wartości, otwartości i tolerancji oraz nadrzędności prawa. Zawarto w niej – co szczególnie istotne dla prowadzonych rozważań – zobowiązanie stron do podejmowania wysiłków na rzecz ochrony integralności terytorialnej narodowego dziedzictwa kulturowego obydwu państw oraz zachowania i konserwacji na swoim terytorium przedmiotów stanowiących zabytki i wartości kulturalne drugiego kontrahenta (art. 13)^[17].

¹⁶ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Uzbekistanu o współpracy kulturalnej i naukowej, podpisana w Warszawie w dniu 11 stycznia 1995 r. Weszła ona w życie – zgodnie z postanowieniami art. 19 Umowy – w dniu 22 maja 1996 r. Tekst: Dz. U. z 1996 r., Nr 114, poz. 543.

¹⁷ Szerzej na temat postanowień umowy pisze: Śmidowski, „Stan i perspektywy rozwoju polsko-uzbeckich stosunków politycznych”, 393-394.

4 | Umowa o wzajemnej ochronie miejsc spoczynku i pamięci ofiar wojny i represji

W tym samym dniu, tj. 11 stycznia 1995 r. podpisana została Umowa o wzajemnej ochronie miejsc spoczynku i pamięci ofiar wojny i represji^[18]. Przed analizą jej postanowień warto zauważyć, że w jej tytule użyto sformułowania „ofiar wojny i represji”, a tym samym odniesiono się do wydarzeń historycznych, które miały istotny wpływ na miejsce pochówku wielu osób.

W porozumieniu strony podkreśliły w preambule, że uzgodniły ją „[...] spełniając wolę swoich narodów, które zawsze w czci i poszanowaniu zachowywały miejsca spoczynku poległych i pomordowanych oraz pamięć o ich czynach”, a także „pragnąc w godny sposób uczcić miejsca wiecznego spoczynku tak osób cywilnych jak i wojskowych pochowanych na terytoriach państwowych obu Umawiających się Stron [...]”. Jej celem jest usunięcie nierozpoznawalnych jeszcze „białych plam” we wzajemnych relacjach, jak też zbliżenie obu narodów i ustanowienie między nimi przyjaznych kontaktów. Zawierając umowę kierowano się zarówno postanowieniami Traktatu między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Uzbeką o przyjaźni i współpracy, a także odpowiednimi postanowieniami Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 r.^[19], a także protokołów dodatkowych do tych Konwencji z dnia 26 września 1977 r.^[20].

¹⁸ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Uzbekistanu o wzajemnej ochronie miejsc spoczynku i pamięci ofiar wojny i represji, podpisana w Warszawie w dniu 11 stycznia 1995 r. Weszła ona w życie – zgodnie z postanowieniami art. 8 ust. 1 Umowy – w dniu 30 czerwca 1995 r. Wojciech Sz. Staszewski, „Dwustronne umowy o ochronie grobów i cmentarzy zawarte przez Polskę”, [w:] *Prawo międzynarodowe publiczne. Studia i materiały*, t. II, red. Kinga Stasiak, Wojciech Sz. Staszewski, Anna Szarek-Zwijacz (Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL, 2019), 214-217.

¹⁹ Konwencje o ochronie ofiar wojny (I. Konwencja Genewska o polepszaniu losu rannych i chorych w armiach czynnych, II. Konwencja Genewska o polepszaniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu, III. Konwencja Genewska o traktowaniu jeńców wojennych, IV. Konwencja Genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny), podpisane w Genewie dnia 12 sierpnia 1949 r. Tekst: Dz. U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171, załącznik.

²⁰ Protokoły Dodatkowe do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I) oraz dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół II), sporządzone w Genewie dnia 8 czerwca 1977 r. Tekst: Dz. U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175.

Zostały w niej określone, jak wskazuje art. 1 Umowy, zasady, którymi strony mają kierować się przy rozwiązywaniu wszelkich problemów związanych z odszukiwaniem, rejestracją, urządzeniem, zachowaniem w należytym stanie i utrzymaniem na przyszłość miejsc spoczynku i pamięci żołnierzy oraz osób cywilnych, jak również przy ewentualnych pracach ekshumacyjnych i ponownym pochowaniu odnalezionych szczątków zwłok. Strony postanowiły też, że będą wymieniać za pośrednictwem upoważnionych przedstawicieli władz cywilnych i wojskowych pełne posiadane informacje dotyczące położenia miejsc spoczynku i pamięci, ich liczby i wielkości oraz danych osobowych poległych i pomordowanych, oraz wszelkie inne dane dotyczące tych osób. W dodatku kontrahenci uzgodnili, że ustalą listę miejsc spoczynku i pamięci, przy czym biorąc na siebie odpowiedzialność za utrzymanie tych miejsc w należytym porządku, zgodnie z normami i standardami międzynarodowymi oraz zwyczajami narodowymi i religijnymi. Ustalono też, że przy ujawnianiu nowych miejsc spoczynku będą one chronione przez każdego z kontrahentów, a umieszczenie tych miejsc w oficjalnych listach będzie dokonywane za wzajemną zgodą upoważnionych przedstawicieli stron.

Kontrahenci zobowiązali się na swoim terytorium państwowym do opieki nad miejscami spoczynku i pamięci żołnierzy oraz osób cywilnych drugiej strony w zakresie odpowiadającym normom i standardom międzynarodowym. Te przedsięwzięcia w zakresie opieki obejmują ustawianie znaków pamiątkowych (zarówno narodowych, jak i religijnych) na tych miejscach, zazielenienie grobów i cmentarzy oraz utrzymanie ich w należytym porządku. Mogą być – za zgodą stron – stosowane również inne formy upamiętnienia poległych i pomordowanych^[21]. Państwa będą sprzyjać ustawianiu pomników i innym formom uczczenia pamięci poległych i pomordowanych w miejscach ich spoczynku na terytorium państwowym drugiej strony. Ustalono, że państwa będą niezwłocznie się informować za pośrednictwem upoważnionych przedstawicieli o wszystkich przypadkach wandalizmu na miejscach spoczynku i pamięci, jak też podejmować działania w celu ich ukrócenia i zapobiegania w przyszłości, a także likwidować skutki tych aktów i karać sprawców.

²¹ Zasady finansowania w tym zakresie będą uzgadniane w każdym przypadku indywidualnie przez strony. Z kolei nakłady finansowania poniesione przez jedną ze stron mogą być częściowo lub w całości zrekompensowane przez drugiego kontrahenta w dowolnej uzgodnionej formie (art. 6 ust. 2).

Umowa przewiduje w art. 3, że w celu przekazania szczątków zwłok żołnierzy i osób cywilnych do pochowania w ojczyźnie ich ekshumacja będzie przeprowadzana wyłącznie na prośbę właściwych władz jednej ze stron, za zgodą władz drugiej strony, na terytorium której one spoczywają oraz na życzenie bliskich krewnych tych osób. Po uzyskaniu stosownej zgody na przeprowadzenie ekshumacji i przekazanie drugiej stronie szczątków zwłok żołnierzy i osób cywilnych kontrahenci za pośrednictwem upoważnionych przedstawicieli uzgodnią procedurę związaną z prowadzeniem ekshumacji i przekazaniem szczątków zwłok oraz sporządzą stosowny protokół. W dodatku ekshumacja mająca na celu pochowanie w ojczyźnie szczątków zwłok osób poległych i pomordowanych będzie przeprowadzana przez właściwych przedstawicieli kontrahentów^[22].

W przypadku zmiany miejsc spoczynku szczątków zwłok poległych i pomordowanych na terytorium państwa, na którym zostały one pochowane, mogą być dokonywane tylko w wyjątkowych sytuacjach, zgodnie z decyzją właściwych władz państwa, na którego terytorium znajduje się miejsce spoczynku. O takiej zmianie powinny być niezwłocznie poinformowane władze drugiej strony porozumienia. Dokonywanie tego typu ekshumacji ma być przeprowadzane przez właściwe władze stron, przy przestrzeganiu zasad przyjętych w państwie miejsca ekshumacji wraz ze sporządzeniem właściwych dokumentów (art. 4)^[23].

Umowa o wzajemnej ochronie miejsc spoczynku i pamięci ofiar wojny i represji zawiera także w art. 5 postanowienia dotyczące działań mających na celu ustalenie danych osobowych poległych i pomordowanych, a także ich upamiętnienia, w tym m.in. przyjęcia specjalnych grup roboczych i zapewnienia niezbędnych warunków dla ich działalności, udzielanie możliwej pomocy i poparcia^[24], dostępu do źródeł informacji dotyczących miejsc spoczynku.

Kontrahenci zobowiązali się do finansowania wszelkich przedsięwzięć związanych z opieką i utrzymaniem miejsc spoczynku i pamięci oraz

²² W tym zakresie zasady finansowania będą uzgadniane w każdym przypadku indywidualnie przez strony, a nakłady finansowania poniesione przez jedną ze stron mogą być częściowo lub w całości zrekompensowane przez drugiego kontrahenta w dowolnej uzgodnionej formie (art. 6 ust. 2).

²³ W tym zakresie nakłady finansowe niezbędne do zrealizowania przedsięwzięć ponosi ta strona, na której terytorium państwowym są one realizowane (art. 6 ust. 3).

²⁴ Koszty przejazdu i utrzymania specjalnych grup roboczych ponosi ten kontrahent, który je wysłał (art. 6 ust. 4).

upamiętnieniem poległych i pomordowanych żołnierzy oraz osób cywilnych drugiej strony na swym terytorium państwowym. Zasady finansowania i ponoszenia nakładów ustalono w zależności od dokonywanych przedsięwzięć (art. 6).

Strony wyraziły wolę zapewnienia obywatelom drugiego kontrahenta swobodnego dostępu do znajdujących się na jej terytorium miejsc spoczynku i pamięci poległych i pomordowanych rodaków. W dodatku zobowiązały się do sprzyjania zakładaniu i utrzymaniu muzeów i ośrodków spotkań w pobliżu miejsc spoczynku i pamięci (art. 7).

Umowa ta określiła wszelkie niezbędne kwestie związane z opieką nad miejscami spoczynku i pamięci żołnierzy oraz osób cywilnych, w tym podejmowanych różnego rodzaju przedsięwzięć w tym zakresie. Umożliwiła podjęcie intensywnych działań nad odnalezieniem miejsc pochówku i odbudową polskich cmentarzu w Uzbekistanie.

5 | Podsumowanie

Dokonana analiza pozwala na stwierdzenie, że przyjęte umowy międzynarodowe określiły nie tylko ramy prawne opieki nad miejscami spoczynku i pamięci żołnierzy oraz osób cywilnych, ale nadały współpracy w tym zakresie odpowiednią rangę. Przyjęte traktaty stworzyły właściwe podstawy prawne polsko-uzbeckiej współpracy w zakresie ochrony grobów i cmentarzy, a tym samym są istotnym elementem w kształtowaniu przyjaznych stosunków między tymi państwami. Można stwierdzić, że zostały przyjęte odpowiednie rozwiązania prawne dla ochrony polskich grobów i cmentarzy znajdujących się na terytorium Uzbekistanu.

Warto też dodać, że po ich podpisaniu i utworzeniu ambasady RP w Taszkencie przeprowadzono lustrację cmentarzy i podjęto rozmowy z lokalnymi władzami oraz rozpoczęto poszukiwania w uzbeckich archiwach.

Dzięki podjętym staniom przez Radę Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa w 2001 r. odbudowano jedenaście nekropolii (w Czirakczja, Guzar, Jakkabag, Jangi-Jul, Kanimech, Karmana-Miasto, Karmana-Stacja, Kitab, Olmazor I [dawniej Wriewskaja], Olmazor II [dawniej Wriewskaja])

i Szachrisabz)^[25], a kolejne sześć w 2010 r. (w Beszkent, Gałabułag, Karszi, Margiełan, Narpaj i Taszłak)^[26]. Niestety nie wszystkie miejsca pochówku udało się określić i nie wszystkie dane pogrzebanych można obecnie ustalić. Z tego też względu pamięć wszystkim zmarłym uczczono wybudowanym w Taszkencie pomnikiem^[27].

Obecnie na terytorium Uzbekistanu znajduje się 17 cmentarzy, na których spoczywają żołnierze armii gen. Władysława Andersa oraz osoby cywilne. Największą polską nekropolią w tym państwie jest Polski Cmentarz Wojskowy w Guzach. Obiekty te są pod stałą opieką Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego; są przeprowadzane systematycznie prace remontowo-budowlane, w tym m.in. w 2014 r. wymieniono nieczytelne tablice z nazwiskami na cmentarzach w Guzar, Kanimech, Karmana-Stacja i Karmana-Miasto, przeprowadzając jednocześnie korektę inskrypcji; w 2016 r. wykonano remonty na cmentarzach w Jangi-Jul, Olmazor I, Olmazor II, Guzar oraz odnowiono pomnik w Taszkencie; w 2018 r. zostały wykonane generalne remonty na cmentarzach w Gałabułag, Taszłak i Margiełan^[28].

Należy też z satysfakcją przyjąć ogłoszoną w dniu 8 września 2023 r. informację, że rozpoczęte zostały prace nad digitalizacją Polskich Cmentarzy Wojennych w Uzbekistanie. Projekt ten, realizowany wspólnie przez Ambasadę RP w Taszkencie, Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku i Muzeum Sybiru w Białymstoku, zakłada powstanie strony internetowej, na której będą dostępne: interaktywna mapa z geolokalizacją wszystkich polskich cmentarzy, ich wirtualne modele wykonane w technologii 3D wraz z imiennymi spisami wszystkich pochowanych na tych nekropoliach Polaków^[29].

²⁵ Warto przy tym odnotować, że już w 1998 r. władze obwodu kaszkaderyjskiego na swój koszt podjęły się prac remontowych i ogrodzenia polskich cmentarzy w Jakkabag, Szachrisabz i Kitab. Regina Piątek, Jerzy Platajs, *Polskie cmentarze wojenne w Uzbekistanie*, 9.

²⁶ Kunert, „Przedślowie”, 14.

²⁷ Na pomniku widnieje napis: W hołdzie tysiącom Polaków Żołnierzom Armii Polskiej na Wschodzie Gen. Władysława Andersa i osobom cywilnym byłym jeńcom więźniom sowieckich łagrów zmarłym w drodze do Ojczyzny w 1942 r. spoczywającym w uzbeckiej ziemi. Cześć ich pamięci.

²⁸ Informacja udzielona przez Departament Dziedzictwa Kulturowego za Granicą i Strat Wojennych Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, pismo nr DDZ-MPN.7513.9.2020.RP z dnia 2 października 2020 r.

²⁹ *Digitalizacja Polskich Cmentarzy Wojennych w Uzbekistanie*. <https://www.gov.pl/web/uzbekistan/digitalizacja-polskich-cmentarzy-wojennych-w-uzbekistanie>. [dostęp: 25.07.2024].

Bibliografia

- Antonowicz Lech, „Rozpad ZSRR ze stanowiska prawa międzynarodowego” *Państwo i Prawo*, nr 9 (1992): 20-29.
- Boćkowski Daniel, *Czas nadziei. Obywatele Rzeczypospolitej Polskiej w ZSRR i opieka nad nimi placówek polskich w latach 1940-1943*. Warszawa: Wydawnictwo Neriton-Institut Historii PAN, 1999.
- Czyżak Mariusz, „Prawna ochrona grobów i cmentarzy wojennych w polskim systemie prawnym” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 2 (2011): 50-58.
- Digitalizacja Polskich Cmentarzy Wojennych w Uzbekistanie*. <https://www.gov.pl/web/uzbekistan/digitalizacja-polskich-cmentarzy-wojennych-w-uzbekistanie>.
- Karski Karol, *Rozpad ZSRR a prawo międzynarodowe*. Warszawa: Bellona, 2015.
- Kunert Andrzej K., „Przedślowie”, [w:] Krzysztof Hejke, *Uzbekistan. Polskie Cmentarze Wojenne*. 5-19. Warszawa: Rada Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, 2011.
- Piątek Regina, Jerzy Platajs, *Polskie cmentarze wojenne w Uzbekistanie*. Warszawa: Rada Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, 2011.
- Pirimkułow Shodmonkuł D., „Polacy w historii Uzbekistanu”, [w:] *Uzbekistan. Historia – społeczeństwo – polityka*, red. Tadeusz Bodio. 51-75. Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa, 2001.
- Stasiak Kinga, Wojciech Sz. Staszewski, Anna Szarek-Zwijacz, *Stosunki polsko-armiejskie. Wybór dokumentów z wprowadzeniem*. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2017.
- Wojciech Sz. Staszewski, „Dwustronne umowy o ochronie grobów i cmentarzy zawarte przez Polskę”, [w:] *Prawo międzynarodowe publiczne. Studia i materiały*, t. II, red. Kinga Stasiak, Wojciech Sz. Staszewski, Anna Szarek-Zwijacz. 191-246. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL, 2019.
- Stosunki dyplomatyczne Polski. Informator*, t. III, Azja, Zakaukazie, Australia i Oceania 1918-2009, red. Krzysztof Szczepanik, Anna Herman-Lukasik, Barbara Janicka. Warszawa: Ministerstwo Spraw Zagranicznych. Biuro Archiwum i Zarządzania Informacją, 2010.
- Śmidowski Witold, „Stan i perspektywy rozwoju polsko-uzbeckich stosunków politycznych”, [w:] *Uzbekistan. Historia – społeczeństwo – polityka*, red. Tadeusz Bodio. 389-401. Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa, 2001.
- Zieliński Eugeniusz, „Proces odrodzenia narodowego i państwowego republik”, [w:] *Przeobrażenia ustrojowe w republikach dawnego ZSRR*, red. Eugeniusz Zieliński. 7-52. Warszawa: Dom Wydawniczy i Handlowy Elipsa, 1993.



Między intencjonalnością a zamiarem. Filozoficzne reminiscencje w prawie karnym

Between Intentionality and Intention. Philosophical Reminiscences in Criminal Law

Abstract

The main premise of this paper was to determine whether the elements of intent, as established in criminal law and accompanying the perpetrator of a crime, can be traced back to the philosophical phenomenon of intentionality. For this purpose, the essence of intentionality was first defined, taking into account the properties that this phenomenon integrates on a philosophical level. Next, the essence of intentionality was characterized by identifying the dimensions that manifest in its construction (the intellectual and volitional dimensions) from the perspective of criminal law. The final part of the study compared the elements and characteristics of the structures studied. On the basis of this comparison, it was shown that the structure of intentionality, as described by philosophers, is reflected in the structure of intention in criminal law. The paper also identifies the characteristics that differentiate the structures studied.

SŁOWA KLUCZOWE: intentionality,
mental act, awareness, intention,
intellect, will

KEYWORDS: intencjonalność, akt
mentalny, świadomość, zamiar,
intelekt, wola

JOANNA BRZEZIŃSKA – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Wrocławski,
ORCID – 0000-0002-5030-3363, e-mail: joanna.brzezinska@uwr.edu.pl

1 | Intencjonalność w języku i w filozofii

Analizując fenomen intencjonalności warto na samym początku pochylić się nad zakresem znaczeniowym pojęcia, które będzie determinowało dalsze rozważania przedstawione w niniejszym opracowaniu. Interesującą koncepcję to zostało przybliżone w *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, w której można odnaleźć pogląd, że intencjonalność polega na mentalnym ukierunkowaniu lub zwróceniu uwagi na obiekt, w taki sposób jakby umysł odzwierciedlał mentalny łuk, z którego strzały można wycelować w różne cele^[1]. Niewątpliwie zatem współczesna analiza intencjonalności podejmowana w filozofii koncentrować się będzie wokół stanu umysłu oraz towarzyszących mu metafizycznych rozważań, dotyczących fundamentalnej natury mentalnych aktywności^[2]. W *Encyklopedii PWN* z kolei intencjonalność, to pojęcie identyfikowane z taką czynnością umysłu, która ukierunkowana jest ku przedmiotowi. Czynność ta według scholastyków owemu przedmiotowi nadaje charakter bytu intencjonalnego, jest zatem niczym innym, jak swoistą zdolnością umysłu do jego łączenia się w akcie poznawczym z przedmiotem poznania – poznawaną rzeczą^[3]. W *Słowniku pojęć filozoficznych* Romana Ingardena pojawia się natomiast termin intencjonalny, który używany jest w odniesieniu do aktu świadomości zawierającego w sobie moment intencji, a także do określenia przedmiotu, który stanowi odpowiednik lub wytwór takiego uświadomionego aktu^[4]. W terminologii łacińskiej zwraca uwagę wieloznaczne tłumaczenie terminu *intentio*. Jan Krokos, dokonując wielopłaszczyznowej analizy leksykalnej przedmiotowego pojęcia^[5], zaznacza, że zwłaszcza jego łaciński przekład charakteryzuje wieloznaczność możliwych interpretacji. Wedle właściwego znaczenia określenie *intentio* oznacza napięcie lub natężenie.

¹ „Intentionality”, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/intentionality/>. [dostęp: 20.12.2024].

² Ibidem.

³ <https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/intencjonalność.html>. [dostęp: 22.12.2024].

⁴ Janina Makota, „Intencjonalność” [w:] *Słownik pojęć filozoficznych Romana Ingardena*, red. Andrzej J. Nowak, Leszek Sosnowski (Kraków: Wydawnictwo Universitas, 2001), 102; Julia Didier, *Słownik filozofii* (Katowice: Wydawnictwo Książnica, 1995), 168.

⁵ W monografii *Odślanianie intencjonalności* Jan Krokos przedstawia analizę terminu *intentio* nie tylko z perspektywy języka łacińskiego, ale również języka greckiego oraz języka arabskiego.; Por. Jan Krokos, *Odślanianie intencjonalności* (Stare Kościeliska: Liberi Libri, 2013), 41-45.

Natomiast zgodnie z przenośnym znaczeniem badanego terminu natrafić można na odmienne grupy jego znaczeń. Wśród nich pojawiają się zwłaszcza następujące przekłady: a) uwaga, baczenie, dbałość, troska, b) zamiar, zamysł, chęć, wola, c) skarga, zarzut, proces oraz d) przesłanka^[6].

Rozważania zawarte w niniejszej części opracowania o charakterze filozoficznym skłaniają do interpretacji pojęcia *intentio* jako „skierowanie się ku czemuś^[7]” oraz „treść” woli, intencja^[8], z kolei z perspektywy dalszych analiz o charakterze prawno-karnym, przedstawionych w kolejnej części, uzasadnia wzięcie pod uwagę także innych jego znaczeń, takich jak: „zamiar, chęć czy wola”^[9]. Ta najbardziej wstępna, językowa interpretacja, wprowadzająca dychotomię znaczeń badanego pojęcia pokazuje, że jego rozumienie przez filozofów i przez kranistów będzie nieco inne. Owa językowa specyfika badanych charakterystyk zmierza jednak do ustalenia, czy można filozoficzną intencjonalność postrzegać jako korelat woli sprawcy, która przy udziale jego aktywnej świadomości wyznacza zakres towarzyszącego mu zamiaru, a zatem, czy z perspektywy metodologicznej te zjawiska – intencjonalność (w filozofii) oraz zamiar (w prawie karnym) – stają się synonimiczne, czy może jednak ich zakresy znaczeniowe nie upoważniają do wskazanej interpretacji, zważywszy na szersze pole zakresowe jednego z nich. By dojść do ustaleń, które pozwolą rozstrzygnąć nakreśloną wątpliwość, w pierwszej kolejności niezbędne jest przybliżenie istoty intencjonalności w ujęciu filozofii, w dalszej zaś zamiaru z perspektywy teorii prawa karnego.

Status rozważań, dotyczących intencjonalności na płaszczyźnie leksykalnej zakłada zatem jej zapośredniczenie w ustalonej aktywności intelektualnej. Jedynie bowiem podmiot obdarzony intelektem może przejawiać intencjonalność jako swoisty „stan czy sposób bycia umysłu”^[10].

⁶ Krokos, *Odsłanianie intencjonalności*, 41; Władysław Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych* (Warszawa: PWN, 1968), 368; Krystyna Pisarkowa, *Język według Junga; o czytaniu intencji* (Kraków: PAN, 1994).

⁷ Interesujące, że jednym z objaśnień, jakie stosuje Tomasz z Akwinu, kiedy tłumaczy termin *intentio* jest stwierdzenie, że oznacza ono „poznawcze ujęcie rzeczy”, jeśli ukierunkowane jest ku jej dalszemu poznawaniu lub zdobyciu jej.; *Słownik łacińsko – polski Sumy Teologicznej Tomasza z Akwinu*. <http://www.katedra.uksw.edu.pl/suma/slownik/meni.html>. [dostęp: 27.12.2024].

⁸ *Słownik łacińsko – polski Sumy Teologicznej Tomasza z Akwinu*. <http://www.katedra.uksw.edu.pl/suma/slownik/meni.html>. [dostęp: 27.12.2024].

⁹ *Słownik łacińsko – polski*, red. Marian Plezia, t. I-V (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2007).

¹⁰ Krokos, *Odsłanianie intencjonalności*, 47.

Analizowane pojęcie wyjaśniane bywa w perspektywie filozoficznej nie tylko jako właściwość, ale także jako jakość określonego przedmiotu, który pozostaje w pewnej relacji do intencji z nim związanej, a nawet sposób istnienia^[11]. Z kolei wedle Ingardena intencjonalne jest to, co zostało wytworzone przez akt świadomości^[12].

Skierowanie uwagi na rozpoznanie intencjonalności z perspektywy filozofii, lecz biorąc pod uwagę dalsze jeszcze założenie, by następnie jej istotę zrelacjonować wobec elementów, które konstytuują funkcjonowanie zamiaru w karnistyce, wymaga uchwycenia punktu wyjścia badanej struktury oraz elementów, które jej stawianiu się, towarzyszą. Nie jest zatem celem poniżej zestawionych uwag zrelacjonowanie intencjonalności wobec poglądów filozofów, które na przestrzeni kolejnych epok towarzyszyły jej interpretacji, lecz takie jej przedstawienie, by określić elementy, z jakich się ona składa. Podążając zatem za wypracowaniem ujęcia intencjonalności w przedstawionej perspektywie, w niniejszej części opracowania przedstawione zostaną przede wszystkim ustalenia sformułowane w pracy Krokosa *Odsłanianie intencjonalności*^[13], które następnie umożliwią odtworzenie tych elementów, które wyznaczają strukturę samej *intencjonalności*.

¹¹ Ibidem, 40.

¹² Roman Ingarden, *Spór o istnienie świata*, t. I, *Ontologia formalna*, cz. I, *Forma i istota* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1987), 180.

¹³ Jan Krokos przeprowadził badania istoty intencjonalności poprzez analizowanie jej aspektów w pracach filozofów, którzy od starożytności poprzez średniowiecze i nowożytność zajmowali się tym zagadnieniem w swoich dziełach. Zaznaczyć jednak należy, że badania Autora zogniskowane są wokół badania teorii intencjonalności w ujęciu klasycznym, dotyczą zatem poglądów sformułowanych przez Franza Brentano, Edmunda Husserla oraz Romana Ingardena. Warto jednak zaznaczyć, że klasyczne rozumienie intencjonalności było przedmiotem krytyki, która uwidaczniała się w poglądach takich filozofów, jak: Jean – Luc Marion, czy Michel Henry.; Por. szerzej na ten temat w następujących opracowaniach: Jan Krokos, *Odsłanianie intencjonalności*, 37; Franz Brentano, *Psychologia z empirycznego punktu widzenia*, tłum. Włodzimierz Galewicz (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1999); Franz Brentano, *Deskriptywne Psychologie* (Hamburg: Meiner, 1982); Edmund Husserl, *Badania logiczne*, t. I-II, tłum. Janusz Sidorek (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2006); Edmund Husserl, *Idee czystej fenomenologii i fenomenologicznej filozofii. Księga pierwsza*, tłum. Danuta Gierulanka (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1975); Edmund Husserl, *Idee czystej fenomenologii i fenomenologicznej filozofii. Księga druga*, tłum. Danuta Gierulanka (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1974); Edmund Husserl, *Wykłady z fenomenologii wewnętrznej świadomości czasu*, tłum. Janusz Sidorek (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1989); Roman Ingarden, *Spór o istnienie świata*, t. I-III (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1987); Roman Ingarden,

Przechodząc do rozważań o naturze badanej struktury, na początku należy zauważyć, że nie ma intencjonalności bez aktywności mentalnej podmiotu. Otóż może ona pojawić się, a zatem powstać oraz zmanifestować, jedynie na płaszczyźnie świadomości^[14]. Należy przyjąć, że jest to pierwszy element niezbędny dla odtworzenia jawienia się intencjonalności. Na planie egzystencji podmiotu posiadającego świadomość budzą się jego przeżycia, tam właśnie zaczynają one istnieć. Jednocześnie to nie świadomość jest sprawczą dla bytu podmiotu, lecz to podmiot właśnie jest bytem, który daje podstawę świadomości. Świadomość otwiera się i ulega rozwojowi, dopiero wraz z nią ujawniać się zaczyna intencjonalność. Na początku nie towarzyszy jej jeszcze określona intencja (tematyczna), lecz przybiera ona raczej charakter intencji rozmytej. Można by rzec, intencja zaczyna dopiero jawić się w świadomości, która ją rozpoznaje. Krokos zauważa nawet: „Owo otwarcie się świadomości na nią samą dzięki wpisanej w nią intencjonalności pozwala orientować się podmiotowi w strumieniu powiązanych ze sobą przeżyć, ciągle niedookreślonych i trudnych do jednoznacznego określenia^[15]”. Zatem im wyraźniej w przeżyciach podmiotu zaznacza się moment intencji, tym bardziej podmiot uwyrażnia się jako podstawa bytowa zarówno poszczególnych przeżyć, jak i pełnego ich strumienia^[16]. Ten etap wstępny oznacza dla podmiotu, że świadomość otwierając się jest płaszczyzną, wyznaczającą przeżycia^[17], które w niej powstają, a następnie przepływają kolejne. Pierwotne zachowują się w świadomości, z kolei oddalając się od nich, kolejne wypierają wcześniejsze. Oznacza to, że teraźniejszość świadomości, w której pojawiają się stale nowe przeżycia z perspektywy temporalnej, zmienia się; „[...] świadomość, płynąca poprzez

U podstaw teorii poznania (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1971); Roman Ingarden, *Z badań nad filozofią współczesną* (Warszawa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1963); Roman Ingarden, *Z teorii języka i filozoficznych podstaw logiki* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1972); Michel Henry, *Phenomenologie materielle* (Paris: PUF, 1990); Marek Pokropski, „Husserl i Henry – spór o intencjonalność” *Przegląd Filozoficzno – Literacki*, nr 3 (2012): 229–249.

¹⁴ Anita Pacholik-Żuromska, „Intencjonalność – rozumienie – samowiedza. Problem poznania w świetle nauk kognitywnych”, [w:] *Umysł. Prace z filozofii i kognitywistyki* (Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2016), 150–155.

¹⁵ Krokos, *Odsłanianie intencjonalności*, 252.

¹⁶ Ibidem, 255.

¹⁷ Małgorzata Wójtowicz-Dacka, Ludmiła Zając-Lamparska, *O świadomości. Wybrane zagadnienia. Wprowadzenie* (Bydgoszcz: Wydawnictwo Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego, 2007), 137–138.

trwające teraz, ciągle opuszcza teraźniejszość i zapada się w przeszłość, a jednocześnie jest stale i nieustannie otwarta na to, co dopiero się zjawia [...] ^[18]. Takie ujęcie naświetla założenie, że świadomość określonego podmiotu osadzona w czasie nie może zatrzymać jego upływu, nie może nie przyjąć także wszelkich przemian, które nadejdą z przyszłości.

Kolejnym etapem, przez który przechodzi podmiot, a który „przesuwa” rozwój intencjonalności z etapu wstępnego, jest odniesienie się podmiotu do świata zewnętrznego, w którym on egzystuje. Trwając we wstępnym założeniu, zgodnie z którym podmiot posiada otwartą świadomość, należy przyjąć, że jest ona tym obszarem, w który wnika, treść świata, wypełnia się jego transcendencja. Jeśli spojrzeć na intencjonalność z perspektywy tego etapu, stanie się ona powiązana z recepcją przez podmiot owych, zróżnicowanych treści, wnikających z zewnątrz do świata przeżyć. Na dalszym etapie dochodzi do zamanifestowania się w świadomości różnych elementów czy to ze świata zewnętrznego, czy też takich, które zaczynają się jawić w niej samej. Bez względu na charakter pochodzenia owego elementu (czy pochodzi z zewnątrz, czy ze świadomości samej) aktualizuje się w dalszym ciągu akt skierowania uwagi na określony przedmiot. Podmiot wyposażony w świadomość ukierunkowuje ją zatem ze znanych sobie racji na to, co go zainteresowało. Jest nim przedmiot jego uwagi. Można zatem zauważyć, że podmiot wykształca akt świadomości, w którym jawi się po pierwsze przedmiot jego intencjonalnego odniesienia oraz podążający wraz za nim sposób owego odniesienia ^[19]. Kwestią, która w wyraźny sposób się uwidacznia na tym etapie, jest ukształtowanie woli oraz ukierunkowanie intencji podmiotu wobec oznaczonego, konkretnego przedmiotu ^[20]. Krokos podkreśla,

¹⁸ Krokos, *Odstanianie intencjonalności*, 253.

¹⁹ Ingarden, *Spór o istnienie świata*, 84; Husserl, *Idee czystej fenomenologii i fenomenologicznej filozofii*, 419-420; Husserl, *Badania logiczne*, 189; Arkadiusz Chrudzimski, „Roman Ingarden o intencjonalności i znaczeniu”, *Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria*, nr 4 (2020): 347-348; Arkadiusz Chrudzimski, „Ingarden on Modes of Being”, [w:] *Object and Pseudo – Objects: ontological Deserts and Jungles from Brentano to Carnap*, red. Bruno Leclercq, Sebastien Richard, Denis Seron (Berlin: De Gruyter, 2015), 199-222; Marek Maciejczak, „Edmunda Husserla próba nadania filozofii naukowego charakteru” *Studia Philosophiae Christianae*, nr 2 (2003): 122-123.

²⁰ Arkadiusz Chrudzimski, „Intencjonalność”, [w:] *Przewodnik po kognitywistyce*, red. Józef Bremer (Kraków: 2015), 13-14 oraz podana tam literatura: Franz Brentano, *Deskriptywne Psychologie* (Hamburg: Meiner, 1982), 27; Roman Ingarden, *Spór o istnienie świata*, t. I-II, tł. Danuta Gierulanka (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1985), t. II, część 1 § 47, pkt A; Edward Zalta, *Intensional Logic and The Metaphysics of Intentionality*, (Cambridge, Mass: The MIT Press, 1988), 16; Hubert

że „W każdej [...] intencji zawarty jest moment wolitywny, który powoduje działanie określonego rodzaju czy typu^[21]”. Z perspektywy wprowadzonych założeń należy zatem podkreślić, że intencjonalność aktualizująca się w świadomości podmiotu determinuje nie tylko proces jego skierowania się ku ściśle określonemu (temu, nie innemu) przedmiotowi, lecz dodatkowo wyznacza sposób odniesienia do tego przedmiotu, czyli takie jawienie się aktu świadomości, który pozostaje właściwy dla osiągnięcia zamierzonego celu.

Prowadząc rozważania dotyczące wyznaczenia tych obszarów, w których intencjonalność najpełniej się ujawnia i biorąc pod uwagę, że jest ona immanentną właściwością zachowań umysłowych, Krokos wyróżnia, podążając za Arystotelesem, trzy z nich: działalność wytwórczą, praktyczną oraz poznawczą^[22].

W przypadku działalności o charakterze twórczym czy wytwórczym, podmiot świadomy, który się na niej koncentruje, swoją uwagę ukierunkowuje na obiekcie, który zamierza wytworzyć, wytwarza lub wytworzy. Następstwem tego stanu rzeczy jest przysłonięcie nim (obiektem, który ma powstać, powstaje lub powstał) aktywności intencjonalnej podmiotu. Pole świadomości podmiotu ogniskuje się na samym wytworze, rzeczy, która ma powstać, powstaje lub powstanie. Jeśliby spojrzeć na etapy owego działania twórczego/wytwórczego polegają one na: 1) ukształtowaniu się w umyśle świadomego podmiotu – twórcy/wytwórcy pomysłu lub idei, 2) wprowadzeniu/wniesieniu/odwzorowaniu owego pomysłu/idei poprzez jego wprowadzenie w określony materiał. Jest to zatem zdaniem Krokosa proces dwuetapowy – wytworzenie w świadomości pomysłu lub idei określonego artefaktu oraz wytworzenie takiego artefaktu wobec pomyślanej idei, czy pomysłu^[23]. Tym, co wyraźnie uwidacznia się w procesie wytwarzania, są dwa elementy, które budują aktywność intencjonalną podmiotu – intelektualny (poznawczy) oraz wolicjonalny^[24]. W świadomości w pierwszej kolejności aktualizuje się etap kształtowania się pierwotnego pomysłu (pra-pomysłu) lub pierwotnej idei (pra-idei). Zaczyna się on/ona uwidaczniać na podstawie dokonujących się w świadomości operacji

Lederer Dreyfus, *Husserl, Intentionality and Cognitive Science* (Cambridge, Mass: The MIT Press, 1982); Damian Leszczyński, „Ingarden, intencjonalność i inwazja porywaczy dusz” *Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria*, nr 4 (2020): 438-439.

²¹ Krokos, *Odsłanianie intencjonalności*, 253.

²² Ibidem, 256.

²³ Ibidem, 257.

²⁴ Ibidem, 257.

o charakterze analitycznym oraz syntetyzującym, które dotyczą tych treści, które pojawiają się w umyśle podmiotu w czasie jego egzystencji. Kiedy w umyśle jawić się zaczyna pra-pomysł, uświadomienie sobie jego przez podmiot może wykazywać zróżnicowany stopień określoności (zatem może być mniej lub bardziej wyraźne), na wstępnym jednak etapie jego pojawienia się manifestuje się w świadomości zwykle mniej wyraźnie. Element wolicjonalny na tym etapie jeszcze nie zaznacza swojej obecności. Jednak w przypadku, gdy pra-pomysł się ujawnia w świadomości, wola może:

1. wyeliminować go z centrum świadomości (nawet jeśli pra-pomysł dopiero kielkował w świadomości, jawiąc się nie dość wyraźnie),
2. powściągnąć go, ukierunkowując intencję świadomości w innym kierunku, dochodzi wówczas do zmiany ukierunkowania z jednego pra-pomysłu na inny, który pojawi się w centrum pola świadomości,
3. może spowodować ukierunkowanie uwagi na taki pra-pomysł dotyczący wytworzenia jakiegoś artefaktu, który pojawił się spontanicznie i pozwala się takiemu pra-pomysłowi rozwinąć z zachowaniem aktywności mentalnej podmiotu. Kiedy zatem dodatkowo zachodzi spójność, która rozszerza się na płaszczyznę intelektualną, dochodzi do podjęcia decyzji o urzeczywistnieniu wytworzenia owego artefaktu^[25].

W rozważaniach, które koncentrują się na wyjaśnianiu istoty *intencjonalności* nie sposób utracić z pola widzenia także tego, że jako *intencjonalne* postrzegane jest także działanie podmiotu, a zatem czyn podmiotu (*actus humanus*). Aby artefakt mógł zaistnieć konieczne jest sprawcze działanie praktyczne podmiotu, który go wytworzy. Działanie to zatem, które jawi się jako wytwór intencjonalny świadomości prowadzi do pojawienia się czegoś kolejnego – wytworu takiego działania^[26]. Tymczasem, aby podmiot mógł coś wytworzyć, coś sprawić, musi właściwie ukierunkować swoje działania, które mają zmierzać do zrealizowania zamierzonego celu. Przechodząc już do czynu jako takiego, należy podkreślić, że do jego urzeczywistnienia konieczne są intelekt i wola. Spojrzenie na krystalizowanie się czynu na płaszczyźnie filozoficznej pozwala wyróżnić trzy etapy – zamierzenie, wybór i wykonanie, choć Krokos zaznacza, że nie istnieje wymóg łącznego

²⁵ Ibidem, 257-258.

²⁶ Ibidem, 259.

ich wystąpienia w każdym czynie^[27]. Analiza kolejnych etapów kształtowania się czynu jawi się w rozszerzeniu następująco:

I faza czynu – zamierzenie, składa się z następujących elementów:

- a. pojawia się pomysł jakiegoś przedmiotu; wobec niego wola zajmuje konkretne stanowisko – akceptuje go lub odrzuca;
- b. jeśli intelekt dostrzega, że cel jest możliwy do zrealizowania, pod wpływem upodobania woli rodzi się/pojawia się zamiar osiągnięcia owego celu.

II faza czynu:

- a. intelekt określa środki niezbędne do zrealizowania zamiaru, z kolei wola je akceptuje lub odrzuca,
- b. jeśli wola akceptuje środki, intelekt dokonuje ich porównania, a wola wybiera te, które są najbardziej właściwe. Wybór ów środków z udziałem woli kończy tę fazę.

III faza czynu:

- a. intelekt nakazuje wprowadzenie w czyn tego, co zostało zamierzone, wola określa, czy cel został osiągnięty, znajdując lub też nie znajdując w nim upodobanie. Wola jako wolna może działać wbrew intelektowi, a jej wyrażenie nie musi się pokrywać ze stanem rzeczy, który obiektywnie występuje.

Warto zaznaczyć, że z powyższych rozważań jednoznacznie wynika, że intencjonalność, będąca cechą działań świadomych, a zatem czynów człowieka, przybiera dychotomiczny charakter, jej natura jest poznawczo-wolitywna. Na płaszczyźnie czynu „[...] intelekt poznaje, że wola chce, a wola chce, by intelekt poznawał. Intelekt wyznacza woli cel [...]. Wola natomiast, decydując się na osiągnięcie celu, konstytuuje się jako przyczyna sprawcza czynu^[28]”. Wzajemne dopełnianie płaszczyzny intelektualnej przez wolitywną prowadzi więc do realizacji czynów, które umysł

²⁷ Ibidem, 260.

²⁸ Ibidem, 261.

uznaje za istotne oraz właściwe do wykonania, a wola owo wykonanie akceptuje, akceptując je.

2 | Zamiar w prawie karnym

We współczesnej karnistyce nie budzi żadnych kontrowersji przekonanie, że w ujęciu teoretycznym zamiar, który towarzyszy sprawcy, realizującemu znamiona czynu zabronionego, by doszło do jego zaktualizowania, w swej strukturze łączy dwie, wzajemnie przenikające się płaszczyzny: intelektualną (zatem to, co sprawca sobie uświadamia) oraz wolicjonalną (to, do czego sprawca zmierza poprzez określone ukierunkowanie swojej woli). Tym samym odzwierciedla zamiar strukturę dychotomiczną, warunkowaną świadomością podmiotu, który go powziął oraz szczególnym nastawieniem wolitywnym wobec przedmiotu przyszłego zachowania podmiotu – czynu zabronionego. W tym miejscu można w zasadzie uznać, że bezsporność ustaleń teoretycznych, dotyczących struktury zamiaru się kończy, bowiem interpretacja tego, co i w jakim zakresie sprawca powinien sobie uświadamiać na bazie zamiaru oraz w jaki sposób należy interpretować jego wolicjonalne odniesienie do realizacji znamion czynu zabronionego już tak jednoznaczne z perspektywy analizy dogmatycznej nie jest. Wynika to zapewne przede wszystkim z faktu, że rekonstruowanie zamiaru jest procesem złożonym, uwzględniającym treść przeżyć psychicznych sprawcy, a zatem niedostępnych dla zewnętrznego obserwatora. Rekonstrukcji tej zatem z konieczności musi towarzyszyć odtwarzanie takich faktów, czy zdarzeń, które w bezpośredni sposób ujawniły swój wpływ polegający na wykrystalizowaniu się w świadomości sprawcy ów zamiaru^[29]. Jak stwierdza Tomasz Kaczmarek „Ścisłe ustalenie relacji umyślności do znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego natrafia a na osobliwe trudności. Ich ogólniejsza przyczyna leży m.in. w tym, że zakres znaczeniowy «przeżyć psychicznych» sprawcy, na podstawie których chcemy określić

²⁹ Tomasz Kaczmarek, „Sporne problemy umyślności”, [w:] *Umyślność i jej formy: pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. Jarosław Majewski (Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, 2011), 30 – 31; Jerzy Lachowski, „Strona podmiotowa czynu zabronionego”, [w:] *System Prawa Karnego, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności 3*, red. Ryszard Dębski (Warszawa: C.H. Beck, 2013), 535.

jego stosunek podmiotowy do popełnionego czynu, nie został jak dotąd w psychologii w pełni ustalony, podobnie jak nie do końca rozpoznany jest ich mechanizm oddziaływania na przebieg samego zachowania. W przeciwieństwie do strony obiektywnej czynu, zewnętrznie postrzegalnej, dostępnej bezpośrednio zmysłowej obserwacji, subiektywna strona czynu realizuje się w psychice sprawcy, która stanowi najbardziej trudną do zbadania sferę ludzkiego życia^[30].

Jednocześnie należy wyjaśnić, że celem niniejszego opracowania nie jest pogłębiona analiza mająca na celu przedstawienie wielopłaszczyznowych różnic interpretacyjnych, które występują na bazie poszczególnych płaszczyzn konstytuujących sam zamiar, lecz wyznaczenie tych jego elementów, które pozwolą odtworzyć jego teoretyczną strukturę, po to, by móc rozstrzygnąć, czy i w jakim zakresie pozostaje on konstrukcją posiadającą punkty styczne z intencjonalnością w rozumieniu, jakie przedstawiono we wcześniejszej części opracowania.

Pierwsza kwestia, którą należy określić dążąc do prawidłowej recepcji płaszczyzny intelektualnej zamiaru, aktualizującego się w odniesieniu do umyślnie realizowanego czynu zabronionego, dotyczy interpretacji zakresu okoliczności, które sprawca winien sobie uświadamiać w związku z popełnieniem wskazanej kategorii czynu zabronionego. Istotny jest w tym kontekście zwłaszcza pogląd, który wyraził Igor Andrejew zaznaczając, że w świadomości sprawcy powinny zaktualizować się swoiste całości, określane jako „układy spoiste”, obejmujące wszystko to, co jest istotne dla realizacji czynu (np. sposób jego wykonania, czas, miejsce, przedmiot czynności wykonawczej)^[31]. Jest to, zdaniem autora, całokształt tych okoliczności, które przesądzą o wypełnieniu istoty czynu zabronionego, a zatem jego charakterystycznych właściwości, których jednak sprawca nie rozdziela na odrębne fragmenty czy elementy składowe^[32]. Oznacza to zatem, że sprawca nie koncentruje się na poszczególnych jego elementach,

³⁰ Kaczmarek, „Sporne problemy umyślności”, 30.

³¹ Igor Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1986), 141; Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna* (Kraków: Znak, 2010), 207.

³² Władysław Wolter, *Nauka o przestępstwie* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1973), 121; Jednak podkreślić należy, że nawet Władysław Wolter, który nie wymagał od sprawcy znajomości pełnej treści przepisu karnego w jednym ze swoich opracowań wyraził pogląd: „przedmiotem świadomości muszą być wszystkie ustawowe znamiona czynu zabronionego”. Por. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, 121.

lecz właśnie na całości, stąd też w jego świadomości nie muszą przykładowo pojawiać się nazwy konkretnych typów czynów zabronionych, a nawet ich elementy konstrukcyjne w postaci znamion. W doktrynie prawa karnego Jacek Giezek zauważa, że podłoże intelektualne zamiaru oznacza, że sprawca posiada wiedzę oraz świadomość, odnoszącą się do okoliczności stanu faktycznego, w których funkcjonuje^[33]. Idąc tylko o krok dalej można zauważyć, że przecież sprawca może chcieć tylko tego lub godzić się tylko na to (płaszczyna wolicjonalna), co jest w stanie sobie intelektualnie uświadomić. Owo podłoże intelektualne, obejmujące okoliczności faktyczne, stanowi „kontekst owego chcenia lub godzenia się^[34]”. Jednocześnie nie sposób pominąć racji, wedle której to właśnie podłoże intelektualne zamiaru ma integrować w swojej strukturze wiedzę oraz świadomość sprawcy. Magdalena Budyn-Kulik zwraca uwagę, że nie należy utożsamiać tych dwóch pojęć. Wiedza odzwierciedla bowiem pewien zestaw informacji o rzeczywistości zewnętrznej oraz o podmiocie, który ją posiada. Proces uświadamiania sobie pewnych elementów rzeczywistości nie może postępować bez posiadania określonego zasobu wiedzy, jednak świadomość o tyle przekracza zakresowo wiedzę, że jest jej zaktualizowaną postacią, uwzględniającą określone, niezbędne warunki (np. stan sprawności intelektualnej)^[35].

Fakt, że sprawca obejmuje swoją świadomością zrealizowanie istoty czynu zabronionego oznacza, że uświadamia on sobie urzeczywistnienie katalogu znamion zewnętrznych (dotyczących przedmiotu, strony przedmiotowej i podmiotu)^[36]. Ta konstatacja oznacza w istocie, że zamiar nie ulegnie zrelacjonowaniu do wszystkich znamion strony przedmiotowej, czy też osobno do każdego z nich, ale do określonego stanu rzeczy, wyłaniającego się z ustawowego opisu istoty owego czynu^[37]. Stanowisko takie podzielił Sąd Najwyższy, kiedy stwierdził, że ustalenie zamiaru sprawcy symptomatycznego dla przestępstwa umyślnego powinno odbywać się

³³ Jacek Giezek, „Komentarz do art. 9”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I (Wrocław: Kolonia Limited, 2000), 48; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2007 r., V KK 30/07, LEX nr 34340565; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 stycznia 2006 r., II KK 80/05, *Prokuratura i Prawo – wkł.*, nr 5 (2006), poz. 6.

³⁴ Giezek, „Komentarz do art. 9”, 48.

³⁵ Magdalena Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 118–119.

³⁶ Wróbel, Zoll, *Polskie prawo karne*, 207.

³⁷ Mariusz Nawrocki, „Ustalenie zamiaru popełnienia przestępstw umyślnych” *Prawo w Działaniu. Sprawy karne*, nr 43 (2020): 59.

w oparciu o zewnętrzne objawy jego zachowania^[38]. Tym samym dowodzenie zamiaru powinno odbywać się nie tylko w oparciu o wyjaśnienia sprawcy, który się do niego przyznaje, lecz powinno obejmować także sposób jego zachowania (np. liczbę, rodzaj, umiejscowienie zadawanych ciosów), rodzaj użytych przez niego narzędzi oraz inne, podobne do wskazanych, okoliczności^[39]. W tym miejscu przypomnieć należy, że świadomość sprawcy nie obejmuje znamion strony podmiotowej, gdyż wśród nich właśnie sytuowany jest zamiar^[40], a konstrukcja wyrażająca się w stwierdzeniu, że sprawca zdaje sobie sprawę z tego, że jest świadomy, niczego by nie wyjaśniała^[41]. Jak zaznacza Giezek, znamiona strony podmiotowej „[...] nie nadają się do tego, aby stać się przedmiotem konfrontacji stanu świadomości z rzeczywistością^[42]”.

Przechodząc do uwag dotyczących płaszczyzny wolicjonalnej (spełnienia wolicjonalnych projekcji sprawcy) w konstrukcji zamiaru, należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że jest ona tym elementem, który wpływa na zróżnicowanie jego form w prawie karnym (art. 9 §1 k.k.). W przypadku zamiaru bezpośredniego, sprawcy z perspektywy wolicjonalnej towarzyszy „chcenie”, z kolei „godzenie się” znamionuje zamiar ewentualny. Analizując strukturę art. 9 §1 k.k. odnieść można wrażenie, że to elementy wyznaczające ukierunkowanie płaszczyzny wolicjonalnej obu postaci zamiaru są przez ustawodawcę eksponowane w treści przepisu. Otóż akt woli sprawcy,

³⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 października 1996 r., III KKN 54/96, *Prokuratura i Prawo – wkł.*, nr 4, (1997), poz. 1; Stanowisko Sądu Najwyższego znalazło swoje potwierdzenie w jednym z nowszych orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Krakowie: „Ustalenia faktyczne dotyczące znamion podmiotowych powinny odwoływać się do całokształtu materiału dowodowego sprawy. Zamiar sprawcy, choć istnieje tylko w jego świadomości, to jest faktem psychologicznym, zatem podlega dowodzeniu na tych samych zasadach, co fakty z zakresu strony przedmiotowej czynu.; Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 lutego 2019 r., II AKa 286/18, LEX nr 2707537.

³⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 września 1996 r., II AKa 193/96, LEX nr 26365; Jacek Giezek, „Komentarz do art. 9”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. Jacek Giezek (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 59.

⁴⁰ Andrzej Wąsek, „Komentarz do art. 9”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, (art. 1 – 116), red. Oktawia Górniok, Stanisław Hoc, Michał Kalitowski, Stanisław M. Przyjemski, Zofia Sienkiewicz, Jerzy Szumki, Leon Tyszkiewicz, Andrzej Wąsek (Gdańsk: Wydawnictwo Arche, 2005), 105; C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (Monachium: C.H. Beck, 1992), 311–313.

⁴¹ Jacek Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2013), 92–93.

⁴² Giezek, *Świadomość*, 93.

charakterystyczny dla spełnienia zamiaru bezpośredniego, ma się zaktualizować poprzez chcenie określonego stanu rzeczy X, z kolei w odniesieniu do zamiaru ewentualnego wypełniać się musi poprzez godzenie się na określony stan rzeczy Y. Tym samym wola podmiotu realizującego znamiona czynu zabronionego umyślnie sytuuje się między dwiema opcjami – albo jego intencja realizacji znamion jest w ujęciu wolicjonalnym radykalna (chcenie), albo można zaobserwować w przebiegu owej intencji pewien poziom redukcji (godzenie się), nie przybiera on jednak poziomu braku jej zaimplementowania, lecz stanowi redukcję względem intencji pełnej.

W doktrynie prawa karnego powszechny jest pogląd, że zamiar bezpośredni aktualizuje się poprzez akt woli sprawcy, poprzez który wyraża on chęć popełnienia czynu zabronionego^[43]. Władysław Wolter stwierdził, że o ile świadomość sprawcy odnosi się do poszczególnych znamion czynu zabronionego, o tyle w przypadku płaszczyzny wolicjonalnej taka perspektywa nie ulega zaktualizowaniu, bowiem sprawca nie może „chcieć” realizacji poszczególnych znamion czynu zabronionego, które tworzą jego strukturę, lecz jedynie czynu jako całości^[44]. Z kolei Marian Cieślak zaznaczał, że chcenie^[45] polega na świadomym ukierunkowaniu przez sprawcę jego zachowania na urzeczywistnienie określonego czynu^[46]. Za trafny w tym miejscu należy przyjąć pogląd, zgodnie z którym charakterystycznemu dla płaszczyzny wolicjonalnej „chceni” nie towarzyszy stan niepewności ani wątpliwości czy też wahania sprawcy w zakresie realizacji znamion czynu zabronionego. Na podłożu „chcenia” nie występuje warunkowość wolicjonalna. Wola wyrażona przez sprawcę na podłożu zamiaru bezpośredniego stanowi rezultat pełnego przekonania w zakresie realizacji podjętej przez niego decyzji^[47]. Sprawca chce zrealizować

⁴³ Giezek, *Komentarz do art. 9*, 56.

⁴⁴ Władysław Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, t. I (Warszawa: Wydawnictwo Gebethner i Wolf, 1947), 158.

⁴⁵ W doktrynie prawa karnego pojawił się pogląd, który nie znalazł jednak akceptacji, że „chęć” odzwierciedlająca płaszczyznę wolicjonalną zamiaru bezpośredniego nie mieści w swojej strukturze zgody sprawcy.; Por. Magdalena Kowalewska, „Strona podmiotowa czynów zabronionych popełnianych z tzw. świadomością pełną w świetle zasady *nullum crimen sine lege*”, [w:] *Nullum crimen sine lege*, red. I. Sepioło (Warszawa: C.H. Beck, 2013), 198 – 199; odmiennie Budyn-Kulik, *Umyślność*, 262.

⁴⁶ Marian Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1994), 300; Budyn-Kulik, *Umyślność*, 259.

⁴⁷ Lachowski, „Strona podmiotowa czynu zabronionego”, 535.

swoje zachowanie poprzez urzeczywistnienie znamienia czasownikowego „w rzeczywistości objętej znamionami przedmiotowymi^[48]”.

W przypadku kształtowania się płaszczyzny wolicjonalnej na kanwie zamiaru bezpośredniego w doktrynie prawa karnego zwraca się uwagę na te elementy, które wyznaczają jej kształt, są to: „[...] sposób podjęcia lub warunki ukształtowania decyzji sprawcy, w tym zwłaszcza motywy podjęcia się określonego celu, poleganie na znajomości kauzalności zdarzeń, fakt rozważenia przez sprawcę uwarunkowań decyzji o swoim postępowaniu, wybór określonego sposobu postępowania dla realizacji zamierzonego celu i jego relacja do innych dóbr i ryzyka ich naruszenia^[49]”.

Interesująco odnosi się do kwestii interpretacji znamiennej dla zamiaru bezpośredniego „chcenia” Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 2 czerwca 2003 r. zdefiniował to pojęcie jako swoiste nastawienie wolicjonalne, które prowadzi zachowanie podmiotu (aktywne lub pasywne) do osiągnięcia wyobrażonego przez niego celu, a także „steruje” przebiegiem procesu decyzyjnego, dotyczącego osiągnięcia celu^[50]. Z kolei w innym judykacie Sąd Apelacyjny w Warszawie zwrócił uwagę, że pojęcia „chcenie” oraz „pragnienie” nie są tożsame. Zdaniem sądu termin „pragnie” stanowi przejaw świadomej intencjonalności zachowania sprawcy (który realizując znamiona, zmierza do wystąpienia następstw czynu). Z kolei pojęcie „chce” można interpretować szerzej zarówno jako „pragnie”, jak i „akceptuje nieuniknione następstwa, których powstanie jest mu obojętne lub nawet niepożądane^[51]”.

W doktrynie prawa karnego pewne rozbieżności poglądów na kanwie płaszczyzny wolicjonalnej towarzyszyły także określeniu wzajemnej relacji, jaka miałyby kształtować się między terminami „chcenie” oraz „pragnienie”. Niektórzy z dogmatyków byli skłonni przyjąć ich wzajemne zawieranie się^[52], inni dystansowali się od podobieństw między nimi^[53], podkreślając, że w istocie można chcieć nie tylko tego, co jest przedmiotem pragnienia, ale także tego, czego się nie pragnie, a wręcz co budzi odrazę

⁴⁸ Ibidem, 536.

⁴⁹ Michał Królikowski w: *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1 – 31*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki (Warszawa: C.H. Beck, 2010), 382.

⁵⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2003 r., II KK 232/02, LEX nr 78373.

⁵¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 października 2002 r., II Aka 276/02, LEX nr 1238292.

⁵² Genowefa Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8 – 31 k.k. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2009), 46.

⁵³ Giezek, „Komentarz do art. 9” (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 56.

lub obrzydzenie^[54]. Analogiczne stanowisko przyjął w tym zakresie Sąd Najwyższy, kiedy zaznaczył, że sprawca „chce” popełnić czyn zabroniony nie tylko wtedy, kiedy pragnie zrealizować jego znamiona, a następstwa tego czynu są dla niego pożądane, ale także wówczas, kiedy realizację znamion uświadamia sobie jako konieczny, lecz obojętny, a nawet niepożądany rezultat swojego zachowania^[55]. Budyn-Kulik zaznacza, że rozróżnienie na towarzyszące płaszczyźnie wolicjonalnej sprawcy „chcenie” i „godzenie” nie ma zasadniczego znaczenia z perspektywy ustalenia zamiaru. To bowiem, czy sprawca ma pozytywny stosunek do realizacji znamion czynu zabronionego („pragnie”), czy też jedynie uświadamia sobie obiektywną konieczność takiego zachowania, pozostaje irrelevantne dla podjętego przez niego zamiaru bezpośredniego^[56]. Mimo występowania w doktrynie prawa karnego zróżnicowanych poglądów dotyczących określenia relacji występującej między „chceniem” a „pragnieniem” wyraźne pozostaje przekonanie, że „chcenie” sprawcy nie może być identyfikowane z jego emocjonalnym nastawieniem do czynu zabronionego^[57].

Koncentrując się na analizie płaszczyzny wolicjonalnej zamiaru sprawcy należy zaznaczyć, że nie do końca klarowna pozostaje jej struktura w przypadku przestępstwa nieuchronnego, które związane jest z realizacją w pierwszej kolejności takiego stanu rzeczy, do którego sprawca zmierza i którego chce, z jednoczesnym efektem „ubocznym” w postaci wystąpienia kolejnego (innego) stanu rzeczy relewantnego z perspektywy prawa karnego^[58]. Tym samym zamiar bezpośredni towarzyszy sprawcy świadomemu konieczności realizacji znamion jakiegoś przestępstwa, a jednocześnie na płaszczyźnie wolicjonalnej nie jest to istota jego dążenia. Biorąc pod uwagę, że sprawca przestępstwa nieuchronnego ma na płaszczyźnie intelektualnej wykazywać świadomość konieczności (a nie jedynie możliwości) realizacji znamion czynu zabronionego, która determinuje jego wolę ich wykonania, wydaje się, że można przyjąć, iż w takim przypadku, to płaszczyzna intelektualna determinuje wolę sprawcy. Nie przybiera ona przy tym, co należy zauważyć, klasycznego dla zamiaru bezpośredniego „chcenia”. W doktrynie przyjmuje się, że wola sprawcy w analizowanej

⁵⁴ Arnold Gubiński, *Zasady prawa karnego* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1996), 67.

⁵⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2003 r., II KK 232/02, LEX nr 78373.

⁵⁶ Budyn-Kulik, *Umysłność*, 260.

⁵⁷ Andrzej Zoll, „Komentarz do art. 9”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1 – 116 k.k.*, red. Andrzej Zoll (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 144–145.

⁵⁸ Giezek, „Komentarz do art. 9”, 48.

kategorii przestępstwa polega na tym, że jest ono przez niego jedynie „współchciane”, co wyklucza analizowane już „czyste” chcenie^[59]. Z kolei owo „współchcenie” sprawcy charakteryzowane jest jako szczególny stan woli, będący formą pośrednią między chceniem a godzeniem się. Jako zasadne jawi się w tym miejscu pytanie, czy sprawca, który chce realizacji określonego czynu zabronionego, musi także w każdym przypadku „współchcieć” dodatkowego rezultatu w postaci przestępstwa nieuchronnego, czy nie można byłoby przyjąć, że akceptuje on jedynie fakt wystąpienia przestępstwa nieuchronnego, będącego wynikiem chcianego przez niego przestępstwa objętego zamiarem bezpośrednim. W takim ujęciu, stan akceptacji wyrażałby jednak swoiste ukształtowanie płaszczyzny wolicjonalnej przestępstwa nieuchronnego, przy którym należałoby wykluczyć, będące wyrazem woli sprawcy, jego chcenie (co do przestępstwa nieuchronnego).

Rozważania odnoszące się do płaszczyzny wolicjonalnej zamiaru należy uzupełnić o refleksje dotyczące drugiej z jego postaci – zamiaru ewentualnego. W doktrynie prawa karnego trudności polegające na wyjaśnieniu, że jego istota ogniskowała się wokół towarzyszącego mu pojęcia „godzenia się” sprawcy^[60]. Władysław Wolter wyjaśniał, że wyraża ono psychiczny stosunek do czynu, który nie oznacza bezpośredniej chęci, a jedynie tolerowanie kolejnego, obok zamierzonego, skutku. Zaznaczał, że owa aprobata jest elementem niezbędnym, bez niej bowiem nie byłoby możliwe zrealizowanie zasadniczego zamierzenia. Nastawienie wolicjonalne sprawcy w tej sytuacji nie odzwierciedla bezpośredniej chęci, gdyż bezpośrednio na płaszczyźnie wolicjonalnej chce on innego rezultatu^[61]. Starając się poszukiwać wyjaśnienia treści „godzenia się” Wolter stwierdził, że można je tłumaczyć jako stosunek woli do skutku lub brak takiego stosunku^[62]. Założenie zatem, że sprawca chce skutku, gdyby ten miał wystąpić oraz że nie chce go wówczas, gdyby miał nie nastąpić, doprowadziło Woltera

⁵⁹ Andrzej Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, (art. 1 – 31) (Gdańsk: Wydawnictwo Arche, 1999), 98.

⁶⁰ W następstwie trudności z interpretacją „godzenia się” determinującego aktualizowanie się zamiaru ewentualnego w doktrynie prawa karnego powstały liczne koncepcje, których celem było wyjaśnienie jego istoty. Wśród nich wskazać można m.in. teorię: woli, woli warunkowej, obojętności woli, prawdopodobieństwa, manifestacji woli.; Por. Lachowski, „Strona podmiotowa czynu zabronionego”, 549-556.

⁶¹ Wolter, *Prawo karne*, 159-161.

⁶² Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. I (Kraków: Wydawca Leon Frommer, 1933), 101.

do przekonania, że sprawca równocześnie chce oraz nie chce skutku. To spostrzeżenie z kolei pozwoliło na sformułowanie poglądu, że sprawcy na kanwie „godzenia się” jest w zasadzie obojętne, czy popełnienie czynu zabronionego nastąpi, czy też nie^[63]. W tym miejscu pojawia się pytanie, czy przyjmowane przez Woltera stanowisko, wedle którego, jeśli sprawca wykazuje obojętność woli wobec mającego nastąpić rezultatu w postaci popełnienia czynu zabronionego, oznacza neutralność wolicjonalną? Czy, jeśli przyjąć taki punkt widzenia, należałoby podążać w kierunku interpretacji, zgodnie z którą neutralność woli sprawcy należałoby oznaczyć wartością „o”. Jeśli tak, to czy w tym przypadku nadal uprawnione pozostałoby przekonanie, że zamiar (ewentualny) się aktualizuje^[64]. Wydaje się bowiem, że pełna neutralność na płaszczyźnie wolicjonalnej wykluczałaby jednak przekonanie o utrzymaniu zamiaru. Rozpiętość zawartości komponentu wolicjonalnego dla zachowania zamiaru musiałaby jednak uwzględniać jakiegokolwiek przejawy aktywności wolicjonalnej sprawcy. Wydaje się, że w przypadku „godzenia się” aktywność woli wyraża się jednak poprzez stan akceptacji rezultatu (popełnienie czynu zabronionego), do którego sprawca nie zmierza, ale którego potencjalne pojawienie się przyjmuje. Taki punkt widzenia podzielili także Sąd Najwyższy, kiedy zaznaczył, że warunkiem przyjęcia działania sprawcy z zamiarem ewentualnym jest ustalenie, że z jednej strony ma on świadomość, co do faktu, że jego zachowanie może wyczerpywać znamiona przedmiotowe czynu zabronionego, a także akceptuje sytuację, w której jego czyn wyczerpuje owe znamiona przedmiotowe^[65]. Akceptacja ta dokonuje się w akcie woli, który polega na „godzeniu się” z takim stanem rzeczy^[66]. Uściślić warto, że sprawca

⁶³ Wolter, *Zarys systemu*, 101.

⁶⁴ W doktrynie prawa karnego pojawiła się propozycja, sformułowana przez Wojciecha Patryasa, mająca na celu ustalenie sposobu ustalenia zamiaru ewentualnego. Autor ten przyjął, że jeśli podmiot ma możliwość zachowania się w różny sposób, to chcenie występuje wówczas, gdy sprawca zrealizuje czyn, którego użyteczność jest większa niż o, jeśli z kolei użyteczność określonego czynu nie przekracza o, wówczas sprawca wykonuje czyn, na który się godzi. Z całą pewnością problematyczne w zaproponowanej koncepcji byłoby ustalenie kryteriów, które umożliwiłyby co do zasady określić poziom owej użyteczności czynu dla sprawcy; Wojciech Patryas, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne* (Poznań: Wydawnictwo Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 1988), 103-105.

⁶⁵ Lachowski, „Strona podmiotowa czynu zabronionego”, 557.

⁶⁶ Wyrok SN z dnia 6 lutego 1973 r., V KRn 569/72, *OSN Prok. Gen.*, nr 6 (1973), poz. 72.

akceptuje rezultat w postaci wystąpienia znamion czynu zabronionego niezależnie od tego, czy ostatecznie do jego realizacji dojdzie, czy też nie.

Interpretacja istoty „godzenia się” pozostaje trudna do uchwycenia przede wszystkim z tego powodu, że towarzyszące mu nastawienie sprawcy do czynu jest w zasadzie nieuchwytnie^[67]. Jeśli zatem przyjąć, że ma ono odzwierciedlać „realne przeżycie psychiczne^[68]”, wówczas jego odtworzeniu musi towarzyszyć pogłębiona obserwacja okoliczności zewnętrznych, które towarzyszą sprawcy. Mając na względzie, że sprawca świadomie nie podjął działań, które zmierzały do zmniejszenia stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, przyjąć należy zaktualizowanie się zamiaru ewentualnego^[69].

Zamiar jest zatem pewnym określonym stanem świadomości oraz aktem woli i jako taki się aktualizuje, jednak okoliczności, które prowadzą do jego ukształtowania, wykraczają poza subiektywne ramy stanu świadomości oraz ukierunkowania woli sprawcy. Ponieważ jednak stan ten wykazuje intrapsychiczne pochodzenie (krystalizuje się wewnątrz świadomości), wszelka skłonność dotycząca apriorycznych ustaleń zakresu tego stanu (np. co sprawca na pewno wiedział)^[70] jest wykluczona.

3 | Między intencjonalnością a zamiarem.

Analizy, dotyczące językowej perspektywy przekładu terminu „intencjonalność” z języka łacińskiego na język polski pozwalają zauważyć, że jedną (choć, co oczywiste nie jedyną) z formuł jego translacji jest określenie zamiar. Tym samym dopuszczalne jest utożsamianie intencjonalnego zachowania, podjętego przez określony podmiot, z zachowaniem przez niego zamierzonym. Przyglądając się jednak znaczeniu terminu intencjonalność i jego ewentualnym synonimom, należy wyjaśnić, że analizowane w opracowaniu zagadnienie musi ulec doprecyzowaniu. Jeśli bowiem

⁶⁷ Nawrocki, „Ustalanie zamiaru popełnienia przestępstw umyślnych”, 58; Zbigniew Jędrzejewski, „Z problematyki zamiaru ewentualnego w teorii i praktyce” *Państwo i Prawo*, nr 10 (1983): 51.

⁶⁸ Królikowski, „Komentarz do art. 9”, 393.

⁶⁹ Giezek, „Komentarz do art. 9” (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 58; Zoll, „Komentarz do art. 9”, 147-148.

⁷⁰ Budyn-Kulik, *Umyślność*, 267-268.

intencjonalność miałaby być postrzegana wyłącznie na płaszczyźnie filozoficznej, wówczas istotnie należy wziąć pod uwagę, że podmiotowi w akcie świadomości towarzyszy moment intencji, zmierzania do wykreowania przedmiotu, który stanowi odpowiednik lub wytwór takiego uświadomionego aktu. Jeżeli jednak poczynione rozważania odnieść do założeń przedstawionych w kolejnej części opracowania, wówczas należałoby wyjaśnić, że intencjonalne, czyli zamierzone zachowanie sprawcy, analizowane na płaszczyźnie prawa karnego, podlega prawnoprawnej ocenie. Zatem filozoficzna intencjonalność może być zrelacjonowana jedynie względem zamiaru (będącego elementem umyślnie zrealizowanego czynu zabronionego), który oceniany jest negatywnie. Nie sposób bowiem pominąć w tym przypadku owego komponentu aksjologicznego. Właśnie wyzwalający bądź intensyfikujący kryminalną aktywność sprawcy zamiar oraz będące jego konsekwencją wypełnienie pozostałych znamion czynu zabronionego wiąże się z koniecznością spojrzenia na płaszczyznę intelektualno-wolicjonalną w sposób negatywnie ocenny. Oznacza to, że na płaszczyźnie *stricte* językowej intencjonalność może być w pewnych sytuacjach traktowana jak towarzyszący podmiotowi zamiar. Jednak intencjonalność z perspektywy filozoficznej nie może być postrzegana wprost (1:1) jako zamiar w ujęciu karnistycznym, jest to bowiem zawsze, uwzględniając osiągnięty przez sprawcę stan rzeczy (określony czyn zabroniony), zły zamiar.

Przedstawione w niniejszym opracowaniu rozważaniu pozwalają na sformułowanie przekonania, że w pojmowanym filozoficznie fenomenie intencjonalności odnaleźć można elementy prawnoprawnej struktury zamiaru. Takiemu spostrzeżeniu towarzyszyć musi jednak określenie tych aspektów, które czynią je zasadnym. W pierwszej kolejności nasuwa się zatem konieczność odniesienia do poszczególnych założeń analizowanych struktur. Dowodzi ona, że z perspektywy konstrukcji zarówno intencjonalności (w perspektywie filozoficznej), jak i zamiarowi (w karnistyce) towarzyszą analogiczne układy elementów, których koniunkcja aktualizuje ich byt^[71]. W filozofii zwraca się uwagę, że intencjonalność ujawnia się w świadomości podmiotu, musi on zatem być aktywny intelektualnie, a ponadto ukierunkowywać swoją wolę w akcie intencjonalnym ku przedmiotowi owej intencjonalności. Jeśliby zatem wskazane założenie odnieść do prawnoprawnego pojmowania zamiaru, należałoby zauważyć, że aktualizuje się on wówczas, gdy sprawca czyniąc pewne założenia w świadomości (a zatem

⁷¹ Krokos, *Odstanianie intencjonalności*, 259-261; Budyn-Kulik, *Umyślność*, 266-267; Giezek, „Komentarz do art. 9”, 58-59.

w stanie intelektualnej aktywności) ukierunkowuje swoją wolę ku osiągnięciu określonego stanu rzeczy (czynowi zabronionemu). Przedstawione perspektywy (filozoficzna i prawno-karna) zakładają zatem istnienie określonego podmiotu P, który wykazuje się aktywnością intelektualną zogniskowaną w sferze świadomości, ukierunkowaną na osiągnięcie określonego stanu rzeczy poprzez wolicjonalne ukierunkowanie na jego osiągnięcie. Tak zakreślone warunki intencjonalności/zamiaru pozwalają wyrazić przekonanie, że w sensie elementów składowych, które muszą ulec aktualizacji, badane struktury uwzględniają płaszczyznę świadomości podmiotu, który musi wiedzieć do czego zmierza (wykazuje intelektualną aktywność) oraz uzewnętrznic to, do czego zmierza w akcie wolicjonalnym^[72]. W tym miejscu należy zaznaczyć, że analizowane struktury będą wykazywały także pewne właściwości, które pozwolą na wprowadzenie specyfikacji od założeń zasadniczych, te jednak nie ulegają różnicowaniu. Zatem to podmiot oznacza, co jest przedmiotem jego dążenia, ku osiągnięciu czego zatem kieruje swoją wolicjonalną aktywność. W przyjętej perspektywie to, co nie pochodzi ze świadomości podmiotu, nie może być równocześnie obiektem jego woli. Może on chcieć tego, co sobie uświadomił, co jest obiektem jego postanowienia^[73].

Analizując charakter intencjonalności oraz zamiaru należy zaznaczyć, że relacja, jaka powstaje między podmiotem a mającym zaistnieć stanem rzeczy, do którego on zmierza, jest jednostronnie wynikowa. Zapoczątkowana zostaje przez podmiot/sprawcę w akcie świadomości, który następnie określa, jaki przedmiot/stan rzeczy chce osiągnąć, a następnie wyznacza sposób odniesienia do niego, a zatem ukierunkowuje się ku jego osiągnięciu (w perspektywie prawno-karnej sprawca uświadamia sobie sposób realizacji znamion czynu zabronionego). Nie zatem przedmiot czy stan rzeczy wyznacza obszar dążenia podmiotu, lecz to świadomość podmiotu przesądza o ukierunkowaniu jego dążności względem rzeczywistości zewnętrznej oraz temu, co w niej ma zostać zrealizowane (osiągnięte).

Różnic, które jawią się między intencjonalnością a zamiarem można wskazać kilka. Pierwszą, której nie można pominąć w tym zestawieniu, jest (o czym wstępnie była już mowa) ocena zamiaru, który towarzyszy sprawcy czynu zabronionego. W jego świadomości następuje odtworzenie tych elementów, które musi zrealizować swoim zachowaniem, by doszło do realizacji zachowania prawno-karnie relewantnego. Po pierwsze zatem

⁷² Krokos, *Odślanianie intencjonalności*, 257.

⁷³ Ibidem, 257.

sprawca wie do czego dąży, po drugie świadomość konieczności lub wysokiego stopnia prawdopodobieństwa urzeczywistnienia czynu nie wpływa na porzucenie przez niego owej dążności. Co więcej, ulega ona wzmocnieniu, zwłaszcza w przypadku zamiaru bezpośredniego, kiedy na płaszczyźnie wolicjonalnej jawi się jego radykalne zmierzanie do osiągnięcia powziętego zamiaru. W przedstawionej perspektywie krystalizujący się w świadomości sprawcy zamiar zawsze musi spotkać się z negatywną oceną, leży on bowiem u podłoża realizacji umyślnie popełnionego czynu zabronionego. Jest to zatem zawsze „zły” zamiar. Biorąc pod uwagę, że filozoficzna intencjonalność podmiotu, która dopełnia się w akcie umysłowym, ukierunkowana jest ku określonemu przedmiotowi (intencjonalnemu), analogii na płaszczyźnie jej negatywnej oceny, która towarzyszy prawno-karnej ocenie zamiaru nie sposób odnaleźć.

Innym aspektem, który nie ulega powieleniu w charakterystyce badanych struktur, jest zmienność natężenia płaszczyzny wolicjonalnej towarzysząca podmiotowi (a zatem zmienność stopnia dążności do osiągnięcia określonego stanu rzeczy)^[74]. Na płaszczyźnie prawa karnego owo spostrzeżenie wynika z uwarunkowania dwiema formułami, w jakich aktualizuje się zamiar na płaszczyźnie art. 9 §1 k.k. (z. bezpośredni i z. ewentualny). W doktrynie zwraca się bezsprzecznie uwagę, że elementem warunkującym ową dychotomię jest właśnie płaszczyzna wolicjonalna, która występuje u sprawcy określonego czynu zabronionego. Oznacza to jednocześnie, że sprawca z perspektywy wolitywnej dążności inaczej będzie realizował znamiona przestępstwa, kiedy towarzyszy mu zamiar bezpośredni, inaczej z kolei odbywać się będzie ich aktualizacja przy zamiarze ewentualnym. Jeśli wziąć pod uwagę stanowisko ustawodawcy, który wymaga, by sprawca wykazywał „chęć” realizacji czynu zabronionego *versus* „godził” się na taką realizację, owa różnica zaznacza się w intensywnie dostrzegalnym

⁷⁴ W tym miejscu można zaproponować, by zmienność natężenia woli sprawcy została wyrażona w zmienności jej oznaczenia. Jeśli przyjąć, że charakterystyczne dla zamiaru bezpośredniego „chcenie” wyrażone zostałoby wartością 1 (pełnia woli sprawcy), wówczas „godzenie się”, które aktualizuje się przy zamiarze ewentualnym musiałoby, jak się wydaje, spełniać dwa zastrzeżenia, nigdy nie osiągałoby wartości 1, zarezerwowanej wyłącznie dla woli odzwierciedlonej w radykalnej dążności, ale powinno przekroczyć wartość 0. Jeśli bowiem przyjąć, że akceptacja, to stan wolicjonalnej aktywności, nie może występować jako neutralność, oznaczona jako 0. Zatem zamiar ewentualny z perspektywy natężenia woli sprawca sytuowałby się powyżej wartości 0 i nigdy nie osiągałby wartości 1. Zaproponowane oznaczenia miałyby na celu zwrócenie uwagi na kwestię specyfiki zróżnicowanego natężenia woli, która towarzyszy sprawcy na płaszczyźnie zamiaru.

stopniu. Owo ukierunkowanie woli pozostaje istotnie zróżnicowanie i sytuować je należy między dążeniem do osiągnięcia określonego stanu rzeczy, a jedynie jego akceptacją. Intensywność zmierzania do realizacji czynu zabronionego w przypadku zamiaru bezpośredniego aktualizuje się w najwyższym stopniu. „Chcenie” zawiera zatem w sobie nie tylko akceptację mającego się wypełnić stanu rzeczy, ale polega na zmierzaniu do jego osiągnięcia za „wszelką cenę”, dążeniu do jego urzeczywistnienia w pełni. W przedstawionym ukierunkowaniu woli brak elementów, które odzwierciedlając dążenie sprawcy mogłyby je osłabić. Tymczasem owego wolicjonalnego radykalizmu nie sposób dostrzec w przypadku konstrukcji zamiaru ewentualnego. Charakterystycznej dla postawy wolicjonalnej akceptacji stanu rzeczy, który może zostać urzeczywistniony w związku z podjętym przez sprawcę zachowaniem, nie towarzyszy ani intensywność, ani determinacja. Uświadamia on sobie, że w zakresie konsekwencji jego zachowanie może stać się „obiektom” prawnokarnie relewantnym, jednak nie przeciwdziała temu stanowi rzeczy, ale również do niego nie zmierza.

Towarzysząca sprawcy zmienność zakresu jego dążeń, aktualizująca się w realizacji czynu zabronionego, odzwierciedla rzeczywisty stopień intensywności, z jaką zmierza do urzeczywistnienia stanu rzeczy, którego bezpośrednio chce lub na który tylko ewentualnie się godzi. Owego stopniowania płaszczyzny wolicjonalnej, znamiennej dla prawa karnego, trudno poszukiwać na płaszczyźnie filozoficznie interpretowanej intencjonalności. Z tej perspektywy zwraca się jedynie uwagę na fakt, że intencjonalność oznacza „uruchomienie” pewnego procesu, dokonującego się w akcie świadomości podmiotu, który ukierunkowuje się ku przedmiotowi, a zatem zmierza do jego osiągnięcia (wytworzenia, poznania) poprzez wyznaczenie określonego sposobu odniesienia się do niego. Owa zmienność natężenia wolicjonalnego nie jest w analizowanej sytuacji niezbędna, tym bardziej w sposób, który towarzyszy sprawcy czynu zabronionego. Jednak wydaje się, że z łatwością można wyobrazić sobie i taką sytuację, w której określony podmiot może swoje wolicjonalne zaangażowanie wobec określonego przedmiotu przejawiać w zróżnicowanym stopniu (np. bardzo chcieć wytworzenia konkretnego artefaktu lub tylko chcieć jego wytworzenia).

Analizując struktury intencjonalności oraz zamiaru warto także zwrócić uwagę na to, w jaki sposób podmiot zachowania intencjonalnego na płaszczyźnie filozoficznej oraz zachowania zamierzonego z perspektywy prawnokarnej aktualizuje określony, spodziewany cel swojego dążenia. Otóż zwraca się uwagę, że w pierwszym przypadku podmiot w akcie intencjonalnym zawsze realizuje pewien stan rzeczy, choć nie zawsze jest to taki

stan rzeczy, do którego zmierzał on pierwotnie. Niekiedy bowiem rezultat jego aktywności wykracza poza stworzone założenia wyjściowe, może być także nieprzemyślany w pełni. Natomiast w prawie karnym owa celowość zachowania sprawcy najpełniej uwidacznia się w szczególnej formule zamiaru bezpośredniego, którym jest zamiar kierunkowy. Charakterystyczny pozostaje bowiem fakt, że sprawca wypełniający znamiona czynu zabronionego, któremu towarzyszy wskazana postać zamiaru, aktualizuje przewidywany przez ustawodawcę, określony *expressis verbis* w strukturze przepisu cel działania, który zabarwia istotę jego zamiaru (np. art. 115 § 20 k.k., art. 278 §1 k.k.). Warto jednak zwrócić uwagę, że uwidocznienie celu działania sprawcy nie towarzyszy innym, analizowanym w opracowaniu postaciom zamiaru. Oznacza to przykładowo, że będąca elementem struktury zamiaru bezpośredniego niezabarwionego płaszczyzna wolicjonalna jednoznacznie ukierunkowuje uwagę na przebieg procesu intencjonalnego, w wyniku którego dochodzi do wyklarowania się u sprawcy „chęci” realizacji znamion czynu zabronionego, nie odnosi się ona zatem w szczególności jedynie do konkretnego elementu takiego procesu, za jaki należy uznać cel działania sprawcy.

Konkludując należy zatem stwierdzić, że charakteryzowany w opracowaniu z perspektywy prawa karnego zamiar jest pewną, szczególną postacią filozoficznej intencjonalności. Co do zasadniczych elementów składowych, które aktualizują się w analizowanych strukturach, są one analogiczne (świadomość decyzji na płaszczyźnie intelektualnej, przesądająca o aktywności umysłowej podmiotu oraz wola ukierunkowana na osiągnięcie określonego przedmiotu/stanu rzeczy). Jednak spostrzeżenie to byłoby nie do końca trafne, gdyby nie zostało uzupełnione o uwagę, że poza elementami, determinującymi zaktualizowanie intencjonalności i zamiaru, istnieją także takie właściwości, które jednoznacznie dowodzą, że analizowane struktury różnią się od siebie. Owe różnice sytuują się nie tylko w perspektywie aksjologicznej, kiedy ocena zamiaru sprawcy czynu zabronionego zawsze wypada negatywnie z racji rezultatu jego zachowania (wypełnienia znamion czynu zabronionego), a nie sposób owego spostrzeżenia przenieść w kierunku intencjonalności. Kształtują się one także w zmienności natężenia woli, dostrzegalnej jedynie u sprawcy względem obiektu jego dążności (czynu zabronionego), która może być radykalna (wówczas odzwierciedla ją pełnia woli wyrażona poprzez „chcenie”) lub niecałkowita (jeśli wiąże się z „godzeniem się” na możliwość zaktualizowania się czynu zabronionego). Wreszcie nie można pominąć w charakterystyce analizowanych kwestii celu działania podmiotu, podjętego

z perspektywy filozoficznej prawno-karnej. W pierwszym przypadku nie zawsze musi on osiągnąć rezultat, jaki wykiełkował w jego świadomości. Oznacza to, że celem aktu intencjonalnego może być osiągnięcie stanu rzeczy innego od zakładanego, osiągniętego przy okazji pierwotnego zamierzenia lub poza nim samym. Tymczasem w perspektywie prawno-karnej cel działania sprawcy pozostaje charakterystyczny dla jednej z odmian zamiaru, poprzez jego zabarwienie (zamiar bezpośredni kierunkowy). W przypadku innych postaci zamiaru dążność do realizacji czynu zabronionego nie może być utożsamiana z celem jego działania. Jest ona zatem interpretowana *stricte* z perspektywy płaszczyzny wolicjonalnej i wiąże się z przedstawieniem przebiegu zmierzania sprawcy do realizacji czynu zabronionego, stanowiąc pewien proces, a nie jedynie punkt takiego procesu, z jakim należałoby utożsamiać cel działania sprawcy. Poczynione w opracowaniu konkluzje uzasadniają przekonanie, że mimo iż występujący w prawie karnym zamiar może być traktowany jako szczególna postać filozoficznej intencjonalności, istnieje wiele elementów, które przesądzają o jego prawno-karnej specyfice.

Bibliografia

- Andrejew Igor, *Polskie prawo karne w zarysie*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1986.
- Brentano Franz, *Deskriptive Psychologie*. Hamburg: Meiner, 1982.
- Brentano Franz, *Psychologia z empirycznego punktu widzenia*, tłum. Włodzimierz Galewicz. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1999.
- Budyn-Kulik Magdalena, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Chrudzimski Arkadiusz, „Ingarden on Modes of Being”, [w:] *Object and Pseudo-Objects: ontological Deserts and Jungles from Brentano to Carnap*, red. Bruno Leclercq, Sebastien Richard, Denis Seron. 199-222. Berlin: De Gruyter, 2015.
- Chrudzimski Arkadiusz, „Intencjonalność”, [w:] *Przewodnik po kognitywistyce*, red. Józef Bremer. 13-14. Kraków: WAM, 2015.
- Chrudzimski Arkadiusz, „Roman Ingarden o intencjonalności i znaczeniu” *Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria*, nr 4 (2020): 347-348.
- Cieślak Marian, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1994.

- Didier Julia, *Słownik filozofii*. Katowice: Wydawnictwo Książnica, 1995.
- Dreyfus Hubert Lederer, Husserl, *Intentionality and Cognitive Science*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1982.
- Giezek Jacek, „Komentarz do art. 9”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. 48-49. Wrocław: Kolonia Limited, 2000.
- Giezek Jacek, „Komentarz do art. 9”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. 56-59. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Giezek Jacek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*. Warszawa. Wolters Kluwer, 2013.
- Gubiński Arnold, *Zasady prawa karnego*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1996.
- Henry Michel, *Phenomenologie materielle*. Paris: PUF, 1990.
- Husserl Edmund, *Badania logiczne*, t. I-II, tłum. Janusz Sidorek. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2006.
- Husserl Edmund, *Idee czystej fenomenologii i fenomenologicznej filozofii. Księga pierwsza*, tłum. Danuta Gierulanka. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1975.
- Husserl Edmund, *Idee czystej fenomenologii i fenomenologicznej filozofii. Księga druga*, tłum. Danuta Gierulanka. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1974.
- Husserl Edmund, *Wykłady z fenomenologii wewnętrznej świadomości czasu*, tłum. Janusz Sidorek. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1989.
- Ingarden Roman, *Spór o istnienie świata*, t. I-III. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1987.
- Ingarden Roman, *U podstaw teorii poznania*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1971.
- Ingarden Roman, *Z badań nad filozofią współczesną*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1963.
- Ingarden Roman, *Z teorii języka i filozoficznych podstaw logiki*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1972.
- Jędrzejewski Zbigniew, „Z problematyki zamiaru ewentualnego w teorii i praktyce” *Państwo i Prawo*, nr 10 (1983): 51.
- Kaczmarek Tomasz, „Sporne problemy umyślności”, [w:] *Umyślność i jej formy: pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. Jarosław Majewski. 30-31. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, 2011.
- Kodeks karny. Komentarz*, t. I, (art. 1 – 116), red. Oktawia Górniok, Stanisław Hoc, Michał Kalitowski, Stanisław M. Przyjemski, Zofia Sienkiewicz, Jerzy Szumski, Leon Tyszkiewicz, Andrzej Wąsek. Gdańsk: Wydawnictwo Arche, 2005.
- Kodeks karny. Komentarz*, t. I, (art. 1 – 31). Gdańsk: Wydawnictwo Arche, 1999.

- Kopaliński Władysław, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1968.
- Kowalewska Magdalena, „Strona podmiotowa czynów zabronionych popełnianych z tzw. świadomością pełną w świetle zasady nullum crimen sine lege”, [w:] *Nullum crimen sine lege*, red. Iwona Sepioło. 198-199. Warszawa: C.H. Beck, 2013.
- Krokos Jan, *Odsłanianie intencjonalności*. Stare Kościeliska: Wydawnictwo Liberi Libri, 2013.
- Królikowski Michał, „Komentarz do art. 9”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1 – 31*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki. 382-393. Warszawa: C.H. Beck, 2010.
- Lachowski Jerzy, „Strona podmiotowa czynu zabronionego”, [w:] *System Prawa Karnego, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności 3*, red. Ryszard Dębski. 535-557. Warszawa: C.H. Beck, 2013.
- Leszczyński Damian, „Ingarden, intencjonalność i inwazja porywaczy dusz” *Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria*, nr 4 (2020): 438-439.
- Maciejczak Marek, „Edmunda Husserla próba nadania filozofii naukowego charakteru” *Studia Philosophiae Christianae*, Nr 2 (2003): 122-123.
- Makota Janina, „Intencjonalność”, [w:] *Słownik pojęć filozoficznych Romana Ingardena*, red. Andrzej J. Nowak, Leszek Sosnowski. Kraków: Wydawnictwo Universitas, 2001.
- Nawrocki Mariusz, „Ustalenie zamiaru popełnienia przestępstw umyślnych”, *Prawo w Działaniu. Sprawy karne*, nr 43 (2020): 58.
- Pacholik-Zuromska Anita, „Intencjonalność – rozumienie – samowiedza. Problem poznania w świetle nauk kognitywnych”, [w:] *Umysł. Prace z filozofii i kognitywistyki*. 150 – 155. Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2016.
- Patryas Wojciech, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*. Poznań: Wydawnictwo im. Adama Mickiewicza, 1988.
- Pisarkowa Krystyna, *Język według Junga; odcytaniu intencji*. Kraków: Wydawnictwo PAN, 1994.
- Pokropski Marek, „Husserl i Henry – spór o intencjonalność” *Przegląd Filozoficzny – Literacki*, nr 3 (2012): 229-249.
- Rejman Genowefa, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8 – 31 k.k. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2009.
- Roxin Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 311-313. Monachium: C.H. Beck, 1992.
- Wolter Władysław, *Nauka o przestępstwie*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1973.
- Wolter Władysław, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*. t. I. 159-161. Warszawa: Wydawnictwo Gebethner i Wolf, 1947.

- Wolter Władysław, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. I. Kraków: Wydawca Leon Frommer, 1933.
- Wójtowicz-Dacka Małgorzata, Ludmiła Zając-Lamparska, *O świadomości. Wybrane zagadnienia. Wprowadzenie*. 137-138. Bydgoszcz: Wydawnictwo Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego, 2007.
- Wróbel Włodzimierz, Andrzej Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Kraków: Znak, 2010.
- Zalta Edward, *Intensional Logic and The Metaphysics of Intentionality*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1988.
- Zoll Andrzej, „Komentarz do art. 9”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1 – 116 k.k.*, t. I, red. Andrzej Zoll. 144-148. Warszawa, Wolters Kluwer, 2012.



Examining the Possibility of Transition from the Accusatorial to Inquisitorial Model of Trial in the Present Criminal Justice System

Abstract

The criminal justice system plays an important role in any society governed by the rule of law. It basically emphasises on the safety and security of an individual and the society as a whole. Two models of criminal justice system i.e., an accusatorial and inquisitorial model are followed across the globe. The inquisitorial system has its origin in continental law countries such as Italy, France, Germany etc. while the accusatorial system has its roots in England and other common law countries. India, being a common law country, generally follows the accusatorial model of criminal justice system but in exceptional cases some elements of the inquisitorial model have also been adopted through the process of legislation and judicial rulings. The present paper examines the applicability of both models in the exiting criminal justice system. Considering the present scenario and the challenges faced by our country, the author would also like to examine the possibility of tilting towards the inquisitorial system to overcome such challenges.

KEYWORDS: accusatorial model, inquisitorial model, criminal justice system, common law, legal reform, criminal procedure.

MOHAMMAD OWAIS FAROOQUI – PhD in law, University of Sharjah,
ORCID – 0000-0003-0154-802X, e-mail: mfarooqui@sharjah.ac.ae

FAIZAN RAHMAN – PhD in law, Jamia Millia Islamia,
ORCID – 0009-0006-2984-7872, e-mail: frahman@jmi.ac.in

MOHD ZAMA – Master of Laws, Jamia Millia Islamia,
ORCID – 0009-0003-6274-6932, e-mail: siddiquizama@gmail.com

1 | Introduction

Crime is not a recent phenomenon. Societies have been witnessing commission of crime since the time immemorial, for more reasons than one. Nevertheless, the notion of crime has never been defined accurately over a long period of time. Accepting the impossibility of having a precise definition of crime, Glanville Williams, has rightly pointed out that the definition of crime is one of the thorny intellectual problems of law.^[1] William Blackstone has given, to a very large extent, a satisfactory definition of crime as; “an act committed or omitted in violation of public law forbidding or commanding it”.^[2] According to him, a crime is an act which is basically committed against public law but the definition falls to cover the social or moral aspects of crime.^[3] The difficulty in defining crime arises from the dynamic nature of society and the major changes in the legislative and executive policies of the state over a period of time. Generally, a crime is defined as an act that is prohibited by law and there is a provision of sanction in respect of such act, basically it is an act against the moral sentiments of the society. Criminal law is a branch of public law concerning with the maintenance of law and order in the society. In the criminal proceedings, state is the party since crime is not only a wrong against the victim but also against the whole society.

A crime-free society is a myth,^[4] every person in a society is interested in the maintenance of law and order,^[5] hence the safety and security of the citizen must be the prime objective of the state. It is incumbent upon the state to maintain peace and order in every society for human being to live without fear of injury to their lives, limbs, and property.^[6] Due to globalisation and changes in the socio-economic conditions of the society, the pattern of commission of crimes has changed and hence there is a need for a sound criminal justice system to dispense justice and thereby restore peace and harmony in the society.

¹ Glanville Williams, “The definition of crime” *Current Legal Problems*, No. 1 (1955): 107-130..

² Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 4, 17th ed. (1830).

³ Ibidem.

⁴ N.V. Paranjape, *Criminology, penology and victimology*, 16th ed. (Allahabad: Central Law Publications, 2014).

⁵ K.I. Vibhute, P.S. A. Pillai’s *criminal law*, 12th ed. (Lexis Nexis, 2016).

⁶ Ibidem.

In the contemporary law, a criminal justice system consists of various facets such as law enforcement agencies, prosecution, defence counsel, judiciary and the prisons. Law enforcement agencies are basically concerned with the implementation of law and prevention of crimes, the main task of prosecution is to prove the guilt of the accused, defence counsel has to defend the accused in the court of law by providing an independent evidence or creating an element of doubt in the story of prosecution, the judiciary has to decide the case on the basis of the evidence presented before it by the prosecution and the defence counsel, and finally the accused is sent to the prison once his guilt is pronounced by the court. After serving the prescribed sentence of the punishment in the prison the person is again brought back to the main stream of the society.

“Law should not sit limply, while those who defy it go free and those who seek its protection lose hope.”^[7] Criminal justice system is a form of social control wherein the state takes over the entire criminal proceedings, right from the time of the arrest of the accused till the accused is acquitted or put behind the bar. Generally, there are two models of criminal justice system followed all over the world, i.e., the accusatorial and the inquisitorial model. The inquisitorial model has evolved in continental law countries like Italy, France, Germany etc. while the roots of the accusatorial system lie in the common law of England. India is a common law country where the criminal justice system is based on the accusatorial model. Both the models of criminal justice system aim at providing justice through different mechanisms. As far as the accusatorial model is concerned, it is heavily tilted in favour of the accused whereas the inquisitorial model is more balanced towards both the accused and the victim. Since both the models operate in different areas, each of the models has its own advantages and disadvantages.

2 | Accusatorial Model of Criminal Justice System

Accusatorial model of criminal justice system is perhaps the most accepted model all over the world. Basically, this model has its origin in the common law of England. Almost all the countries which have been the colonies of British Empire have, by and large, adopted this model, following the end

⁷ Jennison v. Baker (1972) 1 All ER 997.

of British colonialism. The United States of America and India are the classic examples of the countries which are following accusatorial model of criminal justice system.

Generally, an accusatorial system is very much like a dialectical process which is based upon the arguments and claims of both the prosecution and defence counsel. The parties have complete autonomy during the trial.^[8] In this model, the role of the judge is very limited, in fact, it is passive in nature, the judge has to pronounce the judgment on the basis of the evidence produced by the prosecution and the defence counsel. Witnesses are called by the prosecution only, and cross examination is carried out by the defence counsel. This model sounds more like an open competition between the prosecution and the defence counsel where the role of advocates is more active. The investigation is carried out solely by the law enforcement agencies and the judges cannot interrupt the case during the time of investigation. Investigation is exclusively the domain of law enforcement agencies. The prosecution case must be proved beyond all reasonable doubt in order to convict the accused.

This model has evolved gradually through the process of precedent rather than the process of codification and legislation. The “Doctrine of beyond reasonable doubt” and the “presumption of innocence” are the two cardinal principles of the accusatorial model which were consolidated by the House of Lords through Lord John Sankey in the Woolmington Case^[9] as follows:

Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to [...] the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner [...] the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.^[10]

⁸ Brants Chrisje, Stewart Field, Nico Jörg, “Are adversarial and inquisitorial systems converging?”, [in:] *Criminal justice in Europe: A comparative study*, ed. Christopher Harding, Phil Fennell, Nico Jörg, Bert Swart (Oxford: Clarendon Press, 1995), 41-56.

⁹ Woolmington v. Director of Public Prosecution, UKHL 1 (1935).

¹⁰ Ibidem.

Lord John Sankey, in this case has articulated the principle of the presumption of innocence by casting a duty upon the prosecution to prove the case, and that too beyond any reasonable doubt. His lordship has categorically mentioned that under no circumstances the accused can be deprived of his rights.^[11] Professor Sir John Smith, a renowned criminal lawyer, hailing this decision, opined that the House of Lords, through Lord John Sankey, had done a more noble deed in the field of criminal law on that day.^[12] Hence, in the accusatorial model, the guilt of the accused must be proved beyond all reasonable doubt and the judges are bound to decide a case strictly in accordance with this doctrine only.

We must bear in mind that Article 14 (2)^[13] of the International Covenant on Civil and Political Rights, also recognises the right to be presumed innocent unless proved guilty according to the procedure established by law. Article 11 (1)^[14] of the Universal Declaration of Human Rights had also recognised the principle of the presumption of innocence in favour of the accused unless his guilt is proved in accordance with the law.^[15] Many more international and national instruments have recognised the same principle. The prosecution has to prove the case beyond all reasonable doubt. Even if there is an element of doubt in the story of prosecution the judges have no option but to exonerate the accused, giving the benefit of doubt to the accused. The exact meaning of the words “beyond reasonable doubt” has nowhere been defined. As a general rule, the court does not pronounce on the conviction of the offender until it is certain, on the basis of the evidence presented to it, that the accused was involved in the commission of the offence.

One of the disadvantages of the accusatorial justice system is that this system is heavily loaded in favour of the accused and it does not acknowledge the plight of the victim who, primarily, suffers due to the commission of an offence. This model of criminal justice system is insensitive to the

¹¹ Ibidem.

¹² 38 The North Ireland Legal Quarterly, page 224.

¹³ Article 14 (2) of the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

¹⁴ Article 11 (1) of the UDHR, 1948. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

¹⁵ Ibidem.

plight of the victim.^[16] As the state takes full responsibility to prosecute the accused, the role of the victim is confined to the same as that of a witness. The victim is denied rights such as the right to appeal, the right to compensation, the right to participate in criminal proceedings, etc.

The accusatorial model gives the accused the right to remain silent during interrogation, and under no circumstances can he be compelled to give evidence against himself. No negative inference can be drawn against the accused for being silent. Evidence given to the law enforcement agencies are completely barred in the court of law, they are inadmissible, having no value in the eyes of the law. Only the evidence produced before the judge are relevant and admitted in the court. The Fifth Amendment^[17] of the United States Constitution recognizes the right of the accused to remain silent. The Supreme Court of the United States has further crystalized the fifth Amendment^[18] in the *Miranda Case*^[19] by restricting the prosecution from using the statement given by the accused during interrogation as evidence unless the accused was informed of his right to consult an advocate.^[20]

The accused has the right to choose the advocate of his own choice. In case the accused is unable to employ the advocate of his own choice, the state is bound to appoint an advocate on his behalf. Due to the pro accused nature of the accusatorial model, most of the time the offender manages to escape or avoid punishment, resulting in a very low conviction rate and a little bit of frustration for law enforcement agencies. The procedure is too rigid to given any scope to the judiciary to take any extra ordinary stem in order to administer justice. Most of the times this model is criticised for being complicated and rigid in nature.

¹⁶ Report of the Committee on Reforms of Criminal Justice System, Ministry of Home Affairs, Government of India. Vol. (1) 2003.

¹⁷ The Fifth Amendment of the Constitution of the United States, 1789: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

²⁰ Ibidem.

3 | Inquisitorial Model of Criminal Justice System

The Inquisitorial model of criminal justice is another widely accepted model of criminal justice. This model of criminal justice system has evolved in the continental countries of Europe and hence it is also known as civil law system or continental law system. Most of the European countries such as France, Germany, Italy etc. follow this model of criminal justice system. This system has evolved through the process of codification and legislation unlike the common law system which is, generally, the product of judicial precedents. Basically, this system revolves around the principle of the quest for truth or justice. Justice is administered only after the truth is discovered.

The combined efforts of the judiciary, the prosecution and the police are needed to find the truth. The role of the judiciary is very active and judges actively participate in the investigation of the case, the collection of evidence and the examination of witnesses. The prosecution can solely close the case if it thinks that no *prima facie* case has been made out, but, if the preliminary enquiries make the prosecution realises that further investigation is required then the prosecution can give instruction to the judges to undertake further investigation. Inquisitorial system is suitable in societies with a strong state structure where the citizens trust the state authorities to take up the task they are better equipped for.^[21]

The quantum of evidence required in this system to convict the accused is not as high as in the accusatorial model. The accused can be convicted if there is a high probability of him in the involvement of the commission of crime. The guilt of the accused need not be proved beyond all reasonable doubt. Moreover, the accused does not have the right to remain silent during the interrogation. A negative presumption can also be drawn against the accused in case he remains silent while being interrogated in relation to the offence he is alleged to have committed.

As this model is tilted in favour of the police and prosecution, the conviction rate is higher and in most cases the criminal trial results in the conviction of the accused. Evidence given to the police or prosecution is very relevant and admissible in court. Judges have the discretion to decide whether the evidence presented to the court is relevant or not.

²¹ Tom Decaigny, "Inquisitorial and adversarial expert examinations in the case law of the European Court of Human Rights" *New Journal of European Criminal Law*, No. 2 (2014): 149-166.

4 | Indian Criminal Justice System

A sound criminal justice system has been in existence since ancient time in India. The present criminal justice system is a legacy of British, and the principles of common law are very much reflected in it. The major ingredients of the criminal justice system in India are Police, prosecution, judiciary and prison. The present criminal justice system in India is suffering from many anomalies such as enormous delay in deciding the criminal cases, low conviction rate, threat to witnesses, overcrowded prisons bureaucratic and political pressure upon the police and unaddressed plight of the victim. In fact, a large number of under trials have been languishing in jail for a long period of time. The police arrest the accused as soon as the offence is committed and the accused is interrogated by the police only. After the investigation, which is exclusively carried out by the police, the chargesheet is filed before the court. The criminal trial is set into motion once the charges are framed by the judge.

Generally, India follows an accusatorial model of criminal justice system, which is heavily tilted in favour of the accused, ignoring the plight of the victim. Article 21 of the Indian Constitution protects the life and liberty of every person including the accused.^[22] The Indian judiciary has attributed various dimensions to the concept of life and liberty through different landmark rulings in relation to the rights of the accused such as the right to speedy trial,^[23] the right to free legal aid,^[24] the right to remain silent during police interrogation^[25], the right against solitary confinement,^[26] the right against handcuffing,^[27] the right against public hearing.^[28] Hence the judiciary has liberally interpreted Article 21 of the Indian Constitution in favour of the accused. Further, an accused has to be arrested in accordance with Article 22^[29] of the Indian Constitution. No arrest shall

²² Article 21 of the Indian Constitution, 1950. No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to a procedure established by law.

²³ Hussainara Khatoon v. Home Secretary, State of Bihar, AIR 1979 SC 1369.

²⁴ Madhav Hayawadanrao Hoskot v. State of Maharashtra, 1978 AIR 1978 SC 1548.

²⁵ Nandini Satpathy v. P L Dani, AIR 1978 SC 1025.

²⁶ Sunil Batra v. Delhi Administration, AIR 1980 SC 1579.

²⁷ Prem Shankar Shukla v. Delhi Administration, AIR 1980 SC 1535.

²⁸ Attorney General, Government of India v. Lachma Devi, 1989 SCC (CRI) 413.

²⁹ Article 22 of the Constitution of India, 1950. Protection against arrest and detention in certain cases.

be made without informing the accused the ground of his arrest^[30], the accused is also entitled to consult a legal practitioner of his own choice^[31], the accused cannot be detained by the police for more than twenty-four hours without the authority of the magistrate.^[32] A statutory duty has also been imposed upon the state under section 304^[33] of the Code of Criminal Procedure, 1973 to provide free legal aid to the accused during the trial before a sessions court. Hence everything in the present criminal justice system in India revolves around the rights of the accused only.

The role of the victim of a crime in our criminal justice system is restricted to the same as that of a witness in the criminal proceeding. Victims do not have to be informed of the court proceedings or of the arrest of the accused. They do not have any right to attend the criminal trial. The victim's right to appeal against the acquittal of the accused is also not recognised. Although, section 357 A^[34] of the Code of Criminal

³⁰ Article 22 (1) of the Constitution of Indian Constitution, 1950. No person who is arrested shall be detained in custody without being informed, as soon as may be, of the grounds for such arrest nor shall he be denied the right to consult, and to be defended by, a legal practitioner of his choice.

³¹ Ibidem.

³² Article 22 (2) of the Indian Constitution, 1950. Every person who is arrested and detained in custody shall be produced before the nearest magistrate within a period of twenty-four hours of such arrest excluding the time necessary for the journey from the place of arrest to the court of the magistrate and no such person shall be detained in custody beyond the said period without the authority of a magistrate.

³³ Section 304 in The Code of Criminal Procedure, 1973. Legal aid to accused at State expense in certain cases. (1) Where, in a trial before the Court of Session, the accused is not represented by a pleader, and where it appears to the Court that the accused has not sufficient means to engage a pleader, the Court shall assign a pleader for his defence at the expense of the State. (2) The High Court may, with the previous approval of the State Government, make rules providing for- (a) the mode of selecting pleaders for defence under sub- section (1); (b) the facilities to be allowed to such pleaders by the Courts; (c) the fees payable to such pleaders by the Government, and generally, for carrying out the purposes of sub-section (1). (3) The State Government may, by notification, direct that, as from such date as may be specified in the notification, the provisions of sub- sections (1) and (2) shall apply in relation to any class of trials before other Courts in the State as they apply in relation to trials before Courts of Session.

³⁴ Section 357 A of the Code of Criminal Procedure (Amendment) Act, 2008. Every State Government in co-ordination with the Central Government shall prepare a scheme for providing funds for the purpose of compensation to the victim or his dependents who have suffered loss or injury as a result of the crime and who require rehabilitation. (2) Whenever a recommendation is made by the Court

Procedure Act, 1973 deals with the victim compensation scheme wherein the state governments in coordination with the centre are mandated to prepare a scheme for providing funds for the purpose of compensation to the victim. Every State Government in co-ordination with the Central Government shall prepare a scheme for providing funds for the purpose of compensation to the victim or his dependents who have suffered loss or injury as a result of the crime and who require rehabilitation.

5 | Possibility to Reform Present Criminal Justice System in India

Crime is a universal phenomenon. A sound criminal justice system starts on the track point of the law and ends at the doors of the prison. According to the latest NCRB report^[35] released by the Home Ministry, Government of India, the overall picture of the present criminal justice system in India is not satisfactory. India has reported 29,193 murder cases in 2020, witnessing almost one percent increase over the total 28,195 murder cases reported

for compensation, the District Legal Service Authority or the State Legal Service Authority, as the case may be, shall decide the quantum of compensation to be awarded under the scheme referred to in sub-section (1). (3) If the trial Court, at the conclusion of the trial, is satisfied, that the compensation awarded under section 357 is not adequate for such rehabilitation, or where the cases end in acquittal or discharge and the victim has to be rehabilitated, it may make recommendation for compensation. (4) Where the offender is not traced or identified, but the victim is identified, and where no trial takes place, the victim or his dependents may make an application to the State or the District Legal Services Authority for award of compensation. (5) On receipt of such recommendations or on the application under sub-section (4), the State or the District Legal Services Authority shall, after due enquiry award adequate compensation by completing the enquiry within two months. (6) The State or the District Legal Services Authority, as the case may be, to alleviate the suffering of the victim, may order for immediate first-aid facility or medical benefits to be made available free of cost on the certificate of the police officer not below the rank of the officer in charge of the police station or a Magistrate of the area concerned, or any other interim relief as the appropriate authority deems fit.

³⁵ The NCRB Report, Crime in India-2020. Ministry of Home Affairs, Government of India.

in 2019. Low conviction rate has been one of the major areas of concern in India, cases related to the riots have registered the lowest conviction rate. Even in the heinous crimes such as rape conviction rate is 39 percent and in murder related cases it is 41 percent.^[36] The number of arrests under section 124 A^[37] of the Indian Penal Code, 1860 is on rise but the conviction remains very poor. Out of a total of 96 arrest made under sedition in 2019, only two cases have resulted in a conviction.^[38]

Given the present scenario and the challenges facing our country, it is high time that India adopts certain elements of the inquisitorial model. In order to deal with the increasing number of crimes being committed, certain measures need to be taken. The standard of proof required in India in criminal cases is that the crime must be proved beyond reasonable doubt. Although the Indian Evidence Act^[39] does not prescribe such a standard of proof in criminal cases rather, it is the judiciary in India that been following this standard from English precedents. The doctrine of beyond reasonable doubt, which requires the highest degree of proof, should not be applied in heinous crimes such as murder, rape, kidnapping, dacoity and the offences against the state, rather India should adopt another level of degree of proof i.e., convincing of the judge, wherein lesser degree of proof is required in order to convict the accused.

The judges must be empowered to actively participate during the investigation of the case or the collection of the evidence in order to ensure

³⁶ Ibidem.

³⁷ Section 124A in The Indian Penal Code, 1860. Sedition. Whoever, by words, either spoken or written, or by signs, or by visible representation, or otherwise, brings or attempts to bring into hatred or contempt, or excites or attempts to excite disaffection towards the Government established by law in India shall be punished with imprisonment for life, to which fine may be added, or with imprisonment which may extend to three years, to which fine may be added, or with fine. Explanation (1) The expression „disaffection” includes disloyalty and all feelings of enmity. Explanation (2) Comments expressing disapprobation of the measures of the Government with a view to obtain their alteration by lawful means, without exciting or attempting to excite hatred, contempt or disaffection, do not constitute an offence under this section. Explanation (3) Comments expressing disapprobation of the administrative or other action of the Government without exciting or attempting to excite hatred, contempt or disaffection, do not constitute an offence under this section.

³⁸ The Economic Times, February 17, 2021. <https://economictimes.indiatimes.com/news/politics-and-nation/arrests-under-sedition-charges-rise-but-conviction-falls-to-3/articleshow/81028501.cms?from=mdr>. [accessed: 17.2.2021].

³⁹ The Indian Evidence Act, 1872. (Act. No. 1 of 1872).

that a fair investigation is carried out. In fact, the trial conducted by the International Criminal Court also emphasises upon the role of the judge during the pre-trial stage. The judges supervise the investigation carried out by the prosecution in order to ensure the integrity of the proceedings. Under the supervision of the judges, the rights of the accused are guaranteed, witnesses are protected and the plight of the victim is also addressed.

The Preamble of Rome statute^[40] states that “the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished.”^[41] The Apex Court in *NHRC v. State of Gujrat*^[42] has observed that the trial must be fair to both, the accused as well the victim. The victim must be given the right to actively participate during the trial, he/she must to be heard while sentence is passed upon the convict. Victim must also be given the right to oppose the parole as well as bail. The victim must also be given the right to appeal along with the prosecution.

In India, generally, the presumption of innocence is always drawn in favour of the accused and the burden to prove the guilt is on the prosecution. It is the time to shift the burden upon the accused to prove his innocence at least in serious offences such as offences against state, the offences related to the Unlawful Activities (Prevention) Act,^[43] Socio-Economic Offences where the minimum prescribed is ten years.

According to section 25^[44] of the Indian evidence Act, no evidence given to the police is relevant or admissible. Although this provision has been added to save the accused from any kind of torture or harassment, but at same time, the same provision unreasonably hampers the police officer from investigating the case promptly. Evidences given before the police of higher rank (at least the superintendent of police) must be made relevant under the Indian Evidence Act,^[45] in the cases where the minimum prescribed is ten years or in the offences wherein the safety and security of

⁴⁰ The Rome Statute of the International Criminal Court, 2002. Done at Rome on 17 July 1998, came into force on 1 July 2002, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544.

⁴¹ Preamble of The Rome Statute of the International Criminal Court, 2002. Done at Rome on July 1998, came into force on 1 July 2002, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544.

⁴² *NHRC v. State of Gujrat*, 2003 (9) SC 329.

⁴³ The Unlawful Activities (Prevention) Act, 1967. (Act No. 37 of 1967).

⁴⁴ Section 25 of the Indian Evidence Act, 1872. Confession to police officer not to be proved. No confession made to a police-officer shall be proved as against a person accused of any offence.

⁴⁵ The Indian Evidence Act, 1872. (Act. No. 1 of 1872).

the state is at stake. If the accused remains silent during the interrogation, an element of doubt should also be created against the accused, although it should not be the sole criterion for conviction.

The role of the witness is indispensable to any criminal justice system. But it is very unfortunate that the witnesses in India generally hesitate to give their account before the court due to the intimidation, and threat to their life. Their hostile attitude further points the defects in the Indian criminal justice system. Realising the need to protect the witness, The Supreme Court of India in *People's Union for Civil Liberties v. Union of India* has made an observation that "the need for the existence and exercise of power to grant protection to the witness and preserve his or her anonymity in the criminal trial has been universally recognised." Therefore, the government must amend the existing laws to ensure the safety and security of the witness.

6 | Concluding Remark

After serving in the jail for a prescribed period of time, the criminal is again brought back into the main stream of the society. The legislature, the law enforcement agencies, the prosecution, the defence counsel, the judges and the prison administration contribute their part in a cooperative work of law to save the society from the scourge of crime. Most of the anomalies in the present criminal justice system in India, such as the low conviction rate and the enormous delay in the criminal process, stem from the accusatorial model, which, as discussed above, gives too much importance to the rights of the accused. Therefore, certain elements of the inquisitorial model of the criminal justice system, such as a more active role of the judges in the criminal process, the power and authority of the law enforcement agencies and the police, need to be adopted to make the Indian criminal justice system more effective and robust.

The plight of the victim must be addressed effectively. The victim must be allowed to actively participate in the entire criminal proceeding. The standard of proof i.e. the doctrine of beyond reasonable doubt should be abolished and another model of standard of proof that convinces the judges must be adopted, at least for heinous crimes like rape, murder, robbery, kidnapping, offences against the state etc. Conviction before the police

officer of the minimum rank of the superintendent of police should be made relevant as long as the police officer is working under the supervision of the judiciary.

While a shift towards elements of the inquisitorial model in India's criminal justice system holds promise for addressing existing challenges, several potential limitations and obstacles may emerge during the implementation of these reforms. One significant challenge is the entrenched nature of the accusatorial model within the legal framework and institutional practices. Shifting long-standing procedural norms and ingrained legal principles may encounter resistance from legal professionals, including judges, prosecutors, and defense attorneys, who are accustomed to the adversarial nature of the current system.

Moreover, the adoption of a more active role for judges in investigations and evidence collection may require substantial capacity-building efforts to equip judicial officers with the necessary skills and resources. Training programs and professional development initiatives would be essential to ensure that judges can effectively fulfill their expanded responsibilities without compromising judicial impartiality or procedural fairness.

Additionally, the proposed reforms may face opposition or skepticism from segments of the legal community, civil society, and political stakeholders who perceive the inquisitorial model as infringing upon individual rights and liberties. Concerns about potential abuses of investigative powers or encroachments on defendants' due process rights could generate resistance to reform efforts and impede their implementation.

Furthermore, the practical implementation of reforms related to victim participation, witness protection, and evidentiary standards may encounter logistical challenges and resource constraints. Establishing robust mechanisms for victim support services, witness relocation, and evidence management requires adequate funding, infrastructure, and institutional capacity, which may be lacking in many jurisdictions.

Finally, the complexity and diversity of India's legal landscape, characterized by variations in legal traditions, procedural practices, and regional contexts, could complicate the uniform implementation of reforms across different states and jurisdictions. Harmonizing legal procedures and practices while respecting regional autonomy and diversity poses a formidable challenge that policymakers and legal authorities must navigate during the reform process.

Addressing these potential limitations and obstacles will require a comprehensive and collaborative approach involving policymakers, legal

experts, civil society organizations, and other stakeholders. Strategic planning, stakeholder engagement, and ongoing monitoring and evaluation will be crucial to overcome challenges and ensure the successful implementation of reforms aimed at enhancing the fairness, efficiency, and effectiveness of India's criminal justice system.

Bibliography

- Brants Chrisje, Stewart Field, Nico Jörg, "Are adversarial and inquisitorial systems converging?", [in:] *Criminal justice in Europe: A comparative study*, ed. Christopher Harding, Phil Fennell, Nico Jörg, Bert Swart. 41-56. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Decaigny Tom, "Inquisitorial and adversarial expert examinations in the case law of the European Court of Human Rights" *New Journal of European Criminal Law*, No. 2 (2014): 149-166.
- Paranjape N.V., *Criminology, penology and victimology*, 16th ed. Allahabad: Central Law Publications, 2014.
- Vibhute K.I., P.S. A. Pillai's *criminal law*, 12th ed. Gurgaon: Lexis Nexis, 2016.
- Williams Glanville, "The definition of crime" *Current Legal Problems*, No. 1 (1955): 107-130.



Błąd pełnomocnika, prokuratora i pracownika sekretariatu jako niemożność przywrócenia terminu zawitego w procedurze karnej a standardy konstytucyjne

The Error of the Attorney, Prosecutor and Secretariat Employee as the Impossibility of a Reinstatement of the Final Deadline in Criminal Procedure and Constitutional Standards

Abstract

The paper discusses issues related to the interpretation of the premise of „reasons beyond the control of a party” contained in Article 126 § 1 of the Code of Criminal Procedure, which regulates the institution of the reinstated time limit in the context of criminal procedure. The analysis of the interpretation of the above-mentioned provision was confronted with constitutional standards, and the conclusions developed in this publication indicate the inconsistency of Art. 126 § 1 of the Code of Criminal Procedure with the Constitution and postulate its pro-constitutional interpretation.

SŁOWA KLUCZE: termin zawity, uchybienie terminu, wniosek o przywrócenie terminu, prawo do sądu, prawo do obrony, prawo do zaskarżenia orzeczeń

KEYWORDS: the final time limit, failure to meet the final time limit, a motion requesting reinstatement of a time limit, right to the court, right to defense, right to appeal against decisions

MARTA KOLENDOWSKA-MATEJCZUK – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Warszawie,
ORCID – 0000-0002-2440-155X, e-mail: m.kolendowska@interia.eu

Instytucja przywrócenia terminu zawitego uregulowana została przez ustawodawcę w art. 126 Kodeksu postępowania karnego^[1], w myśl którego „jeżeli niedotrzymanie terminu zawitego nastąpiło z przyczyn od strony niezależnych, strona w zawitym terminie 7 dni od daty ustania przeszkody może zgłosić wniosek o przywrócenie terminu, dopełniając jednocześnie czynności, która miała być w terminie wykonana; to samo stosuje się do osób niebędących stronami” (§ 1). W kwestii przywrócenia terminu orzeka postanowieniem organ, przed którym należało dokonać czynności (§ 2 art. 126 k.p.k.), a na postanowienie w przedmiocie odmowy przywrócenia terminu przysługuje zażalenie (§ 3 art. 126 k.p.k.)^[2]. Literalna wykładania powołanego przepisu art. 126 k.p.k. wskazuje zatem, że dekodować z niego należy przesłanki o charakterze formalnym i materialnym determinujące przywrócenie terminu zawitego. Do przesłanek formalnych zaliczyć należy złożenie przez stronę oraz osobę niebędącą stroną, która nie dotrzymała terminu zawitego, wniosku o przywrócenie terminu; zachowanie siedmiodniowego terminu na złożenie wniosku, liczonego od daty ustania przeszkody uniemożliwiającej uprzednio zachowanie terminu i jednocześnie dopełnienie czynności, która miała być w terminie wykonana. Do przesłanki materialnej należy wykazanie, że uchybienie terminowi nastąpiło z przyczyn niezależnych od strony^[3]. Z racji obranej w przedmiotowym artykule problematyki, zakres przesłanek formalnych nie będzie szerzej omawiany, natomiast uwaga skupiona zostanie na przesłance materialnej powołanego art. 126 k.p.k.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 37 z późn. zm.).

² Co istotne, w myśl art. 127 k.p.k. wniosek o przywrócenie terminu nie wstrzymuje wykonania orzeczenia, jednakże organ, do którego wniosek złożono, lub organ powołany do rozpoznania środka zaskarżenia może wstrzymać wykonanie orzeczenia; odmowa wstrzymania nie wymaga uzasadnienia.

³ Por. Jerzy Skorupka w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1-166*, red. Ryszard A. Stefański, Stanisław Zabłocki, Warszawa: Wolters Kluwer, 2017. <http://lexintranet.ad.prokuratura.gov.pl/#/commentary/587741201/538641/stefanski-ryszard-a-red-zablocki-stanislaw-red-kodeks-postepowania-karnego-tom-i-komentarz-do-art...?cm=URELATIONS>. [dostęp: 8.10.2024]; Michał Kurowski w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Art. 1-424, wyd. 7, red. Dariusz Świecki, (Warszawa: Wolters Kluwer, 2024), art. 126 i powołane tam orzecznictwo. <http://lexintranet.ad.prokuratura.gov.pl/#/commentary/587388460/761590/swiecki-dariusz-red-kodeks-postepowania-karnego-komentarz-tom-i-art-1-424-wyd-vii?cm=URELATIONS>. [dostęp: 8.10.2024].

Odnosząc się do przesłanki materialnej z art. 126 k.p.k., w pierwszej kolejności zaakcentować należy, że ustawa nie wyjaśnia określenia „przyczyn od strony niezależnych” i wobec tego, jak zasadnie podnosi się w orzecznictwie, „ocena konkretnych faktów przytoczonych we wniosku o przywrócenie terminu (które to fakty mogą być zresztą sprawdzone w trybie art. 89 k.p.k.) należy do sądu lub prokuratora (art. 111 § 2 k.p.k.). Ustawa wymaga jednak, aby były to «przyczyny od strony niezależne», a zatem jest oczywiste, że brak podstawy do przywrócenia terminu w tych wypadkach, gdy przyczynę niedotrzymania tegoż terminu stanowiła okoliczność zawiniona przez stronę [...]”^[4]. Podzielić należy także pogląd prezentowany w orzecznictwie i piśmiennictwie, że ocena okoliczności wskazanych we wniosku o przywrócenie terminu musi uwzględniać realia konkretnej sprawy^[5], przy przyjęciu, że o przyczynie niezależnej od strony można mówić jedynie wówczas, gdy są to przyczyny, których strona nie mogła usunąć i dokonać czynności w terminie^[6]. W piśmiennictwie wskazuje się ponadto, że ocena przyczyny niezachowania przez stronę terminu zawitego powinna być dokonana w oparciu o kryterium obiektywne, gdyż art. 126 § 1 k.p.k. nie uzależnia przywrócenia terminu od zawinienia strony, albowiem gdyby „ustawodawca miał na uwadze zawinienie, to niewątpliwie dałby temu wyraźnie wyraz, o czym świadczy fakt, że w art. 168 § 1 k.p.c. uzależnia przywrócenie terminu od niedokonania przez stronę w terminie czynności procesowej bez swojej winy. Posłużenie się w kodeksie postępowania karnego innym sformułowaniem wskazuje, że wymagany jest większy rygoryzm w jej ocenie [...]”^[7]. Kwerenda orzecznictwa wskazuje, że okoliczności, które mogą być uznane za niezależne od strony podzielić można na trzy grupy. Nie ma wątpliwości, że za przyczyny od strony niezależne i uzasadniające przywrócenie terminu w oparciu o art. 126 § 1 k.p.k., w pierwszej grupie, uznaje się w szczególności przeszkody wywołane przez siłę wyższą, tj. klęski żywiołowe (np. powódź, pożar, huragan) lub inne przyczyny o wyjątkowym i losowym charakterze (np. wypadek komunikacyjny); chorobę lub nagły uraz, w sytuacji gdy strona ze względu na swój stan nie miała możliwości dokonania czynności samodzielnie lub za pośrednictwem swojego przedstawiciela procesowego, ani też nie miała

⁴ Uchwała SN z 19.12.1973 r., VI KZP 44/73, OSNKW 1974, nr 4, poz. 59.

⁵ Skorupka w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I, art. 126 i powołane tam stanowisko doktryny oraz orzecznictwo.

⁶ Postanowienie SN z 20.01.2020 r., IV KZ 2/20, LEX nr 3220891.

⁷ Ryszard A. Stefański, „Przyczyna niezależna od prokuratora uzasadniająca przywrócenie terminu zawitego” *Prokuratura i Prawo*, nr 3 (2006): 28.

możliwości skorzystania w tym zakresie z pomocy innej osoby (np. członka rodziny)^[8], czy np. stan epidemii^[9]. Do drugiej grupy okoliczności zaliczyć należy błędne działanie organów wymiaru sprawiedliwości. W szczególności będą to błędne pouczenia lub ich brak zarówno co do zaskarżalności, jak i co do terminów posiedzeń czy rozpraw sądu^[10]. Do trzeciej grupy należy natomiast działanie osób trzecich, a w szczególności ich przedstawicieli^[11], jednakże zdecydowanie należy zaakcentować, że ta grupa zawężona została jedynie do działań obrońcy oskarżonego, przy czym dla przywrócenia terminu zawitego na dokonanie określonej czynności procesowej niezbędne jest wykazanie winy obrońcy, której nie można wywodzić z samego tylko faktu, że nie dokonał on określonej czynności, a to na wnioskodawcy ciąży powinność uprawdopodobnienia, że okoliczność, na którą się powołuje, jest od niego niezależna. Nie można bowiem przyjmować, że każde uchybienie terminu przez obrońcę oskarżonego jest przez niego zawinione^[12].

Uzasadniając powyższy wyjątek Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 1952 r. wskazał, że stosunek obrońcy do oskarżonego nie jest tylko prywatnoprawnym stosunkiem pełnomocnictwa, przy którym działanie pełnomocnika uważa się za działanie mocodawcy. Obrońca w procesie karnym może być powołany na mocy umowy (obrońca z wyboru), ale może być ustanowiony również na mocy aktu władzy sądowej (obrońca z urzędu). Stosunek obrońcy do oskarżonego jest więc szczególnego rodzaju stosunkiem, którego treść i zakres określają przepisy postępowania karnego i prawo o ustroju adwokatury. Funkcje obrońcy w procesie karnym jako współczynnika wymiaru sprawiedliwości mają charakter publiczny, a obrońca ma obowiązek niesienia pomocy oskarżonemu jako stronie w procesie karnym i obowiązek ten powinien spełniać zgodnie z zasadami prawa procesowego oraz prawa o ustroju adwokatury. W tym stanie rzeczy zaniedbanie bądź niewłaściwe wykonanie obowiązków przez obrońcę nie może szkodzić oskarżonemu wówczas, gdy ten jako właściwa strona w procesie żadnej winy w niedopełnieniu obowiązków przez obrońcę nie ponosi^[13]. Pogląd sprowadzający się do stwierdzenia, że niedotrzymanie terminu zawitego

⁸ Postanowienie SN z 20.01.2020 r., IV KZ 2/20, LEX nr 3220891 i powołane tam postanowienie SN z 15 stycznia 2010 r., V KZ 85/09; por także np. postanowienie SN z 25.02.2022 r., IV KZ 1/22, LEX nr 3405193.

⁹ Postanowienie SN z 20.04.2020 r., III KK 23/20, LEX nr 3169215.

¹⁰ Postanowienie SN z 20.01.2020 r., IV KZ 2/20, LEX nr 3220891.

¹¹ Ibidem.

¹² Postanowienie SN z 21.06.2023 r., I KZ 15/23, LEX nr 3571901.

¹³ Postanowienie SN z 14.08.1952 r., K 97/52, OSN 1952, nr 5, poz. 72.

z winy obrońcy stanowi dla oskarżonego okoliczność niezależną, o której mowa w art. 126 § 1 k.p.k., konsekwentnie utrwalił się w linii orzeczniczej Sądu Najwyższego^[14], z wyłączeniem jednak przypadków, gdy obrońca uzgodnił ze stroną postępowania (podejrzany, oskarżony czy skazanym), że nie będzie wykonywał określonych czynności procesowych^[15]. W literaturze przedmiotu pogląd ten spotkał się z aprobatą, a jego trafność upatruje się w ustawowo wyrażonym kierunku działania obrońcy wyłącznie na korzyść oskarżonego, wyeksplikowanym w art. 86 § 1 k.p.k.^[16].

Jednocześnie zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą sądów nie uznaje się za przyczynę niezależną od strony – uzasadniającą przywrócenie terminu zawitego – błędne zachowania pracowników kancelarii obrońcy oskarżonego. Jak podkreśla się bowiem w orzecznictwie, zawodowy pełnomocnik ponosi bowiem odpowiedzialność za skutki związane z nieprawidłowym działaniem osób trzecich, którym powierza część swoich obowiązków^[17]. Podobnie do katalogu przyczyn niezależnych od strony uzasadniających przywrócenie terminu zawitego na gruncie art. 126 kpk nie zalicza się uchybienia terminu z winy pełnomocnika strony i pracownika sekretariatu jego kancelarii, chociażby ten, którego pełnomocnik reprezentuje, nie ponosił żadnej przy tym winy^[18], a powyższe uzasadniane jest brakiem ustanowienia ustawowego zakazu działania na niekorzyść mandanta innego niż oskarżony^[19]. W tym kontekście wskazuje się, że „procesowy status obrońcy jest odmienny względem sytuacji pełnomocnika (reprezentanta np. oskarżyciela posiłkowego), który uchybiając terminowi zawitemu do dokonania czynności procesowej, działając wbrew interesowi pokrzywdzonego, wywołuje negatywne dla niego skutki procesowe, których nie można uznać za przyczynę od strony niezależną. Jest to fundamentalna

¹⁴ Por. np. postanowienie SN z 10.01.2000 r., IV KKN 32/99, LEX nr 39913; postanowienie SN z 9.08.2017 r., II KZ 18/17, LEX nr 2342168; postanowienie SN z 21.06.2023 r., I KZ 15/23, LEX nr 3571901.

¹⁵ Por. postanowienie SN z 20.10.2010 r., IV KZ 59/10, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 2021; por. także Skorupka w: Kodeks postępowania karnego, art. 126 i pow. tam orzeczenia SN.

¹⁶ Por. Łukasz Cora, „Przywrócenie terminu zawitego w wyniku zaniedbania obrońcy. Glosa do postanowienia SN z dnia 9 sierpnia 2017 r., II KZ 18/17” *Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa*, nr 4 (2017): 82-87.

¹⁷ Postanawianie SN z 6.03.2018 r., V KZ 2/18, LEX nr 3130989.

¹⁸ Postanowienie SN z 11.07.2024 r., IV KZ 15/24, LEX nr 3735509; postanowienie SN z 24.05.2022 r., I KZ 34/22, LEX nr 3446445.

¹⁹ Postanowienie SN z 24.05.2022 r., I KZ 34/22, LEX nr 3446445; por także Kurowski w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, art. 126.

różnica w zakresie działalności obrońcy i pełnomocnika. Gdyby zatem ad casum reprezentantem strony procesowej był pełnomocnik, to zaniechanie wykonania czynności przez pełnomocnika, w tym uchybienie terminowi do złożenia wniosku o uzasadnienie wyroku, nie uzasadnia restytucji tego terminu, chociażby ten, którego pełnomocnik reprezentuje, nie ponosił żadnej w tym winy”^[20]. Jak podkreślił to Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 czerwca 1996 r.^[21], „pełnomocnik strony nie jest ograniczony co do kierunku czynności podejmowanych w imieniu swojego mocodawcy i stąd też każda czynność, nawet niekorzystna dla reprezentowanego, podjęta w granicach umocowania, wywołuje dla niego skutki, w tym również niekorzystne. Dotyczy to także zaniechania podjęcia czynności, a w szczególności wniesienia środka odwoławczego, czy uchybienia terminowi z tym środkiem związanemu [...] Z tych zatem względów oskarżyciel prywatny, który wybrał sobie pełnomocnika, a ten nie dopełnił zleconej mu czynności procesowej, nie może skutecznie domagać się restytucji uchybionego terminu, zwłaszcza że miał on niczym nie zakłócone możliwości sprawdzenia, czy i jak jego pełnomocnik procesowy wykonuje powierzoną mu do realizacji czynność (możliwości takiej nie ma np. oskarżony pozbawiony wolności)”. Pogląd ten spotkał się zasadniczo z aprobatą w doktrynie^[22], z nielicznymi poglądami krytycznymi^[23], do których zaliczyć należy również stanowisko zawarte w niniejszym artykule, o czym szerzej poniżej. W katalogu przyczyn niezależnych od strony uzasadniających przywrócenie terminu

²⁰ Cora, „Przywrócenie terminu zawitego w wyniku zaniedbania obrońcy”, 82-87.

²¹ Postanowienie SN z 19.06.1996 r., II KZ 22/96, LEX nr 25081.

²² Por. Z. Doda, J. Grajewski, *Karnoprocesowe orzecznictwo Sądu Najwyższego* (lata 1995–1996), PS 1997/11–12, s. 72; W. Grzeszczyk, *Formalne warunki dopuszczalności kasacji w sprawach karnych i ich kontrola w świetle najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Prok. i Pr. 1997/4, s. 54 – za: Ryszard A. Stefański w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I, art. 88. <http://lexintranet.ad.prokuratura.gov.pl/#/commentary/587741159/538599/stefanski-ryszard-a-red-zablocki-stanislaw-red-kodeks-postepowania-karnego-tom-i-komentarz-do-art...?cm=URELATIONS> (dostęp: 2024-10-08) <http://lexintranet.ad.prokuratura.gov.pl/#/commentary/587741160/538600/stefanski-ryszard-a-red-zablocki-stanislaw-red-kodeks-postepowania-karnego-tom-i-komentarz-do-art...?cm=URELATIONS> (dostęp: 2024-10-08).

²³ Por. Grażyna Artymiak, „Glosa do postanowienia SN z dnia 19 czerwca 1996 r., II KZ 22/96” *Orzecznictwo Sądów Polskich*, 5 (1997): 99. <http://lexintranet.ad.prokuratura.gov.pl/#/publication/385884229/artymiak-grazyna-glosa-do-postanowienia-sn-z-dnia-19-czerwca-1996-r-ii-kz-22-96?keyword=Artymiak&cm=STOP> [dostęp: 8.10.2024].

zawitego na gruncie art. 126 kpk nie zalicza się także uchybienia terminu z winy prokuratora oraz pracownika sekretariatu prokuratury^[24]. Sąd Najwyższy w uchwale z 19 grudnia 1973 r. wskazał, że brak jest podstawy do przywrócenia terminu w tych wypadkach „gdy przyczynę niedotrzymania tegoż terminu stanowiła okoliczność zawiniona przez stronę. Samo przeoczenie terminu lub inne niedbalstwo strony nie może więc być uznane za przyczynę usprawiedliwiającą niedotrzymanie terminu zawitego. Powyższe stwierdzenie odnosi się również do prokuratora jako jednej ze stron w postępowaniu karnym [...] Prokurator działa w ramach właściwej dla niego jednostki organizacyjnej prokuratury [...], której ustrój oparty jest na zasadach jedności i hierarchicznego podporządkowania kierownictwu. Ocena zatem przyczyn niedotrzymania terminu – jako usprawiedliwiających to uchybienie – powinna uwzględniać zarówno okoliczności związane z zachowaniem się prokuratora, jak i innych pracowników tej jednostki organizacyjnej, podlegających nadzorowi kierownika danej prokuratury lub innego prokuratora. W konsekwencji należy przyjąć, że jeżeli niedotrzymanie terminu zawitego spowodowane jest zaniedbaniem pracownika sekretariatu prokuratury, a więc okolicznością, która z reguły nie może być uznana za przyczynę niezależną od prokuratora (jako strony w procesie karnym), to brak podstaw do przywrócenia na podstawie art. 111 § 1 k.p.k. (obecnie art. 126 § 1 k.p.k. - przyp. własny) tego terminu. Przyjęcie tej ogólnej zasady nie wyłącza możliwości przywrócenia terminu w tych szczególnych wypadkach, w których zostanie wykazane, że nieprawidłowość działania pracownika sekretariatu powinna być – w konkretnej sprawie i sytuacji faktycznej – uznana za niezależną od prokuratora”^[25]. Pogląd ten utrwalił się w orzecznictwie^[26], a także zyskał aprobatę w stanowiskach

²⁴ Postanowienie SN z 12.09.2000 r., WKN 25/00, OSNKW 2000, nr 11-12, poz. 100; Postanowienie SA w Gdańsku z 23.05.2001 r., II AKa 187/01, OSAG 2001, nr 1, poz. 22.

²⁵ Uchwała SN z 19.12.1973 r., VI KZP 44/73, OSNKW 1974, nr 4, poz. 59.

²⁶ Por. np. postanowienie SN z dnia 12.09.2000 r., w którym SN zaakcentował, że „zaniedbania ze strony prokuratora lub podwładnego mu personelu są traktowane pod kątem widzenia zaniedbań dokonanych przez samą stronę procesową. Prokurator jako strona w procesie karnym działa w ramach właściwej dla niego jednostki organizacyjnej prokuratury. Ustrój i działanie prokuratury oparte są m.in. na zasadach jednolitości i hierarchicznego podporządkowania kierownictwu. Prokurator odpowiada za właściwą organizację pracy w sekretariacie podległej mu prokuratury, a zatem ewentualne uchybienia lub zaniedbania pracownika techniczno-biurowego nie mogą stanowić okoliczności usprawiedliwiającej niewykonanie czynności procesowej. Bez względu zatem na to, który z pracowników

doktryny, w których to akcentowany jest status prokuratora, jako podmiotu należycie przygotowanego do wykonywania zawodu i działającemu w imieniu Państwa, któremu stawiane są wyższe wymagania niż innym stronom procesowym także w zakresie dotrzymywania terminów do dokonania czynności procesowych^[27].

Rekapitułując tę część wyводу wskazać należy, że w praktyce orzeczniczej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych utrzymała się interpretacja przesłanki „przyczyn od strony niezależnych”, która wyłącza jej stosowanie w przypadku uchybienia terminowi zawitemu przez prokuratora, przez pracownika sekretariatu kancelarii adwokackiej i pracownika sekretariatu prokuratury oraz pełnomocnika strony postępowania karnego, innej niż oskarżony, a także pełnomocnika osoby niebędącej stroną – czego skutkiem jest niemożność skutecznego domagania się przez wyżej wymienionych uczestników postępowania karnego, przywrócenia terminu uchybionego z winy ich pełnomocnika, którego zachowanie, przybierające także formę zaniechania, traktowane jest jako czynność samej strony, co w moim przekonaniu narusza standardy konstytucyjne^[28].

Przechodząc do rozwinięcia i uzasadnienia podniesionej tezy, zaakcentować w tym miejscu należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego przy badaniu konstytucyjności przepisu należy brać

dopuszczał się zaniedbania, prokuratura, działająca jako jednolity urząd, nie może skutecznie żądać przywrócenia terminu z powołaniem się na uchybienie spowodowane przyczyną niezależną od strony. Warunkiem restytucji uchybionego terminu jest ustalenie, że przeszkoda, o której mowa w art. 126 § 1 k.p.k., nastąpiła z winy pomocnika procesowego, a nie samej strony. W świetle tego powszechnie przyjętego w orzecznictwie stanowiska stwierdzić należy, że art. 126 § 1 k.p.k. nie będzie miał zastosowania do prokuratora, który z własnej winy lub z winy personelu prokuratury zaniedba złożenia we właściwym czasie środka odwoławczego” – postanowienie SN z 12.09.2000 r., WKN 25/00, OSNKW 2000, nr 11-12, poz. 100; por. także spośród wielu postanowienie SA w Gdańsku z 23.05.2001 r., II AKa 187/01, OSAG 2001, nr 1, poz. 22.

²⁷ Tak: Stefański, „Przyczyna niezależna od prokuratora uzasadniająca przywrócenie terminu zawitego”, 27-32.

²⁸ Dla porządku wskazać należy, że do tej grupy okoliczności niezależnych od strony, które nie uzasadniają przywrócenia terminu na zasadzie art. 126 § 1 k.p.k. należy również zaliczyć np. nieprzekazanie pisma adresatowi w sytuacji, gdy jest to domownik, a także przez instytucję czy zakład pracy, jednakże jak zasadnie podnosi się w literaturze przedmiotu skutki doręczeń w takich przypadkach zostały złagodzone, albowiem ustawodawca wyłączył w pewnych sytuacjach możliwość doręczenia w ten sposób niektórych pism takich jak wezwania, zawiadomienia czy też orzeczenia – tak: Kurowski w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, art. 126. Problem ten pozostaje zatem poza rozważaniami w niniejszym artykule.

pod uwagę nie tylko jego literalną treść, ale także interpretację przyjętą w procesie stosowania prawa, w szczególności w praktyce orzeczniczej. Jak podkreśla to bowiem Trybunał Konstytucyjny, „jeżeli określony sposób rozumienia przepisu ustawy utrwalił się już w sposób oczywisty, a zwłaszcza jeśli znalazł jednoznaczny i autorytatywny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego bądź Naczelnego Sądu Administracyjnego, to należy uznać, że przepis ten – w praktyce swego stosowania – nabrał takiej właśnie treści, jaką odnalazły w nim najwyższe instancje sądowe naszego kraju [...] Trybunał Konstytucyjny uznaje tym samym, że normatywną treść przepisu nadawać może także praktyka jego stosowania. Ukształtowany w procesie stosowania prawa określony sposób rozumienia przepisu odbiegać może dalece od literalnego brzmienia, jakie nadał mu prawodawca. Organy stosujące prawo, w tym przede wszystkim sądy, mogą w drodze wykładni prawa wydobywać z aktów normatywnych treści nie do pogodzenia z normami, zasadami lub wartościami, których poszanowania wymaga Konstytucja. Z tej też racji Trybunał Konstytucyjny uznał za konieczne objęcie swą kognicją także takich treści normatywnych, które zostały niejako twórczo wyprowadzone z aktu normatywnego w drodze jego utrwalonej w sposób oczywisty wykładni. Jednak w takiej sytuacji kognicja Trybunału Konstytucyjnego nie obejmuje – co oczywiste – orzeczeń sądowych czy też innych rozstrzygnięć organów stosujących prawo. Przedmiotem kontroli konstytucyjności jest treść, jaką przepisy prawa nabrały w drodze utrwalonej praktyki ich stosowania. Co więcej, Trybunał Konstytucyjny wychodzi z założenia, że równoznaczne z utrwaloną w sposób oczywisty praktyką stosowania przepisu jest dokonanie jego interpretacji przez «najwyższe instancje sądowe naszego kraju». Jeśli określony sposób rozumienia przepisu znalazł jednoznaczny i autorytatywny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego bądź Naczelnego Sądu Administracyjnego, należy uznać, że przepis ten nabrał takiej właśnie treści [...]»^[29].

Zderzając zatem ze wzorcami konstytucyjnymi powołane i utrwalone w praktyce orzeczniczej brzmienie art. 126 § 1 k.p.k., wskazać należy, że jest ono nie do pogodzenia ze standardem wyprowadzanym z art. 2, art. 45 ust. 1, art. 42 ust. 2 i z art. 78 Konstytucji^[30].

²⁹ Wyrok TK z 27.20.2010 r., K 10/o8, OTK ZU 8A/2010, poz. 81 i pow. tam orzeczenia TK.

³⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Uzasadniając powołany pogląd przypomnieć należy, że wedle utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego prawo do sądu jest jednym z podstawowych praw jednostki i zarazem stanowi fundamentalną gwarancję praworządności^[31], a na jego treść składa się 1) prawo dostępu do sądu – prawo uruchomienia procedury przed sądem (niezależnym, bezstronnym i niezawisłym); 2) prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej, zgodnej z wymogami sprawiedliwości i jawności; 3) prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd oraz 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy^[32]. Na wynikającą zaś z art. 45 ust. 1 Konstytucji sprawiedliwość proceduralną składa się zakaz arbitralności w działalności sądu, który zagwarantowany jest przez 1) udział zainteresowanych podmiotów w postępowaniu, 2) jawność postępowania, 3) wydawanie rozstrzygnięć zawierających rzetelne uzasadnienie^[33]. Bez wątpienia na zasadę sprawiedliwego ukształtowania postępowania sądowego, będącą jednym z elementów ogólnie sformułowanego prawa do sądu wywodzonego z art. 45 ust. 1 Konstytucji, składa się również prawo do zaskarżenia rozstrzygnięć sądowych (art. 78 Konstytucji)^[34] i w tym kontekście Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że niekonstytucyjne są wszelkie uregulowania, które uniemożliwiają albo nadmiernie utrudniają skuteczną ochronę praw na drodze sądowej, przy czym chodzi tu między innymi o utrudnienia wynikające z nieodpowiedniego ukształtowania procedury^[35]. Jak wynika jednocześnie z utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, prawo do sądu i prawo do zaskarżenia orzeczeń nie są prawami absolutnymi i ustawodawca może pod pewnymi warunkami

³¹ Wyrok TK z 18.07. 2011 r., SK 10/10, OTK ZU z 2011 r. Nr 6/A, poz. 58.; por. wyrok TK z 20.12. 2017 r., SK 37/15, Dz.U. z 2017 r., poz. 2451.

³² Por i szerzej Marta Kolendowska-Matejczuk, *Zaskarżalność rozstrzygnięć incydentalnych uregulowanych w Kodeksie postępowania karnego w świetle standardów konstytucyjnych. Rozważania systemowe* (Warszawa: Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, 2018), 109-127 i pow. tam wyroki TK z 24.10. 2007 r., SK 7/06; z 8.06.2016 r., P 62/14; z 29.06.2016 r., SK 24/15; z 20.12.2017 r., SK 37/15; z 20.04.2017 r., SK 3/16; z 14.12.2017 r., K 17/14.

³³ Por i szerzej Kolendowska-Matejczuk, *Zaskarżalność*, 132-133 i pow. tam postanowienie TK z 15.12.2008 r., sygn. SK 84/06.

³⁴ Odmiennie TK w nielicznych orzeczeniach np. w wyroku z 12.06.2002 r., P 13/01 – por. i szerzej Kolendowska-Matejczuk, *Zaskarżalność*, 277 i nast.

³⁵ Por i szerzej Kolendowska-Matejczuk, *Zaskarżalność*, 276-277 i pow. tam wyroki TK z 2.06.2010 r., SK 38/09; z 14.03.2006 r., SK 4/05; z 12.05. 2003 r., SK 38/02, z 8.10.2013 r., K 30/11, z 22.10.2013 r., SK 14/13, z 8.06.2016 r., P 62/14.

je ograniczać, jednakże ograniczenia te muszą sprostać trójstopniowemu testowi proporcjonalności, tj. 1) muszą być ustanawiane tylko w ustawie (wymiar formalny ograniczenia praw); 2) mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób; 3) nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Oceniając zaś zgodność z Konstytucją regulacji ustanawiającej ograniczenie konstytucyjnie chronionej wolności lub prawa Trybunał Konstytucyjny dokonuje zatem swoistego testu proporcjonalności na gruncie powołanego art. 31 ust. 3 Konstytucji i rozważa, czy: 1) jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków – kryterium przydatności normy; 2) jest ona niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana – kryterium konieczności podjęcia przez ustawodawcę działania; 3) jej efekty pozostają w proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń – kryterium proporcjonalności *sensu stricto*^[36].

Odnosząc powyższe rozważania do analizy art. 126 § 1 k.p.k. wskazać należy, że przepis ten stanowi zadość dyrektywie szybkości postępowania karnego i jako norma ustawowa spełnia pierwszy z warunków testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji, tj. wymóg formalny ograniczenia praw. Jednocześnie wąska wykładnia powołanego przepisu w zakresie przesłanki „przyczyn od stron niezależnych”, utrwalona w orzecznictwie sądowym, nie spełnia testu proporcjonalności *sensu stricto* wywodzonego z art. 31 ust. 3 Konstytucji, albowiem nakłada ona na uczestników postępowania karnego nieakceptowalne ograniczenia konstytucyjnie zagwarantowanych gwarancji procesowych.

Przyznać wprawdzie należy, że Trybunał Konstytucyjny w utrwalonej linii orzeczniczej podkreśla, że z prawem do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, jako procedury determinującej rzetelny proces, „skorelowane jest prawo do rozpatrzenia sprawy «bez nieuzasadnionej zwłoki»». Szybkie uzyskanie rozstrzygnięcia sądowego leży w bezpośrednim interesie strony, ale także w interesie publicznym. Wymiar sprawiedliwości nie może być bowiem sprawowany z opóźnieniami prowadzącymi do osłabienia

³⁶ Por i szerzej Kolendowska-Matejczuk, *Zaskarżalność*, 169-176 i pow. tam wyroki TK z 29.09.2008 r., SK 52/05; z 12.01.2000 r., P 11/98; z 10.04.2002 r., K 26/00; z 27.05.2008 r., SK 57/06; z 13.03.2007 r., K 8/07; z 10.12.2012 r., K 25/11; z 22.10.2013 r., SK 14/13 oraz liczne stanowiska doktryny.

skuteczności sądów i zaufania do nich i do państwa w ogóle [...]”.^[37] Stąd też oczywistym jest, że ustawodawca obwarowuje procedury, w tym karną, terminami zawitymi, które mają służyć zapewnieniu sprawności i szybkości postępowania, a także wprowadza instytucje, które mają ograniczać możliwość przywrócenia uchybionemu terminowi zawitemu, czego wyrazem jest omawiany w niniejszej publikacji art. 126 § 1 k.p.k. Jednakże Trybunał Konstytucyjny jednocześnie akcentuje, że adresowana do ustawodawcy dyrektywa ukształtowania procedury sądowej w taki sposób, aby sprawy toczyły się sprawnie i możliwie szybko, nie jest dyrektywą absolutną i nie może usprawiedliwiać kształtowania procedur z naruszeniem gwarancji procesowych, zamieszczonych zarówno w art. 45 ust. 1, jak i w innych postanowieniach Konstytucji, a także w poszczególnych uregulowaniach Kodeksu postępowania karnego, w tym sprecyzowanych w art. 2 k.p.k. celów, jakim ma służyć proces karny, ani odbijać się negatywnie na prawidłowości rozstrzygnięcia, innymi słowy naruszać w imię szybkości postępowania determinanty sprawiedliwości proceduralnej, w tym pozostałe – poza szybkością i sprawnością – elementy rzetelnego procesu tak, aby uczestnicy postępowania mieli realną możliwość przedstawienia swoich racji, a sąd obowiązek ich rozważenia, co z kolei respektować będzie także zasady państwa prawnego, pojmowanego jako system potępiający arbitralność władzy i traktujący sądy jako podstawowego strażnika praw jednostki^[38].

Powyższe rozważania Trybunału Konstytucyjnego mają swoje odzwierciedlenie w powołanym art. 2 Kodeksu postępowania karnego, który jako pierwszy cel procesu karnego formułuje zasadę prawdy materialnej sprrowadzającej się do tego, by sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.). Co istotne, przepis ten postuluje, by w procesie karnym zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.). Postulat rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie ustawodawca ujmuje zaś na ostatnim, czwartym miejscu (art. 2 § 4 pkt 1 k.p.k.).

³⁷ Wyrok TK z 7.12.2010 r., P 11/09, OTK-A 2010, nr 10, poz. 128 i pow. tam orzeczenia TK z 26.02.2008 r., SK 89/06; OTK ZU nr 1/A/2008 oraz z dnia 30.10.2006 r., S 3/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 146.

³⁸ Wyrok TK z 7.12.2010 r., P 11/09, OTK-A 2010, nr 10, poz. 128 i pow. tam liczne orzeczenia TK. Por. także Agnieszka Orfin, „Sprawność postępowania karnego w świetle zasady prawdy materialnej i zasady bezpośredniości” *Ius Novum*, nr 3 (2012): 71-83.

Tymczasem art. 126 § 1 k.p.k. w powołanej wykładni utrwalonej w orzecznictwie sądów nie tylko nie uwzględnia w dostatecznym zakresie postulowanej w art. 2 k.p.k. dyrektywy trafnej reakcji karnej, ale także stanowi naruszenie prawa uczestników postępowania do sądu, albowiem brak możliwości przywrócenia terminu do dokonania czynności jest zazwyczaj równoznaczny z zamknięciem drogi sądowej, a w przypadku środków odwoławczych, z wyłączeniem możliwości zaskarżenia decyzji procesowych. W pełni zatem podzielić należy pogląd wypowiedziany w literaturze^[39], że naruszeniem sprawiedliwej procedury byłoby obarczanie uczestników postępowania niekompetentnymi zachowaniami profesjonalnego pełnomocnika, co w konsekwencji wywołuje negatywne skutki dla strony w postaci zamknięcia drogi do sądu i pomimo, że „strona powinna ponosić, z założenia, skutki czynności dokonywanych przez pełnomocnika, jednakże odpowiedzialność tę należy miarkować zarówno wynikami analizy stopnia zawinienia pełnomocnika w zakresie zadań, do których został powołany ustawą, jak też realizacją konstytucyjnie chronionego prawa strony do sądu”^[40]. Pogląd ten nabiera jeszcze większego znaczenia w przypadku uchybień dokonanych przez pełnomocnika wyznaczonego z urzędu, na wybór którego uczestnik postępowania nie ma wpływu, ale nie tylko. Profesjonalny pełnomocnik (adwokat czy radca prawny) ma obowiązek podejmować działania profesjonalne na rzecz uczestnika, którego reprezentuje czy to z urzędu, czy to z wyboru. Sprzeciw zatem budzi przytoczony powyżej pogląd Sądu Najwyższego, jakoby z uwagi na brak ustanowienia ustawowego zakazu działania na niekorzyść uczestnika procesu innego niż oskarżony, pełnomocnik takiego uczestnika nie jest ograniczony co do kierunku czynności podejmowanych w jego imieniu. Otóż pełnomocnik profesjonalny, wbrew stanowisku Sądu Najwyższego, jest ustawowo zobowiązany do podejmowania działań zgodnie ze swoimi obowiązkami – o czym świadczą poszczególne przepisy ustawy Prawo

³⁹ Który mimo, że wypowiedziany został na gruncie procedury cywilnej (tj. art. 167 k.p.c.) to znajduje w moim przekonaniu adekwatne odniesienie do procedury karnej.

⁴⁰ Zygmunta Wiśniewski, „Uchybienie terminu przez pełnomocnika a prawo reprezentowanej strony do sądu. Wybrane problemy orzecznicze” *Przegląd Sądowy*, nr 3 (2010): 45-60. <http://lexintranet.ad.prokuratura.gov.pl/#/publication/151107784/wisniewski-zygmunt-uchybiecie-terminu-przez-pelnomocnika-a-prawo-reprezentowanej-strony-do-sadu...?keyword=wi%C5%9Bniewski%20zygmunt&cm=STOP>. [dostęp: 8.10.2024].

o adwokaturze^[41] oraz Ustawy o radcach prawnych^[42] – do których należy również przestrzeganie terminów zawitych w postępowaniu karnym^[43]. Za naruszenie terminów zawitych pełnomocnik może ponieść odpowiedzialność dyscyplinarną, co jednak nie złagodzi negatywnych skutków w procesie karnym – przerwanych na uczestnika, którego pełnomocnik reprezentuje. Zatem podzielić należy pogląd podnoszony w literaturze przedmiotu, że „pełnomocnik strony ma wprawdzie prawo podejmowania czynności niekorzystnych dla strony, ale pod warunkiem działania w dobrej wierze i w granicach pełnomocnictwa”^[44]. Czym innym jest bowiem świadome, uzasadnione zgodnie z wiedzą odstąpienie przez profesjonalnego pełnomocnika od dokonania określonej czynności, np. odstąpienie od wniesienia kasacji z powodu braku podstaw, a czym innym jest zawinione uchybienie terminowi do dokonania czynności. Zatem prokonstytucyjna wykładnia przepisu art. 126 § 1 k.p.k. powinna uwzględniać możliwość ubiegania się o przywrócenie terminu przez uczestnika postępowania karnego w przypadku zawinionego uchybienia terminowi zawitemu przez profesjonalnego jego przedstawiciela (adwokata, radcę prawnego oraz prokuratora) jako przyczyn od nich niezależnych^[45].

Ponadto podkreślić należy, że demokratyczne państwo prawa, w którym hołduje się dyrektywom sprawiedliwej procedury (art. 2 Konstytucji), nie może również „wpędzać” stronę postępowania w swoistą pułapkę legislacyjną. Z jednej bowiem strony ustawodawca nakłada na stronę w pewnych

⁴¹ Por. np. art. 80 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1184 z późn. zm.), zgodnie z którym adwokaci i aplikanci adwokacy podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godnością zawodu bądź za naruszenie swych obowiązków zawodowych.

⁴² Por. np. art. 2, 3 i 64 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 499). W myśl art. 2 ww. ustawy, pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego ma na celu ochronę prawną interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywana, w myśl art. 3 ust. 2 radca prawny wykonuje zawód ze starannością wynikającą z wiedzy prawniczej oraz zasad etyki radcy prawnego, a w myśl art. 64 ust. 1 radcowie prawni i aplikanci radcowscy podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godnością zawodu bądź za naruszenie swych obowiązków zawodowych.

⁴³ Por. i szerzej w kontekście zasad etyki zawodowej: Artymiak, „Glosa do postanowienia SN z dnia 19 czerwca 1996 r., II KZ 22/96”.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem; por. także Z. Wiśniewski, Uchybienie terminu przez pełnomocnika a prawo reprezentowanej strony do sądu. Wybrane problemy orzecznicze, PS 2010/3/45-60.

sytuacjach obowiązek działania w procesie karnym za pomocą obrońcy, w przypadku obrony obligatoryjnej^[46] czy profesjonalnego pełnomocnika, jak ma to miejsce w wypadku przymusu adwokacko-radcowskiego przy wnoszeniu apelacji od wyroku wydanego w pierwszej instancji przez sąd okręgowy oraz nadzwyczajnych środków zaskarżenia^[47], z drugiej zaś nakłada na stronę wszystkie negatywne skutki nieprofesjonalnego działania takiego przedstawiciela, mimo że zawody adwokata i radcy prawnego czy zawód prokuratora, który w procesie reprezentuje pokrzywdzonego, są zawodami zaufania publicznego. Co istotne, jak zasadnie wskazuje się w literaturze przedmiotu, obrona obligatoryjna czy przymus adwokacko-radcowski ma sprzyjać realizacji celów postępowania karnego, w tym w szczególności dotarciu do prawdy materialnej, poprzez wyrównanie szans stron w postępowaniu karnym^[48]. W tym miejscu przywołać należy także poglądy doktryny, które eksponują rolę pełnomocnika w procedurze karnej, wskazując, że „jeżeli jakiejś osobie przyznaje się uprawnienie w procesie, to powinna mieć też możliwość korzystania w danym zakresie z fachowej pomocy. Osoba taka pozbawiona możliwości pomocy pełnomocnika może nie zrealizować swojego uprawnienia, zwłaszcza, gdy dla skorzystania z niego konieczna jest wiedza prawnicza^[49]. Tymczasem wąska wykładnia art. 126 § 1 k.p.k. zaprzecza powyższym celom i roli, jaką mają wypełniać profesjonaliści w procedurze karnej, przerzucając skutki ich uchybień na stronę przez nich reprezentowaną, która ma prawo działać w zaufaniu do profesjonalisty, czy to działającego z wyboru czy z urzędu. Uczestnicy postępowania mogą zatem – z przyczyn zapełnienie niezależnych od nich, wskutek błędnego działania ich przedstawicieli – zostać pozbawieni prawa do sądu, prawa do obrony swoich racji, w tym prawa do zaskarżenia decyzji zapadłej w procesie, a zatem skutki procesowe mogą być niezwykle dotkliwe i nieodwracalne.

Podobne zastrzeżenia należy sformułować do wykładni art. 126 § 1 k.p.k., która wyłącza z pojęcia „przyczyn od strony niezależnych” uchybienia obrońców, pełnomocników czy prokuratorów dokonane na skutek błędów

⁴⁶ Por. art. 79 k.p.k.

⁴⁷ Por. art. 446 § 1, art. 526 § 2, art. 545 § 2 k.p.k.

⁴⁸ Por. i szerzej Barbara Nita-Światłowska, „Przymus adwokacko-radcowski przy wnoszeniu środków zaskarżenia w postępowaniu karnym” *Palestra*, 1-2 (2017): 46.

⁴⁹ Stefański w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I, art. 87. <http://lexintranet.ad.prokuratura.gov.pl/#/commentary/587741159/538599/stefanski-ryszard-a-red-zablocki-stanislaw-red-kodeks-postepowania-karnego-tom-i-komentarz=-do-ar...?cm-URELATIONS>. [dostęp: 8.10.2024].

pracowników sekretariatów kancelarii czy prokuratury. Abstrahując od faktu, że chociażby nadzór liniowego prokuratora nad wszystkimi pracownikami sekretariatu prokuratury jest wyłącznie pojmowany ustrojowo; formalnie – a zatem w praktyce w większości przypadków, jest on iluzoryczny, to przyjmując, że skoro zawinione uchybienie terminowi przez pełnomocnika, obrońcę czy prokuratora w świetle przywołanych standardów konstytucyjnych nie może obciążać w skutkach procesowo wyłącznie reprezentowanych przez nich uczestników procesu, to tym bardziej uczestnicy procesu nie mogą ponosić skutków błędów popełnianych przez osoby zatrudniane w jednostkach, z których wywodzi się ich przedstawiciel procesowy. Niezrozumiałe i naruszające przy tym konstytucyjnie chronione prawo do obrony jest rozróżnienie sytuacji, w której przywrócenie terminu zawitego jest możliwe w przypadku uchybienia dokonanego przez obrońcę, a w przypadku błędu pracownika kancelarii obrońcy, który powoduje następnie uchybienie przez obrońcę terminowi zawitemu już takiej możliwości wyklądania art. 126 § 1 k.p.k. nie daje.

Konkludując, jak zasadnie zatem wywodzi się w literaturze przedmiotu „realizacja zasady sprawności postępowania nie może odbywać się kosztem gwarancji procesowych uczestników postępowania, podstawowych funkcji procesu oraz nie może prowadzić do ograniczania dotarcia do prawdy. Celem każdego postępowania karnego jest bowiem wykrycie sprawcy i pociągnięcie go do odpowiedzialności oraz dążenie do tego, by osoba niewinna takiej odpowiedzialności nie poniosła. Gdyby upraszczanie i przyspieszanie procesu stało się ważniejsze od dotarcia do prawdy, wymierzanie sprawiedliwości byłoby fikcją. Aby uniknąć tego zagrożenia, ustawodawca powinien dążyć do przyspieszania i upraszczania postępowania karnego, ale w taki sposób, by zachować podstawowe jego cele. Wymiar sprawiedliwości ma przecież służyć człowiekowi, a nie statystykom”^[50].

Rekapitułując uwagi zawarte w niniejszej publikacji, w moim przekonaniu art. 126 § 1 k.p.k. – w zakresie, w jakim w przesłance „przyczyn od strony niezależnych” nie zawiera przypadku uchybienia terminowi zawitemu na skutek błędu pełnomocnika, prokuratora i pracownika sekretariatu kancelarii pełnomocnika, obrońcy i pracownika sekretariatu prokuratury – jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 2, art. 78 i art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust 3 Konstytucji i postulować należy zmianę orzecznictwa sądów w tym zakresie, zgodną z powołanymi standardami konstytucyjnymi oraz

⁵⁰ Orfin, „Sprawność postępowania karnego w świetle zasady prawdy materialnej i zasady bezpośredniości”, 82.

literalnym brzmieniem art. 126 § 1 k.p.k. odnoszącym się do „przyczyn niezależnych od strony”, tj. takich, na które strona nie miała realnego i rzeczywistego wpływu.

Bibliografia

- Artymiak Grażyna, „Glosa do postanowienia SN z dnia 19 czerwca 1996 r., II KZ 22/96” *Orzecznictwo Sądów Polskich*, 5 (1997): 99.
- Cora Łukasz, „Przywrócenie terminu zawitego w wyniku zaniedbania obrońcy. Glosa do postanowienia SN z dnia 9 sierpnia 2017 r., II KZ 18/17” *Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa*, nr 4 (2017): 82-87.
- Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1-166*, red. Ryszard A. Stefański, Stanisław Zabłocki, Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Art. 1-424, wyd. 7, red. Dariusz Świecki, Warszawa: Wolters Kluwer, 2024.
- Kolendowska-Matejczuk Marta, *Zaskarżalność rozstrzygnięć incydentalnych uregulowanych w Kodeksie postępowania karnego w świetle standardów konstytucyjnych. Rozważania systemowe*. Warszawa: Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, 2018.
- Nita-Światłowska Barbara, „Przymus adwokacko-radcowski przy wnoszeniu środków zaskarżenia w postępowaniu karnym” *Palestra*, 1-2 (2017): 39-51.
- Orfin Agnieszka, „Sprawność postępowania karnego w świetle zasady prawdy materialnej i zasady bezpośredniości” *Ius Novum*, nr 3 (2012): 71-83.
- Stefański Ryszard A., „Przyczyna niezależna od prokuratora uzasadniająca przywrócenie terminu zawitego” *Prokuratura i Prawo*, nr 3 (2006): 27-32.
- Wiśniewski Zygmunt, „Uchybienie terminu przez pełnomocnika a prawo reprezentowanej strony do sądu. Wybrane problemy orzecznicze” *Przegląd Sądowy*, nr 3 (2010): 45-60.



A Comparative Prospective on the Individualization of Criminal Sentencing*

Abstract

The purpose of this paper is intended to make a theoretical and practical analysis of mitigating and aggravating circumstances in criminal law, their importance in relation to the principle of individualization of punishment as well as their importance in relation to determining the right criminal sentencing. This analysis is based on a mixed methodology, including descriptive, analytical and comparative methods by using doctrines, legislation and practice of Albanian and foreign courts as a source of data. The paper also aims to highlight the real problems related to the understanding of the theoretical importance of mitigating and aggravating circumstances and also their implementation by the Albanian courts. The main focus is on proposing a practical and unified solution to the applicability of these circumstances, taking the lead from foreign jurisdictions, primarily based on common law systems. Specifically, this paper proposes the creation of a unified methodology for the practical implementation of mitigating and aggravating circumstances in the Albanian legislation as a guide for the Albanian courts.

KEYWORDS: crime, mitigating and aggravating circumstances, punishment, sentencing guidelines, unified approach, Albania

IV ROKAJ – PhD in law, University of Tirana, ORCID – 0009-0004-6475-8985,
e-mail: Iv.rokaj@fdut.edu.al

IVAS KONINI – PhD in law, University of Tirana, ORCID – 0009-0002-8396-9791,
e-mail: ivas.konini@fdut.edu.al

* All non-English materials used in this manuscript for academic purposes only are translated from Dr. Ivas Konini.

1 | Introduction

Mitigating and aggravating circumstances are a core part for the individualization of criminal punishment. As a substantial part of imposing the right sentencing, the Court in civil law jurisdictions lean on them a primary role in imposing the right sentence. A judge must impose a sentence that is sufficient, but no greater than necessary to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, to provide a just punishment for the offense, to adequately deter criminal conduct, to protect the public from further crimes by the defendant, and to provide the defendant with needed educational or vocational training, or medical care.

The Albanian Criminal Code provides in its Article 1/c the principle of justice in determining punishment. This principle is fully articulated in Article 47 of the Albanian Criminal Code, which provides for the individualization of punishment.^[1] The individualization of punishment means that appointment by the court against the author of the criminal offense of a type and measure of punishment in accordance with the character and social danger of the offense and of the author, as well as with the mitigating and aggravating circumstances of that case.^[2] The individualization of punishment is a discretion of the court, which thus fulfills its function of delivering justice. Respecting the principle of individualization of punishment by the court is of fundamental importance for the decision to be not only legal, but also fair in the sense of Article 17 of the Albanian Constitution.^[3]

One of the most important elements of the principle of individualization of punishment is mitigating and aggravating circumstances. These circumstances consist of objective and subjective factors, which do not affect the existence of the criminal offense, but have a direct impact on the type and extent of the criminal penalty against the perpetrator of the criminal offense.^[4] Their correct assessment is therefore essential if a decision is to be not only legal but also fair.

¹ Ismet Elezi, Skënder Kaçupi, Maksim Haxhia, *Criminal Law Commentary, The General Part* (Tiranë: Kumi Publication, 2015).

² Albanian Criminal Code, 1995. <https://qbz.gov.al/preview/a2b117e6-69b2-4355-aa49-78967c31bf4d>.

³ Albanian Constitution, 2017. <https://klp.al/wp-content/uploads/2020/02/Kushtetuta-2017.pdf>.

⁴ Shefqet Muçi, *Criminal law, The general part* (Tirana: Dudaj Publications, 2012).

Every criminal offense is committed under certain circumstances. However, not every circumstance of committing a criminal offense is considered a mitigating or aggravating circumstance. Only those circumstances that have a direct impact on the social dangerousness of the criminal offense and its author are considered as such, thus influencing the adequate sentencing measure.^[5] In this respect, criminal laws often exhaustively identify special aggravating circumstances, which, if proven to exist, should influence the imposition of harsher penalties. While the mitigating circumstances are not exhaustively identified in criminal law, it is the court's duty to identify other mitigating factors on a case-by-case basis, which, if proven to exist, should influence the awarding of milder sentences.

It is important for the court to correctly assess every mitigating and aggravating circumstance, as this way the risk of giving the same decisions is avoided. Each case is carried out in different circumstances and therefore the sentences cannot be the same. In this context, the fair assessment of mitigating and aggravating circumstances constitutes a guarantee for the respect of the fundamental rights and freedoms of a person; it also constitutes a guarantee for the existence of a legal and fair decision in the sense of Article 17 of the Albanian Constitution. Further more the fair evaluation of mitigating and aggravating circumstances constitutes a guarantee not only for the existence of a fair decision, but also for its perception as such by the author of the criminal offense; which fundamentally serves the achievement of the goals of criminal sentencing.

2 | Mitigating and aggravating circumstances

The Albanian Criminal Code, sanctions the mitigating and aggravating circumstances in Articles 48, 49 and 50. In the case of the aggravating circumstances the doctrine and the principles of law oblige the court to stick strictly to the exhaustive lists provided in Article 50 of the Albanian Criminal Code, while in the case of mitigating circumstances this is not the case. The above is related to the implementation of the principle of legality,^[6]

⁵ Ismet Salihu, *Criminal law, The general part* (Prishtinë, 2014).

⁶ Dorina Hoxha, Skënder Kaçupi, Maksim Haxhia, *Criminal law, The general part* (Durrës: Jozef Publications, 2018).

nullum crimine, nulla poena sine lege, as well as to the manifestation of the human aspect of criminal law. So, everything that is in favor of *reo* is allowed, and it is precisely in this aspect, the list provided in Article 48 of the Albanian Criminal Code, regarding extenuating circumstances, is not exhaustive. This fact is clearly stated in Article 49 of the Code, which provides that “the court, regardless of the circumstances mentioned in Article 48 of this Code, may also take into account other circumstances as long as it considers them to be such as to justify the mitigation of the punishment”.

The mitigating circumstances that ease the punishment, provided in Article 48 of the Albanian Criminal Code are:

- a. when the offense was committed motivated by motives with positive moral and social values;
- b. when the offense was committed under the influence of mental shock caused by provocation or unfair actions of the victim or any other person;
- c. when the offense was committed under the influence of the actions or unfair instructions of the superior;
- d. when the person who committed the offense shows deep remorse;
- e. when the person has replaced the damage caused by the criminal offense or has actively helped to eliminate or reduce the consequences of the criminal offense;
- f. when the person appears before the competent authorities after committing the criminal offense;
- g. when the relationship between the person who committed the criminal offense and the victims have been normalized.

The mitigating circumstance provided for in letter “a” of the first paragraph of this Article, does not mitigate the punishment when the criminal offense was committed in the circumstances provided for in letter “j” of Article 50 of this Code.

The mitigating circumstance, provided for in the letter “e” of the first paragraph of this Article, does not facilitate the punishment of a person who has committed a criminal offense against children or a criminal offense of domestic violence.

In the other hand the aggravating circumstances listed in Article 50 of the Code are:

- a. committing the offense motivated by weak motives;
- b. committing the offense in order to expose the responsibility or to hide the criminal responsibility of another or to avoid punishment for another criminal offense or to carry out , or to ensure for oneself or for third parties financial gains, or any other type of material benefit;
- c. committing a criminal offense with cruelty and m izori;
- ç. committing a crime after being sentenced for a previously committed crime;
- ç/1. committing a criminal offense after placing the person under electronic surveillance;
- d. committing actions that aggravate or increase the consequences of the criminal offense;
- dh. committing the criminal offense by abusing the public function or religious service;
- e. when the offense is committed against children, pregnant women or persons who, for various reasons, cannot to protect themselves;
- e/1. committing a criminal offense during or after the issuance of court orders for protection from domestic violence;
- f. when the offense is directed against representatives of other states;
- f/1. When the offense is directed at elected persons and public officials, due to duty;
- g. when the offense is committed by taking advantage of family, cohabitation, friendship, hospitality relationships;
- gj. committing the criminal offense in collaboration;
- h. committing the offense criminal more than once;
- i. when the offense was committed using weapons, combat ammunition, explosive, incendiary, poisonous and radioactive substances,
- j. when the offense was committed motivated by motives related to gender, race, color, ethnicity , language, gender identity, sexual orientation, political, religious or philosophical beliefs, health condition, genetic predisposition or disability.

In light of the above description, after a general sense of which are the aggravating and mitigating circumstances listed in the Albanian Criminal Code, we will further analyse their role in a more practical overview.

2.1. Prosecutor's request as a condition for assessing aggravating circumstances

Aggravating circumstances are objective and subjective factors which are exhaustively defined in Article 50 of the Criminal Code and which directly affect the type and extent of criminal punishment.

Their impact on the final decision against the defendant is of a great importance and weight, as it results in an increase in the amount of punishment towards the maximum limit of the sanction. For this reason, referring to the principle of legality (which also includes the principles of taxability and determination), these aggravating circumstances must be provided in a clear, unambiguous and complete manner in the law.

In this context, Article 150 of the Albanian Criminal Procedure Code, has defined these circumstances as evidence.^[7]

Therefore, the prosecutor has the obligation to prove them with concrete proof of evidence. For this reason, these circumstances must be part of the indictment and the request to send the case to trial, thus giving the defendant the opportunity to defend himself.

If these aggravating circumstances are identified during the investigation phase, after notification of the charge, the prosecutor has the obligation, based on Article 34, Paragraph 1 of the Code, to supplement the charge by adding to its content the new aggravating circumstance not previously announced in the indictment.^[8] It should be emphasized that this new aggravating circumstance does not change the nature or cause of the accusation, but only complements it.

The prosecutor has the same obligation even at the end of the investigation, referring to Article 327, Paragraph 3 and 4 of the Criminal Procedure Code, where the defendant has the right to be familiar with the criminal fact and to submit a statement related on it. In this way, before the trial, the announcement of the end of the investigation (part of which are the aggravating circumstance) guarantees a mini-contradiction of the defendant with the prosecutor not only about the criminal fact, but also on the aggravating circumstance.^[9]

⁷ Decision of Supreme Court Of Albania, 14 February 2018.

⁸ Klodian Kurushi, *New accuses in the criminal process*, July 2017. <https://pdfslide.net/documents/akuzat-e-reja-n-procesin-penal-dhe-llojin-veprs-penale-dhe-konstruktin-e-saj.html?page=1>.

⁹ Dhimitër Lara, *Comment on criminal procedure* (Morava, 2019).

As for the trial phase, Article 373 of the Albanian Criminal Procedure Code stipulates in a taxing manner the obligation of the prosecutor to communicate to the defendant the new aggravating circumstance that emerges during the trial.

In the analysis of the above, we estimate that the aggravating circumstances constitute facts that are the subject of evidence, given that they directly affect the type and extent of the punishment. If the prosecutor refers to these circumstances in his research regarding the measure of punishment, he has the obligation to first make those parts of the indictment.

Since the aggravating circumstances must be part of the indictment and aim to aggravate the punishment against the defendant, they must be notified to the latter in any case in order to guarantee an effective defense, in accordance with the principle of due process of law. The obligation to notify both the defendant and the court falls only on the prosecutor. This means that the court, during the trial phase, cannot take into consideration and evaluate mainly these circumstances for the individualization of the punishment, without them being part of the indictment. This clearly results from the content of Article 373 of the Albanian Criminal Procedure Code, which determines that when aggravating circumstances that arise during the judicial review, obligates to notify the defendant and therefore make them part of the judicial review and belongs only to the prosecutor.^[10]

The strict application of this apparently procedural rule (but which in fact has direct material consequences) is important because it has a direct impact on the nature and extent of the criminal penalty. In this sense, the precise implementation of this rule constitutes a guarantee for the implementation of the principle of not worsening the defendant's position. The opposite applies to mitigating circumstances, which, because they do not worsen the position of the defendant, can be considered mainly by the court even without being requested or notified by the prosecutor.

In relation to the above, it results that in practice in the prosecution and the Albanian courts, the rule above is not uniformly applied, since in some cases the aggravating circumstances are presented by the prosecutor in the indictment and evaluated by the court within the framework of the prosecutor's request for the exercise of criminal prosecution, while in some other cases these circumstances are not presented in the indictment, but are mainly evaluated by the court.

¹⁰ Albanian Criminal Procedure Code, updated, 1995. https://www.pp.gov.al/rc/doc/kodi_i_procedures_penale_date_30_gusht_2017_1201.pdf.

2.2. What factors do judges take into account when considering punishments?

If the judge is not limited by a mandatory minimum sentence or some other law that limits his or her discretion in sentencing, the defense is normally allowed to bring a plethora of factors to the judge's attention. Here are some examples of factors that judges often take into consideration when determining punishment:

- The criminal history of the defendant (or lack of history, if the defendant is a first time offender).
- Whether the defendant was the principal actor in the crime (i.e. the person that held the gun during the robbery) or only an accessory to the crime (the person that told the principal about an unlocked cash register).
- The mental state of the defendant at the time of the crime (emotional distress, drug addiction, etc.)
- The degree to which anyone was hurt during the commission of the crime.
- The likelihood that a defendant will be able to be rehabilitated through various programs.

Of course, all of these factors could be seen as either “mitigating” factors (ones that lessen a criminal punishment) or “aggravating” factors (ones that increase a criminal punishment) depending on the factual details and the viewpoint of the judge.^[11]

For example, if a criminal defendant has a history of committing the same types of crimes over and over; it may appear to a judge that the previous criminal punishments had been inadequate and weigh in favor of a harsher punishment. Another judge might see this defendant as “a product of the system” and suggest a new approach, such as intense substance abuse treatment followed by probation, in an attempt to make a lasting change in the defendant's life.

First-time offenders can almost always escape jail time for minor offenses, and in some cases, they can make agreements with the prosecution that

¹¹ Francesco Antolisei, *Manual of Criminal Law, general part*, 12th ed. (Milano: Giuffrè Editor, 1991).

allow them to avoid a criminal conviction altogether. Sometimes these offenders will have to complete a court-ordered course or pay restitution to the victims of their crimes to be eligible.

The United Colleges of the Albanian Supreme Court with decision No. 6 of 30 October 2011, has assessed the aggravating circumstances within the prosecutor's request for the punishment of the defendants A.H and F.H for the criminal offense of felony murder, committed in collaboration (aggravating circumstances), theft with violence committed in collaboration (aggravating circumstances) and illegal possession of firearms weapons, provided for by Articles 141-25, 139-25 and 278/4 of the Albanian Criminal Code.^[12]

The court reasons that: "Measures of punishment of the convicted have been determined by the court in full accordance with the requirements of Article 47 of the Criminal Code, taking into account the circumstances provided by Articles 48, 49 and 50 of the Criminal Code, because it should be emphasized that the defendants have aggravating circumstances provided for by the letters "gj" and Article 50 of the Criminal Code, therefore the claim of the defendant "F" to have differences in the sentencing versus the other defendant in "absentia" is not based on the law, since he as well as his accomplice had the same role in committing the criminal offense as the executor, which shows that he is a person with significant social risk".

Also, in the decision of the Albanian Supreme Court No. 162, dated 14 October 2015,^[13] results that the court has evaluated the aggravating circumstances within the prosecutor's request for the punishment of the defendant A.D for committing the criminal offense of "Murder in other qualifying circumstances", provided by Article 79 letter "ë", in aggravating circumstances "driven by weak motives" provided for by Article 50/a, and mitigating circumstances provided for by Article 48/ç and 48/dh of the Criminal Code; for committing the criminal offense of "Intimidation", provided for by Article 84, under aggravating circumstances "prompted by weak motives" provided for by Article 50/a, and mitigating circumstances provided for by Article 48/ç and 48/dh of the Albanian Criminal Code; for committing the criminal offense of "Disturbance of public peace," provided for by Article 274 and mitigating circumstances provided for by Article 48/ç

¹² Unifying decision of the Albanian Supreme Court, The concurrence of the criminal offense of 'Theft with fatal consequences' with "Robbery with violence" and "Armed robbery", 30 September 2011.

¹³ Albanian Supreme Court, Prosecutor's Office at the District Court of Lushnje v. A.D, 14 October 2015.

of the Criminal Code; for committing the criminal offense of “Carrying weapons without a permit,” provided for by Article 278/2, and mitigating circumstances provided for by Article 48/ç and 48/dh of the Albanian Criminal Code; for committing the criminal offense of “Unauthorized Possession of Combat Weapon Cartridges,” provided for by Article 278/3 and mitigating circumstances provided for by Article 48/ç and 48/dh of the Albanian Criminal Code.

In contrast to the practice as above, in other cases the courts have mainly evaluated the aggravating circumstances as a factor that justifies the awarding of harsher punishments. Thus, in the decision No. 2909, dated 7 October 2015 of the Tirana Judicial District Court, it results that the prosecution body requested the punishment of the defendants I.H and K.V for the criminal offense of theft committed in collaboration with each-other, provided for by Article 134/2 of the Criminal Code.

The Court of the Judicial District of Tirana decided to declare the defendant I.H guilty of the criminal offense of theft committed in collaboration with each-other, provided for by Article 134/2 of the Albanian Criminal Code and his sentence of two years and six months of imprisonment; the conviction of the defendant K.V for the criminal offense of theft in collaboration, provided for by Article 134/2 of the Criminal Code and his sentence of one year and eight months of imprisonment. In determining the type and measure of punishment, the court reasons that:

In the present case, there is an aggravating circumstance in the commission of the criminal offense by the defendants I.H and K.V, point «g» of Article 50 of the Criminal Code. When the offense was committed by taking advantage of family relations, of coexistence, of friendship, of hospitality.

In the decision No. 86, dated 28 January 2015 of the Tirana Court of Appeal, it appears that the prosecution body requested the punishment of the defendant E.B for the criminal offenses “Murder with intent” and “Possessing cold weapons without permission,” provided for by Articles 76 of 279/2 of the Albanian Criminal Code.

The Tirana Court of Appeal has decided to uphold the decision No. 648, dated 01 April 2014 of the Court of the Judicial District of Tirana, which found the defendant E.B guilty of the criminal offenses for which he was accused and sentenced him to 20 years of imprisonment. In its decision, the Tirana Court of Appeal reasons that: “The defendant committed the

criminal offense under aggravating circumstances provided for by Article 50, letter «c» of the Albanian Criminal Code”.

Also, in the decision No. 630/60-2014-2196, dated 14 October 2014 of the Vlora Court of Appeal, it appears that the prosecution body requested the punishment of the defendant G.ZH for the commission of the criminal offense of “Theft” provided for in the Article 134 of the Albanian Criminal Code.

The Vlora Court of Appeal has decided: “Enforcement of the decision No. 333, dated 17 July 2013 of the Court of the Judicial District of Vlora with this amendment on the manner of serving the sentence by removing probation”. The court reasons that:

The danger of the author is not minor and the offense was committed under aggravating circumstances, according to Article 50/d of the Criminal Code, as the defendant has continuously benefited from the good faith reports of the employer his; that the consequences of doing it have increased as a result of the replacement of the fuel that happened in the warehouse, several cars were damaged and the commercial image of the gas station where the defendant worked was damaged [...] The defendant denied the commission of the criminal offense and did not cooperate with the prosecuting body. Since there are no mitigating circumstances in favor of the defendant, which would reduce his social dangerousness and the crime committed, the application of Article 59 of the Albanian Criminal Code should be removed [...].

So, in some cases the aggravating circumstances have been assessed *proprio motu* by the courts, without being the ones presented in the indictment and without their review being requested by the prosecution.

Regarding the above, we reason that the aggravating circumstances can be verified by the court only if they are part of the indictment and the request for sending the case to trial, notified to the defendant in accordance with the criminal procedural rules. This is because these circumstances aggravate the punishment of the defendant and therefore their identification, verification and evaluation *proprio motu* by the court would contradict the principle of not worsening the position of the defendant.

In contrast to the aggravating circumstances, the mitigating circumstances ease the punishment of the defendant and therefore the court can mainly verify them.^[14]

¹⁴ Luca Chiesa, *Substantive Criminal Law: Cases, Comments and Comparative Materials* (Durham: Carolina Academic Press, 2014).

Precisely for this reason, Article 49 of the Albanian Criminal Code has provided for the possibility for court to identify and apply *proprio motu* other mitigating circumstances besides those provided for in Article 48 of the Albanian Criminal Code, which, although not expressly provided for in the law, justify according to the court judgment the mitigation of the sentence.

2.3. Creation of a unified methodology for the practical implementation of mitigating and aggravating circumstances

As previously analysed, we conclude that there are significant problems in the implementation of mitigating and aggravating circumstances in Albania today, and we believe in other jurisdictions as well. The courts have often verified the aggravating circumstances without them being part of the indictment and without being notified to the defendant; factors that do not have a direct impact on the social dangerousness of the offense, of its author and the degree of guilt are assessed as mitigating circumstances; the courts have evaluated the same circumstances differently and have taken different positions.

The main purpose of the paper is not only the identification of real problems related to the implementation of mitigating and aggravating circumstances in Albania, but also to propose for a practical and unified solution for the applicability of these circumstances, based on the model of a foreign jurisdiction.

This proposed methodology for application aims at the unification of the practice by applying the same standards for the evaluation and application of mitigating and aggravating circumstances by courts and prosecution bodies. The best practice of foreign jurisdictions, such as that of the United States of America or the United Kingdom, help us to apply this model.

In these jurisdictions, the so-called “Sentencing Guidelines” are applied to sentencing, clearly defining the manner of application of mitigating and aggravating circumstances, without violating the principle of individualization of criminal punishment for each condemned.^[15] Although

¹⁵ United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, §3E1.1, 2011. <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>.

these guidelines are no longer mandatory in the United States today, after the Supreme Court decision in “Booker”, they are extremely important in unifying the practice for the application of mitigating and aggravating circumstances in each trial.^[16]

The Federal Sentencing Guidelines are non-binding rules that set out a uniform sentencing policy for defendants convicted in the United States federal court system and became effective in 1987. The Guidelines provide for a “very precise calibration of sentences, depending upon on a number of factors.” These factors relate both to the subjective guilt of the defendant and to the harm caused by the facts of the case, as required by the United States Supreme Court decision” *Payne v. Tennessee*.^[17]

The Guidelines are not mandatory, because they may result in a sentence based on facts not proven beyond a reasonable doubt to a jury, in violation of the Sixth Amendment as mandated by the United States Supreme Court decision *United States v. Booker*, which held that the sentencing guidelines are only advisory and not mandatory. This means that they can still be referred to them when imposing a sentence but now other factors should also be taken into account. However, judges must consider them when determining a criminal defendant’s sentence. If a judge determines within his or her discretion to depart from the Guidelines, the judge must explain what factors warranted the increased or decreased sentence. If a Court of Appeals reviews a sentence imposed through a proper application the Guidelines, it may presume that the sentence is reasonable as stated in the United States Supreme Court decision *Rita v. United States*.^[18]

As a result, now the 18 U.S.C. §3553(a), is comprised of 7 factors that the court must consider when imposing a sentence.^[19] The factors to be considered are:

- the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant;
- the need for the sentence imposed to reflect the seriousness of the offense;

¹⁶ United States Supreme Court, *United States v. Booker*, 543 U.S. 220, 2005. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/220/>.

¹⁷ United States Supreme Court, *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 820, 1991,

¹⁸ United States Supreme Court, *Rita v. United States*, 127 S.Ct. 2456, 2007.

¹⁹ Federal Sentencing: The Basics, September, 2020. https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2020/202009_fed-sentencing-basics.pdf.

- to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense; to afford adequate deterrence to criminal conduct; to protect the public from further crimes of the defendant; and to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner;
- the kinds of sentences available;
- the kinds of sentence and the sentencing range established for the applicable category of offense committed by the applicable category of defendant as set forth in the guidelines in the case of a violation of probation or supervised release;
- the applicable guidelines or policy statements issued by the Sentencing Commission pursuant to section 994(a)(3) of title 28 any pertinent policy statement the need to avoid unwarranted sentence disparities among defendants with similar records who have been found guilty of similar conduct;
- the need to provide restitution to any victims of the offense.

Booker helps defense attorney provide mitigating factors to show that this person is more than just a number. Mitigating factors can include letters from the community showing that the person is of good character, family history, cooperation with the investigation, or anything to show that the person should not be sentenced harshly.

In Booker the court rejected the provisions of any federal sentencing statute that require federal or district judges to impose a sentence within the range of the United States Federal Sentencing Guidelines. The court instructed judges that they could impose sentences with a wider range of sentencing factors than those prescribed by the federal sentencing statutes.

The Federal Sentencing Guidelines in the United States work by defining for each criminal offense a series of levels (e.g. from 1 to 43) and for each aggravating or mitigating circumstance going up or down the scale, given that each level, depending on each figure offense, provides for a certain type and measure of punishment. In this way, not only the prosecution body and the courts would be much more accurate in the application of aggravating and mitigating circumstances, but at the same time the possibility of arbitrary assessment of these circumstances by these bodies would be avoided, thus guaranteeing the implementation of the same and sustainable principle of justice in determining punishment and the existence of proportional criminal punishment in the sense of Article 17 of the Albanian Constitution.

A judge must impose a sentence that is sufficient, but no greater than necessary to reflect the seriousness of the offense; to promote respect for the law; to provide just punishment for the offense; to adequately deter criminal conduct; to protect the public from further crimes by the defendant; and to provide the defendant with any necessary educational or vocational training, or medical care.

In the United States of America, the U.S. Probation and Pretrial Services Office prepare a “pre-sentence report,” or “PSR,” that makes an initial calculation of the Guidelines-recommended sentencing range. Both the defendant and the prosecutors have the opportunity to make objections to the PSR and to advocate for the sentence that they believe is appropriate. Ultimately, the judge performs the definitive Guidelines calculation.

The Guidelines take account of the nature and specific characteristics of the offense, providing a higher range for more serious offenses. For example, if the offense resulted in a large monetary loss or involved a large number of victims, the Guidelines will recommend a more severe sentence. The same is true if the defendant abused a position of trust or was a leader of the criminal activity. But the Guidelines will recommend a lower sentence if the defendant has accepted responsibility for his actions, or otherwise played a minor role in the offense conduct. The Guidelines also factor in the defendant’s prior criminal history and recommend a more severe sentence for repeat offenders.^[20]

One factor that may weigh heavily in a judge’s decision to order a sentence more lenient than that recommend by the Guidelines is a defendant’s assistance in the criminal investigation of another. This can factor into a sentence in a number of ways.

First, even before a defendant appears before a judge, prosecutors may agree, as part of a plea agreement, to recommend a lower sentence or to charge a less serious crime in exchange for the defendant’s cooperation. Second, the Guidelines allow prosecutors to make a motion for a lower Guidelines range – known as a “downward departure” – if the defendant has provided “substantial assistance” in the investigation or prosecution of someone else. Finally, even if the government refuses to make a motion for a downward departure, a defendant may nonetheless argue to the judge

²⁰ Joshua Dressler, *Cases and Materials on Criminal Law* (American Casebook Series), 8th ed. (Eagan: West Publishing, 2003).

that he has cooperated with the government and, therefore, should receive a lower sentence.^[21]

A judge may also weigh certain intangible factors. For example, a defendant who pleads guilty on the eve of trial may technically receive credit for accepting responsibility for his actions, but a sentencing judge may give this consideration less weight than if the defendant had acknowledged from the outset that his actions were criminal.

Likewise, a judge may take account of a defendant's good deeds in other areas of his life, considering whether the crime is an aberration in the record of an otherwise well-intentioned individual or whether the crime is just one chapter in a life filled with deceit. A defendant will often submit letters from people he has known at various points in his life to paint a favorable picture.

3 | Conclusions and Recommendations

The mitigating and aggravating circumstances are additional facts to the constituent or qualifying elements of the criminal offense. Therefore, they do not affect the existence of the criminal offense, but have a direct impact on the type and extent of the criminal penalty against the perpetrator of the criminal offense. Because of this influence, they constitute evidence in the criminal process and must be expressly mentioned by the prosecutor in the indictment and in the request for sending the case to trial. They must be communicated to the defendant in any case in order to guarantee an effective defense, in accordance with the principle of due process of law.

The court cannot identify, verify and evaluate mainly the aggravating circumstances if they are not expressly mentioned in the indictment and if there is no request of the prosecutor for their evaluation. Their identification, verification and evaluation mainly by the court would contradict to the principle of not worsening the defendant's position. Therefore, these circumstances cannot be mentioned by the court in the reasoning of the decision as factors that influence the type and extent of the punishment.

²¹ Joshua Kaplan, Robert Weisberg, Guyora Binder, *Criminal Law: Cases and Materials (Aspen Casebook)*, 9th ed. (Boston: Aspen Publishing, 2021).

Regarding the assessment of mitigating and aggravating circumstances in relation to the type and measure of punishment, we recommend that for each figure of the criminal offense a method be created for the uniform assessment of the weight of each mitigating and aggravating circumstance. Specifically, we recommend issuing an orientation manual for courts and prosecutors' offices, where a unified scoring system is defined for each type of criminal offense, where each circumstance has a predetermined point value in relation to the type and extent of punishment. Creating a scoring system for each mitigating and aggravating circumstance would avoid arbitrariness in the assessment of these circumstances and their misuse in giving harsher or milder punishments.

Bibliography

- Antolisei Francesco, *Manual of Criminal Law, general part*, 12th ed. Milano: Giuffrè Editor, 1991.
- Chiesa Luca, *Substantive Criminal Law: Cases, Comments and Comparative Materials*. Durham: Carolina Academic Press, 2014.
- Dressler Joshua, *Cases and Materials on Criminal Law (American Casebook Series)*, 8th ed. Eagan: West Publishing, 2003.
- Elezi Ismet, Skënder Kaçupi, Maksim Haxhia, *Criminal Law Commentary, The General Part*. Tiranë: Kumi Publication, 2015.
- Hoxha Dorina, Skënder Kaçupi, Maksim Haxhia, *Criminal law, The general part*. Durës: Jozef Publications, 2018.
- Kaplan Joshua, Robert Weisberg, Guyora Binder, *Criminal Law: Cases and Materials (Aspen Casebook)*, 9th ed. Boston: Aspen Publishing, 2021.
- Kurushi Klodian, *New accuses in the criminal process*, July 2017. <https://pdfslide.net/documents/akuzat-e-reja-n-procesin-penal-dhe-llojin-veprs-penale-dhe-konstruktin-e-saj.html?page=1>.
- Lara Dhimitër, *Comment on criminal procedure*. Morava, 2019.
- Muçi Shefqet, *Criminal law, The general part*. Tirana: Dudaj Publications, 2012.
- Salihu Ismet, *Criminal law, The general part*. Prishtinë, 2014.



Osoba w spektrum autyzmu jako pokrzywdzony w polskim procesie karnym. Czy jest to proces równych szans w aspekcie standardów strasburskich? – wybrane zagadnienia

A Person on the Autism Spectrum as a Victim in a Polish Criminal Trial. Is this an Equal Opportunity Process in Terms of Strasbourg Standards? Selected Issues

Abstract

The aim of the paper is to analyse the extent to which the rules of criminal procedure allow for equal opportunities for victims of autism spectrum disorder in the course of Polish criminal proceedings, in order to implement the Strasbourg standards. In his publication, the author presents the special needs of people on the autism spectrum. Due to their disability, these people can exercise their right to go to court, provided that they are provided with appropriate procedural solutions. The author then outlined the Strasbourg standards defined by the European Court of Human Rights in its judgments on the right to a court. The analysis shows that the Court recommends the introduction of specific mechanisms to enable each person to actually benefit from the criminal justice system. A detailed analysis was then carried out of the Polish criminal procedure rules, which can equalise opportunities for victims on the autism spectrum to access criminal proceedings. The analysis was based mainly on the new provision, Article 185e of the Code of Criminal Procedure. The author drew specific scientific conclusions from the analysis. First of all, it was noted that certain mechanisms have recently been introduced, thanks to which an autistic person, as an aggrieved party, has a greater influence on the course of his or her case. However, there are still some shortcomings that need to be addressed. The author has therefore formulated some *de lege ferenda* postulates.

SŁOWA KLUCZOWE: autyzm, proces karny, pokrzywdzony, prawo do sądu, Europejski Trybunał Praw Człowieka

KEYWORDS: autism, criminal trial, victim, right to court, European Court of Human Rights

1 | Wprowadzenie

Konieczność uczestnictwa w procesie karnym jest bez wątpienia dla każdego człowieka doświadczeniem, które nie jest zaliczane do najprzyjemniejszych. Charakter tego rodzaju postępowania wywołuje stres, obawy i niepokój. Dotyczy to nawet pokrzywdzonego, który z racji swojej roli procesowej jest z założenia w bezpieczniejszej pozycji. Jako pokrzywdzony w procesie karnym może występować też osoba autystyczna. Szczególne potrzeby osoby autystycznej, jeżeli nie będą zauważane i zaspokajane w toku procesu karnego, mogą spowodować, że osoba autystyczna znajdzie się w znacznie gorszym położeniu niż pokrzywdzony, który nie jest w spektrum autyzmu. Przepisy regulujące tok postępowania karnego powinny być zatem tak skonstruowane, by wyrównywać szanse osób w spektrum autyzmu. Ponadto niezbędne jest również właściwe stosowanie przepisów przez organy procesowe. Przyczynami podjęcia tematu tego artykułu była potrzeba zbadania, w jakim stopniu regulacje karnopprocesowe pozwalają na wyrównywanie szans pokrzywdzonych w spektrum autyzmu w toku procesu karnego. Z danych statystycznych udostępnionych przez Narodowy Fundusz Zdrowia wynika, że z roku na rok rośnie liczba osób, u których zdiagnozowano w Polsce autyzm dziecięcy, autyzm atypowy lub zespół Aspergera. W 2021 r. łącznie było to aż 86 575 osób^[1]. Pokazuje to, że problem dotyczy bardzo dużej populacji polskiego społeczeństwa. Dodatkowo w ostatnim czasie wprowadzono pewne zmiany legislacyjne, które miały na celu poprawienie sytuacji osób autystycznych w postępowaniu karnym. Z racji nowo wprowadzonych przepisów – i tym samym braku stosownych opracowań – pożądanym wydaje się dogłębne zbadanie tego ważnego społecznie tematu. Celem artykułu jest przeanalizowanie, w jakim zakresie regulacje karnopprocesowe pozwalają na wyrównywanie szans osób pokrzywdzonych

¹ <https://ezdrowie.gov.pl/13586>. [dostęp: 19.01.2024].

w spektrum autyzmu w toku polskiego procesu karnego, tak by realizowane były standardy strasburskie. Wobec tego zasadniczy problem badawczy artykułu zawiera się w pytaniu: W jakim zakresie przepisy karnoprosesowe umożliwiają osobie autystycznej realny jej udział w procesie karnym w charakterze pokrzywdzonego przy zachowaniu standardów strasburskich?

Do tak skonstruowanego problemu badawczego autor proponuje następującą hipotezę badawczą: przepisy karnoprosesowe w zbyt wąskim zakresie umożliwiają osobie pokrzywdzonej w spektrum autyzmu realne uczestnictwo w procesie karnym. Choć dostrzec można pewne zmiany, które poszerzają karnoprosesową ochronę takiej osoby, to wydaje się, że ochrona ta jest wciąż zbyt słaba. Standardy strasburskie wymagają zapewnienia w tym zakresie szerszej ochrony.

W celu weryfikacji zaprezentowanej wyżej hipotezy badawczej, autor posłuży się kilkoma metodami badawczymi. Główną rolę odgrywać będzie metoda dogmatycznoprawna. Metoda ta polega na analizie treści norm obowiązującego prawa krajowego i sprowadza się do syntaktyczno-semantycznej analizy tekstu prawnego wspartej zastosowaniem reguł logiki^[2]. Ponadto, zastosowana zostanie metoda analityczna w postaci analizy piśmiennictwa i judykatury. Polega ona na możliwości wykorzystania źródeł doktrynalnych oraz źródeł pochodzących z judykatury^[3].

2 | Szczególne potrzeby osób w spektrum autyzmu

Rozpoczynając rozważania dotyczące wskazanej problematyki, nie można nie wyjść od wyjaśnienia tego, kim są autyści. Światowa Organizacja Zdrowia w Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-11^[4] dokonała pewnych zmian w zakresie rozumienia pojęcia autyzmu.

² Więcej na temat metod badawczych Wojciech Filipkowski, Elżbieta Zatyka, Ewa Glińska, Emilia Jurgielewicz-Delegacz, „Szczegółowa koncepcja badań prawnokryminologicznych”, [w:] *Bezpieczeństwo osób niewidomych i słabowidzących w ruchu drogowym. Wybrane aspekty praktyczne*, red. Katarzyna Laskowska, Wojciech Filipkowski, Ewa Glińska (Białystok: Wydawnictwo Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, 2014), 38.

³ Filipkowski, Zatyka, Glińska, Jurgielewicz-Delegacz, „Szczegółowa koncepcja badań prawnokryminologicznych”, 39.

⁴ <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>. [dostęp: 19.1.2024].

Choć wdrażanie nowej wersji międzynarodowej klasyfikacji chorób rozciągnięte jest na kilka lat, a termin całkowitego przejścia z klasyfikacji chorób ICD-10 na ICD-11 przewidziano na 2026 r., już teraz można wskazać kierunek dokonanych zmian. W klasyfikacji ICD-11 pojęcie autyzmu zostało zastąpione pojęciem spektrum autyzmu. Dodatkowo nie wyróżnia się już zaburzenia o nazwie Zespół Aspergera. W nowej klasyfikacji spektrum autyzmu umieszczone zostało w rozdziale 6. Zaburzenia psychiczne, behawioralne lub neurorozwojowe. Pod kodem 6A02 (należącym do grupy zaburzeń neurorozwojowych) wśród zaburzeń ze spektrum autyzmu wyróżniono:

1. Zaburzenie ze spektrum autyzmu bez zaburzeń rozwoju intelektualnego i z łagodnymi zaburzeniami języka funkcjonalnego lub bez nich.
2. Zaburzenia ze spektrum autyzmu z zaburzeniami rozwoju intelektualnego i łagodnymi zaburzeniami języka funkcjonalnego lub ich brakiem.
3. Zaburzenia ze spektrum autyzmu bez zaburzeń rozwoju intelektualnego i z zaburzeniami języka funkcjonalnego.
4. Zaburzenia ze spektrum autyzmu z zaburzeniami rozwoju intelektualnego i zaburzeniami języka funkcjonalnego.
5. Zaburzenia ze spektrum autyzmu z zaburzeniami rozwoju intelektualnego i brakiem języka funkcjonalnego.
6. Inne określone zaburzenia ze spektrum autyzmu.
7. Zaburzenia ze spektrum autyzmu, nieokreślone.

Według klasyfikacji ICD-11 podstawą diagnozy spektrum autyzmu są dwie główne grupy objawów: trudności w nawiązywaniu i podtrzymywaniu interakcji społecznych i komunikacji społecznej oraz skłonności do ograniczonych, nieelastycznych, powtarzalnych wzorców zachowań, czynności i zainteresowań, które są wyraźnie nietypowe lub nadmierne dla danej osoby.

Nowa klasyfikacja chorób ICD-11 obowiązuje obecnie w 35 krajach^[5]. Polska nie należy jeszcze do tej grupy, gdyż ma pięcioletni okres na wdrożenie nowych zasad. Wobec tego w Polsce wciąż obowiązują dotychczasowe

⁵ Taka informacja umieszczona jest na stronie WHO <https://www.who.int/news/item/11-02-2022-icd-11-2022-release>. [dostęp: 19.1.2024].

zasady określone w klasyfikacji chorób ICD-10^[6]. Obecnie autyzm należy do całościowych zaburzeń rozwoju określonych pod numerem F84. Jest to grupa zaburzeń charakteryzujących się jakościowymi odchyleniami od normy w zakresie interakcji społecznych i wzorców komunikacji oraz ograniczonym i stereotypowym repertuarem zainteresowań i aktywności. Wśród nich wyróżnia się autyzm dziecięcy F84.0, autyzm atypowy F84.1 i Zespół Aspergera F84.5. Nie wchodząc w szczegółowe różnice między tymi trzema jednostkami, należy wskazać, że osoba autystyczna charakteryzuje się nieprawidłowym lub zaburzonym rozwojem przed trzecim rokiem życia, charakterystycznym sposobem wadliwego funkcjonowania w trzech obszarach psychopatologii: interakcji społecznych, komunikacji oraz zachowania, a także występuje często szereg innych objawów, takich jak: fobie, zaburzenia snu i odżywiania, napady złości i (auto)agresji.

Bez względu jednak na fakt, którą klasyfikację chorób przyjmiemy – ICD-10, ICD-11, a nawet klasyfikację Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego DSM-5, gdzie zaburzenie to zostało jeszcze inaczej ujęte – dojść można do wniosku, że osoba w spektrum autyzmu^[7] charakteryzuje się pewnymi swoistymi cechami. Osoba autystyczna ma trudności komunikacyjne z innymi osobami oraz nawiązywaniu z nimi więzi społecznych. Unika ona kontaktu wzrokowego czy fizycznego z innym człowiekiem. Bardzo często osoba autystyczna nie panuje nad swoimi emocjami, co może przejawiać się agresją czy nadpobudliwością^[8]. Osoba w spektrum autyzmu czuje się najlepiej w miejscach wyciszonych, miejscach, gdzie nie ma wielu ludzi. Wynika to z tego, że ma ona nadwrażliwe zmysły, zaś w miejscach głośniejszych i hałaśliwych dochodzi do pewnego przeładowania bodźcami ze świata zewnętrznego^[9]. W obecnym stanie wiedzy medycznej nie da się

⁶ Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych – X Rewizja, t. I, wyd. 2008, s. 248.

⁷ Z racji zmiany klasyfikacji chorób na ICD-11 i tym samym zmiany nazwy jednostki z „autyzm” na „spektrum autyzmu”, dojść można do wniosku, że jedyną poprawną formą określania osoby autystycznej jest „osoba w spektrum autyzmu”. Na potrzeby niniejszego artykułu autor posługuje się będzie jednak również pojęciem „osoby autystycznej” oraz „autysty”, gdyż zostało to już tak przyjęte językowo, a nadto same osoby w spektrum autyzmu tak siebie określają.

⁸ Emilia Płońska, „Niewygodni, niewidoczni i niechciani – formy wiktyimizacji osób z autyzmem”, [w:] *Aksjologiczne i prawne aspekty niepełnosprawności*, red. Anna Drabarz (Białystok: Temida 2, 2020), 57-58.

⁹ Maciej Oksztulski, „Prawo do godności osób autystycznych”, [w:] *Umiędzynarodowienie krajowego obrotu prawnego*, t. I, red. Maciej Perkowski, Wojciech Zoń (Białystok: Wydawnictwo Prawo i Partnerstwo, 2016), 104.

jednoznacznie stwierdzić, co może być przyczyną występowania autyzmu. Jest to choroba zaliczana do genetycznych, choć niewykluczony jest także czynnik środowiskowy, jak np. przyjmowanie leków w ciąży. W obecnym stanie wiedzy medycznej nie da się wykryć autyzmu w ramach diagnostyki przedurodzeniowej, choć spekuluje się, że jest to tylko kwestia czasu^[10].

Nie można zapominać, że autyzm to spektrum. Słowo „spektrum” odnosi się zaś do różnic w prezentacji i nasileniu objawów. Oznacza to, że każda osoba w spektrum autyzmu może mieć zupełnie inny stopień nasilenia objawów, a co się z tym wiąże – zupełnie inne szczególne potrzeby^[11]. Trzeba zatem pamiętać, że mówiąc o osobie autystycznej *de facto* prezentujemy jedynie pewien typ człowieka. Mimo wielu wspólnych cech osób w spektrum autyzmu, jednocześnie między tymi osobami zachodzi często tak wiele różnic, że trudno jest stworzyć jakiś jeden wspólny katalog potrzeb osób autystycznych^[12]. Osoby autystyczne różnią się między sobą nie tylko zakresem i głębokością zaburzeń, lecz także poziomem inteligencji. Szacuje się, że ok. 75% osób w spektrum autyzmu ma jakiś poziom upośledzenia intelektualnego. Z kolei ok. 10% osób autystycznych charakteryzuje się ponadprzeciętną inteligencją. W literaturze spotkać się można też z danymi wskazującymi, że ok. 50% autystów nie posługuje się mową lub posługuje się nią w minimalnym stopniu. Ponadto, jedynie ok. 25% osób w spektrum autyzmu jest w stanie stosunkowo dobrze funkcjonować^[13]. Nie można też zapominać o tym, że nawet wysoki iloraz inteligencji nie wyklucza patologii mózgu, a nawet często immanentnie się z tym łączy. Zespół sawanta, występujący u ok. 5% autystów, to dysfunkcja mózgu polegająca na tym, że osoba niepełnosprawna umysłowo prezentuje niespotykane zdolności intelektualne. Osoba z zespołem sawanta potrafi

¹⁰ Urszula Drozdowska, „Wykładnia art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i poglądów doktryny prawa” *Miscellanea Historico-Iuridica* XV, nr 1 (2016): 305-306.

¹¹ Anida Szafrńska, „Uczeń z autyzmem wysokofunkcjonującym w szkole – studium przypadku” *Niepełnosprawność – Zagadnienia, Problemy, Rozwiązania*, nr 3 (2017): 120.

¹² Judith Bluestone, *The Fabric of Autism, Weaving The Threads Into A Congent Theory* tłum. Maria Dąbrowska-Jędral, Agnieszka Klimek (San Rafael, CA: Book Publishing Company, 2005), 1.

¹³ Andrzej Witusik, Tadeusz Pietras, Ewelina Buczyńska, Artur Kultys, „Niepełnosprawność intelektualna a autyzm”, [w:] *Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia*, red. Kinga Bobińska, Tadeusz Pietras, Piotr Gałęcki (Wrocław: Wydawnictwo Continuo, 2012), 260.

raz przeczytaną informację zapamiętać już do końca życia^[14]. Oczywiście należy mieć na względzie to, że bardzo często jest to potencjał niewykorzystany. Z racji swoistych ograniczeń w dostępie do edukacji, autyści często nie rozwijają swoich możliwości^[15]. Wszystko to pokazuje, że każda z osób w spektrum autyzmu może mieć zupełnie inne potrzeby, choć zamykające się w określonych medycznie ramach.

Spektrum autyzmu jest bez wątpienia formą niepełnosprawności. Światowa Organizacja Zdrowia wypracowała pewną definicję niepełnosprawności. Osoba niepełnosprawna to taka, która nie może samodzielnie, częściowo lub całkowicie, zapewnić sobie możliwości normalnego życia indywidualnego i społecznego na skutek wrodzonego lub nabytego upośledzenia sprawności fizycznej lub psychicznej^[16]. Autyzm z całą stanowczością w tę definicję się wpisuje. Wobec tego osoba w spektrum autyzmu jako osoba z niepełnosprawnością jest osobą o szczególnych potrzebach.

3 | Prawo do sądu w aspekcie standardów strasburskich

Obecnie żadnych wątpliwości nie budzi to, że prawo do sądu jest jednym z kluczowych i fundamentalnych praw człowieka w demokratycznym państwie prawa. Z racji obszernej i bardzo bogatej literatury na ten temat, udowadnianie tej tezy na łamach tej publikacji wydaje się raczej niecelowe^[17]. To, że każdy człowiek ma prawo do jawnego, sprawnego, rzetelnego

¹⁴ Emilia Płońska, „Dyskryminacja, wykluczenie, wiktyimizacja osób autystycznych”, [w:] *Autyzm a prawo*, red. Adam Górski, Błażej Kmiecik (Warszawa: Difin, 2019), 57-58.

¹⁵ Więcej na temat intelektualnych możliwości osób w spektrum autyzmu i ich prawa do kształcenia chociażby Wojciech Zoń, „Report on the Implementation of the Project No Autism! The Education and Personal Development of the Doctoral Student with Autism – The Status Quo and Interdisciplinary Optimization of Social and Professional Perspectives” *Eastern European Journal of Transnational Relations*, nr 2 (2018): 63-67.

¹⁶ Krystyna Szafraniec, Paweł Szymborski, „Niepełnosprawni – przełamywanie stereotypów i barier integracji” *Studia BAS*, nr 2 (2015): 124.

¹⁷ Z racji obszerności autor jedynie tytułem przykładu pragnie przywołać wybrane dzieła, gdzie podkreślano niezwykłą wagę prawa do sądu: Zdzisław

i sprawiedliwego rozpoznania jego sprawy wydaje się w obecnych czasach rzeczą oczywistą. Prawo to ugruntowane jest zarówno w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, jak i licznych konwencjach międzynarodowych^[18]. W tym miejscu warto przytoczyć chociażby art. 6 ust. 1 *ab initio* Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności^[19]. Zgodnie z nim każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Autor w swojej pracy pragnie przeanalizować pewien aspekt prawa do sądu, jakim jest prawo każdego człowieka do równego dostępu do sądu w aspekcie standardów strasburskich.

Aby poznać standardy strasburskie równego dostępu do sądu, należy zbadać orzeczenia zapadłe przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka odnoszące się do tego zagadnienia. W jednym ze swych rozstrzygnięć Trybunał stwierdził, że prawo do sądu nie ma charakteru bezwzględnego i może podlegać ograniczeniom. Co jednak bardzo istotne wprowadzenie ograniczeń będzie zgodne z art. 6 ust. 1 Konwencji jedynie wtedy, gdy nie ograniczają one ani nie zmniejszają dostępu pozostawionego stronie postępowania sądowego w taki sposób lub w takim zakresie, iż sama istota dostępu do sądu staje się upośledzona. Dodatkowo Trybunał dostrzegł, że ograniczenia nie będą zgodne z art. 6 ust. 1 Konwencji, jeżeli nie będą realizowały uzasadnionego prawnie celu, a także jeżeli nie zachodzi uzasadniona proporcja pomiędzy stosowanymi ograniczeniami a celem, dla

Czeszejko-Sochacki, „Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Ogólna charakterystyka)” *Państwo i Prawo*, z. 11-12 (1997); Leszek Wiśniewski, *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1997); Józef Filipek, *Jednostka w demokratycznym państwie prawa* (Bielsko-Biała: Wydawnictwo Wyższa Szkoła Administracji, 2003).

¹⁸ Chociażby art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.): „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”; art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE.C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 ze zm.): „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy. Każdy ma możliwość uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela”.

¹⁹ 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 ze zm.).

którego są one stosowane^[20]. W innym rozstrzygnięciu Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał, że zasada kontradiktoryjności oraz zasada równości broni stanowią podstawowe komponenty koncepcji rzetelnego procesu karnego. Wymagają one zachowania równowagi pomiędzy stronami. Oznacza to, że każdej ze stron należy przyznać rozsądną możliwość przedstawienia swej sprawy na warunkach, które nie stawiają jej w znacznie gorszym położeniu niż jej przeciwnika lub przeciwników procesowych^[21]. W innym bardzo ważnym wyroku Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił, że zdarzają się niekiedy sytuacje, że dana osoba z racji stanu zdrowia psychicznego, nie jest w stanie wyrazić swojego poglądu. Niezwyczajnie istotnym jest jednak to, by taka osoba miała zapewniony dostęp do sądu oraz zagwarantowane prawo do bycia wysłuchanym – czy to osobiście, czy też za pośrednictwem jej reprezentanta. Często koniecznym jest wprowadzenie szczególnych gwarancji proceduralnych dla ochrony interesów osób, które z powodu swych problemów ze zdrowiem psychicznym nie są w stanie występować w swoim imieniu^[22]. W innym wyroku Trybunał odniósł się do kwestii przejrzystości i transparentności podejmowanych rozstrzygnięć. W orzeczeniu stwierdzono, że sądy krajowe muszą z należytą przejrzystością uzasadniać podstawy, na jakich opierają swoje decyzje^[23]. Należyta przejrzystość oznacza zatem, że sąd musi na tyle jasno i wyraźnie przedstawić swoje stanowisko – zarówno to ustne, jak i pisemne – by było ono zrozumiałe dla strony. Trybunał ponadto zwrócił uwagę, że strony postępowania sądowego mogą oczekiwać konkretnej i wyraźnej odpowiedzi na argumenty, które są rozstrzygające dla wyniku takiego postępowania^[24]. W innym wyroku Europejski Trybunał Praw Człowieka zaznaczył, że istota prawa strony do udziału w rozprawie bądź posiedzeniu polega między innymi na skutecznym przekazaniu informacji o dacie i miejscu postępowania z odpowiednim wyprzedzeniem umożliwiającym przygotowanie się do rozprawy lub posiedzenia, zapewnieniu wstępu na

²⁰ Decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14.05.2019 r., 67068/10, GARLICKI v. POLSKA, LEX nr 2677816.

²¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 19.09.2017 r., 35289/11, REGNER v. CZECHY, LEX nr 2355186.

²² Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 31.05.2016 r., 17280/08, A.N. v. LITWA, LEX nr 2046886.

²³ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 16.12.1992 r., 12945/87, HADJIANASTASSIOU v. GRECJA, LEX nr 81258.

²⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 11.07.2017 r., 19867/12, MOREIRA FERREIRA v. PORTUGALIA, LEX nr 2313234.

salę sądową oraz umożliwieniu przedstawienia stanowiska^[25]. Trybunał odniósł się także do zagadnienia jawności zewnętrznej rozprawy. Wskazał wówczas, że rozprawa karna powinna mieć charakter jawny, jednak nie ma to charakteru bezwzględnego. Europejski Trybunał Praw Człowieka dostrzegł, że pomimo że w postępowaniu karnym istnieją wysokie wymagania w zakresie jawności, na mocy art. 6 może okazać się konieczne ograniczenie otwartego i publicznego charakteru postępowania, na przykład w celu ochrony bezpieczeństwa lub prywatności świadków lub wspierania swobodnej wymiany informacji i opinii w dążeniu do sprawiedliwości^[26].

Powyżej wskazane orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wydane w oparciu o art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności wskazują na określone standardy strasburskie równego dostępu do sądu. Na ich podstawie można stwierdzić, że w ustawie karnoprosesowej powinny istnieć pewne rozwiązania, dzięki którym pokrzywdzony w spektrum autyzmu będzie miał realny dostęp do sądu.

4 | Mechanizmy karnoprosesowe wyrównujące szanse w dostępie do sądu osoby w spektrum autyzmu

W tej części artykułu autor postara się ustalić i przeanalizować, jakie rozwiązania karnoprosesowe mają w swoim założeniu zagwarantować osobie pokrzywdzonej w spektrum autyzmu realny dostęp do procesu karnego oraz równe szanse w jego toku. Nie powinno ulegać żadnym wątpliwościom to, że osoba autystyczna ma szczególne potrzeby. Autor podkreślał ten fakt we wcześniejszej części pracy. Należy zatem sprawdzić, czy instytucje karnoprosesowe są w stanie te potrzeby zaspokajać. Nie chodzi jednak absolutnie o to, aby stawiać osobę w spektrum autyzmu w pozycji uprzywilejowanej. Strony procesowe działają bowiem na zasadzie równości broni. Jednakże osoba autystyczna z racji swej niepełnosprawności potrzebuje

²⁵ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 28.08.2018 r., 12307/16, VYACHESLAV KORCHAGIN v. ROSJI, Legalis nr 1815443.

²⁶ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24.04.2001 r., 12307/16, B. i P. v ZJEDNOCZONEMU KRÓLESTWU, LEX nr 76216.

pewnych wyjątkowych rozwiązań, by móc w sposób realny chronić swoje interesy i z owej równości broni korzystać. Tytułem przykładu: obie strony mają prawo do wypowiedzania się. Jednak osoba, która jest obcokrajowcem i nie komunikuje się w języku polskim, ma prawo do korzystania z pomocy tłumacza. Nie stawia jej to w uprzywilejowanej pozycji, tylko ten dodatkowy środek pozwala na urzeczywistnienie przysługujących jej uprawnień procesowych.

Rozpoczynając analizę mechanizmów karnoprosesowych wyrównujących szanse w równym dostępie do sądu osoby w spektrum autyzmu, analizę z całą pewnością należy rozpocząć od nowego przepisu, jakim jest art. 185e Kodeksu postępowania karnego^[27]. Przepis ten dodany został przez ustawę nowelizacyjną^[28], zaś dzień jej wejścia w życie określony został na 15 lutego 2024 r. Jest to zatem zupełnie nowy i dotychczas nieznany mechanizm karnoprosesowy. Autor nie będzie jednak przeprowadzał szczegółowej analizy art. 185e k.p.k., gdyż nie jest to celem pracy. Dodatkowo przepis art. 185e k.p.k. stanowi *de facto* kopię art. 185a, 185b i 185c k.p.k., które to przepisy doczekały się bardzo szczegółowych opracowań. Szczegółowe omawianie art. 185e k.p.k. byłoby zatem odtwórczym powtarzaniem tego, co zostało już wypracowane w nauce w oparciu o przepisy art. 185a-185c k.p.k. i jednocześnie byłoby „wyważaniem otwartych drzwi”. Aby dowiedzieć się, jak rozumieć należy np. „istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy” czy „wyjście na jaw istotnych okoliczności”, autor odsyła do bogatej literatury przedmiotu^[29]. Wprowadzenie art. 185e k.p.k. stanowi wyraz

²⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 37).

²⁸ Ustawa z dnia 13 stycznia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 289 ze zm.).

²⁹ Tutaj jedynie tytułem przykładu: Kamil Federowicz, „Wybrane aspekty przesłuchania przez organ nieuprawniony pokrzywdzonego i świadka, o których mowa w art. 185a–185c kodeksu postępowania karnego” *Przegląd Sądowy*, nr 2 (2016); Dorota Kaczmarek, „Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego” *Prokuratura i Prawo*, nr 1 (2014); Monika Klejnowska, „Kilka uwag na tle znnowelizowanych przepisów art. 185a i art. 185b k.p.k. dotyczących przesłuchania małoletniego w procesie karnym” *Ius et Administratio*, z. 2 (2014); Ewa Kruk, „Ochrona prawna małoletniego w procesie karnym. Uwagi na tle art. 185a– c Kodeksu postępowania karnego” *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*, nr 1 (2019); Katarzyna Wiktorzak, „Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., III KK 394/15,” *Białostockie Studia Prawnicze*, nr 1 (2018); Marcin Sowała, „Ewolucja procesowej ochrony pokrzywdzonego przestępstwami seksualnymi w toku przesłuchania – analiza art. 185c Kodeksu postępowania karnego” *Prawo w Działaniu*, nr 49 (2021).

implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw^[30]. Zgodnie z art. 23 ust. 2 i 3 dyrektywy: Ofiarom o szczególnych potrzebach w zakresie ochrony określonym zgodnie z art. 22 ust. 1 udostępnia się podczas postępowania przygotowawczego następujące środki:

- a. przesłuchania ofiar odbywają się w zaprojektowanych lub przystosowanych do tego celu pomieszczeniach;
- b. przesłuchania ofiar są prowadzone przez lub z udziałem specjalistów, odpowiednio przeszkolonych do tego celu;
- c. wszelkie przesłuchania ofiar są prowadzone przez te same osoby, chyba że jest to sprzeczne z właściwym funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości;
- d. wszelkie przesłuchania ofiar przemocy seksualnej, przemocy na tle płciowym lub przemocy w bliskich związkach – jeżeli nie są prowadzone przez prokuratora ani sędziego – prowadzą osoby tej samej płci co ofiara, o ile takie jest życzenie ofiary i o ile nie stanowi to uszczerbku dla przebiegu postępowania karnego.

Ofiarom o szczególnych potrzebach w zakresie ochrony określonym zgodnie z art. 22 ust. 1 udostępnia się podczas postępowania sądowego:

- a. środki zapewniające unikanie kontaktu wzrokowego między ofiarami a sprawcami, również w trakcie składania zeznań, dzięki zastosowaniu odpowiednich środków, w tym technologii komunikacyjnych;
- b. środki służące temu, by ofiara mogła zostać przesłuchana pod jej nieobecność na sali sądowej, w szczególności dzięki wykorzystaniu odpowiednich technologii komunikacyjnych;
- c. środki pozwalające uniknąć zbędnych pytań dotyczących życia prywatnego ofiary, niezwiązanych z przestępstwem;
- d. środki umożliwiające przeprowadzenie przesłuchania bez obecności publiczności.

³⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (Dz. U. UE.L. z 2012 r. Nr 315).

Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy: „w 2018 r. Komitet do spraw Praw Osób Niepełnosprawnych, po złożeniu przez Polskę sprawozdania z wykonywania Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych, oceniając realizację zobowiązań płynących z artykułu 13 Konwencji (dostęp do wymiaru sprawiedliwości), zalecił między innymi, aby Polska zagwarantowała osobom z niepełnosprawnościami dostęp do wymiaru sprawiedliwości w praktyce, w szczególności, aby zapewniła dostosowania proceduralne, a także używanie komunikacji wspomagającej i alternatywnej oraz wszystkich innych dostępnych środków, sposobów i form komunikacji we wszystkich postępowaniach prawnych”^[31].

Wprowadzenie art. 185e k.p.k. do polskiego procesu karnego jest zatem wyrazem implementacji wspomnianej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady oraz zaleceniem Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych. Przepis art. 185e k.p.k. dotyczy sytuacji, gdy u świadka występują zaburzenia psychiczne, rozwojowe, zakłócenia zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń i zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach niż wskazane w tym przepisie mogłoby wpłynąć negatywnie na jego stan psychiczny lub byłoby znacznie utrudnione. W takim przypadku przesłuchanie odbywać się musi na określonych w przepisie warunkach. Nie powinno budzić wątpliwości to, że wśród osób, do których stosuje się przepis art. 185e k.p.k., znajduje się osoba w spektrum autyzmu. Jeżeli chodzi o warunki przesłuchania, to przede wszystkim takie przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Przepis art. 185e § 3 k.p.k. stanowi dodatkowo, że biegły psycholog, biorący udział w przesłuchaniu, powinien być osobą płci wskazanej przez świadka, chyba że będzie to utrudniać postępowanie. W ocenie autora publikacji w przypadku osoby autystycznej płeć biegłego psychologa nie odgrywa raczej większego znaczenia. Zdecydowanie ważniejszym jest, aby biegły psycholog był osobą, którą osoba autystyczna zna. Jeżeli nie ma takiej możliwości, to biegły psycholog powinien postarać się już wcześniej nawiązać kontakt z pokrzywdzonym. Trudno sobie wyobrazić, aby osoba w spektrum autyzmu podjęła współpracę z biegłym psychologiem, którego widzi na posiedzeniu po raz pierwszy w życiu. Rzeczą ważną jest też to, aby nie zmieniała się osoba biegłego psychologa. Wszelkiego rodzaju zmiany i nowe osoby bardzo negatywnie wpływają

³¹ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 13 stycznia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 289 ze zm.), s. 51-52.

na samopoczucie osoby w spektrum autyzmu. Na posiedzeniu obecny może być jeszcze tylko prokurator, obrońca i pełnomocnik. Dodatkowo w przesłuchaniu może wziąć udział przedstawiciel ustawowy pokrzywdzonego lub inna osoba pełnoletnia wskazana przez pokrzywdzonego, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Przebieg przesłuchania jest rejestrowany za pomocą urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk. Na rozprawie głównej pokrzywdzony nie jest już przesłuchiwany. Zamiast tego odtwarzany zostaje zapis z urządzenia rejestrującego oraz odczytywany jest protokół z przesłuchania. Zasadniczo przesłuchanie odbywa się na zasadzie jednokrotności, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania lub w razie uwzględnienia wniosku dowodowego oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego^[32]. W ocenie autora wprowadzenie jednokrotności przesłuchania osoby autystycznej nie do końca jest słuszne. Osoby autystyczne mają bowiem często bardzo duże wahania nastroju wynikające z nadwrażliwości na bodźce. Jeżeli w trakcie podróży do sądu coś nagle zdenerwuje osobę w spektrum autyzmu, szanse na skuteczne przeprowadzenie przesłuchania są minimalne. Jednakże innego dnia, kiedy autysta nie będzie narażony na negatywne dla niego czynniki, istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, że złoży obszerniejsze zeznania. Wobec tego w ocenie autora w przypadku art. 185e § 1 k.p.k. od zasady jednokrotności przesłuchania powinien być wprowadzony jeszcze jeden wyjątek: „w razie uwzględnienia wniosku dowodowego świadka lub jego przedstawiciela ustawowego po zasięgnięciu opinii biegłego psychologa”. W obecnym stanie prawnym nawet wniosek dowodowy świadka (lub jego reprezentanta) o ponowne przesłuchanie nie może zostać przez sąd uwzględniony.

Wskazane warunki nie różnią się niczym od warunków przesłuchania przewidzianych w trybie art. 185a-185c k.p.k. Z racji kompleksowej literatury przedmiotu na ten temat autor nie będzie szerzej tych kwestii omawiał. Niemniej nie sposób nie zauważyć, że wprowadzenie art. 185e k.p.k. do polskiej procedury karnej oceniać należy bardzo pozytywnie. Dotychczas bowiem osoba w spektrum autyzmu zasadniczo nie miała zagwarantowanego udziału w przesłuchaniu na sprzyjających jej warunkach. Wszystko opierało się na dobrej woli sądu i empatii składu orzekającego.

³² Katarzyna Sychta, „Komentarz do art. 185e”, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Jarosław Zagrobnik (Lex, 2023).

Zdecydowanie istotniejsze z punktu widzenia przedmiotu artykułu wydają się nowe zasady przesłuchania odnoszące się wyłącznie do przepisu art. 185e k.p.k. Chodzi tu m.in. o § 4 tego przepisu. Zgodnie z nim, jeżeli świadek ma problemy z komunikacją werbalną, przesłuchanie przeprowadza się przy wykorzystaniu komunikacji wspomagającej i alternatywnej, którymi posługuje się świadek. Pod pojęciem wspomagających i alternatywnych metod komunikacji (AAC) należy rozumieć sposoby, które umożliwią osobie ze złożonymi potrzebami komunikacyjnymi ekspresję i odbiór komunikatów^[33]. Wśród przykładów ACC można wymienić m.in. piktogramy, symbole PCS, symbole Bliss, gesty (m.in. język migowy), rysunku, obrazki, zdjęcia^[34]. W przypadku osób autystycznych komunikacja alternatywna i wspomagająca jest bardzo często jedyną formą komunikacji. Osoby w spektrum autyzmu często korzystają z różnego rodzaju symboli, dzięki którym przekazują światu zewnętrznemu swoje myśli i spostrzeżenia.

Co ciekawe, przepis art. 185e § 4 k.p.k. *in fine* dopuszcza możliwość udziału w przesłuchaniu biegłego, który ma odpowiednią wiedzę w zakresie komunikacji wspomagającej i alternatywnej^[35]. Udział biegłego z tego zakresu należy uznać jak najbardziej za dobre rozwiązanie, jednak niekoniecznie jeżeli chodzi o osoby w spektrum autyzmu. Osoby autystyczne są zamknięte i mają trudności w nawiązaniu kontaktu z kimkolwiek, kogo wystarczająco blisko nie poznają. Trudno sobie wyobrazić sytuację współpracy osoby autystycznej z biegłym, którego widzi pierwszy raz w życiu. Najlepszym „biegłym” jest bowiem opiekun osoby w spektrum autyzmu (rodzic, inny krewny, przyjaciel), gdyż to on najlepiej zna metody komunikacji, którymi posługuje się autysta. Autyści posługują się bowiem czasem językiem zupełnie niekonwencjonalnym. Choć dla osób z zewnątrz komunikacja ta może wydawać się przejawem agresji, często autyści przekazują określone informacje za pomocą plucia, uderzania, rzucania przedmiotami itp.^[36].

³³ Łukasz Maj, „Wspomagające i alternatywne metody komunikacji (augmentative and alternative methods of communication – AAC) w rozwijaniu funkcji poznawczych” *Logopedia*, nr 2 (2022): 336.

³⁴ Zuzanna Gryszka-Mędrak, „Wprowadzenie alternatywnych i wspomagających metod komunikacji u dziecka z mózgowym porażeniem dziecięcym” *Logopedia Silesiana*, nr 1 (2012): 148.

³⁵ Cezary Kulesza, „Komentarz do art. 185e”, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Katarzyna Dudka (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023), 409-410.

³⁶ Emilia Płońska, „Małoletni z autyzmem jako uczestnik procesu karnego”, [w:] *Prawa dziecka. Perspektywa publicznoprawna*, red. Dagmara Jaroszevska-Choraś, Agnieszka Kilińska-Pękacz, Agnieszka Wedeł-Domaradzka (Bydgoszcz: Wydawnictwo Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego, 2019), 314.

Trudno wyobrazić sobie, aby istniał biegły z zakresu takiej formy komunikacji. Z kolei rodzic lub inna osoba bliska z całą pewnością potrafi odczytać znaki ukryte w tego rodzaju zachowaniach. Pojawia się jednak pytanie, czy taka osoba może wspomagać pokrzywdzonego w spektrum autyzmu w komunikacji z sądem. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 185e § 2 k.p.k. osoba ta może być wyłącznie obecna podczas przesłuchania, jednak nie może podejmować jakichkolwiek czynności. Trudno też sobie wyobrazić, aby osobę bliską, która zna sposób komunikowania się z pokrzywdzonym autystą, potraktować jako biegłego *ad hoc* i w tym charakterze dopuścić go do pomocy pokrzywdzonemu. Biegły musi być bowiem obiektywny, natomiast trudno ten przymiot przypisać osobie towarzyszącej całe życie osobie w spektrum autyzmu. Podobnie nie może tej osoby potraktować jako tłumacza, gdyż tutaj też wymagany jest obiektywizm. Wobec tego w obecnym brzmieniu przepisu art. 185e § 2 i 4 k.p.k. opiekun osoby autystycznej nie ma możliwości wspomaganie go w komunikacji alternatywnej i wspomagającej. Z całą stanowczością należy oceniać to negatywnie. Autor stoi zatem na stanowisku, aby dokonać stosownej zmiany przepisu art. 185e § 4 k.p.k. poprzez dopisanie, że osoba wymieniona w art. 51 § 2 lub 3 lub osoba pełnoletnia wskazana przez świadka ma prawo wspomagać świadka w komunikacji alternatywnej i wspomagającej.

W tym miejscu należy też się odnieść do treści art. 185f k.p.k. Jest przepis odnoszący się do podstawowych warunków technicznych dotyczących przesłuchania świadka w trybie art. 185e k.p.k. Zgodnie z art. 185f § 1 k.p.k. przesłuchanie przeprowadza się w odpowiednio przystosowanych pomieszczeniach w siedzibie sądu lub poza jego siedzibą, a także w innym miejscu, jeżeli uzasadniają to indywidualne potrzeby świadka i istnieje możliwość utrwalenia czynności za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk. Ponadto, zgodnie z § 2 tego przepisu przed pierwszym przesłuchaniem osoba przesłuchiwana otrzymuje informacje o przebiegu, sposobie i warunkach przesłuchania. Informacje zawierają opisowe lub graficzne przedstawienie przebiegu, sposobu i warunków przesłuchania. Pomiędzy doręczeniem informacji a terminem przesłuchania powinno upłynąć co najmniej 3 dni, chyba że dobro postępowania stoi temu na przeszkodzie. W § 3 i 4 ustawodawca umieścił delegację ustawową upoważniającą ministra sprawiedliwości do wydania rozporządzeń, w których określone zostaną szczegółowe warunki przeprowadzenia przesłuchania oraz określony zostanie wzór informacji o przebiegu przesłuchania. Jako że na dzień przygotowywania tego artykułu stosowne rozporządzenia nie zostały jeszcze wydane, trudno jest się odnieść do poszczególnych

rozwiązań, które zostaną wdrożone. Z całą pewnością poczekalnia oraz pokój przesłuchań muszą być bardzo dobrze wyciszone, w szczególności muszą zablokować jakiekolwiek odgłosy z zewnątrz. Nawet cicha rozmowa na korytarzu czy cykanie zegarka na rękę sędziego może tak rozproszyć autystę, że nie będzie już możliwości uzyskania od niego jakiejkolwiek informacji. Nie można bowiem zapominać o tym, że osoby w spektrum autyzmu mogą mieć niższy próg wrażliwości na dany bodziec. Dlatego dźwięki, które są ignorowane przez mózg osoby zdrowej, mogą stać się nieznosnym czynnikiem, na którym osoba autystyczna całkowicie się skupi. Z pewnością jest to jedna z ważniejszych kwestii, która musi zostać uwzględniona w rozporządzeniu.

Przepis art. 185e k.p.k. z całą pewnością zasługuje na aprobatę. Stanowi on wyraz innowacyjnego podejścia do osób z niepełnosprawnościami, w tym osób w spektrum autyzmu. Z drugiej zaś strony niezadowolenie budzi fakt, że takie uregulowanie dopiero teraz znalazło się w ustawie karnoprosesowej. Oczywiście przepis art. 185e k.p.k. ma pewne mankamenty, na które uwagę zwrócił autor, niemniej idea wprowadzenia przepisu jest bardzo słuszna. Ważnym jest, że przepis art. 185e k.p.k. ma zastosowanie w toku całego procesu karnego, a więc i w postępowaniu przygotowawczym^[37]. Pozytywnie ocenić należy fakt, że osoba autystyczna nie będzie już przesłuchiwana przez prokuratora czy policję na etapie przedsądowym. Zawiadomienie o przestępstwie może zaś złożyć inna osoba – np. opiekun osoby autystycznej, zaś już przesłuchanie w charakterze pokrzywdzonego nastąpi w trybie art. 185e k.p.k.

Wprowadzenie art. 185e k.p.k. stanowi bardzo duży krok w kierunku wyrównania szans pokrzywdzonego będącego osobą w spektrum autyzmu w toku procesu karnego i tym realizacji jego prawa do sądu. Autor artykułu pragnie jednak odnieść się jeszcze do innych rozwiązań, które potencjalnie mogą wpłynąć na polepszenie sytuacji takiej osoby w postępowaniu karnym. Przede wszystkim osoby autystyczne w zdecydowanej większości przypadków nie są osobami samodzielnie funkcjonującymi. W związku z tym potrzebują pomocy swoich bliskich. Pojawić się może pytanie, czy z karnoprosesowego punktu widzenia istnieje możliwość, aby osoba autystyczna mogła podejmować czynności procesowe za pośrednictwem swego opiekuna. W tym miejscu należy odnieść się do treści art. 51 § 3 k.p.k. Zgodnie z nim, jeżeli pokrzywdzonym jest osoba nieporadna,

³⁷ Wynika to z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30.11.2004 r., I KZP 25/04, OSNKW 2004/12, poz. 101.

w szczególności ze względu na wiek lub stan zdrowia, jego prawa może wykonywać osoba, pod której pieczę pokrzywdzony pozostaje. W nauce przyjmuje się, że pokrzywdzony może być uznany za osobę nieporadną zarówno w przypadku wystąpienia schorzeń o charakterze somatycznym, jak i zaburzeń natury psychiatrycznej^[38]. Istotne jest to, aby była to osoba nieumiejąca sobie samodzielnie radzić w sprawach życiowych i w związku z tym korzystająca z pomocy innej osoby, pod której pieczę pozostaje. Wydaje się, że osoba autystyczna będzie adresatem tej normy prawnej. Zasadniczo opiekun osoby w spektrum autyzmu, aby móc podjąć w jej imieniu czynności procesową, musi wykazać zarówno stan nieporadności danego pokrzywdzonego, jak i fakt swej nad nim opieki. Nie ma potrzeby posługiwania się jakimś szczególnym dokumentem potwierdzającym umocowanie^[39].

Kolejną bardzo ważną rzeczą jest udział osoby w spektrum autyzmu w samej rozprawie. Ideą art. 185e k.p.k. – skądinąd bardzo słuszną – jest to, aby przesłuchać takiego pokrzywdzonego w specjalnie przygotowanych dla niego warunkach, zaś na samej rozprawie odtworzyć nagranie z tego przesłuchania i odczytać protokół. Przepis art. 185e k.p.k. nie ogranicza jednak w żadnym stopniu prawa pokrzywdzonego (względnie oskarżyciela posiłkowego) do uczestniczenia w rozprawie. Osoba autystyczna może bowiem chcieć uczestniczyć w rozprawie, choć z wiadomych względów nie chce w jej trakcie zabierać głosu. Może jednak przysłuchiwać się wszystkiemu, co dzieje się na sali rozpraw, mieć własne przemyślenia, a następnie odnieść się osobiście do tego, co działo się na rozprawie za pośrednictwem swojego reprezentanta. Rozprawa, w której pokrzywdzonym jest osoba w spektrum autyzmu powinna w miarę możliwości być tak zorganizowana, by w jak najpełniejszym stopniu umożliwić autyście chociażby bierne w niej uczestnictwo. Z tego względu autor stawia dwa postulaty *de lege ferenda*. Pierwszy dotyczy nowelizacji przepisu art. 360 k.p.k. regulującego kwestię wyłączenia jawności rozprawy. W ocenie autora sąd powinien mieć kompetencje wyłączania jawności rozprawy w całości lub w części, jeżeli pokrzywdzonym jest osoba, u której występują zaburzenia psychiczne, rozwojowe, zakłócenia zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń.

³⁸ Marcin Burdzik, „Ochrona interesów pokrzywdzonego z zaburzeniami psychicznymi na gruncie polskiej procedury karnej” *Państwo i Prawo*, nr 12 (2022): 120-121.

³⁹ Ryszard Andrzej Stefański, „Komentarz do art. 51”, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I., *Komentarz do art. 1-166*, red. Ryszard Andrzej Stefański, Stanisław Zabłocki (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 726-727.

Oczywiście *de lege lata* można wyłączyć już teraz w takim przypadku jawności rozprawy, chociażby na podstawie art. 360 § 1 pkt d), tj. jeżeli jawność mogłaby naruszać ważny interes prywatny. Wydaje się jednak, że pożądanym byłoby wprowadzenie *expressis verbis* możliwości wyłącznie jawności rozprawy w przypadku pokrzywdzonego w spektrum autyzmu. Drugim równie skutecznym rozwiązaniem mogłoby być też zorganizowanie dla takiego pokrzywdzonego rozprawy w formie zdalnej. Autor postuluje zatem, aby wprowadzić do ustawy karnoprocesowej przepis stanowiący, że przewodniczący powinien zapewnić udział pokrzywdzonego, u którego występują zaburzenia psychiczne, rozwojowe, zakłócenia zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku.

5 | Wnioski

Zasadniczy problem badawczy tego artykułu zawierał się w pytaniu, w jakim zakresie przepisy karnoprocesowe umożliwiają osobie autystycznej realny jej udział w procesie karnym w charakterze pokrzywdzonego przy zachowaniu standardów strasburskich. Hipoteza badawcza odpowiadająca temu problemowi zamykała się w stwierdzeniu, że przepisy karnoprocesowe w zbyt wąskim zakresie umożliwiają osobie pokrzywdzonej w spektrum autyzmu realne uczestnictwo w procesie karnym. Choć dostrzec można pewne zmiany, które poszerzają karnoprocesową ochronę takiej osoby, to wydaje się, że ochrona ta jest wciąż zbyt słaba. Standardy strasburskie wymagają zapewnienia w tym zakresie szerszej ochrony.

Za pomocą zastosowanych metod badawczych autor doszedł do konkluzji, że zaprezentowana hipoteza badawcza została częściowo potwierdzona.

W pierwszej kolejności należy dostrzec, że standardy strasburskie dostępu każdego człowieka do sądu stawiają w tym zakresie wysokie wymagania przed organami stanowiącymi i stosującymi prawo. Europejski Trybunał Praw Człowieka w przywołanych wcześniej orzeczeniach dostrzegł, że prawo do sądu może być ograniczone, jednak tylko wtedy, gdy ograniczenia te odpowiadają jakiemuś prawnemu celowi. Dodatkowo nie mogą one naruszać istoty prawa do sądu. Z powyższego wynika, że Państwa układające się muszą zapewnić każdej osobie realny dostęp do wymiaru

sprawiedliwości. W innych omówionych wcześniej orzeczeniach Trybunał wskazał, jakie uregulowania będą w tym aspekcie pożądane.

Osoba w spektrum autyzmu jest z całą pewnością osobą, która ma pewne określone szczególne potrzeby. Z racji swej niepełnosprawności jej udział w życiu społecznym, a tym samym korzystanie z wymiaru sprawiedliwości, doznaje pewnych ograniczeń. Aby wyrównać szanse tych osób w dostępie do sądu, polska procedura karna musi opierać się na określonych mechanizmach. Wówczas osoba w spektrum autyzmu będzie mogła realnie korzystać z prawa do sądu.

W ocenie autora publikacji obecnie funkcjonujące rozwiązania proceduralne należy oceniać bardzo pozytywnie. Na pełną aprobatę zasługuje wprowadzenie przepisu art. 185e k.p.k., który stanowi kamień węgielny w usprawnieniu dostępu osób w spektrum autyzmu do procesu karnego. Naturalnie przepis art. 185e k.p.k. zawiera pewne mankamenty i braki, na które autor zwrócił uwagę w artykule. Dodatkowo można byłoby wprowadzić innego rodzaju rozwiązania, które znacznie polepszyłyby pozycję pokrzywdzonego w spektrum autyzmu w postępowaniu karnym. Autor sformułował pewne postulaty *de lege ferenda*, które w jego ocenie mogłyby wpłynąć na zwiększenie szans osób autystycznych w realizacji ich prawa do rzetelnego procesu karnego. Można zatem stwierdzić, że faktycznie przepisy karnoprosesowe w zbyt wąskim zakresie umożliwiają osobie pokrzywdzonej w spektrum autyzmu realne uczestnictwo w procesie karnym, jednakże wprowadzone w ostatnim czasie zmiany stanowią jednoznaczny wyraz dokonywania zmian we właściwym kierunku. I jest to bez wątpienia ogromny pozytyw, który wypływa z przeprowadzonej w tej publikacji analizy.

Bibliografia

- Bluestone Judith, *The Fabric of Autism, Weaving The Threads Into A Congent Theory* tłum. Maria Dąbrowska-Jędrał, Agnieszka Klimek. San Rafael, CA: Book Publishing Company, 2005.
- Burdzik Marcin, „Ochrona interesów pokrzywdzonego z zaburzeniami psychicznymi na gruncie polskiej procedury karnej” *Państwo i Prawo*, nr 12 (2022): 116-132.
- Czeszejko-Sochacki Zdzisław, „Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Ogólna charakterystyka)” *Państwo i Prawo*, z. 11-12 (1997): 86-102.

- Drozdowska Urszula, „Wykładnia art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i poglądów doktryny prawa” *Miscellanea Historico-Iuridica* XV, nr 1 (2016): 301-316.
- Federowicz Kamil, „Wybrane aspekty przesłuchania przez organ nieuprawniony pokrzywdzonego i świadka, o których mowa w art. 185a-185c kodeksu postępowania karnego” *Przegląd Sądowy*, nr 2 (2016): 71-82.
- Filipek Józef, *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*. Bielsko-Biała: Wydawnictwo Wyższa Szkoła Administracji, 2003.
- Filipkowski Wojciech, Elżbieta Zatyka, Ewa Glińska, Emilia Jurgielewicz-Delegacz, „Szczegółowa koncepcja badań prawno-kryminologicznych”, [w:] *Bezpieczeństwo osób niewidomych i słabowidzących w ruchu drogowym. Wybrane aspekty praktyczne*, red. Katarzyna Laskowska, Wojciech Filipkowski, Ewa Glińska. 25-54. Białystok: Wydawnictwo Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, 2014.
- Gryszka-Mędrak Zuzanna, „Wprowadzenie alternatywnych i wspomagających metod komunikacji u dziecka z mózgowym porażeniem dziecięcym” *Logopedia Silesiana*, nr 1 (2012): 140-158. https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Logopedia_Silesiana/Logopedia_Silesiana-r2012-t1/Logopedia_Silesiana-r2012-t1-s140-158/Logopedia_Silesiana-r2012-t1-s140-158.pdf.
- Kaczmarek Dorota, „Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego” *Prokuratura i Prawo*, nr 1 (2014): 14-28. <https://www.gov.pl/web/prokuratura-krajowa/numer-1-2014>.
- Klejnowska Monika, „Kilka uwag na tle znowelizowanych przepisów art. 185a i art. 185b k.p.k. dotyczących przesłuchania małoletniego w procesie karnym” *Ius et Administratio*, z. 2 (2014): 33-46. https://iusetadministratio.eu/wp-content/Zeszyty_naukowe/2014/2_2014/2_2014_3_Monika_Klejnowska.pdf.
- Kruk Ewa, „Ochrona prawna małoletniego w procesie karnym. Uwagi na tle art. 185a- c Kodeksu postępowania karnego” *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*, nr 1 (2019): 113-129. https://tkp.edu.pl/wp-content/uploads/2020/03/TKP_XII_2019_nr1_8_EwaKruk.pdf.
- Kulesza Cezary, „Komentarz do art. 185e”, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Katarzyna Dudka. 408-410. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Maj Łukasz, „Wspomagające i alternatywne metody komunikacji (augmentative and alternative methods of communication – AAC) w rozwijaniu funkcji poznawczych” *Logopedia*, nr 2 (2022): 335-349. <https://www.logopedia-ptl.pl/index.php/logopedia/article/view/211>.
- Oksztulski Maciej, „Prawo do godności osób autystycznych”, [w:] *Umieędzynarodowienie krajowego obrotu prawnego*, t. I, red. Maciej Perkowski, Wojciech Zoń. 91-120. Białystok: Wydawnictwo Prawo i Partnerstwo, 2016. <https://>

- repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/8268/1/Umi%C4%99dzy-narodowienie%20krajowego%20obrotu%20prawnego%20I.%20Maciej%20Oksztulski.pdf.
- Płońska Emilia, „Małoletni z autyzmem jako uczestnik procesu karnego”, [w:] *Prawa dziecka. Perspektywa publicznoprawna*, red. Dagmara Jaroszevska-Choraś, Agnieszka Kilińska-Pękacz, Agnieszka Wedeł-Domaradzka. 305-316. Bydgoszcz: Wydawnictwo Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego, 2019.
- Płońska Emilia, „Dyskryminacja, wykluczenie, wiktylizacja osób autystycznych”, [w:] *Autyzm a prawo*, red. Adam Górski, Błażej Kmiecik. 54-83. Warszawa: Difin, 2019.
- Płońska Emilia, „Niewygodni, niewidoczni i niechciani – formy wiktylizacji osób z autyzmem”, [w:] *Aksjologiczne i prawne aspekty niepełnosprawności*, red. Anna Drabarz. 57-75. Białystok: Temida 2, 2020.
- Sowała Marcin, „Ewolucja procesowej ochrony pokrzywdzonego przestępstwami seksualnymi w toku przesłuchania – analiza art. 185c Kodeksu postępowania karnego” *Prawo w Działaniu*, nr 49 (2021): 99-112. https://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.ojs-doi-10_32041_pwd_4907.
- Stefański Ryszard Andrzej, „Komentarz do art. 51”, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1-166*, red. Ryszard Andrzej Stefański, Stanisław Zabłocki. 718-727. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Sychta Katarzyna, „Komentarz do art. 185e”, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Jarosław Zagrodnik. Lex, 2023.
- Szafraniec Krystyna, Paweł Szymborski, „Niepełnosprawni – przełamywanie stereotypów i barier integracji” *Studia BAS*, nr 2 (2015): 123-148. <http://bazekon.icm.edu.pl/bazekon/element/bwmeta1.element.ekon-element-000171411111>.
- Szafranska Anida, „Uczeń z autyzmem wysokofunkcjonującym w szkole – studium przypadku” *Niepełnosprawność – Zagadnienia, Problemy, Rozwiązania*, nr 3 (2017): 118-134. <https://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-ec7f5d3d-ec96-47f9-8fc4-5688c6c6ae1e>.
- Wiśniewski Leszek, *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1997.
- Wiktorzak Katarzyna, „Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., III KK 394/15” *Białostockie Studia Prawnicze*, nr 1 (2018): 233-241. https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7003/1/BSP_23_1_K_Wiktorzak_Glosa_do_wyroku_Sadu_Najwyzszego_z_dnia_17_lutego_2016_r.pdf.
- Witusik Andrzej, Tadeusz Pietras, Ewelina Buczyńska, Artur Kultys, „Niepełnosprawność intelektualna a autyzm”, [w:] *Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia*, red. Kinga Bobińska, Tadeusz Pietras, Piotr Gałęcki. 259-271. Wrocław: Wydawnictwo Continuo, 2012.

Zoń Wojciech, „Report on the Implementation of the Project No Autism! The Education and Personal Development of the Doctoral Student with Autism – The Status Quo and Interdisciplinary Optimization of Social and Professional Perspectives” *Eastern European Journal of Transnational Relations*, nr 2 (2018): 63-67. <https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7943/1/EEJTR%20%282018%29%20Vol.%202%20No.%202%20Zo%c5%84.pdf>.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.
For guidelines on the permitted uses refer to
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

THI HANH BUI

Rights of Prisoners During Incarceration. A case study of Vietnam

Abstract

Vietnam's Decree No. 40/2019/ND-CP on the Implementation of the Law on the Execution of Criminal Sentences provides a solid legal basis to protect the fundamental rights of prisoners, regardless of life imprisonment or imprisonment for more than five years, which restricts freedom of movement and residence. These rights include the right to food, clothing, shelter, medical care, education, work, leisure and recreation, as well as provisions for women prisoners. This law maintains that prisoners are still human beings and citizens, and as such should be granted rights similar to those of free citizens, but based on their status as prisoners. However, there are serious limitations to the effective implementation of these rights that prisoners often face. Therefore, the purpose of this study is to determine the unhindered rights of prisoners during their imprisonment, to compare the current legislation and practice regarding prisoners, and moreover, to promote recommendations for amending and supplementing the 2019 law to protect the rights of prisoners during their imprisonment.

KEYWORDS: Prisoner Rights, Civil Rights, Female Prisoners, Detainees, Criminal Judgement Execution Law, International Human Rights

THI HANH BUI – PhD in law, Hanoi Procuracy University (Vietnam),
ORCID – 0009-0005-0127-1616, e-mail: hanhbuihvks2000@gmail.com

1 | Introduction

The Criminal Judgment Execution Law of 2019 in Vietnam represents a pivotal legal framework that governs the rights and obligations of prisoners during incarceration. This law aims to strike a balance between restricting certain freedoms necessary for rehabilitation and maintaining prisoners' fundamental human rights. However, practical challenges in the law's application, including material limitations in detention facilities, highlight the need for a reassessment of the law's effectiveness. The importance of ensuring compliance with international treaties such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the Convention against Torture (CAT) adds another layer of complexity.

Prisoners serving fixed-term or life sentences in detention facilities experience certain restrictions on their freedoms, which are intended to support rehabilitation and self-improvement. These limitations on prisoner rights, as well as their obligations during incarceration, are outlined in the Criminal Judgment Execution Law of 2019 and its supporting documents. However, due to insufficient resources and inadequate facilities, prisoners, particularly female prisoners – often face more severe constraints on their rights. The critical role of judges in implementing this law, as they are responsible for ensuring fairness and delivering final judgments.^[1] Yet limited judicial capacity, coupled with vulnerability to corruption, can compromise the ability of judges to issue impartial verdicts, which is particularly concerning in cases involving wrongfully accused individuals or those falsely portrayed as innocent.^[2]

The provisions on prisoners' rights in the 2019 law are still not fully compatible with the international treaties Vietnam is a party to. Therefore, to ensure adequate rehabilitation and education of prisoners and to respect their unrestricted civil rights, it is necessary to amend and supplement some current provisions of the 2019 law. This article aims to clarify the scope of prisoners' unrestricted rights, identify gaps between the law and its implementation, and compare these gaps with international standards. Additionally, it will provide recommendations for amending the law to enhance prisoner rights protection during incarceration.

¹ Bui Van Duy, Van Duy Bui, "Judge in Criminal Case Trial Activities in Vietnam" *Universum: экономика и юриспруденция*, No. 6 (2024): 66-68.

² Phạm Hồng Thái, Vũ Công Giao, Nguyễn Anh Đức, "The Court System in the Fight against Corruption in Vietnam: Traditional Problems and New Challenges from Free Trade Agreements" *Journal of Vietnamese Studies*, No. 1 (2020): 77-106.

2 | Research Methodology

The current research focused primarily on a literature review approach, drawing on legal texts, international human rights treaties, and relevant academic works.

The combination of experience summarization and analysis method in the legal text is one of the most effective way to analyze legal text to inform policy amendment or show policy implementation gaps.^[3] This method qualitatively examined case specific scenarios in the quest to assess the impact of Criminal Judgment Execution Law of 2019 on people and society at large. Data collection entailed the examination of legal documents to draw insights on the impact and, or the efficiency of this law in the society. Thematic, narrative and discourse analysis were then used to derive valuable insights to inform the current study. In order to amplify the findings from the legal documents, different interpretation techniques such as understanding and explaining subjectivity, contextualizing experiences, and drawing conclusions through insight development were used.

The theoretical research method is considered as one of the best methods in the practice of legal research since theoretical research method is apt when it comes to the practice of a theory.^[4] The current study tested renowned theories such as: Human Rights Theory, Prisoner's Rights Theory, Social Justice Theory, Feminist Legal Theory and Legal Positivism. These theories greatly enhanced the findings of the research on the effectiveness of Criminal Judgment Execution Law of 2019 in responding to the justice dynamics in Vietnam. Besides, the combination of all these theories enabled this study to develop a clearer framework to explain prisoners' rights, point out deficiencies in regulations, and recommend arguable changes to the law.

Written law analysis provides clarity and precision by allowing close examination of the text of laws, regulations, and legal documents, ensuring a clear understanding of the specific language and terms used.^[5] In the

³ Filippo Galgani, Paul Compton, Achim Hoffmann, "Combining different summarization techniques for legal text", [in:] *Proceedings of the workshop on innovative hybrid approaches to the processing of textual data*, (2012): 115-123.

⁴ Sanne Taekema, "Theoretical and normative frameworks for legal research: Putting theory into practice" *Law and Method*, (2018).

⁵ Philip M. Langbroek, Kees Van Den Bos, Marc Simon Thomas, J. Michael Milo, Wibo M. van Rossum, "Methodology of legal research: Challenges and opportunities" *Utrecht Law Review*, No. 3 (2017): 1-8.

process, gaps, ambiguities, or inconsistencies are identified in the legislation surpassing hinderances on the implementation or interpretation of the legislation. In addition, the method provides for a comparative view and the evaluation of how certain matters are dealt with in different legislation or under the law of other countries. The textual analysis carried out in the current study entailed identification of differences, identification of possible areas of uncertainty, proposed changes, legal harmonisation and contextual appreciation. By using a legal research approach with the aim of reviewing the legal provisions, the current study helped to define the rights of prisoners, to identify the existing shortcomings and, based on this information, to make realistic and constructive suggestions for improving the legislation on imprisonment in Vietnam.

The term “prisoner” originates from Chinese characters, meaning “a person who has committed a crime, been sentenced, and is currently incarcerated.”^[6] In current legal terminology, a prisoner broadly refers to an individual convicted of a crime by a court, sentenced to punishment, and whose verdict has taken legal effect. In a narrower sense, a prisoner is either a person convicted and sentenced to imprisonment who is undergoing rehabilitation in detention facilities, or a person sentenced to death but not yet executed.^[7]

However, according to the Law on Execution of Custody and Temporary Detention 2015, a clear distinction between those in custody (who are held as part of an investigative process) and those in temporary detention (who may be awaiting trial or court decisions) is made. This differentiation ensures that the rights and treatment of individuals are adjusted according to their legal status, emphasizing that pre-trial detention is not punitive but precautionary. Moreover, the law emphasizes the principle of “presumption of innocence,” ensuring that individuals are not treated as convicts during temporary detention.^[8]

Concurrently, the Criminal Judgment Execution Law 2019: “A prisoner is a person currently serving a fixed-term or life imprisonment sentence.”^[9] Here, a person serving a sentence refers to an individual who has been

⁶ Klaus Mühlhahn, *Criminal justice in China: A history* (New Haven: Harvard University Press, 2009).

⁷ Huinan Liu, Tsz Wai Li, Li Liang, Wai Kai Hou, “Trauma exposure and mental health of prisoners and ex-prisoners: A systematic review and meta-analysis” *Clinical Psychology Review*, 89 (2021): 102069.

⁸ Law on Temporary Detention and Custody 2015, art. 3, cl. 2.

⁹ Law on Execution of Criminal Judgments 2019, art. 3, cl. 2.

convicted and must undergo punishment according to a legally effective court verdict or decision and for whom an execution order has been issued.^[10] In this case, a prisoner means any person who has been sentenced to imprisonment for a prescribed period, or for life under the Criminal Judgment Execution Law 2019. Persons in temporary detainment or holding do not come under this definition and, therefore, do not have the enumerated right in this law. They are protected by the Law on Execution of Custody and Temporary Detention of 2015 since this legal act outlines the conditions of detention, treatment of detainees and the activities of the authorities being responsible for the detention centers. This law particularly entitles detainees to the maintenance of the quality standard of cell and house conditions, to health care, to be advised of their rights and have access to a lawyer, and to contact family members. It also mandates that detention center authorities must ensure that detainees are free from abuse, discrimination, and inhumane treatment, reflecting principles found in both domestic legislation and international human rights standards. Given this clear distinction between prisoners and detainees, the current study primarily focused on the provisions of the Criminal Judgment Execution Law of 2019 in relation to prisoners' rights.

3 | Rights of Prisoners

Vietnam has ratified or acceded to 7 of the 9 core UN human rights conventions and 25 ILO conventions, including 7 of the 8 fundamental conventions.^[11] Regarding international human rights conventions to which Vietnam is a party, we are committed to implementing them and consider this a political and legal responsibility of the State.^[12] This reflects Vietnam's consistent and comprehensive stance in all state policies and guidelines,

¹⁰ Law on Execution of Criminal Judgments 2019, art. 3, cl. 1.

¹¹ Thinh-Van Vu, Vu Thinh-Van, "Freedom of and Workers' Participation in Trade Unions in Vietnam", [in:] *The Dragon's Underbelly: Dynamics and Dilemmas in Vietnam's Economy and Politics* (Singapore: ISEAS – Yusof Ishak Institute, 2023), 262.

¹² Tuong Duy Kien, "The Role and Obligations of the State in Vietnam According to International Rules on Human Rights Respect and Protection in Businesses", [in:] *Laws on Corporate Social Responsibility and the Developmental Trend in Vietnam* (Singapore: Springer Nature Singapore, 2023), 27-39.

which is to “prioritize and care for human happiness and comprehensive development, protect and ensure human rights and legitimate interests of individuals, respect and implement international treaties on human rights to which our country is a signatory.”^[13] Furthermore, the quest of Vietnam to comply with the international provisions of human rights as outlined by Universal Declaration of Human Rights (UDHR) adopted by the United Nations in 1948 is a clear indication of allegiance to the principles of human rights as stipulated in the human rights theory. These principles state that human rights are universal, inalienable, indivisible, equal and non-discriminatory, and fosters dignity.^[14] Looking at the principles of the Feminist Legal Theory, which examines the intersection of law and gender, seeking to understand and address the ways in which legal systems perpetuate gender inequality and oppression, the conformity of Vietnam to the international provisions of human rights is a great step towards embracing these principles. For instance, one of the principles of the Legal Feminist Theory is challenging the traditional legal doctrines and practices that have historically marginalized women and other gender minorities which has been evident in the traditions and cultural norms of Vietnam in the past.^[15] The theory argues that many laws reflect patriarchal values and reinforce existing power structures, leading to systemic discrimination.^[16] It is therefore evident that, as a country, the principles of human rights theory, and the Legal Feminist Theory continue to be the guiding framework to improve the legal framework and policy provisions geared towards protecting the rights of prisoners.

Article 14 of Vietnam’s 2013 Constitution stipulates: “In the Socialist Republic of Vietnam, human rights and civil rights in the political, civil, economic, cultural, and social spheres are recognized, respected,

¹³ 2023 Country Reports on Human Rights Practices: Vietnam,” *U.S. Department of State*, accessed October 9, 2024. <https://www.state.gov/reports/2023-country-reports-on-human-rights-practices/vietnam/>.

¹⁴ Universal Declaration of Human Rights, adopted 10 December 1948. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. [accessed 9.10.2024].

¹⁵ Phuoc Dinh Le, “Urban planning in Vietnam: A constructed field of patriarchy” *Science & Technology Development Journal: Economics-Law & Management*, No. SI2 (2021): 112-122.

¹⁶ Martha Albertson Fineman, “Feminist theory in law: The difference it makes”, [in:] *Feminist Legal Theories* (New York: Routledge, 2013).

protected, and guaranteed in accordance with the Constitution and the law.”^[17] Human rights in Vietnam are also specifically and profoundly manifested in the execution of imprisonment sentences. The State pays attention to and ensures the human rights of prisoners serving sentences in detention facilities, fully implementing their legitimate rights and interests in accordance with Vietnam’s Constitution, laws, and international treaties to which Vietnam is a signatory.^[18] Prisoners’ human rights have been codified in the provisions of the Criminal Judgment Execution Law 2019, which is the core legal document regulating activities related to the execution of imprisonment sentences while fully and specifically reflecting the rights and interests of the prisoners, demonstrating the humanitarian and humanistic spirit of the Vietnamese State.

The Criminal Judgment Execution Law 2019 was enacted based on summarizing achievements over 69 years of implementing imprisonment sentence execution in Vietnam, while also incorporating international experiences in this field. The law’s provisions reflect the spirit of global rules and standards on the execution of imprisonment sentences. However, in practice, there are still many issues regarding prisoners’ rights that have not been clarified or specifically guided, or have become outdated compared to the reality, thus failing to meet the requirements of ensuring human rights and civil rights of prisoners. Lack of clarity deviates from one of the principles of the Legal positivity which stipulates that legal certainty is essential to provide a framework within which individuals can understand their rights and obligations without ambiguity^[19]. As a result, such emphasis ensures that ambiguous clauses in certain provisions of the Law are challenged and amended. Some of these rights are listed below.

¹⁷ Constitution of the Socialist Republic of Vietnam,” Article 14, 2013. https://constitutionnet.org/sites/default/files/tranlation_of_vietnams_new_constitution_enuk_2.pdf. [accessed 9.10.2024].

¹⁸ Gisle Kvanvig, “Human Rights in Contemporary Vietnam”, [in:] *Routledge Handbook of Contemporary Vietnam*, ed. Jonathan D. London (New York: Routledge, 2022), 104-116.

¹⁹ Martin Stone, “Legal Positivism as an Idea about Morality” *University of Toronto Law Journal*, No. 2 (2011): 313-341.

3.1. The right to education for prisoners

This is an important right that, if adequately addressed and effectively implemented, would significantly contribute to prisoner rehabilitation. Nevertheless, the Criminal Judgment Execution Law 2019 does not specify the scope of prisoners' right to education, and no specific guiding documents exist. Consequently, in practice, prisoners can only study what the detention facility organizes. The question arises: do prisoners have the right to self-study other content or professions? How are self-study and self-research supported, given that current forms of education are diverse and rich, and that many prisoners already have a foundation of general education, even university or postgraduate degrees? If they desire to study a particular field or profession, are they given the conditions to participate in such learning? The provisions and the implementation of the law are also challenged to support juvenile prisoners in the rehabilitation process.^[20] Having a clear framework for education and skill development is an important aspect, especially for young prisoners. The current study therefore recommends that, a basic curriculum should be designed and the necessary provisions availed to enable the law to address the gaps identified in the right to education for prisoners.

Additionally, prisoners' participation in classes or skill development programs faced significant barriers due to term and resource limitations.^[21] This is because the law lacks specific guidance on this right, and prisoners themselves are not encouraged or provided with appropriate conditions for self-study and self-research. Therefore, it is necessary to have specific guidelines on the scope of prisoners' right to education. Do prisoners have the right to register for distance learning courses to study and obtain degrees or certificates after serving their sentences? How should such education be organized? What material conditions should detention facilities have to meet this need while ensuring management and security issues?

²⁰ Le Huynh Tan Duy, Yvon Dandurand, "Alignment of Vietnamese Law on the Treatment of Juvenile Prisoners With International Standards and Norms" *Youth Justice*, No. 1 (2022): 3-20.

²¹ Thi Tue Phuong Hoang, Duy Thuyen Trinh, "The Overreliance on Termed Imprisonment and the Challenges within Youth Criminal Sentencing Framework: The Case of Vietnam" *International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique* (2024): 1-22.

3.2. The right to read books and newspapers

This is also a right that needs to be emphasized for prisoners, as through reading books and newspapers, prisoners can raise their awareness, gain knowledge, recognize virtues and principles, and change themselves in a positive direction. The sources of books and newspapers accessible to prisoners can be from relatives, friends, or the detention facility's library.

In fact, all detention facilities provide for library to meet the reading requirements of the prisoners and some of the employees. However, the crucial question is how effective these libraries are and whether prisoners are really motivated to read. This encouragement is not the form of a spoken words or word of mouth, or any form of slogan but an effort that would assist the prisoners to develop an acquaintance with the books and newspapers and to ensure that they develop a reading culture. This challenge is not unique to the detention facilities alone because there is still low sensitization concerning the practice of reading in the society, and thus, encouraging reading practices among prisoners is a lifelong project. Furthermore, such libraries were filled with prejudiced materials, they not only limited and predicted the prisoners' readings but also shaped their information consumption.^[22] This they have deemed as precautionary measure aimed at preventing prisoners from being exposed to sensitive information that may assist them in their attempted escape, but has at the same time infringed on the prisoners right to education. The first of the major postulates of Prisoner's Rights Theory postulates that rehabilitation should be the main purpose of imprisonment. According to this theory, prisoners should not only be punished or corrected but also be rehabilitated and integrated back into the society. Consequently, affordable and effective skills development must be included for the prisoners to enable the improvement of the decrease of the lack of clarity of the Criminal Judgment Execution Law of 2019.

In order to make the freedom to read books and newspapers an important factor that could contribute to the quality of rehabilitation and education of prisoners, there should be certain rules that could form the libraries containing the necessary amount of appropriate literature. Such libraries should serve to encourage prisoners for a change of heart, seek education and develop an understanding of culture, history and the lives of

²² Angela Michelle Brunson, *Faith, hope, and torture: Music in the prisoner-of-war camps of north Vietnam* (Memphis: The University of Memphis, 2021).

certain heroes. The effort to promote a positive read more culture among the prisoners needs strategies used in the correctional facilities to guide the prisoners into adopting of small reading habits but consistent. This is hence viewed as a way paving a way towards the process of translating awareness into action in the rehabilitation process of prisoners.

3.3. The right to medical care

Article 9 of Government Decree 33/2020/ND-CP of 9 November 2020 regulates medical care for prisoners as follows: Upon arrival at a detention facility, prisoners shall be medically examined by the medical staff of the facility and a health monitoring card shall be issued.

If prone to sickness or injuries on arrival in a detention facilities, prisoners receive medical checkups, treatment and care from the medical department of the respective detention center. If a prisoner sustains severe injury or sickness beyond the capacity of the detention center's medical personnel, then detention center head transfers the prisoner to the district or provincial or even military region hospital or any hospital of higher level. In cases beyond the treatment capacity of provincial hospitals or military region hospitals, as indicated by the head of that medical facility, the head of the detention center reports to the Criminal Judgment Execution Management Agency of the Ministry of Public Security (for prisons managed by the Ministry of Public Security) or the Criminal Judgment Execution Management Agency of the Ministry of National Defense (for prisons managed by the Ministry of National Defense) to consider and decide on further treatment; simultaneously, they must notify the prisoner's relatives or representatives for coordination in care and treatment. The medical facility prescribes food, medication and nutrition for prisoners who are treated in medical facilities outside the prison.^[23]

According to this regulation, it is evident that the areas for medical care for prisoners are minimal, and it is currently difficult to accurately determine what constitutes "beyond treatment capacity." Looking at the provisions of the Criminal Judgment Execution Law 2019, the right to guaranteed health care for prisoners in international law and Vietnamese

²³ Decree 33/2020/ND-CP, Article 9, dated 9 November 2020, of the Government of Vietnam. <https://vision-associates.com/vi/legal-news-november-2020/?download=12954>. [accessed: 9 October 2024].

law is a mandatory requirement, stemming from the responsibility to ensure the life of all citizens and persons who exist and live in a state; At the same time, it is also a legal obligation that binds all countries if they want to participate in the current international “common playing field”. However, the study acknowledges that while this is well emphasized in text and theory, it faces significant limitations in practice, with specific focus on the mental care.^[24] Additionally, the application aspects of the law still need to be supported by concrete institutional backing to ensure that these provisions are practiced. Similarly, cases that are gender specific, such as pregnancy need to be addressed with a very coherent approach to ensure that all the medical rights of the prisoners are addressed.

At the same time, a crucial question arises regarding whether the medical facilities within detention centers can adequately address the treatment and care needs of prisoner patients. Given that prisoners are serving life sentences or fixed-term imprisonments, their freedom of movement—and thus their right to choose their residence, is severely restricted. This raises concerns about whether current regulations on medical care guarantee that prisoners receive comprehensive health services, especially when prisoners and their families may have the financial means to access higher-quality medical care outside the prison system.

For instance, Vietnam had the highest number of female prisoners in Southeast Asia as of 2012.^[25] This context points to the importance of medical rights especially those that are associated with gender requirements, as the Feminist Legal Theory discovered them to have been violated at that time. Hence, medical care requirements vary tremendously and women prisoners should have their medical requirements met by making sure detention centers have the necessary resources and facilities. This approach is crucial in protecting their right as well as trying to avoid a compromise of their health while they are serving their time in jail.

The reality of medical care services in Vietnam shows that the quality of medical care at grassroots and higher levels varies greatly, as does the quality between public and private services. Therefore, imposing on prisoners to follow the state medical system when they have sufficient financial

²⁴ Vu Thi Thuy, “The right to health of prisoners serving life imprisonment in International Law and Comparative to Vietnamese Law”. https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0011/3919250/Vu-Thi-Thuy.pdf.

²⁵ Samantha Jeffries, “The imprisonment of women in Southeast Asia: Trends, patterns, comparisons and the need for further research” *Asian Journal of Criminology*, 9 (2014): 253-269.

means to choose higher quality medical care does not ensure the right to the medical care of a citizen or a prisoner who is a citizen with restricted freedom of residence and movement.

Therefore, it is thought that the regulations on medical care for prisoners should be expanded to allow prisoners to choose medical treatment services and to use higher-quality medical care services. Of course, along with the choice of medical services, prisoners must bear the costs incurred, such as the cost of medical services, the cost of ensuring security, and security issues in the process of managing prisoners undergoing medical treatment.

3.4. The right to freedom of love and marriage

The Criminal Judgment Execution Law 2019 does not stipulate whether prisoners have the right to love and marry. However, the right to love and marry is a fundamental human and civil right, satisfying both spiritual and emotional needs and maintaining the lineage. Therefore, reasonably, a person who is only deprived of the right to freedom of residence and movement should still be guaranteed the right to love and marry.

In fact, regarding the right to love, neither the law nor anyone can prohibit it because it belongs to the emotions and is natural; we can only prohibit relationships that violate morality and social ethics.

Meanwhile, the right to marry is a right provided by law for citizens, and prisoners, if they voluntarily and have someone voluntarily marry them without violating prohibitions and satisfying the conditions for marriage according to the Law on Marriage and Family 2014, still have the right to marry. Marriage registration can be carried out in accordance with Article 26 of Circular 24/2020/TT-BTP dated May 20th, 2020, of the Minister of Justice.^[26]

²⁶ Article 26. Procedures for Mobile Marriage Registration, Law on Marriage and Family, 1. <https://lawnet.vn/thong-tin-phap-luat/en/tu-van-luat/cases-of-mobile-birth-registration-death-registration-and-marriage-registration-in-vietnam-127308.html>. [accesse: 11.10.2024]. The commune-level civil status registrar assigned to perform mobile marriage registration is responsible for preparing sufficient declaration forms, civil status documents, and necessary conditions to conduct mobile registration. At the mobile registration site, the civil status registrar is responsible for examining and verifying the marriage conditions of the parties; guiding citizens to complete the information in the Marriage Registration Declaration Form; and writing the Application Receipt. The deadline for returning

The exercise of rights and obligations of spouses for prisoners who marry during their sentence execution is still carried out as with prisoners who were married before serving their sentences. Prisoners are allowed to meet their spouses in private rooms when they comply well with the rules and regulations of the detention facility. However, spousal meetings in private rooms must be carried out under certain conditions, such as the implementation of measures to prevent infectious diseases; the prisoner's application to meet his/her spouse in a private room must include a commitment to comply with the law, the detention facility's regulations, the regulations of the Prisoner Meeting House, and the current legal provisions on population and family planning; female prisoners must use contraception and have a written commitment not to become pregnant to ensure the duration of their imprisonment sentence.^[27]

Similarly, sexual rights for prisoners do not exist in India, which brings the discussion of whether sexual rights are to be considered as a privilege or a right. It is however contended that other conditions like loneliness, psychological well-being and sexual satisfaction show that sexual rights should be a right not a privilege.^[28] Comparable problems which can be observed in Vietnam, especially in prisons, include overcrowding, and the absence of funds for the realization of sexual rights administration.^[29] This lack of capacity essentially marginalizes the sexual rights of prisoners, their right to reproductive health and even their rights to the privacy of partnerships. According to Social Justice Theory these principle are core ones; equality, human dignity, and equity. This framework empowers a change in the inequitable prison system currently, as seen to hurt women, the LGBTQ and ethnic minorities disproportionately.^[30] Given that these

the results of mobile marriage registration shall not exceed 5 working days from the date of receipt.

2. Within the 5-day period stipulated in Clause 1 of this Article, if it is determined that the parties meet the conditions for marriage as prescribed by the Law on Marriage and Family, the civil status registrar shall submit to the Chairman of the Commune-level People's Committee to sign the Marriage Certificate, then proceed to present the Marriage Certificate to the parties at the mobile registration site.

²⁷ Articles 4 and 5 of Circular 14/2020/TT-BCA, issued February 10, 2020, by the Minister of Public Security.

²⁸ Prithivi Raj, "Sexual Rights of the Prisoners" *Supremo Amicus*, 17 (2020): 356.

²⁹ Thu-Huong Nguyen-Vo, *The ironies of freedom: Sex, culture, and neoliberal governance in Vietnam* (Washington: University of Washington Press, 2012).

³⁰ *Handbook of social justice theory and research*. ed. Clara Sabbagh, Manfred Schmitt (New York: Springer, 2016).

groups are especially vulnerable in Vietnam, the issue of sexual rights of prisoners and prison conditions assumes a greater significance.

The main challenge of this issue is to distinguish between sexual rights on paper and the ways, in which these rights can be put into practice. Physiological self-governance over or for one's own body means are central in eradicating sexual force, coercion, or violence. However, one needs to show queerness of gender and sexual identity as a form of consideration of prisoners' rights and their human dignity, for example, to allow prisoners of one sex to receive hormonal treatment in case they are transsexual. Vietnam requires major legal changes enhancing prisoners' sexual rights where key reforms aim at gender identity. This must be coupled with resources to enable the realization of these rights and or the making of that right realizable. Lacking proper funding, the implementation of those rights would only be nominal, with no significant improvement in the lives of prisoners. Therefore, the promotion of sexual rights in the prison context is not only a question of asserting existing rights, but also of the capacity of the prison structure to facilitate them.

3.5. Some Rights of Female Prisoners

Female prisoners, as subjects with special physical, mental, and physiological characteristics, are entitled to certain specific rights during their imprisonment that male prisoners do not enjoy. These rights are equally emphasized in the legal feminist theory.

Clause 1, Article 51 of the 2019 Law on Execution of Criminal Judgments stipulates: "If a pregnant female prisoner is not granted a temporary suspension of imprisonment, she shall be provided with appropriate accommodation, receive regular or ad hoc prenatal examinations, receive medical care if necessary, have reduced working hours, and be provided with a diet that ensures her health."

Accordingly: "Female prisoners who are pregnant, on maternity leave, or nursing children under 36 months old within the detention facility shall receive a total food ration equal to twice the standard daily ration compared to the prescribed amount"; "they may exchange food items as directed by a physician or doctor; female prisoners who give birth in prison shall be provided with necessary items for infant care equivalent to one month's food ration for children of prisoners as prescribed"; "they shall be allocated a minimum sleeping space of 3m² per prisoner, have reduced

working hours, and receive medical care as prescribed.” “The detention facility is responsible for paying the actual costs of medical examination and treatment for children under 36 months old staying with their mothers in prison, with the medical examination and treatment expenses funded by the state budget.”^[31]

This regulation demonstrates the highly humanitarian nature of Vietnamese law regarding female prisoners, helping prisoners in general and female prisoners, in particular, to trust in our state’s management system, to change their perceptions, and to broaden their path towards rehabilitation.

However, in practice, the implementation of these regulations is not widespread in detention facilities because most female prisoners nursing children under 36 months old or pregnant often request postponement of their sentences. The implementation of the provisions on the rights of pregnant women prisoners, women who have recently given birth and women who are breastfeeding children under 36 months of age in temporary detention centres has not yet been comprehensively evaluated from different perspectives. Perhaps for this reason, female prisoners who are pregnant or nursing children under 36 months old prioritize requesting the postponement of their sentences.

A question arises: how should the situation be handled if a female prisoner becomes pregnant during her imprisonment in a detention facility with her husband^[32] or another person? It is not possible to force the female prisoner to have an abortion, as this would be an inhumane measure. In other words, the prisoner should be allowed to give birth if she wishes. Or in the case of a female prisoner serving a life sentence, if she wants to have a child, should she be allowed to do so? Current regulations do not permit this, but does prohibit female prisoners from having children deprive women of their right to motherhood? If such a prisoner has a husband who is willing to have a child with her despite knowing she is serving a life sentence, or if the female prisoner has the financial means and there is a voluntary sperm donor to perform embryo preservation and artificial insemination, should she be allowed to have a child?

³¹ Article 10 of Decree 133/2020/ND-CP, issued 9 November 2020.

³² Given that during their sentence, female prisoners are still allowed contact with their husbands and may be permitted to meet their husbands in private rooms arranged by the detention facility, as analyzed in the preceding section.

Unfortunately, a lot of nations and their governments are lack of clear regulations concerning the permission for the female prisoners to get pregnant and give birth in detention centers if they are pregnant when detained. It is only in special cases that women bring forth children and let them grow up in such prison, legally yes but not catered for. Taking into account that imprisonment of a woman during pregnancy is impossible, the restrictions are mainly related to the concerns over the health of the former and her baby in penitentiary establishments. Detention centre is not adequately facilitated, and at times there are no basic medical to give to mothers or children might not receive proper care if they are part of a healthy family since they are detained in detention centres. For these reasons most countries deny pregnancy in prison environments. Regarding another neighboring country, Cambodia, some challenges connected with pregnancy of prisoners and this issue entailed absence of the resources needed to provide the mother who is getting acquainted with baby requirements^[33]. The concern, therefore, seems to be not motivated out of antagonistic need to deprive female prisoners of their right to sexual liberation than that of the waning ability of the prison facilities to meet the needs of mothers and their babies. This is well observed regarding prisons in the developing states like Vietnam naked resource dictates the prisoners' policies. Regarding the latter, the Pregnancy and child rearing in prison policy may also differ considerably depending on the elaboration and development of the correctional system; it is to be said that countries of the EU or any developed country, including the USA may have even more highly developed systems than the country under analysis.

³³ Billy Gorter, Philip J. Gover, "Supporting female prisoners and their families: The Case of Cambodia", [in:] *Gender, Criminalization, Imprisonment and Human Rights in Southeast Asia*, ed. Andrew M. Jefferson, Samantha Jeffries (Bingley: Emerald Publishing Limited, 2022), 45-57.

4 | Rights of Prisoners under Vietnamese Law Compared to International Legal Requirements

Participation in international human rights conventions has prompted Vietnam to standardize its legal system to meet the requirements of international law, aiming to implement human rights in all areas of social life.^[34]

The 2019 Law on Execution of Criminal Judgments basically meets international law requirements on human rights. In particular, it prioritises the principle of humanity in order to reform prisoners and guide them towards good, rather than suppressing or depriving them of all civil and human rights that can be exercised in detention facilities.

4.1. Human Rights in the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966

According to the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, persons deprived of their freedom must be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person. Everyone has the right to freedom of belief and to manifest his or her religious beliefs. The right of men and women of marriageable age to marry and found a family is recognised.^[35]

The 2019 Law on Execution of Criminal Judgments has accordingly made fundamental provisions that meet and are compatible with the human rights provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966. In particular, the draft amendments and supplements to specific articles of the 2019 Law on Execution of Criminal Judgments have added many open provisions on prisoners' rights. In addition to the specific rights listed in Article 27 of the 2019 Law on Execution of Criminal Judgments, prisoners "Shall enjoy other rights of citizens if not restricted by this Law and other relevant laws, except in cases where those rights cannot be exercised due to their serving sentences in prisons, detention centers,

³⁴ Tan Duy, Dandurand, "Alignment of Vietnamese Law", 10.

³⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations Treaty Series 999:171.

or temporary detention houses.”^[36] The addition of this provision is truly a breakthrough in ensuring citizens’ and prisoners’ rights to a new level where many civil rights of prisoners are maximally protected.

4.2. Human Rights in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966

The human rights provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966 grant people the right to participate in work, to just remuneration and adequate rest for the renewal of their energies; to social security; to respect and maximum protection for the well-being of the family, the right to freedom and voluntary marriage of couples; the right to food, clothing, housing and medical care; the right to study and improve one’s qualifications; the right to play and recreation; the right of mothers to rest, care and social security benefits when giving birth.^[37]

These contents have been stipulated in Articles 27 and 32 of the 2019 Law on Execution of Criminal Judgments. At the same time, the draft Law Amending and Supplementing a Number of Articles of the 2019 Law on Execution of Criminal Judgments has also been added and amended to increase the compatibility of domestic law with international treaties. Particularly regarding the right to medical care, prisoners “are entitled to medical examination and treatment regimes in accordance with the provisions of health insurance law.”^[38] However, while this study appreciates such intervention, there is a need to anchor such provisions in specific institutions to address major gaps in the implementation of such policies as observed by Hoang and Trinh (2024). Similarly, standards should be established to ensure that such policies support the establishment of prisons that have the necessary infrastructure and resources to support prisoners’ rights.

³⁶ Ministry of Public Security, Compatibility Review Report of the Draft Law Amending and Supplementing Several Articles of the Law on Execution of Criminal Judgments with International Treaties to which Vietnam is a Member, National Assembly’s Electronic Information Portal. <https://academic.oup.com/book/58106/chapter/479380079>. [accessed: 25.8.2024].

³⁷ Articles 7, 9, 10, 11, 12, 13, and 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966.

³⁸ Article 48 of the Draft Law Amending and Supplementing Several Articles of the Law on Execution of Criminal Judgments 2019.

4.3. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1965

According to this Convention, “any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, based on equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.”

The 2019 Law on Execution of Criminal Judgments has made introductory provisions for female prisoners to be protected and exercise human rights, to be respected and granted special rights to ensure physical and mental protection and the role of motherhood. Accordingly, female prisoners who are pregnant or breastfeeding children under the age of 36 months in prison will enjoy better regimes of food, clothing, accommodation and rest than ordinary prisoners in order to ensure the health of both mother and child and to preserve the sacred bond between mother and child.^[39]

In general, the 2019 Law on Execution of Criminal Judgments has fully stipulated prisoners’ rights, meeting the protection of civil rights and human rights of prisoners as required by international treaties to which Vietnam is a party. However, the history of the formation and development of a young judicial system such as Vietnam’s requires a process of research, evaluation, resource allocation and improvement, both to perfect the legal provisions on prisoners’ rights and to ensure that the provisions of the law are effectively and correctly implemented in practice, so as to truly protect and assist prisoners to be rehabilitated and to enjoy their civil and human rights during the period when they are deprived of their freedom of residence and movement.

³⁹ Article 51 of the Law on Execution of Criminal Judgments 2019; Decree 133/2020/ND-CP, issued 9 November 2020, by the Prime Minister, guiding the implementation of several articles of the Law on Execution of Criminal Judgments 2019.

5 | Proposals and Recommendations

The program and plan for amending and supplementing the 2019 Law on Execution of Criminal Judgments have been established. It is hoped that the Draft Law amending and supplementing specific articles of the 2019 Law on Execution of Criminal Judgments will be soon considered and passed so that prisoners can extensively enjoy the rights to which they are entitled.

Accordingly, there is a need to add more explicit provisions on the right of prisoners to marry, including procedures for registering marriages between prisoners or between a prisoner and a free person outside prison. There is also a need for civic education to ensure that prisoners are aware of their rights so that they can make informed decisions.

The right to medical care should be extended in terms of treatment facilities, financial conditions, health status and measures to ensure the safety of the prisoner during medical treatment. This provision aims towards a fair, equal, and progressive judicial system.

In addition, the regulations on the right of prisoners to study and research must be more precise and guided in terms of the scope, level and methods in which prisoners can participate in order to satisfy their desire for education and research and thereby transform themselves and become intellectual and progressive citizens with a high ability to reintegrate into the community after their release.

6 | Conclusion

In conclusion, it is clear that prisoners are in a limited liberty state where their only human right is violated is the right to freedom of residence and movement. For this reason, the Vietnamese legal system has provisions of the law on the enforcement of criminal judgments dealing with prisoners' rights. Basic citizenship rights, the prisoners remain upheld in legal documentation and among the rights include food, clothing, shelter, medicine, education, work, play and the right to family. These rights are actually practiced and are called humane and thereby support the process of rehabilitation efficiently. Nonetheless, the practical application of such policies in such a country, as is Vietnam, presents certain difficulties owing to the country's political setting and the lack of funds. These are some

of the factors that limit the effective realization of prisoners' rights and their provisions in the law. This article suggests some changes in criminal law regulations and their implementation could greatly contribute to the improvement of prisoner's rights protection. It would also mean civility in restoring those who have gone astray by giving them an opportunity to reintegrate into society and lead decent lives again. Further, by specifying the legal frameworks for the implementation of the 2019 Law on Criminal Justice in Vietnam, this paper aims to show how the law in theory differs from the law in practice in Vietnamese prisons.

Bibliography

- Brunson Angela Michelle, *Faith, hope, and torture: Music in the prisoner-of-war camps of north Vietnam*. Memphis: The University of Memphis, 2021.
- Fineman Martha Albertson, "Feminist theory in law: The difference it makes", [in:] *Feminist Legal Theories*. 213-235. New York: Routledge, 2013.
- Galgani Filippo, Paul Compton, Achim Hoffmann, "Combining different summarization techniques for legal text", [in:] *Proceedings of the workshop on innovative hybrid approaches to the processing of textual data*, (2012): 115-123.
- Gorter Billy, Philip J. Gover, "Supporting female prisoners and their families: The Case of Cambodia", [in:] *Gender, Criminalization, Imprisonment and Human Rights in Southeast Asia*, ed. Andrew M. Jefferson, Samantha Jeffries. 45-57. Bingley: Emerald Publishing Limited, 2022.
- Hoang Thi Tue Phuong, Duy Thuyen Trinh, "The Overreliance on Termed Imprisonment and the Challenges within Youth Criminal Sentencing Framework: The Case of Vietnam" *International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique*, (2024): 1-22.
- Jeffries Samantha, "The imprisonment of women in Southeast Asia: Trends, patterns, comparisons and the need for further research" *Asian Journal of Criminology*, 9 (2014): 253-269.
- Kien Tuong Duy, "The Role and Obligations of the State in Vietnam According to International Rules on Human Rights Respect and Protection in Businesses", [in:] *Laws on Corporate Social Responsibility and the Developmental Trend in Vietnam*, ed. Nguyen Binh An, Phan Thong Anh. 27-39. Singapore: Springer Nature Singapore, 2023.

- Kvanvig Gisle, "Human Rights in Contemporary Vietnam", [in:] *Routledge Handbook of Contemporary Vietnam*, ed. Jonathan D. London. 104-116. New York: Routledge, 2022.
- Langbroek Philip M., Kees Van Den Bos, Marc Simon Thomas, J. Michael Milo, Wibo M. van Rossum, "Methodology of legal research: Challenges and opportunities" *Utrecht Law Review*, No. 3 (2017): 1-8.
- Le Phuoc Dinh, "Urban planning in Vietnam: A constructed field of patriarchy" *Science & Technology Development Journal: Economics-Law & Management*, No. SI2 (2021): 112-122.
- Liu Huinan, Tsz Wai Li, Li Liang, Wai Kai Hou, "Trauma exposure and mental health of prisoners and ex-prisoners: A systematic review and meta-analysis" *Clinical Psychology Review*, 89 (2021): 102069.
- Mühlhahn Klaus, *Criminal justice in China: A history*. New Haven: Harvard University Press, 2009.
- Nguyen-Vo Thu-Huong, *The ironies of freedom: Sex, culture, and neoliberal governance in Vietnam*. Washington: University of Washington Press, 2012.
- Raj Prithivi, "Sexual Rights of the Prisoners" *Supremo Amicus*, 17 (2020): 356-372. *Handbook of social justice theory and research*. ed. Clara Sabbagh, Manfred Schmitt. New York: Springer, 2016.
- Stone Martin, "Legal Positivism as an Idea about Morality" *University of Toronto Law Journal*, No. 2 (2011): 313-341.
- Taekema Sanne, "Theoretical and normative frameworks for legal research: Putting theory into practice" *Law and Method*, (2018).
- Tan Duy Le Huynh, Yvon Dandurand, "Alignment of Vietnamese Law on the Treatment of Juvenile Prisoners With International Standards and Norms" *Youth Justice*, No. 1 (2022): 3-20.
- Thái Phạm Hồng, Vũ Công Giao, Nguyễn Anh Đức, "The Court System in the Fight against Corruption in Vietnam: Traditional Problems and New Challenges from Free Trade Agreements" *Journal of Vietnamese Studies*, No. 1 (2020): 77-106.
- Thuy Vu Thi, *The right to health of prisoners serving life imprisonment in International Law and Comparative to Vietnamese Law*. https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0011/3919250/Vu-Thi-Thuy.pdf.
- Van Duy Bui, "Judge in Criminal Case Trial Activities in Vietnam" *Universum: экономика и юриспруденция*, No. 6 (2024): 66-68.
- Vu Thinh-Van, "Freedom of and Workers' Participation in Trade Unions in Vietnam", [in:] *The Dragon's Underbelly: Dynamics and Dilemmas in Vietnam's Economy and Politics*. 262-288. Singapore: ISEAS – Yusof Ishak Institute, 2023.



Freedom of Association in Vietnam: The Journey, Challenges, and Prospects for Legal Reform

Abstract

Vietnam has long upheld the right to freedom of association in its constitutions, reflecting a commitment to fundamental human rights in line with international conventions. However, the country's current legal framework (rooted in the 1957 Order No. 102) remains outdated, restricting civil society's potential and falling short of modern needs. This article examines the intricate path toward establishing a comprehensive law on freedom of association, focusing on balancing state oversight and individual liberties. The article advocates for a progressive legal framework, emphasizing the need for reforms to nurture a vibrant civil society, positioning it as an ally in national development rather than a challenge to state authority. Such a law would enhance Vietnam's global reputation, support sustainable development, and encourage a more dynamic, democratic society. This study adds meaningful insights to Vietnamese legal scholarship, offering actionable recommendations for policymakers and reaffirming Vietnam's commitment to harmonizing its legal landscape with national ambitions and global human rights standards.

KEYWORDS: freedom of association, human rights, civil rights, law on the right to freedom of association, Vietnam

MINH CAO VU – PhD in law, University of Economics and Law, Ho Chi Minh City, Vietnam and Vietnam National University, Ho Chi Minh City, Vietnam, ORCID – 0000-0002-4923-9501, e-mail: minhcv@uel.edu.vn

KHANH NHAT NGUYEN – PhD student, LLM, Faculty of Law, University of Economics and Law, Ho Chi Minh City, Vietnam and Vietnam National University, Ho Chi Minh City, Vietnam, ORCID – 0000-0002-8517-6544, e-mail: khanhnn@uel.edu.vn

THI NGOC ANH CAO – master student, Academy of Public Administration and Governance – Ho Chi Minh City Campus, Ho Chi Minh City, Vietnam, ORCID – 0009-0005-0326-1868, e-mail: caongocanhthi.law@gmail.com

1

1. Introduction

Freedom of association is regarded as a human right, widely mentioned in international conventions, such as the Universal Declaration of Human Rights of 1948 (Article 20.1) and the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 22.1). Freedom of association is an expression of individual freedom and a foundation for societal development. Studies have shown that a society is unlikely to thrive if it does not respect the right to freedom of association. “This right allows all individuals, regardless of race, gender, or age, to choose the people with whom they can collaborate”.^[1]

In Vietnam, the right to freedom of association was recognized early on in the 1946 Constitution (Article 10), and later continued to be acknowledged in the 1959 Constitution (Article 25), the 1980 Constitution (Article 67), the 1992 Constitution (amended and supplemented in 2001) (Article 69), most pro-human rights Constitution, the 2013 Constitution (Article 25). However, since 1946, Vietnam has had only one separate law regulating the right to association, which is the Law on the Right to Association of 1957. This law has been in place for a long time, and therefore, the National Assembly has considered drafting a new law on the right to freedom of association on several times to better align with the practical needs of the country.

QUEDRFTG “According to the 2023 report on measuring civil liberties and political rights published by Freedom House, Vietnam scored only 19/100 for civil liberties and political rights, as in 2022. Specifically, Vietnam scored only 4/40 for political rights and 15/60 for civil liberties.”^[2] These figures reflect the limitations in ensuring fundamental freedoms in Vietnam, including the right to freedom of association. The stagnant score over the years highlights the urgent need for Vietnam to establish a new, more specific legal framework – a law on the right to freedom of association – to improve the current situation. Such a law would help Vietnam enhance its standing in international assessments, contribute to sustainable development, and ensure citizens’ freedoms in global integration.

¹ Robert, Bork, “Civil Rights – A Challenge” *New Republic*, 31 August 1963.

² Andrew Wells-Dang, “The Political Influence of Civil Society in Vietnam”, [in:] *Politics in Contemporary Vietnam: Party, State, and Authority Relations*, ed. Jonathan D. London. 162-183 (London. Palgrave Macmillan, 2014).

2 | A more than 20-year journey to enact Vietnam's law on freedom of association

The right to freedom of association in Vietnam was first mentioned in 1919 when President Ho Chi Minh (then known as Nguyen Ai Quoc) submitted the “Demands of the Annamite People” to the Versailles Peace Conference. In this document, the right to freedom of association and assembly was explicitly listed as one of the eight core demands of the Annamite People to the French government.

On this basis, during the struggle for national independence from 1930 to 1945, the Communist Party of Vietnam (then the Indochinese Communist Party) began paying attention to and gradually laying the foundation for the rights to freedom of association and assembly. The Party's 1930 brief political platform affirmed the resolve to “struggle for the people's right to organize freely.” The Party's Central Committee resolution of 1930 called for the implementation of rights such as “freedom of organization, speech, assembly, strikes, demonstrations, and protest marches.” Additionally, in various appeals in 1931, “the Party strongly urged the public to demand that the French government return to the people the rights to strike, demonstrate, and associate.”^[3] Although the right to freedom of association was not formally codified into law during this period, nor were there explicit provisions for its enforcement, its initial recognition in key documents reflected the Communist Party of Vietnam's early consideration of this right.

The concept of freedom of association was constitutionally recognized for the first time in 1946, in Vietnam's first Constitution. Article 10 of the 1946 Constitution acknowledged the ‘freedom of organization and assembly’ as a fundamental right of citizens. This recognition marked a significant milestone in developing a legal framework that respects and ensures civil rights, with the right to freedom of assembly as a prominent example. This right was subsequently reaffirmed in the 1959 Constitution (Article 25), the 1980 Constitution (Article 67), the 1992 Constitution (amended and supplemented in 2001) (Article 69), and the 2013 Constitution (Article 25).

In addition to constitutional provisions, Vietnam issued Order No. 102 of 1957, which regulated the right to form associations (Order No. 102 of 1957) to ensure the practical implementation of the right to freedom of association.

³ Khanh Tung La, Xuan Hoa Nghiem, Cong Giao Vu, *A Rights-Based Approach to Associations and Freedom of Association* (Hong Duc Publishing House, 2015), 11.

However, with rapid societal changes, many provisions of Order No. 102 of 1957 have become outdated and no longer align with the realities of modern Vietnam. Precisely, the decree consists of 12 articles. While four articles – those of a declaratory or principled nature (Articles 1, 10, 11, 12) – are still somewhat relevant, the remaining eight (Articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9) have become obsolete. As a result, relevant agencies and organizations have drafted new laws on the right to freedom of association to present to the National Assembly over the years. Bills were officially submitted in 2006 and again in 2016, hoping to create a new legal framework to regulate citizens' right to association. However, the National Assembly has yet to pass a new law to replace the outdated Order No. 102 of 1957.

The main reason for this delay lies in the careful balance between ensuring citizens' right to freedom of association and meeting the requirements of state management. "Drafting a new law requires harmonizing the facilitation of social organizations' development with maintaining the necessary state control."^[4] This is one of the key reasons that has hindered the passage of a law on freedom of association.

As mentioned, Order No. 102 of 1957 remains the highest legal document governing citizens' right to freedom of association. However, as it no longer fits the current reality, government decrees have rendered most of its provisions ineffective. It is rare in state management that legal document issued in 1957 is still in force in 2024. The prolonged legal validity of Order No. 102 is not due to the inherent strength of its provisions but rather the "caution" of the legislators.^[5] Currently, among the 137 legislative tasks of the 15th National Assembly (2021-2026), the bill on freedom of association is not included. This indicates that the development and passage of a law on freedom of association will likely be delayed. In the meantime, Vietnam will continue to apply the provisions of Order No. 102 of 1957, along with Decree No. 45/2010/ND-CP (amended and supplemented by Decree No. 33/2012/ND-CP), and soon Decree No. 126/2024/ND-CP, which will take effect on 26 November 2024.

⁴ Ti Than Puong Nguyen-Pochan, *The Draft Law on Association in Vietnam: Legal, Political, and Practical Norms Under Debate*, [in:] *The Palgrave Handbook of Political Norms in Southeast Asia*. ed. Gabriel Facal, Elsa Lafaye de Micheaux, Astrid Norén-Nilsson (London: Palgrave Macmillan, Singapore, 2024), 94.

⁵ Vietnamnet, *Why Hesitate on the Right to Form Associations?* [<https://vietnamnet.vn/quyen-lap-hoi-sao-phai-e-de-263155.html>], accessed September 24, 2024.

3 | Urgent reasons for enacting a law on freedom of association in Vietnam

First, compliance with the right to freedom of association as stipulated in international commitments that Vietnam has signed.

The pioneering document that laid the foundation for establishing international standards on the right to freedom of association is the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). The UDHR plays a crucial role in raising awareness of this right by affirming freedom of association as a fundamental human right. The UDHR also laid the groundwork for principles and values that were later inherited in many international legal documents. Article 20 (1) of the UDHR clearly states: “Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association. No one may be compelled to belong to an association.” Thus, the UDHR ensures that the right to freedom of association is recognized for “everyone,” without distinction, reflecting the equality and universality of human rights.

Following that, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) further reinforced the right to freedom of association (Article 22)^[6] as a fundamental human right. The provisions of the ICCPR affirm the right to freedom of association and impose binding obligations on member states.^[7] Like the UDHR, the ICCPR stipulates that the right to freedom of association belongs to everyone, without discrimination based on race, color, gender, language, religion, or political opinion. Additionally, the ICCPR specifically mentions trade unions as a form of association. However, “this provision is not intended to limit the scope of the right to freedom of association by excluding other forms of association.”^[8]

To ensure the right to freedom of association for human rights defenders, the United Nations General Assembly adopted the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups, and Organs of Society to

⁶ Article 22(1) ICCPR provides: “Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests”.

⁷ Irish, L.E., and Simon, K.W., “Freedom of Association, Recent Developments Regarding the Neglected Right”, *International Journal of Not-for-Profit Law*, vol. 3, issue 2, (2000): 4.

⁸ Alan Fowler, *Public Interest Law Initiative. Enabling Civil Society: Practical Aspects of Freedom of Association. A Source Book*. 2nd ed. (Public Interest Law Initiative, 2003), 23-24.

Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms in 1998 (the Declaration). Unlike the UDHR and ICCPR, which generally regulate freedom of association, the Declaration addresses the right to freedom of association for human rights defenders. Article 1 of the Declaration states: “Everyone has the right, individually and in association with others, to promote and to strive for the protection and realization of human rights and fundamental freedoms at the national and international levels.”

In addition, provisions ensuring the right to freedom of association can also be found in other international human rights documents, such as Articles 1 and 2 of the First Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966^[9], and Article 5 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD).^[10]

As a member state that has signed and ratified many international conventions, including the ICCPR and CERD, Vietnam is obliged to comply with regulations related to the right to freedom of association. This is not simply a commitment on paper but requires Vietnam to take active steps in building and maintaining a robust legal framework, with specific and transparent laws, to respect, ensure, and enforce the right to freedom of association in practice.

Secondly, compliance with the provisions on freedom of association as well as the limitations on this right in the 2013 Constitution.

According to Article 15 of the Law on Promulgation of Legal Documents of 2015 (amended and supplemented in 2020), the National Assembly issues

⁹ The First Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights took effect on March 23, 1976. The United Nations General Assembly adopted it through Resolution 2200A (XXI) on December 16, 1966. Article 1 of the Protocol provides that the Human Rights Committee has the authority to receive communications from individuals whose rights under the ICCPR, including the right to freedom of association, have been violated by states. Article 2 stipulates that these individuals must exhaust all available domestic remedies before submitting a written complaint.

¹⁰ The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) came into effect on January 4, 1969. It was adopted by the United Nations General Assembly through Resolution 2106 (XX) on December 21, 1965. Article 5 of CERD stipulates that, in exercising civil rights such as the right to peaceful assembly and association, states commit to prohibiting and eliminating all forms of racial discrimination and ensuring equality before the law for the enjoyment of these rights, without any discrimination based on race, color, national or ethnic origin.

laws to regulate human rights and the basic rights and obligations of citizens. Freedom of association is a fundamental right of citizens, recognized in the 2013 Constitution. Therefore, the enactment of a specific law governing the right to freedom of association is in line with the provisions of the Law on Promulgation of Legal Documents of 2015 (amended and supplemented in 2020).

In theory, “the rule- of-law is a state that protects human rights through humane laws.”^[11] Protecting human rights also includes limiting human rights when necessary to ensure the community’s common interests. In Vietnam’s constitutional history, the National Assembly introduced, for the first time, a general principle on the limitation of human and citizen rights. Accordingly, Clause 2 of Article 14 of the 2013 Constitution states: “Human rights and citizens’ rights may only be restricted by law in cases of necessity for reasons of national defense, national security, public order, social safety, social morality, and public health.” Based on this principle, the freedom of association may also be restricted when necessary for reasons such as national defense, national security, public order, social safety, social morality, or public health. The ICCPR also limits the right to freedom of association when necessary for national security, public safety, public order, the protection of public health, or public morals.

Overall, the 2013 Constitution allows for limiting the right to freedom of association in necessary cases, with reasons primarily aligned with the ICCPR. The legal issue that arises is that any restriction on citizens’ freedom of association must be prescribed by the National Assembly in a document with the form and title of “law.” Thus, the continued enforcement of Order No. 102 of 1957 is neither lawful nor reasonable from a conceptual and practical standpoint. It is unreasonable because Order No. 102 of 1957, issued by the President, does not fully reflect the aspirations and wishes of the citizens as a law – a document issued by the highest representative body of the nation. It is unlawful because Order No. 102 of 1957, issued by the President, regulates matters directly related to limiting human rights and citizens’ rights. For example, Article 2 of Order No. 102 of 1957 states that “those who have lost their citizenship or are being prosecuted before the law” do not have the right to form associations. The essence of this provision is the restriction of citizens’ right to association; however, the National Assembly does not regulate such a restriction.

¹¹ Martin Loughlin, “The Rule of Law: A Slogan in Search of a Concept” *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. XVI (2024): 509-523.

Moreover, there is a conflict between this decree and the provisions on the deprivation of citizenship in the 2015 Criminal Code (amended and supplemented in 2017) and the vague nature of the term “those who have lost their citizenship.” It is important to note that the National Assembly is not authorized to maintain human rights and citizens’ rights restrictions in any legal document other than laws passed by the National Assembly, as only laws, in the form of statutes, have the authority to regulate such issues. With this approach, it becomes more urgent than ever for the National Assembly to consider enacting a Law on Freedom of Association to replace Order No. 102 of 1957.

Thirdly, promoting the development of civil society in Vietnam.

“Defining civil society is a complex issue due to the diverse nature of organizations within the entire civil society sector.”^[12] Nevertheless, “civil society is generally recognized by several key characteristics: (i) it operates independently of the state; (ii) it functions based on voluntary principles; (iii) it is financially autonomous; (iv) its scale, organizational forms, and structures are highly diverse; and (v) its common goal is community development, with most organizations being non-profit.”^[13]

As an essential component of civil society, associations are therefore seen in studies as foundational to a dynamic civil society. “The right to collaborate with others to promote a specific goal over time is a key element supporting other citizens’ freedoms.”^[14]

According to the 2023 report by Freedom House on measuring civil liberties and political rights, Vietnam scored only 19/100 in civil liberties and political rights. This score remains “stagnant,” with no change from 2022. Specifically, Vietnam scored 4/40 for political rights and 15/60 for civil liberties. These figures indicate certain limitations in Vietnam’s development of civil society.^[15] Therefore, enacting a Law on Freedom of Association is crucial to create a clear legal framework for civil society organizations to operate and to improve effectiveness in monitoring and providing feedback

¹² OECD, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions* (Paris: OECD Publishing, 2020). https://www.oecd.org/en/publications/innovative-citizen-participation-and-new-democratic-institutions_339306da-en.html.

¹³ Manh Toan Vu, “Corporate Responsibility in Vietnam: Challenges for Businesses, Government, and Civil Society” *Journal of Philosophy*, No. 2 (2009): 13-17.

¹⁴ Dang Dung Nguyen, Dang Duy Nguyen, “Associations in Civil Society and the Draft Law on Associations in Vietnam” *Journal of Legislative Studies*, No. 12 (2016): 25.

¹⁵ Wells-Dang, “The Political Influence of Civil Society in Vietnam”, 162-183.

on public policies. The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) has pointed out the advantages when governments encourage the participation of civil society organizations. “Such encouragement increases public trust and ensures that all segments of society are heard and reflected in the policy-making and implementation process.”^[16]

Fourth, it addresses the fragmentation and limitations of outdated regulations on the right to freedom of association.

Shortly after the establishment of the Democratic Republic of Vietnam, President Ho Chi Minh placed great emphasis on forming and managing associations. The right to freedom of association for citizens was also clearly stated in the 1946 Constitution. On 20 May 1957, President Hồ Chí Minh issued Order No. 102 of 1957, which regulated the right to form associations. Subsequently, several legal documents concerning the right to freedom of association were consecutively issued. A reference table of these regulations can be consulted.

Table 1: Summary of state-issued documents regulating the right to freedom of association from 1946 to the present

No.	Document Title	Issuing Authority	Date of Issuance
1	Constitution of 1946	National Assembly	09/11/1946
2	Decree No. 257-TTg on the right to establish associations	Prime Minister	14/6/1957
3	Order No. 102/SL/004 on the right to form associations	President	20/5/1957
4	Decree No. 258-TTg detailing the implementation of Order No. 102/SL/004 on the right to form associations	Prime Minister	14/6/1957
5	Constitution of 1959	National Assembly	31/12/1959
6	Constitution of 1980	National Assembly	18/12/1980
7	Directive No. 01/CT on the management of organizations and activities of associations	Council of Ministers	05/01/1989
8	Circular No. 07/TCCP guiding the implementation of Directive No. 01/CT on the management of organizations and activities of associations	Government Organization Committee	06/01/1989

¹⁶ Organization for Economic Cooperation and Development, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions*, 2020. https://www.oecd.org/en/publications/innovative-citizen-participation-and-new-democratic-institutions_339306da-en.html.

No.	Document Title	Issuing Authority	Date of Issuance
9	Directive No. 202/CT on the observance of the State's guidelines regarding associations	Council of Ministers	05/6/1990
10	Constitution of 1992	National Assembly	15/4/1992
11	Decision No. 64/2001/QĐ-TTg on the use of foreign aid in government organizations	Prime Minister	26/4/2001
12	Circular No. 04/2001/TT-BKH guiding the implementation of Decision No. 64/2001/QĐ-TTg on the use of foreign aid in government organizations	Ministry of Planning and Investment	05/6/2001
13	Circular No. 199/TCCP guiding the management of civil servants in associations	Government Organization Committee	05/6/1994
14	Decree No. 45/2010/ND-CP on the organization, operation, and management of associations	Government	21/04/2010
15	Decision No. 68/2010/QĐ-TTg on foreign non-governmental organizations	Prime Minister	01/11/2010
16	Circular No. 71/2011/TTLT on the management of government financing for associations	Ministry of Finance	24/05/2011
17	Decree No. 33/2012/ND-CP amending Decree No. 45/2010/ND-CP on associations	Government	13/04/2012
18	Constitution of 2013	National Assembly	28/11/2013
19	Decree No. 162/2020/ND-CP on the organization, operation, and management of associations	Government	08/10/2020

In addition to documents issued by state agencies, the Communist Party of Vietnam (the ruling party) has also placed particular emphasis on citizens' right to freedom of association by issuing various guiding and leadership documents. A summary table can be found below:

No.	Document Title	Issuing Authority	Date of Issuance
1	Resolution No. 05-NQ/TW on renewing and raising the level of leadership, management of culture, arts, and literature, promoting creativity and development	Politburo	28/11/1987
2	Directive No. 51-CT/TW on supporting the Association of the Blind of Vietnam	Central Executive Committee	12/4/1989
3	Resolution No. 08B/NQ-HNTW from the 8th Conference of the Central Committee (6th Tenure) on public affairs, strengthening the relationship between the Party and the people	Central Executive Committee	27/3/1990

No.	Document Title	Issuing Authority	Date of Issuance
4	Directive No. 61-CT/TW on some current issues in the management of culture, arts, and literature	Central Executive Committee	21/6/1990
5	Announcement of the Secretary's opinion No. 26 on consolidating the Union of Cultural and Artistic Associations	Secretariat	16/9/1992
6	Directive No. 27/CT-TW on the tasks and organization of the Vietnam Union of Friendship Organizations	Central Executive Committee	27/7/1993
7	Announcement of the Secretary's opinion No. 125-CT/TW on organizing the Association of Industry and Trade	Secretariat	24/8/1995
8	Directive No. 59-CT/TW on caring for the elderly	Central Executive Committee	27/9/1995
9	Directive No. 01/TT-TW on strengthening leadership of the Red Cross of Vietnam	Central Executive Committee	20/9/1996
10	Directive No. 42/CT/TW on increasing the Party's leadership over mass organizations	Central Executive Committee	06/10/1998
11	Directive No. 45/CT-TW on promoting the activities of the Union of Scientific and Technical Associations of Vietnam	Central Executive Committee	11/11/1998
12	Directive No. 05-NQ/TW on the Party's leadership over the Vietnam Association for the Promotion of Education	Central Executive Committee	24/8/1999
13	Directive No. 56-CT/TW on increasing the Party's leadership over the Union of Vietnam Friendship Organizations	Politburo	18/8/2000
14	Directive No. 17-CT/TW from the Politburo on renewing and enhancing the Party's leadership over mass organizations	Politburo	28/8/2012
15	Conclusion No. 102-KL/TW of the Politburo on mass organizations	Politburo	22/9/2014
16	Resolution No. 226-CV/TW of the Politburo on mass organizations	Politburo	10/8/2015

Although there have been quite a few documents issued by the Party and the State regulating the right to freedom of association, to date, the issue of establishing associations and state management of associations is still explicitly governed by a legal document with the highest legal value, which is Order No. 102 from 1957. The regulation of citizens' right to freedom of association in Order No. 102 from 1957 would not be a matter of concern if this document remained appropriate for practical implementation. However, after 67 years of enforcement, Order No. 102 from 1957 is no longer

suitable for the current situation and has become an obstacle to implementation. Due to the inconsistency between this decree and the present reality, when addressing issues related to establishing associations, the legal basis cited for resolution is lower-level legal documents such as Decree No. 45/2010/ND-CP and Decree No. 33/2012/ND-CP. Decree No. 45/2010/ND-CP and Decree No. 33/2012/ND-CP have also revealed limitations and inadequacies (LE, 2015). In this context, the Government urgently issued Decree No. 126/2024/ND-CP to replace Decree No. 45/2010/ND-CP (amended and supplemented by Decree No. 33/2012/ND-CP). However, the Government's decree detailing the citizens' right to establish associations is merely a "fire-fighting" measure. Additionally, these decrees often define the right to establish associations in a way that favors management activities. This, "in turn, has significantly narrowed the citizens' constitutionally sacred right to form associations through the 'scissors' of the decrees."^[17]

Thus, "the right to freedom of association is scattered across various legal documents."^[18] In reality, Order No. 102 from 1957 is no longer applied. The regulation of the right to freedom of association is "left to" sub-law documents. Still, these documents are only suitable for the development of society or the needs of the people in the context of deeper international integration. Therefore, issuing a law with direct legal effect to replace Order No. 102 from 1957 would be an effective solution to overcome the situation of having many documents but needing more quality regulations that governing the right to freedom of association and the state management of associations.

¹⁷ Vu Cao, Minh Nhat Khanh Nguyen, "The Law on Associations: A Legal Basis for State Management of Associations" *Journal of Legal Science*, No. 2 (2017): 14-15.

¹⁸ Thi Nu Nguyen, "The Right to Form Associations under the Constitution of the Socialist Republic of Vietnam" *Journal of Hue University of Science: Social Sciences and Humanities*, No. 6C (2021): 83-91.

4 | Barriers to the introduction of the law on the right to freedom of association in Vietnam

Firstly, the Communist Party of Vietnam, the ruling party in Vietnam, is concerned that the establishment and activities of associations will promote the development of “civil society.” This poses a potential risk of weakening and undermining the leadership and ruling role of the Communist Party of Vietnam.

Theoretically, “associations and the right to freedom of association are often considered the core components of civil society.”^[19] “Is “civil society” at base a cooperative force for sustainable development and poverty reduction, or a political movement aiming for system-wide change?”^[20] This is a critical issue related to the survival of the Communist Party of Vietnam. After the Renewal process, the leadership of the Communist Party of Vietnam showed signs of weakening, which made the Communist Party of Vietnam highly concerned about the development of “civil society”. Even more concern for Vietnamese domestic civil society organizations is the renewed push to adopt new restrictions on associational life. As early as the 1990s, nascent Vietnamese NGOs began pressing for a rights-enhancing Law on Associations. However, “for years, such legislation was blocked by those in the ruling party who opposed the growth of civil society.”^[21]

The Communist Party of Vietnam is concerned that the development of “civil society” through associations, groups, etc., could easily lead to “color revolutions,” with the politicization of associations turning them into opposition forces that would directly compete with the ruling position of the Communist Party of Vietnam. As a result, civil society and associations could pursue the goal of overthrowing the Communist Party of Vietnam by “non-violent” and “non-military” means. Therefore, Directive No. 17-CT/TW of the Politburo has established the principle that “associations operating at any level must be under the leadership of the Party committee at that level” and that “it is necessary to promptly establish Party organizations where conditions allow, to consolidate and enhance the quality of existing Party organizations within associations.” Regarding the development of

¹⁹ Wells-Dang, “The Political Influence of Civil Society in Vietnam”, 162-183.

²⁰ Ibidem, 162.

²¹ Mark Sidel, “Vietnam’s Closing Legal Space for Civil Society” *USALI Perspectives*, No. 14 (2023): 3.

civil society, the Communist Party of Vietnam strictly prohibits its affiliated Party organizations and Party members from discussing this issue. Regulation No. 69-QĐ/TW dated 6 July 2022, issued by the Politburo (Communist Party of Vietnam), applies the most severe disciplinary measures to Party organizations (dissolution of the Party organization) or Party members (expulsion from the Party) who raise the issue of civil society development or support pluralism and multiparty systems. “With the principle of comprehensive leadership by the Communist Party, civil society matters and the core issue of association formation are severely restricted.”^[22] As a result, the Law on the Right to Freedom of Association in Vietnam has not yet been considered urgent for enactment by the Party.

Secondly, lawmakers in Vietnam still need more trust in associations.

As mentioned, “recognizing civil society in Vietnam still needs to be fully opened.”^[23] Due to the nature of gathering large numbers of people and working towards common goals, some state agencies in Vietnam feel uneasy, fearing that establishing associations could easily be exploited for illegal purposes.^[24] In reality, “some associations and organizations have received financial support from terrorist organizations for money laundering or for calling for actions against the government.”^[25] Therefore, the State believes it is essential to control the registration process and associations’ activities strictly.

Economically, Vietnam has fundamentally transitioned to a market economy, but socially, it is clear that the country still emphasizes the role of state management. The historical legacy in the mindset of politicians is that all societal issues must be managed. Among them, the management of the establishment and activities of associations is a critical area that the

²² Christopher Heurlin, “Governing Civil Society: The Political Logic of NGO – State Relations Under Dictatorship” *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, No. 2 (2009): 222–224.

²³ Thiem H. Bui, “The development of civil society and dynamics of governance in Vietnam’s one party rule”, *Global Change, Peace and Security: formerly Pacifica Review: Peace, Security and Global Change*, vol. 25(1) (2013): 77–93.

²⁴ Quang Ba Bui, “From ‘Civil Society’ to Pluralism and Multi-Party Politics: A Roadmap to Political Change in Vietnam”, [in:] *Proceedings of the Scientific Conference on Criticism of Wrong Views, Protection of the Party’s Policies* (Central Theoretical Council, 2018).

²⁵ Thanh Tuan Bui, “Promoting ‘Civil Society’ in Vietnam: A Dangerous Form of Hostile Force Sabotage” *National Defense Journal*, (2022). <http://tapchiquptd.vn/vi/phong-chong-dbhb-tu-dien-bien-tu-chuyen-hoa/thuc-day-xa-hoi-dan-su-o-viet-nam-hinh-thuc-chong-pha-nguy-hiem-cua-cac-the-luc-thu-dich/19160.html>.

State must pay particular attention to. Therefore, lawmakers' perceptions of the right to freedom of association remain stringent. With a heavily subsidized economy mindset, where all sectors must be primarily managed by the State, the mentality of 'if it cannot be controlled, it should be banned' is still deeply ingrained in the thinking of some officials and civil servants.^[26] This entrenched bias has caused regulations governing the right to freedom of association to remain rigid and outdated. According to the subjective views of some representatives of state agencies, mainly those responsible for ensuring national security, public order, and safety, formation of association and the right to freedom of association are considered sensitive issues.^[27] As a result, instead of regularly amending, supplementing, or issuing new legal documents, some state authorities have opted for "ignoring" – a form of prohibition expressed through inaction.^[28] Consequently, the opportunity for the right to freedom of association to be concretized into a law, which once seemed "bright" when explicitly stated in the Constitution, now appears "fragile and distant."

Thirdly, since the Constitution has yet to affirm its direct value in Vietnam's legal life, exercising the right to freedom of association faces many barriers.

Although it is considered the highest-ranking document in Vietnam's legal system, the Constitution still needs more direct applicability. Evidence of this is that "law enforcement agencies have never cited the Constitution to resolve specific issues arising in daily life."^[29] As a result, the provisions of the Constitution, including the right to association, cannot be directly implemented in practice but require specific legal documents and implementation guidelines, such as laws, decrees, circulars, etc. This is explicitly affirmed in the 2013 Constitution, where Article 25 states: "Citizens have the right to freedom of speech, freedom of the press, access to information,

²⁶ Duc Toan Pham, "Reflecting on the Development of Management Thought and Its Significance for Leadership in the Current Period" *Journal of State Management*, No. 240 (2016): 46.

²⁷ Cao, Vu Minh, "The Law on Associations Should Reflect a More Prominent Renewal of State Management Thought" *Journal of Legislative Studies*, No. 21 (2016): 40–41.

²⁸ Cao, Dieu Linh, and Nguyen, Anh Tuan, "Improving the Effectiveness and Efficiency of State Management on International Economic Integration in the New Situation" *Journal of Finance*, No. 10 (2018): 25.

²⁹ Hoang, Thi Kim Que, "On Constitutionalism: The Direct Effect of the Constitution and Its Necessity in the 1992 Constitution Draft Amendment" *Journal of Legislative Studies*, No. 12 (2013): 3–6.

assembly, association, and demonstration. The exercise of these rights is regulated by law.” Thus, the practical enforceability of the right to association primarily depends on subordinate legal documents, as the Constitution itself cannot ‘guarantee’ the exercise of this right on its own.

Referring to the experience in the Russian Federation, Article 30 of its Constitution stipulates:

1. Everyone shall have the right to association, including the right to create trade unions for the protection of his or her interests. The freedom of activity of public association shall be guaranteed.
2. No one may be compelled to join any association and remain in it.

Thus, in the Russian Federation, the right to freedom of association is directly stipulated and guaranteed in the Constitution. Additionally, “the Constitution of the Russian Federation sets forth a system of principles that can be considered practical tools to ensure the exercise of the right to freedom of association.”^[30] “These provisions are directly effective and supreme, and their content is deemed significant in guaranteeing the exercise of human and citizen freedoms, including the right to freedom of association.”^[31] Thanks to the constitutionally guaranteed mechanism, citizens have the right to invoke constitutional provisions to exercise and protect their right to freedom of association. At the same time, the direct applicability of the Constitution exerts a strong influence on the State to issue laws that acknowledge citizens’ right to freedom of association. As a result, in the Russian Federation, not only is there a specific law regulating the right to freedom of association, but there are also specific laws guiding the establishment and operation of various associations, such as the 1996 Federal Law on Nonprofit Organizations, the Federal Law on Freedom of Conscience and Religious Organizations, the 1995 Law on Trade Unions and the Legal Guarantees for Their Activities, the 1995 Law on Charitable Activities and Charitable Organizations, and the 1995 Law on State Support for Youth and Children’s Organizations.

Moreover, the constitutional protection mechanism in the Russian Federation plays a vital role in the legal life of the country. “The Constitutional

³⁰ Van Thang Mai, “The Law on Associations and Mechanisms to Ensure the Right to Freedom of Association in Russia”, *Journal of State Management*, No. 248 (2016): 111-112.

³¹ Ibidem.

Court ensures that the provisions of the Constitution are upheld, including the regulations on the freedom of association. In practice, the Constitutional Court of the Russian Federation has often handled complaints about exercising the people's right to freedom of association."^[32] Meanwhile, "in Vietnam, due to the absence of an independent constitutional protection mechanism,"^[33] "many sub-law documents inconsistent with the Constitution and 'curtail' citizens' rights still need to be addressed."^[34] "During the drafting of the 2013 Constitution, several proposals were made to establish an independent constitutional protection body."^[35] However, in the end, this issue needed to be more boldly acknowledged by the drafters of the Constitution. This has diminished the value of the provisions enshrined in the Constitution, including the right to form associations. As a result, citizens have no legal guarantee to demand the State except for relying on the "enthusiasm" of the State in drafting and promulgating laws on citizens' right to freedom of association.

Fourth, the National Assembly is still 'passive' in its legislative activities, while the Government carries a heavy 'management mindset' when drafting laws, including the Draft Law on Associations.

The National Assembly is the body responsible for exercising legislative power, with the authority to draft and pass laws. However, in reality, the National Assembly only approves laws, while the Government is the actual "designer" and "chief architect" of legislative projects in Vietnam. Statistics show that 90% of legislative drafts are directly prepared by the Government and submitted to the National Assembly for approval. Through this process, the Government positively influences the legislative activities of the National Assembly in many ways. However, the same process means that the needs of the Government affect the content and progress of the National Assembly's legislative work.

As the highest administrative body exercising executive power, the Government is the first to recognize emerging societal issues. At this point, the

³² Ibidem, 113.

³³ Cao, Vu Minh, and Vu, Van Huan, "Improving Legal Regulations on Disciplinary Authority of Public Officials" *Journal of Legislative Studies*, No. 19 (2022): 42-49.

³⁴ Vo, Tri Hao, *Constitutional Rights Cannot Be Arbitrarily Reduced*. <https://thesaigontimes.vn/quyen-hien-dinh-khong-the-bi-tuy-tien-cat-xen>. [accessed: 10.10.2024].

³⁵ Ngoc Dien Nguyen, "On Constitutionalism: Ensuring the Independence of Constitutional Jurisprudence" *Journal of Legislative Studies*, No. 15 (2012): 3-5.

Government will need legal tools to address them. “For matters under the National Assembly’s jurisdiction, the Government actively drafts proposals for the National Assembly to review and approve.”^[36] In reality, it is the Government, not the National Assembly, that has a real need to enact laws. In other words, “the Government’s executive activities create the ‘raw material’ for the National Assembly to exercise its legislative power.”^[37]

Due to the characteristics of the Government as a state management body, when drafting legislative projects, the drafters often incorporate a management mindset into the content of the draft laws. This ensures that state management is carried out smoothly and effectively once the law is passed. Although the Vietnam Lawyers Association was assigned to lead the drafting of the Draft Law on Associations, this draft required the Government’s input concerning the state management aspects of associations. By placing excessive emphasis on the management aspect in the Draft Law on Associations, the evaluating bodies, which are inherently government agencies, have been overly strict in creating a more open legal framework related to the right to freedom of association.

When the Government wants to intervene too deeply in the organization and activities of associations, it is understandable that the right to freedom of association is “tied up” with strict regulations that emphasize management and are heavily based on a ‘permission-based’ mechanism.^[38] With decrees regulating the organization and activities of associations, the Government believes it already has enough legal tools to manage associations. Therefore, enacting a law governing the right to freedom of association is considered something other than truly necessary. This could be reason why, despite widespread social support, “the National Assembly still needs to pass the Law on Associations.”^[39]

³⁶ Thi Tuyet Dung Thai, “The Role of the Government in the Enactment and Implementation of National Laws” *Journal of Legislative Studies*, No. 9 (2014): 42.

³⁷ Vu Minh Cao, *State Management Decisions of the Government: Theory and Practice* (National Political Publishing House – Truth, 2017), 112.

³⁸ Si Dung Nguyen, “On the Philosophy of Legislation” *Journal of Legislative Studies*, No. 6 (2003): 6.

³⁹ Le Nguyen, *More than 90% of Deputies Agree Not to Pass the Law on Associations*. <https://vneconomy.vn/hon-90-dai-bieu-dong-y-chua-thong-quat-luat-ve-hoi.htm>. [accessed 10.10.2024].

5 | Some orientations for drafting the law on the right to freedom of association in Vietnam

First, drafting a specialized law to ensure the implementation of citizens' right to freedom of association is extremely necessary. It is essential to recognize that the enactment of the law provides a legal foundation to ensure the exercise of the right to freedom of association for citizens, as well as tools for state management on this issue. We should not be overly concerned about the misuse of the right to freedom of association to engage in unlawful activities because "the right to freedom of association" and "the abuse of the right to freedom of association" are two entirely different concepts. "The right to freedom of association" is a fundamental right of citizens that must be recognized, respected, protected, and guaranteed. Meanwhile, "the abuse of the right to freedom of association" is an unlawful act that will face legal sanctions. It is thought that explicit provisions on sanctions against those who abuse the right to freedom of association are sufficient to punish and deter violators. This legally binding acts like a "rein and bridle" and is far different from "tying down" – completely prohibiting or delaying the exercise of citizens' right to freedom of association.

For this reason, the Communist Party of Vietnam needs to "rise above itself" to adopt the policy of drafting and enacting the Law on the Right to Freedom of Association. The purpose of drafting and enacting this Law is to ensure that legal documents on associations keep pace with the development of mass organizations, a requirement outlined in Directive No. 17-CT/TW of the Politburo. Based on this political foundation, the National Assembly should promptly pass the Law on the right to freedom of association in Vietnam. "The Law on the Right to Freedom of Association should be drafted with an open mindset that respects the right to establish, join, and operate associations rather than based on the strict control mindset seen in Order No. 102 of 1957."^[40] If the National Assembly enacts the Law on the Right to Freedom of Association but retains the strict control provisions over associations as found in Order No. 102 of 1957, then the new Law would merely be an upgrade in the form of the document, with no substantive change ("old wine in a new bottle"). Therefore, when drafting this Law, the legislators should focus on specific provisions that regulate

⁴⁰ Nguyen-Pochan, "The Draft Law on Association in Vietnam: Legal, Political, and Practical Norms Under Debate" 87.

essential issues such as the right to establish and join associations, the right to operate freely and be protected from unreasonable interference, the right to access funds and resources, mechanisms to protect associations from unlawful actions; and sanctions for abusing the right to freedom of association to violate the Law. Of course, the exercise of this right still requires state management, so provisions regarding state intervention are necessary. In our opinion, “the critical issue that needs to be addressed is defining the boundary between the right to freedom of association and the necessary restrictions on this right to prevent the misuse of associations for undemocratic purposes.”^[41]

Second, the legislators must define the overarching mindset by naming the law. The first document regulating the right to association in our country, issued in 1957, was titled Order No. 102 on the Right to Association. Meanwhile, all draft bills have used the title “Law on Associations.” The title “Law on Associations” is not genuinely scientific.

The right to association is one of the critical political and civil rights of individuals, recognised in international legal documents and in Vietnam’s constitutions. From a political rights perspective, the right to association enables individuals to unite and create collective strength, thereby protecting members’ interests and combating societal issues such as bureaucracy, authoritarianism, and corruption. From a civil rights perspective, associations are formed voluntarily by individuals who choose to join together. Individuals can decide whether to participate in or leave an association. The organization and activities of an association are based on its Charter, which is created by the unified will of all its members. Through associations, individuals and organizations exercise their personal and property rights. “Associations are a platform for interaction, protecting members’ interests, and also a place to express a nation’s solidarity and cultural identity.”^[42] This demonstrates associations’ broad “social” nature, which the law must respect.

Professor Bui Ngoc Son argues that association is a matter of personal privacy for citizens. The state should only intervene so that associations do not negatively impact other parts of society, such as families, markets,

⁴¹ Tran, Viet Dung, “Ensuring the Right to Freedom of Association in International Law and German Law: Some Suggestions for Vietnam’s Draft Law on Associations” *Journal of Legal Science*, No. 2 (2017): 50.

⁴² Frank Dietrich, F, “Who are the People? Associative Freedom and the Democratic Boundary Problem” *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 17 November 2023.

the government, or in cases where associations harm one another. Therefore, if the title “Law on Associations” is used, the Law will inevitably contain provisions that guide the organization and activities of associations according to the state’s will. Meanwhile, in line with the spirit of the Constitution, this law should be enacted to ensure the right to freedom of association.^[43] Agreeing with this view, Professor Thai Vinh Thang also believes that the title “Law on Associations” does not adequately reflect the social nature of associations and is heavily influenced by a management mindset. Such a title implies that the state will continue to manage and coordinate the activities of associations.^[44] We agree with these views and suggest that legislators consider naming the law “Law on the Right to Freedom of Association” to properly reflect its nature as a “foundation” for exercising citizens’ right to association.

Third, shifting from a management mindset to a developmental perspective in drafting the law on the right to freedom of association is necessary. Recently, the Government issued Decree No. 126/2024/NĐ-CP to replace Decree No. 45/2010/NĐ-CP (amended and supplemented by Decree No. 33/2012/NĐ-CP). Reviewing the provisions of Decree No. 126/2024/NĐ-CP, it is easy to see that everything must be “fully” permitted by state authorities, from the establishment of associations to their activities. Specifically, Chapter II of Decree No. 126/2024/NĐ-CP on establishing associations contains eight legal provisions (from Articles 10 to 17), and seven regulate the permission of competent state authorities (Article 10. Conditions for establishing associations; Article 11. The formation committee for establishing an association; Article 12. Dossiers, procedures, and authority for recognizing the formation committee for establishing an association; Article 13. Dossiers and methods for establishing an association; Article 14. Main contents of the association’s charter; Article 15. Authority for handling procedures related to associations; Article 16. Time for the founding congress). Chapter III on the organization of associations has five legal provisions (from Articles 18 to 22), of which three regulate the approval of competent state authorities (Article 19. Congress; Article 21. Reporting congress results and approving the association’s charter; Article 22. The executive board, standing committee, president,

⁴³ Ngoc Son Bui, “From Legal Limitations to the Stopping Point of the Law on Associations” *Journal of Legislative Studies*, No. 27 (2007): 43

⁴⁴ Vinh Thang Thai, “Some Opinions on the Draft Law on Associations” *Journal of Legislative Studies*, No. 10 (2016): 37.

and association vice president). Chapter IV on the activities of associations contains eight legal provisions (from Articles 23 to 30), of which six regulate the management of competent state authorities (Article 24. Obligations and responsibilities of associations; Article 25. Organizations under the association; Article 26. Finance and assets of associations; Article 28. Rewards; Article 29. Discipline and resolution of complaints, petitions, disputes, and denunciations related to associations; Article 30. They are handling violations). Chapter V, which regulates renaming, splitting, separating, merging, consolidating, temporarily suspending, and dissolving associations, consists of six legal provisions emphasizing the ‘permission-based’ relationship between associations and competent state authorities. In fact, with the provision allowing competent state authorities to assign tasks to associations (Article 8), Decree No. 126/2024/NĐ-CP essentially “turns” associations into the “extended arm” of state agencies.

“A rule-of-law state is a state that fosters development, ensures human rights and citizens’ rights, and minimizes administrative intervention in social life.”^[45] To build a rule-of-law state, the first and most fundamental step is to establish a complete and consistent legal system. “This legal system must be developed and refined with a new mindset – enacting laws to create conditions for development rather than for managing and overseeing in a ruling sense.”^[46] Therefore, with the spirit of building a legal framework to concretize the right to freedom of association for citizens, we believe that when drafting the Law on the Right to Freedom of Association, legislators should focus mainly on a law-making mindset that facilitates legal conditions for citizens to effectively exercise their right to freedom of association in practice.^[47]

Fourth, the Law on the right to freedom of association must encourage the activities of associations to work towards building a diverse, democratic, and sustainable society.

The participation of associations in tasks and areas that the State currently manages is a way to share the burden of the State with civil society. Where civil society shares the responsibility of the community, the State is indeed aware that the cause of development is not a “monopoly” of the

⁴⁵ Vusi Gumede, “South Africa’s Journey towards a Democratic Developmental State” *Africanus: Journal of Development Studies*, No. 2 (2019): 1-23.

⁴⁶ Dung Sy Dinh, “Vietnam’s Legal System in the Process of National Renewal and Development” *Journal of Legislative Studies*, No. 1 (2020): 9.

⁴⁷ Hong Quang Truong, “Some Suggestions for the Draft Law on Associations” *Journal of State and Law*, No. 11 (2015): 19.

State. In many countries, establishing and developing associations, enabled by the right to freedom of association, has brought significant benefits to the community and society. This may be the experience and motivation for the Law on the Right to Freedom of Association, when enacted, to always aim at the goal of building a diverse, democratic, and sustainable society.

6 | Conclusion

The journey to enact a law on the right to freedom of association in Vietnam has spanned over two decades, yet progress still needs to be made faster and more complex. Despite Vietnam's commitment to recognizing this right in its Constitutions and the international conventions it has ratified, the current legal framework, rooted in Order No. 102 from 1957, needs to be updated and aligned with the country's modern needs. The delays in passing a new law highlight the challenges of balancing state management with the need to respect and promote citizens' rights. Moving forward, Vietnam must adopt a more developmental approach that encourages associations and civil society to contribute to national development while ensuring that the state plays a supportive rather than restrictive role. A comprehensive legal framework that guarantees the right to freedom of association is essential to improving Vietnam's international standing and fostering a diverse, democratic, and sustainable society.

This research has made significant contributions by offering a detailed analysis of this prolonged legislative process. It highlights vital obstacles, such as the tension between state control and individual freedoms, and proposes practical directions for future reforms. By critically evaluating the outdated provisions of the 1957 Order, the study emphasizes the need for a modern law that not only facilitates civil society's role but also aligns with Vietnam's international commitments.

In terms of academic impact, the research enriches domestic scholarship by thoroughly examining the complexities surrounding legal reform in Vietnam. It is a valuable reference for policymakers, legal scholars, and human rights advocates while contributing to international discussions on human rights and governance in transitional economies. Ultimately, this study underscores the broader implications of legal reform for both

domestic and global scholarship, helping to bridge the gap between Vietnam's legal framework and its aspirations for a more open and democratic society.

Bibliography

- Bui Ngoc Son, "From Legal Limitations to the Stopping Point of the Law on Associations" *Journal of Legislative Studies*, No. 27 (2007): 43-55.
- Bui Quang Ba, "From 'Civil Society' to Pluralism and Multi-Party Politics: A Roadmap to Political Change in Vietnam", [in:] *Proceedings of the Scientific Conference on Criticism of Wrong Views, Protection of the Party's Policies*. Central Theoretical Council, 2018.
- Bui Thanh Tuan, "Promoting 'Civil Society' in Vietnam: A Dangerous Form of Hostile Force Sabotage" *National Defense Journal*, (2022).
- Bui Thanh Tuan, "The Development of Civil Society and Dynamics of Governance in Vietnam's One-Party Rule" *Global Change, Peace & Security*, No. 1 (2013): 77-93.
- Cao Dieu Linh, Anh Tuan Nguyen, "Improving the Effectiveness and Efficiency of State Management on International Economic Integration in the New Situation" *Journal of Finance*, No. 10 (2018): 25-38.
- Cao Vu Minh, "The Law on Associations Should Reflect a More Prominent Renewal of State Management Thought" *Journal of Legislative Studies*, No. 21 (2016): 40-49.
- Cao Vu Minh, Nhat Khanh Nguyen, "The Law on Associations: A Legal Basis for State Management of Associations" *Journal of Legal Science*, No. 2 (2017): 14-15.
- Cao Vu Minh, *State Management Decisions of the Government: Theory and Practice*. National Political Publishing House-Truth, 2017.
- Cao Vu Minh, Van Huan Vu, "Improving Legal Regulations on Disciplinary Authority of Public Officials" *Journal of Legislative Studies*, No. 19 (2022): 42-49.
- Dietrich Frank, "Who are the People? Associative Freedom and the Democratic Boundary Problem" *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 17 November 2023. <https://philpapers.org/archive/DIEWAT.pdf>.
- Dinh Dung Sy, "Vietnam's Legal System in the Process of National Renewal and Development" *Journal of Legislative Studies*, No. 01 (2020): 9-19.
- Dutta Nikhil, Francesca Fanucci, *Civil Society, Under Threat Worldwide, Needs a General Comment on the Right to Freedom of Association*. <https://www.justsecurity.org/98089/civil-society-freedom-of-association/>.

- Fowler Alan, *Public Interest Law Initiative. Enabling Civil Society: Practical Aspects of Freedom of Association. A Source Book*. 2nd ed., Public Interest Law Initiative, 2003.
- Gumede Vusi, "South Africa's Journey towards a Democratic Developmental State" *Africanus: Journal of Development Studies*, No. 2 (2019): 1-23.
- Heurilin Chrostopher, "Governing Civil Society: The Political Logic of NGO-State Relations Under Dictatorship" *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, No. 2 (2009): 222-224.
- Hoang Ngoc Giao, "Some Foundational Ideas for Drafting the Law on Associations" *Journal of State and Law*, No. 12 (2005): 16-27.
- Hoang Thi Kim Que, "On Constitutionalism: The Direct Effect of the Constitution and Its Necessity in the 1992 Constitution Draft Amendment" *Journal of Legislative Studies*, No. 12 (2013): 3-6.
- Irish Leon E., Simon Karla W., "Freedom of Association, Recent Developments Regarding the Neglected Right" *International Journal of Not-for-Profit Law*, No. 2 (2000).
- La Khanh Tung, Xuan Hoa Nghiem, Cong Giao Vu, *A Rights-Based Approach to Associations and Freedom of Association*. Hanoi: Hong Duc Publishing House, 2015.
- Le Thanh Binh, "Solutions to Strengthen State Management of Associations in Vietnam" *Journal of State Management*, No. 237 (2015): 52-56.
- Loughlin Martin, "The Rule of Law: A Slogan in Search of a Concept". *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 16 (2024): 509-523.
- Mai Van Thang, "The Law on Associations and Mechanisms to Ensure the Right to Freedom of Association in Russia" *Journal of State Management*, No. 248 (2016): 111-118.
- Nguyen Dang Dung, Nguyen Dang Duy, "Associations in Civil Society and the Draft Law on Associations in Vietnam" *Journal of Legislative Studies*, No. 12 (2016): 25-32.
- Nguyen Le, *More than 90% of Deputies Agree Not to Pass the Law on Associations*. <https://vneconomy.vn/hon-90-dai-bieu-dong-y-chua-thong-qua-luat-ve-hoi.htm>.
- Nguyen Ngoc Dien, "On Constitutionalism: Ensuring the Independence of Constitutional Jurisprudence" *Journal of Legislative Studies*, No. 15 (2012): 3-5.
- Nguyen Si Dung, "On the Philosophy of Legislation" *Journal of Legislative Studies*, No. 6 (2003): 6-13.
- Nguyen Thi Nu, "The Right to Form Associations under the Constitution of the Socialist Republic of Vietnam" *Journal of Hue University of Science: Social Sciences and Humanities*, No. 6C (2021): 83-91.
- Nguyen Tien Lap. *The Right to Form Associations: A Different Perspective and Approach*. <https://thesaigontimes.vn/153086/Quyen-lap-hoi-can-mot-goc-nhin-dung-va-cach-tiep-can-khac.html>.

- Nguyen-Pochan Ti Than Puong, "The Draft Law on Association in Vietnam: Legal, Political, and Practical Norms Under Debate", [in:] *The Palgrave Handbook of Political Norms in Southeast Asia*. ed. Gabriel Facal, Elsa Lafaye de Micheaux, Astrid Norén-Nilsson. London: Palgrave Macmillan, Singapore, 2024.
- OECD, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions*. Paris: OECD Publishing, 2020. https://www.oecd.org/en/publications/innovative-citizen-participation-and-new-democratic-institutions_339306da-en.html.
- OECD, *Overview: Enabling Civil Society through Effective Development Cooperation. In Development Assistance Committee Members and Civil Society*. Paris: OECD Publishing, 2020.
- Pham Duc Toan, "Reflecting on the Development of Management Thought and Its Significance for Leadership in the Current Period" *Journal of State Management*, No. 240 (2016): 46-58.
- Pham Quang Huy "The Private Nature of Civil Associations and Comments on the Draft Law on Associations of Vietnam" *VNU Journal of Science: Legal Studies*, vol. I (2019): 53-66.
- Sidel Mark, "Vietnam's Closing Legal Space for Civil Society" *USALI Perspectives*, No. 14 (2023).
- Thai Thi Tuyet Dung, "The Role of the Government in the Enactment and Implementation of National Laws" *Journal of Legislative Studies*, No. 9 (2014): 40-49.
- Thai Vinh Thang, "Some Opinions on the Draft Law on Associations" *Journal of Legislative Studies*, No. 10 (2016): 37-50.
- The Role of Associations in Innovation and National Development*, ed. Thang Văn Phúc. National Political Publishing House, 2002.
- Tran Viet Dung, "Ensuring the Right to Freedom of Association in International Law and German Law: Some Suggestions for Vietnam's Draft Law on Associations" *Journal of Legal Science*, No. 2 (2017): 50-58.
- Truong Hong Quang, "Some Suggestions for the Draft Law on Associations" *Journal of State and Law*, No. 11 (2015): 19-30.
- Vietnamese, *Vietnam is Again Classified 'Not Free' in Freedom House's Latest Report*. <https://www.thevietnamese.org/2023/03/vietnam-is-again-classified-not-free-in-freedom-houses-latest-report/>.
- Vietnamnet, *Why Hesitate on the Right to Form Associations?* <https://vietnamnet.vn/quyen-lap-hoi-sao-phai-e-de-263155.html>.
- Vo Tri Hao, *Constitutional Rights Cannot Be Arbitrarily Reduced*. <https://thesaigon-times.vn/quyen-hien-dinh-khong-the-bi-tuy-tien-cat-xen/>.
- Vu Manh Toan, "Corporate Responsibility in Vietnam: Challenges for Businesses, Government, and Civil Society" *Journal of Philosophy*, No. 2 (2009): 13-17.

Vu Tuong, “*Persistence Amid Decay: The Communist Party of Vietnam at 83*”, [in:] *Politics in Contemporary Vietnam: Party, State, and Authority Relations*, ed. Jonathan D. London. 22. London. Palgrave Macmillan, 2014.

Wells-Dang Andrew, “The Political Influence of Civil Society in Vietnam”, [in:] *Politics in Contemporary Vietnam: Party, State, and Authority Relations*, ed. Jonathan D. London. 162 – 183. London. Palgrave Macmillan, 2014.



Kolejny oksymoron czy nowa perspektywa dla rodzinnego / rodzimego biznesu? Kilka uwag o pojęciu, charakterze prawnym i funkcjach fundacji rodzinnej

Another Oxymoron or a New Perspective for Family / Indigenous Business? Some Remarks on the Concept, Legal Nature and Functions of the Family Foundation

Abstract

A family foundation is a new type of legal entity introduced in Poland by the Act of 26 January 2023 and modelled on the institutions of the private foundation, the enterprise foundation or the trust known in many foreign jurisdictions. It enables the achievement of a number of important economic goals, with succession planning and asset protection at the leading edge, but at the same time, it is subject to doctrinal criticism, primarily in terms of systemic and structural consistency, adequacy of nomenclature and possible field of application, as well as the adopted method of regulation. The purpose of this paper is to verify these objections.

KEYWORDS: family foundation, private foundation, succession planning, succession, inheritance, legacy, asset management, asset protection, company, statutes (charter), founder, beneficiary

SŁOWA KLUCZOWE: fundacja rodzinna, fundacja prywatna, planowanie sukcesyjne, sukcesja, dziedziczenie, zachówek, zarządzanie majątkiem, ochrona aktywów, przedsiębiorstwo, statut, fundator, beneficjent

ANDRZEJ HERBET – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, ORCID – 0000-0002-5835-7438, e-mail: andrzej.herbet@kul.pl

1 | Wprowadzenie

Fundacja rodzinna to nowa forma organizacyjnoprawna, wprowadzona w Polsce na podstawie ustawy z dnia 26 stycznia 2023 r. pod takim samym tytułem^[1], która weszła w życie 22 maja 2023 r. Fakt, iż przed wskazaną datą brak było możliwości utworzenia takiej jednostki pod rządem prawa polskiego nie oznaczał, że figura prawna personifikowanej masy majątkowej przeznaczonej dla realizacji określonych celów prywatnych nie była wykorzystywana przez polskich inwestorów czy przedsiębiorców. W praktyce korzystano ze znanych większości systemów prawnych państw rozwiniętych – m.in. Austrii, Danii, Liechtensteinu, Luxemburga, Malty, Niemiec, Norwegii, Szwecji, Szwajcarii, czy USA – instytucji fundacji prywatnej (ang. *private foundation*, niem. *Privatstiftung*), tzw. fundacji komercyjnej lub przedsiębiorczej (ang. *enterprise foundation*, *commercial foundations*, niem. *Unternehmensverbundene Stiftung*) albo trustu^[2]. Konieczność podania aktu założycielskiego inkorporowanej osoby prawnej prawu obcemu powodowała jednak dodatkowe obciążenia i koszty, a także brak pełnej przewidywalności skutków podatkowych tego typu rozwiązań. Jest zresztą symptomatyczne, że przed rokiem 2023 problematyka dopuszczalności i skutków utworzenia fundacji prywatnej, rodzinnej czy też tzw. fundacji przedsiębiorczej była przedmiotem zainteresowania głównie przedstawicieli prawa podatkowego^[3]. Mając na uwadze dane komparatystyczne i empiryczne trzeba przyznać, że doktryna prawa cywilnego i handlowego

¹ Ustawa z dnia 26 stycznia 2023 r. o fundacji rodzinnej (Dz. U. z 2023 r., poz. 326 ze zm.; dalej: u.f.r.).

² Nieco szerzej na temat zob. Andrzej Herbet, „New perspective for a wealth management in Poland? General characteristics of the family foundation under the Act of 26 January 2023” *Forum Prawnicze*, nr 4 (2024) (w druku). W odniesieniu do poszczególnych jurysdykcji europejskich, zwłaszcza w kontekście dopuszczalności realizacji celów prywatnych oraz udziału przez fundacje prywatne w obrocie gospodarczym lub zarządzania podmiotami gospodarczymi zob. *Developments in Foundation Law in Europe*, red. Chiara Prele (Dodrecht-Heidleberg-New York-London: Springer, 2014) oraz *Enterprise Foundation Law in a Comparative Perspective*, red. Anne Sanders, Steen Thomsen (Cambridge-Antwerp-Chicago: Intersentia, 2023) i zamieszczone tam opracowania (raporty) krajowe.

³ Zob. tytułem przykładu: Adam Mariański, „Opodatkowanie fundacji rodzinnych, czyli dokąd zmierza tzw. uszczelnianie systemu podatkowego” *Przegląd Podatkowy*, nr 4 (2020): 32-39; Adam Mariański, Adam Żądło, „Opodatkowanie fundacji prywatnych” *Przegląd Podatkowy*, nr 8 (2018): 25-27; Joanna Rusek, „Wykorzystanie fundacji prywatnej (rodzinnej) w procesie planowania podatkowego” *Monitor Podatkowy*, nr 11 (2011): 25-30.

nie wykazała się w tym zakresie należytą inicjatywą i zorientowaniem na sygnalizowane już od pewnego czasu potrzeby rynku^[4], napędzane zarówno informacjami o tzw. konstytucjach rodzinnych i planach sukcesyjnych najbogatszych Polaków, jak i przemawiającymi do wyobraźni przykładami globalnych grup przedsiębiorstw zarządzanych przez podmioty typu fundacyjnego.

Zgodnie z przyjętymi założeniami legislacyjnymi^[5], tytułowe rozwiązanie ma zapewnić separację sfery gospodarczej i rodzinnej, a także kontynuację biznesu i ochronę majątku w perspektywie dłuższej niż jedno pokolenie^[6]. Transfer majątku do fundacji rodzinnej przeciwdziała jego dezintegracji i podziałowi w rezultacie zastosowania ogólnych przepisów prawa spadkowego^[7]. Na marginesie można odnotować, że – po pierwsze – określenia „majątek rodzinny” czy też „przedsiębiorstwo rodzinne” używane w uzasadnieniu ustawy i piśmiennictwie dotyczącym fundacji rodzinnej mają walor publicystyczny^[8], a z juretycznego punktu widzenia są pewnym skrótem myślowym – przed datą śmierci fundatora spadkobiercy lub inni beneficjenci nie mają bowiem do tego majątku żadnych

⁴ Co do wyjątków zob. przykładowo: Artur Tim, „Fundacje prywatne jako element liberalizacji polskich przepisów o spadkach. Refleksje na gruncie stanu prawnego Republiki Austrii i Księstwa Liechtenstein” *Studia Prawno-Ekonomiczne*, t. CIX (2018): 145-158; Maciej Zachariasiewicz, „Ustanowienie trustu w testamencie lub za pomocą innej czynności prawnej mortis causa pod rządami polskiego prawa spadkowego” *Rejent*, nr 2 (2009): 163-191; Maciej Zachariasiewicz, „Trust w praktyce polskich sądów i notariatu” *Rejent*, nr 5 (2004): 234-258.

⁵ Projekt ustawy o fundacji rodzinnej z uzasadnieniem, druk sejmowy nr 2798/IX kad. (dalej: *Uzasadnienie*), s. 5. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/o/17118C9A9F6DE247C125890500329D3E/%24File/2798.pdf>. [dostęp: 10.10.2024].

⁶ Wskazane *ratio* jest też podawane przez piśmiennictwo. Zob. przykładowo: Rafał Adamus w: *Fundacje rodzinne. Komentarz. Linia orzecznicza*, red. Rafał Adamus, Piotr Stec (Warszawa: C.H. Beck, 2024), 14-15; Michał Bieniak, „Fundacja rodzinna – organizacja i funkcjonowanie” *Palestra*, nr 3 (2023): 48; Aleksander Kappes, „Długo oczekiwane dobrodziejstwo czy legislacyjny bubel? Kilka uwag o fundacji rodzinnej” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 12 (2023): 5; Daria Leszczyk w: *Ustawa o fundacji rodzinnej. Komentarz*, red. Piotr Grabowski, Daria Leszczyk (Warszawa: C.H. Beck, 2024): 2.

⁷ Zob. art. 922 i n. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 ze zm.; dalej: k.c.).

⁸ Próby definiowania przedsiębiorstwa rodzinnego, z efektami dalekimi od jednoznaczności, są podejmowane głównie przez przedstawicieli nauko ekonomicznych i o zarządzaniu. Zob. szerzej: Magdalena Strożek-Kucharska, Michał Mółka, „Fundacja rodzinna na tle innych fundacji? Przyczynek do dyskusji” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 12 (2023): 119-121 i cyt. tam piśmiennictwo.

praw. Po drugie, w związku z ograniczeniem możliwości prowadzenia przez fundację rodzinną pełnoskalowej działalności gospodarczej (zob. art. 5 u.f.r.) tytułowa instytucja nie umożliwia kontynuacji działalności prowadzonej przez fundatora bezpośrednio jako tzw. przedsiębiorcę indywidualnego – w tym przypadku, aby skorzystać z oferowanych przez nią korzyści, należy najpierw wnieść przedsiębiorstwo jako aport do spółki kapitałowej lub dokonać przekształcenia przedsiębiorcy w jednoosobową spółkę kapitałową^[9]. Z drugiej strony w funkcjonowanie fundacji rodzinnej są wpisane świadczenia dla beneficjentów, realizowane na zasadach określonych przez statut, bez zagrożeń dla integralności majątku rodzinnego lub płynności finansowej spółek, w których posiada ona udziały lub akcje. Świadczenia na rzecz beneficjentów mają nadto charakter subordynowany wobec zobowiązań fundacji rodzinnej związanych z prowadzoną aktywnością (podatkowych, wobec kontrahentów *etc.*) oraz zobowiązań alimentacyjnych – w tym sensie że termin do spełnienia ulega zawieszeniu w przypadku zagrożenia wypłacalności fundacji; możliwe jest też miarkowanie świadczeń (art. 37-38 u.f.r.).

Powyższe założenia, wsparte przez relatywnie nieskomplikowaną strukturę organizacyjną oraz daleko idące benefity podatkowe, sprawiły, że fundacja rodzinna szybko stała się popularną formą nie tylko planowania sukcesyjnego, czy też szerzej: akumulacji i zarządzania majątkiem (ang. *wealth management*), ale również separacji majątku (ang. *asset protection*), entuzjastycznie wręcz przyjętą przez część środowiska, głównie prawników – praktyków^[10]. Tylko w 2023 roku, a więc zaledwie w ciągu siedmiu miesięcy obowiązywania nowych przepisów, zarejestrowano 448 fundacji rodzinnych, zaś liczba wszystkich wniosków o rejestrację w tym okresie wyniosła 828. Na początku trzeciego kwartału 2024 roku, a więc nieco ponad rok od wejścia w życie ustawy zarejestrowanych fundacji rodzinnych było już 980. Tymczasem zestawienie przepisów ustawy,

⁹ Zob. art. 5841-58413 k.s.h. Zob. również Aleksander Kappes, „Uwagi o następstwie prawnym fundacji rodzinnej” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 9 (2024): 56-57.

¹⁰ Zob. przykładowo: Katarzyna Karpiuk, Jacek Pawłowski, Piotr Woźniakiewicz, „Fundacja rodzinna – przełomowe rozwiązanie dla biznesu rodzinnego” *Nowy Przegląd Notarialny*, nr 1 (2023): 5-34; Nikolett Kozioł, „Fundacja rodzinna – nowa instytucja w polskim prawie” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 10 (2024): 18-26; Agnieszka Krysiak, „Fundacja rodzinna – nowy instrument prawny w sukcesji mienia” *Temidium: Prawo i Praktyka*, nr 9 (2023): 31-38.

wstępnych analiz piśmiennictwa^[11] i obserwacji praktyki z motywami i deklaracjami zawartymi w uzasadnieniu projektu rodzi szereg pytań, m.in. o *ratio* i właściwe pole zastosowania tej instytucji, ryzyka związane z jej funkcjonowaniem oraz o to, czy przyjęte przez polskiego prawodawcę założenia konstrukcyjne są wobec nich adekwatne. Podstawowe znaczenie mają zarzuty – formułowane przede wszystkim z pozycji „klasycznego” prawa fundacyjnego^[12] – że ustawodawca wykreował kolejny oksymoron, paradoks metaforyczny równie mylący i zdradliwy, jak określenia „żywy trup”, „zimne ognie” czy „polski ład”. Twierdzi się bowiem (co można uznać za dyskusyjne), że fundacja rodzinna nie jest w istocie fundacją, a przynajmniej nie w ścisłym znaczeniu tego słowa, że stanowi ona swoisty „nowotwór” na ciele prawa fundacyjnego^[13], albo że ma z typową (zwykłą) fundacją niewiele wspólnego^[14] i wskazuje się (tym razem nie bez racji), że zarówno struktura, grono osób, które znajdują się w orbicie jej oddziaływania, jak i funkcje nie muszą mieć żadnych odniesień do relacji rodzinnych. Z powyższymi zastrzeżeniami wiążą się również obawy przedstawicieli tzw. trzeciego sektora o naruszenie przez nową instytucję dotychczasowego wizerunku fundacji tworzonych w celach użyteczności publicznej, wyrażane także w toku procesu legislacyjnego^[15]. Warto zatem poddać te zagadnienia bliższej analizie.

¹¹ Zob. zwłaszcza: A. Kappes, „Długo oczekiwane”, 8-9; Wojciech J. Katner, „O działalności gospodarczej fundacji i fundacji rodzinnej – głos w dyskusji” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 10 (2024): 40-45.

¹² Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 166; dalej: u.f.).

¹³ Zob. Andrzej Kidyba, „Słowo wstępne”, [w:] *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, red. Andrzej Kidyba (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023), 11.

¹⁴ Zob. Janusz Bieluk, „Możliwość zastosowania instytucji fundacji rodzinnej w rolnictwie” *Przegląd Prawa Rolnego*, nr 1 (2023): 81.

¹⁵ Zob. Strożek-Kucharska, Michał Mółka, „Fundacja rodzinna”, 126-127 i cyt. tam dalsze wypowiedzi oraz literatura. Z powyższych względów zgłaszano nawet postulaty zastąpienia nazwy „fundacja rodzinna” określeniem „Rodzinny Fundusz Sukcesyjny” albo „ordynacja rodzinna” (zob. ibidem) albo „fundusz rodzinny”, „powiernictwo rodzinne” czy też „beneficjum rodzinne”. Zob. Rafał Adamus, „Art. 1”, [w:] *Fundacje rodzinne. Komentarz. Linia orzecznicza*, red. Rafał Adamus, Piotr Stec (Warszawa: C.H. Beck, 2024): 9.

2 | Pojęcie i ogólna charakterystyka polskiej fundacji rodzinnej

Fundację rodzinną można określić jako osobę prawną typu zakładowego (fundacyjnego), utworzoną przez będącego osobą fizyczną fundatora (jednego lub kilku) w celu gromadzenia mienia, zarządzania nim w interesie beneficjentów oraz spełniania świadczeń na rzecz beneficjentów^[16], która posiada fundusz założycielski w wysokości co najmniej 100.000 zł, nabywa osobowość prawną z chwilą wpisu do rejestru fundacji rodzinnych, działa przez swoje organy: zarząd i zgromadzenie beneficjentów, a fakultatywnie również przez radę nadzorczą, a w trosce o bezpieczeństwo powierzonych aktywów może prowadzić działalność gospodarczą jedynie w ograniczonym zakresie (art. 2 ust. 1, art. 4 ust. 1, art. 5 ust. 1 i 2, art. 11, 12, 17, 43, art. 54 ust. 1, art. 64 i art. 70 u.f.r.)^[17]. Do kategorii organów fundacji nie zalicza się sam ani fundator, jakkolwiek ustawa przyznaje mu wobec tworzonej fundacji rodzinnej szereg istotnych kompetencji (zob. art. 2 ust. 1, art. 23 ust. 4, art. 26 ust. 1, art. 61 ust. 3, art. 68 ust. 3, art. 70 ust. 1 i 2, art. 82 ust. 1, art. 83 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 103 ust. 1, art. 114 ust. 1 u.f.r.), ani beneficjent lub beneficjenci, którzy są adresatami spełnianych przez nią roszczeń, i z których co najmniej jeden powinien wchodzić w skład zgromadzenia beneficjentów.

Beneficjentem fundacji rodzinnej może być wyłącznie osoba fizyczna, m.in. sam fundator (art. 30 ust. 2 u.f.r.) – co odróżnia polską regulację od

¹⁶ Co do sposobu określenia przez art. 2 ust. 1 u.f.r. tzw. normatywnego celu fundacji rodzinnej, w tym relacji pomiędzy ostatecznym celem (np. zaspokajanie określonych potrzeb beneficjentów) a środkami jego realizacji (zarządzanie określoną masą majątkową w taki sposób, aby umożliwić finansowanie ww. świadczeń) zob. A. Herbet, „New perspective”, (w druku). Niezależnie od powyższego należy przyjąć, że już aktualne brzmienie tego przepisu wyklucza dopuszczalność utworzenia fundacji rodzinnej w formule tzw. *Selbstzweck-Stiftung*, a więc jednostki powołanej wyłącznie do zarządzania swoim majątkiem, wprost zakazanej w niektórych obcych jurysdykcjach (np. w Austrii).

¹⁷ Co do sensu tego rozwiązania i spójności katalogu zawartego w art. 5 u.f.r. zob. Andrzej Herbet, „A new perspective”, (w druku), jak również krytyczne uwagi A. Kappesa, „Długo oczekiwane”, 8-9. Zob. również bardziej sprawozdawcze opracowanie Jolanty Waszczuk-Napiórkowskiej, „Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundację” *Prawo w Działaniu. Sprawy cywilne*, nr 60 (2024): 96-124. Zagadnienie to już stało się przedmiotem sporów i wypowiedzi orzecznictwa; zob. przykładowo wyroki WSA: w Warszawie z 23 maja 2024 r. (sygn. akt III SA/Wa 682/24); w Łodzi z 16 kwietnia 2024 r. (sygn. akt I SA/Łd 113/24).

wiodących jurysdykcji obcych^[18] – w praktyce częściej będzie to członek jego rodziny lub inna osoba bliska (o czym jeszcze poniżej), bądź też organizacja pozarządowa prowadząca działalność pożytku publicznego. Krąg beneficjentów albo sposób ich wyłonienia określa statut, zaś listę beneficjentów sporządza i aktualizuje zarząd fundacji rodzinnej (art. 30-32 u.f.r.). Również szczegółowy cel fundacji, doprecyzowujący wskazany wyżej cel ustawowy, powinien określać jej statut (art. 2 ust. 1 zd. 2 u.f.r.). Stanowiące element tego celu świadczenia na rzecz beneficjentów mogą polegać na przeniesieniu na nich środków pieniężnych, rzeczy lub praw albo oddaniu ich beneficjentowi do korzystania, np. w celu pokrywania kosztów ich utrzymania, kształcenia, leczenia *etc.* Katalog ten ma wyłącznie charakter przykładowy (art. 2 ust. 2 i 3 u.f.r.).

Do utworzenia fundacji rodzinnej jako osoby prawnej jest wymagane: (1) złożenie przez fundatora oświadczenia o ustanowieniu fundacji rodzinnej w akcie założycielskim albo w testamencie – w formie aktu notarialnego (art. 21 i 22 u.f.r.); (2) przyjęcie przez fundatora statutu określającego m.in. nazwę, siedzibę, cele, sposoby ich realizacji, skład i kompetencje organów fundacji oraz sposób powoływania ich członków, reguły działania, czy też przeznaczenie mienia pozostałego po rozwiązaniu fundacji – również w formie aktu notarialnego (art. 26 u.f.r.); (3) sporządzenie pisemnego spisu mienia wnoszonego na pokrycie funduszu założycielskiego w wysokości co najmniej 100.000 zł (art. 27 u.f.r.)^[19]; (4) ustanowienie organów wymaganych przez ustawę lub statut, tj. powołanie pierwszych członków tych organów; (5) wniesienie przez fundatora „funduszu założycielskiego”, a w istocie mienia przeznaczonego na pokrycie tego funduszu – w przypadku fundacji ustanowionej w akcie założycielskim przed wpisem do rejestru, a w odniesieniu do fundacji ustanowionej w testamencie w ciągu 2 lat od daty takiego wpisu, a wreszcie (6) zgłoszenie (na urzędowym formularzu) i wpis fundacji rodzinnej w rejestrze fundacji rodzinnych

¹⁸ Zob. przykładowo: Anne Sanders, „Enterprise foundations in Germany”, [w:] *Enterprise Foundation Law in a Comparative Perspective*, 39; Steen Thomsen, „Foundation ownership around the world”, [w:] *Enterprise Foundation Law in a Comparative Perspective*, 12 (*non-selfish purpose*) oraz uwagi zamieszczone poniżej.

¹⁹ Spis mienia wnoszonego do fundacji rodzinnej przez fundatora lub osoby inne niż fundator podlega aktualizacji przez zarząd fundacji również w toku jej działalności wraz z określeniem proporcji mienia wniesionego przez fundatora i inne osoby, czyli mienia „wniesionego przez fundację rodzinną” w rozumieniu art. 28 u.f.r. (art. 27 ust. 3-4 u.f.r.).

prowadzonego przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim^[20] (art. 4 ust. 2 oraz art. 110, 119, art. 121 ust. 1 u.f.r.). Z chwilą ustanowienia fundacji, tj. sporządzenia aktu założycielskiego albo ogłoszenia testamentu, w którym została ona ustanowiona, powstaje tzw. fundacja rodzinna w organizacji, która już na tym etapie posiada zdolność prawną i sądową (art. 23 ust. 1 u.f.r.). W przypadku fundacji rodzinnej ustanowionej w testamencie warunkiem jej powstania w docelowej formie ustrojowej jest wpisanie jej do rejestru w ciągu 2 lat od dnia ogłoszenia testamentu.

3 | Czy fundacja rodzinna to nadal fundacja?

Na podstawie wyników badań komparatystycznych w doktrynie prawa wskazuje się, że w kontynentalnych systemach prawnych tzw. *civil law* fundacja jest rozumiana jako „*self-governig and self-owning legal entity*”. Istotę fundacji opisuje się za pomocą triady konstytutywnych elementów: „cel – majątek – organizacja” (niem. *Zweck – Vermögen – Organisation*; ang. *purpose – assets – organization*)^[21]. Uszczegóławiając^[22], fundacja jest to: (1) jednostka organizacyjna posiadająca własną osobowość prawną bez członków lub udziałowców, (2) niezależna od założyciela, który wyposaża ją w początkowy majątek (przy czym transfer mienia jest celowy, ale co do zasady bezzwrotny), (3) ustala jej statut i (4) określa jej cel lub cele (realizowane w sposób trwały i co do zasady niepodlegające zmianie), (5) zarządzana i reprezentowana przez organy (ang. *directors*). Fundacja może zostać utworzona w drodze czynności prawnej *inter vivos* lub w testamencie, podlega zazwyczaj (6) rejestracji (z którą najczęściej wiąże się nabycie osobowości prawnej), a także (7) jakiejś formie publicznego

²⁰ Co do motywów wyłączenia rejestracji fundacji rodzinnych spod kompetencji sądów rejestrowych prowadzących Krajowy Rejestr Sądowy, wskazaniu i właściwego funkcjonalnie sądu i metodzie powielania regulacji rejestrowej zob. Kappes, „Długo oczekiwana”, 11; Herbert, „New perspective” (w druku).

²¹ Zob. Peter Meinecke, „The German and the Liechtenstein family foundation after the German foundation law reform” *Trust & Trustees*, nr 6 (2023): 541 i cyt. tam dalsza literatura.

²² W nawiązaniu do dorobku doktryny, badań prawnoporównawczych, ale i definicji ustawowych, które pojawiają się w niektórych obcych systemach prawnych, np. we wspomnianym poniżej prawie duńskim i Lichtensteinu.

nadzoru sprawowanego przez sąd, organy administracji publicznej lub skarbowej albo inny organ (np. tzw. *charity commission*)^[23], rekompensującego brak nadzoru właścicielskiego oraz udziałowców pełniących rolę tzw. *residual claimants*^[24]. Definicja ta ma, co zrozumiałe, charakter ogólny i typologiczny, a recepcja wskazanych zasad w poszczególnych jurysdykcjach następuje w sposób zróżnicowany – co nie zmienia faktu, że wyznacza ona zespół cech, które determinują istotę (naturę) i konstrukcyjną „tożsamość” tego typu jednostki organizacyjnej. Jest ona nieco bardziej szczegółowa, ale – jak widać – w punktach kluczowych nie odbiega od poglądów na istotę fundacji jako instytucji o charakterze niekorporacyjnym, utworzonej z inicjatywy fundatora do realizacji w sposób trwały i na podstawie wpływów uzyskiwanych z powierzonego majątku, wskazanych w akcie fundacyjnym celów^[25], bądź też personifikowanego majątku celowego, formułowanych w polskiej nauce prawa^[26] i orzecznictwie^[27].

Element celu, który stanowi podstawowe uzasadnienie dla personifikacji i zorganizowania wyodrębnionej przez fundatora masy majątkowej, jest

²³ Zob. Anne Sanders, Steen Thomsen, „Concluding Observations”, [w:] *Enterprise Foundation Law in a Comparative Perspective*, 221-245.

²⁴ Zob. zwłaszcza Klaus J. Hopt, „The board of non-profit organizations: some corporate governance thoughts from Europe”, [w:] *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organisations*, red. Klaus J. Hopt, Thomas von Hippel (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 536.

²⁵ Zob. Henryk Cioch, *Fundacje w ujęciu prawa polskiego na tle porównawczym* (Lublin: Wydawnictwo UMCS, 2000), 23. Dla porządku trzeba podkreślić, że cytowany Autor czyni elementem wskazanej definicji również rodzaj celu, jakiemu ma służyć fundacja (cele użyteczności publicznej).

²⁶ Zob. przegląd stanowisk w: Grzegorz Gura, *Fundacje kościelne w prawie polskim i niemieckim* (Warszawa: C.H. Beck, 2018): 2-4; Andrzej Ogonowski, Aldona Gibalska, *Fundacje i stowarzyszenia. Funkcjonowanie i opodatkowanie* (Kraków: Forum Doradztwa Podatkowego, 2014): 10; Paweł Suski, *Stowarzyszenia i fundacje* (Warszawa: Lexis Nexis, 2008): 333-337. Co do analogicznych stanowisk w piśmiennictwie obcym zob. przykładowo Maximilian Haag, Michael Tischendorf, „The German family foundation: concept, legal framework, and taxation” *Trust & Trustees*, nr 6 (202): 534-535.

²⁷ Zob. przykładowo: uchw. SN z 7 lipca 1993 r. (sygn. akt III CZP 88/93, OSNC 1994, Nr 1, poz. 14); uchw. (7) SN z 13 marca 2002 r. (sygn. akt III ZP 21/01, OSNP 2002, Nr 12, poz. 280 – akcentująca również element celu zgodny z art. 1 u.f.); wyr. NSA z 21 grudnia 2001 r. (sygn. akt II SA 786/00, MoP 2002, Nr 6, s. 244); post. NSA w Warszawie z 12 stycznia 1993 r. (sygn. akt I SA 1762/92); wyr. NSA w Poznaniu z 10 lutego 1994 r. (sygn. akt SA/Po 3045/93); wyr. SA w Warszawie z 30 lipca 1998 r. (sygn. akt I ACA 500/98).

niekiedy określany jako „serce” albo „dusza” prawa fundacyjnego^[28]. Co jednak charakterystyczne, w związku z poszerzaniem pola zastosowania tej formy organizacyjnoprawnej i listy celów, jakie mogą realizować fundacje (lub trusty) w większości współczesnych państw rozwiniętych, w doktrynie europejskiej coraz częściej rezygnuje się ze wskazywania jako ich cechy definicyjnej dążenia wyłącznie do realizacji celów społecznie lub gospodarczo użytecznych („idealnych”), określanych skrótowo jako „publiczne” (ang. *public purposes*) i związanych z koncepcją dobra wspólnego (ang. *public welfare*). Element ten jest w dalszym ciągu (czy raczej był) silnie akcentowany w nauce polskiej^[29], m.in. w związku z treścią art. 1 i art. 5 ust. 4 i 5 u.f., zgodnie z którymi fundacja unormowana w ustawie o fundacjach (tzw. fundacja „zwykła”) może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, takich jak: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami^[30]. Z naszej perspektywy warto odnotować, że wymaganie realizacji celu użyteczności publicznej nie ma charakteru niezmiennego w ujęciu historycznym: dla przykładu, nie zostało sformułowane wprost w pierwszym historycznie akcie prawnym regulującym prawo fundacyjne w II Rzeczypospolitej, tj. w dekrete Naczelnika Państwa z dnia 7 lutego 1919 r. o fundacjach i o zatwierdzeniu darowizn i zapisów^[31], mimo że jego przepisy były w tym właśnie kierunku interpretowane^[32]. Na marginesie można zresztą wskazać, że podział fundacji oparty na kryterium celu nie musi mieć wcale charakteru ostrego: fundacja rodzinna, której beneficjentem będzie organizacja pozarządowa prowadząca działalność pożytku publicznego (art. 30 ust. 1 pkt 2 u.f.r.), będzie

²⁸ Zob. Grzegorz Gura, „Art. 1”, w: *Ustawa o fundacjach. Komentarz* (C.H. Beck: Warszawa, 2021) art. 1, Nb. 1 i cyt. tam piśmiennictwo niemieckie; Andrzej Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Prawo o stowarzyszeniach* (Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 1997), 14-15.

²⁹ Zob. przykładowo: Henryk Cioch, „Pojęcie i rodzaje fundacji (wybrane zagadnienia na tle prawnoporównawczym)” *Państwo i Prawo*, nr 2 (1987): 62-71; Janina Zaporowska, Jacek Mazurkiewicz, „Cel fundacji” *Monitor Prawniczy*, nr 12 (1994): 356 oraz cyt. w poprzednim przypisie H. Cioch i A. Kidyba.

³⁰ Fundacja pożytku publicznego może również prowadzić działalność gospodarczą i to o nieograniczonej co do zasady skali, z zastrzeżeniem, że uzyskiwane z tego tytułu przychody powinny być przeznaczane na realizację jej celów statutowych.

³¹ Dziennik Praw Nr 15, poz. 215 ze zm. Dekret obowiązywał do roku 1952.

³² Zob. przykładowo Wilhelm Edmund Rappé, *Fundacja* (Warszawa, 1937), 15-20.

wspierała *de facto* tę właśnie działalność, podobnie jak pod rządami ustawy o fundacjach dopuszczano uprzednio tworzenie fundacji o charakterze mieszanym, posiadających cele prywatnie i społecznie użyteczne^[33]. Cecha ta będzie natomiast podstawą do wyodrębniania podstawowych podtypów fundacji, tj. fundacji publicznych^[34], m.in. filantropijnych lub charytatywnych (ang. *philanthropic foundations, charitable foundations*)^[35] i fundacji prywatnych (ang. *private foundations*), w tym rodzinnych. Niezależnie od tego, czy w danym systemie prawnym przyjęto metodę odrębnej (jak w Polsce lub Austrii) czy łącznej (jak w Niemczech lub Szwajcarii) regulacji fundacji publicznych i prywatnych, nie uchybia to tezie o istnieniu wspólnych cech konstrukcyjnych zbiorczej kategorii fundacji i nie zwalnia nauki prawa z konieczności krytycznej analizy rozwiązań dedykowanych wyłącznie jednemu typowi czy też podtypowi fundacji.

Również z perspektywy krajowej należy zatem na gruncie *legis latae* odróżnić ogólne pojęcie fundacji (osoby prawnej typu fundacyjnego) jako kategorii zbiorczej i wyodrębniać w jej ramach dwa podstawowe rodzaje: fundacje publiczne („zwykłe”, „typowe”), unormowane w ustawie o fundacjach z 1984 r. lub ewentualnie w przepisach szczególnych, oraz fundacje prywatne (*verba legis* „rodzinne”), unormowane w ustawie z 26 stycznia

³³ Zob. post. SN z 7 stycznia 1997 (sygn. akt I CKN 16/96), a także: Małgorzata Dumkiewicz, „Art. 1”, [w:] *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, red. Andrzej Kidyba (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023): 17-18; Suski, *Stowarzyszenia i fundacje*, 343.

³⁴ W języku polskim zwrot „fundacje publiczne” jako synonim dla fundacji tworzonych na podstawie ustawy z 6 kwietnia 1984 r. o celach społecznie użytecznych („fundacji zwykłych”). Wymaga to jednak precyzyjnej dystynkcji tej kategorii od „fundacji prawa publicznego”, tworzonych w inny sposób niż na podstawie czynności prawnej (np. w drodze ustawy), z reguły finansowanych ze środków publicznych i wykonujących określone zadania publiczne. W przeciwnym wypadku będzie to prowadziło do nieporozumień; zob. Sławomir Fundowicz, „Fundacje publiczne”, [w:] *Prawo administracyjne ustrojowe. Podmioty administracji publicznej*, red. Jerzy Stelmasiak, Jan Szreniawski (Oficyna Wydawnicza Branta: Bydgoszcz-Lublin, 2002): 195. W pewnych sytuacjach takie nieporozumienia generuje zresztą sam ustawodawca wskutek niejasnej metody i sposobu regulacji niektórych fundacji tworzonych *ex lege*. Zob. m.in. ustawę z dnia 5 stycznia 1995 r. o fundacji – Zakład Narodowy imienia Ossolińskich (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1881); ustawę z dnia 18 września 2001 r. o fundacji – Zakłady Kórnickie (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1705) oraz uwagi Henryka Ciocha, „O potrzebie dokonania zmian w polskim prawie fundacyjnym” *Gdańskie Studia Prawnicze*, nr 2 (1999): 65-74.

³⁵ Zob. Helmut K. Anheier, Stefan Toepler, „Philanthropic Foundations. An International Perspective”, [w:] *Private Funds, Public Purpose. Philanthropic Foundations in International Perspective*, red. Helmut K. Anheier, Stefan Toepler (New York: Springer Science & Business Media, 1999), 11.

2023 r. o fundacji rodzinnej. Jak wskazano, na poziomie konstrukcyjnym fundacja rodzinna odpowiada bowiem charakterystyce fundacji „jako takiej”. Upoważnia to przede wszystkim do poszukiwania wspólnych cech fundacji publicznych i prywatnych, czy też odwoływania się w procesie wykładni przywołanych aktów prawnych do dorobku nauki prawa fundacyjnego, zwłaszcza w tych punktach, które są obu instytucjom wspólne. Zagadnienia dotyczące czynności prawnych prowadzących do powstania fundacji, trwałości samej fundacji i jej celu, dopuszczalności zmiany celu i zmiany statutu, zasad ochrony majątku fundacji, treść obowiązków powierniczych (ang. *fiduciary duties*) członków organów, w tym problem dokonywania tzw. czynności „z samym sobą” (ang. *self-dealing*), który może okazać się szczególnie istotny w przypadku fundacji rodzinnej, powinny być – jak się wydaje – rozwiązywane w identyczny lub podobny sposób. Mimo że szczegółowość ustawy o fundacjach jest znacznie mniejsza niż ustawy o fundacji rodzinnej, nie można nawet wykluczyć pomocniczego sięgania do przepisów tego pierwszego aktu prawnego w kwestiach nieuregulowanych w ustawie z 26 stycznia 2023 r. (choćaby odnośnie do oświadczenia o ustanowieniu fundacji)^[36]. Jeżeli okaże się to uzasadnione, będzie to stosowanie *per analogiam*; z uwagi na odrębność typologiczną fundacji tworzonych w celach publicznych ustawie z 6 kwietnia 1984 r. nie można bowiem przypisać formalnej rangi „części ogólnej” prawa fundacyjnego. Można też w tym kontekście przywołać argument historyczny: w pierwotnym przedłożeniu rządowym znajdował się przepis wyraźnie wyłączający stosowanie do fundacji rodzinnej przepisów ustawy z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach^[37], z którego szczęśliwie zrezygnowano w trakcie prac parlamentarnych. Nie można również wykluczać stosowania *per analogiam* wybranych przepisów o fundacji rodzinnej do fundacji publicznych – tytułem przykładu można przywołać chociażby unormowania dotyczące przywoływanych wyżej obowiązków powierniczych członków organów (zob. art. 55 ust. 1 i 2, art. 67 u.f.r.).

Powyższe stwierdzenie nie uchybia konieczności akcentowania różnic pomiędzy fundacją zwykłą a fundacją rodzinną, jakie wynikają z odmienności celu oraz indukowanego przezeń układu interesów oraz struktury. Problemy związane z określeniem linii, wedle której przebiega

³⁶ Odmienne: Adamus, „Art. 2”, [w:] *Fundacje rodzinne*, 41.

³⁷ Zob. art. 2 projektu ustawy o fundacji rodzinnej, druk sejmowy nr 2798/IX kad.

w fundacjach *non-profit* tzw. konflikt agencji (ang. *principal – agent problem*)^[38], w wypadku fundacji rodzinnej rysują się zgoła inaczej. Jak już wskazano, utworzenie fundacji rodzinnej zapewnia separację mienia wniesionego przez fundatora, zwłaszcza z punktu widzenia jego wierzycieli^[39], a jednocześnie otwiera możliwość spełniania na rzecz beneficjentów określonych świadczeń, finansowanych z reguły pożytkami aktywów wniesionych do fundacji bądź przychodami z tytułu prowadzonej przez nią działalności inwestycyjnej lub gospodarczej^[40]. Co jednak równie istotne, transfer aktywów nie jest – z perspektywy fundatora i członków jego rodziny – zabiegiem nieodwracalnym. Statut powinien określać przeznaczenie mienia pozostałego po rozwiązaniu fundacji rodzinnej, przy czym dopuszczalne jest, aby trafiło ono do beneficjentów (wszystkich lub niektórych) lub do samego fundatora; jeżeli rozwiązanie fundacji następuje za życia fundatora, stanowi to zresztą regułą ogólną (zob. art. 103 ust. 1 i 2 u.f.r.)^[41]. Jeżeli dodać do tego potencjalny wpływ, jaki fundator i beneficjenci mogą mieć m.in. w zakresie zmiany statutu oraz podjęcia uchwały o rozwiązaniu fundacji rodzinnej (zob. m.in. art. 87 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 u.f.r.), to obiegowo przyjmowana w literaturze teza, wedle której podmioty te nie stanowią tzw. *residual claimants*, wymaga korekty lub przynajmniej uzupełnienia. Umożliwia to bardziej efektywne niż w fundacjach użyteczności publicznej rozwiązanie problemu tzw. deficytu kontroli^[42], ale może jednocześnie generować ryzyka innego typu.

³⁸ Zob. zamiast wielu: Richard Steinberg, „Principal-Agent theory and nonprofit accountability”, [w:] *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, red. Klaus J. Hopt, Thomas von Hippel (Cambridge: Cambridge University Press, 2010): 73-116.

³⁹ Fundacja rodzinna odpowiada solidarnie i subsydiarnie wobec fundatora za zobowiązania fundatora powstałe przed ustanowieniem fundacji. Analogiczna odpowiedzialność za zobowiązania powstałe po ustanowieniu fundacji rodzinnej dotyczy wyłącznie zobowiązań alimentacyjnych (art. 8 u.f.r.).

⁴⁰ Odrębnym, otwartym zagadnieniem jest to, czy świadczenia na rzecz beneficjentów mogą być też spełniane kosztem funduszu założycielskiego aż do jego pełnego wyczerpania (por. art. 2 ust. 1 oraz *arg. a contrario ex* art. 37 i 38 oraz art. 87 pkt 1 u.f.r.). W tym kierunku Adamus, „Art. 1”, [w:] *Fundacje rodzinne*, 21.

⁴¹ Dopiero w przypadku śmierci fundatora i braku beneficjentów majątek pozostały po rozwiązaniu fundacji rodzinnej trafia do spadkobierców fundatora (art. 103 ust. 4 u.f.r.).

⁴² Zob. przykładowo: Klaus J. Hopt, „The board of nonprofit organizations: some corporate governance thoughts from Europe”, [w:] *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, red. Klaus J. Hopt, Thomas von Hippel (Cambridge: Cambridge University Press, 2010): 536. Zob. również postulaty zgłaszane

Można mieć wątpliwości, czy próba mechanicznego przeniesienia (głównie proceduralnych) rozwiązań znanych prawu spółek kapitałowych^[43], bez uwzględnienia specyfiki fundacji, odpowiada potrzebom, jakie powstają na tym tle. Dodatkowo, w zestawieniu z silnie zaznaczoną pozycją samego fundatora (zob. art. 2 ust. 1, art. 23 ust. 4, art. 26 ust. 1, art. 61 ust. 3, art. 68 ust. 3, art. 70 ust. 1 i 2, art. 82 ust. 1, art. 83 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 103 ust. 1, art. 114 ust. 1 u.f.r.), otwarte jest pytanie o zupełność mechanizmów kontrolnych, jakie będą stosowane po jego śmierci.

4 | Fundacja deklaratywnie rodzinna?

Jako *ratio* określenia nowego typu fundacji jako „rodzinnej” w uzasadnieniu projektu ustawy powołano się na nazwy „analogicznych instytucji występujących w innych krajach (np. Szwajcaria, Niemcy, Dania)”, adekwatność wobec „celów, jakie ma spełniać (zabezpieczenie majątku przed utratą i zarządzanie nim, a także przeznaczanie majątku i dochodów z tego majątku zgodnie z wolą fundatora osobom trzecim)” oraz tradycję sięgającą zarówno prawa rzymskiego, jak i okresu II Rzeczypospolitej^[44]. Uzasadnienie to jest w części nieprecyzyjne i jako takie nieprzekonujące.

Rozpocząć wypada od użytego przez projektodawców argumentu komparatystycznego. Już pobieżny przegląd obcych jurysdykcji wykazuje, że zwrot „fundacja rodzinna” (ang. *family foundation*, niem. *Familienstiftung*) występuje raczej jako określenie języka prawniczego (nawet, jeśli często używany), a nie prawnego. Do wyjątków należą rzeczywiście wspomniane w uzasadnieniu projektu Niemcy i Szwajcaria. W przypadku naszych zachodnich sąsiadów zwrot ten pojawia się jednak wyłącznie w przepisach podatkowych, a mianowicie w ustawie o podatku o spadków i darowizn,

w tym zakresie przez Henryka Ciocha, „O potrzebie dokonania zmian w polskim prawie fundacyjnym” *Gdańskie Studia Prawnicze*, nr 5 (1999): 70, które nowa regulacja – jednak w nieco innej odsłonie i tylko częściowo – realizuje.

⁴³ Zwłaszcza z perspektywy regulacyjnej: przepisy o fundacji rodzinnej są w bardzo dużym stopniu wzorowane na dotyczących spółki z o.o. przepisach ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 18 ze zm.; dalej: k.s.h.). Zob. zestawienie podobieństw i przepisów w: Bieniak, „Fundacja rodzinna”, 50-59.

⁴⁴ Zob. *Uzasadnienie*, 6-7.

która definiuje fundację rodzinną (na własne potrzeby) jako fundację prywatną ustanowioną w interesie rodziny lub określonych rodzin^[45]. W Szwajcarii określenie to zostało użyte w art. 353 § 1 szwajcarskiego kodeksu cywilnego (ZGB)^[46] w celu wykluczenia możliwości pełnienia przez fundację rodzinną roli substytutu zakazanego od początku XX wieku fideikomisu^[47]. Tytułowe określenie funkcjonuje również jako zwrot języka prawnego w pominiętym w uzasadnieniu projektu prawie Lichtensteinu. Przepis art. 552 § 2 ust. 4 prawa osobowego i prawa spółek (PGR)^[48] definiuje „czystą” i „mieszaną” fundację rodzinną (niem. *reine Familienstiftung*, *gemischte Familienstiftung*) jako rodzaj fundacji prywatnej (niem. *privatnützige Stiftung*), której majątek jest przeznaczony, wyłącznie albo w dominującym stopniu, na pokrycie kosztów wychowania, edukacji, wyposażenia lub wsparcia członków jednej lub większej liczby rodzin lub realizację podobnych interesów rodzinnych. W Danii, której przykład również przywołano w uzasadnieniu projektu, legislatura rozróżnia fundacje zwykłe i fundacje komercyjne albo „przedsiębiorcze” (duń. *erhvervsfonds/erhvervsdrivendefonds*) unormowane w 2 odrębnych ustawach^[49]. Notabene, chociaż fundacje o celach rodzinnych są w Danii akceptowane (w tym jako tzw. fundacje przedsiębiorcze), od 1985 roku nie jest dopuszczalne utworzenie takiej jednostki, której wyłącznym celem byłoby wspieranie członków rodziny fundatora, o nieograniczonym, „wieczystym” czasie trwania.

⁴⁵ W wymiarze praktycznym miernikiem realizacji owego interesu jest procentowy udział samego fundatora, członków jego rodziny i ich zstępnych w sumie benefitów wypłacanych przez fundację. Zob. Haag, Tischendorf, „The German family foundation”: 535; Peter Meinecke, „The German and the Liechtenstein”, 540-541.

⁴⁶ Zob. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907* (RS 210).

⁴⁷ Zob. Natalie Peter, „Family Foundations in Switzerland” *Trust & Trustees*, nr 6 (202): 581-583. Co charakterystyczne, w związku z treścią art. 353 § 1 ZGB szwajcarskie orzecznictwo i piśmiennictwo restrykcyjnie podchodzą do fundacji, których celem jest spełnianie świadczeń na rzecz członków rodziny, nieuwarunkowanych celem w postaci edukacji lub wyposażenia w celu usamodzielnienia się (porównywalnego z dawnym „wianem”) albo szczególnymi okolicznościami (np. chorobą lub niedostatkiem).

⁴⁸ *Das Personen- und Gesellschaftrecht vom 20. Januar 1926* (LGBL. Nr 1926.004). W ujęciu systemowym ustawa ta stanowi Część 3 Kodeksu cywilnego Wielkiego Księstwa Lichtenstein.

⁴⁹ Ustawa o fundacjach i niektórych stowarzyszeniach: *Lov nr 300 af 6 juni 1984 om fonde og visse foreninger* (LBK nr 2020 af 11 december 2020); Ustawa o fundacjach komercyjnych: *Lov nr 712 af 25 juni 2014 om erhvervsdrivende fonde* (LBK nr 984 af 20 september 2019).

Zestawienie perspektywy terminologicznej oraz regulacyjnej, metodologicznej i konstrukcyjnej prowadzi do wniosku, że w większości obcych systemów prawnych za podstawową – tak w sferze legislacyjnej, jak i doktrynalnej – uznaje się jednak komparację „fundacje publiczne – fundacje prywatne”. Kluczowe wydaje się jednak to, że w tych systemach prawnych, które operują określeniem „fundacja rodzinna” na płaszczyźnie normatywnej, ma ono charakter w pełni adekwatny i nie jest nadużywane – czego niestety nie można powiedzieć o ustawie z 26 stycznia 2023 r.

Przyjętą terminologię uzasadniałoby stwierdzenie jakiejś (optymalnie ścisłej) korelacji pomiędzy celami, jakie ma realizować fundacja rodzinna, a stosunkami filiacyjnymi czy też szerzej ujętymi relacjami rodzinnymi. Można przywołać tutaj stanowisko Leopolda Steckiego, sformułowane jeszcze na tle przepisów ustawy o fundacjach, iż „o tym, czy fundacja ma charakter wyłącznie rodzinny, decyduje nie jej nazwa, lecz cel i przedmiot działania oraz krąg destynatariuszy”^[50]. W świetle przepisów ustawy z 26 stycznia 2023 r. tak być może, ale nie musi. Istotnie, fundacja rodzinna może stanowić atrakcyjny instrument sukcesji rodzinnego (*sensu largo*) przedsiębiorstwa lub masy majątkowej obejmującej inne składniki majątkowe (pakiety udziałów lub akcji, nieruchomości, kolekcje sztuki itp.), który zabezpiecza ich integralność, zdolność do generowania zysku, ułatwia akumulację kapitału, a jednocześnie umożliwia korzystanie z nich w postaci benefitów przyznanych zgodnie ze statutem beneficjentom należącym do kręgu najbliższej rodziny fundatora (świadczenia pieniężne pokrywające koszty utrzymania, wykształcenia, leczenia, zapomogi w przypadku niedostatku, możliwość korzystania z lokali lub innych nieruchomości etc.). W tym zakresie ustawodawca trafnie rozpoznał problemy i ryzyka związane z brakiem kwalifikacji, a najczęściej motywacji i chęci zaangażowania się w bezpośrednie zarządzanie przedsiębiorstwami powstałymi na fali przemian społeczno-ekonomicznych lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku przez przedstawicieli kolejnego pokolenia^[51]. Skutkuje to zazwyczaj podziałem i sprzedażą aktywów na rzecz osób trzecich, a w najlepszym wypadku koniecznością spłaty spadkobierców, którym dane składniki majątkowe nie zostały przyznane

⁵⁰ Zob. Leopold Stecki, *Fundacja. Część druga i trzecia* (Wydawnictwo TNOiK: Toruń, 1996), 173.

⁵¹ Zob. *Uzasadnienie*, 3.

przez tych, którzy podjęli się misji kontynuowania działalności^[52]. W razie utrzymania niepodzielności majątku nierzadkie są przykłady głębokich konfliktów pomiędzy współspadkobiercami (i to niezależnie od stopnia pokrewieństwa), które ostatecznie przekładają się także na funkcjonowanie przedsiębiorstwa. Wniesienie praw do przedsiębiorstwa do fundacji rodzinnej przed tymi ryzykami zabezpiecza, pozostawiając jednocześnie spadkobiercom nestora szeroki wachlarz form zaangażowania w prowadzenie biznesu (np. w charakterze członków zarządu lub rady nadzorczej fundacji rodzinnej pełniącej funkcję podmiotu dominującego, członków zarządów lub rad nadzorczych spółek zależnych lub jedynie członków zgromadzenia beneficjentów fundacji).

Aspekt rodzinny pozostaje aktualny również wówczas, gdy przy ustanowieniu fundacji rodzinnej określono przeznaczenie majątku w sposób bardziej precyzyjny, a jednocześnie odbiegający od mechanizmów prawa rodzinnego (zob. art. 33 u.f.r.) i spadkowego. Nestor może m.in. wykorzystać ustanowienie fundacji rodzinnej jako próbę kierowania wyborami życiowymi i postępowaniem beneficjentów lub przyszłych beneficjentów – statut może bowiem przyznawać określone świadczenia na ich rzecz z zastrzeżeniem terminu lub warunku (np. ukończenia studiów wyższych; zob. art. 34 ust. 1 u.f.r.)^[53]. Dopuszczalne jest też wskazanie w charakterze beneficjenta lub beneficjentów jednego lub niektórych spadkobierców, podobnie jak zróżnicowanie ich pozycji prawnej (np. w zakresie rodzaju i wartości przyznanych świadczeń, powołania tylko niektórych z nich do zgromadzenia beneficjentów *etc.*). Z perspektywy spadkobierców

⁵² Dotyczy to zarówno spłat zasądzanych w ramach działu spadku na podstawie przepisów k.c., jak i na podstawie przepisów szczególnych. Tytułem przykładu można przywołać art. 183 i art. 30041 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 18 ze zm.; dalej: k.s.h.), które niezależnie od przepisów u.f.r. przewidują możliwość ograniczenia wstąpienia do spółki spadkobierców zmarłego współnika lub akcjonariusza. Pozwalają one, przynajmniej częściowo, ograniczyć ryzyko dezintegracji (podziału) pakietu praw udziałowych, ze wskazaniem wszakże zasad spłaty spadkobierców, którzy do spółki nie wstępują.

⁵³ Zob. przykładowo Daria Leszczyk, „Art. 34”, [w:] *Ustawa o fundacji rodzinnej. Komentarz*, red. Piotr Grabowski, Daria Leszczyk (Warszawa: C.H. Beck, 2023): 70; Mariusz Witkowski, „Art. 34”, [w:] *Fundacje rodzinne. Komentarz. Linia orzecznicza*, red. Rafał Adamus, Piotr Stec (Warszawa: C.H. Beck, 2024): 185. Interesująca może okazać się w tym kontekście ocena skuteczności warunków, które aktualnie lub w przyszłości – np. w efekcie postępujących zmian społeczno-kulturowych – mogą zostać uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami (zasadami współżycia społecznego), a nawet prawem (np. warunek rozwiązujący w postaci apostazji, zmiany wyznania, pozostawania w nieformalnym związku, związku homoseksualnym *etc.*).

„wykluczonych” efekty takiego działania mogą być porównywalne do wydziedziczenia, a nawet obejmować dalszych zstępnych z tej linii. Świadczenia od fundacji rodzinnej lub mienie otrzymane w związku z rozwiązaniem takiej fundacji są traktowane jako sposób otrzymania zachowku, analogicznie jak darowizny uczynione przez spadkodawcę (art. 991 § 2 k.c.), zaś przy obliczaniu tzw. substratu zachowku do spadku dolicza się fundusz założycielski fundacji rodzinnej wniesiony przez spadkodawcę za jego życia (art. 993 § 2 k.c.) oraz – w takim samym zakresie – mienie otrzymane w związku z rozwiązaniem fundacji (art. 993 § 3 k.c.), chyba że takie przysporzenia majątkowe nastąpiły ponad 10 lat przed otwarciem spadku (art. 994 § 1 i 2 k.c.)^[54]. W przypadku obliczania zachowku należnego na rzecz małżonka lub zstępnego spadkodawcy, który powołał do życia fundację rodzinną, nie dolicza się także mienia wniesionego do tejże fundacji przed datą zawarcia małżeństwa ze spadkodawcą lub przed co najmniej 300 dni przed urodzeniem zstępnego.

Lege non distinguente żaden przepis ustawy z 26 stycznia 2023 r. nie wymaga jednak, aby beneficjentem miała być wyłącznie osoba spokrewniona lub spowinowacona z fundatorem (zob. art. 33 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 u.f.r.)^[55]. Umożliwia to wykorzystanie fundacji rodzinnej – jeżeli zostanie ona ustanowiona dostatecznie długo przed śmiercią fundatora – do pozbawienia członków najbliższej rodziny nie tylko praw (ekspektyw praw) do wniesionych do niej aktywów, ale i prawa do zachowku. Jeżeli np. fundator, który wniósł cały swój majątek do fundacji rodzinnej, wyznaczając jako beneficjenta siebie samego oraz osobę nieuprawnioną do zachowku (np. konkubinę), przeżył następnie co najmniej 10 lat, będzie to równoznaczne z wyłączeniem ochrony osób najbliższych spadkodawcy (np. żony i dzieci). Fundator może wreszcie zmienić – nawet tuż przed śmiercią i z dokładnie takimi samymi skutkami – krąg beneficjentów fundacji ustanowionej przed więcej niż 10 laty (wprost o możliwości zmiany beneficjenta

⁵⁴ Zob. np. Monika Błońska, „Fundacja rodzinna a prawo spadkowe”, [w:] *Fundacje rodzinne. Aspekty prawne i podatkowe*, red. Adam Mariański (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023); 92-96; Rafał Kapkowski, „Problematyka obliczania zachowku w świetle ustawy o fundacji rodzinnej” *Palestra*, nr 9 (2023): 24-29; Joanna Kozińska, „Art. 129”, [w:] *Fundacje rodzinne. Komentarz. Linia orzecznicza*, red. Rafał Adamus, Piotr Stec (Warszawa: C.H. Beck, 2024): 501-511.

⁵⁵ Jest to bezsporne. Zob. Rafał Adamus, „Czy nazwa «fundacja rodzinna» powinna pozostać?” *Rzeczpospolita* z 9 stycznia 2023 r.; Bieniak, *Fundacja*, 49; Kap-pes, *Długo oczekiwane*, 6; Daria Leszczyk, „Art. 1”, [w:] *Ustawa o fundacji rodzinnej. Komentarz*, red. Piotr Grabowski, Daria Leszczyk (Warszawa: C.H. Beck, 2023): 2.

stanowi art. 14 ust. 2 u.f.r.). Trzeba przyznać, że określenie „fundacja rodzinna” nabiera w tym kontekście charakteru wysoce ironicznego.

Echa roli fundacji rodzinnej jako instytucji, która umożliwia niepodzielność „rodzinnego” majątku i korzystanie z niego, rezonują również w razie utworzenia jej przez małżonków, będących jednocześnie beneficjentami, jako alternatywa dla umowy majątkowej małżeńskiej (intercyzy). W analogiczny sposób – jako podstawę quasi-kontraktowego reżimu majątkowego – instytucję tę mogą wykorzystać konkubenci, w tym także tej samej płci^[56], czy też osoby żyjące we wspólnocie innego rodzaju.

Sposób określenia celu fundacji rodzinnej przyjęty w art. 2 ust. 1 zdanie 1 u.f.r. (*verba legis*: „[...] gromadzenie mienia, zarządzanie nim oraz spełnianie świadczeń na rzecz beneficjentów”) umożliwia pełnienie przez fundację rodzinną roli instrumentu separacji majątku (ang. *asset protection*) przed roszczeniami obecnych lub przyszłych wierzycieli^[57]. Innymi słowy, może ona zostać ukształtowana jako rodzaj nie tylko rodzinnego, ale i osobistego „skarbcza”, czy też – ujmując rzecz bardziej prozaicznie – „przechowalni majątku” na czas prowadzenia działalności o podwyższonym ryzyku (np. gospodarczej lub menedżerskiej), alternatywna do przewłaszczenia tego mienia na zabezpieczenie. Najbardziej skrajnym przykładem może być w tym aspekcie tzw. fundacja rodzinna *unius personae*, charakteryzująca

⁵⁶ M.in. z uwagi na brak w dalszym ciągu prawnej regulacji związków partnerskich. Zob. Adamus, „Art. 1”, [w:] *Fundacje rodzinne*, 16-18; tenże, „Blaski i cienie fundacji rodzinnej”. <https://www.prawo.pl/biznes/zalety-i-wady-fundacji-rodzinnej,522306.html>.

⁵⁷ W mediach szeroko dyskutowane są najbardziej intrygujące potencjalne przykłady takiego właśnie zastosowania fundacji rodzinnej, które lokują się zazwyczaj na styku biznesu i polityki. Zob. przykładowo: *Fundacja rodzinna Obajtka puchnie. „Tak ucieka z majątkiem”*, portal bankier.pl z 23 grudnia 2024 r. <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Fundacja-rodzinna-Obajtka-puchnie-Tak-ucieka-z-majatkkiem-8865703.html>. [dostęp: 28.12.2024]; *Jak Obajtek wykorzystał fundację rodzinną i co z optymalizacją podatkową w takiej fundacji*, rozmowa z Mec. Pawłem Blajerem, portal biznes24.pl z 20 lutego 2024 r. <https://biznes24.pl/jak-obajtek-wykorzystal-fundacje-rodzinna-i-co-z-optymalizacja-podatkowa-w-takiej-fundacji-rozmowa/>. [dostęp: 28.12.2024]. Dla kompletności wyводу trzeba zaznaczyć, że utworzenie fundacji rodzinnej w celu „ucieczki” z majątkiem może być kwestionowane przez wierzycieli za pomocą skargi pauliańskiej (art. 527 k.c.), bądź na podstawie przepisów o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego (art. 127 i n. ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe; t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 794, ze zm.). W przypadkach skrajnych tego typu zachowania mogą również wypełniać znamiona czynów zabronionych unormowanych w art. 300 i 301 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 17, ze zm.).

się pełną „unią personalną”, w której jedyny fundator jest równocześnie jedynym beneficjentem, co za tym idzie – jedynym członkiem zgromadzenia beneficjentów, a jednocześnie jedynym członkiem zarządu – ustawa bowiem takiego układu nie tylko nie wyklucza, a wręcz go dopuszcza (art. 63 ust. 2 u.f.r.)^[58]. Jest to jednocześnie najbardziej radykalny przejaw nie tylko braku jakichkolwiek aspektów „rodzinnych”, ale również odezwania nowych polskich rozwiązań od teoretycznych modeli zarządzania tego typu jednostkami (*establishment of a foundation as a interconnected commitment mechanism*) i wskazywanych w literaturze światowej typowych cech fundacji^[59].

Co do zasady, za przykład nadużycia formy prawnej fundacji rodzinnej trzeba natomiast uznać jej wykorzystanie jako instrumentu optymalizacji podatkowej na użytek transakcji fuzji i przejęć. *Prima facie*, przeniesienie pakietu udziałów lub akcji (tudzież własności nieruchomości) na nabywcę za pośrednictwem fundacji rodzinnej – tzn. wniesienie do fundacji, zbycie przez nią, a następnie wypłata uzyskanej ceny jako mienia uzyskanego w związku z rozwiązaniem fundacji albo świadczeń na rzecz fundatorów / beneficjentów – może pozwolić na zmniejszenie skali efektywnego opodatkowania transakcji o 4%. Niezależnie od perspektywy uznania tego wariantu za przykład obejścia prawa podatkowego trzeba go uznać za sprzeczny z istotą fundacji, jako formy umożliwiającej realizację określonego celu w sposób trwały, a więc w dłuższym horyzoncie czasowym. Dodatkowe wątpliwości nasuwa treść art. 2 ust. 1 u.f.r., który definiując cel fundacji rodzinnej zakłada *implicite* zarządzanie wniesionym mieniem i jego akumulację, a nie rozdysponowanie (spieniężenie).

W rezultacie zastrzeżenie dla osoby prawnej, normowanej ustawą z 26 stycznia 2023 r. i to na zasadzie wyłączności (zob. art. 3 ust. 1 i 3 oraz art. 140 ust. 1, 2 i 5 u.f.r.), określenia „fundacja rodzinna” wydaje się daleko idącym uproszczeniem, jeżeli nie nadużyciem. Prawdą jest, że tytułowa instytucja może pełnić rolę instrumentu zapewniającego akumulację, niepodzielność i sukcesję przedsiębiorstw rodzinnych, uzupełniającego lub alternatywnego wobec ogólnych mechanizmów dziedziczenia. Z równym

⁵⁸ Zob. przykładowo: Adamus, „Art. 1”, [w:] *Fundacje rodzinne*, 17 i 33; Luiza Kwaśnicka, „Art. 13”, [w:] *Ustawa o fundacji rodzinnej. Komentarz*, red. Piotr Grabowski, Daria Leszczyk (Warszawa: C.H. Beck, 2023): 32.

⁵⁹ Zob. S. Thomsten, N. Kavadis, „Enterprise Foundations. Law, Taxation, Governance and Performance” *Annals of Corporate Governance*, nr 4 (2022): 227-333 oraz przywoływaną wyżej literaturę dotyczącą dopuszczalnego celu fundacji, w tym fundacji prywatnej.

powodzeniem może ona być jednak wykorzystywana w sposób radykalnie odmienny lub bez jakiejkolwiek rodzinnej relewancji. Zapewne w jakiejś mierze polska fundacja rodzinna zawdzięcza swoją nazwę temu, że projekt ustawy, który był formalnie projektem rządowym, zgłoszonym przez Ministerstwo Rozwoju i Technologii, *de facto* miał charakter autorski i był przygotowywany w kooperacji z organizacjami zrzeszającymi tzw. firmy rodzinne^[60]. Decydujące prawdopodobnie było jednak to, że dla ówczesnej większości parlamentarnej określenia „rodzinny” lub „narodowy” miały znaczenie wręcz symboliczne, wykraczające poza wymiar polityczno-prawnej deklaracji. Nie są to jednak argumenty przekonujące. Zaskakujący jest z kolei brak w przepisach ustawy i jej uzasadnieniu odniesienia do problemów, które powstają na styku z prawem spadkowym, a które są żywo dyskutowane w doktrynie obcej – m.in. dopuszczalności „wieczystej” alienacji majątku rodzinnego spod ogólnych reguł dziedziczenia, środków ochrony beneficjentów nieuczestniczących w zgromadzeniu beneficjentów itp.

5 | Podsumowanie

Wejście w życie ustawy z dnia 26 stycznia 2023 r. o fundacji rodzinnej to niewątpliwie kamień milowy w sferze planowania sukcesyjnego w Polsce. Zwłaszcza w kontekście akumulacji majątku i zabezpieczenia integralności tzw. przedsiębiorstw rodzinnych tytułowa instytucja prawna umożliwia osiągnięcie celów społeczno-gospodarczych istotnych i zasadniczo korzystnych tak w skali mikro, jak i makro. Nie wydaje się przy tym, aby dopuszczalność ustanawiania fundacji o celach prywatnych – poza koniecznością weryfikacji niektórych, dotychczas obiegowo przyjmowanych założeń doktrynalnych – istotnie stanowiła swoiste *contratitio in adiecto*, rodziła ryzyko erozji szeroko rozumianego prawa fundacyjnego lub „utruty reputacji” przez jednostki tego typu działające *non profit*. Powyższe obawy mitygują przede wszystkim przykłady obcych jurysdykcji, w których instytucje takie funkcjonują z powodzeniem od wielu lat. Kierunkowa aprobata dla konstrukcji tzw. fundacji prywatnych, podobnie jak uznanie fundacji rodzinnej za rodzaj fundacji (fundacyjnej osoby prawnej)

⁶⁰ Wskazuje na to zresztą samo *Uzasadnienie*, s. 3 i 6. Na temat procesu przygotowywania ustawy zob. szerzej: Stożek-Kucharska, Mółka, „Fundacja rodzinna”, 122-123.

w szerokim znaczeniu tego słowa, nie oznaczają oczywiście pozytywnej oceny nowej polskiej regulacji *en bloc*. Wręcz przeciwnie, prowadzą one do wniosku, że ustawodawca powinien preferować taką metodę i sposób regulacji, które nie będą odbiegać ponad potrzebę i bez uzasadnienia od ogólnych konstrukcji prawa fundacyjnego oraz generować zastrzeżeń pod kątem spójności konstrukcyjnej i systemowej tytułowej instytucji, co niestety nie w pełni jest udziałem ustawy z 26 stycznia 2023 r. W tym kontekście można jedynie żałować, że nie zdecydowano się na model jednolitej regulacji fundacji publicznych i prywatnych oraz kompleksową nowelizację ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach, której potrzeba jest sygnalizowana od dekad^[61], oraz podkreślić, że tym istotniejsze będą wyniki krytycznej analizy porównawczej tych dwóch aktów prawnych. Potwierdza się ponadto nieadekwatność nazwy fundacji rodzinnej w stosunku do celów, jakich osiągnięcie realnie ona umożliwia. W połączeniu ze specyficznymi ryzykami, które generuje ta konstrukcja, skłania to do bacznej obserwacji tworzonych w praktyce fundacji rodzinnych, a przed doktryną stawia zadanie formułowania stosownych postulatów optymalizacyjnych *de lege ferenda*.

Bibliografia

- Adamus Rafał, „Czy nazwa «fundacja rodzinna» powinna pozostać?” *Rzeczpospolita*, 9 stycznia 2023.
- Adamus Rafał, „Polish Draft Law on «Family Foundations»” *Societas et Iurisprudentia*, nr 1 (2022): 19-35.
- Anheier Helmut K., Toepler, Stefan, „Philanthropic Foundations. An International Perspective”, [w:] *Private Funds, Public Purpose. Philanthropic Foundations in International Perspective*, red. Helmut K. Anheier, Stefan Toepler. 3-26. New York: Springer Science & Business Media 1999.
- Bieluk Janusz, „Możliwość zastosowania instytucji fundacji rodzinnej w rolnictwie” *Przegląd Prawa Rolnego*, nr 1 (2023): 81-93.

⁶¹ Zob. przykładowo: Henryk Cioch, „O potrzebie”, 65-74; Henryk Cioch, „Ustawa o fundacjach – wnioski *de lege ferenda*”, w: *Ius est remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, red. A. Jakubecki, J.A. Strzępka (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2010): 116-135.

- Bieniak Michał, „Fundacja rodzinna – organizacja i funkcjonowanie” *Palestra*, nr 3 (2023): 48-60.
- Blajer Paweł, *Fundacja rodzinna. Pytania i odpowiedzi*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Błońska Monika, „Fundacja rodzinna a prawo spadkowe”, [w:] *Fundacje rodzinne. Aspekty prawne i podatkowe*, red. Adam Mariański. 57-98. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Cioch Henryk, „O potrzebie dokonania zmian w polskim prawie fundacyjnym” *Gdańskie Studia Prawnicze*, nr 5 (1999): 65-74.
- Cioch Henryk, „Ustawa o fundacjach – wnioski de lege ferenda”, [w:] *Ius est remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, red. Andrzej Jakubicki, Janusz A. Strzępka. 116-135. Warszawa: Wolters Kluwer, 2010.
- Cioch, Henryk, „Pojęcie i rodzaje fundacji (wybrane zagadnienia na tle prawnoporównawczym)” *Państwo i Prawo*, nr 2 (1987): 62-71.
- Cioch, Henryk, *Fundacje w ujęciu prawa polskiego na tle porównawczym*. Wydawnictwo UMCS: Lublin, 2000.
- Feldthusen, Rasmus Kristian, „Denmark: Enterprise Foundation”, [w:] *Enterprise Foundation Law in a Comparative Perspective*, red. Anne Sanders, Steen Thomsen. 129-156. Cambridge-Antwerp-Chicago: Intersentia, 2023.
- Fundacja rodzinna. Aspekty prawne i podatkowe*, red. Paweł Tomczykowski. Warszawa: C.H. Beck, 2023.
- Fundacje rodzinne. Komentarz. Linia orzecznicza*, red. Rafał Adamus, Piotr Stec. Warszawa: C.H. Beck, 2024.
- Fundacje rodzinne. Komentarz. Linia orzecznicza*, red. Rafał Adamus, Piotr Stec. Warszawa: C.H. Beck, 2024.
- Fundacje rodzinne. Komentarz. Linia orzecznicza*, red. Rafał Adamus, Piotr Stec. Warszawa: C.H. Beck, 2024.
- Grzywaczewska-Łuczowska Magdalena, „Organy fundacji rodzinnej”, [w:] *Fundacje rodzinne. Aspekty prawne i podatkowe*, red. Adam Mariański. 223-248. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Gura Grzegorz, *Fundacje kościelne w prawie polskim i niemieckim*. Warszawa: C.H. Beck, 2018.
- Haag Maximilian, Michael Tischendorf, „The German family foundation: concept, legal framework, and taxation” *Trust & Trustees*, nr 6 (202): 534-541.
- Hopt Klaus J., „The board of non-profit organizations: some corporate governance thoughts from Europe”, [w:] *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, red. Klaus J. Hopt, Thomas von Hippel. 531-563. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

- Izdebski Hubert, *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skrowidz.* Kra-snobród: ECO Anna Piechowiak, 2004.
- Kapkowski Rafał, „Problematyka obliczania zachowku w świetle ustawy o fundacji rodzinnej” *Palestra*, nr 9 (2023): 16-37.
- Kappes Aleksander, „Długo oczekiwane dobrodzieństwo czy legislacyjny bubel? Kilka uwag o fundacji rodzinnej” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 12 (2023): 5-12.
- Kappes Aleksander, „Uwagi o następstwie prawnym fundacji rodzinnej” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 9 (2024): 56-57.
- Karpiuk Katarzyna, Jacek Pałowski, Piotr Woźniakiewicz, „Fundacja rodzinna – przełomowe rozwiązanie dla biznesu rodzinnego” *Nowy Przegląd Notarialny*, nr 1 (2023): 5-34.
- Katner Wojciech J., „O działalności gospodarczej fundacji i fundacji rodzinnej – głos w dyskusji” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 10 (2024): 40-45.
- Kidyba Andrzej, „Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundację” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 10 (1999): 2-6.
- Kidyba Andrzej, *Ustawa o fundacjach. Prawo o stowarzyszeniach*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1997.
- Kozioł Nikoletta, „Fundacja rodzinna – nowa instytucja w polskim prawie” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 10 (2024): 18-26.
- Krysiak Agnieszka, „Fundacja rodzinna – nowy instrument prawny w sukcesji mienia” *Temidium – Prawo i Praktyka*, nr 9 (2023): 31-38.
- Mariański Adam, „Opodatkowanie fundacji rodzinnych czyli dokąd zmierza tzw. uszczelnianie systemu podatkowego” *Przegląd Podatkowy*, nr 4 (2020): 32-39.
- Mariański Adam, „Polska fundacja rodzinna – postulaty legislacyjne” *Monitor Prawniczy*, nr 3 (2022): 129-134.
- Mariański Adam, Adam Źądło, „Opodatkowanie fundacji prywatnych” *Przegląd Podatkowy*, nr 8 (2018): 21-29.
- Meinecke Peter, „The German and the Liechtenstein family foundation after the German foundation law reform” *Trust & Trustees*, nr 6 (2023): 540-552.
- Michalak Sebastian, „Wybrane elementy swobody fundatora w wyposażeniu fundacji rodzinnej w mienie oraz w kształtowaniu treści jej statutu” *Monitor Prawniczy*, nr 12 (2024): 753-762.
- Ogonowski Andrzej, Aldona Gibalska, *Fundacje i stowarzyszenia. Funkcjonowanie i opodatkowanie*. Kraków: Forum Doradztwa Podatkowego, 2014.
- Osajda Konrad, „Szczególne problemy z ustanowieniem fundacji rodzinnej w testamencie” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 12 (2024): 39-42.
- Peter Natalie, „Family Foundations in Switzerland” *Trust & Trustees*, nr 6 (2020): 580-589.
- Rappé Wilhelm Edmund, *Fundacje*. Warszawa: 1937.

- Rusek Joanna, „Wykorzystanie fundacji prywatnej (rodzinnej) w procesie planowania podatkowego” *Monitor Podatkowy*, nr 11 (2011): 25-30.
- Rzetecka-Gil Anna, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*. Warszawa: LEX/el., 2018.
- Sanders Anne, „Enterprise Foundations in Germany”, [w:] *Enterprise Foundation Law in a Comparative Perspective*, red. Anne Sanders, Steen Thomsen. 25-60. Cambridge-Antwerp-Chicago: Intersentia 2023.
- Sanders Anne, Thomsen, Steen, „Concluding Observations”, [w:] *Enterprise Foundation Law in a Comparative Perspective*, red. Anne Sanders, Steen Thomsen. 221-254. Cambridge-Antwerp-Chicago: Intersentia 2023.
- Stecki Leopold, *Fundacja. Część druga i trzecia*. Toruń: Wydawnictwo TNOiK, 1996.
- Steinberg Richard, „Principal-Agent theory and nonprofit accountability”, [w:] *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, red. Klauss J. Hopt, Thomas von Hippel. 73-125. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Strożek-Kucharska Magdalena, Michał Mółka, „Fundacja rodzinna na tle innych fundacji? Przyczynek do dyskusji” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 12 (2023): 112-133.
- Suski Paweł, *Fundacje i stowarzyszenia*. Warszawa: Lexis Nexis, 2008.
- Thomsen Steen, „Foundation ownership around the world”, [w:] *Enterprise Foundation Law in a Comparative Perspective*, red. Anne Sanders, Steen Thomsen. 7-24. Cambridge-Antwerp-Chicago: Intersentia 2023.
- Thomsen Stein, Nikolaos Kavadis, „Enterprise Foundations: Law, Taxation, Governance, and Performance” *Annals of Corporate Governance*, nr 4 (2022): 227-333.
- Tim Artur, „Fundacje prywatne jako element liberalizacji polskich przepisów o spadkach. Refleksje na gruncie stanu prawnego Republiki Austrii i Księstwa Liechtenstein” *Studia Prawno-Ekonomiczne*, t. CIX (2018): 145-158.
- Ustawa o fundacjach. Komentarz*, red. Andrzej Kidyba. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Ustawa o fundacjach. Komentarz*, red. Andrzej Kidyba. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Ustawa o fundacji rodzinnej. Komentarz*, red. Piotr Grabowski, Daria Leszczyk. Warszawa: C.H. Beck, 2023.
- Ustawa o fundacji rodzinnej. Komentarz*, red. Piotr Grabowski, Daria Leszczyk. Warszawa: C.H. Beck, 2024.
- Waszczuk-Napiórkowska Jolanta, „Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundację” *Prawo w Działaniu. Sprawy cywilne*, nr 60 (2024): 96-124.
- Wiórek Piotr Marcin, „Ciemna strona fundacji rodzinnej? Uwagi z perspektywy prawa niemieckiego” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, nr 11 (2021): 8-15.

Zachariasiewicz Maciej, „Trust w praktyce polskich sądów i notariatu” *Rejent*, nr 5 (2004): 234-258.

Zachariasiewicz Maciej, „Ustanowienie trustu w testamencie lub za pomocą innej czynności prawnej mortis causa pod rządami polskiego prawa spadkowego” *Rejent*, nr 2 (2009): 163-191.

Zaporowska Janina, Jacek Mazurkiewicz, „Cel fundacji” *Monitor Prawniczy*, nr 12 (1994): 355-358.



Exploring the Cross-Border Insolvency Laws: A Comparative Study of India and International Perspectives

Abstract

Cross-border insolvency involves complex legal challenges that arise when a debtor's assets and liabilities span multiple jurisdictions. The lack of a comprehensive law to deal with such beyond-borders disputes in insolvency can have an undesirable impact on the enterprise, local or foreign creditors, recognition of law or jurisdictions, enforcement of foreign decisions, and many more. In the global context, the United Nations has adopted the Model Law on Cross-Border Insolvency (MLCBI) which has been implemented by various nations like, the United States, the United Kingdom, the Republic of Korea, Japan, Poland, etc. in their domestic laws to create uniformity in administering cross-border insolvency proceedings. This is a guiding document to resolve the legal complexities in cross-border insolvency to the adoptive countries, such as, conflict of laws, determination of assets of debtors, determination of main proceedings, relief provisions and many more. In India, Cross-Border Insolvency proceedings are initiated under the Insolvency and Bankruptcy Code (IBC), 2016. This paper highlights the MLCBI from an Indian Perspective with reference to the IBC, as India's regulatory framework for cross-border insolvency. Additionally, the paper examines the paradigm shift after the implementation of this MLCBI in the Indian Insolvency Framework in the IBC concerning the proceedings in resolving such international insolvency cases in India. This paper will contribute to how countries like the other countries that have implemented the MLCBI in their legal realm while handling such transnational insolvency disputes.

MADHUSMITA RONGHANGPI – Doctoral Scholar, North-Eastern Hill University (Shillong, Meghalaya, India), ORCID – 0009-0006-8285-8415, e-mail: rmadhusmita24@gmail.com

NAVEEN KUMAR – associate professor, North-Eastern Hill University (Shillong, Meghalaya, India), ORCID – 0009-0001-7578-2970, e-Mail: naveenkr77@gmail.com

KEYWORDS: UNCITRAL, Cross-Border Insolvency, Legal Framework, India, global

1 | Introduction

With the emergence of the globalization phenomenon, the period up to the end of the 19th century was marked by an exceptional economic expansion and global integration.^[1] The business entities have shown their keen interest in extending their business beyond their home jurisdictions. It has accelerated its growth in international trade and investment in recent decades, which has led to the integration of economies. However, amid the global financial crisis, beginning in 2008, numerous challenges emerged in stabilizing the global financial markets and economies.^[2] Consequently, large cross-border operating enterprises have experienced financial distress, resulting in an increasing number of cross-border insolvency cases. However, it has numerous legal challenges due to the lack of uniformity in domestic insolvency laws. These issues encompass determining which country's insolvency laws should be applied in adjudicating such transnational insolvency disputes, where the primary proceeding should commence, how to designate the main jurisdiction for such cases, and various other considerations. Therefore, the United Nations have tried to tackle such issues and to bring uniformity and harmony among the countries, introduced the "UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (MLCBI), 1997", in the global forum. It has emerged as the most widely accepted legal framework to deal with cross-border insolvency issues. Numerous countries such as the United States, the United Kingdom, Japan, the Republic of Korea, Poland, etc. have taken initiatives to implement the principles of this model in their domestic laws for insolvency. However, India has not adopted this model law. In India, cross-border insolvency disputes are resolved under the "Insolvency and Bankruptcy Code (IBC),

¹ International Monetary Fund, *Globalization: A Framework for IMF Involvement*, March 2002. <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2002/031502.html>. [accessed: 15.12.2024].

² Annika Wolf, "A Global Cross-border Insolvency Framework for Financial Institutions" *EUI Working Paper*, No. 1 (2015): 1-3.

2016” under Sections 234 and 235. The enactment of this Code has introduced significant modifications in governing financially distressed entities, resulting in benefits to India’s economic landscape.

1.1. Meaning Cross-Border Insolvency and its Paradox

Cross-border insolvency occurs when an insolvent debtor/entity has assets and/or creditors located in multiple nations.^[3] Domestic insolvency proceedings are initiated by domestic laws that identify the debtors’ assets, liquidate those assets, and protect creditors’ rights. But in the circumstances of cross-border insolvency, the complexities of choosing the laws; choosing the jurisdictions; demarcating the foreign main proceedings for the insolvent debtor/entity or the foreign non-main proceedings; protecting the local and domestic creditors, assets distributions; the applicability of reciprocity law; the right of the insolvency administrator (domestic) to commence proceedings and access the assets of the foreign country; the recognition of the claims of local creditors in a foreign administration; the recognition and enforcement of foreign administration decisions, and many more.

1.2. Theories of Cross-Border Insolvency

The theories of Cross-Border Insolvency are the approaches to initiate and deal with the cross-border insolvency proceedings. Particularly, there are two traditional major approaches territorialism and universalism. The first approach provides that the proceedings will be separately dealt with in the countries involved in the proceedings, which deny extraterritorial effect on the insolvency administration, where the insolvent debtor has its assets.^[4] The later approach provides that the proceedings will be dealt with uniformity and the main jurisdiction of the proceeding will be based on the determination of the “Centre of the Main Interests (COMI).”^[5] Universalism is

³ Ministry of Finance, Department of Economic Affairs 157, *Economic Survey 2021-2022* (Government of India, January 2022)

⁴ Sefa M. Franken, “Cross-Border Insolvency Law: A Comparative Institutional Analysis” *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 34 (2014): 102.

⁵ Ibidem.

based on the theory of market symmetry.^[6] This approach has many positive impacts such as, reducing costs of multiple proceedings, maximizing the debtor's assets, being beneficial to all the stakeholders, giving effect to the principles of equity, and many more.^[7] The Modified Universalism or mixed models of these theories (territorialism and Universalism) is the third approach, which is now becoming prevalent in the present time. In this approach, it becomes fairer to all creditors if there is both unitary and universal liquidation, for example, the EU Insolvency Regulation.^[8] Other approaches are “cooperative territorialism (advocated by LoPucki)” and “universal proceduralism (advocated by Janger)”.^[9]

2 | Methodology

This research paper is purely based on doctrinal research methodology that employs primary data sources, such as, legislations, reports, case laws, etc. and secondary data sources, includes, books, articles, and online sources. It has also attempted to make comparative analysis of cross-border insolvency laws between India and various other countries. The research gap is the MLCBI's application and effectiveness across different jurisdictions, particularly in the Indian context as the commencement of such cross-border insolvency proceedings brings up numerous legal complexities that require comprehensive and extensive regulations to ensure its efficient resolution.

⁶ Jay Lawrence Westbrook, “A Global Solution to Multinational Default” *Michigan Law Review*, No. 7 (2000): 2277.

⁷ Ibidem, 2284-2286.

⁸ Bob Wessels, “Modified universalism in European cross-border insolvency?” 9 January 2019. <https://bobwessels.nl/blog/2019-01-doc3-modified-universalism-in-european-cross-border-insolvency/>. [accessed: 28.1.2025].

⁹ Neil Hannan, *Cross-Border Insolvency The Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law* (Springer, 2017), 3.

3 | About UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

UNCITRAL adopted the Model Law on 30 May 1997 and subsequently provided the “Guide to Enactment of The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency.” The “International Bar Association (IBA)” and the “International, International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals. (INSOL)” have also exerted to enact this law.^[10] The main purpose of MLCBI is to resolve the conflicts between domestic legal systems that result in the waste of valuable resources, to address the legal obstacles in accessing domestic courts, to remove the unequal treatment between foreign and domestic creditors, to provide for coordination and cooperation, and many more.^[11] It provides a legislative framework that can be adopted by countries with modifications to suit the domestic context of the enacting jurisdiction. It has been adopted by 60 countries with 63 jurisdictions’ until now.^[12] It provides a mechanism to coordinate cross-border insolvencies and is designed to be adopted by nations. It also supports “market symmetry” in a global economy, which means, “the requirement that some systems in a legal regime must be symmetrical with the market, covering all or nearly all transactions and stakeholders in that market with respect to the legal rights and duties embraced by those systems.”^[13] Recently, it has completed twenty-five years in 2022, since its enactment. Along with this Model Law, there are, “UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: the Judicial Perspective; Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT); Model Law on Enterprise Group Insolvency with Guide to Enactment (2019); Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments with Guide to Enactment (2018)”.

¹⁰ Ibidem, 10.

¹¹ Ronald J. Silverman, “Advances in Cross-Border Insolvency Cooperation: the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency,” *ILSA Journal of International & Comparative Law*, No. 6 (2000): 267.

¹² United Nations Commission On International Trade Law, *Status: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997)*. https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status. [accessed: 29.1.2025].

¹³ Felicity Deane, Rosalind Mason, “The UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law” *International Insolvency Review*, No. 25 (2016): 139.

3.1. Key notions of UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (MLCBI)

This law addresses the core issues of cross-border insolvency cases with the below guiding notions in the Preamble of the Model Law Guide.^[14]

- i. Access: The first notion is access to the foreign or domestic courts that open the proceedings/and the participation of professionals (whether local or foreign) and creditors (whether local or foreign) in the insolvency proceedings/and the commencement of insolvency proceedings against the insolvent debtor/entity.
- ii. Recognition: The second notion is the recognition of the foreign or domestic proceedings, which enables the courts to determine relief.
- iii. Cooperation: Third notion is cooperation between the insolvency professionals (whether local or foreign) and the courts of the country initiating the proceedings.
- iv. Coordination: The fourth notion is coordination in the conduct of concurrent proceedings in different jurisdictions where the proceedings are opened. The main purpose of this principle is to ensure a smooth and amicable resolution of the proceedings.
- v. Equal Protection: The fifth notion is to ensure equal protection of the claims of all creditors (whether local or foreign), including other persons (interested) and debtors, and effective administration of such insolvencies.
- vi. Maximizing Assets: The sixth notion is to maximise the assets of the insolvent debtor and distribute them equally to satisfy the claims of all creditors (whether local or foreign).

¹⁴ The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, 2013, Preamble.

3.2. Legal Provisions under the Model Law to Initiate the Cross-Border Insolvency

The analysis of the legal provisions is discussed below:

- i. **Competent Court:** The court (foreign court/domestic court) controls or supervises the cross-border proceeding against the insolvent debtor/entity.^[15] The court is required to cooperate with the foreign courts or foreign representatives for the smooth functioning of the proceedings^[16].
- ii. **Application:** A Foreign representative and creditors are entitled to apply directly to a court to commence a proceeding.^[17] A foreign representative/ foreign creditor is entitled to participate in a proceeding on recognition of a foreign proceeding. A foreign representative may apply to the court for recognition of the foreign proceeding in which the foreign representative has been appointed accompanied by the certified copy of the decision; a certificate from the foreign court affirming the existence of the foreign proceeding and the appointment of the foreign representative; any other evidence acceptable to the court.^[18]
- iii. **Recognition of Proceedings:** Recognition of the main foreign proceeding is relevant to the commencement of the proceeding concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities. The main proceedings are those in which the debtor had its COMI at the time the foreign proceedings were commenced.
- iv. **Relief:** The court may, at the request of the foreign representative, grant provisional relief after the commencement of the proceedings if such relief is urgently needed to protect the debtor's assets or the interests of the creditors.^[19]
- v. **Cooperation:** The court shall cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives, either directly or thoroughly.^[20] The court is entitled to communicate directly

¹⁵ UNCITRAL MLCBI GEI, Article 2(e) 7 4.

¹⁶ UNCITRAL MLCBI GEI, Article 9.

¹⁷ UNCITRAL MLCBI GEI, Article 15

¹⁸ UNCITRAL MLCBI GEI, Article 15 (2).

¹⁹ UNCITRAL MLCBI GEI, Article 19.

²⁰ UNCITRAL MLCBI GEI, Article 25(1).

with, or to request information or assistance directly from, foreign courts or foreign representatives.^[21] The forms of cooperation can be through communication, monitoring the debtor's assets; appointment person by the court; implementing any agreement concerning coordination; and coordination during concurrent proceedings.^[22]

- vi. Concurrent Proceedings: The court shall seek cooperation and coordination during proceedings.^[23]
- vii. Public Policy: The court is empowered to refuse any action if it is contrary to the public policy of the state.^[24]

However, the MLCBI has some ambiguity in enforcing the insolvency judgments.^[25]

4 | Cross-Border Investment Scenario in Indian Context

In the global context, India is an emerging economy that has shown resilience and tremendous potential for growth. Over the recent decades, India has witnessed cross-border trade activities and transnational investment, and globalization has been an important catalyst for entails these activities. Additionally, the factors that attract such huge international investments in India can be due to many factors such as implementing strong commercial foundations and initiating new reformations which bring a paradigm shift to establish its position in the global market such as the enactment of IBC of 2016.^[26] Further, India's "Gross Domestic Product (GDP)" growth is to fall within the range of "6.3% to 6.8%" for the "Financial Year (FY)" 2026 as

²¹ UNCITRAL MLCBI GEI, Article 25(2).

²² UNCITRAL MLCBI GEI, Article 27.

²³ UNCITRAL MLCBI GEI, Article 27-32.

²⁴ UNCITRAL MLCBI GEI, Article 6.

²⁵ Irit Mevorach, "Overlapping International Instruments for Enforcement of Insolvency Judgments: Undermining or Strengthening Universalism?" *European Business Organization Law Review*, No. 22 (2021): 306.

²⁶ Ministry of Finance, Department of Economic Affairs 107, *Economic Survey 2024-25* (Government of India, January 2025).

anticipated by the economic survey for 2024-25.^[27] From the period of April 2000 to September 2024, the cumulative “Foreign Direct Investment (FDI)” inflows into India have reached a milestone of the “USD 1 trillion” threshold^[28], primarily attributed to various initiatives of the Government for a more favourable business environment and loosened FDI regulations^[29]. Following the pandemic crisis in India, initiatives such as Aatmanirbhar Bharat, Make in India and Digital India^[30] have gained momentum to encourage investments from domestic and foreign stakeholders.

These observations suggest that the country’s GDP and FDI are linked to the increasing multinational enterprises and their collective involvement in global investment and commercial operations. This trend indicates the rise in global trade activities and the consequent intensification of international business competition. However, sometimes due to operational factors across the nations and the presence of assets and creditors from various countries, they suffer financial issues leading to an inability to meet their financial obligations. Consequently, cross-border insolvency proceedings are initiated.

4.1. Legal Provisions of Cross-Border Insolvency in Insolvency and Bankruptcy Code 2016

In India, prior to 2016, there was no such comprehensive insolvency legislation to resolve the cross-border insolvency disputes. However, the inclusion of provisions to deal with such cross-border insolvency cases in a comprehensive insolvency law had been discussed in the “Justice Eradi Committee, 2000 – Report of the High-Level Committee on Law Relating to Insolvency and Winding up of Companies 2000” and the “N.L. Mitra Committee Report, 2001- Report of the Expert Committee on Legal Aspects of Bank Frauds”. Currently, the Insolvency and Bankruptcy Code (IBC), 2016 is the only domestic law that handles an insolvent enterprise proceeding within the country or outside of the country. The IBC has only two sections

²⁷ Ministry of Finance, *Economic Survey 2024-25*, 33.

²⁸ Ibidem, 107.

²⁹ “Foreign Direct Investment” India Brand Equity Foundation January, 2025. <https://www.ibef.org/economy/foreign-direct-investment>. [accessed: 31.1.2025].

³⁰ Ministry of Finance, *Economic Survey 2024-25*, 199.

that deal with cross-border insolvency, which are provided under Sections 234 and 235. The first provision authorizes the Central Government to establish bilateral pacts with foreign nations to address issues related to transnational insolvency^[31] and the subsequent provision indicates that if the resolution professional/ liquidator/ bankruptcy trustee believes that the corporate debtor possesses assets/ guarantor beyond the borders, they can issue a letter of request to a court or relevant competent body of that nation.^[32] At present, the IBC does not have a standard instrument for the restructuring of companies involving cross-border jurisdictions.

The “Jet Airways (India) Ltd. Case”^[33], became the first Indian company to experience transnational insolvency and sparked discussions on international insolvency procedures. The proceedings had been already initiated against the insolvent debtor before a District Court in the Netherlands. During the proceedings, the “National Company Law Tribunal (NCLT)”, Mumbai emphasized the lack of a cross-border regulatory framework and consequently, made concern on acknowledgment on recognition of the foreign court’s judgment in India in the absence of provisions in IBC in recognition.^[34] Further, on appeal, the “National Company Law Appellate Tribunal (NCLAT)” recognized the Dutch proceedings.^[35] It also directed to the CoC of Jet Company to consider the prospect of cooperating with the Dutch administrator.^[36] Subsequently, the proceedings of group insolvency have been initiated in “State Bank of India v. Videocon Industries Ltd.”^[37] and the NCLT consolidated 13 out of the 15 companies. In the absence of provisions for group insolvency, the NCLT interpreted various provisions of the IBC and amicably handled the proceedings against the group. It has enforced the NCLT to try and interpret various sections of IBC in such a manner as to accommodate and allow consolidation of the processes as well as ease the initiation process against the group.

³¹ The Insolvency and Bankruptcy Code, Act No. 31 of 2016, Section 234.

³² IBC, Section 235.

³³ Jet Airways (India) Ltd v State Bank of India and Ors (NCLAT) Company Appeal (AT) (Insolvency) No 707 of 2019.

³⁴ Ministry of Finance, *Economic Survey 2021-2022*, 157&1 158.

³⁵ Debaranjan Goswami and Andrew Godwin, “India’s Journey towards Cross-Border Insolvency Law Reform”, *Asian Journal of Comparative Law*, No. 19 (2024): 198.

³⁶ State Bank of India v Videocon Industries Limited & Ors MA-1306/2019.

³⁷ State Bank of India v. Videocon Industries Ltd, M.A 2385/2019 in C.P. (IB)-02/MB/2018 (2019).

4.2. Reports on Implementation UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (MLCBI) in Indian Insolvency Law

This issue of implementing Model Law is not new, and many committees involved in developing Insolvency Law recommended its inclusion in the law. However, with the initiations of cross-border and group cross-border insolvency proceedings in India, the “Insolvency Law Committee (ILC)” in 2018 tried to propose a Draft, namely, “Draft Z”^[38], that highlighted the importance of adopting the MLCBI in the IBC with certain changes to frame robust cross border insolvency framework. It applies exclusively to corporate debtors only and emphasizes a dual approach to the insolvency of companies from other countries.^[39] Further, the Central Government has the authority to exempt certain entities from the application of the draft. Moreover, it recommended that the MLCBI adoption may be initially adopted on a reciprocity basis, nevertheless, there can be future review and modification of the draft for emerging business activity. Furthermore, it addressed different issues such as COMI; relief provisions; consideration of violation of public policy; incorporation of the “Judicial Insolvency Network (JIN)” for cooperation and coordination purposes, and many more.^[40]

Furthermore, in 2020, the “Cross Border Insolvency Rules/Regulations Committee (CBIRC)” aimed to propose guidelines necessary for the execution of the ILC Report.^[41]

- i. The committee studied different typologies of the cases of cross-border insolvency. Cross-border insolvency occurs when a company based in India has obligations, properties, or business activities in foreign countries, or when a company from another nation possesses debts, assets, or conducts operations within India. The procedures for winding up foreign companies are outlined in the Companies Act 2013. It establishes a dual approach, first to address the transnational

³⁸ Ministry of Corporate Affairs Government of India 14, *Report of Insolvency Law Committee on Cross Border Insolvency* (Government of India, October 2018).

³⁹ Shikha “India’s”, 330-332.

⁴⁰ Shikha, “India’s”, 330-332.

⁴¹ Ministry of Corporate Affairs, *Report on the Rules and Regulations for Cross-border Insolvency Resolution* (Government of India, June 2020).

insolvency of foreign entities by Part Z and second to provide winding up of foreign entities under the Act of 2013.^[42]

- ii. It advocated for the NCLT to determine COMI from the date of commencement, representing the location where a corporate debtor primarily conducts its business operations and is easily recognizable to external stakeholders (taking into account multiple factors).^[43]
- iii. It also implies that the foreign representatives regarding accessing the NCLT and other pertinent bodies of India for collaboration under Part Z and additionally, must apply to IBBI.^[44]
- iv. It suggested that Indian IPs must notify IBBI for engaging with the insolvency procedures and systems of a foreign nation.
- v. It stated that the AA should provide Interim and Discretionary relief.
- vi. It recommended that the Government establish protocols to interact between the Adjudicating Authority (AA) and foreign courts as well as to implement the JIN Guidelines.^[45]

These two reports have shown the importance of MLCBI in IBC with minute changes. However, it has not been adopted in the Indian Insolvency law till now.

5 | Cross-Border Insolvency Laws in Various Countries Adopting MLCBI

i) United Kingdom:

Statute Name: “The Cross Border Insolvency Regulations, 2006”.

This Act is implemented in Great Britain (England/Wales + Scotland). It provides that this Law applies to the assistance of a foreign court/foreign representative under this law or assistance in a foreign state in respect of

⁴² CBIRC, 24.

⁴³ CBIRC, 31.

⁴⁴ CBIRC 43.

⁴⁵ CBIRC, 65.

a corporate debtor or assistance by creditors/interested persons requesting the commencement under this insolvency law.^[46] A foreign representative is entitled to apply directly to a court in Great Britain.^[47] The court shall not grant/modify/ensure cooperation or coordination any relief, or modify any relief already granted, or provide any co-operation or coordination, if it is prohibited by the “Part 7 Companies Act 1989, Part 3 Financial Markets and Insolvency (Settlement Finality) Regulations 1999, Part 3 Financial Collateral Arrangements (No. 2) Regulations 2003; or inconsistent rights of a collateral taker under Part 4 of the Financial Collateral Arrangements (No. 2) Regulations 2003”.^[48] If does not infringe the above-mentioned provision, the foreign representative will get relief after recognition of the foreign proceeding.^[49] Further, foreign creditors have the same rights regarding the commencement of, and participation in, a proceeding under British insolvency law. The court may cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives, either directly or through a British insolvency office holder. Furthermore, it provides provision for coordination if concurrent proceedings commenced against the same debtor.

ii) United States of America:

Statute Name: “Chapter 15 of the Bankruptcy Code, 2005”.

This legislation has adopted the principles of the MLCB^[50]: promoting cooperation, legal certainty, fair and efficient administration, protecting the creditors’ interest and other interested stakeholders including the debtor; maximizing the value of the debtor’s assets; and protecting investment and preserving employment.^[51] Under this chapter, an ancillary case is initiated when a foreign representative files a petition for recognition of

⁴⁶ The Cross Border Insolvency Regulations, 2006, Article 1(1) of Schedule 1 Chapter I.

⁴⁷ CBIR, [Article 9 of Schedule 1 Chapter II.

⁴⁸ CBIR, Article 1 (4) of Schedule 1 Chapter I,

⁴⁹ CBIR, Article 21 of Schedule 1 Chapter I.

⁵⁰ Official Website of the US Government, *Chapter 15-Bankruptcy Basics*. <https://www.uscourts.gov/court-programs/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-15-bankruptcy-basics>. [accessed 4.2.2025].

⁵¹ Chapter 15 of the Bankruptcy Code, 11 U.S.C. § 1501.

a foreign proceeding.^[52] U.S. courts grant foreign representatives immediate access to resolve such disputes.^[53] The court has the power to designate a foreign proceeding as either a foreign main proceeding or a foreign non-main proceeding.^[54] U.S. courts have the authority to grant to issue preliminary relief immediately after recognizing the petition^[55] and this can lead to a stay on other proceedings.^[56] Additionally, it allows foreign creditors the right to participate in U.S. bankruptcy cases and prohibits unfair treatment of foreign creditors (except certain foreign government and tax claims subject to the treaty).^[57] It encourages cooperation and communication with foreign judicial authorities or representatives.^[58] It also provides guidelines for cooperation when a case has been filed under the Code with the foreign representative and for the coordination of multiple foreign cases.^[59]

6 | Discussion & Findings

At present, the cross-border provisions in the Insolvency and Bankruptcy Code in India are not enough to deal with Cross-Border Insolvency, as it does not provide enough gateways to participate in foreign proceedings. There are only two processes through which such proceedings can be initiated, however, initiating such process to resolve the proceedings raises concerns, like more waste of resources, reciprocity issues, uneven distribution of assets, and substantial unequal recognition of local and foreign creditors. Further, it also does not specifically provide access to foreign main proceedings, recognition of such proceedings, enforcement of the decision of such proceedings, and coordination and cooperation of the foreign courts and domestic courts. Furthermore, the existing IBC provisions are prone to

⁵² Chapter 15 of the BC, 11 U.S.C. § 1504.

⁵³ Chapter 15 of the BC, 11 U.S.C. § 1509

⁵⁴ Chapter 15 of the BC, 11 U.S.C. § 1517.

⁵⁵ Chapter 15 of the BC, 11 U.S.C. § 1519.

⁵⁶ Chapter 15 of the BC, 11 U.S.C. § 1520.

⁵⁷ Chapter 15 of the BC, 11 U.S.C. § 1513.

⁵⁸ Chapter 15 of the BC, 11 U.S.C. § 1525.

⁵⁹ Chapter 15 of the BC, 11 U.S.C. §§ 1529 – 1530.

delay with entering agreements with other nations is time-consuming.^[60] This results in the ambiguity of creditors, debtors, and other stakeholders' claims. The current IBC framework needs modification to deal with Cross-Border insolvency. Furthermore, under IBC, while foreign creditors file claims against the local enterprise, on the other hand, it fails to recognize insolvency proceedings in foreign jurisdictions.^[61] The findings imply the significance of MLCBI in the Indian legislative framework for the smooth functioning of legal proceedings, business beyond borders and to achieve economic sustainability. When compared to other jurisdictions, India's approach to cross-border insolvency appears less robust and more fragmented. There is a strong correlation between the lack of comprehensive legislation and the inefficiency of handling cross-border insolvency cases in India. The cross-border insolvency laws of the U.S.A. and the U.K. show that they have very exhaustive regulations to settle transnational disputes. Their laws demonstrate clarity in addressing access and recognition of foreign main proceedings, relief measures, emphasizing creditors' claims, and numerous additional aspects.

7 | Conclusion

In India, the "Insolvency and Bankruptcy Code (IBC)" has successfully revitalized the insolvency regime. It has effectively tackled the rising issue of non-performing assets problem in India. Additionally, it has improved the economic condition by introducing credit discipline in the market of the global field. Further, it has been attracting foreign investment opportunities. It has also introduced time-bound resolution approach for insolvency disputes. Therefore, there has been considerable advocacy for incorporating MLCBI into Indian law to resolve the challenges relating to cross-border insolvency presently faced by the multinational enterprises. The adoption of the MLCBI will undoubtedly have a positive impact on addressing transnational insolvency cases; however, it must be still regulated by the Insolvency and Bankruptcy Board of India (IBBI). However, it can be seen that only a small number of nations have included this Model law in their

⁶⁰ Ministry of Finance, *Economic Survey 2021-2022*, 157 & 158.

⁶¹ Ibidem.

domestic law, Besides, the Model Law required modifications with the time as it has already completed twenty-eight years in 2025 from the date of its adoption. The Model law has various gaps like defining – public policy, reciprocal arrangements with non-adoptive nations, and many more. Nevertheless, if India adopts it, then India needs to have a considerable eye on its implementation. As, it is worth noting that even after implementing the MLCBI, the cross-border insolvency laws of the U.S.A. and U.K. have faced many judicial challenges. These countries are continually developing new judicial arrangements to address the emerging issues relating to the current business landscapes.

Bibliography

- Deane Felicity, Rosalind Mason, “The UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law” *International Insolvency Review*, No. 25 (2016): 138-159.
- Franken Sefa M., “Cross-Border Insolvency Law: A Comparative Institutional Analysis” *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 34 (2014).
- Goswami Debaranjan, Andrew Godwin, “India’s Journey towards Cross-Border Insolvency Law Reform” *Asian Journal of Comparative Law*, No. 19 (2024).
- Hannan Neil, *Cross-Border Insolvency The Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law* (Springer, 2017).
- International Monetary Fund, *Globalization: A Framework for IMF Involvement*, March 2002. <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2002/031502.html>.
- Mevorach Irit, “Overlapping International Instruments for Enforcement of Insolvency Judgments: Undermining or Strengthening Universalism?” *European Business Organization Law Review*, No. 22 (2021).
- Ministry of Corporate Affairs Government of India 14, *Report of Insolvency Law Committee on Cross Border Insolvency*. Government of India, October 2018.
- Ministry of Corporate Affairs, *Report on the Rules and Regulations for Cross-border Insolvency Resolution*. Government of India, June 2020.
- Ronald J. Silverman, “Advances in Cross-Border Insolvency Cooperation: the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency” *ILSA Journal of International & Comparative Law*, No. 2 (1999).
- Wessels Bob, “Modified universalism in European cross-border insolvency?” 9 January 2019. <https://bobwessels.nl/blog/2019-01-doc3-modified-universalism-in-european-cross-border-insolvency/>.

Wolf Annika, "A Global Cross-border Insolvency Framework for Financial Institutions" *EUI Working Paper MWP*, 1 (2015).

United Nations Commission On International Trade Law, *Status: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* (1997), No. 6 (2000). https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status.

Westbrook Jay Lawrence, "A Global Solution to Multinational Default" *Michigan Law Review*, No. 98 (2000): 2276-2328.



Legal Effects and Administration of Bank Acquisitions in Jordan: A Review of the Literature

Abstract

Bank mergers and acquisitions (M&A) have become increasingly common in the financial services industry as banks seek to expand, diversify, and increase efficiency. These transactions have significant legal implications that must be navigated by both the acquiring and target banks. The legal effects of bank acquisitions span the entire transaction lifecycle. This paper provides a comprehensive overview of the key legal considerations involved. It begins by examining the regulatory approval processes and antitrust frameworks that govern bank M&A. The paper then looks at the legal steps of executing a bank acquisition, such as shareholder approvals, asset/liability transfers, and employee benefits. The discussion then shifts to the post-merger integration phase, highlighting the legal challenges that arise as the two organizations harmonize operations, compliance, and business models. The paper also explores potential litigation risks, including shareholder lawsuits or disputes with customers and vendors. Finally, the paper considers the longer-term legal impacts of bank acquisitions, including their effects on market competition, regulatory oversight, and the broader financial services landscape. Understanding these multifaceted legal dynamics is crucial for bank executives, legal counsel, and regulators to assess the viability and strategic implications of potential bank M&A activity.

KEYWORDS: bank mergers and acquisitions (M&A); financial services industry; antitrust; banking regulations merger; shares, assets

MUEEN ALSHUNNAQ – associate professor, Jadara University (Jordan),
ORCID – 0000-0002-4488-1220, e-mail: mueenalshunnaq1968@gmail.com

1 | Introduction

The financial services industry has witnessed a significant increase in merger and acquisition (M&A) activity involving commercial banks over the past several decades.^[1] Driven by strategic objectives such as expanding market share, diversifying product offerings, and achieving operational efficiencies, bank acquisitions have become a key growth lever for many institutions.^[2]

A bank acquisition is defined as the process whereby another bank acquires the target bank or other financial institution by purchasing its shares or assets. Depending on the agreements, bank acquisition performed voluntarily or involuntarily and resorted to for various reasons, such as expanding commercial activities or enhancing financial performance.^[3]

A bank acquisition is a merger between a large bank and one or more small banks with a mutual agreement between the two parties to achieve specific goals under certain circumstances.^[4]

A bank merger is an agreement that leads to the unification of two banks into one banking entity so that the new entity has a higher ability and

¹ Mohammed Faez Hasan, "Bank mergers and acquisitions trends under recent crises" *Iconic Research and Engineering Journals*, No. 2 (2022): 81-96; Musa Darayseh, Nizar Mohammad Alsharari, "Determinants of merger and acquisition in the banking sector: an empirical study" *Meditari Accountancy Research*, No. 4 (2023): 1093-1108.

² Nazim Ullah, Junaidah Abu Seman, *Merger and Acquisition in Banking Sector: A Review of the Literature* (2018).

³ Sonia Singh, Das Subhankar, "Impact of post-merger and acquisition activities on the financial performance of banks: A study of Indian private sector and public sector banks" *Revista Espacios Magazine*, No. 26 (2018): 25.

⁴ Mahmoud Mohammed Al-Masry, *Evaluating mergers and acquisitions by foreign banks in the Egyptian banking sector* (Master thesis submitted to the Faculty of Economics and Political Science, Cairo University, 2013); Abdullah Hamdan Al-Mutairi, Al-Badarin Abdullah, *The Acquisition of Traditional Banks Over the Islamic Banks: Financial and Legitimated Evaluation: Case of Acquisition of Kuwait International Bank on Boubayan Bank* (Master thesis, Yarmouk University, College of Sharia and Islamic Studies, 2021); Fawzia Ahmed Abdel Hamid Saad, *The Feasibility of Banking Merger with Application to Egyptian Islamic Banks* (Master thesis in Economics, Cairo University, 2006); Houda Ben Said, Rim Zouari-Hadiji Abdelfettah Bouri, "French Bank Mergers and Acquisitions Performance" *Risk Governance and Control: Financial Markets and Institutions*, No. 7 (2017): 113-25.; Saleh Al-Suhaibani, Musa Abdul-Azim, *Mergers and Acquisitions: Global Financial Turbulence and New Opportunities* (2008).

greater effectiveness in achieving goals that could not have been achieved before the completion of the process of forming the new banking entity.^[5]

These transactions have substantial legal implications that must be carefully navigated by both the acquiring bank and the target institution^[6]. The legal effects of bank acquisitions span the entire transaction lifecycle – from the initial regulatory approval process to the execution of the deal, and through the combined entity's, to the post-merger integration and ongoing operations.^[7]

Understanding these legal dynamics is serious for bank executives, legal counsel, and regulatory authorities, who must assess the viability, feasibility, and long-term strategic impacts of potential bank M&A activity.^[8] The research problem arises from the legal challenge of distinguishing between acquisition and merger, the lack of a clear and explicit reference to acquisition in the Jordanian Banking Law, and the lack of regulation of its provisions.

The existing legal and regulatory framework governing bank mergers and acquisitions (M&A) in Jordan is characterized by a lack of clear and explicit provisions addressing the specific dynamics of bank acquisitions.^[9] The Jordanian Banking Law, which serves as the primary legislative foundation for the banking sector, primarily utilizes the general term “merger” without providing a distinct legal definition or treatment

⁵ Al-Mutairi, Abdullah, *The Acquisition of Traditional Banks Over the Islamic Banks*; Said, Abdelfettah Bouri, “French Bank Mergers and Acquisitions Performance” *Risk Governance and Control: Financial Markets and Institutions*, No. 7 (2017): 113-25.

⁶ Aspy P. Palia, “Countertrade practices in Japan” *Industrial Marketing Management*, No. 2 (1993): 125-132; Robyn M. McLaughlin, Hamid Mehran, “Regulation and the market for corporate control: Hostile tender offers for electric and gas utilities” *Journal of Regulatory Economics*, No. 2 (1995): 181-204.

⁷ J. Jayaratne, P.E. Strahan, “Entry restrictions, industry evolution, and dynamic efficiency: Evidence from commercial banking” *The Journal of Law and Economics*, No. 1 (1998): 239-274; Stephen A. Rhoades, “Bank mergers and banking structure in the United States, 1980-98” *Board of Governors of the Federal Reserve System (US)*, No. 174 (2000).

⁸ Joel F. Houston, Michael D. Ryngaert, “The overall gains from large bank mergers” *Journal of Banking & Finance*, No. 6 (1994): 1155-1176; Steven J. Piloff, Anthony M. Santomero, “The value effects of bank mergers and acquisitions”, [in:] *Bank mergers & acquisitions* (Boston, MA: Springer US, 1998), 59-78.

⁹ Yusuf Al-Hroot, Laith Al-Qudah, Faris Irsheid Alkharabsha, “The impact of horizontal mergers on the performance of the Jordanian banking sector” *The Journal of Asian Finance, Economics and Business*, No. 7 (2020): 49-58.

of bank acquisitions as a separate transactional form.^[10] This ambiguity in the legal terminology and regulatory approach has created challenges for banks, regulators, and other stakeholders in accurately differentiating between mergers and acquisitions, and in navigating the specific legal requirements and implications of each type of transaction. As a result, the existing literature on bank M&A activities in Jordan has tended to focus more on the broader financial and operational impacts, rather than delving into the nuanced legal dynamics and considerations surrounding bank acquisitions as a distinct phenomenon.^[11] This lack of clear legal and regulatory framework for bank acquisitions in Jordan represents a critical gap in understanding legal landscape and its impact on the strategic and operational decisions of banking institutions in the country.

The existing literature on bank mergers and acquisitions has primarily focused on the strategic, financial, and operational implications of these transactions, with relatively less attention paid to the nuanced legal dynamics involved.^[12] This is particularly true in developing economies like Jordan, where the legal and regulatory frameworks governing bank M&A activity differ significantly from those observed in more mature financial markets.

A key research gap arises from the challenge of clearly differentiating between bank acquisitions and bank mergers within the Jordanian legal and regulatory context.^[13] The Jordanian Banking Law, which serves as the primary legislative framework for the banking sector, does not provide a clear and explicit definition or treatment of bank acquisitions as a distinct legal concept.^[14] Instead, the law utilizes the more general term “merger” to encompass a range of corporate restructuring activities without clearly delineating the specific legal implications and requirements for acquisitions.

¹⁰ Central Bank of Jordan, 2020.

¹¹ Tahir Kaddumi, Mohammad Ali Al-Rimawi, “The Impact of Banking Merger on Jordanian Commercial Banks Efficiency and Profitability” *Journal of Positive School Psychology*, No 6 (2022): 8916-892; Al-Hroot, Al-Qudah, Alkharabsha, “The impact of horizontal mergers” 49-58; Zahraa Salih Hamdi, “The Impact of Mergers & Acquisitions on Bancassurance & on the Market Share of Jordanian Banks” *International Journal of Professional Business Review*, No. 2 (2023): e01540-e01540.

¹² Ali Al-Rimawi Kaddumi, “The Impact of Banking Merger”; Al-Hroot, Al-Qudah, Alkharabsha, “The impact of horizontal mergers”.

¹³ Wouter Bossu, Masaru Itatani, Catalina Margulis, Arthur D.P. Rossi, Hans Weenink, Akihiro Yoshinaga Bossu, *Legal aspects of central bank digital currency: Central bank and monetary law considerations* (2020).

¹⁴ Central Bank of Jordan, 2020.

This lack of a clear legal distinction between acquisitions and mergers has created ambiguity and potential challenges for banks, regulatory authorities, and other stakeholders seeking to navigate the legal landscape of such transactions.^[15] For example, the absence of explicit acquisition-related provisions in the Jordanian Banking Law may complicate the approval processes, integration strategies, and long-term legal impacts of bank acquisitions compared to more traditional merger scenarios.

The extant literature on the legal effects of bank M&A activity in Jordan is limited, with most studies focusing on the broader economic and financial implications of these transactions.^[16] More in-depth research is needed to delve into the specific legal challenges, considerations, and best practices associated with bank acquisitions in the Jordanian context, drawing on theoretical frameworks and empirical evidence.^[17]

2 | Forms of Merger

Mergers are classified based on the standpoint from which they are viewed, the nature of the operations of the participating companies, and the involvement of management in the merger process. Traditional classifications include absorption and consolidation, which differ depending on the perspective and rules. Merger through absorption is the integration of one or more companies, known as the merged company(s), with another, known as the merging company, resulting in the former becoming part of the latter. The original firm loses its corporate personality, but its assets and obligations are transferred to the second company, maintaining its identity. The latter's capital increases proportionally to the merged company's assets. This type of merger is popular due to its simple procedures and low costs.

Merger by consolidation is the process of combining two or more companies to create a new entity, resulting in the loss of the merged companies'

¹⁵ Hamdi, "The Impact of Mergers & Acquisitions"; Al-Hroot, Al-Qudah, Alkharabsha, "The impact of horizontal mergers".

¹⁶ Maha Ayoush, Hesham Rabayah, Thaer Jibreel, "The impact of mergers on the financial performance of Jordanian public shareholding companies" *The Journal of Asian Finance, Economics and Business*, No. 7 (2020): 751-759.

¹⁷ Brian P. Kampanje, "Control Controversies in Malawian Banking Industry Acquisitions. Mergers" *Acquisitions & Disposals Journal*, No. 2 (2021).

corporate identities. The assets and liabilities of the merged companies are transferred to the merging entity, which then receives the merged companies' assets, properties, debts, and liabilities. This administrative process, despite its associated costs and time, highlights the content of the merger process and results in the formation of a new corporate entity.

Merger through division and absorption is a type of merger authorized by Kuwaiti Company Law No. 1 of 2016. It involves splitting a company's responsibility into sections and transferring each element to an existing company. These mergers can result in operations that are comparable, complementary, or dissimilar.

Horizontal mergers involve companies with similar objectives or business activities, such as producing and marketing commodities in the same markets. They aim to concentrate financial liquidity to provide a single, high-quality service. For example, in 1998, Exxon and Mobil merged for \$78900000, establishing Exxon Mobil. The merging company continues to operate in the same field but on a larger scale.

Vertical mergers involve companies merging to complement each other's aims, such as manufacturing a product or providing a service. This can occur between food processing firms, food marketing companies, or car manufacturers. Vertical mergers aim to combine financial liabilities and provide integrated services, requiring a strong economic foundation. Examples include food processing firms merging with food can producers and marketing companies merging with car manufacturers. Management intervention can lead to amiable (voluntary) or compulsory (involuntary) mergers. Amicable mergers involve agreements without coercion or pressure, while compulsory mergers involve management groups merging enterprises involuntarily to rectify default or bankruptcy situations. Compulsory mergers are more akin to absorption than mergers, as they are more akin to absorption in the context of management intervention.^[18]

¹⁸ Abd Al-Raof Sinnawi, "Merger of Companies and its Impact on Partners and Shareholders" *European Journal of Social Sciences*, No. 1 (2018): 97-115.

3 | The Legal Effects of Banking Acquisition

The financial literature has addressed nations' concerns that the law might impact their economic development, particularly in mergers and acquisitions within each nation's economy. Acquisitions and mergers are significant, and commercial and other unique rules typically govern this sector. Governments have created merger and acquisition regulations to preserve appropriate competitive settings and boost corporate performance. These laws aim to expand state economies and promote business performance.^[19]

The legal effects of a bank acquisition vary in terms of applicable regulations and legislation of each state^[20]. Some of the legal effects that could result from a bank acquisition include the following:

1. Financial regulatory bodies overseeing national financial services industries may need to approve bank acquisitions. In certain situations, referrals to the competition authorities can also be necessary.
2. Depending on the laws in some nations, acquiring a bank may require the acquiring party to adhere to particular protocols to safeguard the interests of clients, employees, and shareholders.
3. The newly formed bank company that emerged from the banking acquisition could have to change or adopt new articles of incorporation for the two combined banks. To do so, the relevant regulatory bodies' consent is typically needed.
4. Potential legal issues pertaining to day-to-day operations, labor law regulation, and other legal procedures for the two merging enterprises could arise from a bank acquisition.
5. It causes the Board of Directors to be replaced, resulting in the establishment of a subservient relationship and a change in the Board of Directors.

In general, to ensure the deal's success and to avoid future legal issues, a bank acquisition needs to be approved by the appropriate regulatory bodies, comply with several laws and regulations, and be accurate and

¹⁹ Don DePamphilis, *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities* (Amsterdam: Elsevier, 2010).

²⁰ Brent W. Ambrose, William L. Megginson, "The Role of Asset Structure, Ownership Structure, and Takeover Defenses in Determining Acquisition Likelihood" *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, No. 27 (1992): 575-589.

focused in its legal planning. In banks that have not made acquisitions, the targets and buyers are more prominent, less capitalized, less efficient, and less profitable with lower growth expectations; buyers were more profitable with higher growth prospects because external factors affected them differently, and their effects were not consistent or robust to changes in sample size.

4 | Efficiency And Productivity on Bank M&A

One stream of research has analyzed the impact of efficiency and productivity on bank M&A. For example, Houda Ben Said, Rim Zouari-Hadiji Abdelfettah Bouri^[21] investigated mergers and acquisitions' effects on French banks' performance. Their findings indicate that M&A improved overall efficiency, with an average increase of 17.82%. Similarly, a study by Zakia Rizvi, Farhina Sardar Khan^[22] on the merger of India's Bank of Baroda with its partners found favorable results for the combined entity's financial and operational performance. These researchers also noted that successful bank consolidation requires management and governance practices reforms; this suggests that while M&A enhances operational efficiency, shareholders may only sometimes fully capture the financial benefits.

Beyond performance outcomes, researchers have investigated the complex legal and regulatory dimensions of bank M&A, particularly in cross-border transactions involving conventional and Islamic banking institutions. Abdullah Hamdan Al-Mutairi, Al-Badarin Abdullah^[23] conducted a case study of acquisition of an Islamic bank (Boubyan Islamic Bank) by a conventional bank (National Bank of Kuwait) in Kuwait. Their analysis revealed that the jurisprudential basis for this type of transaction is a contract where a partner sells its ownership shares to the acquiring party. Interestingly, they found that the involvement of those engaged in

²¹ Said, Rim Abdelfettah Bouri, "French Bank Mergers and Acquisitions Performance".

²² Zakia Rizvi, Farhina Sardar Khan, "Effect of Mergers and Acquisitions in the Indian Banking Sector: A Case Study on Bank of Baroda" *Revista de Gestão Social e Ambiental*, No. 2 (2024): e06836-e06836.

²³ Al-Mutairi, Abdullah, *The Acquisition of Traditional Banks Over the Islamic Banks*.

usury is permissible, though disliked, in this process. Despite the ownership change, the researchers noted that the acquired Islamic bank maintained its independent administrative and operational structure, adhering to Sharia law.

More recently, Ahmad Majid Ahmad Nasser Lootah and Hussein A. Hassan Al Tamimi ^[24] conducted a systematic review and analysis of the M&A decision-making process in the UAE banking sector between 2005 and 2021. Through expert interviews, they identified the most prominent factors influencing these decisions, including regulation, globalization, technology, and economic conditions. Internal elements such as agency, hubris motives, and synergy played a role in shaping bank M&A strategies and outcomes.

In addition to the performance and financial implications of bank mergers and acquisitions, researchers have also investigated the effects on the institutions' employees. A study by Sue Cartwright and Cary L Cooper (1990)^[25] analyzed the employee-related outcomes M&A activities in the United Kingdom.

Cartwright and Cooper's^[26] findings suggest mergers and acquisitions significantly impact employee attitudes, behaviors, and well-being. Their research revealed that M&A events often lead to heightened employee stress and anxiety due to job insecurity, changes in working conditions, and uncertainty about the future. Employees in acquiring and acquired organizations reported increased work-related strain and diminished job satisfaction following the merger or acquisition.

The researchers also found that employee commitment and organizational loyalty decreased post-M&A. This was attributed to a perceived psychological contract breach, as employees felt the new, combined entity did not meet their expectations and obligations. In some cases, the most talented and experienced employees were found to be more likely to leave the organization, leading to a loss of critical human capital.

²⁴ Ahmad Majid Ahmad Nasser Lootah, Hussein A. Hassan Al Tamimi, Panagiotis D. Zervopoulos, „Assessing the Impact of M&As' Motives Influencing the M&A Decision-Making Process in the UAE Banking Sector” *International Journal of Economics and Financial Issues*, No. 3 (2024): 192-205.

²⁵ Sue Cartwright, Cary L. Cooper, “The impact of mergers and acquisitions on people at work: Existing research and issues” *British Journal of Management*, No. 1 (1990): 65-76.

²⁶ Ibidem.

Cartwright and Cooper^[27] further noted that the integration process following a bank merger or acquisition was a key determinant of employee-related outcomes. Mergers characterized by a lack of communication, poor change management, and cultural clashes between the two organizations tended to result in more negative employee reactions and higher turnover intentions. Conversely, the researchers identified organizational practices that helped mitigate the adverse employee impacts of bank M&A. These included proactive communication about the rationale and process of the transaction, opportunities for employee involvement and participation in the integration, and investment in training and development to facilitate the transition. The findings from Cartwright and Cooper's^[28] study underscore the importance of considering the human element in the strategic planning and execution of bank mergers and acquisitions. Attending to employee concerns, managing change effectively, and fostering a harmonious organizational culture help banking institutions navigate these transformative events more successfully and retain valuable human capital.

The lack of efficiency and productivity in bank mergers and acquisitions can create legal problems such as cases that employees file in court due to their unwillingness to continue working or due to problems resulting from the failure to implement the Labor Law and the Social Security Law or human rights violations. These cases are the result of weak communication between the management of the merged banks and because mergers and acquisitions are non-routine and complex operations, these matters also occur as a result of the negligence of the management of the merged bank, as it sees that its role has ended.

5 | Regulatory Approval

Navigating the regulatory approval process is the first major legal hurdle in a bank acquisition. Bank mergers and acquisitions are subject to extensive regulatory scrutiny, as they have the potential to impact the

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

stability, competitiveness, and consumer protection aspects of the financial system.^[29]

Legally speaking, Article 82 of the Banking Law No. 28 of 2000 and its amendments confirmed that a) a bank may, subject to the prior consent of the Central Bank, acquire all or part of the assets and rights or the liabilities and obligations of another bank, including: 1. Any banking facilities granted by the bank to its clients, or pledges issued to beneficiaries together with all personal and real securities thereof, without the need to obtain the consent of any client, surety, mortgagor, beneficiary, or any other person, and without the need to comply with any valuation or other formalities which may be provided for in any other legislation. 2. Any other rights or obligations, regardless of their type, including lease rights. If the rental is less than the prevailing rental of a comparable property, such rental shall be adjusted to become equal in addition to that. b) Any acquisition effected pursuant to the provisions of paragraph (a) of this Article shall be tantamount to merger for the purposes of benefiting from the exemptions and privileges of merger under this law and the Law of Companies in 40 effects. For this purpose, the provisions applicable to the merging bank shall apply to the selling bank, and those applicable to the merging bank or the bank resulting from a merger shall apply to the acquiring bank.

In Jordan, the regulatory approval process for bank mergers and acquisitions (M&A) is primarily overseen by the Central Bank of Jordan (CBJ). The CBJ is responsible for ensuring that any proposed bank acquisition aligns with the country's banking and financial regulations and the broader objectives of financial stability and consumer protection. The key steps in the regulatory approval process for a bank acquisition in Jordan include submission of a comprehensive application to the Central Bank of Jordan (CBJ), thorough review by the CBJ evaluating factors like financial soundness and impact on the banking system, public notification and consideration of feedback, and final approval, conditional approval, or rejection by the CBJ.^[30]

Notably, Article 204/1 of the Companies Law No. 22 of 1997 And its amendments stipulate that: "a) A Holding Company is a Public Shareholding Company which has financial and administrative control over one or more Companies called subsidiary companies in one of the following

²⁹ Darayseh, Alsharari, "Determinants of merger and acquisition in the banking sector".

³⁰ Central Bank of Jordan; 2020.

methods: 1. To acquire more than one half of the Company's share capital and 2. To have control over the formation of its Board of Directors." It made the company own more than half of the capital of another company or constitute its board of directors as a subsidiary.

Article 221 of The Companies Law states, "The transformation of any company into another company shall not necessitate the emergence of a new corporate body. The company shall preserve its previous corporate identity and shall preserve all its rights and shall be liable for all its obligations prior to the transformation."

6 | Navigating Bank Acquisition Challenges and Maximizing Benefits

The banking industry has witnessed a surge in mergers and acquisitions (M&A) activities in recent years, driven by the need for strategic growth, operational efficiencies, and the pursuit of competitive advantages.^[31] Bank acquisitions have become prevalent strategy for financial institutions seeking to expand their market share, diversify their product offerings, and enhance their technological capabilities. Successful execution of bank acquisition is complex and multifaceted endeavor, requiring systematic approach to address a myriad of legal, regulatory, operational, and cultural challenges.^[32]

From a scientific perspective, the execution of bank acquisition viewed as a complex socio-technical system, where various interdependent components, including financial, technological, and organizational elements, must be integrated and optimized to achieve the desired outcomes. This holistic approach to bank acquisition execution is first step, as the failure to address any one of these critical components jeopardize the overall success of the transaction.

³¹ Darayseh, Alsharari, "Determinants of merger and acquisition in the banking sector".

³² Bossu, Itatani, Margulis, Rossi, Weenink, Bossu, *Legal aspects of central bank digital currency*.

The scientific literature on M&A in the banking sector has highlighted the importance of rigorous due diligence, comprehensive integration planning, effective change management, and the alignment of organizational cultures as key factors contributing to the successful integration of acquired banks.^[33] The application of systems thinking, project management principles, and organizational behavior theories provide impression into the complex dynamics and interdependencies inherent in the bank acquisition process.^[34]

The successful execution of bank acquisition requires a systematic and evidence-based approach that addresses the complex interplay of financial, technological, and organizational elements.^[35] By drawing upon the latest research and empirical findings from the fields of finance, organizational management, and information systems, financial institutions navigate the challenges of bank acquisitions and maximize the potential benefits for their shareholders, customers, and employees.^[36]

Rigorous due diligence, involving a comprehensive evaluation of the target bank's financial health, asset quality, and operational efficiency, is fundamental. Studies have shown that thorough due diligence, including the assessment of potential synergies and risks, significantly improve the acquisition's success rate.^[37] Developing a detailed integration plan that aligns the acquired bank's operations, systems, and culture with the acquirer's is also essential. Research suggests that a phased and well-coordinated integration process minimize disruptions and facilitate a smooth transition.^[38]

Effective change management and employee engagement are vital for managing the organizational and cultural changes associated with the acquisition. Empirical evidence indicates that proactive change management and employee involvement enhance the acquisition's success.^[39]

³³ Al-Hroot, Al-Qudah, Alkharabsha, "The impact of horizontal mergers"; Kampanje, "Control Controversies in Malawian".

³⁴ Hasan, "Bank mergers and acquisitions trends under recent crises".

³⁵ Al-Hroot, Al-Qudah, Alkharabsha, "The impact of horizontal mergers".

³⁶ Farhan Ahmed, Aneeta Manwani, Shafique Ahmed, "Merger & acquisition strategy for growth, improved performance and survival in the financial sector" *Journal Perspektif Pembiayaan Dan Pembangunan Daerah*, No. 4 (2018): 196-214.

³⁷ Farhan, Manwani, Ahmed, "Merger & acquisition strategy for growth, improved performance and survival in the financial sector", 196-214.

³⁸ Hasan, "Bank mergers and acquisitions trends under recent crises".

³⁹ Loura Chiaramonte, Alberto Dreassi, Stefano Piserà, Asharf Khan, "Mergers and acquisitions in the financial industry: A bibliometric review and future

Seamlessly integrating the acquired bank's information systems and leveraging technological advancements drive operational efficiencies and enhance the combined entity's competitiveness. Studies have shown that strategic investments in technology lead to improved post-acquisition performance.^[40]

Finally, adherence to relevant banking laws, regulations, and industry standards is crucial throughout the acquisition process. Empirical research has highlighted the importance of proactive risk management and compliance measures in mitigating legal and reputational risks associated with bank acquisitions.^[41]

7 | Post-Merger Integration Challenges in Bank Acquisitions

The successful integration of an acquired bank is a critical aspect of executing a bank acquisition. Post-merger integration (PMI) presents a multitude of challenges that financial institutions must address to ensure the success of the transaction.^[42] The key challenges in post-merger integration include cultural differences, where the merging of two distinct organizational cultures significant hurdle, as the acquirer and the target bank have different values, communication styles, and decision-making processes.^[43] Failure to address these cultural differences lead to employee resistance, communication breakdowns, and lack of alignment between the

research directions" *Research in International Business and Finance*, No. 64 (2023): 101837.

⁴⁰ Darayseh, Alsharari, "Determinants of merger and acquisition in the banking sector".

⁴¹ Singh, Das, "Impact of post-merger and acquisition activities on the financial performance of banks: A study of Indian private sector and public sector banks", 25.

⁴² Mwaanga Haakantu, Jackson Phiri, "Effects of Mergers and Acquisitions on the Financial Performance of Commercial Banks in Developing Countries - A Case of Zambia" *Open Journal of Business and Management*, No. 6 (2022): 3114-3131.

⁴³ Al-Hroot, Al-Qudah, Alkharabsha, "The impact of horizontal mergers".

merged entities.^[44] Operational integration, which involves combining the operational systems, processes, and IT infrastructure of the two banks, is a complex and time-consuming task. Incompatible systems, data migration issues, and the need for process harmonization disrupt day-to-day operations and impede the achievement of anticipated synergies.^[45] Talent retention and engagement is another crucial challenge, as retaining key talent from the acquired bank is crucial to maintain business continuity and institutional knowledge, but the uncertainty and stress associated with the acquisition lead to employee attrition, which undermine the integration efforts.^[46] Regulatory compliance is also significant challenge, as bank acquisitions are subject to extensive regulatory scrutiny and requirements, such as obtaining necessary approvals, ensuring compliance with banking laws and regulations, and addressing any compliance gaps in the acquired entity. Failure to navigate the regulatory landscape effectively result in legal and financial consequences. Finally, customer retention is essential, as maintaining customer trust and loyalty during the integration process is crucial to prevent customer attrition and preserve the acquired bank's revenue streams.

After the merger process is completed, it is very important for the bank to retain its customers and prevent problems arising from the merged bank's contracts with its customers, as some customers may refuse to sign a new contract or reject the new interest rate, or the merger may cause problems related to the banking sector. These problems result in filing court cases against the banks and increase the risk of litigation in Jordan. The Banking Law left the matter open, as it did not regulate these operations, as the judge has the authority to assess based on the provisions of civil law or judicial precedents.

⁴⁴ Darayseh, Alsharari, "Determinants of merger and acquisition in the banking sector".

⁴⁵ Ayoush, Jibreel, "The impact of mergers on the financial", 751-759.

⁴⁶ Bossu, Itatani, Margulis, Rossi, Weenink, Bossu, *Legal aspects of central bank digital currency*.

8 | Litigation Risks in Bank Acquisitions

Bank acquisitions are inherently complex transactions that expose the involved parties to various litigation risks. These risks must be carefully identified, assessed, and mitigated to ensure the successful completion and integration of the acquired entity.^[47] Some of the key litigation risks associated with bank acquisitions include shareholder lawsuits, where shareholders of the target bank file lawsuits alleging that the acquisition terms are unfair or that the board of directors has breached its fiduciary duties. These lawsuits seek to block the transaction or demand higher acquisition prices, potentially delaying or disrupting the acquisition process. Regulatory enforcement actions are another risk, as regulatory bodies, such as the Federal Reserve, the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), or the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB), initiate enforcement actions against the acquiring bank or the target bank for alleged violations of banking laws, regulations, or consumer protection statutes.^[48] These actions result in fines, consent orders, or other penalties that undermine the acquisition's success. Contractual disputes also arise, as the acquired bank have various contractual agreements, such as leases, vendor contracts, or customer agreements, that need to renegotiate or terminated as part of the integration process, leading to disputes that slow down the integration timeline^[49]. Employment-related lawsuits are another concern, as the integration process involve employee layoffs, changes in job responsibilities, or modifications to compensation and benefits, which lead to disgruntled employees filing lawsuits alleging wrongful termination, discrimination, or breach of employment contracts. Finally, customer litigation is a risk, as customers of the acquired bank file lawsuits alleging that the acquisition has resulted in the deterioration in service quality, the breach of account agreements, or the mishandling of their financial information, which undermine the acquired bank's customer relationships and reputation.

⁴⁷ Al-Hroot, Al-Qudah, Alkharabsha, "The impact of horizontal mergers".

⁴⁸ Bossu, Itatani, Margulis, Rossi, Weenink, Bossu, *Legal aspects of central bank digital currency*.

⁴⁹ Haakantu, Phiri, "Effects of Mergers and Acquisitions on the Financial Performance of Commercial Banks in Developing Countries – A Case of Zambia", 3114-3131.

9 | Long-Term Legal Impacts

In Jordan's banking sector, the long-term legal impacts of bank acquisitions particularly significant. As the Jordanian banking industry continues to consolidate, with larger institutions acquiring smaller or regional banks, the legal and regulatory landscape for the combined entities becomes increasingly complex. One of the primary long-term legal concerns for bank acquisitions in Jordan is the heightened oversight and compliance requirements from the Central Bank of Jordan (CBJ). As the acquiring bank's market share and systemic importance increase, the CBJ is to impose stricter capital and liquidity standards, more frequent on-site examinations, and more extensive reporting obligations. Failure to maintain compliance with these enhanced regulatory requirements result in enforcement actions, fines, and potential restrictions on the bank's operations, which undermine the long-term success of the acquisition.

Jordanian banks navigate the country's competition and antitrust laws, which are overseen by integrity and anti-corruption commission. Bank acquisitions that significantly increase market concentration or reduce competition face heightened scrutiny and potential challenges from the competition authority. Navigating these antitrust considerations is important, as adverse rulings or enforcement action lead to costly litigation and disrupt the institution's ability to fully integrate the acquired entity.^[50]

Jordanian banks must ensure compliance with consumer protection and fair lending laws, such as the Banking Law and the Consumer Protection Law. As larger, more prominent institutions, the combined entities may face greater expectations and scrutiny from regulatory bodies and consumer advocacy groups regarding their lending practices, customer service, and adherence to these legal frameworks.^[51] Failure to address these compliance issues result in regulatory penalties, civil lawsuits, and reputational damage that undermine the long-term viability of the acquisition.

To mitigate these long-term legal impacts in the Jordanian context, acquiring banks must work closely with the CBJ and other relevant regulatory authorities to ensure a smooth transition and integration process. They also invest in robust compliance and risk management systems, as

⁵⁰ Haakantu, Phiri, "Effects of Mergers and Acquisitions on the Financial Performance of Commercial Banks in Developing Countries – A Case of Zambia", 3114-3131.

⁵¹ Ibidem.

well as dedicated legal and compliance teams, to navigate the evolving legal and regulatory landscape.^[52] Proactive engagement with stakeholders, including customers and the broader community, also help the combined entity maintain a strong reputation and foster long-term success.

The Jordanian Banking Law referred to the formation of a merger committee, and this committee usually supervises the internal audit committee. The role of the external auditor in this case is very important, as the external auditor maintains the bank's ability to comply with and adhere to the laws. The same applies to the internal audit and governance committee, as the work of these committees continues during the merger process.

10 | Methodology

The methodology of this study is a literature review to portray an understanding of mergers and acquisitions. Academic research is based on building on existing knowledge and ensuring accuracy. However, this task has become more complex due to the rapid expansion of Legal research knowledge. This makes it challenging to stay updated with cutting-edge research and evaluate collective data in specific research areas, making it essential for academics to prioritize accuracy. Literature reviews are increasingly crucial as a systematic method for collecting and analyzing prior research.^[53] The most important points in the literature on the topics of mergers and acquisitions in banks were presented. Some laws related to mergers and acquisitions in banks were also reviewed, and some cases of mergers in Jordanian banks were presented.

⁵² Chiaramonte, Dreassi, Piserà, Khan, "Mergers and acquisitions in the financial industry: A bibliometric review and future research directions", 101837; Central Bank of Jordan, 2020.

⁵³ Hannah Snyder, "Literature review as a research methodology: An overview and guidelines" *Journal of Business Research*, 104 (2019): 333-339.

11 | View Mergers and Acquisitions Cases

In the case study, we review some cases of mergers and acquisitions in Jordan. The banking industry experienced acquisitions. For instance, the Jordanian Banks Association states that Capital Bank of Jordan purchased the banking divisions and branches of Société Générale and the Lebanese Bank Audi. The National Bank of Kuwait and the British bank HSBC were purchased by the Arab Jordanian Investment Bank. Additionally, a deal to buy Societe Generale Bank of Jordan was reached by the Capital Bank of Jordan. In the past, there have also been mergers and acquisitions involving several banks, all with the guarantee that no bank employees would lose their jobs. Instead, they were dedicated to maintaining their economic and job privileges.^[54] Etihad Bank also purchased a stake in Safwa Islamic Bank, and Arab Investment Bank acquired Standard Chartered's business in Jordan.

The most famous acquisition and merger was between the Arab Jordan Investment Bank and HSBC Bank. The process lasted from early 2014 to mid-2015. This period was sufficient to complete the legal and administrative work of the acquisition process. It was noted that there were no legal problems facing the merger process, as the process was carried out smoothly.

During our review of the databases, we noticed that there were not many cases registered in Jordanian courts against banks that completed acquisitions and mergers during and after the merger period, as these operations were completed without any significant legal obstacles. This is due to the good organization of acquisitions and mergers in Jordanian legislation, such as the Companies Law, the Banking Law, the regulations and instructions of the Central Bank, and its supervision of mergers and acquisitions in a way that reduces the risks of litigation before the courts.

⁵⁴ Zaid Al-Dubaisiyya, *The increasing banking takeover in Jordan raises questions* (2023). <https://www.alaraby.co.uk/economy>.

12 | Conclusion

The long-term legal impacts of bank acquisitions in Jordan significantly transform the financial services landscape, with regulatory oversight and policy changes playing a pivotal role in shaping the future of the combined entity.

As the acquiring bank's size, market share, and systemic importance grow, it will face heightened scrutiny and more stringent compliance requirements from regulatory bodies such as the Central Bank of Jordan (CBJ) and the Jordanian Competition Directorate. The CBJ's imposition of stricter capital and liquidity standards, more frequent on-site examinations, and more extensive reporting obligations strain the organization's resources and divert management's attention away from strategic initiatives.

Furthermore, the combination of the two banks may raise competition and antitrust concerns, prompting the Jordanian Competition Directorate to closely scrutinize the transaction and potentially require divestitures, structural changes, or other remedies to address any perceived threats to market competition. This adds uncertainty and complexity to the integration efforts, reshaping the competitive landscape of the financial services industry in Jordan.

In addition to these regulatory challenges, the combined entity must also adapt to evolving consumer protection and fair lending laws in Jordan. As a larger, more prominent institution, the bank faces heightened expectations and scrutiny from regulatory bodies, consumer advocacy groups, and the public regarding its lending practices, customer service, and adherence to these legal frameworks. Failure to address these compliance issues results in regulatory penalties, civil lawsuits, and reputational damage that undermine the long-term success of the acquisition.

To navigate these regulatory and policy changes effectively, the acquiring bank must adopt a proactive and adaptable approach. This may involve close collaboration with regulatory authorities, investment in compliance and risk management capabilities, and the development of innovative strategies to meet the evolving needs of customers and the broader financial ecosystem in Jordan.

Solving these long-term legal impacts and embracing the transformational changes in the regulatory environment, the combined entity positions itself for sustainable growth and success within the evolving financial services landscape of Jordan.

Bibliography

- Abdel Muttalib, Abdul Hamid, *Banking Merger Decision Making and Its Effectiveness, Symposium on the Economic and Administrative Dimensions of Banking Merger*. Egypt: Sadat Academy for Administrative Sciences, 1999.
- Ahmed Farhan, Aneeta Manwani, Shafique Ahmed, "Merger & acquisition strategy for growth, improved performance and survival in the financial sector" *Journal Perspektif Pembiayaan Dan Pembangunan Daerah*, No. 4 (2018): 196-214.
- Al-Dubaisiyya Zaid, *The increasing banking takeover in Jordan raises questions*, (2023). <https://www.alaraby.co.uk/economy>.
- Al-Hroot Yusuf, Laith Al-Qudah, Faris Irsheid Alkharabsha, "The impact of horizontal mergers on the performance of the Jordanian banking sector" *The Journal of Asian Finance, Economics and Business*, No. 7 (2020): 49-58.
- Al-Masry Mahmoud Mohammed, *Evaluating mergers and acquisitions by foreign banks in the Egyptian banking sector*. Master thesis submitted to the Faculty of Economics and Political Science, Cairo University, 2013.
- Al-Mutairi, Abdullah Hamdan, Al-Badarin Abdullah, *The Acquisition of Traditional Banks Over the Islamic Banks: Financial and Legitimated Evaluation: Case of Acquisition of Kuwait International Bank on Boubyan Bank*. Master thesis, Yarmouk University, College of Sharia and Islamic Studies, 2021.
- Al-Suhaibani, Saleh, Musa Abdul-Azim, *Mergers and Acquisitions: Global Financial Turbulence and New Opportunities*, 2008.
- Ali-Yrkkö Jyrki, Ari Hyytinen, Mika Pajarinen, "Does patenting increase the probability of being acquired? Evidence from cross-border and domestic acquisitions" *Applied Financial Economics*, 15 (2005): 1007-1017.
- Ambrose Brent W., William L. Megginson, "The Role of Asset Structure, Ownership Structure, and Takeover Defenses in Determining Acquisition Likelihood" *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, No. 27 (1992): 575-589.
- Ayoush Maha, Hesham Rabayah, Thaeir Jibreel, "The impact of mergers on the financial performance of Jordanian public shareholding companies" *The Journal of Asian Finance, Economics and Business*, No. 7 (2020): 751-759.
- Bossu Wouter, Masaru Itatani, Catalina Margulis, Arthur D.P. Rossi, Hans Weenink, Akihiro Yoshinaga Bossu, *Legal aspects of central bank digital currency: Central bank and monetary law considerations*. 2020.
- Cartwright Sue, Cary L. Cooper, "The impact of mergers and acquisitions on people at work: Existing research and issues" *British Journal of Management*, No. 1 (1990): 65-76.

- Chiaramonte Loura, Alberto Dreassi, Stefano Piserà, Asharf Khan, "Mergers and acquisitions in the financial industry: A bibliometric review and future research directions" *Research in International Business and Finance*, No. 64 (2023): 101837.
- Darayseh Musa, Nizar Mohammad Alsharari, "Determinants of merger and acquisition in the banking sector: an empirical study" *Meditari Accountancy Research*, No. 4 (2023): 1093-1108.
- DePamphilis Don, *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities*. Amsterdam: Elsevier, 2010.
- Fathi Hussein, *Offering Acquisition to Corporate Management*. Egypt: Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 1998.
- Haakantu Mwaanga, Jackson Phiri, "Effects of Mergers and Acquisitions on the Financial Performance of Commercial Banks in Developing Countries – A Case of Zambia" *Open Journal of Business and Management*, No. 6 (2022): 3114-3131.
- Hamdi Zahraa Salih, "The Impact of Mergers & Acquisitions on Bancassurance & on the Market Share of Jordanian Banks" *International Journal of Professional Business Review*, No. 2 (2023): e01540-e01540.
- Hasan Mohammed Faez, "Bank mergers and acquisitions trends under recent crises" *Iconic Research and Engineering Journals*, No. 2 (2022): 81-96.
- Houston Joel F., Michael D. Ryngaert, "The overall gains from large bank mergers" *Journal of Banking & Finance*, No. 6 (1994): 1155-1176.
- Huong Vo Thi My, Giang Vien The, "Dealing with Weak Commercial Banks in Restructuring the System of Credit Institutions in Vietnam using Consolidation, Merger, and Acquisition: The Change from Administrative Orders to Market Mechanisms" *WSEAS Transactions on Environment and Development*, No. 18 (2022): 1239-1251.
- Jayaratne J., P.E. Strahan, "Entry restrictions, industry evolution, and dynamic efficiency: Evidence from commercial banking" *The Journal of Law and Economics*, No. 1 (1998): 239-274.
- Kaddumi Tahir, Mohammad Ali Al-Rimawi, "The Impact of Banking Merger on Jordanian Commercial Banks Efficiency and Profitability" *Journal of Positive School Psychology*, No 6 (2022): 8916-8925.
- Kampanje Brian P., "Control Controversies in Malawian Banking Industry Acquisitions. Mergers" *Acquisitions & Disposals Journal*, No. 2 (2021).
- Lootah Ahmad Majid Ahmad Nasser, Hussein A. Hassan Al Tamimi, Panagiotis D. Zervopoulos, „Assessing the Impact of M&As' Motives Influencing the M&A Decision-Making Process in the UAE Banking Sector" *International Journal of Economics and Financial Issues*, No. 3 (2024): 192-205.

- Majaski Christina, "Mergers and Acquisitions: What's the Difference?" *Investopedia*, (2021). <https://www.investopedia.com/ask/answers/021815/what-difference-between-merger-and-acquisition.asp>.
- McLaughlin Robyn M., Hamid Mehran, "Regulation and the market for corporate control: Hostile tender offers for electric and gas utilities" *Journal of Regulatory Economics*, No. 2 (1995): 181-204.
- Palia Aspy P., "Countertrade practices in Japan" *Industrial Marketing Management*, No. 2 (1993): 125-132.
- Piloff Steven J., Anthony M. Santomero, "The value effects of bank mergers and acquisitions", [in:] *Bank mergers & acquisitions*. 59-78. Boston, MA: Springer US, 1998.
- Rhoades Stephen A., "Bank mergers and banking structure in the United States, 1980-98" *Board of Governors of the Federal Reserve System (US)*, No. 174 (2000).
- Rizvi Zakia, Farhina Sardar Khan, "Effect of Mergers and Acquisitions in the Indian Banking Sector: A Case Study on Bank of Baroda" *Revista de Gestão Social e Ambiental*, No. 2 (2024): eo6836-eo6836.
- Saad Fawzia, Ahmed Abdel Hamid, *The Feasibility of Banking Merger with Application to Egyptian Islamic Banks*. Master thesis in Economics, Cairo University, 2006.
- Said Houda Ben, Rim Zouari-Hadiji Abdelfettah Bouri, "French Bank Mergers and Acquisitions Performance" *Risk Governance and Control: Financial Markets and Institutions*, No. 7 (2017): 113-25.
- Singh Sonia, Das Subhankar, "Impact of post-merger and acquisition activities on the financial performance of banks: A study of Indian private sector and public sector banks" *Revista Espacios Magazine*, No. 26 (2018): 25.
- Sinnawi Abd Al-Raof, "Merger of Companies and its Impact on Partners and Shareholders" *European Journal of Social Sciences*, No. 1 (2018): 97-115.
- Snyder Hannah, "Literature review as a research methodology: An overview and guidelines" *Journal of Business Research*, 104 (2019): 333-339.
- Ullah Nazim, Junaidah Abu Seman, *Merger and Acquisition in Banking Sector: A Review of the Literature*, 2018.



Interes spółki a koncepcja ESG – dokąd zmierzamy?

The company's interest and the ESG concept – where are we heading?

Abstract

The aim of this paper is to critically analyze the increasingly widely promoted concept of ESG (Environmental, Social, Governance), which is so far missing in Polish conditions, particularly in the context of the concept of the company's interest. In the paper, we would like to present selected issues, which, in our opinion, are particularly crucial from the perspective of the practice of applying the law and managing companies, especially large public corporations, mostly those listed on the stock exchange. We share our observations as corporate law theorists and practitioners who advise commercial law companies on a daily basis in Poland and abroad, including in countries belonging to more distant cultural circles.

SŁOWA KLUCZOWE: prawo spółek, interes spółki, interesariusze spółki, ESG, prawo dla biznesu, społeczna odpowiedzialność biznesu

KEYWORDS: company law, company's interest, company's stakeholders, ESG, business law, corporate social responsibility

KRZYSZTOF OLSZAK – doktor nauk prawnych, Akademia Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie, ORCID – 0000-0001-8304-0136, e-mail: krzysztof.olszak@aws.edu.pl

ANGELINA STOKŁOSA – doktor nauk prawnych, Akademia Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie, ORCID – 0000-0003-0474-5299, e-mail: angelina.stoklosa@aws.edu.pl

1 | Czym w istocie jest koncepcja ESG?

Ujęcie teoretyczne a ujęcie praktyczne

W liczącym przeszło dwieście lat paradygmacie wolnego rynku, uznanym w całym tzw. zachodnim świecie, obowiązuje naczelna zasada stanowiąca koncepcyjną podwalinę wolnego rynku i kapitalizmu, którą profesor Milton Friedman, laureat Nagrody Nobla z zakresu ekonomii, wyraził w 1970 roku słowami: „społeczną odpowiedzialnością biznesu jest pomnażanie jego zysków”^[1]. W słynnym dziele Friedmana *Capitalism and Freedom*, którego pierwsze wydanie ukazało się drukiem w 1962 roku, a następnie było wznowiane i rozwijane aż do śmierci Friedmana w 2006 roku, czytamy m.in.:

The corporation is an instrument of the stockholders who own it. If the corporation makes a contribution, it prevents the individual stockholder from himself deciding how he should dispose his funds. With the corporation tax and the deductibility of contributions, stockholders may of course want the corporation to make a gift on their behalf, since this would enable them to make a larger gift. The best solution would be the abolition of the corporate tax. But so long as there is a corporate tax, there is no justification for permitting deductions for contributions to charitable and educational institutions. Such contributions should be made by the individuals who are the ultimate owners of property in our society. People who urge extension of the deductibility of this kind of corporate contribution in the name of free enterprise are fundamentally working against their won interest^[2].

Jest to oczywiście ujęcie ekonomiczne, nie zaś prawne lub prawnicze, niemniej należy podkreślić, że trudno znaleźć w polskim kodeksie spółek handlowych przepisy, które temu ujęciu by się sprzeciwiały. Co więcej, w ocenie Friedmana spółka handlowa (tj. korporacja, podmiot gospodarczy) nie jest społeczną instytucją (*social institution*), w której

¹ Ang. „the Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits”. Zob. Milton Friedman, „A Friedman doctrine – The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits” *The New York Times*, 13 września 1970. <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>.

² Tak Milton Friedman, *Capitalism and Freedom* (Chicago: University of Chicago Press 2002), 135. Por. jednak Maria Kubala, „Koncepcja ESG jako próba odpowiedzi na potrzebę zmian w naukach ekonomicznych” *Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego w Zielonej Górze*, nr 18 (2023): 100-101.

niezależni menedżerowie nie służą interesom udziałowców^[3], ale szeroko rozumianym interesariuszom^[4]. Zastanawia, że dyskusja o społecznej odpowiedzialności korporacji (biznesu) rozgorzała kilkadziesiąt lat temu i była wówczas komentowana przytoczonymi słowami przez Friedmana, a w czasach nam współczesnych powraca co jakiś czas na nowo – odżywiając, jak się wydaje, z coraz większą siłą. Przeszło dekadę temu promowano w zachodnich gospodarkach, w tym w Polsce, koncepcję CSR (*Corporate Social Responsibility*), tj. dosłownie „społecznej odpowiedzialności biznesu”^[5]. Obecnie „pojawia się” ona pod postacią ESG właśnie, niemniej wydaje się jeszcze bardziej niebezpieczna, gdyż jej promocja i „wdrażanie” zatacza coraz szersze kręgi i z niespotykaną dotychczas prędkością przenika do języka prawniczego i biznesowego, do mediów oraz do dyskursu publicznego. Wypada wręcz stwierdzić, że koncepcja ESG może być w istocie odczytywana jako swoista alternatywa dla kapitalizmu, o ile nie narzędzie wymierzone w kapitalizm w znaczeniu, jakie dotychczas znamy. Ideologiczna koncepcja ESG, o czym niechętnie się dzisiaj pisze i mówi, podważa bowiem zręby aksjologiczne i filozoficzne zachodniego ustroju gospodarczego. Co do zasady ESG definiuje się jako „ramy”, które pomagają interesariuszom zrozumieć, w jaki sposób organizacja zarządza ryzykiem i szansami związanymi z kryteriami środowiskowymi, społecznymi i ładu korporacyjnego (nazywanymi niekiedy czynnikami ESG)^[6].

³ Poprzez udziałowców spółki rozumiemy wspólników, w tym akcjonariuszy.

⁴ Ibidem.

⁵ Zob. np. M. Krukowska, „Historia CSR, czyli jak to się zaczęło” *Forbes Polska*, 6 maja 2010. <https://www.forbes.pl/csr/csr-czym-jest-jaka-jest-jego-historia-i-najlepsze-praktyki/x1rvvcq>.

⁶ Ang. „ESG is a framework that helps stakeholders understand how an organization is managing risks and opportunities related to environmental, social, and governance criteria (sometimes called ESG factors). ESG takes the holistic view that sustainability extends beyond just environmental issues”. Zob. Kyle Peterdy, *ESG (Environmental, Social, & Governance)*. <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/esg/esg-environmental-social-governance/>. Autor przedstawia „naturalną” ewolucję tej koncepcji, wskazując, że ESG wyewoluowało z innych historycznych ruchów, które koncentrowały się na kwestiach zdrowia i bezpieczeństwa, redukcji zanieczyszczeń i filantropii korporacyjnej, upatrując źródeł tej koncepcji w działaniach podejmowanych w latach osiemdziesiątych XX wieku przez rozmaite organizacje w Stanach Zjednoczonych poszukujące sposobów na wykorzystanie regulacji prawnych do zarządzania lub zmniejszania zanieczyszczenia (i innych negatywnych efektów zewnętrznych) powstającego w pogoni za wzrostem gospodarczym. W tym czasie starano się również poprawić standardy pracy i bezpieczeństwa pracowników. Następnie, w latach dziewięćdziesiątych XX wieku, pojawiły się koncepcje określane mianem „corporate sustainability”,

ESG przyjmuje holistyczne podejście, że zrównoważony rozwój wykracza poza kwestie środowiskowe. Twierdzi się, że ESG wspiera zagrożone współcześnie środowisko naturalne, które mamy obowiązek chronić, a ponadto sprzyja pomnażaniu zysków przez przedsiębiorstwa (w znaczeniu podmiotowym)^[7]. W istocie jednak ideologiczna koncepcja ESG to nie tylko wyraz troski o środowisko naturalne. ESG to programowo koncept obejmujący kluczowe elementy dotyczące wpływu na środowisko i społeczeństwo oraz sposób, w jaki można zmienić struktury zarządzania, aby zmaksymalizować dobrostan interesariuszy. To zaś oznacza, że pozostaje on – co najmniej w warstwie ideologicznej – w sprzeczności z utrwaloną koncepcją interesu spółki (*corporate interest*), którą w warunkach polskich wciąż na potrzeby teorii prawa i praktyki obrotu dekodujemy na podstawie fundamentalnego w tym zakresie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009 r. (I CSK 158/09)^[8]. W nadal aktualnym prawnym i prawniczym ujęciu,

które można by przełożyć jako „zrównoważony rozwój korporacyjny”. Stanowiło to konsekwencję dążeń licznych przedsiębiorstw do ograniczenia ich wpływu na środowisko poza redukcjami, które zostały już prawnie wymuszone na podstawie lokalnych przepisów prawa. Jak zauważa autor, powszechnie twierdzi się jednak, że koncepcja zrównoważonego rozwoju korporacyjnego była często wykorzystywana przez korporacje jako narzędzie marketingowe do zawyżania (lub w inny sposób fałszywego przedstawiania) wysiłków i wpływu na środowisko; praktykę tę nazwano później *greenwashing*. W kolejnej fazie, od 2000 roku korporacyjny ruch na rzecz zrównoważonego rozwoju zaczął integrować pomysły dotyczące tego, jak przedsiębiorstwa powinny reagować na problemy społeczne. Koncepcje te zaczęto określać mianem „społecznej odpowiedzialności biznesu” (CSR). Centralne miejsce w CSR zajmowała tzw. filantropia korporacyjna, choć autor przyznaje, że krytycy CSR wskazują, iż to zachęty podatkowe sprawiły, że darowizny pieniężne stały się równie atrakcyjne, jak ich ostateczny wpływ ekonomiczny na odbiorców (beneficjentów tej filantropii). Innym charakterystycznym elementem CSR stał się wolontariat pracowniczy, chętnie promowany w Polsce do dzisiaj. Kolejną fazą ewolucji jest faza nam współczesna, choć autor wskazuje, że termin ESG po raz pierwszy pojawił się w głównym nurcie w raporcie Organizacji Narodów Zjednoczonych z 2004 r. pt. *Who Cares Wins. The Global Compact Connecting Financial Markets to a Changing World*, https://www.unepfi.org/fileadmin/events/2004/stocks/who_cares_wins_global_compact_2004.pdf. Dopiero jednak pod koniec pierwszej dekady XXI wieku i na początku lat 20. tego stulecia ESG pojawiło się jako znacznie bardziej proaktywny ruch. ESG przekształciło się w znane nam obecnie kompleksowe ramy (*comprehensive framework*), które obejmują kluczowe elementy dotyczące wpływu na środowisko i społeczeństwo, a także sposób, w jaki można zmienić struktury zarządzania, aby zmaksymalizować dobrostan interesariuszy.

⁷ Por. Maria Kubala, „Koncepcja ESG”, *passim*.

⁸ Por. np. Michał Romanowski, Znaczenie sporu o metodę odczytywania pojęcia „interes spółki kapitałowej” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 7 (2015), 9-12.

ugruntowanym w polskim orzecznictwie i doktrynie prawa spółek, o czym jest mowa w dalszej części artykułu, interes spółki stanowi wypadkową jej każdorazowych udziałowców, nie zaś szerszego niż udziałowcy kręgu interesariuszy. Koncepcja ESG tymczasem wymaga przyjęcia, że spółka handlowa (korporacja, podmiot gospodarczy prawa prywatnego) ma znacznie więcej prawnie relewantnych interesariuszy, którzy – co wysoce niepokojące – mogą, a nawet powinni, mieć prymat nad udziałowcami w swoistej „hierarchii” interesariuszy. Na szczeblu unijnym przyjmowane są od kilku lat akty prawne petryfikujące ten stan rzeczy, dlatego – jak wskazano wyżej – nie sposób nie przyjąć, że ESG zatacza znacznie szersze kręgi niż znane dotychczas koncepcje CSR, które w państwach Unii Europejskiej nie były dekretowane w przepisach typu *hard law*. Normatywizacja ESG nastąpiła w szczególności w dyrektywie w sprawie sprawozdawczości w zakresie zrównoważonego rozwoju (CSRD – *Corporate Sustainability Reporting Directive*)^[9], w której statuuje się między innymi obowiązki ujawniania przez spółki tzw. danych niefinansowych, zaś kierunkowym założeniem Dyrektywy CSRD jest umiejscowienie ESG w centrum strategii biznesowej możliwie największej liczby podmiotów gospodarczych, począwszy od tych największych, notowanych na giełdach papierów wartościowych, oraz – nominalnie – tworzenie wartości przedsiębiorstw w znaczeniu podmiotowym. Największe globalne firmy konsultingowe aktywnie zachęcają obecnie do wdrażania koncepcji ESG^[10]. Wskazuje się już powszechnie,

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2464 z 14 grudnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 537/2014, dyrektywy 2004/109/WE, dyrektywy 2006/43/WE oraz dyrektywy 2013/34/UE w odniesieniu do sprawozdawczości przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju, Dz.Urz. UE L 322/15 z 16.12.2022 („Dyrektywa CSRD”). Zob. szerzej np. Adrian Rycerski, Jan Solarzski, „Wyzwania prawne związane ze sprawozdawczością niefinansową w zakresie zrównoważonego rozwoju” *Monitor Prawniczy*, nr 5 (2023): 304-309.; Ryszard Kamiński, „Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2464/2022 w odniesieniu do sprawozdawczości na temat zrównoważonego rozwoju przedsiębiorstw i rozporządzenia Komisji Europejskiej dotyczące ‘taksonomii’ – założenia i cele” *Studia Prawa Publicznego*, nr 4 (2023): 71-87.

¹⁰ Zob. np. <https://www.pwc.pl/pl/artykuly/dyrektywa-csrd-jakiezmiannywprowadza-w-raportowaniu-esg.html>; <https://www2.deloitte.com/pl/pl/pages/zarzadzania-procesami-i-strategiczne/solutions/Raportowanie-ESG-i-dyrektywa-CSRD.html>. Przez „wdrażanie ESG” rozumiemy na potrzeby tego artykułu podejmowanie przez podmioty gospodarcze (przedsiębiorstwa w znaczeniu podmiotowym) działań nakierowanych na realizowanie interesów szerszego niż udziałowcy danej spółki grona interesariuszy, w tym pracowników, społeczności lokalnych, klientów, a nawet władz lokalnych. Tego rodzaju działania będą

że Dyrektywa CSRD ma aktualnie zastosowanie do około 50 000 spółek notowanych na giełdzie w państwach Unii Europejskiej lub prowadzących w Unii znaczącą działalność, niezależnie od miejsca ich siedziby^[11]. Przyznaje się przy tym, że zgodnie z Dyrektywą CSRD, począwszy od 2024 r. spółki takie mają obowiązek raportowania tzw. wyników w zakresie zrównoważonego rozwoju w zakresie znacznie szerszym niż kiedykolwiek dotychczas prawnie wymagany^[12]. Wymóg ten obejmie najpierw spółki podlegające regulacji tzw. dyrektywy NFRD (*Nonfinancial Disclosure Reporting Directive*)^[13], a następnie będzie sukcesywnie rozszerzany na inne podmioty, w tym małe i średnie przedsiębiorstwa (MŚP)^[14]. Jak się też wprost wskazuje, intencją prawodawcy unijnego jest „napędzanie zmian w strategii przedsiębiorstw”^[15]. Wynikać to ma z faktu, że na mocy Dyrektywy CSRD na osoby zarządzające spółkami obowiązek analizowania kwestii dotyczących zrównoważonego rozwoju, takich jak: zmiana klimatu, utrata bioróżnorodności, prawa człowieka, a ponadto powiązania ich z możliwościami finansowymi i ryzykiem finansowym dla danego przedsiębiorstwa^[16]. Prawnie relewantne staje się także oddziaływanie organizacji na społeczeństwo i środowisko oraz kwestie ujawniania strategii i planów zarządzania wynikami w zakresie ESG w połączeniu z wynikami finansowymi^[17]. Wielu doradców gospodarczych oficjalnie przyznaje, że ich zdaniem „udostępnianie wspomnianych informacji przyniesie pozytywne skutki w zakresie transformacji biznesu”^[18]. Wskazują oni też, że:

dyrektorzy generalni powinni przygotować się na to, że będą oceniani i wynagradzani w zależności od wyników ich spółki w zakresie zrównoważonego

stopniowo obejmowane obowiązkową sprawozdawczością przez coraz większą liczbę podmiotów, stosownie do kierunkowej regulacji Dyrektywy CSRD.

¹¹ Zob. np. <https://www.pwc.pl/pl/artykuly/dyrektywa-csrd-jakiezmianny-wprowadza-w-raportowaniu-esg.html>. Zob. także np. Kamiński, „Dyrektywa”, 74.

¹² Ibidem.

¹³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/95/UE z 22 października 2014 r. zmieniająca dyrektywę 2013/34/UE w odniesieniu do ujawniania informacji niefinansowych i informacji dotyczących różnorodności przez niektóre duże jednostki oraz grupy, Dz.Urz. UE L 330/2 z 15.11.2014 („Dyrektywa NFRD”).

¹⁴ Zob. zamiast wielu Rycerski, Solariski, *Wyzwania prawne*, 306.

¹⁵ Zob. <https://www.pwc.pl/pl/artykuly/dyrektywa-csrd-jakiezmianny-wprowadza-w-raportowaniu-esg.html>.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

rozwoju. Wyraźne efekty mogą być również odczuwalne na rynkach kapitałowych^[19].

Międzynarodowa firma doradcza PwC podkreśla, że w przeprowadzonej niedawno przez nią ankiecie

zdecydowana większość inwestorów zgodziła się, że ważne jest, aby przedsiębiorstwa raportowały takie informacje jak wpływ ryzyk i możliwości związanych ze zrównoważonym rozwojem na założenia dotyczące rachunkowości. Sprawozdania przedstawiane na mocy Dyrektywy CSRD zapewnią inwestorom bardziej spójne i porównywalne dane. Spodziewamy się, że wielu z nich wykorzysta te dane do wyceny spółek (w pewnym zakresie dzieje się to już teraz), co przyniesie korzyść tym spółkom, które mają przekonujący plan na to, jak będą konkurować w warunkach mechanizmów rynkowych opartych na zrównoważonym rozwoju. Większość inwestorów uważa, że ważne jest, aby spółki przekazywały informacje na temat znaczenia czynników zrównoważonego rozwoju dla ich działalności oraz na temat podejmowanych działań związanych z ESG^[20].

W ocenie firmy doradczej PwC odsetek respondentów twierdzących, że z punktu widzenia ich analizy inwestycyjnej i procesu decyzyjnego „ważne” lub „bardzo ważne” jest, aby spółki przedstawiały informacje na temat: oddziaływania spółki na środowisko lub społeczeństwo, znaczenia czynników zrównoważonego rozwoju dla modelu biznesowego spółki, wpływu ryzyka i możliwości związanych ze zrównoważonym rozwojem na założenia przyjęte w sprawozdaniu finansowym spółki, koszty wypełnienia zobowiązań w zakresie zrównoważonego rozwoju^[21]. Z kolei firma doradcza Deloitte informuje, że:

pojęcie społecznej odpowiedzialności biznesu to też czynniki związane z ochroną środowiska, społeczne i związane z ładem korporacyjnym. Uwzględnienie ich w działaniach firmy wymaga łączenia perspektyw różnorodnych interesariuszy^[22].

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Zob. <https://www2.deloitte.com/pl/pl/pages/risk/topics/esg.html>.

W tym kontekście wypada przypomnieć słowa Milтона Friedmana sprzed kilku zaledwie dekad, zdaniem którego uczestnik gry rynkowej nie ma żadnej społecznej odpowiedzialności z wyjątkiem obowiązku przestrzegania prawa^[23]. W tym nurcie utrzymany jest, co wymaga podkreślenia, wspomniany wyrok Sądu Najwyższego w sprawie I CSK 158/09 oraz co najmniej kilkadziesiąt orzeczeń sądów polskich petryfikujących koncepcję interesu spółki jako wypadkowej interesu jej udziałowców, nie zaś szerokiego grona interesariuszy (ta ugruntowana już linia orzecnicza nie rozpoznała dotychczas problematyki ESG). Nie przekonują także opinie coraz szerszego grona doradców i publicystów, jakoby wdrażanie przez spółki ESG, w tym zwłaszcza przez spółki giełdowe, było pożądane przez inwestorów i wpływało dodatnio na ich wyniki. W naszej ocenie jest wręcz odwrotnie, dlatego z entuzjazmem należy odnotować, że przybywa – wciąż jeszcze nienagłaśnianych – wypowiedzi i analiz wskazujących, że wdrażanie przez spółki ESG pogarsza ich wyniki, gdyż spółki bardziej (scil. za bardzo) skupiają się na czynnikach pozabiznesowych, które w żadnym wypadku nie są czynnikami wzrostu^[24]. Również w Polsce pojawiają się w przestrzeni publicznej dane wskazujące na ekonomiczną nieefektywność ESG. Okazuje się na przykład, że w trzecim kwartale 2023 roku po raz pierwszy w historii od czasu rozpoczęcia tzw. wdrażania ESG przez korporacje więcej ubyło niż przybyło funduszy inwestujących w ESG – i to pomimo aktywnego promowania ESG w mediach i przez samych doradców biznesowych i prawnych^[25]. Warto podkreślić, że dekretywanie w regulacjach

²³ Friedman, *Capitalism*, 120.

²⁴ Zob. np. Chris Flood, Harriet Agnew, Patrick Jenkins, Madison Darbyshire, „Vanguard chief defends decision to pull asset manager out of climate alliance” *Financial Times*, 21 lutego 2023. <https://www.ft.com/content/9dab65dd-64c8-40c0-ae6e-fac4689dcc77>; „UK investors pull out of ESG funds” *Financial Times*, 3 listopada 2023. <https://www.ft.com/content/7ae8c97e-5814-4ae3-a3a7-98ec4fe76e0d>; „The real impact of the ESG backlash” *Financial Times*, 4 grudnia 2023. <https://www.ft.com/content/a76c7feb-7fa5-43d6-8e20-b4e4967991e7>. Znamienne są słowa przywołane w ostatnim z artykułów, w którym wprost wskazano: „As opinions shift, asset managers like BlackRock are talking more about maximising returns than about saving the world”. Jest to tym bardziej symptomatyczne, że fundusz BlackRock jest jednym z największych funduszy typu *asset management* na świecie.

²⁵ Zob. np. https://twitter.com/tomaszwyluda/status/173358242912895431?t=ZdUgZadSmG49g2_jE3thgg&s=19. Autor zadaje uzasadnione pytanie w kontekście twardych danych liczbowych o to, czy to dane te oznaczają zmierzch ESG i potrzebę opracowania innego konceptu do tzw. inwestycji etycznych, tzn. „mniej upolitycznionego, a bardziej nastawionego na realne ‘dobre inwestycje’”, czy też słabsze wyniki „etycznych przedsiębiorców”, tj. wdrażających ESG, to jedynie chwilowy

prawnych obowiązków korporacji w obszarze ESG, obecnie na podstawie takich instrumentów prawnych jak Dyrektywa CSRD, niejako wymuszających określone praktyki za pomocą obowiązkowego mechanizmu raportowania o nich, ma miejsce przede wszystkim w Unii Europejskiej. Ani w prawodawstwie Stanów Zjednoczonych, ani kluczowych gospodarek azjatyckich takich regulacji nie znajdziemy. Wdrażanie ESG pozostaje tam dobrowolne i jako takie może przyciągać do spółek nowych inwestorów, którzy premią praktyki spółek w tym obszarze, ale – jak pokazuje praktyka obrotu – nie w każdym przypadku się tak dzieje. Ta okoliczność wymaga podkreślenia, w szczególności z uwagi na ryzyko obniżenia konkurencyjności gospodarek i rynków finansowych państw unijnych w przypadku, gdy koncepcje ESG nie staną się obowiązkowym elementem aktywności ekonomicznej w innych znaczących światowych gospodarkach poza unijną. Praktyczną konsekwencją wdrażania ESG jest także wzrost kosztów prowadzenia działalności przez spółki, które obowiązkowo będą publikować wspomniane wyżej raporty finansowe z obszaru ESG^[26]. Przygotowanie takich raportów oraz ich ewentualny audyt (przegląd) przez wyspecjalizowane podmioty będzie stanowić dodatkowy koszt dla zobowiązanych na podstawie Dyrektywy CSRD oraz odpowiednich regulacji krajowych implementujących tę dyrektywę.

Praktyka pokazuje, że aktualne promowanie ESG, w tym wśród doradców prawnych i globalnych firm doradczych, prowadzi do swoistego upodmiotowienia ESG. Koncept ESG „zaczyna żyć własnym życiem”; coraz więcej organizacji chętnie angażuje się w działania mające na celu ESG,

problem. Co ciekawe, na fakt, że „ESG grozi niższymi zyskami z inwestycji” oraz że „bez odpowiednich stóp zwrotu polski rynek kapitałowy nie będzie się rozwijał”, zwracała już jakiś czas temu Komisja Nadzoru Finansowego (KNF), wskazując, że z tych względów KNF „nie będzie na siłę parła do wdrażania standardów, choć zupełnie ich nie zignoruje”. Zob. Kamil Kosiński, „KNF: nie musimy być liderem ESG” *Puls Biznesu*, 11 lipca 2023. <https://www.pb.pl/knf-nie-musimy-byc-liderem-esg-1190274>.

²⁶ Zob. Warsaw Enterprise Institute, *Raport „Pod ciężarem ESG*, kwiecień 2023. <https://wei.org.pl/wp-content/uploads/2023/04/Pod-ciezarem-ESG.pdf>. Autorzy Raportu wskazują, że w debacie publicznej w Polsce na temat raportowania ESG pomija się zagadnienie wysokości kosztów regulacji ESG, a skupia się na ogólnym formułowaniu tez o „wielkim wyzwaniu” oraz „szansach dla firm” związanych z ujawnieniami tych danych. W szczególności w dyskursie publicznym nie prezentuje się argumentów opartych na analizach ekonomicznych; brakuje też perspektywy i opinii firm, które poniosą koszty tej regulacji, zwłaszcza MŚP – źródło: <https://wei.org.pl/2023/aktualnosci/damian-olko/raport-pod-ciezarem-esg-koszty-raportowania-esg-dla-malych-i-srednich-firm-w-polsce/>.

które przedstawia się jako „korzystne dla wszystkich”, używając terminu ESG jako sloganu marketingowego. To zaś w naturalny sposób prowadzi do daleko posuniętej banalizacji koncepcji mającej w założeniu sprzyjać dobrem, etycznym praktykom przedsiębiorstw^[27]. W istocie każde działanie lub aktywność spółki nakierowaną np. na podniesienie standardu świadczonych usług lub jakości produktów można przypisać dzisiaj praktykom z obszaru ESG, a zatem – programowo – korzystnym dla wszystkich. Innymi słowy, paradoksalnie obserwujemy już powolną erozję koncepcji ESG oraz jej postępujące wypaczanie jeszcze przed formalnym wejściem w życie w państwach członkowskich Unii Europejskiej obowiązków sprawozdawczych w obszarze ESG, wynikających z Dyrektywy CSRD.

2 | Normatywne ujęcie ESG i jego praktyczne implikacje. Czy spółki i świat biznesu naprawdę potrzebują ESG?

W motywie 1 Dyrektywy CSRD czytamy, że „w komunikacie z 11 grudnia 2019 r. zatytułowanym ‘Europejski Zielony Ład’ (zwanym dalej ‘Zielonym Ładem’) Komisja Europejska zobowiązała się do dokonania przeglądu przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/34/UE dotyczących sprawozdawczości niefinansowej^[28]. Zielony Ład to nowa strategia na rzecz wzrostu gospodarczego Unii. Jej celem jest przekształcenie Unii w nowoczesną, zasobooszczędną i konkurencyjną gospodarkę o zerowym poziomie emisji gazów cieplarnianych netto do 2050 r. Jej celem jest również ochrona, zachowanie i poprawa kapitału naturalnego Unii oraz ochrona zdrowia i dobrostanu obywateli Unii przed zagrożeniami i negatywnymi skutkami związanymi ze środowiskiem. Celem Zielonego

²⁷ Zob. np.: <https://www.lot.com/kr/pl/biuro-prasowe/informacje-prasowe/nowe-video-bezpieczenstwa-polskich-linii-lotniczych-lot>; <https://www.orlen.pl/pl/zrownowazony-rozwoj/strategia-zrownowazonego-rozwoju-i-esg/esg>.

²⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/34/UE z 26 czerwca 2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek, zmieniająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/43/WE oraz uchylająca dyrektywy Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG (Dz.U. L 182 z 29.6.2013, s. 19).

Ładu jest oddzielenie wzrostu gospodarczego od wykorzystania zasobów naturalnych i zapewnienie, aby wszystkie regiony i wszyscy obywatele Unii uczestniczyli w sprawiedliwej społecznie transformacji w kierunku zrównoważonego systemu gospodarczego, w którym żadna osoba i żadne miejsce nie zostały pominięte. Przyczyni się on do osiągnięcia celu, jakim jest budowanie gospodarki służącej ludziom, wzmocnienie społecznej gospodarki rynkowej Unii i dopilnowanie, aby była ona gotowa na przyszłość oraz zapewniała stabilność, miejsca pracy, wzrost gospodarczy i zrównoważone inwestycje”. Następnie, w motywie 2, czytamy między innymi, że:

w komunikacie z 8 marca 2018 r. pt. ‘Plan działania: finansowanie zrównoważonego wzrostu gospodarczego’ (zwanym dalej ‘Planem działania w zakresie finansowania zrównoważonego wzrostu gospodarczego’) Komisja określiła środki służące osiągnięciu następujących celów: ukierunkowaniu przepływów kapitału na zrównoważone inwestowanie celem osiągnięcia zrównoważonego wzrostu sprzyjającego włączeniu społecznemu, zarządzaniu ryzykiem finansowym wynikającym ze zmiany klimatu, wyczerpywania się zasobów, degradacji środowiska oraz kwestii społecznych, a także wspieraniu przejrzystości i podejścia długoterminowego w działalności finansowej i gospodarczej. Warunkiem wstępnym osiągnięcia tych celów jest ujawnianie przez określone kategorie jednostek istotnych, porównywalnych i wiarygodnych informacji na temat zrównoważonego rozwoju. Parlament Europejski i Rada przyjęły szereg aktów ustawodawczych w ramach realizacji Planu działania w zakresie finansowania zrównoważonego wzrostu gospodarczego.

Sposób, w jaki uczestnicy rynku finansowego i doradcy finansowi mają ujawniać informacje na temat zrównoważonego rozwoju „inwestorom końcowym i właścicielom aktywów”, a zatem rezydującym beneficjentom spółek handlowych, uregulowano formalnie w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2088^[29]. Na szczęblu unijnym przyjęto następnie kolejne akty prawne, o których mowa w tym samym motywie 2 Dyrektywy CSRD: „Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852^[30] ustanowiono system klasyfikacji zrównoważonej

²⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2088 z 27 listopada 2019 r. w sprawie ujawniania informacji związanych ze zrównoważonym rozwojem w sektorze usług finansowych (Dz.U. L 317 z 9.12.2019, s. 1).

³⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 z 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje, zmieniające rozporządzenie (UE) 2019/2088 (Dz.U. L 198 z 22.6.2020, s. 13).

środowiskowo działalności gospodarczej, aby zwiększyć skalę zrównoważonych inwestycji i przeciwdziałać pseudoekologicznemu marketingowi produktów finansowych, co do których istnieją bezpodstawne twierdzenia o zrównoważoności. Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2089^[31], uzupełnionym rozporządzeniami delegowanymi Komisji (UE) 2020/1816^[32], (UE) 2020/1817^[33] i (UE) 2020/1818^[34], wprowadzono wymogi dotyczące ujawniania informacji z zakresu ochrony środowiska, polityki społecznej i ładu korporacyjnego (ESG) w odniesieniu do administratorów wskaźników referencyjnych oraz minimalne standardy dotyczące konstruowania unijnych wskaźników referencyjnych transformacji klimatycznej i unijnych wskaźników referencyjnych dostosowanych do Porozumienia paryskiego”. Z kolei w motywach 3–5 Dyrektywy CSRD wskazano, że:

w komunikacie z 17 czerwca 2019 r. pt. ‘Wytyczne dotyczące sprawozdawczości w zakresie informacji niefinansowych: Suplement dotyczący zgłaszania informacji związanych z klimatem’ (zwanym dalej ‘Wytycznymi dotyczącymi zgłaszania informacji związanych z klimatem’) Komisja zwróciła uwagę na korzyści dla przedsiębiorstw przekazujących informacje związane z klimatem, w szczególności przez zwiększenie świadomości ryzyka i możliwości

³¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2089 z 27 listopada 2019 r. zmieniające rozporządzenie (UE) 2016/1011 w odniesieniu do unijnych wskaźników referencyjnych transformacji klimatycznej oraz unijnych wskaźników referencyjnych dostosowanych do porozumienia paryskiego, a także ujawniania informacji dotyczących wskaźników referencyjnych w związku z kwestiami dotyczącymi zrównoważonego rozwoju (Dz.U. L 317 z 9.12.2019, s. 17).

³² Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2020/1816 z 17 lipca 2020 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1011 w odniesieniu do wyjaśnienia w oświadczeniu dotyczącym wskaźnika referencyjnego precyzującego, w jaki sposób czynniki z zakresu ochrony środowiska, polityki społecznej i ładu korporacyjnego znajdują odzwierciedlenie w każdym opracowanym i opublikowanym wskaźniku referencyjnym (Dz.U. L 406 z 3.12.2020, s. 1).

³³ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2020/1817 z 17 lipca 2020 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1011 w odniesieniu do minimalnej zawartości wyjaśnienia, w jaki sposób czynniki z zakresu ochrony środowiska, polityki społecznej i ładu korporacyjnego znajdują odzwierciedlenie w metodzie wyznaczania wskaźnika referencyjnego (Dz.U. L 406 z 3.12.2020, s. 12).

³⁴ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2020/1818 z 17 lipca 2020 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1011 w odniesieniu do minimalnych norm dotyczących unijnych wskaźników referencyjnych transformacji klimatycznej i unijnych wskaźników referencyjnych dostosowanych do porozumienia paryskiego (Dz.U. L 406 z 3.12.2020, s. 17).

związanych z klimatem w przedsiębiorstwie oraz ich lepsze zrozumienie, zróżnicowanie bazy inwestorów, obniżenie kosztu kapitału oraz bardziej konstruktywny dialog ze wszystkimi zainteresowanymi stronami. Ponadto różnorodność w zarządach spółek może wpływać na podejmowanie decyzji, ład korporacyjny i odporność.

Następnie wskazano, że w konkluzjach z 5 grudnia 2019 r. w sprawie pogłębienia unii rynków kapitałowych Rada Europejska

podkreśliła znaczenie wiarygodnych, porównywalnych i odnośnych informacji na temat ryzyk dla zrównoważoności, możliwości w zakresie zrównoważoności oraz jej skutków, a także wezwała Komisję, by rozważyła opracowanie europejskiego standardu sprawozdawczości niefinansowej.

W rezolucji z 29 maja 2018 r. w sprawie zrównoważonych finansów^[35] Parlament Europejski wezwał zaś do opracowania dalszych wymogów sprawozdawczości niefinansowej w ramach dyrektywy 2013/34/UE. W rezolucji z 17 grudnia 2020 r. w sprawie zrównoważonego ładu korporacyjnego^[36] Parlament Europejski

z zadowoleniem przyjął zobowiązanie Komisji do dokonania przeglądu dyrektywy 2013/34/UE i podkreślił, że konieczne jest ustanowienie wszechstronnych unijnych ram sprawozdawczości niefinansowej obejmujących obowiązkowe unijne standardy sprawozdawczości niefinansowej. Parlament Europejski wezwał do rozszerzenia zakresu wymogów sprawozdawczych na dodatkowe kategorie jednostek oraz do wprowadzenia wymogu audytu.

W motywie 6 Dyrektywy CSRD przypomniano z kolei, że „w rezolucji z 25 września 2015 r. pt. «Przekształcamy nasz świat: Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030» (zwanej dalej „Agendą 2030”), Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ) przyjęło nowe globalne ramy zrównoważonego rozwoju. Podstawowymi elementami Agendy 2030 są cele zrównoważonego rozwoju ONZ i obejmuje ona trzy wymiary tego rozwoju: gospodarczy, społeczny i środowiskowy”. W komunikacie Komisji z 22 listopada 2016 r. pt. „Kolejne kroki w kierunku zrównoważonej przyszłości Europy – europejskie działania na rzecz zrównoważonego rozwoju”

³⁵ Dz.U. C 76 z 9.3.2020, s. 23.

³⁶ Dz.U. C 445 z 29.10.2021, s. 94.

powiązano cele zrównoważonego rozwoju ONZ z unijnymi ramami polityki w celu zapewnienia, aby we wszystkich unijnych działaniach i inicjatywach politycznych, realizowanych zarówno w Unii, jak i poza nią, od samego początku uwzględniano te cele. W konkluzjach z 20 czerwca 2017 r.

„Zrównoważona przyszłość Europy: działania UE w odpowiedzi na agendę na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030” Rada potwierdziła, że Unia i jej państwa członkowskie są zaangażowane we wdrażanie Agendy 2030 w pełni i w sposób spójny, kompleksowy, zintegrowany i skuteczny, w ścisłej współpracy z partnerami i innymi zainteresowanymi stronami.^[37]

W końcu, należy zwrócić szczególną uwagę na motywy 9 i 11 Dyrektywy CSRD. Podkreślono w nich szczególną wagę i niezbędność tzw. danych niefinansowych dla stabilności rynków finansowych, gospodarek oraz dla samych inwestorów. Wskazano tam:

Ostatecznymi beneficjentami lepszej sprawozdawczości jednostek w zakresie zrównoważonego rozwoju byłoby indywidualni obywatele i oszczędzający, w tym związki zawodowe i przedstawiciele pracowników, którzy byłoby odpowiednio informowani i mogliby lepiej uczestniczyć w dialogu społecznym. Oszczędzający, którzy chcą inwestować w sposób zrównoważony, będą mieli taką możliwość, wszyscy obywatele natomiast skorzystaliby na stabilnym, zrównoważonym i sprzyjającym włączeniu społecznemu systemie gospodarczym. Aby osiągnąć takie korzyści, informacje na temat zrównoważonego rozwoju ujawniane w sprawozdaniach rocznych jednostek muszą najpierw dotrzeć do dwóch głównych grup użytkowników.

Jako pierwszą grupę użytkowników takich informacji wyróżniono w Dyrektywie CSRD inwestorów, w tym podmioty zarządzające aktywami, którzy „chcą lepiej zrozumieć ryzyka i możliwości związane z kwestiami zrównoważonego rozwoju dla swoich inwestycji, a także skutki tych inwestycji dla ludzi i środowiska”. Drugą grupę użytkowników mają stanowić „podmioty społeczeństwa obywatelskiego”, w tym organizacje pozarządowe i partnerzy społeczni, które „chcą pociągać jednostki do większej

³⁷ Zob. odnośnie do założeń tej Agendy ONZ np. Perkowski Maciej, Artur Kosicki, Sebastian Chrzanowski, Joanna Sarosiek, „Regiony wobec ONZ i Celów Zrównoważonego Rozwoju Agendy 2030. Perspektywa krajowa” *Prawo i Więź*, nr 3 (2023): 10 i n.

odpowiedzialności za ich wpływ na ludzi i środowisko”. Podkreślono też, że poza tymi dwiema grupami mogą istnieć „inne zainteresowane strony”, które są w stanie korzystać z informacji na temat zrównoważonego rozwoju ujawnianych w sprawozdaniach rocznych, w szczególności „w celu wspierania porównywalności między sektorami rynkowymi i w ich obrębie”. Wskazano też na „partnerów biznesowych jednostek, w tym klientów”, którzy mogą opierać się na informacjach na temat zrównoważonego rozwoju, aby „zrozumieć ryzyka dla zrównoważonego rozwoju i skutki związane ze zrównoważonym rozwojem, a w razie potrzeby zgłaszać je za pośrednictwem własnych łańcuchów wartości”. Ponadto wyróżniono „decydentów i agencje ochrony środowiska” mogące wykorzystywać takie informacje, aby „monitorować tendencje środowiskowe i społeczne, wnieść wkład w rachunki środowiska oraz kształtować politykę publiczną”. W motywie 11 Dyrektywy CSRD stwierdzono, że w ostatnich latach miał miejsce bardzo znaczny wzrost zapotrzebowania na informacje na temat zrównoważonego rozwoju przedsiębiorstw, zwłaszcza ze strony społeczności inwestorów. Ten wzrost zapotrzebowania ma wynikać ze „zmiennego charakteru ryzyk dla jednostek i rosnącej świadomości inwestorów na temat konsekwencji finansowych tych ryzyk”. Dotyczy to w szczególności ryzyk finansowych związanych z klimatem. Jednocześnie w motywie tym podkreślono, że rośnie świadomość ryzyka i możliwości dla jednostek i inwestycji wynikających z innych kwestii środowiskowych, takich jak utrata różnorodności biologicznej oraz kwestii związanych ze zdrowiem i społecznymi, w tym związanych z pracą dzieci i pracą przymusową. Rozpoznany przez Unię Europejską wzrost zapotrzebowania na informacje na temat zrównoważonego rozwoju wynika również ze wzrostu w dziedzinie produktów inwestycyjnych, które w ocenie prawodawcy unijnego

wyrażnie wiążą się ze spełnieniem określonych standardów zrównoważonego rozwoju lub osiągnięciem określonych celów zrównoważonego rozwoju i z zapewnieniem spójności z poziomem ambicji porozumienia paryskiego w ramach Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu przyjętego w dniu 12 grudnia 2015 r., Konwencji o różnorodności biologicznej i strategii politycznych Unii.

Wskazano w tym samym motywie, że ten zauważalny wzrost zapotrzebowania informacyjnego jest częściowo logiczną konsekwencją wcześniej przyjętych przepisów unijnych w szczególności wspomnianych rozporządzeń unijnych Nr 2019/2088 oraz Nr 2020/852. Co ciekawe, w ocenie

prawodawcy unijnego ten wzrost zapotrzebowania informacyjnego zaistniałby niezależnie od podejmowanych kroków legislacyjnych, z uwagi na „szybko zmieniające się czynniki, takie jak świadomość obywateli, preferencje konsumentów i praktyki rynkowe”, a ponadto przez wzgląd na skutki pandemii COVID-19, która w istocie „przyspieszyła wzrost potrzeb użytkowników w zakresie informacji, w szczególności dlatego, że ujawniła podatność pracowników i łańcuchów wartości jednostki”, a – w ocenie prawodawcy unijnego – „informacje na temat wpływu na środowisko są również istotne w kontekście łagodzenia przyszłych pandemii, gdyż zaburzenie ekosystemów przez człowieka jest w coraz większym stopniu powiązane z występowaniem i rozprzestrzenianiem się chorób”. Te i szereg innych motywów Dyrektywy CSRD, na których przywołanie *in extenso* ramy niniejszego artykułu nie wystarczą^[38], stały się aksjologiczną i normatywną podstawą do wprowadzenia podstawy prawnej wiążącej co do celu i podlegającej implementacji w krajowych porządkach prawnych, jaką jest dyrektywa unijna. Dyrektywa CSRD została opublikowana w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16 grudnia 2022 r. i jest określana jako dyrektywa w sprawie sprawozdawczości przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju. Zgodnie z art. 7 akapit pierwszy Dyrektywy CSRD weszła ona w życie dwudziestego dnia po jej opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Na jej podstawie określone w tej dyrektywie jednostki mają obowiązek składania corocznych raportów, zawierających dane dotyczące wpływu tych jednostek na środowisko, społeczeństwo, prawa człowieka oraz ład korporacyjny. O ile zagadnienia ładu korporacyjnego są od wielu lat przedmiotem sprawozdawczości polskich i zagranicznych spółek publicznych na rozwiniętych i rozwijających się rynkach kapitałowych (zarówno z rynku regulowanego, jak i z rynku alternatywnego – w obu przypadkach na podstawie regulacji typu *soft law*, tj. tzw. Kodeksów dobrych praktyk przyjętych w warunkach polskich do stosowania przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie S.A.), o tyle pozostałe zagadnienia rozpoznane na poziomie Dyrektywy CSRD za relewantne uznać należy jednak za dyskusyjne, a ich wpływ na ekonomiczną efektywność przedsiębiorstw wydaje się wysoce wątpliwy.

Oficjalnie wskazuje się, że zasadniczym motywem przyjęcia Dyrektywy CSRD jest nadmierna ogólność wcześniejszych przepisów w kwestii ujawniania tzw. informacji niefinansowych, wynikających z Dyrektywy

³⁸ W Dyrektywie CSRD zawarto łącznie osiemdziesiąt cztery motywy.

NFRD^[39]. Ten argument także nie przekonuje w kontekście aksjologii prawa spółek i faktu, że wszystkie spółki prawa handlowego, w tym spółki publiczne, to podmioty prawa prywatnego – ze wszystkimi tego konsekwencjami. Na podstawie Dyrektywy CSRD informacje uznane w jej świetle za relewantne będą ujawniane według wspólnych dla wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej standardów sprawozdawczości w zakresie zrównoważonego rozwoju – ESRS (ang. *European sustainability reporting standards*). Standard ten zostanie nieco zmodyfikowany (*scil.* złagodzony) na potrzeby sprawozdawczości średnich i małych spółek publicznych, zasadniczo z rynku regulowanego. W świetle Dyrektywy CSRD opracowano trzystopniowy harmonogram nakładania nowych obowiązków na jednostki. Jako pierwsze informacje z zakresu ESG przedstawia, po raz pierwszy za rok obrotowy 2024, największe podmioty, które *de lege lata* w warunkach polskich prezentują tzw. informacje niefinansowe na podstawie ustawy o rachunkowości^[40]. Są to duże jednostki zainteresowania

³⁹ Por. motyw 82 Dyrektywy CSRD: „Ponieważ cele niniejszej dyrektywy zmieniającej, nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, natomiast ze względu na rozmiary i skutki proponowanego działania możliwe jest ich lepsze osiągnięcie na poziomie Unii, może ona podjąć działania zgodnie z zasadą pomocniczości określoną w art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej. Zgodnie z zasadą proporcjonalności określoną w tym artykule, niniejsza dyrektywa zmieniająca nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tych celów”. Zob. także np. Rycerski, Solarski, *Wyzwania prawne*, 305–307.

⁴⁰ Ustawa z 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2023 r. poz. 120 ze zm.). Por. art. 49 ust. 3 oraz art. 49b ustawy o rachunkowości. Zgodnie z art. 49b ust. 1–3, jednostka, o której mowa w art. 3 ust. 1e pkt 1–6 ustawy o rachunkowości, będąca spółką kapitałową, spółką komandytowo-akcyjną lub taką spółką jawną lub komandytową, której wszystkimi współnikami ponoszącymi nieograniczoną odpowiedzialność są spółki kapitałowe, spółki komandytowo-akcyjne lub spółki z innych państw o podobnej do tych spółek formie prawnej, pod warunkiem że w roku obrotowym, za który sporządza sprawozdanie finansowe, oraz w roku poprzedzającym ten rok przekracza następujące wielkości: 1) 500 osób – w przypadku średniorocznego zatrudnienia w przeliczeniu na pełne etaty oraz 2) 85 000 000 zł – w przypadku sumy aktywów bilansu na koniec roku obrotowego lub 170 000 000 zł – w przypadku przychodów netto ze sprzedaży towarów i produktów za rok obrotowy – zawiera dodatkowo w sprawozdaniu z działalności – jako wyodrębnioną część – oświadczenie na temat informacji niefinansowych. Oświadczenie na temat informacji niefinansowych obejmuje co najmniej: 1) zwięzły opis modelu biznesowego jednostki; 2) kluczowe niefinansowe wskaźniki efektywności związane z działalnością jednostki; 3) opis polityk stosowanych przez jednostkę w odniesieniu do zagadnień społecznych, pracowniczych, środowiska naturalnego, poszanowania praw człowieka oraz przeciwdziałania korupcji, a także opis rezultatów stosowania tych polityk; 4) opis procedur należytej staranności – jeżeli

publicznego, w tym między innymi spółki publiczne z rynku regulowanego, banki i instytucje finansowe oraz ubezpieczeniowe, w których liczba pracowników przekracza 500 osób. W kolejnym roku, tj. w 2026, analogiczne raporty będą sporządzać pozostałe tzw. duże jednostki w rozumieniu Dyrektywy CSRD – za rok obrotowy 2025. Małe i średnie spółki giełdowe z rynku regulowanego złożą po raz pierwszy raporty za rok obrotowy 2026, tj. razem ze sprawozdaniami finansowymi za rok 2027. Programowo, zgodnie z Dyrektywą CSRD, dzięki wprowadzonemu raportowaniu zainteresowane grupy użytkowników otrzymają „szerszy dostęp do porównywalnych, wiarygodnych, wysokiej jakości danych na temat zrównoważonego rozwoju, uzyskując tym samym dodatkowe narzędzie umożliwiają wywieranie większego wpływu na podmioty gospodarcze działające w ich lokalnej społeczności”^[41]. Jednocześnie wskazuje się, że dla samych jednostek raportujących jest to szansa na pokazanie, dzięki „możliwości przedstawienia swoich działań na rzecz zrównoważonego rozwoju”, że są „społecznie odpowiedzialne”^[42] (sic!). Co więcej, ma to pozwolić jednostkom raportującym uzyskać łatwiejszy dostęp do kapitału na dalszy rozwój^[43]. Wykonywanie takich dodatkowych obowiązków sprawozdawczych ma, w założeniu, zwiększyć transparentność i tak już transparentnych spółek publicznych z rynku regulowanego – będących wciąż podmiotami prawa prywatnego, co należy podkreślić, a zarazem tzw. jednostkami interesu publicznego. Dzięki temu podwyższonemu stopniowi transparentności „unikną one dodatkowego indywidualnego przedstawiania informacji na temat zrównoważonego rozwoju w związku z zapytaniami inwestorów, banków czy partnerów handlowych”^[44] – jak się oficjalnie podkreśla.

jednostka je stosuje w ramach polityk, o których mowa w pkt 3 powyżej; 5) opis istotnych ryzyk związanych z działalnością jednostki mogących wywierać niekorzystny wpływ na zagadnienia, o których mowa w pkt 3 powyżej, w tym ryzyk związanych z produktami jednostki lub jej relacjami z otoczeniem zewnętrznym, w tym z kontrahentami, a także opis zarządzania tymi ryzykami. Sporządzając oświadczenie na temat informacji niefinansowych, jednostka przedstawia informacje niefinansowe w zakresie, w jakim są one niezbędne dla oceny rozwoju, wyników i sytuacji jednostki oraz wpływu jej działalności na zagadnienia, o których mowa w art. 49b ust. 2 pkt 3 ustawy o rachunkowości. Przedmiotowa regulacja ustawy o rachunkowości stanowi wynik implementacji do prawa polskiego Dyrektywy NFRD.

⁴¹ Zob. oficjalną informację na stronie internetowej polskiego Ministerstwa Finansów: <https://www.gov.pl/web/finanse/dyrektywa-o-sprawozdawczosci-przedsiębiorstw-w-zakresie-zrownowazonego-rozwoju-juz-opublikowana>.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

Dyrektywa CSRD oczekuje obecnie na implementację do polskiego prawa. Rzecz jasna obowiązki raportowe w obszarze ESG oznaczają, choć z regulacji prawnych to nie wybrzmiewa wprost, że spółki raportujące będą zmuszone podjąć pewne aktywności w tzw. „obszarze ESG”, aby nie zostać posądzone o działania wymierzone wbrew ich udziałowcom i inwestorom, a nawet innym interesariuszom. Mając jednak na uwadze przywołane wyżej pozornie szczytne, choć nieoparte żadnymi niezależnymi udokumentowanymi badaniami założenia i cele^[45], wydaje się, że poza

⁴⁵ W literaturze przedmiotu przywołuje się wprowadzie badania, raporty i opracowania, które mają dowodzić, że wdrażanie ESG służy spółkom lub inwestorom, niemniej wydaje się, że z uwagi na ich wymiar *stricte* teoretyczny lub wręcz hipotetyczny, trudno wskazać na miarodajne naukowe, oparte na wynikach ilościowych, argumenty przemawiające za wdrażaniem ESG. Por. np. raport „Decyzje inwestycyjne a społeczna odpowiedzialność firm. Raport z badania” przygotowany przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie oraz firmę doradczą Deloitte pochodzący z 2011, z którego wynika między innymi, że w tamtym okresie większość ankietowanych, tj. domów maklerskich, funduszy inwestycyjnych, funduszy emerytalnych, firm doradczych i banków powierniczych (łącznie 68,4%) nie uwzględniła kwestii ESG przy podejmowaniu decyzji odnośnie do sposobu głosowania na walnym zgromadzeniu (w spółkach, w których ankietowani posiadali akcje). Natomiast 24% spośród nich brało pod uwagę tylko te zagadnienia z obszaru ESG, które mogły mieć bezpośredni wpływ na wyniki finansowe. Prawie 8% przedstawicieli ankietowanych podmiotów zadeklarowało każdorazowe uwzględnianie zagadnień z zakresu ESG przy okazji głosowań na walnych zgromadzeniach spółek publicznych. Zdecydowana większość z nich (83%) w określonym stopniu uwzględniała zagadnienia z zakresu ESG, podejmując decyzje odnośnie do sposobu głosowania na walnych zgromadzeniach. Zob. https://www.gpw.pl/pub/GPW/STATIC/files/PDF/artikul/RAPORT-Decyzje_inwestycyjne_a_CSR.pdf. Z kolei z raportu z października 2023 r. przygotowanego przez firmę Steward Redqueen przy wsparciu Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju (EBOR) oraz Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie pt. „Wytyczne do raportowania ESG. Przewodnik dla spółek”, 75, wynika, że „coraz więcej polskich spółek jest ocenianych pod kątem wyników w zakresie ryzyka i szans związanych z ESG przez zewnętrznych dostawców danych i ratingów ESG. Inwestorzy i inne podmioty finansowe wykorzystują te informacje, aby poznać ekspozycję spółek na istotne ryzyka ESG i dowiedzieć się, czy podejmują one odpowiednie działania w celu zarządzania nimi. Ratingi i dane ESG pozwalają inwestorom identyfikować liderów w dziedzinie ESG oraz odrzucać spółki, które nie spełniają ich wymagań. Niemniej jednak należy zauważyć, że dla wielu inwestorów ratingi ESG są jedynie punktem wyjścia do analizy ESG. Badania pokazują, że inwestorzy o bardziej zaawansowanych praktykach ESG zwyczaj korzystają jedynie z surowych danych i analiz, a nie ostatecznych ratingów ESG, aby ukształtować swoją opinię na temat spółki”. Zob. https://www.gpw.pl/pub/GPW/ESG/Wytyczne_do_raportowania_ESG.pdf. Nie ma jednak badań, z których wynika, że każda spółka aktywna w obszarze ESG zawsze dzięki temu zyska, a ta nieaktywna – zawsze straci. Z tego samego raportu wynika ogólnie, bez poparcia

wzrostem kosztów prowadzenia działalności gospodarczej oraz jej biurokratyzacji same spółki nie zyskają wiele na tzw. wdrożeniach ESG. W tym miejscu warto zasygnalizować jedno z kluczowych zagrożeń dla samych spółek: wskaźniki ESG są z natury swojej niemierzalne. To zaś, zgodnie z doktryną *moral hazard*, kreuje przestrzeń do manipulowania audytami jednostek raportujących w obszarze ESG. Przez dobór odpowiedniego audytora, który zastosuje odpowiednie wskaźniki, indywidulanie dobrane do jednostki audytowanej, która audytora opłaca, każdy raport z zakresu ESG będzie mógł być uznany za ważny, cenny, zgodny z przepisami prawa i celami raportowania^[46]. Wymaga podkreślenia, że działania prawotwórcze podejmuje w obszarze ESG Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie S.A., która dostosowuje treść dotychczasowych tzw. dobrych praktyk dla spółek publicznych zarówno na rynku regulowanym, jak i na rynku NewConnect, nakładając na spółki „miękkie” obowiązki sprawozdawcze w obszarze ESG^[47]. Wprawdzie bowiem spółki publiczne w warunkach polskich nie są związane takimi kodeksami dobrych praktyk, ale stosują je zgodnie z zasadą „zastosuj albo wyjaśnij” (*comply or explain*), niemniej w przypadku odstąpienia od stosowania dobrych praktyk dotyczących ESG będą zmuszone przedstawiać wyraźne, publicznie dostępne uzasadnienie, dlaczego działań w obszarze ESG nie podejmują^[48].

twardymi danymi liczbowymi i wyjaśnienia związków przyczynowo-skutkowych, że „proaktywne zarządzanie ESG” oznacza dla spółek: „lepszą gotowość do zarządzania ryzykiem, lepsze długoterminowe planowanie finansowe, oszczędności wynikające z bardziej efektywnego wykorzystania energii i innych zasobów, niższą rotację zatrudnienia i wyższą produktywność pracowników, możliwości B2B (kryteria ESG są coraz częściej jednym z wymogów, które muszą spełnić dostawcy), pozyskiwanie klientów w wyniku dodawania nowych i/lub poszerzania istniejących zrównoważonych produktów i usług, lepszy dostęp do finansowania (zarówno długu, jak i kapitału), w tym przez długoterminowych inwestorów instytucjonalnych, niższe koszty/lepsze warunki finansowania, wyższą wartość marki, postrzeganie spółki jako dobrego pracodawcy, co wpływa na zdolność spółki do pozyskiwania i zatrzymywania pracowników, większą lojalność klientów, lepsze zrozumienie potrzeb i oczekiwań interesariuszy, lepsze relacje z inwestorami”. Zob. „Wytyczne do raportowania ESG. Przewodnik dla spółek”, 14-15.

⁴⁶ Odnosnie do audytu i świadczenia usług atestacyjnych w kontekście sprawozdawczości niefinansowej (ESG) zob. art. 1 Dyrektywy CSRD.

⁴⁷ Zob. np. https://newconnect.pl/komunikaty?ph_main_o1_start=show&ph_main_o1_cmnn_id=19496&title=Warsztat+dla+sp%C3%B3%C5%82ek+z+rynku+-NewConnect%2C+ASO+Catalyst+i+Autoryzowanych+Doradc%C3%B3w; https://newconnect.pl/pub/NEWCONNECT/files/PDF/2_Dobre_Praktyki_NewConnect.pdf.

⁴⁸ Por. Rycerski, SolarSKI, *Wyzwania prawne*, 307.

Odpowiadając na postawione wyżej pytanie o to, czy spółki lub świat biznesu potrzebują dzisiaj wdrażania ESG lub sprawozdawczości w tym zakresie, należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Mimo pewnych zarysowujących się w tym obszarze trendów, np. na rynkach kapitałowych państw skandynawskich jeszcze przed rokiem 2020, na których spółki rozważające debiut na lokalnej giełdzie proszone były o wypełnienie ankiet zawierających pytania o realnie podejmowane aktywności w zakresie ESG, trudno jednoznacznie stwierdzić, że inwestorzy wybierają lub premiuje spółki aktywne w obszarze ESG. Inwestorzy, jak historia pokazuje i co udowodniał dekady temu Milton Friedman, poszukują przede wszystkim zysku w sensie ekonomicznym. To kreowanie wartości spółki i wartości dla udziałowców spółki jest celem istnienia spółki, które co do zasady nie są organizacjami *non-profit*. Potwierdzeniem tego jest poświęcona tzw. zmianom klimatu ostatnia, zorganizowana w Zjednoczonych Emiratach Arabskich, konferencja COP28^[49] oraz formułowane w jej trakcie głosy i wnioski. Niezależnie od wysiłków podejmowanych na rzecz ESG w ramach Unii Europejskiej, największe i uchodzące obecnie za najbardziej atrakcyjne światowe gospodarki przechodzą obojętnie obok koncepcji ESG. Nie negując samej idei ESG, nie są chętne do podejmowania obowiązkowych działań lub prowadzenia sprawozdawczości w zakresie ESG. W rezultacie zatem ESG może obrócić się przeciwko spółkom, gospodarkom i kapitalizmowi, który *ex definitione* promuje przedsiębiorczość i indywidualizm, nie zaś zestandaryzowane powinności dla każdego, trudno mierzalne w ramach mnożonych normatywnie kolejnych obowiązków przedsiębiorców.

3 | Zagrożenia związane z promowaniem i wdrażaniem ESG w kontekście aksjologii prawa spółek

Przechodząc do aksjologii prawa spółek, żeby odkodować pojęcie „interes spółki”, decydujące nie jest ustalenie jego językowego znaczenia wraz z uwzględnieniem znaczeń poszczególnych członów tej klauzuli generalnej (tj. „interesu” „spółki”), ale ustalenie płaszczyzny aksjologicznej, w której

⁴⁹ Zob. <https://www.cop28.com/en/about-cop28>.

mieści się „interes spółki”. Nie ignorując ustaleń semantycznych co do pojęcia „interes spółki” oraz jego członów, z uwagi na element kryterium otwartego (pozaprawnego) prymat należy dać ramom aksjologicznym tego pojęcia, a nie literalnej wykładni językowej. To ustalenie jest fundamentalne, gdyż literalne rozumienie „interesu spółki” jako terminu języka prawnego i prawniczego może prowadzić do mylnego wniosku, że chodzi o samodzielny, odrębny np. od interesu udziałowców interes podmiotu prawa, jakim jest spółka handlowa^[50].

Zjawisko, gdy osoby zarządzające spółkami za wyznacznik swoich działań przyjmują promowanie i wdrażanie ESG, jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia aksjologii (natury) prawa spółek. Prowadzi to do menedżeryzmu korporacyjnego, wyraźnego (zbyt daleko idącego) oderwania własności od zarządzania. Ten fenomen jest z kolei nie do pogodzenia z okolicznością, że interes spółki odgrywa rolę „busoli” dla adresatów prawa przy dokonywaniu wyborów aksjologicznych^[51].

Interes spółki to wspólny interes wspólników, mający źródło w celu spółki – takie rozumienie interesu spółki wynika z natury spółki i przeznaczenia tej prywatnoprawnej organizacji wspólników do osiągania ich wspólnego celu^[52].

Czy to oznacza, że ESG w ogóle nie powinno być promowane i wdrażane przez spółki? Fundamentalne jest ustalenie, kto ma o tym decydować – prawodawca czy udziałowcy?

Skoro to interes spółki wyznacza kierunki działania spółki, nie należy zapominać, że interes ten jest determinowany określonym w statucie (umowie spółki) wspólnym celem, stanowiącym jego (jej) konstytutywny element^[53]. Innymi słowy, interes spółki powinno się postrzegać przez pryzmat celu, do którego realizacji dążą wspólnie udziałowcy (konkretnej) spółki, gdyż w jej interesie pozostają wszelkie działania, mające na celu jego osiągnięcie^[54].

⁵⁰ Zob. Krzysztof Olszak, *Interes spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie polskim oraz hiszpańskim* (Warszawa: C.H. Beck, 2022), 38 wraz z cyt. lit.

⁵¹ Zob. Robert Stefanicki, „Koncepcja interesu spółki jako kluczowej konstrukcji w procesie dokonywania oceny sposobu pełnienia funkcji przez zarząd spółki” *Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze*, t. X (2019): 104.

⁵² Por. Olszak, *Interes spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie polskim oraz hiszpańskim*, 366, 389.

⁵³ Por. Wyrok SN z 5.11.2009 r., I CSK 158/09.

⁵⁴ Por. Olszak, *Interes spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie polskim oraz hiszpańskim*, 81 wraz z cyt. lit. w przyp. 403.

Przenosząc to na grunt zadanego pytania dotyczącego promowania i wdrażania ESG, zważyć należy, że wspólnicy mają niewątpliwą kompetencję do określenia w statucie (umowie spółki), jaki jest cel danej spółki – z zastrzeżeniem, że jest to cel prawnie dopuszczalny. Jeżeli udziałowcy zdecydują się skorzystać z tej kompetencji, taki *expressis verbis* określony wspólny cel będzie miał w procesie wykładni pojęcia celu danej spółki pierwszeństwo przed celem typowym dla danej spółki (co do zasady celem zarobkowym). Tym samym, jeżeli udziałowcy wskażą, że celem spółki jest przede wszystkim promowane i wdrażane przez tę spółkę ESG lub też będzie to jeden z celów spółki wymieniony w statucie (umowie spółki), wówczas członkowie organów spółki są związani tym celem i powinni, w ramach pełnienia swoich funkcji, np. członka zarządu, dążyć do urzeczywistnienia tego celu jako wspólnego celu udziałowców.

Samo zawarcie umowy spółki, zaangażowanie się w nią poszczególnych podmiotów (jednostek), jest dobrowolne. Należy więc pamiętać, że spółka to dobrowolne zrzeszenie udziałowców, a zatem wszelkie promowanie i wdrażanie ESG w działalności spółki powinno być oparte na dobrowolności⁵⁵. Dobrowolność ta przejawia się w możliwości, a nie obowiązku, uwzględniania promowania i wdrażania ESG jako celu spółki. Tym samym, podstawowym założeniem w relacji między spółką a ESG powinna być dobrowolność. Doszukiwanie się lub wprowadzanie podstaw prawnych dla obowiązkowego uwzględniania ESG w funkcjonowaniu spółki abstrahuje nie tylko od aksjologii prawa spółek, ale budzi również wątpliwości w kontekście art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W kontekście tego przepisu warto zadać kierunkowe pytanie o to, czy wdrażanie i promowanie ESG jest konieczne (dokładnie tym słowem posługuje się bowiem ustrojodawca) w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Jeżeli nie jest konieczne, to takich ograniczeń wprowadzać nie można. Ustalenie granic dopuszczalności ingerencji prawodawcy w działalność spółki jest tak istotne, gdyż podejmowanie przez spółkę działalności na rzecz środowiska lub społeczeństwa, wykraczające poza obowiązki wynikające z aktów prawnych, stanowi uprawnienie danej spółki, z którego może ona skorzystać, ale nie może być traktowane w kategorii

⁵⁵ Por. Commission of the European Communities, *Green paper – Promoting a European framework for corporate social responsibility*, Brussels 2001, 6; Janina Filek, *Spółeczna odpowiedzialność biznesu. Tylko moda czy nowy model prowadzenia działalności gospodarczej?* (Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2006), 4.

jej obowiązku. W każdym zaś przypadku to udziałowcy spółki powinni mieć decydujący i wiążący głos co do określenia stopnia uwzględnienia takich czynników.

Oczywiście nie należy zapominać, że art. 86 zd. 1 Konstytucji RP stanowi, że każdy jest obowiązany do dbałości o stan środowiska i ponosi odpowiedzialność za spowodowane przez siebie jego pogorszenie. Zarazem jednak art. 86 zd. 2 Konstytucji RP doprecyzowuje, że zasady tej odpowiedzialności określa ustawa. Zwrot „każdy” nie znaczy, że obowiązek ten w sposób szczególny dotyczy spółek, a nie na przykład innych osób prawnych czy jednostek organizacyjnych, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, tudzież osób fizycznych. Nie sposób zatem z tego przepisu wywodzić szczególnego obowiązku dbałości o stan środowiska spoczywającego tylko na spółkach, a nie innych podmiotach prywatnych^[56]. Niezależnie od powyższych uwag wspomniany konstytucyjny obowiązek dbałości o stan środowiska ogranicza się głównie do działań o charakterze zachowawczym, tj. niepogarszaniu stanu środowiska, utrzymania istniejącego *status quo*, a nie obejmuje nakazu dokonywania poprawy stanu środowiska, jego udoskonalenia^[57]. Wreszcie, treść konstytucyjnego obowiązku dbałości o stan środowiska wymaga dookreślenia w ustawie, dopiero bowiem wówczas można mówić o odpowiedzialności za naruszenie tego obowiązku, a zatem za spowodowane przez jednostkę pogorszenie stanu środowiska^[58].

Nie bez znaczenia pozostaje również spojrzenie na analizowaną problematykę od strony ekonomicznej – nakładanie w aktach prawnych obowiązków związanych z promowaniem i wdrażaniem ESG, zamiast standardowego podejmowania działań w interesie spółki, oznacza realizowanie celów publicznych (środowiskowych i społecznych) z majątku prywatnego (majątku spółki). W przełożeniu na grunt prawny stanowi to niewątpliwe nałożenie obowiązku i ograniczenia na podmiot prawa prywatnego (spółkę).

Tylko wyraźne wyartykułowanie promowania lub wdrażania ESG w treści statutu (umowy spółki), w świetle aksjologii prawa spółek, uzasadnia

⁵⁶ W doktrynie wskazano, że adresatem obowiązku z art. 86 Konstytucji RP są zarówno osoby fizyczne (obywatele, cudzoziemcy, bezpaństwowcy), jak i osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, o ile tylko podmioty te pozostają pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, zob. Monika Florczak-Wątor w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. Piotr Tuleja (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023), 303 in principio.

⁵⁷ Zob. ibidem.

⁵⁸ Ibidem

realizację takiego celu. Jest to tym bardziej istotne spostrzeżenie, że praktyka rynkowa pokazuje, że w statutach (umowach) większości spółek cel spółki nie jest wyraźnie określony, tzn. brak jest umownych lub statutowych postanowień dostatecznie precyzyjnie odnoszących się do zagadnienia celu spółki. Brak takich postanowień powinien *a limine* oznaczać brak właściwej podstawy do promowania lub wdrażania ESG przez spółkę. Jeżeli wspólnicy będą mieli wolę zmodyfikowania celu spółki, mają możliwość dokonania zmiany statutu (umowy spółki).

Innymi słowy, w świetle niezmiennie aktualnej aksjologii prawa spółek, ESG nie może stanowić celu ani nie wyznacza interesu spółki, chyba że udziałowcy postanowią inaczej. Promowanie i wdrażanie CSR jest zatem dobrowolne, ale już działanie w interesie spółki, rozumianym jako wspólny interes wspólników, bezwzględnie wiąże członków organów spółki, co ma również znaczenie w kontekście odpowiedzialności członków organów kierowniczych i nadzorczych spółki (związanej z postępowaniem sprzecznym z interesem spółki).

Przyjęcie poglądu przeciwnego, zgodnie z którym na spółki należy nakładać, na mocy aktów prawnych^[59], (coraz dalej idący^[60]) obowiązek promowania i wdrażania ESG, prowadzi do paradoksalnej sytuacji w praktyce obrotu, w której spółki w sposób wiążący są coraz dalej odrywane od swojego typowego i najbardziej powszechnego celu zarobkowego^[61].

⁵⁹ Por. art. 1833 francuskiego kodeksu cywilnego: *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*, co w tłumaczeniu własnym znaczy, że spółka jest zarządzana w interesie spółki, z uwzględnieniem kwestii społecznych i środowiskowych związanych z jej działalnością. Nie da się wykluczyć, że podobne zmiany nie nastąpią w niemieckim prawie spółek.

⁶⁰ Por. Tomasz Sadowski, „Raportowanie zrównoważonego rozwoju. Szanse i wyzwania nie tylko dla dużych przedsiębiorców” *Europejski Przegląd Prawa i Stosunków Międzynarodowych*, nr 3 (2023): 164.

⁶¹ Nawet argument, że z wdrażania ESG mogą wynikać długoterminowe korzyści dla wspólników – por. Ilze Zumente, Julija Bistrowa, „ESG Importance for Long-Term Shareholder Value Creation: Literature vs. Practice” *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*, No. 2 (2021): 127 – nie powinien przesądzać o nałożeniu obowiązku wdrażania ESG, spółki nie muszą być bowiem tworzone z perspektywą długoterminową, a mogą funkcjonować w krótkim okresie lub do realizacji jednego bądź kilku przedsięwzięć celowych. Innymi słowy, spółki mogą być tworzone specjalnie w celu realizacji określonego projektu o jasno zdefiniowanym początku i końcu. Przykładem mogą być SPV (*Special Purpose Vehicle*), które są często powoływane do realizacji jednego przedsięwzięcia, np. budowy infrastruktury, organizacji wydarzeń czy wdrożenia określonego innowacyjnego

Z kolei część fundacji, które mogą być ustanowione dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, w szczególności takich, jak: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami (zob. art. 1 ustawy o fundacjach^[62]) i (teoretycznie) prowadzić działalność gospodarczą w rozmiarach służących realizacji jej celów (zob. art. 5 ust. 5 ustawy o fundacjach), w rzeczywistości przeznaczają niewielką część funduszy na realizację swoich celów statutowych. Wymaga podkreślenia, że w praktyce część fundacji większość dochodów pochodzących z prowadzenia działalności gospodarczej przeznacza na wynagrodzenia dla członków zarządu i ewentualnie innych organów fundacji (zob. art. 5 ust. 1 *in fine* ustawy o fundacjach) oraz swoich pracowników^[63].

4 | ESG a interes spółki – czy zmierzamy w kierunku redefinicji pojęcia interesu spółki?

Wprowadzenie w drodze wiążących aktów prawnych obowiązku uwzględniania ESG nie powinno być traktowane jako redefinicja interesu spółki ani nowy element w ramach interesu spółki. Nakaz, a raczej możliwość uwzględniania przez spółki ESG, należy raczej odczytywać jako dodatkowy obowiązek dla członków organów obok realizacji interesu spółki.

projektu. Po zakończeniu tego przedsięwzięcia spółka może zostać rozwiązana. Inny przykład to czasowe potrzeby rynkowe – często na rynku pojawiają się okazje biznesowe o ograniczonym czasie trwania (np. krótka moda na produkt, określona umowa czy konkretna produkcja). Spółka może być założona na czas realizacji takiego przedsięwzięcia a tym samym jej funkcjonowanie będzie zakończone po zrealizowaniu celu lub zakończeniu przedsięwzięcia.

⁶² Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r., poz. 166, dalej: ustawa o fundacjach).

⁶³ Nawet w przypadku znacznej liczby osób pracujących w fundacji charytatywnie, niejednokrotnie istnieje konieczność zatrudnienia pracowników, tak: Halina Stańdo-Górowska, „Koszty wynagrodzeń w fundacji a liczba wolontariuszy i rozmiary działalności – wyniki badań” *Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy*, nr 3 (2018): 475. W praktyce rynkowej fundacje zwykle zatrudniają pracowników, nie tylko na poziomie kadry kierowniczej.

Analogicznie naturalnego elementu prawa własności nieruchomości, będącego kategorią prawa prywatnego, nie stanowi obowiązek zapłaty podatku od nieruchomości.

Interes spółki należy rozumieć jako wspólny interes wspólników, natomiast traktowanie go jako wypadkowej interesu wspólników służy godzeniu interesów udziałowców. Innymi słowy, jest to poszukiwanie kompromisu między często ścierającymi się w praktyce obrotu interesami, przy uwzględnieniu siły każdego interesu wynikającej z pozycji każdego udziałowca w spółce. Dekodowanie interesu spółki nie służy w żadnym razie poszukiwaniu ani wyodrębnianiu autonomicznego interesu spółki jako podmiotu prawa odrębnego od udziałowców, mającego prymat nad wspólnym interesem wspólników. Tym samym w razie sporu między udziałowcami co do rozumienia interesu spółki, interesy poszczególnych wspólników wymagają określenia, a następnie rozważenia ich słuszności z perspektywy wspólnego celu wspólników. Z pewnością nie chodzi tu o pominięcie wspólnego interesu wspólników – interesu spółki właśnie – na rzecz odrębnego, autonomicznego interesu spółki jako podmiotu prawa, którego elementem miałyby być np. działania w obszarze ESG^[64].

Przyjęcie, że ESG wchodzi w skład interesu spółki, rodzi kolejne wątpliwości. Nasuwa się pytanie, których spółek obowiązki z obszaru ESG miałyby dotyczyć. Można wręcz przewidywać regulacyjną tendencję ekspansywną, polegającą na stopniowym rozszerzaniu kręgu spółek objętych obowiązkami z tego zakresu. Argument, że w przypadku, gdy udziałowcowi spółki nie odpowiada ani nałożenie na spółkę obowiązków w postaci działań ESG, ani niekorzystne konsekwencje z tym związane, może on z niej „wyjść”, jest nietrafny. Nie należy zapominać, że wspólnikowi nie w każdym przypadku będzie łatwo zbyć akcje lub udziały w nieprzynoszącej zysku spółce, a których objęcie lub nabycie traktował jako inwestycję. O ile jest to zwykle możliwe i relatywnie łatwe w przypadku spółki akcyjnej publicznej (oczywiście często ze stratą), o tyle w przypadku pozostałych spółek akcyjnych, prostych spółek akcyjnych, spółek z o.o., spółek komandytowo-akcyjnych, „wyjście” ze spółki w drodze zbycia akcji (udziałów) będzie zdecydowanie trudniejsze. Tym bardziej ukazuje to, że prawodawca, jeżeli już decyduje się na nałożenie na spółki obowiązków z obszaru ESG, wbrew ich prywatnoprawnej naturze, powinien istotnie zawęzić krąg spółek dotkniętych tego rodzaju regulacjami.

⁶⁴ Por. Krzysztof Olszak, *Interes spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie polskim oraz hiszpańskim*, (Warszawa: C.H. Beck, 2022), 367.

Argument dotyczący konieczności traktowania ESG jako elementu interesu spółki z uwagi na koszty społeczne, jakie są związane z działalnością niektórych spółek, np. zanieczyszczeniem przez nie środowiska w świetle zrównoważonego rozwoju, również jest chybiony. Postulat nakładania obowiązków na spółki w związku ze zrównoważonym rozwojem powinien być adresowany do ustawodawcy w celu weryfikacji prawidłowości stanowienia i stosowania (egzekwowania) przepisów prawa ochrony środowiska. Nie powinno się jednak wiązać tego z redefiniowaniem interesu spółki, który pozostaje (i powinien pozostać) pojęciem z zakresu prawa prywatnego.

Postulat ewentualnej redefinicji interesu spółki, który zdaje się być obecnie choćby *implicite* promowany, przez rozszerzenie pojęcia interesu spółki o kwestie szeroko powiązane z ESG, zdaje się pomijać, że są to dwa odrębne zagadnienia, których nie należy scalać ze sobą normatywnie^[65]. ESG znajduje się poza zakresem pojęcia interesu spółki będącego – co ponownie należy podkreślić – kategorią prawa prywatnego. Okoliczność, że interes spółki to wspólny interes wspólników nie implikuje automatycznie faktu ignorowania społeczności lokalnych, społeczeństwa lub środowiska bądź braku szacunku dla interesów innych podmiotów niż spółka ze strony korporacji, jej udziałowców lub decydentów. Tego rodzaju stwierdzenia stanowią zbyt daleko idące uproszczenie i spłytenie tematu oraz zachwianie aksjologią prawa spółek. Gdyby bowiem tak było w istocie, „ignorująca” otoczenie spółka nie miałaby możliwości niezakłóconego funkcjonowania w obrocie gospodarczym, gdyż np. brak poszanowania przez nią interesów jej pracowników rodziłby trudności z utrzymaniem dotychczasowego stanu zatrudnienia oraz jego jakości, a także prowadziłby do trudności z pozyskaniem kolejnych pracowników. Brak poszanowania interesów wierzycieli spółki, np. poprzez nieterminowe spłacanie długów przez spółkę, mogłoby się wiązać z kolei z trudnościami w uzyskaniu kolejnych kredytów lub osłabioną pozycją negocjacyjną spółki przy okazji ustalania warunków komercyjnych kredytów lub pożyczek. Interes spółki i ESG to dwie niezależne kwestie, których nie należy łączyć ani próbować ze sobą wiązać mocą prawa^[66], tak aby jedna stanowiła człon drugiej lub jej naturalny korelat.

⁶⁵ Por. spojrzenie: Zofia Mazur, Aleksandra Szczęsna, Anne-Marie Weber, Zrównoważony ład korporacyjny (sustainable corporate governance) – kierunek ewolucji polskiego prawa spółek?” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 6 (2022): 30, które wyrażają pogląd, że postulat zrównoważonego rozwoju gospodarczego już obecnie ma wymiar normatywny dla polskiego prawa spółek.

⁶⁶ Jak już wskazano, innym źródłem jest „zadekretowanie” działań w obszarze ESG w treści statutu (umowy spółki), co pozwala na promowanie lub wdrażanie ESG

Problematyczna pozostaje również nieprecyzyjność, a nawet swoista „nieuchwytność” ESG, i zawodność środków służących weryfikacji implementacji tych czynników przez daną spółkę. Rodzi to też ryzyko nadużyć ze strony osób zarządzających lub nadzorujących spółkę, które, uzasadniając podjęcie wątpliwych biznesowo decyzji, będą mogły odwoływać się do interesu danych grup lub danej grupy interesariuszy. Wymaga podkreślenia, że w praktyce niektóre spółki mają tak wielu interesariuszy, że w razie powstałej potrzeby, praktycznie każdą decyzję, która doprowadziła do obniżenia zysku spółki, da się uzasadnić w świetle ESG. To także stanowiłoby wypaczenie ugruntowanego rozumienia pojęcia interesu spółki oraz aksjologii prawa spółek, a nawet aksjologii prawa prywatnego *per se*.

Patrząc z drugiej strony, w polskiej rzeczywistości gospodarczej, ze szczególnym uwzględnieniem spółek z udziałem Skarbu Państwa, ustawowe wdrożenie obowiązku realizacji zrównoważonego rozwoju/uwzględniania aspektów środowiskowych w ramach interesu spółki mogłoby prowadzić do dalece niekorzystnych skutków w stosunku do zarządzających spółką. Przykładowo, w przypadku gdy w wyniku zmiany przedstawicieli władzy wykonawczej zmianie ulega skład osobowy zarządu spółki i zaczyna się procedura weryfikowania prawidłowości decyzji podjętych przez dotychczasowy (poprzedni) zarząd, nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której zakwestionowany byłby, z punktu widzenia interesu spółki nakazującego uwzględniać ESG, zakup floty samochodów spalinowych na rzecz spółki (niewątpliwie samochodów niezbędnych dla spółki) zamiast samochodów elektrycznych, które m.in.:

- nie emitują dwutlenku węgla (CO₂) (korzyść dla środowiska)
- nie emitują spalin, co redukuje lokalne zanieczyszczenia powietrza, szczególnie w zatłoczonych miastach (korzyść dla środowiska)
- emitują mniej zanieczyszczeń powietrza, co prowadzi do poprawy jego jakości, a to z kolei ma pozytywny wpływ na zdrowie publiczne (korzyść dla społeczeństwa i redukcja obciążeń służby zdrowia)
- są znacznie cichsze, co przyczynia się do obniżenia poziomu hałasu w miastach (korzyść dla społeczeństwa) etc.

W świetle powyższych argumentów nowe władze spółki mogą zarzucić dotychczasowym, że podejmując decyzję o zakupie samochodów spalinowych, nie działały w interesie spółki, co może być uzasadnione szeregiem

na mocy wyraźnej woli każdorazowych współników spółki.

konkretnych argumentów. To zaś może prowadzić nie tylko do nieudzielenia absolutorium z wykonania obowiązków przez dotychczasowych zarządców spółki, ale nawet – w skrajnych przypadkach – do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa działania na szkodę spółki (por. art. 296 k.k.) przez byłych członków władz spółki. Konsekwentnie, taka zmiana legislacyjna mogłaby również prowadzić do paraliżu decyzyjnego w spółkach, w związku z obawą przed ewentualną odpowiedzialnością cywilnoprawną i karną.

Ponadto, uznanie ESG za element interesu spółki prowadziłoby do konieczności jego uwzględniania w ramach postępowań sądowych, np. w przypadku powództw o uchylenie uchwał wspólników (akcjonariuszy, walnego zgromadzenia) godzących w interes spółki (zob. art. 249 § 1, art. 300¹⁰¹, art. 422 § 1 k.s.h.^[67]). Ten dodatkowy element implikowałby rozchwianie orzecznictwa sądowego na tle kodeksowej przesłanki godzenia w interes spółki, z uwagi na daleko idące trudności praktyczne w mierzalności ESG i łatwość uzasadniania rzekomej zgodności skarżonej uchwały z interesem spółki poprzez korzyść, jaką miałyby osiągnąć dzięki zaskarżonej uchwale dana grupa interesariuszy. Tytułem przykładu można wskazać społeczność lokalną przy uchwale przeznaczającej część majątku spółki na budowę szkoły w miejscowości będącej siedzibą spółki.

Jako przewrotne w kontekście potencjalnej potrzeby redefinicji interesu spółki jawi się zjawisko wspomnianego już *greenwashingu*. W jego świetle promowanie ESG przez daną spółkę może być traktowane przede wszystkim jako narzędzie marketingowe do fałszywego przedstawiania wysiłków na rzecz środowiska w celu budowania jej renomy w społeczeństwie. Przewrotność polega na tym, że działania takie nie mają na celu dbałości o środowisko lub społeczeństwo, ale są cynicznie nakierowane na maksymalizację zysku (czyli typowy cel spółki prawa handlowego), w czym pomóc ma wizerunek spółki, oparty na zafałszowanych przesłankach. Tym samym dochodzi do rozdzwieniu między szczytnymi deklaracjami, które mogą np. powodować wzrost liczby klientów, chętnych do korzystania z usług spółki kojarzonej z działaniami w obszarze ESG a rzeczywistością. Oczywiście potrzeba skutecznego przeciwdziałania *greenwashingowi* została dostrzeżona^[68], ale należy rozważyć, na ile samo rozpoznanie tej

⁶⁷ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz. U. z 2024 r., poz. 18).

⁶⁸ Zob. Marta Jedlińska, *Greenwashing jako nieetyczna praktyka w świecie finansów* (Lex, 2022); Rafał Bujalski, *Nowe prawa dla konsumentów i zakaz greenwashingu [projekt UE]* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, Lex).

potrzeby ma związek z rosnącym naciskiem normatywnym na uwzględnianie ESG w ramach interesu spółki. Być może bardziej efektywne byłoby wyeliminowanie przyczyny (rezygnacja z nakładania na spółki obowiązku promowania i wdrażania ESG) niż walka z następstwami wprowadzania tego typu obowiązków.

Rezygnacja z normatywnego nakładania na spółki obowiązku promowania i wdrażania ESG zarazem nie oznacza, że spółki stają się bezużyteczne lub wręcz szkodliwe z perspektywy społecznej. Nadal przecież stanowią miejsce współdziałania współników (którzy uzyskane środki, np. z dywidendy, dalej zwykle reinwestują lub wprowadzają do obrotu, choćby przez konsumpcję, inwestowanie etc.), prowadzą do wzrostu zatrudnienia w szerokim wymiarze (nie tylko w samej spółce, ale również poza nią, gdyż np. przedsiębiorca – dostawca zatrudnia nowych pracowników, aby móc obsłużyć nowego klienta – właśnie spółkę). Tym bardziej zysk spółki wspomaga rozwój gminy, powiatu, województwa lub – szerzej – państwa, zarówno poprzez wpływ na wzrost Produktu Krajowego Brutto, ale także poprzez podatki (im większy zysk, tym większa kwota podatków uiszczanych przez spółkę), które następnie są redystrybuowane na rzecz ogółu. Oczywiście argument odnoszący się do podatków można próbować częściowo kwestionować przez eksponowanie niedoskonałości systemu podatkowego, który powoduje, że nie wszystkie podatki są płacone w miejscu prowadzenia działalności spółki, ale ewentualne uwagi *de lege ferenda* w tym zakresie powinny być kierowane do prawodawcy w odniesieniu do aktów prawa podatkowego (prawa publicznego), a nie prawa handlowego (prawa prywatnego). Tym samym całe społeczeństwo czerpie użytek z działalności spółki bez potrzeby wprowadzania ESG. W tym miejscu poczynić należy stwierdzenie, które nie powinno budzić wątpliwości, zwłaszcza w świetle art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP (nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje). Jednostka, czy to jako pojedyncza osoba fizyczna, czy jako zbiór zorganizowany, np. w spółkę, nie ma prawnie wiążących obowiązków wobec społeczeństwa lub środowiska, poza tymi, które znajdują swoje źródło w bezwzględnie wiążących przepisach prawa. Nie sposób wymienić wszystkich przepisów prawa, w których *de lege lata* przewidziano obowiązki ponoszenia ciężarów publicznoprawnych lub na rzecz ochrony środowiska naturalnego, znajdujących bezwzględne zastosowanie do poszczególnych spółek. Nakładanie nowych nakazów w tym względzie bezspornie nie jest konieczne ani dla bezpieczeństwa, ani dla porządku publicznego, ani dla ochrony środowiska.

Łączenie ESG i interesu spółki abstrahuje również od okoliczności, że taka instytucja jak spółka handlowa znajduje swoje źródło w prawie prywatnym. Mając to na uwadze, należy podchodzić ze wstrzemięźliwością do wszelkich form „dokładania” elementów interesu społecznego lub publicznego dotyczących funkcjonowania spółek handlowych. Prawo cywilne *ex definitione* realizuje i zabezpiecza prywatny interes jednostek, co dotyczy również zrzeszeń tworzonych przez te jednostki, jakimi są m.in. spółki handlowe. Nie wolno traktować interesu publicznego (interesu państwa, interesu całej gospodarki) jako probierza lub punktu odniesienia dla działalności prywatnej jednostek^[69]. Obserwowane w ostatnich latach postępujące próby normatywnego ingerowania w ten fundament prowadzą w istocie do podważenia całego systemu prawnego, w którym funkcjonujemy. Jeżeli bowiem prywatne osoby wnoszące kapitał^[70] (wspólnicy) nie mogą mieć zaufania, że ci, którzy będą zarządzać tym kapitałem lub nadzorować zarządzanie (członkowie organów spółki) będą czynić to w interesie spółki (*scil.* wspólnym interesie wspólników), zaniechają podjęcia się takiej inwestycji. To zaś może mieć dalece niekorzystne następstwa dla całej gospodarki i społeczeństwa, z uwagi na brak realizacji wielu inwestycji, co z kolei będzie wiązać się z brakiem m.in. powstania nowych miejsc pracy, osłabieniem wzrostu PKB i dochodów dla budżetu państwa. Zwięźle ujmując, celem spółki prawa handlowego (prawa prywatnego) *ex definitione* nie jest realizowanie interesu publicznego, a wzrastająca niewątpliwa nadregulacja w obszarze ESG, mająca na celu właśnie realizację interesu publicznego, paradoksalnie może nieść za sobą przeciwne skutki od zamierzonych.

5 | Rekapitulacja

Nakaz, choćby pośredni, promowania i wdrażania koncepcji ESG, w świetle utrwalonego rozumienia interesu spółki, należy ocenić zdecydowanie krytycznie, szczególnie w polskim kontekście prawnym. Niezbędna jest

⁶⁹ Zob. Krzysztof Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej* (Warszawa: C.H. Beck, 2010), 711.

⁷⁰ Oczywiście można przedstawić to w sposób bardziej przemawiający do wrażliwości odbiorcy i napisać zamiast „kapitał”, „owoce długoletniej, wytężonej pracy” itp.

głęboka analiza ESG w kontekście prawa konstytucyjnego, prawa spółek, nauk ekonomicznych i praktycznych implikacji (w tym kosztów i biurokratyzacji) wdrażania tego podejścia, poprzedzająca nieco bezrefleksyjnie promowane obecnie rozmaite aktywności spółek z zakresu ESG. Niepokoi w szczególności obserwowane dzisiaj postępujące poszerzanie w dyskursie publicznym i biznesowym kręgu desygnatów działań z zakresu ESG, co stopniowo wypacza programowo słuszną troskę o środowisko, społeczeństwo i kwestie zarządzania spółkami (ład korporacyjny). Potrzeby tej troski nie zanegowano w niniejszym artykule.

Przy założeniu, że ESG będzie obligatoryjnie wdrażane, choćby wskutek postępujących obowiązków w zakresie raportowania niefinansowego (co oceniamy jednoznacznie dezaprobujuco), istnieje konieczność pogłębionej analizy ESG w kontekście aksjologicznym, by bardziej precyzyjnie zdefiniować rolę tej koncepcji w strukturze korporacyjnej. Wszelkie akty prawne, w tym wprowadzające standardy sprawozdawczości ESG, powinny być dostosowane do specyfiki różnych spółek, minimalizując zbędne koszty i biurokrację. Należy zrównoważyć programową dobrowolność działań ESG z ewentualnymi ograniczeniami wynikającymi z przyszłych regulacji, by w maksymalnym stopniu zachować autonomię spółek jako podmiotów prawa prywatnego.

Istotne jest również dokładne monitorowanie i audyt ESG. Powodzenie „implementacji” ESG zależy bowiem od faktycznego precyzyjnego monitorowania, audytu i dostosowywania działań spółek, aby uniknąć manipulacji lub *greenwashingu*. Unikanie upodmiotowienia i banalizacji ESG w praktyce może zapobiec zniekształceniu lub nawet wypaczeniu tej koncepcji jeszcze przed wprowadzeniem obowiązków sprawozdawczych z nią związanych.

Wydaje się zasadne uwzględnianie ESG w kontekście globalnym. Warto przeprowadzić analizę różnic w podejściu światowych gospodarek do ESG, aby ułatwić spółkom działającym międzynarodowo, w tym międzynarodowym grupom kapitałowym funkcjonującym w różnych jurysdykcjach, skuteczną implementację ESG, nie zaś utrudniać ich ekspansję poza rodzimy rynek.

Niezbędne jest kontynuowanie otwartego dialogu między światem akademickim a biznesowym w celu dalszej dyskusji nad rolą ESG w przyszłości korporacyjnego zarządzania. Obejmuje to również staranne rozważenie, czy ESG rzeczywiście może pełnić funkcję alternatywy dla kapitalizmu, jednocześnie wspierając realny rozwój biznesowy i społeczny, oraz czy rzeczywiście przynosi wymierne korzyści dla spółek i inwestorów.

Przedstawione wnioski mają na celu ukierunkowanie debaty na konstruktywne podejście do roli ESG w spółkach, uwzględniając aspekty prawne, ekonomiczne i społeczne.

Bibliografia

- Bujalski Rafał, *Nowe prawa dla konsumentów i zakaz greenwashingu [projekt UE]*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, Lex.
- Filek Janina, *Spółeczna odpowiedzialność biznesu. Tylko moda czy nowy model prowadzenia działalności gospodarczej?*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2006.
- Flood Chris, Harriet Agnew, Patrick Jenkins, Madison Darbyshire, „Vanguard chief defends decision to pull asset manager out of climate alliance” *Financial Times*, 21 lutego 2023. <https://www.ft.com/content/9dab65dd-64c8-40co-a-e6e-fac4689dcc77>.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, red. Piotr Tuleja. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Friedman Milton, „A Friedman doctrine – The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits” *The New York Times*, 13 września 1970. <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>.
- Friedman Milton, *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
- Jedlińska Marta, *Greenwashing jako nieetyczna praktyka w świecie finansów*, Lex 2022.
- Kamiński Ryszard, „Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2464/2022 w odniesieniu do sprawozdawczości na temat zrównoważonego rozwoju przedsiębiorstw i rozporządzenia Komisji Europejskiej dotyczące ‘taksonomii’ – założenia i cele” *Studia Prawa Publicznego*, nr 4 (2023): 71-87.
- Kosiński Kamil, „KNF: nie musimy być liderem ESG” *Puls Biznesu*, 11 lipca 2023. <https://www.pb.pl/knf-nie-musimy-byc-liderem-esg-1190274>.
- Krukowska Magdalena, „Historia CSR, czyli jak to się zaczęło” *Forbes Polska*, 6 maja 2010. <https://www.forbes.pl/csr/csr-czym-jest-jaka-jest-jego-historia-i-najlepsze-praktyki/x1rvvcq>.
- Kubala Maria, „Koncepcja ESG jako próba odpowiedzi na potrzebę zmian w naukach ekonomicznych” *Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego w Zielonej Górze*, nr 18 (2023): 98-108.

- Mazur Zofia, Aleksandra Szczęsna, Anne-Marie Weber, „Zrównoważony ład korporacyjny (sustainable corporate governance) – kierunek ewolucji polskiego prawa spółek?” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 6 (2022): 22-33.
- Olszak Krzysztof, *Interes spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie polskim oraz hiszpańskim*. Warszawa: C.H. Beck, 2022.
- Oplustil Krzysztof, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*. Warszawa: C.H. Beck, 2010.
- Perkowski Maciej, Artur Kosicki, Sebastian Chrzanowski, Joanna Sarosiek, „Regiony wobec ONZ i Celów Zrównoważonego Rozwoju Agendy 2030. Perspektywa krajowa” *Prawo i Więzy*, nr 3 (2023): 9-24.
- Peterdy Kyle, *ESG (Environmental, Social, & Governance)*. <https://corporatefinance-institute.com/resources/esg/esg-environmental-social-governance/>.
- Romanowski Michał, „Znaczenie sporu o metodę odczytywania pojęcia ‘interes spółki kapitałowej’” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 7 (2015): 8-15.
- Rycerski Adrian, Jan SolarSKI, „Wyzwania prawne związane ze sprawozdawczością niefinansową w zakresie zrównoważonego rozwoju” *Monitor Prawniczy*, nr 5 (2023): 304-309.
- Sadowski Tomasz, „Raportowanie zrównoważonego rozwoju. Szanse i wyzwania nie tylko dla dużych przedsiębiorców” *Europejski Przegląd Prawa i Stosunków Międzynarodowych*, nr 3 (2023): 153-166.
- Stańdo-Górowska Halina, „Koszty wynagrodzeń w fundacji a liczba wolontariuszy i rozmiary działalności – wyniki badań” *Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy*, nr 3 (2018): 456-465.
- Stefanicki Robert, „Koncepcja interesu spółki jako kluczowej konstrukcji w procesie dokonywania oceny sposobu pełnienia funkcji przez zarząd spółki” *Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze*, t. X (2019): 141-157.
- „UK investors pull out of ESG funds” *Financial Times*, 3 listopada 2023. <https://www.ft.com/content/7ae8c97e-5814-4ae3-a3a7-98ec4fe76e0d>.
- „The real impact of the ESG backlash” *Financial Times*, 4 grudnia 2023. <https://www.ft.com/content/a76c7feb-7fa5-43d6-8e20-b4e4967991e7>
- Zumente Ilze, Julija Bistрова, „ESG Importance for Long-Term Shareholder Value Creation: Literature vs. Practice” *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*, No. 2 (2021): 127.



Artificial Intelligence in e-Administration

Abstract

Nowadays, the influence exerted by artificial intelligence on many spheres of human life has been steadily on the rise. It is a tool that e-Administration can – or should – use in its activities. However, caution must be exercised when using artificial intelligence systems, as their inappropriate use can lead to several threats, including data leakage or infection of the ICT systems through which the public administration provides its services to society or other entities (including entrepreneurs). Artificial intelligence is both a challenge and a necessity for public administration. With the development of new technologies, it must use modern tools to meet society's constantly evolving needs. Digitisation is now a widespread phenomenon, so meeting the needs of an information society forces public administration to look for new solutions, of which artificial intelligence is certainly one of these. The dogmatic-legal and theoretical-legal methods were employed to address the issues dealt with in the paper, which aims to analyse the need for e-Administration to use artificial intelligence. These methods have made it possible to review and analyse the applicable regulations and doctrinal views on the use of artificial intelligence systems by the public administration in the course of performing certain activities in cyberspace.

KEYWORDS: artificial intelligence, e-Administration, public sector, cybersecurity.

DOMINIK BIERECKI – associate professor, Pomeranian University in Słupsk (Poland), ORCID – 0000-0001-6993-3974, e-mail: dominik.bierecki@upsl.edu.pl

CHRISTOPHE GAIE – PhD in telecommunications, French Prime Minister Services (France), ORCID – 0000-0002-8252-5278, e-mail: christophe.gaie@gmail.com

MIROSŁAW KARPIUK – full professor, University of Warmia and Mazury in Olsztyn (Poland), ORCID – 0000-0001-7012-8999, e-mail: miroslaw.karpiuk@uwm.edu.pl

1 | Introduction

The recent surge of interest in artificial intelligence (AI) is the culmination of a long evolutionary process. It began with the pioneering work of Alan Turing,^[1] where he presented nine arguments to demonstrate the possibility of machines exhibiting human-like intelligence. The history of AI is long and punctuated by periods of active research and development followed by periods of less progress, as described by Hoffman.^[2] Recently, there has been a huge step in democratizing AI usage, largely attributed to the breakthrough of Generative AI.^[3] Indeed, Generative AI has made AI accessible to a wider audience, even those without specialized technological knowledge. As a result, there are now millions of users and tens of millions of requests made to various AI tools, especially ChatGPT and Gemini.^[4] This paper describes the factors that contribute to the emergence and adoption of AI-powered public services, as synthesized in Figure 1 thereafter.

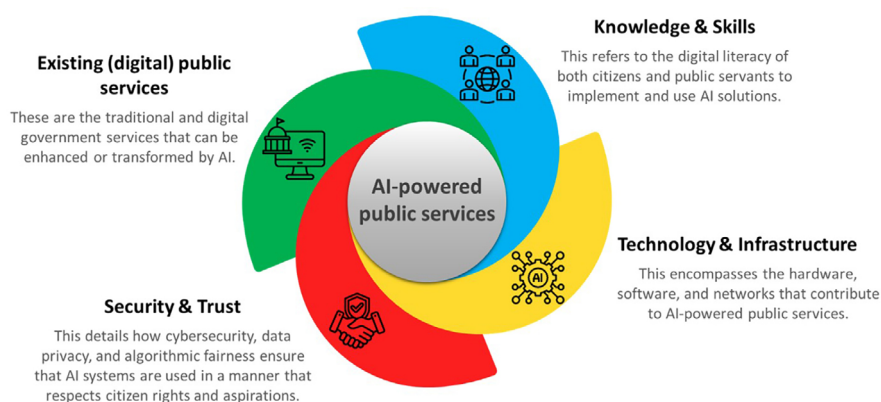


Figure 1: Factors that contribute to the emergence and adoption of AI-powered public services (template presentationgo.com, author: Dr. Christophe Gaie)

¹ Alan Turing, "Computing machinery and intelligence" *Mind* 59, (1050): 433-460.
² Christian Hugo Hoffmann, "Is AI intelligent? An assessment of artificial intelligence, 70 years after Turing" *Technology in Society*, Vol. LXVIII (2022): 101893. <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2022.101893>.

³ Adam Blandin, Alexander Bick, David Deming, *The Rapid Adoption of Generative AI*, 18 September 2024. <https://ssrn.com/abstract=4965142> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4965142>

⁴ Yan Liu, He Wang, *Who on Earth Is Using Generative AI?* (Washington, DC: World Bank, 2024). <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/9a202d4b-c765-4a85-8eda-add8c96df40a/content>.

First, the rise of AI necessitates ensuring that both individuals and institutions are equipped to effectively and securely leverage these powerful tools. This is where digital literacy comes into play. Indeed artificial intelligence is best used in a digital state and society where both public institutions and their beneficiaries have adequate digital competencies which warrant the effective and secure use of new technologies, including artificial intelligence.

Digital accessibility and digital competencies are equally important. Digital accessibility, especially regarding public services, facilitates and accelerates contact between office staff and service recipients, making it possible to handle many affairs remotely, including for those who have difficulty reaching the office. Digital competencies enable the appropriate use of ICT tools, which are, these days, very much needed in various spheres of social and professional life. The development of new technologies makes the ability to use such tools indispensable, as they create opportunities for human development and determine progress in many spheres of human activity. Acquiring and expanding such competencies enables the optimal use of services provided in cyberspace and contributes to limiting digital exclusion^[5].

Artificial intelligence can make access to services provided to society much easier. This will allow, on the one hand, to improve the operation of public administration and, on the other hand, raise living standards, making these services generally more accessible and, at the same time, cheaper. For example, it can help taxpayers at any time of the day to verify whether they are complying with fiscal legislation in a specific and complex situation. It can improve the quality of the response to a citizen who wants to obtain a public subsidy to initiate an ecological or social incentive. It can also help patients to accurately follow their medical treatment and react effectively in case of suspected side effects. For all these situations, it is noteworthy that AI transcends simple digitalization of public services. Moving beyond mere machine interactions may be considered as human-machine collaboration.^[6]

While AI offers significant potential to improve public services, its effective and secure implementation is crucial. This necessitates a robust

⁵ Christophe Gaie, Mirosław Karpiuk, Andrea Spaziani, "Cybersecurity in France, Poland and Italy" *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 1 (2025).

⁶ James Wilson, Paul Daugherty, "Collaborative intelligence: Humans and AI are joining forces" *Harvard Business Review*, 4 (2018): 114-123.

cybersecurity framework within the context of e-Administration. As e-Administration relies on ICT systems operating in cyberspace, these systems must be resilient to threats that could disrupt their functioning. Therefore, it appears of the utmost importance to ensure cybersecurity, which will guarantee these services are of an appropriate quality and can be delivered to recipients on time, especially against AI-specific vulnerabilities.^[7] E-Administration operations must meet the appropriate standards to offer protection against cyber threats. Cybersecurity plays a crucial role in ensuring the threat resilience of artificial intelligence systems and in counteracting unauthorised modification or attempts to use such systems for illegal activities.

The objective of cybersecurity is to protect ICT systems against threats that disrupt their functioning.^[8] These systems are widely used by the private sector and public administration alike. In the private sector, cybersecurity has a very high significance for financial entities. Under the Digital Operations Resilience Act (DORA, securing financial entities against threats resulting from the development of ICT systems shall be achieved by establishing uniform requirements for the security of networks and IT systems supporting the business processes of financial entities. The purpose of these requirements is to achieve a high and common level of

⁷ Viacheslav Moskalenko, Viacheslav Kharchenko, Alona Moskalenko, Boris Kuzikov, "Resilience and Resilient Systems of Artificial Intelligence: Taxonomy, Models and Methods" *Algorithms*, 3 (2023): 165. <https://doi.org/10.3390/a16030165>.

⁸ For more information on the notion of cybersecurity, see also Christophe Gaie, Mirosław Karpiuk, "The Provision of e-Services by Public Administration Bodies and Their Cybersecurity", [in:] *Transforming Public Services – Combining Data and Algorithms to Fulfil Citizen's Expectations*, ed. Christophe Gaie, Mayuri Mehta (Cham: Springer, 2024), 183-184; Małgorzata Czuryk, "Cybersecurity and Protection of Critical Infrastructure" *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 5 (2023): 44-45; Zbigniew Nowak, "Agencja Cyberbezpieczeństwa – polska wersja The National Cyber Security Centre, Narodowego Centrum Cyberbezpieczeństwa Wielkiej Brytanii", [in:] *Bezpieczeństwo narodowe Rzeczypospolitej Polskiej. 25 lat członkostwa w NATO*, eds. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, Krzysztof Gawkowski, Zbigniew Nowak, Łukasz Piątkowski, Krzysztof Wąsik (Gliwice: Helion, 2024), 153-154; Mirosław Karpiuk, Jarosław Kostrubiec, "Provincial Governor as a Body Responsible for Combating State Security Threats" *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 1 (2024): 117; Ewa Maria Włodyka, "Cyberbezpieczeństwo sektora publicznego", [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz (Warsaw: ASzWoj, 2024), 64; Sk Tahsin Hossain, Tan Yigitcanlar, Kien Nguyen, Yue Xu, "Cybersecurity in local governments: A systematic review and framework of key challenges" *Urban Governance* No. 1 (2025).

operational digital resilience.^[9] As for the public administration, ICT systems facilitate using artificial intelligence to support carrying out tasks entrusted to it by the legislator. For example, cybersecurity plays a crucial role in facilitating the safe and effective use of AI by public administrations. This includes protecting AI models and training data by safeguarding sensitive information, preventing unauthorised access or manipulation, and ensuring the integrity of the training process. Furthermore, cybersecurity is essential for detecting and mitigating AI-powered threats, such as sophisticated malware and AI-driven phishing attacks, through the use of AI and machine learning techniques.

Ensuring the security of AI systems is also very important to avoid malicious use, notably informational attacks such as propaganda, data manipulation, or deepfakes.^[10] Indeed, as disinformation is one of the specific threats caused by artificial intelligence, the integrity and authenticity of information sources appearing on the web should be protected and verified. Moreover, the indiscriminate use of modern digital tools should be avoided. The public sector should also conduct campaigns against disinformation, as it has an obligation not only to protect information and prevent its leakage, but also to counter the spread of false information, especially that which is of great importance to the state and its security.

2 | The path from e-Government to AI-powered Government

To facilitate the adoption and development of AI-powered government services, the state should be involved in the development of information technologies within the public administration itself, in the domain of its interaction with citizens, and as part of the state's investment in

⁹ Dominik Bierecki, "Zasada proporcjonalności w stosowaniu rozporządzenia w sprawie operacyjnej odporności cyfrowej sektora finansowego (Digital Operations Resilience Act)" *Europejski Przegląd Prawa i Stosunków Międzynarodowych*, No. 3 (2024): 6.

¹⁰ Taís Fernanda Blauth, Oskar Josef Gstrein, Andrej Zwitter, "Artificial Intelligence Crime: An Overview of Malicious Use and Abuse of AI" *IEEE Access*, Vol. X (2022): 77110-77122.

telecommunications infrastructure.^[11] The development of these technologies also affects the functioning of public administration, which must be open to new phenomena, including artificial intelligence. Government services can foster e-Administration development in several ways. One approach is establishing e-Government platforms.^[12] These software infrastructures enable the rapid creation of secure and user-friendly online portals for citizens to access government services. Examples include web portals like gov.uk (UK) and gouv.fr (France), along with open or protected development platforms like GitHub.^[13] In the same vein, governments are also paying close attention to the development of interoperable services like Application Programming Interfaces (APIs) accessible through such portals as <https://open.canada.ca> (Canada), <https://www.api.gov.uk/> (UK), or <https://www.api.gouv.fr> (France).^[14] Indeed, interoperability will facilitate the transition from traditional digital services to innovative services that leverage AI to integrate and analyze multiple sources of information.^[15]

Government initiatives to foster digital literacy programs are crucial for accelerating the emergence and adoption of AI services. By enhancing the digital skills of the population and cultivating a future IT workforce, these programs contribute to a more digitally proficient society. This, in turn, facilitates the development and effective utilization of digital services, as research has shown a strong correlation between higher levels of digital literacy and increased use of e-government services, improved user satisfaction, and greater civic participation.^[16]

¹¹ Dominik Tyrawa, "Krajowy system cyberbezpieczeństwa w świetle nauki prawa administracyjnego. Uwagi wybrane" *International Journal of Legal Studies*, No. 1 (2023): 19.

¹² Qi Min, Min Oi, Junshu Wang, "Using the Internet of Things E-Government Platform to Optimize the Administrative Management Mode" *Wireless Communications and Mobile Computing* (2021).

¹³ Serhiy Shkarlet, Igor Oliychenko, Maksym Dubyna, Maryna Ditkovska, Vladimir Zhovtok, "Comparative analysis of best practices in e-Government implementation and use of this experience by developing countries" *Administrative Management Public*, 34 (2020): 118-136.

¹⁴ Christophe Gaie, "An API-intermediation system to facilitate data circulation for public services: the French case study" *International Journal of Computational Systems Engineering*, 4 (2021): 201. 2

¹⁵ Yueshen Xu, Yinchun Wu, Honghao Gao, Shengli Song, Yuyu Yin, and Xichu Xiao, "Collaborative APIs recommendation for Artificial Intelligence of Things with information fusion" *Future Generation Computer System*, 125, C (2021): 471-479.

¹⁶ Abdulrazaq Kayode Abdulkareem, Kazeem Adebayo Oladimeji, "Cultivating the digital citizen: trust, digital literacy and e-government adoption" *Transforming Government: People, Process and Policy*, No. 2 (2024): 270-286.

Building public trust is crucial for the successful adoption and enhancement of digital government services with artificial intelligence. This requires a strong emphasis on cybersecurity that ensures the optimal functioning of e-Administration and requires observing cybersecurity rules and recommendations. Respecting them allows the safe use of artificial intelligence systems, which must be duly protected against unauthorised interference, thus continuously facilitating the provision of e-services of sufficient quality when using such systems. Addressing cybersecurity within e-government requires a multi-faceted approach. This includes identifying potential threats from various actors, including cybercriminals (often targeting financial gain), adversarial state actors, and terrorist groups (who may seek to spread misinformation or disrupt government services).^[17] Furthermore, it is crucial to identify and mitigate specific attack vectors, such as worms, malware, distributed denial-of-service attacks, ransomware, and zero-day exploits. This can be facilitated by fulfilling the recommendations of the EBIOS method.^[18] Finally, continuous monitoring and vulnerability management are paramount. This involves the constant monitoring of devices, software, and network traffic through dedicated security systems such as Endpoint Detection and Response (EDR) and its evolution, eXtended Detection and Response (XDR), to proactively identify and address security threats.^[19]

The significance of cybersecurity to an information society extends beyond the technical aspects of ICT infrastructure and digital competencies. A holistic approach must also consider the broader security environment and the international landscape.^[20] Given that artificial intelligence is deeply rooted in cyberspace, it can also be analysed (like cyberspace and cybersecurity) from different angles. Just as we must consider the security of the physical infrastructure that supports AI systems, we must

¹⁷ Wasyihun Sema Admass, Yirga Yayeh Munaye, Abebe Abeshu Diro, "Cyber security: State of the art, challenges and future directions" *Cyber Security and Applications*, No. 2 (2024): 100031.

¹⁸ <https://cyber.gouv.fr/publications/ebios-risk-manager-method>.

¹⁹ George Shaji, George Hovan, Thangaraj Baskar, Digvijay Pandey, "XDR: The Evolution of Endpoint Security Solutions – Superior Extensibility and Analytics to Satisfy the Organizational Needs of the Future" *International Journal of Advanced Research in Science, Communication and Technology*, 1 (2021): 493-501.

²⁰ Krzysztof Kaczmarek, Mirosław Karpiuk, Claudio Melchior, "A Holistic Approach to Cybersecurity and Data Protection in the Age of Artificial Intelligence and Big Data" *Prawo i Więź*, No. 3 (2024): 105-106.

also consider the security of the data they process and the potential for AI itself to be used as a weapon.^[21]

The proposed path towards the adoption of AI for e-Government is illustrated in Figure 2 below:

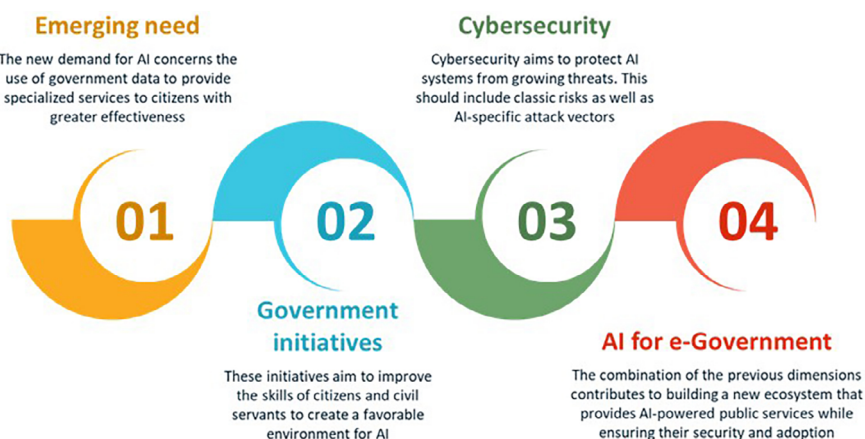


Figure 2: Proposed path towards the adoption of AI for e-Government
(template presentationgo.com, author: Dr. Christophe Gaie)

The aim of this paper is to analyse the possibilities of using artificial intelligence systems in e-government. The basic research method to pursue the set objective is the formal-dogmatic method. It was employed to analyse the legal regulations governing the status of e-Administration, as well as the opportunities for it to use artificial intelligence. The theoretical-legal method was also used to present the views of the doctrine on artificial intelligence and related concepts.

²¹ Muhammad Mudassar Yamin, Mohib Ullah, Habib Ullah, Basel Katt, "Weaponized AI for cyberattacks" *Journal of Information Security and Applications*, Vol. LVII (2021): 102722.

3 | The use of artificial intelligence in e-Administration

3.1. Definition and Scope of Artificial Intelligence and e-Administration

The term “artificial intelligence” covers diverse types of software or hardware components supporting machine learning, computer vision, natural language understanding, generation and processing, as well as robotics. Artificial intelligence enables machines to collect and analyse information about their surroundings and to act to achieve a specific objective. Based on observation and experience, some artificial intelligence systems are capable of adapting their behaviour patterns to their surroundings and acting autonomously.^[22] According to the legal definition, artificial intelligence means a machine system which (1) is designed to operate with varying levels of autonomy once deployed, (2) can display adaptability once deployed, and (3) is capable of inferring (for explicit or implicit purposes) how to generate results that can influence the physical or virtual environment, based on the input data received.^[23]

The field of artificial intelligence provides exciting opportunities and significant challenges. It has great potential to revolutionise the way public services are delivered. Indeed, AI can improve interactivity between citizens and government services, automate various processes for greater efficiency, or propose predictive analytics to facilitate the work of civil servants. As AI tends to replace human processes, it's crucial to address the ethical considerations, ensure transparency, and maintain public trust to ensure the fundamental rights of citizens.

The term “e-Administration” (or e-Government) refers to the “use of ICTs to more effectively and efficiently deliver government services to citizens

²² Krzysztof Kaczmarek, „Sztuczna inteligencja”, [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz (Warsaw: ASzWoj, 2024), 251-252.

²³ Article 3 (1) of the Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) 2024/1689 of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act)) (OJ EU L 2024/1689).

and businesses”, as defined by the United Nations.^[24] It covers a wide range of activities, from providing online access to information and services, such as applying for a driver’s license or paying taxes, to using technology to improve internal government operations, such as data analysis for policy-making and digital communication within government agencies.

As described in the authors’ previous work,^[25] e-Administration modernizes government by streamlining processes, improving service delivery, and increasing citizen engagement. It focuses on online access to information and services, mobile accessibility, open data, and digital inclusion. Successful implementation requires strong strategies, robust infrastructure, human resource development, and collaboration. Benefits include improved service delivery, increased transparency and accountability, enhanced citizen participation, and economic growth.

3.2. Accelerating the growth of e-Administration with Artificial Intelligence

E-Administration uses information technology in the performance of the state’s administration tasks. In a narrow sense, this is an electronic information system, a set of administrative services and processes offered by the public administration. In a broader sense, attention is drawn to the trend of adopting innovative approaches to public policy-making. The notion of e-Administration should be combined with notions such as standardisation, digitisation and computerisation on the one hand and the increasing attention to cybersecurity issues in the public sector on the other. The aim is to optimise state management processes and to serve citizens.^[26] E-Administration is an organisation that should be knowledge-based and

²⁴ UN. (2023). Overview of e-Government. United Nations. <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Overview>.

²⁵ Christophe Gaie, Mayuri Mehta, “Digital Transformation of Public Services: Introduction, Current Trends and Future Directions”, [in:] *Transforming Public Services – Combining Data and Algorithms to Fulfil Citizen’s Expectations*, ed. Christophe Gaie, Mayuri Mehta (Cham: Springer, 2024), 175-188.

²⁶ Ewa Maria Włodyka, „E-administracja”, [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz (Warszawa: ASzWoj, 2024), 118; See also Kaisu Sahamies, Olga Welinder, „Orchestrating Sustainability: Government Platforms for Material Circulation” *Administration and Society*, No. 1 (2025): 101.

should use ICT systems to carry out public tasks. In addition, it should be innovative and thus open to new technologies, with employees displaying a high level of digital competencies.

The mission of public sector institutions is to effectively address society's needs. They increasingly perform the tasks assigned to them using ICT systems, which both improve the performance of public tasks and allow them to reduce their costs or reach a wider audience in a relatively short period. The public sector is a factor stimulating the process of providing social services, as well as enforcing specific behaviours of the participants in the process.^[27] The provision of public e-services can be supported by artificial intelligence, which should contribute to their optimisation in terms of quality, availability and time of service provision.

Following a sustained period of digital service adoption, it is now crucial to ensure that public services are easily accessible to low-skilled citizens. Artificial intelligence can significantly assist by identifying poorly formulated requests and suggesting corrections, enabling citizens to achieve their goals with minimal effort. Furthermore, AI can proactively suggest actions to ensure legal compliance and optimize citizens' behaviour.^[28] For instance, it may alert them to a significant change in income between consecutive years, which may indicate a potential fraud risk. Additionally, AI can automate the preparation of grant subsidy claims, streamlining processes such as those involved in recognizing a new child.

A key dimension for implementing AI in public services relies on the new potential for improvement for civil servants. Indeed, the introduction of AI in their daily work enables them to benefit from new abilities that optimize their activity. Among the infinite possibilities of application, there are basic usages such as speech-to-text, language translation, redacting meeting minutes, proposing answers to citizens' questions, etc. AI can also provide support for more complex tasks such as identifying potential frauds, optimizing healthcare resource allocation, optimizing agriculture subsidy distribution, detecting cybersecurity attacks, etc.

²⁷ Mirosław Karpiuk, Claudio Melchior, Urszula Soler, "Cybersecurity Management in the Public Service Sector" *Prawo i Więź*, No. 4 (2023): 8.

²⁸ Samuel Dike, "The Role of Artificial Intelligence and Research in Promoting Taxpayer Base and Behaviour" *The International Journal of Social Sciences and Humanities Invention*, No. 11 (2020).

3.3. Implementing AI in e-Administration: Policy, Legislation and Challenges

3.3.1. Defining a policy for implementing AI-powered public services

The policy on artificial intelligence assumes that the solutions adopted in this field are expected to improve the efficiency of government and local government administration, and the continuous expansion of technical capabilities makes process automation increasingly attractive for public administration. Thanks to advances in artificial intelligence, processes that a few years ago had to be carried out by many civil servants can today be at least partially automated. However, it should be emphasised that the task of this administration should be to set standards for the implementation of artificial intelligence solutions, in particular, to ensure respect for ethics, protect citizens' rights and improve the quality of public services offered.^[29] In the case of the implementation of artificial intelligence tools, it must, therefore, be ensured, *inter alia*, that human freedoms and rights are adequately protected. Restrictions on the exercise of constitutional freedoms and rights must not lead to a violation of human dignity. Drastic restrictions that will be disproportionate to the objective to be achieved through them may lead to a violation of human dignity, with each case of restriction of individual freedoms and rights to be treated on a case-by-case basis, taking into account the circumstances in each case.^[30]

Poland's policy for the development of artificial intelligence has the following objectives: 1) to effectively coordinate all activities related to developing the Polish artificial intelligence system; 2) to establish rules of transparency, auditing and accountability for the use of algorithms by public administration, which includes introducing mandatory self-assessment defining the problem and sharing responsibility for the system's operation, potential errors and undertaken remedial measures, and to develop a model explanation of decisions taken with the support of artificial intelligence

²⁹ *Polityka dla rozwoju sztucznej inteligencji w Polsce od roku 2020* (Warsaw: KPRM, 2020), 67.

³⁰ Małgorzata Czuryk, "Restrictions on the Exercising of Human and Civil Rights and Freedoms Due to Cybersecurity Issues" *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 3 (2022): 32. See also: Jarosław Kostrubiec, *Sztuczna inteligencja a prawa i wolności człowieka* (Warsaw: IWS, 2021): 21; Małgorzata Czuryk, "Dopuszczalne różnicowanie sytuacji pracowników ze względu na religię, wyznanie lub światopogląd" *Studia z Prawa Wyznaniowego*, No. 27 (2024): 158.

and the possibility of appealing against such decisions, in particular if they directly influence individual rights and freedoms; 3) to increase the state's capacity to use artificial intelligence in case of emergency, in order to project risks and support decision-making, as well as in situations requiring intervention or support from public administration (central and local); 4) to use solutions specific to artificial intelligence for the continuous monitoring and improvement of the natural environment; 5) to use the potential of artificial intelligence in the medical sphere to improve the health of citizens, taking into consideration the issues of privacy and personal data protection; and 6) to increase the procurement of artificial intelligence systems in the public sector, including the procurement by government administration, self-government bodies, state-owned companies and municipal companies of local government units.^[31]

In the case of using artificial intelligence systems by e-Administration, it must have suitably qualified staff who, on the one hand, know how to use such tools and, on the other, know how to do so safely without causing threats to the institution they represent, to themselves or to the persons using the services provided using artificial intelligence.

3.3.2. Complying with European regulations for the implementation of AI in public administrations

The EU legislator, in Article 4 of the Artificial Intelligence Act, makes it clear that entities using artificial intelligence systems are required to take measures to ensure, as far as possible, an adequate level of artificial intelligence competencies among their staff and other persons involved in operating and using such systems on their behalf. In doing so, the technical knowledge, experience, education or training of such staff and persons should be taken into account, as well as the application context and people (or groups of people) concerning whom these artificial intelligence systems are planned to be used. The principle of article 4 of the Artificial Intelligence Act should be considered while applying all kinds of duties of this regulation. This is a meta-norm that is an implementation in the Artificial

³¹ *Polityka dla rozwoju sztucznej inteligencji w Polsce od roku 2020* (Warsaw: KPRM, 2020), 69-71.

Intelligence Act of the principle of proportionality manifested in Article 5, Paragraph 4 of the Treaty on European Union.^[32]

For high-risk artificial intelligence systems, the legislature requires the implementation of a risk management system. A risk management system, as defined in Article 9 (2) of the Artificial Intelligence Act, is understood as a continuous and recurrent process, both planned and implemented throughout the life cycle of a high-risk artificial intelligence system, requiring regular reviews and updating. Typically, the following variants of handling risks are distinguished: 1) acceptance, 2) reduction, 3) retention, 4) sharing, 5) avoidance, and 6) transfer. The final stage of the risk management process should be to verify the effectiveness of solutions implemented in this regard.^[33] In the case of high-risk management systems, human oversight should be assured. Those systems should be designed and developed in such a way, including with appropriate human-machine interface tools, that they can be effectively overseen by natural persons during the period in which they are in use. Again, the principle of proportionality manifest itself in the article 14 paragraph 3 of the Artificial Intelligence Act. According to the provision of this article, the oversight measures shall be commensurate with the risks, level of autonomy and the context of use of the high-risk AI system.

Article 5 (1) of the Artificial Intelligence Act prohibits the marketing, commissioning or use of an artificial intelligence system that employs subliminal techniques which are beyond the person's awareness or deliberate manipulative or deceptive techniques which have the purpose or effect of significantly altering the behaviour of a person (or group of people) by materially impairing their ability to make informed decisions that are likely to cause serious harm. Such practices cannot be used by e-Administration.

³² On the principle of proportionality in the EU law see: Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności jako podstawa oceny legalności ograniczeń swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej* (Toruń: Wydawnictwo Naukowe UMK: 2020), 77-84.

³³ Filip Radoniewicz, "Zarządzanie ryzykiem", [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz (Warsaw: ASzWoj, 2024), 293.

3.3.3. Identifying and addressing the challenges for the implementation of AI in public administrations

The successful implementation of AI in e-Administration necessitates careful consideration of several limitations and challenges. These includes preventing bias, ensuring a high level of data diversity and quality, utilizing fair AI algorithms, guaranteeing human oversight, and fulfilling ethical considerations.



Figure 3: Five challenges to implement Artificial Intelligence to achieve e-Administration (template presentationgo.com, author: Dr. Christophe Gaie)

As a matter of fact, the introduction of AI in public services may create biases that engender prejudice against certain individuals or groups. This can manifest in various ways, such as lower recruitment prospects, a higher probability of police control, erroneous ethnic assumptions in medical treatment, and other discriminatory outcomes.

AI biases can arise from various factors. One significant contributor is the limitations of the datasets used to train these systems. For example, if a dataset underrepresents certain groups, like women in leadership positions, the AI may learn and perpetuate these existing biases^[34]. This can

³⁴ Erini Ntoutsis, Pavlos Fafalios, et al. Bias in data-driven artificial intelligence systems – An introductory survey. *WIREs Data Mining Knowl Discov.* 2020; 10:e1356. <https://doi.org/10.1002/widm.1356>.

lead to discriminatory outcomes in areas like recruitment, where the AI might unfairly favour male candidates. Another example of potential bias stems from energy policies that tend to maintain high levels of subsidies for industrial services while neglecting the promotion of renewable energies.

Algorithms used by AI systems are also a significant source of bias. These algorithms may rely heavily on general statistical trends while insufficiently considering the unique circumstances of individual cases. For example, algorithms might overestimate the likelihood of a criminal re-offending^[35] by failing to adequately account for crucial reintegration factors such as securing employment, raising children, diligently adhering to therapy, or complying with electronic monitoring. Another concerning example involves AI systems used to enhance education.^[36] In lower-income communities, the algorithm might suggest overly simplistic exercises for high-achieving students, potentially hindering their intellectual growth and contributing to social disadvantage. In this scenario, AI could inadvertently exacerbate existing disparities rather than mitigate them.

To ensure the adequate usage of AI systems, the literature emphasizes the importance of developing and employing fair algorithms. These computational programs should adhere to stringent requirements in terms of transparency, explainability, and mitigation of discrimination risks. For example, determining eligibility for a social welfare program like housing assistance should rely on a transparent decision-making process with clear criteria such as income, family size, and employment history being explicitly weighted. Over-reliance on a single criterion can create a feedback loop and potentially exacerbate existing biases.^[37] Moreover, the steps of the decision-making process should be explainable so that a citizen can understand the reasons for the denial of their request and has the possibility to obtain a human review to guarantee a fair examination of their situation. Finally, the algorithm should be rigorously tested to ensure that it does not disproportionately favor applicants with certain characteristics, such as those from specific neighborhoods or with certain ethnic backgrounds.

³⁵ Heeket Mehta, Shanay Shah, Neil Patel, Pratik Kanani, "Classification of criminal recidivism using machine learning techniques" *International Journal of Advanced Science and Technology*, No. 4 (2020): 5110-5122.

³⁶ Ryan Baker, Aaron Hawn, "Algorithmic Bias in Education" *International Journal of Artificial Intelligence in Education*, 32 (2022): 1052-1092.

³⁷ Bo Cowgill, Catherine Tucker, "Economics, fairness and algorithmic bias" *Journal of Economic Perspectives*, (2019).

A very important dimension to provide trust in AI is the guarantee of human oversight in the decision process so that control is ensured throughout the process. To this end, it is recommended to establish human-in-the-loop systems. This is achieved by incorporating human oversight and intervention mechanisms at different stages of the process to review and correct potentially erroneous decisions made by AI systems.^[38] For example, the detection of a cybersecurity threat should be reviewed by a cyber specialist to avoid automatic blockage of flows that could paralyze the IT system in case of error.

While human oversight is essential to reduce bias and ensure responsible use of AI in public services, implementing it comes with its own hurdles. We need to carefully consider factors like cost, expertise needed, and potential delays in decision-making. Assigning oversight roles requires finding qualified people who understand both the specific AI system and the area it's used in (e.g., healthcare, social services). Additionally, adding human review processes can make things more complex and potentially slow down decision-making. Establishing the right balance between human oversight and efficiency is key to maximizing the benefits of AI in government.^[39]

To address these challenges, establishing clear procedures can help make human oversight more effective.^[40] These procedures should respect human judgment (discretion), ensure fairness (proportionality), and consider the non-technical impacts of decisions. This awareness ensures that human intervention adds clear value by safeguarding the organization's strategic goals. For example, an AI system might suggest a specific aggressive treatment plan based on a patient's risk profile. However, the physician should review this recommendation, considering the patient's age, overall health, and personal preferences. This ensures that the treatment plan aligns with the patient's individual needs and values, and does not unnecessarily disrupt their quality of life.

A major concern for the adoption of AI in the context of e-government is the fulfilment of ethical considerations. As discussed previously, the

³⁸ Rohani Rohan, Suree Funilkul, Debajyoti Pal and Himanshu Thapliyal, "Humans in the Loop: Cybersecurity Aspects in the Consumer IoT Context" *IEEE Consumer Electronics Magazine*, No. 4 (2022): 78-84.

³⁹ Madalina Busuioc, "Accountable Artificial Intelligence: Holding Algorithms to Account" *Public Administration Review*, 81 (2021): 825-836.

⁴⁰ Riikka Koulu, "Proceduralizing control and discretion: Human oversight in artificial intelligence policy" *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 6 (2020): 720-735.

transparency and explainability are crucial to provide citizens with access to information about the data and algorithms used in AI systems as well as the saving of their own queries. Indeed, the use of AI systems in government raises important privacy concerns as governments need to ensure that AI systems are designed and used in a way that protects the privacy of citizens^[41]. This may involve developing data minimization techniques and strong data security measures.

Ensuring ethical considerations are respected requires clearly defined lines of accountability for developing and deploying AI systems in government. This means that everyone involved understands who is responsible for ensuring the ethical and responsible use of AI. Accountability is particularly important in the public sector, where AI algorithms are increasingly used for high-stakes decisions. Interesting proposals include requiring greater transparency from AI developers. This could involve requiring developers to disclose how their algorithms work and how the data they are trained on. Additionally, developing new standards for algorithmic fairness could help ensure that AI algorithms are not biased against certain groups of people.

Furthermore, considering the potential social, economic, and environmental impacts of AI systems is crucial. Implementing AI in public systems and adapting to new possibilities for faster, higher-quality work can be challenging for some civil servants. Citizens, too, should be reassured about the technology's mastery, ethical use, and the ability to explain decisions, hold actors accountable, maintain human oversight, and avoid bias. For instance, France has defined a comprehensive AI strategy to achieve these goals^[42] and promotes experimentation to reach them. For example, France's current experiment with Albert, an open source solution developed entirely in-house, guarantees the French administration total control over the data exchanged and strengthens the country's digital sovereignty.^[43]

In the case of artificial intelligence, there are a large number of tools that can be used to have both positive and negative effects on society.

⁴¹ Omar Saeed Al-Mushayt, "Automating E-Government Services With Artificial Intelligence" *IEEE Access*, Vol. VII (2019): 146821-146829.

⁴² French Artificial Intelligence Commission. (2024). *AI: Our Ambition For France*. <https://www.info.gouv.fr/upload/media/content/0001/10/54eefd62c084d-66c373a8db1eefaedd88a21b010.pdf>.

⁴³ Émeline Cirou, "Say hello to Albert! The new AI in French public services" *Blog Economie Numérique*, 2024. <https://blog.economie-numerique.net/2024/05/06/say-hello-to-albert-the-new-ai-in-french-public-service/>.

Considering the risks, the main drawback of artificial intelligence is that it can be used to conduct an effective disinformation process. This is because artificial intelligence can manipulate the public, including through fake news and information noise.^[44]

A public entity is obliged to use only those ICT systems which meet the relevant requirements and ensure their interoperability for the performance of public tasks.^[45] ICT systems used by entities fulfilling public tasks are designed, implemented and operated by taking into consideration their functionality, reliability, usability or efficiency, as well as by applying the appropriate norms and professionally recognised standards and methodologies.^[46] Only such systems will allow e-Administration to properly use artificial intelligence in the public domain.

4 | Conclusion

Artificial intelligence is a tool most readily used in information society, which is defined as a technologically advanced society where national income is based on information processing, which is the source of maintenance for

⁴⁴ Tomasz Gergelewicz, “Bipolarity of Artificial Intelligence – Chances and Threats” *Ius et Securitas* No. 2 (2024). For more details on disinformation, see also Justyna Olędzka, „Zjawisko dezinformacji jako źródło zagrożeń bezpieczeństwa państwa – zarys problematyki”, [in:] *Współczesne zagrożenia bezpieczeństwa*, ed. Adam Jeloniek (Warsaw: ASzWoj, 2024); Tomasz Gergelewicz, *Informacja sygnałna. Katalog obszarów działań antydezinformacyjnych* (Warsaw: ASzWoj, 2023); Krzysztof Kaczmarek, “Dezinformacja jako czynnik ryzyka w sytuacjach kryzysowych” *Rocznik Nauk Społecznych* No. 2 (2023); Piotr Dzikowski, „Propaganda, plotka, dezinformacja – czy to działa tylko na zewnątrz organizacji?”, [in:] *Zagrożenia wewnętrzne bezpieczeństwa zasobów informacyjnych w organizacji*, ed. Paweł Dziuba (Warsaw: WAT, 2023); Maciej Ciesielski, „Disinformation in Cyberspace. Introduction to Discussion on Criminalisation Possibilities” *Cybersecurity and Law*, No. 1 (2024).

⁴⁵ Article 13 (1) of the Act of 17 February 2005 on Computerisation of the Activities of Entities Carrying out Public Tasks (consolidated text, *Journal of Laws* of 2024, item 1557 as amended).

⁴⁶ § 15 (1) of the Regulation of the Council of Ministers of 21 May 2024 on the National Interoperability Framework, minimum requirements for public registers and the exchange of information in electronic form and minimum requirements for information and communication systems (*Journal of Laws* of 2024, item 773).

the majority of its members.^[47] The successful implementation of AI in e-Administration requires addressing several challenges. As described in this article, these include mitigating bias in AI algorithms, ensuring data quality and diversity, and establishing clear lines of accountability. Moreover, human oversight remains crucial throughout the decision-making process to guarantee fairness and responsible use of AI.

In the era of information society and the digital state, where universal access to electronic services is taken for granted, cybersecurity becomes particularly important, as it not only enables uninterrupted social communication but allows strategic sectors of the economy to function properly. As cybersecurity offers protection against threats, it also ensures the appropriate operation of the state as a public entity at many levels.^[48]

Disruptions in cyberspace can have a negative impact on society as well as on the functioning of the state, which has to ensure an appropriate quality of its services, including those of strategic importance. Given the need to adequately secure such services and to ensure their continuity and availability, it is necessary to take measures to secure them.^[49]

To use AI tools effectively, digital literacy needs to be enhanced, both in society and in public administration, which should use AI to perform public tasks. In addition, public administration must be open to cooperation with the private sector, which is more responsive to changes in new technologies, with the scientific sector and with social organisations representing potential recipients of public e-services.

Attention should also be paid to the legal and ethical context of artificial intelligence. It is particularly important to protect personal data and intellectual property, to recognise responsibility for the damage caused by artificial intelligence systems (whether by the developers, operators or end users) or to safeguard legally protected secrets. Appropriate ethical standards must also be observed when using artificial intelligence tools, and attention must be paid to human and civil freedoms and rights – in particular, to human dignity. In addition, the international or technical context of artificial intelligence must not be underestimated. International

⁴⁷ Filip Radoniewicz, "Społeczeństwo informacyjne", [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz (Warsaw: ASzWoj, 2024), 234.

⁴⁸ Mirosław Karpiuk, "The Legal Status of Digital Service Providers in the Sphere of Cybersecurity" *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 2 (2023): 190.

⁴⁹ Mirosław Karpiuk, "Recognising an Entity as an Operator of Essential Services and Providing Cybersecurity at the National Level" *Prawo i Więź*, No. 4 (2022): 167-168.

legal solutions must consider the global aspect of artificial intelligence and protect the international community against the negative consequences of abusing artificial intelligence. International cooperation focused on implementing and assessing artificial intelligence systems and exchanging experience in this field is also important. At the same time, it is essential to prevent unauthorised restriction of access to artificial intelligence – whether countrywide, EU-wide or globally – and to promote fair market competition in new technologies, including artificial intelligence systems. Finally, the technically safe use of artificial intelligence systems should be promoted or even required, on condition that these systems are immune to disruptive threats, to ensure compliance with the relevant technical standards.

The risk of the emerging threats associated with artificial intelligence relates to both the design of such systems and their use. Due diligence must be exercised at both these stages to minimise threats as much as possible. Future research should focus on developing practical guidelines and best practices for reinforcing security in AI systems, a crucial element for the successful development of e-Administration. This approach will facilitate the creation and adoption of AI in e-Administration, leading to more equitable and efficient public services.

Bibliography

- Abdulkareem Abdulrazaq Kayode, Kazeem Adebayo Oladimeji, “Cultivating the digital citizen: trust, digital literacy and e-government adoption” *Transforming Government: People, Process and Policy*, No. 2 (2024): 270-286. <https://doi.org/10.1108/TG-11-2023-0196>.
- Admass Wasyihun Sema, Yirga Yayeh Munaye, Abebe Abeshu Diro, “Cyber security: State of the art, challenges and future directions” *Cyber Security and Applications*, No. 2 (2024): 100031. <https://doi.org/10.1016/j.csa.2023.100031>.
- Al-Mushayt Omar Saeed, “Automating E-Government Services With Artificial Intelligence” *IEEE Access*, Vol. VII (2019): 146821-146829. doi: 10.1109/ACCESS.2019.2946204.
- Baker Ryan, Aaron Hawn, “Algorithmic Bias in Education” *International Journal of Artificial Intelligence in Education*, 32 (2022): 1052-1092. <https://doi.org/10.1007/s40593-021-00285-9>.

- Bierecki Dominik, "Zasada proporcjonalności w stosowaniu rozporządzenia w sprawie operacyjnej odporności cyfrowej sektora finansowego (Digital Operations Resilience Act)" *Europejski Przegląd Prawa i Stosunków Międzynarodowych*, No. 3 (2024): 5-13. <https://doi.org/10.52097/eppism.9272>.
- Blandin Adam, Alexander Bick, David Deming, *The Rapid Adoption of Generative AI*, 18 September 2024. <https://ssrn.com/abstract=4965142>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4965142>.
- Blauth Taís Fernanda, Oskar Josef Gstrein, Andrej Zwitter, "Artificial Intelligence Crime: An Overview of Malicious Use and Abuse of AI" *IEEE Access*, Vol. 10 (2022): 77110-77122. doi: 10.1109/ACCESS.2022.3191790.
- Busuioc Madalina, "Accountable Artificial Intelligence: Holding Algorithms to Account" *Public Administration Review*, 81 (2021): 825-836. <https://doi.org/10.1111/puar.13293>.
- Ciesielski Maciej, "Disinformation in Cyberspace. Introduction to Discussion on Criminalisation Possibilities" *Cybersecurity and Law*, No. 1 (2024): 185-199.
- Cowgill Bo, Catherine Tucker, "Economics, fairness and algorithmic bias" *Journal of Economic Perspectives*, (2019).
- Czuryk Małgorzata, "Cybersecurity and Protection of Critical Infrastructure" *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 5 (2023): 43-52.
- Czuryk Małgorzata, "Dopuszczalne różnicowanie sytuacji pracowników ze względu na religię, wyznanie lub światopogląd" *Studia z Prawa Wyznaniowego*, No. 27 (2024): 151-163.
- Czuryk Małgorzata, "Restrictions on the Exercising of Human and Civil Rights and Freedoms Due to Cybersecurity Issues" *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 3 (2022): 31-43.
- Dike Samuel, "The Role of Artificial Intelligence and Research in Promoting Taxpayer Base and Behaviour" *The International Journal of Social Sciences and Humanities Invention*, No. 11 (2020). <http://dx.doi.org/10.21107/infestasi.v20i1.25002>.
- Dzikowski Piotr, „Propaganda, plotka, dezinformacja – czy to działa tylko na zewnątrz organizacji?”, [in:] *Zagrożenia wewnętrzne bezpieczeństwa zasobów informacyjnych w organizacji*, ed. Paweł Dziuba. 9-25. Warsaw: WAT, 2023.
- Émeline Cirou, "Say hello to Albert! The new AI in French public services" *Blog Economie Numérique*, 2024. <https://blog.economie-numerique.net/2024/05/06/say-hello-to-albert-the-new-ai-in-french-public-service/>.
- Gaie Christophe, "An API-intermediation system to facilitate data circulation for public services: the French case study" *International Journal of Computational Systems Engineering*, 4 (2011): 201. <https://doi.org/10.1504/ijcsyse.2021.120292>.
- Gaie Christophe, Mirosław Karpiuk, "The Provision of e-Services by Public Administration Bodies and Their Cybersecurity", [in:] *Transforming Public*

- Services – Combining Data and Algorithms to Fulfil Citizen's Expectations, ed. Christophe Gaie, Mayuri Mehta. 175-188. Cham: Springer, 2024.
- Gaie Christophe, Mirosław Karpiuk, Andrea Spaziani, "Cybersecurity in France, Poland and Italy" *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 1 (2025).
- Gaie Christophe, Mayuri Mehta, "Digital Transformation of Public Services: Introduction, Current Trends and Future Directions", [in:] *Transforming Public Services – Combining Data and Algorithms to Fulfil Citizen's Expectations*, ed. Christophe Gaie, Mayuri Mehta. 175-188. Cham: Springer, 2024. https://doi.org/10.1007/978-3-031-55575-6_1.
- Gergelewicz Tomasz, "Bipolarity of Artificial Intelligence – Chances and Threats" *Ius et Securitas*, No. 2 (2024).
- Gergelewicz Tomasz, Informacja sygnałna. Katalog obszarów działań antydezinformacyjnych (Warsaw: ASzWoj, 2023).
- Hoffmann Christian Hugo, "Is AI intelligent? An assessment of artificial intelligence, 70 years after Turing" *Technology in Society*, Vol. LXVIII (2022): 101893, <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2022.101893>.
- Hossain Sk Tahsin, Tan Yigitcanlar, Kien Nguyen, Yue Xu, „Cybersecurity in local governments: A systematic review and framework of key challenges” *Urban Governance*, No. 1 (2025).
- Kaczmarek Krzysztof, „Dezinformacja jako czynnik ryzyka w sytuacjach kryzysowych” *Rocznik Nauk Społecznych*, No. 2 (2023): 19-30.
- Kaczmarek Krzysztof, „Sztuczna inteligencja”, [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz. 250-252. Warsaw: ASzWoj, 2024.
- Kaczmarek Krzysztof, Mirosław Karpiuk, Claudio Melchior, "A Holistic Approach to Cybersecurity and Data Protection in the Age of Artificial Intelligence and Big Data" *Prawo i Więź*, No. 3 (2024): 103-121.
- Karpiuk Mirosław, „Recognising an Entity as an Operator of Essential Services and Providing Cybersecurity at the National Level” *Prawo i Więź*, No. 4 (2022): 166-179.
- Karpiuk Mirosław, „The Legal Status of Digital Service Providers in the Sphere of Cybersecurity” *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 2 (2023): 189-201.
- Karpiuk Mirosław, Claudio Melchior, Urszula Soler, "Cybersecurity Management in the Public Service Sector" *Prawo i Więź*, No. 4 (2023): 7-27.
- Karpiuk Mirosław, Jarosław Kostrubiec, "Provincial Governor as a Body Responsible for Combating State Security Threats" *Studia Iuridica Lublinensia*, No. 1 (2024): 107-122.
- Kostrubiec Jarosław, *Sztuczna inteligencja a prawa i wolności człowieka*. Warsaw: IWS, 2021.

- Koulu Riikka, "Proceduralizing control and discretion: Human oversight in artificial intelligence policy" *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 6 (2020): 720-735. <https://doi.org/10.1177/1023263X20978649>.
- Liu Yan, He Wang, *Who on Earth Is Using Generative AI?*. Washington, DC: World Bank, 2024. <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/9a202d4b-c765-4a85-8eda-add8c96df40a/content>.
- Maliszewska-Nienartowicz Justyna, *Zasada proporcjonalności jako podstawa oceny legalności ograniczeń swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe UMK: 2020.
- Mehta Heeket, Shanay Shah, Neil Patel, Patrik Kanani, "Classification of criminal recidivism using machine learning techniques" *International Journal of Advanced Science and Technology*, No. 4 (2020): 5110-5122.
- Min Oi, Junshu Wang, "Using the Internet of Things E-Government Platform to Optimize the Administrative Management Mode" *Wireless Communications and Mobile Computing* (2021). <https://doi.org/10.1155/2021/2224957>.
- Moskalenko Viacheslav, Viacheslav Kharchenko, Alona Moskalenko, Boris Kuzikov, "Resilience and Resilient Systems of Artificial Intelligence: Taxonomy, Models and Methods" *Algorithms*, 3 (2023): 165. <https://doi.org/10.3390/a16030165>.
- Nowak Zbigniew, "Agencja Cyberbezpieczeństwa – polska wersja The National Cyber Security Centre, Narodowego Centrum Cyberbezpieczeństwa Wielkiej Brytanii", [in:] *Bezpieczeństwo narodowe Rzeczypospolitej Polskiej. 25 lat członkostwa w NATO*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, Krzysztof Gawkowski, Zbigniew Nowak, Łukasz Piątkowski, Krzysztof Wąsik. Gliwice: Helion, 2024.
- Ntoutsis Erini, Pavlos Fafalios, et al. "Bias in data-driven artificial intelligence systems – An introductory survey" *WIREs Data Mining and Knowledge Discovery*, (2020). <https://doi.org/10.1002/widm.1356>.
- Olędzka Justyna, „Zjawisko dezinformacji jako źródło zagrożeń bezpieczeństwa państwa – zarys problematyki”, [in:] *Współczesne zagrożenia bezpieczeństwa*, ed. Adam Jelonek. 109-118. Warsaw: ASzWoj, 2024.
- Radoniewicz Filip, "Społeczeństwo informacyjne", [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz. 233-234. Warsaw: ASzWoj, 2024.
- Radoniewicz Filip, "Zarządzanie ryzykiem", [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz. 290-293. Warsaw: ASzWoj, 2024.
- Rohan Rohani, Suree Funilkul, Debajyoti Pal, Himanshu Thapliyal, "Humans in the Loop: Cybersecurity Aspects in the Consumer IoT Context" *IEEE Consumer Electronics Magazine*, No. 4 (2022): 78-84. doi: 10.1109/MCE.2021.3095385.
- Sahamies Kaisu, Olga Welinder, "Orchestrating Sustainability: Government Platforms for Material Circulation" *Administration and Society*, No. 1 (2025): 100-128.

- Shaji George, George Hovan, Thangaraj Baskar, Digvijay Pandey, "XDR: The Evolution of Endpoint Security Solutions – Superior Extensibility and Analytics to Satisfy the Organizational Needs of the Future" *International Journal of Advanced Research in Science, Communication and Technology*, 1 (2021): 493-501. <https://doi.org/10.5281/zenodo.7028219>.
- Shkarlet Serhiy, Igor Oliychenko, Maksym Dubyna, Maryna Ditkovska, Vladimir Zhovtok, "Comparative analysis of best practices in e-Government implementation and use of this experience by developing countries" *Administratie si Management Public*, 34 (2020): 118-136. doi: 10.24818/amp/2020.34-07.
- Turing Alan, "Computing machinery and intelligence" *Mind*, 59 (1950): 433-460.
- Tyrawa Dominik, "Krajowy system cyberbezpieczeństwa w świetle nauki prawa administracyjnego. Uwagi wybrane" *International Journal of Legal Studies*, No. 1 (2023): 13-30.
- Wilson James, Paul Daugherty, "Collaborative intelligence: Humans and AI are joining forces" *Harvard Business Review*, 4 (2018): 114-123.
- Włodyka Ewa Maria, "Cyberbezpieczeństwo sektora publicznego", [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz. 64-67. Warsaw: ASzWoj, 2024.
- Włodyka Ewa Maria, „E-administracja”, [in:] *Leksykon cyberbezpieczeństwa*, ed. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz. 112-119. Warszawa: ASzWoj, 2024.
- Xu Yueshen, Yinchun Wu, Honghao Gao, Shengli Song, Yuyu Yin, Xichu Xiao, "Collaborative APIs recommendation for Artificial Intelligence of Things with information fusion" *Future Generation Computer System*, 125, C (2021): 471-479. <https://doi.org/10.1016/j.future.2021.07.004>.
- Yamin Muhammad Mudassar, Mohib Ullah, Habib Ullah, Basel Katt, "Weaponized AI for cyber attacks" *Journal of Information Security and Applications*, Vol. LVII (2021): 102722. <https://doi.org/10.1016/j.jisa.2020.102722>.



Analiza ryzyka dokonywana na podstawie konwencji ramowej Rady Europy o sztucznej inteligencji na przykładzie zastosowań w sektorze prawnym

Risk Assessment on the Basis of the Council of Europe Framework Convention on AI: the Example of Uses in the Field of Law

Abstract

The development of AI poses both opportunities and threats to human rights, democracy and the rule of law. In response to these challenges, the Council of Europe drafted the Framework Convention on Artificial Intelligence to establish a general legal framework for the use of AI. The Convention's main principles include the requirement for risk assessment, the introduction of security measures, and liability for harm caused by AI. In the context of the legal sector, AI is being used, among other things, to analyze legal documents, automate routine tasks, predict the outcome of court cases, and create legal aid systems. However, the use of AI in the law raises challenges, such as the risk of bias, discrimination, invasion of privacy, and threats to the right to a fair trial. The AI Framework Convention emphasizes the need for compliance with human rights, as well as protection against the undesirable consequences of using AI in the administration of justice. HUDERIA (Human Rights, Democracy and Rule of Law Impact Assessment) is the Council of Europe's proposed "tool" for assessing the impact of AI on human rights, democracy and the rule of law, which plays a key role in ensuring AI's compliance with fundamental principles of justice.

ZBIGNIEW WIĘCKOWSKI – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, ORCID – 0000-0001-7753-3743,
e-mail: z.wieckowski@uksw.edu.pl

MAREK ŚWIERCZYŃSKI – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie,
ORCID – 0000-0002-4079-0487, e-mail: m.swierczynski@uksw.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: Sztuczna inteligencja (AI), Konwencja ramowa o sztucznej inteligencji, Prawa człowieka, Ocena ryzyka, HUDERIA

KEYWORDS: Artificial intelligence (AI), Framework Convention on Artificial Intelligence, Human rights, Risk assessment, HUDERIA

1 | Wstęp

Rozwój sztucznej inteligencji (AI) niesie ze sobą zarówno ogromne możliwości, jak i potencjalne zagrożenia dla praw człowieka, demokracji i praworządności^[1]. W odpowiedzi na te wyzwania Rada Europy opracowała Konwencję ramową o sztucznej inteligencji, która ma na celu ustanowienie ogólnych ram prawnych dla stosowania rozwiązań z zakresu AI^[2]. Konwencja ta została otwarta do podpisu w Wilnie we wrześniu 2024 r.^[3]. Do chwili sporządzenia niniejszego opracowania podpisały ją m.in. UE oraz USA. Przewidujemy, że po zakończeniu procesu ratyfikacji konwencji w wystarczającej liczbie państw, konwencja zacznie obowiązywać w 2026 r.

W niniejszym pracowniu analizujemy podejście do oceny ryzyka przyjęte w Konwencji ramowej AI ze szczególnym uwzględnieniem zastosowań AI w sektorze prawnym.

Konwencja ramowa AI ma na celu zapewnienie, że projektowanie, rozwijanie i wykorzystywanie systemów AI będzie odbywać się z poszanowaniem praw człowieka, demokracji i praworządności. Kluczowe elementy Konwencji obejmują ustanowienie ogólnych ram prawnych dla stosowania AI, nałożenie zobowiązań na państwa-strony Konwencji (np. w zakresie odpowiedzialności za szkody wyrządzone z wykorzystaniem tych systemów), a znajduje ona zastosowanie do całego cyklu życia (*life cycle*)

¹ Więcej: Luciano Floridi, *The Ethics of Artificial Intelligence: Principles, Challenges, and Opportunities* (Oxford: Oxford University Press, 2021); Jia Qing Yap, Ernest Lim, „A Legal Framework for Artificial Intelligence Fairness Reporting” *The Cambridge Law Journal*, nr 3 (2022;): 610-644.

² O procesie tworzenia konwencji ramowej AI zob. Elżbieta Morawska, „Council of Europe standards and activities related to AI: towards a Framework Convention on AI and human rights?”, [w:] *Artificial Intelligence and International Human Rights Law Developing Standards for a Changing World*, red. Michał Balcerzak, Julia Kapelańska-Pregowska (Cheltenham: Elgar Publishing, 2024), 25-44.

³ The Framework Convention on Artificial Intelligence. <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence>.

systemów AI. Trzeba podkreślić, że Konwencja ramowa AI nie tworzy nowych praw podstawowych, a jedynie wyjaśnia w jaki sposób realizować prawa podstawowe w środowisku cyfrowym sztucznej inteligencji. Przykładem jest wynikające z art. 6 ECHR prawo do rzetelnego procesu sądowego^[4].

Konwencja ramowa AI przyjmuje podejście oparte na analizie ryzyka, podobnie jak unijny Akt o sztucznej inteligencji^[5]. Główne elementy tego podejścia obejmują: 1) wymóg przeprowadzenia oceny ryzyka dla systemów AI, 2) wprowadzenie środków bezpieczeństwa i zasad odpowiedzialności, 3) szczególne wymagania dla systemów AI wykorzystywanych przez władze publiczne, 4) dodatkowe obowiązki dla systemów AI używanych do dostarczania towarów i usług.

Sektor prawny jest jednym z obszarów, w których AI znajduje coraz szersze zastosowanie^[6]. Przykłady obejmują analizę dokumentów prawnych, automatyzację rutynowych zadań prawnych, prognozowanie rozstrzygnięć sporów sądowych, rozwój systemów pomocy prawnej opartych na AI^[7]. Podane w opracowaniu przykłady tych narzędzi opierają się na danych udostępnionych w ramach repozytorium CEPEJ o nazwie Resource Centre on Cyberjustice and AI^[8] (dalej: Centrum). Utworzenie Centrum było jedną z pierwszych inicjatyw Artificial Intelligence Advisory Board (AIAB), czyli elitarnego grona ekspertów z zakresu AI stanowiącego intelektualne

⁴ Zob. szerzej Tomasz Sroka, „Artificial intelligence and the right to a fair trial”, [w:] *Artificial Intelligence and International Human Rights Law Developing Standards for a Changing World*, 250 -277.

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1689 z dnia 13 czerwca 2024 r. w sprawie ustanowienia zharmonizowanych przepisów dotyczących sztucznej inteligencji oraz zmiany rozporządzeń (WE) nr 300/2008, (UE) nr 167/2013, (UE) nr 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 i (UE) 2019/2144 oraz dyrektyw 2014/90/UE, (UE) 2016/797 i (UE) 2020/1828 (akt w sprawie sztucznej inteligencji).

⁶ Zob. szerzej Marek Świerczyński, Zbigniew Więckowski, *Sztuczna inteligencja w wymiarze sprawiedliwości. Wytyczne Rady Europy dotyczące spraw cywilnych* (Warszawa: Wydawnictwo Instytutu de Republica, 2023); Patrycja Dolniak, Tomasz Kuźma, Andrzej Ludwiński, Konrad Wasik, *Sztuczna inteligencja w wymiarze sprawiedliwości. Między prawem a algorytmami* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2024).

⁷ Gary Marchant, „AI in Robes: Courts, Judges, and Artificial Intelligence” *Ohio Northern University Law Review*, nr 3 (2024): 473-490.

⁸ Zob. <https://www.coe.int/en/web/cepej/resource-centre-on-cyberjustice-and-ai>. [dostęp: 15.12.2024].

zaplecze z zakresu AI dla organów Rady Europy^[9]. Centrum to służy jako publicznie dostępna, regularnie aktualizowana baza danych zawierająca zweryfikowane przez ekspertów informacje na temat funkcjonalnych systemów sztucznej inteligencji oraz innych kluczowych narzędzi z zakresu tzw. cybersprawiedliwości (*cyberjustice*) wykorzystywanych w cyfrowej transformacji krajowych systemów prawnych. Centrum pomaga uzyskać przegląd takich narzędzi, stanowiąc punkt wyjścia zarówno do dalszej analizy korzyści, jak i zagrożeń związanych z ich stosowaniem^[10].

Struktura opracowania jest następująca. W pierwszym punkcie przedstawimy wybrany, dotychczasowy dorobek Rady Europy w zakresie ustanowienia ram prawnych dla stosowania AI w wymiarze sprawiedliwości. W punkcie drugim podamy przykłady obecnych zastosowań AI w sektorze prawnym, które ilustrują zarówno potencjał, jak i wyzwania związane z implementacją tych technologii. W punkcie trzecim wyjaśnimy znaczenie Konwencji ramowej AI dla rozwiązywania problemów związanych z ochroną praw człowieka w kontekście zastosowania AI w sektorze prawnym. W punkcie czwartym przedstawione zostaną kluczowe zasady HUDERIA zarówno w oparciu o przyjętą 28 listopada 2024 r. przez Radę Europy metodologię HUDERIA^[11], jak i dokumenty robocze, w szczególności raport Instytutu Turinga^[12]. Ostatnia część opracowania zawiera podsumowanie i wnioski. W szczególności rekomendujemy wykorzystanie HUDERIA również na potrzeby dokonywania analizy ryzyka w państwach członkowskich UE w oparciu o Akt sztucznej inteligencji.

⁹ W gronie członków elitarnej AIAB znalazł się Polak – prof. Marek Świerczyński z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹⁰ Zob.: Giovana Lopes, „Artificial intelligence and judicial decision-making: Evaluating the role of AI in debiasing” *TATuP – Zeitschrift für Technikfolgenabschätzung in Theorie und Praxis*, nr 1 (2024): 28-33.

¹¹ Metodologia HUDERIA została przyjęta przez Komitet Rady Europy ds. Sztucznej Inteligencji (CAI) na 12. posiedzeniu plenarnym, które odbyło się w Strasburgu w dniach 26-28 listopada. W 2025 r. zostanie ona uzupełniona o model HUDERIA, który zapewni materiały i zasoby pomocnicze, w tym elastyczne narzędzia i skalowalne zalecenia.

¹² Raport jest dostępny na stronie pod adresem: <https://www.turing.ac.uk/news/publications/ai-human-rights-democracy-and-rule-law-primer-prepared-council-europe>. [dostęp: 9.12.2024].

2 | AI w sektorze prawnym – wybrana dotychczasowa aktywność Rady Europy

Polska jest aktywnym członkiem Rady Europy. Rada Europy wnosi znaczący wkład w opracowywanie ram etycznych dla sztucznej inteligencji w sektorze prawnym. Prace nad prawnymi i etycznymi aspektami AI prowadzone są nie tylko na poziomie Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, ale także stałego komitetu ds. AI (CAI) czy też wyspecjalizowanych komisji, w szczególności Europejskiej Komisji ds. efektywności wymiaru sprawiedliwości (CEPEJ). W grudniu 2018, ta ostatnia przyjęła dokument o nazwie Europejska Karta Etyczna dotyczący wykorzystania sztucznej inteligencji w systemach sądowniczych i ich otoczeniu. Europejska Karta określa pięć zasad:

1. Zasada poszanowania praw podstawowych: zapewnienie, że projektowanie i wdrożenie narzędzi i usług AI są zgodne z prawami podstawowymi;
2. Zasada niestosowania dyskryminacji: szczególnie zapobieganie rozwijaniu lub nasilaniu dyskryminacji między jednostkami lub grupami jednostek;
3. Zasada jakości i bezpieczeństwa: dotycząca przetwarzania orzeczeń sądowych i danych, wykorzystująca certyfikowane źródła i dane niematerialne z modelami opracowanymi w sposób multidyscyplinarny, w bezpiecznym środowisku technologicznym;
4. Zasada transparentności, bezstronności i sprawiedliwości: udostępnianie metod przetwarzania danych i autoryzacja audytów zewnętrznych;
5. Zasada „pod kontrolą użytkownika”: wykluczająca podejście nakazowe i zapewniająca, że użytkownicy są świadomymi aktorami i kontrolują podejmowane wybory.

Dokument stanowi przejaw „miękkiego prawa” (*soft law*) i przestrzeganie zasad w nim określonych nie jest w żaden sposób penalizowane. Europejska Karta Etyczna jest pierwszym krokiem Rady Europy w działaniach na rzecz promowania odpowiedzialnego wykorzystania AI w sektorze prawnym.

Zgodnie z wytycznymi Rady Europy, systemy AI stosowane w wymiarze sprawiedliwości muszą być zgodne z podstawowymi wymogami prawa do

rzetelnego procesu sądowego (vide art. 6 ECHR). Należy zapewniać nie tylko wysoką jakość orzeczeniom sądowym, ale także bezpieczeństwo danych. Dane powinny być przetwarzane w sposób przejrzysty, bezstronny i uczciwy. Konieczne są gwarancje dostępności i zrozumiałości metod przetwarzania danych (wymóg przejrzystości i wyjaśnialności), w tym możliwość przeprowadzania audytów zewnętrznych. Jednym z wymogów zapewniania przejrzystości AI mógłby być obowiązek dokumentowania parametrów i instrukcji podawanych jako dane wejściowe dla AI oraz czynników wpływających na prognozy dokonywane przez system AI. Wymóg przejrzystości powinien być spełniany na każdym etapie, od projektowania, poprzez rozwój, personalizację (dostosowanie do potrzeb użytkownika), eksploatację, aż po okresową walidację skuteczności systemów AI, co powinno obejmować zarówno regularne testy, jak i cykliczne audyty zewnętrzne. Innym wymogiem dla zapewnienia przejrzystości i wyjaśnialności systemu jest możliwość zidentyfikowania – na każdym etapie korzystania z systemów AI – zbiorów danych (w tym sposobów ich gromadzenia, oznaczania, grupowania itp.) oraz zastosowanych procesów ich przetwarzania, w tym algorytmów uczenia maszynowego. W świetle dokumentów Rady Europy spełnienie wymogu przejrzystości oznacza możliwość zrozumienia przez jednostkę, jak działa system i w jaki sposób osiąga swoje wyniki.

Według Rady Europy wymóg bezpieczeństwa oznacza, że systemy AI powinny być wiarygodne, zabezpieczone przed ingerencją z zewnątrz oraz bezpieczne przed wykonywaniem niezamierzonych działań, zgodnie z zasadą ostrożności. Szczególnie istotne jest przestrzeganie prawa do prywatności, w szczególności gdy system AI przetwarza dane osobowe. Systemy AI muszą działać zgodnie z przepisami Konwencji o ochronie danych osobowych oraz ogólnego rozporządzenie Unii Europejskiej o ochronie danych (RODO).

Obywatele powinni dysponować dostępem do skutecznych środków zaradczych oraz mechanizmów odwoławczych w sytuacji naruszenia prawa.

W trakcie 41 sesji plenarnej (4-5 grudnia 2023) CEPEJ przyjęła dokument zatytułowany: *Assessment Tool for the Operationalisation of the European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment* [Narzędzie oceny wdrożenia Europejskiej Karty Etycznej w systemie wymiaru sprawiedliwości i jego otoczeniu]. Dokument zawiera praktyczne wskazówki dotyczące stosowania pięciu zasad Karty. W dokumencie zawarto liczne rodzaje zagrożeń, wśród nich między innymi: ryzyko

ponownego wykorzystania danych i/lub użycia modelu AI szkoleniowego w innym celu, ryzyko ujawnienia danych osobowych, ryzyko wprowadzenia w błąd przez wyniki AI (może być spowodowane przez AI fałszywie prezentujące wyniki jako pewne lub z wysokim prawdopodobieństwem wiarygodności), ryzyko przymusowego stosowania AI (wynika z sposobu, w jaki system AI jest zintegrowany z procesem sądowym oraz ze sposobów wycofania się, który albo nie istnieje, albo jest trudny do uzyskania).

Narzędzie oceny wdrożenia Europejskiej Karty Etycznej może być zastosowane na przykład w procesie wyszukiwania dokumentów. Rozwiązania AI są w stanie tworzyć kolekcję orzecznictwa, tekstu prawnego i innych informacji, które następnie można udostępnić ekspertom prawnym do dalszej analizy. AI może być pomocna w przewidywaniu wyników postępowań sądowych: te rozwiązania uczą się na podstawie dużych zbiorów danych, aby zidentyfikować wzorce w danych, które są następnie wykorzystywane do wizualizacji, symulacji lub przewidywania nowych wyników postępowań sądowych. Narzędzie można wykorzystać w procesie podejmowania decyzji w wymiarze sprawiedliwości czy także anonimizacji danych, takich jak dane osobowe stron.

Narzędzie oceny składa się z 29 pytań zaprojektowanych w celu podniesienia świadomości i zidentyfikowania potencjalnych naruszeń systemu AI względem zasad Karty Etycznej. Dodatkowo, narzędzie składa się z pytań pomocniczych w celu doprecyzowania odpowiedzi, sprawdzenia lub sugerowania wprowadzenia środków zarządzania ryzykiem.

W przypadku odpowiedzi, które mogą poważnie naruszać zasady chronione przez Kartę, pojawia się ostrzeżenie „należy ponownie rozważyć wdrożenie tego systemu AI”. Zaleca się omówienie ostatecznego wyniku w ramach zespołu nadzorującego, tak aby zapewnić odpowiednie działania następne.

3 | Przykłady zastosowań AI w sektorze prawnym

Rozwój sztucznej inteligencji (AI) w ostatnich latach przyniósł znaczące zmiany w wielu obszarach, a sektor prawny nie jest wyjątkiem. Technologie AI zrewolucjonizowały sposób, w jaki prawnicy wykonują swoją pracę, oferując narzędzia, które zwiększają efektywność, dokładność i szybkość wykonywania zadań. W tej części artykułu skupimy się na konkretnych

przykładach zastosowań AI w sektorze prawnym, które ilustrują zarówno potencjał, jak i wyzwania związane z wdrażaniem tych technologii^[13].

Przedstawione poniżej przykłady obejmują cztery kluczowe obszary, w których AI ma szczególnie istotny wpływ: 1) przegląd i analiza dokumentów prawnych, 2) wsparcie w kwerendach prawnych (*legal research*), 3) zautomatyzowana analiza umów, 4) przewidywanie rozstrzygnięć sporów.

Każdy z wybranych obszarów pokazuje, jak AI może wspierać pracę prawników, optymalizować procesy i dostarczać nowych narzędzi do analizy i podejmowania decyzji. Jednocześnie, omawiając te zastosowania należy pamiętać o potencjalnych ryzykach i wyzwaniach etycznych, które zostaną szerzej omówione w dalszych częściach opracowania.

Warto podkreślić, że choć AI oferuje imponujące możliwości, nie zastępuje ona całkowicie ludzkiego osądu i doświadczenia. Raczej służy jako potężne narzędzie wspomagające, które pozwala prawnikom skupić się na bardziej złożonych aspektach ich pracy, wymagających kreatywnego myślenia i głębokiego zrozumienia kontekstu prawnego i społecznego.

3.1. Przegląd i analiza dokumentów prawnych

Sztuczna inteligencja zrewolucjonizowała proces przeglądu i analizy dokumentów prawnych. Narzędzia oparte na AI mogą szybko przetwarzać ogromne ilości dokumentów, znacznie skracając czas potrzebny na ich analizę. Wykorzystując zaawansowane technologie, takie jak przetwarzanie języka naturalnego (NLP) i uczenie maszynowe, systemy AI są w stanie wyodrębniać istotne informacje z dokumentów, identyfikować kluczowe klauzule i potencjalne ryzyka, kategoryzować dokumenty na podstawie ich treści, zaznaczać dla użytkownika niestandardowe warunki

¹³ O obecnych problemach z technologią AI w sektorze prawnym piszą m.in. John Villasenor, „Generative Artificial Intelligence and the Practice of Law: Impact, Opportunities, and Risks” *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, t. XXV (2024): 25-48; Rebecca Delfino, „Deepfakes on Trial: A Call To Expand the Trial Judge’s Gatekeeping Role To Protect Legal Proceedings from Technological Fakery” *Hastings Law Journal*, nr 2 (2023): 292-348, Berenika Kaczmarek-Templin, „Sztuczna inteligencja (AI) i perspektywy jej wykorzystania w postępowaniu przed sądem cywilnym” *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*, nr 2 (2022): 61-78; Kinga Kálmán, Laura Olga Kiss, Kitty Mezei, Boldizsár Szentgáli-Tóth, „Oprogramowania oparte na sztucznej inteligencji w sądach na całym świecie: praktyka, perspektywy i wyzwania mające znaczenie dla Węgier i Europy Środkowej” *Prawo Mediów Elektronicznych*, 2 (2022): 16-27.

lub niespójności. Dzięki temu prawnicy mogą skupić się na bardziej złożonych zadaniach wymagających ludzkiej ekspertyzy, zamiast poświęcać czas na żmudne, ręczne przeglądanie dokumentów^[14].

3.2. Wsparcie w kwerendach prawnych (*legal research*)

AI znacząco usprawnia proces badań prawnych, umożliwiając prawnikom szybkie znajdowanie istotnych informacji. Narzędzia oparte na sztucznej inteligencji potrafią analizować bazy danych prawnych w poszukiwaniu odpowiednich orzeczeń i przepisów, rozumieć kontekst i niuanse pytań prawnych, dostarczając znacznie dokładniejsze wyniki niż w przypadku tradycyjnych metod wyszukiwania informacji, a także tworzyć trafne podsumowania i analizy znalezionych informacji.

Według badań narzędzia do badań prawnych oparte na AI mogą skrócić czas poświęcany na kwerendy prawne nawet o 50%^[15]. Platformy takie jak ROSS Intelligence czy Casetext, a w Polsce AIMON wykorzystują zaawansowane algorytmy do przeszukiwania baz danych prawnych, dostarczając prawnikom kompleksowe wyniki z przeprowadzonych badań.

3.3. Zautomatyzowana analiza umów

Sztuczna inteligencja zrewolucjonizowała proces analizy umów, automatyzując wiele czasochłonnnych zadań, np. w procedurach Mergers and Acquisitions. Systemy AI potrafią już teraz szybko przeglądać i analizować duże ilości umów, identyfikować ich kluczowe postanowienia, warunki oraz potencjalne ryzyka, wyodrębniać istotne informacje, takie jak daty,

¹⁴ Przykładem takiego rozwiązania jest Kira Systems. Jest to narzędzie oparte na sztucznej inteligencji, które wykorzystuje przetwarzanie języka naturalnego (NLP) oraz uczenie maszynowe do analizy i przeglądu dokumentów prawnych. System ten automatycznie rozpoznaje, wyodrębnia i kategoryzuje kluczowe informacje oraz klauzule z dużych zbiorów dokumentów: <https://kirasystems.com/>.

¹⁵ Przykładem narzędzia AI, które znacząco usprawnia proces badań prawnych, jest Westlaw Edge. Jest to zaawansowane narzędzie do badań prawnych, które wykorzystuje sztuczną inteligencję, przetwarzanie języka naturalnego (NLP) i uczenie maszynowe do szybkiego i dokładnego wyszukiwania informacji prawnych. System analizuje obszerne bazy danych, znajdując odpowiednie przepisy, orzeczenia sądowe i inne materiały prawne: <https://legal.thomsonreuters.com/en/products/westlaw-edge>.

nazwy i kwoty, a także porównywać umowy z wcześniej ustalonymi standardami lub wzorcami.

Zgodnie z raportem opracowanym przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Adwokatów (IBA – International Bar Association) oraz Centrum ds. Sztucznej Inteligencji i Polityki Cyfrowej (CAIDP – Center for AI and Digital Policy) 74% respondentów reprezentujących w większości kancelarie prawne zauważyło, że pełne wdrożenie sztucznej inteligencji może potencjalnie zastąpić niektóre role w ich dotychczasowych miejscach pracy, podkreślając jednocześnie znaczący wpływ, jaki AI może mieć na zawód prawnika. W USA takie narzędzia stanowią już standard dla pracy prawniczej^[16]. Przykładem jest system Luminance^[17].

3.4. Prognozowanie rozstrzygnięć spraw sądowych

Jednym z najbardziej innowacyjnych oraz budzących największe zainteresowanie (ale też zastrzeżenia) zastosowań AI w prawie jest prognozowanie rozstrzygnięć spraw sądowych^[18]. Systemy AI analizują ogromne ilości danych historycznych, w tym orzeczenia sądowe, charakterystykę poprzednich spraw, informacje o tendencjach orzeczniczych (bądź nawet preferencje samych sędziów). Na podstawie tych danych AI może przewidywać prawdopodobne wyniki spraw, pomagając prawnikom w ocenie szans powodzenia danej sprawy, podejmowaniu decyzji o strategii procesowej, doradzaniu klientom w kwestii potencjalnych rozstrzygnięć^[19].

¹⁶ *The Future is Now: Artificial Intelligence and the Legal Profession*. <https://www.ibanet.org/Presidential-project-AI-Tech>.

¹⁷ Luminance to zaawansowane narzędzie oparte na sztucznej inteligencji, które służy do automatyzacji przeglądu i analizy dokumentów prawnych. Jest szczególnie przydatne w procesach takich jak due diligence, analiza kontraktów oraz ocena ryzyka prawnego. Luminance wykorzystuje technologie uczenia maszynowego (machine learning) i przetwarzania języka naturalnego (NLP), aby przyspieszyć procesy, które tradycyjnie wymagają dużo czasu i manualnej pracy: <https://www.luminance.com/>.

¹⁸ Zob. szerzej Kaczmarek-Templin, „Sztuczna inteligencja (AI) i perspektywy jej wykorzystania w postępowaniu przed sądem cywilnym”.

¹⁹ Dory Reiling, „Courts and Artificial Intelligence” *International Journal for Court Administration*, No. 2 (2020): 4-6.

Narzędzia takie jak Lex Machina^[20] czy Premonition^[21] wykorzystują zaawansowane algorytmy do analizy danych sądowych i przewidywania sposobu rozstrzygnięcia sporu. Dzięki tym narzędziom prawnicy mogą podejmować bardziej świadome decyzje i lepiej przygotowywać się do postępowań sądowych.

Choć jednak AI oferuje ogromny potencjał w przewidywaniu wyników spraw, nie może zastąpić ludzkiego osądu i doświadczenia. Prawnicy muszą krytycznie oceniać wyniki generowane przez AI i łączyć je z własną wiedzą i intuicją prawniczą.

4 | Wyzwania związane z ochroną praw człowieka w świetle Konwencji ramowej AI

Wraz z rosnącym wykorzystaniem sztucznej inteligencji w sektorze prawnym pojawiają się istotne wyzwania związane z ochroną praw człowieka. W Konwencji ramowej AI Rada Europy zwraca szczególną uwagę na te kwestie, podkreślając konieczność zapewnienia, że systemy AI są projektowane, rozwijane i wykorzystywane w sposób zgodny z prawami podstawowymi i wolnościami.

Uważamy, że Konwencja ramowa AI stanowi istotny krok w kierunku adresowania wyzwań związanych z ochroną praw człowieka w kontekście zastosowania AI w sektorze prawnym. Jednakże skuteczne wdrożenie jej postanowień będzie wymagała ciągłego dialogu między prawnikami, technologami, etykami i decydentami politycznymi.

W tej części artykułu skupimy się na czterech kluczowych obszarach, w których zastosowanie AI w sektorze prawnym może potencjalnie

²⁰ Lex Machina to innowacyjne narzędzie oparte na sztucznej inteligencji, które wykorzystuje analizę danych historycznych oraz uczenie maszynowe do przewidywania wyników spraw sądowych. Narzędzie koncentruje się głównie na sprawach z zakresu prawa cywilnego, własności intelektualnej i innych dziedzin prawa, oferując prawnikom dane analityczne, które wspierają podejmowanie strategicznych decyzji: <https://lexmachina.com/>.

²¹ Premonition to zaawansowana platforma wykorzystująca AI do analizy ogromnych zbiorów danych prawniczych w celu przewidywania wyników postępowań sądowych: <https://premonition.ai/>.

naruszać prawa podstawowe, oraz omówimy, w jaki sposób Konwencja ramowa AI odnosi się do tych problemów.

4.1. Stronniczość i dyskryminacja

Jednym z najpoważniejszych zagrożeń związanych z wykorzystaniem AI w sektorze prawnym jest ryzyko stronniczości i dyskryminacji^[22]. Systemy AI, uczone na historycznych danych, mogą powielać i wzmacniać istniejące uprzedzenia społeczne. W kontekście prawnym może to prowadzić do niesprawiedliwych wyroków lub decyzji.

Z Konwencji ramowej AI wynika wymóg regularnej oceny i audytu systemów AI pod kątem potencjalnej stronniczości, zapewnienia różnorodności w zespołach rozwijających systemy AI, a także wdrożenia mechanizmów monitorowania i korygowania stronniczości w czasie rzeczywistym (*real time*).

Przykładowo, w Stanach Zjednoczonych odkryto, że algorytmy używane do oceny ryzyka recydywy wykazywały stronniczość rasową, co doprowadziło do szerokiej debaty na temat etycznego wykorzystania AI w wymiarze sprawiedliwości^[23].

4.2. Prywatność i ochrona danych

Wykorzystanie AI w sektorze prawnym często wiąże się z przetwarzaniem ogromnych ilości danych osobowych, co rodzi poważne obawy dotyczące prywatności i ochrony danych. W konwencji ramowej AI Rada Europy kładzie nacisk na zapewnienie zgodności z istniejącymi regulacjami dotyczącymi ochrony danych, takimi jak Konwencja 108+ (czy RODO w UE),

²² Sandra Wachter, Brent Mittelstadt, Chris Russell, „Why fairness cannot be automated: Bridging the gap between EU non-discrimination law and AI” *Computer Law & Security Review*, t. XLI (2021); Fabian Lütz, „The AI Act, gender equality and non-discrimination: what role for the AI office?” *ERA Forum*, 25 (2024): 79-95; Valentin Hofmann, Pratyusha Ria Kalluri, Dan Jurafsky, et al., „AI generates covertly racist decisions about people based on their dialect” *Nature*, 633 (2024): 147-154; Zhisheng Chen, „Ethics and discrimination in artificial intelligence-enabled recruitment practices” *Humanities and Social Sciences Communications*, 567 (2023).

²³ Dory Reiling, „Courts and Artificial Intelligence” *International Journal for Court Administration*, nr 2 (2020): 5, 7.

wdrożenie zasady minimalizacji danych, stosowanie technik anonimizacji i pseudonimizacji danych, zapewnienie transparentności w zakresie zbierania i przetwarzania danych osobowych.

Wyzwaniem pozostaje znalezienie równowagi między efektywnością systemów AI a ochroną prywatności jednostek, szczególnie w kontekście poufności relacji prawnik z jego klientem.

4.3. Prawo do rzetelnego procesu sądowego

Wykorzystanie AI w postępowaniach sądowych rodzi pytania o zachowanie prawa do rzetelnego procesu (*fair trial*)^[24]. Z Konwencji ramowej AI wynika wymóg zapewnienia transparentności w stosowaniu systemów AI w procesach sądowych, zachowania ludzkiego nadzoru nad decyzjami podejmowanymi przez AI, gwarantowania prawa do odwołania się od decyzji wspomaganych przez AI. Podobne rekomendacje pojawiły się już w wytycznych Rady Europy dotyczących rozpraw zdalnych [Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on online dispute resolution mechanisms in civil and administrative court proceedings (CM(2021)36add4-final) and their Explanatory Memorandum (CM(2021)36-add5-final)^[25] dalej jako wytyczne CDCJ]. Wytyczne dotyczą wykorzystania technologii opartych na sztucznej inteligencji w postępowaniach cywilnych i administracyjnych oraz określenie możliwego zakresu ich zastosowania w krajowych porządkach prawnych państw członkowskich Rady Europy. Wytyczne CDCJ formułują cztery podstawowe zasady:

1. budowanie zaufania do postępowań zdalnych ma kluczowe znaczenie dla właściwego wykorzystania technologii informatycznych w sądach,
2. konieczne jest zapewnienie szerokiego dostępu do postępowań zdalnych,
3. kwestie proceduralne, mające zastosowanie do postępowań stacjonarnych (niezależność, neutralność, bezstronność, zasada sprawiedliwego procesu i skutecznego środka odwoławczego), mają

²⁴ Zob. szerzej Sroka, „Artificial intelligence and the right to a fair trial”, 250-277.

²⁵ <https://www.coe.int/en/web/cdcj/online-dispute-resolution-mechanisms>. [dostęp: 11.12.2024].

w równym stopniu zastosowanie do postępowań prowadzonych zdalnie

4. konieczność poprawnej identyfikacji uczestników postępowań i podejmowania skutecznych działań przeciwko oszustwom dotyczącym kradzieży tożsamości.

Kluczowe jest zapewnienie, aby wykorzystanie AI w sektorze prawnym nie naruszało fundamentalnych zasad sprawiedliwości proceduralnej, takich jak prawo do bycia wysłuchanym czy równości stron w procesie (*equality of arms*).

4.4. Dostęp do wymiaru sprawiedliwości

Choć AI może potencjalnie zwiększyć dostęp do wymiaru sprawiedliwości, istnieje również ryzyko pogłębienia nierówności, co można zilustrować trafnym hasłem: „more access but less justice”^[26]. Z Konwencji ramowej AI wynika wymóg zapewnienia, że systemy AI nie mogą tworzyć barier dla osób o ograniczonych umiejętnościach technologicznych. Niezbędne jest przeciwdziałanie „wykluczeniu cyfrowemu” (*digital divide*) w dostępie do usług prawnych, a z drugiej strony promowania tych rozwiązań AI, które zwiększają dostępność pomocy prawnej dla grup marginalizowanych (*vulnerable persons*)^[27].

Wyzwaniem pozostaje zapewnienie, że korzyści płynące z zastosowania AI w prawie są dostępne dla wszystkich, niezależnie od ich statusu społeczno-ekonomicznego czy umiejętności technologicznych.

²⁶ Zob. szerzej Natalie Knowlton, „Access to Civil Justice in the Age of AI: Mindsets & Pathways to New Practices” *Ohio Northern University Law Review*, nr 3 (2024): 533-554.

²⁷ Zbigniew Więckowski, Grzegorz Kubalski, „Czy sztuczna inteligencja oraz inne technologie informatyczne pomogą w dostępie do wymiaru sprawiedliwości osobom ze szczególnymi potrzebami?” *Prawo i Więź*, nr 4 (2022): 146-165.

5 | Znaczenie HUDERIA dla sektora prawnego

HUDERIA (Human Rights, Democracy and Rule of Law Impact Assessment) to kompleksowe narzędzie oceny wpływu systemów sztucznej inteligencji na prawa człowieka, demokrację i praworządność, wprowadzone przez Konwencję ramową AI. Naszym zdaniem HUDERIA będzie odgrywać kluczową rolę w zapewnieniu, że zastosowania AI w sektorze prawnym są zgodne z fundamentalnymi zasadami sprawiedliwości i praw człowieka^[28]. Rekomendujemy również, aby HUDERIA została uznana w Unii Europejskiej za podstawowy standard oceny systemów prawnych AI w państwach członkowskich w oparciu o Akt o sztucznej inteligencji^[29]. Dotychczas Komitet Sztucznej Inteligencji (CAI) Rady Europy opracował metodologię HUDERII. Kolejne dokumenty z tego zakresu zostaną przedstawione w 2025 r.

W tej części artykułu przyjrzymy się bliżej planowanej strukturze HUDERII, jej kluczowym zasadom i celom, a także wyzwaniom związanym z jej wdrożeniem w sektorze prawnym. W tym celu wykorzystamy dokumenty robocze opracowane lub zlecone przez komitet CAHAI (takie jak raport Instytutu Turinga), który został następnie zastąpiony przez stały komitet Rady Europy (CAI).

HUDERIA będzie się składać z trzech głównych komponentów (zgodnie z zakresem Konwencji ramowej AI):

1. Ocena wpływu na prawa człowieka, który koncentruje się na analizie potencjalnego wpływu systemu AI na fundamentalne prawa człowieka, takie jak prawo do prywatności, wolność wypowiedzi czy zakaz dyskryminacji;
2. Ocena wpływu na demokrację, w którym badane jest, w jaki sposób wykorzystanie danego systemu AI może wpływać na procesy demokratyczne, w tym na udział obywateli w życiu publicznym i podejmowaniu decyzji;

²⁸ Por. Alessandro Mantelero, Maria Esposito, „An evidence-based methodology for human rights impact assessment (HRIA) in the development of AI data-intensive systems” *Computer Law & Security Review*, t. XLI (2021): 1-35.

²⁹ Zob. także inne metody analizy ryzyka z zastosowania AI: Anna Schmitz, Michael Mock, Rebekka Gorge, et al. „A global scale comparison of risk aggregation in AI assessment frameworks” *AI Ethics* (2024); Alessandro Mantelero, „The Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA) in the AI Act: Roots, legal obligations and key elements for a model template” *Computer Law & Security Review*, t. LIV (2024).

3. Ocena wpływu na praworządność, który zawiera analizę potencjalnego wpływu systemu AI na zasady praworządności, w tym na niezależność sądownictwa i równość wobec prawa.

Efektywne wdrożenie HUDERIA w sektorze prawnym może napotykać na szereg problemów, które wynikają ze złożoności systemów AI (m.in. problem tzw. „black box”), co utrudnia pełną ocenę ich wpływu na prawa człowieka i praworządność. Ponadto dynamiczny rozwój technologii AI wymaga ciągłej aktualizacji metodologii oceny, z czym wiążą się trudności w przewidywaniu długoterminowych skutków wdrożenia AI w systemie prawnym.

W kontekście sektora prawnego, HUDERIA wymaga szczegółowej analizy, w jaki sposób systemy AI mogą wpływać na przebieg postępowań sądowych, dostęp do sprawiedliwości i ogólną integralność systemu prawnego.

Z udostępnionej już metodologii HUDERII wynika, że przy ocenie ryzyka szczególny nacisk należy położyć na ocenę wpływu systemów AI na prawo do rzetelnego procesu sądowego. Kluczowe aspekty tej oceny obejmują analizę potencjalnego wpływu AI na bezstronność sędziów, ocenę transparentności algorytmów używanych w postępowaniach sądowych, a także badanie, czy systemy AI mogą naruszać zasadę równości stron w procesie (jest to nasza interpretacja postanowień metodologii HUDERIA w kontekście sektora prawnego). Gdy chodzi o ocenę dostępu do wymiaru sprawiedliwości analiza powinna koncentrować się na tym, czy systemy AI zwiększają czy ograniczają dostęp do pomocy prawnej oraz czy systemy AI mogą tworzyć bariery dla określonych grup społecznych. HUDERIA będzie wymagać również szczegółowej analizy potencjalnego wpływu systemów AI na niezawisłość sędziowską, w tym ocenę, czy systemy wspomagania decyzji mogą tworzyć zagrożenia dla autonomii sędziowskiej bądź podważać zaufanie publiczne do niezawisłości sędziów^[30].

Aby skutecznie wdrożyć HUDERIA w sektorze prawnym, rekomendujemy już teraz rozpoczęcie procesu tworzenia interdyscyplinarnych zespołów do przeprowadzania ocen; zespołów składających się z prawników, ekspertów informatycznych, naukowców oraz etyków, a z czasem także

³⁰ Tu warto śledzić doświadczenia chińskie, gdzie wdrożono AI w sądach na pełną skalę. Zob. Peng Wang, Guannan Qu, „AI in court: the promotion and regulation of information technology in China’s Smart Court movements”, [w:] *Artificial Intelligence and International Human Rights Law Developing Standards for a Changing World*, 309-324; Rachel E. Stern, „Automating Fairness? Artificial Intelligence in the Chinese Courts” *Columbia Journal of Transnational Law* 2021, nr 3 (2021): 515-553.

regularne przeprowadzanie audytów systemów AI używanych w sektorze prawnym, zapewnienie transparentności w procesie oceny i publikowanie wyników HUDERIA, jak również wprowadzenie mechanizmów ciągłego monitorowania i ewaluacji systemów AI po ich wdrożeniu.

Podsumowując, HUDERIA będzie stanowić kluczowe narzędzie w zapewnieniu, że systemy AI stosowane w sektorze prawnym są zgodne z fundamentalnymi zasadami praw człowieka, demokracji i praworządności. Skuteczne wdrożenie tego narzędzia wymaga jednak ciągłego dialogu między różnymi podmiotami z obszaru wymiaru sprawiedliwości oraz gotowości do adaptacji w obliczu szybkiego postępu technologicznego. Kluczowe jest rozwijanie kompetencji cyfrowych wśród prawników i pracowników wymiaru sprawiedliwości.

6 | Podsumowanie i wnioski

Rozwój sztucznej inteligencji (AI) w sektorze prawnym niesie ze sobą zarówno ogromne możliwości, jak i istotne wyzwania. Konwencja ramowa Rady Europy o sztucznej inteligencji stanowi kluczowy krok w kierunku regulacji tej technologii, ze szczególnym uwzględnieniem ochrony praw człowieka, demokracji i praworządności^[31].

Główne wnioski z przeprowadzonej w niniejszym opracowaniu analizy są następujące:

1. AI znajduje już teraz szerokie zastosowanie w sektorze prawnym, m.in. w analizie dokumentów, wsparciu badań prawnych, automatyzacji analizy umów i prognozowaniu rozstrzygnięć sądowych;
2. Wdrożenie AI w prawie rodzi istotne wyzwania związane z ochroną praw człowieka, w tym ryzyko stronniczości (*bias*) i dyskryminacji, zagrożenia dla prywatności i ochrony danych, potencjalne naruszenia prawa do rzetelnego procesu oraz problemy z dostępem do wymiaru sprawiedliwości;
3. HUDERIA stanowi kluczowe narzędzie oceny wpływu systemów AI na prawa podstawowe w kontekście prawnym;

³¹ Zob. Adam Wiśniewski, „Sztuczna inteligencja i prawa człowieka w kontekście prawa międzynarodowego” *Prawo i Więź*, nr 4 (2023): 29-52.

4. Skuteczne wdrożenie HUDERIA wymaga interdyscyplinarnego podejścia, regularnych audytów oraz ciągłego monitorowania systemów AI w sektorze prawnym;
5. Konwencja ramowa AI Rady Europy formułuje standardy międzynarodowe, które powinny stanowić podstawę do harmonizacji standardów oceny ryzyka systemów AI w różnych jurysdykcjach, w tym w Unii Europejskiej.

Przyszłe kierunki badań i wdrożeń powinny koncentrować się na:

1. Dalszym rozwoju metodologii HUDERIA, szczególnie w kontekście specyficznych zastosowań AI w sektorze prawnym i innych;
2. Badaniu długoterminowych skutków wdrożenia AI w systemie prawnym, zwłaszcza w obszarze niezawisłości sędziowskiej i dostępu do sprawiedliwości;
3. Opracowaniu skutecznych mechanizmów nadzoru i kontroli nad systemami AI używanymi w postępowaniach sądowych;
4. Promowaniu transparentności i wyjaśnialności algorytmów AI stosowanych w sektorze prawnym;
5. Rozwijaniu kompetencji cyfrowych wśród prawników i pracowników wymiaru sprawiedliwości.

Podsumowując, choć AI oferuje ogromny potencjał w zwiększaniu efektywności i dostępności usług prawnych, kluczowe jest zapewnienie, że jej rozwój i wdrożenie odbywają się z pełnym poszanowaniem praw człowieka i zasad praworządności. Konwencja ramowa AI Rady Europy oraz narzędzia takie jak HUDERIA zapewniają właściwe mechanizmy prawne, które na to pozwolą, ale ich skuteczność będzie zależeć od ścisłej współpracy prawników, informatyków i innych ekspertów technologicznych, etyków oraz decydentów politycznych.

Bibliografia

Chen Zhisheng, „Ethics and discrimination in artificial intelligence-enabled recruitment practices” *Humanities and Social Sciences Communications*, 567 (2023). <https://doi.org/10.1057/s41599-023-02079-x>.

- Delfino Rebecca, „Deepfakes on Trial: A Call To Expand the Trial Judge’s Gatekeeping Role To Protect Legal Proceedings from Technological Fakery” *Hastings Law Journal*, nr 2 (2023): 292-348.
- Dolniak Patrycja, Tomasz Kuźma, Andrzej Ludwiński, Konrad Wasik. *Sztuczna inteligencja w wymiarze sprawiedliwości. Między prawem a algorytmami*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2024.
- Floridi Luciano, *The Ethics of Artificial Intelligence: Principles, Challenges, and Opportunities*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Hofmann Valentin, Ria Pratyusha Kalluri, Dan Jurafsky, et al., „AI generates covertly racist decisions about people based on their dialect” *Nature* 633 (2024): 147-154. <https://doi.org/10.1038/s41586-024-07856-5>.
- Kaczmarek-Templin Berenika, „Sztuczna inteligencja (AI) i perspektywy jej wykorzystania w postępowaniu przed sądem cywilnym” *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiał*, nr 2 (2022): 61-78, Doi: 10.48269/2451-0807-sp-2022-2-004.
- Kálmán Kinga, Laura Olga Kiss, Kitti Mezei, Boldizsár Szentgáli-Tóth, „Oprogramowania oparte na sztucznej inteligencji w sądach na całym świecie: praktyka, perspektywy i wyzwania mające znaczenie dla Węgier i Europy Środkowej” *Prawo Mediów Elektronicznych*, 2 (2022): 16-27, <https://doi.org/10.34616/144673>.
- Knowlton Natalie, „Access to Civil Justice in the Age of AI: Mindsets & Pathways to New Practices” *Ohio Northern University Law Review*, nr 3 (2024): 533-554.
- Lopes Giovana, „Artificial intelligence and judicial decision-making: Evaluating the role of AI in debiasing” *TATuP – Zeitschrift für Technikfolgenabschätzung in Theorie und Praxis*, nr 1 (2024): 8-54. <https://www.tatup.de/index.php/tatup/article/view/7103>.
- Lütz Fabian, „The AI Act, gender equality and non-discrimination: what role for the AI office?” *ERA Forum*, 25 (2024): 79-95. <https://doi.org/10.1007/s12027-024-00785-w>.
- Mantelero Alessandro, Maria Esposito, „An evidence-based methodology for human rights impact assessment (HRIA) in the development of AI data-intensive systems” *Computer Law & Security Review*, t. XLI (2021): 1-35.
- Mantelero Alessandro, „The Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA) in the AI Act: Roots, legal obligations and key elements for a model template” *Computer Law & Security Review*, vol. LIV (2024). <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2024.106020>.
- Marchant Gary, „AI in Robes: Courts, Judges, and Artificial Intelligence” *Ohio Northern University Law Review*, nr 3 (2024): 473-490.
- Morawska Elżbieta, „Council of Europe standards and activities related to AI: towards a Framework Convention on AI and human rights?”, [w:] *Artificial Intelligence and International Human Rights Law Developing Standards for a Changing*

- World, red. Michał Balcerzak, Julia Kapelańska-Pręgowska. 25-44. Cheltenham: Elgar Publishing, 2024.
- Reiling Dory, „Courts and Artificial Intelligence” *International Journal for Court Administration*, nr 2 (2020): 4-6.
- Schmitz Anna, Michael Mock, Rebekka Görge et al., „A global scale comparison of risk aggregation in AI assessment frameworks” *AI Ethics* (2024). <https://doi.org/10.1007/s43681-024-00479-6>.
- Sroka Tomasz, „Artificial intelligence and the right to a fair trial”, [w:] *Artificial Intelligence and International Human Rights Law Developing Standards for a Changing World*, red. Michał Balcerzak, Julia Kapelańska-Pręgowska. 250-277. Cheltenham: Elgar Publishing, 2024.
- Stern Rachel E., „Automating Fairness? Artificial Intelligence in the Chinese Courts” *Columbia Journal of Transnational Law*, nr 3 (2021): 515-553.
- Świerczyński Marek, Zbigniew Więckowski, *Sztuczna inteligencja w wymiarze sprawiedliwości. Wytyczne Rady Europy dotyczące spraw cywilnych*, Warszawa: Wydawnictwo Instytut de Republica, 2023.
- Villasenor John, „Generative Artificial Intelligence and the Practice of Law: Impact, Opportunities, and Risks” *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, t. XXV (2024): 25-48.
- Wachter Sandra, Brent Mittelstadt, Chris Russell, „Why fairness cannot be automated: Bridging the gap between EU non-discrimination law and AI” *Computer Law & Security Review*, t. XLI, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105567>.
- Wang Peng, Guannan Qu, „AI in court: the promotion and regulation of information technology in China’s Smart Court movements”, [w:] *Artificial Intelligence and International Human Rights Law Developing Standards for a Changing World*, red. Michał Balcerzak, Julia Kapelańska-Pręgowska. 309-324, Cheltenham: Elgar Publishing, 2024.
- Więckowski, Zbigniew, Grzegorz Kubalski, „Czy sztuczna inteligencja oraz inne technologie informatyczne pomogą w dostępie do wymiaru sprawiedliwości osobom ze szczególnymi potrzebami?” *Prawo i Więź*, nr 4 (2022): 146-165. <https://doi.org/10.36128/prwi.vi42.546>.
- Wiśniewski Adam, „Sztuczna inteligencja i prawa człowieka w kontekście prawa międzynarodowego” *Prawo i Więź*, nr 4(2023): 29-52.
- Yap Jia Qing, Ernest Lim, „A Legal Framework for Artificial Intelligence Fairness Reporting” *The Cambridge Law Journal*, nr 3 (2022): 610-644. doi:10.1017/S0008197322000460.



MICHAŁ KOWALSKI

Sztuczna inteligencja a usprawnienie postępowania przed sądami administracyjnymi. Kilka refleksji na tle doświadczeń wybranych systemów prawnych*

Artificial Intelligence and the Improvement of Proceedings Before Administrative Courts: Some Reflections on the Application of Selected Legal Systems

Abstract

The study attempts to present the potential impact of artificial intelligence algorithms on streamlining administrative court procedures in the near future. The main objective of the study is to examine which areas of administrative court operations could be supported or replaced by computer programs in the future, in order to relieve the administrative staff, assistant corps and judicial staff of the tasks they currently perform. The replacement of highly qualified court officials in the simplest, repetitive and time-consuming activities related to the initiation, conduct and conclusion of proceedings before an administrative court, and the performance of numerous activities supporting or supplementing the judicial process, such as the determination of formalities, the sending of correspondence or the anonymisation of the reasons for judgments issued by the court, may in the future free up space for people working

MICHAŁ KOWALSKI – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie, ORCID – 00000002 81120922, e-mail: mkowalski@nsa.gov.pl

* Artykuł stanowi rozbudowaną wersję referatu wygłoszonego w dniu 25 października 2024 r. podczas VI Konferencji poświęconej nowym technologiom i sztucznej inteligencji. *Aspekty prawne i praktyczne gospodarki cyfrowej*, zorganizowanej przez Instytut Prawa, Ekonomii i Administracji Uniwersytetu Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie.

[HTTPS://DOI.ORG/10.36128/PRIW.V153.1161](https://doi.org/10.36128/PRIW.V153.1161)

in the court. Consequently, at least in principle, this should contribute to the streamlining of administrative court proceedings in Poland. The answer to this question will be supplemented by an examination of the current experience of several legal systems which, in my opinion, are experimenting the most with the use of artificial intelligence in the judiciary or are introducing pilot programmes.

SŁOWA KLUCZE: sąd administracyjny, sztuczna inteligencja, sprawność postępowania sądowego

KEYWORDS: administrative court, artificial intelligence, efficiency of court proceedings

1 | Uwagi wprowadzające

Prawo do sądu administracyjnego jest prawem człowieka ugruntowanym zarówno na poziomie światowych^[1], jak i regionalnych^[2] systemów ochrony praw człowieka^[3]. Posiada także pierwszoplanowe umocowanie na poziomie polskiej Konstytucji^[4] oraz stosownych rozwiązań ustawowych^[5]. Zarówno w doktrynie^[6], jak i środowisku sędziów sądów

¹ Art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167- zał). Szeroko na ten temat: Michał Kowalski, *Prawo do sądu administracyjnego. Standard międzynarodowy i konstytucyjny oraz jego realizacja* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 11 oraz Michał Kowalski, „Standard światowy ONZ”, [w:] *System prawa sądownictwa administracyjnego*, t. I, red. Grzegorz Łaszczyca, Wojciech Piątek (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023), 270.

² Art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 – art. 6) na ten temat Kowalski, „Standard regionalny Rady Europy”, 290. oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE.C. 2007 r., Nr 303, poz. 1). Jacek Chlebny, „Standard unijny ochrony sądowej”, [w:] *System prawa sądownictwa administracyjnego*, t. I, 309.

³ Michał Kowalski, *Prawo pomocy w systemie ochrony praw człowieka* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2013), 220.

⁴ Art. 45 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. – powoływanej dalej jako Konstytucja RP).

⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2024 r., poz. 935); dalej: p.p.s.a.

⁶ Michał Kowalski, „Między jawnością a sprawnością postępowania przed sądem administracyjnym (kilka refleksji związanych z pandemią i jej zakończeniem)” *Państwo i Prawo*, nr 12 (2023): 126-140.

administracyjnych intensyfikują się w ostatnim czasie dyskusje oraz mnożą koncepcje w zakresie zwiększenia sprawności postępowania przed sądem administracyjnym^[7].

Zarówno na poziomie międzynarodowym, europejskim jak i polskiej Konstytucji pierwszoplanową wartością rzetelnego procesu sądowego jest postulat rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie, a więc bez nieuzasadnionej zwłoki^[8]. O sprawności działania państwa, również w tym zakresie, mowa jest już w preambule do Konstytucji RP, gdzie wskazano na konieczność zapewnienia w działaniu instytucji publicznych rzetelności i sprawności. Rozwinięcie tej generalnej wytycznej potwierdza art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma prawo do rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Podobnie w art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, jak i w art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej mowa jest o prawie każdego człowieka do rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie. Również jedną z podstawowych zasad przewidzianych na gruncie ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi jest zasada szybkości postępowania, zgodnie z którą sąd administracyjny powinien podejmować czynności zmierzające do szybkiego załatwienia sprawy i dążyć do jej rozstrzygnięcia na pierwszym posiedzeniu (art. 7 p.p.s.a.).

Zgodnie z roczną informacją Prezesa NSA o funkcjonowaniu sądów administracyjnych w 2023 r. przedstawioną w tym roku Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów NSA średni czas załatwienia sprawy w wojewódzkich sądach administracyjnych wyniósł niewiele ponad cztery miesiące. Wobec faktu, że prawie 75% spraw kończy się prawomocnie przed tymi sądami można uznać, że w zdecydowanej większości spraw obywatel uzyskuje w sądzie ochronę przed niezgodnymi z prawem działaniami organów władzy publicznej w bardzo krótkim, kilkumiesięcznym terminie. Z kolei w NSA „miernik sprawności postępowania, wynoszący na koniec 2023 r. około 16 miesięcy, ma charakter statystyczny. Nadal na naszych wokandach są sprawy, które do NSA wpłynęły 3 albo nawet 4 lata temu”. W tym świetle

⁷ Michał Kowalski, „Sprawność proceduralna sądów administracyjnych – analiza wybranych mechanizmów procesowych” *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* (2021): 299 [numer specjalny].

⁸ Michał Kowalski, „Skarga na przewlekłość postępowania sądowego – przesłanki ustanowienia instytucji i sądowa praktyka jej funkcjonowania”, [w:] *Wyzwania współczesnego prawa. Księga pamiątkowa dedykowana SSN Tadeuszowi Szymankowi*, red. Barbara Bajor, Przemysław Saganek (Warszawa: Wydawnictwo EWSPiA, 2018), 381.

należy wskazać, że w postępowaniu przed wojewódzkimi sądami administracyjnymi realizowany jest wysoki standard szybkiego rozpoznawania spraw na działanie lub bezczynność organów administracji, niemniej jednak w Naczelnym Sądzie Administracyjnym czas oczekiwania na rozpoznanie sprawy nadal pozostaje dość odległy. W 2022 r. ponad 32% skarg kasacyjnych przed NSA zostało rozpatrzonych poniżej roku. Co się tyczy 2023 r., wskaźnik ten wyniósł prawie 29%, a w pierwszej połowie 2024 r. ponad 24%. Bardziej niepokojące są jednak dane dotyczące ilości skarg kasacyjnych oczekujących w NSA ponad 2 lata. I tak w 2022 r. było to 41% spraw, w 2023 r. – 52% spraw, zaś w pierwszym półroczu 2024 r. prawie połowa (49,34%) skarg kasacyjnych oczekiwało na rozpoznanie powyższej 2 lat^[9].

Fundamentalnymi założeniami reform postępowania sądowoadministracyjnego z 2015 i 2017 r. było usprawnienie i uproszczenie postępowania przed wojewódzkimi sądami administracyjnymi oraz podniesienie sprawności orzekania przez NSA^[10]. Efekty niektórych z przyjętych wówczas rozwiązań są obecnie wyraźnie widoczne, jak choćby postępowanie uproszczone przed wojewódzkim sądem administracyjnym czy też umarzanie postępowań administracyjnych przez sąd, które odniosły niewątpliwy sukces, jak również merytoryczne uprawnienie wojewódzkiego sądu administracyjnego przewidziane w art. 145a § 1 w związku § 3 p.p.s.a., które można uznać za porażkę, ponieważ od początku obowiązywania tych unormowań sądy skorzystały z nich jedynie w kilkadziesiątu sprawach^[11]. Obecnie trwają prace nad dalszymi usprawnieniami procedury sądowoadministracyjnej w kierunku poprawy jej sprawności, jedna z najnowszych propozycji zakłada przykładowo wprowadzenie uprawnienia wojewódzkich sądów administracyjnych do występowania w sprawach „powtarzalnych” z wnioskiem do Naczelnego Sądu Administracyjnego o podjęcie tzw. „uchwały pilotażowej” na wzór postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu. Przedstawiony tekst nie będzie jednak zawierał oceny *de lege lata* obowiązujących przepisów ani też propozycji *de lege ferenda* w zakresie zmian legislacyjnych mających na celu usprawnienie procesu sądowoadministracyjnego, a raczej pewną refleksję na temat wykorzystania w tym zakresie nowych technologii w ramach istniejącego już stanu rzeczy.

⁹ www.nsa.gov.pl/sprawozdania-roczne.

¹⁰ Roman Hauser, „Wstępne założenia nowelizacji ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami” *Państwo i Prawo*, z. 2 (2013): 32

¹¹ Kowalski, *Sprawność proceduralna sądów*, 309–310.

W opracowaniu podjęto zatem próbę przedstawienia możliwości ewentualnego wpływu w niedalekiej przyszłości algorytmów opartych na sztucznej inteligencji na usprawnienie postępowania przed sądem administracyjnym. Głównym celem opracowania jest rozważenie, które obszary funkcjonowania tych sądów mogłyby zostać ewentualnie wsparte lub w przyszłości zastąpione przez programy komputerowe w celu odciążenia personelu administracyjnego, korpusu asystenckiego i kadry sędziowskiej od zadań aktualnie przez nich wykonywanych. W konsekwencji, przynajmniej w założeniu, powinno to przyczynić się do usprawnienia postępowania przed sądem administracyjnym w Polsce. Uzyskanie odpowiedzi na to pytanie zostanie uzupełnione zbadaniem aktualnych doświadczeń kilku systemów prawnych, które w mojej ocenie w najszerszym zakresie eksperymentują lub wprowadzają programy pilotażowe operujące przy użyciu sztucznej inteligencji w obszarze wymiaru sprawiedliwości. Uwzględnione zostaną także najnowsze regulacje europejskie wprowadzone do porządku prawnego w omawianym zakresie.

2 | Sztuczna inteligencja na tle doświadczeń innych systemów prawnych oraz kształtujący się standard europejski

Chin nie można co prawda zaliczyć do krajów o wysokich standardach przestrzegania praw człowieka, to jednak należy zwrócić uwagę, że śmiało wprowadzają one nowe technologie w ramach usprawnienia organów wymiaru sprawiedliwości. Z dużą zatem ostrożnością należy przyjrzeć się wprowadzanym w ramach tego systemu prawnego i technologicznego innowacjom. W ciągu ostatnich kilku lat regulacje prawne z zakresu sztucznej inteligencji ewoluowały w tym kraju w bardzo szybkim tempie. Pomimo, że w tym kraju nie ustanowiono uniwersalnych unormowań konwencyjnych w zakresie wdrażania systemów sztucznej inteligencji, jak uczyniono to w Europie, to jednak wydaje się, że Chiny są liderem we wdrażaniu wielu rozwiązań wykorzystujących rozwiązania technologiczne w wymiarze

sprawiedliwości^[12]. Przykładowo prowadzone są w tym kraju na gruncie procesowym programy pilotażowe w ramach, których zastępuje się urzędników sądowych asystentami sztucznej inteligencji, do których zadań należy m.in. transkrypcja notatek do spraw, odnajdywanie i przeszukiwanie akt oraz prezentowanie sędziom dowodów. Niewątpliwie w pewnym zakresie zastąpienie w niedalekiej przyszłości ręcznych zapisów nagraniami i automatyczną transkrypcją przy użyciu technologii rozpoznawania pisma, głosu czy twarzy może poprawić sprawność postępowania sądowego^[13]. Z kolei w sensie materialnoprawnym chińskie sądy wydały ostatnio kilka przełomowych orzeczeń w procesach dotyczących sztucznej inteligencji. Przykładowo Sąd Internetowy w Pekinie wydał w 2023 r. orzeczenie w sprawie Li Yunkai v. Liu Yuanchun w którym orzekł, że treść wygenerowana przez sztuczną inteligencję może podlegać ochronie praw autorskich, jeśli użytkownik ludzki wniósł istotny wkład w stworzenie dzieła. W swoim wyroku Sąd stanął na stanowisku, że algorytm sztucznej inteligencji nie może być autorem dzieła, ponieważ nie jest człowiekiem, a powód ma prawo do praw autorskich do zdjęcia wygenerowanego przez komputer na tej podstawie, że osobiście wybrał i ułożył kolejność podpowiedzi, ustawił parametry i wykrył styl wyjścia, co gwarantuje wystarczający poziom oryginalności w pracy. Jest to przeciwieństwo decyzji wydanej przez Urząd ds. Praw Autorskich Stanów Zjednoczonych w sprawie Zarya of the Dawn, który nie uznał praw autorskich do obrazów generowanych przez sztuczną inteligencję^[14]. Pokazuje to odmiennosc podejść poszczególnych systemów prawnych do podobnych zagadnień, niemniej jednak wskazuje również na poszukiwania w ramach konkretnych ustawodawstw sposobów wykorzystania algorytmów sztucznej inteligencji dla usprawniania czynności poza orzeczniczych z zakresu postępowania sądowego, a także wskazuje na pojawienie się nowych kategorii spraw związanych z używaniem systemów operujących przy wykorzystaniu stosownych algorytmów AI.

W Europie zagadnienie sztucznej inteligencji również znajduje obecnie pierwszoplanowe miejsce w obszarze regionalnych organizacji ochrony

¹² Cheryl Yu, Barbara Li, *AI explained: AI regulations and PRC court decisions in China*. www.reedsmith.com.

¹³ Ikenna Emewu, *Shanghai courts start to replace clerks with AI assistants*. africachinapresscentre.org.

¹⁴ Aaron Wininger, *Beijing Internet Court Releases Translation of Li vs. Liu Recognizing Copyright in Generative AI*. www.chinaiplawupdate.com.

praw człowieka. W preambule do przyjętej w dniu 5 września 2024 r. Ramowej Konwencji Rady Europy o sztucznej inteligencji i prawach człowieka, demokracji i praworządności wskazano, że jej twórcy świadomi są przyspieszającego rozwoju nauki i technologii oraz głębokich zmian spowodowanych działaniami w ramach cyklu życia systemów sztucznej inteligencji, które mają potencjał promowania dobrobytu ludzkości, a także indywidualnego i społecznego dobrostanu, zrównoważonego rozwoju, równości płci i wzmocnienia pozycji wszystkich kobiet i dziewcząt, a także innych ważnych celów i interesów, poprzez zwiększanie postępu i innowacji oraz uznając, że działania w ramach cyklu życia systemów sztucznej inteligencji mogą oferować bezprecedensowe możliwości ochrony i promowania praw człowieka, demokracji i praworządności, ale także zaniepokojeni, że pewne działania w ramach cyklu życia systemów sztucznej inteligencji mogą podważać godność człowieka i autonomię jednostki, prawa człowieka, demokrację i praworządność. W preambule do Konwencji wskazano poza tym, że jej twórcy zaniepokojeni są ryzykiem dyskryminacji w kontekstach cyfrowych, w szczególności tych obejmujących systemy sztucznej inteligencji oraz ich potencjalnym wpływem na tworzenie lub pogłębianie nierówności, w tym tych doświadczanych przez kobiety i osoby znajdujące się w sytuacjach zagrożenia, w zakresie korzystania z ich praw człowieka i ich pełnego, równego i skutecznego uczestnictwa w sprawach gospodarczych, społecznych, kulturalnych i politycznych oraz zaniepokojeni niewłaściwym wykorzystaniem systemów sztucznej inteligencji i sprzeciwiając się wykorzystywaniu takich systemów do celów represyjnych z naruszeniem międzynarodowego prawa praw człowieka, w tym poprzez arbitralne lub bezprawne praktyki nadzoru i cenzury, które podważają prywatność i autonomię jednostki. Jej twórcy podkreślili również, że Konwencja ma na celu rozwiązywanie konkretnych wyzwań, które pojawiają się w całym cyklu życia systemów sztucznej inteligencji oraz zachęcenie do rozważenia szerszych ryzyk i skutków związanych z tymi technologiami, w tym, ale nie wyłącznie, zdrowia ludzkiego i środowiska oraz aspektów społeczno-ekonomicznych, takich jak zatrudnienie i praca^[15].

Unia Europejska także podpisała Konwencję ramową Rady Europy o sztucznej inteligencji i prawach człowieka, demokracji i praworządności. Zgodnie z Komunikatem Komisji Europejskiej sztuczna inteligencja odnosi się do systemów, które wykazują inteligentne zachowanie dzięki analizie otoczenia i podejmowaniu działań – do pewnego stopnia

autonomicznie – w celu osiągnięcia konkretnych celów. Systemy sztucznej inteligencji (*artificial intelligence*) mogą być oparte na oprogramowaniu działając w świecie wirtualnym, jak m.in. asystenci głosowi, oprogramowanie do analizy obrazu, wyszukiwarki, systemy rozpoznawania mowy i twarzy lub mogą być wbudowane w urządzenia takie jak zaawansowane roboty, samochody autonomiczne, drony lub aplikacje internetu rzeczy. Mogą być też wykorzystywane do wykonywania tłumaczeń z obcych języków, generowania napisów w filmach wideo lub blokowania spamu^[16].

Wspomnianym regulacjom przyświeca przeświadczenie, że ramy regulacyjne oparte na prawach człowieka i podstawowych wartościach opracowane przez Unię przyczynią się do rozwoju systemów sztucznej inteligencji, które będą przynosiły korzyści cywilizacji ludzkiej. W założeniu oznacza to w ocenie organizacji europejskich lepszą ochronę zdrowia, bezpieczniejszy i bardziej ekologiczny transport oraz sprawniej działające usługi publiczne dla obywateli. Komisja planuje zakończenie prac nad kodeksem postępowania najpóźniej w kwietniu 2025 r. Informacje zebrane w ramach konsultacji będą również przydatne dla Europejskiego Urzędu do spraw sztucznej inteligencji, który będzie nadzorował wdrażanie i egzekwowanie przepisów dotyczących modeli AI ogólnego przeznaczenia przewidzianych w akcie w sprawie sztucznej inteligencji^[17].

Zastosowanie rozwiązań operujących z wykorzystaniem technologii sztucznej inteligencji jest aktualnie widoczne zarówno w ramach poszczególnych systemów prawnych, w szczególności takich jak wspomniane Chiny oraz Stany Zjednoczone, jaki i w ramach regionalnych systemów ochrony praw człowieka. Stosowne kroki w tym zakresie podejmowane są zarówno w ramach Rady Europy, jak i Unii Europejskiej. W Europie dostrzegając korzyści, ale także zagrożenia płynące z powszechnego zastosowania sztucznej inteligencji zwraca się uwagę przede wszystkim na konieczność ochrony praw podstawowych. Są to najnowsze i zarazem pionierskie unormowania na skalę światową, a zatem czas pokaże, czy okażą się skuteczne i czy przyjęty kierunek zmian okazał się właściwy. W mojej ocenie bardzo istotne jest dostrzeżenie zagrożeń jaki może nieść za sobą zbyt nie „zaufanie” sztucznej inteligencji i konieczność oceny wprowadzania

¹⁶ Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 25 kwietnia 2018 r. Sztuczna inteligencja dla Europy. Agnieszka Hajos-Iwańska, „Sztuczna inteligencja jako uczestnik obrotu gospodarczego”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fisher, Adam Pązik, Marek Świerczewski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 401.

¹⁷ commission.europa.eu.

wszelkich rozwiązań w tym zakresie z uwzględnieniem optyki ochrony praw podstawowych wynikających z dorobku prawnego Rady Europy oraz Unii Europejskiej. Nie mniej jednak, uwzględniając wspomniane zasady o charakterze fundamentalnym można w przyszłości rozważyć stopniowe wprowadzenie do procedury sądowej pewnych rozwiązań operujących z bezpiecznym wykorzystaniem algorytmów sztucznej inteligencji.

3 | Refleksja końcowa

Współczesne wykorzystanie sztucznej inteligencji przez prawników w postaci chatbotów, kodowania, analityki predykcyjnej i uczenia maszynowego może sugerować przyszłe wykorzystanie algorytmów sztucznej inteligencji do usprawnienia postępowania przed sądem administracyjnym. Mam tu na myśli częściowe zastąpienie wysoko wykwalifikowanych urzędników sądowych, w tym asystentów sędziów sądów administracyjnych, w wykonywaniu najprostszych, powtarzalnych, ale bardzo czasochłonnych czynności związanych z wszczęciem, tokiem lub zakończeniem postępowania przed sądem administracyjnym oraz wykonywaniu licznych czynności wspomagających lub uzupełniających proces orzeczniczy. Przykładowo wśród takich można wymienić m.in. rejestrację spraw, generowanie nowych sygnatur akt spraw, ustalenie i wezwanie do uzupełnienia braków formalnych oraz tworzenie stosownych zarządzeń i wezwań w tym zakresie, ustalanie prawidłowości pełnomocnictw, informowanie o terminach posiedzeń i składach orzekających, w szczególności przygotowywanie zarządzeń o terminie rozprawy, weryfikowanie podpisania uzasadnienia przez cały skład orzekający, wysyłanie korespondencji oraz obliczanie określonych przez sąd terminów do dokonania określonych czynności procesowych, w tym przysyłanie odpisów orzeczeń wraz z uzasadnieniami lub innego rodzaju pism, takich jak wezwania lub zawiadomienia. W mojej ocenie należałoby również rozważyć w tym zakresie usprawnienie lub całkowite zastąpienie człowieka algorytmem pracującym przy wykorzystaniu sztucznej inteligencji w zakresie procesu anonimizacji uzasadnień wydanych przez sąd orzeczeń, a może nawet w niedalekiej przyszłości generowanie stanów faktycznych (części historycznej) uzasadnień orzeczeń w sprawach „prostych,” i „powtarzalnych”, co mogłoby stworzyć w niedalekiej przyszłości znacznie większą przestrzeń dla ludzi pracujących

w sądzie i w konsekwencji, przynajmniej potencjalnie wpłynąć na znaczne usprawnienie i przyspieszenie procesu sądowoadministracyjnego^[18].

Współczesne wykorzystanie przez prawników sztucznej inteligencji może sugerować w przyszłości wykorzystanie sztucznej inteligencji w celu zgromadzenia, selekcji i przedstawiania materiałów procesowych, w tym materiału dowodowego, sędziom. W literaturze wspomina się również o humanoidalnych świadkach, cyberbiegłych czy też autonomicznych źródłach dowodowych. Trzeba jednak pamiętać, że przynajmniej część tak zgromadzonych dowodów może być zgromadzona z uwzględnieniem preferencji politycznych, społecznych czy etycznych przypisanych botowi przez twórcę programu. W sądach tego rodzaju programy mogą służyć choćby do monitorowania linii orzeczniczych, co może być pomocne przy zachowaniu ich jednolitości. Tego rodzaju programy pilotażowe wprowadzone są m.in. w Chinach. Nie wyręczają one pracowników sądów ani sędziów w pracach koncepcyjnych, ale przykładowo śledzą linie orzecznicze, gromadząc materiał do danej sprawy lub wskazując na pojawiające się anomalie, rozumiane jako odstępstwa o jednolitej linii orzeczniczej. W takim przypadku rozstrzygnięcie sprawy należy do sędziego, ale rzetelna informacja na temat ukształtowanej linii orzeczniczej lub jej ewentualnym braku może stanowić istotną pomoc dla sędziego oraz jego asystenta i wpłynąć na usprawnienie procesu orzeczniczego. Prowadzone są także programy pilotażowe w ramach, których zastępuje się urzędników sądowych asystentami sztucznej inteligencji, do których zadań należy transkrypcja notatek do spraw, odnajdywanie i przeszukiwanie akt oraz prezentowanie sędziom dowodów. Zwraca się przy tym uwagę, że zastąpienie ręcznych zapisów nagraniami i automatyczną transkrypcją przy użyciu technologii rozpoznawania pisma, głosu czy twarzy poprawi wydajność na salach sądowych i ogólnie może przyspieszyć postępowanie sądowe. Czy tego rodzaju zastosowania programów operujących sztuczną inteligencją mogą w niedalekiej przyszłości mieć wpływ na przyspieszenie procesu przed sądem administracyjnym? Moim zdaniem jest to możliwe. Wszystkie tego rodzaju usprawnienia technologiczne powinny być uprzednio szczegółowo przetestowane i zabezpieczone przed zewnętrzną ingerencją. Wbrew pozorom proste i powtarzalne czynności wykonywane w tle procesu przed sądem administracyjnym stanowią znaczącą część wszystkich działań wykonywanych przez urzędników sądowych. Ich informatyzacja i zastąpienie przez odpowiednio do tego przystosowane programy operujące na

18 Kowalski, *Sprawność proceduralna sądów*, 309-310.

podstawie schematów sztucznej inteligencji mogą mieć w krótkim czasie realny wpływ na przyspieszenie procesu sądowego. Pragnę jednak zaznaczyć, że typu rozwiązania mogą jedynie w najprostszych czynnościach z zakresu obsługi sądowej pomóc urzędnikom sądowym. Wykorzystanie tego typu rozwiązań może znaleźć zastosowanie jedynie w zakresie czynności wspomagających funkcjonowanie sądów administracyjnych. Co wymaga podkreślenia, z pewnością nie mogą mieć wpływu na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez sądy administracyjne ani jak się wydaje żadne inne sądy. Z pewnością algorytmy sztucznej inteligencji nie zastąpią wysoko wykwalifikowanych urzędników sądowych, asystentów sędziów, nie wspominając o sędziach, którzy podejmują rozstrzygnięcia w rozpatrywanej sprawie i odpowiadają za kierunek orzeczenia i jego uzasadnienie.

Podobne poglądy pojawiają się w najnowszych wystąpieniach i opracowaniach zagranicznych. Jeden z irlandzkich sędziów wskazuje, że sztuczna inteligencja może poprawić efektywność wymiaru sprawiedliwości i otworzyć społeczeństwo na prawo w sposób, który wcześniej nie był możliwy. Należy jednak w pełni zgodzić się ze stanowiskiem irlandzkiego sędziego, że zastosowanie sztucznej inteligencji w wymiarze sprawiedliwości nazywane również „sprawiedliwością algorytmiczną” budzi poważne obawy i może stanowić ingerencję w rzetelny proces sądowy, w tym proces sądowoadministracyjny. Innymi słowy, sztuczna inteligencja może poprawić efektywność funkcjonowania sądownictwa, ale tzw. „sprawiedliwość algorytmiczna” może stanowić poważne zagrożenie dla konstytucyjnych i konwencyjnych praw podstawowych, a także szeroko rozumianego sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy^[19].

Nie należy tracić z pola widzenia, że poczucie sprawiedliwości jest pojęciem nieostrym, jednak jego rozumienie można zarysować w granicach humanizmu i generalnego rozumienia dobra i zła. Wydaje się, że taka optyka postrzegania sprawowania wymiaru sprawiedliwości dalece wykracza poza zastosowanie nawet najbardziej zaawansowanych algorytmów sztucznej inteligencji. Cel danego aktu prawnego odkodowywany przez sędziego w procesie orzekania wynika często nie tylko z zasad logiki, ale sędzia może nadrzędny cel danego aktu prawnego określić także na podstawie

¹⁹ Niektóre wnioski z przemówienia sędziego Leonie Reynolds na temat technologii i praworządności wygłoszonego podczas międzynarodowego seminarium Instytutu Europejskiej Sieci Szkolenia Wymiaru Sprawiedliwości (EJTN, REFI) w Rzymie w dniach 2-3 maja 2024 r. Szerzej na ten temat zobacz Michał Kowalski, „The impact of artificial intelligence on the future functioning of administrative courts” *Prawo i Więź*, nr 12 (2024).

posiadanej wiedzy ogólnej oraz doświadczenia zawodowego i życiowego, czasem nawet światopoglądu lub ludzkiego sumienia. Takie rozumienie wpisuje się we współczesną rolę sędziego jako nie tylko sędziego „ustawowego”, ale sędziego konstytucyjnego, europejskiego i konwencyjnego^[20].

Specyfika sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sędziów sądów administracyjnych, oparta na wysokiej specjalizacji oraz dużym doświadczeniu zawodowym i życiowym, w mojej ocenie sprawia, że przez długi czas jedynym realnym wsparciem merytorycznym dla sędziego będzie jego dobrze wykształcony i zaufany asystent^[21]. Stanowisko to co prawda częściowo poddają w wątpliwość informacje o zaawansowanych pracach nad tzw. „głębokim myśleniem”, poddziedziną uczenia maszynowego, w której trenuje się złożone, wielowarstwowe sieci neuronowe w celu ulepszania danych tak, aby sztuczna inteligencja mogła uczyć się złożonych funkcji i rozwijać bardzo zaawansowane umiejętności. Przyjmuje się, że głębokie myślenie (*deep thinking*) to stan, w którym działanie procesorów i oprogramowanie ukierunkowane jest kreatywne lub nieszablonowe rozwiązania zagadnień oraz analizować je i postrzegać z różnych perspektyw. Niemniej jednak nawet osiągnięcie takiego poziomu operatywności sztucznej inteligencji działającej w obszarze sprawiedliwości algorytmicznej będzie niewątpliwie zbyt odległe od ludzkiego poczucia sprawiedliwości.

Bibliografia

- Ashley Kevin, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, Cambridge University Press, 2017.
- Chlebny Jacek, „Standard unijny ochrony sądowej”, [w:] *System prawa sądownictwa administracyjnego*, red. Grzegorz Łaszczyca, Wojciech Piątek. 309-335. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Dauter Bogusław, *Metodyka pracy sędziego sądu administracyjnego*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.

²⁰ Piotr Tuleja, „Dlaczego sędzia nie może być ustami ustawy? Prawa człowieka, a ustrojowa pozycja sądu”, [w:] *Dylematy wokół prawa do sądu*, red. Jerzy Ciapała, Robert Piszko, Agata Pyrżyńska (Warszawa: C.H. Beck, 2022), 91.

²¹ Denis Galligan, Marcin Matczak, *Strategie orzekania sądowego – o wykonywaniu władzy dyskrecyjnej przez sędziów sądów administracyjnych sprawach gospodarczych i podatkowych* (Warszawa: Sprawne Państwo Program Ernst&Young, 2005), 6.

- Drachal Janusz, Aleksandra Wiktorowska i Stankiewicz Rafał, „Komentarz do art. 193 p.p.s.a.”, [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. Roman Hauser, Marek Wierzbowski. 836-837. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Emewu Ikenna, *Shanghai courts start to replace clerks with AI assistants*. <https://africachinapresscentre.org/2020/04/01/shanghai-courts-start-to-replace-clerks-with-ai-assistants/>.
- Fisher Bogdan, „Współdzielenie danych jak niezbędny warunek rozwoju sztucznej inteligencji”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fisher, Adam Pązik, Marek Świerczyński. 91-109. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Galligan Denis, Marcin Matczak, *Strategie orzekania sądowego – o wykonywaniu władzy dyskrejonalnej przez sędziów sądów administracyjnych sprawach gospodarczych podatkowych*. Warszawa: Sprawne Państwo Program Ernst&Young, 2005.
- Gudowski Jacek, „Przedmowa”, [w:] Iwona Rzucidło, *Uzasadnienie orzeczenia sądowego. Ujęcie teoretyczne, a poglądy orzecznictwa*. 11-21. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Hajos-Iwańska Agnieszka, „Sztuczna inteligencja jako uczestnik obrotu gospodarczego”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fisher, Adam Pązik, Marek Świerczewski. 401-408 Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Kowalski Michał, „Między jawnością a sprawnością postępowania przed sądem administracyjnym – kilka refleksji związanych z pandemią i jej zakończeniem” *Państwo i Prawo*, nr 12 (2023): 126-140.
- Kowalski Michał, „Standard światowy ONZ”, [w:] *System prawa sądownictwa administracyjnego*, t. I, red. Grzegorz Łaszczyca, Wojciech Piątek. 270-290. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Kowalski Michał, „The impact of artificial intelligence on the future functioning of administrative courts” *Prawo i Więź*, nr 12 (2024): 95-110.
- Kowalski Michał, *Prawo do sądu administracyjnego. Standard międzynarodowy i konstytucyjny oraz jego realizacja*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Kowalski Michał, *Sądownictwo administracyjne gwarantem praworządności oraz ochrony praw człowieka. Wybór orzecznictwa Najwyższego Trybunału Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*. Warszawa: Wydawnictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, 2022.
- Łętowska Ewa, „Między Scyllą i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 1 (2005): 3-10.
- Łętowska Ewa, Krzysztof Pawłowski, *O prawie i mitach*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.

- Lewandowski Sławomir, *Retoryczne i logiczne podstawy argumentacji prawniczej*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Michał Kowalski, *Prawo pomocy w systemie ochrony praw człowieka*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2013.
- Rzucidło Iwona, *Uzasadnienie orzeczenia sądowego. Ujęcie teoretyczne, a poglądy orzecznictwa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Sadłowski Andrzej, „Sztuczna inteligencja jak system predykcyjny”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fisher, Adam Pązik, Marek Świerczewski. 393-400. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Sourdin Tania, „Judge v robot? Artificial intelligence and Judicial decision-making” *UNSW Law Journal*, nr 4 (2018): 1114-1133.
- Traple Elżbieta, „Granice eksploracji tekstów i danych na potrzeby maszynowego uczenia się przez systemy sztucznej inteligencji”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fisher, Adam Pązik, Marek Świerczewski. 19-39. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Tuleja Piotr, „Dlaczego sędzia nie może być ustami ustawy? Prawa człowieka, a ustrojowa pozycja sądu”, [w:] *Dylematy wokół prawa do sądu*, red. Jerzy Ciapała, Robert Piszko, Agata Pyrzyńska. 81-93. Warszawa: C.H. Beck, 2022.
- Wielec Marcin, Ewa Aleksandra Płocha, „Sztuczna inteligencja jako narzędzie pracy biegłego w procesie karnym”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fisher, Adam Pązik, Marek Świerczewski. 193-208. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Wininger Aaron, *Beijing Internet Court Releases Translation of Li vs. Liu Recognizing Copyright in Generative AI*. www.chinaiplawupdate.com.
- Yu Cheryl, Barbara Li, *AI explained: AI regulations and PRC court decisions in China*. www.reedsmith.com.



Threads and Tech: From Runway Sass to Smart Class – Pierre Bourdieu’s Concept of Capital Revisited*

Abstract

This paper delves into the convergence of fashion and technology, commonly referred to as “fashtech”, through the analytical framework of Pierre Bourdieu’s concept of capital. As the fashion industry embraces technological advancements – from smart textiles and wearable devices to digital platforms and artificial intelligence – the traditional forms of capital outlined by Bourdieu (economic, cultural, social, and symbolic) undergo significant transformation and redefinition. By revisiting Bourdieu’s theories, the study examines how fashtech not only reshapes the distribution and accumulation of these capitals but also creates new avenues for their enhancement and expression. For instance, technological innovations enhance cultural capital by enabling innovative design and creative expression, while digital networking platforms expand social capital through enhanced connectivity and influencer ecosystems. Additionally, the integration of technology elevates symbolic capital by redefining brand prestige and consumer identity in a digitally-driven marketplace. Furthermore, the study considers the role of intellectual property (IP), highlighting how IP introduces complexities that are not entirely encompassed by Bourdieu’s traditional framework of capital. This analysis highlights the intricate ways in which fashtech influences and is influenced by the various

MARLENA JANKOWSKA – associate professor, University of Silesia in Katowice, ORCID – 0000-0001-5425-9593, e-mail: marlena.jankowska@us.edu.pl

MIROŚLAW PAWEŁCZYK – associate professor, University of Silesia in Katowice, ORCID-0000-0003-1344-8026, e-mail: pawelczyk@pawelczyk.pl

* This research was funded in whole by the National Science Centre in Poland, grant “Brand Abuse: Brand as a New Personal Interest under the Polish Civil Code against an EU and US Backdrop”, grant holder: Marlena Maria Jankowska-Augustyn, number: 2021/43/B/HS5/01156. For the purpose of Open Access, the author has applied a CC-BY public copyright licence to any Author Accepted Manuscript (AAM) version arising from this submission.

forms of capital, offering a comprehensive understanding of power dynamics and status within the modern fashion landscape. Ultimately, the paper contributes to both fashion studies and sociological theory by demonstrating the enduring relevance of Bourdieu's concepts in interpreting the ongoing evolution of the fashion industry in the digital age.

KEYWORDS: IP, Intellectual Capital, Pierre Bourdieu, fashtech, fashion law, fashion tech

1 | Introduction

Last decade, any time we would mention fashion and technology as closely related, we would receive startled looks and people ask how it is even possible for these two concepts to become intertwined. And so, in trying to codify the meaning of fashion technology, we arrive at a number of concepts that reveal some fundamental truths, such as that fashion is as old as technology (1), that fashion flourishes only when enabled by technology (2) and, finally and most interestingly, that fashion technology and fashion tech are not quite the same (3). In the introduction, the authors will highlight the scientific attempts to define these terms, as these are often omitted from the argument.^[1] This paper sets out to break the new ground of the technological developments in fashion, whether already well established or fledgling initiatives coming soon, along with their social and legal consequences or threats. Many articles detail the importance of introducing social and technological change to fashion, however, these are mainly Internet-derived sources lacking a methodological and systematic approach.

In addition, recent research into theory and empirics emphasizes the importance of Fashion Tech. One cannot deny that Fashion Tech comes with both benefits and hazards.

¹ Nirupama Pundir, *Fashion technology: Today and tomorrow* (Mittal Publications, 2007); Pooja Khurana, *Introduction to fashion technology* (Firewall Media, 2007); *Advanced fashion technology and operations management*, ed. Alessandra Vecchi (IGI Global, 2017); Elsayed Ahmed Elnashar, "Philosophy of the Construction Elements of Fashion Elements of Fashion" *Trends in Textile Engineering & Fashion Technology*, 4 (2018); Sabine Seymour, *Fashionable technology: The intersection of design, fashion, science, and technology* (New York: Springer, 2008).

2 | Looking Back, Moving Forward

In 2010, *Levi Strauss & Co.* took a bold leap into the future by collaborating with the Forum for the Future initiative, “Action for a ainable World.” The result was a set of four dynamic scenarios that dared to paint the fashion industry’s path forward in a world grappling with climate change, technological advancement, and evolving consumer values.^[2] What seemed like whimsical conjectures at the time now appear more prescient than ever, blurring the lines between speculative fiction and plausible reality.

2.1. Slow is Beautiful – The Age of Deliberate Luxury

Imagine a world where time slows down, and quality reigns supreme. In this low-carbon utopia, buying less is fashionable, and sustainability is the new status symbol. Garments are crafted from organic, natural fibers, emphasizing durability and craftsmanship over disposability. Health-conscious consumers gravitate toward “smart clothes” that monitor well-being, blending style with science.^[3]

Handcrafted, vintage, and second-hand apparel is no longer a niche choice but a mainstream statement of eco-conscious sophistication. Digital tracking, through SustainGrade labels and tags, offers unprecedented transparency, revealing every thread’s journey from field to fabric. Boutique stores and online platforms replace sprawling fast-fashion outlets, as consumers seek meaning and traceability in their purchases.

2.2. Community Couture – DIY Chic in an Age of Scarcity

In a world shaken by climate upheaval and resource scarcity, self-reliance becomes the new black. Here, do-it-yourself (DIY) fashion is not just a trend but a necessity, taught in schools alongside reading and arithmetic. Rising raw material costs turn new clothing into a luxury, while second-hand markets thrive.

² Fiona Bennie, Ivana Gazibara, Vicky Murray, “Fashion Futures 2025: Global scenarios for a sustainable fashion industry” *Forum for the Future* (London, 2010).

³ Nabil Bouazizi, “Green technology in textile industries” *Journal of Textile Science & Fashion Technology*, 8.2 (2021): 1-6; Sarah Scaturro, “Eco-tech fashion: Rationalizing technology in sustainable fashion” *Fashion theory*, 12.4 (2008): 469-488.

Tailors and seamstresses are back in demand, transforming pre-owned pieces into personalized couture. Certified synthetics and virgin materials are reserved for those who can afford them. Traditional retail stores resemble fortified vaults, while black markets and clothing libraries fill the gap for those seeking affordable options.^[4] This is fashion redefined by necessity, ingenuity, and community.

2.3. Techno-Chic – Where Science Meets Style

In the techno-chic future, the world is flush with wealth and high-tech wonders. Fabrics are not just materials but marvels of innovation, woven from nano-tech, bio-tech, and sustainable fibers that biodegrade on command. Programmable clothes allow styles to change at the push of a button, making fashion faster, smarter, and surprisingly eco-friendly.^[5]

Shopping becomes a virtual affair, thanks to 3D body scanners and interactive mirrors that let consumers to “try on” outfits without ever stepping into a dressing room.^[6] Nanotech coatings reduce the need for laundering, keeping clothes fresh and functional for longer. This is fashion at its most futuristic form – fast, customizable, and effortlessly sustainable.

2.4. Patchwork Planet – A Tapestry of Localized Trends

Fragmentation shapes the world of the *Patchwork Planet*, where cultural and regional blocks dictate fashion tastes and practices. Supply chains are dramatically shortened, with fabrics produced and sourced locally to

⁴ Francesca Bonetti, Patsy Perry, Lee Quinn, “The digital revolution in fashion retailing: examining managerial processes and challenges in the adoption of consumer-facing in-store technology” *20th Annual Conference for the International Foundation of Fashion Technology Institutes*, (2018).

⁵ K. Srinivasan, et al. “Nanotechnology trends in fashion and textile engineering” *Current Trends in Fashion Technology & Textile Engineering*, 2.3 (2018): 56-59; Chang-Kyu Park, Sung-Min Kim, “Digital convergence in IT and fashion: i-fashion” *Fashion information and technology*, 5 (2008): 54-63.

⁶ Danmei Sun, Agita Valtasa, “3D printing in modern fashion industry” *Journal of Textile Science and Fashion Technology*, 2.2 (2019); Gill, Sophie, Vazquez, “Enabling”; Arribas, Veronica, José A. Alfaro, “3D technology in fashion: from concept to consumer” *Journal of Fashion Marketing and Management: An International Journal*, 22.2 (2018): 240-251.

reduce environmental impact. Local craftsmanship and cultural heritage influence design, creating distinctive, regional aesthetics.

Online shopping dominates, with personalization options allowing consumers to tailor their clothes digitally before they are even produced. Nanotechnology still plays a role, enhancing fabrics' functionality and longevity. This scenario presents a world where global connectivity coexists with hyper-local identity, stitching together tradition and technology.

When these visions were sketched out in 2010, they might have seemed like ambitious leaps into the unknown. Yet, here we are, inching closer to 2025, and the threads of these scenarios are already weaving into the fabric of our reality. The rise of sustainable fashion, the resurgence of DIY culture, the promise of tech-infused apparel, and the emphasis on local production reflect a world that is adapting, innovating, and rethinking its relationship with fashion.

The question remains: Will consumers fully embrace these futures? If the trajectory holds, the line between science fiction and fashion reality will only continue to blur. And perhaps, just perhaps, those bold statements of the past will transform into the intelligent innovations of tomorrow.

3 | Technology

Tailoring has been known to humankind since the Palaeolithic era, or since about 30,000 BC. Of course, the discipline did not originate at that time fully formed, and it took many iterations to produce zips, collars, lapels or even buttons or woven fabric. Therefore, it is no exaggeration to say that the fashion industry could not flourish without technological progress.^[7] The Industrial Revolution should be one of the most celebrated watersheds in the history of fashion. The period between 1760 and 1840 witnessed a fierce drive for innovation (including in textiles and garments), moneymaking sweatshops and numerous patent applications securing the intellectual property (IP) interests of business-savvy men. As a full account of inventions in the textile industry is not feasible in this format,

⁷ Elnashar, Elsayed Ahmed, "A unified fashion technology in trends of textile engineering science 7000Bc in Egypt" *Trends in Textile Engineering and Fashion Technology*, 2.1 (2018): 1-3.

it suffices to say that J. Hargreaves (1764 – Spinning Jenny), Crompton (1779 – Spinning Mule) and Arkwright (1764 – Water Frame) have been described as a “texture triumvirate”. This technology was much desired by countries competing in the industrialisation race, which included France and especially the United States. From the cultural and social perspectives, it should be observed that this period of time proved pivotal in popularising fashion and appearance. Never before had “beauty” been simultaneously so adored and so easy to access. If we take the legal perspective, it can be noted that this watershed contributed greatly to a better understanding of the importance of technological improvements, business methods for selling and policies on intellectual property rights. One of the best examples of this transformation was I.M. Singer & Company, which, by 1890, made nearly 90% of the world’s sewing machine sales. In the 1970s and 80s, it introduced the world’s first electronic and computer-controlled machines, and recently, in 2017, it launched the world’s first Sewing Assistant App for sewing help on the go. Singer’s success can be attributed to an aggressive trade-in policy and openness to business and technological innovations, including licensing fees, advertising leaflets, long-term relations instead of spot transactions, a free trial system, salesman training on protocols of comportment and dress, etc. In the contemporary world, the above-mentioned simple business strategies are not enough.

Fashion technology should be understood from at least three perspectives. The first views fashion from the broad perspective of technical improvements that developed across the ages, allowing fashion to proliferate. Fashion technology in this sense encompasses sewing techniques, textiles, accessories (including zippers, press-studs etc.) and supply chain. In this sense, fashion and technology overlap and are intertwined, since the former cannot exist without the latter. The second, narrower approach, considers the period of the industrial revolution, that became the corner stone of mass fashion and triggered the use of mass production in the garment segment. Finally, the third relates to the newest developments allowing the fashion industry to market products better and sell them faster and more globally.^[8] However, “fashion technology” is most often interpreted based on the first perspective, leading to the coining of the specific term “Fashion Tech” for the third approach.

⁸ Teddy Seyed, “Technology Meets Fashion: Exploring Wearables, Fashion Tech and Haute Tech Couture” *Extended Abstracts of the 2019 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*. 2019.

3.1. Fashion Tech – Digital Tech, Physical Tech, Bio Tech

Fashion Tech receives a lot of publicity in popular (that is, not scholarly) literature and is often defined as a merging of fashion, design and technology.^[9] It is, therefore, somewhat confusing because, as mentioned above, fashion and technology have been fused since time immemorial. However, if, in this definition, the term “technology” were to be replaced with “new technology” it would make more sense. Fashion Tech is also defined as any significant digital development in or for fashion.^[10] It embraces the newest technical achievements used in business, such as social media, digital and mobile media, e-commerce, augmented reality, wearable technology^[11] and 3D printing. Innovative fashion brands capitalise on fitting technology,^[12] virtual fitting rooms, and AI-enhanced virtual shopping apps, assisting consumers to tailor and select their preferred size and appearance for apparel. Recently, “fashion tech” was used as a buzzword to additionally encompass innovative technologies used throughout the supply chain.

Fashion Tech has just recently been earmarked as worthy of scientific investigation. It addresses three areas, each of which is divided into three smaller groups of scientific research:

1. digital tech
 - a. wearables
 - b. circular consumption models
 - c. connected supply chain

⁹ Simeon Gill, Monika Januszkiewicz, Maryam Ahmed, “Digital fashion technology: A review of online fit and sizing” *Digital Manufacturing Technology for Sustainable Anthropometric Apparel* (2022): 135-163; Eun-young Song, Ho-sun Lim, “Perceptions and trends of digital fashion technology-A big data analysis” *Fashion & Textile Research Journal*, 23,3 (2021): 380-389.

¹⁰ X.H. Kamilova, X.M. Yunusxodjaeva, Z. Sobirova, “Interaction of fashion industry and information technology. digital and phygital new fashion technology” *Spectrum Journal of Innovation, Reforms and Development*, 3 (2022): 95-98.

¹¹ Sibel Deren Guler, Madeline Gannon, Kate Sicchio, *Crafting wearables: Blending technology with fashion* (New York: Apress, 2016).

¹² Sophie Miell, Simeon Gill, Delia Vazquez, “Enabling the digital fashion consumer through fit and sizing technology” *Journal of Global Fashion Marketing*, 9,1 (2018): 9-23.

2. physical tech
 - a. 3D solutions
 - b. nanomaterials
 - c. robotics
3. biological tech
 - a. bio-based materials
 - b. renewable energy and bioenergy
 - c. biomimicry

One of the first to coalesce high fashion and new technology was Diane von Furstenberg, who, in 2013, presented a fashion collection with models wearing Google Glass. Starting with 2015, the H&M Foundation, together with Accenture and KTH Royal Institute of Technology, established Global Change Awards, which were informally labelled Fashion Nobel Prizes. The range of winning projects reveals the substantial amount and level of sophistication of research undertaken for the sake of sustainability in fashion. The advancement of the studies can be exemplified by these innovations, which were awarded prizes between 2016 and 2020:

1. digital tech
 - Tracing Threads (2020): blockchain technology to track and verify the use of sustainable fibres, including sustainable viscose and recycled polyester; each material batch is certified with a twin fibercoin, a digital token that can be linked to a fingerprint, ensuring a unique digital identity for the material that is sustainably produced;
 - The Loop Scoop (2019): a digital system which specifies how each garment choice including material, cut and production affect the planet; the specifications are saved into a digital identity, called a circularity.ID, that can be scanned by consumers to access information about the reuse, updating and recycling of clothes;^[13]
 - Scrap Mapper (2016): an online platform where textile remnants from fabric and garment production are mapped, traced and traded;

¹³ Alessandra Vecchi, "The circular fashion framework-the implementation of the circular economy by the fashion industry" *Current Trends in Fashion Technology & Textile Engineering*, 6.2 (2020): 31-35.

2. physical tech

- Zero-Waste Tailoring (2020): 3D printed garments can be produced without wasting any resources and can be reused by melting them down into new fabrics again and again;
- Growing Clothes (2019): clothes that grow with a child (from 9 months to 4 years) inspired by space engineering and the folding techniques of origami;
- Algorithmic Couture (2019): AI-based system for pattern cutting;

3. bio tech

- Incredible Cotton (2020): growing high-quality cotton in a lab, instead of on big farms, using less water and no land;
- Feature Fibres (2020): creating fabrics at the DNA level with natural colors, stretch, durability, waterproofness and other features; the proteins found in coral, jellyfish, sea anemones, turtles, oysters and even cow milk can be used to make biodegradable materials with the desired feature;
- Zero Sludge (2020): jet engine to separate and clean wastewater to eliminate toxic sludge; toxins are separated into a neat, manageable powder while the clean water is turned into a mist that can be released or reused;
- Airwear (2020): transforming carbon dioxide into sustainable polyester;
- Lab Leather (2019): biodegradable lab leather derived from Peruvian flowers and fruits; in the production process it is possible to mimic virtually any desired leather texture, color, toughness and thickness;
- Crop-A-Porter (2018): bio-textiles obtained from left-overs from the food crop harvest;
- Smart Stitch (2018): dissolvable thread makes repairing and recycling easier; a piece of clothing can be easily disassembled and the fabric can be used again;
- Fungi Fashion (2018): textile made from decomposable mushroom roots;
- Manure Couture (2017): textiles made from cellulose extracted from cow manure.

4 | The Evolution of Fashion – From 1.0 to 6.0

Fashion's transformation over the decades reflects a complex interplay of tradition, technology, consumer engagement, and sustainability. Each evolutionary stage offers a unique perspective on how design, production, and commerce intersect. The journey from Fashion 1.0 to Fashion 6.0 highlights the role of key innovations and cultural shifts that define the industry.

4.1. Fashion 1.0 – The Era of Traditional Fashion

Fashion 1.0 represents the pre-digital age, where the industry's foundations were built on the key cities driving global fashion – Paris, Milan, London, and New York – served as the epicenters of creativity and prestige. Paris, with its long-standing reputation as the cradle of haute couture, embodied the highest form of symbol, as seen in the works of Chanel, Dior, and Yves Saint Laurent. Milan, with its craftsmanship-focused ethos, cultivated economic capital through luxury goods from houses like Gucci, Prada, and Versace. London's penchant for youth culture and subversion, represented by designers such as Vivienne Westwood and Alexander McQueen, built on culture, embracing movements like punk and new wave. New York, with its emphasis on practicality and sportswear, harnessed social change through designers like Ralph Lauren, Calvin Klein, and Donna Karan, who redefined American style with accessible luxury.

Retail during this period relied on physical storefronts such as Galeries Lafayette in Paris, Harrods in London, Barneys New York in Manhattan, and La Rinascente in Milan. Collections were unveiled during biannual fashion weeks, adhering strictly to Spring/Summer and Fall/Winter cycles. Shows held at venues like the Grand Palais in Paris, the Metropolitan Museum of Art in New York, the Royal Albert Hall in London, and Palazzo della Permanente in Milan underscored the importance of exclusivity and prestige. Media coverage came from magazines such as “Vogue”, “Elle”, and “Harper's Bazaar”, whose editors like Diana Vreeland, Anna Win-tour, and Carmel Snow acted as gatekeepers. The process of producing garments was lengthy, with supply chains dependent on skilled artisans and fabric suppliers, particularly from regions like Lyon for silks, Como for textiles, and Northampton for leather goods.

Consumer participation in this era was largely passive, with trends dictated from the top down. Designers' creative authority went unchallenged,

and the notion of exclusivity was reinforced by limited access to high fashion. Symbolic capital derived from owning a couture piece signified status and refinement, while economic capital fueled the luxury industry's growth. Fashion houses operated with long lead times, placing orders months in advance, leading to significant inventory investments. This era laid the groundwork for the modern industry, emphasizing quality, heritage, and the aura of exclusivity.

4.2. Fashion 2.0 – The Digital Revolution and Fast Fashion

Fashion 2.0 marks the disruption of traditional fashion structures with the advent of internet technology, social media platforms, and e-commerce. The dominance of retail giants like ASOS, Net-a-Porter, and Revolve made fashion more accessible, breaking down geographical barriers. The industry witnessed the meteoric rise of fast fashion brands such as Zara, H&M, and Forever 21, which compressed design-to-store timelines from six months to as little as two weeks. Instead of adhering to fixed seasonal collections, these brands introduced new items continuously, responding to real-time consumer demand. This rapid production model was facilitated by data analytics, enabling companies to monitor purchasing trends and adjust inventory accordingly.^[14]

Social media platforms like Instagram, Facebook, and YouTube became essential marketing tools. Influencers such as Chiara Ferragni, Aimee Song, and Bryanboy gained prominence, shifting the power dynamics of trendsetting away from magazine editors and designers. Direct engagement with audiences fostered a more participatory fashion culture, where consumers influenced trends through likes, shares, and comments. Brands capitalized on this dynamic by creating digital-first campaigns and leveraging influencer endorsements to drive sales.

The global supply chain underwent significant changes during this period, with production often outsourced to factories in countries like China, Bangladesh, and Vietnam to reduce costs. While this model democratized fashion by making trends available to a wider audience, it also raised ethical concerns regarding labor practices and environmental sustainability. The sheer volume of clothing produced led to issues of textile

¹⁴ Bonetti, Patsy, Lee, "The digital".

waste, pollution, and resource depletion. Despite these challenges, Fashion 2.0 set the stage for a more connected, responsive, and consumer-driven industry.

4.3. Fashion 3.0 – Virtual, Smart, and Sustainable Fashion

Fashion 3.0 introduces the integration of advanced digital technologies such as artificial intelligence (AI), augmented reality (AR), virtual reality (VR), and blockchain.^[15] Companies like Stitch Fix utilize AI algorithms to personalize wardrobe selections based on customer data, while Heuritech analyzes social media images to predict trends accurately.^[16] AR applications, including Dior's virtual try-on filters and Snapchat's AR lenses, allow consumers to visualize garments on themselves without visiting a store. VR technology enhances fashion shows, with Balenciaga's 2021 Afterworld offering an immersive virtual runway experience that redefined the presentation format.

Blockchain technology supports the creation and ownership of digital fashion assets. Brands like Nike introduced CryptoKicks, blockchain-verified digital sneakers, while Gucci's NFT collections explore the possibilities of digital ownership in the luxury market. Sustainability gains traction with virtual-only fashion houses such as The Fabricant, which create digital garments that exist solely online, reducing the environmental footprint of production.

3D design software like CLO3D and Marvelous Designer streamlines the sampling process, allowing designers to create digital prototypes before committing to physical production.^[17] This approach minimizes waste and accelerates the design cycle. Digital fashion blurs the boundaries between the physical and virtual worlds, reflecting a shift towards more sustainable, innovative, and inclusive practices.

¹⁵ Yuli Liang, Seung-Hee Lee, Jane Evelyn Workman, "Extending the technology acceptance model to consumer perceptions of fashion AI" *International Textile and Apparel Association Annual Conference Proceedings*, No. 1 (Iowa State University Digital Press, 2018).

¹⁶ Pertti Saariluoma, Hanna-Kaisa Alanen, Rebekah Rousi, "Fashion Technology-What Are the Limits of Emerging Technological Design Thinking?." *Human Interaction, Emerging Technologies and Future Applications IV: Proceedings of the 4th International Conference on Human Interaction and Emerging Technologies: Future Applications (IHIET-AI 2021)*, April 28-30, 2021, Strasbourg, France 4 (Springer International Publishing, 2021).

¹⁷ Agita Sun, "3D printing".

4.4. Fashion 4.0 – Smart Manufacturing, Biotechnology, and Wearables

Fashion 4.0 represents the convergence of physical manufacturing, digital innovation, and biological science to create a more efficient, responsive, and sustainable industry. At the heart of this stage is smart manufacturing, enabled by the Internet of Things (IoT) and automation. Factories such as Adidas' Speedfactory (moved from Germany and the U.S. to Asia) exemplify this approach, using robotics and IoT sensors to streamline production processes. These facilities collect real-time data on manufacturing operations, ensuring precise quality control, reducing waste, and speeding up production cycles. Unlike traditional factories, Speedfactory produces customized sneakers locally, eliminating the need for long supply chains and reducing carbon emissions.

Biotechnology is another hallmark of Fashion 4.0. Companies like Bolt Threads have pioneered the development of Mylo™, a mycelium-based leather derived from the root structure of mushrooms. This biofabricated material is used by brands like Stella McCartney, Hermès, and Adidas as a sustainable alternative to animal leather. Meanwhile, Japanese company Spiber produces lab-grown silk by replicating spider silk proteins, providing a cruelty-free and resource-efficient textile. These innovations reflect a shift toward materials that are not only sustainable but also biologically advanced, offering durability and versatility without harming the environment.

Wearable technology continues to evolve, integrating smart functions into everyday clothing.^[18] Google Jacquard's collaboration with Levi's resulted in a denim jacket equipped with conductive fibers that allow the wearer to control smartphone functions through gestures. In sportswear, Under Armour and Hexoskin offer smart apparel with embedded sensors that track heart rate, movement, and other biometric data. This technology caters to athletes, health-conscious consumers, and professionals, enhancing performance and providing real-time feedback.^[19]

The digital and physical realms merge further with the rise of the metaverse. Brands like Nike and Balenciaga now offer both physical products

¹⁸ Seyed, "Technology".

¹⁹ Lianne Toussaint, Marina Toeters, "Keeping the data within the garment: Balancing sensing and actuating in fashion technology" *Proceedings of the 2020 ACM Designing Interactive Systems Conference*, (2020).

and their digital twins, which can be worn by avatars in virtual spaces like Decentraland, Roblox, and Fortnite. This seamless integration allows consumers to express their identities across multiple realities, creating new revenue streams and redefining ownership. Fashion 4.0, therefore, represents a sophisticated intersection of efficiency, sustainability, and technological enhancement.

4.5. Fashion 5.0 – Hyper-Personalization and Symbiotic Design

Fashion 5.0 takes personalization to an extreme level, driven by artificial intelligence, neurotechnology, and biometrics to create garments tailored to individual needs, preferences, and even emotional states. Companies like Unspun are leading this movement by offering jeans that are custom-made using 3D body scanning technology. This eliminates the need for standard sizing, reduces returns, and minimizes waste by producing only what is necessary. The level of customization extends beyond fit to include fabrics and design elements chosen specifically for each customer.

Symbiotic design emphasizes a relationship between the garment, the wearer, and the environment. Clothing in this era interacts dynamically with the wearer's body and surroundings. Vollebak's algae-based T-shirt represents this concept by being fully biodegradable and capable of decomposing into nutrient-rich soil. Similarly, researchers are developing fabrics made from photosynthetic algae, which produce oxygen as they are worn. These garments contribute positively to the environment, transforming fashion into a regenerative system rather than a consumptive one.

Neurotechnology introduces another dimension to hyper-personalization. Wearables may soon be equipped with neural interfaces that detect brain signals and respond accordingly. For example, clothing could adjust its texture, temperature, or color based on the wearer's mood or stress levels. Startups like Neuroon and Emotiv are exploring brainwave-sensing headwear, pointing toward a future where apparel can enhance mental well-being. Blockchain technology further supports this decentralized, hyper-personalized future by allowing consumers to co-create,^[20] verify,

²⁰ Frances Ross, "Co-creation via digital fashion technology in new business models for premium product innovation: Case-studies in menswear and women-swear adaptation" *Advanced fashion technology and operations management* (IGI Global, 2017), 38-63.

and own unique digital and physical designs. Platforms like Digitalax empower independent designers to collaborate directly with consumers, bypassing traditional retail channels.

The principles of ethical production and inclusivity are integral to Fashion 5.0. This era reflects a commitment to reducing environmental harm, promoting transparency, and ensuring that fashion is accessible and reflective of diverse identities. Hyper-personalization and symbiotic design blur the lines between technology, biology, and personal expression, creating a future where fashion enhances both the individual and the planet.

4.6. Fashion 6.0 – Post-Human and Transhuman Fashion

Fashion 6.0 envisions a speculative future where the boundaries between clothing, identity, and the human body are redefined by post-human and transhumanist concepts. In this era, fashion integrates seamlessly with biology and technology, transforming garments into extensions of the body. Bio-integrated clothing could be grown from the wearer's own DNA or cells, resulting in garments that are biologically unique to each individual. Researchers in fields like synthetic biology and bioengineering are exploring the potential for creating fabrics that mimic the body's properties, such as skin-like materials that heal themselves when torn.

Quantum technology offers the potential for revolutionary advancements in materials science. Fabrics designed with quantum dots or programmable fibers could change their color, texture, or function instantaneously. This level of customization would allow wearers to adapt their clothing to different environments or social contexts without changing garments. The development of quantum computing may also enable instantaneous design processes, where consumers can create and visualize custom clothing in real time.

The convergence of digital and physical identities reaches its zenith in Fashion 6.0. Individuals can seamlessly transition between virtual avatars and physical forms, wearing garments that exist in both realms simultaneously. In virtual environments like Decentraland, The Sandbox, and Meta's Horizon Worlds, digital fashion becomes an essential aspect of personal identity. Brands are already exploring this space; for instance, Ralph Lauren and Balenciaga have released digital collections for gaming platforms, hinting at a future where virtual fashion holds the same cultural significance as physical fashion.

Another frontier in this evolution is self-aware fabrics. These textiles, equipped with artificial intelligence, could interact with the wearer on an emotional and cognitive level. For example, a garment might sense anxiety and provide calming vibrations or adjust its fit to enhance comfort. While still speculative, these innovations challenge traditional notions of what clothing can achieve, turning fashion into a tool for personal enhancement and well-being.

Fashion 6.0 ultimately transcends current definitions of clothing, blending technology, biology, and identity to create a world where fashion is fluid, adaptive, and deeply integrated with the human experience.

5 | The Interplay of Cultural, Social, Economic, and Symbolic Capital in Fashion

Introduction

Fashion is an intricate system that both reflects and reinforces social stratification, serving as a key vehicle for expressing identity, prestige, and power. Pierre Bourdieu's theory of capital – encompassing cultural, social, economic, and symbolic capital – offers a comprehensive framework for understanding these dynamics within the fashion industry.^[21] These forms of capital do not exist in isolation; rather, they intersect, influencing the ways designers, consumers, and brands achieve and maintain status. By applying Bourdieu's insights, we can analyse the mechanisms through which fashion shapes society and perpetuates systems of privilege.

²¹ Pierre Bourdieu, "The forms of capital", [in:] *The sociology of economic life*. (London: Routledge, 2018), 78-92; Pierre Bourdieu, "The forms of capital. (1986)" *Cultural theory: An anthology*, 1.81-93 (2011): 949; Pierre Bourdieu, Loïc Wacquant, "Symbolic capital and social classes" *Journal of classical sociology*, 13.2 (2013): 292-302; Grace Ramsey, "Cultural Capital Theory Of Pierre Bourdieu" *Simply Sociology*. Päivitetty verkkosivusto. Päivitetty, 25 (2023): 2023; Pierre Bourdieu, *Medytacje pascaliańskie*, trans. Krzysztof Wakar (Warszawa: Oficyna Naukowa, 2006); Pierre Bourdieu, *Rozum praktyczny. O teorii działania*, trans. Joanna Stryczyk (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2009); Pierre Bourdieu, "The Force of Law. Toward a Sociology of the Juridical Field" *The Hastings Law Journal*, 38 (1987).

5.1. Cultural Capital – The Language of Fashion Expertise

Cultural capital in fashion is manifested through the accumulation of knowledge, skills and training that enable individuals to navigate the fashion system with fluency. For example, an experienced fashion editor at Vogue might have an encyclopaedic understanding of 20th-century couture, including the revolutionary impact of Christian Dior's New Look in 1947 and the minimalist aesthetic pioneered by Jil Sander in the 1990s. This knowledge distinguishes the editor from a casual observer and enhances her ability to critically interpret collections and set trends.

In the world of fashion design, embodied cultural capital is exemplified by the nuanced techniques mastered by graduates of elite institutions such as Central Saint Martins or the Royal College of Art in London. A designer who can effortlessly integrate historical references – like Alexander McQueen's recurring themes of Gothic Romanticism and British history – into their work displays a depth of cultural capital that elevates their status. Objectified cultural capital in this context is the possession of artifacts like a *Yves Saint Laurent Mondrian Dress* from 1965 or an original *Issey Miyake pleated piece*, each representing milestones in fashion history that can only be fully appreciated by those with the requisite cultural literacy.

Institutionalised cultural capital comes into play when a designer's training is validated by diplomas from prestigious schools. For example, Phoebe Philo's status as a graduate of Central Saint Martins became a crucial component of her credibility in her rise to creative leadership at Céline. Such credentials are not just educational markers; they act as gatekeepers, reinforcing hierarchies within the industry and granting access to exclusive platforms and resources.

5.2. Social Capital – The Fabric of Fashion Networks

Social capital in fashion is the product of networks, relationships, and affiliations that confer advantages and facilitate upward mobility. The fashion industry thrives on interconnectedness, and success often depends on who one knows rather than solely on talent. The career of designer Virgil Abloh illustrates this principle vividly. His early collaboration with Kanye West and connections within the hip-hop and streetwear communities enabled him to transition from his brand, *Off-White*, to becoming the first

Black artistic director of *Louis Vuitton*'s menswear line. This rise was not just the result of design acumen, but was deeply rooted in social alliances and visibility in influential circles.

Events like the *Met Gala* or *Paris Fashion Week* are quintessential spaces where social capital is accumulated and exchanged. Being seen alongside influential figures like Anna Wintour or Edward Enninful can open doors that remain closed to outsiders. For models, attending exclusive parties hosted by brands such as *Balmain* or *Dolce & Gabbana* often leads to casting opportunities, as proximity to decision-makers translates into professional advantages.

Fashion PR firms, such as *KCD* or *The Communications Store*, leverage their social capital to ensure that their clients – whether designers or celebrities – receive maximum exposure. Relationships with editors at *Harper's Bazaar* or influencers like Chiara Ferragni create pathways to visibility, demonstrating how social capital lubricates the machinery of fashion promotion and success.

5.3. Economic Capital – The Currency of Fashion Influence

Economic capital underpins every facet of the fashion industry, determining who participates, who leads, and who consumes. The creation of a haute couture collection, such as those presented by *Chanel* or *Christian Dior*, requires immense financial resources. Initially co-founded and financially backed by Coco Chanel and Pierre Wertheimer, Chanel continues to be privately owned by the Wertheimer family today. Conversely, Christian Dior, established by Marcel Bouac, is now owned by the LVMH Group, providing both fashion houses with the immense financial resources required to create their esteemed haute couture collections. The elaborate craftsmanship, which might involve thousands of hours of handwork, is sustained by the economic power of conglomerates like *LVMH* and *Kering*. These entities, led by figures like Bernard Arnault and François-Henri Pinault, wield unparalleled economic influence, dictating market trends and the fortunes of smaller fashion houses.

For consumers, the ability to purchase items from luxury brands signifies economic capital. A client who regularly shops at *Hermès* or commissions bespoke suits from *Savile Row* tailors demonstrates their financial status through conspicuous consumption. This purchasing power is further amplified through access to exclusive services, such as *Louis Vuitton*'s VIP

personalization programs or Gucci’s custom-order ateliers. Economic capital also extends to the realm of investment; for instance, the resurgence of Balenciaga under Demna Gvasalia was fueled by significant financial backing from Kering, demonstrating how economic resources shape creative outcomes.

5.4. Symbolic Capital – The Illusive Power of Prestige

Symbolic capital in fashion is the intangible currency of prestige, honor, and legitimacy. It represents the culmination of cultural, social, and economic capital but transcends them by bestowing lasting influence and authority. Designers like Karl Lagerfeld achieved symbolic capital not merely through design talent but through decades of consistent innovation, celebrity associations, and cultural commentary. His tenure at Chanel transformed him into a cultural icon whose mere approval could elevate a model or collection to legendary status.

Awards and accolades serve as institutional markers of symbolic capital. The CFDA Fashion Awards or the LVMH Prize for Young Fashion Designers signal not only talent but recognition by the industry elite. For example, Jonathan Anderson’s multiple awards from the British Fashion Council cemented his status as a visionary, enhancing the prestige of his brand, JW Anderson, and his role at Loewe.

Symbolic capital also attaches itself to brands with storied histories. The aura surrounding Maison Margiela, for instance, is not based solely on its avant-garde designs but on its founder’s mysterious persona and commitment to anonymity. Similarly, Prada’s intellectual branding – referencing art, architecture, and politics – has given it symbolic capital that transcends mere luxury.

Table 1. Key features and examples in fashion for types of capital

Type of Capital	Key Features	Examples in Fashion
Cultural	Knowledge, skills, education, and taste	Understanding fashion history, holding a degree from Central Saint Martins, owning a rare Yves Saint Laurent Mondrian Dress
Social	Networks, relationships, and affiliations	Attending Paris Fashion Week, collaborating with celebrities like Kanye West, being part of alumni networks from Parsons

Type of Capital	Key Features	Examples in Fashion
Economic	Financial resources and assets	Owning a <i>Hermès Birkin Bag</i> , investing in <i>LVMH</i> stock, commissioning bespoke tailoring from <i>Savile Row</i>
Symbolic	Prestige, recognition, and social honor	Winning a <i>CFDA Fashion Award</i> , being an iconic designer like <i>Coco Chanel</i> , having a prestigious family name like <i>Gucci</i>

6 | Evolution of Fashion – From 1.0 to 6.0 via Bourdieu’s Capitals

1. Cultural Capital:

Refers to the knowledge, skills, and creative practices that define each stage’s innovations:

- Fashion 1.0: The tradition of haute couture and artisanal craftsmanship.
- Fashion 2.0: The rise of influencer culture and digital content creation.
- Fashion 3.0: Innovations in virtual fashion, digital-only designs, and AR/VR experiences.
- Fashion 4.0: The integration of sustainable and biotech-driven design principles.
- Fashion 5.0: Personalized design through AI, neurotechnology, and symbiotic fashion.
- Fashion 6.0: Exploration of transhuman and post-human design concepts.

2. Social Capital:

Represents the networks, relationships, and communities shaping each stage:

- Fashion 1.0: Elite fashion circles, runway audiences, and exclusive clientele.
- Fashion 2.0: Digital communities, influencer networks, and online engagement.

- Fashion 3.0: Virtual communities, blockchain networks, and metaverse users.
- Fashion 4.0: Ethical and sustainable fashion collectives.
- Fashion 5.0: Inclusive design networks promoting ethical and personalized fashion.
- Fashion 6.0: Communities exploring post-human identity and technological enhancement.

3. Economic Capital:

Focuses on the financial and operational systems driving each stage:

- Fashion 1.0: Luxury brands and high-end retail establishments.
- Fashion 2.0: Fast-fashion brands and large-scale e-commerce.
- Fashion 3.0: Tech-integrated luxury markets and digital commerce platforms.
- Fashion 4.0: IoT-driven smart manufacturing and biofabricated materials.
- Fashion 5.0: Custom production models and decentralized fashion platforms.
- Fashion 6.0: Advanced technologies such as quantum computing and bio-integrated materials.

4. Symbolic Capital:

Represents the prestige, status, and symbolic value associated with each stage:

- Fashion 1.0: The prestige of haute couture and traditional luxury.
- Fashion 2.0: The democratization of trends through influencers and social media.
- Fashion 3.0: The value of NFTs and digital ownership in virtual spaces.
- Fashion 4.0: The prestige of wearables and smart textiles blending fashion and tech.
- Fashion 5.0: The ethical and regenerative symbolism of sustainable fashion.
- Fashion 6.0: The transformative potential of AI-driven and post-human design.

Table 2. The Evolution of Fashion 1.0 to 6.0

Stage	Focus	Key Innovations	Capitals	Specific Examples
Fashion 1.0	Traditional fashion, exclusivity, seasonal cycles	Brick-and-mortar stores, linear supply chains, top-down communication, seasonal collections	Cultural Capital: Haute Couture Craftsmanship; Social Capital: Elite Networks; Economic Capital: Luxury Brands; Symbolic Capital: Prestige and Tradition	Chanel haute couture, Dior’s “New Look” (1947), Paris Fashion Week, Harrods, Barneys New York
Fashion 2.0	Digital revolution, fast fashion, influencer-driven trends	E-commerce, social media, fast fashion production, influencer marketing, data analytics	Cultural Capital: Influencer Platforms; Social Capital: Digital Communities; Economic Capital: Fast Fashion Brands; Symbolic Capital: Democratized Trends	ASOS, Net-a-Porter, Zara’s 2-week production cycle, Chiara Ferragni, H&M, Instagram marketing
Fashion 3.0	Virtual fashion, smart tech, and sustainable design	AI-powered personalization, AR/VR try-ons, blockchain, NFTs, digital-only fashion, 3D design	Cultural Capital: Digital Fashion Innovation; Social Capital: Virtual Networks; Economic Capital: Tech-Integrated Luxury; Symbolic Capital: NFTs and Digital Ownership	Balenciaga VR show (2021), Gucci’s NFT collections, The Fabricant, Stitch Fix AI personalization, Dior AR
Fashion 4.0	Smart manufacturing, biotechnology, and wearable technology	IoT-enabled factories, biofabricated materials, wearables, metaverse integration	Cultural Capital: Sustainable Innovation; Social Capital: Ethical Communities; Economic Capital: IoT Factories; Symbolic Capital: Wearables and Smart Textiles	Adidas Speedfactory, Bolt Threads Mylo™, Google Jacquard x Levi’s smart jacket, Spiber lab-grown silk
Fashion 5.0	Hyper-personalization, human-centric design, and symbiotic sustainability	AI personalization, neurotech, regenerative design, decentralized blockchain platforms	Cultural Capital: Symbiotic Tech Design; Social Capital: Inclusive Design Networks; Economic Capital: Custom Production; Symbolic Capital: Regenerative and Ethical Fashion	Unspun 3D-scanned jeans, Vollebak algae T-shirt, Digitalax decentralized design platform
Fashion 6.0	Post-human fashion, trans-humanism, and identity transformation	Bio-integrated clothing, quantum materials, digital-physical hybridization, self-aware AI textiles	Cultural Capital: Transhuman Identity Exploration; Social Capital: Post-Human Communities; Economic Capital: Quantum Technology; Symbolic Capital: AI-Driven Adaptive Design	Hypothetical DNA-grown garments, Nike Cryptokicks, Ralph Lauren virtual collections, AI-driven adaptive fabrics

7 | The Transformation of Capitals in Fashion 3.0 to 6.0 – A Discussion

In the context of fashion's evolving landscape, the forms of capital described by Pierre Bourdieu – cultural, social, economic, and symbolic – are undergoing significant transformations as the industry shifts from Fashion 3.0 to Fashion 6.0. These phases reflect the movement from traditional practices to more innovative, technology-driven, and socially conscious models, where digitalization, sustainability, and inclusion reshape the meanings and applications of these types of capital.

7.1. Cultural Capital in the Era of Digital Fashion

In the transition from Fashion 3.0 to 6.0, cultural capital is no longer confined to traditional knowledge of historical design houses or physical craftsmanship. The rise of digital fashion and virtual garments demands new forms of expertise, such as understanding 3D design software like CLO3D or Blender. Creators who can master the digital craftsmanship of virtual garments – like the designs produced by The Fabricant or DressX – now hold elevated cultural capital within the industry.^[22]

Moreover, cultural capital in the form of knowledge is increasingly democratized. Platforms like TikTok and YouTube allow users to disseminate fashion insights and historical context, previously exclusive to insiders. Fashion enthusiasts, such as HauteLeMode or Blake Gopnik, are building cultural capital by breaking down haute couture shows or contextualizing trends for a broader audience. As fashion becomes more phygital (physical + digital), the ability to navigate both real-world and virtual aesthetics becomes a new hallmark of cultural distinction.

²² Sun, “3D printing”; Alyson Vanderploeg, Seung-Eun Lee, Michael Mamp, “The application of 3D printing technology in the fashion industry” *International Journal of Fashion Design, Technology and Education*, 10.2 (2017): 170-179.

7.2. Social Capital in the Age of Social Media and NFTs

Social capital in Fashion 3.0 revolved primarily around in-person events, exclusive fashion shows, and face-to-face networking within elite circles. However, in the era of Fashion 6.0, social capital transcends physical boundaries through social media platforms, virtual communities, and blockchain networks. Platforms like Instagram, TikTok, and Twitter Spaces offer new avenues for connection and collaboration, where followers, shares, and engagement rates define influence.

Digital-native brands like Telfar and MSCHF have leveraged online communities to build immense social capital without relying on traditional gatekeepers. The rise of NFTs (non-fungible tokens) in fashion introduces new networks where designers and collectors collaborate directly, bypassing conventional hierarchies. Social capital now thrives in decentralized spaces like Discord channels dedicated to NFT drops or Metaverse Fashion Weeks hosted by platforms such as Decentraland.

7.3. Economic Capital in the Sustainable and Digital Economy

Economic capital in Fashion 3.0 was traditionally rooted in material consumption, where ownership of physical luxury goods from houses like Louis Vuitton or Chanel signified wealth. In Fashion 6.0, economic capital is expressed through both sustainable investments and digital assets. As environmental consciousness grows, purchasing decisions are increasingly evaluated on their sustainability credentials. Brands like Stella McCartney and Patagonia have redefined the meaning of luxury by aligning economic capital with ethical and eco-conscious values.

Simultaneously, the digital economy enables new forms of wealth creation. Investing in digital wearables, virtual skins for gaming platforms like Fortnite, or NFT fashion collectibles represents a modern expression of economic capital. High-value transactions in platforms like OpenSea or Rarible for virtual garments underscore how digital assets can match – or even surpass – the prestige of physical luxury goods.

7.4. Symbolic Capital in the Pursuit of Inclusion and Authenticity

Symbolic capital in Fashion 3.0 was traditionally monopolized by heritage brands and celebrated designers, whose prestige was rooted in legacy and exclusivity. Moving toward Fashion 6.0, the markers of symbolic capital are shifting toward inclusion, authenticity, and social responsibility. Brands that champion diversity and engage meaningfully with social causes – like Pyer Moss or Fenty – gain symbolic capital by aligning their prestige with progressive values.

The notion of symbolic capital now extends to individuals and collectives who challenge the status quo. Figures like Aurora James (founder of the 15 Percent Pledge) and activists advocating for fair labor practices have redefined what it means to possess influence and legitimacy in fashion. Authentic storytelling, transparency, and cultural sensitivity are becoming key drivers of symbolic capital, eclipsing traditional markers of prestige.

8 | Intellectual Property Rights and Capital Dynamics in Fashion Profitability – A Discussion and Conclusion

In Fashion 6.0, intellectual property (IP) rights are fundamental to protecting and monetizing a brand's unique creations^[23], yet they alone do not ensure profitability. The integration of Pierre Bourdieu's capitals – cultural, social, economic, and symbolic – provides a comprehensive framework for understanding the multifaceted drivers of success in the modern fashion industry.^[24]

IP rights safeguard a brand's distinctive designs, trademarks, and innovations, preventing imitation and maintaining exclusivity. This legal protection is essential for preserving a brand's competitive edge and enabling revenue generation through licensing, collaborations, and exclusive releases. However, the true profitability of a fashion brand emerges from

²³ Cf. John Palfrey, *Intellectual property strategy* (Boston: MIT Press, 2011).

²⁴ Clara Eloise Fernandes, "Fashion design entrepreneurship: Skills and solutions to create a fashion business" *Journal of Textile Science & Fashion Technology*, 3.1 (2019): 1-10.

how these IP rights interact with other forms of capital. Cultural capital, encompassing expertise in digital design and sustainable practices, allows brands to innovate and create products that resonate with contemporary consumers. Brands like The Fabricant leverage their cultural capital by mastering digital garment creation, which IP rights then protect and monetize through virtual fashion markets.

Social capital amplifies the value of IP by fostering robust networks and communities. Brands that engage effectively on social media and build strong online communities, such as Telfar and MSCHF, enhance their IP-protected assets' visibility and desirability. These connections facilitate collaborations and create loyal customer bases that drive sales and brand loyalty. Additionally, social capital supports the enforcement of IP rights through community advocacy, reducing the risk of infringement and strengthening brand integrity.

Economic capital in Fashion 6.0 extends beyond traditional sales of physical goods to include sustainable and digital investments. IP rights enable brands to diversify their revenue streams by protecting eco-friendly innovations and digital assets like NFTs and virtual wearables. This diversification not only mitigates the risks associated with physical markets but also taps into emerging digital economies, enhancing overall profitability. Brands such as Stella McCartney exemplify this by integrating sustainability with strong IP protection, attracting ethically conscious consumers and investors.

Symbolic capital, reflecting a brand's prestige and reputation, is significantly bolstered by IP rights. Protecting unique designs and brand narratives reinforces authenticity and exclusivity, key factors in building a prestigious brand image. Brands committed to inclusion and social responsibility, like Fenty, leverage their IP to communicate their values, thereby enhancing their symbolic capital. This alignment fosters deeper emotional connections with consumers, driving loyalty and differentiating the brand in a crowded marketplace.

The synergy between IP rights and Bourdieu's capitals creates a resilient and dynamic foundation for profitability. IP provides the necessary legal framework to protect and monetize creative assets, while cultural capital drives innovation, social capital expands reach and engagement, economic capital diversifies revenue, and symbolic capital builds a prestigious brand identity. Together, these elements ensure that fashion brands can navigate the complexities of Fashion 6.0, achieving sustained profitability and a strong market presence.

In conclusion, while intellectual property rights are crucial for safeguarding and monetizing a fashion brand's unique assets, true profitability in the modern fashion landscape requires a strategic integration with cultural, social, economic, and symbolic capitals. This holistic approach enables brands to innovate, engage, diversify, and build prestigious identities, ensuring long-term success beyond the protection of intellectual property alone.

Bibliography

- Bennie Fiona, Ivana Gazibara, Vicky Murray, "Fashion Futures 2025: Global scenarios for a sustainable fashion industry" *Forum for the Future*, (2010).
- Bonetti Francesca, Patsy Perry, Lee Quinn, "The digital revolution in fashion retailing: examining managerial processes and challenges in the adoption of consumer-facing in-store technology" *20th Annual Conference for the International Foundation of Fashion Technology Institutes*, (2018).
- Bourdieu Pierre, "The forms of capital", [in:] *The Sociology of Economic Life*. 78-92. London: Routledge, 2018.
- Bourdieu Pierre, "The forms of capital," [in:] *Cultural Theory: An Anthology*, 1 (2011): 81-93.
- Bourdieu Pierre, Loïc Wacquant, "Symbolic capital and social classes" *Journal of Classical Sociology*, No. 2 (2013): 292-302.
- Bourdieu Pierre, *Medytacje pascaliańskie*, trans. Krzysztof Wakar. Warszawa: Oficyna Naukowa, 2006.
- Bourdieu Pierre, *Rozum praktyczny. O teorii działania*, trans. Joanna Stryczyk, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2009.
- Bouazizi Nabil, "Green technology in textile industries" *Journal of Textile Science & Fashion Technology*, No. 2 (2021): 1-6.
- Elnashar Elsayed Ahmed, "Philosophy of the Construction Elements of Fashion" *Trends in Textile Engineering & Fashion Technology*, 4 (2018).
- Elnashar Elsayed Ahmed, "A unified fashion technology in trends of textile engineering science 7000BC in Egypt" *Trends in Textile Engineering and Fashion Technology*, 2.1 (2018): 1-3.
- Fernandes Clara Eloise, "Fashion design entrepreneurship: Skills and solutions to create a fashion business" *Journal of Textile Science & Fashion Technology*, 3.1 (2019): 1-10.

- Gill Simeon, Monika Januszkiewicz, Maryam Ahmed, "Digital fashion technology: A review of online fit and sizing," *Digital Manufacturing Technology for Sustainable Anthropometric Apparel* (2022): 135-163.
- Guler Sibel Deren, Madeline Gannon, Kate Sicchio, *Crafting wearables: Blending technology with fashion*. New York: Apress, 2016.
- Khurana Pooja, *Introduction to fashion technology*, Firewall Media, 2007.
- Kamilova X.H., X.M. Yunusxodjaeva, Z. Sobirova, "Interaction of fashion industry and information technology. digital and phygital new fashion technology," *Spectrum Journal of Innovation, Reforms and Development*, 3 (2022): 95-98.
- Liang Yuli, Seung-Hee Lee, Jane Evelyn Workman, "Extending the technology acceptance model to consumer perceptions of fashion AI" *International Textile and Apparel Association Annual Conference Proceedings*, No. 1 (2018).
- Miell Sophie, Simeon Gill, Delia Vazquez, "Enabling the digital fashion consumer through fit and sizing technology" *Journal of Global Fashion Marketing*, 9.1 (2018): 9-23.
- Pundir Nirupama, *Fashion technology: Today and tomorrow*. Mittal Publications, 2007.
- Scaturro Sarah, "Eco-tech fashion: Rationalizing technology in sustainable fashion" *Fashion Theory*, 12.4 (2008): 469-488.
- Seymour Sabine, *Fashionable technology: The intersection of design, fashion, science, and technology*. New York: Springer, 2008.
- Seyed Teddy, "Technology Meets Fashion: Exploring Wearables, Fashion Tech and Haute Tech Couture" *Extended Abstracts of the 2019 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, (2019).
- Sun Agita, "3D printing in modern fashion industry" *Journal of Textile Science and Fashion Technology*, 2.2 (2019).
- Srinivasan K., K. Rajanikumar, K. Sheetal Bhardwaj, B. Lalitha Kumari, Chavali Murthy, "Nanotechnology trends in fashion and textile engineering" *Current Trends in Fashion Technology & Textile Engineering*, 2.3 (2018): 56-59.
- Advanced fashion technology and operations management*, ed. Vecchi Alessandra. IGI Global, 2017.
- Vecchi Alessandra, "The circular fashion framework-the implementation of the circular economy by the fashion industry" *Current Trends in Fashion Technology & Textile Engineering*, 6.2 (2020): 31-35.
- Vanderploeg Alyson, Seung-Eun Lee, Michael Mamp, "The application of 3D printing technology in the fashion industry" *International Journal of Fashion Design, Technology and Education*, 10.2 (2017): 170-179.



O uprawnieniu wspólnoty mieszkaniowej do sprzedaży lokalu jej członka (art. 16 ustawy o własności lokali)

On the Right of a Housing Community to Sell the Premises of its Member (Article 16 of the Act on Ownership of Premises)

Abstract

This paper discusses the issue of the right of a housing community to sell its member's premises, regulated in Article 16 of the Act on ownership of premises. It begins by presenting the views of scholars on the legal nature of this right. This is followed by a critical analysis of these views. The further part of the paper discusses the scope of the community's powers and its legal nature. In particular, the issue of the community's procedural legitimacy was raised. The considerations contained in the final part of the paper lead to the conclusion that the community's right provided for in Article 16 u.w.l. it is a subjective shaping law.

KEYWORDS: forced sale of the premises of a member of a housing community, housing community, legal standing, shaping law

SŁOWA KLUCZOWE: przymusowa sprzedaż lokalu członka wspólnoty mieszkaniowej, wspólnota mieszkaniowa, legitymacja procesowa, prawo kształtujące

IRENEUSZ KUNICKI – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Łódzkiego, ORCID – 0000-0001-9824-7789, e-mail: ikunicki@wpia.uni.lodz.pl

1 | Wprowadzenie

Zgodnie z art. 16 ust. 1 u.w.l.^[1], jeżeli właściciel lokalu zalega długotrwale z zapłatą należnych od niego opłat lub wykracza w sposób rażący lub uporczywy przeciwko obowiązującemu porządkowi domowemu albo przez swoje niewłaściwe zachowanie czyni korzystanie z innych lokali lub nieruchomości wspólnej uciążliwym, wspólnota mieszkaniowa może w trybie procesu żądać sprzedaży lokalu w drodze licytacji na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o egzekucji z nieruchomości^[2]. Przytoczony przepis, dość lakoniczny jak na materię, którą reguluje, jest przedmiotem rozbieżnych wypowiedzi nauki. Kontrowersyjny jest przede wszystkim charakter prawny uregulowanego w tym przepisie uprawnienia wspólnoty mieszkaniowej^[3].

W literaturze przedmiotu zarysowało się w tej kwestii pięć zasadniczych stanowisk. Po pierwsze, przyjęto, że wspólnocie mieszkaniowej na mocy art. 16 ust. 1 u.w.l. przyznane zostało roszczenie o nakazanie właścicielowi sprzedaży lokalu^[4]. Według stanowiska drugiego, w art. 16 u.w.l. mamy do czynienia z roszczeniem wspólnoty o nakazanie przez sąd znoszenia przez dłużnika przymusowej sprzedaży jego lokalu^[5]. Po trzecie, wyrażono

¹ Ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, Dz. U. z 2021 r., poz. 1048, ze zm.; dalej: u.w.l.

² Artykuł 16 ust. 1 u.w.l. ma odpowiednie zastosowanie w przypadku długotrwałych zaległości z zapłatą opłat, o których mowa w art. 4 ust. 1, 11 i 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz. U. z 2023 r., poz. 438, ze zm.; dalej: u.s.m.), rażącego lub uporczywego wykraczania osoby korzystającej z lokalu przeciwko obowiązującemu porządkowi domowemu albo niewłaściwego zachowania tej osoby czyniącego korzystanie z innych lokali lub nieruchomości wspólnej uciążliwym. Z żądaniem, o którym mowa w tym przepisie, może wystąpić zarząd spółdzielni na wniosek rady nadzorczej (art. 17¹⁰ u.s.m.).

³ Wątpliwości budzi również problematyka postępowań rozpoznawczego i wykonawczego, w których realizowane jest uprawnienie wspólnoty. Zagadnienia te wymagają jednak odrębnych opracowań.

⁴ Roman Dzięczek, *Własność lokali. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 226 (o powództwie o nakazanie dłużnikowi sprzedaży lokalu jest zaś mowa na s. 234 tej pracy). Natomiast Jerzy Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1995), 67, 68; Krystyna Krzekotowska, *Eksmisja z lokali mieszkalnych* (Bielsko-Biała: Studio „Sto”, 1999), 41; Alfred Gola (*Ustawa o własności lokali. Komentarz*, [w:] *Nieruchomości* (Lex, 2001), art. 16 u.w.l., tezy 5, 6, 8-10) również piszą o nakazaniu właścicielowi sprzedaży lokalu, lecz nie używają słowa „roszczenie”.

⁵ Tymoteusz Barański w: *Ustawa o własności lokali. Komentarz*, red. Hubert Izdebski (Warszawa: Wolters Kuwer, 2023), 385. Podobnie Szymon Romanow w:

pogląd, że w art. 16 ust. 1 u.w.l. zawarte są trzy roszczenia^[6]: o wykluczenie właściciela lokalu ze wspólnoty mieszkaniowej^[7]; o uzyskanie zezwolenia na sprzedaż^[8] jego udziału we współwłasności oraz o eksmisję^[9]. Po czwarte zaś, że wspólnota może żądać, aby sąd zarządził sprzedaż określonego lokalu^[10]. Natomiast według stanowiska piątego, art. 16 u.w.l. przyznaje wspólnocie uprawnienie kształtujące^[11].

Ustawa o własności lokali. Komentarz, red. Bogusław Lackoroński (Legalis, 2022), art. 16, tezy 41, 42 i 68, co jest niezrozumiałe w świetle zasadniczego zapatrywania tego autora o uprawnieniu kształtującym wspólnoty (por. niżej przypis 11 i zdanie zakończone tym przypisem).

⁶ Józef Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy z 24 czerwca 1994 r.” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 2 (1996): 232-233.

⁷ Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 232. To roszczenie wskazuje jako roszczenie główne Iwona Szymczak, podnosząc że jest to wbrew brzmieniu art. 16 u.w.l. – Iwona Szymczak, *Własność lokali. Komentarz* (Lex, 2023), art. 16, teza 3. W dalszych uwagach autorka nie zajmuje jednak zdecydowanego stanowiska co do charakteru uprawnienia wspólnoty, lecz rozważa hipotetyczne możliwości, które uprawnienie byłoby najlepsze dla osiągnięcia określonego celu.

⁸ J. Skąpski wyraźnie zastrzega, że nie chodzi tu o nakazanie właścicielowi sprzedaży jego lokalu, lecz o „zezwolenie wspólnocie na złożenie wniosku egzekucyjnego we własnym imieniu” (*op.cit.*, s. 232). Zapatrywanie to podziela Katarzyna Hryćków, „Licytacyjna sprzedaż lokalu w trybie przepisu art. 16 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali – uwagi krytyczne” *Rejent*, nr 1 (2000): 148. Podobnie Edward Drozd, zdaniem którego wspólnota może żądać, aby sąd zarządził sprzedaż określonego lokalu – Edward Drozd, „Prawa i obowiązki właścicieli lokali” *Rejent*, nr 3 (1995): 22. Natomiast koncepcje roszczenia wspólnoty o zezwolenie na sprzedaż lokalu jej członka przyjmuje Michał Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku wydanego w trybie art. 16 ust. 1 ustawy o własności lokali” *Monitor Prawniczy*, nr 2 (2014): 65, 66.

⁹ To roszczenie wymieniają oprócz Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 232-233, także Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, 68-69; Krzekotowska, *Eksmisja z lokali mieszkalnych*, 41 oraz Gola, *Ustawa o własności lokali*, art. 16 u.w.l., tezy 8-11). W wypowiedziach J. Ignatowicza, K. Krzekotowskiej oraz A. Goli nie jest używane słowo „roszczenie”, jednakże nie ma to istotnego znaczenia, gdyż uprawnienie do żądania eksmisji jest roszczeniem. Inną zaś kwestią jest, czy uprawnienie takie (roszczenie) rzeczywiście przysługuje wspólnocie, będzie o tym mowa niżej.

¹⁰ Drozd, „Prawa i obowiązki”, 22.

¹¹ Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, tezy 36-44. W innych miejscach autor określa jednak to uprawnienie jako „roszczenie” (*op.cit.*, art. 16 tezy 8, 10, 16, 16.3, 17, 18, 27, 30, 33, 47, 50, 53 i 56).

2 | O uprawnieniu wspólnoty do domagania się nakazania właścicielowi przez sąd sprzedaży lokalu

Rozważania należy rozpocząć od oceny stanowiska, że wspólnota mieszkaniowa ma przyznane z mocy art. 16 ust. 1 u.w.l. uprawnienie (według niektórych: roszczenie^[12]) do domagania się nakazania właścicielowi przez sąd sprzedaży jego lokalu^[13]. Podstawy przedstawionego stanowiska, mimo braku uzasadnienia przez jego zwolenników, można upatrywać w tym, że przepis ten stanowi *expressis verbis* o „możności żądania sprzedaży lokalu”^[14]. *Prima facie* może zatem nasunąć się spostrzeżenie, że wspólnota mieszkaniowa może żądać od właściciela lokalu, aby ten sprzedał lokal przy zastosowaniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o licytacji w egzekucji z nieruchomości. Przy czym w przytoczonym przepisie jest mowa o tym, że wspólnota może żądać sprzedaży „w trybie procesu”. Zawiera on zatem upoważnienie do wystąpienia przez wspólnotę do sądu z odpowiednim powództwem^[15].

W razie trafności tego stanowiska mielibyśmy do czynienia ze sprawą o zasądzenie świadczenia niepieniężnego^[16]. Świadczenie właściciela lokalu polegałoby na realizacji nałożonego przez sąd obowiązku sprzedaży lokalu. Ze względu zaś na określony przez art. 16 ust. 1 u.w.l. jeden tylko tryb tej sprzedaży, świadczenie właściciela lokalu polegałoby na obowiązku wystąpienia do komornika o przeprowadzenie licytacji w celu sprzedaży

¹² Zbędne są przy tym rozważania w kwestii, czy mamy tu do czynienia z roszczeniem. Gdyby bowiem uprawnienie to przysługiwało wspólnocie, zawsze miałoby postać roszczenia.

¹³ Por. wypowiedzi wskazane w przypisie 4. Natomiast przeciwko koncepcji roszczenia wspólnoty opowiada się *expressis verbis* Edward Drozd, zdaniem którego w art. 16 u.w.l. mamy do czynienia z ujęciem zagadnienia od strony procesowej, co stanowi nawrót do prawa rzymskiego, gdzie podstawową rolę odgrywała skarga. Nie mamy tu zaś do czynienia z roszczeniem materialnoprawnym (Drozd, „Prawa i obowiązki”, 22). Pozostałe zaś koncepcje co do roszczeń (uprawnień) wspólnoty zostaną omówione dalej przy omawianiu dotyczących ich zagadnień.

¹⁴ Por. także Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, teza 41.1.

¹⁵ Nie przesądza to jeszcze, czy wspólnota ma własne uprawnienie do wystąpienia do sądu, czy realizuje uprawnienie właściciela lokalu na zasadzie podstawienia procesowego. Będzie o tym mowa w dalszych uwagach.

¹⁶ Tak też Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 66; Barański w: *Ustawa o własności lokali*, 407; Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, teza 68.

lokalu z zastosowaniem przepisów o egzekucji sądowej z nieruchomości. W konsekwencji, sąd uwzględniając powództwo wspólnoty, nakazywałby właścicielowi lokalu wystąpienie do komornika o przeprowadzenie sprzedaży licytacyjnej lokalu w tym trybie. Gdyby właściciel nie wykonał wyroku nakazującego wystąpienie o licytacyjną sprzedaż swego lokalu, wspólnota mieszkaniowa mogłaby wystąpić o wszczęcie egzekucji świadczenia niepieniężnego, tj. egzekucji czynności, której za dłużnika inna osoba wykonać nie może i której wykonanie zależy wyłącznie od jego woli (art. 1050 k.p.c.^[17])^[18]. Należałoby bowiem zmusić dłużnika, przez zastosowanie środków przymusu określonych w art. 1050 albo art. 1050¹ k.p.c.^[19], do spełnienia świadczenia – tj. do wystąpienia o dokonanie sprzedaży lokalu.

Treść przytoczonego na wstępie art. 16 ust. 1 u.w.l., mimo jego niejasności, nie pozwala jednak na zaakceptowanie przedstawionego stanowiska. Przede wszystkim w żadnym przepisie ustawy nie został wyartykułowany obowiązek dłużnika sprzedaży jego lokalu^[20]. Wyrok zasądzający świadczenie (także niepieniężne) ma zaś charakter deklaracyjny, a zatem obowiązek

¹⁷ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2023 r., poz. 1550, ze zm.

¹⁸ Odmienne przedstawia dalsze postępowanie w przedmiocie sprzedaży lokalu zwolnienik analizowanego poglądu – R. Dzięczek, przyjmując, że to wspólnota mieszkaniowa ma legitymację czynną do wystąpienia z wnioskiem egzekucyjnym do komornika przeciwko dłużnikowi (Dzięczek, *Własność lokali*, 229). Autor nie wyjaśnia skąd wspólnota miałaby tego rodzaju uprawnienie, jeżeli sąd nakazałby właścicielowi lokalu dokonanie jego sprzedaży. Nie jest przy tym jednak do końca jasne czy autor pisze o egzekucji świadczeń pieniężnych – zaległych opłat od właściciela lokalu, czy o wykonaniu wyroku wydanego na podstawie art. 16 u.w.l. Wydaje się, że wskazana wypowiedź R. Dzięczki (*op.cit.*, s. 229) dotyczy obydwu tych sytuacji. Należy zatem zaznaczyć, że sytuacje te są diametralnie różne.

¹⁹ Por. Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 232; Hryćków, „Licytacyjna sprzedaż lokalu”, 148. Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 66. W innych wypowiedziach na ten temat błędnie rozważa się zastosowanie egzekucji przewidzianej w art. 1049 k.p.c., a zatem egzekucji czynności, którą za dłużnika może wykonać inna osoba i której wykonanie nie zależy od woli dłużnika (Barański w: *Ustawa o własności lokali*, 407; Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, teza 68). Trzeba zatem podkreślić, że sprzedaż rzeczy w drodze czynności prawnej zawsze zależy od woli jej właściciela. Nietrafna w tym zakresie jest także wypowiedź J. Skąpskiego, który przyjmuje jako alternatywne zastosowanie egzekucji z art. 1049 albo art. 1050 k.p.c. – Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 232. Należy zaznaczyć, że sposoby egzekucji uregulowane w tych przepisach mają zastosowanie do wyegzekwowania różnych świadczeń i nigdy nie wchodzi w grę ich alternatywne zastosowanie.

²⁰ Por. także Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, teza 39.

spełnienia świadczenia powinien wynikać z ustawy, aby w wyroku można było stwierdzić jego istnienie w danym stanie faktycznym (skonkretyzować). Ponadto, warto zwrócić uwagę, że z końcowej części art. 16 ust. 1 u.w.l. wynika, że lokal może być sprzedany tylko w jeden sposób, a mianowicie przy zastosowaniu przepisów o licytacji nieruchomości w egzekucji sądowej. Gdyby zaś obowiązek sprzedaży lokalu ciążył na jego właścicielu, to określenie trybu sprzedaży byłoby zbędne^[21]. W szczególności właściciel dokonałby sprzedaży lokalu w drodze czynności prawnej znacznie szybciej, sprawniej i korzystniej (taniej), niż przy zastosowaniu przepisów o sprzedaży egzekucyjnej. Ponadto, nie musiałaby to być sprzedaż, lecz jakakolwiek czynność prawna przenosząca własność lokalu na inny podmiot, np. darowizna, zamiana. Istotne byłoby jedynie, aby właściciel przeniósł prawo własności lokalu na inną osobę^[22]. Określenie trybu sprzedaży lokalu, a w szczególności trybu egzekucyjnego, jest potrzebne, aby zagwarantować ochronę praw właściciela lokalu, jeżeli sprzedaż odbywa się bez jego udziału (tj. bez złożenia przez niego oświadczenia woli).

Wysoco wątpliwe jest przy tym, czy w prawie polskim dopuszczalne jest zastosowanie wspomnianej wyżej konstrukcji, a mianowicie wytoczenia powództwa o zobowiązanie pozwanego do wystąpienia do komornika o przymusową sprzedaż lokalu. Nawet wierzyciela świadczenia pieniężnego, sąd nie może zobowiązać do wystąpienia do komornika o wszczęcie egzekucji. Na tle art. 16 ust. 1 u.w.l. zaś, to pozwany zostałby zobowiązany do wystąpienia o przymusową sprzedaż lokalu przeciwko samemu sobie. Ponieważ zastosowanie mają przepisy o egzekucji sądowej świadczeń pieniężnych, występując do komornika właściciel lokalu zajmowałby równocześnie pozycję wnioskodawcy i dłużnika, a nikt nie występowałby w roli wierzyciela egzekwującego. Powyższe uwagi nie pozwalają zatem przyjąć trafności analizowanego stanowiska.

²¹ Podobnie Szymczak, *Własność lokali*, art. 16 teza 3.

²² Por. Dziczek, *Własność lokali*, 234.

3 | Upoważnienie wspólnoty do wystąpienia do komornika

Treść końcowej części art. 16 ust. 1 u.w.l. pozwala natomiast przyjąć, że wyrok uwzględniający powództwo wspólnoty nie podlega wykonaniu przy zastosowaniu egzekucji świadczeń niepieniężnych, lecz z mocy tego wyroku może być wdrożony przymusowy tryb sprzedaży lokalu z zastosowaniem przepisów o licytacji przy egzekucji sądowej z nieruchomości^[23]. Mimo uprawomocnienia się wyroku uwzględniającego powództwo, właściciel lokalu nie zostaje zobowiązany do wystąpienia do komornika o dokonanie sprzedaży lokalu i nie mogą być wdrożone środki egzekucji świadczeń niepieniężnych w celu wpływu na jego wolę. Sprzedaż lokalu nastąpi przymusowo bez wniosku właściciela i bez potrzeby złożenia przez niego oświadczenia woli. Należy uznać, że to wspólnota mieszkaniowa po uprawomocnieniu się wyroku uwzględniającego powództwo może wystąpić do komornika o dokonanie sprzedaży lokalu, którego dotyczy wyrok^[24]. Wyrok uwzględniający powództwo powinien zatem upoważnić wspólnotę mieszkaniową do wystąpienia do komornika o dokonanie sprzedaży lokalu, a nie nakładać na pozwanego (właściciela lokalu) jakiegokolwiek obowiązku^[25].

W konsekwencji należy uznać, że art. 16 ust. 1 u.w.l. jest wadliwie sformułowany. Wspólnota mieszkaniowa nie powinna żądać od sądu nakazania właścicielowi sprzedaży jego lokalu^[26]. Sąd zaś, nawet przy wadliwie sformułowanym żądaniu powództwa, nie powinien nakazywać pozwanemu sprzedaży lokalu, nie ma bowiem do tego podstawy prawnej. Jeżeli wspólnota mieszkaniowa zażąda nakazania pozwanemu sprzedaży lokalu, powództwo podlega oddaleniu z powodu nieistnienia normy prawnej

²³ Por. Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 232.

²⁴ Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, 68; Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, przypis 89 na s. 232; Gola, *Ustawa o własności lokali*, art. 16 u.w.l., teza 8; Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 66, 67; Barański w: *Ustawa o własności lokali*, 408; Dziczek, *Własność lokali*, 229 oraz Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, teza 68 i 72.

²⁵ Por. Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 232; Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 67 oraz Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, teza 68. Odmiennie Roman Dziczek, który pisze *expressis verbis* o „możliwości dobrowolnego wykonania obowiązku wynikającego z tytułu wykonawczego” (Dziczek, *Własność lokali*, 234).

²⁶ Odmiennie Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, 67 i 68 oraz Dziczek, *Własność lokali*, 234.

indywidualno-konkretnej przytoczonej w powództwie^[27] (tj. nieistnienia stosownego obowiązku właściciela lokalu).

W świetle przedstawionych uwag należy zatem przyjąć, że powództwo, o którym mowa, powinno zawierać żądanie upoważnienia^[28] wspólnoty mieszkaniowej do wystąpienia do komornika o dokonanie licytacyjnej sprzedaży określonego lokalu na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o egzekucji z nieruchomości. Zastrzeżenie w powództwie, a w konsekwencji w wyroku, przeprowadzenia licytacji przy zastosowaniu określonych przepisów k.p.c. jest istotne^[29], aby wspólnota mieszkaniowa nie mogła zorganizować „prywatnej” licytacji lokalu^[30], bez uwzględnienia nakazanego przez ustawę trybu. W konsekwencji, sąd uwzględniając to powództwo powinien zezwolić powodowej wspólnocie mieszkaniowej na wystąpienie do komornika o dokonanie licytacyjnej sprzedaży określonego lokalu (względnie „upoważnić wspólnotę mieszkaniową do wystąpienia [...]”), wymieniając jego właściciela i zastrzegając, że sprzedaż licytacyjna powinna nastąpić na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o egzekucji z nieruchomości^[31].

Z dotychczasowych rozważań wynika, że właściciel lokalu pozwany przez wspólnotę mieszkaniową nie musi spełnić żadnego świadczenia^[32]. W szczególności zaś sąd nie stwierdza w wyroku obowiązku sprzedaży

²⁷ Szerzej na temat tej przyczyny oddalenia powództwa Witold Broniewicz, „Przyczyny oddalenia powództwa” *Państwo i Prawo*, nr 5-5 (1964): 832-834; Witold Broniewicz, Andrzej Marciniak, Ireneusz Kunicki, *Postępowanie cywilne w zarysie* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023), 308-309.

²⁸ W literaturze przedmiotu używany jest także termin „zezwolenie na sprzedaż” (Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 233; Hryčków, „Licytacyjna sprzedaż lokalu”, 148; Barański w: *Ustawa o własności lokali*, 385 i 407; Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, teza 68).

²⁹ Odmienne Edward Drozd, zdaniem którego sąd nie musi w wyroku dodawać, że ma to być sprzedaż w drodze licytacji (Drozd, „Prawa i obowiązki”, 22).

³⁰ Na przykład licytacji wskazanej w art. 3 ust. 4 pkt 3 ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych, Dz.U. z 2023 r., poz. 1691, ze zm. (dalej: u.k.s.) albo bez angażowania komornika.

³¹ Prawidłowe sformułowanie powództwa jest istotne, ponieważ sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem ani zasądzać ponad żądanie (art. 321 § 1 k.p.c.). Jak zaznaczono, jeżeli treść powództwa nie będzie odpowiadała normie prawnej upoważniającej do jego wytoczenia, to powództwo podlega oddaleniu.

³² Tak też Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 66, 67. Odmienne Diczek, *Własność lokali*, 234, który pisze o wykonaniu obowiązku ciężącego na dłużniku z mocy tytułu wykonawczego.

lokalu przez jego właściciela przede wszystkim dlatego, że w prawie polskim obowiązek taki nie został sformułowany. W konsekwencji niewłaściwe jest określanie właściciela lokalu mianem „dłużnik”^[33]. Jak już zaznaczono, w następstwie uwzględnienia analizowanego powództwa wspólnota mieszkaniowa uzyska upoważnienie do wystąpienia o przymusową sprzedaż lokalu^[34], a zatem do przymusowego pozbawienia właściciela lokalu prawa własności.

W związku z jednym z poglądów przytoczonych na wstępie opracowania należy zastrzec, że nie jest świadczeniem znoszenie przez właściciela przymusowej licytacji lokalu^[35]. Licytacja ta odbywa się na zasadach przewidzianych dla egzekucji świadczeń pieniężnych, gdzie nie wyróżnia się świadczenia dłużnika polegającego na znoszeniu tej egzekucji. Znoszenie egzekucji jest obowiązkiem publicznoprawnym, jako jednym z elementów podporządkowania władzy państwowej, który ma na celu zabezpieczenie ładu (porządku) prawnego. Obowiązek ten wynika pośrednio z możliwości zastosowania wobec dłużnika środków przymusu, nie podlega jednak wymuszeniu przez zastosowanie kolejnej egzekucji. W tym wypadku musiałyby to być egzekucja świadczeń niepieniężnych, co oznaczałoby nieefektywność takiego rozwiązania. Powyższe uwagi przesądzają zatem o nietrafności koncepcji roszczenia wspólnoty o znoszenie przez właściciela przymusowej sprzedaży lokalu.

4 | Zakres uprawnienia wspólnoty

Należy przy tym uznać, że prawo przyznane wspólnocie przez sąd wyczerpuje się w możliwości wystąpienia do komornika o dokonanie sprzedaży lokalu^[36]. Wspólnota mieszkaniowa nie ma zaś przyznanych

³³ Takiego terminu używa Dzięciecki, *Własność lokali*, 229, 234. Właściciel lokalu może jednak być równocześnie dłużnikiem wspólnoty mieszkaniowej, jeżeli zalega z opłatami za lokal na rzecz wspólnoty. Ponadto byłby właściciel lokalu stał się dłużnikiem co do obowiązku wydania lokalu w stosunku do jego nabywcy z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu własności.

³⁴ Por. Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, 68; Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 232.

³⁵ Por. przypis 5 i zdanie zakończone tym przypisem.

³⁶ Por. Barański w: *Ustawa o własności lokali*, 408.

żadnych innych uprawnień z zakresu atrybutów właściciela lokalu (por. art. 140 k.c.)^[37]. W szczególności zaś wspólnota nie może sprzedać lokalu w drodze czynności prawnej. Należy jeszcze dodać, że przyznanie wspólnocie mieszkaniowej prawa wystąpienia o dokonanie sprzedaży lokalu nie powoduje utraty przez właściciela prawa przeniesienia własności tego lokalu w drodze czynności prawnej. Nie ma bowiem podstawy prawnej do przyjęcia takiego stanowiska. Właściciel lokalu może zatem przenieść jego własność w drodze czynności prawnej zarówno w toku procesu z art. 16 u.w.l.^[38], jak i po uprawomocnieniu się wyroku uwzględniającego powództwo wspólnoty mieszkaniowej^[39].

Jak zaznaczono na wstępie, w nauce przyjmuje się, że z art. 16 ust. 1 u.w.l. wynika m.in. prawo wspólnoty do wykluczenia członka ze wspólnoty^[40] oraz do wyekskmitowania go z lokalu^[41]. Zapatrywań tych nie można podzielić. Skutki te rzeczywiście następują, ale jako konsekwencje prawne sprzedaży lokalu członka wspólnoty. Przez przymusową sprzedaż dojdzie bowiem do pozbawienia członka wspólnoty własności jego lokalu. Jeżeli zaś dany podmiot utraci prawo własności lokalu, przestaje być członkiem wspólnoty mieszkaniowej, ponieważ zgodnie z art. 6 zd. 1 u.w.l. wspólnotę mieszkaniową tworzy ogół właścicieli, których lokale wchodzi w skład określonej nieruchomości. Utrata statusu członka wspólnoty następuje przy tym *ex lege*^[42], a zatem jakiegokolwiek czynności zmierzające do wykluczenia byłego właściciela lokalu ze wspólnoty byłyby bezprzedmiotowe, a powództwo w tym względzie, skierowane do sądu byłoby bezzasadne. Ponadto, z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu

³⁷ Szerzej na temat tych atrybutów: Drozd, „Prawa i obowiązki”, 9 i n.; Marcin Jan Zięba, „Licytacyjna sprzedaż lokalu w trybie art. 16 ustawy o własności lokali – ‘de lege lata’ i ‘de lege ferenda’” *Monitor Prawniczy*, nr 9 (2011): 462.

³⁸ Podobnie Dzikczek, *Własność lokali*, 234; Barański w: *Ustawa o własności lokali*, 408.

³⁹ Podobnie Dzikczek, *Własność lokali*, 234 i Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 70. Przy czym Roman Dzikczek pisze o dobrowolnym wykonaniu obowiązku stwierdzonego tytułem wykonawczym przez dłużnika, co trafnie krytykuje M. Krakowiak, podnosząc, że właściciel lokalu nie ma żadnego obowiązku (Dzikczek, *Własność lokali*, 68). Podobnie, brak obowiązku właściciela lokalu przyjmuje Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, teza 39.

⁴⁰ Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 232. Por. także Szymczak, *Własność lokali*, art. 16, teza 3.

⁴¹ Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, 68-69; Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 232, 233.

⁴² Por. także niejasną wypowiedź J. Skąpskiego, iż „można nawet przyjąć, że zezwolenie na sprzedaż zawiera w sobie wyłączenie ze wspólnoty” (Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 233).

własności (art. 999 § 1 k.p.c.) członkiem wspólnoty stanie się *ex lege* nabywca licytacyjny jako nowy właściciel lokalu. Można więc dostrzec pośredni skutek sprzedaży lokalu dla wspólnoty. Mianowicie w następstwie sprzedaży dojdzie do zmiany właściciela lokalu, a w konsekwencji do zmiany członka wspólnoty, a tym samym zostanie ukształtowany skład wspólnoty.

Podobnie z chwilą przejścia prawa własności lokalu z dotychczasowego właściciela na nabywcę licytacyjnego nabywca ten może domagać się wydania lokalu od byłego właściciela. Co do zasady podstawą materialnoprawną wydania rzeczy (lokalu) jest art. 222 § 1 k.c.^[43]. Jednakże w analizowanym wypadku podstawą wprowadzenia nabywcy w posiadanie lokalu jest prawomocne postanowienie o przysądzeniu własności lokalu (art. 999 § 1 zd. 2 k.p.c.)^[44]. Ze względu na istnienie szczególnej podstawy do wprowadzenia nabywcy w posiadanie nabytego lokalu powództwo o eksmisję wytoczone przez nabywcę licytacyjnego^[45] podlegałoby oddaleniu z powodu braku interesu prawnego. W konsekwencji wykluczenie właściciela lokalu ze wspólnoty i ewentualna eksmisja są prawnymi następstwami uprawnomocnienia się postanowienia o przysądzeniu własności lokalu. Nie wynikają zaś one z art. 16 u.w.l., a tym bardziej nie są realizowane w jakimkolwiek postępowaniu rozpoznawczym, a w szczególności w procesie o upoważnienie wspólnoty do sprzedaży lokalu.

Należy jeszcze wyraźnie zaznaczyć, że wprowadzenia w posiadanie lokalu (wydania lokalu) może żądać nabywca licytacyjny lokalu w przedstawionym wyżej trybie, nigdy zaś wspólnota^[46]. Zupełne nieporozumienie stanowi zaś wypowiedź, że wspólnota powinna najpierw wyeksmitować właściciela z jego lokalu, a dopiero później wystąpić do komornika o przeprowadzenie sprzedaży lokalu^[47]. Wytoczenie powództwa o eksmisję (tj. o wydanie lokalu) przeciwko jego właścicielowi przez osobę trzecią,

⁴³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 2023 r., poz. 1610, ze zm.

⁴⁴ Por. także Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 68; Barański w: *Ustawa o własności lokali*, 408; Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, teza 75.

⁴⁵ Odmienne, że nabywca lokalu może skutecznie wytoczyć powództwo o eksmisję byłego właściciela, Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, 69; Krzekotowska, *Eksmisja z lokali mieszkalnych*, 42; Gola, *Ustawa o własności lokali*, art. 16 u.w.l., teza 11; Agnieszka Żelazna, „Przymusowa sprzedaż lokalu w trybie art. 16 WłLokU, cz. II” *Nieruchomości*, nr 12 (2013): 12. Również J. Skąpski zbędnie rozważa kwestię wytoczenia powództwa o eksmisję przez nabywcę licytacyjnego lokalu (Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 233).

⁴⁶ Por. także Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 67.

⁴⁷ Krzekotowska, *Eksmisja z lokali mieszkalnych*, 42.

która nie ma żadnego prawa do tego lokalu jest zawsze bezzasadne. W świetle zaś powyższych uwag wspólnota mieszkaniowa nie może skutecznie wytoczyć powództwa o eksmisję^[48] nie tylko aktualnego, lecz także byłego właściciela lokalu, nawet wtedy, gdyby została nabywcą licytacyjnym lokalu^[49] (tak samo jak każdy inny nabywca licytacyjny – z powodu posiadania tytułu egzekucyjnego do wprowadzenia w posiadanie lokalu, o czym była mowa wyżej).

⁴⁸ Odmienne Żelazna, „Przymusowa sprzedaż lokalu”, 12. Niejasne są wypowiedzi Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, 68-69; Krzekotowska, *Eksmisja z lokali mieszkalnych*, 41, 42 oraz Gola, *Ustawa o własności lokali*, art. 16 tezy 8-10) w kwestii, czy eksmisja powinna nastąpić na podstawie wyroku uwzględniającego powództwo wspólnoty o „nakazanie” sprzedaży lokalu, czy też wspólnota powinna wytoczyć odrębne powództwo o eksmisję. Natomiast Barański trafnie wskazuje art. 999 k.p.c. jako podstawę prawną eksmisji byłego właściciela lokalu (Barański w: *Ustawa o własności lokali*, 408), jednakże z tego przepisu wywodzi niedopuszczalność powództwa wspólnoty o eksmisję. Powództwo wspólnoty jest zaś niedopuszczalne, ponieważ wspólnota nie ma żadnego prawa do lokalu, na podstawie którego mogłaby żądać wydania lokalu.

Niezrozumiała jest zaś wypowiedź Gerarda Bienka i Zenona Marmaja, którzy piszą, że „sąd orzeka także o opróżnieniu lokalu”, lecz nie wskazują, czy w postępowaniu z art. 16 u.w.l., czy na podstawie odrębnego powództwa, a wówczas kto, zdaniem autorów, powinien je wytoczyć – Gerard Bieniek, Zenon Marmaj, *Ustawa o własności lokali. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 1998), 68.

⁴⁹ J. Skąpski przyjmował, że „ustawa z 1994 r. nie przewiduje możliwości nabywania zwolnionych lokali przez wspólnotę celem ich późniejszej sprzedaży” (Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, 233). Natomiast możliwość nabycia przez wspólnotę lokalu jej członka jest wskazywana w orzecznictwie (postanowienie SN z 10.12.2004 r., III CK 55/04, OSNC 2005, nr 12, poz. 212) i w literaturze przedmiotu (Dziczek, *Własność lokali*, 229; Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 70). Od razu nasuwa się tu jednak pytanie, jak przeprowadzić postępowanie z art. 16 u.w.l., gdyby właścicielem lokalu podlegającego sprzedaży była wspólnota. Ponadto wspólnota stałaby się z mocy samego prawa członkiem samej siebie (art. 6 zd. 1 u.w.l.). Wskazane wyżej (w zdaniu 2) zapatrywania Sądu Najwyższego, R. Dziczka i M. Krakowiaka należy zatem ocenić krytycznie. Na marginesie należy zaznaczyć, że Sąd Najwyższy przyjmuje w sposób ogólny dopuszczalność nabywania praw majątkowych przez wspólnotę mieszkaniową (por. uchwała (7) SN (zasada prawna) z 21.12.2007 r., III CZP 65/07, OSNC 2008, nr 7-8, poz. 69). W uchwale tej jednak nie poruszono problematyki wskazanej wyżej w niniejszym przypisie i w zdaniu zakończonym tym przypisem.

5 | Charakter prawny uprawnienia wspólnoty

5.1. Uwagi ogólne

W nauce powszechnie przyjmuje się, że wspólnota mieszkaniowa ma prawo do wystąpienia do komornika o dokonanie sprzedaży lokalu jej członka. Przy czym w większości z tych wypowiedzi na określenie uprawnienia wspólnoty posłużono się terminem „legitymacja”^[50]. Wypowiedzi te nie zostały jednak szerzej uzasadnione, a przy tym są na tyle ogólne, że w zasadzie nie dają odpowiedzi na pytanie o charakter prawny analizowanego uprawnienia wspólnoty, w szczególności zaś, czy jest to uprawnienie procesowe (tylko legitymacja procesowa), czy materialnoprawne.

Jak już zaznaczono, wspólnota, w następstwie uprawnomocnienia się wyroku sądu uwzględniającego jej powództwo, nie uzyskuje prawa do sprzedaży lokalu członka wspólnoty w drodze czynności prawnej. Nie ma zatem takiego prawa jako własnego ani nie staje się w tym zakresie zastępcą prawnym właściciela lokalu.

5.2. Problematyka legitymacji procesowej

Przyznanie wspólnotnie uprawnienia do wystąpienia do komornika sądowego o dokonanie sprzedaży lokalu może sugerować, że chodzi o przyznanie legitymacji procesowej do działania w postępowaniu wykonawczym w zastępstwie właściciela lokalu. Ponieważ w tym wypadku chodzi o sprzedaż z zastosowaniem przepisów o egzekucji sądowej^[51], należy uznać, że wspólnota występująca do komornika powinna mieć legitymację procesową, tak samo, jak wierzyciel żądający wszczęcia egzekucji. Wypadki przyznania osobie trzeciej legitymacji procesowej do działania w postępowaniu

⁵⁰ Por. Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, 68; Gola, *Ustawa o własności lokali*, art. 16 u.w.l., teza 8; Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 67; Dziczek, *Własność lokali*, 229. Pojęciem legitymacji nie posługuje się zaś J. Skąpski, który pisze jednak o złożeniu wniosku egzekucyjnego we własnym imieniu (Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy”, przypis 89 na s. 232); Barański w: *Ustawa o własności lokali*, 408; Romanow w: *Ustawa o własności lokali*, art. 16, tezy 68 i 72.

⁵¹ Postępowanie prowadzone przez komornika o przymusową sprzedaż lokalu nie jest postępowaniem egzekucyjnym w sensie ścisłym. Mają do niego jedynie zastosowanie przepisy o egzekucji sądowej z nieruchomości (tak też Krakowiak, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku”, 65, 66, 67).

cywilnym zamiast podmiotu realizowanego uprawnienia albo obowiązku są dość częste w prawie polskim^[52]. Sytuacja taka określana jest mianem podstawienia procesowego, które stanowi jeden z rodzajów zastępstwa procesowego (zastępstwo procesowe pośrednie)^[53].

Zastępstwo prawne (w tym zastępstwo procesowe) ma miejsce wówczas, gdy w czynności prawnej (procesowej) zamiast podmiotu uprawnienia, obowiązku czy innego rodzaju położenia prawnego, którego dana czynność dotyczy, bierze udział inny podmiot^[54]. Z zastępstwem prawnym mamy do czynienia, gdy zastępca działa na rzecz podmiotu zastępowanego, a zatem działania zastępcy wywołują skutek w sferze prawnej zastępowanego^[55] (zastępca realizuje prawo zastępowanego). Podstawowe znaczenie ma zatem ustalenie, czy wspólnota mieszkaniowa, występując do komornika o sprzedaż lokalu, działa na rzecz właściciela lokalu, bądź też realizuje prawo właściciela lokalu.

Należy zatem przede wszystkim wskazać, że właściciel lokalu nie ma uprawnienia do wystąpienia do komornika o dokonanie sprzedaży własnego lokalu z zastosowaniem przepisów o egzekucji z nieruchomości. Właściciel może sprzedać własny lokal w drodze czynności prawnej. Może także zwrócić się do komornika o sprawowanie urzędowego nadzoru w trybie art. 3 ust. 4 pkt 3 u.k.s. nad zorganizowaną przez siebie licytacją. Jednakże przetarg taki ma za zadanie tylko wyłonić osobę oferującą najwyższą cenę, a do przeniesienia własności i tak konieczna jest czynność prawna z udziałem właściciela rzeczy (jego oświadczenie woli). Jak zaś już zaznaczono, sąd nie może upoważnić wspólnoty do sprzedaży lokalu jej członka w drodze czynności prawnej. Uprawnienia właściciela lokalu i wspólnoty wobec tego samego lokalu mają więc odmienny charakter. Wspólnota, występując do komornika, nie zastępuje zatem właściciela lokalu w jakiegokolwiek czynności, do której on jest uprawniony, lecz dąży do przymusowego pozbawienia właściciela własności jego lokalu na drodze, z której nie może skorzystać właściciel lokalu. W konsekwencji wspólnota

⁵² Por. W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *op.cit.*, 192-195.

⁵³ Por. *ibidem*, 192-193.

⁵⁴ Por. Witold Broniewicz, „Podstawienie procesowe” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego*, z. 31 (1963): 145. Por. także Maksymilian Pazdan w: *System prawa prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Zbigniew Radwański (Warszawa: C.H. Beck, 2002), 455.

⁵⁵ Kwestią drugorzędną jest działanie zastępcy w imieniu własnym albo w imieniu zastępowanego. Ma to znaczenie tylko dla postaci zastępstwa (bezpośrednie, pośrednie).

nie realizuje żadnego prawa właściciela lokalu, a więc nie mamy tu do czynienia z zastępstwem prawnym właściciela lokalu (podstawieniem procesowym wspólnoty).

5.3. Uprawnienie kształtujące

Jeżeli zatem wspólnota, występując do komornika, nie realizuje prawa właściciela, nie jest jego zastępcą procesowym, może tylko realizować własne prawo. Zaznaczono już przy tym, że w następstwie uprawomocnienia się wyroku uwzględniającego powództwo z art. 16 u.w.l., wspólnota uzyskuje w istocie prawo do ukształtowania sytuacji prawnej właściciela lokalu przez pozbawienie go prawa własności. W następstwie realizacji tego prawa (sprzedaży lokalu na wniosek wspólnoty) wygaśnie stosunek prawny własności lokalu. Należy uznać, że to ukształtowanie jest istotą prawa wspólnoty określonego w art. 16 u.w.l., natomiast możliwość wystąpienia najpierw do sądu, a następnie do komornika są tylko środkami służącym realizacji tego prawa. Jak już zaznaczono, w następstwie sprzedaży lokalu zostanie ukształtowana także prawna sytuacja wspólnoty, gdyż właściciel zostanie wykluczony z jej grona, a w jego miejsca wstąpi nabywca lokalu.

Uwzględniając powództwo wytoczone na podstawie art. 16 u.w.l., sąd przyznaje zatem wspólnocie prawo ukształtowania sytuacji prawnej właściciela lokalu, a pośrednio także jej własnej sytuacji prawnej, czyli przyznaje uprawnienie kształtujące^[56]. Jest to więc sytuacja specyficzna dla prawa polskiego, gdyż dopiero sąd przyznaje prawo kształtujące, które może być zrealizowane w innym postępowaniu. Na ogół prawa kształtujące wynikają bezpośrednio z ustawy, przy czym niekiedy konieczne jest wystąpienie do sądu o ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa (jak np. o rozwód). Wówczas jednak sąd, uwzględniając powództwo, już kształtuje dane prawo. Realizacja tego prawa jest zatem jednoetapowa. W analizowanym wypadku trzeba zaś wystąpić do sądu, aby uzyskać prawo do ukształtowania, a następnie do komornika, aby ukształtować sytuację

⁵⁶ Przy czym wspólnota nie musi z tego prawa skorzystać. Nie do końca jest zatem trafna wypowiedź I. Szymczak, że o pozbawieniu właściciela prawa własności lokalu decyduje sąd (Szymczak, *Własność lokali*, 16 teza 4.). Zarówno bowiem postępowanie rozpoznawcze, jak i wykonawcze musi zainicjować wspólnota, a sąd „jedynie” może zezwolić wspólnocie na sprzedaż lokalu, z którego to zezwolenia wspólnota nie musi skorzystać.

prawną właściciela lokalu i własną. W tym zatem wypadku realizacja prawa w postępowaniu cywilnym jest dwuetapowa. W art. 16 ust. 1 u.w.l. zostało uregulowane prawo wspólnoty do wystąpienia do sądu o przyznanie prawa do wystąpienia do komornika. Sąd, uwzględniając powództwo, realizuje więc to prawo kształtujące. Następnie zaś wspólnota może wystąpić do komornika, aby ten zrealizował jej uprawnienie do przymusowej sprzedaży lokalu członka wspólnoty.

Uprawnienie wspólnoty nie może być zaś zrealizowane w zwykłym obrocie prawnym, z pominięciem któregośkolwiek z przedstawionych etapów. Wspólnota nie może wystąpić do komornika bezpośrednio na podstawie art. 16 u.w.l., z pominięciem postępowania przed sądem. Uprawnienie do wystąpienia do komornika nie wynika bowiem z treści art. 16 u.w.l. i dopiero sąd przyznaje wspólnocie to uprawnienie. Po uzyskaniu zaś wyroku uwzględniającego powództwo wspólnota nie może zrealizować tego uprawnienia na innej drodze niż wystąpienie do komornika.

W obydwu tych postępowaniach wspólnota ma legitymację procesową z racji realizacji przysługujących jej własnych uprawnień. Jak już zaznaczono nie jest to jednak legitymacja do realizacji prawa właściciela lokalu (na zasadzie podstawienia procesowego), gdyż właściciel nie ma takich samych praw jak wspólnota. W analizowanym wypadku legitymacja do postępowania rozpoznawczego wynika z art. 16 u.w.l. bezpośrednio, a do postępowania wykonawczego pośrednio i dopiero w następstwie uwzględnienia powództwa.

6 | 6. Podsumowanie

Na zakończenie powyższych uwag należy podkreślić, że wspólnota mieszkaniowa ma prawo do dokonania sprzedaży lokalu jej członka samodzielnie i odrębnie od prawa właściciela tego lokalu. Jest to prawo podmiotowe kształtujące, które może być zrealizowane tylko w drodze dwóch postępowań cywilnych (rozpoznawczego i wykonawczego). W szczególności zaś, wbrew wypowiedzianym podglądom, nie jest to roszczenie o nakazanie przez sąd właścicielowi sprzedaży jego lokalu. Prawo, o którym mowa, nie przysługuje właścicielowi lokalu.

Z tytułu posiadanego prawa kształtującego wspólnota ma legitymację procesową do wystąpienia z powództwem o zezwolenie przez sąd na

dokonanie przymusowej sprzedaży lokalu w trybie określonym przez ustawę. Uzyskanie tego zezwolenia (uprawomocnienie się wyroku uwzględniającego powództwo) tworzy zaś legitymację procesową do wszczęcia postępowania wykonawczego, a zatem do wystąpienia do komornika sądowego o dokonanie przymusowej sprzedaży lokalu.

Bibliografia

- Bieniek Gerard, Zenon Marmaj, *Ustawa o własności lokali. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 1998.
- Broniewicz Witold, „Podstawienie procesowe” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego*, z. 31 (1963).
- Broniewicz Witold, „Przyczyny oddalenia powództwa” *Państwo i Prawo*, nr 5 (1964): 837-845.
- Broniewicz Witold, Andrzej Marciniak, Ireneusz Kunicki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Drozd Edward, „Prawa i obowiązki właścicieli lokali” *Rejent*, nr 3 (1995): 9-23.
- Dziczek Roman, *Własność lokali. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Gola Alfred, *Ustawa o własności lokali. Komentarz*, [w:] *Nieruchomości*. Lex 2001.
- Hrycków Katarzyna, „Licytacyjna sprzedaż lokalu w trybie przepisu art. 16 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali – uwagi krytyczne” *Rejent*, nr 1 (2000): 140-149.
- Ignatowicz Jerzy, *Komentarz do ustawy o własności lokali*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1995.
- Krakowiak Michał, „Sprzedaż lokalu na podstawie wyroku wydanego w trybie art. 16 ust. 1 ustawy o własności lokali” *Monitor Prawniczy*, nr 2 (2014): 65-73.
- Krzekotowska Krystyna, *Eksmisja z lokali mieszkalnych*. Bielsko-Biała: Studio „Sto”, 1999.
- Skąpski Józef, „Własność lokali w świetle ustawy z 24 czerwca 1994 r.” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 2 (1996): 197-235
- System prawa prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Zbigniew Radwański, Warszawa: C.H. Beck, 2002.
- Szymczak Iwona, *Własność lokali. Komentarz*. Lex, 2023.
- Ustawa o własności lokali. Komentarz*, red. Bogusław Lackoroński. Legalis, 2022.

Ustawa o własności lokali. Komentarz, red. Hubert Izdebski. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.

Zięba Marcin Jan, „Licytacyjna sprzedaż lokalu w trybie art. 16 ustawy o własności lokali – ‘de lege lata’ i ‘de lege ferenda’” *Monitor Prawniczy*, nr 9 (2011): 461-472.

Żelazna Agnieszka, „Przymusowa sprzedaż lokalu w trybie art. 16 WłLokU, cz. II” *Nieruchomości*, nr 12 (2013).



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.
For guidelines on the permitted uses refer to
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

ALEKSANDER MAZIARZ

Wpływ tymczasowej ochrony zabytku nieruchomego na możliwość podjęcia i prowadzenia robót budowlanych

The Impact of Temporary Protection of Immovable Monuments on the Possibility of Undertaking and Carrying Out Construction Works

Abstract

The paper analyzes the institution of temporary conservation protection of immovable monuments regulated in Article 10a of the Act on the Protection and Care of Monuments in the context of the possibility of undertaking and carrying out construction works. The primary goal of the publication is to determine whether subjecting a monument to temporary conservation protection will constitute an obstacle to the decision to issue a building permit by the architectural and construction authority. The research primarily focused on the substantive scope of the aforementioned provision, as well as the issue of the period for which temporary conservation protection may be established.

SŁOWA KLUCZOWE: tymczasowa ochrona konserwatorska, zabytek nieruchomy, rejestr zabytków

KEYWORDS: temporary conservation protection, immovable monument, monument register

ALEKSANDER MAZIARZ – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Akademii Leona Koźmińskiego, ORCID – 0000-0002-0482-5400, e-mail: amaziarz@kozminski.edu.pl

1 | Wprowadzenie

Ochrona zabytków stanowi bardzo duże wyzwanie dla organów administracji publicznej. Bywa, że obiekty zabytkowe są celowo niszczone przez właścicieli, którzy w ich miejscu chcą zrealizować inną inwestycję lub dokonywana jest ich samowolna przebudowa naruszająca wartość historyczną czy kulturalną zabytku. Podobne działania mają też miejsce w odniesieniu do obiektów budowlanych, które potencjalnie mogą stać się zabytkami nieruchomymi. W celu ograniczenia naruszenia potencjalnego zabytku w czasie rozstrzygania, czy obiekt ten powinien być wpisany do rejestru zabytków, ustawodawca wprowadził do ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami^[1] art. 10a ustanawiający tymczasową ochronę konserwatorską zabytku.

Zgodnie z art. 10a u.o.z. wszczęcie postępowania w sprawie wpisu do rejestru zabytków powoduje, że do dnia, w którym decyzja w sprawie wpisu stanie się ostateczna, przy zabytku tym zabrania się prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych i podejmowania innych działań, które mogłyby prowadzić do naruszenia substancji lub zmiany wyglądu zabytku.

Przepis ten budzi jednak wątpliwości w praktyce, bowiem istnieją rozbieżności co do tego, czy objęcie tymczasową ochroną konserwatorską stanowi przeszkodę do uzyskania pozwolenia na budowę. W orzecznictwie można spotkać się z poglądem, zgodnie z którym z art. 10a u.o.z. nie wynika zakaz prowadzenia postępowań administracyjnych co zaś oznacza, że strona może się ubiegać o pozwolenie na budowę^[2], oraz stanowisko NSA, zgodnie z którym skoro tymczasowa ochrona konserwatorska powoduje wstrzymanie wykonania wydanych już decyzji o pozwoleniu na budowę, to tym samym w okresie obowiązywania tej ochrony nie powinno być dopuszczalne wszczęcie postępowania w sprawie wydania pozwolenia na budowę^[3].

Celem artykułu jest zbadanie zakresu stosowania art. 10a u.o.z. ustanawiającego tymczasową ochronę konserwatorską i wyjaśnienie, czy w okresie obowiązywania ochrony przewidzianej przez ten przepis możliwe jest uzyskanie przez stronę decyzji o pozwoleniu na budowę.

¹ Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 840 z późn. zm.), dalej u.o.z.

² Wyrok WSA w Warszawie z 14.08.2019 r., VII SA/Wa 574/19, LEX nr 2739863.

³ Wyrok NSA z 23.02.2022 r., II OSK 584/19, LEX nr 3349632.

2 | Zakres przedmiotowy tymczasowej ochrony konserwatorskiej

Art. 10a u.o.z. ma zastosowanie do zabytku nieruchomego, którym zgodnie z art. 3 pkt 2 w związku z art. 3 pkt 1 u.o.z. jest nieruchomość, jej część lub zespół nieruchomości, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową. Należy również dodać, że ochronie i opiece przewidzianej przez u.o.z. podlegają zabytki nieruchome bez względu na stan ich zachowania bowiem decydujące znaczenie ma właśnie to, czy dany obiekt posiada wartość historyczną, artystyczną lub naukową^[4]. Tymczasową ochroną konserwatorską mogą zatem być objęte wszystkie potencjalnie zabytki nieruchome bez względu na to w jakim stanie zachowania się znajdują. Dla zastosowania art. 10a u.o.z. nie ma znaczenia więc stopień zniszczenia obiektu zabytkowego oraz to czy nadal prezentuje on wartość historyczną, artystyczną lub naukową. Te wartości brane są pod uwagę przy decydowaniu o wpisie obiektu do rejestru zabytków^[5], który to stanowi podstawową formę ochrony zabytków ustanowioną przez polskiego prawodawcę^[6]. Natomiast instytucja tymczasowej ochrony konserwatorskiej ma na celu czasowe wstrzymanie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych i podejmowania innych działań przy zabytku. Przepis ten ustanawia swego rodzaju ochronę nad potencjalnym zabytkiem przed ryzykiem jego zniszczenia. W zasadzie można stwierdzić, że art. 10a u.o.z. ustanawia podobną jak w prawie cywilnym instytucję zabezpieczenia polegającą na obowiązku powstrzymania się od działań, które w odniesieniu do nieruchomości zabytkowych mogą wpłynąć na ich substancję. Objęcie tymczasową ochroną konserwatorską nie przesądza więc o tym, że dany obiekt budowlany stanowi zabytek nieruchomy, bowiem może to nastąpić jedynie po stwierdzeniu, że dany obiekt wyróżnia się walorami historycznymi, przestrzennymi i naukowymi

⁴ Piotr Ruczkowski, „Aksjologia tworzenia i stosowania administracyjnego prawa rzeczowego” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 7-8 (2017): 82-90.

⁵ Wyrok NSA z 12.01.2023 r., II OSK 2887/21, LEX nr 3480793.

⁶ Anna Michalak, „Gminna ewidencja zabytków jako forma ochrony konserwatorskiej zabytków nieruchomych” *Przegląd Legislacyjny*, nr 4 (2018): 44.

na tle innych obiektów^[7], co następuje dopiero na etapie postępowania dotyczącego wpisu do rejestru zabytków.

Wadą przyjętych rozwiązań jest jednak to, że tymczasową ochroną konserwatorską nie może być objęte otoczenie nieruchomości zabytkowej. Zgodnie z art. 3 pkt 15 u.o.z. otoczenie należy rozumieć jako teren wokół lub przy zabytku, który został wyznaczony w decyzji opisie tego terenu do rejestru zabytków w celu ochrony wartości widokowych zabytku oraz jego ochrony przed szkodliwym oddziaływaniem czynników zewnętrznych. Otoczenie zabytku jest więc określonym zespołem krajobrazowym, który postrzegany jest łącznie z zabytkiem^[8]. W doktrynie wskazuje się, że podejmowanie robót budowlanych w otoczeniu zabytku nie jest objęte zakresem tymczasowej ochrony konserwatorskiej^[9]. Już sama definicja legalna otoczenia zabytku wskazuje, że chroni ona podobne wartości jak art. 10a u.o.z., bowiem wartości widokowe zabytku są zbliżone do zakazu wykonywania takich prac lub działań, które mogłyby prowadzić do zmiany wyglądu budynku. Należy więc stwierdzić, że ustawodawca powinien objąć zakresem tymczasowej ochrony konserwatorskiej także i otoczenie zabytku nieruchomego.

3 | Wykonywanie robót budowlanych po objęciu zabytku tymczasową ochroną konserwatorską

Jak już wcześniej wspomniano, po objęciu tymczasową ochroną konserwatorską zabronione jest prowadzenie robót budowlanych, które mogłyby prowadzić do naruszenia substancji lub zmiany wyglądu zabytku. Należy przy tym podkreślić, że ustawodawca w słowniczku ustawowym u.o.z. roboty budowlane definiuje jako roboty budowlane w rozumieniu przepisów prawa budowlanego podejmowane przy zabytku lub w otoczeniu

⁷ Wyrok NSA z 3.11.2022 r., II OSK 3456/19, LEX nr 3564435.

⁸ Janusz Sługocki, *Opieka nad zabytkiem nieruchomym. Problemy administracyjnoprawne* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 46-49.

⁹ Ewa Skorczyńska, „Skutki wszczęcia postępowania w sprawie wpisu do rejestru zabytków dla procesu inwestycyjnego (w świetle wykładni art. 10a ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami)” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 2 (2019): 52-62.

zabytku^[10]. A zatem zakres tymczasowej ochrony konserwatorskiej obejmuje zakaz wykonywania prac polegających na przebudowie montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. W zasadzie objęcie tymczasową ochroną konserwatorską uniemożliwia podjęcie jakichkolwiek prac budowlanych, bowiem w art. 10a u.o.z. wskazane są także prace konserwatorskie, restauratorskie czy inne działania. Ustawodawca poprzez użycie wyrazów „inne działania” objął tym zakazem wszelkiego rodzaju prace budowlane, których nie można zakwalifikować czy to do robót budowlanych, czy też do prac konserwatorskich lub restauratorskich, a zatem nie mieszczące się w legalnych definicjach sformułowanych przez ustawodawcę^[11]. Oznacza to, że zakres tego zakazu jest bardzo szeroki, bowiem obejmuje jakiekolwiek prace budowlane wykonywane przy zabytku lub w jego otoczeniu. Dotyczyło to będzie także prac wykonywanych jednocześnie przy zabytku jak i w jego otoczeniu – np. chodzi tu o wykonywanie izolacji przeciwwilgociowych fundamentów oraz przyłączy, które to wymagają ingerencji zarówno w sam zabytek, jak i w jego otoczenie^[12].

Ważnym jest przy tym to, że zakaz prowadzenia prac budowlanych dotyczy dwóch sytuacji, tj. takich, w których prace te mogłyby prowadzić do naruszenia substancji lub zmiany wyglądu zabytku. Pierwsze ograniczenie dotyczy oddziaływania na „substancję budynku”. Wyrażenie „substancja zabytku” należy utożsamiać z materialną postacią zabytku, z tym co pozostało z przeszłości, bez względu na stan jego zachowania^[13]. Zakaz prowadzenia prac budowlanych dotyczy tych sytuacji, w których nastąpi fizyczna ingerencja w zabytek. W zasadzie fizyczna ingerencja w obiekt budowlanych jest istotą robót budowlanych, prac konserwatorskich czy restauratorskich. Można jednak sobie wyobrazić, że niektóre prace budowlane mogą być wykonywane, bowiem nie stanowią one fizycznej ingerencji w zabytek. Przykładem jest chociażby osuszanie budynku, które to nie wiąże się właśnie z taką fizyczną ingerencją w strukturę budynku. Należy więc stwierdzić, że wykonywanie prac, które nie stanowią fizycznej ingerencji w zabytek będzie dopuszczalne. Możliwe jest zatem wykonywanie inwentaryzacji, ekspertyz a nawet zabezpieczeń, jeżeli oczywiście nie polegają one na fizycznej ingerencji w zabytek. Podobne stanowisko zajął

¹⁰ Art. 3 pkt 8 u.o.z.

¹¹ Wyrok WSA w Warszawie z 14.08.2019 r., VII SA/Wa 574/19, LEX nr 2739863.

¹² Por. Artur Ginter, Anna Michalak, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), art. 3.

¹³ *Współczesne problemy teorii konserwatorskiej w Polsce*, red. Bogusław Szmygin (Lublin-Warszawa: Wydawnictwo Politechniki Lubelskiej, 2008), 18.

WSA w Warszawie wskazując, że celem art. 10a u.o.z. nie jest zakazanie wykonywania jakichkolwiek działań przy zabytku nieruchomym, aż do czasu ostatecznego zakończenia postępowania^[14]. Należy więc stwierdzić, że przepis ten chroni niejako *status quo* zabytku nieruchomego. Do czasu zakończenia postępowania w sprawie wpisu do rejestru substancja zabytku powinna zostać nienaruszona. A zatem przez ten okres chroni się potencjalny zabytek nie tylko przed jego zniszczeniem, ale też przed jakąkolwiek fizyczną ingerencją, która naruszy substancję zabytku.

Drugim ograniczeniem wskazanym przez ustawodawcę w art. 10a u.o.z. jest prowadzenia prac lub działań, które mogłyby prowadzić do zmiany wyglądu budynku. Także i tym razem chodzi przede wszystkim o fizyczną ingerencję w zabytek nieruchomy – np. poprzez pomalowanie elewacji. Zmiana wyglądu budynku może polegać również na wykonaniu prac polegających na demontażu elementów, które to nie są objęte obowiązkiem uzyskania pozwolenia na budowę albo dokonania zgłoszenia. Warto podkreślić, że zmiana wyglądu budynku może polegać także na wykonaniu takich prac, które nie stanowią fizycznej ingerencji w jego strukturę. Ustawodawca nie doprecyzował w tym przepisie, czy chodzi tu o trwałą zmianę wyglądu budynku, czy też o takie działania, które potencjalnie czasowo zmieniają wygląd budynku. Wydaje się więc, że zakresem tego przepisu są objęte wszelkie działania, które doprowadzą do zmiany wyglądu budynku chociażby były one odwracalne. Oznacza to, że przysłonięcie elewacji budynku będzie również działaniem, które należy zakwalifikować jako zmianę wyglądu budynku.

4 | Okres tymczasowej ochrony konserwatorskiej

Zgodnie z art. 10a u.o.z. tymczasowa ochrona konserwatorska trwa od dnia wszczęcia postępowania w sprawie wpisu zabytku do rejestru do dnia, w którym decyzja w tej sprawie stanie się ostateczna. Warto przy tym mieć na uwadze, że zabytek nieruchomy wpisywany jest na podstawie decyzji administracyjnej wydanej przez wojewódzkiego konserwatora zabytków – wydanej z urzędu bądź na wniosek właściciela zabytku nieruchomego lub użytkownika wieczystego gruntu, na którym znajduje się

¹⁴ Wyrok WSA w Warszawie z 13.10.2021 r., VII SA/Wa 1269/21, LEX nr 3294506.

zabytek nieruchomy. W przypadku wszczęcia postępowania administracyjnego na wniosek strony, zgodnie z 61 § 3 k.p.a., datą wszczęcia postępowania jest dzień doręczenia żądania organowi administracji publicznej. Natomiast przepisy nie wskazują momentu wszczęcia postępowania z urzędu. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, datą wszczęcia postępowania z urzędu jest dzień pierwszej czynności urzędu dokonanej w sprawie^[15], której postępowanie dotyczy^[16]. Choć art. 61 ust. 4 k.p.a. nakłada na organ obowiązek zawiadomienia wszystkich osób będących stronami w sprawie o wszczęciu postępowania z urzędu, to jednak tymczasowa ochrona konserwatorska obowiązuje nie od dnia doręczenia stronie takiego zawiadomienia a właśnie od dnia wszczęcia postępowania w sprawie wpisu zabytku do rejestru. Ochrona zabytku w trakcie trwania tymczasowej ochrony konserwatorskiej wynika z mocy samego prawa^[17], więc jest niezależna od zawiadomienia stron o wszczęciu postępowania administracyjnego.

Przyjęcie przez ustawodawcę rozwiązania, na podstawie którego ochrona konserwatorska wynika z mocy samego prawa, może niewątpliwie przyczynić się do skutecznej ochrony nieruchomości zabytkowych przed ich zniszczeniem (rozwiązanie to nie pozwala więc na zrealizowanie robót budowlanych chociażby w okresie doręczania zawiadomienia o wszczęciu postępowania).

W przypadku wszczęcia postępowania w sprawie wpisu zabytku do rejestru z urzędu może dojść do sytuacji, w której podmiot przeprowadzi roboty budowlane przy zabytku nieruchomym nie mając świadomości objęcia zabytku tymczasową ochroną konserwatorską. Taka sytuacja może wystąpić między podjęciem pierwszej czynności przez organ, która uznawana jest za datę wszczęcia postępowania, a doręczeniem zawiadomienia o wszczęciu tego postępowania stronom. Wydaje się, że rozwiązaniem tego problemu ma być przepis art. 9 ust. 3a i 3b u.o.z., które obligują wojewódzkiego konserwatora zabytków do niezwłocznego przekazania staroście informacji o wszczęciu postępowania w sprawie wpisania zabytku nieruchomego do rejestru. Starosta zobowiązany jest do podania tej informacji do publicznej wiadomości na stronie BIP starostwa w siedzibie właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków lub w sposób zwyczajowo przyjęty

¹⁵ Małgorzata Jaśkowska, Martyna Wilbrandt-Gotowicz, Andrzej Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego* (LEX/el. 2024), art. 61.

¹⁶ Postanowienie NSA w Warszawie z 4.03.1981 r., SA 654/81, ONSA 1981, nr 1, poz. 15.

¹⁷ Wyrok WSA w Poznaniu z 3.04.2019 r., IV SA/Po 870/18, LEX nr 2654276.

w danej miejscowości. W praktyce może się jednak okazać, że podanie do publicznej wiadomości informacji o wszczęciu postępowania może zająć nawet kilka dni, podczas których strona nie wiedząc o wszczęciu tego postępowania może naruszyć zakazy określone w art. 10a u.o.z. Rozwiązaniem tego problemu mogło by być wprowadzenie przez ustawodawcę obowiązku zamieszczenia przez organ na ogrodzeniu nieruchomości zabytkowej, a w przypadku jego braku na samej nieruchomości zabytkowej informacji o objęciu zabytku tymczasową ochroną konserwatorską. Niewątpliwie zamieszczenie takiej informacji na ogrodzeniu lub samym zabytku umożliwiłoby skuteczniejsze przekazanie informacji niż poprzez stronę BIP.

U.o.z. nie przewiduje możliwości zakwestionowania objęcia tymczasową ochroną konserwatorską, bowiem brak jest w tej ustawie przepisów umożliwiających wyrażenie sprzeciwu wobec wszczęcia postępowania w sprawie wpisu do rejestru zabytków. W orzecznictwie wskazuje się, że gdyby ustawodawca przewidział możliwość wniesienia odwołania od czynności objęcia tymczasową ochroną konserwatorską zabytku nieruchomego, to ochrona taka nakładana byłaby w drodze decyzji administracyjnej^[18]. Niemniej jednak stronie przysługują środki przeciwdziałające przewlekłość lub beczynności organu określone w art. 36 i art. 37 k.p.a. i art. 53 § 2b p.p.s.a.^[19].

Tymczasowa ochrona konserwatorska zgodnie z art. 10a ust. 1 u.o.z. wygasa w dniu, w którym decyzja w tej sprawie stanie się ostateczna. Postępowanie w sprawie wpisu zabytku nieruchomego do rejestru może również się zakończyć umorzeniem postępowania administracyjnego, co należy uznać za zakończenie tymczasowej ochrony konserwatorskiej nad zabytkiem nieruchomym.

Uznaje się, że z uwagi na ważny interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony możliwe jest nadanie klauzuli natychmiastowej wykonalności nieostatecznej decyzji o wpisie do rejestru zabytków^[20]. Takie rozstrzygnięcie możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy organy administracji dysponują

¹⁸ Postanowienie NSA z 28.08.2019 r., II OSK 2054/19, LEX nr 2715109.

¹⁹ Ewa Skorczyńska, „Skutki wszczęcia postępowania w sprawie wpisu do rejestru zabytków dla procesu inwestycyjnego (w świetle wykładni art. 10a ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami)” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 2 (2019): 56.

²⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 13.10.2021 r., VII SA/Wa 1269/21, LEX nr 3294506.

konkretnymi danymi (a nie jedynie hipotetycznymi) uzasadniającymi ochronę takich wartości^[21].

5 | Uzyskanie pozwolenia na budowę po objęciu zabytku tymczasową ochroną konserwatorską

Objęcie tymczasową ochroną konserwatorską uniemożliwia wykonywanie robót budowlanych przy zabytku nieruchomym. Wątpliwości budzi jednak to, czy w okresie obowiązywania tymczasowej ochrony konserwatorskiej możliwe jest uzyskanie pozwolenia na budowę.

W orzecznictwie NSA można spotkać się z poglądem, że skoro objęcie tymczasową ochroną konserwatorską powoduje wstrzymanie wykonania wydanych już decyzji zezwalających na wykonanie robót budowlanych przy zabytku, to obowiązywanie takiej ochrony powinno również stanowić przeszkodę w wydaniu decyzji o pozwoleniu na budowę^[22]. Podobne stanowisko wyraził WSA, wskazując, że wykładnia art. 10a u.o.z. wymaga podejścia systemowego i odniesienia się do przepisów ustawy dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 2351 z późn. zm.). W szczególności, sąd wskazał, że w wykładni tej należy uwzględnić art. 36 ust. 1 u.o.z., który stanowi o wymogu uzyskania pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków na prowadzenie prac konserwatorskich, restauratorskich lub robót budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru oraz art. 39 ust. 1 p.b., który to wymaga uzyskania pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę^[23].

Jeszcze inne stanowisko przedstawił NSA odwołując się do treści art. 2 ust. 2 pkt 3 p.b., zgodnie z którym przepisy ustawy nie naruszają przepisów odrębnych, a w szczególności przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami – w odniesieniu do obiektów i obszarów wpisanych do rejestru zabytków. Wskazał, że art. 5 pkt 7 p.b. wymaga przy projektowaniu i budowie obiektów budowlanych zapewnienia ochrony obiektów wpisanych do rejestru zabytków oraz obiektów objętych ochroną konserwatorską.

²¹ Wyrok NSA z 26.11.2019 r., II OSK 12/18, LEX nr 2772163.

²² Wyrok NSA z 23.02.2022 r., II OSK 584/19, LEX nr 3349632.

²³ Wyrok WSA w Gliwicach z 5.10.2023 r., II SA/Gl 743/23, LEX nr 3619394.

Wpisanie zaś zabytku nieruchomego do rejestru zabytków powoduje, że wykonywanie robót budowlanych wymaga uprzedniego uzyskania stosownego pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków^[24]. Z tego orzeczenia można wyciągnąć wniosek, że ingerencja u.o.z. w możliwość uzyskania pozwolenia na budowę będzie dopiero wtedy, gdy dany zabytek nieruchomy zostanie wpisany do rejestru zabytków, co pociąga za sobą konieczność uzyskania pozwolenia konserwatorskiego na wykonywanie robót budowlanych.

Wskazówką interpretacyjną przy ocenie relacji zachodzących między u.o.z. a p.b. jest również brzmienie art. 2 ust. 1 u.o.z., zgodnie z którym przepisy u.o.z. nie naruszają m.in. przepisów prawa budowlanego. Użycie przez ustawodawcę wyrażenia „przepisy ustawy nie naruszają” oznacza, że ustawodawca nie wyłącza jednoczesnego stosowania u.o.z. i p.b. Prowadzi to do wniosku, że instytucje prawne zawarte w obydwu tych ustawach stosuje się co do zasady niezależnie od siebie, chyba że ustawodawca w treści normatywnej postanowi inaczej. Z literalnego brzmienia art. 10a u.o.z. nie wynika, że wyłącza on zastosowania jakiegokolwiek przepisu prawa budowlanego. Gdyby faktycznie ustawodawca chciał ustanowić przeszkodę w uzyskaniu pozwolenia na budowę, to przepis ten powinien zawierać takie unormowanie. Warto podkreślić, że wolność zabudowy wywodzi się z konstytucyjnej zasady ochrony własności zawartej w art. 21 Konstytucji i stanowi jedną z podstawowych zasad ustrojowych^[25]. Obowiązkiem prawodawcy jest zaś przyjęcie takich instytucji prawnych, które zagwarantują podmiotom prawa prywatnego korzystanie z tej wolności^[26]. Wolność zabudowy nie ma charakteru bezwzględnego i może być przez prawodawcę ograniczana w interesie publicznym. Niemniej jednak, ograniczenie to musi być określone przez przepisy prawne. Jak już wcześniej wspomniano, art. 10a u.o.z. nie zawiera wyłączenia stosowania jakiegokolwiek przepisu p.b. i tym samym nie można w sposób dorozumiany uznać, że przepis ten wyłącza możliwość wykonania wolności zabudowy poprzez uzyskanie pozwolenia na budowę.

Zastanawiając się, czy w trakcie obowiązywania tymczasowej ochrony konserwatorskiej możliwe jest wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę,

²⁴ Wyrok NSA z 21.09.2011 r., II OSK 1369/10, LEX nr 1069006.

²⁵ Bogusław Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2012) art. 21.

²⁶ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. Piotr Czarny, Monika Florczak-Wątor, Bogumił Naleziński, Piotr Radzewicz, Piotr Tuleja (Warszawa: C.H. Beck, 2023), art. 21.

należy mieć na uwadze cel tej instytucji. Jak już wspomniano powyżej, ma ona służyć ochronie potencjalnego zabytku przed naruszeniem jego substancji lub zmiany wyglądu, które to trwa jedynie przez określony czas – tj. do momentu zakończenia postępowania w sprawie wpisu obiektu do rejestru zabytków. Cechą tej instytucji jest utrzymanie *status quo* fizycznej postaci zabytku, a zatem uniemożliwienie przeprowadzania różnego rodzaju prac budowlanych. Można więc uznać, że przepis ten ma charakter zabezpieczający, chroniący potencjalny zabytek nieruchomy przed jego uszkodzeniem. Zastosowanie art. 10 u.o.z. nie zmienia w żaden sposób statusu nieruchomości, nadal jest to obiekt budowlany rozumieniu prawa budowlanego, który potencjalnie może zostać wpisany do rejestru zabytków. Objęcie tymczasową ochroną konserwatorską nie przesądza więc o tym, że dany obiekt spełnia przesłanki do wpisania go do rejestru zabytków. Przepis ten wprowadza jedynie zakaz prowadzenia prac budowlanych. Co więcej, zakaz ten ma charakter tymczasowy, bowiem trwa do wydania decyzji w sprawie wpisu do rejestru zabytków. Należy stwierdzić, że przepis ten ma na celu ochronę potencjalnego zabytku nieruchomego przed fizyczną ingerencją. Nie można więc uznać, że przepis ten powinien również być przeszkodą w uzyskaniu pozwolenia na budowę. Warto podkreślić, że uzyskanie pozwolenia na budowę nie wpływa na ochronę obiektu wynikającą z zastosowania art. 10 u.o.z., bowiem żadne prace budowlane nie mogą być przy takim obiekcie wykonywane. Uzyskanie przez stronę pozwolenia na budowę nie będzie więc prowadziło do możliwości wykonania tych robót w okresie obowiązywania tymczasowej ochrony konserwatorskiej, nie spowoduje też jej ustania. Pozwolenie to będzie mogła strona zrealizować, jeżeli finalnie dany zabytek nieruchomy nie zostanie wpisany do rejestru zabytków.

6 | Tymczasowa ochrona konserwatorska jako zagadnienie wstępne

W nieco starszych orzeczeniach WSA wskazano, że objęcie tymczasową ochroną konserwatorską powoduje, że postępowanie to staje się zagadnieniem wstępnym w stosunku do postępowania o wydanie pozwolenia na budowę. Zdaniem sądu dokonanie wpisu do rejestru zabytków ma istotne

znaczenie i wpływ na rozstrzygnięcie organu w przedmiocie wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, bowiem w przypadku wpisania obiektu do rejestru zabytków pozwolenie na budowę może być wydane dopiero po uzyskaniu decyzji generalnego konserwatora zabytków o skreśleniu tego obiektu ze jest zabytków^[27].

NSA również zajął stanowisko w sprawie uznania tymczasowej ochrony konserwatorskiej jako zagadnienia wstępnego. Wskazał, że skoro na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. organ zawiesza postępowanie, gdy rozpatrzenie sprawy i wydanie decyzji zależy od uprzedniego rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego przez inny organ lub sąd. Chodzi tu o zależność bezpośrednią za czym przemawia istota instytucji zawieszenia postępowania^[28]. W doktrynie wskazuje się, że zagadnienie wstępne oznacza technicznoprawną konieczność rozstrzygnięcia jednej sprawy co otwiera możliwość rozstrzygnięcia sprawy głównej^[29]. Takie też stanowisko zajął NSA twierdząc, że art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. może być zastosowany wtedy, gdy rozstrzygnięcie określonej kwestii prawnej stanowi wiążącą przesłankę wydania decyzji w postępowaniu głównym^[30]. Wskazuje się, że musi istnieć wyraźny związek przyczynowy pomiędzy zagadnieniem wstępnym a rozstrzygnięciem sprawy głównej^[31].

Należy więc zadać pytanie, czy zatem objęcie tymczasową ochroną konserwatorską stanowi zagadnienie wstępne w odniesieniu do decyzji o pozwoleniu na budowę? Trzeba podkreślić, że objęcie tymczasową ochroną konserwatorską nie przesądza o tym, że dany obiekt stanie się zabytkiem nieruchomym. Instytucja ta traktuje obiekty budowlane jako potencjalne zabytki nieruchome i w żaden sposób nie przesądza o spełnieniu przez takie obiekty przesłanek uznania za zabytek. Art. 10a u.o.z. nie rozstrzyga więc żadnego zagadnienia w stosunku do określonego obiektu budowlanego i tym samym nie może być traktowany jako rozstrzygający zagadnienie wstępne.

²⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 18.07.2014 r., VII SA/Wa 495/14, LEX nr 1563297.

²⁸ Wyrok NSA z 7.05.1999 r. IV SA 7444/97 niepubl.

²⁹ Józef Rodziewicz, *Prejudycjalność w postępowaniu cywilnym* (Gdańsk: Arche, 2000), 7-18.

³⁰ Wyrok NSA w Warszawie z 17.07.2003 r., II SA 427/02, LEX nr 84206.

³¹ Wyrok NSA z 11.04.2013 r., II OSK 2420/11, LEX nr 1337370.

7 | Odrębność postępowania w sprawie wydania pozwolenia na budowę

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, należy stwierdzić, że ograniczenie możliwości uzyskania pozwolenia na budowę przez przepisy u.o.z. powinny być wyraźnie w tej ustawie wskazane. Wykładnia rozszerzająca ograniczająca wykonywanie wolności zabudowy nie jest możliwa, bowiem żaden przepis u.o.z. nie wprowadza ograniczeń w tym zakresie, jeżeli dany zabytek nieruchomy nie jest wpisany do rejestru zabytków. Prowadzi to do wniosku, że postępowanie w sprawie wydania pozwolenia na budowę jest niezależne od postępowań prowadzonych na podstawie u.o.z. Tak też wskazał NSA, stwierdzając, że postępowanie dotyczące udzielenia pozwolenia na prowadzenie robót budowlanych przy zabytku nieruchomym jest postępowaniem odrębnym, niezależnym od postępowania w sprawie wydania pozwolenia na budowę^[32].

Powyższe stanowisko uzasadnia także wprowadzony przez ustawodawcę art. 36 u.o.z. ustanawiający wymóg uzyskania pozwolenia konserwatorskiego na prowadzenie robót budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru. Jak wskazuje się w doktrynie pozwolenie konserwatorskie stanowi prejudykat do wydania pozwolenia na budowę^[33]. Jest więc ono wymogiem przewidzianym przez ustawę i jego uzyskanie otwiera drogę do uzyskania pozwolenia na budowę.

Porównanie tych dwóch instytucji przewidzianych przez u.o.z. – tj. tymczasowej ochrony konserwatorskiej i pozwolenia konserwatorskiego – prowadzi do wniosku, że ustawodawca wyraźnie określa w jakich przypadkach wykonanie wolności zabudowy jest ograniczone przez przepisy u.o.z. Odnosząc się zaś do art. 10a u.o.z. należy wskazać, że przepis ten wprowadza ograniczenia związane z podejmowaniem działań o charakterze fizycznym przy zabytku nieruchomym. Nie zawiera on zaś żadnych ograniczeń w przedmiocie prowadzenia postępowań administracyjnych przewidzianych przez przepisy prawa budowlanego.

³² Wyrok NSA z 27.01.2011 r., II OSK 31/10, LEX nr 953062.

³³ Robert Suwaj, „Pozwolenie konserwatorskie i jego obowiązywanie w czasie” *Samorząd Terytorialny*, nr 6 (2023): 50-61.

8 | Podsumowanie

Objęcie tymczasową ochroną konserwatorską stanowi swego rodzaju zabezpieczenie zabytku nieruchomego przez ingerencją w jego substancję lub zmianą wyglądu. Instytucja ta ma zapewnić *status quo* zabytku nieruchomego do czasu zakończenia postępowania w sprawie wpisu do rejestru zabytków. Warto mieć na uwadze, że objęcie tymczasową ochroną konserwatorską nie potwierdza w żaden sposób, że dany obiekt budowlany spełnia przesłanki wpisania do rejestru zabytków.

Czy zatem instytucja ta stanowi przeszkodę do uzyskania przez stronę decyzji o pozwoleniu na budowę w trakcie obowiązywania tymczasowej ochrony? Uzyskanie pozwolenia na budowę nie umożliwi jego faktycznej realizacji poprzez wykonanie określonych robót budowlanych w okresie obowiązywania tymczasowej ochrony konserwatorskiej. Potencjalnie będzie to możliwe dopiero w przypadku, gdy postępowanie w sprawie wpisu do rejestru zabytków zakończy się i dany obiekt budowlany nie zostanie wpisany do rejestru. Wydaje się więc, że niecelowym jest ograniczanie działań inwestora zmierzających do wykonywania wolności zabudowy poprzez odmowę wszczynania postępowania w sprawie wydania pozwolenia na budowę. Dodatkowo należy wskazać, że u.o.z. nie zawiera przepisu, który ograniczałby wolność budowlaną w okresie obowiązywania tymczasowej ochrony konserwatorskiej.

Objęcie tymczasową ochroną konserwatorską obiektu budowlanego może jedynie stanowić swego rodzaju ryzyko dla inwestora polegające na tym, że nie będzie mógł on zrealizować uzyskanego pozwolenia na budowę w przypadku wpisania obiektu budowlanego do rejestru zabytków. W takim przypadku inwestor będzie musiał zmodyfikować zakres planowanych robót budowlanych i uzyskać pozwolenie konserwatorskie, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 1 u.o.z.

Bibliografia

- Banaszak Bogusław, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2012.
- Ginter Artur, Anna Michalak, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.

- Jaśkowska Małgorzata, Martyna Wilbrandt-Gotowicz, Andrzej Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*. LEX/el. 2024.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. red. Piotr Czarny, Monika Florczak-Wątor, Bogumił Naleziński, Piotr Radziejewicz, Piotr Tuleja. Warszawa: C.H. Beck, 2023.
- Michalak Anna, „Gminna ewidencja zabytków jako forma ochrony konserwatorskiej zabytków nieruchomych” *Przegląd Legislacyjny*, nr 4 (2018): 39-66.
- Rodziejewicz Józef, *Prejudycjalność w postępowaniu cywilnym*. Gdańsk: Arche, 2000.
- Ruczkowski Piotr, „Aksjologia tworzenia i stosowania administracyjnego prawa rzeczowego” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 7-8 (2017): 82-90.
- Skorczyńska Ewa, „Skutki wszczęcia postępowania w sprawie wpisu do rejestru zabytków dla procesu inwestycyjnego (w świetle wykładni art. 10a ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami)” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 2 (2019): 52-62.
- Sługocki Janusz, *Opieka nad zabytkiem nieruchomym. Problemy administracyjno-prawne*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Suwaj Robert, „Pozwolenie konserwatorskie i jego obowiązywanie w czasie” *Samorząd Terytorialny*, nr 6 (2023): 50-61.
- Współczesne problemy teorii konserwatorskiej w Polsce, red. Bogusław Szmygin. Warszawa-Lublin: Wydawnictwo Politechniki Lubelskiej, 2008.



Zasada pogłębiania zaufania obywateli do administracji publicznej jako fundament postępowania administracyjnego

The principle of Deepening Citizens' Trust in Public Administration as a Foundation of Administrative Proceedings

Abstract

The principle of increasing confidence is considered by both doctrine and case law as a legal norm applicable to the entire field of administrative law. It is particularly important in the relationship between the administrative body and the individual (as the subject of administration) in the application of substantive law, i.e. in administrative proceedings. Uniformity and predictability of decisions are also important for building trust in public administration. This principle was explicitly articulated in the newly added § 2 of Article 8 of the Code of Administrative Procedure as part of the major amendment of the Code in 2017. As rightly recognised by the legislator, unjustified changes in the administrative authority's position undermine the confidence of the parties to proceedings in the public authority.

SŁOWA KLUCZOWE: zaufanie,
pogłębianie zaufania, postępowanie
administracyjne, administracja
publiczna

KEY WORDS: trust, deepening of trust,
administrative proceedings, public
administration

JOANNA SMARŻ – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Radomski
im. Kazimierza Pułaskiego, ORCID – 0000-0002-2450-8162,
e-mail: j.smarz@urad.edu.pl

1 | Wstęp

Celem postępowania administracyjnego jest sprawne, rzetelne i zgodne z prawem rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej, przy jednoczesnym zapewnieniu ochrony interesów jednostki oraz interesu publicznego. Ma to szczególne znaczenie ze względu na silniejszą pozycję organu administracji w tym postępowaniu. W związku z tym niezbędne stało się wprowadzenie systemu gwarancji procesowych, które chroniłyby prawa strony i działałyby jak remedium na negatywne dla jednostki cechy postępowania administracyjnego. Kluczową rolę w tym zakresie odgrywają ogólne zasady postępowania administracyjnego uregulowane w art. 6-16 k.p.a. Zasady te są skierowane do organu administracji, który ma obowiązek ich przestrzegania, aby chronić jednostkę i zapewnić jej odpowiednie standardy ochrony praw w relacjach z administracją.

W postępowaniu administracyjnym szczególnie istotne znaczenie odgrywa zaufanie, które kształtuje kulturę administrowania, będąc fundamentem nowoczesnej administracji^[1]. Podstaw prawnych zaufania można poszukiwać w konstytucyjnej zasadzie demokratycznego państwa prawnego^[2], mającej umocowanie w art. 2 Konstytucji RP^[3]. Zapewnia ona prawo do rzetelnego i sprawnego procesu, który opiera się na poszanowaniu praw i wolności jednostki^[4]. Wynika to z założenia, że zaufanie jednostki do prawa i gwarancja ochrony wynikającej z tego prawa są warunkiem istnienia państwa prawnego. Zasada zaufania do prawa zakłada również pewność prawną oraz przewidywalność działania organów państwa.

¹ Krystyna Wojtczak, Marcin Princ, „Instytucja przyrzeczenia administracyjnego a zwiększenie zaufania do działalności władz publicznych”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Włazłak (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 189 i 191.

² Katarzyna Celińska-Grzegorzczak, „Zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa w orzecznictwie sądów administracyjnych”, [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie KPA*, red. Janusz Nicyporuk (Lublin: Wydawnictwo WSPA, 2010), 65-66 oraz wyrok TK: z dnia 25 kwietnia 2001 r., K 13/01, Legalis nr 49840; z dnia 18 października 2006 r., P 27/05, Legalis nr 77566; z dnia 10 grudnia 2007 r., P 43/07, Legalis nr 89496; z dnia 20 stycznia 2009 r., P 40/07, Legalis nr 114993; z dnia 12 maja 2015 r., P 46/13, Legalis nr 1241398.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁴ Barbara Adamiak, Janusz Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2022, Legalis), komentarz do art. 8.

W postępowaniu administracyjnym rozwinięcie tej zasady znajduje odzwierciedlenie w art. 8 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego^[5]. Zgodnie z powyższym, organy administracji publicznej prowadzą postępowanie w sposób, który wzbudza zaufanie uczestników do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania wszystkich stron postępowania.

Budowanie zaufania do administracji publicznej opiera się również na jednolitości i przewidywalności podejmowanych przez organ decyzji, co gwarantuje jednostce poczucie bezpieczeństwa prawnego. Znajduje to potwierdzenie w dodanym w 2017 r.^[6] do art. 8 § 2 k.p.a.^[7]. Nieuzasadniona zmienność poglądów organu administracji podważa bowiem zaufanie uczestników postępowania do władzy publicznej.

Powyższe skłania do analizy znaczenia zaufania w postępowaniu administracyjnym poprzez zbadanie, jakie działania organów administracji są zgodne z zasadą pogłębiania zaufania oraz kiedy można mówić o jej naruszeniu.

W pracy zostanie wykorzystana metoda dogmatyczno-prawna, która pozwoli na szczegółowe zbadanie przepisów prawnych dotyczących zaufania w postępowaniu administracyjnym i ich interpretację. Metoda ta pozwoli też na ocenę zgodności praktyk organów administracji z zasadami prawa oraz na wskazanie działań, które wspierają lub naruszają zaufanie uczestników postępowania do władzy publicznej.

⁵ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2024 r., poz. 572), dalej też jako: „k.p.a.”.

⁶ Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2017 r., poz. 935).

⁷ Przepis ten na przestrzeni lat istotnie ewoluował. W pierwotnym tekście k.p.a. zasada zaufania została uregulowana w art. 6, który miał następujące brzmienie: „Organy administracji państwowej powinny prowadzić postępowanie w taki sposób, aby pogłębiać zaufanie obywateli do organów Państwa”. W wyniku nowelizacji Kodeksu z marca 1980 r. i opracowania jego tekstu jednolitego, zasadzie tej nadano nową treść i zamieszczono ją w przepisie art. 8. Stanowił on wówczas, że: „Organy administracji publicznej obowiązane są prowadzić postępowanie w taki sposób, aby pogłębiać zaufanie obywateli do organów Państwa oraz świadomość i kulturę prawną obywateli” (Dz. U. z 1980 r., Nr 9, poz. 26). Kolejna zmiana nastąpiła w 2010 (Dz. U. z 2011 r., Nr 6, poz. 18 ze zm.). Wówczas art. 8 nadano brzmienie: „Organy administracji publicznej prowadzą postępowanie w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej”.

2 | Definiowanie „zaufania”

Zaufanie jest wartością uniwersalną, ponieważ wpływa na wszystkie relacje międzyludzkie, gdzie jest postrzegane subiektywnie, a jego odbiór może się zmieniać w zależności od zachowania innych osób^[8]. Dlatego też jest ono trudne do zdefiniowania, opisanie czy zmierzenia.

Według definicji słownikowej, zaufanie oznacza przekonanie, że jakiejś osobie lub instytucji można ufać, mieć przekonanie, że czyjeś słowa, informacje są prawdziwe^[9]. W doktrynie próby definiowania zaufania podejmuje się poprzez wskazanie jego składowych elementów, takich jak wiarygodność, wiara, przekonanie, nadzieja, lojalność czy poleganie na kimś. Elementy te tworzą złożony obraz zaufania, które odgrywa kluczową rolę w kształtowaniu relacji międzyludzkich^[10].

Z kolei na gruncie k.p.a., zaufanie odnosi się do sytuacji, w której jednostka opiera się na działaniach organu administracji, a nie do samego zaufania do tego organu^[11]. Zaufanie obywateli do państwa można postrzegać jako stan świadomości, który wynika z oceny rzetelności i wiarygodności działań państwa. Obejmuje on także dążenie do zminimalizowania niepewności i zwiększenia poczucia bezpieczeństwa^[12]. Zaufanie jest kluczowe dla administracji publicznej w osiąganiu jej celów związanych z zaspokajaniem potrzeb społecznych. Dzięki niemu administracja może uprościć swoje działania, co przekłada się na lepszą opinię społeczeństwa o jej pracy^[13].

⁸ Anna Pasek, „Pojęcie zaufania w społeczeństwie nowoczesnym i ponowoczesnym” *Uniwersyteckie Czasopismo Socjologiczne*, nr 24(1) (2019): 38.

⁹ Lidia Drabik, Elżbieta Sobol, *Słownik języka polskiego PWN P-Ż* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2007), 556.

¹⁰ Wiesław Maria Grudzewski, Irena Krystyna Hejduk, Anna Sankowska, Monika Wańtuchowicz, *Zarządzanie zaufaniem w przedsiębiorstwie. Koncepcja, narzędzia, zastosowania* (Kraków: Wolters Kluwer, 2009), 17.

¹¹ Maciej Wojciechowski, „Zaufanie instytucjonalne w kontekście ustawowej zasady zaufania jednostki do państwa” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 2 (2012): 13.

¹² Jadwiga Potrzeszcz, „Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa”, [w:] *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa* (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2013), 136.

¹³ Andrzej Nałęcz, „Zasada ochrony zaufania a stanowienie i stosowanie prawa administracyjnego”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 169.

W odniesieniu do organów administracji, określenie „budzący zaufanie” dotyczy sposobu prowadzenia postępowania, które ma na celu wydanie właściwego i zgodnego z prawem rozstrzygnięcia. Oznacza to, że postępowanie jest przeprowadzane zgodnie z zasadami prawa, w tym z zasadą praworządności, oraz że w trakcie postępowania respektowane są uprawnienia jego uczestników. Prowadząc postępowanie, organ administracji powinien też działać skutecznie i sprawnie, dbając o właściwe wypełnianie swoich obowiązków, dążąc do efektywnego i sprawnego zakończenia postępowania^[14]. Jest to bardzo istotne, ponieważ jakość działania organów administracji wpływa na autorytet państwa i jego instytucji, a zaufanie społeczeństwa do administracji decyduje o jej skuteczności i sile^[15]. Dlatego zasada ta powinna mieć wpływ na całą działalność organów administracji, kształtując ich postępowanie w taki sposób, aby budować zaufanie.

Zawarta w art. 8 k.p.a. zasada pogłębiania zaufania obywateli do władzy publicznej określa wyraźnie to, co *implicite* jest zawarte w zasadzie praworządności. Z zasady wyrażonej w art. 8 wynika bowiem przede wszystkim wymóg praworządnego i sprawiedliwego prowadzenia postępowania i rozstrzygnięcia sprawy przez organ administracji publicznej, co jest zasadniczą treścią zasady praworządności. Tylko postępowanie odpowiadające takim wymogom i decyzje wydane w wyniku postępowania tak ukształtowanego mogą wzbudzać zaufanie obywateli do władzy publicznej nawet wtedy, gdy decyzje administracyjne nie uwzględniają ich żądań. Brak zaufania obywateli do władzy publicznej jest z reguły skutkiem naruszenia prawa przez organy państwowe, zwłaszcza zaś niektórych wartości w nim wyrażonych, takich jak równość i sprawiedliwość^[16].

¹⁴ Joanna Smarż, „Szybkość, prostota i wnikliwość jako determinanty postępowania administracyjnego”, [w:] *Determinanty prawa i postępowania administracyjnego oraz sądownictwa administracyjnego. Księga Jubileuszowa dedykowana profesor Aleksandrze Wiktorowskiej*, red. Jacek Jagielski, Katarzyna Zalasieńska, Aleksander Jakubowski, Karolina Wojciechowska (Warszawa: C.H. Beck, 2024), 13-20.

¹⁵ Żaklina Skrenty, „Zaufanie obywateli do organów władzy publicznej w świetle orzecznictwa sądowego i poglądów doktryny” *PWSZ IPIA Studia Lubuskie*, Tom IX (2013): 97-99 oraz wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 21 kwietnia 2022 r., I SAB/Wr 2976/21, Legalis nr 2699430 oraz *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. Hanna Knysiak-Sudyka (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023, Legalis), komentarz do art. 8 k.p.a.

¹⁶ Małgorzata Jaśkowska, Martyna Wilbrandt-Gotowicz, Andrzej Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego* (Lex, 2025), komentarz do art. 8 k.p.a.

3 | Zasada budzenia zaufania jako zasada ogólna postępowania administracyjnego

Zasada zaufania jako zasada konstytucyjna^[17] ma na celu zapewnienie obywatelom pewności, że postępowanie jest prowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Podobnie w obszarze postępowania administracyjnego zasada zaufania obywateli do państwa i prawa^[18] uzyskuje status zasady ogólnej, stanowiąc atrybut nowoczesnego administrowania. Została ona wyrażona w art. 8 § 1 k.p.a.

Podobnie jak w przypadku innych zasad ogólnych, zasada zaufania nie może być traktowana jedynie jako postulat określonego zachowania organu administracji. Jest to norma prawna, która nakłada na organy administracji publicznej obowiązek postępowania zgodnie z wiążącymi dyrektywami, jakie z niej wynikają^[19]. Zasady ogólne odgrywają kluczową rolę w kształtowaniu postępowania administracyjnego, wpływając istotnie na jego przebieg oraz na relacje między organami administracyjnymi a obywatelami. Stanowią fundament skutecznego, rzetelnego, sprawnego i sprawiedliwego działania organów administracji publicznej, ustanawiając ramy tego postępowania^[20]. Stanowią one jednocześnie ochronę kluczowych wartości, które są istotne dla całego systemu prawnego lub jego poszczególnych gałęzi. Służą też wykładni prawa, jego tworzeniu i stosowaniu. Wykorzystuje się je także do wypełniania luk prawnych oraz do prowadzenia rozumowań *per analogiam*^[21].

Uznanie danej normy za zasadę ogólną postępowania pociąga za sobą liczne konsekwencje. Przede wszystkim przepisy takie traktowane są jako podstawowe i mają zastosowanie do całego postępowania administracyjnego. Obowiązują więc one na każdym etapie postępowania, stanowiąc

¹⁷ Jan Chmielewski, *Zasada budzenia zaufania w ogólnym postępowaniu administracyjnym* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 76.

¹⁸ W orzecznictwie TK zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa i do prawa określa się inaczej jako zasadę lojalności państwa wobec obywatela – wyrok TK z dnia 7 lutego 2001 r., K 27/00, Legalis nr 49466.

¹⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 lipca 2021 r., VI SA/Wa 1478/21, Legalis nr 2667457.

²⁰ Joanna Smarż, „Zasada in dubio pro libertate w przepisach kodeksu postępowania administracyjnego” *Studia Prawnicze*, nr 4 (2017): 58.

²¹ Leszek Leszczyński, Grzegorz Maroń, „Pojęcie i treść zasad prawa oraz generalnych klauzul odsyłających” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia. Sectio G*, nr 1 (2013): 81-82.

wiązącą wytyczną dla stosowania pozostałych przepisów kodeksu. Nie tworzą one nowych instytucji, lecz są realizowane przez już istniejące struktury prawne^[22]. Mają one zastosowanie z każdym przepisem k.p.a., w którym następuje ich rozwinięcie. Dlatego zostały one sformułowane w sposób ogólny, a ich konkretyzacja następuje podczas stosowania prawa^[23].

Powyższe odnosi się także do zasady zaufania, która obejmuje szereg elementów wpływających na relacje między administracją a obywatelami, kształtując efektywność działania administracji. Zaufanie obywateli do administracji publicznej opiera się na przekonaniu, że organy administracyjne działające w imieniu państwa podejmują właściwe decyzje i działania^[24]. Zasada ta zakłada humanizację relacji między jednostką a władzą publiczną, stanowiąc przeciwieństwo biurokracji^[25].

Zasada zaufania może być rozumiana w dwóch aspektach: pozytywnym i negatywnym. Pozytywny wymiar oznacza, że postępowanie administracyjne powinno być prowadzone w taki sposób, aby wzbudzało zaufanie obywateli do władzy publicznej. Z kolei w aspekcie negatywnym zasada ta zobowiązuje organy administracji do powstrzymywania się od działań, które mogłyby podważyć lub osłabić to zaufanie^[26]. Dlatego nie wystarczy, aby organ administracji jedynie unikał działań mogących osłabić zaufanie obywateli, lecz powinien też działać w sposób, który przyczynia się

²² Barbara Adamiak w: Barbara Adamiak, Janusz Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2003), 42.

²³ Joanna Smarż, „Nowe zasady ogólne kodeksu postępowania administracyjnego chroniące interes jednostki w postępowaniu administracyjnym”, [w:] *Ochrona praw jednostki w postępowaniu administracyjnym i podatkowym*, red. Sławomir Fundowicz, Piotr Możyłowski, Tadeusz Stanisławski (Radom: Instytut Naukowo-Wydawniczy „Spatium”, 2018), 15-21.

²⁴ Jan Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2013), 80.

²⁵ Wyrok WSA: w Gdańsku z dnia 5 maja 2021 r., II SAB/Gd 19/21, Legalis nr 2569689; w Krakowie z dnia 31 marca 2020 r., I SA/Kr 1300/19, Legalis nr 2513444 oraz Maria Grzymisławska-Cybulska, „Istota i znaczenie obowiązku prowadzenia postępowania administracyjnego w sposób budzący zaufanie do organów władzy”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 433-446.

²⁶ Hanna Walczak, Paweł Witkowski, „Instrumenty prawne gwarantujące sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym – wybrane zagadnienia”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 126.

do wzrostu tego zaufania^[27]. Można więc uznać, że zasada zaufania jest normą programową, która nakazuje realizację określonego celu, nie wskazując sposobów jego urzeczywistnienia^[28].

4 | Zasady składowe zasady pogłębiania zaufania

Jak zastrzega ustawodawca, obowiązek pogłębiania zaufania uczestników postępowania administracyjnego do władzy publicznej powinien być realizowany przez organy, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności oraz równego traktowania.

4.1. Zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności, wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, stanowi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw^[29].

W ramach postępowania administracyjnego zasada proporcjonalności zobowiązuje organy do rozważenia, czy ich działania, ingerujące w prawa i wolności jednostki, są uzasadnione i konieczne dla osiągnięcia zamierzonych celów. Organy muszą również ocenić, czy skutki tych działań są proporcjonalne do nałożonych na obywatela obciążeń, aby nie naruszać równowagi między interesem publicznym a prawami jednostki^[30].

Zasada ta jest kluczowym elementem w działalności administracji publicznej, zapewniającym, że podejmowane działania są odpowiednie

²⁷ Wacław Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne. Zarys systemu* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1962), 124.

²⁸ Chmielewski, *Zasada budzenia zaufania*, 15.

²⁹ Barbara Adamiak, Janusz Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz* (Legalis, 2022), komentarz do art. 8.

³⁰ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 25 stycznia 2024 r., II SA/Po 547/23, Legalis nr 3047964.

i konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu, bez nadmiernego ograniczania praw jednostek. Jej przestrzeganie przez organy administracji jest niezbędne do budowania zaufania obywateli do instytucji publicznych oraz zapewnienia prawidłowego funkcjonowania państwa prawa.

4.2. Zasada bezstronności

Zasada bezstronności jest również zasadą konstytucyjną. Wynika ona z art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej, tj. prawa do rzetelnego procesu sądowego oraz art. 153 ust. 1 Konstytucji RP, dotyczącego funkcjonowania korpusu służby cywilnej. Bezstronność jest także wiązana z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa (art. 32 i 33 Konstytucji RP)^[31]. Zgodnie z tą zasadą wszyscy obywatele są równi wobec prawa, mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne i nie mogą być dyskryminowani z jakiegokolwiek przyczyny.

Natomiast na gruncie k.p.a. stanowi ona ogólną regułę wpływającą na kształt modelu procesu administracyjnego. Z zasady budzenia zaufania do organów władzy publicznej wynika bowiem powinność prowadzenia postępowania administracyjnego z poszanowaniem gwarancji bezstronności^[32]. Utrzymanie bezstronności, które polega na podejmowaniu decyzji zgodnie z obiektywnie przyjętymi standardami, wspiera realizację zasady równości wobec prawa. Możliwe jest to dzięki instytucjom procesowym, takim jak wyłączenie pracownika organu, wyłączenie organu oraz członka organu kolegialnego, a także dzięki kontroli instancyjnej^[33].

Mimo iż zasada bezstronności przed zmianą z 2017 r. nie została *expressis verbis* wyrażona w przepisach kodeksu postępowania administracyjnego, to jednak powszechnie przyjmowano, że organy zobowiązane są do jej respektowania, jako ogólnej zasady prawa.

Zasada ta została też sformułowana w art. 8 EKDA^[34], zgodnie z którym urzędnik ma obowiązek działać bezstronnie i niezależnie oraz powstrzymać się od arbitralnych działań, które mogłyby negatywnie wpłynąć na

³¹ Patrycja Joanna Suwaj, *Gwarancje bezstronności organów administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym* (Wrocław: Kolonia Limited, 2004), 23.

³² Wyrok NSA z dnia 10 kwietnia 2013 r., I OSK 96/13, Legalis nr 1330455.

³³ Suwaj, *Gwarancje bezstronności organów administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym*, 147–206.

³⁴ Uchwalony 6 września 2001 r. przez Parlament Europejski, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2011/C 285/03 z 29 września 2011 r.

sytuację jednostek, jak również od wszelkich form faworyzowania, niezależnie od ich przyczyn. Przepis ten stanowi konkretyzację obywatelskiego „prawa do dobrej administracji” wyrażonego w art. 41 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej^[35], który stanowi m.in., że każdy ma prawo do bezstronnego i sprawiedliwego rozpatrzenia swojej sprawy w rozsądnym terminie przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii.

4.3. Zasada równego traktowania

Kolejną zasadą uzupełniającą zasadę pogłębiania zaufania jest nakaz równego traktowania obywateli znajdujących się w analogicznej sytuacji faktycznej i prawnej^[36]. Zasada równości jest także zasadą konstytucyjną wyrażoną w art. 32 Konstytucji RP i wiąże wszystkie organy władzy publicznej. Oznacza ona, że podmioty, których sytuacja faktyczna i prawna wobec organów administracji publicznej jest podobna, mają prawo oczekiwać, że zostaną w stosunku do nich podjęte decyzje o zbliżonej, a nawet jednakowej treści^[37]. Przejawem prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie do organów państwa jest bowiem m.in. rozstrzygnięcie tożsamych faktycznie i prawnie spraw w taki sam lub zbliżony sposób^[38].

Zasada równego traktowania została wyrażona także w art. 5 EKDA, zgodnie z którym przy rozpatrywaniu wniosków jednostek i podejmowaniu decyzji urzędnik ma obowiązek zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania. Oznacza to, że osoby znajdujące się w takiej samej sytuacji będą traktowane w porównywalny sposób. W przypadku zaś różnic w traktowaniu urzędnik ma zapewnić, aby te różnice były uzasadnione obiektywnymi, istotnymi właściwościami danej sprawy. Urzędnik powinien powstrzymać się od wszelkiego nieuzasadnionego nierównego traktowania jednostek ze względu na ich narodowość, płeć, rasę, kolor skóry,

³⁵ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 7 marca 1966 r., Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2012/C 326/391/02 z 26 października 2012 r.

³⁶ Wyrok NSA z dnia 24 sierpnia 2010 r., II OSK 1064/09, Legalis nr 553662.

³⁷ Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 3 kwietnia 2012 r., II SA/Bk 19/12, Legalis nr 793607.

³⁸ Joanna Smarż, „Związaną organów administracji utrwaloną praktyką przy rozstrzyganiu spraw administracyjnych”, [w:] *Kierunki rozwoju jurysdykcji administracyjnej*, red. Marek Szewczyk, Lucyna Staniszevska, Maciej Kruś (Warszawa: Wolters Kluwer, 2022), 27-42.

pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub wyznanie, przekonania polityczne lub inne, przynależność do mniejszości narodowej, posiadaną własność, urodzenie, inwalidztwo, wiek lub orientację seksualną.

4.4. Zasada uprawnionych oczekiwań

W postępowaniu administracyjnym obywatele powinni mieć również zaufanie do interpretacji przepisów prawa przez organy administracji publicznej, zwłaszcza gdy jest ona spójna i utrzymuje się przez dłuższy czas^[39]. Zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa jest zatem naruszana zarówno gdy ten sam organ dokonuje różnej interpretacji tego samego przepisu prawa w identycznych okolicznościach^[40], jak również gdy zmienia interpretację na niekorzyść obywatela^[41].

Obywatele powinni mieć możliwość układania swoich spraw w przekonaniu, że nie będą narażeni na prawne konsekwencje, których nie mogli przewidzieć w momencie podejmowania decyzji oraz w kolejnych działaniach^[42]. Każdy powinien mieć pewność, że prawne unormowania dotyczące jego praw i obowiązków nie ulegną zmianie na jego niekorzyść. Ocena tej sytuacji zależy jednak od treści dokonanych zmian oraz od sposobu ich wprowadzenia, z uwzględnieniem całości okoliczności i konstytucyjnego systemu wartości^[43]. Wiąże się z tym zobowiązanie organu do publikowania informacji wskazujących, jakich działań można się spodziewać ze strony organu, co sprzyja przewidywalności ich działań^[44].

Jest to niezwykle istotne, ponieważ funkcjonowanie administracji opiera się na upoważnieniu udzielonym jej przez suwerena do wykonywania działań władczych. Upoważnienie to bazuje na zaufaniu, że administracja będzie realizować swoje zadania w sposób zgodny z wartościami i zasadami zawartymi w Konstytucji oraz sprecyzowanymi w aktach

³⁹ Wyrok TK z dnia 27 listopada 1997 r., U 11/97, Legalis nr 10396.

⁴⁰ Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 12 grudnia 2013 r., II SA/Bk 741/13, Legalis nr 793624.

⁴¹ Wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 r., K 26/97, Legalis nr 10394.

⁴² Wyrok TK z dnia 7 lutego 2006 r., SK 45/04, Legalis nr 72616.

⁴³ Wyrok TK z dnia 28 kwietnia 1999 r., K 3/99, Legalis nr 43530.

⁴⁴ Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 13 listopada 2012 r., VI SA/Wa 1731/12, Legalis nr 927589.

prawnych niższego rzędu^[45]. W założeniu ustawodawcy wprowadzenie tej zasady ogólnej do k.p.a. powinno przyczynić się do budowania zaufania do administracji^[46].

Ważna jest zatem przewidywalność i konsekwencja działań organów administracji. Dzięki temu możliwe jest podejmowanie decyzji opartych na pełnym zrozumieniu przesłanek działania^[47]. Nie oznacza to oczywiście, że organ nie może zmieniać ocen prawnych, zwłaszcza gdy zmiana prowadzi do prawidłowego zastosowania określonych przepisów. Organ nie może jednak dokonywać tego w sposób dowolny i nieuzasadniony^[48]. Dlatego też ewentualne zmiany w zakresie interpretacji muszą być szczegółowo uzasadnione. Nieuzasadniona zmienność poglądu organu podważa bowiem zaufanie uczestników postępowania do władzy publicznej.

Zasada uprawnionych oczekiwań została wyrażona także w art. 10 ust. 1 i 2 EKDA. Zgodnie z powyższym, urzędnik działa konsekwentnie w ramach swojej praktyki administracyjnej i zgodnie z zasadami obowiązującymi w instytucji, przestrzegając przyjętych w niej praktyk administracyjnych, chyba że zaistnieją uzasadnione powody do odstąpienia od nich w indywidualnych przypadkach. Te powody należy przedstawić na piśmie oraz uwzględnić uzasadnione i słuszne oczekiwania jednostki wynikające z wcześniejszych działań instytucji.

⁴⁵ Marta Sawczuk, „O zasadzie pogłębiania zaufania obywateli do władzy publicznej” *Studia Prawnoustrojowe*, nr 18 (2012): 155-172.

⁴⁶ Joanna Smarż, „Zasada pewności w sferze stosowania prawa na gruncie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego”, [w:] *Wzorce i zasady działania współczesnej administracji publicznej*, red. Barbara Jaworska-Dębska, Janusz Sługocki, Przemysław Kledzik (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), 739-751.

⁴⁷ Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 25 czerwca 2008 r., I SA/Bk 84/08, Legalis nr 179526.

⁴⁸ Agnieszka Jaworowicz-Rudolf, „Przewidywalność działań administracji jako warunek zaufania do władz publicznych”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 272-273.

5 | Zasady ogólne k.p.a. wpływające na pogłębianie zaufania do organów władzy publicznej

Poczucie zaufania, o którym mowa w art. 8 k.p.a., odnosi się do stosowania prawa przez organy władzy publicznej. Z tej zasady wyłaniają się różne dyrektywy, które powinny kierować działaniami organów administracji. Dotyczą one m.in. obowiązku prowadzenia postępowania oraz podejmowania decyzji w sposób zgodny z prawem i sprawiedliwy, co jest kluczowym elementem zasady praworządności. Ponadto, organy administracji muszą działać w sposób przewidywalny i nie mogą przerzucać na obywateli konsekwencji swoich błędów. Istotne jest również zapewnienie równego traktowania uczestników postępowania oraz właściwe wyważanie interesu społecznego i interesu obywateli. Ważna jest także proobywatelska interpretacja przepisów prawa^[49].

Wyłącznie bowiem takie działania administracji publicznej mogą wzbudzać zaufanie obywateli do organów administracji publicznej i mają szansę spotkać się z posłuchem społecznym. To z kolei może przełożyć się na efektywność funkcjonowania administracji i wykonania wydanych przez nią rozstrzygnięć nawet wówczas, gdy nie uwzględniają one żądań stron postępowania. Brak zaufania obywateli do organów państwa często wynika z naruszenia przez nie prawa, zwłaszcza wartości w nim zawartych, takich jak równość i sprawiedliwość^[50].

Gwarancje realizacji tej zasady są liczne, co podkreśla jej istotne znaczenie. Można je wyprowadzać z różnych przepisów k.p.a., szczególnie z zasad ogólnych postępowania administracyjnego^[51]. Potwierdza to teza sądów administracyjnych, według której zasada zaufania, jako najszersza zakresowo zasada, stanowi klamrę łączącą wszystkie ogólne zasady postępowania^[52].

⁴⁹ Norbert Czechowski, „Wartości i zasady prawa administracyjnego w służbie ochrony jednostki” *Internetowy Przegląd Nauk o Administracji*, nr 1 (2018):118.

⁵⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 stycznia 2018 r., VI SA/Wa 1868/17, Legalis nr 1720373 i Justyna Węglińska, „Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji” *Prawo w Działaniu Sprawy Cywilne*, nr 42(2020): 172.

⁵¹ Wyrok NSA z dnia 26 września 2012 r., I OSK 1094/11, Legalis nr 780163. Podobnie Stefan Rozmaryn, „O zasadach ogólnych Kodeksu postępowania administracyjnego” *Państwo i Prawo*, nr 12 (1961): 903.

⁵² Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 20 lutego 2024 r., III SAB/Wr 352/23, Legalis nr 3051393.

Działania organów administracyjnych, które mają na celu zwiększenie zaufania uczestników procesu administracyjnego do władzy publicznej, powinny przede wszystkim być zgodne z przepisami prawa, co oznacza, że muszą być legalne i praworządne (art. 6 k.p.a.). Ponadto, organ administracji powinien nie tylko działać w ramach i na podstawie obowiązujących przepisów, ale także dbać o to, aby inni uczestnicy postępowania przestrzegali tych zasad (art. 7 k.p.a.).

Pogłębianie zaufania uczestników postępowania wymaga także szczegółowego wyjaśnienia stanu faktycznego, którego prawidłowe ustalenie jest kluczowe dla właściwego rozstrzygania spraw administracyjnych oraz kształtowania sytuacji prawnej adresata decyzji. Konieczność uwzględnienia zarówno interesu publicznego, jak i indywidualnych interesów uczestników postępowania znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 7 k.p.a.^[53]. Zasada budzenia zaufania ma szczególne znaczenie w sytuacjach, gdy postępowanie wszczynane jest z urzędu, co organ czyni w trosce o szczególnie ważny interes strony.

Zasada *in dubio pro libertate*, wyrażona w art. 7a k.p.a., ma także istotne znaczenie dla ochrony zaufania w postępowaniu administracyjnym. Zgodnie z tą zasadą wszelkie wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść obywatela, o ile nie narusza to interesu społecznego^[54]. W związku z tym, decyzje organów władzy publicznej, w których interpretacyjne wątpliwości są rozstrzygane na niekorzyść strony, mogą być postrzegane jako osłabiające zaufanie obywateli do państwa^[55].

Szczególnie bliskie związki z zasadą budzenia zaufania wykazują zasady informowania (art. 9 k.p.a.) oraz przekonywania (art. 11 k.p.a.), co wiąże się z obowiązkiem prawidłowego i wyczerpującego uzasadnienia decyzji^[56]. W związku z tym uzasadnienie decyzji administracyjnej nie może być ogólne, ponieważ naruszyłoby to zasadę budowania zaufania^[57]. Odpowiednie uzasadnienie jest kluczowe, ponieważ jego celem jest przekonanie strony, że jej stanowisko zostało uwzględnione, a jeśli nie, to powinny

⁵³ Chmielewski, *Zasada budzenia zaufania*, 169.

⁵⁴ Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 28 października 2021 r. II SA/Sz 694/21, Legalis nr 2649197.

⁵⁵ Smarż, *Zasada in dubio pro libertate*, 61.

⁵⁶ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2017 r., II SA/Wa 1349/16, Legalis nr 1630946.

⁵⁷ Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 10 stycznia 2024 r., I SA/Bk 373/23, Legalis nr 3032518.

istnieć ku temu uzasadnione powody^[58]. Szczególnie istotne znaczenie ma uzasadnienie decyzji uznaniowej^[59].

Jednym z kluczowych warunków budowania zaufania obywateli do państwa i jego instytucji jest sprawność działania organów administracji, co oznacza prowadzenie postępowania w możliwie szybki i efektywny sposób (art. 12 § 1 k.p.a.). Szybkość postępowania ma istotny wpływ na zaufanie obywateli do organów władzy publicznej, ponieważ świadczy o profesjonalizmie i zaangażowaniu tych organów w rozwiązywanie spraw obywateli. Wnikliwe i szybkie prowadzenie postępowań wpływa pozytywnie na budowanie zaufania obywateli, natomiast zwłoka i powierzchowne podejście może wzbudzać nieufność^[60], może podważać zaufanie obywateli do organów państwa^[61].

Z zasadą budzenia zaufania jest ściśle powiązana również ugoda administracyjna^[62]. Wpływa ona bowiem na poprawę relacji między stronami postępowania, a także między stronami postępowania a organem administracji publicznej.

Na pogłębianie zaufania do organów administracji wpływa także zasada pisemności (art. 14 k.p.a.)^[63]. Rzetelne dokumentowanie przebiegu postępowania administracyjnego jest kluczowe zarówno dla potwierdzenia, że postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z prawem, jak i dla

⁵⁸ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 lipca 2022 r., VI SA/Wa 758/22, Legalis nr 2744127.

⁵⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 lipca 2022 r., VI SA/Wa 1009/22, Legalis nr 2745093; wyrok WSA w Łodzi z dnia 22 lutego 2022 r., II SA/Łd 10/21, LEX nr 3333590 oraz Joanna Smarż, „Uznanie administracyjne jako szczególna forma upoważnienia organów administracji”, [w:] *Założenia nauki administracji*, red. Joanna Smarż, Sławomir Fundowicz, Paweł Śwital (Warszawa: Wolters Kluwer, 2024), 233-245.

⁶⁰ Jerzy Korczak, „Pozyskiwanie i umacnianie zaufania do władz publicznych przez współadministrowanie”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Włazłak (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 103.

⁶¹ Roma Hauser, Andrzej Skoczylas, „Rola zasad ogólnych postępowania administracyjnego w postępowaniu egzekucyjnym w administracji”, [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie K.P.A.* red. Janusz Niczyporuk (Lublin: Wydawnictwo WSPA, 2010), 229.

⁶² Zygmunt Niewiadomski, Krzysztof Jaroszyński, „Art. 13”, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, red. Artur Mudrecki (Gdańsk: Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, 2008), 49.

⁶³ Korczak, *Pozyskiwanie i umacnianie zaufania do władz publicznych przez współadministrowanie*, 103.

umożliwienia kontroli prawidłowości jego toku oraz podjętych działań. Zasada pisemności jest jednym z mechanizmów, które pomagają zrównoważyć siłę i pozycję organu administracji względem stron i innych uczestników postępowania. Dzięki niej eliminuje się możliwość podejmowania czynności procesowych w sposób dorozumiany, co przyczynia się do transparentności i sprawiedliwości postępowania (art. 66a § 2 k.p.a.). Zasada ta umacnia poczucie bezpieczeństwa, co może generować zaufanie uczestników postępowania, zwłaszcza jego stron, do władzy publicznej.

Budzeniu zaufania sprzyja także realizacja zasady jawności postępowania, w tym prawo wglądu w akta sprawy (art. 73 k.p.a.). Zasadę tę należy łączyć ze wskazaną powyżej zasadą pisemności postępowania administracyjnego i dokonanych w nim czynności.

Ważne jest także, aby organy administracji zapewniały stronie możliwość aktywnego uczestnictwa w postępowaniu oraz umożliwiały jej odniesienie się do zgłaszanych wniosków. Również kluczowe jest dokładne wyjaśnienie podstaw decyzji. Dbanie o te aspekty wpływa na zrozumienie i akceptację wydanej decyzji, nawet jeśli jest ona dla strony niekorzystna. Jak słusznie zauważa Barbara Adamiak, już samo dopuszczenie przez organ dowodów przemawiających za pozytywnym załatwieniem sprawy stanowi realizację zasady budowania zaufania do instytucji państwowych^[64].

Zasada dwuinstancyjności postępowania (art. 15 k.p.a.) ma równie silny związek z zasadą budzenia zaufania. Umożliwia ona stronie prawo do zaskarżenia decyzji administracyjnej poprzez odwołanie się do wyższej instancji, co zapewnia jej weryfikację i zwiększa poczucie sprawiedliwości wśród obywateli^[65].

Z zasadą zaufania wiąże się również ściśle zasada trwałości decyzji (art. 16 k.p.a.)^[66]. Działa ona na rzecz przekonania adresatów wydanych rozstrzygnięć, że organ nie zmieni decyzji, która weszła do obrotu prawnego. Konsekwencją tej zasady jest również domniemanie legalności decyzji, co oznacza, że decyzja administracyjna jest uznawana za prawidłową i zgodną z prawem, dopóki nie zostanie skutecznie zakwestionowana. W związku z tym zasada trwałości decyzji, w połączeniu z zasadą ochrony

⁶⁴ Barbara Adamiak w: *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. Barbara Adamiak (Wrocław: Oficyna Wydawnicza „Unimex”, 2008), 524.

⁶⁵ Chmielewski, *Zasada budzenia zaufania*, 193.

⁶⁶ Janusz Łętowski, „Zasada zaufania stosunkach między obywatelem i administracją”, [w:] *Państwo, prawo, obywatel: zbiór studiów dla uczczenia 60-lecia urodzin i 40-lecia pracy naukowej profesora Adama Łopatki*, red. Janusz Łętowski, Wojciech Sokółwiecz (Wrocław: Zakład Narodowy imienia Ossolińskich, 1989), 562.

praw nabytych, wzmacnia zaufanie obywateli do organów administracji publicznej^[67].

Z powyższego wynika, że zasady ogólne postępowania administracyjnego służą realizacji zasady budzenia zaufania. W szczególności jako budzące zaufanie postrzegane są te instytucje procesowe, które rozszerzają uprawnienia procesowe stron, angażując je w proces kształtowania treści rozstrzygnięcia. Prawidłowe stosowanie tych zasad przez organy administracji publicznej może wspierać budowanie zaufania obywateli do władzy publicznej w trakcie prowadzonego postępowania.

Puentą tej analizy może być stwierdzenie Janusza Łętowskiego, który wskazuje, że warunkiem kształtowania zaufania w stosunkach między władzą publiczną a obywatelem jest tworzenie atmosfery współdziałania^[68].

6 | Działania naruszające zasadę budzenia zaufania i skutki tego naruszenia

Jak zostało to już wskazane, zasady ogólne mają charakter norm prawnych, których naruszenie pociąga za sobą określone konsekwencje wynikające z obowiązujących przepisów.

Do takich naruszeń zaliczono w szczególności dowolną, nieuzasadnioną zmienność poglądu organu w zakresie oceny prawnej^[69]; wydanie decyzji rozstrzygającej istotę sprawy administracyjnej, gdy nie została w pełni wyjaśniona kwestia zasadności wniosku o wyłączenie pracownika organu administracji publicznej^[70]; sformułowanie sentencji decyzji nakładającej na stronę obowiązek określonego zachowania w taki sposób, że strona musi

⁶⁷ Alina Miruć, „Zasady ogólne Kodeksu postępowania administracyjnego w procedurze przyznawania pomocy społecznej”, [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie K.P.A.*, red. Janusz Niczyporuk (Lublin: Wydawnictwo WSPA, 2010), 542.

⁶⁸ Łętowski, *Zasada zaufania*, 557, 562.

⁶⁹ WSA w Lublinie z dnia 2 marca 2021 r., II SA/Lu 544/20, Legalis nr 2579255 oraz wyrok NSA z dnia 15 marca 2012 r., II OSK 2539/10, Legalis nr 2844109.

⁷⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 czerwca 2022 r., VII SA/Wa 676/22, Legalis nr 2770483.

się domyślać jego treści^[71]; sprecyzowanie przyczyn, które legły u podstaw podjętego przez organ rozstrzygnięcia dopiero na etapie udzielania odpowiedzi na skargę do sądu administracyjnego^[72]; udzielenie błędnej informacji, czego konsekwencją było wydanie niekorzystnej dla strony decyzji administracyjnej^[73]; takie prowadzenie postępowania administracyjnego, w którym występują sprzeczne interesy stron, gdy organy prowadzące postępowanie, bez wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy, uwzględniają tylko jeden z wchodzących w grę interesów, nie ustosunkowując się do zgłaszanych w toku postępowania twierdzeń i wniosków stron reprezentujących inne interesy^[74]; obciążenie strony skutkami zaginięcia przesyłki w sytuacji, gdy nie można wykluczyć, że zaginięcie to nastąpiło po wpłynięciu przesyłki do organu administracji publicznej^[75].

Nie każde jednak naruszenie prawa oznacza prowadzenie postępowania w sposób podważający zaufanie jego uczestników do władzy publicznej. Aby uznać, że doszło do takiej sytuacji, musi wystąpić okoliczność, która sprawia, że naruszenie prawa jest na tyle poważne, że wpływa na wiarygodność i autorytet organu administracji^[76].

Konsekwencje naruszenia zasady budzenia zaufania można podzielić na konsekwencje w ramach postępowania administracyjnego oraz konsekwencje w ramach postępowania sądowoadministracyjnego^[77].

Zgodnie z powyższym, naruszenie zasady budzenia zaufania może stanowić podstawę stwierdzenia nieważności decyzji, w przypadku wydania jej m.in. z rażącym naruszeniem prawa (art. 156 § 1 pkt 2)^[78]. Rażące naruszenie art. 8 k.p.a. ma miejsce zwłaszcza w sytuacji, gdy organ nie

⁷¹ Wyrok WSA w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2013 r., II SA/Lu 117/13, *Legalis* nr 668630.

⁷² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 września 2010 r., I SA/Wa 1264/10, *Legalis* nr 342722.

⁷³ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 10 października 2007 r., I SA/Bd 557/07, *Legalis* nr 268969.

⁷⁴ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 4 października 2022 r., II SA/Bd 471/22, *Legalis* nr 2757217.

⁷⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 października 2009 r., V SA/Wa 483/09, *Legalis* nr 836391.

⁷⁶ Piotr Marek Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany* (Lex, 2023), komentarz do art. 8.

⁷⁷ Marcin Rudnicki, „Skutki prawne naruszenia w ogólnym postępowaniu administracyjnym zasad stadium rozpoznawczego” *Przegląd Prawa i Administracji*, t. XCVII (2014): 35.

⁷⁸ Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22 marca 2022 r., II SA/Wr 329/21, *Legalis* nr 2866295.

zgromadził w postępowaniu administracyjnym żadnych dowodów niezbędnych do poczynienia ustaleń stanu faktycznego sprawy lub przeprowadził szczątkowe postępowanie dowodowe^[79]. Konsekwencją takiego naruszenia jest nieważność decyzji administracyjnej. Naruszenie zasady budzenia zaufania może też stanowić podstawę wznowienia postępowania administracyjnego (art. 145b § 1 k.p.a.).

Naruszenie zasady pogłębiania zaufania w postępowaniu administracyjnym może być też uznane za inne naruszenie przepisów postępowania, które może mieć wpływ na wynik sprawy. W takim przypadku może to stanowić podstawę uchylenia zaskarżonej decyzji przez sąd administracyjny stosownie do art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) p.p.s.a.^[80].

7 | Podsumowanie

Jak wynika z analizy tytułowego zagadnienia, zaufanie do administracji publicznej stanowi kluczową wartość w postępowaniu administracyjnym. Wagę powyższej zasady wzmacnia fakt ujęcia jej w art. 8 k.p.a., jako zasady ogólnej, której realizacja wspierana jest przez szereg innych zasad ogólnych k.p.a. Dlatego też wszędzie tam, gdzie obywatel styka się z administracją publiczną, powinna ona być wykonywana w sposób budzący zaufanie do władzy publicznej.

Zaufanie jest fundamentem każdej efektywnej relacji między obywatelami a instytucjami publicznymi. W kontekście postępowania administracyjnego zaufanie obywateli do administracji publicznej wpływa na gotowość do współpracy, przestrzegania przepisów oraz uczestnictwa w procedurach. Kiedy obywatele czują, że mogą zaufać organom administracyjnym, są bardziej skłonni angażować się w procesy administracyjne, co przekłada się na ich lepsze zrozumienie i akceptację wydawanych decyzji.

Budowanie zaufania do administracji publicznej polega przede wszystkim na działaniu zgodnie z prawem, przy jednoczesnym uwzględnieniu słusznego interesu obywateli. Zasada ta wymaga, aby administracja traktowała obywateli sprawiedliwie i równoprawnie, niezależnie od ich statusu

⁷⁹ Wyrok NSA z dnia 26 kwietnia 2010 r., II OSK 715/09, Legalis nr 289572.

⁸⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 sierpnia 2008 r., V SA/Wa 506/08, Legalis nr 296236 oraz z dnia 22 października 2021 r., VI SA/Wa 935/21, Legalis nr 2663882.

społecznego czy innych kryteriów. Aby pogłębiać zaufanie społeczeństwa, administracja musi działać szybko i skutecznie.

Należy też pamiętać, że zaufanie można osiągnąć wyłącznie prowadząc postępowanie przy czynnym udziale stron i uczestników postępowania wyjaśniając wszystkie przesłanki wydawanych rozstrzygnięć. Zaufanie, jakim są obdarzane instytucje władzy publicznej, pozwala bardziej skutecznie wykonywać administrację publiczną bez konieczności stosowania przymusu i lepiej realizując interes publiczny.

Umożliwienie obywatelom poczucia, że ich sprawy są traktowane z należytą uwagą i szacunkiem, jest kluczowe dla prawidłowego funkcjonowania administracji publicznej oraz budowania stabilnego i sprawiedliwego państwa.

Bibliografia

- Ordynacja podatkowa. Komentarz, red. Barbara Adamiak. Wrocław: Oficyna Wydawnicza „Unimex”, 2008.
- Adamiak Barbara, Janusz Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2003.
- Adamiak Barbara, Janusz Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2022. Legalis.
- Celińska-Grzegorzczak Katarzyna, „Zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa w orzecznictwie sądów administracyjnych”, [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie KPA*, red. Janusz Niczyporuk. 59-66. Lublin: Wydawnictwo WSPA, 2010.
- Chmielewski Jan, *Zasada budzenia zaufania w ogólnym postępowaniu administracyjnym*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Czechowski Norbert, „Wartości i zasady prawa administracyjnego w służbie ochrony jednostki” *Internetowy Przegląd Nauk o Administracji*, nr 1 (2018): 107-125.
- Dawidowicz Wacław, *Ogólne postępowanie administracyjne. Zarys systemu*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1962.
- Drabik Lidia, Elżbieta Sobol, *Słownik języka polskiego PWN. P-Ż*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2007.
- Grudzewski Wiesław Maria, Irena Krystyna Hejduk, Anna Sankowska, Monika Wańtuchowicz, *Zarządzanie zaufaniem w przedsiębiorstwie. Koncepcja, narzędzia, zastosowania*. Kraków: Wolters Kluwer, 2009.

- Grzymisławska-Cybulska Maria, „Istota i znaczenie obowiązku prowadzenia postępowania administracyjnego w sposób budzący zaufanie do organów władzy”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak. 433-446. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Hauser Roma, Andrzej Skoczylas, „Rola zasad ogólnych postępowania administracyjnego w postępowaniu egzekucyjnym w administracji”, [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie K.P.A.*, red. Janusz Niczyporuk. 225-232. Lublin: Wydawnictwo WSPA, 2010.
- Jaśkowska Małgorzata, Martyna Wilbrandt-Gotowicz, Andrzej Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*. Lex, 2025.
- Jaworowicz-Rudolf Agnieszka, „Przewidywalność działań administracji jako warunek zaufania do władz publicznych”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak. 259-273. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. Hanna Knysiak-Sudyka. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023, Legalis.
- Korczak Jerzy, „Pozyskiwanie i umacnianie zaufania do władz publicznych przez współadministrowanie”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak. 98-114. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Leszczyński Leszek, Grzegorz Maroń, „Pojęcie i treść zasad prawa oraz generalnych klauzul odsyłających” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia. Sectio G*, nr 1 (2013): 81-91.
- Łętowski Janusz, „Zasada zaufania stosunkach między obywatelem i administracją”, [w:] *Państwo, prawo, obywatel: zbiór studiów dla uczczenia 60-lecia urodzin i 40-lecia pracy naukowej profesora Adama Łopatki*, red. Janusz Łętowski, Wojciech Sokolwiecz. Wrocław: Zakład Narodowy imienia Ossolińskich, 1989.
- Miruć Alina, „Zasady ogólne Kodeksu postępowania administracyjnego w procedurze przyznawania pomocy społecznej”, [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie K.P.A.*, red. Janusz Niczyporuk. 533-543. Lublin: Wydawnictwo WSPA, 2010.
- Nałęcz Andrzej, „Zasada ochrony zaufania a stanowienie i stosowanie prawa administracyjnego”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak. 167-175. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Niewiadomski Zygmunt, Krzysztof Jaroszyński, „Art. 13”, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, red. Artur Mudrecki, Gdańsk: Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, 2008.

- Pasek Anna, „Pojęcie zaufania w społeczeństwie nowoczesnym i ponowoczesnym”, *Uniwersyteckie Czasopismo Socjologiczne*, nr 24(1) (2019): 37-46.
- Potrzeszcz Jadwiga, „Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa”, [w:] *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*. 133-135. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2013.
- Przybysz Piotr Marek, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*. Lex, 2023
- Rozmaryn Stefan, „O zasadach ogólnych Kodeksu postępowania administracyjnego” *Państwo i Prawo*, nr 12 (1961): 887-903.
- Rudnicki Marcin, „Skutki prawne naruszenia w ogólnym postępowaniu administracyjnym zasad stadium rozpoznawczego” *Przegląd Prawa i Administracji*, t. XCVII (2014): 31-43.
- Sawczuk Marta, „O zasadzie pogłębiania zaufania obywateli do władzy publicznej” *Studia Prawnoustrojowe*, nr 18 (2012): 155-172.
- Smarż Joanna, „Nowe zasady ogólne kodeksu postępowania administracyjnego chroniące interes jednostki w postępowaniu administracyjnym”, [w:] *Ochrona praw jednostki w postępowaniu administracyjnym i podatkowym*, red. Sławomir Fundowicz, Piotr Możyłowski, Tadeusz Stanisławski. 15-21. Radom: Instytut Naukowo-Wydawniczy „Spatium”, 2018.
- Smarż Joanna, „Szybkość, prostota i wnikliwość jako determinanty postępowania administracyjnego”, [w:] *Determinanty prawa i postępowania administracyjnego oraz sądowoadministracyjnego. Księga Jubileuszowa dedykowana profesor Aleksandrze Wiktorowskiej*, red. Jacek Jagielski, Katarzyna Zalasieńska, Aleksander Jakubowski, Karolina Wojciechowska. 13-20. Warszawa: C.H. Beck, 2024.
- Smarż Joanna, „Zasada in dubio pro libertate w przepisach kodeksu postępowania administracyjnego” *Studia Prawnicze PAN*, nr 4 (2017): 57-73.
- Smarż Joanna, „Zasada pewności w sferze stosowania prawa na gruncie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego”, [w:] *Wzorce i zasady działania współczesnej administracji publicznej*, red. Barbara Jaworska-Dębska, Janusz Sługocki, Przemysław Kledzik. 739-751. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Smarż Joanna, „Związanie organów administracji utrwaloną praktyką przy rozstrzyganiu spraw administracyjnych”, [w:] *Kierunki rozwoju jurysdykcji administracyjnej*, red. Marek Szewczyk, Lucyna Staniszevska, Maciej Kruś. 27-42. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022.
- Smarż Joanna, „Uznanie administracyjne jako szczególna forma upoważnienia organów administracji”, w:] *Założenia nauki administracji*, red. Joanna Smarż, Sławomir Fundowicz, Paweł Śwital. 233-245. Warszawa: Wolters Kluwer, 2024.
- Suwaj Patrycja Joanna, *Gwarancje bezstronności organów administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym*. Wrocław: Kolonia Limited, 2004.

- Walczak Hanna, Paweł Witkowski, „Instrumenty prawne gwarantujące sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym – wybrane zagadnienia”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak. 115-127. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Węglińska Justyna, „Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji” *Prawo w Działaniu Sprawy Cywilne*, nr 42 (2020): 169-188.
- Wojciechowski Maciej, „Zaufanie instytucjonalne w kontekście ustawowej zasady zaufania jednostki do państwa” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 2 (2012): 5-17.
- Wojtczak Krystyna, Princ Marcin, „Instytucja przyrzeczenia administracyjnego a zwiększenie zaufania do działalności władz publicznych”, [w:] *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. Małgorzata Stahl, Michał Kasiński, Katarzyna Właźlak. 189-206. Warszawa: Wolters Kluwer 2015.
- Zimmermann Jan, *Aksjomaty prawa administracyjnego*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.



Problematyka oznaczania wytworów generatywnej sztucznej inteligencji w świetle polskiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

The Issue of Marking the Products of Generative Artificial Intelligence in the Light of the Polish Act on Combating Unfair Competition

Abstract

The paper is devoted to the issue of marking the products of generative artificial intelligence in the light of the Polish Act on Combating Unfair Competition. The possibility of qualifying the fact of concealing the creation of a given product/provision of a given service as a result of the exclusive action of AI or its cooperation with a human, as well as attributing the „authorship” of such a product to a human, as one of the torts of unfair competition, under Article 10 and Article 3, paragraph 1 of the Act on Combating Unfair Competition, has been analyzed. In the context of Article 10, the issue of not only misleading marking but also misleading lack of marking of goods/services was analysed.

KEYWORDS: artificial intelligence, unfair competition, misleading designation of goods or services, general clause, AI ACT, deepfake

SŁOWA KLUCZOWE: sztuczna inteligencja, nieuczciwa konkurencja, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, klauzula generalna, AI ACT, deep fake

KATARZYNA JASIŃSKA – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie, ORCID – 0000-0002-1746-1095, e-mail: kjasinska@afm.edu.pl

1 | Wprowadzenie

Narzędzia oparte o działanie generatywnej sztucznej inteligencji są obecna niemal w każdej dziedzinie naszego życia, prywatnego i zawodowego, a nawet publicznego^[1]. Są one wykorzystywane m. in. w architekturze^[2], w mass mediach^[3] (w tym w prasie, radio i telewizji^[4], a także filmie^[5] i książkach^[6]) oraz w innych dziedzinach sztuki^[7], w tym w sztuce użytkowej^[8], w muzyce^[9], a także w modzie^[10]. SI tworzy produkty, które

¹ Termin „sztuczna inteligencja” stworzył John McCarthy w 1956 r. Andreas Kaplan i Michael Haenlein zdefiniowali to pojęcie jako zdolność systemu do prawidłowego interpretowania danych pochodzących z zewnątrz, nauki na ich podstawie oraz wykorzystywania tej wiedzy, aby wykonywać określone zadania i osiągać cele poprzez elastyczne dostosowanie – Andreas Kaplan, Michael Haenlein, „Siri, Siri in my Hand, who’s the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence” *Business Horizons*, nr 1 (2018): 15-25.

² Henriette Bier, „Implications of Robotics and AI in Architecture”, [w:]: *Disruptive Technologies: The Convergence of New Paradigms in Architecture*, red. Philippe Morel, Henriette Bier (Cham: Springer International Publishing, 2023): 3-5.

³ Wedle Encyklopedii PWN środki masowego przekazu, mass media, to m. in. prasa, radio, telewizja, także film, książki, nagrania muzyczne czy Internet. <https://encyklopedia.pwn.pl/encyklopedia/mass%20media.html>. [dostęp: 08.12.2024].

⁴ Michael Graßl, Jonas Schützeneder, Klaus Meier, „Artificial intelligence as a tool of assistance A scientific and practical perspective on AI in journalism” *Journalism Research*, nr 1 (2022): 3-24.

⁵ L Kavitha, „Copyright Challenges in the Artificial Intelligence Revolution: Transforming the Film Industry from Script to Screen” *Trinity Law Review*, nr 1(2024): 2-8; Abhijit Ghosh, „Artificial Intelligence as an Innovation in the Film Industry” *Research Inspiration*, nr 3 (2023): 12-16; Md Monirul Islam, „Artificial Intelligence in Indian Films: Anukul and AI ethics” *Short Film Studies*, nr 2 (2022): 183-192.

⁶ Książka napisana przez komputer prawie zdobyła nagrodę literacką. <http://booknews.pl/?p=4169>. [dostęp: 11.08.2023], szerzej na ten temat por. w dalszej części artykułu.

⁷ James Hutson, Martin Lang, „Content creation or interpolation: AI generative digital art in the classroom” *Metaverse*, nr 1 (2023): 1-13.

⁸ Yu-Hsu Lee, Chun-Yao Chiu, „The Impact of AI Text-to-Image Generator on Product Styling Design”, [w:] *Human Interface and Management of Information*, red. Yumi Ashaki, Hirohiko Mori (Cham: Springer International Publishing 2021), 502-515.

⁹ Le Monde: Mają miliony fanów. Jest jeden haczyk. Nie istnieją, oprac. M. Kucharczyk. <https://wydarzenia.interia.pl/raport-media-zagraniczne/news-le-monde-maja-miliony-fanow-jest-jeden-haczyk-nie-istnieja,nId,6952972>. [dostęp: 11.08.2023].

¹⁰ Heidi Härkönen, „Fashion piracy and artificial intelligence—does the new creative environment come with new copyright issues?” *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nr 3 (2020): 163-172.

przedsiębiorcy oferują swoim klientom, a także może brać istotny udział w świadczeniu przez nich usług. Znakomitym przykładem są pisane przez SI książki. W lutym 2023 r. poinformowano, że na Amazonie pojawiło się ponad 200 książek, które były tworzone albo współtworzone przez z ChatGPT^[11]. Może to dotyczyć również scenariuszy filmowych. Aktualnie zdarza się już, że zamiast tworzyć scenariusz „od zera”, scenarzyści dostają jedynie do doszlifowania wstępny draft scenariusza, przygotowany przez SI^[12]. Można sobie wyobrazić także, że gotowe czy nawet tworzone na zamówienie indywidualnych klientów projekty architektoniczne są tworzone przez SI. Z kolei najnowszy przykład wykorzystania SI w mediach to przykład Off Radio Kraków, który to kanał tematyczny od 22 października 2024 r. był przez krótki czas niemal w całości tworzony przez narzędzia SI^[13]. Jak zauważył Jarosław Juszkievicz, od 15 lat głos Google Maps, właśnie zastąpiony przez SI, „Sztuczna inteligencja przetacza się przez świat ludzi pracujących głosem jak wielki walec”^[14].

2 | Artykuł 10 u.z.n.k. – wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług

Zjawisko udziału SI w kreowaniu różnego rodzaju wytworów oraz jej udział w świadczeniu rozmaitych usług będzie się bez wątpienia zwiększał wraz z jej rozwojem; pamiętać należy bowiem, że aktualne narzędzia SI

¹¹ Grzegorz Kubera, Ludzie nie czytają książek, za to piszą ich bardzo dużo. „Zalewają nas powieści generowane przez AI” *Bussiness Insider*, 1 października 2023. <https://businessinsider.com.pl/technologie/nowe-technologie/ksiazki-pisane-przez-ai-trafiaja-hurtowo-do-amazona-jest-reakcja-sklepu/xc74v2e>. [dostęp: 17.10.2023].

¹² Andrzej Krajewski, *Najpopularniejsze seriale mogą zniknąć z winy sztucznej inteligencji*. <https://gospodarka.dziennik.pl/praca/artykuly/8710449,ai-chatgpt-sztuczna-inteligencja-hollywood-strajk-praca-pracownik.html>. [dostęp: 12.08.2023].

¹³ <https://off.radiokrakow.pl/>. [dostęp: 22.10.2024].

¹⁴ Onet.pl, *Wzruszające pożegnanie dziennikarza. „Byłem głosem Google Maps przez 15 lat”*. <https://www.onet.pl/styl-zycia/onetkobieta/wzruszajace-pozegnanie-dziennikarza-bylem-glosem-google-maps-przez-15-lat/ml3f1wq,2b83378a>. [dostęp: 23.10.2024].

nie stanowią jeszcze tzw. silnej sztucznej inteligencji, czyli posiadającej wszystkie atrybuty ludzkiego umysłu, jak m. in. kreatywności czy własna inicjatywa^[15]. Jednak już teraz pojawić musi się pytanie o kwestię informowania klientów o fakcie stworzenia danego wytworu-produktu przez SI czy świadczenia usługi z jej udziałem. Jak zakwalifikować sytuację, gdy np. wydawca książki stworzonej przez algorytm podpisuje ją imieniem i nazwiskiem fikcyjnej albo nawet żyjącej (aktualnie bądź kiedyś) osoby (za jej zgodą lub nawet bez)? Albo rozpowszechnia ją w ogóle bez wskazania autorstwa, ale jednocześnie bez poinformowania odbiorców, że została stworzona przez SI? Albo wręcz przeciwnie – niezgodnie z prawdą informuje, że jego produkt powstał bez udziału ludzi, licząc na zainteresowanie nim klientów będących entuzjastami nowych technologii? Rozważania prowadzone w niniejszym artykule ograniczą się do perspektywy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc do relacji między przedsiębiorcami.

W polskiej u.z.n.k. oznaczania towarów/usług dotyczy jej art. 10. W ust. 1 stanowi on, że czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. W literaturze słusznie przyjmuje się, że przedmiotem ochrony jest w tym przypadku „transparentność rynku, która może być zmałowana przez działania przedsiębiorców wprowadzające w błąd co do oferowanych przez nich towarów lub usług”^[16].

Z cytowanego przepisu wynika, że aby mógł on znaleźć zastosowanie, oznaczenie musi powodować możliwość wprowadzenia w błąd co do jednej z cech w nim wymienionych lub każdej innej cechy towaru/usługi, jeżeli jest ona istotna. Jedną z tych cech nazwanych w przepisie jest sposób wykonania (np. stare lub tradycyjne metody wytwarzania albo rękodzielniczy czy ręczny sposób wytworzenia^[17]). W literaturze trafnie podnosi

¹⁵ W przedmiocie tzw. silnej SI, zwanej też ogólną, por. Martin V. Butz, „Towards strong AI” *KI – Kunst Intelligenz*, 35 (2021): 91-101.

¹⁶ Arkadiusz Michalak, „Komentarz do artykułu 10”, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II*, red. Małgorzata Sieradzka, Mariusz Zdyb (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), teza 11.

¹⁷ Marian Kępiński, Jakub Kępiński, „Komentarz do artykułu 10”, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. Janusz Szwaja. Marian Kępiński (Warszawa: C.H. Beck, 2024), Nb 76.

się, że ze sposobem wykonania wyrobu należy utożsamiać także sposób świadczenia usługi¹⁸, a więc np. jej świadczenie z wykorzystaniem SI.

Jeśli chodzi o pierwszą przesłankę, tj. możliwość wprowadzenia w błąd, to nie powinno budzić wątpliwości, że – szczególnie w czasach, kiedy wciąż jeszcze dominuje twórczość człowieka – takie wprowadzenie w błąd nie tylko jest możliwe, ale w zasadzie jest pewne w sytuacjach, kiedy udział w powstaniu produktu czy świadczeniu usługi przypisywany jest człowiekowi. Ponadto, na razie zapewne trafne jest stwierdzenie, że przeciętny odbiorca (a to on ma być punktem odniesienia przy dokonywaniu oceny spełnienia przesłanki wprowadzenia w błąd) większości produktów/usług, nie ma jeszcze nawet świadomości, jak ogromne możliwości już teraz ma SI, więc z dużym prawdopodobieństwem nie przyjdzie mu do głowy, że brała tak istotny udział w powstaniu np. tego, co właśnie zamierza kupić. Przypuszczam jednak, że zbiegiem czasu te twierdzenia się zdezaktualizują zarówno w zakresie dominacji twórczości ludzkiej jak i świadomości ludzi w zakresie możliwości SI.

Trudniej odpowiedzieć na pytanie, czy fakt stworzenia danego produktu przez SI czy jej udziału w świadczeniu danej usługi jest dla przeciętnego odbiorcy cechą istotną. W mojej ocenie przesłanka istotności odnosi się nie tylko do cech „innych”, niewymienionych wprost w przepisie, ale także do tych w nim wymienionych, które ustawodawca wskazał jako cechy w typowym przypadku istotne. To, że wprost wskazany w art. 10 ust. 1 u.z.n.k. sposób wykonania może być cechą istotną, nie oznacza, że zawsze nią jest.

Nawet gdyby przyjąć inne podejście, a mianowicie, że ustawodawca stanął na stanowisku, iż wymienione przez niego w art. 10 ust. 1 u.z.n.k. cechy nie muszą być oceniane przez pryzmat istotności, to jej brak w danym przypadku otwierałby drogę do skorzystania z korygującej funkcji klauzuli generalnej. Powinno ono mieć miejsce, gdy dany stan faktyczny, formalnie biorąc, spełnia przesłanki przewidziane w jednym z przepisów rozdziału 2 u.z.n.k. (znamiona jednego z nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji), ale nie jest uzasadnione potraktowanie go jako czynu nieuczciwej konkurencji¹⁹, gdyż ze względu na okoliczności konkretnej sprawy, np. nie zagraża ani nie narusza interesów innego przedsiębiorcy lub klienta. Aktualnie w orzecznictwie dominuje bowiem pogląd (choć

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Janusz Szwaja, Katarzyna Jasińska, „Komentarz do artykułu 3” [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. Janusz Szwaja. Marian Kępiński (Warszawa: C.H. Beck, 2024), Nb 30.

niebezdyskusyjny^[20]), że oceny postępowania pozwanego przedsiębiorcy należy jednocześnie dokonywać zarówno przez pryzmat przepisów rozdziału 2 u.z.n.k., jak i jej art. 3 ust. 1. W szczególności w wyroku SN z 13.12.2013 r.^[21] podniesiono, że „W orzecznictwie Sądu Najwyższego nie budzi wątpliwości pogląd, że w każdym wypadku stosowania przepisów rozdziału 2 (art. 5 – 17d) u.z.n.k. jest niezbędne wykazanie ogólnych przesłanek odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji, które wynikają z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.”. Chodzi o sytuację, w których mimo że dany stan faktyczny formalnie spełnia przesłanki przewidziane w jednym z przepisów rozdz. 2 u.z.n.k., to jednak nie byłoby uzasadnione potraktowanie go jako czynu nieuczciwej konkurencji^[22]. Także w odniesieniu do deliktu z art. 10 u.z.n.k. uznano, że warunkiem udzielenia ochrony na jego podstawie jest stwierdzenie, że określone działanie, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.)^[23].

Cecha istotna w świetle art. 10 u.z.n.k. to taka, która ma zdolność oddziaływania na klienta i stymulowania go lub przeciwnie – zniechęcania do dokonania zakupu^[24], chociażby nawet chodziło o niewielką część odbiorców^[25].

Z punktu widzenia niniejszych rozważań istotne jest, że z przeprowadzonych badań wynika, że wiedza o zaangażowaniu człowieka w proces artystyczny ma pozytywny wpływ na ocenę sztuki przez odbiorców, którzy postrzegają sztukę jako doświadczenie specyficzne dla człowieka^[26]. Nie znam badań, ale zapewne będzie miało to znaczenie także dla odbiorców prac naukowych^[27] oraz artykułów prasowych czy książek, w przypadku których fakt powstania z udziałem człowieka będzie dla potencjalnego odbiorcy zachętą. W przypadku projektu architektonicznego czy projektu

²⁰ Zob. np. wyr. SN z 7.03.1997 r., II KKN 70/96, OSNC 1997/8, poz. 113 oraz M. Kępiński, Glosa do wyroku SN z 13.12.2013 r., III CSK 65/13: 29-30.

²¹ III CSK 65/13.

²² Szwaja, Jasińska, „Komentarz do artykułu 3”, Nb 30.

²³ Wyrok SA w Warszawie z 24.10.2014 r., I ACa 1451/13, LEX nr 1469438.

²⁴ Michalak, „Komentarz do artykułu 10”, teza 28.

²⁵ Kępiński, Kępiński, „Komentarz do artykułu 10”, Nb 1.

²⁶ Lucas Bellaiche et. al., „Humans vs. AI: Whether and Why We Prefer Human-Created Compared to AI-Created Artwork” *Cognitive Research: Principles and Implications*, 42 (2023): 22-23.

²⁷ Ryszard Markiewicz, „ChatGPT i prawo autorskie Unii Europejskiej” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, nr 2 (2023): pkt 4.6.

mebla zapewne waga sposobu ich powstania z udziałem człowieka będzie znacznie mniejsza, być może dla przeciętnego odbiorcy będzie to irrelewantne, a jednocześnie nie można wykluczyć, że podanie przez przedsiębiorcę, że dany wytwór powstał z udziałem SI może okazać się zachętą. Również jednak i w odniesieniu do nastawienia odbiorców do wytworów SI czy do jej udziału w świadczeniu usług należy spodziewać się zmian, które z biegiem czasu będą następowały.

Nie ulega wątpliwości, że sytuacja powoda, który będzie musiał wykazać przesłanki deliktu z art. 10 u.z.n.k. będzie bardzo trudna, także ze względu na wspomnianą wyżej, spodziewaną przeze mnie zmienność tak w zakresie okoliczności istotnych dla stwierdzenia możliwości wprowadzenia w błąd, jak i samego nastawienia klientów do wytworów SI. W praktyce zapewne niezbędne będzie posłużenie się badaniami konsumenckim, które zostaną wykorzystane do wykazania istotności konkretnego sposobu wykonania (świadczenia usługi) w przypadku konkretnego towaru (usługi) czy nawet dowodu z opinii biegłego, mimo iż posługiwanie się tego rodzaju dowodami nie jest standardem w sprawach z zakresu zwalczania nieuczciwej konkurencji^[28]. W praktyce ocena zarówno ryzyka wprowadzenia w błąd, jak i samej istotności danej cechy dla przeciętnego odbiorcy może nastąpić (i często następuje) wyłącznie na podstawie oceny sądu opartej na całości kształcie okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu właściwego wzorca odbiorcy. Podejście to jednak w mojej ocenie nie sprawdzi się w sporach dotyczących analizowanej w niniejszym artykule problematyki.

Ta trudna sytuacja skomplikuje się jeszcze bardziej, gdy SI zostanie wykorzystana tylko na jakimś etapie. Pod tym względem szczególnie ciekawa jest branża filmowa, gdzie SI można wykorzystać na każdym etapie produkcji, a nawet jeszcze przed jej rozpoczęciem (na etapie oceniania szans na sukces rynkowy planowanego przedsięwzięcia^[29], np. wykorzystując ScriptBook^[30]), choć oczywiście „zatrudnienie” SI tylko do pewnych etapów tworzenia produktu nie jest typowe tylko na branży filmowej. Jednak i tutaj ocena zapewne będzie musiała być inna w zależności od konkretnych okoliczności – czym innym jest sytuacja, kiedy SI została wykorzystana przez dziennikarza, scenarzystę czy pisarza na etapie *reaserchu*,

²⁸ Por. np. wyrok SN z 23.04.2008 r., III CSK 377/07, OSNC 2009/6, poz. 88.

²⁹ Kiedy AI Zastępuje producenta, a algorytmy przewidują sukces filmu. <https://papaya.rocks/pl/news/kiedy-ai-zastepuje-producenta-a-algorytmy-przewiduja-sukces>. [dostęp: 13.08.2023]; Jacek Samborski, *AI w produkcji filmowej*, <https://filmpro.com.pl/ai-w-produkcji-filmowej/>. [dostęp: 13.08.2023].

³⁰ <https://www.scriptbook.io/#/>. [dostęp: 13.08.2023].

a czym innym sytuacja gdy stworzyła pierwszy „draft” artykułu prasowego, powieści czy scenariusza filmowego, które następnie były przez człowieka tylko doszlifowywane.

Delikt z art. 10 ust. 1 u.z.n.k. można popełnić także przez wprowadzający w błąd brak oznaczenia, przy czym występują tutaj dwa podejścia:

- delikt ten można popełnić tylko gdy obowiązek zamieszczenia danego znaczenia wynika z przepisów prawa^[31];
- delikt ten można popełnić niezależnie od istnienia takiego obowiązku w innych przepisach, bowiem to właśnie art. 10 u.z.n.k. nakłada na przedsiębiorców obowiązek prawidłowego, a więc niewprowadzającego w błąd oznaczenia towarów lub usług^[32].

W związku z powyższą wątpliwością warto zastanowić się, czy w powszechnie obowiązujących przepisach (czyli poza wewnętrznymi regulacjami danej branży czy poza zasadami wypracowanymi przez wyższe uczelnie, czy platformy internetowe w zakresie publikowanych tam reklam) istnieje obowiązek oznaczania treści generowanych przez SI.

Przepisy dotyczące oznaczania tego rodzaju treści znalazły się Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1689 z dnia 13 czerwca 2024 r. w sprawie ustanowienia zharmonizowanych przepisów dotyczących sztucznej inteligencji oraz zmiany rozporządzeń (WE) nr 300/2008, (UE) nr 167/2013, (UE) nr 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 i (UE) 2019/2144 oraz dyrektyw 2014/90/UE, (UE) 2016/797 i (UE) 2020/1828 (akt w sprawie sztucznej inteligencji)^[33]. Artykuł 50 ust 2 tego aktu dotyczy dostawców systemów AI. Jeśli natomiast chodzi o przedsiębiorców oferujących wytwory tych systemów, to w grę wchodzi ust. 4 tego artykułu. Stanowi on, że „podmioty stosujące system AI, który generuje obrazy, treści audio lub wideo stanowiące treści *deepfake* lub który manipuluje takimi obrazami lub treściami, ujawniają, że treści te zostały sztucznie wygenerowane lub zmanipulowane. [...] W przypadku gdy treść stanowi część pracy lub programu o wyrażnie artystycznym, twórczym, satyrycznym, fikcyjnym lub analogicznym charakterze obowiązki w zakresie przejrzystości określone w niniejszym ustępie ograniczają się do ujawnienia istnienia takich wygenerowanych lub zmanipulowanych treści w odpowiedni sposób, który

³¹ Kępiński, Kępiński, „Komentarz do artykułu 10”, Nb 110.

³² Michalak, „Komentarz do artykułu 10”, teza 21.

³³ Dz.U.UE.L. z 2024 r. poz. 1689, dalej AI ACT.

nie utrudnia wyświetlania lub korzystania z utworu. Podmioty stosujące system AI, który generuje tekst publikowany w celu informowania społeczeństwa o sprawach leżących w interesie publicznym lub manipuluje takim tekstem, ujawniają, że tekst został sztucznie wygenerowany lub zmanipulowany”. Zgodnie z art. 3 pkt 4 AI ACT „podmiot stosujący” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, agencję lub inny podmiot, które wykorzystują system AI, nad którym sprawują kontrolę, z wyjątkiem sytuacji, gdy system AI jest wykorzystywany w ramach osobistej działalności pozazawodowej. Tak więc sam fakt wykorzystywania narzędzia SI w swojej działalności gospodarczej nie wystarczy do uznania danego przedsiębiorcy za „podmiot stosujący”. Niezbędny jest tu bowiem jeszcze element sprawowania nad danym systemem kontroli, co w praktyce zapewne wielokrotnie nie będzie miało miejsca.

W dalszej kolejności należy więc postawić pytanie, czy np. projekt domu czy krzesła (oba podpadające pod pojęcie „obrazu” z art. 50 ust. 4 AI ACT) stworzony przez SI to *deepfake*? Czy artykuł prasowy, książka czy scenariusz (i stworzony na jego podstawie utwór audiowizualny) napisane przez SI to *deepfake*, o którym mowa w art. 50 ust. 4 AI ACT? Zgodnie z art. 3 pkt 60 AI ACT *deepfake* oznacza wygenerowane przez AI lub zmanipulowane przez AI obrazy, treści dźwiękowe lub treści wideo, które przypominają istniejące osoby, przedmioty, miejsca, podmioty lub zdarzenia, które odbiorca mógłby niesłusznie uznać za autentyczne lub prawdziwe. Nie tylko więc intuicja, ale również wykładnia powyższej definicja nakazywałaby moim zdaniem uznać, że odpowiedź na postawione pytanie jest negatywna. Mając świadomość, że pojęcie *deepfake* budzi kontrowersje^[34], uważam, że w obecnym stanie prawnym nie ma obowiązku oznaczania wytworów SI w postaci produktów, w przypadku których nie zachodzi ryzyko manipulacji społeczeństwem (*verba legis* „które przypominają istniejące osoby, przedmioty, miejsca, podmioty lub zdarzenia, które odbiorca mógłby niesłusznie uznać za autentyczne lub prawdziwe”), przy czym moim zdaniem poza zakresem manipulacji uzasadniającej określenie danej treści jako *deepfake* pozostaje sam fakt stworzenia danego wytworu przez SI. Wyjątkiem, w świetle art. 50 ust. 4 AI ACT, są generowane przez systemy SI teksty publikowane w celu informowania społeczeństwa o sprawach leżących w interesie publicznym. Podmiot stosujący dany system musi ujawnić, że został on

³⁴ Szerzej na ten temat Iga Bałos, „Konsekwencje braku kompleksowego modelu ochrony wizerunku i innych dóbr niematerialnych aktorów w kontekście stosowania narzędzi sztucznej inteligencji” *Prawo i Więź*, nr 4 (2023): 389-90.

sztucznie wygenerowany, nawet jeśli nie został zmanipulowany (manipulacja w świetle tego przepisu także musi być ujawniona). Obowiązek ten nie ma jednak zastosowania, w szczególności gdy treści wygenerowane przez SI (niezmanipulowane) zostały poddane weryfikacji przez człowieka lub kontroli redakcyjnej i gdy za publikację treści odpowiedzialność redakcyjną ponosi osoba fizyczna lub prawna.

Ciekawym problemem jest to, czy film fabularny powstały z wykorzystaniem cyfrowych replik aktorów za ich zgodą to *deepfake*, w sytuacji, gdy ten cyfrowy aktor gra rolę w stanowiącym filmową fikcję scenariuszu?^[35] Zdanie 3 ust. 4 art. 50 AI ACT, nieco wbrew intuicji, nakazuje uznać, że tak. Stanowi on bowiem, że w przypadku, gdy treść stanowi część pracy lub programu o wyrażnie artystycznym, twórczym, satyrycznym, fikcyjnym lub analogicznym charakterze, obowiązki w zakresie przejrzystości określone w niniejszym ustępie ograniczają się do ujawnienia istnienia takich wygenerowanych lub zmanipulowanych treści w odpowiedni sposób, który nie utrudnia wyświeltania lub korzystania z utworu. Ważne jest doprecyzowanie w postawionym przeze mnie pytaniu, że w owym hipotetycznym filmie cyfrowi aktorzy zostali wykorzystani za zgodą ich rzeczywistych pierwowzorów. Przewidziany bowiem w art. 50 ust. 4 zd. 3 AI ACT ograniczony obowiązek w zakresie znaczenia ma zastosowanie tylko „z zastrzeżeniem odpowiednich zabezpieczeń w zakresie praw i wolności osób trzecich”, co wynika z pkt 134 preambuły AI ACT, choć nie znalazło to odzwierciedlenia w przepisach.

Na marginesie warto zauważyć, że w polskiej doktrynie postuluje się wprowadzenie regulacji nakazujących oznaczania wytworów SI^[36] jako dopełnienie również postulowanego wprowadzenia jakiegoś rodzaju środka prawnego, który umożliwiłby twórcom przynajmniej częściową rekompensatę szkód, które ponoszą ze względu na działania SI, stanowiącej dla nich poważną konkurencję, a jednocześnie intensywnie czerpiącą z ich pracy^[37]. Ma to związek ze zjawiskiem trenowania narzędzi SI z wykorzystaniem chronionych prawem autorskim utworów, przy jednoczesnych wątpliwościach, czy w ogóle stanowi to wkroczenie w monopol prawnautorski. Z kolei w przypadku pozytywnej odpowiedzi na to pytanie,

³⁵ W przedmiocie wykorzystania cyfrowych replik aktorów w filmach fabularnych por. Bałos, „Konsekwencje”, 390.

³⁶ Postuluje to m. in. Markiewicz, „ChatGPT”, pkt 1.7.

³⁷ W przedmiocie zgłaszanych w doktrynie propozycji i trudności związanych z ich realizacją por. Markiewicz, „ChatGPT”, pkt 4.5.

postulat oznaczania wytworów SI i rekompensaty dla twórców ma uzasadnienie we w zasadzie niemożliwych do pokonania w praktyce trudnościach dowodowych, na które napotkaliby twórcy chcący dochodzić swoich praw w związku z wykorzystaniem ich utworów do trenowania SI ^[38].

3 | Klauzula generalna

W dzisiejszych czasach szczególnie aktualna jest ocena Fryderyka Zolla z czasów pierwszej polskiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (1926 r. ^[39]), że „Nieuczciwa konkurencja, zwłaszcza w zakresie przemysłu i handlu wykazała i wykazuje tyle pomysłowości, że ujęcie jej wyczerpujące w szczegółowe przepisy ustawowe tak samo wydaje się być rzeczą niemożliwą, jak według mitologii greckiej bezcelową rzeczą było ściganie boga Prometeusza dlatego, że zmieniać umiał ciągle postacie, w jakich występował”^[40]. Dlatego też ustawodawcy różnych krajów europejskich^[41], w tym ustawodawca polski, zdecydowali się sięgnąć do rozwiązania legislacyjnego w postaci klauzuli generalnej, która – pełniąc funkcję uzupełniającą w stosunku do przepisów definiujących delikty nazwane^[42] – pozwala na objęcie zakresem zastosowania ustawy wszystkich nagannych praktyk przedsiębiorców^[43]. Nie budzi wątpliwości, że choćby ze względu na ogromny rozwój nowoczesnych technologii, skatalogowanie i ujęcie w ramach katalogu

³⁸ Szerzej na ten temat por. Katarzyna Jasińska, „Trenowanie sztucznej inteligencji a naruszenie praw autorskich. Aspekty dowodowe” *Prawo i Więź*, nr 4 (2023): 419-434.

³⁹ Ustawa z 2.08.1926 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 1930 r. Nr 56, poz. 467 z późn. zm.).

⁴⁰ *Wspomnienia Fryderyka Zolla*, oprac. Irena Homola Skąpska (Kraków: „Zakamycze”, 2000), 343.

⁴¹ Przegląd ustawodawstwa zaprezentował Stefanicki Robert, „Klauzula dobrych obyczajów jako kluczowa konstrukcja w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” *Prawo Spółek*, nr 7-8 (2000).

⁴² Szwaia, Jasińska, „Komentarz do artykułu 3”, Nb 9-14.

⁴³ Por. uzasadnienie projektu u.z.n.k. W przedmiocie zastosowania w polskim prawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji klauzuli generalnej por. Janina Preussner-Zamorska, „Problematyka klauzuli generalnych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Klauzula dobrych obyczajów w art. 16” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, z. 4 (1998); Janina Preussner-Zamorska, *Problematyka klauzuli*

zamkniętego wszystkich potencjalnych nieuczciwości przedsiębiorców byłoby niemożliwe. Znakomitym przykładem są właśnie nieuczciwości związane z wykorzystywaniem przez nich narzędzi działających w parciu o systemy SI, których powstania, a tym bardziej tego, że trafią „pod strzechy” i będą wykorzystywane na szeroką skalę tak w życiu prywatnym, jak i w działalności gospodarczej, nie mógł przewidzieć ani ustawodawca, ani nawet najwybitniejsi przedstawiciele doktryny nie tylko z czasów pierwszej polskiej u.z.n.k., ale nawet z czasów tej obowiązującej, nie bardzo starej przecież, bo pochodzącej z lat dziewięćdziesiątych XX wieku.

Nie można mieć moim zdaniem wątpliwości, że wprowadzenie klienta w błąd co do istotnej cechy produktu/usługi nie jest jedynym sposobem, w jaki może dojść do naruszenia interesów innego przedsiębiorcy. Może do tego dojść także poprzez wystawianie w różnego rodzaju konkursach, np. z zakresu wzornictwa przemysłowego (designu), produktów stworzonych przez SI, a przedstawianych jak wytwór człowieka i skutecznie rywalizujących z faktycznymi osiągnięciami ludzi (sytuacja może być też oczywiście odwrotna, tj. w rywalizacji wytworów SI przemysłowy zostaje efekt pracy człowieka). Gdyby taki nieuczciwy przedsiębiorca posługiwał się np. w istocie podstępnie zdobytą nagrodą czy wyróżnieniem w swojej komunikacji marketingowej, w mojej ocenie możliwe byłoby przypisanie mu deliktu nienazwanego z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Może on zapewnić ochronę w przypadkach, gdy art. 10 ust. 1 u.z.n.k. nie znajdzie zastosowania ze względu na braku ryzyka konfuzji czy brak spełnienia przesłanki istotności danej cechy. Nie będzie to ochrona przed wprowadzającym w błąd oznaczeniem, bo ta została kompleksowo uregulowana w art. 10 u.z.n.k., ale przed próbami nieuczciwego zwrócenie uwagi klientów na swój produkt/usługę, poprzez posłużenie się nieuczciwie zdobytą nagrodą (wyróżnieniem). Pamiętać bowiem należy, że odwoływanie się do klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 jest uzasadnione jedynie, gdy rozdział 2 u.z.n.k. nie typizuje konkretnego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji^[44].

Powyższe rozważanie nie są bezprzedmiotowe, zważywszy na fakt, że już teraz zdarza się, iż – z różnych względów – zarówno wytwory SI biorą

generalnych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Kwartalnik Prawa Prywatnego, z. 1 (1997): passim.

⁴⁴ Zob. wyr. SA w Warszawie z 20.2.2009 r., I ACa 1128/08, Legalis; Szwaja, Jasińska, „Komentarz do artykułu 3”, Nb 24.

udział w rywalizacji ludzi, jak i efekt pracy człowieka stają do konkursów przeznaczonych dla algorytmów^[45].

Szczególnym przypadkiem jest natomiast nagroda literacka Nikkei Hoshi Shinichi, ustanowiona ku pamięci Hoshi Shinichi, pisarza *science fiction*. Już w 2014 r. córka patrona nagrody zdecydowała się uwzględnić w rywalizacji o nią także wytwory SI^[46]. W 2016 r. opowiadanie *Dzień, w którym komputer napisze powieść* (*Konpyuta ga shosetsu wo kaku hi*), walcząc o tę nagrodę zakwalifikowało się do rywalizacji i przeszło też pierwszy etap selekcji.

4 | Podsumowanie

Jak wynika z powyższych rozważań, teoretycznie polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej zapewnia narzędzia mające chronić przedsiębiorców przed nieuczciwymi działaniami (zaniechaniami) innych uczestników obrotu związanymi z wprowadzającymi w błąd oznaczeniami towarów (usług) w zakresie sposobu ich powstania – z wyłącznym udziałem człowieka czy może w zdecydowanej części z udziałem narzędzi SI. W praktyce problem stanowiła będzie ocena, czy dane oznaczenie (jego brak) wprowadza w błąd, a przede wszystkim, czy wskazanie na sposób powstania danego produktu (świadczenia usługi) w ogóle ma dla wyboru klienta znaczenie. Sytuacji nie będzie ułatwiała zamiennność, której zapewne w tym zakresie będziemy z biegiem czasu doświadczali. Zmieniała się będzie nie tylko wspomniana w artykule świadomość odbiorców, ale także zmienne w czasie z dużym prawdopodobieństwem będzie ich nastawienie do wytworów SI czy jej udziału w świadczeniu usług. Zapewne dojdzie do momentu, w którym wyczerpie się efekt nowości, zachłystnięcia się nowymi technologiami i współpraca z SI nie będzie już miała siły przyciągania. Jednak aktualni sceptycy z dużym prawdopodobieństwem kiedyś oswoją się z omawianym zjawiskiem i współpraca przedsiębiorców z algorytmami nie będzie

⁴⁵ Leslie Katz, „AI Photo Contest Winner Disqualified Because It’s Real” *Forbes*, 14 czerwca 2024. <https://www.forbes.com/sites/lesliekatz/2024/06/13/real-photo-wins-ai-photography-contest/>. [dostęp: 13.12.2024].

⁴⁶ Ben Schiller, „This Japanese Novel Authored By A Computer Is Scarily Well-Written” *Fast Company*, 28 marca 2016. <https://www.fastcompany.com/3058300/this-japanese-novel-authored-by-a-computer-is-scarily-well-written>. [dostęp: 13.12.2024].

działała na nich odstrasza­jąco. Być może osiągniemy też etap, w którym – tak jak dziś cenione są wyroby *handmade* – cenione będą po prostu wyroby *man-made*, jako coś unikatowego i tym samym szczególnie wartościowego. Nie mam jednocześnie wątpliwości, że z biegiem czasu (a być może już teraz) w odniesieniu do wielu produktów/usług sposób ich powstania/świadczenia dla przeciętnego odbiorcy będzie w pełni irrelewantny. Zmiany, których zapewne w obu tych zakresach będziemy doświadczać, bez wątpienia będą utrudniały jakiegokolwiek działania procesowe – stanowiska sądów wyrażone w uzasadnieniach wyroków czy nawet przeprowadzone na potrzeby postępowań sądowych czy też z innych powodów badania konsumenckie bardzo szybko mogą bowiem tracić na aktualności. Ponadto, aby miały one szansę na stanie się podstawą orzeczenia, będą musiały odnosić się do konkretnych rodzajów towarów czy usług.

Bibliografia

- Abhijit Ghosh, „Artificial Intelligence as an Innovation in the Film Industry” *Research Inspiration*, nr 3 (2023): 12-16. https://www.researchgate.net/publication/370560855_Artificial_Intelligence_as_an_Innovation_in_the_Film_Industry.
- Bałos Iga, „Konsekwencje braku kompleksowego modelu ochrony wizerunku i innych dóbr niematerialnych aktorów w kontekście stosowania narzędzi sztucznej inteligencji” *Prawo i Więź*, nr 4 (2023): 389-90; <https://www.prawo-iwiesz.edu.pl/piw/article/view/825/508>.
- Bellaiche Lucas, Rohin Shahi, Martin Harry Turpin, Anya Ragnhildstveit, Shawn Sprockett, Nathaniel Barr, Christensen Alexander, Paul Seli, „Humans versus AI: whether and why we prefer human-created compared to AI-created artwork” *Cognitive Research: Principles and Implications*, 42 (2023): 1-22. <https://cognitive-researchjournal.springeropen.com/articles/10.1186/s41235-023-00499-6>.
- Bier Henriette, „Implications of Robotics and AI in Architecture”, [w:] *Disruptive Technologies: The Convergence of New Paradigms in Architecture*, red. Morel Philippe, Bier, Henriette. 3-5, Cham: Springer International Publishing, 2023.
- Butz Martin V., „Towards strong AI” *KI – Künst Intelligenz*, 35 (2021): 91-101, https://www.researchgate.net/publication/349663788_Towards_Strong_AI.
- Graßl Michael, Jonas Schützeneder, Klaus Meier, „Artificial intelligence as a tool of assistance A scientific and practical perspective on AI in journalism”

- Journalism Research*, nr 1 (2022): 3-24. https://www.researchgate.net/publication/359730587_Artificial_intelligence_as_a_tool_of_assistance_A_scientific_and_practical_perspective_on_AI_in_journalism.
- Härkönen Heidi, „Fashion piracy and artificial intelligence—does the new creative environment come with new copyright issues?” *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nr 3 (2020): 163-172. https://www.researchgate.net/publication/344626316_Fashion_piracy_and_artificial_intelligence-does_the_new_creative_environment_come_with_new_copyright_issues.
- Hutson James, „Content creation or interpolation: AI generative digital art in the classroom” *Metaverse* nr 1 (2023): 1-13. https://www.researchgate.net/publication/370576573_Content_creation_or_interpolation_AI_generative_digital_art_in_the_classroom.
- Jasińska Katarzyna, „Trenowanie sztucznej inteligencji a naruszenie praw autorskich. Aspekty dowodowe” *Prawo i Więź*, nr 4 (2023): 419-434. <https://www.prawoiwiez.edu.pl/piw/article/view/796/522>.
- Kaplan Andreas, Michael Haenlein, „Siri, Siri in my Hand, who’s the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence” *Business Horizons*, nr 1 (2018): 15-25. https://www.researchgate.net/publication/328761767_Siri_Siri_in_my_hand_Who’s_the_fairest_in_the_land_On_the_interpretations_illustrations_and_implications_of_artificial_intelligence.
- Kavitha L, „Copyright Challenges in the Artificial Intelligence Revolution: Transforming the Film Industry from Script to Screen” *Trinity Law Review*, nr 1 (2024): 2-8. https://www.academia.edu/104246482/Copyright_Challenges_in_the_Artificial_Intelligence_Revolution_Transforming_the_Film_Industry_from_Script_to_Screen.
- Kępiński Marian, Jakub Kępiński, „Komentarz do artykułu 10”, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. Janusz Szwaja. Marian Kępiński. Warszawa: C.H. Beck, 2024, Legalis.
- Kubera Grzegorz, „Ludzie nie czytają książek, za to piszą ich bardzo dużo. ‘Zalewają nas powieści generowane przez AI’” *Business Insider*, 1 października 2023.
- Lee Yu-Hsu, Chun-Yao Chiu, „The Impact of AI Text-to-Image Generator on Product Styling Design”, [w:] *Human Interface and Management of Information*, red. Yumi Ashaki, Mori Hirohiko. 502-515, Cham: Springer International Publishing 2021. https://www.researchgate.net/publication/372226270_The_Impact_of_AI_Text-to-Image_Generator_on_Product_Styling_Design.
- Markiewicz Ryszard, „ChatGPT i prawo autorskie Unii Europejskiej” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, nr 2 (2023). Lex/el.

- Md Monirul Islam, „Artificial Intelligence in Indian Films: Anukul and AI ethics” *Short Film Studies*, nr 2 (2022): 183-192. https://www.researchgate.net/publication/366057213_Artificial_intelligence_in_Indian_films_Anukul_and_AI_ethics.
- Michalak Arkadiusz, „Komentarz do artykułu 10”, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. Małgorzata Sieradzka, Mariusz Zdyb. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016. Lex.
- Preussner-Zamorska Janina, „Problematyka klauzuli generalnych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Klauzula dobrych obyczajów w art. 16” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, z. 4 (1998).
- Preussner-Zamorska Janina, „Problematyka klauzuli generalnych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, z. 1 (1997).
- Stefanicki Robert, „Klauzula dobrych obyczajów jako kluczowa konstrukcja w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” *Prawo Spółek*, nr 7-8 (2000).
- Szwaja Janusz, Katarzyna Jasińska, „Komentarz do artykułu 3” [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. Janusz Szwaja. Marian Kępiński. Warszawa: C.H. Beck, 2024. Legalis.
- Wspomnienia Fryderyka Zolla*, oprac. Irena Homola Skąpska. Kraków: „Zakamycze”, 2000.



Wpływ generatywnej sztucznej inteligencji na ocenę nowości wynalazku

The Impact of Generative Artificial Intelligence on Assessing the Novelty of an Invention

Abstract

Novelty is one of the requirements for patentability. Its examination has recently become more challenging due to the availability of GenAI tools. AI is being used to draft patent applications to assist in prior art searches, and it is generating large numbers of disclosures that may have been generated without any human input. This raises the question of their eligibility as prior art. Consideration of this issue was prompted by the United States Patent and Trademark Office (USPTO), which sought public comment on, among other things, the impact of the proliferation of artificial intelligence (AI) on prior art. The purpose of this paper is to provide an overview of the problems identified by the USPTO and to present certain propositions from the selected submissions. As the paper shows, the observations made on the basis of US patent law are also valid for other patent systems, including the Polish one. Another interesting issue, which was not covered by the public consultations in question but which is addressed in the article, is the question of how the use of an unpublished patent application as a ChatGPT prompt affects novelty and disclosure.

KEYWORDS: Generative Artificial Intelligence, patentability, novelty, prior art, patents

SŁOWA KLUCZOWE: generatywna sztuczna inteligencja, zdolność patentowa, nowość, stan techniki, patenty

IGA BAŁOS – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie, ORCID – 0000-0001-8606-9719, e-mail: ibalos@afm.edu.pl

1 | Wprowadzenie

Narzędzia sztucznej inteligencji (*Artificial Intelligence*, AI) znajdują coraz powszechniejsze zastosowanie w czynnościach życia codziennego. Dominują także dyskurs publiczny i naukowy ostatnich miesięcy. W przypadku nauk prawnych do rzadkości należą obecnie konferencje, które nie były poświęcone AI albo chociaż nie uwzględniały tej problematyki w ramach jedno z paneli. Bezpośrednim przyczynkiem do zbadania kwestii wpływu generatywnej AI (*Generative Artificial Intelligence*, GenAI) na przesłankę nowości, było stanowisko wyrażone podczas 8. Forum Prawa Autorskiego przez rzecznika patentowego Pawła Kurcmana, Wiceprezesa Polskiej Izby Rzeczników Patentowych^[1]. Stwierdził on, że wprowadzenie informacji do narzędzia typu ChatGPT, pozbawia ujawnione w ten sposób rozwiązanie przymiotu nowości i zaprzepaszcza możliwość objęcia go ochroną patentową. Jednocześnie dodał, że wedle jego wiedzy problem ten nie był dotychczas przedmiotem dyskusji publicznej ani dostępnych publikacji. Z kontekstu wypowiedzi należy wnioskować, że chodziło o perspektywę polską.

Rzeczywiście, wspomniana tematyka nie była przedmiotem zainteresowania polskiej doktryny. Chcąc nadać niniejszemu artykułowi walor nie tylko teoretyczny, za szczególnie istotne źródło informacji, opinii i tendencji uważam komentarze nadesłane w odpowiedzi na wezwanie Urzędu Patentów i Znaków Towarowych Stanów Zjednoczonych (USPTO)^[2]. Amerykańska instytucja prowadzi aktywną politykę włączającą przedstawicieli opinii publicznej do kształtowania wytycznych obowiązujących w postępowaniu przed USPTO. Proces konsultacyjny nie pozostaje także bez wpływu na postępowanie prawodawcy. W ostatnich latach to właśnie w Stanach Zjednoczonych prowadzona jest najbardziej intensywna dyskusja na poziomie ciał legislacyjnych o rozwiązaniach prawnych

¹ Zob. Wypowiedź Pawła Kurcmana podczas 8. Forum Prawa Autorskiego, organizowanego przez Ministerstwo Dziedzictwa i Kultury Narodowej w dniu 10.9.2024 r. Zapis wystąpienia od 2:43:05-2:43:42. <https://www.youtube.com/watch?v=q3sHcf2pRbM>.

² Request for Comments Regarding the Impact of the Proliferation of Artificial Intelligence on Prior Art, the Knowledge of a Person Having Ordinary Skill in the Art, and Determinations of Patentability Made in View of the Foregoing Document ID: PTO-P-2023-0044-0001 (dalej: *Request for Comments*). <https://www.federalregister.gov/documents/2024/04/30/2024-08969/request-for-comments-regarding-the-impact-of-the-proliferation-of-artificial-intelligence-on-prior>.

dopasowanych do specyfiki ochrony i komercjalizacji dóbr niematerialnych, w tym utworów, wynalazków oraz dóbr osobistych.

Podobnie jak w przypadku opracowań o charakterze naukowym, skala zainteresowania opinii publicznej tematyką prawa patentowego okazała się być niewspółmiernie niska w porównaniu z aktywnością w obszarze prawa autorskiego. Odpowiedzi na *Request for Comments* wpłynęło 74. Co prawda odznaczały się one, w przeważającej mierze, wysokim poziomem merytorycznym, jednakże liczebnością znacząco ustępują stanowiskom nadsyłanym w ramach podobnej inicjatywy, dotyczącej AI i prawa autorskiego. Konsultacje publiczne przeprowadzał wówczas United States Copyright Office, otrzymując 10 560 komentarzy^[3].

Celem artykułu jest wypełnienie wskazanej luki w polskiej literaturze przedmiotu poprzez zbadanie, w granicach uzasadnionych przez charakter niniejszej publikacji, jak korzystanie z narzędzi GenAI może wpływać na ocenę przesłanki nowości wynalazku. Omawiana tematyka nie jest zatem ograniczona wyłącznie do kwestii konsekwencji wprowadzenia do narzędzia typu ChatGPT niepublikowanych zastrzeżeń patentowych.

Przez narzędzia GenAI rozumiem przede wszystkim rozwiązania, zwykle w postaci programów komputerowych stosowanych poprzez funkcjonalności stron internetowych lub specjalistyczne aplikacje, umożliwiające generowanie tekstów o strukturze zastrzeżeń patentowych. Popularne narzędzia tego typu są dostarczane zarówno przez przedsiębiorców (np. Cloem), jak i organizacje deklarujące altruistyczne pobudki, zmierzające do zamiany systemu patentowego oraz uprzedzenie działań podejmowanych przez tzw. trolle patentowe (np. All Prior Art)^[4].

³ Zob. Artificial Intelligence and Copyright Posted by the U.S. Copyright Office on Aug 30, 2023. Document ID: COLC-2023-0006-0001. <https://www.regulations.gov/document/COLC-2023-0006-0001>.

⁴ Zob. Lucas R. Yordy, „The Library of Babel for Prior Art: Using Artificial Intelligence to Mass Produce Prior Art in Patent Law” *Vanderbilt Law Review*, 74 (2021): 538.

2 | Przesłanka nowości wynalazku w kontekście AI

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, nowość wynalazku jako jeden z warunków uzyskania ochrony patentowej należy do najdawniejszych i powszechnie obowiązujących wymogów^[5]. Wynika on zarówno z uregulowań międzynarodowych^[6], regionalnych oraz krajowych. Co prawda art. 27 TRIPS nie określa kryteriów nowości, o których decydują poszczególne państwa-strony porozumienia, to ze względu na inne uregulowania międzynarodowe rozumienie tej przesłanki zdolności patentowej zdaje się być w praktyce ujednolicone. Jest to założenie istotne, ponieważ usprawiedliwia wyciągnięcie wniosków w odniesieniu do prawa patentowego w ogóle, w tym polskiego, na podstawie konsultacji poczynionych na tle regulacji prawa amerykańskiego. Pomimo iż przewiduje ono wyjątki sprzyjające utrzymaniu nowości^[7], nieznane prawu polskiemu, to powszechnie przyjmuje się, że reformą z 2011 roku, doprowadzono do ujednolicenia instytucji amerykańskiego prawa patentowego z rozwiązaniami obecnymi w prawodawstwach „innych głównych systemów patentowych uprzemysłowionego świata”^[8].

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo własności przemysłowej^[9] wynalazek uważa się za nowy, jeśli nie jest on częścią stanu techniki. Wedle art. 25 ust. 2 p.w.p. przez stan techniki rozumie się wszystko to, co przed datą, wedle której oznacza się pierwszeństwo do uzyskania patentu, zostało udostępnione do powszechnej wiadomości w formie pisemnego lub ustnego opisu, przez stosowanie, wystawienie lub ujawnienie w inny sposób. Z Sekcji 102(a) Amerykańskiego Prawa Patentowego^[10] wynika, że wynalazek

⁵ Michał du Vall, Helena Żakowska-Henzler, „Przesłanki zdolności patentowej”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XIV, *Prawo własności przemysłowej*, red. Ryszard Skubisz (Warszawa: C.H. Beck, 2017), 440.

⁶ Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (Dz. U. z 1996 r. Nr 32, poz. 143) (Dz. Urz. WE L 336 z 23.12.1994 r., s. 214).

⁷ Należą do nich niektóre z ujawnień dokonanych przez wynalazcę czy korzystanie z rozwiązania w celu sprawdzenia jego właściwości. Zob. Peter L. Brewer, „Bumping into Your Own Prior Act” *Texas Journal of Business Law*, Nr 1 (2020): 65.

⁸ Adam Burstain, „The Ungraceful Grace Period: Defining 35 U.S.C. § 102(B)’s Grace Period Exceptions Post-Helsinns” *Cybaris® An Intellectual Property Law Review*, nr 3 (2024): 286.

⁹ Ustawa z 20.6.2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2023 r., poz. 1170 t.j. z dnia 2023.06.22), dalej p.w.p.

¹⁰ *U.S. Patent Act* jest skodyfikowane w ramach Amerykańskiego Kodeksu Cywilnego (*United States Code*) w ramach tytułu 35 i ujęte w sekcje od 1-376. <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title35/part5&edition=prelim>. Zob. Laura A. Corruzi,

nowy to taki, który nie został opatentowany, opisany w publikacji drukowanej lub poprzez publiczne stosowanie (*public use*), w sprzedaży lub w inny sposób dostępny publicznie przed datą skutecznego zgłoszenia zastrzeganego wynalazku. W doktrynie amerykańskiej przyjmuje się także uproszczenie, że wynalazek jest nowy, jeśli nie należy do domeny publicznej^[11]. Przeciwstawia się także, i to bez nawiązywania do zastrzeżeń patentowych generowanych przez GenAI, rozwiązania należące do stanu techniki „istniejące w prawdziwym świecie”, wynalazkom „istniejących tylko na papierze”. Pierwsze określenie odnosi się do ujawnień poprzez sprzedaż czy publiczne stosowanie, drugie do opisu rozwiązania w drukowanej publikacji^[12].

Aby przesłanka nowości rzeczywiście stymulowała działalność innowacyjną^[13], musi być ona oceniana w skali światowej, niezależnie od pożądanego zakresu terytorialnego patentu.

Jak podkreśla się w literaturze i orzecznictwie, nowość niweczy tylko taka prezentacja rozwiązania, która „umożliwia specjaliście posiadającemu ogólną widzę w danej dziedzinie zastosowanie rozwiązania”^[14]. Okoliczność ta, nawiązująca w zasadzie do dostatecznego stopnia ujawnienia, jest określana w doktrynie amerykańskiej jako *enablement*^[15]. Co istotne, przy ocenie istnienia przesłanki nowości, nie ma znaczenia faktyczne zapoznanie się z rozwiązaniem przez kogokolwiek czy pojęcie jego istoty. Dla zaliczenia wynalazku do dotychczasowego stanu techniki wystarcza sam fakt udostępnienia relewantnej informacji, czyli stworzenie warunków publicznej dostępności. Wystarcza zatem potencjalna możliwość zapoznania się z rozwiązaniem. Przesłanka nie jest także zależna od tego jak szerokiemu gronu stworzono tę możliwość^[16].

„Principles for Patent Legislation Needed to Restore the Balance Intended by the Modern Patent Act” *Albany Law Journal of Science & Technology*, nr 1 (2023): 28-50.

¹¹ Sean B. Seymore, „Rethinking Novelty in Patent Law” *Duke Law Journal*, 60 (2011): 930.

¹² Jonathan S. Masur, Lisa Larrimore Ouellette, „Real-World Prior Art” *Stanford Law Review*, 76 (2024): 705.

¹³ Mark A. Lemley, „Point of Novelty” *Northwestern University Law Review*, 105 (2011): 1254.

¹⁴ Zob. Michał du Vall, „Przedmiot prawa” [w:] *Prawo patentowe*, red. Elżbieta Traple (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 273 wraz z przytoczonym w przypisach orzecznictwem.

¹⁵ Gabrielle Carlini, „Rethinking the Presumption of Enablement in Nonpatent Prior Art” *Duke Law Journal*, 73 (2024): 885.

¹⁶ Zob. du Vall, „Przedmiot prawa”, 273.

Żadna ze znanych mi regulacji prawnych nie odnosi się wprost do dopuszczalności uznania systemu AI za wynalazcę, a w konsekwencji żaden przepis nie definiuje wynalazku od strony podmiotowej. Niemniej jednak, z decyzji i orzeczeń wydanych w związku z wytworami systemu DABUS wynika^[17], że AI nie należy przypisywać statusu wynalazcy. Takie założenie implikuje wniosek, że treści wygenerowane przez AI, w tym te o strukturze zastrzeżeń patentowych, nie stanowią wynalazku. Przy definiowaniu stanu techniki, prawodawcy rozważali czy ujawniane rozwiązania muszą być konsekwencją ludzkiego procesu wynalazczego. Stosowane coraz powszechniej narzędzia GenAI podają ten wymóg w wątpliwość. Na razie istnieją istotne ograniczenia dowodowe dla rozróżniania tego, co wytworzył człowiek od tego, co wygenerowała AI. Nie wiadomo zatem, czy wykluczenie ze stanu techniki treści pochodzących od AI należy wyłączać do sfery idealistycznych postulatów, czy też może będzie podlegało jednoznacznej weryfikacji w przyszłości. Inne interesujące zagadnienia, dotyczące przesłanki nowości wynalazku w kontekście GenAI przedstawiam w oparciu o pytania postawione w ramach *Request for Comments* i analizując wybrane z nadesłanych stanowisk.

3 | Problemy zidentyfikowane przez USPTO w odniesieniu do GenAI i oceny nowości wynalazku

Przedmiotem *Request for Comments* objęto wpływ AI na pojmowanie stanu techniki oraz na zakres wiedzy, posiadanej przez tzw. PHOSITA (*Person Having Ordinary Skill in the Art*)^[18]. Ze względu na tematykę niniejszego artykułu, poprzestaję na przedstawieniu tylko pierwszego z zagadnień.

Kluczową częścią *Request for Comments* są pytania skierowane do konsultacji publicznych. Poprzedzono je wstępem, nakreślającym stan prawny, praktykę USPTO oraz wątpliwości, pojawiające się w praktyce w obliczu braku jednoznacznych regulacji. Poniżej parafrazuję pytania dotyczące

¹⁷ Ryan Abbott, Elizabeth Rothman, „AI-Generated Output and Intellectual Property Rights: Takeaways from the Artificial Inventor Project” *European Intellectual Property Review*, nr 4 (2023): 215-227.

¹⁸ Jest to odpowiednik „znawcy” w rozumieniu art. 26 ust. 1 p.w.p.

badania przesłanki nowości wynalazku. Nie wszyscy z respondentów udzielili odpowiedzi na wszystkie pytania. Przytaczam je jednak w pełnym zakresie, ponieważ mogą stanowić przyczynek do kontynuowania rozważań poza ograniczonymi ramami niniejszego artykułu.

W pierwszej kolejności USPTO pyta, czy, a jeśli tak, to w jaki sposób, Sekcja 102 zawiera domniemanie lub wymóg, by to, co zaliczane do stanu techniki, było tworzone^[19] lub publikowane przez człowieka? Następnie, w ramach tego samego zagadnienia, w jaki sposób, jeśli w ogóle, ujawnienie niepochodzące od człowieka wpływa na możliwość zaliczenia go do stanu techniki? Zwracam uwagę, że tożsame rozważania można prowadzić w odniesieniu do art. 25 p.w.p.

Kolejna grupa zagadnień ma na celu ustalenie jakie narzędzia AI, i z jakim efektem, są stosowane w kontekście istotnym dla przesłanki nowości. USPTO chce się dowiedzieć, jakie rodzaje, jeżeli jakiegokolwiek, ujawnień wygenerowanych przez AI są istotne z perspektywy oceny zdolności patentowej? W jaki sposób obecnie tego rodzaju ujawnienia są udostępniane publicznie i jakie inne sposoby, jeżeli jakiegokolwiek, powinny być w tym celu wykorzystywane?

Następna wątpliwość dotyczy tego, czy zgłaszający przedkładający drukowaną publikację lub w inny sposób wykazujący zakres dotychczasowego stanu techniki, o których wie, że są wygenerowane przez GenAI, powinien o tym informować USPTO. Jeśli tak, to w jaski sposób? Jakie obowiązki, jeżeli jakiegokolwiek, powinny spoczywać na zgłaszającym, aby umożliwić ustalenie, czy dane ujawnienie zostało wygenerowane przez AI?

Dalej zapytano o to, czy USPTO powinien traktować odmiennie ujawnienia wygenerowane przez AI podczas ustalania dotychczasowego stanu techniki. Sformułowano następujące pytania pomocnicze: czy przy ocenie ujawnień wygenerowanych przez AI należy brać pod uwagę stopień wkładu ludzkiego w dokonanie ujawnienia; jak fakt, iż ujawnienie wygenerowane przez AI może zawierać nieprawdziwe informacje (np. halucynacje), wpływa na zaliczenie go do dotychczasowego stanu techniki; w jaki sposób okoliczność, iż dane ujawnienie jest wygenerowane przez AI, wpływa na pozostałe okoliczności badane podczas ustalania stanu techniki, takie jak *operability*, *enablement* czy publiczną dostępność. Tłumaczenie nazw dwóch pierwszych przesłanek nie wyjaśni za wiele, ponieważ nie mają one

¹⁹ W dokumencie użyto sformułowania *authored*, którego dosłownego tłumaczenia unikam, ponieważ w przytaczanym kontekście, nie należy go utożsamiać z autorstwem w rozumieniu przepisów prawa autorskiego.

dokładnych odpowiedników w polskim systemie prawnym. W dodatku trudno uznać, czy na gruncie p.w.p. wspomniane instytucje dotyczą innego niż nowość zagadnienia, czy też umożliwiają spojrzenie na nią w kompleksowy sposób. W doktrynie i orzecznictwie amerykańskim podkreśla się, że spełnienie przesłanki określonej jako *operability* jest pochodną tzw. użyteczności rozwiązania (*utility*)^[20]. Spełnienie obu wymogów oznacza, że wynalazek umożliwia osiągnięcie założonego efektu^[21]. Wedle jednego ze stanowisk, w kontynentalnych systemach prawa patentowego, odpowiednikiem opisanych przymiotów jest zdolność do przemysłowego stosowania^[22]. Instytucje wykazują zbieżne cechy, nie należy jednak ich utożsamiać. Przykładowo, jeśli w świetle powszechnie przyjętych i uznanych zasad nauki, możliwość wykorzystania rozwiązania nie może być wykazana lub wykorzystanie nie przyniesie rezultatu spodziewanego przez zgłaszającego, to wedle art. 27 ust. 1 pkt 41 p.w.p. rozwiązanie nie jest uważane za wynalazek. W konsekwencji, nie bada się w ogóle jego zdolności do przemysłowego stosowania, ponieważ cecha ta charakteryzuje jedynie wynalazki. Takie rozwiązanie będzie kwalifikowane jako *non-operable*. Może się jednak zdarzyć, że wynalazek kwalifikowany jako *operable*, nie spełni przesłanki zdolności do przemysłowego stosowania ze względu na ograniczenie potencjalnego zastosowania jedynie w zakresie prywatnym i osobistym^[23]. W literaturze odnotowano jednak, że zarówno EPO, jak i urzędowi krajowym, nie zawsze prawidłowo i konsekwentnie zdarza się stosować instytucję *utility* jako uzupełnienie zdolności do przemysłowego stosowania^[24]. Ostatnia z wyliczonych przesłanek, czyli *enablement*, to wymóg, by rozwiązanie było ujawnione w opisie patentowym w sposób wystarczający, by znawca mógł je zastosować „bez zbędnych

²⁰ Päivi Hutukk, „Patent law in comparative context: Differences and similarities of patent law in the European Union, the United States and China” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nr 3 (2023): 290.

²¹ Zob. Jay A. Erstling, Amy M. Salmela, Justin N. Woo, „Usefulness Varies by Country: The Utility Requirement of Patent Law in the United States, Europe and Canada” *Cybaris® An Intellectual Property Law Review*, nr 1 (2012): 13.

²² Erstling, Salmela, Woo, „Usefulness”, 10.

²³ WIPO International Bureau, *Industrial „Applicability” and „Utility” Requirements: Commonalities and Differences. Standing Committee on the Law of Patents. Ninth Session. Meeting code, SCP/9*: 15.

²⁴ Zob. Sivaramjani Thambisetty, „Legal Transplants in Patent Law: Why Utility is the New Industrial Applicability” *Jurimetrics*, nr 2 (2009): 155-201.

eksperymentów” (*undue experimentation*)^[25]. Chodzi o to, by wynalazek był ujawniony w sposób kompletny, niewymagający od znawcy aktywności innej, niż jego wytworzenie.

Pytania USPTO o wpływ ujawnień wygenerowanych przez GenAI na kryteria *operability* i *enablement*, jedynie pozornie nie dotyczą wprost przesłanki nowości. Jeśli bowiem rozwiązanie będzie uznane za nie-wynalazek jako *non-operable* lub nie będzie dostatecznie ujawnione, co wyklucza cechę *enablement*, powstaje wątpliwość co do możliwości uwzględnienia go jako przynależnego do stanu techniki.

Ostatnia grupa zagadnień, poddanych przez USPTO konsultacji publicznej, odnosi się do przyszłości. Trudno jednak przewidzieć, jak odległej. Urząd pyta w jakim momencie, o ile w ogóle wygenerowane przez GenAI rozwiązania zaliczane do stanu techniki osiągną taki pułap, że zaczną stanowić nadmierną barierę dla patentowalności wynalazków albo umniejszą znaczenie i wypaczą przesłankę konieczności podania rozwiązania do publicznej wiadomości, ponieważ znawca nie będzie w stanie ustalić stanu techniki ze względu na wolumen wytworów AI.

Należy podkreślić, że w zasadzie wszystkie przedstawione poniżej komentarze, mogłyby być czynione w odniesieniu do polskiego systemu patentowego.

4 | Wyróżniające się podejścia do problemu i ich wpływ na proponowane rozwiązania

Do USPTO wpłynęły 74 stanowiska. Głos w dyskusji zabrali wynalazcy; podmioty pozyskujące prawa wyłączne na różne wynalazki, w tym rozwiązania związane z AI; przedstawiciele przedsiębiorców komercjalizujących opatentowane wynalazki; organizacje zajmujące się ochroną własności intelektualnej; rzecznicy patentowi oraz przedstawiciele doktryny.

Poniżej dokonuję syntetycznego zestawienia dających się wyodrębnić sposobów rozumowania i postaw względem wpływu GenAI na

²⁵ Alan L. Durham, „Patent Scope and Enablement in Rapidly Developing Arts” *North Carolina Law Review*, 94 (2016): 1103.

wynalazczość i system patentowy. Zwykle są one wspólne dla przedstawicieli danej grupy interesariuszy.

Dostrzegalne są dwa zasadnicze podejścia do wpływu narzędzi GenAI na zdolność patentową, w tym nowość wynalazku. Pierwsze bazuje na założeniu, że AI oznacza rewolucję dla systemu patentowego. Nowy stan rzeczy wymaga interwencji ustawodawcy i odpowiedniego dostosowania instytucji prawa patentowego oraz sposobu badania zdolności patentowej. Takie ujęcie problemu dostrzegane było najczęściej w odpowiedziach nadesłanych przez wynalazców i przedstawicieli doktryny. Wedle drugiego podejścia, AI wprowadza co prawda nowy kontekst, jednak dotychczasowe ramy prawne, sposób wykładni przesłanek badanych przez urzędy patentowe, i sądy należy uznać za wystarczające. Można uznać je za charakterystyczne dla przedstawicieli przemysłu informatycznego, podmiotów niezwykle aktywnych w zakresie pozyskiwania patentów lub ich pełnomocników.

Zwolennicy pierwszego z założeń odwołują się do następujących argumentów. O ile w dotychczasowej rzeczywistości szerokie postrzeganie stanu techniki sprzyjało innowacyjności, o tyle możliwość angażowania GenAI do generowania tekstów czynią takie podejście przeciwnie skutecznym. Uwzględnianie wytworów GenAI przy ustalaniu stanu techniki spowoduje, że automatycznie uzyskane rozwiązania, w okolicznościach niewymagających jakichkolwiek bodźców dostarczanych m.in. przez system patentowy, wykluczy uzyskanie ochrony na wynalazki stworzone przez człowieka^[26]. Jednocześnie ujawnienia GenAI nie angażują praktycznie żadnych nakładów finansowych czy czasowych. Nie ma zatem barier przed ich masowym generowaniem bez zamiaru lub nawet faktycznej możliwości komercjalizacji rozwiązań. Zjawisko określono mianem młodszego brata trolla patentowego, czyli *the public domain troll*^[27]. Działalność wymierzona przeciwko innowacyjności polega na tym, że wprowadza się do domeny publicznej wynalazki wyłącznie w celu wykluczenia opatentowania ich przez inne podmioty. Żeby zapobiec takim praktykom, zaproponowano wprowadzenie przepisów nie tyle nie zaliczających treści GenAI do stanu techniki, ale wprost dozwalających osobom trzecim na uzyskanie na nie patentu lub stosowanie w działalności komercyjnej. Zasada ta miałaby być zrównoważona przez uznanie, że każde wdrożenie komercyjne wytworu AI

²⁶ International Trademark Association, *Comments Impact of AI on Prior Art*_July 29 2024 USPTO, 4. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0036>.

²⁷ Adam Prucka, *Adam-Prucka-Comment-AI-Prior-Art*: 1. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0020>.

byłoby traktowane jako przynależne do stanu techniki. Odnosi się to także do przypadku ujawnienia innych wynalazków poprzez ich stosowanie. Opisany model miałby sprzyjać wyścigowi przedsiębiorców w wyszukiwaniu praktycznych zastosowań jeszcze nieskomercjalizowanych ujawnień dokonanych z wykorzystaniem GenAI. Pierwotnie uprawnionym do zgłoszenia wynalazku do ochrony były podmiot „uprawniony do wyników wygenerowanych przez AI”^[28]. W przypadku zaniechania ubiegania się o prawo wyłączne, podejmowałby decyzję, czy rozpowszechnia rozwiązanie, stwarzając możliwość opatentowania lub po prostu komercyjnego wdrożenia przez osobę trzecią, czy postanawia zachować je w tajemnicy^[29]. W innym stanowisku zwrócono uwagę^[30], że współczesny system patentowy opiera się na koncepcie człowieka wynalazcy oraz stanu techniki obejmującego wszystko to, co jest wynikiem ludzkiej aktywności. Okoliczność ta musi być uwzględniana przy wykładni przepisów. Z treści 35 U.S.C 102 nie wynika, by ujawnienia mogły być dokonane wyłącznie przez człowieka, ponieważ kwestia podmiotowa w ogóle nie jest objęta zakresem regulacji. Można by zatem przyjąć, że ujawnienie wygenerowane przez GenAI może być zaliczone do stanu techniki pod warunkiem, że spełni kryterium podania do publicznej wiadomości. Uwzględnianie wytworów wygenerowanych przez AI może wypaczyć istotę badania nowości. Dotychczas zakres stanu techniki był warunkowany przebiegiem procesu wynalazczego prowadzonego przez człowieka, który zapewniał ilościowy przyrost rozwiązań na nieporównywalnie niższym poziomie niż wykorzystywanie AI. Wedle dalszego wyводу, aby zapewnić spójność systemu przy wytyczaniu granic stanu techniki, konieczne jest uwzględnianie poziomu wiedzy znawcy. Wskazano także, że nie należy automatycznie zaliczać wytworów GenAI do stanu techniki, ponieważ nie ma gwarancji, że treści te będą spójne i zrozumiałe dla znawcy w danej dziedzinie. Rozważono też różnicowanie wytworów GenAI w zależności od stopnia zaangażowania człowieka w ich przebieg, podkreślając, że nie jest to rozwiązanie optymalne ze względu na trudności dowodowe^[31]. Wedle jeszcze innej koncepcji ujawnienia można by podzielić na dwie kategorie, mianowicie „ujawnienia szkodliwe” (*Malicious Disclosures*) oraz „ujawnienia w dobrej wierze, wspierane przez narzędzia AI” (*Good*

²⁸ Autor nie precyzuje jakie kryteria miałby przesądzać o tym, kto jest tym podmiotem. Zob. Prucka, Adam-Prucka: 2.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Alia Kahwaji, Alia Kahwaji – *USPTO Request for Comments* – 2024: 2. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0046>.

³¹ Alia Kahwaji, Alia Kahwaji, 3.

Faith AI Tool Assisted Disclosures)^[32]. Należy zastrzec, że w myśl tego ujęcia brak możliwości wykazania wkładu ludzkiego w ujawnienie, wyklucza je ze stanu techniki. Ujawnienia szkodliwe, zmierzające jedynie do zniweczenia nowości, bez zamiaru zastosowania rozwiązania, nie powinny mieć żadnego wpływu na ocenę zdolności patentowej. W celu identyfikacji treści zawierających halucynacje, a więc stanowiących ujawnienie szkodliwe, proponuje się, by urzędy korzystały z narzędzi typu RefChecker^[33]. Jeden z respondentów zwrócił także uwagę na systemy, w których podanie twórcy rozwiązania zgłaszanego do ochrony nie jest obowiązkowe. W przyszłości może to utrudnić ustalenie statusu ujawnienia w kontekście zrzutu wygenerowania przez GenAI^[34].

Podmioty opowiadające się za drugim podejściem, czyli brakiem konieczności szczególnego pochylenia się nad wpływem GenAI na przesłankę nowości, odwoływały się do literalnej interpretacji przepisów. Żaden z nich nie nakazuje, by na stan techniki składały się rozwiązania pochodzące od człowieka wyłącznie. W odpowiedzi na pierwszą grupę zagadnień, stanowisko podmiotu o jednym z największych światowych portfolio patentowym zostało ograniczone do informacji o braku komentarza. Respondenci podkreślali, że źródło ujawnienia, nie powinno przekreślać jego znaczenia^[35] oraz że treści generowane przez AI powinny po prostu podlegać takiej samej ocenie, jak wszystkie inne, z uwzględnieniem poziomu ujawnienia i możliwości zastosowania. W konsekwencji regulacje prawne nie wymagają zmian. Z tej perspektywy nie jest także pożądane tworzenie szczegółowych wytycznych dla urzędu patentowego. Stwarzałoby to ryzyko niesłusznej odmowy udzielenia prawa wyłącznego, co może być szkodliwe dla innowacji opartych o AI^[36]. W kwestii dostępu do ujawnień wygenerowanych przez AI komentujący stwierdził, że urząd powinien zapewnić ekspertom dostęp do takich samych źródeł stanu techniki, które w danym momencie są wykorzystywane przez „osoby pracujące w tej dziedzinie”^[37]. Konsekwentnie zwolennicy tego podejścia opowiadali

³² Lori Pressman, *Pressman AI Prior Art Phosita-signed*, 6. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0072>.

³³ AUTM, *AUTM Comments for PTO-P-2023-0044*, 7. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0056>.

³⁴ International Trademark Association, *Comments*: 4.

³⁵ Microsoft, *Microsoft's Comments on AI Prior Art and the PHOSITA*, 4. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0061>.

³⁶ Council for Innovation Promotion, *C4IP Public Comment RE PTO-P-2023-0044*, 2. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0050>.

³⁷ Council for Innovation Promotion, *C4IP*, 4.

się przeciwko obowiązkowi informowania urzędu o ujawnieniach generowanych przez AI. Jeden z respondentów uzasadnił brak konieczności modyfikowania przepisów czy praktyki urzędu eksperymentalnym charakterem AI oraz jej wczesnym stadium rozwoju^[38]. Sygnalizowany przez USPTO problem tzw. halucynacji został porównany do nieprawidłowych czy niekompletnych informacji, od których nie są wolne dotychczasowe ujawnienia. Jako remedium na ujawnienia zawierające tzw. halucynacje podaje się dokładniejsze badanie przesłanki *enablement*^[39]. Jeden z respondentów stwierdził^[40], że błędna informacja nie może tworzyć podwalin dla nowych technologii ani być zaliczana do stanu techniki. Niemniej jednak, respondent nie utożsamiał nieprawidłowych informacji z halucynacjami AI. Uznał, że jest możliwe stworzenie wynalazku w oparciu o halucynacje i takie rozwiązanie należy uznać za należące do stanu techniki.

W kontekście ryzyka, iż wygenerowane przez AI ujawnienia mogą osiągnąć nieprzewidywane wielki wolumen, wyrażono stanowisko, że nie jest to zagrożenie, ale pozytywna wizja^[41]. Oznaczałaby dostęp do znaczących zasobów, na czym skorzysta społeczeństwo. Jednocześnie będzie to sygnał, że być może system patentowy nie jest aż tak bardzo konieczny dla stymulowania innowacyjności. Obecnie ma on na celu także dokonywanie ujawnień przez ubiegających się o ochronę oraz komercjalizację rozwiązań. Stwierdzono, że w niedalekiej przyszłości system patentowy może nie zapewniać wystarczających bodźców dla realizacji wymienionych funkcji. Jako przykład podano przemysł farmaceutyczny, w którym, pomimo możliwości generowania niemalże nieskończonej liczby rozwiązań przez AI, prowadzenie testów klinicznych w celu dopuszczenia leku do obrotu jest bardzo kosztowne i czasochłonne. W takim przypadku, interes przedsiębiorcy mogłaby, lepiej niż prawo patentowe, zabezpieczyć wyłączność na określone dane lub wręcz na sprecyzowane działania na rynku.

Abstrahując od zajmowanego stanowiska, interesujące były odpowiedzi o charakterze informacyjnym dotyczące sposobów publicznego udostępniania ujawnień wygenerowanych przez AI. Uwagę zwraca fakt, że podmioty

³⁸ John Gugliotta, *PTO-P-2023-0044 comments: 2*. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0002>.

³⁹ Institute of Electrical and Electronics Engineers, *IEEE_PTO request_AI Prior art July_24*, 3. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0025>.

⁴⁰ Japan Patent Attorneys Association, *frmJPAA_Comments on the Impact of the Proliferation of Artificial Intelligence on Prior Art: 4*. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0027>.

⁴¹ Ryan Abbott, *USPTO Comments_Abbott_PHOSITA_2024*, 5. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0070>.

orędujące za zaliczaniem takich ujawnień do stanu techniki, stwierdzają, iż nie są im znane żadne sposoby, platformy czy inne miejsca^[42], w których dochodzi do podania do publicznej wiadomości tego rodzaju treści. Zarówno w nadsyłanych stanowiskach^[43], jak i w literaturze przedmiotu^[44] podkreśla się, że brak indeksacji bazy danych czy możliwości przeszukiwania jej zasobów, wyklucza możliwość uwzględniania zamieszczonych w niej rekordów w stanie techniki. Jeden z respondentów^[45] wskazał natomiast na takie formy ujawnienia jak bazy patentowe; platformy z artykułami naukowymi na temat AI, udostępnianymi w modelu *open access* (zwłaszcza arXiv.org); raporty i białe księgi opracowywane przez przedsiębiorców i instytucje badawcze. Zastanawia, dlaczego tego rodzaju zasoby, przeszukiwane w przypadku typowych form ujawnień, nie zostały wyróżnione przez podmioty postulujące brak odstępstw w odniesieniu do ujawnień GenAI przy wytyczaniu stanu techniki.

5 | Podsumowanie

Uważam, że AI stanowi wyzwanie dla efektywności systemu patentowego oraz jakości udzielanych patentów^[46]. Dotyczy to zarówno coraz bardziej liberalnej wykładni pojęcia wynalazku, jak i wpływu narzędzi AI na przesłanki i proces badania zdolności patentowej. Ochrona patentowa bywa błędnie uważana za konieczny warunek dla rozwoju innowacyjności. Dodatkowo, potwierdzenie wyłączności uprawnienia w postaci dokumentu wydanego przez urząd patentowy ułatwia pozyskiwanie finansowania na

⁴² Przykładowo Microsoft czy Council for Innovation Promotion.

⁴³ BSA|The Software Alliance, *BSA Response to USPTO Solicitation of Comments on AI and Patentability* 2024-07-26: 4. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0034>.

⁴⁴ Ben Hattenbach, Joshua Glucoft, „Patents in an Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence” *Stanford Technology Law Review*, 19 (2015): 37; John Villarsen, „Ten Thousand AI Systems Typing on Keyboards: Generative AI in Patent Applications and Preemptive Prior Art” *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, nr 3 (2024): 391.

⁴⁵ Richard Govada Joshua, PHOSITA, 3. <https://www.regulations.gov/comment/PTO-P-2023-0044-0032>.

⁴⁶ Iga Bałos, „The Impact of AI on Patent Quality” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, nr 4 (2020): 107-127.

komercjalizację chronionego rozwiązania. Między innymi te okoliczności powodują, że przedsiębiorcy upatrują swój interes przede wszystkim w poszerzaniu przedmiotowego zakresu rozwiązań, którego mogą być objęte patentem oraz w obniżaniu barier wejścia do systemu. Priorytetem jest uzyskanie monopolu, nawet jeśli opisane okoliczności umożliwiają uzyskanie konkurentom wyłączności na rozwiązania o śladowym poziomie charakteru technicznego i niedostatecznie ujawnionych. Parafrazując wypowiedź Christiana Lange^[47] i odnosząc ją do systemu patentowego, AI to użyteczny sługa, ale groźny władca. Taka perspektywa podkreśla użyteczność narzędzi AI w procesach, które człowiek może przeprowadzać szybciej i bardziej efektywnie. Zwraca jednocześnie uwagę na sytuację, kiedy zachwyt nad możliwościami AI, może prowadzić do przedwczesnej modyfikacji instytucji tworzonych dla osiągnięcia określonych celów. Sam fakt dostępności niezwyklego rozwiązania nie powinien skutkować swoistym terrorem konieczności uwzględniania go w każdej dziedzinie życia. Podobnie nie usprawiedliwia bezkrytycznego obejmowania go ochroną, przyznawaną obecnie dobrom, które, zdaniem niektórych, owo rozwiązanie niebawem całkowicie zastąpi. Popieram zatem postulaty poszukania optymalnej ochrony rozwiązań AI poza systemem prawa autorskiego czy patentowego^[48].

W kwestii wpływu narzędzi GenAI na ocenę zdolności patentowej, w tym nowości, uważam, że należałoby się raczej skupić na zapewnieniu ekspertom w urzędach patentowych narzędzi co najmniej tak samo wydajnych, jak te, z których korzystają zgłaszający^[49]. Proponowane w ramach *Request for Comments* rozwiązania prawne, mające ograniczyć nadużywanie narzędzi GenAI, są przez samych pomysłodawców określane jako trudne lub niemożliwe do egzekwowania. Jedną z przyczyn jest brak możliwości weryfikowania zakresu korzystania z GenAI na poszczególnych etapach, istotnych dla przyznania prawa wyłącznego. Paradoksalnie brak dostępu do zaawansowanych narzędzi GenAI w urzędach patentowych przy badaniu

⁴⁷ Christian Lange, *Nobel Lecture*. <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/1921/lange/lecture/>.

⁴⁸ Eleni Tzoulia; Dimitris Kalles, „AI-generated subject matter in the light of IP law: A sui generis protection regime as the last resort” *European Intellectual Property Law Review*, nr 3 (2024): 175-182.

⁴⁹ Marta Duque Lizarralde, Héctor Axel Contreras, „The real role of AI in patent law debates” *International Journal of Law and Information Technology*, Nr 1 (2022): 23-46; Iga Bałos, „Artificial Intelligence in Patent Offices”, [w:] *LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice*, red. Fábio da Silva Veiga, Mariusz Załucki (Porto-Kraków: IberoJur, 2022), 538-547; WIPO, *Index of AI initiatives in IP offices*. https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/search.jsp.

stanu techniki może przyczynić się do nieuwzględniania treści generowanych przez modele językowe. Skoro znawca nie miał dostępu do rozwiązania wskazanego w zgłoszeniu jako stan techniki, będzie musiał je z niego wykluczyć. Szczególnie pomocne byłoby narzędzie, umożliwiające weryfikację dostatecznego stopnia ujawnienia istoty wynalazku. Ograniczyłoby to znacząco przyznawanie patentów o niskiej jakości.

6 | Zakończenie

Domykając kompozycję niniejszego artykułu klamrą, wracam do kwestii, którą wskazałam w części wprowadzającej jako inspirację. Okazuje się, że zagadnienie zainteresowało także niektórych respondentów USPTO. Podmioty te skupiają się raczej na ocenie przynależności do stanu techniki danych wyjściowych, uzyskanych na skutek zapytania niż na ustaleniu, czy wprowadzenie opisu rozwiązania stanowi jego udostępnienie do powszechnej wiadomości. Zdaje się jednak, że argumentacją dotyczącą statusu tzw. *output* w omawianym kontekście można objąć także dane wejściowe.

Microsoft analizował sposób działania dostarczanego przez tego przedsiębiorcę narzędzia GenAI (Copilot)^[50]. Podkreślił, że wyniki dostarczane przez model nie mogą być traktowane jako przynależne do stanu techniki istniejącego przed datą, według której oznacza się pierwszeństwo^[51], ponieważ w momencie ich komunikowania użytkownikowi nie są publicznie dostępne. Zwraca uwagę, że w wielu przypadkach użytkownik usuwa zarówno dane wprowadzane, jak i wynikowe zanim zamknie okno dialogowe programu, co wyklucza dostęp osób trzecich do uzyskanej odpowiedzi. Jeżeli decyzją użytkownika zostanie ona rozpowszechniona, dopiero wówczas można ją zaliczyć do stanu techniki. Uważam, że analogiczne rozumowanie jest usprawiedliwione względem danych wprowadzanych, a nie tylko wyników. Jak wynika ze stanowiska Microsoft, sam model językowy, na bazie którego działa Copilot, przy uwzględnieniu architektury oprogramowania,

⁵⁰ Microsoft, *Microsoft's Comments*, 4-5.

⁵¹ Microsoft posługuje się syntetycznym stwierdzeniem *a prior art date*, które należy jednak rozwinąć w języku polskim do przytoczonej przeze mnie w tekście formuły.

hiperparametrów, wyuczonych współczynników wag sieci, nie może być traktowany jako forma istotnej z perspektywy stanu techniki publikacji.

Podobne stanowisko zajął Instytut Inżynierów Elektryków i Elektroników (Institute of Electrical and Electronics Engineers, dalej IEEE). Ani wprowadzone treści, ani wyniki uzyskane na podstawie promptów nie mogą być uznane za stan techniki. Organizacja wskazuje, że nie należą do niego ani wyniki uzyskane przed datą złożenia wniosku w urzędzie patentowym, ani efekty zastosowania modelu językowego przez eksperta urzędu po dacie, wedle której oznacza się pierwszeństwo, w celu wygenerowania kombinacji czy permutacji rozwiązania. Powodem jest fakt, że uzyskane tym sposobem dane wyjściowe nie mogłyby zostać pozyskane przed datą pierwszeństwa, skoro powstały na skutek wprowadzenia do modelu określonych treści^[52]. Podobnie jak Microsoft, IEEE zwraca uwagę, że nie powinno się uznawać, iż efekt promptowania należy do stanu techniki, jeśli przed datą pierwszeństwa nie doszło do jego publicznego udostępnienia.

Japońska Izba Rzeczników Patentowych (Japan Patent Attorneys Association, dalej JPAA), wprost określiła prompty jako treści, które nie mogą być uznane za podane do powszechnej wiadomości^[53]. Za publicznie dostępne należy uznać takie narzędzia, jak ChatGPT czy Gemini, AI, natomiast wygenerowane przez nie wyniki nabywają taką cechę dopiero po opublikowaniu przez użytkownika, chociażby za pośrednictwem internetu. Izba zwraca uwagę, że odpowiedź narzędzia GenAI na zastosowanie takiego samego promptu będzie różna. Jednocześnie JPAA dopuszcza możliwość, że w przypadku podania do publicznej wiadomości zarówno promptów, jak i konkretnego modelu GenAI, do którego zostały one wprowadzone, tekst wynikowy mogłoby być zaliczony do stanu techniki, nawet jeśli on sam nie był ujawniony. Izba zwraca także uwagę, że uwzględniając aktualny rozwój technologii, w zasadzie nie jest możliwe wykazanie, że rozwiązanie wygenerowane przez GenAI zostało ujawnione przed datą pierwszeństwa.

Z powyższych stanowisk wynika, że obecny sposób działania generatywnych modeli językowych powoduje, że wprowadzenie do nich danych nie stwarza potencjalnych warunków do poznania opisanego w nich rozwiązania. Nie oznacza to, że wprowadzanie nieopublikowanych opisów patentowych do tego rodzaju narzędzi, np. przez profesjonalnych pełnomocników, jest działaniem etycznym czy roztropnym. Po pierwsze, powszechna wiedza na temat funkcjonowania publicznie dostępnych modeli GenAI w dużej

⁵² Institute of Electrical and Electronics Engineers, *IEEE_PTO*: 2.

⁵³ Japan Patent Attorneys Association, *frmJPAA_Comments*: 1.

mierze zależy od komunikatów pochodzących od właścicieli, a te nie zawsze muszą być kompletne. Po drugie, nie można wykluczyć, że osoby trzecie uzyskają do nich dostęp w nielegalny sposób i dokonają ujawnienia opisu przed datą pierwszeństwa^[54]. Po trzecie, i jest to uwaga istotna w kontekście każdego zagadnienia dotyczącego AI, sytuacja może w najbliższym czasie ulec istotnej zmianie.

Bibliografia

- Abbott Ryan, Elizabeth Rothman, „AI-Generated Output and Intellectual Property Rights: Takeaways from the Artificial Inventor Project” *European Intellectual Property Review*, nr 4 (2023): 215-227. <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20230327085599>.
- Bałos Iga, „The Impact of AI on Patent Quality” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, nr 4 (2020): 107-127.
- Burstain Adam, „The Ungraceful Grace Period: Defining 35 U.S.C. § 102(B)’s Grace Period Exceptions Post-Helsinns” *Cybaris® An Intellectual Property Law Review*, nr 3 (2024): 284-333. <https://open.mitchellhamline.edu/cybaris>.
- Carlini Gabrielle, „Rethinking the Presumption of Enablement in Nonpatent Prior Art” *Duke Law Journal*, 73 (2024): 871-904. <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol73/iss4/3>.
- Corruzi Laura A., „Principles for Patent Legislation Needed to Restore the Balance Intended by the Modern Patent Act” *Albany Law Journal of Science & Technology*, nr 1 (2023): 28-50. <https://www.albanylawscitech.org/article/74929-principles-for-patent-legislation-needed-to-restore-the-balance-intended-by-the-modern-patent-act>.
- Durham Alan L., „Patent Scope and Enablement in Rapidly Developing Arts” *North Carolina Law Review*, 94 (2016): 1101-1164. https://scholarship.law.ua.edu/fac_articles/95.
- Jay A. Erstling, Amy M. Salmela, Justin N. Woo, „Usefulness Varies by Country: The Utility Requirement of Patent Law in the United States, Europe and Canada” *Cybaris® An Intellectual Property Law Review*, nr 1 (2012): 1-30. <http://open.mitchellhamline.edu/facsch/242>.

⁵⁴ Yiming Zhang, Nicholas Carlini, Daphne Ippolito, *Effective Prompt Extraction from Language Models*. <https://openreview.net/pdf?id=0o95CVdNuz>.

- Hattenbach Ben, Joshua Glucoft, „Patents in an Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence” *Stanford Technology Law Review*, 19 (2015): 32-51. <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/10/PATENTS-IN-AN-ERA-OF-INFINITE-MONKEYS-AND-ARTIFICIAL-INTELLIGENCE.pdf>.
- Hutukk Päivi, „Patent law in comparative context: Differences and similarities of patent law in the European Union, the United States and China” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nr 3 (2023): 1-39. <https://doi.org/10.1177/1023263X2312060>.
- Lemley Mark L., „Point of Novelty” *Northwestern University Law Review*, 105 (2011): 1253-1280. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol105/iss3/6/>.
- Lizarralde Marta Duque, Héctor Axel Contreras, „The real role of AI in patent law debates” *International Journal of Law and Information Technology*, Nr 1 (2022): 23-46. <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaac008>.
- Masur Jonathan S., Lisa Larrimore Ouellette, „Real-World Prior Art” *Stanford Law Review*, 76 (2024): 703-769. <https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2024/04/Masur-Ouellette-76-Stan.-L.-Rev.-703.pdf>.
- Seymore Sean B., „Rethinking Novelty in Patent Law.” *Duke Law Journal* 60 (2011): 920-976. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=dlj>.
- Thambisetty Sivaramjani, „Legal Transplants in Patent Law: Why Utility is the New Industrial Applicability” *Jurimetrics*, nr 2 (2009): 155-201. <https://www.jstor.org/stable/29763013>.
- Tzoulia Eleni, Dimitris Kalles, „AI-generated subject matter in the light of IP law: A sui generis protection regime as the last resort” *European Intellectual Property Law Review*, nr 3 (2024): 175-182.
- du Vall Michał, „Przedmiot prawa”, [w:] *Prawo patentowe*, red. Elżbieta Traple. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- du Vall Michał, Helena Żakowska-Henzler, „Przesłanki zdolności patentowej”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XIVA, *Prawo własności przemysłowej*, red. Ryszard Skubisz. Warszawa: C.H. Beck, 2017.
- Villasenor John, „Ten Thousand AI Systems Typing on Keyboards: Generative AI in Patent Applications and Preemptive Prior Art” *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, nr 3 (2024): 375-411. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/jetlaw>.
- Zhang Yiming, Nicholas Carlini, Daphne Ippolito, *Effective Prompt Extraction from Language Models*. <https://openreview.net/pdf?id=0o95CVdNuz>.



KAMIL SZPYT, ARTUR BILSKI

Wybrane wyzwania prawne i organizacyjne związane z wdrażaniem systemów AI w działalności samorządów terytorialnych

Key Legal and Organisational Challenges in the Implementation of AI Systems in Local Government

Abstract

The paper examines the challenges of implementing artificial intelligence (AI) systems in local government units (LGUs). The authors discuss key legal and organizational issues, focusing on the potential benefits and risks of implementing AI systems. Particular attention is paid to the AI Act, its impact on LGU's operations, and challenges such as data protection and high implementation costs. The authors emphasize that artificial intelligence has the potential to revolutionize TSU operations but requires adequate preparation, resources and a legislative framework.

SŁOWA KLUCZOWE: sztuczna inteligencja; samorząd terytorialny

KEYWORDS: artificial intelligence; local government

KAMIL SZPYT – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie, ORCID – 0000-0002-2307-8789, e-mail: kszpyt@afm.edu.pl

ARTUR BILSKI – magister prawa, Uniwersytet Warszawski, ORCID – 0009-0004-8751-051X, e-mail: artur.bilski@binance.com

1 | Wprowadzenie

Sektor publiczny stoi obecnie w obliczu dynamicznych przemian technologicznych, z których jedną z najbardziej przełomowych, a zarazem problematycznych, jest rozwój sztucznej inteligencji (*artificial intelligence*, AI). Popularyzacja związanych z nią rozwiązań informatycznych oraz liczne przypadki jej uprzedniego wykorzystania w biznesie doprowadziły do intensyfikacji zainteresowania wspomnianą technologią także w administracji rządowej oraz jednostkach samorządu terytorialnego^[1]. Trend ten jest widoczny zarówno w Polsce, jak i w innych państwach, zaś wdrożenie w JST rozwiązań opartych o AI może przynieść prawdziwą rewolucję w obszarze zarządzania danymi i procesami.

Wykorzystywanie rozwiązań opartych na systemach sztucznej inteligencji pozwala na intensywne przyspieszenie oraz poprawienie jakości wykonywanych przez administrację zadań, zwłaszcza w dobie wyzwań, z jakimi styka się obecnie sektor publiczny. Należą do nich m.in. konieczność przetwarzania olbrzymiej ilości danych. Samorządy terytorialne, jako najbliższa obywatelom warstwa administracji publicznej, odgrywają kluczową rolę w dostarczaniu usług publicznych, zarządzaniu zasobami lokalnymi oraz kształtowaniu polityk społecznych. W związku z tym wdrożenie wspomnianej technologii w strukturach samorządowych staje się nie tylko możliwe, ale i konieczne, by sprostać wyzwaniom współczesnego świata.

Jednostki samorządu terytorialnego wydają się być naturalnymi odbiorcami rozwiązań opartych na systemach sztucznej inteligencji. Z jednej strony od lat zmagają się one z brakami kadrowymi i niewydolnością procedur, na które remedium mogłyby być nowoczesne technologie, takie jak właśnie AI. Z drugiej strony nawet mniejsze spośród samorządów dysponują niejednokrotnie budżetami na poziomie dużych przedsiębiorstw^[2]. Ponadto, JST przetwarzają olbrzymie ilości bardzo zróżnicowanych danych, podlegających stałej analizie i obróbce, które stanowią naturalne „paliwo” systemów AI.

W Polsce szczególną uwagę na istotne znaczenie rozwoju sztucznej inteligencji dla sektora publicznego zwrócono już w 2020 r., czego efektem jest wydanie „Polityki dla rozwoju sztucznej inteligencji w Polsce od

¹ Dalej naprzemiennie jako: JST.

² Wg danych GUS z 2022 r. wydatki roczne JST ogółem przekroczyły 350 miliardów złotych, z czego ponad 75 miliardów złotych zostało przeznaczone na inwestycje – Główny Urząd Statystyczny, *Gospodarka finansowa jednostek samorządu terytorialnego 2022* (Warszawa 2023), 47,49.

roku 2020”^[3]. Niestety, nie poświęca ona zbyt wiele miejsca samorządom terytorialnym jako takim, co należy uznać za istotną wadę tego dokumentu.

W niniejszym artykule podjęto próbę analizy wybranych (zdaniem autorów – najważniejszych) wyzwań prawnych i organizacyjnych związanych z wdrażaniem rozwiązań wykorzystujących systemy sztucznej inteligencji w samorządach terytorialnych. Omówione przy tym zostały zarówno korzyści płynące ze stosowania rozwiązań opartych na AI, jak i zagrożenia, które mogą wynikać z ich niewłaściwego zastosowania. Dążono do przedstawienia kompleksowego obrazu roli, jaką systemy sztucznej inteligencji mogą odegrać w nowoczesnym wykonywaniu zadań publicznych na poziomie lokalnym oraz wskazanie kierunków, w jakich powinny podążać JST, aby skutecznie i odpowiedzialnie wdrażać tę technologię. Wspomniane rozważania zostały przeprowadzone na tle uregulowań zawartych w opublikowanym 12 lipca 2024 r. Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1689 z dnia 13 czerwca 2024 r. w sprawie ustanowienia zharmonizowanych przepisów dotyczących sztucznej inteligencji oraz zmiany rozporządzeń (WE) nr 300/2008, (UE) nr 167/2013, (UE) nr 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 i (UE) 2019/2144 oraz dyrektyw 2014/90/UE, (UE) 2016/797 i (UE) 2020/1828 (akt w sprawie sztucznej inteligencji) (tekst mający znaczenie dla EOG)^[4] i przy uwzględnieniu wpływów wspomnianego aktu prawnego na wykorzystanie systemów sztucznej inteligencji przez samorządy lokalne.

2 | Sztuczna inteligencja i systemy sztucznej inteligencji – wyjaśnienie pojęć

Dla zarysowania problematyki związanej z wdrażaniem AI w samorządzie terytorialnym konieczne jest uprzednie zdefiniowanie tego, czym tak naprawdę jest sztuczna inteligencja oraz dokonanie rozróżnienia pomiędzy „sztuczną inteligencją” jako taką, a „systemami sztucznej inteligencji”.

³ Stanowiącej załącznik do uchwały nr 196 Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2020 r. w sprawie ustanowienia „Polityki dla rozwoju sztucznej inteligencji w Polsce od roku 2020” (M.P. 2021 poz. 23).

⁴ PE/24/2024/REV/1; dalej jako: AI Act.

Jedną z wczesnych prób ujęcia tego pierwszego pojęcia podjął Bartłomiej Michałowski, definiując sztuczną inteligencję jako „dziedzinę wiedzy obejmująca m.in. sieci neuronowe, robotykę i tworzenie modeli zachowań inteligentnych oraz programów komputerowych symulujących te zachowania”^[5]. W podobny sposób definiują sztuczną inteligencję niektórzy inni autorzy, zwracając uwagę na fakt, że technologia sztucznej inteligencji to przede wszystkim maszyny mogące wykonywać zadania, które zwykle wymagają ludzkiej inteligencji (zaliczyć do nich można rozwiązywanie skomplikowanych problemów i podejmowanie decyzji z nimi związanych, rozpoznawanie mowy i języka naturalnego oraz ich rozumienie, percepcję wzrokową – co pozwala również na autonomiczną kontrolę nad robotami – oraz adaptację i uczenie się)^[6]. Mówiąc bardziej obrazowo, sama nauka sztucznej inteligencji (i idąca za tym praktyka) to swego rodzaju studium mające na celu przystosowanie programów komputerowych do realizacji czynności, które w obecnym stanie ludzie są w stanie wykonywać lepiej niż maszyny^[7]. Programy takie to właśnie „systemy sztucznej inteligencji”.

Jednocześnie ustawodawca unijny zdecydował się na posługiwanie się finalnie właśnie pojęciem „systemów sztucznej inteligencji” a nie „sztucznej inteligencji”. Zrezygnował przy tym z prób definiowania tej pierwszej, chcąc najprawdopodobniej m.in. uniknąć ewentualnych sporów co do prawidłowości jej ujęcia. Jednocześnie skupienie się na „systemach sztucznej inteligencji” sygnalizuje przesunięcie obszaru zainteresowania ustawodawcy z samej technologii na faktyczne przypadki wykorzystania AI w różnych obszarach życia^[8]. Z tego też względu również w ramach niniejszego opracowania zdecydowano się na przyjęcie jako wiodącego pojęcia „systemu sztucznej inteligencji”, pod którym – zgodnie z art. 3

⁵ Bartłomiej Michałowski, Aleksandra Przeglasińska, Aleksander Poniewierski, *Internet of Things (IoT) i Artificial Intelligence (AI) w Polsce. Jak wykorzystać rewolucję technologiczną Internetu Rzeczy i Sztucznej Inteligencji w rozwoju Polski* (Warszawa: Instytut Sobieskiego, 2018), 12.

⁶ Por. m.in. *Artificial Intelligence: A Modern Approach, Third Edition*, red. Stuart Russell, Peter Norvig (Upper Saddle River: Pearson, 2010), 1-2 (autorzy przedstawiają w sumie 8 możliwych definicji); Elain Rich, Kevin Knight, Shivashanker B. Nair, *Artificial Intelligence, 3rd Edition* (New Dehli: Tata McGraw Hill, 2010), 3; Nils J. Nilsson, *Artificial Intelligence: A New Synthesis* (San Francisco: Morgan Kaufmann, 1998), 1.

⁷ Rich, Knight, Nair, *Artificial Intelligence*, 3.

⁸ Jakub Kozłowski w: *Law4Tech, Analiza i ocena zmian w Akcie o sztucznej inteligencji (AI Act)*. <https://law4tech.pl/1881-2/>. [dostęp: 30.07.2024].

pkt 1 AI Act – należy rozumieć: „system maszynowy, który został zaprojektowany do działania z różnym poziomem autonomii po jego wdrożeniu oraz który może wykazywać zdolność adaptacji po jego wdrożeniu, a także który – na potrzeby wyraźnych lub dorozumianych celów – wnioskuje, jak generować na podstawie otrzymanych danych wejściowych wyniki, takie jak predykcje, treści, zalecenia lub decyzje, które mogą wpływać na środowisko fizyczne lub wirtualne”. Jednocześnie, z uwagi na pewną powszechną w dyskursie (tak publicznym, jak i naukowym) swobodę w rozgraniczaniu obu wspomnianych wyżej pojęć (a w zasadzie braku tego rozgraniczenia), również w niniejszym opracowaniu w wielu miejscach posłużono się nimi w znacznym stopniu zamiennie, przyjmując, że „sztuczna inteligencja” nie oznacza w tym przypadku pewnej nauki, lecz rozwiązania technologiczne i systemy komputerowe będące w stanie (w większym lub mniejszym stopniu) naśladować ludzką inteligencję w realizacji powierzanych im czynności.

Warto zwrócić przy tym uwagę, że immanentną cechą dużej części tych programów jest tzw. uczenie maszynowe. Jest to proces, w ramach którego programy komputerowe niejako „uczą się” i dostosowują do nabywanych doświadczeń, adaptując swoje zachowania i odpowiedzi względem zmieniającej się sytuacji i nowo pozyskanych informacji. Systemy uczące się mają możliwość analizowania wzorców w dużych zbiorach danych i wykorzystywania ich do prognozowania przyszłych zdarzeń lub do podejmowania decyzji, co pozwala im na dynamiczne dopasowywanie się^[9]. To dzięki tej cesze AI może być wykorzystywane do wykonywania funkcji, które do tej pory mogły być sprawowane jedynie przez ludzi.

⁹ Ethem Alpaydin, *Introduction to Machine Learning. 3th Edition* (Cambridge: MIT Press, 2014), 1-4.

3 | Zastosowanie systemów sztucznej inteligencji w działalności jednostek samorządu terytorialnego

Pod pojęciem jednostek samorządu terytorialnego należy rozumieć^[10]:

1. gminę w znaczeniu ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym^[11];
2. powiat w znaczeniu ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym^[12];
3. województwo w znaczeniu ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa^[13].

Szczegółowy zakres zadań spoczywających na wspomnianych jednostkach przedstawiony został w normujących je aktach prawnych. Dokonując pewnego uogólnienia i uproszczenia można wskazać, że należą do nich wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu (odpowiednio): lokalnym, ponadgminnym i wojewódzkim^[14]. Szczególną rolę pośród nich odgrywają:

1. edukacja publiczna;
2. ochrona zdrowia;
3. lokalny transport zbiorowy;
4. zadbanie o stan dróg;
5. zadbanie o stan wodociągów, kanalizacji;
6. ład przestrzenny i gospodarka nieruchomościami;
7. ochrona środowiska i przyrody oraz gospodarka wodna;
8. kultura;
9. sport i turystyka;
10. porządek publiczny i bezpieczeństwo.

¹⁰ Podobny sposób pojmowania jednostek samorządu terytorialnego został przewidziany m.in. w art. 1a ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 679).

¹¹ T.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 609 ze zm.

¹² T.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 107.

¹³ T.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 566.

¹⁴ Por. art. 6 i 7 z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 609 ze zm.).

Oczywiście, nie każdy problem, z jakim stykają się samorządy terytorialne, może być rozwiązany przez sztuczną inteligencję, a zarazem nie sposób wskazać na uniwersalny system AI potrafiący sobie poradzić z dowolnym zadaniem. W literaturze wymienia się następujące typy wyzwań, na które odpowiedzią może być AI:

1. alokacja zasobów – AI pozwala na zautomatyzowane i szybkie zarządzanie posiadanymi zasobami poprzez identyfikację potrzeb i właściwe przeznaczanie środków w oparciu o pozyskane z systemu informacje (np. poprzez mapowanie zmian związanych z przestępczością);
2. zarządzanie dużymi zbiorami informacji – w przypadku niektórych pul danych efektywne dysponowanie nimi oraz budowanie konkluzji na ich podstawie przez pracowników może być niemożliwe z uwagi na nadmierną ilość rekordów – sztuczna inteligencja jest w stanie monitorować takie zbiory i wyciągać wnioski bez angażowania zasobów ludzki (np. analiza danych o ruchu drogowym albo danych demograficznych);
3. brak kompetencji – administracja publiczna często boryka się z problemami w pozyskaniu kadr posiadających odpowiednią wiedzę i umiejętności związane z różnymi obszarami wykonywanych przez siebie zadań; wykorzystanie AI, która ma dostęp do wielu informacji zawartych w Internecie, może odciążyć kadry urzędów oraz zapewnić obywatelom dostęp do wiedzy i informacji w łatwy i szybki sposób (np. chatboty odpowiadające na pytania mieszkańców lub patentów);
4. zarządzanie przewidywalnymi scenariuszami – w określonych sytuacjach, w których istnieje duża przewidywalność albo możliwość oparcia się na powtarzalnych scenariuszach historycznych, AI może wykorzystać dostępne dane dla budowy modeli pozwalających na uzyskanie odpowiedzi związanych z powtarzalnymi scenariuszami zdarzeń, zwłaszcza w sytuacjach, w których istotny jest czas reakcji (np. tworzenie mechanizmów odpowiedzi związanych z klęskami żywiołowymi);
5. zadania oparte o proste procedury – w niektórych przypadkach (zwłaszcza, gdy mamy do czynienia z prostymi odpowiedziami tak/nie lub decyzjami opartymi o wiarygodne dane) AI pozwala na sprawne rozpatrywanie pisma składanych przez patentów, dzięki

czemu możliwe jest przyspieszenie załatwienia spraw urzędowych (np. rozpoznawanie wniosków o pozwolenie na budowę),

6. zróżnicowane dane – jedną z zalet sztucznej inteligencji jest jej łatwość w badaniu i katalogowaniu różniących się od siebie zbiorów danych, co daje możliwość tworzenia wydajnych podsumowań i budowania sieci korelacji pozwalających na mapowanie i analizę skomplikowanych i pozornie niepowiązanych ze sobą informacji (np. kreowanie map wpływu różnych czynników na przestępczość w różnych obszarach)^[15].

Jak już wskazano, systemy sztucznej inteligencji znajdują zastosowanie w każdym przypadku, w którym dochodzi do analizy informacji, zwłaszcza w odniesieniu do dużych zbiorów danych. Dzięki automatyzacji procesów pozwala ona na znaczące obniżenie kosztów, odciążenie kadr, a przede wszystkim drastyczne usprawnienie (zarówno pod kątem efektywności, jak i czasu) usług publicznych świadczonych przez JST oraz ich wewnętrznych czynności. Część z tych aktywności znajduje zresztą takie samo zastosowanie w działalności organów publicznych, jak i podmiotów prywatnych (np. w celu usprawnienia procesów rekrutacyjnych). W niniejszym artykule skupiono się jednak na czynnościach charakterystycznych dla jednostek samorządu terytorialnego.

Uzupełniając powyższy wątek warto wskazać, że sztuczna inteligencja sama w sobie nie jest jednocześnie zjawiskiem jednolitym. Dla ułatwienia zrozumienia jej roli i celów można się posłużyć następującym podziałem funkcjonalnym programów wykorzystujących AI, które mogą zostać zastosowane przez sektor publiczny:

1. AI decyzyjna – dokonująca samodzielnego rozstrzygnięcia określonych problemów (albo proponująca rozwiązania) na podstawie przeanalizowanych informacji; przykładem jej zastosowania w JST mogą być:
 - a. systemy inteligentnego zarządzania odpadami, które optymalizują harmonogramy odbioru na podstawie analizy zapotrzebowania;

¹⁵ Hila Mehr, *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government* (Cambridge: Ash Center for Democratic Governance and Innovation Harvard Kennedy School) 2017), 4.

- b. autonomiczne procedury i środki zarządzania ochroną zdrowia, w tym w kontekście dokonywania zapisów, zarządzania personelem, optymalizacji czy świadczenia usług zdrowotnych w szpitalach;
 - c. oparte o AI systemy zarządzania transportem publicznym, które dostosowują rozkłady jazdy do rzeczywistych potrzeb mieszkańców;
 - d. modele inteligentnego zarządzania energią w budynkach publicznych, redukujące zużycie i koszty^[16].
2. AI konwersacyjna – służąca prowadzeniu na bieżąco rozmów (tj. dokonywania symulacji dyskusji z człowiekiem) i udzielaniu informacji zwrotnych w oparciu o otrzymane dane; przykładem jej zastosowania w JST mogą być:
- a. chatboty wykorzystywane do udzielania informacji mieszkańcom oraz rozpatrywania prostych wniosków;
 - b. autonomiczne bazy wiedzy i analizy dokumentów wyposażone w mechanizmy odpowiadania na pytania pracowników urzędu;
 - c. cyfrowi dyspozytorzy analizujący zgłoszenia dokonywane na numery alarmowe.
3. AI monitorująca – przetwarzająca w sposób dynamiczny duże ilości informacji w celu ich bieżącej analizy i syntezy; przykładem jej zastosowania w JST mogą być:
- a. systemy monitoringu zanieczyszczeń powietrza lub wody oparte na analizie danych pozyskanych z czujników^[17];
 - b. mechanizmy sprawdzania godzin postoju i automatycznego naliczania opłat za przekroczony czas postoju w strefach płatnego parkowania;

¹⁶ Ten sposób wykorzystania systemów AI pozwala na to dużo efektywniej planowanie wykorzystania zasobów, poprawę efektywności energetycznej, zmniejszenie kosztów operacyjnych oraz usprawnienie istniejących systemów energetycznych – zob. Vangelis Marinakis, Haris Doukas, John Tsapelas, Spyros Mouzakis, Álvaro Sicilia, Leandro Madrazo, Sgouris Sgouridis, „From big data to smart energy services: An application for intelligent energy management” *Future Generation Computer Systems*, vol. CX (2020): 572-586.

¹⁷ Ten rodzaj działania systemów AI sprzężony jest z innym popularnym rozwiązaniem z zakresu nowych technologii – Internetem Rzeczy (ang. *Internet of Things*); zob. szerzej o prawnych aspektach Internetu Rzeczy m.in. w: Guido Noto La Diega, *Internet of Things and the Law Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies* (Abington: Routledge 2023), passim; Rolf H. Weber, Romana Weber, *Internet of Things Legal Perspectives* (Berlin: Springer, 2010), passim.

- c. instrumenty monitorowania ruchu drogowego, zarówno w kontekście sygnalizacji, jak i odpowiadania na zdarzenia drogowe (korki, wypadki)^[18];
 - d. algorytmy do analizy danych demograficznych wspomagające planowanie programów edukacyjnych i kulturalnych;
 - e. środki ochrony przed możliwymi wyciekami danych albo atakami hakerskimi, informujące o incydentach;
 - f. zautomatyzowane mechanizmy wspierające utrzymanie porządku publicznego i bezpieczeństwa w oparciu o inteligentną analizę danych z monitoringu miejskiego^[19].
4. AI prognostyczna – wyciągająca na podstawie danych historycznych wnioski co do możliwych przyszłych zdarzeń; przykładem jej zastosowania w JST mogą być:
- a. środki monitorowania zagrożeń naturalnych, takich jak powodzie czy pożary;
 - b. oparte o analizę zbiorów danych historycznych oraz bieżących informacji prognozy potrzeb infrastrukturalnych, takich jak remonty dróg czy modernizacje systemów kanalizacyjnych.
5. AI twórcza – generująca zupełnie nowe treści (np. obrazy lub tekst) w oparciu o udzielone instrukcje; przykładem jej zastosowania w JST może być wykorzystanie istniejących komercyjnych narzędzi tego

¹⁸ AI może na bieżąco analizować dane dotyczące ruchu drogowego, aby optymalizować nie tylko kwestie tak proste jak np. zmiany świateł drogowych, lecz całe ciągi komunikacyjne, w tym w kontekście zdarzeń takich jak wypadki drogowe. Dzięki temu możliwa jest poprawa jakości życia mieszkańców i znaczące zmniejszenie towarzyszących ruchowi drogowemu kosztów – John F. Gilmore, Khalid J. Elibiary, „AI In advanced traffic management systems” *AAAI Workshop Papers* (1993): 57-65. W podobny zresztą sposób można wykorzystać AI do zarządzania ruchem lotniczym – por. Scott J. Bayles, Bikas K. Das, *Using Artificial Intelligence to Support Traffic Flow Managment Problem Resolution*, *AAAI Workshop Papers* (1994): 133-137.

¹⁹ Systemy AI mogą być wykorzystane w tym obszarze m.in. do tworzenia predykcji dla monitorowania przestępczości, bieżące wsparcie w zarządzaniu zjawiskami takimi jak wypadki czy protesty, monitorowanie zjawisk i wydarzeń widocznych na kamerach miejskich, walka z cyberzagrożeniami dla infrastruktury, czy analiza sentymentów pod kątem zachowań antyspołecznych czy protestów – Ewa Maria Włodyka, „Artificial Intelligence as a Supporting Tool for Local Government Decision-Making in Public Safety” *Przegląd Nauk o Obronności*, nr 17 (2023): 85-86; o wykorzystaniu systemów sztucznej inteligencji do wspomagania działań policji zob. szerzej: Norbert Malec, „Sztuczna inteligencja a bezpieczeństwo państwa” *Prawo i Bezpieczeństwo*, 1 (2024): 28 i nast.

typu do tworzenia grafik związanych z organizowanymi przez JST wydarzeniami lub inicjatywami (np. oświatowymi, sportowymi lub kulturalnymi).

6. AI wspierająca – wspomagająca pracę człowieka nad dokumentacją lub danymi poprzez bieżące badanie wprowadzonych przez niego informacji; przykładem jej zastosowania w JST mogą być:
 - a. narzędzia wspomagające proces decyzyjny w planowaniu przestrzennym, uwzględniające m.in. aspekty urbanistyczne i środowiskowe;
 - b. wspierające pracę urzędników programy analizujące dokumentację, które pozwalają na szybsze i sprawniejsze przeprowadzanie procedur administracyjnych;
 - c. programy wspierające edukację, zarówno pod kątem doboru treści dla uczniów, jak i ich monitorowania, np. w czasie egzaminów pisemnych^[20].

Sposobów wykorzystania sztucznej inteligencji w działalności samorządów terytorialnych mogą być praktycznie nieskończone. Powyżej wymieniono jedynie – zdaniem autorów – najważniejsze i rokujące najlepiej w zakresie ich współczesnego wykorzystania w działalności JST.

²⁰ Wśród zalet stosowania AI w edukacji, zarówno z perspektywy osób uczących się, jak i kadry nauczycielskiej, wymienia się indywidualizację nauczania, optymalizację samego procesu uczenia się, większą dostępność i elastyczność edukacji (w tym samokształcenia się) i personalizację samych materiałów edukacyjnych, a także sprawniejsze zarządzanie wiedzą. Zagrożeniami mogą być tu jednak z jednej strony niedostateczna znajomość technologii, z drugiej zaś – nadmierne od niej uzależnienie i oderwanie od interakcji człowiek-człowiek oraz konieczność kontroli wygenerowanych przez AI treści – zob. Polska Agencja Rozwoju Przemysłu, „Wykorzystanie sztucznej inteligencji w edukacji”, [w:] *Rynek pracy, edukacja, kompetencje. Aktualne trendy i wyniki badań* (Warszawa: PARP, 2023), 27-28.

4 | Znaczenie AI Act dla wdrażania rozwiązań AI przez jednostki samorządu terytorialnego

Prawne ramy dla AI w Unii Europejskiej wprowadza przede wszystkim wspomniany wcześniej AI Act. Jest to pierwszy akt prawny niezaliczany do tzw. *soft law* (tj. niewiążących wytycznych) regulujący w sposób kompleksowy w ramach Unii Europejskiej problematykę funkcjonowania systemów sztucznej inteligencji. Tym samym jego znacznie będzie w najbliższych latach nie do przecenienia i wydaje się, że nawiązywać będzie do niego większość (o ile nie wszystkie) regulacje unijne i polskie w najbliższych latach. Oprócz tego trwają prace nad innymi przepisami prawa, w tym wnioskiem dotyczącym Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostosowania przepisów dotyczących pozaumownej odpowiedzialności cywilnej do sztucznej inteligencji (dyrektywa w sprawie odpowiedzialności za sztuczną inteligencję)^[21].

Zgodnie z jego art. 113 AI Act wchodzi w życie dwudziestego dnia po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (co miało miejsce 2 lipca 2024 r.). Jednocześnie stosuje się go od dnia 2 sierpnia 2026 r., przy zachowaniu następujących wyjątków:

1. rozdziały I i II stosuje się od dnia 2 lutego 2025 r.;
2. rozdział III sekcja 4, rozdział V, rozdział VII i rozdział XII oraz art. 78 stosuje się od dnia 2 sierpnia 2025 r., z wyjątkiem art. 101;
3. art. 6 ust. 1 i odpowiadające mu obowiązki ustanowione w niniejszym rozporządzeniu stosuje się od dnia 2 sierpnia 2027 r.

Jakkolwiek ustawodawca unijny nie wspomina wprost o jednostkach samorządu terytorialnego w rzeczonym akcie prawnym, niemniej brak w nim wyłączeń, które wykluczałyby wspomniane podmioty spoza jego obowiązywania. Jednocześnie z uwagi na jego objętość, kompleksowe omówienie wyżej wymienionego aktu prawnego wykraczałoby znacząco poza zakres niniejszego artykułu. Warto jednak zwrócić uwagę na określony w art. 27 obowiązek przeprowadzania, m.in. przez podmioty prawa publicznego (do których niewątpliwie należą JST), oceny skutków w zakresie praw podstawowych, jakie może wywołać stosowanie systemu AI wysokiego

²¹ COM/2022/496 final.

ryzyka. Ocena taka, dokonywana przez wdrożeniem systemu sztucznej inteligencji, będzie musiała obejmować:

1. opis procesów podmiotu stosującego, w których system AI wysokiego ryzyka będzie wykorzystywany zgodnie z jego przeznaczeniem;
2. opis okresu, w którym każdy system AI wysokiego ryzyka ma być wykorzystywany i opis częstotliwości tego wykorzystywania;
3. kategorie osób fizycznych i grup, na które może mieć wpływ wykorzystywanie systemu;
4. szczególne ryzyko szkody, które może mieć wpływ na kategorie osób fizycznych lub grupy osób zidentyfikowane zgodnie z lit. c) niniejszego ustępu, z uwzględnieniem informacji przekazanych przez dostawcę zgodnie z art. 13;
5. opis wdrożenia środków nadzoru ze strony człowieka, zgodnie z instrukcją obsługi;
6. środki, jakie należy podjąć w przypadku urzeczywistnienia się tego ryzyka, w tym ustalenia dotyczące zarządzania wewnętrznego i mechanizmów rozpatrywania skarg.

W kontekście usług publicznych świadczonych przez JST do systemów takich zaliczyć można m.in. systemy:

1. zarządzania krytyczną infrastrukturą cyfrową, ruchem drogowym i ich funkcjonowania (związane z bezpieczeństwem elementów procesów);
2. zaopatrzenia w wodę, gaz, ciepło lub energię elektryczną;
3. przeznaczone do wykorzystywania do celów podejmowania decyzji o dostępie lub przyjęciu do instytucji edukacyjnych i instytucji szkolenia zawodowego, oceny efektów uczenia się, oceny odpowiedniego poziomu wykształcenia czy monitorowania i wykrywania niedozwolonego zachowania uczniów podczas testów;
4. określające dostęp do podstawowych usług i świadczeń publicznych, w tym wykorzystywane w celu oceny kwalifikowalności osób fizycznych do podstawowych świadczeń i usług publicznych, w tym opieki zdrowotnej, jak również w celu przyznawania, ograniczania, odwoływania lub żądania zwrotu takich świadczeń i usług;
5. przeznaczone do oceny i klasyfikacji zgłoszeń alarmowych dokonywanych przez osoby fizyczne lub do wykorzystywania w celu wysyłania lub ustalania priorytetów w wysyłaniu służb pierwszej pomocy,

w tym policji, straży pożarnej i pomocy medycznej, a także w ramach systemów oceny stanu zdrowia pacjentów w nagłych wypadkach;

6. związane ze ściganiem przestępstw;
7. wykorzystywane przy rozpatrywaniu wniosków o udzielenie azylu, o wydanie wizy lub dokumentów pobytowych oraz związanych z nimi skarg w odniesieniu do kwalifikowalności osób fizycznych ubiegających się o przyznanie określonego statusu, w tym przy powiązanej ocenie wiarygodności dowodów, jak również w kontekście zarządzania migracją, azylem i kontrolą graniczną, do celów wykrywania, rozpoznawania lub identyfikacji osób fizycznych, z wyjątkiem weryfikacji dokumentów podróży.

O ile określone w wyżej wymienionym przepisie wymogi niewątpliwie przełożą się na ochronę praw obywateli i bardziej świadome wdrażanie przez samorządy rozwiązań wykorzystujących sztuczną inteligencję, o tyle należy mieć na uwadze, że stwarzają one też dla JST dodatkowe bariery. Sam proces dokonania oceny skutków może być długotrwały i kosztowny, co potencjalnie może zniechęcać władze samorządów terytorialnych do wykorzystywania tej technologii. Z drugiej jednak strony, istnienie wyraźnych ram prawnych może przyczynić się do zwiększenia zaufania obywateli oraz bardziej otwartego podejścia samych samorządów do AI. Ponadto, dwuletni okres przejściowy^[22] jest w stanie sam w sobie zachęcić niektóre samorządy terytorialne do szybszego przyjęcia technologii opartych o sztuczną inteligencję, tak aby w ten sposób uniknąć skomplikowanego procesu dokonywania ocen wpływu jeszcze na etapie wdrożenia.

Oprócz dostosowania działań do regulacji europejskich niezwykle ważne jest również zapewnienie zgodności podejmowanych działań z prawem krajowym. W szczególności korzystając z rozwiązań sztucznej inteligencji samorządy terytorialne powinny dopilnować, aby wykorzystywana przez nie technologia nie prowadziła do umniejszenia praw petenta jako strony w postępowaniu administracyjnym. Wskazuje się, że instrumentem mogącym wspierać JST we właściwej analizie ryzyk i zgodnemu z prawem wdrożeniu AI jest ocena wpływu, czyli dokument uwzględniający potencjalne zagrożenia i korzyści związane z implementacją takich narzędzi technicznych^[23].

²² Określony w art. 113 AI Act.

²³ Katarzyna Ziółkowska, Marek Wierzbowski, „Ocena wpływu wykorzystania sztucznej inteligencji w administracji publicznej” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, z. 334 (2022): 508.

5 | Potencjalne wyzwania i zagrożenia

5.1. Uwagi ogólne

Wdrażanie nowych rozwiązań technologicznych w sektorze publicznym może wiązać się z licznymi wyzwaniami. Jako największe bariery innowacyjności w JST wskazuje się najczęściej brak środków finansowych, deficyt wiedzy i umiejętności, niski poziom kapitału społecznego i zaufania czy bardzo słabą tolerancję niepewności co do możliwych rezultatów (dominację postaw zachowawczych)^[24]. Oprócz powyższych czynników niezwykle istotne znaczenie mają również kwestie związane z kulturą organizacyjną panującą w urzędach czy istniejące bariery technologiczne^[25].

Nie inaczej jest z implementacją projektów wykorzystujących lub wręcz opartych na systemach sztucznej inteligencji. Wśród najważniejszych problemów związanych z wykorzystaniem AI w samorządach terytorialnych można wymienić te związane z istotnymi wydatkami na rozwój i utrzymanie technologii, brakiem odpowiedniego przeszkolenia pracowników administracji i posiadania przez nich *know-how*^[26] oraz ich niechęci do dostosowania się do zmian, trudnością we współpracy różnych jednostek administracji, niedostateczną dostępnością lub niedopasowaniem technologii, a także kwestiami regulacyjnymi^[27]. Z kolei wśród możliwych zagrożeń wymienia się m.in. te związane z niedostateczną transparentnością, dyskryminowaniem użytkowników, kwestiami pewności w odniesieniu do procedur administracyjnych i ich przetwarzania, czy tymi dotyczącymi możliwych szkód wyrządzonych przez stosowaniem AI i odpowiedzialnością za nie^[28].

²⁴ Anna Tutaj, Jerzy Tutaj, „Innowacje społeczne w IST”, [w:] *Innowacje a dobrostan społeczeństwa, gospodarki i przedsiębiorstw. Próba pomiaru*, red. Zbigniew Malara, Jerzy Tutaj (Wrocław: Oficyna Wydawnicza Politechniki Wrocławskiej, 2019), 233-234.

²⁵ Aneta Kaczyńska, Sławomir Kańduła, Joanna Przybylska, „Transformacja cyfrowa z punktu widzenia samorządu terytorialnego – wybrane zagadnienia” *Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy*, nr 65 (2021): 39.

²⁶ Może się to wiązać dodatkowo z kosztami jego pozyskania, w tym zatrudnienia ekspertów z zewnątrz.

²⁷ Por. także: Anne David, Tan Yigitcanlar, Rita Y.M. Li, Juan M. Corchado, Pauline H. Cheong, Karen Mossberger, Rashid Mehmood, „*Understanding Local Government Digital Technology Adoption Strategies: A PRISMA Review*” *Sustainability*, No. 15 (2023): 11-14, <https://doi.org/10.3390/su15129645>. [dostęp: 30.06.2024].

²⁸ Jolanta Blicharz, Lidia Zacharko, Wdrażanie technologii sztucznej inteligencji w administracji publicznej – kilka refleksji, [w:] *Administracja publiczna wobec procesów zmian w XXI wieku: Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Korczakka*, red.

5.2. Wyzwania związane z wykorzystaniem systemów AI w działalności JST

5.2.1. Wysokie koszty

Wykorzystanie systemów sztucznej inteligencji może wiązać się z wysokimi kosztami inwestycyjnymi, które przeznaczone będą zarówno na zakup sprzętu i usług niezbędnych do implementacji nowych rozwiązań, jak również na zatrudnienie nowych pracowników lub podniesienie kwalifikacji zawodowych obecnie zatrudnionych. Wydatki JST na nowe technologie często nie stanowią też priorytetu wśród kosztów ponoszonych przez samorządy

Receptą może być tutaj uświadomienie sobie przez wyżej wymienione podmioty, że w dłuższym okresie wydatki poniesione na wdrażanie AI jest w stanie przynieść, oprócz innych wymiernych korzyści, istotne oszczędności. Może to nastąpić choćby dzięki zastąpieniu przez algorytm części prac wykonywanych manualnie, ale także wykorzystaniu rozwiązań odnoszących się np. do zmniejszenia kosztów energii. Ponadto, z uwagi na fakt, że sztuczna inteligencja stanowi innowacyjne narzędzie rozwiązywania problemów samorządów, możliwe jest skorzystanie z licznych programów grantowych finansujących modernizację JST i ich transformację cyfrową^[29]. Innym sposobem na redukcję kosztów może być współdziałanie różnych samorządów poprzez wspólny zakup i wdrożenie technologii AI, wykorzystywanych następnie wspólnie przez te jednostki w ramach wzajemnego partnerstwa.

5.2.2. Brak odpowiedniej wiedzy/edukacji

Istotną barierą dla wdrażania nowych technologii przez JST jest brak zrozumienia ze strony urzędników i innych decydentów potrzeby inwestycji we wspomniane rozwiązania technologiczne. Dotyczy to zwłaszcza samorządów wiejskich oraz tych, które dysponując ograniczonym budżetem, nie mogą sobie pozwolić na budowanie zaawansowanych kompetencji

Piotr Lisowski (Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 2024), 353.

²⁹ Więcej informacji nt. źródeł wsparcia i dofinansowania można znaleźć np. pod adresem: <https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/wyszukiwarka/samorzady-organizacje-i-inne-podmioty/>. [dostęp: 30.06.2024].

cyfrowych. Sposobem na przeciwdziałanie tym problemom jest edukacja i korzystanie ze szkoleń w obszarze AI (zarówno tych dostępnych w Internecie, jak i z warsztatów prowadzonych przez ze środków publicznych). Istotna rola w tym zakresie spoczywa na organach państwowych/państwie/organach administracji rządowej

5.2.3. Negatywne nastawienie pracowników administracji samorządowej

Istotnym czynnikiem hamującym adopcję AI przez samorządy są wyrażane przez ich przedstawicieli wątpliwości związane z możliwymi problemami w stosowaniu systemów sztucznej inteligencji. Wynikają one między innymi z zachowawczego podejścia ich przedstawicieli, obaw co do udostępniania wrażliwych danych programowi komputerowemu, obiektywności wynikających ze stosowania technologii postrzeganej jako bardzo skomplikowana i trudna do zrozumienia, czy sceptycyzmowi wynikającemu z możliwego braku środków finansowych na wdrożenia^[30]. Innym źródłem niechęci może być deklarowane zadowolenie z już istniejących, przestarzałych aplikacji i systemów powiązanych z szeroko pojętym nepotyzmem i protekcjonizmem, skutkujących m.in. doбором przez urzędników dostawców, z którymi wiążą ich prywatne zażyłości lub relacje innego rodzaju, co zmniejsza transparentność wdrożeń technologicznych i zamyka drogę nowym dostawcom technologii.

Bolączką urzędów jest przede wszystkim brak w ich strukturach wystarczającej liczby osób zajmujących się wdrażaniem i obsługą nowych technologii cyfrowych, jak również niedobór wymaganych umiejętności wśród pracowników. Może się to w ocenie urzędników wiązać z brakiem możliwości odpowiedniego wykorzystania systemów AI. Ponadto, o ile w teorii systemy sztucznej inteligencji mają zmniejszać ilość pracy przez automatyzację, o tyle początkowo ich wykorzystanie może powodować znaczące zwiększenie ilości pracy związanej z samą implementacją nowych rozwiązań technologicznych. Pojawiają się również obawy w zakresie popełnienia błędów przy wdrożeniu i stosowaniu AI, których konsekwencjami mogą następnie zostać obarczeni urzędnicy. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy brak jest wydelegowanych pracowników, którzy dysponowaliby

³⁰ Tan Yigitcanlar, Duzgun Agdas, Kenan Degirmenci, „Artificial Intelligence in Local Governments: Perceptions of City Managers on Prospects, Constraints and Choices” *AI and Society*, nr 3 (2022): 1144-1145.

odpowiednimi kompetencjami, nie tylko w zakresie wykrywania i usuwania błędów, ale także edukowania innych zatrudnionych w zakresie funkcjonowania technologii.

5.2.4. Brak odpowiedniej współpracy komórek

Niechęć współdziałania po stronie różnych instytucji składających się na samorząd terytorialny może skutkować niezrozumieniem wzajemnych potrzeb oraz nieświadomością tego, że wiele spośród istniejących problemów może zostać rozwiązanych za pomocą usprawnień technologicznych, w tym systemów sztucznej inteligencji. Rozwiązaniem tego problemu może być – podobnie jak w przypadku braku kompetencji – edukacja, a także uświadamianie poszczególnym komórkom możliwości, jakie daje wykorzystanie AI. Ponadto wartościowe jest angażowanie różnych komórek w interdyscyplinarne zespoły odpowiedzialne za adopcję innowacyjnych rozwiązań.

5.2.5. Brak odpowiednich narzędzi IT

Z uwagi na przestarzałość lub niedostosowanie stacku technologicznego (tj. istniejących narzędzi informatycznych i programów) wykorzystywanego przez JST, trudności może budzić adaptacja nowych rozwiązań technicznych do obecnie stosowanych praktyk. O ile ocena skali problemu zależy tutaj od technologii i potrzeb indywidualnych jednostek, o tyle problem ten można w pewien sposób ominąć poprzez budowę zupełnie nowych rozwiązań, co nie zawsze musi wiązać się z większymi kosztami. Jednocześnie, dzięki istniejącym już na rynku frameworkach (tj. możliwych do wykorzystania rozwiązaniach wzorcowych) możliwe jest elastyczne dopasowanie i integracja technologii AI do innych narzędzi, przy czym kluczowy dla właściwego wdrożenia nowych systemów i instrumentów jest wybór właściwego dostawcy. Pomocne mogą być tutaj zresztą rozwiązania dedykowane samorządom terytorialnym – podmioty gospodarcze, które zdecydowały się na oferowanie takich produktów, będą miały większą szansę pozyskać nowych klientów z obszaru JST, co może być przysłowiowym „łakomym kąskiem”, biorąc pod uwagę wielość samorządów, ich budżety oraz potrzeby.

5.2.6. Bariery prawne

Samorządy nierzadko wykazują się obawami związanymi z zagrożeniami regulacyjnymi dotyczącymi sztucznej inteligencji (nie tylko systemów AI). Odnosi się to zwłaszcza do kwestii powierzania algorytmom podejmowania określonych decyzji^[31], a także przetwarzania danych osobowych obywateli. Wątpliwościom tym można zaradzić poprzez tworzenie standardów adopcji AI, które uproszczą przyjmowanie tych rozwiązań i zwiększą pewność prawa w obszarze ich wdrażania przez JST. Pomocną rolę będzie tu też odgrywał na pewno wspomniany wcześniej AI Act.

5.3. Zagrożenia związane z wykorzystaniem systemów AI w działalności JST

5.3.1. Ryzyka związane z ochroną danych osobowych

Rolą AI jest przede wszystkim przetwarzanie danych, z których w przypadku JST, dużą część mogą stanowić dane osobowe, podlegające ochronie na mocy m.in. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych). Samorządy terytorialne, chcące stosować algorytmy oparte o sztuczną inteligencję do przetwarzania danych mieszkańców, będą musiały zapewnić zgodność wykonywanych działań z prawem. W tym kontekście najbardziej istotny pozostaje art. 22 RODO, przyznający prawo do niepodlegania decyzjom opartym o zautomatyzowane przetwarzanie danych. Jednocześnie, nawet jeśli podmiot prawa wyrazi na to zgodę, to JST jako administrator danych wciąż będzie zobowiązane do wdrożenia odpowiednich środków ochrony praw, wolności i prawnie uzasadnionych interesów osób, których przetwarzane dane dotyczą^[32].

³¹ O dobrych standardach w zakresie automatycznego podejmowania decyzji w sektorze publicznym zob. Fundacja Moje Państwo, *Dobre standardy w zarządzaniu systemami sztucznej inteligencji i automatycznego podejmowania decyzji w sektorze publicznym*. <https://mojepanstwo.pl/pliki/zarzadzanie-ai-adm-sektor-publiczny.pdf>. [dostęp: 30.03.2024].

³² Więcej nt. kwestii ochrony danych osobowych w kontekście AI zob. m.in. Dominik Lubasz, Monika Namysłowska, „Zasady dotyczące przetwarzania danych

W miarę jak samorządy zbierają i przetwarzają coraz większe ilości danych, ryzyko naruszenia prywatności staje się coraz bardziej realne, zwłaszcza w dobie zautomatyzowanych decyzji podejmowanych *de facto* przez algorytm.

5.3.2. Naruszenie praw własności intelektualnej

Jednym z najpopularniejszych, a zarazem budzących od strony prawnej szczególnie dużo wątpliwości rodzajów (podzbiorów) sztucznej inteligencji jest tzw. generatywna sztuczna inteligencja (ang. *generative artificial intelligence*, GenAI). Charakteryzuje się ona możliwością tworzenia oryginalnych (przynajmniej – na pierwszy rzut oka) treści w postaci tekstów, nagrań audio, obrazów czy filmów, w oparciu o dane użyte do jej trenowania^[33]. W przypadku wykorzystania generatywnej sztucznej inteligencji w działalności JST możemy mieć do czynienia z dwiema zasadniczymi sytuacjami, a mianowicie korzystaniem przez urzędników z:

1. gotowych produktów, oferowanych przez zewnętrznych, komercyjnych dostawców, nie przeznaczonych ściśle do działalności urzędniczej (np. popularnego ChataGPT^[34], Midjourney^[35] czy Dall-E^[36]).
2. rozwiązań dedykowanych sektorowi JST lub wręcz stworzonych na zamówienie konkretnego urzędu (zarówno bazujących na powszechnie dostępnych rozwiązaniach komercyjnych i stanowiących ich modyfikację, jak i przygotowanych od podstaw jedynie w tym celu)

osobowych a sztuczna inteligencja w kontekście europejskim”, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe*, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 201-21, Gabriel Z. Kolasa, „Sztuczna inteligencja (AI) vs. ochrona danych osobowych (RODO) – jak zapewnić zgodność rozwiązań AI z podstawowymi mechanizmami systemu ochrony danych osobowych w ramach Unii Europejskiej?” *Acta Iuridica Resoviensia*, nr 1 (2024): 115-131; *Materiały pokonferencyjne autorstwa uczestników webinaru „Projektowanie systemów SI zgodnych z RODO”*, red. Jakub Groszkowski (Warszawa: Urząd Ochrony Danych Osobowych 2023), 6-100.

³³ O problematyce powstawania (lub nie) praw autorskich do wytworów sztucznej inteligencji zob. szerzej: Kamil Szpyt, „Wykorzystanie sztucznej inteligencji w twórczości post mortem a prawa autorskie zmarłego twórcy”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. Luigi Lai, Marek Świerczyński (Warszawa: C.H. Beck, 2020), 160 i nast.

³⁴ <https://openai.com/chatgpt/>. [dostęp: 30.06.2024].

³⁵ <https://www.midjourney.com/home>. [dostęp: 30.06.2024].

³⁶ <https://www.dall-e-free.com/>. [dostęp: 30.06.2024].

Niestety obie te sytuacje rodzą liczne zagrożenia związane z ryzykiem naruszenia praw własności intelektualnej, w szczególności zaś praw autorских. Najpowszechniejszymi sytuacjami będą:

1. naruszenie praw producenta/dostawcy systemu AI poprzez korzystanie z danego rozwiązania niezgodnie z warunkami licencji lub umowy SaaS (ang. *Software as a Service*, pol. oprogramowanie jako usługa),
2. naruszenie praw osób trzecich poprzez generowanie treści wykorzystujących (w fazie trenowania lub jako element finalnego rezultatu) w sposób niedozwolony chroniony prawem utwór.

Dążąc do zniwelowania ryzyka pierwszej ze wskazanych sytuacji, konieczne jest nie tylko każdorazowe zobowiązanie pracowników korzystających z danych systemów do zapoznania się z treścią umowy licencyjnej/umową o świadczenie usług (co samo w sobie nie może być uznane za wystarczające z uwagi na niejednokrotnie skomplikowany, prawniczy język, w jakim przygotowywane są wspomniane dokumenty oraz ze względu na wiążące się z nimi wątpliwości interpretacyjne, jak również z uwagi na fakt, że podobne dokumenty dostępne są zazwyczaj wyłącznie w języku angielskim), ale również przeprowadzenie kompleksowych szkoleń i zapewnienie doraźnego wsparcia ze strony obsługującego daną jednostkę radcy prawnego. Wbrew pozorom jest to jednak sytuacja o wiele prostsza niż ta przedstawiona w drugim scenariuszu. W przypadku bowiem dojścia do naruszenia praw osób trzecich poprzez generowanie treści wykorzystujących w sposób niedozwolony chroniony prawem utwór, ustalenie, że doszło do wtargnięcia w monopol prawno-autorski może okazać się na pierwszy rzut oka nie tyle niezwykle trudne, co wręcz niemożliwe. Skąd bowiem przeciętny urzędnik ma posiadać wiedzę i doświadczenie pozwalające mu stwierdzić, że dana konkretna grafika lub film stanowią np. prawie wierną replikę dzieła mało znanego, azjatyckiego artysty? Ryzyko wystąpienia takowych sytuacji można do pewnego stopnia zminimalizować poprzez odpowiedni audyt danych wykorzystywanych do trenowania systemu AI, wykluczenie korzystania z danych niezwyfikowanych (np. poprzez wyłączenie opcji „samodzielnego” poszukiwania informacji w Internecie

przez AI) i dopilnowanie, by ich przetwarzanie miało miejsce w granicach zawartych umów lub dozwolonego użytku publicznego^[37].

Jednocześnie warto zaznaczyć, że ryzyko wystąpienia naruszeń będzie zazwyczaj znacznie większe w przypadku wykorzystania systemów generatywnej sztucznej inteligencji do tworzenia przez wydział/biuro promocji materiałów promocyjnych (np. audiowizualnych spotów) niż szablonowych, powtarzalnych wzorów decyzji. W tym ostatnim przypadku warto jednocześnie wspomnieć o jeszcze jednej kwestii. Mianowicie zgodnie z dyspozycją art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych^[38], „nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego [...] urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole”. Przepis ten ma zastosowanie również do urzędu gminy, powiatu i województwa. Jednocześnie wyłączając dokumenty i materiały urzędowe (takie jak postanowienia, decyzje itd.) spoza ochrony prawno-autorskiej, nie kreuje sytuacji, w której legalizuje on bezprawne wykorzystanie w ramach wspomnianych wytworów utworów osób trzecich. Te ostatnie bowiem, na skutek ich wykorzystania w dokumentach lub materiałach urzędowych, nie tracą ochrony^[39].

5.3.3. Zagrożenia związane z cyberbezpieczeństwem

Podobnie jak inne technologie cyfrowe, również systemy sztucznej inteligencji są narażone na ataki hakerskie i inne zagrożenia związane z cyberbezpieczeństwem^[40]. Oparcie ważnych procesów decyzyjnych i procedur o AI może skutkować ryzykiem paraliżu spowodowanego naruszeniem protokołów bezpieczeństwa, co miałoby katastrofalne skutki np. dla ruchu drogowego zarządzanego przez AI. Równie dotkliwe skutki mogłyby mieć np. wyciek danych osobowych mieszkańców. Wdrażając rozwiązania wykorzystujące sztuczną inteligencję JST powinny więc – oprócz zapewnienia

³⁷ O problematyce dowodowej w kontekście zarzutów o naruszenie praw autorskich działaniami AI zob. szerzej: Katarzyna Jasińska, „Trenowanie sztucznej inteligencji a naruszenie praw autorskich. Aspekty dowodowe” *Prawo i Więź*, nr 4 (2023): 419-433.

³⁸ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 2509 ze zm.

³⁹ Oczywiście, nie odnosi się to do sytuacji ochrony samego materiału lub dokumentu, wytworzonego w ramach outsourcingu usług prawnych przez zewnętrzną kancelarię adwokacką lub radcowską. Wspomniane wytwory bowiem, w momencie ich przyjęcia i wykorzystania przez obsługiwany urząd, stają się dokumentami lub materiałami urzędowymi.

⁴⁰ Zob. szerzej: *Hakowanie sztucznej inteligencji*, red. Jerzy Surma (Warszawa: PWN, 2020), *passim*.

odpowiednich reguł bezpieczeństwa i utrzymania infrastruktury – zapewnić sobie możliwość skorzystania z tzw. planu B na wypadek, gdyby systemy zarządzane przez sztuczną inteligencję zawiodły.

5.3.4. Brak etycznego stosowania AI

Samorządy powinny upewnić się, że technologia przez nie stosowana jest wykorzystywana w sposób zgodny z normami etycznymi^[41]. Istotne jest w tym kontekście, oprócz wspomnianej już ochrony danych i poszanowania prywatności, zapewnienie przejrzystości i unikania przez algorytmy zachowań o charakterze stronniczym. Mieszkańcy powinni również być poinformowani o tym, że w usługach do nich kierowanych lub przy wykorzystywaniu ich danych jest wykorzystywana AI, a każdy z nich powinien mieć prawo odmowy (*opt-out*)^[42], o czym była już mowa w części dotyczącej ochrony danych. Kolejnym wyzwaniem jest zapewnienie transparentności i zaufania do systemów AI. Decyzje podejmowane przez algorytmy mogą być trudne do zrozumienia i weryfikacji przez obywateli oraz pracowników administracji^[43], co rodzi pytania o odpowiedzialność i legitymizację działań opartych na AI.

5.3.5. Wykluczenie cyfrowe niektórych obywateli

Innym zagrożeniem wiążącym się ze stosowaniem przez JST systemów AI jest ryzyko związane z utrudnieniem możliwości korzystania z usług publicznych dla niektórych obywateli, skutkujące ich wykluczeniem cyfrowym^[44]. Może to dotyczyć zwłaszcza osób starszych, ale także tych

⁴¹ Szerzej o etycznych aspektach AI zob. m.in. Keng Siau, Weiyu Wang, „Artificial Intelligence (AI) Ethics: Ethics of AI and Ethical AI” *Journal of Database Management*, nr 2 (2020): 74-87.

⁴² Dominika Pietrzyk, „Samorząd bliżej mieszkańca dzięki AI” *Dziennik Gazeta Prawna*, 20 marzec 2024. <https://www.gazetaprawna.pl/perlysamorzadu/artykuly/9465870,samorzad-blizej-mieszkanca-dzieki-ai.html>. [dostęp: 30.06.2024].

⁴³ Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information* (London: Harvard University Press 2015), 3, 6-9.

⁴⁴ Zob. szerzej o zjawisku wykluczenia cyfrowego: Marta Lipnicka, Artur Lipnicki, Sebastian Wojczyk, „Przyczyny i sposoby przeciwdziałaniu wykluczeniu cyfrowemu” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Studia Informatica*, nr 37 (2015): 75-88; z kolei w kontekście AI zob. Velibor Božić, „Artificial Intelligence as the Reason and the Solution of Digital Divide, Language” *Education & Technology*, nr 2 (2023): 96-109.

nieposiadających zaawansowanych urządzeń dysponujących najnowszym oprogramowaniem. Przy adopcji technologii priorytetem powinna być zatem odpowiednia edukacja mieszkańców oraz maksymalizacja dostępności stosowanych rozwiązań technologicznych. Przykładem mogą być tutaj chatboty, które powinny posługiwać się odpowiednio zrozumiałym językiem (bez żargonu) oraz dostosowywać – w miarę możliwości – przekaz do rozmówcy. Korzystanie ze sztucznej inteligencji nie może też prowadzić do eliminacji możliwości skontaktowania się przez mieszkańców z człowiekiem – chatbot powinien wspomagać komunikację na linii urząd-obywatel, a nie ją całkowicie zastępować.

5.3.6. Trudności w implementacji rozwiązań sztucznej inteligencji

Oprócz wyzwań związanych z wykorzystywaniem AI, mamy do czynienia z katalogiem problemów dotyczących samego ich wdrażania. Dotyczy to w szczególności procesu zakupowego odnoszącego się do podejmowania decyzji związanych z wyborem dostawcy technologii oraz cyklem życia produktu^[45]. W tym zakresie z jednej strony mogą wystąpić problemy związane z brakiem odpowiednich rozwiązań na rynku i potrzebą zakupu systemów „szytych na miarę”, co – oprócz konieczności poniesienia wysokich kosztów zawsze będzie związane z długotrwałością całego procesu (niekiedy liczonego nie tyle w miesiącach, co w latach).

6 | Czy jednostki samorządu terytorialnego są gotowe na wdrożenie rozwiązań AI?

Wstęp do dyskusji

Wykorzystanie systemów sztucznej inteligencji w świadczeniu usług publicznych przez samorządy terytorialne, choć jest zjawiskiem stosunkowo nowym, to znajduje już zastosowanie zarówno w bieżącej, wewnętrznej działalności urzędów, jak i świadczeniu usług publicznych

⁴⁵ Por. *Sztuczna Inteligencja i automatyczne podejmowanie decyzji w zamówieniach publicznych – wytyczne dla sektora publicznego*, red. Maria Siwanowicz-Suska (Warszawa: Fundacja Moje Państwo, 2021), 13-26.

w samorządach lokalnych w Polsce i na świecie. Wśród praktycznych przykładów tego typu działalności zagranicą można wyszczególnić chociażby:

1. wprowadzony przez władze londyńskiej gminy Hackney (Hackney Council) system analizy danych (takich jak poziom zadłużenia, bezrobocie, wskaźnik uczęszczania przez dzieci do szkół oraz raporty policyjne) do wykrywania przypadków rodzin określanych jako będące „w sferze ryzyka”, celem podejmowania działań pomocowych i przeciwdziałania zjawiskom w rodzaju przemocy domowej^[46];
2. wspomagający samorząd w Newham chatbot, który rocznie otrzymuje ponad 440 tysięcy zapytań od mieszkańców, odpowiadając na dziesiątki tysięcy pytań w wielu językach^[47];
3. wykorzystywany przez hrabstwo Enfield do odpowiadania na pytania mieszkańców chatbot Amelia, który miesięcznie odbiera 55.000 telefonów i jest w stanie poprawnie rozpoznać treść zapytania i odpowiedzieć na nie w 98% przypadków^[48];
4. mający na celu ułatwienie łapania przestępców system niemal 10.000 rozpoznających twarze kamer miejskich, uruchomiony w 2019 r. w Buenos Aires, który został jednak, z uwagi na wątpliwości w zakresie prywatności i praw człowieka zawieszony w 2022 r.^[49];
5. oparty o AI mechanizm badania jakości wody wykorzystywanej w systemie wodociągowym amerykańskiego miasta Waszyngton^[50].

Warto zadać sobie pytanie, jak wspomniana sytuacja wygląda w Polsce. W październiku 2023 r. na zamówienie Ministerstwa Cyfryzacji przygotowany został „Raport końcowego z badania rynku na temat gotowości wdrożenia, poziomu wiedzy i wykorzystania nowych technologii cyfrowych w jednostkach samorządu terytorialnego”^[51]. Jego przedmiotem była gotowość wdrożenia, poziomu wiedzy i wykorzystania nowych technologii

⁴⁶ Por. Futr, From Chatbots To Automation. 3 Examples of AI in Local Government, Futr.ai, 2020. <https://futr.ai/from-chatbots-to-automation-3-examples-of-ai-in-local-government/>. [dostęp: 30.06.2024].

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Enfield Council Public Service Virtual Agent, https://amelia.ai/wp-content/uploads/2017/11/Case-Study-Enfield-Council_PDF.pdf. [dostęp: 30.06.2024].

⁴⁹ Sara Marcucci., Uma Kalkar, Stefaan Verhulst, *AI Localism In Practice: Examining How Cities Govern AI* (New York: The GovLab, 2022), 26.

⁵⁰ Ibidem, 30.

⁵¹ W drodze ku doskonałości cyfrowej. Raport końcowy z badania rynku na temat gotowości wdrożenia, poziomu wiedzy i wykorzystania nowych technologii cyfrowych

cyfrowych w jednostkach samorządów terytorialnego (w tym sztucznej inteligencji, ale także tzw. Internetu Rzeczy, czy rozwiązań chmurowych). Badanie objęło 1543 JST. Nieco ponad 40% badanych jednostek wskazało, że prowadzi aktualnie prace wdrożeniowe z zakresu nowych technologii cyfrowych, a ponad połowa badanych zadeklarowała, że planuje wdrożyć nowe technologie cyfrowe w najbliższej przyszłości. Już teraz 47% JST korzysta z przynajmniej jednej nowej technologii cyfrowej lub rozwiązań o nie opartych. Oczywiście w większości są to technologie inne niż te związane z samą sztuczną inteligencją, czyli chociażby digitalizacja papierowych zasobów. Z kolei spośród JST już korzystających z systemów sztucznej inteligencji najczęściej stosuje się ją do zautomatyzowanej analizy danych^[52]. AI jest przy tym w znaczącej większości (84%) wykorzystywana na potrzeby własne urzędów, nie zaś w świadczeniu usług dla obywateli^[53]. Jednocześnie obecnie jedynie niewielka ilość samorządów terytorialnych (około 5%) posiada rozwiązania oparte na sztucznej inteligencji, przy czym prym wiodą tutaj jednostki duże, które wdrażają AI ponad 4 razy częściej niż te średnie i ponad 7 razy częściej niż małe samorządy^[54]. Nie zmienia to faktu, że ok. 35% ankietowanych podejmowało również działania mające na celu wdrożenie bardziej zaawansowanych technologii^[55]. Nie powinno to dziwić – biorąc pod uwagę gwałtownie rozwijający się świat również samorządy nie chcą, a wręcz nie mogą pozostać w tyle. Zapewne odsetek ten byłby odpowiednio większy, gdyby nie liczne wyzwania związane z wdrażaniem podobnych technologii. Jednocześnie podobna ankieta przeprowadzona w Wielkiej Brytanii wskazała, że z rozwiązań AI korzysta już ponad 1/3 hrabstw zaś ponad połowa z nich bada możliwość wykorzystania tej technologii w swojej działalności^[56].

Spośród już istniejących w Polsce przykładów wykorzystania AI przez samorządy terytorialne dominują chatboty. Można tu wskazać następujące rozwiązania^[57]:

w jednostkach samorządu terytorialnego, red. Adrian Kargul (Warszawa: Ministerstwo Cyfryzacji 2023).

⁵² Ibidem, 8-9.

⁵³ Ibidem, 48.

⁵⁴ Ibidem, 44.

⁵⁵ Ibidem, 70.

⁵⁶ Local Government Association, *Local government State of the sector*, 12.

⁵⁷ W drodze ku doskonałości cyfrowej, 14 i źródła tam cytowane.

1. wdrożoną w 2021 r. przez Urząd Miasta Krakowa aplikację Wirtualny Urzędnik, która w formie chatbota odpowiada na określone pytania mieszkańców związane z usługami, wydarzeniami czy atrakcjami miejskimi;
2. uruchomione w Gdyni jeszcze w 2012 r. zautomatyzowane formularze wspierające szeroki katalog usług (obsługiwane 170 spraw w ramach 137 usług);
3. wprowadzony w Poznaniu w 2021 r. voicebot (w fazie testowej) mający odpowiadać na pytania mieszkańców, zastępując w ten sposób urzędników.

Jednocześnie, gotowość na przyjęcie rozwiązań związanych z AI musi występować także po stronie mieszkańców. Jedną z istotnych obaw związanych z mechanizmami sztucznej inteligencji jest to, że mogą one zastępować ludzi i w efekcie doprowadzić do utraty przez nich pracy lub znaczących zmian, za którymi nie każdy będzie mógł podążyć – problem ten może dotyczyć nawet 60% populacji. Receptą na tego typu wyzwania jest tworzenie rozwiązań, które mają wspomagać pracę wykonywaną przez ludzi (a nie ją zastępować), a także zapewnienie odpowiedniej edukacji i szkoleń pozwalających na dostosowanie się pracowników do zmieniającej się rzeczywistości technologicznej i nabycie kompetencji związanych z AI^[58].

Jeśli chodzi o obecną praktykę wykorzystania systemów sztucznej inteligencji w JST, to zarówno w Polsce, jak i zagranicą zdecydowanie dominują rozwiązania o charakterze voicebotów i chatbotów. JST raczej rzadko decydują się na bardziej zaawansowane rozwiązania – te są raczej domeną prywatnych pomiotów lub centralnej administracji rządowej. Możliwe, że zniechęcają je do tego związane z tym wyzwania, obawa o bycie (niekoniecznie chlubnym) „pionierem” czy same koszty wdrażania takich rozwiązań. Należałoby się przy tym zastanowić, czy są to faktycznie bariery nie do pokonania, czy też mają one jedynie charakter pozorny lub przejściowy, a podejście do AI będzie stopniowo ulegać zmianom, wraz z przyjęciem tego typu rozwiązań przez szersze grono odbiorców.

⁵⁸ Por. *A citizens' view of artificial intelligence within the EU* (Brussels: Foreign Trade and Development Cooperation, 2024), 10-11.

7 | Podsumowanie

O ile wdrożenie rozwiązań wykorzystujących systemy sztucznej inteligencji lub wręcz w zasadniczej części oparte na sztucznej inteligencji posiada liczne zalety i niesie ze sobą wiele szans, to jednostkom samorządu terytorialnego nie łatwo będzie się ustrzec wyzwań i ryzyk czyhających na wszystkie podmioty pragnące implementować nowe rozwiązania technologiczne. Zasadne wydaje się postawienie tezy, że w kontekście szerokiego wdrożenia systemów AI przez samorządy terytorialne właściwym pytaniem nie jest „czy”, lecz „kiedy” do tego dojdzie, a adopcja przez niewspomnianych rozwiązań jest jedynie kwestią czasu. Tym bardziej należy podkreślić potrzebę właściwego przygotowania się na tę okoliczność.

Sztuczna inteligencja i związana z nią automatyzacja może mieć istotny wpływ na kształt relacji państwo-urzędnik. Już dziś widoczne są zręby tego rodzaju stosunków, choćby w ramach komunikacji telefonicznej z niektórymi podmiotami publicznymi, gdzie automat telefonicznie udziela petentom odpowiedzi na zapytania związane z określonymi problemami, w zależności od wybranego tematu rozmowy^[59]. Zastosowanie sztucznej inteligencji może pozwolić na realizację tego typu zadań na szeroką skalę. Oprócz samych chatbotów, których istotną zaletą jest skalowalność, wskazuje się, że w relacjach z mieszkańcami AI pozwala na daleko idące spersonalizowanie usług publicznych świadczonych mieszkańcom, a wszystko dzięki budowaniu spersonalizowanych profili obywateli. Dzięki temu możliwe jest dostosowanie udzielanych porad lub informacji do danej osoby, np. poprzez oferowanie zindywidualizowanych programów, ulg podatkowych, i tym podobne^[60].

Ponadto, samorządy muszą stawić czoła problemom związanym z integracją AI w ramach już istniejących struktur administracyjnych. Wymaga to nie tylko odpowiednich zasobów, ale również zmiany podejścia do zarządzania i wdrażania nowych technologii. Konieczne jest zapewnienie wykwalifikowanych kadr oraz rozwój kompetencji cyfrowych, aby pracownicy administracji mogli efektywnie korzystać z nowych narzędzi^[61].

⁵⁹ Z podobnego rozwiązania korzysta obecnie m.in. Wydział Spraw Cudzoziemców w ramach Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie.

⁶⁰ Dawid Chaba, „Wykorzystanie sztucznej inteligencji w administracji publicznej. Wybrane aspekty” *Rocznik Administracji i Prawa*, t. I (2024): 241.

⁶¹ Bernd W. Wirtz, Jan C. Weyerer, Caroline Geyer, „Artificial Intelligence and the public sector – applications and challenges” *International Journal of Public Administration*, nr 7 (2019): 601.

Kolejnym wyzwaniem jest kwestia cyfrowego wykluczenia części społeczeństwa (tzw. wykluczenie cyfrowe), które może nie być w stanie korzystać z oferowanych rozwiązań technologicznych, np. ze względu na swój wiek albo brak dostępu do technologii (tj. brak posiadania odpowiedniego sprzętu albo dostępu do Internetu, np. wskutek uwarunkowań geograficznych). Z uwagi na brak posiadania niezbędnego *know-how* przez JST pojawi się też najpewniej konieczność nawiązywania przez nie współpracy z zewnętrznymi podmiotami w celu wdrożenia i obsługi rozwiązań opartych o AI. Daje to szansę wielu spółkom technologicznym i start-upom na pozyskanie samorządów terytorialnych jako nowych klientów.

W obliczu istniejących wyzwań, kluczowe jest przyjęcie kompleksowej strategii wdrażania AI w samorządach terytorialnych, która uwzględnia zarówno potencjalne korzyści, jak i ryzyka związane z tym procesem. Integracja AI powinna być prowadzona w sposób zrównoważony i zgodny z zasadami dobrej administracji, tak aby przyczynić się do rozwoju lokalnych społeczności oraz podniesienia jakości życia obywateli. Równie istotne jest przestrzeganie przez samorządy terytorialne przepisów prawa, a także zapewnienie odporności stosowanych rozwiązań technologicznych.

Konieczne jest zatem zapewnienie właściwych środków kontrolnych oraz udziału mieszkańców w procesie decyzyjnym dotyczącym wdrażania w samorządach rozwiązań sztucznej inteligencji. To zaś wiąże się z potrzebą edukowania tak samych urzędników, jak i społeczeństwa. Nie ma jednak wątpliwości, że benefity przeważają tutaj nad ryzykami, a właściwa implementacja rozwiązań technologicznych będzie w stanie znacząco usprawnić funkcjonowanie JST, co przełoży się na wygodę odbiorców usług publicznych.

Jednocześnie zainteresowanie przez JST rozwiązaniami wykorzystującymi sztuczną inteligencję nie będzie się najpewniej kształtowało równomiernie. Z pewnością większą uwagę AI będą poświęcały gminy miejskie, zwłaszcza te największe. To one będą bowiem dysponować stosownym budżetami pozwalającym na inwestowanie w rozwój technologiczny. To w nich nasycenie technologiczne i dostęp do narzędzi cyfrowych są największe, a problemy, na które remedium niejednokrotnie może być szersze zastosowanie systemów AI, prezentują najbardziej doniosły charakter. Polskie miasta mają zatem szansę stać się pionierami wykorzystania sztucznej inteligencji na szeroką skalę w administracji publicznej, w szczególności zaś samorządowej.

Bibliografia

- Alpaydin Ethan, *Introduction to Machine Learning*. 3rd ed. Cambridge: MIT Press: 2014.
- Artificial Intelligence: A Modern Approach*. red. Stuart Russell, Peter Norvig. 3 wyd. Upper Saddle River: Pearson, 2010.
- Bayles J. Scott, Das K. Bikas, „Using Artificial Intelligence to Support Traffic Flow Managment Problem Resolution” *AAAI Workshop Papers* (1994).
- Blicharz Jolanta, Lidia Zacharko, „Wdrażanie technologii sztucznej inteligencji w administracji publicznej – kilka refleksji”, [w:] *Administracja publiczna wobec procesów zmian w XXI wieku: Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Korczaka*, red. Piotr Lisowski. 349-356. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 2024.
- Bożić Velibor, „Artificial Intelligence as the Reason and the Solution of Digital Divide, Language” *Education & Technology*, nr 2 (2023): 96-109.
- Chaba Dawid, „Wykorzystanie sztucznej inteligencji w administracji publicznej. Wybrane aspekty” *Rocznik Administracji i Prawa*, z. 1 (2024): 235-244.
- David Anne, Tan Yigitcanlar, Rita Yi Man Li, Juan M. Corchado, Pauline Hope Cheong, Karen Mossberger, Rashid Mehmood, „Understanding Local Government Digital Technology Adoption Strategies: A PRISMA Review” *Sustainability*, No. 15 (2023): 169-210.
- Futr. *From Chatbots To Automation. 3 Examples of AI in Local Government*, Futr.ai, 11.03.2020, <https://futr.ai/from-chatbots-to-automation-3-examples-of-ai-in-local-government/>.
- Gilmore F. John, Khalid J. Elibiary, „AI In advanced traffic management systems” *AAAI Workshop Papers*, (1993).
- Hakowanie sztucznej inteligencji*, red. Jerzy Surma. Warszawa: PWN, 2020.
- Jasińska Katarzyna, „Trenowanie sztucznej inteligencji a naruszenie praw autorskich. Aspekty dowodowe” *Prawo i Więź*, nr 4 (2023): 419-434.
- Kaczyńska Aneta, Sławomira Kańduła, Joanna Przybylska, „Transformacja cyfrowa z punktu widzenia samorządu terytorialnego – wybrane zagadnienia” *Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy*, nr 65 (2021): 27-46.
- Kolasa Z. Gabriel, „Sztuczna inteligencja (AI) vs. ochrona danych osobowych (RODO) – jak zapewnić zgodność rozwiązań AI z podstawowymi mechanizmami systemu ochrony danych osobowych w ramach Unii Europejskiej?” *Acta Iuridica Resoviensia*, nr 1 (2024): 115-131.
- La Diega Guido Noto, *Internet of Things and the Law Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*. Abington: Routledge 2023.

- Law4Tech. Analiza i ocena zmian w Akcie o sztucznej inteligencji (AI Act), <https://law4tech.pl/1881-2/>.
- Lipnicka Marta, Lipnicki Artur, Wojczyk Sebastian, „Przyczyny i sposoby przeciwdziałaniu wykluczeniu cyfrowemu”, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Studia Informatica*, nr 37 (2015).
- Local Government Association, *Local government State of the sector: AI*. London 2024.
- Lubasz Dominik, Namysłowska Monika, *Zasady dotyczące przetwarzania danych osobowych a sztuczna inteligencja w kontekście europejskim*, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe*, red. Kinga Flaga-Giebuszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Malec Norbert, „Sztuczna inteligencja a bezpieczeństwo państwa” *Prawo i Bezpieczeństwo*, 1 (2024): 20-42.
- Marcucci Sara, Uma Kalkar, Stefaan Verhulst, *AI Localism In Practice: Examining How Cities Govern AI*. New York: The GovLab, 2022.
- Marinakos Vangelis, Haris Doukas, John Tsapelas, Spyros Mouzakitis, Alvaro Sicilia, Leandro Madrazo, Sgouris Sgouridis, „From big data to smart energy services: An application for intelligent energy management” *Future Generation Computer Systems*, vol. CX (2020): 572-586.
- Materiały pokonferencyjne autorstwa uczestników webinaru „Projektowanie systemów SI zgodnych z RODO”*, red. Jakub Groszkowski. Warszawa: Urząd Ochrony Danych Osobowych 2023.
- Mehr Hila, *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*. Cambridge: Ash Center for Democratic Governance and Innovation, 2017.
- Michałowski Bartłomiej, Aleksandra Przeglasińska, Aleksander Poniewierski, *Internet of Things (IoT) i Artificial Intelligence (AI) w Polsce. Jak wykorzystać rewolucję technologiczną Internetu Rzeczy i Sztucznej Inteligencji w rozwoju Polski* (Warszawa: Instytut Sobieskiego 2018).
- Nilsson Nils J., *Artificial Intelligence: A New Synthesis*. San Francisco: Morgan Kaufmann, 1998.
- Pasquale Frank, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. London: Harvard University Press, 2015.
- Pietrzyk Dominika, „Samorząd bliżej mieszkańca dzięki AI” *Dziennik Gazeta Prawna* 20 marca 2024. <https://www.gazetaprawna.pl/perlysamorzadu/artykuly/9465870,samorzad-blizej-mieszkanca-dzieki-ai.html>.
- Polska Agencja Rozwoju Przemysłu, „Wykorzystanie sztucznej inteligencji w edukacji”, [w:] *Rynek pracy, edukacja, kompetencje. Aktualne trendy i wyniki badań*, PARP, Warszawa 2023.
- Rich Elaine, Kevin Knight., Shivashankar B. Nair, *Artificial Intelligence*. 3 wyd. New Delhi: Tata McGraw Hill, 2010.

- Siau Keng, Wang Weiyu, „Artificial Intelligence (AI) Ethics: Ethics of AI and Ethical AI”, *Journal of Database Management*, nr 2 (2020): 74-87.
- Szpyt Kamil, „Wykorzystanie sztucznej inteligencji w twórczości post mortem a prawa autorskie zmarłego twórcy”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. Luigi Lai, Marek Świerczyński. Warszawa: C.H. Beck 2020.
- Sztuczna Inteligencja i automatyczne podejmowanie decyzji w zamówieniach publicznych – wytyczne dla sektora publicznego*, red. Maria Siwanowicz-Suska. Warszawa: Fundacja Moje Państwo, 2021.
- Tutaj Anna, Tutaj Jerzy, „Innowacje społeczne w IST”, [w:] *Innowacje a dobrostan społeczeństwa, gospodarki i przedsiębiorstw. Próba pomiaru*, red. Zbigniew Malara, Jerzy Tutaj. Wrocław: Oficyna Wydawnicza Politechniki Wrocławskiej, 2019.
- Weber Rolf H., Romana Weber, *Internet of Things Legal Perspectives*. Berlin: Springer, 2010.
- Wirtz W. Bernd, Jan C. Weyerer, Caroline Geyer, „Artificial Intelligence and the public sector – applications and challenges” *International Journal of Public Administration*, nr 7 (2019): 596-615.
- Włodyka Ewa Maria, „Artificial Intelligence as a Supporting Tool for Local Government Decision-Making in Public Safety” *Przegląd Nauk o Obronności*, nr 17 (2023): 80-91.
- Yigitcanlar Tan, Duzgan Agdas, Kenan Degirmenci, „Artificial Intelligence in Local Governments: Perceptions of City Managers on Prospects, Constraints and Choices” *AI and Society*, nr 3 (2022): 1135-1150.
- Zarsky Tal, „Incompatible: The GDPR in the age of big data” *Seton Hall Law Review*, nr 2 (2016): 995-1020.
- Ziółkowska Katarzyna, Marek Wierzbowski, „Ocena wpływu wykorzystania sztucznej inteligencji w administracji publicznej” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, z. 334 (2022): 505-512.



MICHAŁ TADEUSZ NAJMAN

Pozostałości prawa religijnego we współczesnym prawie

Remnants of Religious Law in Contemporary Law

Abstract

Religion and law mutually interpenetrated and influenced each other both in the early stages of the formation of society and in the further processes of its development. It is impossible to say clearly which of them developed earlier, or which had a greater influence on the contemporary form of the other. At present, the relationship between law and religion is rarely discussed. The dominant view proclaiming the secularization of law, while undoubtedly justified, seems to overlook the religious origins of many contemporary purportedly secular legal institutions, such as the principle of equality before the law, social policy, parental authority or posthumous protection of personal rights. It seems that departing from the religious justification of legal institutions is the right solution, which push legal sciences to seek explanations of the functioning of legal institutions. The aim of this paper is to show that law and religion mutually interpenetrated during the period of creation of their final forms, which resulted in the popularization of legal institutions derived from religious norms. This facilitates the creation (or denotation) of legally protected values and the search for their scientific (non-religious) foundations.

SŁOWA KLUCZOWE: prawo, religia,
religijne podstawy prawa

KEYWORDS: law, religion, religious
foundation of law

MICHAŁ TADEUSZ NAJMAN – doktor nauk prawnych,
ORCID – 0000-0001-8207-8458, e-mail: michalnajmano@gmail.com

1 | Wstęp

Praktycznie od szesnastego stulecia widoczna jest postępująca laicyzacja społeczeństw. Jak stwierdził Le Brass proces reformacji trwa do dziś (*le grand reformation*)^[1]. Z jednej strony ocenić należy to pozytywnie, gdyż odseparowanie władzy świeckiej od kościelnej sprzyja rozwojowi tolerancji religijnej, a co za tym idzie wzrostowi indywidualizacji jednostek i tworzeniu oraz rozwojowi nowych społecznie pożądanym wartości^[2]. Z drugiej strony współcześnie nie dostrzegamy silnych więzów jakimi połączone są religia i prawo. Obie te instytucje powstawały w początkowym etapie powstawania społeczności i wzajemnie wpływały na siebie. Z jednej strony normy prawne wpływały na kształt organizacji kultu bóstw, przebieg rytuałów, etc., z drugiej wartości prezentowane w dogmatykach religijnych dawały asumpt do wskazywania ich jako źródeł prawa, tym samym uzasadniając ich przestrzeganie i upowszechniając je. Postępujący proces laicyzacji przyczynił się do wpojenia w umyśle współczesnego człowieka przekonania, że prawo i religia są instytucjami niezależnymi od siebie a wartości przez nie prezentowane winny być odseparowane. Zapominamy, że prawo w początkowych fazach rozwoju społecznego uzasadniane było normami religijnymi, boskim pochodzeniem prawa lub władzy do jego stanowienia, a jego naruszenie traktowano jak obrazę Boga (monizm polityczno-religijny)^[3]. Zapominamy, że geneza tego, co dziś traktujemy za wyznacznik demokratycznego państwa prawa swoje pierwotne podłoże znajduje w religii. Nadmienić jednak trzeba, że laicyzacja sprzyja rozwojowi nauk, w tym nauk prawnych. Daje ona impuls przedstawicielom doktryny do wskazywania (kreowania lub denotowania^[4]) wartości innych niż religijne w uzasadnieniu instytucji prawnych początkowo uzasadnianych przez pryzmat religii. Warto zatem wskazać kilka przykładów na potwierdzenie religijnych podstaw współczesnych instytucji prawnych oraz przedstawić proces ewolucji argumentacji ich znaczenia w funkcjonowaniu społeczeństwa.

¹ Gabriel Le Brass, „Sociologie religieuse et science des religions” *Archives de Sociologie des Religions*, nr 1 (1956): 3.

² Peter Berger, Thomas Luckmann, *Společne tworzenie rzeczywistości* (Warszawa: PWN, 2010), 23.

³ Szerzej: Piotr Burgoński, „Modele relacji między religią i polityką”, [w:] *Religia i polityka. Zarys problematyki*, red. Piotr Burgoński, Michał Gierycz (Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa, 2014), 216-239.

⁴ Bertrand Russell, „On denoting” *Mind*, Vol. CXIV (2005): 873-887.

2 | Wzajemne wpływy religii i prawa na siebie w procesie ich kształtowania

Na wstępie rozważań wskazać należy, co autor rozumie pod pojęciami prawa i religii. W doktrynie brak jest jednolitej definicji pojęcia prawa^[5]. Na potrzeby niniejszego artykułu przez prawo rozumiem zespół powszechnie akceptowanych (zinternalizowanych^[6]) norm, których nieprzestrzeganie zagrożone jest sankcją^[7]. Nie chodzi tu zatem wyłącznie o prawo w ujęciu pozytywnym, tworzone przez uprawnione organy, którego sankcje mają charakter sformalizowany i wykonywany w ramach państwa^[8]. Chodzi o każdy system normatywny obowiązującym w społeczeństwie, niezależnie od tego, czy został on stworzony przez człowieka, czy też został wykształcony w procesie historyczno-ewolucyjnym^[9]. Z kolei przez pojęcie religii na potrzeby dalszego wywodu rozumiem dominujący system wierzeń, określających lub odnoszących się do tego, co i dla czego jest strefą sacrum^[10], oraz praktyk w danej społeczności^[11]. Uznanie za religię jedynie dominującego systemu służy uniknięciu problemu partykularyzmu kulturowego, tj. przyjęcia, że nie można mówić o jednym systemie normatywnym, lecz grupie wzajemnie przenikających się systemów, co skutkuje koniecznością analizy każdego z systemów w badaniach^[12]. Zasadne wydaje się również wskazanie, że w tekście jako prawo religijne traktuję prawo,

⁵ Marek Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa* (Warszawa: Wolters Kluwers, 2021), 23-142.

⁶ Maria Borucka-Arctowa, *Świadomość prawna a planowe zmiany społeczne* (Wrocław: PAN, 1981), 75.

⁷ Maciej Koszowski, *Dwadzieścia osiem wykładów ze wstępu do prawoznawstwa* (Warszawa: Wyd. CM, 2019), 73.

⁸ Podobnie: Eugen Ehrlich, *Żywe prawo ludów Bukowiny*, 155-156. https://jbc.bj.uj.edu.pl/Content/368030/PDF/NDIGCZASo17172_1912_005.pdf. [dostęp: 7.5.2022].

⁹ Joxerramon Bengoetxea, „Legal institutions and the comparison of legal cultures” *Oñati Socio-Legal Series*, nr 6 (2022): 1653.

¹⁰ Harold Berman, „Religious Luckman Foundations of Law in the West. An Historical Perspective” *Journal of Law and Religion*, nr 1 (1991): 38; Brent Nongbri, *Before Religion: A History of a Modern Concept* (New Haven: Yale University Press, 2013), 20.

¹¹ Émile Durkheim, *Elementarne formy życia religijnego: system totemiczny w Australii* (Warszawa: PWN, 1990) 26.

¹² Jarich Oosten, „Cultural Anthropological Approaches” *Contemporary Approaches to the Study of Religion*, 2 (1985): 283.

które swoje uzasadnienie znajdujące w normach religijnych. Na marginesie wskazać należy, że pojęcie systemu wierzeń odnosi się do wiary w zjawiska nieudowodnialne przy dostępnym poziomie wiedzy i technologii. Jest to kategoria niezależna od osądów etycznych, tj. wskazywania czy dane przekonania są dobre bądź złe, słuszne czy niesłuszne.

Jak już wskazano wcześniej, prawo i religia kształtowały się już w pierwotnych fazach powstawania społeczeństwa. Początkowo normy przestrzegane przez pojedyncze jednostki były internalizowane przez inne jednostki i ich zbiorowości, w konsekwencji tworząc pewne normy powszechne. Jak się wydaje, każde uznanie danej normy znajdowało różne uzasadnienie jednostkowe – każdy inaczej interpretował dlaczego przestrzega danej normy czy też dlaczego wierzy. Niewątpliwie normy religijne pozwalały w pewien sposób ujednolicić uzasadnienie przestrzegania norm prawnych w sposób pozytywny (poza sankcjami), co przyczyniało się do wzmocnienia więzów społecznych i katalizowało wzrost i rozwój społeczny^[13]. Nie można jednoznacznie przyznać pierwszeństwa którejkolwiek z omawianych instytucji. Choć współcześnie uważa się je za niezależne od siebie, to w swojej genezie były one praktycznie nierozzerwalne^[14]. Gdyby nie prawo religia pozostawałaby rozproszonym i nieinstytucjonalnym systemem wierzeń, a gdyby nie religia prawo nie zyskałoby powszechnej skuteczności i akceptacji społecznej. Innymi słowy, ażeby prawo (i władza) w pierwotnych fazach rozwoju społecznego znalazły akceptację i upowszechniły się, niezbędne było istnienie religii. Aby powstała norma prawna niezbędna była norma religijna. Jest to widoczne w pierwszych kodeksach prawnych, w szczególności w ich preambułach^[15]. Podkreślić przy tym należy, że uzasadnienie prawa normami religijnymi opierało się nie tylko na wierze w istnienie istoty wyższej (Boga, bóstw), ale również kulcie zmarłych^[16]. To ostatnie współcześnie stanowi egzemplifikację odejścia od religijnego uzasadniania norm prawnych. Początkowo wskazywano, że przez zapewnienie ochrony prawnej zmarłym (zwłokom ludzkim, miejscom ich spoczynku, etc.) chroni się

¹³ Ernest Partridge, „Posthumous Interests and Posthumous Respect” *Ethics*, 2 (1981): 256.

¹⁴ Ruslan Allalyev, „Religious origins of the rule of law conception in the United States” *Amazonia Investiga*, 7 (2018): 212-217.

¹⁵ Władysław Bojarski, „Czy homo religious?: geneza religijna kodeksów praw antycznych” *Acta Universitatis Nicolai Copernici. Historia*, nr 31 (1999): 7-12.

¹⁶ Bao Zhao, „Posthumous Reputation and Posthumous Privacy in China: The Dead, the Law, and Social Transition” *Brooklyn Journal of International Law*, 1 (2014): 280.

wartości religijne^[17]. Z powyższego zrezygnowano, wskazując, że w przypadku naruszenia zwłok ludzkich lub grobu dobrem prawnie chronionym jest inna wartość – w zależności od przyjętych rozwiązań legislacyjnych – zbiorowa (ład społeczny, porządek publiczny) lub indywidualna (godność, cześć, dobre imię)^[18]. Warto zatem przeanalizować inne, mniej oczywiste przykłady pozostałości prawa religijnego w obecnych systemach prawnych.

3 | Podłoże religijne współczesnych instytucji prawnych na wybranych przykładach

Powszechnie uważa się, że współczesne wartości, do których często prawodawcy odwołują się w preambułach konstytucji, swój rodowód znajdują w myślach osiemnastowiecznych filozofów. Jak twierdzi Peter Hill nie jest to do końca zgodne z prawdą. Autor ten wskazuje, że zasada równości wobec prawa wywodzi się z aksjologii chrześcijańskiej, głoszącej równość wszystkich ludzi, jako stworzonych na podobieństwo Boga, tj. normy nakazującej traktować innych jednakowo^[19]. Jak wskazuje Joshua Berman hierarchiczna struktura starożytnych społeczeństw bliskowschodnich została odrzucona na gruncie teologicznym. Wartość członków państwa Izraela wywodzi się ze zbiorowej ugodowej relacji z Bogiem, w której każdy członek jest podwładnym królem Króla nad Królami^[20]. Hill podkreśla, jak kluczowe znaczenia dla rozwoju handlu i gospodarki miała zasada równości na początku epoki nowożytnej przy wzmożonej mobilności społecznej oraz wzroście znaczenia wymiany międzynarodowej^[21]. Współczesne uzasadnienie równości wobec prawa uzasadnia się poprzez wywodzenie

¹⁷ Art. 197 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz. U. z 1969 r., Nr 13 poz. 94.

¹⁸ Michał Najman, „Determinants of the Object of Protection of the Crime of Desecration of a Corpse and a Grave and Defamation of a Deceased Person”, *Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem*, nr 3 (2021): 241-254.

¹⁹ Peter Hill, *The Ideological Origins of the Rule of Law*. sol3/papers.cfm?abstract_id=3166294. [dostęp: 30.8.2022].

²⁰ Joshua Berman, *Created Equal: How the Bible Broke with Ancient Political Thought* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 169.

²¹ Hill, *The Ideological Origins of the Rule of Law*.

jej z godności przynależnej każdemu człowiekowi^[22]. Warto zwrócić uwagę, że obecne uzasadnienie w swojej istocie nie odbiega znacząco od uzasadnienia religijnego, tj. opartego na podobieństwie człowieka do Boga. Ową cechę podobieństwa zastąpiono inną cechą bez odwoływania się do innych systemów normatywnych, czyli tworząc własny (prawny) porządek aksjologiczny^[23].

Z zasady równości wobec prawa Hill wywodzi dalej rozwój instytucji związanych ze świadczeniem pomocy osobom w trudnej sytuacji życiowej (polityki społecznej)^[24]. Autor wskazuje, że zgodnie z przyjętą zasadą równości wszystkich ludzi każdemu człowiekowi należy się taki sam szacunek, niezależnie od jego zamożności, stanu zdrowia czy statusu społecznego^[25]. Współcześnie wskazane instytucje uzasadnia się prawami naturalnymi, godnością przysługującą każdemu człowiekowi, zasadą humanitaryzmu czy też zasadę sprawiedliwości społecznej^[26].

Avner Grief i Guido Tabellini wskazują, że głoszona w doktrynie chrześcijańskiej wartość wspólnoty, tj. norma nakazująca traktować grupę i jej potrzeby ponad potrzeby jednostki, a więc więzów społecznych innych niż opartych na więzach krwi, przyczyniła się do rozwoju instytucji osoby prawnej (*corporation*), a tym samym dała podstawy do rozwoju prawa handlowego i w konsekwencji wzrostu i rozwoju gospodarczego^[27]. Współcześnie jako uzasadnienie osoby prawnej wskazuje się wzrost i rozwój gospodarczy oraz przemiany rewolucyjne ustrojów politycznych i społecznych w XIX wieku, które przyczyniły się do przejścia znacznych nakładów finansowych w ręce podmiotów prywatnych (dotychczas kapitał skupiony był w rękach Państwa) i możliwość dokonywania inwestycji z zabezpieczeniem inwestorów^[28].

²² John Macready, *Hannah Arendt and the fragility of human dignity* (Lanham: Lexington Books, 2018), 18.

²³ Michał Najman, „Jak rozumieć godność w prawie” *Przegląd Prawa i Administracji*, t. CXXVII (2021): 98-106.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Biblia, Księga kapłańska 25: 35-38. <https://biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=102>. [dostęp: 30.8.2022].

²⁶ Zygmunt Ziemiński, *Sprawiedliwość społeczna jako pojęcie prawne* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1996), 33.

²⁷ Avner Grief, Guido Tabellini, „The Clan and the Corporation: Sustaining Cooperation in China and Europe” *Journal of Comparative Economics*, nr 1 (2015): 25.

²⁸ Maciej Skory, „Osobowość prawna w sferze stosunków gospodarczych – wybrane zagadnienia konstrukcyjne”, [w:] *Osobowość prawna jako przesłanka wykonywania konstytucyjnych wolności i praw*, ed. Michał Bernaczyk, Mariusz Jabłoński

Kolejnym przykładem pozostałości prawa religijnego we współczesnych instytucjach prawa świeckiego jest ochrona zmarłych. Na wstępie wskazać należy, że ochrona zmarłych jest dwutorowa – obejmuje ochronę pozostałości fizycznych (zwłok) zmarłego oraz innych wartości z nim związanych, np. czci, dobrego imienia, wizerunku, etc. Prawna ochrona zmarłych swoje uzasadnienie znajduje w kulcie zmarłych i postrzeganiu zmarłych jako bóstwa, często mające wpływ na świat żywych^[29]. Podobnie kształtowała się kwestia postępowania ze zwłokami. Podłoże ich ochrony pierwotnie oparte było na wierze w istnienie w ciele człowieka cząstki Boga^[30] czy też wierze, że zmarli mają możliwość ingerowania w świat żywych^[31]. Obecnie wskazane instytucje uzasadnia się dobrami zbiorowymi, jak ład społeczny, porządek publiczny^[32] albo dobrami indywidualnymi, jak godność, cześć (przy założeniu, że niektóre dobra osobiste podlegają pośmiertnej ochronie prawnej)^[33].

Innym przykładem pozostałości prawa religijnego w obecnym prawie jest instytucja władzy rodzicielskiej. Pierwotnie rodzicielstwo i wynikające z niego uprawnienia względem dziecka uzasadniano względami biologicznymi^[34]. Najprostszym wyjaśnieniem tego poglądu jest to, że dziecko stworzone jest z mężczyzny, co rodzi roszczenie majątkowe do tego dziecka. Przez setki lat dzieci były postrzegane jako przedłużenie ciała ojca (*extension of their father's body*)^[35]. Przekonanie to wywodzono z judeochrześcijańskiej przypowieści o stworzeniu mężczyzny przez Boga a następnie kobiety z żebra mężczyzny. Tak jak Bóg-stworzyciel był władcą (właścicielem) całego Świata, w tym wszystkich ludzi z racji tego, że był ich stwórcą,

(Wrocław: Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 2019), 165.

²⁹ Juliusz Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego* (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2009), 147- 220.

³⁰ Daphna Hacker, "The rights of the dead through the prism of Israeli succession disputes" *International Journal of Law in Context*, nr 3 (2015): 42-43.

³¹ Renata Iwicka, *Źródła klasycznej demonologii japońskiej* (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2018), 24.

³² Najman, „Determinants of the Object of Protection of the Crime of Desecration of a Corpse and a Grave and Defamation of a Deceased Person”, 241.

³³ Ibidem, 245.

³⁴ Frank Diertrich, „Critical Reflection and the Limits of Parental Authority” *Journal of Applied Philosophy*, nr 4 (2022): 563.

³⁵ Dara Purvis, „The Origin of Parental Rights: Labor, Intent, and Fathers” *Florida State University Review*, (2014): 653; Manuel Vial-Dumas, Parents, Children, and Law” *Journal of Family History*, 4 (2014): 308-313.

tak mężczyzna obdarzony przez Boga zdolnością prokreacji miał władzę nad dzieckiem jako własnością, produktem zdolności reprodukcyjnych ułożonej kobiety i mógł je zmuszać do pracy, decydować o nich, wydawać za mąż lub sprzedawać jak niewolników – w zależności od potrzeb^[36]. Stąd też wywodzi się *patria potestas* w prawie rzymskim^[37]. Współcześnie ani w prawodawstwie, ani w doktrynie nie wskazuje się z czego wynika przyznanie rodzicom atrybutu do pieczy, reprezentacji i zarządu majątkiem małoletniego dziecka. Część autorów podkreśla rzymski rodowód tej instytucji^[38]. Kluczem do zrozumienia idei pewnych zjawisk społecznych jest znalezienie odpowiedzi na pytanie, dlaczego one występują. Odnośnie do władzy rodzicielskiej przyjmuje się jedynie jako aksjomat, że przysługuje ona co do zasady biologicznym rodzicom dziecka wobec dziecka od chwili jego narodzin do osiągnięcia przez niego pełnoletności. Kwestia, czy aksjologiczne podłoże władzy rodzicielskiej jest inne aniżeli wynikające z traktowania dziecka jako „inwestycji na przyszłość”, pozostaje nierozwiązana^[39]. Na marginesie wskazać należy, że przekonanie, że dziecko stanowi własność ojca do dziś praktykowany jest w krajach muzułmańskich^[40].

Innym przykładem pozostałości prawa religijnego we współczesnym prawodawstwie jest prawo ochrony środowiska. Jego podłoże znajduje różne uzasadnienie w zależności od wykształconych wierzeń. W nurtach hinduistycznych norma nakazująca protekcję innych gatunków oraz przyrody nieożywionej wynika z wiary w wędrówkę dusz oraz reinkarnację^[41]. W religii katolickiej uznaje się, że człowiek nie tylko mieszka na ziemi, ale z niej został powołany do życia. Z tym koresponduje określenie pierwszego człowieka (hebr. *adam*), które oznacza pył ziemi, z którego istota ludzka

³⁶ Barbara Woodhouse, „Who Owns the Child?” *William & Mary Law Review*, 33 (1992): 1036.

³⁷ Wiesław Litewski, *Prawo Rzymskie Prywatne* (Warszawa: PWN, 2003), 190-191.

³⁸ Martyna Stępień, „Istota władzy rodzicielskiej” *Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne*, 27 (2019): 62; Vial-Dumas, „Parents, Children, and Law”, 303; Purvis, „The Origin of Parental Rights: Labor, Intent, and Fathers”, 64.

³⁹ Susan Cochrane, „Children as By-products, Investment Goods and Consumer Goods: A Review of Some Micro-economic Models of Fertility” *Population Studies*, nr 3 (1975): 373-390.

⁴⁰ Jonathan Montgomery, „Children as property?” *The Modern Law Review*, nr 3 (1988): 323-342.

⁴¹ Jan Kieniewicz, *Historia Indii* (Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1980), 75-81; Marta Jakimowicz-Shah, Andrzej Jakimowicz, *Mitologia indyjska* (Warszawa: Wydawnictwo Artystyczne i Filmowe, 1982), 10-14.

została uformowana przez Boga^[42]. Nadto, Ziemia utożsamiana jest jako własność Boga („Pańska jest ziemia i to, co ją napełnia, świat i ci, którzy na nim mieszkają”^[43], „Nie wolno sprzedawać ziemi na zawsze, bo ziemia należy do Mnie, a wy jesteście u Mnie przybyszami i osadnikami”^[44]). Współcześnie ochronę środowiska naturalnego uzasadnia się względami naukowymi. Słusznie podkreśla się długofalowe zagrożenia wynikające z ocieplenia klimatu oraz zaniku bioróżnorodności^[45]. Wiele kultur posiada wierzenia duchowe lub religijne, które podkreślają świętość natury^[46]. Przekonania te często promują szacunek dla środowiska, co prowadzi do działań ochronnych mających na celu zachowanie zasobów naturalnych w ramach oddania im czci. W szczególności kultury rdzenne posiadają bogatą tradycyjną wiedzę ekologiczną na temat swojego lokalnego środowiska. Wiedza ta, przekazywana z pokolenia na pokolenie, wnosi cenny wkład w zrównoważone praktyki i ochronę środowiska. Społeczności tubylcze często mają silny związek ze swoimi ziemiami i opowiadają się za ich ochroną^[47]. Powyższy przykład uwiadamia pierwotnie naukową rolę religii w życiu społecznym. Szacunek dla środowiska naturalnego nie miał jedynie wymiaru transcendentnego, ale również ekonomiczny. Innymi słowy, przypisywanie przyrodzie cech boskich wynikało z realizacji przez nią funkcji przyziemnych, takich jak dostarczanie pożywienia, schronienia i surowców^[48]. Brak możliwości technologicznych wykazania negatywnego

⁴² Adam Romejko, „Religia a troska o ochronę środowiska naturalnego” *Studia Gdańskie*, t. XII (2017): 249.

⁴³ Biblia, Księga Psalmów 24:1, <https://biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=857>. [dostęp: 30.8.2022].

⁴⁴ Biblia, Księga kapłańska 25:23, <https://biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=117>. [dostęp: 30.8.2022].

⁴⁵ Therese Johansson, Joakim Hjältén, Johnny de Jong, Henrik von Stedingk, „Environmental considerations from legislation and certification in managed forest stands: A review of their importance for biodiversity” *Forest Ecology and Management*, 303 (2013): 98-112.

⁴⁶ Mircea Eliade, *The sacred and the profane. The nature of religion* (Orlando: Harcourt, 1987), 116-122.

⁴⁷ Veronica Strang, „Elemental Powers: Water Beings, Nature Worship, and Long-Term Trajectories in Human-environmental Relations” *Kritisketnografi. Swedish Journal of Anthropology*, 2 (2021): 17.

⁴⁸ Yoseph Maru, Aster Gebrekirstos, Getahun Haile, „Indigenous ways of environmental protection in Gedeo community, Southern Ethiopia. A socio-ecological perspective” *Cogent Food & Agriculture*, 6 (2020): 2.

wpływu nadmiernej eksploatacji natury determinował zagwarantowanie jej ochrony przez uznanie ją za *sacrum*^[49].

Kolejną sferą prawa, w której widoczne są wpływy prawa religijnego, jest gałąź prawa żywieniowego i związana z nim kwestia praw zwierząt. Jak już wskazano powyżej, część religii, w szczególności wywodzących się z dżinizmu^[50], uznaje za aksjomat nieśmiertelność duszy i jej wędrówkę oraz reinkarnację, a więc wiarę, że po śmierci człowieka, jego dusza wstępuje lub odradza się pod inną postacią. Wynika stąd, że nie należy spożywać innych istot żyjących, gdyż mogą być one innym wcieleniem osób zmarłych. Biblia z kolei, stypuluje w Księdze Rodzaju zakaz spożywania krwi, gdyż krew utożsamiana jest z Bogiem, jako coś co daje życie, to zaś pochodzi od Boga^[51]. Przykłady wpływu prawa religijnego na współczesne prawo żywieniowe widoczne są szczególnie w Izraelu^[52] oraz krajach muzułmańskich oraz w Indiach^[53]. Z drugiej strony, część badaczy wskazuje jednak, że zakaz spożywania niektórych zwierząt, nawet w pismach świętych, wynikał pierwotnie ze względów epidemiologicznych^[54]. Obecnie uzasadnienie pewnych norm żywieniowych, poza czynnikami zdrowotnymi, uzasadniane jest tożsamymi względami co ochrona środowiska, a także prawami naturalnymi, z których m.in. wywodzi się ograniczoną osobowość prawną zwierząt^[55]. W tym ostatnim przypadku ponownie uwidacznia się przeniesienia aksjomatu uzasadnienia z Boga na dobro prawne (tu: osobowość prawną). Upraszczając, uzasadnienia praw zwierząt, przy pominięciu podłoża religijnego, ogranicza się do stworzenia często sztucznej (prawnej) kategorii aksjologicznej. Mechanizm postępowania jest tożsamy z uzasadnieniem religijnym. Opiera się na stworzeniu systemu normatywnego opartego na ustalonej aksjologii.

⁴⁹ Steve Kquofi, „Degradation of aesthetic aspects of the natural environment: a case of Accra, Ghana” *International Journal of Applied Environmental Sciences*, nr 1 (2011): 77-78.

⁵⁰ Jakimowicz-Shah, Jakimowicz, *Mitologia indyjska*, 12.

⁵¹ Biblia, Księga Rodzaju 9:4, <https://biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=9>. [dostęp: 30.8.2022].

⁵² Ronit Vered, „Prescribing pork in Israel” *Gastronomica*, 3 (2010): 19-22.

⁵³ <https://www.national-geographic.pl/arttykul/w-indyjskim-miescie-wprowadzono-zakaz-sprzedazy-i-konsumpcji-miesa>. [dostęp: 30.8.2022].

⁵⁴ Amin Nanji, Samuel French, „Relationship between pork consumption and cirrhosis” *Diet and Disease*, 23 (1985): 681-683.

⁵⁵ Veerle Plavoet, „The attribution of limited legal personality to nonhuman species” *Journal of Animal Ethics*, 1 (2020): 49-58.

Jako przykład pozostałości prawa religijnego we współczesnym prawie konstytucyjnym wskazać można też dwuizbowość parlamentów. Jak już wskazywano powyżej, początkowo władzę uzasadniano boskim pochodzeniem bądź namaszczeniem od Boga panującego^[56]. Wpłynęło to na wzrost znaczenia osób poświęcających się wpływowi na wzrost znaczenia i upowszechnianie wierzeń, na których oparty był autorytet władzy (późniejsze duchowieństwo). Z czasem duchowieństwo zaczęło ingerować w decyzyjność władzy stanowiąc jej zaplecze pozaekonomiczne, co było szczególnie istotne podczas kryzysów gospodarczych. W zależności od uwarunkowań historycznych wykształcono organy doradcze, później prawodawcze, w których zasiadali przedstawiciele duchowieństwa. Warto podkreślić tu, że rola religii miała pierwotnie charakter naukowy, tzn. normami religijnymi uzasadniano pewne zjawiska przyrodnicze czy też społeczne. Wraz z rozwojem nauki i techniki rola duchowieństwa zaczęła słabnąć i jego przedstawiciele byli wypierani przez przedstawicieli nauki. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że duchowieństwo zarówno pierwotnie, jak i obecnie wyróżniało się wysokim poziomem wykształcenia na tle pozostałych grup społecznych. Stąd też pokłosiem tegoż, tj. obecności ludzi „światłych” w organach prawodawczych, są dzisiejsze izby wyższe parlamentów^[57].

Za pozostałość prawa religijnego we współczesnym prawie uznać można też siedziby władz. Jak się wydaje wydzielenie pewnych przestrzeni zarezerwowanych wyłącznie dla władzy swoje pierwotne uzasadnienie czerpie z podziału sfer na *sacrum* i *profanum*^[58]. Istota tego podziału zawiera się w wyróżnieniu dwóch porządków, spośród których pierwszy odnosi się do wszystkiego co święte, dotyczące czci i kultu religijnego, drugi natomiast wiąże się z przestrzenią świecką, zsekularyzowaną, powszednią^[59]. Tak jak wyodrębniano przestrzeń na Ziemi dla bóstwa, tak z rozwojem państwowości, pomijając względy strategiczne, ekonomiczne i gospodarcze, zaczęto wydzielać sferę dla władzy i przypisywać jej nienaruszalność, podobną jak dla strefy *sacrum*. Obecnie siedziby władz podlegają ochronie prawnej. Nie wskazuje się jednak innych podstaw ich tworzenia poza

⁵⁶ Bojarski, „Czy homo religious?”, 5.

⁵⁷ Hill, *The Ideological Origins of the Rule of Law*.

⁵⁸ Marian Broda, „II. European civilization, the sacrality and secularity: Between *sacrum* and *prophanum*: Authority, knowledge, Democracy” *LIMES: Cultural Regionalistics*, nr 2 (2009): 118.

⁵⁹ Weronika Nowacka, „Gdzie kończy się *sacrum* a zaczyna *profanum*. Antropologiczna analiza problemu na przykładzie przestrzeni cmentarnej” *Pracownia kultury*, 9 (2016). www.laboratoriumkultury.us.edu.pl/?p=31244. [dostęp: 30.8.2022].

względnymi organizacyjnymi czy reprezentacyjnymi. Zapomina się, że instytucje siedzib władz publicznych wywodzą się z prawa religijnego^[60].

Niewątpliwym przykładem pozostałości prawa religijnego we współczesnych systemach prawa są również elementy rytuałów, które zakładają powołanie się na Boga podczas ślubowania lub składania przysięgi i zawierają elementy rytuałów religijnych związanych z tzw. rytuałami przejścia (*rites of passage*)^[61].

Ostatnim już z przytaczanych przykładów pozostałości prawa religijnego we współczesnym prawie jest tworzenie miejsc upamiętniających dane wydarzenie lub osobę (np. pomników) i przyznawanie im ochrony prawnej. Obecne jako uzasadnienie powstawania takich miejsc wskazuje się prawo do pamięci^[62], które swój rodowód znajduje w pierwotnych wierzeniach^[63] oraz kulcie zmarłych^[64].

4 | Wpływ instytucji pozareligijnych na prawo religijne

Jak wskazano na wstępie prawo i religia kształtowały się równolegle wzajemnie przenikając się i wpływając na swój finalny kształt. Warto zwrócić zatem uwagę na odwrotne niż przedstawione powyżej zjawisko polegające na absorbowaniu przez religię instytucji świeckich. Przykładem tego jest współcześnie utożsamiane z nauką kościoła katolickiego pojęcie godności. Wcześniej szczególną pozycję człowieka uzasadniano obecnością Boga w ciele ludzkim, bądź też stworzeniem go na podobieństwo Boga. Stopniowe upowszechnianie idei odchodzących od uzasadniania rzeczywistości religią, a odwołujące się do nauki (w tym filozofii) przyczyniło się

⁶⁰ Hill, *The Ideological Origins of the Rule of Law*.

⁶¹ Barry Stephenson, *Ritual. A very short introduction* (Oxford-New York: Oxford University Press, 2015).

⁶² Stiina Löytömäki, *Law and the Politics of Memory. Confronting the Past* (Oxford-New York: Routledge, 2014).

⁶³ Harvey Whitehouse, *Modes of religiosity: towards a cognitive explanation of the sociopolitical dynamics of religion* *Method & Theory in the Study of Religion*, 3/4 (2002): 300.

⁶⁴ Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego*, 231.

do wykształcenia innych pojęć niż Bóg uzasadniających pewne niewytłumaczalne naukowo przy obecnym poziomie wiedzy i zaawansowaniu technologicznym prawidłowości. Stąd też, wskazywać zaczęto godność, jako przymiot uzasadniający szczególną pozycję człowieka w świecie, lecz również jako cechę statuującą równość ludzi^[65].

Innym przykładem współczesnego prawa religijnego wywodzącego się z prawa świeckiego jest prawo małżeńskie. Pierwotnie była to instytucja zapewniająca wzmocnienie pozycji polityczno-społecznej jednostek poprzez umożliwienie akumulacji kapitału i spłodzenie potomka celem zapewnienia pozostania majątku w dyspozycji rodu^[66]. Kościół zmienił postrzeganie tej instytucji, czyniąc z niej sakrament nakładający na małżonków obowiązki moralne.

Kolejnym przykładem, gdzie prawo religijne stara się uzasadnić prawo świeckie, jest prawo własności^[67]. Własność wykształciła się w procesie rozwoju społecznego i gospodarczego. Początkowo nurty religijne nie były zainteresowane kwestią własności, w szczególności wskazywaniem ich metafizycznego uzasadnienia^[68]. Wraz z bogaceniem się instytucji religijnych zaczęto uzasadniać ją odwołując się do wartości pozagospodarczych, w szczególności do religii. Część autorów wskazuje na biblijne uzasadnienie prawa własności, jako danej od Boga^[69]. Z powyższego wywodzi też prawo pierwokupu^[70]. Nie można jednak, jak się wydaje, poszukiwać upowszechnienia instytucji własności w prawie religijnym. Własność ma charakter pierwotny w stosunku do wspólnoty, gdyż wynika z wewnętrznej potrzeby prywatności jednostki^[71]. Tym samym, jak się wydaje, własność jest pierwotna co do religii.

⁶⁵ Hill, *The Ideological Origins of the Rule of Law*; Broda, „II. European civilization, the sacrality and secularity”, 120.

⁶⁶ Jerzy Bront, Barbara Nowacka, *Różnorodność związków małżeńskich na świecie* (Krynica Morska: Laterna, 2008), 10.

⁶⁷ Waldemar Wesoły, „Dlaczego Kościół broni własności prywatnej?” *Studia Gdańskie*, t. XXVII (2010): 232-344.

⁶⁸ Piotr Popiołek, „Czy chrześcijanin powinien być bogaty?” *Magazyn Kontakt*, 29 grudnia 2019. <https://magazynkontakt.pl/czy-chrzescijanin-powinien-byc-bogaty/>. [dostęp: 30.8.2022].

⁶⁹ Biblia, Księga Nehemiasza 9:36. <https://biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=1340>. [dostęp: 30.8.2022].

⁷⁰ Biblia, Księga kapłańska 25:23. <https://biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=102>. [dostęp: 30.8.2022].

⁷¹ Anna Młynarska-Sobaczewska, „Trzy wymiary prywatności. Sfera prywatna i publiczna we współczesnym prawie i teorii społecznej” *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, nr 1 (2013): 33.

5 | Podsumowanie

Rekapitułując powyższe wykazano, że wybrane instytucja prawne funkcjonujące współcześnie w obrocie prawnym znajdują swoje podłoże w prawie religijnym. Wykazano również, że obecna jurysprudencja jako podłoże aksjologiczne wskazanych instytucji nie odwołuje się do ich religijnej genezy. Powyższe stanowić może asumpt do dalszych badań, aby odpowiedzieć na pytanie, dlaczego doszło do takiej zmiany oraz dlaczego i czy powinno się poszukiwać uzasadnień pozareligijnych instytucji pierwotnie religijnych?

Dziś prawo winno stać z dala od politycznych sporów o historię, ideologię i religię. Należy pamiętać, że to prawo stanowi filar, na którym opiera się wielokulturowe społeczeństwo. Prawo stanowi podstawę, na której może rywalizować o prym historia, ideologia i religia. Określając ich granice prawodawca musi zachować wyważenie i mieć na względzie, aby przekonania jednego obywatela nie ingerowały w wolności i przekonania innego ani ich nie dominowały. Religia jest z pewnością kwestią wiary jednostek lub społeczności, lecz niekoniecznie jest teistyczna. Znane są religie, które nie wierzą w Boga ani w jakąkolwiek Istotę boską. Religia niewątpliwie ma swoją podstawę w systemie wierzeń lub doktrynach, które są uważane przez tych, którzy je wyznają, jako sprzyjającą ich duchowemu dobrobytowi, ale nie byłoby poprawne stwierdzenie, że religia jest niczym innym jak doktryną lub wiarą. Religia może nie tylko ustanawiać kodeks zasad etycznych przestrzegany przez swoich wyznawców, może również nakazać rytuały i obrzędy, ceremonie i sposoby kultu, które są uważane za integralną część religii, a te formy i obrzędy mogą rozciągać się nawet na takie sfery życia jak żywienie czy ubiór. Z powyższego wnioskować należy, jak się wydaje, że celem i zadaniem współczesnej doktryny prawa jest, po pierwsze, weryfikacja współczesnych instytucji prawnych, w znacznej mierze funkcjonujących w obecnych systemach prawnych jako pozostałości prawa religijnego, często nieznajdujących pozareligijnego uzasadnienia. Po drugie, przy uznaniu, że instytucje prawne, pierwotnie wywodzące się z prawa religijnego, są istotne dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa, poszukiwanie ich pozareligijnego uzasadnienia. Wreszcie po trzecie, przy tworzeniu nowych instytucji prawnych rzetelne uzasadnianie ich w oderwaniu od norm religijnych, w wielu przypadkach konwertowanych do pozareligijnych norm moralnych funkcjonujących we współczesnych społeczeństwach.

Bibliografia

- Allalyev Ruslan, „Religious origins of the rule of law conception in the United States” *Amazonia Investiga*, 7 (2018): 212-217.
- Bengoetxea Joxerramon, „Legal institutions and the comparison of legal cultures” *Oñati Socio-Legal Series*, nr 6 (2022): 1647-1673. Doi.ORG/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-0000-1361.
- Berger Peter, Thomas Luckman, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*. Warszawa: PWN, 2010.
- Berman Harold, „Religious Luckman Foundations of Law in the West. An Historical Perspective” *Journal of Law and Religion*, nr 1 (1991): 3-43. DOI:10.2307/1051071.
- Berman Joshua, *Created Equal: How the Bible Broke with Ancient Political Thought*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Biblia. <https://biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=102>.
- Bojarski Władysław, „Czy homo religious?: geneza religijna kodeksów praw antycznych” *Acta Universitatis Nicolai Copernici. Historia*, nr 31 (1999): 7-12.
- Borucka-Arctowa Maria, *Świadomość prawna a planowe zmiany społeczne*. Wrocław: PAN, 1981.
- Broda Marian, „II. European civilization, the sacrality and secularity: Between sacrum and prophanum: Authority, knowledge, Democracy” *LIMES: Cultural Regionalistics*, nr 2 (2009): 116-125. Doi: 10.3846/2029-0187.2009.2.116-125.
- Bront Jerzy, Barbara Nowacka, *Różnorodność związków małżeńskich na świecie*. Krynica Morska: Laterna, 2008.
- Burgoński Piotr, „Modele relacji między religią i polityką”, [w:] *Religia i polityka. Zarys problematyki*, red. Piotr Burgoński, Michał Gierycz. 216-239. Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa, 2014.
- Cochrane Susan, „Children as By-products, Investment Goods and Consumer Goods: A Review of Some Micro-economic Models of Fertility” *Population Studies*, nr 3 (1975): 373-390. Doi: 10.1080/00324728.1975.10412706.
- Diertrich Frank, „Critical Reflection and the Limits of Parental Authority” *Journal of Applied Philosophy*, nr 4 (2022): 562-580. Doi: 10.1111/japp.12555.
- Durkheim Émile, *Elementarne formy życia religijnego: system totemiczny w Australii*. Warszawa: PWN, 1990.
- Ehrlich Eugen, *Żywe prawo ludów Bukowiny*. https://jbc.bj.uj.edu.pl/Content/368030/PDF/NDIGCZASo17172_1912_005.pdf.
- Eliade Mircea, *The sacred and the profane. The nature of religion*. Orlando: Harcourt, 1987.

- Grief Avner, Guido Tabellini, „The Clan and the Corporation: Sustaining Cooperation in China and Europe” *Journal of Comparative Economics*, nr 1 (2015): 1-35. Doi: 10.1016/j.jce.2016.12.003.
- Hacker Daphna, „The rights of the dead through the prism of Israeli succession disputes” *International Journal of Law in Context*, nr 3 (2015): 40-58. Doi:10.1017/S1744552314000354.
- Hill Peter, *The Ideological Origins of the Rule of Law*. sol3/papers.cfm?abstract_id=3166294.
- Iwicka Renata, *Źródła klasycznej demonologii japońskiej*, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2018.
- Jakimowicz-Shah Marta, Andrzej Jakimowicz, *Mitologia indyjska*. Warszawa: Wydawnictwo Artystyczne i Filmowe, 1982.
- Johansson Therese, Joakim Hjältén, Johnny de Jong, Henrik von Stedingk, „Environmental considerations from legislation and certification in managed forest stands: A review of their importance for biodiversity” *Forest Ecology and Management*, 303 (2013): 98-112. Doi:10.1016/j.foreco.2013.04.012.
- Kieniewicz Jan, *Historia Indii*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1980.
- Koszowski Maciej, *Dwadzieścia osiem wykładów ze wstępu do prawoznawstwa*. Warszawa: Wyd. CM, 2019.
- Kquofi Steve, „Degradation of aesthetic aspects of the natural environment: a case of Accra, Ghana” *International Journal of Applied Environmental Sciences*, nr 1 (2011): 71-79.
- Le Brass Gabriel, „Sociologie religieuse et science des religions” *Archives de Sociologie des Religions*, nr 1 (1956): 3-17.
- Litewski Wiesław, *Prawo Rzymskie Prywatne*. Warszawa: PWN, 2003.
- Löytömäki Stiina, *Law and the Politics of Memory. Confronting the Past*. Oxon-Nowy Jork: Routledge, 2014.
- Macready John, *Hannah Arendt and the fragility of human dignity*. Lanham: Lexington Books, 2018.
- Makarewicz Juliusz, *Wstęp do filozofii prawa karnego*. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2009.
- Maru Yoseph, Aster Gebrekirstos, Getahun Haile, „Indigenous ways of environmental protection in Gedeo community, Southern Ethiopia. A socio-ecological perspective” *Cogent Food & Agriculture*, 6 (2020): 1-26. Doi: 10.1080/23311932.2020.1766732.
- Młynarska-Sobaczewska Anna, „Trzy wymiary prywatności. Sfera prywatna i publiczna we współczesnym prawie i teorii społecznej” *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, nr 1 (2013): 33-52. Doi: 10.15804/ppk.2013.01.02.

- Montgomery Jonathan, „Children as property?” *The Modern Law Review*, nr 3 (1988): 323-342. Doi:10.1111/j.1468-2230.1988.tb01759.x.
- Najman Michał, „Determinants of the Object of Protection of the Crime of Desecration of a Corpse and a Grave and Defamation of a Deceased Person”, *Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem*, nr 3 (2021): 241-254. Doi:10.7206/kp.2080-1084.483.
- Najman Michał, „Jak rozumieć godność w prawie” *Przegląd Prawa i Administracji*, t. CXXVII (2021): 95-113. Doi:10.19195/0137-1134.127.6.
- Nanji Amin, Samuel French, „Relationship between pork consumption and cirrhosis” *Diet and Disease*, 23 (1985): 681-683. Doi:10.3390/ijerph6092417.
- Nongbri Brent, *Before Religion: A History of a Modern Concept*. New Haven: Yale University Press, 2013.
- Nowacka Weronika, „Gdzie kończy się sacrum a zaczyna profanum. Antropologiczna analiza problemu na przykładzie przestrzeni cmentarnej” *Pracownia kultury*, 9 (2016). www.laboratoriumkultury.us.edu.pl/?p=31244.
- Oosten Jarich, „Cultural Anthropological Approaches” *Contemporary Approaches to the Study of Religion*, 2 (1985): 351-384. doi.org/10.1515/9783110815818.351.
- Partridge Ernest, „Posthumous Interests and Posthumous Respect” *Ethics*, 2 (1981): 243-264.
- Plavoet Veerle, „The attribution of limited legal personality to nonhuman species” *Journal of Animal Ethics*, 1 (2020): 49-58. Doi:10.5406/janimalethics.10.1.0049.
- Popiołek Piotr, „Czy chrześcijanin powinien być bogaty?” *Magazyn Kontakt*, 29 grudnia 2019. <https://magazynkontakt.pl/czy-chrzescijanin-powinien-byc-bogaty/>.
- Purvis Dara, „The Origin of Parental Rights: Labor, Intent, and Fathers” *Florida State University Review*, (2014): 645-696. Doi: 10.2139/ssrn.2115696.
- Romejko Adam, „Religia a troska o ochronę środowiska naturalnego” *Studia Gdańskie*, t. XII (2017): 247-261.
- Russell Bertrand, „On denoting” *Mind*, Vol. CXIV (2005): 873-887.
- Skory Maciej, „Osobowość prawna w sferze stosunków gospodarczych – wybrane zagadnienia konstrukcyjne”, [w:] *Osobowość prawna jako przesłanka wykonywania konstytucyjnych wolności i praw*, ed. Michał Bernaczyk, Mariusz Jabłoński. 161-178. Wrocław: Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 2019. DOI: 10.34616/23.19.151.
- Stephenson Barry, *Ritual. A very short introduction*, Oxford-New York: Oxford University Press, 2015.
- Stępień Martyna, „Istota władzy rodzicielskiej” *Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne*, 27 (2019): 61-71. DOI: 10.19195/1733-5779.27.4.

- Strang Veronica, „Elemental Powers: Water Beings, Nature Worship, and Long-Term Trajectories in Human-environmental Relations” *Kritisketnografi. Swedish Journal of Anthropology*, 2 (2021): 15-34. Doi:10.33063/diva-463871.
- Vered Ronit, „Prescribing pork in Israel” *Gastronomica*, 3 (2010): 19-22. DOI:10.1525/gfc.2010.10.3.19.
- Vial-Dumas Manuel, „Parents, Children, and Law” *Journal of Family History*, 4 (2014): 307-329. DOI:10.1177/0363199014554862.
- Wesoły Waldemar, „Dlaczego Kościół broni własności prywatnej?” *Studia Gdańskie*, t. XXVII (2010): 232-344.
- Whitehouse Harvey, „Modes of religiosity: towards a cognitive explanation of the sociopolitical dynamics of religion” *Method & Theory in the Study of Religion*, (3/4 (2002): 293-315. Doi: 10.17192/mjr.2007.11.3623.
- Woodhouse Barbara, „Who Owns the Child?” *William & Mary Law Review*, 33 (1992): 995-1122.
- Zhao Bao, „Posthumous Reputation and Posthumous Privacy in China: The Dead, the Law, and Social Transition” *Brooklyn Journal of International Law*, 1 (2014): 270-352.
- Ziemiński Zygmunt, *Sprawiedliwość społeczna jako pojęcie prawne*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1996.
- Zirk-Sadowski Marek, *Wprowadzenie do filozofii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwers, 2021.



The Formation and Development Process of Vietnam Law on Copyrights for Musical Works

Abstract

The paper reviews and evaluates the process of formation and development of Vietnamese law on copyright for musical works based on the experience of international treaties and the laws of other countries in the region and worldwide. From there, several appropriate legal policy recommendations were developed to improve Vietnamese copyright law for musical works. Recommendations include: (i) Have a planning strategy and long-term plan for building and perfecting Vietnamese law on copyright for musical works; (ii) it is necessary to expand the scope for many organizations and centers with legal functions such as bar associations, bar associations, and other legal service organizations to carry out copyright protection for musical works; (iii) it is necessary to disseminate and deploy working methods, contact competent agencies and organizations when musicians discover that their musical works are being infringed, and to inform businesses and individuals working in the field of art in particular and in the community in general about the importance of ensuring copyright for musical works; (iv) Flexibly combine copyright protection with other forms of online protection.

KEYWORDS: copyright; musical works; copyright protection

VO TRUNG HAU – PhD in law, Ho Chi Minh City University of Technology,
ORCID – 0009-0006-3560-4359, e-mail: votrunghau888@gmail.com

1 | Overview of copyright for musical works in Vietnam

Countries that follow the Anglo-American system of recognising and protecting intellectual property rights focus on the rights of the author, as opposed to the concept of the creator as the owner of the intellectual product. Countries following the continental European system, such as France and Germany, use the term author's right to refer to the rights to the work. The author directly creates the music.^[1] The continental European copyright law system places the creator of musical works at the center of the protection system and focuses on protecting the moral rights of the creator of the work.^[2] However, no matter what legal system they are influenced by, countries worldwide agree to grant exclusive rights to those who directly create musical works, including moral and ethical rights. Property rights. The author of a musical work owns the results of his or her creative labor and has the exclusive right to publish or let others publish the musical work. Copying and disseminating the content of a musical work without the author's consent is an infringement of copyright.

Musical works are one of the objects of protection of the Berne Convention. Article 2 of the Berne Convention stipulates: "Literary and artistic works include [...] musical pieces with or without lyrics, [...]".^[3] The World Intellectual Property Organization WIPO has defined "musical work" as follows: "Any work that consists of sounds or contains only musical characters even if it does not include lyrics or any other. Any action intended to be sung, spoken, or performed with music is considered a musical work". A musical work has been described as „a sound composition created abstractly so that it can be performed through sound even without words."

The author of a musical work is the person who directly creates all or part of the musical work, expressed in the form of notes in music or

¹ Tran Thi Thanh Trang, "The difference between the Civil law and Common law legal systems and the appearance of these two legal families in ASEAN" Electronic Information Portal of the General Department of Civil Judgment Enforcement – Ministry of Justice, 2023. https://thads.moj.gov.vn/noidung/tintuc/lists/nghiencuutraodoi/view_detail.aspx?itemid=1072. [accessed: 6.8.2024].

² Pham Nhat Thang, "Concept and characteristics of copyright", 2023. <https://everest.org.vn/khai-niem-dac-diem-cua-quyen-tac-gia/>. [accessed: 6.8.2024].

³ Clause 1, Article 2 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

other musical characters with or without lyrics, regardless of the performance. To perform or not to perform.^[4] People who suggest ideas, support work, contribute ideas, or provide materials for others to create a musical work are not recognized as authors of the musical work. The composed musical work must be the creative result of the author who created that musical work. According to Vietnamese Law Copyright^[5] includes personal and property rights. Moral rights protect the creative integrity and reputation of the creator as expressed through the work.^[6] Property rights protect the author's economic interests and allow the author to profit by directly or indirectly exploiting the work.

2 | They are establishing copyrights for musical works and exclusive rights for those who directly create musical works

2.1. Establishing copyright for musical works

Vietnamese law stipulates that protected musical works must be original, not copied or imitated by others. This does not mean that the idea of the work must be new but that the author himself must create the form of expression of the idea.^[7] The author's intellectual labor must create that work. Originality does not mean the absence of inheritance.^[8] The form of expressing the author's creativity in a musical work is the arrangement of lyrics in a lyrical, musical work, the structure of a musical work,

⁴ Point d, Clause 1, Article 6 of Decree 17/2023/ND-CP of the Government guiding the Intellectual Property Law on copyright and related rights.

⁵ Articles 19 and 20 of the Intellectual Property Law passed by the Vietnamese National Assembly in 2005, amended and supplemented in 2009, 2019, and 2022.

⁶ Ho Chi Minh City Department of Science and Technology (2020), "Copyright and related rights. https://dost.hochiminhcity.gov.vn/documents/484/Quyen_tac_gia_va_quyen_lien_quan.pdf. [accessed: 6.8.2024].

⁷ Nguyen Thu Nga, "How to register a copyright for musical works" *Justice Magazine*, (2020). <https://congly.vn/lam-the-nao-de-dang-ky-Quyen-tac-gia-do-i-voi-tac-pham-am-nhac-136087.html>. [accessed: 6.8.2024].

⁸ Tran Van Nam, Copyright law and enforcement in Vietnam. Hanoi: Justice Publishing House, 2014.

and the musical notes in a non-verbal work.^[9] The arrangement and structure of the lyrics or the notes of the music convey the idea of the work. Copyright in musical works is protected regardless of the content or artistic value of the musical work. Copyright in musical works is automatically protected. The results of creative activities of musical works that are original and expressed in a particular material form will be protected by Vietnamese law, and the procedure for registering copyright in musical works is not a mandatory requirement.

2.2. Exclusive rights are reserved for those who directly create musical works

Vietnamese law uses the term “author’s right” without using the term “copyright,” like in the UK and US. Copyright is the right of organizations and individuals to works they create or own.^[10] Copyright includes:

- (i) Moral rights: Moral rights belong to the author and cannot be transferred, except in the case of moral rights attached to property (the right to publish a work), which can be transferred to another subject. Moral rights not attached to property include Naming the work, Putting the actual name or pseudonym on the work, having the real name or pseudonym mentioned when the work is published or used, Protect the integrity of the work by not allowing others to edit, mutilate or distort the work in any form.^[11] These moral rights are attached to the author, affecting the author’s reputation and honor.
- (ii) Property rights: Property rights in musical works include the right to make derivative works, the right to perform the work in public, the right to copy the work, the right to distribute and import originals or copies of works, the right to communicate works to the public by wire, wireless, electronic information networks or any

⁹ Tran Thi Thuy Duong, *International law and experiences of some countries on copyright protection of musical works*. Master’s thesis in Jurisprudence, Faculty of Law, Hanoi National University, 2016.

¹⁰ Clause 2, Article 4 of the Intellectual Property Law passed by the Vietnamese National Assembly in 2005, amended and supplemented in 2009, 2019, and 2022.

¹¹ Article 19 of the Intellectual Property Law passed by the Vietnamese National Assembly in 2005, amended and supplemented in 2009, 2019, and 2022.

other technical means; the right to receive royalties, remunerations and other material benefits (such as the right to receive awards for works). Property rights allow musical works to be exploited and used in many aspects, provide a source of income for the owner, are a driving force for creative activities, and contribute to promoting Economic and social development.

3 | History of the development of Vietnamese law on copyright for musical works

Before 1946, Vietnam had yet to identify the role of copyright in musical works as one of the critical factors in building a market economy. In the first constitution in 1946, the State of Vietnam recognized the fundamental rights of citizens related to copyright, expressing progressive and humane ideas about humanity. Citizens' right to freedom of speech and publication is the State's commitment to protecting the rights of intellectuals and Respecting private property rights. That legislative ideology has continued to be expressed in the 1959, 1980, and 1992 Constitutions and the 2013 Constitution currently in effect. In 1986, with Decree No. 142/HDBT dated 14 November 1986, for the first time in Vietnam, a separate document on copyright was issued with some primary and initial regulations on copyright with the help of VAB (formerly Soviet copyright protection company).

National development: on 2 December 1994, the Standing Committee of the 9th National Assembly passed the Ordinance on Copyright. At the eighth session of Session IX, October 28, 1995, the National Assembly of the Socialist Republic of Vietnam passed the Civil Code, including copyright regulations. With 36 separate provisions on copyright in Chapter I, Part 6, the 1995 Civil Code regulates civil relations regarding copyright in the context of the country's transformation of its management mechanism from centralized subsidy to market mechanism with State management. The birth of the Civil Code, with regulations on copyright, is a significant step forward in legislative activities in Vietnam in this field, with the help of the World Intellectual Property Organization (WIPO). Overall, the basic principles and regulations on copyright in the 1995 Civil Code have established or served as a basis for establishing a system by international

standards and practices based on the convention. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Rome Convention for the Protection of Performers, Sound Recorders and Broadcasters.

However, it is also important to realize that many problems and shortcomings have been revealed in implementing the provisions of the Civil Code on copyright. On the one hand, it is inconsistent with current international standards; on the other hand, it still needs to update essential steps in copyright for musical works. Therefore, before 2005 in Vietnam, no specialized law on copyright for musical works was mainly governed by the 1995 Civil Code and sub-law documents such as Decree 76/CP dated 29 December. In November 1996, the government implemented several copyright regulations in the Civil Code. Decree 76/CP was born and only mentioned copyright rights at a civil level. Five years later (2001), other issues related to state management rights, such as the handling of organizations and individuals who commit acts of copyright infringement, were mentioned by Decree 31/CP of the Government. The government, dated 26 June 2001, sanctioned administrative violations of culture and information. To overcome and strictly handle copyright infringement, and at the same time to introduce registration procedures and copyright registration fees to ensure the rights of organizations and individuals when disputes arise. Circular 166/1998/TT-BTC dated 19 December 1998, of the Ministry of Finance guiding the collection of copyright registration fees.

In the last years of the twentieth century, the development of the world economy followed new trends, along with the strong development of the scientific and technological revolution, which brought people forward by leaps and bounds. In the face of international solid integration trends, the objective impacts of the World economy and the urgent requirements of the country's socio-economic development. Therefore, in that situation, the Communist Party of Vietnam and the State of Vietnam have determined the importance of intellectual property as a driving force in promoting the country's economic development. On 14 June 2005, the Civil Code was approved by the 11th National Assembly at its seventh session. In which intellectual property rights and technology transfer are regulated in the sixth part with three chapters, from Article 736 to Article 757. Then, on November 19, 2005, at the eighth session, the 11th National Assembly passed the Intellectual Property Law with six parts, 18 chapters, and 222 articles.

The 2005 was the year that marked outstanding achievements in the process of innovating Vietnam's legal system; at the same time, the 2005 Intellectual Property Law and the 2005 Civil Code codified regulations on

copyright. Authorization for musical works in socio-economic development strategies, science and technology, and intellectual products. The fields of literature and art ensure freedom and democracy for all creative activities, create conditions to promote the effectiveness of artistic labor, and increase ideological, historical, or other cultural and scientific values. In addition, since the 2005 Intellectual Property Law was introduced, Vietnam has also issued Decree No. 100/2006/ND-CP dated 21 September 2006, detailing and guiding the implementation of several articles of the Law on Intellectual Property. Civil code, intellectual property law on copyright. After that, the promulgation of Decree 85/2011/ND-CP dated 21 September 2011, amending and supplementing Decree 100/2006/ND-CP is considered a new step in the promulgation of normative documents. Laws of the Vietnamese legislative branch.

Starting from the summary of concurrent implementation to suit integration requirements, on 19 June 2009, the National Assembly passed the Law amending and supplementing several articles of the Intellectual Property Law. This Law takes effect from 1 January 2010. The amended contents include several rights of copyright, related rights, and rights to plant varieties by international conventions, Procedures for establishing Industrial Property rights, and several provisions related to intellectual property policies and enforcement. The amended and supplemented Law meets new practical requirements, is more consistent with international treaties, and ensures that the legal rights and interests of Vietnamese right holders are equal to other right holders of member countries of international treaties on intellectual property. In addition, legal documents with relevant provisions were also issued to create a solid legal corridor, such as the Penal Code (Article 170a) 2009; Customs Law 2005, Law on Handling of Administrative Violations 2012; Cinema Law 2006, Information Technology Law 2006; Technology Transfer Law 2006; Investment Law 2005. In 2013, the Copyright Department presided over the organization of drafting and completing the draft Decree “Regulations on sanctions for administrative violations of copyright and related rights” to replace Decree No. 47/2009/ND-CP^[12]. The government signed and promulgated the Decree (No. 131/2013/ND-CP dated 16 October 2013). The Decree includes four chapters and 43 articles amending and supplementing several violations, Adjusting acceptable levels, additional sanctions, and remedial

¹² Decree No. 131/2013/ND-CP of the Government stipulates penalties for administrative copyright and related rights violations.

measures to be consistent with practice and new regulations of the Law on Handling of Administrative Violations 2012. Acceptable levels, additional sanctions, and the remedial measures prescribed in the Decree are sufficient to educate and deter.

The next important thing is the implementation with a high sense of responsibility and strictness by competent agencies from the central to the local levels, by leading and coordinating with the relevant agencies to develop a Draft Decree “Regulations on royalties, royalty remunerations, remunerations for cinematographic works, fine arts, photography, theater and other types of works” (No. 21/2015/ND-CP dated 14 February 2015). This Decree, along with Decree No. 18/2014/ND-CP regulating royalties in journalism and publishing, completely replaces the previous Decree 61/2002/ND-CP on royalties. The Decree has amended and supplemented several principles for paying royalties and remunerations specified in Decree No. 61/2002/ND-CP to be consistent with the Intellectual Property Law and Practice: principles of Agreement between parties. Use the work with the author, copyright owner, between co-authors and co-owners; The principle of ensuring royalties for not only the author and copyright owner of derivative works but also the author and copyright owner of the original work when the derivative work is exploited and used. With amendments and supplements appropriate to the legal system and practical conditions, with greater feasibility, the Decree also aims to create public opinion more interested in general intellectual property issues. Copyright, in particular, is still new and very complicated in Vietnam. From there, creators can feel more secure in their creative activities, and users can feel secure in exploiting and using copyrights to obtain valuable products of ideology, literature, art, and science—public service. Directive No. 36/2008/CT-TTg dated 31 December 2008, of the Prime Minister on strengthening the management and enforcement of copyright and related rights protection after five years of implementation (2008-2014) also has achieved significant achievements. In the spirit of the Directive, the Copyright Office organized an online conference summarizing five years of implementation of Directive 36 in Hanoi, Da Nang, and Ho Chi Minh City on 22 May 2014. Complete the Summary Report, report to the Prime Minister, and send it to ministries, branches, and localities on 11 July 2014. Copyright protection activities have been deployed nationwide. Organizations and individuals gradually fulfill their legal obligations when exploiting and using copyrights.

Some localities have deployed it extensively to subjects with related rights and obligations, especially owners of production and service

establishments that use works, performances, audio recordings, and broadcasts. However, the implementation is not as “drastic” as the spirit of the Directive, so the results are not uniform among localities, ministries, and branches.^[13] Some ministries and branches still must resolutely direct their affiliated organizations to use copyright and related rights to fulfill their legal obligations. Many ministries, branches, and localities still need to make periodic reports on implementing the Prime Minister’s Directive. Thus, overall, intellectual property law, whether in the scope of national or international protection, must protect the interests of creators and owners of intellectual property assets and, at the same time, protect the interests of creators and owners of intellectual property assets to bring benefits to the community and society. Ensuring a balance of these interests is a cardinal rule and an “ideal goal” for any intellectual property policy system.^[14]

Simultaneously with the national legal system that has been shaped as above, the Bilateral Agreement on the Establishment of Copyright Relations, the Trade Agreement between Vietnam and the United States of America, the Agreement on the Protection of Copyright Intellectual property agreement between Vietnam and the Swiss Confederation are also in effect. Along with the above bilateral international treaties, Vietnam is a member of 5 multilateral international treaties, including the Berne Convention, protecting literary, artistic, and scientific works; The Rome Convention protects performers, producers of phonograms, and broadcasting organizations; The Brussels Convention protects satellite signals carrying encrypted satellite transmissions; The Geneva Convention protects producers of phonograms against illegal copying of their phonograms. TRIPS Agreement on commercial aspects of intellectual property rights. There are also bilateral and multilateral free trade agreements (FTAs) that include content on copyright and new generation-related rights, such as the ASEAN Free Trade Agreement (AFTA), the ASEAN Free Trade Agreement (AFTA), and the ASEAN Free Trade Agreement (AFTA). Trans-Pacific Partnership

¹³ Ministry of Culture, Sports and Tourism, “Summary of 5 years of implementation of Directive No. 36/2008/CT-TTG on strengthening the management and enforcement of copyright and related rights protection”, 2014. <https://caselaw.vn/van-ban-phap-luat/7635-bao-cai-so-158-bc-bvhttdl-ngay-11-07-2014-tong-ke-t-5-nam-thuc-hien-chi-thi-36-2008-ct-ttg-tang-cuong-quan-ly-and-thuc-thi-bao-ho-quyen-tac-gia-quyen-lien-quan-do-bo-van-hoa-the-sports-and-travel-ban-hanh-tinh-trang-hieu-luc-khong-ac-dinh>. [accessed: 6.8.2024].

¹⁴ Le Van Chat, Copyright protection for musical works – current situation and solutions (Can Tho University, 2014).

(CPTPP), a Free Trade Agreement between Vietnam and the Eurasian Economic Union (VCU); Vietnam Korea Free Trade Agreement (VKFTA); Free Trade and Agreement between Vietnam and the European Union (EVFTA); Regional et al. (RCEP). In order to join FTAs in 2023, Vietnam will make amendments to Intellectual property law along with the issuance of guiding documents such as Decree 17/2023/ND-CP, Decree 79/2023/ND-CP Circular 23/2023/TT – BKHCN, Circular August 2023/ TT – BTDDL.

Currently, the agency that establishes rights is the Copyright Office, which performs the role of state management of copyright and related rights. The Department has the authority to issue, re-issue, change, and invalidate copyright and related rights registration certificates specified in Clauses 1 and 2, Article 51 of the Intellectual Property Law. In addition, the Representative Office in Da Nang City (Central Region) and the Representative Office in Ho Chi Minh City (Southern Region) are two representative organizations of the Copyright Office in two regions of the country.

At the same time, the organisational system for collective management of copyright and related rights has been established, including the following organisations: Vietnam Music Copyright Protection Center (VCPMC)^[15] manages the rights of composers and compose lyrics; The Recording Industry Association of Vietnam (RIAV) manages the rights of producers of sound recordings. VCPMC is a non-profit organization, established under Decision No. 19/2002/QĐ-NS dated 19 April 2002, of the Vietnam Musicians Association. It is currently the only music copyright collective management organization in Vietnam. through licensing agreements signed with VCPMC, member authors can be assured that they can devote their time and enthusiasm to their creative work, as VCPMC will represent the authors who work with the copyrighted works, from negotiating and signing the licensing agreements to monitoring the implementation of the agreements, collecting the royalties and then distributing them to the members. Until now, VCPMC has been an official member of CISAC (International Alliance of Associations of Composers and Lyricists), including 239 Associations in 123 countries with over 4 million authors.^[16] In addition, there are enforcement agencies, according to Article 200 of the Intellectual Property Law,

¹⁵ See more about the Vietnam Music Copyright Protection Center VCPMC. <https://www.vcpmc.org/ve-vcpmc.html>.

¹⁶ Huyen Thuong, Tuan Anh, "A panorama of many bright spots of the Vietnam Center for Music Copyright Protection in 2023" *Arttimes*, 2023. <https://arttimes.vn/am-nhac/buc-tranh-toan-canh-nhieueu-diem-to-cua-central-tam-cover-return-to-qualification-am-nhac-viet-nam-nam-2023-c16a41167.html>. [accessed: 6.8.2024].

that stipulate their functions, tasks, and powers, such as the Courts, the Inspectorate, the Market Management, the Customs, the Police, and the People's Committees of each country. State agencies have the authority to resolve copyright infringements. Vietnamese law on copyright for musical works was born later than in other countries.

4 | Some recommendations to improve legal policies on copyright for musical works

Firstly, copyright for musical works is still very new in Vietnam, so it is essential to establish guidelines, policies and frameworks for its development. There is still no official document mentioning the planning strategy or long-term plan for building and perfecting the Vietnamese law on copyright for musical works. Therefore, the Vietnamese Law on copyright in musical works must complement the functions, tasks, powers and organisational apparatus of the Departments of Culture, Sports and Tourism, and the functions, tasks, powers and organisational apparatus of the People's Committees of the districts and communes in implementing the State's management of copyright in musical works. The relevant agencies shall closely coordinate with organisations representing collective copyrights in musical works to strengthen inspection, licensing, collection of royalties and remuneration in combination with other activities. Educate and persuade users to comply with the law.

Second, in addition to acting as an intermediary, the organisation that protects the rights of musicians must also be familiar with the provisions of the law, especially the law on the copyright of musical works, and provide legal services to promptly implement legal measures to protect the rights of musicians. At present, there are five collective management organisations for copyrights. Vietnam Music Copyright Protection Center VCPMC (management in the field of music), Vietnam Recording Industry Association RIAV (management of related rights of producers of sound and video recordings), Vietnam Literary Copyright Center VLCC (management of copyright in the field of literature), Vietnam Copy Rights Association VIETRRO (management in the field of copying), Association for the Protection of Artists' Rights Performance (APPA). Therefore, it is necessary to

expand the scope of many organisations and centres with legal functions, such as lawyers' associations, bar associations and other legal service organisations, to carry out copyright protection for musical works in order to avoid a monopoly situation leading to poor protection of musicians' rights.

Thirdly, the State of the Socialist Republic of Vietnam must disseminate and implement ways of working and contacting relevant agencies and organisations when musicians discover that musical works they have created are being infringed. Third, the State of the Republic of Vietnam must disseminate and establish ways of working and contacting relevant agencies and organisations when musicians discover their own musical works being infringed, and inform enterprises and individuals operating in the field of art and the community of the importance of ensuring copyright protection for musical works. Strengthen participation in international treaties and agreements on intellectual property protection with countries around the world. Among the treaties that Vietnam has signed are the two WIPO treaties on copyright and performances and sound recordings, including the "Copyright Treaty" (WCT) and the "Treaty on Performances and Phonograms" (WPPT). This is a prerequisite for Vietnam to learn from the experience of other countries in the area of copyright for musical works, and to ensure the rights of Vietnamese authors and copyright holders in intellectual property disputes involving foreign elements.

Fourth, in the era of technological explosion, border barriers are almost eliminated when musical works can be easily uploaded to online music platforms and social networks for the whole world to enjoy together; strengthening the combination between standard legal regulations and scientific and technological applications is extremely necessary to protect the rights of copyright owners of musical works. In addition to building a separate legal framework that is strong enough to protect the rights of copyright owners of musical works, it is necessary to combine it flexibly with other forms of online protection. We can mention the Illegal Content Obstruction Program (ICOP), which has the function of searching and checking certain points, systemised to automatically detect copied content on the Internet and interrupt the copying process.^[17] In addition, with the development of cloud computing technology, companies can save human resources and investment costs in using information technology to protect musical

¹⁷ Le Thi Nam Giang, "Copyright in the digital environment in Vietnam" Government Electronic Newspaper, (2014). <https://tphcm.chinphu.vn/quyen-tac-gia-trong-moi-truong-so-tai-viet-nam-1012964.html>. [accessed: 6.8.2024].

works on digital platforms, which is a prerequisite for establishing a strict and feasible legal framework in practice to protect the rights of copyright holders of musical works.

Bibliography

- Le Thi Nam Giang, "Copyright in the digital environment in Vietnam" *Government Electronic Newspaper*, (2014). <https://tphcm.chinhphu.vn/quyen-tac-gia-trong-moi-truong-so-tai-viet-nam-1012964.html>.
- Le Van Chat, *Copyright protection for musical works – current situation and solutions*. Can Tho University, 2014.
- Nguyen Thu Nga, "How to register a copyright for musical works" *Justice Magazine*, (2020). <https://congly.vn/lam-the-nao-de-dang-ky-Quyền-tác-gia-đối-với-tác-phẩm-am-nhac-136087.html>.
- Huyen Thuong, Tuan Anh, "A panorama of many bright spots of the Vietnam Center for Music Copyright Protection in 2023" *Arttimes*, 2023. <https://arttimes.vn/am-nhac/buc-tranh-toan-can-h-nhieu-diem-to-cua-central-tam-cover-return-to-qualification-am-nhac-viet-nam-nam-2023-c16a41167.html>.
- Pham Nhat Thang, "Concept and characteristics of copyright", 2023. <https://everest.org.vn/khai-niem-dac-diem-cua-quyen-tac-gia/>.
- Tran Van Nam, *Copyright law and enforcement in Vietnam*. Hanoi: Justice Publishing House, 2014.
- Tran Thi Thuy Duong, *International law and experiences of some countries on copyright protection of musical works*. Master's thesis in Jurisprudence, Faculty of Law, Hanoi National University, 2016.
- Tran Thi Thanh Trang, "The difference between the Civil law and Common law legal systems and the appearance of these two legal families in ASEAN" Electronic Information Portal of the General Department of Civil Judgment Enforcement – Ministry of Justice, 2023. https://thads.moj.gov.vn/noidung/tintuc/lists/nghiencuuutraodoi/view_detail.aspx?itemid=1072.



Konflikty cywilizacyjne a prawa człowieka. Wybrane aspekty problematyki

Civilizational Conflicts and Human Rights: Selected Aspects of the Issue

Abstract

This paper examines the impact of civilizational conflicts on human rights, focusing on the growing cultural and religious diversity in the era of globalization. It examines how the clash of different value systems, legal norms, and social practices leads to tensions and human rights violations. The challenges that universal human rights standards face when they encounter resistance from local legal systems, often based on traditional and conservative values, are highlighted. The problem of cultural relativism as a potential obstacle to the implementation of these standards is also discussed. The changing role of culture and religion in the contemporary world is analysed, as is the complexity of clashes of civilizations and the need to consider them in a wider political, historical and economic context.

SŁOWA KLUCZOWE: konflikty
cywilizacyjne, prawa człowieka,
globalizacja, różnorodność
kulturowa, relatywizm kulturowy

KEYWORDS: Civilizational conflicts,
human rights, globalization, cultural
diversity, cultural relativism

DOROTA FERENC-KOPEC – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Komisji Edukacji
Narodowej w Krakowie, ORCID – 0000-0002-6801-2054,
e-mail: dorota.ferenc-kopec@uken.krakow.pl

1 | Wprowadzenie

Konflikty cywilizacyjne stanowią jedno z najważniejszych wyzwań dla współczesnych systemów prawnych, zwłaszcza w kontekście ochrony praw człowieka. Procesy globalizacyjne sprawiły, że różnorodność kulturowa i religijna zyskały nową dynamikę, prowadząc do nasilenia napięć między grupami o różnym pochodzeniu etnicznym, religijnym i narodowym. Te zjawiska często eskalują do postaci konfliktów o szerokim zasięgu, które zagrażają nie tylko międzynarodowej stabilności, ale także prowadzą do poważnych naruszeń praw człowieka.

W literaturze przedmiotu konflikty cywilizacyjne są pojęciem, które jest rozwijane i analizowane przez wielu badaczy. Samuel Huntington definiuje je jako starcia między odmiennymi systemami wartości, normami prawnymi oraz praktykami społecznymi, które wywodzą się z różnych tradycji kulturowych i religijnych^[1]. Z kolei krytycy tej teorii, tacy jak Edward Said, podkreślają, że konflikty te są często skutkiem politycznych i gospodarczych nierówności, a także instrumentalizowania różnic kulturowych^[2]. Szczególną uwagę zwraca się na sytuacje, w których uniwersalne prawa człowieka, ustanowione w międzynarodowych traktatach i konwencjach, napotyka na opór ze strony lokalnych systemów prawnych, często zakorzenionych w tradycjach o głęboko konserwatywnym charakterze.

¹ Samuel. P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (New York: Simon & Schuster, 1996), 21. Definiuje on cywilizację jako „najwyższą kulturową grupę ludzi oraz najszerszy poziom tożsamości kulturowej, jaki posiadają ludzie, nie licząc tego, co odróżnia ich od innych gatunków”. Ibidem, 24. Wyróżnił kilka kluczowych cywilizacji, które mają fundamentalne znaczenie dla przyszłych konfliktów międzynarodowych. Wskazał na cywilizację zachodnią, charakteryzującą się liberalną demokracją i kapitalizmem, oraz cywilizację prawosławną, skoncentrowaną wokół Rosji i Europy Wschodniej. Wyróżnił także cywilizację islamską, zdominowaną przez prawo szariatu, oraz cywilizację hinduską i konfucjańską, obejmującą kraje Azji. Dodatkowo zidentyfikował cywilizacje latynoamerykańską, afrykańską i japońską, które charakteryzują się unikalnymi systemami wartości. Huntington argumentował, że różnice między tymi cywilizacjami będą głównym źródłem globalnych napięć i konfliktów. Ibidem, 48-50. Matthew Melko stwierdza, że istnieje „rozsądna zgoda” co do istnienia dwunastu głównych cywilizacji. Siedem można zaliczyć do wymarłych (mezopotamska, egipska, kreteńska, klasyczna, bizantyjska, środkowoamerykańska, andyjska), pięć istnieje nadal (chińska, japońska, indyjska, islamska i zachodnia). Matthew Melko, *The Nature of Civilizations* (Boston: Porter Sargens, 1969), 133.

² Edward Said, *Orientalism* (New York: Pantheon Books, 1978), 3-20.

Celem niniejszego artykułu jest zbadanie wybranych aspektów konfliktów cywilizacyjnych w kontekście ochrony praw człowieka. Przedmiotem analizy będą geneza tych konfliktów, ich wpływ na przestrzeganie praw człowieka w regionach objętych konfliktem oraz możliwości rozwiązania tych problemów z poszanowaniem różnorodności kulturowej i religijnej, przy jednoczesnym zachowaniu podstawowych praw człowieka. Artykuł stara się również odpowiedzieć na pytanie, na ile relatywizm kulturowy może stanowić przeszkodę w wdrażaniu uniwersalnych standardów praw człowieka oraz przedstawić nowe spojrzenie na zmieniającą się rolę religii i kultur w erze globalizacji.

Współczesne podejście do analizy konfliktów cywilizacyjnych podkreśla ich złożony i wielowymiarowy charakter. Coraz częściej badacze wskazują, że nie można ich sprowadzać jedynie do różnic religijnych czy kulturowych. Istotne jest również uwzględnienie szerszego kontekstu politycznego, technologicznego, gospodarczego i historycznego, który kształtuje te konflikty^[3]. Iluzja unikalnej tożsamości, w której świat postrzegany jest jako zbiór odrębnych religii, kultur lub cywilizacji, ignoruje istotne aspekty tożsamości, takie jak klasa społeczna, płeć, zawód, język, emocje czy przekonania moralne i polityczne. Próby zapobiegania przemocy na skalę globalną są utrudniane przez przekonanie o istnieniu jednej, niezmienniej tożsamości, co prowadzi do redukcji relacji między ludźmi do uproszczonych kategorii, postrzeganej jako zderzenie cywilizacji^[4]. Ponadto cywilizacje charakteryzują się wewnętrzną niejednorodnością i często występują pomiędzy nimi liczne konflikty wewnątrzcywilizacyjne^[5].

Rozważania nad tym zagadnieniem dotyczą także pytania, czy globalizacja, która promuje uniwersalne standardy praw, paradoksalnie przyczynia się do reakcji obronnych w postaci ruchów na rzecz ochrony lokalnych tożsamości kulturowych i narodowych. Z drugiej strony, jednostki i społeczeństwa coraz częściej identyfikują się nie tylko z jednym źródłem tożsamości (narodowym, religijnym czy kulturowym), ale tworzą tożsamości

³ Zob. Anthony Giddens, *Runaway World: How Globalization is Reshaping Our Lives* (London: Profil, 1999), 10-13.

⁴ Krytykę uproszczonego podejścia do konfliktów cywilizacyjnych podejmuje Amartya Sen. Zdaniem Autora tożsamość ludzi jest złożona i wielowymiarowa. Utożsamianie relacji między różnymi ludźmi do „zderzenia cywilizacyjnego” sprawia, że ludzie są miniaturyzowani i umieszczani w małych szufladach. Zob. *Identity and Violence: The Illusion of Destiny* (New York: W.W. Norton & Company, 2007).

⁵ Josef Joffe, *The Great Powers* (London: Phoenix, 1999), 26-33.

hybrydowe i wielowarstwowe^[6]. Proces ten prowadzi do rewizji tradycyjnych ram prawnych ochrony praw człowieka i stanowi wyzwanie dla dotychczasowych sposobów rozwiązywania konfliktów cywilizacyjnych.

Metodologia przyjęta w pracy opiera się na analizie konkretnych przypadków regionalnych konfliktów cywilizacyjnych oraz przeglądzie aktualnych teorii i badań dotyczących tego zjawiska. Praca korzysta z interdyscyplinarnego podejścia, łącząc metody z zakresu nauk prawnych, nauk o bezpieczeństwie oraz historii i nauk o kulturze.

2 | Historyczny kontekst konfliktów cywilizacyjnych

Konflikty cywilizacyjne mają długą i złożoną historię, sięgającą czasów starożytnych, kiedy różne kultury i cywilizacje wchodziły w interakcje w wyniku ekspansji terytorialnej, handlu, migracji oraz różnic religijnych. Przez wieki takie starcia były nie tylko źródłem zmian politycznych, społecznych i gospodarczych, ale także kształtowały tożsamości kulturowe. Początków konfliktów cywilizacyjnych nie można jednak redukować wyłącznie do różnic kulturowych czy religijnych. Kluczowym elementem jest ich instrumentalizacja przez elity polityczne, które wykorzystywały te różnice jako narzędzie do konsolidacji swojej władzy, legitymizacji działań wojennych i mobilizacji społecznej oraz dehumanizacji przeciwnika^[7].

⁶ Arian Appadurai w książce *Modernity At Large: Cultural Dimensions of Globalization* ukazuje jak we współczesnym siła społeczna dostarcza nowych zasobów dla tożsamości do tworzenia alternatyw dla państwa narodowego.

⁷ Historia starożytnego Sumeru, jednej z pierwszych zaawansowanych cywilizacji ludzkich, dostarcza licznych przykładów, jak różnice religijne i kulturowe były wykorzystywane jako narzędzia legitymizacji politycznych działań i wojen. Zgodnie z badaniami Samuela Noah Kramera konflikty między miastami-państwami Sumeru, takimi jak Ur, Uruk, Lagasz i Umma, były często motywowane przez rywalizację o kontrolę nad żyznymi ziemiemi, wodami i innymi zasobami, które były niezbędne do przetrwania i rozwoju gospodarczego tych miast. Zob. Samuela Noah Kramera, *The Sumerians: their history, culture, and character* (Chicago: University of Chicago Press, 1963). Podobnie, w starożytnej Grecji i Persji, konflikty między tymi cywilizacjami były napędzane przez dążenie do dominacji politycznej i kontroli nad strategicznymi regionami, przeradzając się w starcie autokracji z demokracją. Tom Holland, *Persian fire: the first world empire and the battle for the West* (New York: Anchor Books, 2007).

Konflikty te były celowo podsycane, aby wzmocnić poczucie tożsamości grupowej oraz uzasadnić polityczne i militarne ekspansje. Takie działania nie tylko pogłębiały istniejące podziały, ale również tworzyły strukturalne nierówności, które przyczyniały się do eskalacji napięć cywilizacyjnych.

W średniowieczu i epoce nowożytnej konflikty te przybrały na intensywności wraz z ekspansją islamską oraz chrześcijańskimi krucjatami, które były napędzane zarówno przez czynniki religijne, jak i polityczne^[8]. Epoka wielkich odkryć geograficznych i kolonializmu wprowadziła nowy wymiar do konfliktów cywilizacyjnych, gdzie różnice kulturowe stały się pretekstem do dominacji i eksploatacji innych narodów. W tym kontekście kolonializm był nie tylko formą ekspansji terytorialnej, ale również próbą narzucenia określonych wartości kulturowych i religijnych, co prowadziło do konfliktów i oporu ze strony podbitych społeczeństw^[9]. Analiza historyczna konfliktów cywilizacyjnych, takich jak hiszpańska konkwista w Ameryce Łacińskiej, brytyjska kolonizacja Indii czy francuskie podboje w Afryce Północnej, ukazuje, że były one napędzane dążeniem do podporządkowania innych cywilizacji i narzucenia im własnych norm i wartości^[10]. Różnice kulturowe i religijne stanowiły narzędzia legitymizujące ekspansję kolonialną oraz represje wobec miejscowej ludności, co prowadziło do trwałych zmian społecznych i kulturowych w tych regionach. Kolonializm wywarł kluczowy wpływ na współczesne konflikty cywilizacyjne, wprowadzając długotrwałe podziały etniczne, religijne i kulturowe. Proces dekolonizacji, który miał miejsce po II wojnie światowej, nie zakończył tych konfliktów, a wręcz przeciwnie – zintensyfikował je, prowadząc do nowych form rywalizacji o tożsamość i władzę^[11]. W wielu krajach

⁸ Karen Armstrong, *Holy War: The Crusades and Their Impact on Today's World* (New York: Anchor Books, 2001). Autorka sięga do 1095 roku, tła pierwszej krucjaty. Jak pisze „krucjaty w rzeczywistości były serią wściekłych bitew prowadzonych w imię chrześcijańskiej pobożności, aby poszerzyć potęgę Kościoła zachodniego. Ich dziedzictwo przemocy religijnej jest odczuwalne do dziś, ponieważ odwieczny konflikt chrześcijan, Żydów i muzułmanów trwa. Opis na okładce książki.

⁹ Said, *Orientalism*, 49-73; Frantz Fanon, *The Wretched of the Earth* (New York: Grove Press, 1961), 35-62; Jürgen Osterhammel, *Colonialism: A Theoretical Overview* (Princeton: Markus Wiener Publishers, 1997), 51-67.

¹⁰ Tzvetan Todorov, *The Conquest of America: The Question of the Other* (New York: Harper & Row, 1984), 51-124. Shashi Tharoor analizuje brytyjski imperializm w Indiach. Zob. Shashi Tharoor, *Inglorious Empire: What the British Did to India* (London: C. Hurst & Co, 2017), 45-89.

¹¹ Skrajną ideologię reprezentuje Frantz Fanon, który postrzega dekolonizację jako spotkanie dwóch wrodzonych antagonistycznych sił, które w rzeczywistości

postkolonialnych konflikty cywilizacyjne przejawiają się jako wewnętrzne napięcia między różnymi grupami etnicznymi i religijnymi, walczącymi o dominację w nowo powstałych państwach^[12]. Dziedzictwo kolonializmu obejmuje nie tylko podziały etniczne i religijne, ale również strukturalne nierówności ekonomiczne i polityczne. Współczesna globalizacja dodatkowo komplikuje te konflikty, wprowadzając nowe wyzwania związane z migracją, tożsamością narodową i religijną, a także napięciami między lokalnymi tradycjami a uniwersalnymi wartościami praw człowieka^[13].

3 | Współczesne konflikty cywilizacyjne a naruszenia praw człowieka

Konflikty cywilizacyjne i konflikty zbrojne^[14] są terminami, które często są używane zamiennie, ale mają różne znaczenia i charakteryzują się odmiennymi cechami. Konflikty zbrojne są bardziej skoncentrowane na konkretnych interesach terytorialnych, politycznych i ekonomicznych, podczas, gdy konflikty cywilizacyjne są głęboko zakorzenione w różnicach kulturowych, ideologicznych i religijnych. Oba typy konfliktów mogą prowadzić do poważnych naruszeń praw człowieka. W konfliktach cywilizacyjnych naruszenia te mogą przybierać formy systematycznej dyskryminacji, marginalizacji, represji kulturowej i religijnej, a także przemocy etnicznej i religijnej. Często prowadzą do długotrwałych naruszeń, które są trudniejsze do rozwiązania ze względu na ich ideologiczny charakter. Obecnie przykłady takich konfliktów można obserwować w różnych regionach świata. Kluczową rolę w konfliktach cywilizacyjnych odgrywają wielkie mocarstwa, takie jak Stany Zjednoczone, Rosja, Chiny, Japonia, Indie

zawdzięczają swoją wyjątkowość rodzajowi reifikacji wydzielanej i pielęgnowanej przez sytuację kolonialną. Zob. *The Wretched of the Earth*, 46-47.

¹² Said, *Orientalism*, 223-249.

¹³ Arjun Appadurai, *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996), 199.

¹⁴ Irmina Denysiuk, Marta Osypowicz, „Współczesne oblicze konfliktów zbrojnych: nowe zjawisko a kontynuacja nurtu działań partyzanckich”, [w:] *Oblicza współczesnych wojen*, red. Mariusz Kubiak, Ryszard Wróblewski (Warszawa-Siedlce: Oficyna Wydawnicza Aspra-JR, Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny, 2018), 343.

a także Unia Europejska^[15]. Ich zaangażowanie przybiera różne formy, od wsparcia militarnego po dyplomację i propagandę. Często wynika z geopolitycznych interesów, rozprzestrzeniania ideologii i dążenia do zapewnienia bezpieczeństwa narodowego^[16]. Chociaż takie zaangażowanie może prowadzić do stabilizacji w niektórych przypadkach, to często przyczynia się do eskalacji konfliktów, destabilizacji regionów i zwiększenia napięć między różnymi cywilizacjami.

Dokładne określenie liczby współczesnych konfliktów cywilizacyjnych może być trudne ze względu na wspomnianą różnorodność definicji oraz interpretacji terminu „konflikt cywilizacyjny”. W skali globalnej można zidentyfikować kilkanaście konfliktów, które mają wyraźne cechy konfliktów cywilizacyjnych, bazujących na głębokich różnicach religijnych, etnicznych, kulturowych, ekonomicznych i politycznych. Do najbardziej widocznych należą: konflikt izraelsko-palestyński, konflikt w Syrii, Kryzys Rohingyja w Mjanmie, konflikt w Jemenie, napięcia na Półwyspie Indyjskim. Poniżej przedstawiono kilka przykładów, które ilustrują, w jaki sposób te czynniki przyczyniają się do eskalacji konfliktów i naruszania praw człowieka.

Wojna domowa w Syrii jest przykładem konfliktu, za którym ukrywają się przede wszystkim czynniki polityczne. W konflikcie tym doszło do masowych ataków na ludność cywilną, stosowania tortur oraz użycia broni chemicznej, co stanowi naruszenie Konwencji Genewskich^[17]. Odpowiedzialność za te zbrodnie była przedmiotem licznych rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ, jednak skuteczność tych działań została ograniczona przez polityczne spory między jej członkami^[18]. Konflikt ten obejmuje rywalizację między sunnicką większością a alawicką mniejszością

¹⁵ Witold Orłowski, *Stulecie chaosu. Alternatywne dzieje XX wieku* (Warszawa: Wydawnictwo Open, 2006), 536-537. Autor klasyfikuje Stany Zjednoczone i Unię Europejską jako supermocarstwa.

¹⁶ W regionach takich jak Afryka Subsaharyjska obecnie występuje więcej konfliktów zbrojnych z interwencją zewnętrzną i o wymiarze regionalnym niż czysto wewnętrznych. Irene Mia, *Armed Conflict Survey 2023. Editor's Introduction*, (London: IISS, 2023), 6. <https://www.iiss.org/research/conflict-security-and-development/> [dostęp: 30.08.2024].

¹⁷ Zwłaszcza Konwencji genewskiej o ochronie osób cywilnych podczas wojny, Genewa 12 sierpnia 1949 r. (Dz. U. z 1956 r., nr 38, poz. 171). Zob. również raport Human Rights Watch, *World Report 2021: Syria* (Human Rights Watch, 2021). <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/syria> [dostęp: 30.08.2024].

¹⁸ United Nations Security Council, *Resolution 2139 (2014)* (New York: United Nations, 2014). [https://undocs.org/S/RES/2139\(2014\)](https://undocs.org/S/RES/2139(2014)). [dostęp: 30.08.2024].

reprezentowaną przez reżim Baszara al-Asada, co odzwierciedla głębsze napięcia religijne w regionie. Ponadto, międzynarodowe interwencje udzielane stronom przez regionalne mocarstwa, takie jak Iran i Arabia Saudyjska, oraz globalne siły, jak Stany Zjednoczone^[19] i Rosja – nadały konfliktowi wymiar cywilizacyjny, będący częścią szerszej walki o wpływy i kontrolę nad Bliskim Wschodem. Skalę naruszeń praw człowieka dokumentują również raporty Human Rights Watch^[20]. W 2023 roku Kanada i Holandia wspólnie złożyły pozew przeciwko rządowi Baszara al-Asada do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, oskarżając go o wydanie rozkazu stosowania tortur, masowych gwałtów i innych niehumanitarnych działań wobec setek tysięcy więźniów, w tym kobiet i dzieci, w syryjskich więzieniach. Zarzut dotyczy celowego zadawania „niewyobrażalnego fizycznego i psychicznego bólu i cierpienia” jako formy zbiorowej represji wobec ludności syryjskiej^[21]. W Myanmarze prześladowania mniejszości etnicznej Rohingya stanowią kolejny przykład poważnych naruszeń praw człowieka. Zgodnie z raportem ONZ z 2018 roku przemoc wobec Rohingya obejmowała zbrodnie wojenne, morderstwa, gwałty, niewolnictwo seksualne, okaleczenia oraz przymusowe wysiedlenia, które mogą spełniać kryteria ludobójstwa^[22]. Międzynarodowy Trybunał Karny (MTK) wszczął dochodzenie w sprawie tych zbrodni, potwierdzając, że działania te stanowią naruszenie artykułu 7 Statutu Rzymskiego dotyczącego zbrodni przeciwko

¹⁹ Wsparcie USA dla Wolnej Armii Syrii (FSA, przy użyciu różnych idei i argumentów, jak ropa naftowa, zobowiązanie, przeszłe interwencje USA, opisuje Peter Karleskint, Jonathan Matusitz, „Compliance-Gaining Theory as a Method to Analyze U.S. Support of the Free Syrian Army (FSA)” *Journal of Geography, Politics and Society*, nr 4 (2021): 32.

²⁰ Human Rights Watch, *World Report 2021: Syria* (Human Rights Watch, 2021). <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/syria>. [dostęp: 30.08.2024].

²¹ Canada and the Kingdom of Netherlands vs. The Syrian Arab Republic, International Court of Justice, 8 czerwca 2023. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości 16.11.2023 wskazał środki tymczasowe w celu zachowania i ochrony praw przysługujących na mocy Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego, okrutnego, niehumanitarnego i poniżającego traktowania albo karania z dnia 10 grudnia 1984 r. (Dz. U. z 1989 r., Nr 63, poz. 379). Sprawa 188, nr dokumentu 188-20231116-PRE-01-00-EN. <https://www.icj-cij.org/index.php/node/203285>. [dostęp: 30.08.2024].

²² *Resolution adopted by the General Assembly, Situation of human rights in Myanmar* (United Nations 22 December 2018). <https://digitallibrary.un.org/record/1661564?ln=ru>. [dostęp: 30.08.2024].

ludzkości^[23], wniesione przez rząd Gambii^[24]. Konflikt w Jemenie^[25] jest przykładem wojny o skomplikowanym podłożu religijnym, politycznym i geopolitycznym, z ograniczoną interwencją ze strony międzynarodowych trybunałów, mimo licznych raportów o masowych naruszeniach praw człowieka^[26]. W Rezolucji w sprawie sytuacji humanitarnej w Jemenie Parlament Europejski z dnia 11 lutego 2021 roku surowo potępił przemoc w Jemenie, która przerodziła się w najpoważniejszy kryzys humanitarny na świecie. Zwrócił uwagę, że trwającego konfliktu nie można rozwiązać metodami wojskowymi oraz że kryzys można zażegnać w sposób zrównoważony jedynie w drodze pluralistycznego procesu negocjacyjnego, w którym wszystkie strony powinny podjąć negocjacje umożliwiające wypracowanie realnych ustaleń politycznych i dotyczących bezpieczeństwa^[27], zgodnie z rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 2216 (2015)^[28].

²³ International Criminal Court, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, (International Criminal Court, ICC-01/19-27: 2019). <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/19-27>. [dostęp: 30.08.2024].

²⁴ International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), (ICJ: 2019). W komunikacie z 3 lipca 2024 r. Trybunał orzekł, że oświadczenia o interwencji złożone przez siedem państw są dopuszczalne. International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), (ICJ: No. 2024/55, 2024). <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20240703-pre-01-00-en.pdf>. [dostęp: 30.08.2024].

²⁵ Konflikt ten rozpoczął się w 2015 roku, jest złożonym i wielowymiarowym konfliktem zbrojnym z wyraźnymi aspektami cywilizacyjnymi. Główne strony konfliktu to rząd uznawany międzynarodowo, wspierany przez koalicję pod przewodnictwem Arabii Saudyjskiej, oraz rebelianci Huti, wywodzący się z szyickiego odłamu islamu, wspierani przez Iran. Konflikt ten jest głęboko zakorzeniony w rywalizacji religijnej (sunnici kontra szyici) oraz w geopolitycznych ambicjach regionalnych mocarstw, takich jak Arabia Saudyjska i Iran, które rywalizują o wpływy w regionie. Zob. również Marcin Andrzej Piotrowski, „Perspektywy dalszej eskalacji amerykańsko-irańskiej w Jemenie” *Polski Instytut Spraw Międzynarodowych. Biuletyn*, nr 15 (2024): 1-2.

²⁶ Raport Amnesty International, *Yemen: Bombing Civilian Targets and Human Rights Violations*, (AI: 2019). <https://www.amnesty.org>; Human Rights Watch, *World Report 2024: Yemen*, (HR: 2024). <https://www.hrw.org/world-report/2024/country-chapters/yemen>. [dostęp: 30.08.2024].

²⁷ Rezolucja PE 2021/2539(RSP). DZ.U UE C465/126, pkt 1.

²⁸ <https://main.un.org/securitycouncil/en/s/res/2216-%282015%29-o>. [dostęp: 30.08.2024].

W Indiach napięcia między społecznościami hinduistycznymi a muzułmańskimi doprowadziły do przemocy, w tym zamieszek i ataków na miejsca kultu. Przyczyn konfliktu indyjsko-pakistańskiego jest kilka, głównie związanych ze sferą aksjologiczną i religijną. Hinduistyczna i muzułmańska wspólnoty współistniały na Półwyspie Indyjskim od średniowiecza, ale różnice religijne, prawo rodzinne, spadkowe i karne powodowały, że żyły raczej obok siebie niż wspólnie. Brytyjczycy, po powstaniu Sipajów w 1857 roku, zaczęli wykorzystywać te różnice, przekształcając je w „konflikt komunalistyczny”^[29], co pozwoliło im manipulować napięciami między hinduistami a muzułmanami. Główne punkty sporne obejmują terytorium Kaszmiru, które obie strony uważają za swoje, oraz kwestie związane z terroryzmem i ekstremizmem religijnym. Napięcia są podsycane przez politykę wewnętrzną, nacjonalizm religijny oraz historyczne urazy, co czyni ten konflikt przykładem współczesnego zderzenia cywilizacyjnego. Aleksander Głogowski zwraca również uwagę na to, że konflikt ten jest traktowany przez społeczność międzynarodową z większą powagą z uwagi na posiadanie broni atomowej przez państwa. Istotne jest zwłaszcza zaangażowanie Stanów Zjednoczonych w wygaszanie konfliktu^[30]. W rejonie dochodzi do zabójstw i przemocy wobec cywilów, stosowania tortur i okrutnego traktowania, przymusowych zaginięć, ograniczenia wolności wypowiedzi i zgromadzeń, nadużyć seksualnych i przemocy wobec kobiet^[31].

W Sudanie Południowym, konflikt etniczny między Dinkami a Nuerami nasilił się po uzyskaniu niepodległości w 2011 roku, kluczową rolę odgrywają czynniki ekonomiczne, w tym kontrola nad zasobami ropy naftowej^[32].

²⁹ Stephen Cohen, *The Idea of Pakistan* (Washington: Brookings Institution Press, 2004), 5-6.

³⁰ Aleksander Głogowski, „Konflikt indyjsko-pakistański w perspektywie koncepcji Kennetha Waltza i Johna Mearsheimera”, [w:] *Teoria realizmu w nauce o stosunkach międzynarodowych: założenia i zastosowania badawcze*, red. Edward Halizak, Jacek Czaputowicz (Warszawa: Polskie Towarzystwo Studiów Międzynarodowych, Wydawnictwo Rambler, 2014), 303-305.

³¹ Interantional Federation for Human Rights (FIDH), *Key human rights issues of concern in Indian-Administered Jammu & Kashmir*, (FIDH: 2019), 1-15. https://www.fidh.org/IMG/pdf/20190315_kashmir_briefing_note_-_final.pdf. [dostęp: 30.08.2024].

³² O nieświadome wspieranie działań prowadzących do naruszeń praw człowieka oskarżane były takie korporacje jak: China National Petroleum Corporation, PetroChina, indyjska firma naftowa ONGC Videsh, szwedzka firma naftowa Lundin Petroleum i francuska firma technologiczna Alcatel (obecnie Nokia). Zdaniem krytyków obecność międzynarodowych korporacji w Sudanie mogła wspierać finansowanie działań reżimu.

Raporty Amnesty International wskazują na systematyczne naruszenia praw człowieka, w tym masowe mordy, gwałty i przymusowe wysiedlenia. Ukazany schemat naruszeń obejmuje okrucieństwa i przymusowe przesiedlenia wewnętrzne dużych populacji lokalnej ludności oraz powiązania między masowymi naruszeniami praw człowieka przez siły rządowe a operacjami naftowymi prowadzonymi przez firmy zagraniczne^[33]. Konflikt ten jest również analizowany przez Międzynarodowy Trybunał Karny, który bada możliwość zbrodni przeciwko ludzkości związanych z walką o zasoby naturalne. Chociaż Sudan nie jest stroną Statutu Rzymskiego, sprawę Darfuru skierowała do Trybunału Rada Bezpieczeństwa ONZ w 2005 roku^[34]. Konflikt trwa nadal, a Sudan stoi w obliczu niewyobrażalnej katastrofy humanitarnej.

Konflikt izraelsko-palestyński należy do jednych z najbardziej długotrwałych i skomplikowanych konfliktów. W analizach naukowych jest on często interpretowany jako przejaw głębokich różnic cywilizacyjnych między żydowską tożsamością narodową a arabską i muzułmańską tożsamością Palestyńczyków. Z perspektywy palestyńskiej konflikt ma cztery wymiary: polityczny, obejmujący uznanie prawa do samostanowienia; terytorialny, dotyczący utworzenia suwerennego państwa; ideologiczny, związany z prawem do powrotu uchodźców; oraz religijny, odzwierciedlający walkę fundamentalistycznych grup. Natomiast z izraelskiego punktu widzenia konflikt dotyczy aspektów terytorialnych, religijno-ideologicznych, demograficznych i bezpieczeństwa^[35]. Przykłady masowych naruszeń praw człowieka obejmują operacje wojskowe w Strefie Gazy, które skutkowały licznymi ofiarami cywilnymi, blokady, które ograniczają dostęp do podstawowych środków do życia, ograniczenie swobodny przemieszczania się, odmowa do udziału w życiu politycznym, dyskryminacja w zakresie osadnictwa, mieszkalnictwa, rozwoju gruntów, obywatelstwa,

³³ Amnesty International, *Sudan: The Human Price of Oil* (AI: nr indeksu AFR 54/001/2000), 1-18. <https://www.amnesty.org/en/documents/afr54/001/2000/en/>. [dostęp: 30.08.2024].

³⁴ W rezolucji 1593 z dnia 31 marca 2005 r. Rada Bezpieczeństwa ONZ podjęła decyzję o przekazaniu sprawy Darfuru od dnia 1 lipca 2002 r. Prokuratorowi w Międzynarodowym Trybunale Karnym. Zob. również Rada Unii Europejskiej, *Wspólne działania Rady 2005/557/WPZiB z dnia 18 lipca 2005 r. w sprawie cywilno-wojskowego działania Unii Europejskiej wspierającej misję Unii Afrykańskiej w regionie Darfur w Sudanie* (Dz. Urz. UE L.188/46: 2005), 1-6.

³⁵ Jacek Świrkowicz, *Narodziny izraelsko-palestyńskiego procesu pokojowego* (Warszawa: Fundacja Stosunków Międzynarodowych, 2006), 58-59.

języka i kultury^[36]. Z kolei ataki rakietowe ze strony grup takich jak Hamas na izraelskie miasta stanowią naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego^[37]. Podobnie ataki izraelskie, które spowodowały masowe ofiary śmiertelne wśród ludności cywilnej^[38]. W ciągu ostatnich dwóch dekad Izrael opracował najbardziej zaawansowany na świecie system zezwoleń, aby kontrolować i monitorować przemieszczanie się ponad pięciu milionów Palestyńczyków. Rasowa hierarchia obywatelstwa i miejsca zamieszkania doprowadziła do zróżnicowania praw mieszkańców^[39]. Jako przykład jednostronnej działalności Izraela wymienia się także budowę od 2002 roku muru na Zachodnim Brzegu, zwanego murem separacyjnym^[40]. Wprowadzona w 2018 roku ustawa o państwie narodu żydowskiego określa prawo narodu żydowskiego do samostanowienia, wykluczając inne grupy. Ustanawia ona fundamentalne i uzasadnione rozróżnienie między Żydami a nie-Żydami zarówno w Izraelu, jak i na świecie. Umożliwia instytucjonalizację dyskryminacji na korzyść Żydów w kwestiach osadnictwa, mieszkalnictwa, rozwoju gruntów, obywatelstwa, języka oraz kultury^[41]. Zdaniem Alona Harela ustawa to nielegalna próba utrwalenia partykularnych wartości w podzielonym społeczeństwie^[42]. W 2024 roku Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że okupacja terytoriów Palestyny przez Izrael jest *de facto* aneksją^[43]. W tym samym roku w maju Prokurator MTK

³⁶ Izraelskie Centrum Informacji o Prawach Człowieka na Terytoriach Okupowanych (B'Tselem), *A regime of Jewish supremacy from the Jordan River to the Mediterranean Sea: This Is Apartheid* (B'Tselem: 2021), 1-8. <https://www.btselem.org/>. [dostęp: 30.08.2024].

³⁷ Stefania Kolarz, „Prawne aspekty wojny między Izraelem a Hamasem” *Polski Instytut Spraw Międzynarodowych*, nr 45 (2023): 1-2.

³⁸ Human Rights Watch, *Gaza: Apparent War Crimes During May Fighting* (HRW: 2021). <https://www.hrw.org/news/2021/07/27/gaza-apparent-war-crimes-during-may-fighting>. [dostęp: 30.08.2024].

³⁹ *The One State Reality: What Is Israel/Palestine?*, red. Michael Barnett, Nathan J. Brown, Marc Lynch, Shibley Telhami (New York: Cornell University Press, 2023), 88-92.

⁴⁰ Ibidem, 224.

⁴¹ Sporne przepisy zawiera zwłaszcza pkt 1.C. ustawy. Gwarantują one prawo do samostanowienia w Izraelu wyłącznie ludności żydowskiej. Zob. *Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People* uchwalona przez Knesset 19 lipca 2018.

⁴² Alon Harel, „Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People: Lessons for Particularistic and Universalistic Constitutional Legitimation” *Studia Iuridica*, nr 82 (2019): 101-114.

⁴³ International Court of Justice, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East*

złożył wnioski o wydanie nakazów aresztowania przez Izbę Przygotowawczą trzech przywódców Hamasu, premiera Izraela Benjamina Netanjahu oraz ministra obrony Yoava Gallanta za zbrodnie przeciwko ludzkości popełnione na terytorium Izraela i państwa Palestyna (w Strefie Gazy)^[44].

4 | Globalne wartości kontra lokalne tożsamości: relatywizm kulturowy w czasach globalizacji

Globalizacja to proces narastających powiązań między społeczeństwami, gospodarkami i kulturami, w którym przyspieszony proces wymiany idei, wartości i technologii wywiera także istotny wpływ na kształtowanie współczesnych konfliktów cywilizacyjnych. W literaturze globalizacja bywa także opisywana jako proces „skomplikowania” świata, gdzie lokalne wydarzenia mają coraz częściej globalne skutki, a zjawiska globalne wpływają na życie jednostek na poziomie lokalnym^[45]. Przenikanie się kultur i norm międzynarodowych w dziedzinie prawa człowieka, demokratyzacji czy zasad gospodarki wolnorynkowej stwarza liczne napięcia, zwłaszcza tam, gdzie lokalne społeczności odczuwają zagrożenie dla swoich tradycji i tożsamości kulturowych. Kluczową rolę w tym procesie odgrywa relatywizm kulturowy, który zakłada, że każda kultura powinna być oceniana w kontekście swoich własnych norm i wartości, a nie według uniwersalnych standardów^[46]. W efekcie, zderzenie globalnych norm i lokalnych tradycji prowadzi do eskalacji konfliktów cywilizacyjnych, szczególnie w regionach

Jerusalem (ICJ: 19 July 2024). <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-sum-01-00-en.pdf>.

⁴⁴ MTK, *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine* (MTK, 2024). Ogłoszenie wszczęcia dochodzenia dotyczącego sytuacji w Państwie Palestyńskim zostało ogłoszone przez Prokuratora MTK w dniu 3 marca 2021 roku. Dochodzenie jest w toku. W dniu 9 sierpnia 2024 roku Izba Przygotowawcza umorzyła postępowanie przeciwko Ismailowi Haniyehowi (dowódca biura politycznego Hamasu). MTK, *Decision terminating proceedings against Mr Ismail Haniyeh*, ICC-01/18-324. Icc-cpi.int. [dostęp: 30.08.2024].

⁴⁵ Na dialektyczność procesu globalizacji zwraca uwagę Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity* (Cambridge: Stanford University Press, 1996), 63-64.

⁴⁶ Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 29-45.

takich jak Bliski Wschód, Azja Południowa i Afryka Subsaharyjska, gdzie międzynarodowe interwencje lub próby narzucenia uniwersalnych standardów są postrzegane jako zagrożenie dla suwerenności i tożsamości.

Relatywizm kulturowy odgrywa kluczową rolę w podtrzymywaniu lokalnych norm i wartości, które niejednokrotnie stoją w sprzeczności z uniwersalnymi standardami praw człowieka^[47]. Dla wielu społeczności relatywizm jest sposobem na zachowanie autonomii i ochronę przed uniformizacją. Inne czynniki podtrzymujące lokalne wartości to między innymi interesy polityczne i ekonomiczne lokalnych elit, nacjonalizm oraz reakcje na globalizację. Tradycyjne wartości są często wykorzystywane jako narzędzie do legitymizowania władzy lub wyrażania oporu wobec globalnych wpływów, co pokazuje, że ich trwałość wynika z wielu złożonych czynników. Lokalne władze, często w imię relatywizmu kulturowego, odrzucają międzynarodowe standardy, uzasadniając swoje działania tradycjami religijnymi i kulturowymi, co prowadzi do marginalizacji mniejszości oraz eskalacji przemocy. Przykładem są opisywane konflikty w Syrii, Myanmarze czy Jemenie.

Jednym z najbardziej złożonych aspektów globalizacji, który przyczynia się do eskalacji konfliktów cywilizacyjnych, jest finansowanie wojen. Globalne rynki finansowe i sieci kapitałowe umożliwiają łatwiejszy przepływ funduszy, co sprawia, że konflikty mogą być dłużej utrzymywane przez zainteresowane strony. Państwa i różne podmioty mogą korzystać z globalnych mechanizmów finansowych, aby finansować swoje działania wojskowe, uzyskując wsparcie od zagranicznych rządów, grup międzynarodowych czy organizacji paramilitarnych^[48]. Zewnętrzne mocarstwa, takie jak Rosja, USA czy Chiny, często wspierają strony konfliktów w takich miejscach jak Iran^[49], Syria czy Jemen, co dodatkowo komplikuje te konflikty. Relatywizm kulturowy może być również wykorzystywany do usprawiedliwiania różnic w podejściu do prawa międzynarodowego.

⁴⁷ Adamantia Pollis i Peter Schwab uznają, że prawa człowieka mogą być ważne tylko w odniesieniu do danej kultury, nie mają waloru moralnej uniwersalności. Zob. Adamantia Pollis, Peter Schwab, *Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability* (Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives, 1979), 1-29.

⁴⁸ Marcin Lasoń, „Prywatyzacja konfliktów zbrojnych i jej wpływ na bezpieczeństwo międzynarodowe w XXI” *Krakowskie Studia Międzynarodowe*, nr 1 (2015): 96-113.

⁴⁹ Max Bergmann ed. al., *Collaboration for a Price: Russian Military-Technical Cooperation with China, Iran, and North Korea* (Center For Strategic & International Studies: 2024). <https://www.csis.org/analysis/collaboration-price-russian-military-technical-cooperation-china-iran-and-north-korea>. [dostęp: 30.08.2024].

Globalizacja nie tylko umożliwia przepływ kapitału na poziomie państwowym, ale także daje jednostkom wpływ na decyzje dotyczące konfliktów. Osoby z dostępem do zasobów finansowych, kapitału politycznego i technologii mogą przyspieszać bądź hamować eskalację konfliktów, zależnie od interesów, jakie reprezentują. Przykładem są podmioty zewnętrzne wspierający strony konfliktów środkami finansowymi, umożliwiając kontynuację walki zbrojnej^[50]. Decyzje jednostek w kontekście globalizacji i relatywizmu kulturowego mogą wpływać na utrzymanie lokalnych tradycji lub ich przekształcenie w narzędzie oporu wobec zewnętrznych wpływów. Polityczni liderzy manipulujący relatywizmem kulturowym mogą wykorzystywać globalne zasoby, aby legitymizować swoje działania, przeciwdziałając międzynarodowym naciskom. To prowadzi do eskalacji konfliktów, podkreślając rolę podmiotów zewnętrznych w globalnych mechanizmach finansowania wojen^[51]. Globalizacja staje się wówczas katalizatorem wzmocnienia lokalnych ruchów oporu przeciwko narzucaniu obcych norm i wartości. W miarę eskalacji konfliktu rośnie zapotrzebowanie na waluty stabilnych państw, takich jak dolar amerykański czy euro, co umożliwia dostęp do globalnych rynków i zasobów. Zdolność emisji waluty przez kraje uczestniczące w konfliktach odgrywa kluczową rolę w podtrzymywaniu działań zbrojnych. W ten sposób wojny stają się formą globalnego przemysłu, w którym kontrola nad zasobami materialnymi – takimi jak żywność, energia czy broń – wyprzedza ideologiczne i religijne motywacje. Naomi Klein w *The Shock Doctrine* opisuje, jak międzynarodowe korporacje i rządy wykorzystują konflikty do wyzyskiwania rynków, posługując się przy tym drastycznymi metodami stanowiącymi poważne naruszenia prawa człowieka^[52].

⁵⁰ Niklas Karlen, *Sponsors of War: State Support for Rebel Groups in Civil Conflicts* (Uppsala: Uppsala Universitet, 2017), 7-40.

⁵¹ David Keen, *The Economic Functions of Violence in Civil Wars* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 15-23.

⁵² Zdaniem autorki kapitalizm katastroficzny istnieje obecnie jako rozwijająca się nowa gospodarka. Naomi Klein, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism* (Toronto: Knopf Canada, 2007), chap. 17. [dostęp: 30.08.2024].

5 | Wnioski i strategie w rozwiązywaniu konfliktów cywilizacyjnych

Współczesne strategie rozwiązywania konfliktów cywilizacyjnych opierają się na połączeniu tradycyjnych metod, takich jak dyplomacja i mediacja, z nowymi podejściami mającymi na celu bardziej skuteczne i trwałe rozwiązania. Klasyczne metody, takie jak negocjacje i sankcje, choć w wielu przypadkach przynoszą wymierne efekty, często nie są wystarczające ze względu na głębokie uwarunkowania kulturowe, religijne i ekonomiczne, które leżą u podstaw konfliktów cywilizacyjnych^[53]. Jedną ze stosowanych strategii jest mediacja międzykulturowa, która zakłada zaangażowanie mediatorów posiadających głęboką wiedzę na temat kultur i tradycji stron konfliktu. Umożliwia to lepsze zrozumienie i szacunek dla różnorodnych perspektyw, co może prowadzić do bardziej trwałego i akceptowalnego porozumienia^[54]. Mediacje międzykulturowe były stosowane z sukcesem, między innymi w procesie pokojowym w Irlandii Północnej, gdzie uwzględniono zarówno kwestie religijne, jak i narodowe^[55].

Kolejną skuteczną strategią jest wzmocnienie roli organizacji międzynarodowych, takich jak ONZ, Międzynarodowy Trybunał Karny oraz organizacji regionalnych. Organizacje te, poprzez inicjatywy takie jak misje pokojowe, rezolucje i mediacje, odgrywają kluczową rolę w zapobieganiu eskalacji konfliktów i ochronie praw człowieka. Przykładem jest zaangażowanie ONZ w proces pokojowy w Sudanie, który doprowadził do zawarcia porozumienia pokojowego w 2005 roku^[56]. Mimo to skuteczność tych organizacji jest często ograniczona przez brak jednomyślności w Radzie Bezpieczeństwa ONZ oraz wpływy geopolityczne mocarstw.

⁵³ *Peacemaking in International Conflict: Methods and Techniques*, ed. William I. Zartman (Washington: United States Institute of Peace, 2007), 26-60.

⁵⁴ Mohammed Abu-Nimer, *Reconciliation, Justice, and Coexistence: Theory and Practice*. (Lanham, MD: Lexington Books, 2007), chap. VII.

⁵⁵ Neil Jarman, „The Challenge of Peace Building and Conflict Transformation: A Case Study of Northern Ireland” *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal*, nr 2 (2016): 119-122.

⁵⁶ United Nations, *Comprehensive Peace Agreement Between The Government of The Republic of The Sudan and The Sudan People's Liberation Movement/Sudan People's Liberation Army* (UN Peacemaker, 2005). <https://peacemaker.un.org/sites/default/files/document/files/2024/05/sdo6000othe20comprehensive20peace20agreement.pdf>. [dostęp: 30.08.2024].

W ostatnich latach zauważalny jest wzrost znaczenia strategii oddolnych, takich jak edukacja na temat praw człowieka, dialog międzyreligijny oraz budowanie społeczeństwa obywatelskiego. Edukacja w zakresie tolerancji i praw człowieka może odgrywać kluczową rolę w zapobieganiu konfliktom, zwłaszcza w regionach o wysokim stopniu różnorodności etnicznej i religijnej^[57]. Inicjatywy społeczeństwa obywatelskiego, takie jak projekty na rzecz dialogu międzyreligijnego, przyczyniają się do budowania zaufania i zrozumienia między różnymi grupami społecznymi, co może prowadzić do pokojowego współistnienia^[58]. Nowatorskie strategie obejmują również wykorzystanie technologii w procesach pokojowych. Media społecznościowe i narzędzia cyfrowe mogą służyć do monitorowania konfliktów, rozpowszechniania informacji oraz mobilizacji społecznej na rzecz pokoju. Jednak ich skuteczność jest zależna od kontekstu i może być ograniczona przez dezinformację oraz propagandę.

Podsumowując, rozwiązanie konfliktów cywilizacyjnych wymaga kompleksowego podejścia, które łączy tradycyjne metody z nowatorskimi strategiami. Kluczowe znaczenie ma zrozumienie i poszanowanie różnorodności kulturowej, co można osiągnąć poprzez mediację międzykulturową i edukację na temat praw człowieka. Rola organizacji międzynarodowych, takich jak ONZ i MTK, pozostaje istotna, jednak ich skuteczność jest często ograniczona przez geopolityczne interesy. Z tego względu, rosnące znaczenie mają inicjatywy oddolne i innowacyjne narzędzia cyfrowe, które mogą wspierać proces pokojowy na poziomie lokalnym i globalnym. Dodatkowo, presja społeczna na pokojowe rozwiązania konfliktów odzwierciedla globalne dążenie do ograniczenia przemocy zbrojnej i promowania dialogu.

⁵⁷ Pamela R. Aall, Jeffrey W. Helsing, Alan C. Todwell, „Addressing Conflict through Education”, [w:] *Peacemaking in International Conflict: Methods and Techniques*, red. William Zartman (Washington: United States Institute of Peace, 2007), 327-354.

⁵⁸ Robert Scott Appleby, *The Ambivalence of the Sacred: Religion, Violence, and Reconciliation* (Lanham: Rowman & Littlefield, 2000), 207-230.

Bibliografia

- Aall Pamela, Jacob Bercovitch, Richard B. Bilder, David Courtright, Daniel Druckman, Ronald J. Fisher, Jeffrey W. Helsing, Herbert C. Kelman, Louis Kriesberg, Michael Lekson, *Peacemaking in International Conflict: Methods and Techniques*. Washington: United States Institute of Peace, 2007.
- Abu-Nimer Mohammed, *Reconciliation, Justice, and Coexistence: Theory and Practice*. Lanham, MD: Lexington Books, 2007.
- Appadurai Arian, *Modernity At Large: Cultural Dimensions of Globalization*. Minneapolis. Minnesota: University of Minnesota Press, 1996.
- Appadurai Arjun, *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996.
- Appleby Robert Scott, *The Ambivalence of the Sacred: Religion, Violence, and Reconciliation*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2000.
- Armstrong Karen, *Holy War: The Crusades and Their Impact on Today's World*. New York: Anchor Books, 2001.
- Bergmann Max, Maria Snegovaya, Tina Dolbaia, Nick Fenton, *Collaboration for a Price: Russian Military-Technical Cooperation with China, Iran, and North Korea*. Center For Strategic & International Studies, 2024. <https://www.csis.org/analysis/collaboration-price-russian-military-technical-cooperation-china-iran-and-north-korea>.
- Cohen Stephen, *The Idea of Pakistan*. Washington: Brookings Institution Press, 2004.
- Dach Zofia, „Globalizacja – wyzwania i zagrożenia”, [w:] *Polska wobec procesów globalizacji*. red. Zofia Dach. 13-29. Warszawa: Wydawnictwo Dialog, 2010.
- Denysiuk Irmina, Osypowicz Marta, „Współczesne oblicze konfliktów zbrojnych: nowe zjawisko a kontynuacja nurtu działań partyzanckich”, [w:] *Oblicza współczesnych wojen*, red. Mariusz Kubiak, Ryszard Wróblewski. 339-353. Warszawa-Siedlce: Oficyna Wydawnicza Aspra-JR, Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny, 2018.
- Fanon Frantz, *The Wretched of the Earth*. New York: Grove Press, 1961.
- Giddens Anthony, *Runaway World: How Globalization is Reshaping Our Lives*. London: Profil, 1999.
- Giddens Anthony, *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Stanford University Press, 1996.
- Głogowski Aleksander, „Konflikt indyjsko-pakistański w perspektywie koncepcji Kennetha Waltza i Johna Mearsheimera”, [w:] *Teoria realizmu w nauce o stosunkach międzynarodowych: założenia i zastosowania badawcze*, red. Edward Haliżak, Jacek Czaputowicz. 295-307. Warszawa: Polskie Towarzystwo Studiów Międzynarodowych, Rambler, 2014.

- Harel Alon, „Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People: Lessons for Particularistic and Universalistic Constitutional Legitimation” *Studia Iuridica*, nr 82 (2019): 101-114.
- Holland Tom, *Persian fire: the first world empire and the battle for the West*. New York: Anchor Books, 2007.
- Huntington Samuel, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster, 1996.
- Jarman Neil, „The Challenge of Peace Building and Conflict Transformation: A Case Study of Northern Ireland” *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal*, nr 2 (2016): 117-128.
- Joffe Josef, *The Great Powers*. London: Phoenix, 1999.
- Karlen Niklas, *Sponsors of War: State Support for Rebel Groups in Civil Conflicts*. Uppsala: Uppsala Universitet, 2017.
- Karleskint Peter, Jonathan Matusitz, „Compliance-Gaining Theory as a Method to Analyze U.S. Support of the Free Syrian Army (FSA)” *Journal of Geography, Politics and Society*, nr 4 (2021): 29-36. <https://doi.org/10.26881/jpgs.2021.4.03>.
- Keen David, *The Economic Functions of Violence in Civil Wars*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Klein Naomi, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*. Toronto: Knopf Canada, 2007.
- Kolarz Stefania, „Prawne aspekty wojny między Izraelem a Hamasem” *Polski Instytut Spraw Międzynarodowych*, nr 45 (2023): 1-2.
- Lasoń Marcin, „Prywatyzacja konfliktów zbrojnych i jej wpływ na bezpieczeństwo międzynarodowe w XXI w.” *Krakowskie Studia Międzynarodowe*, nr 1 (2015): 96-113.
- Melko Matthew, *The Nature of Civilizations*. Boston: Porter Sargens, 1969.
- Mia Irene, *Armed Conflict Survey 2023. Editor's Introduction*. London: IISS, 2023. <https://www.iiss.org/research/conflict-security-and-development/>.
- Noah Samuel, *The Sumerians: their history, culture, and character*. Chicago: University of Chicago Press, 1963.
- The One State Reality: What Is Israel/Palestine?*. ed. Michael Bernett, Nathan Brown, Marc Lynch, Shibley Telhami. New York: Cornell University Press, 2023.
- Orłowski Witold, *Stulecie chaosu. Alternatywne dzieje XX wieku*. Warszawa: Wydawnictwo Open, 2006.
- Osterhammel Jürgen, *Colonialism: A Theoretical Overview*. Princeton: Markus Wiener Publishers, 1997.
- Piotrowski Marcin Andrzej, „Perspektywy dalszej eskalacji amerykańsko-irańskiej w Jemenie” *Polski Instytut Spraw Międzynarodowych. Biuletyn*, nr 15 (2024): 1-2.

- Pollis Adamantia, Peter Schwab, *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*. New York: Praeger, 1979.
- Said Edward, *Orientalism*. New York: Pantheon Books, 1978.
- Sen Amartya, *Identity and Violence: The Illusion of Destiny*. New York: W.W. Norton & Company, 2007.
- Świrkowicz Jacek, *Narodziny izraelsko-palestyńskiego procesu pokojowego*. Warszawa: Fundacja Stosunków Międzynarodowych, 2006.
- Tharoor Shashi, *Inglorious Empire: What the British Did to India*. London: C. Hurst & Co, 2017.
- Todoroy Tzvetan, *The Conquest of America: The Question of the Other*. New York: Harper & Row, 1984.



The Conclusion of an International Agreement by the Holy See

Abstract

The concordat is an international, bilateral agreement concluded between the supreme authorities of a State and the Catholic Church (represented by the Apostolic See) on the basis of a partnership between the parties. In practice, apart from the term 'concordat', other terms, such as 'convention' or 'treaty', are used to designate the international agreement to which the situation of the Catholic Church on the territory of a particular state is the object. In the procedure for concordat conclusion, the Holy See applies not only the relevant regulations stipulated in international law (especially the Vienna Convention on the Law of Treaties), but the Catholic Church's own law (the 1983 Code of Canon Law). Therefore, the procedure for concluding a concordat can be divided into the following stages: 1) the granting of full authority to negotiate and adopt the text of an international agreement and to conduct negotiations; 2) the authentication of the text and the initialling of the international agreement; 3) the signing, ratification and exchange of ratification documents; 4) the promulgation and entry into force of an international agreement.

KEYWORDS: international law, international agreements, concordat, Vienna Convention on the Law of Treaties, Holy See

AGNIESZKA ROMANKO – PhD in law, John Paul II Catholic University of Lublin,
ORCID: 0000-0001-9206-747X, e-mail: agnieszka24@kul.pl

1 | Introduction

The scope of the Holy See's public law capacity includes not only the establishment of relations with other subjects of international law (*ius legationis*) or participation in international organisations – both as a member and as

an observer^[1], but also the conclusion of international agreements (*ius contrahendi*).^[2]

At the beginning it should be mentioned that the Apostolic See is an entity of international law other than the Vatican City State (created in 1929). The Apostolic See is the supreme governmental organ of the Catholic Church, representing it in the international arena while the Vatican City State (Città del Vaticano) is subject to international law that integrates some organizations of technical character of that State (not of the Catholic Church).^[3] The Holy See and the Vatican City State are therefore two separate entities of an international law, which are united by the person of the Bishop of Rome. Consequently, both the Holy See and the Vatican City State can conclude the international agreements, but they are agreements of a different nature. The Vatican City State concludes agreements concerning the functioning of the Vatican as a state, while the Holy See concludes agreements on behalf of the Catholic Church, which it represents on the international stage. Most often, the agreements concluded by the Holy See with a specific state regulate the legal situation of the Catholic Church in that state – they are then called concordats. The concordat refers to a situation when two sovereign subjects under international law, e.g. the Holy See and a state, are parties to an international agreement and its content

¹ Grzegorz Świsł, „Stolica Apostolska jako podmiot prawa międzynarodowego” *Gdańskie Studia Prawnicze*, vol. XXXVIII (2017): 706-708; Mirosław Sitarz, „Rodzaje i kompetencje legatów papieskich”, [in:] *Fides – Veritas – Iustitia. Księga Pamiątkowa dedykowana Księdzu Biskupowi Antoniemu Stankiewiczowi*, ed. Piotr Stanisław, Leszek Adamowicz, Marta Greszka-Telusiewicz (Lublin: „Libropolis”, 2013), 45-59.

² Sławomir Majczyk, „Prawo do zawierania umów międzynarodowych przez Stolicę Apostolską” *Studia Iuridica*, vol. LXXXVI (2020): 157-158; see also Paweł Bogacki, *Stolica Apostolska jako podmiot prawa międzynarodowego* (Warszawa: Instytut Wydawniczy PAX, 2009); Herihert F. Köck, *Die völkerrechtliche Stellung des Heiligen Stuhls. Dargestellt an seinen Beziehungen zu Staaten und internationalen Organisationen* (Berlin: Duncker & Humblot, 1975); Piotr Łaski, Karolina Słotwińska, „Stolica Apostolska a Państwo-Miasto Watykan. Kilka uwag o wspólnej podmiotowości prawnomiędzynarodowej” *Kościół i Prawo*, No. 1 (2021): 57-68.

³ More see Josef L. Kunz, „The Status of the Holy See in International Law” *The American Journal of International Law*, No. 2 (1952): 308-314; Ioana Cismas, *Religious Actors and International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014); Kurt Martens, „The position of the Holy See and the Vatican City state in international relations” *University of Detroit Mercy Law Review*, No. 5 (2006): 729-760; Yves-Marie Leroy De La Brière, *La Condition juridique de la Cité du Vatican*, ([S.l.]: [éditeur inconnu], 1930); Hyginus E. Cardinale, *The Holy See and the International Order* (Toronto: Macmillan, 1976); Jan Staszków, „Podmiotowość Watykanu i Stolicy Apostolskiej w prawie międzynarodowym publicznym” *Krakowskie Studia Międzynarodowe*, No. 3 (2006): 201-210.

concerns the legal situation of the Catholic Church (represented by the Holy See) on the territory of that state.^[4] What is more, the Holy See (as a subject of international law) may also conclude agreements (bilateral and multi-lateral) that are not of a religious nature but concerning the material basis of its functioning, e.g. in monetary matters.^[5]

However, the subject of this article will be just the procedure for concluding a bilateral international agreement, known as a concordat, by the Holy See. Therefore, this article aims to answer the following questions: 1) What are essential elements of an international agreement – e.g. a concordat – concluded by the Holy See? 2) Why is the Holy See, at the various stages of the procedure for concluding a concordat, bound both by the law of the Catholic Church and by international law? Whether the Concordat is an agreement *sui generis* or an agreement in the proper sense? In this context, the article begins by clarifying the concept of a concordat, followed by an analysis of the various stages of its conclusion.

2 | The definition of the concordat

The concordat is an international, bilateral agreement^[6] concluded between the supreme authorities of a State and the Catholic Church on the basis of a partnership between the parties. The Catholic Church – as religious community with a universal scope – is represented by the Holy See.

The doctrine distinguishes between the concept of “concordat” in a narrower (*sensu stricto*) and a broader sense (*sensu largo*). In the strict sense, the concordat is a solemn international agreement (*conventio sollemnis*) between the Holy See and the highest authorities of a state, on matters of

⁴ By virtue of its unquestionable public law capacity on the international level, the Holy See may also conclude other bilateral agreements with states containing so-called “extra-ecclesiastical” content, as well as multilateral international agreements. See more: *Agreements of the Holy See*. https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/index_concordati-accordi_en.htm. [accessed: 23.11.2023].

⁵ See *Conventio monetalis pactio inter Statum Civitatis Vaticanae et eius opera inter Sanctam Sedem et Communitatem Europaeam. Convenzione monetaria tra l'Unione Europea e lo Stato Della Città del Vaticano* (17.12.2009), AAS 102 (2010), p. 60-65.

⁶ More on the international agreements see: Anna Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka* (Warszawa: Prawo i Praktyka, 2006).

interest to both parties regardless of their scope, concluded on the principle of partnership and with effects for both parties (among others, the *pacta sunt servanda* principle). In a broader sense, the concordat is understood as any agreement between the Holy See and a given state regulating matters concerning the situation of the Catholic Church on the territory of that state.^[7]

In legislative and diplomatic practice, apart from the term “concordat”, other terms, such as “convention,” “treaty,” “settlement,” “memorandum,” are used to designate an international agreement to which the Holy See is one of the parties and the situation of the Catholic Church on the territory of a particular state is the object.^[8]

The doctrine of international law and ecclesiastical public law distinguishes the concordat types according to three criteria:

1. the scope of the matters regulated and the degree of their specificity – comprehensive concordats (defining the basic principles of mutual relations between the Catholic Church and a given state, regulating a wide range of matters) and subject-specific concordats (defining selected matters of relations between the Catholic Church and a given state, e.g. military ministry or property-related matters);
2. the form of concordat agreements – concordats concluded in a solemn form (with observance of all the requirements of international procedure; it is an ordinary form of concordat conclusion, such concordats constitute a new source of law binding for the parties) and concordats concluded in a simplified form (they have a purely declarative character, ratified without the consent of the parliament; in principle they do not introduce new regulations to those already in force);
3. the form of drafting of legal regulations – concordats contain so-called referring clauses to:

⁷ See more: John R. Morss, “The International Legal Status of the Vatican/Holy See Complex” *European Journal of International Law*, No. 4 (2016): 927-931. <https://doi.org/10.1093/ejil/chv062>; Cedric Ryngaert, „The Legal Status of the Holy See” *Goettingen Journal of International Law*, No. 3 (2011): 839-843; Irena Głuszyńska, „Konkordat jako instrument prawny regulujący stosunki między państwem a Kościołem” *Politeja*, No. 1 (2017): 85-102.

⁸ See also Justyna Krzywkowska, “Konkordat jako element polskiego systemu prawa wyznaniowego” *Studia Prawnoustrojowe*, vol. 46 (2019): 177-187.

- a. the norms contained in the concordat previously in force;
- b. the norms contained in the laws in force at the time of ratification of the concordat;
- c. a new regulation that can be enacted unilaterally by the state authorities;
- d. a future bilateral agreement between the Holy See and the state;
- e. a future bilateral agreement between the government and the conference of bishops in that state.^[9]

3 | The will to conclude an international agreement

According to the teaching of the Second Vatican Council (1962-1965) contained in the constitution *Gaudium et spes*,^[10]

It is very important, especially where a pluralistic society prevails, that there be a correct notion of the relationship between the political community and the Church [...]. The Church and the political community in their own fields are autonomous and independent from each other. Yet both, under different titles, are devoted to the personal and social vocation of the same men. The more that both foster sounder cooperation between themselves with due consideration for the circumstances of time and place, the more effective will their service be exercised for the good of all [...]. The Church herself makes use of temporal things insofar as her own mission requires it. [...] (No. 76).

The principle of freedom of contract is expressed in the autonomy of the will of the parties (i.e. the Holy See and a given state), who, on the basis and within the limits of the law, can define their legal situation. On the part of the Catholic Church, it is the papal legate who acts on behalf of and with the authority of the Holy See, who has the task of developing

⁹ Józef Krukowski, *Concordats between the Holy See and Poland. History and the Present* (Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL, 2020), 23-28.

¹⁰ *Pastoral Constitution on the Church in the Modern World 'Gaudium et spes'* (07.12.1965). https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_en.html. [accessed: 23.11.2023].

and maintaining the relations between the Holy See and the government of the country in which he conducts his mission.^[11]

4 | The granting of full powers to negotiate and adopt the text of an international agreement and conduct negotiations

“Full powers” in international law are defined as

[...] a document emanating from the competent authority of a state designating a person or persons to represent the state for negotiating, adopting or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the state to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty.^[12]

A person is considered to represent a State if he or she produces the appropriate full powers or if it is clear from practice that the person represents the State – in which case he or she is exempted from producing full powers.^[13]

According to the Catholic Church's own law,

It is also the special function of a pontifical legate who at the same time acts as a legate to states according to the norms of international law: 1° to promote and foster relations between the Apostolic See and the authorities of the state; 2° to deal with questions which pertain to relations between Catholic Church and state and in a special way to deal with the drafting and

¹¹ See: Pope Paul VI, „*Litterae apostolicae motu proprio datae ‘Sollicitudo omnium Ecclesiarum’ de muneribus Legatorum Romani Pontificis* (24.06.1969)” *Acta Apostolicae Sedis* vol. LXI (1969): 473-484, No. X; „*Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus* (25.01.1983)” *Acta Apostolicae Sedis* vol. LXXV (1983): part II: 1-317 [hereinafter: CIC/83], Canon 365 § 1, 1°.

¹² Vienna Convention on the Law of Treaties (23.05.1969), Article 2(1)(c). https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en. [accessed: 23.11.2023].

¹³ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 7(1).

implementation of concordats and other agreements of this type (Canon 365 § 1 CIC/83).

Therefore – on the part of the Holy See – negotiations concerning drafting the text of the concordat agreement are conducted by the papal legate, who should consult the bishops of the state concerned and inform them about the progress of the negotiations (Canon 365 § 2 CIC/83). At the same time, the Papal Legate acts as a legate for the States according to the norms of international law, for example, in practice, the Vienna Convention on the Law of Treaties. However it should be noted that the issue of direct application of the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties to the concordat concluded by the Apostolic See is not clearly decided in the doctrine of international law. Due to the fact that the Holy See is a party to the international agreement, which is the concordat, the question that must be asked is whether the concordat is a *sui generis* agreement or an agreement in the proper sense? In order to answer this question, it should first be noted that, in accordance with Article 2(1)(a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, “«treaty» means an international agreement concluded between States [...]”. If interpreted literally, international agreements (treaties) to which the Vienna Convention applies can only be concluded by the states. On the other hand, it should be noted that currently not just states, but also international organisations of universal and regional scope (mainly developed after World War II), which have legal personality, are parties to international agreements. What is more, in international law it is a consequence of international custom as evidence of the existence of a common practice accepted as law.^[14] The Holy See is therefore a subject of international law, even though, like international organisations, it has no territory of its own. The Concordat is therefore an international agreement in the true sense of the word.

The aim of the ongoing negotiations (which can last up to several years) is to agree on and draft the content of the international agreement, which should also contain certain formal elements, i.e.: 1) title – to designate an agreement between the Holy See and a particular state, regulating the legal situation of the Catholic Church on its territory, concluded in accordance with the procedure laid down in international law; various names are used in diplomatic practice (e.g. convention, memorandum, settlement); 2) intitutionation – designation of the parties, i.e. the sovereign subjects

¹⁴ See also Canon 27 CIC/83: „Custom is the best interpreter of laws.”

of international relations concluding the agreement (the Holy See and the particular state); 3) *arenga* – indication of the reasons why the parties have decided to conclude an international agreement (e.g. in the preamble); 4) *narratio* – includes the parties' appointment of their representatives, followed by the representatives' examination and acknowledgement of their powers and the representatives' consent to the provisions included in the agreement; 5) *disposition* – the substantive part of the concordat agreement, which depends on whether the concordat is comprehensive or subject-specific; 6) *transitional and final provisions* – refer to the manner of ratification and entry into force of the agreement, however, if the agreement is concluded for a definite period of time, the transitional and final provisions contain information on the term of the agreement; 7) *date and place of conclusion* – to determine the legal effects; 8) *signatures of the representatives and seals of the parties* – the signing of the international agreement (by the representatives: the papal legate and the foreign minister) should be distinguished from affixing of signatures ratifying the agreement – the Bishop of Rome and the Head of State.^[15]

The negotiations conclude with the adoption of the text of the agreement, i.e. the agreement of the parties to the negotiations.^[16]

5 | The authentication of the text and initialling the international agreement

The text of an international agreement may be established as authentic and definitive in two ways: a) by such procedure as may be provided for in the text or agreed upon by the parties; b) in the absence of such a procedure – by the signing or initialling of the text by the representatives of the parties.^[17]

Concordat agreements are drawn up in two copies, each in two languages – currently in Italian (Latin until the 18th century) and the national

¹⁵ More see Józef Krukowski, *Kościelne prawo publiczne. Prawo konkordatowe* (Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL, 2013), 252-253.

¹⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 9.

¹⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 10.

language of the given state. The texts drawn up in the two languages are deemed equally authentic.

According to custom, before a concordat is solemnly signed and ratified, it is subject to initialling. Initialling involves affixing the initials of the parties' representatives (i.e. the first letters of their first and last names) under the negotiated international agreement. This confirms the establishment of the authenticity of the text of the agreement, i.e. the completion of the drafting of its content. Initialling signifies the intention to give the international agreement a solemn character. It should be noted that initialling is different from giving consent to be bound by an agreement.^[18]

6 | The signature, ratification and exchange of ratification notes

Signing an international agreement implies consent to be bound by it. Consent resulting in the signing of an agreement can be expressed in three ways: (1) the agreement stipulates that the signature will have such effect; (2) it is otherwise established that the negotiating parties have agreed that the signature is to have such effect; (3) the intention of one of the parties to give the signature such effect is apparent from the full powers of its representative or was expressed during the negotiations.^[19] The signing of the agreement obliges the parties to submit the agreement for ratification. The concordat, according to custom, is first signed by the representative (plenipotentiary) of the Holy See, i.e. the papal legate.^[20]

Ratification is the final expression of consent to be bound by an international agreement. Consent, the consequence of which is ratification, can be expressed in four ways: (1) the agreement stipulates that such consent shall be expressed by ratification (e.g. Article 29 of the 1993 Concordat:

¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 12(2)(a) – the initialling of a text constitutes a signature of the treaty when it is established that the negotiating states so agreed.

¹⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 12(1).

²⁰ Józef Krukowski, "Konkordat", [in:] *Leksykon Prawa Kanonicznego*, ed. Mirosław Sitarz (Lublin: Stowarzyszenie Absolwentów i Przyjaciół Wydziału Prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 2019), 1367.

“This Concordat shall be subject to ratification”); (2) it is otherwise established that the negotiating parties have agreed that ratification is required; (3) the party’s representative has signed the agreement subject to ratification; or (4) the party’s intention to sign the agreement subject to ratification appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.^[21] On behalf of the Holy See, the signature ratifying the agreement is affixed by the Bishop of Rome.

The consequence of ratification is the approval of the agreement by the competent authority and the incorporation of the agreement into domestic legislation. It should be noted that, unlike secular legislation, the concordat in canon law is a source of particular law. Furthermore, if the agreement does not bring new elements into the legislation of the parties or has the character of provisional obligations, it is not subject to ratification.

The exchange of ratification notes marks the end of the ratification stage, as it brings to an end the relevant proceedings for the conclusion of an international agreement. According to the Vienna Convention on the Law of Treaties, unless an international agreement provides otherwise, instruments of ratification establish the consent of the parties to be bound by a treaty upon their exchange between the contracting parties.^[22] The exchange of ratification notes is carried out by the entities entitled to do so. On the part of the Holy See, this is the Cardinal Secretary of State at the head of the Secretariat of State.

Until the exchange of ratification notes an international agreement is not legally binding; however, this does not mean that it has no legal effect. Above all, the parties are obliged not to frustrate the object and purpose of the agreement before it enters into force. Indeed, according to the Vienna Convention on the Law of Treaties (Article 18), a party to an agreement is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of that treaty, *inter alia*, when it has signed an agreement or exchanged documents constituting an agreement subject to ratification, acceptance or approval, until it has disclosed that it does not intend to become a party to that agreement. In addition, the parties have the right to formulate reservations to the agreement, unless: 1) the reservation is prohibited by the agreement; 2) the agreement provides that only specific reservations

²¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 14(1).

²² E.g. Concordat between the Holy See and the Republic of Poland (28.07.1993), Journal of Laws of 1998, No. 51, item 318: the Concordat „shall enter into force one month after the date of the exchange of instruments of ratification” (Article 29).

may be made and the particular reservation is not one of them; 3) the reservation is incompatible with the object and purpose of the agreement.^[23]

7 | The promulgation and entry into force of an international agreement

The concordat is promulgated (in two authentic language versions) via official promulgation platforms of the parties. The official publication instrument of the Holy See is “Acta Apostolicae Sedis” – Acts of the Holy See (cf. Canon 8 CIC/83).

An international agreement enters into force in the manner and on the date stipulated in the agreement or agreed upon by the negotiating parties.^[24] In the 1993 Concordat, the date of entry into force was set by the parties in the final clause (Article 29): “It shall enter into force one month after the date of the exchange of instruments of ratification.”

8 | Conclusion

The following conclusions can be drawn from an analysis of the Holy See’s procedure for concluding concordats and the bilateral international agreements:

1. The Holy See – endowed with the attribute of sovereignty and public law capacity in international law – can conclude international agreements, both bilateral and multilateral. The concordat is a special type of bilateral agreement, as it regulates the legal situation of the Catholic Church and its adherents on the territory of the specific state with which the Holy See concludes an agreement. Therefore the essential elements of concordats are both the parties (Holy See

²³ Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 19-23.

²⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 24(1).

which represents the Catholic Church and the proper state) and the subject (the legal situation of the Catholic Church on the territory of that state) of the agreements.

2. The concordat is concluded according to a specific procedure, which involves the following stages: the granting of full powers to negotiate and adopt the text of the international agreement; the negotiation conducted by the parties; the authentication of the text and the initialling of the international agreement; the signing of the international agreement; the ratification of the international agreement and the exchange of ratification notes; the promulgation and entry into force of the international agreement.
3. In the procedure for concordat conclusion, the Holy See applies not only the relevant regulations stipulated in international law (especially the Vienna Convention on the Law of Treaties), but the Catholic Church's own law. In the Code of Canon Law, the legislator states twice (Canon 362 and Canon 365 CIC/83) that the papal legate who, on the part of the Holy See, negotiates the conclusion of the concordat is furthermore bound by the regulations of international law. This is additionally confirmed by the fact that in Canon 3 the legislator stated: "The canons of the Code neither abrogate nor derogate from the agreements entered into by the Apostolic See with nations or other political societies. These agreements therefore continue in force exactly as at present, notwithstanding contrary prescripts of this Code."
4. The Holy See which represents the Catholic Church in the procedure for concluding a concordat is bound both by the Catholic Church's own law (Code of Canon Law and particular law in force in the proper state) and by international law (Vienna Convention on the Law of Treaties). Moreover, the Church legislator provides for the possibility of applying state regulations, "[...] insofar as they are not contrary to divine law and unless canon law provides otherwise" (Canon 22 CIC/83).
5. In the opinion of the author of this article, the concordat – as an international agreement concluded between the Holy See and the proper state – is an agreement in the proper sense. This can be proven by the fact that nowadays an international agreement is an agreement concluded by entities endowed with public-law subjectivity in international relations. In this sense the Holy See has a function analogous to that of international organizations.

Bibliography

- Bogacki Paweł. *Stolica Apostolska jako podmiot prawa międzynarodowego*. Warszawa: Instytut Wydawniczy PAX, 2009.
- Cardinale Hyginus E. *The Holy See and the International Order*. Toronto: Macmillan, 1976.
- Cismas Ioana. *Religious Actors and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Głuszyńska Irena, "Konkordat jako instrument prawny regulujący stosunki między państwem a Kościołem" *Politeja*, No. 1 (2017): 85-102.
- Krukowski Józef, *Concordats between the Holy See and Poland. History and the Present*. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL, 2020.
- Krukowski Józef, "Konkordat", [in:] *Leksykon Prawa Kanonicznego*, ed. Mirosław Sitar. 1356-1371. Lublin: Stowarzyszenie Absolwentów i Przyjaciół Wydziału Prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 2019.
- Krukowski Józef, *Kościelne prawo publiczne. Prawo konkordatowe*. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL, 2013.
- Köck Herihert F., *Die völkerrechtliche Stellung des Heiligen Stuhls. Dargestellt an seinen Beziehungen zu Staaten und internationalen Organisationen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.
- Krzywkowska Justyna, "Konkordat jako element polskiego systemu prawa wyznaniowego" *Studia Prawnoustrojowe* vol. XLVI (2019): 177-187.
- Kunz Josef L., "The Status of the Holy See in International Law" *The American Journal of International Law*, No. 2 (1952): 308-314.
- Leroy De La Brière Yves-Marie. *La Condition juridique de la Cité du Vatican*. [S.l.]: [éditeur inconnu], 1930.
- Łaski Piotr, Karolina Słotwińska, "Stolica Apostolska a Państwo-Miasta Watykan. Kilka uwag o wspólnej podmiotowości prawnomiędzynarodowej" *Kościół i Prawo*, No. 1 (2021): 57-68.
- Majczyk Sławomir, "Prawo do zawierania umów międzynarodowych przez Stolicę Apostolską" *Studia Iuridica*, vol. LXXXVI (2020): 152-167.
- Martens Kurt, "The position of the Holy See and the Vatican City state in international relations" *University of Detroit Mercy Law Review*, No. 5 (2006): 729-760.
- Morss John R., "The International Legal Status of the Vatican/Holy See Complex" *European Journal of International Law*, No. 4 (2016): 927-946. <https://doi.org/10.1093/ejil/chvo62>.
- Ryngaert Cedric, "The Legal Status of the Holy See" *Goettingen Journal of International Law*, No. 3 (2011): 829-859.

- Sitarz Mirosław, "Rodzaje i kompetencje legatów papieskich", [in:] *Fides – Veritas – Iustitia. Księga Pamiątkowa dedykowana Księdzu Biskupowi Antoniemu Stankiewiczowi*, ed. Piotr Stanisz, Leszek Adamowicz, Marta Greszata-Telusiewicz. 45-59. Lublin: "Libropolis", 2013.
- Staszków Jan, "Podmiotowość Watykanu i Stolicy Apostolskiej w prawie międzynarodowym publicznym" *Krakowskie Studia Międzynarodowe*, No. 3 (2006): 201-210.
- Świst Grzegorz, "Stolica Apostolska jako podmiot prawa międzynarodowego" *Gdańskie Studia Prawnicze*, vol. XXXVIII (2017): 699-722.
- Wyrozumska Anna, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*. Warszawa: Prawo i Praktyka, 2006.



VIKTORIYA PIDDUBNA, VITALII YAROTSKIY,
VOLODYMYR POHREBNIAK, VIKTOR POPOV, ALONA KLOCHKO

The EU Court of Justice in the Process of European Construction and Integration

Abstract

The paper is devoted to the evolution of the role and place of the Court of Justice in the process of European integration. The author analyses the relationship between the development of primary European legislation, starting with the Treaty of Paris, and the current stage, following the Treaty of Lisbon. The relevant provisions of the founding treaties and the achievements of the case law at each stage and their impact on integration are examined. Their implications for the shaping of trends in the further development of the activity of the CJEU in the context of the current and upcoming challenges are identified.

KEYWORDS: Court of Justice, european integration, EU law, EU primary law, legal doctrine

VIKTORIYA PIDDUBNA – PhD in law, Yaroslav Mudryi National Law University,
ORCID – 0000-0001-6532-9884, e-mail: v.f.piddubna@nlu.edu.ua

VITALII YAROTSKIY – Doctor of Law, Yaroslav Mudryi National Law University,
ORCID – 0000-0002-4489-1816, e-mail: v.l.yarotskyy@nlu.edu.ua

VOLODYMYR POHREBNIAK – Doctor of Law, Yaroslav Mudryi National Law University,
ORCID – 0000-0001-7195-0845, e-mail: pohrebniakvolodymyr9@gmail.com

VIKTOR POPOV – PhD in law, Yaroslav Mudryi National Law University,
ORCID – 0000-0001-6636-2096, e-mail: victorpopov10@gmail.com

ALONA KLOCHKO – Doctor of Law, Sumy National Agrarian University,
ORCID – 0000-0002-9596-6814, e-mail: alona.klochko@unine.ch

1 | Introduction

“Europe will not be made all at once or according to a single plan. It will be built through concrete achievements that first create a de facto solidarity.”^[1] This is one of the most famous quotes from the Schuman Declaration, which has lost none of its relevance. Europe has gone through a long and sometimes difficult process of evolving and transforming, which continues to this day. This evolution has affected all aspects, including legal and organisational ones. Thus, many of the legal provisions of primary legislation, which formed the basis for the existence of European Communities, have been modified in various ways throughout the existence of the EU. In addition, we could observe a change in the institutional mechanism, different combinations of powers and competences between the bodies of these Communities. The European Communities did not have the traditional division of state power into legislative, executive and judicial branches. However, it is noteworthy that the Court of Justice has been a visible presence on the European arena throughout the development of a united Europe. Its role has obviously not been the same at different stages of the development of the European Communities, but the very fact that the Court was at the origin of the European Communities and is still involved in resolving the most sensitive issues within the united Europe is evidence of its special role. Obviously, such a player in the European arena could not be ignored by researchers, scholars or practitioners. Many sources are devoted to the history^[2] and role of the Court of Justice at different times.^[3] The phenomenon of the Court, its resistance to criticism and the unshakable authority of its judgments,^[4] its contribution to European integration,^[5] etc. are studied.

¹ European Union, Schuman declaration May 1950.

² Ditlev Tamm, “The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin”, [in:] *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, ed. Court of Justice of the European Union (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2013), 9-35.

³ Derek Beach, Martin Mennecke, *Between Law and Politics: The Relationship Between the European Court of Justice and EU Member States* (København: DJØF Forlag, 2001).

⁴ Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2001); Benjamin Werner, “Why is the court of justice of the European Union not more contested? Three mechanisms of opposition abatement” *JCMS Journal of Common Market Studies*, No. 6 (2016).

⁵ Henri de Waele, “The Role of the European court of justice in the integration process: A contemporary and normative assessment” *Hanse Law Review*, No. 1

This study attempts to examine the step-by-step evolution of the Court's role in the European integration process against the background of the reforms of the EU's founding legislation. This study's approach is grounded on the findings of scientific researches conducted by Ukrainian and European experts on the issues pertaining to the judicial system of the European Union. The methodological basis of the study is a combination of general and special methods of scientific knowledge, such as comparative, systemic analysis, historical and legal, systemic and structural methods. The use of the works of Ukrainian researchers in this article is due to the need to present the legal profession's view of the activities of the EU judicial institution within the framework of the integration processes and the preparation of the legal basis for Ukraine's membership. The research problem is to understand the processes in the judicial system that take place during the integration of a particular country and to formulate the coordination of legal doctrines in retrospect. In this case, prospective development helps to avoid legal deficiencies. The genesis of primary European legislation as reflected in the Court's case law are to be researched. Based on the study these steps will be presented in the form of stairs, with the lowest level representing the stage of the Court's establishment and the first years of its operation, and the highest level (for the purposes of this study) representing the stage following the signature of the Treaty of Lisbon. These steps symbolise the development of the Court's powers, capabilities and influence on the integration processes at each stage. They also symbolise the mutual influence of the judicial and legislative activities of the European institutions, resulting in specific, mostly landmark judgments of the Court. In this context, it is also necessary to identify the main external and internal challenges, as well as the prospects of their meeting and their influence on the further development of the Court as the guardian of the European legal order. Will the crisis on the European continent affect the ability of the EU, and therefore the Court, to function in the usual format and within the legal order established over decades? Will this European institution have sufficient strength and margin of safety to continue its upward trajectory towards establishing itself as the leading institution of European integration, despite the difficulties and obstacles? The historical context should help to answer these questions.

(2010); Arjen Boin and Susanne K. Schmidt, "The European court of justice: Guardian of European integration", [in:] *Guardians of Public Value*, ed. Arjen Boin, Lauren A. Fahy, Paul Hart (Switzerland: Palgrave Macmillan, 2021).

The geographical context has not been taken into account in this study, i.e. the periodisation has not been based on the stages of enlargement of the European Community/EU. In the author's view, such enlargement has not had a significant impact on the scope of the Court's jurisdiction. In addition, the stages of the Court's development have been distinguished according to the founding treaties, which have had a major impact on the competence component (and sometimes on the organisational component of the Court's activities).

The article is therefore divided into three parts, each of which corresponds to a different stage in the formation and development of the EU and, accordingly, to the emergence of the Court's role in the European integration process at that stage. Thus, the first part covers the initial period from the establishment of the Court on the basis of the Treaty of Paris to the Treaties of Rome. The second part covers the longest period in terms of chronology and the most intense in terms of the transformation of the legal order, the functioning and the scope of the Court's activities. The third part is devoted to the final phase following the Maastricht Treaty. This part will also attempt to outline the prospects for the future development of the Court's activities and role.

2 | The European Court of Justice from the Schuman Declaration to the Treaties of Rome

The Schuman Declaration, although of a declaratory nature, is without doubt one of the most important documents in the construction of Europe. The principles and approaches to the coexistence of different States set out in it have become the basis for further European integration. The foundations for the institutions of the future united Europe reflected in the Declaration were developed and formalised in the Treaty establishing the European Coal and Steel Community (hereinafter the Treaty of Paris). This Community was the first formal step towards a united Europe. The importance of this step cannot be overestimated, as it laid the foundations for further integration processes in Europe. Common objectives, common institutions and a common market were identified as the main pillars on which the Coal and Steel Community was based.

What did this role of the Court mean for Europe at that stage? The Court played a leading role in the system of checks and balances, a safeguard against abuse of power by the Community institutions. Maintaining a balance between the interests of the Community and its individual Member States, as well as those of private persons, has been and remains one of the most difficult tasks for supranational entities. And the greater the degree of generalisation of the rules on which the entity is based, the more difficult this task becomes. The Treaty of Paris is an example of an act with very general provisions. Failure to understand the meaning and scope of certain provisions is often an obstacle to their correct application. For example, Article 4 of the Treaty of Paris listed the prohibited practices incompatible with the functioning of the Community's common market. One of these is the prohibition of discrimination in the coal and steel market between producers, consumers, etc. The lack of understanding of what is meant by the prohibition of discrimination in Article 4(b) of the Treaty of Paris was the basis of the case *Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft and others v. ECSC High Authority* (Case 2/56). In this case, the applicant asked the Court to annul Article 8 of Decision No 5/56 of the High Authority of 15 February 1956 on the grounds that it infringed essential procedural requirements and two articles of the Treaty, in particular Articles 4(b) and 65.

The challenged article was upheld. But this judgment was also valuable because the Court provided an interpretation of the concept of "discrimination". This interpretation contributed to the unification of approaches to the understanding and application of this concept by all Member States, which is key to the proper functioning of the common market.^[6] The example of this judgment shows that the Court has fulfilled the crucial mission of unifying the application and interpretation of the provisions of the Treaty of Paris. And this, in turn, is something without which supranational entities, customs unions, economic unions, etc. cannot exist. It follows the 'black letter' rule to focus on the primary sources of law.^[7]

⁶ Judgment of the Court from 20.03.1957, case ref. 2-56, *Mining undertakings of the Ruhr Basin being members of the Geitling selling agency for Ruhr coal, and the Geitling selling agency for Ruhr coal v. High Authority of the European Coal and Steel Community*.

⁷ Oleg Yaroshenko, Volodymyr Steshenko, Hanna Anisimova, Galina Yakovleva, Nabrusko Mariia, "The impact of the european court of human rights on the development of rights in health care" *International Journal of Human Rights in Healthcare*, No. 5 (2021).

The “black letter” methodology of law is used to focus on the letter of the law and attempt to conduct a descriptive analysis of legal norms based on primary sources.^[8]

This is a distinctive feature of the EU Court of Justice from the legal systems of some other countries, which not only do not adhere to the rule of law, but also categorically oppose the application of European judicial practice.^[9]

In confirmation of the above, it should be noted that the first case brought before the Court was Case 1/53 *Verband Deutscher Reeder v. High Authority*. The case was withdrawn, shortly after the conclusion of the written procedure. The Court delivered its first judgment on 21 December 1954 (Case 1/54 *France v ECSC High Authority*). It concerned the annulment of acts of the High Authority for breach of the Treaty and abuse of power.

We cannot ignore such decisions as an interpretation of the Court's judgments. This was done on the basis of Article 37 of the Protocol on the Statute of the Court of Justice. This Article provides that “if the meaning or scope of a judgment is «in doubt», the Court shall construe it on application by any party or any institution of the Community establishing an interest therein.”^[10] A judgment was considered doubtful if the parties interpreted it differently. It is important to note that in a judgment on interpretation the Court can only clarify the meaning and scope of a previous judgment; it cannot deal with questions which were not settled by that judgment. Thus, in Case 5/55 *Associazione Industrie Siderurgiche Italiane (ASSIDER) v High Authority of the European Coal and Steel Community*, the interpretation of the judgment in Case 2/54 was given.^[11]

We have a high regard for the interpretative work of the Court of Justice at that time, which contributed to the unification of law making, law

⁸ Oleg Yaroshenko, Volodymyr Steshenko, Hanna Anisimova, Galina Yakovleva, Mariia Nabrusko, “The impact of the european court of human rights on the development of rights in health care” *International Journal of Human Rights in Healthcare*, No. 5 (2021): 501-513, doi:10.1108/IJHRH-03-2021-0078.

⁹ Rafał Czachor, “Współpraca Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w latach 1998-2022” *Prawo i Więź*, No. 3 (2024).

¹⁰ CVCE, Protocol on the Statute of the Court of Justice of the European Coal and Steel Community (18 April 1951) – consolidated version 1997 (Luxembourg: Consolidation CVCE, 1997).

¹¹ Judgment of the Court from 28.06.1955, case ref. 5-55, *Associazione Industrie Siderurgiche Italiane (ASSIDER) v. High Authority of the European Coal and Steel Community*.

enforcement and legal understanding within the Community. In other words, these activities ensured the establishment and development of legal integration. We believe that legal integration is the basis for political and economic integration, as discussed by Schuman and other ideologists of a united Europe. It was not enough to proclaim common goals, common guidelines for several countries. It was not even enough to develop implementation mechanisms, primarily institutional, procedural and financial. It was important to create a common environment that would contribute to an awareness of the need to accept supranational law and to determine the format of its coexistence with national law. As Karen Alter has rightly written, “Legal integration is not simply the issuing of legal decisions, which create new doctrine, but more importantly the acceptance of this jurisprudence within national legal systems and by national politicians”.^[12] For example, in Poland, as one of the central countries of the European Union, the courts, with their means and procedures of evidence, have been evolving since the 16th century. Developed mainly in the practice of the courts of Małopolska, the judicial process gradually evolved under the influence of the Sejm constitutions. The most relevant in this regard was the reform of the court procedure, which directly affected the functioning of the justice system and contributed to the effective implementation of EU law.^[13]

The Court of Justice was empowered to review the legality of decisions and recommendations of the Community institutions only as regards their compliance with the substantive and procedural rules laid down in the Treaty of Paris and its implementing acts. Looking more broadly at the annulment procedure and interpretation of the Treaty of Paris, we can see modest signs of the role of national constitutional courts. Disputes other than those relating to the application of the provisions of the Treaty of Paris or its implementing acts fell within the jurisdiction of the national courts. Perhaps the most important aspect of the Court’s work from the point of view of European integration should be mentioned in this context. This is the Court’s cooperation with national tribunals, as provided for in Article 41 of the Treaty of Paris. This article provides that national tribunals reviewing the validity of acts of the High Authority or of the Council may, if necessary, refer the matter to the Court of Justice. Although such a procedure could hardly be defined in terms of what we now understand

¹² Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*.

¹³ Józef Koredczuk, “Ewolucja środków i postępowania dowodowego w procesie sądowym ziemskim w Polsce w XVI wieku” *Prawo i Więź*, No. 1 (2024).

by preliminary rulings, it became the basis for the development of something crucial to the modern European judicial system. There is currently no information on whether national courts made use of this possibility at the time. However, the very fact that national courts were involved in the creation of the Community's common legal framework was a good start to the European integration marathon.

To summarise the Court's role at this initial stage, it is worth noting that the Court's ambiguous nature makes it a unique supranational judicial institution.

First, the rule of law in the Community, its general binding nature and the inevitability of the consequences of non-compliance should be guaranteed by exercising the functions of a constitutional court. Given that the Treaty defines the powers of the Community institutions mainly through the objectives of the Treaty itself, without specifying them through specific powers, the Court had an exclusive role in determining the scope of these powers and the degree of discretion. The Court created a precedent and, in effect, rules of law for further application in similar cases. This contributed to the legal integration of the Community, in particular by minimising differences between Member States in their legal understanding and application of the provisions of the Treaty.

Second, by annulling acts incompatible with the Treaty of Paris, the Court has helped to balance the interests of the Member States and individuals against the interests of the Community. In our view, maintaining this balance is a key factor in the viability of any supranational entity. After all, the Member States have voluntarily agreed to sacrifice a part of their sovereignty (even if it is economic) in order to achieve more important goals and secure more important interests – sustainable development, economic stability, predictability of further development, etc. Violation of the rights of Member States or their individual entities may lead them to withdraw from the Community. In fact, it may call into question the very purpose of its existence.

Third, the interpretation of the rules, which was a derivative function of the Court of Justice, created legal certainty and ensured a uniform approach to the application of the Treaty rules in the different Member States.

Fourthly, the possibility to coordinate the efforts of the Court of Justice and the national tribunals in reviewing the validity of acts of the Community institutions was, in our view, perhaps the most important instrument of integration. It laid the foundations for the preliminary ruling procedure. The Court of Justice is now inconceivable without it.

3 | The Court of Justice in the pre-Maastricht era

The next major step towards European integration was the signing of the Treaties of Rome in 1957 – the Treaty establishing the European Economic Community (EEC Treaty) and the Treaty on the European Atomic Energy Community (Euratom Treaty), which entered into force on 1 January 1958.

For the purposes of this research, we are interested in the provisions of the Treaties relating to the Court of Justice. A single Court was established whose activities covered all three Communities. Depending on which institution's act was being challenged, the provisions of the relevant treaty were applied. In 1958-1959, for example, the Court of Justice continued to hear cases only against the ECSC High Authority. This did not mean that other institutions did not raise grounds for challenge. The Member States, their private individuals and the institutions themselves were probably in the initial stages of adapting to the new situation, while the practice of challenging acts of the High Authority was already commonplace. The first case involving the Commission was initiated in 1959 and settled in July 1960, not in favour of the Commission.^[14]

So, what have the Treaties of Rome brought to the Court's activities and mission? First of all, it should be noted that the purpose of the Court's activities has hardly changed. The Court was to ensure the observance of law and justice in the interpretation and application of the two Treaties. The only change is that the scope of its activities has been extended – it is no longer limited to the steel and coal industries. At the same time, the rules governing proceedings against Member States that fail to comply with their Treaty obligations have been clarified. This was a logical step since, by signing the Treaties, Member States voluntarily undertook to comply with them. It cannot be said that, under the Treaty of Paris, the States which breached the Treaty were not liable. Article 88 of the Treaty of Paris made it possible to impose sanctions on the offending state through a rather complicated procedure. However, the Treaties of Rome clearly defined who had the right to bring proceedings against the offending State. It was the Commission (Article 169 EEC Treaty) and other Member State by referring to the Commission (Article 170 EEC Treaty). Moreover, the Member State initially had to ask the Commission for an opinion. If the Commission did not deliver an opinion within three months, the Member State could refer

¹⁴ Judgment of the Court from 15.07.1960, case ref. 43/59, 45/59 and 48/59, von Lachmüller, Peuvrier, Ehrhardt v. Commission of the European Economic Community.

the matter to the Court of Justice. In these circumstances, Member States have not really exercised the right to complain against other Member States, while the Commission has exercised this right since 1961, albeit not very often.

Under Article 171 of the EEC Treaty, if the Court of Justice finds that a Member State has failed to fulfil one of its obligations under the Treaty that State is required to take the measures necessary to comply with the judgment of the Court. In the case of *Commission of the EEC v. Italian Republic* (Cases 45-64), the Court found that Italy had failed to fulfil its obligations under Article 96 of the EEC Treaty, and ordered it to demonstrate compliance with the Treaty within three months.^[15]

For much of the first decade of the Rome Treaties, the Court's case-law was still dominated by appeals against acts of the High Authority of the Coal and Steel Community, with a gradual increase in the number of appeals brought by both Member States and individuals against decisions of the Commission. As a general rule, the Court of Justice was empowered to review the legality of acts other than recommendations or opinions of the Council and the Commission. To this end, it has jurisdiction to rule on actions brought by a Member State, the Council or the Commission on grounds of incompetence, error of substantial form, infringement of this Treaty or of any legal provision relating to its application, or abuse of power (Article 173(1) of the EEC Treaty and Article 146(1) of the EAEC Treaty).

In principle, the action for annulment of decisions contrary to the provisions of the founding Treaties remained one of the main activities of the Court of Justice and at this stage took on more defined and clearer forms. This type of judicial practice continued to be actively developed, contributing to legal certainty, compliance with European law and, ultimately, the rule of law.

Two innovations in the Treaties of Rome deserve particular attention. The first concerns the preliminary ruling procedure, which was only hinted at in the Treaty of Paris. The EEC Treaty (Article 177) and the Euratom Treaty (Article 150) clearly defined the grounds on which the Court could give preliminary rulings. They related to the interpretation of the Treaties of Rome, the validity and interpretation of acts of the Community institutions and the interpretation of the statutes of bodies set up by an act of the Council, where such statutes so provide. The first request for

¹⁵ Judgment of the Court from 1.12.1965, case ref. 45-64, *Commission of the EEC v. Italian Republic*. European Court.

a preliminary ruling brought before the Court of Justice from the Court of Appeal of The Hague.^[16]

The importance of this procedure for the development of law enforcement and the legal order of the EEC as a whole cannot be overestimated. This is as obvious as the need for the existence of the Court of Justice. The subjectivity in the perception and interpretation of information by individuals, caused by various factors (education, traditions, external circumstances, etc.), is multiplied when it comes to differences in the perception of information at the level of different States (with different cultures, mentality, political factors, etc.). This is probably the only way to offset the factors that objectively impede a unified approach to understanding and enforcing the law in a united Europe.

It is worth mentioning a landmark case that was considered in the context of the preliminary ruling procedure. This is the well-known case C-26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Revenue Administration* (hereinafter – the *van Gend & Loos* case). This case was revolutionary in the context of the application of European law in general and the formation of a new legal order and doctrine of the European Economic Community. In the case itself, one of the issues raised by the Administrative Court of the Netherlands before the Court of Justice was as follows: Whether Article 12 of the EEC Treaty is directly applicable in the territory of a Member State, in other words, whether nationals of such a state may, on the basis of that Article, claim individual rights which the Courts must protect?^[17] It is considered that this is not the question of the direct effect of Article 12 raised by the Dutch court, but a question of the more general quality of the authority of EU law. The judgment epitomised, however, a more general challenge to EU law.^[18] This decision divides Community rules into those that have direct effect and those that do not. It is not clear from the wording of the relevant provisions which rules have such effect and which do not. This has meant that in every case of application of a Community rule, the national

¹⁶ Judgment of the Court from 6.04.1962, case ref. 13-61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd v. Bosch GmbH, Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*.

¹⁷ Judgment of the Court from 5.02.1963, case ref. 26-62, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*.

¹⁸ Damian Chalmers, Luis Barroso, “What Van Gend en Loos stands for” *International Journal of Constitutional Law*, No. 1 (2014).

court has had to ask the Court of Justice for a preliminary ruling. In this case, the European Court of Justice emphasised the beneficial impact of its new direct effect doctrine on the European integration process as a whole:

[t]he vigilance of individuals concerned to protect their rights amounts to an effective supervision in addition to the supervision entrusted by Articles 169 and 170 to the diligence of the Commission and of the Member States.^[19]

Indeed, many “individuals” (which, in actual fact, were often business firms) used the direct effect doctrine in order to attack protectionist trading rules and, later, other national rules that they considered to be incompatible with Community law. They thus contributed to making the rules of Community law stick. Therefore, since *Van Gend en Loos*, three types of questions which national courts pose in the framework of the preliminary reference on interpretation of Community law have been identified: 1) “pure” questions of interpretation of EU law; 2) questions about the direct effect of an EU law norm, or about other factors that may affect its application by the national court; and 3) the question of compatibility between EU law and national law.^[20]

Tomuschat^[21] wrote that “*Van Gend & Loos* was one of those founding determinations that have profoundly shaped the constitutional architecture of the European integration process. First, *Van Gend & Loos* has dethroned the governments of the Member States as masters of the implementation process under the integration treaties. Second, *Van Gend en Loos*, in combination with the doctrine of supremacy of Community Union law (C-6/64, this will be discussed later), has widely opened the gates of the Courts to individual claimants. The Court has secured for itself a place right at the hub of the integration. The third, European legislation has become to play the secondary role as it can be challenged, in whatever form, before a judicial body”. In other words, this judgment was a turning point both for the Court itself and for the development of European legal integration. In carrying out its activities, including the interpretation of

¹⁹ Judgment of the Court from 15.07.1964, case ref. 6-64, *Flaminio Costa v. ENEL*.

²⁰ Bruno De Witte, “The impact of *van Gend en Loos* on judicial protection at European and national level: three types of preliminary questions”, [in:] *50th anniversary of the judgment in van Gend en Loos* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013).

²¹ Christian Tomuschat, “Introduction”, [in:] *50th anniversary of the judgment in van Gend en Loos*.

provisions of the Treaties or other legal acts, the Court took into account not only the wording of the provision but also the context in which it arose and the objectives pursued by the rules of which it was a part. In effect, the Court has become a creator of rules, norms and legal order, largely without any dissuasive or limiting factors. This also gives rise to the idea that the European Court of Justice has the characteristics of a constitutional court. After all, it is no news to anyone that constitutional courts play an important role in the legislative process and enjoy a rather wide and even unlimited “discretionary power” in interpreting constitutions.^[22]

Let’s return to the concept of the supremacy of Community law over national law, first articulated by Van Gend en Loos and finalised by another landmark case, C-6/64 – *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* The supremacy of Community law is defined as “the capacity of a rule of Community law to override inconsistent rules of national law in domestic court proceedings.”^[23]

A landmark judgment in *Flaminio Costa v. ENEL* has established the principle that EU law supersedes national law in EEC Member States. This decision distinguishes the EEC Treaty from other international treaties because the Treaty has created its own legal system which, when the Treaty enters into force, becomes an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts must apply. The incorporation of Community provisions into the laws of each Member State and, more generally, the wording and spirit of the Treaty make it impossible for the states to give priority to a unilateral and retrospective measure over a legal system which they have accepted on the basis of reciprocity.^[24]

This judgment was delivered in a context where the initial enthusiasm for the project of European integration was slowly ebbing away. The nation states could veto any proposals for greater integration, the Commission could not on its own force the nation states to deepen integration – and no other primary political actor was to be seen who possessed the ability to retrieve the integration process.^[25] However, the Court became the actor which, instead of observing the possible failure of European integration,

²² Kristina Trykhlil, “Law-Making activity in the case law of the constitutional court of Ukraine” *International and Comparative Law Review*, No. 2 (2019).

²³ *The Evolution of EU Law* (3rd ed.) ed. Paul Craig, Gráinne de Búrca (Oxford: Oxford University Press, 2021).

²⁴ Judgment of the Court from 15.07.1964, case ref. 6-64, *Flaminio Costa v. ENEL*.

²⁵ Anna Katharina Mangold, “Costa v ENEL (1964): On the importance of contemporary legal history”, [in:] *Inter-Trans-Supra? Legal Relations and Power Structures in History*, ed. Eliana Augusti, Norman Domeier, Fritz Georg von Graevenitz, Markus J. Prutsch (Saarbrücken: AV Akademikerverlag, 2011).

presided over it. It turned the course of Europe's common history in the direction that led to our present. In other words, by the mid-1960s, it was largely thanks to the Court that the "international" primacy of treaties – that is the prevalence of treaty provisions over domestic legislation in the relations between the contracting parties – was already well established.^[26]

Continuing the theme of the primacy of European law over the national law of the Member States, we would like to quote another landmark judgment of the Court of Justice in the case of *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (C-11/70). This case challenged the validity of measures in the common market for cereals. According to the applicant, the measures were contrary to certain structural principles of German Constitutional law, which must be protected under Community law. Consequently, the primacy of supranational law must yield before the principles of German constitutional law.^[27] In other words, the Court was asked to determine the limits of the supremacy of Community law, whether it also applied to the constitutions of the Member States – acts of supreme legal force, inviolable and unconditional. This was and still is a very sensitive issue for the Member States of the Community, and now of the EU. Even today, countries have different perceptions and views on the relationship between European legislation and national constitutions.

In the judgment above, the Court of Justice stated that

reference to the rules or concepts of national law in order to judge the validity of measures adopted by the institutions of the community would have an adverse effect on the uniformity and efficacy of Community law. The validity of such measures can only be judged in the light of Community law. Consequently, the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by the fact that it is contrary either to fundamental rights as they are formulated in the constitution of that state or to the principles of a national constitutional structure.^[28]

²⁶ Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*.

²⁷ Judgment of the Court from 17.12.1970, case ref. 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

²⁸ Judgment of the Court from 17.12.1970, case ref. 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

This ruling met with unprecedented resistance from the Member States. Countries such as Germany, Italy and France refused to accept and implement it. France's top officials called for the Treaty to be revised to limit the powers of the Court of Justice. This country also became the first to actually pass national legislation overturning a Court ruling. The National Assembly passed the Aurillac Amendment, part of a judicial reform bill, which made it illegal for national courts to enforce the primacy of EC law.^[29] Belgium reacted calmly to the ruling and its conclusions. Since then, the Belgian Constitutional Court has remained one of the most pro-European jurisdictions, applying EU law and regularly referring cases to the Court of Justice.^[30]

It can therefore be said that the principles of direct effect and supremacy, finally established in the 1960s and 1970s, have had a profound impact on European integration.^[31]

Another area in which the Community's jurisdiction was extended at this stage was the possibility for the Court of Justice to influence the activities of the EEC as a subject of international law, as provided for in Article 228 of the EEC Treaty. In particular, the Court was empowered to give an opinion on the conformity of an international agreement, which the Community intended to conclude with other countries or international organisations. A similar provision was contained in Article 103 of the Euratom Treaty, as amended by the scope of application. An example is the Court's Opinion of 11 November 1975 (1/75). The opinion in the affirmative noted in particular that the term "agreement" is understood in a broad sense to refer to any binding commitment entered into by entities subject to international law, regardless of its formal purpose. Moreover, the compatibility of an agreement with the provisions of the Treaty must be assessed in the light of all the rules of the Treaty, that is to say, both the rules defining the scope of the powers of the Community institutions and the substantive rules.^[32]

The last step in this long stage was the adoption of the Single European Act in 1986. In addition to certain institutional and procedural changes in the Community, this Act supplemented and amended the provisions of the three founding Treaties, including those relating to the functioning

²⁹ Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*.

³⁰ Philippe Gérard, Willem Verrijdt, "Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse: Belgian Constitutional Court No. 62/2016, 28 April 2016" *European Constitutional Law Review*, No. 1 (2017).

³¹ Boin, Schmidt, "The European court of justice: Guardian of European integration".

³² Opinion of the Court from 11.11.1975, opinion ref. 1/75.

of the judiciary. With regard to the Court of Justice, it is worth noting the creation of a separate court (now called the General Court) to act as a court of first instance in certain categories of cases brought by individuals and legal persons. This measure relieved the Court of Justice, whose caseload was increasing year by year. In 1953, the Court had only 4 cases, in 1954 10, in 1958 43, in 1978 268 and in 1988 373. These changes had no direct impact on the integration process. However, the institutional expansion of the Community judiciary demonstrated the growing role of supranational courts in shaping the European legal order and established them as important actors not only in law enforcement but also in law-making, particularly where the Treaty is silent or ambiguous.

The interim result of this stage is that the legal order has indeed been established. And this has happened to a large extent thanks to the Court of Justice. It can be said that the Court has acquired the characteristics of a single guardian of the law in the Communities, whose jurisdiction and importance are constantly growing. Thus, at this stage, a very important and influential role for the Court in the future development of the Community has been established, which represents a certain departure from its original role as envisaged by the Treaty of Rome. In addition to steps that are obviously positive for the integration process, such as the establishment of the doctrine of direct effect and the primacy of European law over national law, there are also problematic aspects that will be evident throughout the existence of the united Europe. The question of the relationship between primary European law and the provisions of the constitutions of the Member States is still relevant for the EU today. This is one of the challenges that the EU will have to face as it continues to develop the European legal order.

4 | The Role of The Court of Justice in the modern stage of the European integration process

With the establishment of the European Union itself on the basis of the Maastricht Treaty of 1993, the modern phase of European integration began. At this stage of the construction of a united Europe, the Court of Justice was already recognised as a driving force for integration. Its power and

influence were considerable and, contrary to the expectations of many academics, practitioners and sceptics, have not diminished.^[33]

The Union shall be served by a single institutional framework, which shall ensure the consistency and the continuity of the activities carried out in order to attain its objectives while respecting and building upon the “*acquis communautaire*”.^[34] The legal basis for the functioning of the institutions was provided by both the Treaties establishing the three Communities and the new Treaty, which, *inter alia*, supplemented and updated their provisions. In the context of the subject matter of the study, it should be noted that there have been no significant changes in the approaches to the Court’s activities. The Court has conducted various types of proceedings, in particular preliminary rulings, actions for annulment of acts of the Union institutions and infringement proceedings, which have been developed and improved over time.

We believe that the most important function of the Court of Justice in the context of the further development of European integration has been and remains the preliminary ruling procedure, which has enabled fruitful cooperation between national courts and the Court of Justice. This, in turn, has contributed to the creation and development of a uniform legal environment based on the principles of the rule of law, the primacy of EU law and a harmonised approach to law enforcement. Specifically, it aids to prevent legal flaws.^[35] It is important to note that the Court’s judgments in this phase have not been as extensive as in the previous phase. Thanks to the achievements of the judicial system accumulated in the previous stages, they mainly contributed to strengthening the position of EU legislation in areas of exclusive Union competence – customs union, trade policy, fisheries policy (partially), competition rules necessary for the functioning of the internal market, etc.

Consider, for example, the judgments on the free movement of workers as one of the components of the functioning of the EU internal market. These are judgments in cases C-55/94, C-415/93 and others. The Court has held that national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must satisfy four conditions.

³³ Werner, “Why is the court of justice of the European Union not more contested? Three mechanisms of opposition abatement”.

³⁴ Treaty on European Union from 29.07.1992, case ref. OJ C 191.

³⁵ Sannikov Dmytro, “Problems of land legislation of Ukraine and European union integration” *Journal of Legal, Ethical and Regulatory*, No. 20 (2017).

1. They must be applied in a non-discriminatory manner.
2. They must be justified by imperative requirements in the general interest.
3. They must be suitable for securing the attainment of the objective, which they pursue.
4. They must not go beyond what is necessary in order to attain it.^[36]

In its judgment in Case C-265/95, the Court helped to ensure compliance with another important principle underpinning European unity – the principle of the free movement of goods. In finding an infringement of Article 34 of the EEC, which prohibits quantitative restrictions on trade between Member States, the Court not only clarified the concept of prohibited quantitative restrictions and equivalent measures, but also recognised that infringements in this context may also take the form of inaction. In particular, it held that a Member State's failure to act or, as the case may be, its failure to adopt appropriate measures to prevent obstacles to the free movement of goods created, in particular, by acts of private individuals within its territory in respect of products originating in other Member States is just as likely to hinder intra-Community trade as was an act of a positive nature.^[37]

The Court has not only ruled on the correct application and interpretation of substantive EU law. Procedural questions concerning the activities of national courts have also come before the Court. For example, in Joined Cases C-430/93 and C-431/93 *Schijndel*, the Court considered the extent to which national courts are free to apply Union rules and, more generally, to raise the question of the conformity of national rules with Union rules, and thus going beyond the scope of the dispute as defined by the parties, unless the parties have so specified.^[38]

Following the signing of the Treaty of Amsterdam in 1997, the Court's jurisdiction was partially extended. According to Article K.7 of the Treaty of Amsterdam the Court of Justice has jurisdiction

to give preliminary rulings on the validity and interpretation of framework decisions, and decisions on the interpretation of conventions [on police and

³⁶ Judgment of the Court from 30.11.1995, case ref. C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

³⁷ Judgment of the Court from 9.12.1997, case ref. C-265/95, *Commission of the European Communities v. French Republic*.

³⁸ Judgment of the Court from 14.12.1995, case ref. C-430/93 and C-431/93, *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*.

judicial cooperation] and on the validity and interpretation of the measures implementing them.^[39]

At this stage, the political role of the Court of Justice is growing as it increasingly touches on more sensitive issues such as citizenship, labour rights, corporate governance, etc. It is worth mentioning the Viking and Laval cases (C-438/05 and C-341/05 respectively), in which the right to strike, although recognised as a fundamental right forming part of the general principles of Community law guaranteed by the Court, may be subject to certain restrictions. It is for the national court to determine whether such restrictions on these freedoms can be justified on the grounds of the protection of the relevant fundamental rights and that the restriction “pursues a legitimate aim compatible with the Treaty and is justified by overriding considerations of public interest.”^[40] The Mangold v. Helm judgment (C-144/04), while recognising the inadmissibility of age discrimination as a fundamental principle of the EU, established that differences in treatment based on age do not constitute discrimination if, in the context of national law, they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary. These judgments have been the subject of considerable criticism, ultimately raising concerns about a possible reduction in the Court’s role in the EU integration process.^[41]

The Treaty of Lisbon came into force in 2009. It was another attempt at reforming the EU after the failure of constitutional reform. The Treaty of Lisbon amended the Treaty of Maastricht and the EEC Treaty, renaming them the “Treaty on the Functioning of the European Union.” It gave the EU a legal personality, which it did not have before, replacing the Communities, made the Charter of Fundamental Rights legally binding and introduced a number of institutional reforms.

³⁹ European Union from 10.11.1997, case ref. C340/4, Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union. The Treaties Establishing the European Communities and Related Acts.

⁴⁰ Judgment of the Court from 11.12.2007, case ref. C-438/05, International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union v. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti; Judgment of the Court from 18.12.2007, case ref. C-341/05, Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet.

⁴¹ Werner, “Why is the court of justice of the European Union not more contested? Three mechanisms of opposition abatement”.

The judiciary could not remain unaffected by the major changes introduced by the Treaty of Lisbon, which altered the institutional mechanism of the EU. Since then, the modern history of the EU judiciary in its current form – the Court of Justice of the EU (CJEU), comprising the Court of Justice (formerly the Court of Justice of the European Communities) and the General Court (formerly the Court of First Instance) – has begun. However, the CJEU took its “place in the sun” in the process of European integration and in the institutional mechanism of the EU, even before the signature of the Lisbon Treaty.

At the same time, we cannot ignore the existing threats to the unity and to the common principles that have been developed over a long period by the European institutions and by the Member States. There have been repeated violations of the rule of law in some Member States, notably Poland (see, for example, C-824/18, B., C.D., E.F., G.H., I.J. v. Krajowa Rada Sądownictwa; C-791/19, Commission v. Poland). In addition, the Polish Constitutional Tribunal issued a much-criticised decision in October. It declared certain provisions of the EU Treaty unconstitutional.^[42] Although the Constitutional Tribunal’s decision does not change anything for either the EU or Poland, such decisions are a gross violation of the rule of EU law. They even trigger discussions about Poland’s possible withdrawal from the EU.^[43] A striking example of such disintegrating manifestations are the cases Hungary v. Parliament and Council (C-156/21) and Poland v Parliament and Council (C-157/21). Countries have been trying to repeal Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget. This regulation allows the EU to reduce funding to Member States in the event of a proven breach of the rule of law by these states, if this breach is a threat to the EU budget. They argued that the Regulation lacked a legal basis, violated the procedure laid down in Article 7 of the Treaty on European Union, exceeded the EU’s powers as well as the principle of legal certainty.^[44] In effect, Poland and Hungary were trying to avoid the financial consequences of breaking EU law. The Court upheld the regulation, confirming once again that the rule of EU law is a fundamental principle and a guarantee of European unity.

⁴² Judgment in the name of The Republic of Poland from 7.10.2021, ref. no. K3/21.

⁴³ David Gregosz, Piotr Womela, Katharina Geschier, *Polens Verfassungsgericht bringt Brüssel in Bedrängnis* (German: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021).

⁴⁴ Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona from 2.12.2021, case ref. C-156/21, Hungary v. European Parliament and Council of the European Union; Judgment of the Court from 16.02.2022, case ref. C-157/21.

We will not underestimate the scale of the threats to European integration at this stage. At Maastricht, member states protected their sovereignty by resisting further transfers of power to supranational institutions and by watering down, through negotiation and political compromise, ideas that could lead to greater integration. Monetary reform, increased involvement of EU institutions in national budgetary and fiscal policies, migration and border control are just some of the painful issues that have become a bone of contention with numerous debates on the legitimacy of the EU's interference and conflicts among states as well as between the EU institutions and member states.^[45] The crisis of sovereignty plays a disintegrating role, shaking up society, creating imbalances and increasing Euroscepticism. At the same time, we focus on the Court of Justice, which has so far managed to overcome the challenges of disintegration facing the European Union.

Given that the Court's interpretative practice at the beginning of the millennium was considered by scholars to be somewhat "audacious,"^[46] it can be concluded that the dynamics of legal integration will only increase. For example

the Constitutional Court of Ukraine does not have direct powers to establish new legal norms in accordance with national legislation [...]. However, in the process of constitutional interpretation, the court practice in Ukraine actually demonstrates the existence of law-making activities, which leads to the extension of its discretionary powers to law-making, following the example of the EU court.^[47]

Furthermore, the progress of international collaboration will reinforce this development.^[48] The Court of Justice has the last word, and it will certainly use it. Indeed, this may be a cause for concern. The Court can overturn the actions of the European institutions on the grounds of abuse of power. And who will overturn the Court's decision if it goes beyond its

⁴⁵ Nathalie Brack, Ramona Coman and Amandine Crespy, "Sovereignty conflicts in the European Union" *Les Cahiers du Cevipol*, No. 4 (2019).

⁴⁶ Olivier Costa, Nicolas Jabko, Christian Lequesne, Paul Magonette, "The spread of control mechanisms in the European Union: Towards a new form of democracy?" *Revue française de science politique*, No. 6 (2001).

⁴⁷ Kristina Trykhlil, "Law-making activity in the case law of the Constitutional Court of Ukraine" *International and Comparative Law Review*, No. 2 (2019): 27-75. doi:10.2478/iclr-2019-0014.

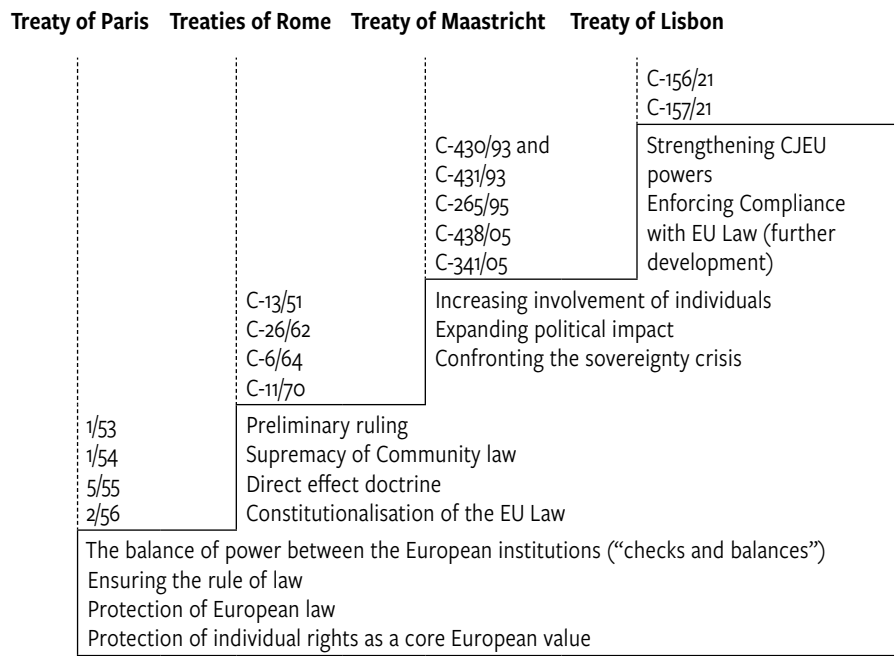
⁴⁸ Cherniavskiy Serhii, Holovkin Bohdan, Chornous Yuliia, Bodnar Vasyl, Ilona Zhuk, "International cooperation in the field of fighting crime: Directions, levels and forms of realization" *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, No. 3 (2019).

own? There is no guarantee that this will not be the case, especially if the threats to the unity of Europe are of a real nature.

Nevertheless, we can say that today the CJEU, through its various roles accumulated over the course of its history, contributes to the process of European integration by providing a legal framework that promotes cooperation and unity among member states, by ensuring the coherence and effectiveness of EU legal system and by developing EU legal principles and doctrine. In particular, the main roles of the Court of Justice in the context of integration are as follows:

- Ensuring the supremacy of EU law
- Promoting the rule of law
- Interpreting EU law
- Enforcing compliance with EU law
- Protecting individual rights
- Reviewing the legality of EU acts
- Developing EU legal doctrine
- Promoting legal certainty.

Figure 1. The EU Court of Justice and the European integration process.



The achievements of the European legal system secured both by the provisions of the founding treaties and by judicial practice, are schematically illustrated in Figure 1. The results have a snowball effect, accumulating the achievements of previous periods into a single legal architecture. Broadly speaking, the previously mentioned is intended to safeguard subjective civil rights and interests that are legally established. The journey of the CJEU is not over. We believe that the next step will also be upwards, not downwards. The main thing is not to overload these stairs, which may not be able to bear their own weight and will be destroyed, undoing all the efforts made to get so high.

5 | Conclusion

From an international judicial body with rather limited powers, scope and perception, the CJEU has evolved into a universal, multifunctional judicial institution, perhaps the most influential of all European institutions. Along the way, through its interpretation and promotion of European law, the Court has been actively involved in changing the foundations of European integration – from purely economic co-operation between individual states to socio-political symbiosis across most of the European continent. Having the characteristics of an administrative court and gradually acquiring the characteristics of a constitutional court, the Court has indeed given constitutional features and significance to acts of primary European legislation, despite the formal absence of an EU Constitution. This process began with the landmark judgments in *Van Gend en Loos* and *Costa v E.N.E.L.* In its subsequent jurisprudence, the CJEU has sought to create a unique legal environment in which the equality of all Member States in the application of European law is guaranteed, while at the same time ensuring its primacy over national legislation, including constitutions. The Court has also influenced the law-making process by eliminating gaps and uncertainties in EU law. With each successive treaty, more and more specific provisions were laid down, designed to create an increasingly homogeneous environment for their application. The Court has played an important role in this process. By interpreting treaty provisions when they were ambiguous or had gaps, it has effectively created a new legal reality, a new order, covering new horizons. As a result, the EU has acquired some of the formal

characteristics of a state, without affecting the form and nature of the international organization. And the Court itself has become firmly established, not only in the regulations but also in the minds of most officials and ordinary citizens, as an integral part of the EU, a guarantor of the rule of law and EU principles, a voice of legality and justice.

The case-law has also outlined the vectors of the future development of the European Court of Justice, the challenges it will have to face. The environment created by the Court is not always homogeneous at present, especially when it comes to issues of national identity and national sovereignty. On the one hand, this does not pose a threat to the unity of the EU as long as resistance to key EU principles comes from individual countries and is not systemic. On the other hand, it sets a precedent that could be followed by other member states, calling into question what they have been working towards for more than 70 years. It is not known how soon the EU will face another existential crisis, but what is known is that in the context of the Court's activities, much, if not everything, has been done for the further development and prosperity of a united Europe.

Bibliography

- Alter Karen J., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2001. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199260997.001.0001>.
- Beach Derek, Martin Mennecke, *Between Law and Politics: The Relationship Between the European Court of Justice and EU Member States*. København: DJØF Forlag, 2001. <https://portal.findresearcher.sdu.dk/en/publications/between-law-and-politics-the-relationship-between-the-european-co>.
- Boin Arjen, Susanne K. Schmidt, "The European court of justice: Guardian of European integration", [in:] *Guardians of Public Value*, edited by Arjen Boin, Lauren A. Fahy, Paul Hart. 135–59. Switzerland: Palgrave Macmillan, 2021. https://doi.org/10.1007/978-3-030-51701-4_6.
- Borysova Valentyna, Kseniia Ivanova, Iryna Iurevych, Olena Ovcharenko, "Judicial protection of civil rights in Ukraine: National experience through the prism of European standards" *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, No. 1 (2019): 66–84. [https://doi.org/10.14505/jarle.v10.1\(39\).09](https://doi.org/10.14505/jarle.v10.1(39).09).

- Brack Nathalie, Ramona Coman, Amandine Crespy, "Sovereignty conflicts in the European Union." *Les Cahiers du Cevipol*, No. 4 (2019): 3-30. <https://www.cairn-int.info/journal-les-cahiers-du-cevipol-2019-4-page-3.html>.
- Chalmers Damian, Luis Barroso, "What Van Gend en Loos stands for" *International Journal of Constitutional Law*, No. 1 (2014): 105-134. <https://doi.org/10.1093/icon/mou003>.
- Cherniavskiy Serhii, Bohdan Holovkin, Yuliia Chornous, Vasyl Bodnar, Ilona Zhuk, "International cooperation in the field of fighting crime: Directions, levels and forms of realization" *Journal of Legal, Ethical and Regulatory*, No. 3 (2019). https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/16705/1/Holovkin_Cherniavskiy_Chornous_Bodnar_Zhuk_1-11.pdf.
- Costa Olivier, Nicolas Jabko, Christian Lequesne, Paul Magnette, "The spread of control mechanisms in the European Union: Towards a new form of democracy?" *Revue française de science politique*, No. 6 (2001): 859-866. <https://doi.org/10.3406/rfsp.2001.403681>.
- Czachor Rafał, „Współpraca Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w latach 1998-2022” *Prawo i Więź*, No. 3 (2024). <https://doi.org/10.36128/PRIW.VI50.400>.
- de Waele Henri, "The Role of the European court of justice in the integration process: A contemporary and normative assessment" *Hanse Law Review*, No. 1 (2010): 3-26. <http://hanselawreview.eu/wp-content/uploads/2016/08/Vol6No-01Arto1.pdf>.
- De Witte Bruno, "The impact of van Gend en Loos on judicial protection at European and national level: three types of preliminary questions", [in:] *50th anniversary of the judgment in van Gend en Loos*. 93-101. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf.
- The Evolution of EU Law* (3rd ed.). ed. Craig Paul, Gráinne de Búrca. Oxford: Oxford University Press, 2021. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192846556.001.0001>.
- Gérard Philippe, Willem Verrijdt, "Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse: Belgian Constitutional Court No. 62/2016, 28 April 2016" *European Constitutional Law Review*, No. 1 (2017): 182-205. <https://doi.org/10.1017/S1574019616000444>.
- Gregosz David, Piotr Womela, Katharina Geschier, *Polens Verfassungsgericht bringt Brüssel in Bedrängnis*. German: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021. <https://www.kas.de/documents/252038/10987758/Auf+Kollisionskurs+mit+EU-Recht+-+Polens+Verfassungsgericht+bringt+Br%C3%BCssel+in+Bedr%C3%A4ngnis.pdf/25cdfaa2-4f3f-f4c5-a32f-9d0b068db15a?version=1.0&t=1634633271456>.

- Koredczuk Józef, "Ewolucja środków i postępowania dowodowego w procesie sądowym ziemskim w Polsce w XVI wieku" *Prawo i Więż*, No. 1 (2024). <https://doi.org/10.36128/PRIW.VI48.756>.
- Mangold Anna Katharina, "Costa v ENEL (1964): On the importance of contemporary legal history", [in:] *Inter-Trans-Supra? Legal Relations and Power Structures in History*, edited by Eliana Augusti, Norman Domeier, Fritz Georg von Graevenitz, Markus J. Prutsch. 220–34. Saarbrücken: AV Akademikerverlag, 2011. https://www.academia.edu/454331/Costa_v_ENEL_1964_On_the_Importance_of_Contemporary_Legal_History.
- Sannikov Dmytro, "Problems of land legislation of Ukraine and European union integration" *Journal of Legal, Ethical and Regulatory*, No. 20 (2017). <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jnlolletl20&div=40&id=&page=>.
- Tamm Ditlev, "The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin", [in:] *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, edited by Court of Justice of the European Union. 9–35. The Netherlands, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2013. https://doi.org/10.1007/978-90-6704-897-2_2.
- Tomuschat Christian, "Introduction", [in:] *50th anniversary of the judgment in van Gend en Loos*. 49–54. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf.
- Trykhlid Kristina, "Law-Making activity in the case law of the constitutional court of Ukraine" *International and Comparative Law Review*, No. 2 (2019): 27–75. <https://doi.org/10.2478/iclr-2019-0014>.
- Werner Benjamin, "Why is the court of justice of the European Union not more contested? Three mechanisms of opposition abatement" *JCMS Journal of Common Market Studies* No. 6 (2016): 1449–64. <https://doi.org/10.1111/jcms.12438>.
- Yaroshenko Oleg, Volodymyr Steshenko, Hanna Anisimova, Galina Yakovleva, Mariia Nabrusko, "The impact of the european court of human rights on the development of rights in health care" *International Journal of Human Rights in Healthcare*, No. 5 (2021): 501–513. doi:10.1108/IJHRH-03-2021-0078.



ANASTASIIA SYCHOVA

NATO Collaborative Practices: Political and Legal Regulation

Abstract

This paper focuses on the dynamics of cooperative partnerships in the military and defence sector based on NATO's strategic documents against the background of the rethinking of the global and regional security architecture, increasing hybrid threats and the trend towards strategic autonomy of national subjects. The author proposes examples of cooperative partnerships that represent the transition from multilateralism and multilateral international structures to minilateralism or multi-minilateralism by concluding bilateral agreements in the chosen vector. Ukraine is considered as an alternative model of a regional security platform through coalitions and the signing of agreements in the security dimension.

KEYWORDS: collaboration, military-defense cooperation, NATO, collaborative platform, security agreement

ANASTASIIA SYCHOVA – PhD in political sciences, Karazin National University (Kharkiv), ORCID – 0000-0002-0273-8469, e-mail: fampopprof@ukr.net

1 | Introduction

In recent years, there has been a consensus in the academic community that the international order is gradually evolving into an “essence” with a diffuse distribution of power combined with a tightly integrated and interdependent global system. Barry Buzan characterized this situation as “decentred globalism.”^[1] The idea emerges that the new order is not based on multipolarity or global bipolarity, but on a system in which the main centres of power are concentrated in different parts of the world, dealing with internal and regional problems, and occasionally getting involved in resolving interregional crises if they pose a long-term threat to their national stability.

The inconsistency in the global leadership of some powerful players, the growing strategic competition for resources, and the strengthening of revanchist sentiments have negatively affected the stability within the multipolar world, increasing gaps in the structure of international organizations and slowing down the decision-making process along with institutional reforms. Instead, a group of participants with shared interests and values can bypass irrelevant frameworks and address issues of common concern by mini-lateral agreements.

The development of minilateral agreements in trade, security, finance, and climate change is related to the inability of traditional multilateral institutions to achieve global cooperation on the most pressing issues: maintaining security (UN), establishing trade relations (WTO), coordinating efforts during the COVID-19 (countries mostly decided to act alone or with preferred partners). Accordingly, the minilateral agreements spreading presented an alternative solution to multi-subject institutions' ineffectiveness.

Modern geopolitics' poly-subjectivity is characterized by “increasing dependence on flexible, often specially created groups of stakeholders,”^[2] which adds bulkiness and chaos to classic multilateral platforms. This trend forces us to rethink the partnership concept not only from a pragmatic view but in terms of existing practices institutionalization, cooperation principles, and their further implementation. Against the background of

¹ Barry Buzan, „A World Without Superpowers: Decentred Globalism” *International Relations*, No. 25 (2011): 1-23.

² Stewart Patrick, „The new “new multilateralism:” Mini-lateral cooperation, but at what cost?” *Global Summitry*, No. 2 (2015): 120.

collaborative partnership in the military and defense industry, NATO's normative and legal framework for such a specialized defense platform is of considerable interest.

NATO's open-door policy is essential for a comprehensive approach to reshaping the security architecture in a landscape of strategic uncertainty. The actualization of shared security challenges and the desire to strengthen the potential for stability due to the aggression of the Russian Federation against Ukraine forced NATO members to reconsider their approach to partnership. In 2023, 18 partners participated in 16 Alliance-led exercises, while 11 countries contributed more than 30 troops to the NATO command structure and the International Military Staff, along with their support for missions in Iraq and Kosovo, and financial contributions to trust funds. The 2022 Strategic Concept^[3] emphasized the connection between national security and NATO's stability, while the Vilnius Summit Communiqué^[4] confirmed NATO's desire for strategic expansion through the possible membership of Ukraine and Georgia.

The paper aims to conceptualize a new model of partnership, transnational and polymorphic by its nature, through 1) reflecting the dynamics of changes in NATO's approaches to the framework of collaboration; 2) highlighting the advantages and vulnerabilities of minilateralism from the standpoint of supporting global stability; 3) identifying optimal ways for the coexistence of multiple interactive mechanisms by informal and formal levels and their subsequent institutionalisation in competitive multilateralism; and 4) modelling an alternative cooperation platform based on the security agreements with Ukraine as the optimal one.

As an analytical tool, the author used 1) content analysis of NATO strategic documents to track the evolution of approaches to cooperation through the frequency and change of semantic codes; 2) dependence path concept for reproducing the cyclicity of some action algorithms; 3) a transnational approach from an intertemporal perspective to distinguish cross-spaces of joint interaction, and 4) the collaborative governance theory of Chris Ansell and Alison Gash as a basis for modelling the author's platform.

³ NATO Strategic Concept, 2022. <https://www.nato.int/>.

⁴ Vilnius Summit Communiqué, 2023. www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_217320.html.

2 | Theoretical and methodological basis: multi-minilateralism as a new format of transnational cooperation

Collaborative structures have one of the scientific niches amid strategic multilateralism. According to some scientists,^[5] the collaborative governance category refers to “an aggregate of institutional processes and structures involving participants across sectoral, hierarchical, and geographic boundaries to achieve common goals”. Some studies^[6] recognize that collaborative institutions can be integrated into broader governance systems along with the coexistence of several collaborative spaces. At the same time, their dynamics depend on the network participants’ behavior (cooperation with politically influential players, interest coordination, or optimal time allocation), and structural elements (social capital, network connections, multi-level networks, etc.).

The collaborative principle is closely related to the minilateralism category as “a more targeted approach to solving a specific problem compared to multilateralism.”^[7] Erika Moret asserts that minilateralism is based on coalitions of stakeholders who “desire and can work together to solve issues that are difficult to coordinate efforts at the multilateral level.”^[8]

Richard Haas tried to classify the forms of minilateral cooperation according to the purpose, distinguishing the “functional multilateralism type,”^[9] when the agreements reached by the minilateral group become the foundation for more inclusive arrangements. Jana Urbanovska^[10] investigated the factors favoring minilateralism in the European defense sector

⁵ Ansell Chris, Alison Gash, „Collaborative governance in theory and practice” *Journal of Public Administration Research and Theory*, No.18 (2008): 545.

⁶ Ansell Chris, Alison Gash, „Collaborative Platforms as a Governance Strategy” *Journal of Public Administration Research and Theory*, No.1 (2017): 1-17.

⁷ Moises Naim, „Minilateralism” *Foreign Policy*, (2009).

⁸ Erika Moret, „Effective Minilateralism for the EU: What, When and How” *European Union Institute for Security Studies*, (2016): 2.

⁹ Richard Haas, „The Case for Messy Multilateralism” *Financial Times*, 2010. www.cfr.org/node/158936.

¹⁰ Jana Urbanovska, „Minilateral Cooperation in the EU’s Post-Brexit Common Security and Defence Policy: Germany and the Visegrád Countries” *Europe-Asia Studies*, No.73 (2022): 402-425.

compared to bilateral or multilateral cooperation, while Niklas Helwig^[11] explained the usage of the minilateral format mechanism by Germany to strengthen its leadership position within the framework of the EU Joint Foreign and Security Policy.

Some scientists^[12] maintain the position that minipartnerships are characterized by the following features: 1) a small number of participants; 2) narrow specialization; 3) results and commitments are voluntary. In contrast, multilateralism is defined as “a formal effort by more than three states to institutionalize a set of rules and norms to support a shared vision of a regional or international order.”^[13] However, scholars note that focusing on the numerical dimension does not consider the qualitative aspect of the differentiation between minilateralism and multilateralism.

Minilateral agreements focus on attracting the “critical mass” of participants necessary for a specific goal, as opposed to the broad approach associated with multilateralism. For clarity: the WTO presents a multilateral framework for regulating international trade, while the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP), a free trade agreement between the countries of the Asia-Pacific region, acts as a minilateral analogue in trade policy.

A common feature of minilateral platforms is the absence of an official institutional structure such as a specialized secretariat. This tendency raises the issue of a minilateral institutional memory lack, which correlates with multilateral platforms. Dememorization of the structural level makes it much more difficult to track statements, minutes of meetings, allocated funds and achieved outcomes. However, the confidential nature of miniparty negotiations due to the absence of mandatory protocol procedures is considered an advantage, as it allows participants to discuss issues openly, freely, and flexibly.

Thus, minilateral platforms mostly appear as “coalitions of the willing” to solve a certain problem or interact with a specific geographical region, without seeking to implement some global governance norms. Nevertheless, the discussion of new security issues (access to critical technologies, cyber security, supply chain resilience) may lead to new standards development

¹¹ Niklas Helwig, „Germany’s Turn from Reflexive to Strategic Multilateralism” *Political Science and Public Policy*, No. 2 (2023).

¹² Alles Delphine, Fournol Thibault, „Multilateralisms and minilateralisms in the Indo-Pacific” *Foundation*, No 9 (2023).

¹³ Patrick, „The new “new multilateralism”, 117.

among a select group of countries, indicating the formation of an alternative political vector in global politics. However, the fragmentation of such norms may weaken the global consensus toward a certain field in the long run. Therefore, the future influence of minilateral collaborative platforms will be based on their ability to facilitate interaction on international issues, without leveling global governance mechanisms.

For example, the Indo-Pacific region has become “a center of minilateral activity.”^[14] Apart from the Quad, several trilateral agreements such as India-France-Australia, Australia-Japan-India, Japan-US-India, and India-Italy-Japan have been established to strengthen the regional security architecture. The India-Africa Defense Dialogue, held every two years since 2020, has launched a joint security agenda by inviting experts from African countries to deepen India’s understanding of regional priorities and disseminate relevant narratives within strategic communications.

Minilateral initiatives in the Indo-Pacific and Asian regions pursued specific geostrategic goals. Thus, Quad creation is seen as a tool to counter the political, economic, and military the PRC’s power, growing exponentially thanks to the flagship One Belt One Road initiative. China and the Russian Federation, for their part, proposed to create new “dialogue platforms on regional security issues”^[15] against the background of the USA’s criticism of narrow circles of bloc confrontation. A regional conceptualization of the Indo-Pacific region is used for overcoming gaps in maritime security and institutional architecture, where sub-sector initiatives focus on transparency, situational awareness, and trust between players.

Minilateral agreements can increase the effectiveness of multilateral institutions due to the agreed joint positions, clear identification of obligations and value propositions for each of the platform’s participants, as well as the implementation of measurable performance indicators. The multiplicity and variability of institutions more fully consider the imperatives of different groups, for example, strategic alliances between leading countries and vulnerable economies will guarantee equal discourse, without tilting for the interests of great powers. This tendency could give additional opportunities to optimize negotiations on multilateral platforms for achieving the broader goal of international cooperation and global governance.

¹⁴ Tan Seng, “ASEAN Defence Ministers’ Meeting”. *Minilateralism in the Indo-Pacific*. 1st Edition. No. 15 (2020): p. 24.

¹⁵ Delphine, Thibault, „Multilateralisms and minilateralisms in the Indo-Pacific”, 23.

3 | NATO's collaborative approaches: evolutionary path

Despite institutional and organizational shortcomings, partnership plays a significant role on the agenda of the North Atlantic Alliance. As for the Declaration of the 2012 Chicago NATO Summit^[16] the partnership term appears no less than 31 times. However, it should be noted that the NATO partnership concept is at a reloading. In general, its partnership formats reflect the change in priorities of the organization during a specific period and key events in the field of security and international relations.

NATO's partnership programs have changed their coverage over the past two to three decades, particularly after the opening of the Alliance to new members and the dissolution of the Warsaw Pact. The oldest program still in existence is the Euro-Atlantic Partnership Council (EAPC)^[17], positioned as the basis for all forms of cooperation between the Alliance and partner countries in the Euro-Atlantic region, along with the more recent Partnership for Peace (PfP) program. However, they were finalized as static institutions mainly due to the lack of a coherent action plan and attempts to unite countries with radically different political and ideological views. For example, Sweden was one of the main participants in the NATO operation in Libya in 2011, while the dictatorial president of Belarus O. Lukashenko called this mission "vandalism"^[18]. Due to the incompatibility of the players' visions, the EAPC and the PfP increasingly turned into a forum without drivers, while its members formed bilateral relations with NATO according to their own needs.

¹⁶ Chicago Summit Declaration, 2012. www.nato.int/cps/uk/natohq/official_texts_87593.htm?selectedLocale=en.

¹⁷ Euro-Atlantic Partnership Council launches Phase II of Building Integrity Initiative, 2010. www.nato.int/cps/uk/natohq/news_63991.htm?selectedLocale=en.

¹⁸ Lukashenko considers the NATO operation in Libya an act of vandalism of the 21st century, *Belta News*, 2011.

4 | Mediterranean Dialogue

The transformational impulse that NATO has guided in Euro-Atlantic security creation since 1990 began to weaken due to the Russian Federation's war in Georgia (2008), marking the transition to a new type of partnership. Thus, the countries of the Mediterranean Dialogue^[19] (MD) – Egypt, Algeria, Israel, Jordan, Morocco, Mauritania, and Tunisia – received NATO support primarily for cooperation in security vectors and the removal of cognitive warnings about NATO. The political inspiration for the MD format was the so-called 1993 Oslo Agreements^[20] on autonomy between Israel and Palestine, supplemented by the multilateral component of the Madrid Middle East Peace Process. The latter focused on regional cross-border aspects, such as environmental issues, economic development, and security. Last but not least, these negotiations were supposed to serve as a measure to strengthen trust and contribute to the normalizing relations between the states of the Middle East. However, from the position of contribution to NATO operations, the Dialogue was of secondary importance, barely rising above the status of a diplomatic conversation. For example, Jordan^[21] was the only partner country participating in the ISAF mission (International Security Assistance Force in Afghanistan).

The MD's limited effectiveness is explained by the following factors. First, the forum is made up of a quite diverse group of North African and Middle Eastern states that hold different visions on security policy and the extent of NATO's involvement in the Mediterranean. Thus, Tunisia is interested in reforming the defense sector; Jordan wants to cooperate with NATO in the context of advancing the Islamic State; Israel is concerned about exchanges with NATO on missile defense.

Second, due to the breakdown of Israeli-Palestinian reconciliation, the MD partnership implementation has become more complex. After the Israeli raid against the so-called "Gaza Freedom Flotilla" in the spring of 2010, one of the NATO members strongly opposed the partnership with Israel within the MD. The Dialogue was paralyzed by the Israeli issue,^[22] a problem where NATO plays a quite modest role.

¹⁹ Mediterranean Dialogue, 2023. https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_52927.htm.

²⁰ Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (Oslo II), 1993. peacemaker.un.org/israelopt-osloII95.

²¹ NATO and Afghanistan, 2022. www.nato.int/cps/en/natohq/topics_8189.html.

²² Sonia Krimi, „NATO and the Mediterranean Security Agenda” *NATO Parliamentary Assembly*, (2021).

Third, some partners within the Dialogue, especially from the Middle East, emphasized the limited MD's geographical reach and the difficulty of solving critical regional security problems without involving other stakeholders, including Libya, Syria, Palestine, and Lebanon. The need to involve the Sahel region, West Africa, and the Horn of Africa is obvious. Initiatives such as the G-5 Sahel and institutions such as the Economic Community of West African States (ECOWAS), the African Union, and the League of Arab States could be engaged in political dialogue on an informal basis to further institutionalize NATO's ties in the region. Against this background, the proposal to divide the MD into two regional subgroups was repeatedly considered: the first one – for the Maghreb countries (Algeria, Morocco, Mauritania, and Tunisia) and the second – for the Mashriq (Egypt, Israel, and Jordan).

Finally, the vast majority of players advocated a two-pronged approach to enhancing cooperation. Partner countries have signed Individual Partnership and Cooperation Program (IPCP) agreements with NATO, embracing more than 30 agreed areas for potential collaboration. The menu of available activities has grown from 600 in 2011 to around 1,000 in 2018. Security sector reform consultations, joint training, and moving towards interoperability with NATO standards remain crucial aspects. However, the MD hub's practical value remains at the level of prospects.

It is noteworthy that after the Warsaw Summit in February 2017, a new Center for Strategic Direction South (NSD-S) was created at the base of the NATO Combined Forces Command in Naples. The NSD-S Hub's mission was to “increase understanding of the challenges in the Mediterranean and surrounding areas”^[23] to contribute to NATO's situational awareness of the region, from the Persian Gulf to Africa. The precise contours of the NSD-S Hub's geographic mandate, as well as its level of funding, remain uncertain. Although it can serve as a focal point for the Mediterranean Dialogue partners and an asset in terms of pre-emptive warning of new risks along the North-South lines. It is worth noting that back in 2008, EU members created the Euro-Mediterranean Partnership (EUROMED),^[24] a platform that theoretically should also complement the MD, but competes with it, undermining the international security focus in this region. Currently, the establishment of relations with the Dialogue countries remains unresolved.

²³ Ian Lesser, „The Future of NATO's Mediterranean Dialogue” *The German Marshall Fund* (2018): 38.

²⁴ Euro-Mediterranean Partnership (EUROMED). home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/euro-mediterranean-partnership-euromed_en.

5 | Istanbul Initiative

At the 2004 NATO summit, the Istanbul Cooperation Initiative (ICI) was added to the mix of partnerships for building relations between NATO and Bahrain, Qatar, Kuwait, and the UAE. This format assumed that challenges to international security in the Persian Gulf^[25] may have indirect consequences for the security of NATO states, so they should be solved together with ICI partner countries. As the MD, the the ICI partners also could choose between bilateral and multilateral cooperation. However, the initiative never developed into a viable regional security forum, partly because of the non-participation of Saudi Arabia and Oman, which, according to SIPRI, account for more than half of the total defence spending of the states in the region.^[26]

Other countries of the Persian Gulf adhere, above all, to national security interests. Some ICI partners have even made it clear that they are less interested in good relations with NATO as an institution than with individual members of the Alliance, mainly the USA, the UK, and France.^[27] This situation reflects, firstly, the regional order nature, formed both by the power struggle between Saudi Arabia and Iran, along with the general desire to resort to military force usage, demonstrating the predominance of bilateral security policy in the region over the collective defense concept. This tendency was proved by the large number of individual security agreements concluded between regional states and external players.^[28]

A priori, the chronic lack of a vision of the ICI's future as a partnership among NATO members, as well as the absence of the most influential state in the Persian Gulf region in its rank, explains the "modest" results of this cooperation after its launching. In addition, NATO divided the MENA regional security complex into two clusters – MD consisted mainly of North African states, and ICI – the countries of the Persian Gulf, ruled by the assurance about the similarity of security problems. This fallacy has left open the question of whether bilateral agreements between the

²⁵ Jean-Loup Samaan, „NATO in the Gulf: Partnership without a Cause?” *NATO Defense College Research Paper*. No. 83 (2012): 8.

²⁶ SIPRI Databases: <https://www.sipri.org/databases>.

²⁷ Bilal Y. Saab, „Friends with Benefits. What the UAE Really Wants from NATO” *Foreign Affairs Snapshot*, (2014).

²⁸ Erik Reichborn-Kjennerud, „NATO in the 'New' MENA Region. Competing Priorities amidst Diverging Interests and Financial Austerity” *Norwegian Institute of International Affairs – Security in Practice*, No. 1 (2013): 20.

Alliance and various nations outside of current partnership programs would be a better approach. The mentioned alternative was confirmed by the formation of bilateral military and intelligence ties between the key players in the Middle East and the USA, the UK, and France. For example, the first three countries that introduced Individual Cooperation Programs (ICP) with NATO – Egypt, Israel, and Jordan – have the closest ties with the US and receive significant military aid.

In this situation, individual NATO members, paradoxically, appear as the main competitors of the Alliance in their efforts to deepen cooperation with the states of the MENA region. The regional interests of some NATO countries certainly outweigh the tasks of the MD and ICI partnership during the strategy development. Therefore, it is not surprising that the partnership is chronically weak in providing personnel and material resources.

NATO is considering an institutionalized partnership with the Gulf Cooperation Council (GCC), although an actual agreement remains a distant prospect.^[29] The Alliance's growing interest in greater cooperation with the southern flank is based on the GCC's declared intention^[30] to become an independent collective defense organization with integrated military capabilities. Despite the interoperability and treaties of the four GCC members with NATO, the scenario of creating a kind of "Arab NATO"^[31] with its own structure and security priorities may also be on the agenda. In 2023, the security of the submarine cable network, which transmits about 95% of the world's Internet data and financial transactions worth about 10 trillion euros every day^[32] was considered a cornerstone of collaboration between NATO and the Persian Gulf as a significant part of the global security architecture.

Therefore, in these forums, NATO's cooperation with partner countries is more focused on their resources for ensuring regional security than on familiarization with the Alliance's procedures or their integration into the Euro-Atlantic agenda. Accordingly, NATO's expectations regarding the democratization promotion towards the countries of North Africa

²⁹ Chivvis Christopher S., „NATO's Southern Exposure. The Real Threats to Europe – and the Alliance” *Foreign Affairs Snapshot* (2016).

³⁰ Sally Khalifa Isaac, „NATO and Middle East and North Africa (MENA) Security: Prospects for Burden Sharing” *NATO Defense College Forum Paper*, (2011).

³¹ Vivien Exartier, „The future of GCC defense with NATO or as Arab NATO?”, (2019).

³² Arnold Koka, „The Gulf Submarine Network amid sabotage and mine warfare threats”, (2022).

and the Middle East through the defense sector reform remain unfulfilled. Alliance partnerships have played no role in efforts to (military) deter the Syrian civil war, fight the Islamic State in Syria and Iraq, or build an effective Iraqi security force.^[33] In essence, NATO missions concerning the Mediterranean are preventive and more like a manifestation of political solidarity than military stabilization.

6 | Searching for a transformative impulse

The ISAF mission radically changed a NATO strategic goal in terms of establishing long-term relations with non-member states that have significant military potential and are ready to deploy it within the framework of the Alliance's operations. The Alliance began to transform into some kind of "operational platform," open to partner countries depending on the type of operation, the region, and the military requirements. One example was Operation Unified Protector, a mission in Libya, in 2011, with the shared participation of partner countries (Jordan, Qatar, UAE, and Sweden) and 14 NATO members. In the long term, this trend may turn NATO into an "Alliance à la carte".^[34]

The new partnership policy, approved in Berlin in 2011, aimed to move the Alliance beyond geographically determined structures such as EAPC, MD, and ICI, and to refocus cooperation mainly to a bilateral fundament, or through the "28+n" format. The idea was to allow all partners to participate in various flexible formats based on common interests, including on issues such as cyber threats, terrorism, or energy security. To this end, NATO has created a single list of partner events (ranging from seminars and conferences to military exercises and specialised programmes) so that partners can choose the insights they want, regardless of the structure to which they belong.

³³ Florence Gaub, „Against all Odds: Relations between NATO and the MENA Region” *United States Army War College – Strategic Studies Institute*, August 2012.

³⁴ Jakub M. Godzimirski, Nina Græger, Kristin M. Haugevik, „Towards a NATO à la Carte? Assessing the Alliance's Adaptation to New Tasks and Changing Relationships” *NUPI-Report*, (2011).

However, the Berlin reform worked only partially, mainly because of unresolved political issues that affected the practical aspects of the partnership. In particular, the dispute between NATO members over Israel brought the partnership to a halt in 2012, blocking the activities related to the NATO Response Force (NRF) deployment.

Karl-Heinz Kamp and Heidi Reisinger from the NATO Defense College criticized the Berlin Agreement for not distinguishing between those partners who share liberal democratic values and support the Alliance's missions and those who do not fall into either category. According to them, "Despite NATO's attempts to avoid favoritism, everyone knows that there are partners and partners."^[35] According to the researchers, it is the active supporters of NATO standards who should be given "privileged partnership status,"^[36] as they invest more effort and resources compared to others. NATO's failure to prioritize its partners turned out to be a much more serious problem that needed to be resolved.

Against the background of prolonged instability on the eastern and south-eastern flanks, the 2014 NATO Wales Summit^[37] announced new forms of cooperation, aiming to improve and expand the military capabilities of non-NATO states. This "return" to the collective defense path was triggered by two factors, namely: Putin's revisionist policy, with the annexation of Crimea and the partly occupation of Ukrainian eastern regions in 2014, and the Islamic State's (IS) military success in Iraq and Syria.

Although the IS did not directly threaten either the territorial integrity or the political sovereignty of NATO members, the region's instability could negatively influence the Alliance's position. For example, clashes between Syrian and Turkish forces in 2012 led to the NATO Operation Active Fence to protect Turkey from attacks from the territory of a neighboring country. In addition, Russian military aircraft repeatedly violated Turkey's airspace, which resulted in the downing of a Russian Su-24 bomber by Turkish air defense.^[38]

³⁵ Karl-Heinz Kamp, Heidi Reisinger, „NATO's Partnerships after 2014: Go West!" *NATO Defense College*, No.92 (2013): 9.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Wales Summit Declaration on Afghanistan. Issued by Heads of State and Government of Allies and their International Security Assistance Force (ISAF) Troop Contributing Partners, (2014). http://www.nato.int/cps/en/natohq/news_112517.htm?selectedLocale=en

³⁸ Etienne Henry, „The Sukhoi Su-24 Incident between Russia and Turkey" *Russian Law Journal*, No. 4 (2016): 9.

The new forms of partnership proposed by the Wales Summit partly revise traditional policies or partly duplicate their functions, namely:

- a. The Partnership Interoperability Initiative (PII) aimed to preserve and further strengthen the ability of external partners to conduct joint military operations with NATO armed forces. On the one hand, this format extended the Combined Forces Initiative (CFI) of 2012, on the other hand, it combined activities planned within the PATG framework.^[39] The meeting in Wales created an interoperability platform with 24 partner countries from various existing partnership formats. In the context of PII, five countries (Australia, Finland, Georgia, Jordan, and Sweden) were offered the Enhanced Capability Program (EOP) because their armed forces were considered compatible with NATO standards. Options for cooperation forms were not prescribed, but for example, the NATO-Georgia Package (SNGP^[40]) contained a wide range of measures and initiatives in 13 areas to strengthen the country's defense capabilities.
- b. The Defense and Related Security Capacity Building (DCB) initiative was aimed at supporting, advising, and assisting the armed forces of other countries. DCB was represented as a long-term commitment to create stability among NATO's neighbours and beyond it, without having to redeploy its combat units. Georgia, Jordan, and Moldova became the first partner countries. Functionally, this program resembled the equivalent of EU efforts to guarantee regional security by supporting key states and relevant regional structures. Thus, NATO is gradually shifting its emphasis from "security provider" to "security consultant".^[41]

The cornerstone of NATO's collective defense initiative was the Readiness Action Plan (RAP) focused on Central and Eastern Europe to improve military infrastructure and identify bases for increased troop rotation and military exercises. The creation of the Joint High Readiness Task Force (VJTF)

³⁹ Markus Kaim, Hanns W. Maull, Kirsten Westphal, „The Pan-European Order at the Crossroads: Three Principles for a New Beginning” *SWP Comments*, No. 18 (2015): 8.

⁴⁰ Substantial NATO-Georgia Package (SNGP), 2021. www.nato.int/cps/uk/natohq/news_188399.htm?selectedLocale=en.

⁴¹ Markus Kaim, „Reforming NATO's Partnerships” *SWP Research Paper*, (2017): 23.

as part of the NRF (NATO Response Force),^[42] was initiated, numbering from 4,000 to 6,000 servicemen, with the possibility of deployment within 2-5 days. However, the exact shape of the VJTF remained uncertain, as did the Alliance's security strategy in Europe.

Within the summit framework, the approved NATO Framework Nations Concept^[43] opened opportunities for groups of states to work together on some cross-border issues. Participants were categorized according to the following scheme:

- The countries with material and technical bases for providing chemical, biological, radiological, and nuclear protection as well as fire support from land, air, and sea. Germany headed this group as a leading state.
- The Joint Expeditionary Force (JEF), specializing in conducting the operations, consists of Denmark, Estonia, Latvia, Lithuania, the Netherlands, and Norway. The UK was the driver of this group. In addition, Denmark led a project involving the Czech Republic, Greece, Norway, Portugal, and Spain on multinational approaches concerning high-precision air-to-ground munitions.^[44]
- The third group, for which Italy played the role of the base state, will improve the capacity to stabilize the situation, command, and control mechanisms.

Although the Framework Nations Concept is an important decision on the part of the Alliance, it once again emphasizes that the armed force structure of numerous large and medium-sized allies in Europe, such as the UK and the Netherlands, have been reduced to such an extent they cannot independently deploy a military unit in high-risk areas. Moreover, this initiative may exacerbate the problem of equitable risk-sharing among allies. Therefore, the Framework Concept should be reinforced with criteria for assessing the military burden distribution, for example, based on the percentage of defense costs, R&D, contribution to NATO missions, the frequency of force usage, etc. In the Summit Declaration, the Allies pledged

⁴² Wales Summit Declaration (2014). www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_112964.html.

⁴³ NATO Framework Nations Concept, 2017. <https://css.ethz.ch/>.

⁴⁴ Richard Tomkins, „NATO Members Launch Air-to-Ground Precision-guided Weapons Initiative” *United Press International*, 5 September (2014).

to achieve availability targets of 50% of each member's total land force to be available for deployment and 10% of each member's total land force for permanent operations. However, the Alliance members were unable to agree on specific proportions in matters of their application.

At the 2016 Warsaw Summit,^[45] Alliance members emphasized their desire to contribute to the international community's efforts concerning stabilization and strengthening security outside NATO territory. The Allies announced the deployment of multinational combat battalions numbering about 800-1,200 servicemen in Poland and the Baltic states. However, the announced deployment is not the same as the permanent one about what the states called for at the previous summit.

One of the points that deserves attention and was emphasized by Christopher Chivvis and Stephen Flanagan^[46] is Germany's position. If in 2014 the country maintained a mostly positive attitude towards the Russian Federation, trying to avoid any provocations, at the Warsaw Summit, Berlin found itself among the leaders of the confrontation. Thus, as for Germany's updated National Security Strategy, the Russian Federation was defined "as one of the threats"^[47] on a par with terrorism, the migration crisis, and right-wing extremism.

The Warsaw Summit once again demonstrated the lack of political unity among the allies on several key issues. For example, some countries (France) firmly supported the belief that the EU should give a decisive response to the problems of terrorism and migration from the Middle East, without delegating the relevant powers to NATO. Although it was European allies – mainly France^[48] and the UK – that carried out airstrikes against the Islamic State in Syria and Iraq, others, including Germany, declared "fatigue with direct military involvement in the region."^[49]

The Warsaw Summit was also used to expand NATO-EU cooperation in areas such as countering hybrid threats and strengthening cyber defense

⁴⁵ Warsaw Summit Communiqué (2016). https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133169.html.

⁴⁶ Chivvis Christopher S., Stephen J. Flanagan, „NATO's Russia problem: The Alliance's though a road ahead post” *Warsaw Summit. National Interest* (2016): 12.

⁴⁷ Integrated Security for Germany. National Security Strategy 2023. www.nationalesicherheitsstrategie.de/National-Security-Strategy-EN.pdf.

⁴⁸ Jeff Lightfoot, „NATO Summit Special Series: France” *The Atlantic Council*, 24 June (2016).

⁴⁹ Steven Erlanger, „Shifting Attention to Mediterranean, NATO Fights Internal Dissent” *New York Times*, 2016.

and maritime security. The European defense industry remained fragmented and divided along national lines.^[50] Differences between Turkey (a member of NATO but not the EU) and Cyprus (a member of the EU but not NATO) were often considered as the main obstacle to mutual understanding. Some observers even suggested dividing the functions between the two structures: “hard” military tasks should be left to NATO, and “soft” peacekeeping and civilian-oriented missions should be given to the EU. However, the political uncertainty of the Allies made it difficult to achieve synergy at the EU/NATO level.

At the 2018 Brussels Summit^[51] Allies committed to further strengthen NATO’s role by helping partners, upon request, build stronger defense institutions, improve good governance, increase resilience, ensure their security, and contribute more effectively to the fight against terrorism. At the Madrid Summit in June 2022, NATO adopted a new Strategic Concept of “security based on cooperation” as one of the three key pillars of activity by creating a global network of partnerships with countries and organizations. The new concept stated that there is no longer peace in the Euro-Atlantic region but a “constant risk of an attack on the sovereignty and territorial integrity of the Allies.”^[52] This thesis contrasted sharply with the 2010 assessment of a “low level of threat to NATO”^[53] within the mentioned region. The concept also identified new security challenges (space, cyber, hybrid threats; climate change, etc.), but it lacked specifics on how to respond to these challenges.

The Madrid Summit marked the Russian Federation “as the most significant threat to the allies’ security along with peace and stability within Europe,” while NATO-2010 sought “a true strategic partnership with the Russian Federation.” According to one of the experts, such a criticism “was the strongest against the Russian Federation since 1991 and resembled communication in the style of the Cold War.”^[54] The new concept emphasized

⁵⁰ Paul Belkin, „NATO’s Warsaw Summit: In Brief” *Defense Technical Information Center* (2016): 14.

⁵¹ Brussels Summit Declaration, 2018. www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_156624.html.

⁵² Madrid Summit Declaration, 2022. https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_196951.html.

⁵³ NATO Strategic Concept, 2010. www.nato.int/lisbon2010/strategic-concept-t-2010-eng.pdf.

⁵⁴ William Alberque, „The New NATO Strategic Concept and the end of arms control” *International Institute for Strategic Studies*, (2022).

the transition to deterrence and defense by building joint capabilities, namely:

- Deployment of facilities and military equipment on the Eastern flank. For example, France provided a missile defense system to Romania, while the US announced an agreement with Spain to increase the number of destroyers and deploy additional air defense in Germany and Italy.
- A new model of the NATO armed forces to improve the Alliance's readiness and response to threats.
- Broadening the network of global partnership: for the first time, the leaders of Australia, Japan, New Zealand, and the Republic of Korea attended a NATO summit to deepen cooperation on issues of mutual interest, including cyber and hybrid threats, maritime security, counter-terrorism and the impact of change climate.
- Extending military and financial aid to Ukraine, increasing the level of interoperability of the Ukrainian armed forces with NATO standards.

ATO's 2002 Strategic Concept was therefore pessimistic about the prospects for arms control, proposing to focus on crisis prevention, which was to be expected in view of the leveling off of any negotiating process on the part of the Russian Federation. It is noteworthy that the document first mentions the PRC, "whose policy challenges the values and security" of the Alliance (paragraph 13). However, phrases like "NATO remains open for constructive interaction with the Russian Federation and the PRC" (paragraph 9) indicate the lack of a unified position of the allies and, accordingly, a political course regarding the mentioned subjects. In essence, the 2022 concept returned to Pierre Harmel's principle^[55]: the first thing is deterrence and defense, then – control over weapons.

In July 2023, the Vilnius NATO Summit took place,^[56] which some experts said became the "summit of Tomorrow's Day."^[57] To adapt to a more com-

⁵⁵ Pierre Harmel, „Future Tasks of the Alliance”, (1967).

⁵⁶ Vilnius Summit Communiqué, 2023. www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_217320.html.

⁵⁷ Jason Moyer, Henri Winberg, „NATO Vilnius Summit 2023: A Summit for Implementation” *Wilson Center*, (2023).

plex global security environment, the Alliance announced an institutional restructuring through the following steps:

- Agreement on new regional defense plans for NATO Allies on all flanks, including relaunching command and control mechanisms.
- Declaration on cooperation concerning cross-border airspace between the Baltic States.
- Development of a deterrence package against non-military hybrid threats (Maritime Center for the Security of Critical Underwater Infrastructure; a new concept of cyber defense and a laboratory “Virtual Support for Cyber Incidents”; NATO’s Space Center of Excellence in France; energy infrastructure protection).

The Asia-Pacific Four (Australia, Japan, South Korea, and New Zealand) involvement at the summit demonstrated the inseparability of the European and Indo-Pacific security theaters. Sweden and Finland received significant opportunities to optimize operational planning and information exchange in the Baltic-Scandinavian region and strengthen NATO’s influence in the Arctic.

However, the Summit’s outcomes were ambiguous on several other issues. Thus, Ukraine was not offered a clear path and terms for joining the Alliance, although Ukraine is mentioned 48 times in the Vilnius Communiqué against 13 mentions in the Madrid Declaration. In response, the G7, consisting of the USA, the UK, Canada, Japan, Italy, France, and Germany, published a Joint Declaration of Support for Ukraine,^[58] which testified to their desire to hold the Russian Federation accountable, to increase the military and financial aid to Ukraine in the case of deepening Russian aggression.

The Declaration gives the basis for concluding bilateral multi-year defense packages with Ukraine. This document is not a guarantee of safety or an analog of Article 5 of the NATO Collective Agreement, which was clearly stated in the text. The Vilnius Summit showed support from the Alliance’s non-member states, but to report on significant achievements in 2024, it would be worthwhile to focus on developing a clear shared vision of foreign policy priorities and future partners.

⁵⁸ G7: Joint declaration of support for Ukraine, 2023. www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/07/12/g7-joint-declaration-of-support-for-ukraine/.

As mentioned above, NATO's partnership formats represent changing external security parameters and the Alliance's attempts to adapt to new circumstances. However, over time, the "new challenge – new format" principle led to partially isolated and partially duplicated structures. The fact that some countries are members of several partnership platforms or have special bilateral status except for NATO membership supports these findings. Just as changes in the parameters of international security have provided the impetus for new partnership formats, they have also led to the reform or termination of existing but functionally obsolete institutions. A typical example is the suspension of the activities of the Euro-Atlantic Partnership (EAP) with the Russian Federation after its illegal annexation of Crimea in 2014.

In addition, the division of responsibilities between various NATO units, ranging from Partnership (PASP), Operations (OPS), and Emerging Security Challenges (ESC) to NATO's Command Transformation (ACT), suggests a huge bureaucratic burden for effort coordination. With the increasing of partner countries, types of programs, and funding mechanisms, the system has become almost unmanageable. Such instruments as Individual Partnership and Cooperation Programs (IPCP), Individual Partnership Action Plans (IPAP), Annual Programs (ANP), Planning and Analysis Process (PARP), and Defense Capability Building (DCB) have significant differences in the involvement level regarding countries-partners and monitoring procedures. The expansion of the partnership increasingly contrasts with the Alliance's original goals. Therefore, the structure of NATO's institutional partnership should adapt to the changing international security and the political environment.

The Berlin policy decisions have opened up the possibility for new forms of political dialogue with partners, including through more flexible formats on a case-by-case basis to enhance security collaboration over common concern issues. Currently, when choosing global partners, NATO is more inclined to the utility principle than to the geographical or value dimension. As Noetzel and Schreer noted, "before us is a pragmatic approach to the creation of NATO nodes in a new global security network, which is markedly different from previous attempts to perceive the Alliance as an exclusive club of like-minded global democracies".^[59]

⁵⁹ Timo Noetzel, Benjamin Schreer, „More flexible, less coherent: NATO after Lisbon” *Australian Journal of International Affairs*, No. 66 (2012): 27.

7 | Reloading the Partnership Vision: A Collaborative Platform Model based on Ukraine

Proposing a collaborative platform model in the defense and security sector as an alternative to existing international ones, the author assumes that in the coming years, partnerships with individual countries or groups of them will significantly increase due to national political changes and the reluctance of some member states to provide NATO/EU/The UN their resources for conducting military operations.

The trend towards a “bilateral” partnership format has become noticeable in the framework of NATO policy after the Berlin Summit in April 2011, as the political and material efforts the Alliance invests in partnerships are not always proportional to its gains. One of the new tendencies against the background of the growing interest divergence of interests and the reduction of defense budgets within NATO is groupings such as the Nordic Defense Cooperation (NORDEFCO), the Nordic Group, the Visegrad Group, and the Franco-British Axis, to explore the possibilities of strengthening cooperation on security issues, as well as projects of smart defense as a complement to the existing agreements within the Alliance’s framework.

This trend will keep going as countries are more willing to cooperate with states that share their interests and/or are willing to bear the cost of creating the necessary resources. Until recently, NATO supported such initiatives, considering them useful for “smart defense,”^[60] but the question remains open whether these regional clusters will increase NATO effectiveness from the position of operational response.

According to Anne-Marie Slaughter, NATO currently has “two identities”^[61]: the first is structured concerning Article 5 as a collective defense alliance, while the second is the center of a global security network, a collective security asset for global partners. This observation resonates with the words of former US national security adviser Zbigniew Brzezinski in 2009 that NATO “has the experience, institutions and means to eventually become the center of a worldwide network of diverse regional security

⁶⁰ Anna Wieslander, „NATO Turns Its Gaze to the Baltic Region. Sweden Should Make Wise Use of NATO’s Benevolent Attitude to Establish Closer Relations” *Euro-activ*, (2014).

⁶¹ Anne-Marie Slaughter, „Let Europe lead Ukraine” *Project Syndicate*, (2023).

cooperatives among states with the power to act.”^[62] However, the future trajectory of NATO’s development is still debatable.

Struggling against Russian aggression, Ukraine also chose a minilateralism path, formed eleven coalitions of various defense issues, and signed bilateral security agreements with the UK, Germany, the Netherlands, France, Denmark, Italy, and Canada. The agreements prescribe the future collaboration vectors in the military and defense industry (intelligence exchange, joint defense production, fight against organized crime, cyber cooperation, etc.), the financial support amount, obligations regarding Ukraine’s restoration during the post-war period and reform, as well as the recognition of Ukrainian territorial integrity within the borders of 1991.

The security agreements confirm NATO’s strategic goal of creating a sustainable regional security architecture by strengthening the partners’ military capabilities and potential development. Although these treaties do not provide security guarantees but create a framework for receiving assistance and opportunities for further interaction. Thus, Ukraine can become one of the grounds of an alternative security path through a legalized hub of specialized support from partners who are guided by and respect democratic principles.

Although such diplomatic efforts some experts equated with the de facto Ukraine’s integration into NATO, the security partnership could be strengthened due to the following aspects:

- The collective defense agreement does not guarantee the involvement of another country’s military personnel in hostilities on the territory of Ukraine. A separate clause of the agreements stipulates, “in the case of a future armed attack by the Russian Federation, holding consultations within 24 hours to determine further steps,”^[63] which does not necessarily mean providing military support. In essence, it comes about the mechanism for emergency operational response to aggression, the reaction to which will depend on the political will of the allies along with a political agenda within the country.
- Although the security treaties formalize the forms of military assistance, they do not specify the terms of its provision in the event of a repeated attack by the Russian Federation (e.g. within 48 hours),

⁶² Zbigniew Brzezinski, „If Georgia or Ukraine falter, Russia again becomes an empire” *Voice of America*, (2009).

⁶³ Agreement on Security Cooperation between Ukraine and France (2024).

which leaves some room for strategic uncertainty among the armed forces.

- **Detailing.** Security agreements should be accompanied by a detailed partnership program with clearly defined action algorithms at the operational level (an attack) and in the long term (up to 10 years), for example, a Plan for defense procurement or joint defense industry.
- **Forming a value proposition for each of the involved stakeholders.** In particular, Ukraine can become a valuable security partner in the production of UAVs and electronic warfare equipment due to the strengthening of its capacities (at the beginning of 2024, the Ukrainian armed forces received more than 80 samples of their weapons); the planning and conduct of naval operations (a series of liquidations of Russian fleet facilities in the Black Sea region); the fight against Russian disinformation and propaganda; the protection of critical infrastructure, which is under constant threat of damage from Russian drones.
- **Agreed standards and procedures with prescribed timelines to achieve interoperability with military and defence industry partners.** A common regulatory framework with clear deadlines for its implementation will increase the effectiveness of joint activities with partners on tactical, operational and strategic objectives.
- **Creating the partnership monitoring mechanism.** Reporting serves as a tool for transparency and assessment of a specific country's primary tasks. Such reports may contain data on financial reporting, analysis of the funds' integrity, expert assessment and outcomes' verification by quantitative and qualitative indicators, audit of armed forces modernization, etc. A combination of different tools, adapted to the needs and specifics of the situation, can provide an understanding of how different components provided within a specific collaborative platform have influenced the both partnership's and national goals.
- **Development of feedback mechanisms.** Functional continuity makes it possible to evaluate the platform as a "hybrid" security institution, with a wide range of functions by varying intensity, not as a one-dimensional collective defense system. A security platform can only be successful if it solves the security problem for which it was created, or at least decreases it to a level where it no longer poses an acute threat to participating states. If this is not done, there is an

institutional embedding risk when specific cooperation formats are still available but no longer used.

- Prescription of the qualitative military superiority concept, involving the agreement of joint strategic deterrence of the Russian Federation between Ukraine and the pro-Ukrainian coalition partners.

Therefore, in the context of the regional and global security challenges, Ukraine can become a model of an alternative security platform capable of deterring Russian aggression against European countries based on developed partnerships and a shared understanding of threats. Such a place should provide a flexible, integrated joint force (as a prototype, the JEF initiative), able to act quickly at any time and in any location. The platform should have a security profile of potential activities – from military operations to humanitarian crisis management – with agreed operational models determining its place in the global security architecture, vector, scope of authority, and performance criteria. Despite the different nature of the “profile models”, the platform’s forces should be calculated to simultaneously engage in each of them or be able to integrate the provided resources to get a synergistic effect. Rethinking the military-defense vision of European security as an organic part of other planes (cultural, cognitive, political, etc.) as having common cross-points will help create a powerful integrated platform for joint actions to contain hybrid and military threats.

Conclusions

The difficulty of reaching a consensus through a multilateral forum rationalizes the parallel investment of some players in more “narrow” agreements on operational or ideological tasks. The flexible way of coordination and the limited number of participants make minilateralism more effective by specifying goal mechanisms that do not necessarily conflict with the ambitions of the multiformat. In a given context, they can even present “high-speed multi-subjectivity, which is not always synonymous with fragmented tasks.”^[64]

However, mini-stakeholder formats initiated independently of any institutional ties can be divisive. Their criticism mainly concerns changing the dynamics and priorities of the global security architecture due to the advocacy of national external interests, for example, Quad and AUKUS have their own autonomous political and strategic visions. Indonesian leaders

⁶⁴ Delphine, Thibault, „Multilateralisms and minilateralisms in the Indo-Pacific”, 17.

“reacted negatively to the AUKUS creation and Australia’s plans to acquire nuclear submarines,”^[65] expressing concern about the alliance’s impact on potentially accelerating the arms race within the region. In the South Pacific, the AUKUS initiative to make the region a nuclear-weapon-free zone (Treaty of Rarotonga) was met suspiciously. In his statement, the Prime Minister of the Cook Islands called such an agreement a “destabilizing factor.”^[66]

It is worth noting that leadership, political will, and bilateral relations between subjects are the key factors of effectiveness within the framework of minilateral agreements. For example, in 1999, the Trilateral Cooperation and Control Group (TCOG) was established between the US, Japan, and South Korea in response to the intensification of North Korea’s nuclear program. But the deal failed due to “historically strained ties between South Korea and Japan.”^[67] A change in political leadership can also affect a country’s foreign policy priorities and willingness to participate in minilateral agreements. Thus, in 2004, the USA, India, Australia, and Japan discussed the Security Dialogue (Quad) for the first time to coordinate humanitarian efforts after the tsunami in the Indian Ocean. However the resignation of S. Abe as Prime Minister of Japan and the election of K. Rudd as the new Prime Minister of Australia in 2007 led to the failure of Quad 1.0.

The multiplication of interactive arenas, as well as their duplication of some diplomatic and strategic obligations, can cause the “weakening of deliberative spaces,”^[68] resource dispersion, and agenda oversaturation, especially to initiatives whose functional significance is secondary about strategic objectives or competition between regional players. For example, the Indo-Pacific region’s strengthening among the world’s strategic priorities is accompanied by a surplus of proposals that require reinvestment. Thus, in the field of maritime security “significant progress has already been made at the ASEAN level,”^[69] but it is repeatedly the subject

⁶⁵ Indonesian Ministry of Foreign Affairs. Statement on Australia’s Nuclear-powered Submarines Program, *Communiqué* (2021).

⁶⁶ Ministry of Foreign Affairs and Immigration of Cook Islands. Prime Minister Mark Brown Meets with U.S. Counterparts in Washington D.C., *Communiqué* (April 2023).

⁶⁷ Delphine, Thibault, „Multilateralisms and minilateralisms in the Indo-Pacific”, 21.

⁶⁸ Ibidem, 5.

⁶⁹ Seng Tan, „ASEAN Defence Ministers’ Meeting” *Minilateralism in the Indo-Pacific. 1st Edition*, No. 15 (2020): 9.

of structured cooperation agreements at the multilateral level (including ADMM+, information fusion centers in Singapore, Gurgaon and IORA) or bilaterally (in particular with Japan, the US, the EU, the Netherlands and France). Proposals for cooperation in this sector, which put forward general goals without considering specific topics, are perceived as redundant, attracting only limited investments.

This logic was reflected in the concept of pluralateralism, defined by Indian Foreign Minister S. Jaishankar as “the parallel pursuit of multiple priorities, some of which may be contradictory.”^[70] The neutrality principle, proclaimed in particular by India, demonstrates a pragmatic approach that favors the multiplication of tactical-operational partnerships combined with a clear rejection of binding alliances and acknowledging the potential contradictions. A tangential position is taken by Indonesia, which considers the rejection of alliances as a component of its international identity. In a situation of limited capabilities, such a position leads to a de facto weakening of the multilateral mechanisms on which the regional security architecture is based.

Accordingly, the articulation within multilateral and mini-lateral agreements in the geopolitical narrative requires a functional rationalization arising from agreed strategies. The agenda saturation and the overlapping of cooperation structures indirectly weaken regional multilateralism, reduced to a set of autonomous minilateralisms. These mechanisms attempt to respond to the perceived strategic urgency caused by the growing competition between “new” global players in key geopolitical gravity centers.

Nevertheless, the inflation of minilateral arrangements is likely to weaken the security architecture in the long run, destroying the space for deliberation, norm production, and legitimization. Rationalization of the identified trend involves avoiding additional shared platforms with unclear goals and reducing the oversaturation effect. But it is worth recognizing that minilateralism is the de facto collaborative norm at least concerning regional security. The problem of operational partnership vision implementation is to connect them with long-term multi-subject agreements by either giving preference to multi-speed formats (multilateral discussion of shared norms and goals, minilateral operational implementation) or participating in the dissemination and consolidation of norms that strengthen multilateral cooperation.

⁷⁰ Christophe Jaffrelot, „The India Way: Strategies for an Uncertain World’ by Dr S. Jaishankar” *Atlantic Council*, (2021).

Bibliography

- Alberque William, „The New NATO Strategic Concept and the end of arms control” *International Institute for Strategic Studies*, (2022). <https://www.iiss.org/online-analysis/online-analysis//2022/06/the-new-nato-strategic-concept-and-the-end-of-arms-control>.
- Alles Delphine, Fournol Thibault, „Multilateralisms and minilateralisms in the Indo-Pacific” *Foundation*, No. 9 (2023). www.frstrategie.org/en/publications/recherches-et-documents/.
- Ansell Chris, Alison Gash, „Collaborative governance in theory and practice” *Journal of Public Administration Research and Theory*, No. 18 (2008): 543-71.
- Ansell Chris, Alison Gash, „Collaborative Platforms as a Governance Strategy” *Journal of Public Administration Research and Theory*, No. 1 (2017): 1-17. doi:10.1093/jopart/mux030.
- Belkin Paul, „NATO’s Warsaw Summit: In Brief” *Defense Technical Information Center* (2016): 16. apps.dtic.mil/sti/citations/AD1021858.
- Bilal Y. Saab, „Friends with Benefits. What the UAE Really Wants from NATO” *Foreign Affairs Snapshot*, (2014). www.foreignaffairs.com/articles/middle-east/2014-08-14/friendsbenefits.
- Brzezinski Zbigniew, „If Georgia or Ukraine falter, Russia again becomes an empire” *Voice of America* (2009). www.holosameryky.com/a/a-49-2009-10-13-voa10-86834367/220561.html.
- Buzan Barry, „A World Without Superpowers: Decentred Globalism” *International Relations*, No. 25 (2011): 1-23.
- Chivvis Christopher S., „NATO’s Southern Exposure. The Real Threats to Europe – and the Alliance” *Foreign Affairs Snapshot*, (2016). www.foreignaffairs.com/articles/2016-04-17/nato-s-southern-exposure.
- Chivvis Christopher S., Stephen J. Flanagan, „NATO’s Russia problem: The Alliance’s tough road ahead post” *Warsaw Summit. National Interest* (2016). nationalinterest.org/blog/the-buzz/natos-russia-problem-the-alliances-tough-road-ahead-post-16952.
- Erlanger Steven, „Shifting Attention to Mediterranean, NATO Fights Internal Dissent” *New York Times*, 16 June 2016. www.nytimes.com/2016/06/17/world/europe/shifting-attention-to-mediterranean-nato-fights-internal-dissent.html.
- Exartier Vivien, „The future of GCC defense with NATO or as Arab NATO?”, (2019). <https://ideas.repec.org/p/sek/iacpro/9812003.html>.

- Gaub Florence, „Against all Odds: Relations between NATO and the MENA Region” *Carlisle, PA: United States Army War College – Strategic Studies Institute*, August (2012). www.StrategicStudiesInstitute.army.mil/.
- Godzimirski Jakub M., Nina Græger, Kristin M. Haugevik, „Towards a NATO à la Carte? Assessing the Alliance’s Adaptation to New Tasks and Changing Relationships” *NUPI-Report*, (2011). hdl.handle.net/11250/277248.
- Jaffrelot Christophe, „The India Way: Strategies for an Uncertain World’ by Dr S. Jaishankar” *Atlantic Council*, (2021). <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/southasiasource/>.
- Haas Richard, „The Case for Messy Multilateralism” *Financial Times*, 2010. www.cfr.org/node/158936.
- Harmel Pierre, „Future Tasks of the Alliance”, (1967). www.nato.int/cps/en/nato-live/80983.htm.
- Helwig Niklas, „Germany’s Turn from Reflexive to Strategic Multilateralism” *Political Science and Public Policy*, No. 2 (2023). <https://doi.org/10.4337/9781800887268.00018>.
- Henry Etienne, „The Sukhoi Su-24 Incident between Russia and Turkey” *Russian Law Journal*, No. 4 (2016): 8-25. doi:10.17589/2309-8678-2016-4-1-8-25.
- Isaac Sally Khalifa, „NATO and Middle East and North Africa (MENA) Security: Prospects for Burden Sharing” *NATO Defense College Forum Paper*, (2011). www.files.ethz.ch/isn/128708/fp_16.pdf.
- Kaim Markus, „Reforming NATO’s Partnerships” *SWP Research Paper*, (2017): 23. www.swp-berlin.org/publications/products/research_papers/2017RP01_kim.pdf.
- Kaim Markus, Hanns W. Maull, Kirsten Westphal, „The Pan-European Order at the Crossroads: Three Principles for a New Beginning” *SWP Comments*, No. 18 (2015): 8. www.swp-berlin.org/en/publication/new-pan-european-order.
- Kamp Karl-Heinz, Heidi Reisinger, „NATO’s Partnerships after 2014: Go West!” *NATO Defense College, Rome*, No.92 (2013): 9. www.jstor.com/stable/resrep10403.
- Koka Arnold, „The Gulf Submarine Network amid sabotage and mine warfare threats”, (2022). www.egic.info/gulf-submarine-network-amid-sabotage-mine-warfare.
- Krimi Sonia, „NATO and the Mediterranean Security Agenda”, *NATO Parliamentary Assembly*, (2021). www.nato-pa.int/document/2021-nato-and-mediterranean-security-agenda-krimi-report-021-pcnp-21-e.
- Lesser Ian, „The Future of NATO’s Mediterranean Dialogue”, *The German Marshall Fund*, (2018): 38. www.gmfus.org/news/future-natos-mediterranean-dialogue.
- Lightfoot Jeff, „NATO Summit Special Series: France” *The Atlantic Council*, 24 June 2016. www.atlanticcouncil.org/blogs/natosource/nato-summit-special-series-france/.

- Moret Erika, „Effective Minilateralism for the EU: What, When and How” *European Union Institute for Security Studies*, (2016). isnblog.ethz.ch/uncategorized/effective-minilateralism-for-the-eu-what-when-and-how.
- Moyer Jason, Henri Winberg, „NATO Vilnius Summit 2023: A Summit for Implementation” *Wilson Center*, (2023). <https://www.wilsoncenter.org/article/nato-vilnius-summit-2023-summit-implementation>.
- Naim Moises, „Minilateralism” *Foreign Policy*, (2009). foreignpolicy.com/2009/06/21/minilateralism/.
- Noetzel Timo, Schreer Benjamin, „More flexible, less coherent: NATO after Lisbon” *Australian Journal of International Affairs*, No. 66 (2012): 20-33. doi:10.1080/10357718.2011.637451.
- Patrick Stewart, „The new ‘new multilateralism’: Mini-lateral cooperation, but at what cost?” *Global Summitry*, No. 2 (2015): 115-134. globalsummitryproject.com/wp-content/uploads/2021/04/New-Multilateralism.pdf.
- Reichborn-Kjennerud Erik, „NATO in the ‘New’ MENA Region. Competing Priorities amidst Diverging Interests and Financial Austerity” *Norwegian Institute of International Affairs – Security in Practice*, No. 1 (2013): 20. <https://nupi.brange.unit.no/>.
- Samaan Jean-Loup, „NATO in the Gulf: Partnership without a Cause?”, *NATO Defense College Research Paper*, No. 83 (2012): 8. ciaotest.cc.columbia.edu/wps/nat/0031927/f_0031927_25923.pdf.
- Slaughter Anne-Marie, „Let Europe lead Ukraine” *Project Syndicate*, (2023). www.project-syndicate.org/magazine/let-europe-lead-in-ukraine.
- Tan Seng, „ASEAN Defence Ministers’ Meeting” *Minilateralism in the Indo-Pacific. 1st Edition*, No. 15 (2020): 24. <https://www.frstrategie.org/sites/default/files/documents/publications/>.
- Tomkins Richard, „NATO Members Launch Air-to-Ground Precision-guided Weapons Initiative” *United Press International*, 5 September 2014.
- Tirkey Aarshi, „Addressing the inefficacy of multilateralism – Are regional minilaterals the answer?” *Observer Research Foundation*, 2020. www.orfonline.org/expert-speak/addressing-inefficacy-multilateralism/.
- Wieslander Anna, „NATO Turns Its Gaze to the Baltic Region. Sweden Should Make Wise Use of NATO’s Benevolent Attitude to Establish Closer Relations” *Euroactiv*, (2014). www.euractiv.com/sections/security/nato-turns-its-gazebaltic-region-310962.
- Urbanovska Jana, „Minilateral Cooperation in the EU’s Post-Brexit Common Security and Defence Policy: Germany and the Visegrád Countries” *Europe-Asia Studies*, No. 73 (2022): 402-425. [dx.doi.org/10.1080/09668136.2022.2037520](https://doi.org/10.1080/09668136.2022.2037520).



Instytucja „przestępstwa wojskowego” – uwagi *de lege ferenda*

The Institution of „Military Crime”: *de lege ferenda* Remarks

Abstract

This paper attempts to justify the concept of the need to introduce a normative definition of the concept of „military crime” into the current Penal Code of 1997. It should be noted that since January 1, 1970 (i.e. since the entry into force of the previously applicable code regulation – i.e. the Penal Code of 1969) continuously until today, the concept of „military crime” has been used in the broadly understood Polish criminal law system (nor its legal definition) does not formally exist. In other words, it was not decreed in the text of the Penal Code of 1969 nor under the legal solutions adopted in the Penal Code of 1997. This is an incomprehensible practice, especially when one takes into account the arguments of a historical, systemic, functional-doctrinal and international nature presented in this paper, which directly support the validity of the reported *de lege ferenda* task of introducing a normative definition into the code regulations the concept of „military crime”. The implementation of this task will undoubtedly contribute to filling the current legal gap and will also contribute to the (symbolic, but still) systematisation of the institutions of military criminal law and their harmonisation with the provisions of international legal instruments.

SŁOWA KLUCZOWE: prawo karne, prawo karne wojskowe, prawo karne skarbowe, przestępstwo, przestępstwo wojskowe, przestępstwo skarbowe, szczególnie dziedziny prawa karnego, akty prawa międzynarodowego, normatywna definicja, legalna definicja

KEYWORDS: criminal law, military criminal law, fiscal criminal law, crime, military crime, fiscal crime, details of areas of criminal law, acts of international law, normative definition, legal definition

1 | Wstęp

Celem należytego zabezpieczenia odpowiedniego poziomu realizacji zadań stawianych wobec prawa karnego wojskowego koniecznym jest dokładne sprecyzowanie, czym jest i jakie cechy charakteryzują instytucję „przestępstwa wojskowego”. Mimo iż instytucja ta stanowi centralny punkt zainteresowania doktryny prawa karnego wojskowego, to obecnie nigdzie w rozumianym szeroko systemie prawa karnego nie wypracowano jej normatywnej definicji. Ponadto na płaszczyźnie kodeksowej^[1] wszelkie rozważania w tym zakresie ograniczono do treści przepisów prawnokarnych odnoszących się wprost do istoty instytucji „przestępstwa” (zob. art. 1, 2, 7, 9 oraz 115 § 1 k.k.), zwanego *de lege lata* również „przestępstwem powszechnym” (dawniej „przestępstwem pospolitym”), a nie do istoty instytucji „przestępstwa wojskowego” jako takiego.

Wprawdzie przestępstwo wojskowe jest szczególnym rodzajem przestępstwa w ogóle (stąd charakterystyczne dla powszechnego prawa karnego ogólne pojęcie „przestępstwa” posiada pełne odniesienie także wobec pojęcia „przestępstwa wojskowego”), to jednak na płaszczyźnie karno-wojskowej instytucja ta ma bardziej doprecyzowaną postać. Bowiem ogólne ramy pojęcia „przestępstwa” (tj. m.in. zadekretowanie znamion w ustawie oraz konieczność posiadania określonego stopnia społecznej szkodliwości czynu) przy przestępstwie wojskowym uzupełnione są o pewne szczególne i występujące kumulatywnie właściwości, widoczne w specjalnym podmiocie oraz przedmiocie zamachu przestępnego. Właściwości te (w takiej postaci, zakresie i konfiguracji) nie występują jednak przy innych rodzajach przestępstw, tj. zarówno przy tych ujętych w części szczególnej k.k. (np. przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, przestępstwa drogowe czy przestępstwa przeciwko mieniu), jak i przy przestępstwach skodyfikowanych poza obowiązującą regulacją kodeksową.

Dlatego odniesienie normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa” właściwej dla powszechnego prawa karnego do czynów penalizowanych w części wojskowej k.k. – bez jej jednoczesnego odpowiedniego uzupełnienia o odmienności podmiotowo-przedmiotowej, które *de facto* determinującą dane zachowanie sprawcy czynu zabronionego nie jako przestępstwo, lecz jako przestępstwo wojskowe właśnie – zdaje się być zbyt daleko idącym uproszczeniem. Nie oddaje ono bowiem w pełni natury i charakteru nie

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks karny, t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 17 (dalej k.k.).

tylko instytucji przestępstwa wojskowego, ale przede wszystkim wojskowej odpowiedzialności karnej. Zatem jako zadanie *de lege ferenda* postulować należy wypracowanie i wprowadzenie do szeroko rozumianego systemu prawa karnego normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa wojskowego”, która wszak do 1 stycznia 1970 r., tj. momentu wejścia w życie uprzednio obowiązującego kodeksu karnego (czyli kodeksu karnego z 1969 r.^[2]) funkcjonowała w tym systemie z dużym powodzeniem. Ówcześni przedstawiciele nauki prawa karnego rozumieli bowiem, że instytucji „przestępstwa” i „przestępstwa wojskowego” – z uwagi na zachodzącą między nimi polaryzację podmiotowo-przedmiotową – nie należało postrzegać w kategorii wyrażen tożsamyh czy nawet wyrażen synonimicznych^[3].

Rozpoznanie to, mimo upływu czasu, nie utraciło na swojej aktualności, a argumenty przytoczone w niniejszym artykule stanowią próbę uzasadnienia tego stanowiska.

2 | Normatywny charakter definicji „przestępstwa wojskowego” – analiza historyczna pojęcia dokonana w oparciu o przepisy odrębnych aktów karno-wojskowych

Konieczność wypracowania i wprowadzenia do systemu prawa karnego *sensu largo* normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa wojskowego” uzasadnia chociażby jej rys historyczny. Zauważyć bowiem należy, że w czasach, gdy materię karno-wojskową normowały odrębne akty prawne,

² Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r., Kodeks karny, Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 ze zm. (dalej k.k. z 1969).

³ Tak np.: Henryk Aratyn, Aleksander Zawirski, *Wojskowe prawo karne* (Warszawa: Wojskowe Zakłady Graficzne, 1960), 7; Jerzy Muszyński, „Przedmiot przestępstw wojskowych” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 3 (1967): 279 i n.; W.M. Czchikwadze, „Ogólne pojęcie przestępstwa wojskowego” *Wojskowy Przegląd Prawniczy* nr 1 (1950): 24.

tj. Kodeks karny wojskowy z 1928 r.^[4]; Kodeks karny wojskowy z 1932 r.^[5] czy Kodeks karny Wojska Polskiego z 1944 r.^[6], instytucja „przestępstwa wojskowego” posiadała dobrze ugruntowaną pod względem legislacyjnym pozycję. Pojęciem tym bowiem ustawodawca we wskazanych aktach prawnych posługiwał się na dwa różne sposoby.

Pierwszy z nich polegał na dekretacji w regulacji karno-wojskowej jedynie samego terminu „przestępstwa wojskowego”, bez jednoczesnego określenia (w tym akcie normatywnym) jego zakresu merytorycznego. Dlatego celem rekonstrukcji desygnatów tego pojęcia należało subsydiarnie posłużyć się definicją pojęcia „przestępstwa”/”przestępstwa pospolitego” wypracowaną na potrzeby powszechnego prawa karnego, a następnie uzupełnić ją o elementy podmiotowo-przedmiotowe charakterystyczne dla prawa karnego wojskowego. Sytuacja taka występowała w czasie obowiązywania k.k.woj. z 1928 r.^[7], a uzyskana w ten sposób normatywna definicja pojęcia „przestępstwa wojskowego” miała charakter niezupełny i blankietowy.

⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r., w sprawie Kodeksu karnego wojskowego, Dz. U. z 1928 r., nr 36, poz. 328 ze zm.; obowiązywał 01.08.1928 r. – 31.12.1932 r. (dalej k.k.woj. z 1928 r.).

⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 października 1932 r., Kodeks karny wojskowy, Dz. U. z 1932 r., nr 91, poz. 765 ze zm.; obowiązywał 01.01.1933 r. – 29.09.1944 r. (dalej k.k.woj. z 1932 r.).

⁶ Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 23 września 1944 r., Przepisy wprowadzające Kodeks Karny Wojska Polskiego, Dz. U. z 1944 r., nr 6, poz. 28 ze zm.; obowiązywał 30.09.1944 r. – 31.12.1969 r. (dalej k.k.W.P.).

⁷ Ustawodawca choć wprost posługiwał się w k.k.woj. z 1928 r. kategorią „przestępstwa wojskowego” (np. art.: 1-6 k.k.woj. z 1928 r.) to nie nadał on mu jednak cechy normatywności. Dlatego: „[...] określenie desygnatów definicji „przestępstwa wojskowego” [z k.k.woj. z 1928 r. – przyp. A.Z.] pociągało za sobą konieczność posłużenia się przepisami zadekretowanymi w rosyjskim kodeksie karnym z 1903 r., zwanym kodeksem Tagancewa (dalej k.T.), jako że niektóre z jego postanowień (...) [posiadały zastosowanie wobec ówczesnych polskich przepisów karno-wojskowych – przyp. A.Z.] (art. 7 k.k.woj. z 1928 r.)” – zob. Agata Ziółkowska, „Instytucja „przestępstwa wojskowego” w świetle uregulowań polskich kodyfikacji karno-wojskowych XX wieku – analiza historycznoprawna” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 1 (2024): 66. Zatem – przy rekonstrukcji normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa wojskowego” z k.k.woj. z 1928 r. – pojęcie „przestępstwa” z rosyjskiego k.T. (rozumiane wówczas jako: czyn zakazany pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, bezprawny (art. 1 k.T.) oraz zawiniony – kwestie winy zob.: art. 39-43 k.T.) należało uzupełnić o elementy charakterystyczne dla polskiego prawa karnego wojskowego; a konkretnie o element przedmiotowy, który zwracał uwagę na potrzebę zabezpieczenia w drodze odpowiedzialności karno-wojskowej szeroko rozumianego interesu Sił Zbrojnych (dalej SZ), a także o element podmiotowy, który ówczesna doktryna polskiego

Inaczej natomiast sytuacja wyglądała przy drugim ze sposobów ustawowej dekretacji instytucji „przestępstwa wojskowego”, jaki przyjęto projektując postanowienia k.k.woj. z 1932 r. czy k.k.W.P. We wskazanych aktach prawnych ustawodawca poza przedmiotowym pojęciem zadekretował również i jego desygnaty, przez co uzyskana w ten sposób normatywna definicja pojęcia „przestępstwa wojskowego” miała charakter zupełny, kompleksowy, a przede wszystkim formalny. W zależności bowiem od kodeksu karno-wojskowego „przestępstwo wojskowe” było czynem zabronionym pod groźbą kary przewidzianej albo „[...] w części szczególnej kodeksu karnego wojskowego” (art. 1 k.k.woj. z 1932 r.), albo też „[...] w części szczególnej niniejszego kodeksu” (art. 8 k.k.W.P.)^[8].

Wprawdzie instytucji „przestępstwa wojskowego” nie postrzegano wówczas przez pryzmat jego materialnej istoty^[9], to jednak okoliczność ta z powodzeniem funkcjonowała już wtedy w świadomości teoretyków prawa^[10], dając pewne ogólne wyobrażenie co do miary wagi

prawa karnego postrzegała w kategorii *delictum proprium*: „i to nawet w tych wypadkach, gdy dany artykuł części szczególnej [kodeksu – A.Z.] za podmiot [...] [uważał – A.Z.] kogokolwiek bądź” – Józef Lipczyński, *Prawo karne wojskowe materialne. Część I: przestępstwo* (Kraków: Państwowe Zakłady Wydawnictw Szkolnych, 1951), 46; bowiem: „Podmiot przestępstwa wojskowego za każdym razem był [...] ograniczony do konkretnych osób wskazanych bezpośrednio w treści przepisów karno-wojskowych, zaś w ramach *delictum proprium* na omawianej płaszczyźnie w przepisach tych dokonywano dalszej charakterystyki owego podmiotu, która prowadziła z kolei do jego limitacji i ukształtowania kategorii „szczególnego podmiotu przestępstwa wojskowego” – jako podmiotu właściwego dla ogółu przepisów penalizujących przestępstwa wojskowe” – ibidem, s. 46.

⁸ Aratyn, Zawirski, *Wojskowe prawo karne*, 7; zauważyć również należy, że bezpośrednie odniesienie instytucji „przestępstwa wojskowego” z k.k.woj. z 1932 r. czy k.k.W.P. jedynie do czynów penalizowanych w przepisach tychże kodeksów karno-wojskowych siłą rzeczy przesądziło o wyjątkowym podmiocie i o szczególnym przedmiocie zamachu przestępnego przestępstw wojskowych w nich zadekretowanych.

⁹ Leszek Lernell, Jerzy Sawicki, „Nauka prawa karnego, jej przedmiot i metoda”, [w:] *Prawo karne Polski Ludowej*, Igor Andrejew, Leszek Lernell, Jerzy Sawicki (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1954), 14 i n.; Stanisław Śliwiński, *Prawo karne* (Warszawa: Gebethner i Wolff, 1946), 63.

¹⁰ Marek Smarzewski, „O społecznej szkodliwości czynu w polskim prawie karnym” *Roczniki Nauk Prawnych*, nr 3 (2013): 66.

przestępstwa^[11] lub jego istoty uzasadniającej sens kryminalizacji pewnych zachowań^[12].

W dwudziestoleciu międzywojennym, a także w latach następujących bezpośrednio po tym okresie aż do 1 stycznia 1970 r. (tj. do czasu wejścia w życie k.k. z 1969 r.) w systemie prawa karnego *sensu largo* występowało kilka kategorii przestępstw jednocześnie. Poza „przestępstwami” zwanymi wówczas „przestępstwami pospolitymi”, były również i „przestępstwa wojskowe” (wyodrębnione z uwagi na aspekt mieszany, tj. podmiotowo-przedmiotowy) oraz „przestępstwa skarbowe” (wyodrębnione z uwagi na aspekt jedynie przedmiotowy – o czym poniżej). Natomiast różnice zachodzące między nimi, widoczne w szczególności w ich treści i normatywnych definicjach, bezpośrednio przekładały się na wyraźną ich kategoryzację dokonywaną na płaszczyźnie kodeksowej przez samego ustawodawcę czy też na płaszczyźnie literatury przedmiotu przez ówczesnych teoretyków prawa karnego^[13].

Kategoryzacja ta była zasadna nawet wtedy, gdy ustawodawca nakładał obowiązek stosowania do przestępstw wojskowych przepisów zadekretowanych w innych aktach normatywnych. Tak było np. w czasie obowiązywania k.k.woj. z 1928 r. czy k.k.woj. z 1932 r., gdzie do przestępstw zadekretowanych w tych kodeksach miały subsydiarne zastosowanie (w różnym stopniu natężenia) przepisy innych aktów normatywnych, tj. np. przepisy k.T. (art. 7 k.k.woj. z 1928 r.) czy przepisy części ogólnej kodeksu karnego z 1932 r.^[14] (art. 6 k.k.woj. z 1932 r.). Jak zasadnie podkreślano w ówczesnej literaturze przedmiotu, wszelkie tego typu praktyki należało bowiem czynić z zachowaniem specyficznych i właściwych tylko prawu karnemu wojskowemu odmienności, które wyraźnie nakazywały traktować przestępstwa wojskowe w pewnych kierunkach odmiennie niż przestępstwa pospolite^[15].

¹¹ Cesare Beccaria, *O przestępstwach i karach* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1952), 73.

¹² Juliusz Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem* (Lwów: Drukarnia Ossołińskich, 1932), 1.

¹³ Marjan Buszyński, Bolesław Matzner, Karol Muller, „Komentarz do art. 1 k.k.woj. z 1932 r.”, [w:] Marjan Buszyński, Bolesław Matzner, Karol Muller, *Kodeks karny wojskowy z komentarzem* (Warszawa: Główna Drukarnia Wojskowa, 1933), 20.

¹⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r., Kodeks karny, Dz. U. 1932, nr 60, poz. 571 ze zm. (dalej k.k. z 1932).

¹⁵ Buszyński, Matzner, Muller, „Komentarz do art. 1 k.k.woj. z 1932 r.” 21.

Z tej też przyczyny, trudno zgodzić się z zasadnością rozwiązań, które w odniesieniu do instytucji „przestępstwa wojskowego” przyjęto w k.k. z 1969 r. W akcie tym bowiem nie tylko nie wskazano normatywnej definicji przedmiotowego pojęcia, ale – co gorsza – całkowicie zrezygnowano z posługiwania się nim, nie podając przy tym żadnego argumentu przemawiającego za takim rozwiązaniem^[16].

Natomiast w uzasadnieniu projektu k.k. (tj. projektu k.k. z 1969 r.) wszelkie zmiany dokonane na płaszczyźnie ujęcia w jednym akcie prawnym norm prawa karnego powszechnego i wojskowego oraz przyjętych w związku z tym rozwiązań prawnych lakonicznie uzasadniano potrzebą harmonizacji tych przepisów oraz koniecznością ich integracji – przy czym w ogóle nie wskazano z czego ta potrzeba czy konieczność miałyby wynikać^[17].

3 | Pojęcie „przestępstwa skarbowego” jako systemowe uzasadnienie dla normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa wojskowego”

Odnosząc poczynione powyżej rozważania do szczególnych dziedzin prawa karnego, jakie *de lege lata* w nim występują, zwrócić uwagę należy na zachodzącą obecnie między nimi pewną niespójność systemową. Mianowicie, od czasu wejścia w życie k.k. z 1969 r. ustawodawca konsekwentnie eliminuje z szeroko rozumianego systemu prawa karnego instrumenty stanowiące centralny punkt jednej z jego szczególnych dziedzin – chodzi tu o instrumenty właściwe dla prawa karnego wojskowego (które jest płaszczyzną badawczą wyodrębnioną z uwagi na aspekt mieszany – podmiotowo-przedmiotowy^[18]), przy czym jednocześnie ten sam ustawodawca

¹⁶ „Część wojskowa”, [w:] *Projekt kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks karny* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1968), 193-196.

¹⁷ Ibidem, 163-165.

¹⁸ Przesłanka mieszana, tj. podmiotowo-przedmiotowa uzasadniająca wyodrębnienie prawa karnego wojskowego jako szczególnej dziedziny prawa karnego, zob.: Violetta Konarska-Wrzošek, Andrzej Marek, *Prawo karne* (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 11; Jerzy Lachowski, Andrzej Marek, *Prawo karne. Zarys problematyki* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 23-24; Wojciech Filipkowski, Ewa

odstępuje od realizacji podobnych zabiegów legislacyjnych wobec instrumentów właściwych dla innej szczególnej dziedziny prawa karnego, tj. dla prawa karnego skarbowego, które z kolei wyodrębniono z uwagi tylko na jego przedmiot^[19].

Bowiem, od czasu dwudziestolecia międzywojennego nieprzerwanie aż po dzień dzisiejszy materia karno-skarbowa regulowana jest w odrębnych aktach prawnych^[20], w których to z powodzeniem funkcjonuje zarówno instytucja „przestępstwa skarbowego”^[21], jak i jej normatywna definicja^[22].

Monika Guzik-Makaruk, Katarzyna Laskowska, *Przewodnik po prawie karnym. Tablice, orzecznictwo, kazusy* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2022), 26; Teresa Dukiet-Nagórska i n., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 27; Tadeusz Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej* (Warszawa: Lexis Nexis, 2006), 31; Jarosław Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna* (Warszawa: Lexis Nexis, 2004), 24.

¹⁹ Przesłanka przedmiotowa uzasadniająca wyodrębnienie prawa karnego skarbowego jako szczególnej dziedziny prawa karnego, zob.: Konarska-Wrzošek, Marek, *Prawo karne*, 11; Lachowski, Marek, *Prawo karne. Zarys problematyki*, 23-24; Filipkowski, Guzik-Makaruk, Laskowska, *Przewodnik po prawie karnym*, 26; Dukiet-Nagórska i n., *Prawo karne*, 27; Bojarski, *Polskie prawo karne*, 31; Warylewski, *Prawo karne*, 24.

²⁰ Zob.: ustawa z dnia 10 września 1999 r., Kodeks karny skarbowy, t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 879 (dalej k.k.s.); ustawa z dnia 26 października 1971 r., Karna Skarbowa, Dz. U. z 1971 r., nr 28, poz. 260 ze zm. (dalej k.s. z 1971); ustawa z dnia 13 kwietnia 1960 r., Karna Skarbowa, Dz. U. z 1960 r., nr 21, poz. 123 ze zm. (dalej k.s. z 1960); dekret z dnia 11 kwietnia 1947 r., Prawo karne skarbowe, Dz. U. z 1947 r., nr 32, poz. 140 ze zm. (dalej p.k.s. z 1947); dekret z dnia 3 listopada 1936 r., Prawo karne skarbowe, Dz. U. z 1936 r., nr 84, poz. 581 ze zm. (dalej p.k.s. z 1936).

²¹ Do instytucji „przestępstwa skarbowego” nawiązywały tzw. „części 1-sze” p.k.s. z 1947 czy p.k.s. z 1936.

²² Pojęcie „przestępstwa skarbowego” zob.: art. 53 § 2 k.k.s. w zw. z art. 4 k.k.s. i art. 53 § 7 k.k.s.; a dawniej także i art. 1 k.s. z 1971; art. 1 k.s. z 1960. Obecnie pod pojęciem „przestępstwa skarbowego” rozumie się: „[...] czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności” – art. 53 § 2 k.k.s.; zawiniony – art. 4 k.k.s.; o stopniu społecznej szkodliwości wyższej niż znikomy – art. 53 § 7 k.k.s. – więcej czyt.: Robert Zawłocki, „§ 1. Pojęcie przestępstwa”, [w:] *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, t. III, red. Ryszard Dębski (Warszawa: C.H. Beck, 2013), 38; Wojciech Kotowski, Bolesław Kurzępa, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz* (Warszawa: Lexis Nexis, 2007), 250; Tomasz Grzegorzczak, *Prawo karne skarbowe* (Kraków: Zakamycze, 1997), 68-69; Feliks Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz* (Kraków: Zakamycze, 2006) 534-536; Leszek Wilk, Jarosław Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2007), 209-210; Leszek Wilk, Jarosław Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz* (Legalis: C.H. Beck, 2021), 1, 3.; Tomasz Oczkowski, „Komentarz do art. 53 § 2 k.k.s.”, [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*,

Natomiast na płaszczyźnie karno-wojskowej praktyka ta wygląda zupełnie inaczej; bowiem bytność w systemie prawa karnego *sensu largo* instytucji „przestępstwa wojskowego” oraz jej legalnej definicji zakończyła się wraz z uchyceniem obowiązywania k.k.W.P., tj. z dniem 31 grudnia 1969 r. (o czym była już mowa).

Trudno jest zatem zrozumieć wskazaną powyżej niekonsekwencję działań ustawodawcy realizowaną – bądź co bądź za każdym razem – wobec wyspecjalizowanych dziedzin prawa karnego (w ramach których penalizacją objęto przecież określoną kategorię czynów), zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę *ratio legis* tychże płaszczyzn. Już sama ta okoliczność pozwala przyjąć, że ustawodawca generalnie dostrzega pewną polaryzację zachodzącą między powszechnym prawem karnym a zadekretowanym w regulacji kodeksowej jako jego trzecia część (wojskowym prawem karnym czy zawartym w oddzielnej ustawie) skarbowym prawem karnym.

Odrębności te (jak już zauważono) mają podmiotowy i / lub przedmiotowy charakter i bezpośrednio cechują czyny zabronione przez prawo karne powszechne, wojskowe oraz skarbowe. Ponadto, tworzą one także pewne uzasadnienie dla wyodrębnienia w systemie prawa karnego *sensu largo* różnych rodzajowo grup przestępstw, przy czym tylko niektórym z nich nadano cechę autonomiczności i normatywności – i mimo upływu lat – konsekwentnie się ją podtrzymuje (tak jest przy przestępstwach^[23]

red. Igor Zgoliński (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 275; Stanisław Baniak, *Prawo karne skarbowe* (Toruń: Zakamycze, 2001), 27-39; Grzegorz Skowronek, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz* (Legalis: C.H. Beck, 2020), 3; Feliks Prusak, „I. Separacja prawa karnego skarbowego”, [w:] *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. Marek Bojarski (Warszawa: C.H. Beck, 2014), 6-12; Tomasz Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2009), 206-207; Tadeusz Stępień, Krzysztof Stępień, *Przestępstwa i wykroczenia skarbowe*, (Toruń: TNOiK, 2000), 22; Piotr Kardas, Grzegorz Łabuda, Tomasz Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 569; Anna Wielgołewska, Andrzej Piaseczny, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz* (Warszawa: Lexis Nexis, 2012), 150-151.

²³ Pojęcie „przestępstwa” zob.: art.: 1, 2, 7, 9 i 115 § 1 k.k.; które dawniej określano mianem „przestępstwa pospolitego” zob.: art.: 1, 6, 26 i 120 § 1 k.k. z 1969 r. czy art. 1, 12-14, 19-21 k.k. z 1932; ad. definicji „przestępstwa pospolitego” z k.k. z 1932 zob. także: Barbara Kunicka-Michalska, Janina Wojciechowska, *Prawo karne. Część ogólna. Wybrane zagadnienia* (Toruń: Wydawnictwo UMK, 1986), 17-18; Stanisław Pławski, *Prawo karne (w zarysie). Część I* (Warszawa: PWN, 1965), 68-82; Śliwiński, *Prawo karne*, 63-69.

i przestępstwach skarbowych^[24]). Natomiast od pewnego czasu (tj. od 1 stycznia 1970 r.) przymiotów tych z kolei konsekwentnie odmawia się przestępstwu wojskowemu.

Jednak z całą stanowczością zauważyć należy, że brak autonomiczności przestępstw wojskowych, a także odebranie im cechy normatywności nie wynika (i nigdy nie wynikało) ze względów natury merytorycznej. Wręcz przeciwnie. Od czasu wejścia w życie k.k. z 1969 r. aż po dzień dzisiejszy taki stan rzeczy jest pokłosiem jedynie wyrazu woli ustawodawcy, co widoczne jest m.in. w sposobie skodyfikowania w systemie prawa karnego przestępstw wojskowych, a konkretnie rzecz ujmując w zadekretowaniu ich nie w odrębnej regulacji karno-wojskowej (tak jak to miało miejsce niegdyś), lecz w integralnej części tzw. powszechnego kodeksu karnego. Dlatego aktualnie nie ma żadnych merytorycznych przeciwwskazań wyłączających bądź uniemożliwiających ponowne wprowadzenie do systemu prawa karnego, tj. do treści obowiązującej regulacji kodeksowej normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa wojskowego”. Zwłaszcza, że w kodeksie tym nadal występują legalne definicje pojęć funkcjonalnie bezpośrednio związanych z materią karno-wojskową, takie jak np. legalna definicja pojęcia „rozkaz” (art. 115 § 18 k.k.) czy legalna definicja pojęcia „żołnierz” (art. 115 § 17 k.k.)^[25].

²⁴ Pojęcie „przestępstwa skarbowego” zob.: art. 53 § 2 k.k.s. w zw. z art. 4 k.k.s. i art. 53 § 7 k.k.s.; a w uprzednio obowiązujących aktach karno-skarbowych także: art. 1 k.s. z 1971 w zw. z art. 4 k.s. z 1971 i art. ; art. 1 k.s. z 1960 w zw. z art. 5 k.s. z 1960.

²⁵ Już sama odrębność przestępstwa wojskowego – jako pewnej instytucji prawa karnego wojskowego – przemawia za tym, by pojęciu temu nadać cechę normatywności (tak jak obecnie występuję to przy instytucji „przestępstwa skarbowego”). Natomiast bez jakiegokolwiek znaczenia merytorycznego dla dalszych rozważań jest to, czy pojęcie „przestępstwa wojskowego” zostałoby zadekretowane w regulacji kodeksowej jako kolejna jednostka redakcyjna przepisu art. 115 k.k. (czyli w tzw. słowniczku kodeksowym) czy też umieszczono by je w przepisach ogólnych części wojskowej k.k. – czym powrócono by do sposobu dekretowania pojęć funkcjonalnie związanych ze strukturą wojską jaki zastosowano w k.k. z 1969 r. W kodeksie tym bowiem pojęcia te objaśnione były w przepisach ogólnych części wojskowej tegoż kodeksu (zob.: definicja „żołnierza” – art. 289 § 2 k.k. z 1969 r. czy definicja „rozkażu” – art. 290 § 3 k.k. z 1969 r.).

4 | Instytucja „przestępstwa wojskowego” a stanowisko przedstawicieli doktryny prawa karnego

Niekonsekwencja ustawodawcy widoczna w jego niejednorodnym podejściu do wyspecjalizowanych dziedzin prawa karnego oraz występujących w ich obrębie różnych rodzajowo grup przestępstw w efekcie doprowadziła do sytuacji, gdzie jedne z tych przestępstw funkcjonują z powodzeniem zarówno na płaszczyźnie ustawodawstwa krajowego^[26], jak i w dyskursie prawniczym (tak jest przy „przestępstwach skarbowych”); inne zaś nie są dekretowane w ramach ustawodawstwa krajowego (przy czym, co ciekawe, z powodzeniem funkcjonują one w ustawodawstwie międzynarodowym – o czym poniżej) zaś wszelkie wzmianki na ich temat na płaszczyźnie krajowej ogranicza się do wywodów poczynionych na łamach literatury przedmiotu jedynie (mowa tu o „przestępstwach wojskowych”).

Na szczęście przedstawiciele nauki prawa karnego (w znacznej większości przypadków) są zgodni co do tego, że polaryzacja zachodząca między różnymi rodzajowo grupami przestępstw, tj. między przestępstwem a przestępstwem wojskowym czy przestępstwem skarbowym dotyczy ich esencji (czyli *de facto* ich treści i / lub podmiotu). Esencja ta bowiem pozwala na wyraźne rozróżnienie np. instytucji przestępstwa od instytucji przestępstwa wojskowego, nawet pomimo skodyfikowania ich w jednym akcie prawnym. Dlatego też wskazanych kategorii przestępstw nie należy postrzegać jako wyrażen synonimicznych, a występująca między nimi zależność funkcjonalna (widoczna w ich wspólnych elementach) nakazuje jedynie: „Przy określaniu [desygnatów – przyp. A.Z.] przestępstwa wojskowego [...] [brać – przyp. A.Z.] za punkt wyjściowy ogólne pojęcie przestępstwa [...]. [Gdyż – przyp. A.Z.] Podstawowe cechy, określające przestępstwo w ogóle [...] [są – przyp. A.Z.] właściwe również przestępstwom wojskowym”^[27].

²⁶ Bezpośrednie odwołanie do instytucji „przestępstwa skarbowego” (poza k.k.s.-em) odnaleźć można również i w innych aktach prawnych, zob. np.: art. 657 ustawy z dnia 11 marca 2022 r., o obronie Ojczyzny, t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 834 (dalej u.obr.O.); czy art. 237 § 3 pkt 16b) ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 37 (dalej k.p.k.).

²⁷ W.M. Czchikwadze, *Radzieckie prawo karne wojskowe. Część ogólna* (Warszawa: Wydawnictwo MON, 1952), 139; Czchikwadze, „Ogólne pojęcie”, 24.

Zatem każde „przestępstwo wojskowe” jest jednocześnie „przestępstwem”, zaś nie każde „przestępstwo” jest jednocześnie „przestępstwem wojskowym”. Dlatego, zdaniem przedstawicieli doktryny prawa karnego nieposługiwanie się w sposób formalny (tj. na płaszczyźnie kodeksowej) pojęciem „przestępstwa wojskowego” nie stanowi żadnej okoliczności uzasadniającej nieużywanie tego pojęcia w dyskursie naukowym i publicystycznym. W różnego rodzaju opracowaniach odnaleźć bowiem można wypowiedzi, które wprost odnoszą się do instytucji „przestępstwa wojskowego” jako do szczególnego rodzaju przestępstwa, różnicując przy tym te dwie kategorie czynów zabronionych w wyraźny sposób^[28].

²⁸ Tak: Teofil Leśko, Stefan Rybarczyk, *Prawo wojskowe PRL*, t. II (Warszawa: Wydawnictwo MON, 1987), 54 i n.; Stefan Rybarczyk, *Zarys prawa wojskowego. Prawo karne wojskowe*, t. IV (Warszawa: Wydawnictwo WAP, 1974), 61 i n.; Czchikwadze, „Ogólne pojęcie”, 17 i n.; Czchikwadze, *Radzieckie prawo karne*, 139 i n.; Jerzy Muszyński, *Prawo karne wojskowe państw socjalistycznych* (Warszawa: Wydawnictwo MON, 1967), 35 i n.; Jerzy Muszyński, *Przestępstwo wojskowe a przewinienie dyscyplinarne w polskim prawie wojskowym* (Warszawa: Wydawnictwo MON, 1979), 11 i n.; Muszyński, „Przedmiot przestępstw wojskowych”, 279 i n.; Aratyn, Zawirski, *Wojskowe prawo karne*, 7; Henryk Popławski, Ryszard Skarbek, Zbigniew Szczurek, *Prawo karne wojskowe i skarbowe* (Gdańsk: Dział Poligrafii UG, 1983), 38 i n.; Agata Ziółkowska, *Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność dyscyplinarna w wojsku – zagadnienia materialnoprawne* (Warszawa: EuroPrawo, 2020), 89 i n.; Stanisław Maria Przyjemski, *Prawo karne wojskowe* (Gdańsk: Wydawnictwo Egros, 1999), 105 i n.; Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, „Przestępstwa wojskowe”, [w:] *Prawo wojskowe*, red. Małgorzata Czupryk, Mirosław Karpiuk (Warszawa: Wydawnictwo AON, 2015), 210 i n.; Mariusz Czyżak, *Odrębność polskiego prawa karnego wojskowego wobec prawa karnego powszechnego* (Warszawa: Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne, 2010), 187 i n.; Mariusz Czyżak, „Pojęcie tzw. przestępstwa wojskowego w polskim prawie karnym” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 3 (2004): 13 i n.; Kryspin Mioduski, „Część wojskowa. Uwagi ogólne”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Jerzy Bafia, Kryspin Mioduski, Mieczysław Siewierski (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1987), 488; Roman Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem* (Warszawa: Zrzeszenia Prawników Polskich, 2005), 325; Marian Flemming, *Kodeks karny – część wojskowa. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2000), 29; Oktawia Górniok, Stanisław Hoc, Stanisław Maria Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III (Gdańsk: Wydawnictwo Stalla Maris, 1999), 445; Janusz Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo* (Warszawa: Wydawnictwo Librata, 1997), 563; Andrzej Kamiński, „Komentarz do art. 317 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Oktawia Górniok (Warszawa: Lexis Nexis, 2006), 947; Michał Jędrzejczyk, „Odpowiedzialność współsprawcy cywilnego przed sądem wojskowym za wojskowe przestępstwo indywidualne” *Palestra*, nr 1-2 (2021): 121 in.; inaczej – niesłusznie: Władysław Sieracki, „Niektóre problemy ewolucji wojskowego prawa karnego (materialnego) w okresie 1963-1983” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 3 (1983): 235; uchwała SN z 20.12.1976, U 5/76, OSNKW 1977, nr 1, poz. 2.

5 | Międzynarodowy charakter instytucji „przestępstwa wojskowego”

Wprawdzie żaden z krajowych (tzn. polskich) aktów prawnych w swej treści nie posługuje się wprost pojęciem „przestępstwa wojskowego”, to zauważyć jednak należy, że z dużym powodzeniem funkcjonuje ono w już ustawodawstwie międzynarodowym. Bezpośrednie bowiem odwołanie się w treści aktu prawa międzynarodowego do omawianej instytucji odnaleźć można w umowach międzynarodowych czy przepisach konwencyjnych łączących państwo polskie (Rzeczpospolitą Polską; dalej RP) z innymi krajami. W ustawodawstwie międzynarodowym wyraźnie bowiem wyodrębnia się zarówno samo pojęcie „przestępstwa wojskowego”^[29], jak i też w pewnym stopniu również jego normatywną treść^[30].

Posłużenie się instytucją „przestępstwa wojskowego” w akcie prawa międzynarodowego najczęściej dokonywane jest celem określenia zakresu rodzajowego spraw, wobec których wyłączana jest możliwość zastosowania tego aktu. Aktów prawa międzynarodowego, określających warunki wzajemnej pomocy prawnej, co do zasady nie stosuje się bowiem w sprawach dotyczących: „[...] przestępstw wojskowych [...]”^[31].

²⁹ Zob.: art. 96 umowy z dnia 23 lutego 1994 r., o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, podpisana w Rydze między RP a Republiką Łotewską, Dz. U. z 1995 r., nr 110, poz. 534 (dalej Umowa Łotwa z 1994); art. 93 umowy z dnia 27 listopada 1998 r., o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, pracowniczych i karnych, podpisana w Tallinie między RP a Republiką Estońską, Dz. U. z 2000 r., nr 5, poz. 49 (dalej Umowa Estonia z 1998); art. 24 lit. a) umowy z dnia 5 czerwca 1987 r., o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych, podpisana w Warszawie między RP a Chińską Republiką Ludową, Dz. U. z 1988 r., nr 9, poz. 65 (dalej Umowa Chiny z 1987).

³⁰ Ziółkowska, „Instytucja „przestępstwa wojskowego” w świetle uregulowań”, 77.

³¹ Zob.: art. 11 ust. 2 Protokół dodatkowy z dnia 17 marca 1978 r. podpisany w Strasburgu do Europejskiej Konwencji z dnia 20 kwietnia 1959 r., o pomocy prawnej w sprawach karnych również podpisanej w Strasburgu. <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/europejska-konwencja-o-pomocy-prawnej-w-sprawach-karnych-strasburg-16851515>. [dostęp: 25.07.2024]. (dalej Protokół dodatkowy z 1978); art. 3 ust 2 lit b) umowy z dnia 25 kwietnia 2022 r., o wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych, podpisana w Nowym Delhi między RP a Republiką Indii, Dz. U. z 2023 r., poz. 695 (dalej Umowa Indie z 2022); art. 4 Europejskiej Konwencji o Ekstradycji z dnia 13 grudnia 1957 r., źródło: <http://libr.sejm.gov.pl/tekoi1/txt/re/1957-1.html> dostęp na dzień 2024.05.14 (dalej Konwencja z 1957).

Bywa również, że twórcy aktów prawa międzynarodowego, odnosząc się do instytucji „przestępstwa wojskowego”, nie czynią tego wprost (poprzez bezpośrednie posłużenie się tym terminem), zaś o tym, że mamy do czynienia z omawianym rodzajem przestępstwa (z dużym prawdopodobieństwem) wywnioskować można z treści poszczególnych przepisów danego aktu. Pośredni sposób odwołania się do instytucji „przestępstwa wojskowego” zastosowano m.in. w umowie zawartej między RP a Ukrainą^[32], w której wskazano, że: „Wydalenie nie następuje, jeżeli przestępstwo polega wyłącznie na naruszeniu obowiązków wojskowych” (art. 61 ust. 1 pkt 7 umowa Ukraina z 1993). Analogicznie kwestię tę rozwiązano także i w postanowieniach umów międzynarodowych łączących RP z np.: Republiką Łotewską^[33], Republiką Estońską^[34] czy Republiką Litewską^[35].

Zatem ustawodawstwo międzynarodowe wyraźnie kategoryzuje i odróżnia zarazem instytucje „przestępstwa” od instytucji „przestępstwa wojskowego”. Bywa bowiem, że wskazuje się w nim wprost limitację, zgodnie z którą: „[...] umowa [międzynarodowa – przyp. A.Z.] nie ma zastosowania do [...] przestępstw wojskowych. [Bowiemy, – przyp. A.Z.] Dla celów niniejszej Umowy, przestępstwa wojskowe polegają na naruszeniu prawa wojskowego i nie stanowią przestępstw w świetle powszechnego prawa karnego”^[36].

³² Umowa z dnia 24 maja 1993 r., o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych, podpisana w Kijowie między RP a Ukrainą, Dz. U. z 1994 r., nr 96, poz. 465 (dalej Umowa Ukraina z 1993).

³³ Zob.: art. 68 ust. 1 pkt 7 umowa Łotwa z 1994.

³⁴ Zob.: art. 93 Umowa Estonia z 1998.

³⁵ Zob.: art. 66 ust. 1 pkt 7 umowy z dnia 26 stycznia 1993 r., o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, podpisana w Warszawie między RP a Republiką Litewską, Dz. U. z 1994 r., nr 35, poz. 130 (dalej Umowa Litwa z 1993).

³⁶ Art. 1 ust. 6 umowy z dnia 26 lutego 2004 r., o wzajemnej pomocy w sprawach karnych, podpisana w Bangkoku między RP a Królestwem Tajlandii, Dz. U. z 2009 r., Nr 208, poz. 1607 (dalej Umowa Bangkok z 2004).

6 | Podsumowanie, czyli zdanie *de lege ferenda* dotyczące instytucji „przestępstwa wojskowego”

Instytucja „przestępstwa wojskowego” stanowi kategorię wyraźnie wyodrębnioną w ramach ustawodawstwa międzynarodowego. Zatem tym bardziej dziwi fakt, że polskie ustawodawstwo karne (rozumiane szeroko) nie posługuje się przedmiotowym pojęciem w sposób formalny (tj. na płaszczyźnie kodeksowej) nieprzerwanie od 1 stycznia 1970 r. aż po dzień dzisiejszy.

Natomiast przytoczone argumenty natury: historycznej, systemowej, funkcjonalno-doktrynalnej czy międzynarodowej stanowią pewien punkt wyjścia, w oparciu o który można próbować uzasadniać konieczność wypracowania i wprowadzenia do regulacji kodeksowej normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa wojskowego”.

Uwzględniając niezmienną od lat specyfikę tych przestępstw (tj. ich specjalny podmiot oraz przedmiot), a także mając na uwadze fakt, że: „Przestępstwo wojskowe jest szczególnym rodzajem przestępstwa w ogóle”^[37], w zakresie definicji „przestępstwa wojskowego” (w oparciu o normatywną definicję pojęcia „przestępstwa” wzbogaconą o elementy podmiotowo-przedmiotowe charakteryzujące prawo karne wojskowe^[38]) wypracować można dwie koncepcje:

- koncepcję węższą, zakładającą, że „przestępstwem wojskowym” jest: czyn żołnierza (lub pracownika wojska) zabroniony pod groźbą kary w części wojskowej kodeksu karnego obowiązującego w czasie jego popełnienia i określającego jego znamiona, bezprawny, zwiniony oraz społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy;

³⁷ Czchikwadze, *Radzieckie prawo karne*, 139; Czchikwadze, „Ogólne pojęcie”, 24.

³⁸ Zaproponowane normatywne definicje pojęcia „przestępstwa wojskowego” w swej treści zawierają: po pierwsze, elementy formalne i materialne (tj. elementy przejęte na wzór z normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa”, które od 1969 r. definiowane jest w taki sposób), po drugie, elementy podmiotowo-przedmiotowe właściwe dla prawa karnego wojskowego. Brak któregośkolwiek z tych elementów powoduje, że dany czyn albo w ogóle nie posiada cechy bezprawności; albo też przedmiotową cechę posiada, przy czym nie jest to przestępstwo wojskowe, lecz inny penalizowany karne czyn (np.: przestępstwo zadekretowane w części szczególnej k.k. czy też przestępstwo skarbowe).

oraz

- koncepcję szerszą, zakładającą, że „przestępstwem wojskowym” jest: czyn żołnierza (lub pracownika wojska) wymierzony w szeroko rozumiany interes służby wojskowej i Sił Zbrojnych RP lub państwa sojuszniczego, zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, określającą jego znamiona, bezprawny, zawiniony oraz społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy^[39].

Każda z zaproponowanej koncepcji legalnej definicji „przestępstwa wojskowego” skonstruowana została w analogiczny sposób z jednoczesnym zachowaniem wymogów wynikających m.in. z zasady określoności czynu czy funkcji gwarancyjnej prawa karnego.

W definicjach tych bowiem wojskową odpowiedzialność karną uwarunkowano od konieczności popełnienia czynu, który ustawa obowiązująca w chwili jego popełnienia uznaje za karalny i karygodny poprzez określenie jego ustawowych znamion (co stanowi istotę zasady określoności czynu i spełnia założenia funkcji gwarancyjnej przepisów prawa karnego materialnego).

Węższa koncepcja normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa wojskowego” w swej konstrukcji nawiązuje bezpośrednio do sposobu definiowania przedmiotowego pojęcia, jaki był stosowany w *stricte* wojskowych kodeksach karnych (zob. art. 1 k.k.woj. z 1928 r. czy art. 8 k.k.W.P. – o czym była już mowa). Wyraźnie odnosi ona bowiem omawiane pojęcie do czynów zadekretowanych jedynie w części wojskowej kodeksu karnego.

Natomiast szersza koncepcja normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa wojskowego” – mimo, że w swej treści nie odwołuje się ona wprost do czynów penalizowanych w części szczególnej części wojskowej k.k. – to za jej zasadnością przemawia jednak występujące obecnie dość duże natężenie legislacyjne, które powoduje niekiedy wrażenie braku racjonalności ustawodawcy. Koncepcja ta bowiem posiada charakter asekuracyjny, tzn. będzie ona aktualna nawet wówczas, gdy ustawodawca zdecyduje się skodyfikować przestępstwa wojskowe także poza częścią wojskową

³⁹ Tak też: Leško, Rybarczyk, *Prawo wojskowe*, 43-46 – przy czym Autorzy ci proponowali normatywną definicję pojęcia „przestępstwa wojskowego”, w której uwzględnili oni aspekt społecznego niebezpieczeństwa czynu.

obowiązującej regulacji kodeksowej, czego zdaniem przedstawicieli doktryny prawa karnego nie można wykluczyć^[40].

Zwłaszcza, jeżeli weźmie się pod uwagę rozwiązanie prawne, jakie w ostatnim czasie przyjęto wobec wykroczeń wojskowych. Zauważyć bowiem należy, że do czasu wejścia w życie u.obr.O. (tj. do 23 kwietnia 2022 r.) klasyfikacji czynów jako wykroczenia wojskowe dokonywano jedynie w oparciu o kryterium właściwości procesowej wojskowego sądu garnizonowego, jako sądu pierwszej instancji (art. 10 ustawy z 24 sierpnia 2001 r., Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia^[41]^[42]), co było rozwiązaniem słusznym.

Natomiast po wskazanej dacie w systemie prawa wojskowego pojawił się przykładowy katalog wykroczeń wojskowych (zawarto go w dziale XXV u.obr.O. pt.: „Przepisy karne i przepisy o karach pieniężnych”), czyli *de facto* przykładowy katalog czynów, które jak dotąd nigdy nie były formalnie skodyfikowane w ramach polskiego ustawodawstwa wojskowego^[43]. Zatem obecnie w szeroko rozumianym systemie prawa wojskowego mogą pojawić się rozwiązania dotąd jemu nieznane lub w nim niewystępujące.

Dlatego bardziej zasadna zdaje się być szersza koncepcja normatywnej definicji „przestępstwa wojskowego”. Jej charakter niejako *in posterum* zabezpiecza interes służby wojskowej, a także eliminuje możliwość wystąpienia ewentualnych luk w prawie, jakie mogłyby powstać gdyby ustawodawca na płaszczyźnie przestępstw wojskowych przyjął rozwiązania analogiczne do rozwiązań zadekretowanych już wobec wykroczeń wojskowych.

⁴⁰ Tak: Leško, Rybarczyk, *Prawo wojskowe*, 46.

⁴¹ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r., Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 977 (dalej k.p.s.w.).

⁴² Za popełnienie wykroczenia wojskowego żołnierz ponosi odpowiedzialność wykroczeniową inicjowaną za pomocą żądania o ściganie wykroczenia złożonego przez Dowódcę Jednostki Wojskowej (dalej JW), w której on służy. W tym zakresie Dowódca JW jest jedynym kompetentnym podmiotem (art. 86a § 1 k.p.s.w.). Drugim rodzajem odpowiedzialności, jaki można zastosować wobec żołnierza za popełnienie wykroczenia wojskowego jest wojskowa odpowiedzialność dyscyplinarna także inicjowana przez Dowódcę JW, o ile odstąpi on od złożenia żądania o ściganie wykroczenia (art. 86a § 2 k.p.s.w. z zastrzeżeniem brzmienia przepisu art. 86a § 3 k.p.s.w.).

⁴³ Więcej: Agata Ziółkowska, „Komentarz do art. 338 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Violetta Konarska-Wrzošek (LEX: Wolters Kluwer, 2023), 2; Agata Ziółkowska, „Przepełnienie samowolnego oddalenia się (art. 338 k.k. i art. 682 ust. 2 pkt 2 u.obr.o.)” *Ius Novum* (2025) – tekst przyjęty do druku.

Realizacja zgłoszonego zadania *de lege ferenda*, zakładającego konieczność wprowadzenia do obowiązującej regulacji kodeksowej normatywnej definicji pojęcia „przestępstwa wojskowego”, z pewnością przyczyni się do wypełnienia występującej obecnie luki w prawie, a także pomoże w (symbolicznym co prawda, ale jednak) usystematyzowaniu instytucji prawa karnego wojskowego oraz ich zharmonizowaniu z postanowieniami aktów prawa międzynarodowego. Polskie prawo wojskowe w dzisiejszej literaturze przedmiotu w znacznej większości przypadków traktowane jest bowiem po macoszemu. Brak jest opracowań monograficznych, które kompleksowo charakteryzowałyby problematykę materialnego prawa karnego wojskowego, zaś artykuły jej dotyczące mają charakter raczej incydentalny.

Bibliografia

- Aratyn Henryk, Aleksander Zawirski, *Wojskowe prawo karne*. Warszawa: Wojskowe Zakłady Graficzne, 1960.
- Baniak Stanisław, *Prawo karne skarbowe*. Kraków: Zakamycze, 2001.
- Beccaria Cesare, *O przestępstwach i karach*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1952.
- Bojarski Tadeusz, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*. Warszawa: Lexis Nexis, 2006.
- Buszyński Marjan, Bolesław Matzner, Karol Muller, „Komentarz do art. 1 k.k.woj. z 1932 r.”, [w:] Marjan Buszyński, Bolesław Matzner, Karol Muller, *Kodeks karny wojskowy z komentarzem*. 20-22. Warszawa: Główna Drukarnia Wojskowa, 1933.
- Chałubińska-Jentkiewicz Katarzyna, „Przestępstwa wojskowe”, [w:] *Prawo wojskowe*, red. Małgorzata Czupryk, Mirosław Karpiuk. 210-212. Warszawa: Wydawnictwo AON, 2015.
- Czchikwadze W.M., „Ogólne pojęcie przestępstwa wojskowego” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 1 (1950): 17-56.
- Czchikwadze, W.M., *Radzieckie prawo karne wojskowe. Część ogólna*. Warszawa: Wydawnictwo MON, 1952.
- „Część wojskowa”, [w:] *Projekt kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks karny*. 188-196. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1968.
- Czyżak Mariusz, „Pojęcie tzw. przestępstwa wojskowego w polskim prawie karnym” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 3 (2004): 13-23.

- Czyżak Mariusz, *Odrębność polskiego prawa karnego wojskowego wobec prawa karnego powszechnego*. Warszawa: Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne, 2010.
- Dukiet-Nagórska Teresa et al., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Filipkowski Wojciech, Ewa Monika Guzik-Makaruk, Katarzyna Laskowska, *Przewodnik po prawie karnym. Tablice, orzecznictwo, kazusy*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022.
- Flemming Marian, *Kodeks karny – część wojskowa. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2000.
- Góral Roman, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*. Warszawa: Zrzeszenia Prawników Polskich, 2005.
- Górniok Oktawia, Stanisław Hoc, Stanisław Maria Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III. Gdańsk: Wydawnictwo Stalla Maris, 1999.
- Grzegorzczuk Tomasz, *Prawo karne skarbowe*. Kraków: Zakamycze, 1997.
- Grzegorzczuk Tomasz, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2009.
- Jędrzejczyk Michał, „Odpowiedzialność współsprawcy cywilnego przed sądem wojskowym za wojskowe przestępstwo indywidualne” *Palestra*, nr 1-2 (2021): 121-130.
- Kamiński Andrzej, „Komentarz do art. 317 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Oktawia Górniok. 947-950. Warszawa: Lexis Nexis, 2006.
- Kardas Piotr, Grzegorz Łabuda, Tomasz Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Konarska-Wrzošek Violetta, Andrzej Marek, *Prawo karne*. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Kotowski Wojciech, Bolesław Kurzępa, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Warszawa: Lexis Nexis, 2007.
- Kunicka-Michalska Barbara, Janina Wojciechowska, *Prawo karne. Część ogólna. Wybrane zagadnienia*. Toruń: Wydawnictwo UMK, 1986.
- Lachowski Jerzy, Andrzej Marek, *Prawo karne. Zarys problematyki*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Lernell Leszek, Jerzy Sawicki, „Nauka prawa karnego, jej przedmiot i metoda”, [w:] *Prawo karne Polski Ludowej*, Igor Andrejew, Leszek Lernell, Jerzy Sawicki. 14-18. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1954.
- Leśko Teofil, Stefan Rybarczyk, *Prawo wojskowe PRL*, t. II. Warszawa: Wydawnictwo MON, 1987.
- Lipczyński Józef, *Prawo karne wojskowe materialne. Część I: przestępstwo*. Kraków: Państwowe Zakłady Wydawnictw Szkolnych, 1951.

- Makarewicz Juliusz, *Kodeks karny z komentarzem*. Lwów: Drukarnia Ossolińskich, 1932.
- Mioduski Kryspin, „Część wojskowa. Uwagi ogólne”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*. t. II, red. Jerzy Bafia, Kryspin Mioduski, Mieczysław Siewierski. 487-489. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1987.
- Muszyński Jerzy, *Prawo karne wojskowe państw socjalistycznych*. Warszawa: Wydawnictwo MON, 1967.
- Muszyński Jerzy, „Przedmiot przestępstw wojskowych” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 3 (1967): 279-296.
- Muszyński Jerzy, *Przestępstwo wojskowe a przewinienie dyscyplinarne w polskim prawie wojskowym*. Warszawa: Wydawnictwo MON, 1979.
- Oczkowski Tomasz, „Komentarz do art. 53 § 2 k.k.s.”, [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. Igor Zgoliński. 272-346. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Pławski Stanisław, *Prawo karne (w zarysie)*. Część I. Warszawa: PWN, 1965.
- Popławski Henryk, Ryszard Skarbek, Zbigniew Szczurek, *Prawo karne wojskowe i skarbowe*. Gdańsk: Dział Poligrafii UG, 1983.
- Prusak Feliks, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Kraków: Zakamycze, 2006.
- Prusak Feliks, „I. Separacja prawa karnego skarbowego”, [w:] *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. Marek Bojarski. 1-13. Warszawa: C.H. Beck, 2014.
- Przyjemski Stanisław Maria, *Prawo karne wojskowe*. Gdańsk: Wydawnictwo Egros, 1999.
- Rybarczyk Stefan, *Zarys prawa wojskowego. Prawo karne wojskowe*, t. IV, Warszawa: Wydawnictwo WAP, 1974.
- Sieracki Władysław, „Niektóre problemy ewolucji wojskowego prawa karnego (materialnego) w okresie 1963-1983” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 3 (1983): 229-245.
- Skowronek Grzegorz, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Legalis: C.H. Beck, 2020.
- Smarzewski Marek, „O społecznej szkodliwości czynu w polskim prawie karnym” *Roczniki Nauk Prawnych*, nr 3 (2013): 61-87.
- Stępień Tadeusz, Krzysztof Stępień, *Przestępstwa i wykroczenia skarbowe*. Toruń: TNOiK, 2000.
- Śliwiński Stanisław, *Prawo karne*. Warszawa: Gebethner i Wolff, 1946.
- Warylewski Jarosław, *Prawo karne. Część ogólna*. Warszawa: Lexis Nexis, 2004.
- Wielgolewska Anna, Andrzej Piaseczny, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Warszawa: Lexis Nexis, 2012.
- Wilk Leszek, Jarosław Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2007.

- Wilk Leszek, Jarosław Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Legalis: C.H. Beck, 2021.
- Wojciechowski Janusz, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*. Warszawa: Wydawnictwo Librata, 1997.
- Zawłocki Robert, „§ 1. Pojęcie przestępstwa”, [w:] *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, t. III, red. Ryszard Dębski. 31-44. Warszawa: C.H. Beck, 2013.
- Ziółkowska Agata, *Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność dyscyplinarna w wojsku – zagadnienia materialnoprawne*. Warszawa: EuroPrawo, 2020.
- Ziółkowska Agata, „Komentarz do art. 338 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Violetta Konarska-Wrzosek. 2. LEX: Wolters Kluwer, 2023.
- Ziółkowska Agata, „Instytucja „przestępstwa wojskowego” w świetle uregulowań polskich kodyfikacji karno-wojskowych XX wieku – analiza historycznoprawna” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 1 (2024): 61-82.



The Obligation to Provide Safe and Healthy Working Conditions Within the Meaning of Art. 207 § 2 of the Labour Code. Guidelines of Labour Law Literature and Current Challenges. Outline of the Problem

Abstract

Ensuring safe and healthy working conditions is one of the employer's most important responsibilities. This can be achieved by adopting appropriate procedures, providing employees with personal hygiene products, working with trade unions to develop health and safety policies, or providing appropriate training. In order to take appropriate measures to improve the health of workers, the risk at the workplace must be assessed. It is influenced both by elements already known about the work process, such as the mechanisation of this process, and by new factors present in the workplace. In particular, there are digitalisation, algorithmization of the work process using artificial intelligence systems, or nanotechnology. How should the employer realistically operate in the Polish legal reality? The conclusion is that scientific and technological achievements should be used. In this respect, however, it is problematic to determine on what basis employers should acquire their knowledge in this area. It is not a question of analysing all the scientific publications available, even those that do not have an impact on the assessment of risks in the working environment, but of a rational approach that takes into account the state of scientific knowledge in relation to new challenges in the field of health and safety at work. It is the responsibility of the employer to adapt the organisation of work and the personal and collective protective equipment to the new risks in the workplace and to inform the workers about them.

KEYWORDS: employee health, workplace, nanotechnology, artificial intelligence, occupational health and safety

MACIEJ JAROTA – PhD in law, John Paul II Catholic University of Lublin,
ORCID – 0000-0001-6568-1626, e-mail: m.jarota@kancelariajarota.pl

1 | Introduction

The 21st century has seen a significant increase in the presence of new technologies in the work process. Progress in automation, the algorithmisation of the work process and the use of nanotechnology are examples of constantly changing areas. However, the development of these technologies also brings with it risks in the working environment that are not yet fully understood.

In the Polish labour law, according to Art. 207 § 2 of the Act of 26 June 1974 on the Labour Code,^[1] the employer is required to protect the health and life of employees by ensuring safe and sanitary working conditions with the appropriate use of scientific and technological accomplishments. It seems that the objectives of solving specific problems should depend to a large extent on the results of reliable scientific research closely related to risk analysis. The obligation to ensure safe and healthy working conditions is part of a broader concept of occupational health and safety. In the literature, it is described as a part of the law that does not protect such or other property interests of workers, but the work itself.^[2] According to Tadeusz Zieliński, this protection is generally a set of legal norms designed to protect the employee from loss of life at work and to limit or eliminate the negative consequences of the effects of work on the employee's health.^[3] Zbigniew Salwa also suggests a narrow and a broad view of occupational health and safety. The narrow one is for the benefit of the employee, protecting him or her from the risks arising in the work process. The broad one includes activities that protect the needs and interests of employees.^[4]

We should answer a question – how can such an obligation be enforced in practice? Does human progress allow an adequate level of health protection for workers? How do new technologies affect health and safety at work? To what extent are the views of labour law literature relevant in the new reality? Can they be directly applied to the current challenges in the field of occupational health and safety?

¹ I.e. Journal of Laws of 2000, item 1320, hereinafter: Labour Code.

² Waław Szubert, *Ochrona pracy. Studium społeczno-prawne* (Warszawa: PWN, 1966), 16-7.

³ Tadeusz Zieliński, *Prawo pracy. Zarys systemu, cz. III, Ochrona pracy, Prawo sporów pracy, Prawo administracji pracy, Prawo ruchu związkowego* (Warszawa-Kraków: PWN, 1986), 3-4.

⁴ Zbigniew Salwa, *Prawo pracy w PRL w zarysie* (Warszawa: PWN, 1989), 273.

2 | The obligation to ensure occupational health and safety by the employer – historical background

Even in the previous economic system, by the Regulation of the Ministers of Labour and Welfare, Health, Industry, Reconstruction, Public Administration, and Recovered Territories of 6 November 1946 issued in agreement with the Ministers of National Defense, Treasury, Justice, Education, Agriculture and Agricultural Reforms, Communication, Post and Telegraph, Forestry, and Supply and Trade on general provisions on occupational health and safety,^[5] the persons responsible for the OHS were indicated. Pursuant to § 1 paragraph 1 of the above-mentioned regulation, both employers and employees are required to comply with its provisions, each within the scope of their duties; in particular, employees are required to use work tools and personal protective equipment as intended, neither destroy nor remove them during work. Pursuant to § 1 paragraph 2 of the Regulation, persons who are in charge of: the management of the workplace or individual work departments, technical or medical and sanitary supervision, are also required to constantly instruct their subordinates on the content of the regulations and to supervise their observance. In turn, according to § 7 of the Resolution No. 592 of the Presidium of the Government of 1 August 1953 on ensuring progress in the field of occupational health and safety,^[6] the person responsible for the state of OHS inside enterprises, especially for the implementing the OHS regulations of the governing organisational bodies, is the president of the enterprise (workplace manager). The OHS at work was also regulated during work on the construction and use of machinery by the Act of 18 July 1950 on ensuring occupational health and safety in the construction and operation of machinery and technical devices.^[7]

In the 1950s, judicial pronouncements began to delineate a more expansive set of obligations for employers with regard to health and safety in the workplace. For example, in the judgment of the Supreme Court of 30 April 1956,^[8] it was stated that employers were obligated to implement not only

⁵ Journal of Laws of 1946, No. 62, item 344, as amended.

⁶ Monitor Polski of 1953, No. 83, item 979.

⁷ Journal of Laws of 1950, No. 36, items 330 and 331.

⁸ 2 CR 885/55, Legalis No. 637219.

the measures stipulated in specific regulations for safeguarding workers, but also those ensuring safety at work in accordance with general regulations and prevailing life experience.^[9] In the doctrine of labour law, the obligation to protect employees' health was understood to encompass not only activities aimed at ensuring optimal OHS conditions, but also activities aimed at fostering peace and comfort in the workplace.^[10]

Before the regulation of the labour law institution under the Labour Code, the general obligation to ensure safe and hygienic work conditions was introduced in the Act of 30 March 1965 on health and safety at work.^[11] This act repealed pre-war legal acts, including the Ordinance of the President of the Republic of Poland of 16 March 1928 on health and safety at work,^[12] the Ordinance of the President of the Republic of Poland of 22 August 1927 on the prevention and control of occupational diseases,^[13] and the post-war the Act of 18 July 1950 on ensuring occupational health and safety in the construction and the operation of machinery and technical devices.^[14] Within the meaning of Art. 1 paragraph 2 of the OHS Act, the fulfillment of the above obligation should include taking advantage of the latest developments in science and technology. The usage of the word "latest" does not necessarily mean that the health of the workers would be protected more effectively than if the term had not been used.^[15] The pre-code regulations were analysed in the context of labour law doctrine. Representatives of this doctrine noted that the introduction of an obligation to take advantage of the latest developments had a general, sometimes abstract meaning.^[16] This obligation was assessed in a slightly different manner within the judiciary. In the judgement of the Supreme Court of 24 September 1968,^[17] it was stated that "in light of the provisions of the Act of 30 March 1965 on safety and health at work the obligations

⁹ Some similar cases were represented in The Supreme Court ruling of 24 April 1959, III CR 907/58, LEX No. 1633028.

¹⁰ Szubert, *Ochrona pracy*, 16-7.

¹¹ Journal of Laws of 1965, No. 13, item. 91, hereinafter: the Health and Safety Act.

¹² Journal of Laws of 1928, No. 35, item 325.

¹³ Journal of Laws of 1927, No. 78, item 676.

¹⁴ Journal of Laws of 1950, No. 36, items 330 and 331.

¹⁵ Teresa Wyka, *Ochrona zdrowia i życia pracownika jako element stosunku pracy* (Warszawa: Difin, 2003), 235.

¹⁶ Urszula Jackowiak, „Podstawowe zagadnienia prawne ochrony pracy”, [in:] *Studia nad Kodeksem pracy*, ed. Wacław Jaśkiewicz (Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 1975). 262-3.

¹⁷ II PR 363/68, Legalis No. 13503.

of the workplace as pertains to providing employees with safe working conditions cannot be treated statically because the premises of these obligations change as science and technology develop. Hence, tracking the achievements of technological progress is an integral part of the activity of every workplace”.

It is worth noting that in the later period of the Polish People’s Republic, the obligation to ensure appropriate working conditions was regulated from the very beginning of the codification of labour law in Art. 207 § 1 of the Labour Code. Under this Code’s regulation, the workplace was obligated to provide its workers with safe and hygienic working conditions. The fulfillment of this obligation ought to be an integral part of the employer’s operations and should make appropriate use of the development of science and technology. Compared to the previous legal framework, the word “latest” has been eliminated, leaving only “development” as part of the employer’s desired behaviour. It is indisputable, however, that failure to regulate the fulfillment of this obligation in detail in the Labour Code does not constitute an exclusion of liability due to failure to apply possible and necessary safety measures in accordance with the current state of technical knowledge and experience. It is impossible to discuss the completeness of the regulations due to the volatility of the factors influencing OHS.^[18] The appropriate shaping of working conditions is determined not only by the aspects of legal regulations, internal workplace regulations, or organizational issues but also by everyday practices which are directly related to the factors of the work process in a given workplace.^[19]

¹⁸ Wacław Szubert, *Zarys prawa pracy* (Warszawa: PWN, 1976), 265.

¹⁹ Szubert, *Ochrona pracy*, 146.

3 | The perceptions of the doctrine of labour law and jurisprudence in the field of ensuring occupational health and safety by the employer

The Act of 2 February 1996 amending the Act – Labour Code and amending certain acts^[20] amended Art. 207 of the Labour Code. Currently, the Art. 207 § 2 of the Labour Code, which is worded similarly to the original regulation of Art. 207 § 1 of the Labour Code, states that the employer is obligated to protect the health and lives of employees by providing them with a safe and hygienic working environment. According to this regulation, the employer is obliged to make proper use of the development of science and technology. Factors influencing OHS vary. They may be of a technical or medical nature; the greater the number of factors, the more extensive the obligations of the employer become.^[21] Therefore, this act introduced an obligation to provide additional protection for the health and even life of the employee. It is emphasised in the literature that the change in the regulation in question means giving more importance to the employee by including the protection of their life and health.^[22] Those interests are included in one's personal rights pursuant to Art. 23 of the Act of 23 April 1964 the Civil Code^[23]; and to demonstrate the subjective nature of the employee's right to receive appropriate protection.^[24] As stated in Art. 207 § 2 of the Labour Code, the employer's obligations are outlined in a number of fundamental examples.^[25] Among other things, in accordance with Art. 207 § 2 (1) of the Labour Code, the employer is obligated to organise work in a manner that ensures safe and hygienic working conditions. The employer is obliged to ensure the provision of occupational health and safety for employees, in accordance with various executive provisions.

²⁰ Journal of Laws of 1996, No. 24, item 110.

²¹ Wyka, *Ochrona zdrowia*, 221.

²² Teresa Wyka, „Od bezpieczeństwa socjalnego w stronę bezpieczeństwa osobowego – o zmianach w Kodeksie pracy”, [in:] *Stosunki zatrudnienia w dwudziestolecie społecznej gospodarki rynkowej. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 40-lecia pracy naukowej Profesor Barbary Wagner*, ed. Arkadiusz Sobczyk (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2010), 115.

²³ Consolidated text i.e., Journal of Laws of 2020, item 1740, as amended.

²⁴ Michał Rączkowski, „Komentarz do art. 207 Kodeksu pracy”, [in:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. Małgorzata Gersdorf, Krzysztof Rączka, Michał Rączkowski (Warszawa: Lexis Nexis, 2014), 1064-1065.

²⁵ Ibidem, 1066.

These include the Regulation of the Minister of Labour and Social Policy of 28 September 1997 on general occupational health and safety regulations.^[26]

The doctrine of labour law indicates that the obligation under Art. 207 § 2 sentence 1 of the Labour Code is an obligation not only towards the person performing work but also towards the state. It allows the employee to obtain the unconditional right to safe work.^[27] The judicial practice demonstrates that the fact that an employee undertakes employment while being aware of the risks it poses to his health or life is of no relevance to this obligation.^[28] In the event of an employer breaching their obligation as set out in Article 207 § 2 of the Labour Code, the employer would be held liable. This would apply irrespective of whether the employer could be accused of breaching a specific legal regulation.^[29] As indicated in the judgment of the Supreme Court of 13 September 2016, III PK 146/15,^[30] the culpable failure of the employer in the field of occupational safety, if it has a causal relationship with the damage that has occurred, can lead to liability for damages under Article 415 of the Civil Code. Such liability is independent of the employee's spontaneous illness where it is not proven that the injury would have occurred even without the event justifying such liability.^[31] Nor will the employer be relieved of its liability because of the cost of fulfilling the obligation under the regulation under review. According to the judgment of 15 May 2019 issued by the Provincial Administrative Court in Poznań,^[32] "the employer must provide financial resources in its budget that will enable its workplace to function in a way that is safe for its employees and in compliance with the law".

As Wacław Szubert pointed out, there is a need to ensure the flexibility of health and safety regulations and to use general clauses relating to technical and medical development, as well as life experience, due to constantly emerging occupational hazards. This obligation is related to the task of managing the work process. However, it is not imposed solely on

²⁶ Consolidated text Journal of Laws of 2003, No. 169, item 1650, as amended.

²⁷ Szubert, *Ochrona pracy*, 147 – 8.

²⁸ Judgment of the Supreme Court of 27 January 2011, II PK 175/10, Lex no. 1130827; Judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 10 October 2018., III APa 8/18, LEX no. 2615765.

²⁹ Judgment of the Supreme Court of 27 January 2011, II PK 175/10, Lex no. 1130827.

³⁰ LEX no. 2112315.

³¹ Judgment of the Supreme Court of 9 September 2011, III PK 4/11, LEX no. 1119709.

³² LEX no. 2679087.

the manager of the workplace, but also on other employees in managerial positions and on the staff, in accordance with their individual functions. Hence, along with specifying the activities and the responsibility for their fulfillment, health and safety obligations ought to be demarcated.^[33] Szubert also calls for the appropriate action from public administration bodies, stressing that “the economic administration bodies making these decisions are responsible not only for the output of enterprises, but also, indirectly, for the working conditions they can provide for their employees”.^[34] Tadeusz Zieliński emphasises that employees are not only entitled to the health and safety regulations, but also obliged to comply with them.^[35]

The views recently presented in the literature are based on the *acquis* of, among others, Szubert. They emphasise that the position which points to the need to take into account non-legal rules, depending on experience as well as scientific and technological development, remains valid.^[36] The classification of threats envisaged in the so-called “Szubert school of thought” is often cited. The risks identified within this framework encompass a wide spectrum, including those associated with the construction and layout of buildings and workplaces, work processes (including those of a technological nature), and the organisation of work, as well as a lack of familiarity with health and safety regulations.^[37]

In the past, the literature on labour law has indicated that certain organisational issues experienced by employers can have a detrimental effect on the state of OHS in the workplace. In order to combat these issues, the development of a cooperative relationship between managers and their subordinates in the workplace was proposed.^[38] Ludwik Florek emphasised that “the management of public establishments may lack the same sense of responsibility that a private employer would have concerning their workplace, and which manifests itself in the care for not only property, but also employees. [...] Mistakes made by rank-and-file employees must be borne by the management staff, unless they can demonstrate that they did not limit themselves to issuing appropriate orders and instructions, but

³³ Ibidem, 117.

³⁴ Ibidem, 146.

³⁵ Zieliński, *Prawo pracy*, 15.

³⁶ Teresa Wyka, „Ochrona pracy w dorobku naukowym Profesora Wacława Szuberta”, [in:] *Prawo ochrony pracy – współczesność i perspektywy rozwoju*, ed. Teresa Wyka, Marcin Mielcarek (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2017), 33.

³⁷ Wyka, *Ochrona zdrowia*, 231.

³⁸ Szubert, *Ochrona pracy*, 117.

tried to ensure, by all available means, that their content was followed”.^[39] These challenges are definitely relevant in the present socio-economic reality. In this context, it is also worth mentioning a jurisprudential view on the interpretation of Art. 207 § 1 of the Labour Code. In the judgement of 6 May 2008, the Supreme Administrative Court^[40] presented the position according to which: “the employer is obliged to use every scientific achievement, technical progress and life experience for strengthening the protection of health and life of employees and other people working in a chosen facility. The obligatory usage of science and technology achievements should be understood dynamically. This dynamism means that it is in the employer’s interest to constantly monitor development and implement progress”.

4 | Current challenges regarding occupational health and safety

As mentioned in the introduction, there are currently various new threats that may occur in the work environment in connection with the scientific and technological progress in a rapidly changing world. What is to be expected of the most severe occupational health and safety risks? It is impossible to list them all. However, it is worth focusing on specific elements related to socio-economic progress. Automation, algorithmisation of the work process, digitisation, or nanotechnology are considered as some of the challenges faced by employers who shape the work environment. In addition, biological hazards in the work environment require meticulous attention considering occupational health and safety.

The main risk in the work environment with reference to the automation and the algorithmisation equipped with artificial intelligence, which generally is designed to increase productivity of the work process is the occurrence of accidents during work. They result from the errors of human

³⁹ Ludwik Florek, *Prawna ochrona pracowników* (Warszawa: IPiSS, 1990), 109.

⁴⁰ I OSK 785/07, SIP Legalis no. 126847.

actions, device software, or work pace.^[41] As for nanotechnology, which comes down to the production and use of particles, materials with a relatively small size scale (nanoscale),^[42] the risk is due to the toxicity of some nanoparticles.^[43] A reference to the chemical hazards of substances is evident in the Regulation of the Minister of Health of 24 July 2012 on chemical substances, their mixtures, and technological process agents related to carcinogenic or mutagenic effects in the work environment.^[44] The use of nanomaterials results in, inter alia, better durability of a given component.^[45] However, it also entails new toxicity risks, e.g. of carbon nanotubes.^[46] Nanotechnology is not the only example of technological progress affecting the work environment. There may be risks linked to ionizing radiation in the field of digitisation in accordance with the Regulation of the Council of Ministers of 18 June 1968 on occupational safety and health when using ionizing radiation,^[47] as well as the Regulation of the Council of Ministers of 12 July 2006 on detailed conditions for secure work with ionizing radiation sources.^[48]

In addition, there are risks regarding biological factors and the potential for infection with bacteria and viruses, including the SARS-CoV-2 virus in the work environment. These factors are defined in the Regulation of the Minister of Health of 22 April 2005 on biological factors detrimental to health in the work environment and health protection of employees occupationally exposed to these factors.^[49] In the past by virtue of the Regu-

⁴¹ See Maciej Jarota, „Artificial intelligence and robotisation in the EU – should we change OHS law?” *Journal Occupational Medicine Toxicology*, No. 16 (2021): 1-6, <https://doi.org/10.1186/s12995-021-00301-7>.

⁴² Elen Stokes, „Regulating nanotechnologies: sizing up the options” *Legal Studies*, No. 29 (2009): 281.

⁴³ Anna Maria Świdwińska-Gajewska, Sławomir Czerczak, „Nanosrebro – szkodliwe skutki działania biologicznego,” *Medycyna Pracy Work Health Safety*, No. 6 (2014): 831-845. <https://doi.org/10.13075/mp.5893.00114>.

⁴⁴ Journal of Laws of 2012, item 890.

⁴⁵ Nadia Kaddour, „No Laws in Nanoland: How to Reverse the Trend: The French Example. Pace Environmental” *Law Review*, No. 30 (2013): 486-487.

⁴⁶ Craig A. Poland, Rodger Duffin, Ian Kinloch, Andrew Maynard, William A.H. Wallace, Anthony Seaton, Vicki Stone, Simon Brown, William MacNee and Ken Donaldson, „Carbon nanotubes introduced into the abdominal cavity of mice show asbestoslike pathogenicity in a pilot study” *Nature Nanotechnology*, No. 3 (2008): 423-427.

⁴⁷ Journal of Laws of 1968, No. 20, item. 122.

⁴⁸ Journal of Laws of 2006, No. 140, item 994.

⁴⁹ Journal of Laws of 2005, No. 81, item 716, as amended.

lation of the Minister of Health of 20 March 2020 on the declaration of an epidemic on the territory of the Republic of Poland,^[50] the announcement of an epidemic requires additional measures to be taken by the employer.^[51]

5 | How to deal with arising risks from the perspective of Art. 207 § 2 of the Labour Code?

As previously mentioned, the legislator resigned from obliging the employer pursuant to Art. 207 § 2 of the Labour Code, in the provision of occupational health and safety conditions for employees considering the analysis of the latest achievements in the fields of science and technology. The validation of the obligation's fulfillment solely depends on a certain case, place, and time.^[52] Then, how should the employer react to new threats? How does one obtain knowledge that would allow a proper reaction?

In case law, for example, professional literature is considered to be such a source.^[53] In the labour law doctrine, the emphasis is put on the employer's regularly analysis of the achievements of science and knowledge.^[54] By way, the employer is responsible for the entire occupational health and safety conditions and should, therefore, have full awareness of new elements which occur during the working process. In this way, the obligation under Art. 207 § 2 of the Labour Code is dynamic.^[55] It is problematic that not all aspects of risk in the work environment have been identified by science. For example there are still many questions about the

⁵⁰ Journal of Laws of 2020, item 491, as amended.

⁵¹ Centralny Instytut Ochrony Pracy – Narodowy Instytut Badawczy, *Bezpieczeństwo i ochrona zdrowia osób pracujących w czasie pandemii Covid-19* (Łódź: CIOP-PIB, 2020), 1 – 18, <https://pracodawcyrp.pl/upload/files/2020/05/koronawirus-zalecenia-ogolne-ciop-sklad.pdf>. [accessed: 31.12.2021].

⁵² Jakub Stelina, Monika Tomaszewska, Marta Zbucka-Gargas, *Introduction to Polish Labour Law with Cross-Border Aspects* (Warszawa: C.H. Beck, 2021). <https://legalis.pl/>.

⁵³ II OSK 58/10, SIP Legalis No. 354086.

⁵⁴ Krzysztof Walczak, Wojciech Muszalski, *Komentarz do Kodeksu pracy* (Warszawa: C.H. Beck, 2021). <https://legalis.pl/>.

⁵⁵ Wyka, *Ochrona zdrowia*, 246-247.

way the SARS-CoV-2 coronavirus spreads.^[56] In addition, new variants of this virus are also appearing.^[57]

Every risk needs individual validation and the incorporation of new security methods for specific dangers in the working environment. In the field of nanoparticles, in retrospect, it is worth analysing the available databases or information about them on various websites (e.g. at <https://nano.nature.com/>). There are numerous nanomaterials with different characteristics, which makes it impossible to adopt universal rules to all of them.^[58]

On the other hand, it is essential to adopt appropriate internal procedures including, for example, equipment manufacturers' user manuals, concerning automation and algorithmisation of the working process. During the creation of interior procedures, it is necessary to keep in mind the selection of measures that could have a reliable impact on occupational health and safety. In addition, the analysis of accident events that occurred in the past may be of significant importance.^[59]

In terms of biological threats, it would undoubtedly be advisable to follow the conclusions of medical science continuously and take appropriate measures on the basis of these conclusions. The problem lies in the frequency of the updates of research, which does not exclude the excessive amount of work on the employers' part.

Various guides are another example of the opportunities to learn about OHS risks and the tools to respond to them. In this aspect, particular activities can be seen in the work of the European Agency for Safety and Health at Work. For example, the EU-OSHA has suggested a personalised, automatic assessment of exposure to cancer risk factors in the work environment,

⁵⁶ Magda Ważna, *Rok z koronawirusem SARS-CoV-2. Wciąż jest wiele niewiadomych*. <https://www.medonet.pl/koronawirus/to-musisz-wiedziec,rok-z-koronawirusem-sars-cov-2--wcial-jest-wiele-niewiadomych,artykul,23380026.html>. [accessed: 21.01.2022].

⁵⁷ Adrian Dąbek, *Nowa odmiana wariantu Delta odkryta na Białorusi. To Delta Light*. <https://www.medonet.pl/koronawirus/koronawirus-w-europie,delta-light--nowy-typ-wariantu-delta-odkryto-na-bialorusi,artykul,49449981.html>. [accessed: 21.01.2022]; Małgorzata Janik, *Nowy wariant koronawirusa daje nietypowe objawy. Pojawiają się w nocy*. <https://zdrowie.interia.pl/covid/news-nowy-wariant-koronawirusa-daje-nietypowe-objawy-pojawiaja-si,nId,7260610> [accessed: 29.08.2024].

⁵⁸ Nathan Block, „The Very Big Fuss over Very Small Things: Advising on the State of Regulation of Nanotechnologies” *Texas Environmental Law Journal*, No. 1 (2007): 5.

⁵⁹ See Jarota, *Artificial intelligence*, 1-6.

using algorithms based on the work of scientists and experts.^[60] In terms of new OHS risks, the Agency has published a strategy on safe work in relation to its automation, including the development of artificial intelligence. Within this framework, the main tasks for employers should be to involve employees early during in the implementation phase of new automation tools, to design systems taking into account the important role of humans, and to create an appropriate mechanism for employees to communicate.^[61] Yet another document pointed out the impact of virtual reality and metaverse technologies on OHS. By highlighting psychosocial risks among others, solutions were suggested for employers to implement as part of their OHS policies.^[62] In terms of these psychological hazards, which exemplify current OHS challenges, the Agency has published a report demonstrating the need to support employee mental health in the workplace. In particular, the Agency believes that it is important to create an atmosphere in the workplace that promotes inclusivity, diversity, equal treatment and non-discrimination.^[63] For example, measures to improve employee the mental health mentioned in the report include making private areas available to employees, reducing noise in the work premises, changing working time schedules, reducing working hours, or modifying employees' tasks according to current health and safety needs.^[64]

Undoubtedly, an extension of Art. 207 § 2 of the Labour Code are further provisions of the Labour Code, including Art. 2221 §1 of the Labour Code, according to which if an employee is employed in conditions of exposure to

⁶⁰ Nadia Vilahur, Lin Fritschi, Troy Sadkowsky, Sara Gysen, Kim De Cuyper, Kristine Mardumian, Olesia Astapova, Andrew Cleary, Stephen Finlay, Katriina Lepanjuur, *Occupational cancer risk factors in Europe – methodology of the Workers' Exposure Survey*, 1-34. https://osha.europa.eu/sites/default/files/documents/WES-Methodology_EN.pdf. [accessed: 6.09.2024].

⁶¹ European Agency for Safety and Health at Work, *Strategies for safety and health in an automated world*, <https://healthy-workplaces.osha.europa.eu/en/publications/strategies-safety-and-health-automated-world>. [accessed: 6.09.2024], 1.

⁶² Simone Grassini, *Worker exposure to virtual and augmented reality and metaverse technologies: how much do we know?*, 1-37. https://osha.europa.eu/sites/default/files/documents/worker-exposure-virtual-reality_discussion_paper_EN.pdf. [accessed 6.09.2024].

⁶³ Marianna Virtanen, Kirsi Honkalampi, Petri Karkkola, Maija Korhonen, *A review of good workplace practices to support individuals experiencing mental health problems*, 11-2. https://osha.europa.eu/sites/default/files/documents/Good-workplace-practice-support-individuals-experiencing-mental-health-problems_EN.pdf. [accessed 6.09.2024].

⁶⁴ Ibidem, 13.

harmful biological agents, the employer shall take all available measures to eliminate the exposure. If this is not possible, measures should be taken to limit the degree of exposure, making appropriate use of scientific and technological achievements. For example, in the context of the recent Covid-19 outbreak, it should be noted that the SARS-CoV-2 virus is a level 3 harmful biological agent like the tick-borne among others encephalitis virusin accordance with the Regulation of the Minister of Health of 11 December 2020 amending the regulation on biological factors detrimental for health in the work environment and health protection of employees occupationally exposed to these factors.^[65] Due to this biological danger, employers have been required to update the occupational risk assessment to which the employee is or may be exposed and the measures and degrees of airtightness in the field of acute respiratory distress syndrome 2 (SARS-CoV-2) (§ 2 paragraph 1 point a, and paragraph 2 point a of the above-mentioned regulation). It should be noted, however, that this obligation applies to selected employers specified in Attachment 2 to the regulation, i.a.: health care units, including isolation rooms and facilities where post-mortem examinations are performed. This obligation also applies to other work where the outcome of the risk assessment indicates that biological agents may be present in the work environment.

The guidelines relating to the employers have been published during the last epidemic. As indicated in the recommendations issued by the Central Institute for Labour Protection,^[66] “the guidelines have been developed to help the employers to undertake the activities aimed at achieving a safe and healthy working environment during a pandemic. During a pandemic, they can help with implementing the requirements of the Labour Code regarding the obligation to protect the health and life of employees”.

This recommendations indicate how to reduce the possibility of contracting the SARS-CoV-2 virus in the work environment. The recommendations include: rules on the distance between employees, restrictions on the number of people staying in the same room at the same time, and rules on local ventilation of rooms,^[67] which may mean that workplaces will need to organise workplace appropriately. The obligation to disinfect

⁶⁵ Journal of Laws of 2020, item 2234.

⁶⁶ Centralny Instytut Ochrony Pracy – Narodowy Instytut Badawczy, *Bezpieczeństwo i ochrona zdrowia*. <https://pracodawcyrp.pl/upload/files/2020/05/koronawirus-zalecenia-ogolne-ciop-sklad.pdf>. [accessed: 31.12.2021].

⁶⁷ Ibidem.

surfaces is also highlighted.^[68] Employers have certain methods of operation regarding the organization and process of work. In order to prevent infections in the workplace, the legislator has introduced the possibility of remote work in the legislation.^[69] The recommendations depend on a given job, e.g. in a situation of contact with a patient, it is desirable to use personal protective equipment, i.e. a mask with an FFP-2 or FFP-3 filter, a disposable cap, goggles, a disposable gown, and a pair of gloves. When the employees contact the high-risk patient, they should be provided with a visor, a waterproof long-sleeved gown, and at least 2 pairs of gloves.^[70]

The abovementioned considerations, introduced only as an example, confirm the potential problems of employers with regard to the application of Art. 207 § 2 of the Labour Code in the near future. Undoubtedly, it is difficult to draw clear conclusions resulting from the rapidly changing science and technology. However, the employers should be highly prudent and responsible, and their actions should be clearly based on scientific research.

6 | Conclusions

The obligation to provide safe and healthy working conditions is part of the concept of labour protection, where the subject of protection is the worker. It is the person doing the work that is the most important in the fulfilling this duty.

Meanwhile robotisation, digitisation, as well as intensive development of science (e.g. nanotechnology) may cause new risks in the protection of employees' health. The pace of work controlled by the IT system, the constant exposure of the employee to new, not fully known substances, biological hazards related to bacteria and viruses, including the SARS-CoV-2 virus, may lead to negative consequences for the employee. It is not difficult to

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Journal of Laws of 2020, item 374.

⁷⁰ See Jakub Obrębski, Piotr Skorek, Dmitry Tretiakow, Waldemar Narożny, Andrzej Skorek, „Pacjent w gabinecie otolaryngologicznym w dobie pandemii COVID-19 w świetle aktualnych wytycznych, przepisów prawnych i własnych doświadczeń” *Medycyna Pracy Work Health Safety*, No. 3 (2021): 327-334. <https://doi.org/10.13075/mp.5893.01081>.

imagine that these consequences can be both physical and psychological. How should we respond to these threats?

The current wording of Art. 207 § 2 of the Labour Code is in line with the views of the labour law doctrine developed many years ago with regards to the role of the employer in ensuring safe and hygienic working conditions, especially their desired behaviour towards the staff. In fact, the employer has the assets and specific organizational measures to strive for the protection of the health and life of the employee in accordance with the knowledge of science and technology. In this aspect, the coordination of tasks and the responsible attitude of the management are important, which in the past was emphasised by the literature of labour law.

The very change of Art. 207 § 2 of the Labour Code should not, at this point, constitute a starting point for adopting an appropriate model of operation. Even if the legislator introduced the obligation to apply the latest achievements of science and technology, similar to the act addressing occupational health and safety, it would not seem to fundamentally change the situation in the work environment. It is not an amendment to the provisions of the Labour Code that is lacking, but comprehensive assistance in equipping employers with the appropriate knowledge. Public authorities, whose activities have been advocated in the literature in the past, could play an important role in this regard. In the Polish conditions, the State Labour Inspection currently has certain tools for public education at its disposal. Pursuant to Article 10(7) of the Act of 13 April 2007 on the State Labour Inspection,^[71] one of its objectives is to take action to prevent and reduce risks in the working environment. The Inspection can initiate research work in the field of health and safety at work and to provide advice to reduce risks to workers' health and safety. Another body that provides assistance in the field of health and safety is the Labor Protection Board. In accordance with Article 7(7) of the aforementioned Act, the Board takes positions on the tasks of the State Labour Inspection or on nationwide labour protection problems. However, it is not a body with an extensive organizational structure, as opposed to the labour inspection. Given the complexity of the problems associated with new OHS hazards and the need to respond quickly to workers' health protection needs, it may currently be difficult for the named authorities to propose employers a tailored solution to OHS problems. The main challenge would be the range of different OHS risks that continue to change. In addition, the key activities of the labour

⁷¹ I.e. Journal of Laws of 2024, item 97.

inspection are control activities while it carries out educational tasks to a basic extent only. However there may be situations where a broader analysis involving an interdisciplinary group of researchers is needed. Explaining technical or scientific aspects to specific employers, e.g. at their request or at the initiative of employees, would probably pose a challenge for the labour inspectorate and possibly even necessitate the creation of an organisational unit within the State Labour Inspectorate, composed of specialists in many scientific and technical fields. Such a unit's ongoing assistance to employers in responding to hitherto unknown risks could positively contribute to the objective of Article 207 § 2 of the Labour Code. Nevertheless, nothing can replace the proper practice of employers, who should analyse the current achievements of science and technology in order to protect the health of employees. This state of knowledge should be primarily derived from scientific publications that are subject to peer review or expert guides from organisations such as EU-OSHA. Supervisors should not limit themselves to giving appropriate orders and instructions, but should seek to take appropriate additional measures to ensure that employee behavior is consistent with accepted health and safety procedures. They should organise the work process in such a way as to comprehensively limit new risks in the workplace. Depending on the degree of risk, individual and collective measures of protection should be implemented. In this aspect, especially it is also worth taking care of regularly updating employees' knowledge of new occupational health and safety hazards.

Bibliography

- Block Nathan, „The Very Big Fuss over Very Small Things: Advising on the State of Regulation of Nanotechnologies” *Texas Environmental Law Journal*, No. 1 (2007): 1-22.
- Centralny Instytut Ochrony Pracy – Narodowy Instytut Badawczy, *Bezpieczeństwo i ochrona zdrowia osób pracujących w czasie pandemii Covid-19*. Łódź: CIOP-PIB, 2020. <https://pracodawcy.rp.pl/upload/files/2020/05/koronawirus-zalecenia-ogolne-ciop-sklad.pdf>.
- Dąbek Adrian, *Nowa odmiana wariantu Delta odkryta na Białorusi. To Delta Light*. <https://www.medonet.pl/koronawirus/koronawirus-w-europie,delta-light--nowy-typ-wariantu-delta-odkryto-na-bialorusi,artykul,49449981.html>.

- European Agency for Safety and Health at Work, *Strategies for safety and health in an automated world*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2024. <https://healthy-workplaces.osha.europa.eu/en/publications/strategies-safety-and-health-automated-world>.
- Grassini Simone, *Worker exposure to virtual and augmented reality and metaverse technologies: how much do we know?* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2024. https://osha.europa.eu/sites/default/files/documents/worker-exposure-virtual-reality_discussion_paper_EN.pdf.
- Florek Ludwik, *Prawna ochrona pracowników*. Warszawa: IPiSS, 1990.
- Jackowiak Urszula, „Podstawowe zagadnienia prawne ochrony pracy”, [in:] *Studia nad Kodeksem pracy*, red. Wacław Jaśkiewicz. 261 – 282. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 1975.
- Janik Małgorzata, *Nowy wariant koronawirusa daje nietypowe objawy. Pojawiają się w nocy*. <https://zdrowie.interia.pl/covid/news-nowy-wariant-koronawirusa-daje-nietypowe-objawy-pojawiaja-si,nId,7260610>.
- Jarota Maciej, „Artificial intelligence and robotisation in the EU – should we change OHS law?” *Journal Occupational Medicine and Toxicology*, No. 16 (2021): 1-8. <https://doi.org/10.1186/s12995-021-00301-7>.
- Kaddour Nadia, „No Laws in Nanoland: How to Reverse the Trend: The French Example. *Pace Environmental Law Review*, No. 30 (2013): 486-522.
- Obrębski Jakub, Piotr Skorek, Dmitry Tretiakov, Waldemar Narożny, Andrzej Skorek, „Pacjent w gabinecie otolaryngologicznym w dobie pandemii COVID-19 w świetle aktualnych wytycznych, przepisów prawnych i własnych doświadczeń” *Medycyna Pracy Work Health Safety*, No. 3 (2021): 327-334. <https://doi.org/10.13075/mp.5893.01081>.
- Poland Craig A., Rodger Duffin, Ian Kinloch, Andrew Maynard, William A.H. Wallace, Anthony Seaton, Vicki Stone, Simon Brown, William MacNeem, Ken Donaldson, „Carbon nanotubes introduced into the abdominal cavity of mice show asbestoslike pathogenicity in a pilot study” *Nature Nanotechnology*, No. 3 (2008): 423-428.
- Raczkowski Michał, „Komentarz do art. 207 Kodeksu pracy”, [in:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. Małgorzata Gersdorf, Krzysztof Rączka, Michał Raczkowski. 1062-1074. Warszawa: Lexis Nexis, 2014.
- Salwa Zbigniew, *Prawo pracy w PRL w zarysie*. Warszawa: PWN, 1989.
- Stelina Jakub, Monika Tomaszewska, Marta Zbucka-Gargas, *Introduction to Polish Labour Law with Cross-Border Aspects*. Warszawa: C.H. Beck, 2021. <https://legalis.pl/>.
- Stokes Elen, „Regulating nanotechnologies: sizing up the options” *Legal Studies*, No. 29 (2009): 281-304.
- Szubert Wacław, *Ochrona pracy. Studium społeczno-prawne*. Warszawa: PWN, 1966.

- Świdwińska-Gajewska Anna Maria, Sławomir Czerczak, „Nanosrebro – szkodliwe skutki działania biologicznego” *Medycyna Pracy Work Health Safety*, No. 6 (2014): 831-845. <https://doi:10.13075/mp.5893.00114>.
- Vilahur Nadia, Fritschi Lin, Sadkowsky Troy, Gysen Sara, De Cuyper Kim, Mardumian Kristine, Astapova Olesia, Cleary Andrew, Finlay Stephen, Lepanjuur Katriina, *Occupational cancer risk factors in Europe – methodology of the Workers’ Exposure Survey*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2024. https://osha.europa.eu/sites/default/files/documents/WES-Methodology_EN.pdf.
- Virtanen Marianna, Honkalampi Kirsi, Karkkola Petri, Korhonen Maija, *A review of good workplace practices to support individuals experiencing mental health problems*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2024. https://osha.europa.eu/sites/default/files/documents/Good-workplace-practice-support-individuals-experiencing-mental-health-problems_EN.pdf.
- Ważna Magda, Rok z koronawirusem SARS-CoV-2. Wciąż jest wiele niewiadomych. <https://www.medonet.pl/koronawirus/to-musisz-wiedziec,rok-z-koronawirusem-sars-cov-2--wciaz-jest-wiele-niewiadomych,artykul,23380026.html>.
- Wyka Teresa, *Ochrona zdrowia i życia pracownika jako element stosunku pracy*. Warszawa: Dilfin, 2003.
- Wyka Teresa, „Od bezpieczeństwa socjalnego w stronę bezpieczeństwa osobowego – o zmianach w Kodeksie pracy”, [in:] *Stosunki zatrudnienia w dwudziestoleciu społecznej gospodarki rynkowej, Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 40-lecia pracy naukowej Profesor Barbary Wagner*, red. Arkadiusz Sobczyk. 105-117. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2010.
- Wyka Teresa, „Ochrona pracy w dorobku naukowym Profesora Wacława Szuberta”, [in:] *Prawo ochrony pracy – współczesność i perspektywy rozwoju*, red. Teresa Wyka, Marcin Mielcarek. 29-45. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2017.
- Zieliński Tadeusz, *Prawo pracy. Zarys systemu, cz. III, Ochrona pracy, Prawo sporów pracy, Prawo administracji pracy, Prawo ruchu związkowego*. Warszawa-Kraków: PWN, 1986.



DARIUSZ P. KAŁA

Zakaz powtarzania treści art. 15 ustawy o ochotniczych strażach pożarnych w uchwałach ekwiwalentowych

GLOSA DO WYROKU NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO
Z DNIA 13.09.2023, III OSK 2588/22

Prohibition on Repeating the Content of Article 15 of the Volunteer Fire Brigades Act in the Resolutions on Allowances

Abstract

The gloss concerns the Act on voluntary fire brigades, which is located in the area of fire protection law. The considerations undertaken in the study focus on the decision of the Supreme Administrative Court concerning the resolution on the amount of the cash equivalent for firefighters of voluntary fire brigades for participation in rescue operations and actions, training and exercises. The publication criticises the court's thesis regarding the content of the equivalence resolution. The NSA wrongly allows for the possibility of repeating the content of Article 15 of the Act on Volunteer Fire Brigades in the equivalence resolution. The above-mentioned problems are also related to the issue of § 137 of the Rules of Legislative Technique presented in the publication.

KEYWORDS: voluntary fire brigade, cash allowance for firefighters, municipal government, fire protection, principles of legislative technique

SŁOWA KLUCZOWE: ochotnicza straż pożarna, ekwiwalent pieniężny dla strażaków, samorząd gminny, ochrona przeciwpożarowa, zasady techniki prawodawczej

DARIUSZ P. KAŁA – doktor nauk prawnych, Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie, ORCID – 0000-0002-2886-9117, e-mail: ave10@op.pl

1 | Wprowadzenie

Orzeczenie to dotyczy kwestii regulowania na poziomie samorządu gminnego świadczenia majątkowego za służbę w ochotniczych strażach pożarnych. Głosowane orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego^[1] zasługuje na zainteresowanie z kilku powodów. Po pierwsze, nauka prawa rzadko podejmuje problematykę prawa ochrony przeciwpożarowej, w tym prawa ochotniczych straży pożarnych i świadczeń majątkowych dla strażaków^[2]. Po drugie, głosowane orzeczenie jest prawomocne^[3], nie było dotychczas przedmiotem naukowej oceny, a wywody zawarte w niniejszym opracowaniu stanowią uzupełnienie luki w nauce prawa. Po trzecie, wyrok ten stanowi opowiedzenie się po jednej z występującej w orzecznictwie linii orzeczniczej i nie powinien stać się „precedensem de facto”, tym bardziej że stanowi kontrę do zarysowującej się trafnej linii orzeczniczej. Po czwarte, problem poruszony w głosie ma wymiar nie tylko teoretyczno-prawny, ale także praktyczny i dotyczy wszystkich, czyli ponad 2400 gmin w Polsce oraz wszystkich, czyli około 16.000 jednostek ochotniczych straży pożarnych i ponad 700.000 strażaków ochotników.

Niniejsze opracowanie stanowi kontynuację dotychczasowych badań autora w tym obszarze^[4]. Od czasu wejścia w życie ustawy o ochotniczych strażach pożarnych z dniem 1 stycznia 2022 r.^[5] sądy administracyjne wydały rekordową liczbę prawie 200 orzeczeń odnoszących się do ekwiwalentu pieniężnego dla strażaków ratowników OSP, biorąc pod uwagę, że orzeczeń wydanych w odniesieniu do art. 28 ustawy o ochronie przeciwpożarowej, zastąpionego przez art. 15 ustawy o OSP, było tylko kilka-naście w okresie około 30 lat jego obowiązywania. Sytuacja ta jest efektem

¹ Wyrok z 13 września 2023, III OSK 2588/22, CBOSA – orzeczenie to zostało omówione w publikacji: Krzysztof Bałkowski, „Trzeba wskazać, że ekwiwalent dla strażaka OSP to wynagrodzenie godzinowe” *Dziennik Gazeta Prawna*, 5 października 2023. [dostęp: 3.11.2023].

² Ochotnicza straż pożarna dalej jako OSP.

³ Wyrok został opublikowany na stronie internetowej Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych. <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/75914B4479>. [dostęp: 20.10.2023].

⁴ Zob. np. Dariusz Piotr Kała, *Ochotnicze straże pożarne. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023), 141-169; Dariusz Piotr Kała, *System finansowania ochotniczych straży pożarnych w Polsce* (Gdańsk: ODDK, 2020), 141-147; Dariusz Piotr Kała, *Ekwiwalent pieniężny dla członków ochotniczych straży pożarnych. Orzecznictwo, wzory pism, tablice* (Gdańsk: ODDK, 2018).

⁵ Dz. U. z 2023 r., poz. 194 z późn. zm.

pośpiesznie przyjmowanej ustawy o OSP, bez okresu *vacatio legis*, co sprawiło, że gminy w pośpiechu wdrażały ustawę o OSP, co skazało je na liczne błędy tworzonego przez nich prawa^[6].

Przez prawie dwa lata obowiązywania ustawy o OSP w orzecznictwie sądów administracyjnych wyrażono wiele tez prawnych, ale zasadne jest poddanie analizie tej będącej przedmiotem niniejszego opracowania. Przykładowo sądy trafnie uznawały, że:

Przepis art. 15 ust. 1 u.o.s.p., posługuje się pojęciem „strażak ratownik OSP”, które to pojęcie nie jest tożsame z pojęciem „członek jednostek ochotniczych straży pożarnych”, użytym w zaskarżonej uchwale. Co więcej pojęcie „strażak ratownik OSP” jest pojęciem węższym od użytego w uchwale pojęcia „członek jednostek ochotniczych straży pożarnych”, co wynika z art. 8 u.o.s.p. Przepis ten wyszczególnia warunki, po spełnieniu których strażak OSP, staje się strażakiem ratownikiem OSP^[7];

Omawiany przepis art. 15 ust. 1 u.o.s.p., normuje cztery rodzaje aktywności: – uczestnictwo w działaniu ratowniczym, – uczestnictwo w akcji ratowniczej, – uczestnictwo w szkoleniu oraz – uczestnictwo w ćwiczeniu. Tymczasem w zaskarżonej uchwale w jej § 1 pkt 2 przyznano uprawnienia do ekwiwalentu za udział: – w „szkoleniach pożarniczych”, oraz w „ćwiczeniach organizowanych przez Państwową Straż Pożarną lub Gminę M.”. Rada Gminy niezgodnie z ustawą zawężyła więc działania za które służy ekwiwalent do szkoleń „pożarniczych”, oraz do ćwiczeń, organizowanych jedynie przez Państwową Straż Pożarną. Postawiony więc w skardze zarzut naruszenia przepisu art. 15 ust. 1 u.o.s.p., okazał się zasadny^[8].

⁶ Zob. np. Dariusz Piotr Kała, *Projekt ekwiwalentu dla strażaka ochotnika do poprawki*. <https://www.prawo.pl/samorzad/ekwiwalent-dla-strazaka-ochotnika-projekt-zmian-w-ustawie-o-osp,508555.html>. [dostęp: 20.10.2023]; Dariusz Piotr Kała, *Błąd w ustawie – strażacy ochotnicy nie dostają ekwiwalentu za akcje*. <https://www.prawo.pl/samorzad/strazacy-ochotnicy-bez-prawa-do-wypłaty-ekwiwalentu,512903.html>. [dostęp: 20.10.2023].

⁷ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 03 listopada 2022, II SA/Bd 892/22, CBOSA; Wyrok WSA w Łodzi z 21 grudnia 2022, III SA/Łd 684/22, CBOSA; Wyrok WSA w Poznaniu z 28 kwietnia 2023, III SA/Po 42/23, CBOSA.

⁸ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 1 grudnia 2022, II SA/Bd 734/22, CBOSA; Wyrok WSA w Łodzi z 21 grudnia 2022, III SA/Łd 684/22, CBOSA.

W orzecznictwie wydanym na bazie ustawy o OSP utrwalano także linie orzecznicze ukształtowane na bazie przepisów ustawy o ochronie przeciwpożarowej. Przykładem takiej tezy jest słuszne twierdzenie sądu, że:

Uchwała w sprawie wysokości ekwiwalentu jest aktem prawa miejscowego, a jej przepisy stanowią podstawę dla strażaków ratowników OSP do występowania względem gminy z roszczeniem o wypłatę ekwiwalentu w określonej wysokości, płatnego z jej budżetu^[9].

2 | Stan faktyczny

Wyrok został wydany w następującym stanie faktycznym. W dniu 23 marca 2022 r. Rada Gminy Goszczanów podjęła uchwałę Nr XXXV/209/22 w sprawie ustalenia ekwiwalentu pieniężnego dla strażaka ratownika ochotniczej straży pożarnej z terenu gminy Goszczanów.

7 kwietnia 2022 r. wojewoda łódzki zawiadomił Radę Gminy Goszczanów o wszczęciu postępowania nadzorczego, wskazując na wątpliwości w zakresie brzmienia § 1 ww. uchwały, zgodnie z którym Rada ustaliła wysokość ekwiwalentu pieniężnego przysługującego strażakowi ratownikowi ochotniczej straży pożarnej z terenu gminy Goszczanów za udział: w działaniu ratowniczym lub akcji ratowniczej w wysokości 14,00 zł (pkt 1), w szkoleniu lub ćwiczeniu w wysokości 8,00 zł (pkt 2). Zdaniem organu nadzoru powyższym przepisem Rada Gminy dokonała niedopuszczalnej modyfikacji regulacji ustawowej zawartej w art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2021 r. o ochotniczych strażach pożarnych (Dz. U. poz. 2490, dalej: u.o.s.p.). Rozstrzygnięciem nadzorczym Wojewoda Łódzki stwierdził nieważność § 1 uchwały Rady Gminy Goszczanów z 23 marca 2022 r. Nr XXXV/209/22 w sprawie ustalenia wysokości ekwiwalentu pieniężnego dla strażaka ratownika ochotniczej straży pożarnej z terenu gminy Goszczanów.

⁹ Wyrok WSA w Łodzi z 25 stycznia 2023, III SA/Łd 597/22, CBOSA; Wyrok WSA w Gdańsku z 16 lutego 2023, III SA/Gd 694/22, CBOSA; Wyrok WSA w Krakowie z 24 maja 2023, III SA/Kr 197/23, CBOSA – zobacz linia orzecznicza na podstawie art. 28 ustawy o ochronie przeciwpożarowej – Kała, *Ekwiwalent pieniężny*, 38-39.

Na powyższe rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody Gmina Goszczanów wniosła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego. Wojewoda Łódzki wniósł o jej oddalenie, podtrzymując stanowisko przedstawione w zaskarżonym rozstrzygnięciu nadzorczym.

Wyrokiem z 26 lipca 2022 r., sygn. akt III SA/Łd 441/22 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi oddalił skargę. Na powyższy wyrok Rada Gminy Goszczanów wniosła skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego zaskarżając to orzeczenie w całości. NSA wyrokiem z dnia 13 września 2023 r. oddalił skargę kasacyjną Gminy Goszczanów w całości.

3 | Stanowisko NSA

Naczelny Sąd Administracyjny wyraził w swoim orzeczeniu co najmniej trzy tezy prawne, z których dwie zasługują na aprobatę, a jedna nie. Z tego względu glosa ma charakter częściowo krytyczny. Ponieważ dwie tezy nie budzą obecnie rozbieżności ani w orzecznictwie, ani w nauce prawa należy je zaaprobować i skomentować trzecią tezę, która jest nietrafna i przyczyni się do kontrowersji w orzecznictwie oraz rozbieżnych praktyk legislacyjnych w gminach.

Należy w pełni zaaprobować tezę, że uchwała w sprawie wysokości ekwiwalentu ma charakter aktu prawa miejscowego^[10]. Należy w pełni zaaprobować tezę, że stawka ekwiwalentu musi być określona kwotowo^[11].

Teza NSA, której nie można zaaprobować, sprowadza się do uznania, że w uchwale rady gminy w sprawie ekwiwalentu można powtórzyć część art. 15 u. OSP. Teza ta została wyrażona w następującym wywodzie prawnym:

¹⁰ Teza ta jest obecna w orzecznictwie sądów i administracji od dawna i obecnie nie budzi żadnych rozbieżności – zob. Kała, *Ekwiwalent pieniężny*, 38 i n. Kała, *Ochotnicze straże*, 150-151.

¹¹ Teza ta dotychczas nie pojawiała się w orzecznictwie, więc należy ją „powitać” z radością. Została już jednak wcześniej postawiona w doktrynie prawa i nie była kwestionowana – zob. Kała, *Ekwiwalent pieniężny*, 74-75; Kała, *Ochotnicze straże*, 152. Uzupełniając należy wskazać, że stawka ekwiwalentu nie może być określana ułamkowo.

Ustawodawca zdecydował się dookreślić moment rozpoczęcia owego uczestnictwa, zastrzegając, iż jest nim „zgłoszenie wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej” (art. 15 ust. 2 u.o.s.p.). Doprecyzowanie tej kwestii na poziomie ustawowym zasadniczo powinno czynić zbędnym normowanie jej w uchwale ustalające wysokość ekwiwalentu. Upoważnienie do ustalenia wysokości ekwiwalentu zawarte w treści art. 15 ust. 2 u.o.s.p. nie umocowuje bowiem do określenia zakresu uprawnienia do tego ekwiwalentu. Materia ta została unormowana na poziomie ustawowym. Nie oznacza to jednak, wbrew twierdzeniom skarżącej kasacyjnie Gminy, że w treści uchwały ustalającej wysokość ekwiwalentu nie mogą znaleźć się postanowienia powtarzające treść art. 15 ust. 1 i ust. 2 u.o.s.p., w zakresie w jakim precyzują, że ekwiwalent przysługuje za uczestnictwo w działaniach ratowniczych, za każdą rozpoczętą godzinę od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej. Rację ma Sąd pierwszej instancji, że realizacja konstytucyjnej zasady działania na podstawie i w granicach prawa nie oznacza restrykcyjnego zakazu powtórzeń przepisów ustawowych w aktach prawa miejscowego. Takie powtórzenia należy traktować jako *superfluum normatywne*, a więc nieszkodliwe powielenie przepisu ustawowego w akcie prawa miejscowego nakierowane na poprawę jego czytelności i komunikatywności – *superflua admittere securius est, quam necessaria omittere* (bezpieczniej jest dopuścić rzeczy zbyteczne aniżeli opuścić rzeczy konieczne).

4 | Ocena stanowiska NSA

4.1. Istota problemu

Istota analizowanego tu problemu dotyczy zastosowania § 137 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” z dnia 20 czerwca 2002 r.^[12] Kluczowa jest odpowiedź na pytanie: czy rada gminy uchwalając uchwałę w sprawie wysokości ekwiwalentu powinna w jej treści zawrzeć część art. 15 u. OSP^[13], czy wystarczy, że wskaże

¹² Dz.U. z 2016 r., poz. 283 – dalej jako ZTP.

¹³ Chodzi o zwrot „za każdą rozpoczętą godzinę liczoną od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej lub gotowości do wyjazdu w celu realizowania zadań”.

wysokość stawki ekwiwalentu za udział w poszczególnych aktywnościach, takich jak działania ratownicze, akcje ratownicze, ćwiczenia, szkolenia?

Trzeba też zwrócić uwagę, że zgodnie z § 143 ZTP do projektów aktów prawa miejscowego stosuje się odpowiednio zasady wyrażone w dziale VI, z wyjątkiem § 141, w dziale V, z wyjątkiem § 132, w dziale I w rozdziałach 1-7 i w dziale II, a do przepisów porządkowych – również w dziale I w rozdziale 9, chyba że odrębne przepisy stanowią inaczej.

Rozważany tutaj problem dotyczy zastosowania § 137 ZTP, który stosuje się do aktów prawa miejscowego, czyli także do uchwał rad gmin na mocy § 143 ZTP. Zwrot „stosuje się odpowiednio” nie zmienia tej tezy. Nie zasadne było by przyjąć taką wykładnię zwrotu ustawowego „odpowiednio”, na mocy którego uznano by, że § 137 ZTP nie ma zastosowania do aktów prawa miejscowego. Tym bardziej, że zakaz powtarzania jednych aktów prawa w innych ma charakter systemowy i generalnie stosuje się do większości aktów prawa w systemie prawa. Przykładem jest tutaj § 4 ust. 1-2 ZTP, zgodnie z którym ustawa nie może powtarzać przepisów zamieszczonych w innych ustawach; w ustawie nie powtarza się również postanowień umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską oraz dających się bezpośrednio stosować postanowień aktów normatywnych ustanowionych przez organizacje międzynarodowe lub organy międzynarodowe. Przykładem jest także § 118 ZTP, zgodnie z którym w rozporządzeniu nie powtarza się przepisów ustawy upoważniającej oraz przepisów innych aktów normatywnych.

4.2. Wykładnia doktrynalna § 137 ZTP

Zgodnie z § 137 ZTP w uchwale i zarządzeniu nie powtarza się przepisów ustaw oraz przepisów innych aktów normatywnych. Przepis ten wydaje się być klarowny i jasny w swej treści. Pomimo to stał się przedmiotem licznych orzeczeń sądowych oraz wypowiedzi nauki prawa.

Należy się zgodzić ze stanowiskiem doktryny prawa, że: „Analizując § 137 ZTP, należy zauważyć, że zakaz powtarzania określony w tym przepisie nie jest bezwzględny”^[14]. Należy się także zgodzić ze stanowiskiem doktryny, że:

¹⁴ Por. *Zasady techniki prawodawczej w zakresie aktów prawa miejscowego. Komentarz praktyczny z wzorami oraz przykładami*, red. Dariusz Szafranski, Wojciech

Przepisy wewnętrznie obowiązujące zawierające powtórzenie przepisów powszechnie obowiązujących naruszają nie tylko § 137 ZTP, ale przede wszystkim art. 7^[15] i 87^[16] Konstytucji RP (a w przypadku zarządzeń Prezesa Rady Ministrów, ministrów i Prezydenta – również art. 93 Konstytucji RP). Należy je traktować jako istotne naruszenie prawa^[17].

Należy się także zgodzić ze stanowiskiem doktryny, że:

Tak jak zgodność przepisów o charakterze podustawowym z ustawami i innymi przepisami wyższej rangi jest warunkiem spójności systemu prawa, tak też unikanie powtórzeń stanowi o przejrzystości tego systemu. Należy sądzić, iż zamieszczanie w aktach podustawowych powtórzeń przepisów wyższej rangi miało, w intencjach prawodawcy, pełnić funkcję „informacyjną” (albowiem funkcję regulacyjną spełniły już właściwe przepisy ustawy). Stosowanie takiej z pozoru pożytecznej techniki redakcyjnej jest w gruncie rzeczy działaniem szkodliwym. Wprowadzenie powtórzeń regulacji ustawowej w aktach normatywnych o charakterze wewnętrznym może się stać przyczyną niejasności interpretacyjnych^[18].

System prawny powinien być budowany od ogółu do szczegółu, a to oznacza, że na poziomie bardziej szczegółowym nie powtarza się już zasad wyczerpująco wyrażonych na poziomie bardziej ogólnym. Dotyczy to w szczególności

Białończyk, Andrzej Bielecki, Łukasz Kasiak, Jacek Piecha (Warszawa: C.H. Beck, 2016), Komentarz do § 137, pkt 2.

¹⁵ Art. 7 Konstytucji: Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa

¹⁶ Art. 87 Konstytucji: Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są na obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego.

¹⁷ Por. Grzegorz Wierczyński, „Komentarz do rozporządzenia w sprawie ‘Zasad techniki prawodawczej’”, [w:] idem, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, wyd. 2 (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), załącznik @1 § 137; Monika Magdalena Dębska w: *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz* (Warszawa: Lexis Nexis, 2013).

¹⁸ Por. Tomasz Bąkowski w: Bielski Piotr, Krzysztof Kaszubowski, Marcin Kokoszczyński, Jakub Stelina, Jarosław Krzysztof Warylewski, Grzegorz Wierczyński, Tomasz Bąkowski, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz* (Warszawa: ABC, 2003); Por. *Zasady techniki prawodawczej w zakresie aktów prawa miejscowego. Komentarz praktyczny z wzorami oraz przykładami*, Komentarz do § 137, pkt 2.

aktów wykonawczych, ze względu na ich wykonawczy, a więc bardziej szczegółowy, charakter^[19].

Od powtarzania przepisów ustaw należy odróżnić posługiwanie się w APM^[20] określeniami, które zostały użyte w ustawie podstawowej dla danej dziedziny spraw, a także w ustawie zawierającej przepis upoważniający do wydania danego APM. W pierwszej kolejności należy wskazać na sytuacje, w których w APM używa się pojęć powszechnie używanych^[21].

W nauce prawa odnoszącej się do wykładni § 137 ZTP trudno odnaleźć jakieś wyraźnie utrwalone, spójne linie wykładni tej regulacji prawnej. Istniejące poglądy mają raczej charakter wolnych refleksji, czasami powtarzalnych w zapatrywaniach niektórych autorów.

4.3. Wykładnia sądowa § 137 ZTP

Skoro akt prawa miejscowego jest wydawany na podstawie delegacji ustawowej, to tylko przestrzeganie tak zakresu podmiotowego jak i przedmiotowego tej delegacji daje podstawy do uznania danego aktu za zgodny z prawem. Przepis aktu prawa miejscowego nie może ponownie regulować tego samego, co już jest uregulowane w ustawie. Dopuszczalność powtórzeń tej samej regulacji w akcie hierarchicznie niższego rzędu prowadziłaby do powstawania sprzeczności w systemie prawa, a w tym do sytuacji, w której jedna i ta sama norma prawna zostałaby uregulowana w dwóch hierarchicznie odrębnych aktach prawnych i uchylenie jednego z tych aktów nie skutkowałoby automatycznie pozbawieniem obowiązywania danej normy w innym akcie prawnym. Tylko wyjątkowo, gdy zakres delegacji ustawowej do wydania aktu prawa miejscowego określa szeroko zakres regulacji, która obejmuje zarówno regulację ustawową jak i statutową, dopuszczalne jest powtórzenie regulacji w uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego. W szczególności dotyczy to statutów jednostek samorządu^[22].

¹⁹ Por. Wierczyński w: „Komentarz do rozporządzenia w sprawie ‘Zasad techniki prawodawczej’”, Załącznik @1 § 137; Dębska w: *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*.

²⁰ APM – akt prawa miejscowego.

²¹ Por. *Zasady techniki prawodawczej w zakresie aktów prawa miejscowego. Komentarz praktyczny z wzorami oraz przykładami*, Komentarz do § 137, pkt 3.

²² Wyrok NSA z 5 stycznia 2023 r., III OSK 6519/21, Legalis nr 2887033.

Za „nieistotne naruszenie prawa” należy uznać m.in. powtórzenie w uchwale organu samorządu terytorialnego regulacji ustawowej, w szczególności, gdy ma ono charakter informacyjny^[23].

Z istoty aktu prawa miejscowego wynika niedopuszczalność takiego działania organu realizującego delegację ustawową, które polega na powtarzaniu bądź modyfikacji wiążących norm ustawowych^[24].

Naruszenie zakazu powtarzania w uchwale i zarządzeniu przepisów ustaw, ratyfikowanych umów międzynarodowych i rozporządzeń i wprowadzenie do uchwały przepisów ustawowych powoduje nieważność tych przepisów. Tym bardziej sprzeczne z prawem jest dokonywanie zmian w przepisach ustawowych i regulowanie niektórych kwestii w sposób odmienny niż w ustawie. Jednakże z sytuacją regulowania przez gminę tego co zostało już uregulowane w źródle powszechnie obowiązującego prawa (ustawowego, wykonawczego), jak również z sytuacją modyfikowania przepisu ustawowego przez akt wykonawczy niższego rzędu, można mieć do czynienia jeżeli przepis prawa miejscowego oraz przepis ustawowy (wykonawczy) regulują tożsame sytuacje. Musi zatem wystąpić tożsamość przedmiotu regulacji^[25].

Jednakże z utrwalonego orzecznictwa sądowego wynika, że „Zasady Techniki Prawodawczej są zbiorem dyrektyw skierowanych do prawodawcy (a właściwie do legislatorów) wskazujących, jak poprawnie wyrażać normy prawne w przepisach prawnych i jak je grupować w aktach normatywnych. Natomiast nie służą one ocenie ważności obowiązującego prawa”. (wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. akt II GSK 1886/11, LEX nr 1367217. Tak też w wyroku NSA z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II OSK 127/18, LEX nr 2565952, podobnie wyrok NSA z dnia 19 lutego 2019 r., sygn. akt II OSK 770/17, LEX nr 2641740.). „Tylko w sytuacji powiązania naruszenia zasad techniki prawodawczej z naruszeniem zasady konstytucyjnej, można mówić o wystąpieniu istotnego naruszenia prawa uzasadniającego stwierdzenie nieważności aktu prawnego”. (Wyrok NSA z dnia 18 listopada 2020 r., sygn. akt II OSK 3746/18, LEX nr 3098004). Konsekwencje naruszenia zasad techniki prawodawczej powinny być eliminowane w procesie wykładni

²³ Wyrok NSA z 12 kwietnia 2022 r., III FSK 4907/21, Legalis nr 2687968.

²⁴ Wyrok NSA z 29 lipca 2020 r., II OSK 761/20, Legalis nr 2621127.

²⁵ Wyrok NSA z 18 kwietnia 2012 r., II GSK 453/11, Legalis nr 778392.

stosowania prawa (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 grudnia 2002 r., P 13/02, OTK-A 2002, Nr 7, poz. 90)^[26].

Stanowisko orzecznictwa sądowego na poziomie Naczelnego Sądu Administracyjnego w zakresie wykładni § 137 ZTP zgodne jest z zapatrywaniami wyrażanymi w nauce prawa. NSA uznaje, że zakaz powtarzania regulacji ustawowych w aktach wykonawczych nie ma charakteru bezwzględnego. Celem tego zakazu jest spójność, przejrzystość systemu prawa. Jeżeli naruszenie zasad określonych w ZTP jest jednocześnie naruszeniem zasad konstytucyjnych to można mówić o wystąpieniu istotnego naruszenia prawa, uzasadniającego stwierdzenie nieważności aktu prawnego.

4.4. Dotychczasowe linie orzecznicze WSA

W pierwszej kolejności należy wskazać, że glosowane orzeczenie jest jedynym na dzień pisanía glosy orzeczeniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, które dokonuje rozstrzygnięcia przedstawianego tu problemu.

Trzeba jednak wskazać, że NSA nie dostrzegł, że w momencie wydawania przez skład orzekający swojego orzeczenia w orzecznictwie wojewódzkich sądów administracyjnych ukształtowała się rozbieżność stanowisk w zakresie przedstawianego tu problemu. Jedno ze stanowisk rozwinęło się wyraźnie w linię orzeczniczą^[27], natomiast drugie stanowisko reprezentowane jest na dzień pisanía niniejszej glosy przez jedno orzeczenie^[28]. Należałoby oczekiwać, że NSA mając świadomość rangi swoich orzeczeń, nieco bardziej pochylił się nad rozstrzyganym problemem i bardziej włąbił się w stan orzecznictwa w zakresie rozstrzyganego problemu.

²⁶ Wyrok NSA z 25 sierpnia 2022 r., II OSK 3055/19, LEX nr 3448326.

²⁷ Są to następujące orzeczenia: Wyrok WSA w Olsztynie z 6 kwietnia 2023, II SA/Ol 214/23, CBOSA; Wyrok WSA w Gorzowie Wlkp z 12 kwietnia 2023, II SA/Go 117/23, CBOSA; Wyrok WSA w Olsztynie z 13 kwietnia 2023, II SA/Ol 184/23, CBOSA; Wyrok WSA w Poznaniu z 28 kwietnia 2023, III SA/Po 42/23, CBOSA.

²⁸ Stanowisko to zostało wyrażone w Wyroku WSA w Gdańsku z 31 maja 2023, III SA/Gd 693/22, CBOSA.

4.5. Stanowisko WSA niedopuszczające powtarzanie treści normatywnych

Stanowisko sądu, o którym była mowa powyżej, a reprezentowane przez jedno rozstrzygnięcie brzmi: „Brak jest także podstaw do uznania by rada gminy miała obowiązek powtórzenia w uchwale regulacji ustawowej w tym zakresie”. Dla jej pełniejszego zobrazowania należy jednak przytoczyć cały wywód sądu, w którym pojawia się ta teza, jako konkluzja myślenia prawniczego sądu. Wywód ten brzmi:

Sąd nie podzielił poglądu Prokuratora, że przyjęte na gruncie § 1 pkt 1 i 2 zaskarżonej uchwały sformułowanie «za godzinę» udziału odpowiednio w działaniu ratowniczym, akcji ratowniczej (pkt 1) albo szkoleniu lub ćwiczeniu (pkt 2), dotyczące sposobu ustalenia ekwiwalentu, odmiennie reguluje zasady jego przyznawania z pominięciem zawartej w art. 15 ust. 2 u.o.s.p. zasady, że kwota taka należy się za każdą rozpoczętą godzinę od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej i stanowi wyjście przez prawodawcę miejscowego poza zakres upoważnienia ustawowego zawartego w art. 15 ust. 2 u.o.s.p. Przepis § 1 uchwały stanowi: ustala się wysokość ekwiwalentu pieniężnego dla strażaka ratownika OSP z terenu gminy Kwidzyn za udział w działaniu ratowniczym lub akcji ratowniczej, szkoleniu lub ćwiczeniu w kwocie:

- 1/ działanie ratownicze, akcja ratownicza – 24 złotych za godzinę,
- 2/ szkolenie lub ćwiczenia – 10 zł za godzinę.

Stanowiący podstawę kompetencyjną jego podjęcia przepis art. 15 ust. 2 u.o.s.p. stanowi, że wysokość ekwiwalentu pieniężnego ustala, nie rzadziej niż raz na 2 lata, właściwa rada gminy w drodze uchwały. Wysokość ekwiwalentu pieniężnego nie może przekraczać 1/175 przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto, ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” na podstawie art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 504, 1504 i 2461) przed dniem ustalenia ekwiwalentu pieniężnego, naliczanego za każdą rozpoczętą godzinę od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej. Ekwiwalent pieniężny jest wypłacany z budżetu właściwej gminy.

Na gruncie tego uregulowania odróżnić należy kwestię ustalenia wysokości ekwiwalentu oraz kwestię zasad jego naliczania (przyznawania).

Zasady naliczania ekwiwalentu zostały określone przez ustawodawcę – ekwiwalent jest przyznawany za każdą rozpoczętą godzinę od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej. Z regulacji tej wynika po pierwsze

- zasada naliczania ekwiwalentu za każdą rozpoczętą godzinę oraz po drugie
- zasada jego liczenia od momentu zgłoszenia wyjazdu jednostki.

Skoro zasady te określono normą rangi ustawowej brak jest podstaw do ich określania przez radę gminy. Brak jest także podstaw do uznania by rada gminy miała obowiązek powtórzenia w uchwale regulacji ustawowej w tym zakresie. Powszechnie uznaje się bowiem, że przepisy prawa miejscowego nie powinny powtarzać regulacji ustawowych i powtórki takie z zasady oceniane są w kategoriach istotnego naruszenia prawa, z uwagi na zawarcie w akcie prawa miejscowego regulacji przekraczanej przyznaną organowi kompetencję. Ustawodawca przekazał radzie gminy jedynie kompetencję do odkreślenia stawki godzinowej, a więc wysokości ekwiwalentu należnego za godzinę^[29].

4.6. Stanowisko WSA dopuszczające powtarzanie treści normatywnych

W opozycji do tej tezy zaczęła się kształtować linia orzecznicza sądów, która podtrzymuje skrajnie przeciwną tezę prawną. Ta teza brzmi:

Poprzestanie w zaskarżonej uchwale tylko na stwierdzeniu, że ustala się wysokość ekwiwalentu „za udział”, bez doprecyzowania, że jest to stawka godzinowa naliczana od momentu zgłoszenia wyjazdu, prowadzi do wniosków sprzecznych z intencją ustawodawcy^[30].

²⁹ Wyrok WSA w Gdańsku z 31 maja 2023, III SA/Gd 693/22, CBOSA.

³⁰ Teza ta jest wyrażana i podtrzymywana w następujących orzeczeniach: Wyrok WSA w Olsztynie z 6 kwietnia 2023, II SA/Ol 214/23, CBOSA; Wyrok WSA w Gorzowie Wlkp z 12 kwietnia 2023, II SA/Go 117/23, CBOSA; Wyrok WSA w Olsztynie z 13 kwietnia 2023, II SA/Ol 184/23, CBOSA; Wyrok WSA w Poznaniu z 28 kwietnia 2023, III SA/Po 42/23, CBOSA.

Dla jej pełniejszego zobrazowania należy jednak przytoczyć cały wywód sądu, w którym pojawia się ta teza, jako konkluzja myślenia prawniczego sądu. Wywód ten brzmi:

Z brzmienia art. 15 ust. 2 u.o.s.p. wyraźnie wynika, że omawiany ekwiwalent pieniężny ma być naliczany „za każdą rozpoczętą godzinę od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej”. Należy przez to rozumieć, że ekwiwalent powinien zostać ustalony w stawce godzinowej z oznaczeniem momentu rozpoczęcia naliczania godzin, za które przysługuje ekwiwalent. Jest to wytyczna delegacji ustawowej, więc organ stanowiący gminy został zobowiązany do ustalenia wysokości ekwiwalentu pieniężnego „za każdą rozpoczętą godzinę od zgłoszenia wyjazdu”. Realizacja tak określonego obowiązku wymagała, aby Rada Gminy w akcie podustawowym dała precyzyjnie wyraz temu, że ustalona przez nią wysokość ekwiwalentu dotyczy właśnie każdej rozpoczętej godziny od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej. Oczywiście powinno być, że doprecyzowanie momentu rozpoczęcia naliczania ekwiwalentu dotyczy tylko zdarzeń wymagających wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej. Dopiero takie wskazanie pozwala na prawidłową realizację delegacji ustawowej z art. 15 ust. 2 u.o.s.p. i zapewnienia zachowanie spójności przepisów. Nie ma racji organ wykonawczy gminy, twierdząc, że powtórzenie w akcie prawa miejscowego sformułowania zawartego w delegacji ustawowej narusza § 137 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 283 ze zm.). Sporne treści, co podkreślić należy, nie były zawarte w odrębnym przepisie ustawy, ale stanowiły wytyczną zawartą w przepisie upoważniającym do wydania aktu prawa miejscowego, determinując przez to brzmienie uchwały. Poprzestanie w zaskarżonej uchwale tylko na stwierdzeniu, że ustala się wysokość ekwiwalentu „za udział”, bez doprecyzowania, że jest to stawka godzinowa naliczana od momentu zgłoszenia wyjazdu, prowadzi do wniosków sprzecznych z intencją ustawodawcy. Zgodzić należy się ze skarżącym, że treść § 1 uchwały może prowadzić do niesłusznego zaniżenia świadczenia przysługującego strażakom ratownikom OSP przez ograniczenie należnego ekwiwalentu do świadczenia jednorazowego, bez uwzględnienia czasu trwania udziału strażaka ratownika OSP w działaniach, za które ekwiwalent przysługuje.

4.7. Nietrafność stanowiska NSA

Stanowisko NSA, sprowadzające się do twierdzenia, że „w treści uchwały ustalającej wysokość ekwiwalentu mogą znaleźć się postanowienia powtarzające treść art. 15 ust. 1 i ust. 2 u.o.s.p., w zakresie w jakim precyzują, że ekwiwalent przysługuje za uczestnictwo w działaniach ratowniczych, za każdą rozpoczętą godzinę od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej” nie zasługuje na aprobatę, nie jest ono trafne i należy je odrzucić w dalszej praktyce orzeczniczej, a także w praktyce stanowienia prawa miejscowego w przedmiocie ekwiwalentu.

NSA słusznie potwierdził pogląd występujący w nauce prawa i orzecznictwie sądów administracyjnych, że zakaz powtarzania przepisów ustawowych w aktach prawa miejscowego nie ma charakteru bezwzględnego.

Jednak dopuszczenie powtarzania w uchwałach ekwiwalentowych przepisów ustawy o ochotniczych strażach pożarnych NSA oparł zasadniczo na jednym argumencie, że powtórzenie to będzie stanowić *superfluum normatywne*, a więc nieszkodliwe powielenie przepisu ustawowego w akcie prawa miejscowego nakierowane na poprawę jego czytelności i komunikatywności – *superflua admittere securius est, quam necessaria omittere* (bezpieczniej jest dopuścić rzeczy zbyteczne aniżeli opuścić rzeczy konieczne).

Skład orzekający NSA jednak nie pogłębił swoich refleksji i rozważań i nie wykazał, dlaczego to powtórzenie miałoby być nieszkodliwe i w jaki sposób to powtórzenie poprawi czytelność i komunikatywność uchwał ekwiwalentowych. Takie myślenie NSA jest dosyć uproszczone i schematyczne i o ile może mieć zastosowanie do innego rodzaju aktów prawa, o tyle nie ma zastosowania do uchwał ekwiwalentowych. NSA nie przewidział skutków swojej wykładni prawa, która zapewne zaburzy proces wypłat ekwiwalentów dla strażaków OSP.

Po pierwsze, zmiana systemu naliczania ekwiwalentu, która została wprowadzona art. 15 u. OSP z systemu minutowego na system rozpoczętej godziny, jest doskonale znana pracownikom samorządowym oraz strażakom OSP, ponieważ była to jedna z fundamentalnych zmian dokonanych wprowadzeniem do systemu prawa ustawy o ochotniczych strażach pożarnych. System minutowy naliczania ekwiwalentu obowiązywał przez ponad 30 lat obowiązywania art. 28 ustawy o ochronie przeciwpożarowej, który został uchylony i regulował wypłacanie i naliczanie ekwiwalentu. Środowisko samorządowe i strażackie zna więc doskonale wytyczne z art. 15 o naliczaniu ekwiwalentu za każdą rozpoczętą godzinę liczoną od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej. Nie ma więc

żadnej potrzeby ponownego powtarzania tej treści w uchwale ekwiwalentowej. Ponowne powtarzanie tej treści powoduje wręcz skutek odwrotny, że uchwała staje się mniej czytelna, bo zawiera zbędne powtórzenia.

Po drugie, naliczanie ekwiwalentu za każdą rozpoczętą godzinę liczoną od zgłoszenia wyjazdu z jednostki ochotniczej straży pożarnej dotyczy tylko uczestnictwa w działaniach ratowniczych i akcjach ratowniczych strażaków ratowników OSP^[31] i nie dotyczy naliczania ekwiwalentu za udział w szkoleniach i ćwiczeniach strażaków ratowników OSP^[32]. W związku z tym dopuszczenie w uchwałach ekwiwalentowych powtarzania tylko częściowo regulacji dotyczącej naliczania ekwiwalentu za udział w działaniach i akcjach ratowniczych bez kwestii szkoleń i ćwiczeń sprawia, że uchwała ta jest niekompletna, a przez to jeszcze bardziej nieczytelna. Może wręcz wprowadzać w błąd, że ekwiwalent za szkolenia i ćwiczenia również rozlicza się w systemie rozpoczętej godziny.

Po trzecie, słusznie się wskazuje w nauce prawa, że *superfluum* normatywne nierzadko przeradza się w „niezgodność prakseologiczną”, która z kolei prowadzi do nieefektywności prawa i marnotrawienia wysiłku adresatów norm^[33]. Tak też w tym przypadku zadziałają uchwały ekwiwalentowe powtarzające w sposób wybiórczy art. 15 u. OSP. Zamiast ułatwić strażakom OSP wypłatę ekwiwalentu, przyczynią się do niejasności zasad i utrudnią płynność realizacji wypłat.

Należy także zwrócić uwagę, że przyjęcie stanowiska NSA mówiącego, że organy gminy mogą sobie dowolnie wybierać fragmenty z art. 15 u. OSP i przenosić je do uchwał ekwiwalentowych, spowoduje całkowitą rozbieżność uchwał ekwiwalentowych w skali ponad 2400 gmin w Polsce. Spowoduje to niechybnie sytuację, że strażacy OSP, którzy wykonując swoją służbę w jednym powiecie, z racji na rozbieżność treści uchwał ekwiwalentowych w swoich gminach stracą rozeznanie na jakich zasadach jest naliczany ekwiwalent. O wiele czytelniejsze będą uchwały ekwiwalentowe, które w swojej treści zawierają jedynie stawki ekwiwalentu przypisane do

³¹ Ekwiwalent za każdą rozpoczętą godzinę nalicza się także kandydatom na strażaków ratowników OSP za uczestnictwo w szkoleniu.

³² Pogląd taki został już wyrażony w nauce prawa i poparty przez orzecznictwo sądowe – zob. Kała, *Ochotnicze straże pożarne. Komentarz*. Pogląd ten został zaakceptowany w orzecznictwie sądowym: Wyrok WSA w Olsztynie z 4 lipca 2023 r., II SA/Ol 482/23, CBOSA oraz Wyrok WSA w Olsztynie z 13 czerwca 2023 r., II SA/Ol 302/23, CBOSA.

³³ Por. Sławomira Wronkowska, Zygmunt Ziemiński, *Zarys teorii prawa* (Poznań: Ars Boni et Aequi, 2001), 181-183.

określonych aktywności. Natomiast sposób naliczania ekwiwalentu jest w takiej sytuacji jednolicie określony w art. 15 ustawy o OSP. Powtarzanie treści ustaw jest bardziej dopuszczalne w rozporządzeniach wykonawczych, które obowiązują na terenie całego kraju. Wówczas powtórka taka nie powoduje takiej dezorientacji adresatów norm, jak wielość różnych i dowolnych powtórzeń zawieranych w uchwałach rad gmin według ich autonomicznego i całkowicie uznaniowego wyboru.

Sumarycznie należy więc uznać, że powtarzanie art. 15 u. OSP w treści uchwał ekwiwalentowych wcale nie będzie poprawiać czytelności i komunikatywności uchwał ekwiwalentowych. Będzie to działanie szkodliwe, pogarszające czytelność i komunikatywność uchwał ekwiwalentowych i tym samym nie może być uznane za dopuszczalne w świetle § 137 ZTP.

Bibliografia

- Bielski Piotr, Krzysztof Kaszubowski, Marcin Kokoszczyński, Jakub Stelina, Jarosław Krzysztof Warylewski, Grzegorz Wierczyński, Tomasz Bąkowski, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*. Warszawa: ABC, 2003, Lex.
- Bałękowski Krzysztof, „Trzeba wskazać, że ekwiwalent dla strażaka OSP to wynagrodzenie godzinowe” *Dziennik Gazeta Prawna*, 5 października 2023. <https://serwisy.gazetaprawna.pl/samorzad/artykuly/9314499,trzeba-wskazac-ze-ekwiwalent-dla-strazaka-osp-to-wynagrodzenie-godzin.html>.
- Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa: Lexis Nexis, 2013, Lex.
- Kała Dariusz Piotr, *Projekt ekwiwalentu dla strażaka ochotnika do poprawki*. <https://www.prawo.pl/samorzad/ekwiwalent-dla-strazaka-ochotnika-projekt-zmian-w-ustawie-o-osp,508555.html>.
- Kała Dariusz Piotr, *Błąd w ustawie – strażacy ochotnicy nie dostają ekwiwalentu za akcje*, <https://www.prawo.pl/samorzad/strazacy-ochotnicy-bez-prawa-do-wypłaty-ekwiwalentu,512903.html>.
- Kała Dariusz Piotr, *Ochotnicze straże pożarne. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Kała Dariusz Piotr, *System finansowania ochotniczych straży pożarnych w Polsce*. Gdańsk: ODDK, 2020.
- Kała Dariusz Piotr, *Ekwiwalent pieniężny dla członków ochotniczych straży pożarnych. Orzecznictwo, wzory pism, tablice*. Gdańsk: ODDK, 2018.

Wierczyński Grzegorz, „Komentarz do rozporządzenia w sprawie ‘Zasad techniki prawodawczej’”, [w:] idem, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa: Wolters Kluwer, 2016, Lex.

Wronkowska Sławomira, Zygmunt Ziemiński, *Zarys teorii prawa*. Poznań: Ars Boni et Aequi, 2001.

Zasady techniki prawodawczej w zakresie aktów prawa miejscowego. Komentarz praktyczny z wzorami oraz przykładami, red. Dariusz Szafranski, Wojciech Białonczyk, Andrzej Bielecki, Łukasz Kasiak, Jacek Piecha, Warszawa: C.H. Beck, 2016, Legalis.



Ewolucja zasad zadośćuczynienia w polskim prawie cywilnym

Evolution of the Principles of Compensation in Polish Civil Law

Abstract

The paper presents the evolution of the principles of reparation by referring to its origins, which still date back to Roman law. The process of implementation of the rules indicated by Roman law and German law is presented. Then, the evolution of the principles of compensation in Polish civil law from the early Polish legislation through the period of partitions, the years of World War I and World War II, to the present legislation is presented. The core of the paper is a consideration of the evolution and perception of the principles of compensation over the years. It indicated how Polish legislation has drawn on and modelled itself on other European legislation, creating its own legislation. The paper also indicated how the perception of redress by the greatest representatives of European jurisprudence has changed. Referring to modern times, the provisions of Article 445, Article 446 § 4, and Article 448 of the Civil Code were analysed. In particular, it shows the most recent jurisprudence on compensation for the death of a loved one, a provision that is currently widely commented on in doctrine and jurisprudence. Financial compensation in the light of the rules of Article 446 § 4 is still not well established, and increasing inflation directly affects the amount of compensation awarded for the death of a close relative.

KEYWORDS: compensation, civil law,
next of kin, legal development

SŁOWA KLUCZOWE: zadośćuczynienie,
prawo cywilne, osoba najbliższa,
rozwój prawa

KINGA MOZGIEL-WIECHA – magister prawa, Uniwersytet Jana Kochanowskiego
w Kielcach, ORCID – 0000-0003-3559-7030,
e-mail: kinga.mozgielwiecha@gmail.com

1 | Wprowadzenie

Ochrona dóbr osobistych była znana już za cesarstwa rzymskiego^[1]. Od tego czasu stopniowo ewoluowała. Polskie ustawodawstwo w tym zakresie czerpało głównie z osiągnięć jurysprudencji niemieckiej oraz austriackiej. To właśnie dzięki tym kodyfikacją w Polsce ukształtowało się pojęcia zadośćuczynienia za doznaną szkodę niemajątkową.

Obecnie zadośćuczynienie jako prawna forma dochodzenia roszczeń z tytułu doznanej krzywdy stale się rozwija. W szczególności po roku 1989, kiedy miała miejsce zmiana ustrojowa w Polsce, doceniono znaczenie dóbr osobistych. W orzecznictwie można zauważyć tendencję do zwiększania wysokości zasądzanych sum pieniężnych zarówno za krzywdę jaką doznała konkretna osoba fizyczna, jak i za śmierć osoby bliskiej. Majątkowa kompensacja doznanej krzywdy jest zagadnieniem istotnym w polskim prawie. W doktrynie od lat toczy się dyskusja, jak w sposób odpowiedni wycenić naruszenie dóbr osobistych, nierzadko będące subiektywnym odczuciem jednostki.

2 | Ochrona dóbr osobistych w prawie rzymskim

Początków ochrony dóbr osobistych możemy dopatrywać się w „krwawej zemście”, która pojawiła się już w ustroju rodowym. Jednak to prawo rzymskie rozwinęło ochronę dóbr osobistych, z której czerpiemy do dnia dzisiejszego. Już w czasach antyku znano delikt, który określano mianem *iniuria*, czyli zniewaga^[2]. *Iniuria* była rozumiana jako umyślne naruszenie cudzej osobowości^[3]. Poszkodowanemu służyła skarga nazywana przez rzymian *actio iniuriarum aestimatoria*, która miała charakter penalny. Równoległe z tą skargą funkcjonowała również kara uregulowana w *lex Cornelia de iniuriis* z 81 r. p.n.e..^[4] *Lex Cornelia de iniuriis* penalizowała takie

¹ Władysław Bojarski, *Prawo rzymskie* (Toruń: TNOiK, 1999), 216.

² Antoni Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium* (Warszawa: Nexis Lexis, 2003), 317.

³ Wiesław Litewski, *Rzymskie prawo prywatne* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1994), 295.

⁴ Manfredini Arrigo Diego, *Contributi allo studio dell' 'iniuria' in età repubblicana* (Milano: Da Libreria Oreste Gozzini, 1977), 225.

zachowania jak *verberare* i *pulsare*, czyli uderzenia wywołujące ból oraz to, w których go nie doświadczone^[5].

Wywodząca się z prawa rzymskiego *iniuria* nie dotyczyła jednak tylko i wyłącznie naruszenia ciała. Obejmowała również naruszenie godności (*dignitas*) oraz czci (*fama*)^[6]. Wskazywano również, że to pokrzywdzony, korzystający ze skargi *actio iniuriarum aestimatoria*, musiał określić, do jakiego dokładnie naruszenia doszło poprzez konkretne określenie oraz nazwanie zniewagi^[7]. Tym samym zachowania, które można było zaskarżyć, nie były przypadkowe.

Wysokość kar za doznane naruszenia ciała, takie jak złamanie ręki, uderzenie kijem czy ręką, była opisana już w ustawie dwunastu tablic pochodzącej z połowy V w. p.n.e.^[8]. Niestety wraz ze spadkiem wartości pieniądza spadła również rola prewencyjna kar opisanych w ustawie dwunastu tablic, co doprowadziło do zmian w prawie w II w. p.n.e.^[9]. Wtedy właśnie postanowiono odejść od sztywnych kar pieniężnych, na rzecz kary o wysokości uznaniowej, uzależnionej od dotkliwości doznanego bólu czy zniewagi. W czasach cesarstwa rzymskiego skargi penalne jak *iniuria* nie były dziedziczone biernie^[10]. Tym samym spadkobiercy sprawcy nie odpowiadali za popełnione przez niego czyny. Skargi te były jednak dziedziczne czynnie. Występowały wyjątki w tym zakresie, które dotyczyły m.in. *actio iniuriarum aestimatoria*. Wskazywano tutaj na fakt, że to sam pokrzywdzony cierpiał z powodu czynu, za które przysługiwało mu zadośćuczynienie, tym samym nie należy się ono jego spadkobiercom^[11]. Wyjątkiem od tej zasady było przyznanie takiego prawa spadkobiercom, gdy poszkodowany zmarł w trakcie prowadzonego już sporu^[12], czyli od tak zwanego *litis contestatio*.

⁵ Ulpianus, D.47, 10,5 pr.

⁶ Dig. 47.10.1.2 (Ulp. 56 ad ed.), por. Gai.3.220.

⁷ D.47.10.4 (Ulp. 47 ad ed.).

⁸ Tablica 8.3.

⁹ Marek Sobczyk, „Ewolucja charakteru prawnego roszczenia o zadośćuczynienie pieniężne z tytułu naruszenia dóbr osobistych” *Studia prawnoustrojowe*, z. 45 (2019): 296.

¹⁰ Elżbieta Żak, „Niedziedziczność pasywna skarg wynikających z deliktów w rzymskim prawie klasycznym”, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, red. Antoni Dębiński, Monika Wójcik (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2004), 353.

¹¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town-Wetton-Johannesburg: Juta & Co, 1990), 1061.

¹² D.47.10.13pr. (Ulp. 57 ad ed.).

3 | Recepcja prawa rzymskiego do prawa niemieckiego

Koncepcja wywodzącej się z prawa rzymskiego skargi *actio iniuriarum aestimatoria* została przyjęta w prawie niemieckim^[13]. Na przełomie XVIII i XIX wieku nastąpił również podział na prawo cywilne oraz prawo karne. Juryści już w XVIII wieku zaczęli zauważać charakter odszkodowawczy skargi *actio iniuriarum aestimatoria*^[14]. Nadal obok procesu karnego istniała możliwość wszczęcia procesu cywilnego.

W kolejnych latach wywodząca się z prawa rzymskiego skarga, była usuwana w niektórych częściach państwa niemieckiego. W 1712 r. zniesiono ją w obrębie Saksonii, a w 1713 r. na terenie Prus^[15]. Jednak ostatecznie przepisy penalizujące naruszenie czci i nietykalności cielesnej, znalazły się w kodeksie karnym Rzeszy. Wszedł on w życie w 1871 roku.

Temat *actio iniuriarum* ponownie analizowany był podczas tworzenia niemieckiego kodeksu cywilnego, który miał obowiązywać na terenie zjednoczonych Niemiec. Na tworzący się kodeks cywilny wpływ miała szkoła historyczna, którą reprezentował Friedrich Carl von Savigny^[16]. Szkoła ta podnosiła, że prawo cywilne powinno chronić jedynie majątek, a nie osobowość człowieka. Tym samym w swoich postulatach szkoła historyczna wyłączała wprowadzenie takiej ochrony przez kodeks cywilny. Stanowisko szkoły silnie rzutowało na jurystów tworzących w tym czasie *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), czyli niemiecki kodeks cywilny^[17]. W swojej treści zawierał on jedynie przepis pozwalający na naprawieniu szkody niemajątkowej, będącej nawiązką za doznany ból. W niemieckim kodeksie określono go jako *Schmerzensgeld*^[18]. Odnośnie do przenoszalności

¹³ Ekkehard Kaufmann, „Das spätmittelalterliche deutsche Schadenersatzrecht und die Rezeption der *actio iniuriarum aestimatoria*” ZSS (GA), (1961): 93.

¹⁴ Thomas Moosheimer, *Die actio injuriarum aestimatoria im 18 und 19 Jahrhundert. Eine Untersuchung zu den Gründen ihrer Abschaffung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1997), 7 i n.

¹⁵ Moosheimer, *Die actio iniuriarum aestimatoria im 18. und 19 Jahrhundert. Eine Untersuchung zu den Gründen ihrer Abschaffung*, 9 i n.

¹⁶ Adrian Tabak, „Nauka prawa w ujęciu niemieckiej szkoły historycznej” *Biuletyn SAWP KUL*, nr 2 (2018): 291-300.

¹⁷ Zbigniew Radwański, *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową. Rozwój i funkcja społeczna* (Poznań: PWN, 1956), 59.

¹⁸ Hans-Joachim Vergau, *Der Ersatz immateriellen Schäden in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts zum französischen und zum deutschen Deliktsrecht* (Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2006), 64 i n.

prawa wynikającego ze szkody niemajątkowej niemiecki kodeks cywilny wzorował się na podejściu stosowanym w prawie rzymskim. Roszczenie przechodziło na spadkobierców tylko wówczas, gdy pokrzywdzony zmarł w toku procesu lub została zawarta stosowna umowa uznająca roszczenie.

4 | Zadośćuczynienie za doznaną krzywdę we wczesnym ustawodawstwie polskim

Początki prawa polskiego opierały się na prawie zwyczajowym^[19]. Następnie na ziemiach polskich wykształciła się krwawa zemsta, która przekształciła się w karę prywatną. Niestety nie ma źródeł, które jednoznacznie wskazywałyby na cywilny bądź karny charakter wskazanej kary^[20].

Najczęstszą z wymierzanych kar za doznaną krzywdę była główszczyzna, która występowała przy zabójstwie. Kara prywatna, występująca przy zniewadze szlachcica, zranieniu czy pobiciu, nosiła nazwę nawiązki. Księga elbląska z XIII w. zawierała zarówno karę główszczyzny, jak i nawiązkę. Przewidywała również kary za zniewagę. W § 16 przewidywano karę pieniężną za nazwanie kogoś łobuzem, która wynosiła 6 grzywien.

Użycie innych obelżywych słów groziło grzywną w wysokości 15 grzywien^[21]. Kary prywatne znajdziemy również w Statucie Małopolskim oraz Statucie Wielkopolskim. Pierwszy z nich za zabójstwo szlachcica wymierzał karę 60 grzywien, podczas gdy chłopu 10. Drugi natomiast 30 grzywien za zabójstwo szlachcica oraz 6 za zabójstwo chłopu^[22]. Przyznana kara trafiała do dzieci. Jeśli jednak nie były one pełnoletnie, pieniądze były przechowywane przez najbliższą rodzinę. Jeśli sprawca nie był w stanie w formie pieniężnej spełnić ciążącego na nich zobowiązania, była ona zamieniana na karę więzienia, okaleczenia lub nawet śmierci^[23].

¹⁹ Juliusz Bardach, Bogusław Leśnodorski, Michał Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1996), 27, 130.

²⁰ Radwański, *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową. Rozwój i funkcja społeczna*, 9-10

²¹ *Najstarszy zwód prawa polskiego*, oprac. Józef Matuszewski, Jacek Matuszewski (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1995), 78.

²² Bardach, Leśnodorski, Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, 26.

²³ Eugeniusz Jarra, *Szkody moralne a polski kodeks zobowiązań* (Warszawa: Themis Polska, 1935), 21.

4.1. Pojęcie zadośćuczynienia w okresie rozbiorów Rzeczypospolitej

W zaborze austriackim na ziemiach polskich instytucja zadośćuczynienia oparta była na Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), czyli austriackim kodeksie cywilnym z 1811 roku, który powstał po dziesięcioleciach prac. Nazywany jest kodyfikacją prawa natury i jednym z najdłużej obowiązujących kodeksów europejskich^[24]. Wpływ na rozwój kodeksu w Austrii miała również szkoła historyczna prawa. Jej głównym przedstawicielem był J. Unger, według którego zadośćuczynienie było karą prywatną. Jednak już w roku 1881 przychylił się on do tezy, głoszącej umożliwienie kompensowania szkody w sposób majątkowy.

Fryderyk Zoll, który żył w granicach zaboru austriackiego, w swoim artykule z 1903 roku wnosił o jeszcze większe rozszerzenie instytucji zadośćuczynienia^[25]. W jego ocenie powinno przysługiwać ono nie tylko przy doznanej krzywdzie spowodowanej zamiarem bezpośrednim, ale także w przypadku niedbalstwa lub złej wiary. Jego pogląd początkowo podzielił również Sąd Najwyższy (Oberste Gerichtshof, OGH).

Kwestia zadośćuczynienia we wskazanym kodeksie ujęta była w artykułach 1323 i 1324. Artykuł 1323 wskazywał na sposób naprawy lub wynagrodzenia szkody. Rozdzielono rodzaje wynagrodzenia na „bezszkodność” (Schadloshaltung) i „pełne zadośćuczynienie” (volle Genugtuung). Wskazano, że krzywda może zostać wyrządzona w wyniku niedbalstwa lub w wyniku złego zamiaru lub oczywistego niedbalstwa. W pierwszym przypadku poszkodowanemu należało się wynagrodzenie za szkodę rzeczywistą (*damnum emergens*), a w drugim sprawca winien nie tylko wyrównać utracony zysk (*lucrum cessans*), ale także uczynić zadość za wyrządzony ból (*Tilgung der verursachten Beleidigung*). Franz Zeiller, biorący udział w tworzeniu ABGB, jako zwolennik twierdzeń szkoły natury uważał, że domaganie się sumy pieniężnej przy zadośćuczynieniu jest sprzeczne

²⁴ Krzysztof Bokwa, „Odszkodowanie oraz zadośćuczynienie w prawie austriackim i polskim”, [w:] *Pomniki prawa na przestrzeni wieków*, red. Kacper Górski, Jakub Pokoj, Damian Szczepaniak, Łukasz Szymura (Kraków: Księgarnia Akademicka, 2016), 132.

²⁵ Fryderyk Zoll, „Prawa osobiste U zarysie ze stanowiska prawa prywatnego austriackiego” *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne*, nr 1-4 (1903): 545.

z charakterem honorowego narodu^[26]. Podobnie wywodził Leopold Pfaff^[27], sprzeciwiając się zadośćuczynieniu za szkodę niemajątkową. Na kanwie tych poglądów znowelizowany został artykuł 1330 ABGB, który wskazywał jedynie na możliwość wyrównanie szkody majątkowej nadając mu treść, „jeśli komu przez obrazę czci wyrządzono rzeczywistą szkodę lub ubytek w zysku, ma on prawo żądać wynagrodzenia. To samo obowiązuje także, jeśli ktoś rozpowszechnia fakty, które zagrażają kredytowi, zarobkowaniu albo powodzeniu innej osoby, a o których nieprawidłowości wiedział lub wiedzieć musiał. W tym przypadku można żądać odwołania i tegoż ogłoszenia. Za wiadomość udzieloną nie publicznie, a o której nieprawdziwości wiedział ten, kto ją podał nie odpowiada, jeśli on albo ten, kto wiadomość otrzymał miał co do niej interes uprawniony”^[28].

Ostatecznie Sąd Najwyższy (Oberste Gerichtshof, OGH) zmienił swoją koncepcję, podobną do poglądów Fryderyka Zolla, na całkowicie przeciwną^[29]. Stwierdził, że zadośćuczynienie dotyczy szkód majątkowych, a w zakresie niemajątkowym tylko w zakresie w jakim opisano to w kodeksie. Pogląd ten został ujęty w art. 157 § 3, wyrażnie mówiącym, że zadośćuczynienia można żądać „w przypadkach, przez ustawę przewidzianych”^[30]. Wskazane artykuły, dozwolające zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową, dotyczyły między innymi kobiety wykorzystywania seksualnego kobiety (§ 1328 ABGB) czy jej oszpeceń (§ 1326 ABGB). Wysokość przyznawanego przez Sady zadośćuczynienia była uznaniowa. Fryderyk Zoll twierdził, że powinna ona być adekwatna do bólu jaki doznał poszkodowany, ale również uwzględniać jego poziom intelektualny^[31].

²⁶ Adam Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową* (Bydgoszcz: „Branta”, 1999), 23.

²⁷ Leopold Pfaff, Josef von Schey, Vincenz Krupsky, *Sammlung von Zivilrechtliche Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes*, t. XLV (Wien: Mainz, 1910); Leopold Pfaff, Josef von Schey, Vincenz Krupsky, *Sammlung von Zivilrechtliche Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes*, t. L (Wien: Mainz, 1915).

²⁸ Art. 1330 Austriacki kodeks cywilny (niem. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB).

²⁹ „Orzeczenie OGH z 1 kwietnia 1908 r. – Uwiedzenie osoby płci żeńskiej: warunki i zakres roszczeń odszkodowawczych”, [w:] Pfaff, von Schey, Krupsky, *Sammlung von Zivilrechtliche Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes*.

³⁰ Hans Stoll, „Consequences of Liability: Remedies”, [w:] *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI (Tübingen-Boston-Leiden: Mohr Siebeck-Martinus Nijhoff Publishers, 1986), 90.

³¹ Zoll, *Prawa osobiste U zarysie ze stanowiska prawa prywatnego austriackiego*, 550, 563.

W zaborze pruskim zadośćuczynienie było uregulowane w pruskim prawie krajowym (*Preussisches Landrecht*) obowiązującym od 1794 r. Jedno z interesujących rozwiązań kodeksowych przewidywało instytucję, dzięki której w przypadku umyślnego uszkodzenia rzeczy można było uwzględnić wartości szczególnego upodobania jaką dana rzecz miała dla poszkodowanego (*pretium affectionis*). Oczywiście finalnie to sąd oceniał czy wskazana przez poszkodowanego wartość jest zasadna i miał możliwość jej obniżenia^[32]. Kolejnym z wyróżniających się rozwiązań była skarga defloracyjna. Pozwalała ona kobietą wolnego stanu żądanie zadośćuczynienia od mężczyzny, który ją uwiódł. Natomiast w przypadku uszkodzenia ciała przy zachowaniu umyślnym sprawcy, bądź niedbalstwa, poszkodowany mógł żądać również nawiazki za ból. Kwota nawiazki dla poszkodowanych mieszczan i chłopów nie mogła być niższa niż połowa przyznanych kosztów leczenia, ale nie wyższa niż ich podwójna wysokość. Inaczej skodyfikowano odpowiedzialność na ból u osób należących do wyższego stanu, ponieważ cierpienia tej grupy były podstawą do wymierzenia kary publicznej^[33].

4.2. Zadośćuczynienie na terytorium Rzeczypospolitej w latach 1918-1944

Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości nie ujednolicono prawa na całym jej obszarze. Nadal na terenie Rzeczypospolitej obowiązywało prawo zaborców. Wielu polskich jurystów w tym okresie odnosiło się do kwestii rozumienia zadośćuczynienia przez kodeksy wprowadzone przez zaborców. Wskazując za podstawę art. 1325 ABGB, podnoszono, że celem nawiazki za ból było wyrównanie poszkodowanemu krzywdy, jaką mu przez naruszenie ciała wyrządzono. Krzywda ta nie obejmowała cierpień duchowych oraz negatywnych odczuć, które nie wynikały z doznanego bólu fizycznego^[34]. Natomiast stosując wykładnie art. 847 BGB Sąd Najwyższy wywiódł, że konduktorka, która za wcześniej zasygnalizowała możliwość odjazdu pociągu, ponosi odpowiedzialność za wypadek^[35].

³² Radwański, *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową. Rozwój i funkcja społeczna*, 46-47.

³³ Jarra, *Szkody moralne a polski kodeks zobowiązań*, 31.

³⁴ Ibidem, 43.

³⁵ Orzecznictwo Sądów Polskich, 1923, nr 148.

W okresie międzywojennym instytucja zadośćuczynienia była uregulowana również w ustawie o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych z 5 lutego 1924 r.^[36] Jeśli sprawca działał umyślnie, można było dochodzić stosownej pokuty. Pokrzywdzony mógł domagać się za naruszenie praw patentowych kwoty do 15 tys. zł, przy ich umyślnym naruszeniu (art.25) czy w przypadku uregulowanego w art. 188 ww. ustawy umyślnego naruszenia prawa wyłącznego korzystania z zarejestrowanego znaku towarowego.

W projekcie kodeksu zobowiązań kwestię zadośćuczynienia zawarto w art. 93, która została zaproponowana przez Ernesta Tilla^[37]. Wymienił on enumeratywnie zdarzenia, za które przysługuje zadośćuczynienie, co spotkało się z krytyką. Wskazano, że autor podszedł do instytucji zadośćuczynienia bardzo konserwatywnie, jakby mierzył się z zupełnie nową instytucją, a nie powszechnie od wielu lat znaną^[38]. Zadośćuczynienie w kodeksach innych państw było przyznawane poszkodowanym, jeśli sąd uznał to za stosowne^[39]. Brano pod uwagę, że przypadki, w których zadośćuczynienie może być zasadne, jest wiele.

Ostatecznie zadośćuczynienie zostało skodyfikowane w art. 165 i 166 polskiego kodeksu zobowiązań. Zastosowane rozwiązania silnie nawiązywały do koncepcji z kodeksu niemieckiego i austriackiego. Jednak w polskiej kodyfikacji zastosowano pewne odrębności^[40]. Zadośćuczynienie przysługiwało również za obrażenie czci, ponieważ uznano, że przepisy prawa karnego nie są tu wystarczające. W tym przypadku można było żądać zadośćuczynienia, na rzecz instytucji wybranej przez poszkodowanego. Art. 165 odnosił się bezpośrednio do uszkodzenia ciała, wywołania rozstroju zdrowia, pozbawienia życia oraz wolności i wspomnianej obrazy czci (§1). Zadośćuczynienie przysługiwało również, jeśli podstępem skłoniono kobietę, małoletniego lub psychicznie upośledzonego mężczyznę za pomocą gwałtu, podstępu lub nadużycia stosunku zależności lub wyzyskiwania krytycznego położenia, do oddania się czynowi niepożądanemu (§2). W związku z zadośćuczynieniem pokrzywdzonemu przysługiwała

³⁶ Dz. U. Nr 31, poz. 306.

³⁷ Ernest Till, „Projekt o wynagrodzeniu szkody z czynów bezprawnych” *Przegląd Prawa i Administracji*, nr 1 (1921): 53.

³⁸ Robert Łapicki, „Zadośćuczynienie za szkodę niematerialną w projekcie polskiego prawa zobowiązań” *Palestra*, nr 5 (1925): 768.

³⁹ Ibidem, 769.

⁴⁰ Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu, z. 4, art. 1-167, Warszawa 1934, s. 245.

suma pieniężna zarówno za cierpienie fizyczne, jak i krzywdę moralną (art. 166 k.z.). Wskazane roszczenia były niezbywalne. Wyjątkiem były już prawomocne orzeczenia sądów lub wymagane należności umowne na co wskazywał art. 167 kodeksu zobowiązań.

4.3. Zadośćuczynienie za naruszenie dóbr osobistych w kodeksie cywilnym

W pracach nad kodeksem cywilnym nie zabrakło również rozważań na temat instytucji zadośćuczynienia. Już artykuł 24 kodeksu cywilnego wskazuje, że na zasadach wskazanych w kodeksie, osoba pokrzywdzona może żądać stosownego zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. Zasady przyznawania zadośćuczynienia dokładnie opisano w art. 445 k.c., art. 446 § 4 k.c. i art. 448 k.c.

Tym samym zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę przysługuje w przypadku uszkodzenia ciała, wywołania rozstroju zdrowia, pozbawienia wolności oraz skłonienia za pomocą podstępów, gwałtu lub nadużycia stosunku zależności do poddania się czynowi nierządному (art. 445 § 1 i 2 k.c.). Wskazane roszczenie ma charakter kompensacyjny^[41]. Służy wyrównaniu doznanej szkody, a nie ukaraniu sprawcy^[42]. Rozmiar przyznanego zadośćuczynienia zależy od wieku poszkodowanego, stopnia doznanego cierpienia fizycznego i psychicznego oraz ich natężenia oraz intensywności. Wpływ na wysokość przyznanego zadośćuczynienia miała również nieodwracalność doznanej krzywdy^[43]. W obecnym stanie prawnych główną zasadą jest brak dziedziczności zadośćuczynienia. Zgodnie z § 3 przejście roszczenia wynikającego z zadośćuczynienia na spadkobierców jest możliwe jedynie wówczas, jeżeli zostało ono uznane przez dłużnika na piśmie albo jeżeli za życia poszkodowanego zostało wytoczone powództwo. Wynika to ze ściśle osobistego charakteru zadośćuczynienia

⁴¹ Wyrok SN z 4.06.1968 r., I PR 175/68; uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z 8.12.1973 r., III CZP 37/73.

⁴² Wyrok SN z 3.02.2000 r., I CKN 969/98.

⁴³ Wyrok SN z 30.01.2004 r., I CK 131/03.

za doznaną krzywdę, które zostało potwierdzone przez doktrynę^[44] oraz orzecznictwo^[45].

Dopełnienie art. 445 kc, stanowi art. 448 kc. Na jego podstawie poszkodowany może żądać zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na rzecz organizacji społecznej^[46]. Ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r. wprowadzono również art. 417(2) k.c., który przewiduje naprawienie szkody, jaka została wyrządzona przez legalne wykonywanie władzy publicznej. Wskazano, że poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego naprawienia doznanej szkody. Jak również zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Podkreślił jednak, że muszą na to wskazywać okoliczności, a zwłaszcza niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne. Wskazał, że w omawianym przepisie ważne są tzw. względy słuszności. Przed wprowadzeniem art. 417(2) k.c. kwestię szkody majątkowej na zasadach słuszności regulował art. 419 k.c., który po wejściu obecnie obowiązującego przepisu został uchylony.

Niezwykłe znacząca zmiana w kodeksie cywilnym odnoszącą się do zadośćuczynienia, miała miejsce 30 maja 2008 r.^[47]. Dodano art. 446 § 4, który daje możliwość żądania członkom rodziny zmarłego, zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Do przyznania zadośćuczynienia wymagane jest istnienie więzów pokrewieństwa. Pojęcie najbliższych członków rodziny według doktryny i judykatury obejmuje nie tylko rodziców i dzieci. Zaliczają się do nich również osoby, które pozostawały w relacjach szczególnej bliskości z pokrzywdzonym. To sąd winien sprawdzić, czy więź pomiędzy członkami rodziny była dostateczna, aby móc dochodzić stosownego roszczenia^[48]. W rozumieniu tego przepisu zadośćuczynienie można przyznać również za śmierć dziecka nienarodzonego, które było zdolne do życia poza organizmem matki, ale zmarło na skutek obrażeń poniesionych w wypadku^[49].

⁴⁴ Adam Olejniczak w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania – część ogólna*, red. Andrzej Kidyba (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), uwaga 24 do art. 445.

⁴⁵ Wyrok SN z 28.04.2010 r., III CSK 143/09.

⁴⁶ Tomasz Mróz, Justyna Matys, „Zadośćuczynienie pieniężne jako podstawowy środek współczesnej ochrony dóbr osobistych. W gruncie prawa prywatnego w Polsce”, [w:] *Uomo e Ambiente. Dissertationes, II In Cintio ionico-polleci*, red. Mario Casola, Vincenzo Perrone, Sławomir Piotr Kursa, Karol Szczygielski (Taranto, 2007), 1066-1087.

⁴⁷ Dz. U. Nr 116, poz. 731.

⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 2014-06-27 V CSK 445/13.

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 2012-03-09 I CSK 282/11.

Rozwiązania, zgodnie z którymi osobom najbliższym może zostać przyznane zadośćuczynienie, zostały przyjęte nie tylko w Polsce. Tą możliwość skodyfikowano również w systemach prawnych: Francji, Szwajcarii^[50], Belgii^[51], Włoszech^[52], Hiszpanii^[53] czy na Litwie. W niektórych kodeksach cywilnych europejskich państw, śmierć osoby bliskiej powoduje powstanie obowiązku, obejmującego wyrównanie jedynie szkody majątkowej, np. w niemieckim kodeksie cywilnym (BGB)^[54].

W 2021 roku ustawodawca poszedł o krok dalej, dodając art. kodeksu cywilnego. Zgodnie ze wskazanym przepisem w razie ciężkiego i trwałego uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, skutkującego niemożnością nawiązania lub kontynuowania więzi rodzinnej, sąd może przyznać najbliższym członkom rodziny poszkodowanego odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę.

Tym samym rozwiązano wieloletni spór w doktrynie, dotyczący tego czy więź rodzinna może zostać uznana za dobro osobiste. Poprzez wprowadzenie wskazanego artykułu dopuszczono przyznawanie zadośćuczynień za krzywdę doznaną poprzez naruszenie więzi rodzinnej, wywołane przez zdarzenie inne niż śmierć członka rodziny, pomimo tego, że część doktryny była temu przeciwna^{[55][56]}.

Komentując ewolucję zasad zadośćuczynienia w prawie polskim nie należy zapomnieć również o najnowszej nowelizacji z 2023 roku, która to objęła art. 448 kodeksu cywilnego. Wskazany przepis rozszerzono o § 2, w którym wskazano, że w przypadkach określonych w art. 445 § 1 i 2 oraz art. ten, czyje dobro osobiste zostało naruszone, może obok

⁵⁰ Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, 41.

⁵¹ Henry Cousy, Dough Droshout, „Non-Pecuniary Loss Under Belgian Law”, [w:] *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, red. V. Horton Rogers, Ewa Bagińska (Wien-New York: Springer, 2001), 39.

⁵² Francesco Donato Busnelli, Conrad Comandé, „Non-Pecuniary Loss Under Italian Law”, [w:] *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, red. V. Horton Rogers, Ewa Bagińska (Wien-New York: Springer, 2001), 143.

⁵³ Miguel Martin Casals, John Ribot, John Solc, „Non-Pecuniary Loss In Spanish Law”, [w:] *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, red. V. Horton Rogers, Ewa Bagińska (Wien-New York: Springer, 2001), 200.

⁵⁴ *Personal injury in Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*, vol. IV, red. Bartłomiej Koch, Henryk Koziół (Vienna-New York: Springer, 2003), 172.

⁵⁵ Leszek Bosek, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2020), 101-103.

⁵⁶ Beata Janiszewska, „Głosy w dyskusji w ramach panelu pierwszego” *Studia i Analizy Sądu Najwyższego*, t. V (2017): 35-39.

zadośćuczynienia pieniężnego żądać zasądzenia odpowiedniej sumy na wskazany przez niego cel społeczny. Tym samym wprowadzony paragraf pozwana na kumulację roszczeń zadośćuczynienia i zapłaty odpowiedniej kwoty na cel społeczny. Wskazane w przepisie zadośćuczynienie ma charakter jednorazowy. Jednak decyzją sądu może zostać również rozłożone na raty^[57]. Należy wskazać, że zgodnie z § 3 wskazanego artykułu zasady dziedziczenia roszczeń na jego podstawie podlegają ogólnym zasadom. Roszczenia te przechodzą na spadkobierców tylko wówczas, jeśli zostały uznane na piśmie lub powództwo zostało wytoczone za życia pokrzywdzonego (art. 445 § 3 kc).

5 | Podsumowanie

Instytucja zadośćuczynienia na przełomie stuleci przechodziła modyfikacje. Jednak już do czasów cesarstwa rzymskiego, widziano potrzebę istnienia tej instytucji. Polskie prawo cywilne czerpało głównie z dorobku prawa niemieckiego i austriackiego, aby chronić najważniejsze dobra osobiste, jakimi są życie i zdrowie człowieka. Ochrona tych dóbr nie występuje tylko na zasadzie winy czy ryzyka, ale także względach słuszności. Względy te sięgają dużo dalej niż majątkowe wynagrodzenie uszkodzenia ciała, ale skupiają się również na wynagrodzeniu szkody poniesionej w sferze psychicznej jednostki. Zadośćuczynienie na przełomie ostatnich lat jest coraz częściej wytaczanym powództwem. W szczególności coraz większa ilość roszczeń dotyczy zadośćuczynienia za śmierć osoby bliskiej, co jest wyrazem zwiększonej świadomości społeczeństwa we wskazanym zakresie.

Historia pokazuje, że pojęcie zadośćuczynienia za doznaną szkodę niemajątkową jest od lat tematem wielu dyskusji zarówno doktryny, jak i orzecznictwa. Obecnie również trwają dywagacje nad wysokością przyznawanych zadośćuczynień, które w pełni zaspokoiliłyby doznaną szkodę, a za razem nie były wygórowane. Tym samym temat zadośćuczynienia jest jednym z najbardziej rozwojowych zagadnień prawa cywilnego.

⁵⁷ Uchwała SN (7) z 26.6.1985 r., III CZP 27/85, OSNCP 1985, Nr 12, poz. 185.

Bibliografia

- Bardach Juliusz, Bogusław Leśnodorski, Michał Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1996.
- Bokwa Krzysztof, „Odszkodowanie oraz zadośćuczynienie w prawie austriackim i polskim”, [w:] *Pomniki prawa na przestrzeni wieków*, red. Kacper Górski, Jakub Pokoj, Damian Szczepaniak, Łukasz Szymura. 131-139. Kraków: Księgarnia Akademicka, 2016.
- Bojarski Władysław, *Prawo rzymskie*. Toruń: TNOiK, 1999.
- Bosek Leszek, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2020.
- Busnelli Francesco Donato, Conrad Comandć, „Non-Pecuniary Loss Under Italian Law”, [w:] *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, red. V. Horton Rogers, Ewa Bagińska. 141-147. Wien-New York: Springer, 2001.
- Cousy Henry, Dough Droshout, „Non-Pecuniary Loss Under Belgian Law”, [w:] *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, red. V. Horton Rogers, Ewa Bagińska. 37-42. Wien-New York: Springer, 2001.
- Casals Miguel Martin, John Ribot, John Solc, „Non-Pecuniary Loss In Spanish Law”, [w:] *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, red. V. Horton Rogers, Ewa Bagińska. 198-204. Wien-New York: Springer, 2001.
- Dębiński Antoni, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*. Warszawa: Nexis Lexis, 2003.
- Janiszewska Beata, „Głosy w dyskusji w ramach panelu pierwszego” *Studia i Analizy Sądu Najwyższego*, t. V (2017): 35-39.
- Kaufmann Ekkehard, „Das spätmittelalterliche deutsche Schadenersatzrecht und die Rezeption der actio iniuriarum aestimatoria” *ZSS (GA)*, (1961): 93.
- Personal injury in Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*, vol. IV, red. Bartłomiej Koch, Henryk Koziół. Vienna-New York: Springer, 2003.
- Jarra Eugeniusz, *Szkody moralne a polski kodeks zobowiązań*. Warszawa: Themis Polska. 1935.
- Łapicki Robert, „Zadośćuczynienie za szkodę niematerialną w projekcie polskiego prawa zobowiązań” *Palestra*, nr 5 (1925): 761-770.
- Litewski Wiesław, *Rzymskie prawo prywatne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1994.
- Manfredini Arrigo Diego, *Contributi allo studio dell' 'iniuria' in età repubblicana*. Milano: Da Libreria Oreste Gozzini, 1977.
- Najstarszy zwód prawa polskiego*, oprac. Józef Matuszewski, Jacek Matuszewski. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1995.

- Mróz Tomasz, Justyna Matys, „Zadośćuczynienie pieniężne jako podstawowy środek współczesnej ochrony dóbr osobistych. W gruncie prawa prywatnego w Polsce”, [w:] *Uomo e Ambiente. Dissertationes, II In Cintio ionico-polleci*, red. Mario Casola, Vincenzo Perrone, Sławomir Piotr Kursa, Karol Szczypiński. 1066-1087. Taranto 2007.
- Moosheimer Thomas, *Die actio injuriarum aestimatoria im 18 und 19 Jahrhundert. Eine Untersuchung zu den Gründen ihrer Abschaffung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, *Zobowiązania – część ogólna*, red. Andrzej Kidyba. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Pfaff Leopold, Josef von Schey, Vincenz Krupsky, *Sammlung von Zivilrechtliche Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes*, t. XLV. Wien: Mainz, 1910.
- Pfaff Leopold, Josef von Schey, Vincenz Krupsky, *Sammlung von Zivilrechtliche Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes*, t. L. Wien: Mainz, 1915.
- Radwański Zbigniew, *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową. Rozwój i funkcja społeczna*. Poznań: PWN, 1956.
- Sobczyk Marek, „Ewolucja charakteru prawnego roszczenia o zadośćuczynienie pieniężne z tytułu naruszenia dóbr osobistych” *Studia prawnoustrojowe*, z. 45 (2019): 295-311.
- Stoll Hans, „Consequences of Liability: Remedies”, [w:] *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI. Tübingen-Boston-Leiden: Mohr Siebeck-Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- Szpunar Adam, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*. Bydgoszcz: „Branta”, 1999.
- Tabak Adrian, „Nauka prawa w ujęciu niemieckiej szkoły historycznej” *Biuletyn SAWP KUL*, nr 2 (2018): 291-300.
- Till Ernest, „Projekt o wynagrodzeniu szkody z czynów bezprawnych” *Przegląd Prawa i Administracji*, nr 1 (1921): 53.
- Ulpianus, „D.47, 10,5”, [w:] *Pécule de Capacité Patrimoniale*. Lyon, 1932.
- Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town-Wetton-Johannesburg: Juta & Co, 1990.
- Zoll Fryderyk, „Prawa osobiste U zarysie ze stanowiska prawa prywatnego austriackiego” *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne*, nr 1-4 (1903): 542-547.
- Żak Elżbieta, „Niedziedziczność pasywna skarg wynikających z deliktów w rzymskim prawie klasycznym”, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, red. Antoni Dębiński, Monika Wójcik. 295-311. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2004.
- Vergau Hans-Joachim, *Der Ersatz immateriellen Schäden in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts zum französischen und zum deutschen Deliktsrecht*. Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2006.



Z Kasą Stefczyka wszystko jest PROSTE!

PROSTA Pożyczka

- 0 zł prowizji
- niskie RRSO 8,29%
- do 3000 zł nawet w kilka minut



PROSTE Konto

- 0 zł za prowadzenie konta – bez warunków i ukrytych opłat
- szybki dostęp do konta w aplikacji mobilnej
- do 150 zł zwrotu miesięcznie w promocji Kasa Wraca



www.kasastefczyka.pl
801 600 100
(koszt wg taryfy operatora)



Zawsze u siebie

Przykład reprezentatywny z dnia 1.04.2025 r. dla Prostej Pożyczki: Całkowita kwota kredytu wynosi 3000 zł. Zmienna roczna stopa oprocentowania dla całkowitej kwoty kredytu wraz z kredytowanymi kosztami (prowizją 0 zł / 0%) wynosi 7,99%. Rzeczywista roczna stopa oprocentowania (RRSO): 8,29%. Czas obowiązywania umowy – 35 miesięcy, 34 miesięczne raty równe: 96,38 zł oraz ostatnia, 35. rata: 96,55 zł. Całkowita kwota do zapłaty: 3373,47 zł, w tym odsetki: 373,47 zł.

Decyzja kredytowa zależy od indywidualnej oceny zdolności kredytowej. Znaczenie pojęć usług reprezentatywnych na www.kasastefczyka.pl/pad. Promocja Kasa Wraca II obowiązuje od 31.01.2020 r. do odwołania. Szczegóły na www.kasastefczyka.pl i w placówkach.

