

NR

4(51) DWUMIESIĘCZNIK

PRAWO I WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS



NR

51

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

LAW & SOCIAL BONDS



ROK XIII / NUMER 4 (51)

VOL. 14 / NO. 4 (51)

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

PRAWO I WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Czopismo naukowe poświęcone prawu i badaniom społecznym
Rok XIII, NUMER 4 (51), AUGUST 2024, ISSN 2299-405X, ONLINE ISSN 2719-3594
DOI.ORG/10.36128/PRIW.V151

Journal in Legal and Social Studies
VOL. 13, NO. 4(51), AUGUST 2024, ISSN 2299-405X, ONLINE ISSN 2719-3594
DOI.ORG/10.36128/PRIW.V151

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

SEKRETARZ REDAKCJI ASSISTANT EDITOR

mgr Maksymilian Migdałski
Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopocie
Cooperative Research Institute in Sopot

CZŁONEK ZESPOŁU REDAKCYJNEGO

MEMBER OF THE EDITORIAL TEAM

prof. Alejandra Vanney
Universidad Austral in Buenos Aires
Universidad Austral, Buenos Aires

REDAKTOR JĘZYKOWY PROOFREADING

Michał J. Czarnecki

PROJEKT TYPOGRAFICZNY I SKŁAD

LAYOUT AND TYPESETTING

Szymon Strużyński,
Wacław Krzyształ atonce.pl

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

RADA PROGRAMOWA

prof. Cezary Mik
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego –
Przewodniczący

prof. Zenon Bankowski

University of Edinburgh

prof. Irakli Burduli

Tbilisi State University

prof. Zbigniew Cieślak

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. Pablo An Ping Chang Ibarra

University of the Americas

prof. Przemysław Dąbrowski

Uniwersytet Pomorski w Słupsku

ks. prof. dr hab. Antoni Debiński

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

prof. uwmm, dr hab. Jarosław Dobkowski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

prof. Germano Andre Doederlein Schwartz

La Salle University

ks. abp prof. dr hab. Andrzej Dziega

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

dr habil. JUDR. Rastislav Funta

Danubius University

prof. up, dr hab. Marcin Glicz

Uniwersytet Pomorski w Słupsku

prof. Christian Hillgruber

University of Bonn

dr Bogdan Iancu

University of Bucharest

prof. Jolanta Jabłońska-Bonca

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

prof. Tadeusz Jasudowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika

prof. Carlos Kete

Agostinho Neto University

prof. dr hab. Artur Kotowski

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

dr hab. Zdenek Koudelka

Masaryk University

prof. Jarosław Majewski

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. Marek Michalski

Uniwersytet Kardynała

Stefana Wyszyńskiego

prof. Krzysztof Pietrzykowski

Uniwersytet Warszawski

Spółdzielczy Instytut Naukowy

prof. uam, dr hab. Justyn Piskorski

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza

prof. kuL, dr hab. Jadwiga Potrzyszcz

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

prof. Zbigniew Rau

Uniwersytet Łódzki

prof. Martin Rhonheimer

Pontifical University of the Holy Cross

dr Marcin Romanowski

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. ewspa, dr hab. Tomasz Szancilo

Europejska Szkoła Prawa i Administracji

w Warszawie

prof. Dariusz Szpopier

Uniwersytet Pomorski w Słupsku

prof. Hideki Tarumoto

Hokkaido University

ks. prof. uksw, dr hab. Krzysztof Warchałowski

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

PROGRAM COUNCIL

Cezary Mik

Cardinal Stefan Wyszyński University in

Warsaw – President

Zenon Bankowski

University of Edinburgh

Irakli Burduli

Tbilisi State University

Zbigniew Cieślak

Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

Pablo An Ping Chang Ibarra

University of the Americas

Przemysław Dąbrowski

Pomeranian University in

Słupsk

Antoni Debiński

The John Paul II Catholic University of Lublin

Jarosław Dobkowski

University of Warmia and

Mazury in Olsztyn

Germano Andre Doederlein Schwartz

La Salle University

Andrzej Dziega

The John Paul II Catholic University of Lublin

Cooperative Research Institute in Sopot

Rastislav Funta

Danubius University

Marcin Glicz

Pomeranian University in Słupsk

Christian Hillgruber

University of Bonn

Bogdan Iancu

University of Bucharest

Jolanta Jabłońska-Bonca

Kozmiński University, Warsaw

Tadeusz Jasudowicz

Nicolaus Copernicus University, Toruń

Carlos Kete

Agostinho Neto University

Artur Kotowski

Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

Zdenek Koudelka

Masaryk University

Jarosław Majewski

Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

Marek Michalski

Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

Krzysztof Pietrzykowski

University of Warsaw

Cooperative Research Institute in Sopot

Justyn Piskorski

Adam Mickiewicz University in Poznań

Jadwiga Potrzyszcz

The John Paul II Catholic University of Lublin

Zbigniew Rau

University of Lodz

Martin Rhonheimer

Pontifical University of the Holy Cross

Marcin Romanowski

Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

Tomasz Szancilo

European University of Law and Administration in

Warsaw

Dariusz Szpopier

Pomeranian University in Słupsk

Hideki Tarumoto

Hokkaido University

Krzysztof Warchałowski

Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

WYDAWCZA

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 Więzi”
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
www.prawoiwiez.edu.pl
e-mail: dominik.bierecki@sin.edu.pl

OBRAZ NA OKŁADCE

Tivoli

George Arthur Fripp, 1837



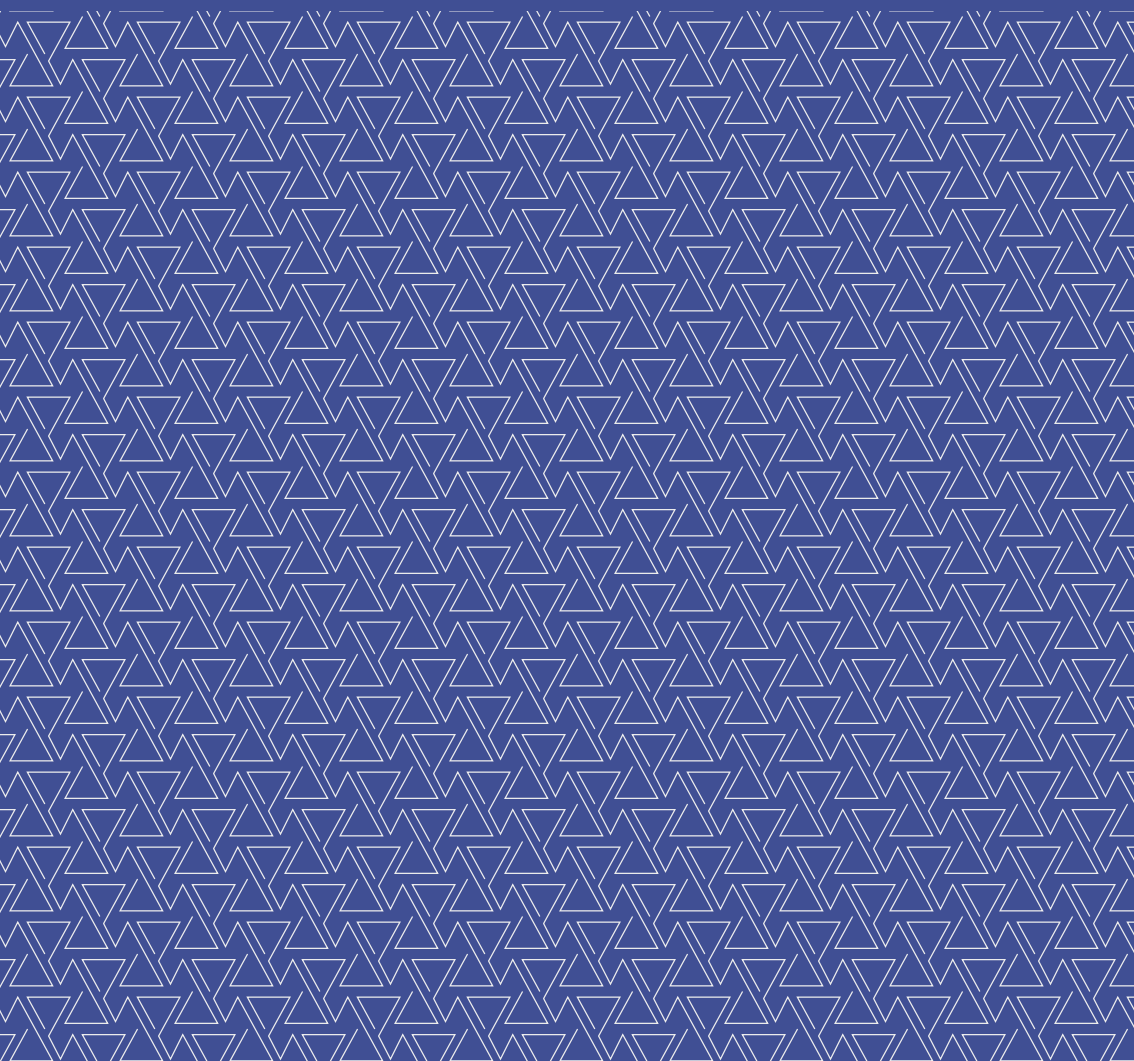
ŹRÓDŁO:
BRISTOL MUSEUM
AND ART GALLERY

Spis treści

artykuły

- 7** **DOMINIK BIERECKI**
Perspectives of Cooperative Law Development in Europe. Conference Summary
- 9** **KRZYSZTOF PIETRZYKOWSKI**
De Lege Ferenda Problems of Rights to Premises in Housing Cooperatives in Poland and Comparative Legal Perspective
- 37** **MARIOLA LEMONNIER**
Directions of the Development of Cooperatives in France. Legal and Historical Perspectives
- 59** **RAFAŁ ADAMUS**
The Issue of the Optimal Solution for Insolvent Cooperative Savings and Credit Unions in light of the Effectiveness of Past Bankruptcy Proceedings
- 75** **DOMINIK BIERECKI**
Cooperative Principles in the Concepts of Social Economy and Social Enterprise in Polish Law
- 89** **KATARZYNA KRÓLIKOWSKA**
Cooperative Intermediate Housing Tenures in Poland and Germany
- 117** **ZBIGNIEW MICZEK**
Criminal Liability of a Member of the Board of Directors of a Housing Cooperative for Failure to File a Bankruptcy Petition in a Timely Manner
- 137** **ZIWEI XU**
The Asset Lock Under the Regular Operation of Social Enterprises in Italy
- 161** **JACEK SKOCZEK**
Limits of Application of the Institution of Free Credit by a Member of the Cooperative Savings and Credit Union
- 175** **JOANNA MARIA MĘDRZECKA**
Odsetki od kredytowanej prowizji a Rzeczywista Roczna Stopa Oprocentowania kredytu konsumenckiego
- 191** **MAKSYMILIAN MIGDAŁSKI**
Credit Union Models in Poland and USA in Comparative Perspective
- 207** **PAULINA PAŁACH**
The Effects of the Termination of Marriage on the Rights of the Spouses to the Residential Premises in the Housing Cooperative. Selected Issues Regarding the Cooperative Ownership Right to the Premises and the Cooperative Housing Tenancy Right to the Residential Premises
- 221** **CEZARY MIK**
Prawa człowieka w czasach rywalizacji geopolitycznej XXI wieku
- 259** **MILENA KŁOCZKOWSKA**
The Right to Strike as a Human Right
- 283** **PIOTR BURCZANIUK**
Tworzenie prawa sztucznej inteligencji – wyzwania i perspektywy
- 301** **MAREK SOB CZYK**
Wymagalność roszczenia o zapłatę kary umownej jako przesłanka dopuszczalności potrącenia. Uwagi z perspektywy historia prawa
- 323** **PAWEŁ BOIKE**
Intencjonalizm a tradycyjna koncepcja wykładni Eugeniusza Waśkowskiego. Analiza porównawcza
- 347** **KINGA MICHAŁOWSKA,**
DOROTA AMBROŻUK-WESOŁOWSKA
Standardy ochrony małoletnich (SOM) w podmiotach świadczących usługi hotelarskie. Aspekt teoretyczny i praktyczny
- 367** **OKTAWIAN NAWROT, KRZYSZTOF OLSZAK**
Podstawa ogólna skargi nadzwyczajnej
- 393** **DARIUSZ SZPOPER**
Humanitaryzacja rosyjskiego prawa karnego w dobie panowania cesarzowej Elżbiety (1741–1761)
- 421** **PIOTR STEC**
O potrzebie zmian przepisów o ewaluacji jednostek naukowych 2022–2025
- 443** **ŁUKASZ MŁYNARKIEWICZ**
Decyzja zasadnicza w procesie inwestycyjnym w zakresie obiektów energetyki jądrowej. Ocena zmian wprowadzonych w latach 2023–2024

artykuły





Perspectives of Cooperative Law Development in Europe.

Conference Summary

Cooperatives constitute an integral component of the economies of European countries, playing a crucial role in the social economy. The legislative frameworks governing cooperatives vary across European countries. Cooperatives are typically classified as either a genus of a legal person or a species of a company or association. Only a few countries constitutionally guarantee the role of cooperatives in their respective economies. Some countries have only general law on cooperatives, while others supplement the general regulation with a number of laws on specific types of cooperatives. There are also legislations that provide a number of legal acts on specific types of cooperatives. Additionally, some countries have regulations on cooperatives that are applicable in autonomous regions. Some countries have codified their cooperative law, and the EU also provides legislation that cooperatives must comply with.

For these reasons, on March 7th and 8th, 2024, the Cooperative Research Institute in Sopot and Ius Cooperativum held a conference. The conference, entitled *Perspectives of Cooperative Law Development in Europe*, was held in Warsaw, Poland. Attendees included participants from Europe and South America. The Scientific Committee of the Conference consisted of Prof. David Hiez (University of Luxembourg), Prof. Piotr Pałka (Sopot Academy of Applied Science), Prof. Dominik Bierecki (Pomeranian University in Słupsk and Cooperative Research Institute in Sopot), and Dr Jacek Skoczek (Cooperative Research Institute in Sopot).

The conference was divided into four sessions on the following topics: The conference addressed four key areas: Housing Cooperatives in Polish and Foreign Law, Cooperative Principles and Social and Solidarity Economy, Cooperatives' History and Challenges for the Future, and Cooperatives under Financial, Tax and Bankruptcy Law.

The papers presented at the conference are included in this issue of the Law and Social Bonds journal. The conference summary will be published in the International Journal of Cooperative Law, issue 6 of 2024.

I would like to thank all those who contributed to the conference for their time and valuable input, which contributed to the success of the event.

Dominik Bierecki

KRZYSZTOF PIETRZYKOWSKI

De Lege Ferenda Problems of Rights to Premises in Housing Cooperatives in Poland and Comparative Legal Perspective

Abstract

As a rule, the countries of „old Europe” have general regulations on cooperatives, which usually do not include specific regulations on housing cooperatives. In the aforementioned countries, members may most often be entitled to tenancy of premises, although this is not always explicitly stated. In some countries, members are also explicitly allowed to own premises. In post-communist countries, members of cooperatives are usually entitled to ownership of premises, less often to lease of premises with the possibility of conversion to ownership.

In the case of Poland, *de lege ferenda* urgently require a solution to the problem of those housing cooperatives that have erected buildings on land to which they have no legal title. It is necessary to return to the concept from more than 30 years ago of *ex lege* transformation of the cooperative ownership right to premises as a limited right *in rem* into the right of separate ownership of premises. The cooperative tenant right to housing should become a limited right *in rem*, with the possibility of its transformation into the right of separate ownership of premises. In Poland, in addition to housing cooperatives, there are housing communities (condominiums), which bring together owners of premises, but they are not legal entities, and their legal structure raises serious doubts. This raises the question of whether it makes sense to maintain the dualism of the legal regulation of separate ownership of premises in the Law on Ownership of Premises and on Housing Cooperatives. In Poland, in addition to the Law on Housing Cooperatives (*ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych*), there is the Law of 2022 on Housing Cooperatives (*ustawa o kooperatywach mieszkaniowych*), which allows at least three persons to carry out a housing project involving the acquisition of undeveloped or developed land for the purpose of establishing separate ownership of premises or transferring

KRZYSZTOF PIETRZYKOWSKI, full professor, University of Warsaw,
ORCID – 0000-0001-6295-1344, e-mail: k.pietrzykowski@wpia.uw.edu.pl

ownership of single-family houses. However, serious doubts are raised by the adoption of the unfortunate name „housing cooperative” (*kooperatywa mieszkaniowa*) in the law, which irresistibly implies „housing cooperative” (*spółdzielnia mieszkaniowa*).

KEYWORDS: cooperative ownership right to premises, cooperative tenancy right to housing, housing cooperative (*kooperatywa mieszkaniowa*) housing cooperative (*spółdzielnia mieszkaniowa*), lease of a apartment, ownership of premises

1 | Comparative legal remarks^[1] (countries of „old” Europe)

In France, cooperatives, or more precisely, cooperative companies (*sociétés coopératives*), operate primarily under the provisions of the Law of September 10, 1947 on the status of cooperation (*loi portant statut de la coopération*) and the Commercial Code of 1807 (*code de commerce*). Decree No. 2004-1087 of October 14, 2004 on cooperative limited liability companies engaged in the production of low-rent housing and cooperative limited liability companies of collective interest in low-rent housing (*décret relatif aux sociétés anonymes coopératives de production d’habitations à loyer modéré et aux sociétés anonymes coopératives d’intérêt collectif d’habitations à loyer modéré*) amended the Construction and Housing Code of May 31, 1978 (*code de la construction et de l’habitation*) introducing the said low-rent housing cooperatives (HLM cooperatives; Articles L422-3, L422-3-1 and L422-3-2 of the code). The Law on Access to Housing and Renewed Urbanism of March 24,

¹ In compiling the comparative legal remarks, I used the texts of normative acts available on the Internet and the following studies: Profiles of a Movement: Co-operative Housing. Around the World. April 2012 (French version: Profils d’un mouvement: Les coopératives d’habitation dans le monde. Avril 2012); Danuta Adamiec, Justyna Branna, Dobromir Dziewulak, Natalia Firlej, Kamila Groszkowska, Marta Karkowska, Łukasz Żołądek, „Rozwiązania prawne dotyczące lokatorskich spółdzielni mieszkaniowych, kooperatyw mieszkaniowych oraz form własności warunkowej w Czechach, Danii, Francji, Niemczech, Szwajcarii i Szwecji” *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu*, No. 4 (2021): 258-288.

2014 (*loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*) introduced provisions on housing cooperatives (*les sociétés coopératives d'habitants*; Articles L201-1 – L201-13 of the Code) into the Construction and Housing Code. Based on contracts with the cooperative, members acquire rights to use housing (L201-8). These rights are subject to inheritance (L201-9).

In Germany, the Act on Cooperatives of May 1, 1889 (*Genossenschaftsgesetz*) is in force. Members of housing cooperatives (*Wohnungsbaugenossenschaften*), are entitled to housing rental rights. These are non-transferable, but they are subject to inheritance. Until 1990, the non-profit housing law of 1940 (*Wohnungsgemeinnutzigkeitgesetz*) was in effect. A new law is currently being drafted in this area (*neue Wohnungsgemeinnutzigkeitgesetz*).

In Austria, the Act on Cooperatives of April 9, 1873 (*Genossenschaftsgesetz*) is in effect. In addition, the non-profit housing law of March 8, 1979 (*Wohnungsgemeinnutzigkeitgesetz*) is in effect. According to Section 13(1) of this legislation, a cooperative is entitled to transfer the right of use of a dwelling under a lease or other contract and to grant ownership of the dwelling.

In Switzerland, cooperatives operate under the provisions of Articles 828 – 926 of the Code of Obligations of March 30, 1911 (code des obligations). Housing cooperatives (*les coopératives d'habitants*) provide members with the right to lease housing, which is generally subject to inheritance (Article 266i of the Code of Obligations).

In Belgium, cooperatives operate under the Code of Companies and Associations of March 23, 2019. (code des sociétés et associations). Housing cooperatives are also governed by the Walloon sustainable housing (housing) code of October 29, 1998 (*code wallon de l'habitation durable [logement]*), the Brussels housing code of July 17, 2003 (*code bruxellois du logement*), and the Flemish housing code of July 15, 1997 (*decreet houdende de vlaamse wooncode*). Cooperatives provide members with housing rental rights. These rights are typically subject to inheritance.

In the Netherlands, cooperatives operate under Articles 53-63k of Book II of the Civil Code (*burgerlijk wetboek*). A housing cooperative (*woningcorporatie*, *woningbouwcorporatie* or *wooncorporatie*) operates on a non-profit basis and rents housing to its members. The lease of cooperative housing on a general basis is subject to inheritance.

In Luxembourg, cooperatives operate under the provisions of Articles 137.1 to 137.10 of the Law of August 10, 1915 on Commercial Cooperatives as amended by the Law of June 10, 1999. The introduction of cooperatives organized in the form of limited liability companies (*loi du 10 juin 1999 modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales par*

l'introduction des sociétés coopératives organisées comme des sociétés anonymes). Housing cooperatives, as non-profit legal entities, are permitted to build housing for sale or rent under the August 7, 2023 law on affordable housing (*loi relative au logement abordable*).

Spain has a July 16, 1999 law on cooperatives (*ley de cooperativas*), in which Articles 89 to 92 deal with housing cooperatives (*las cooperativas de viviendas*). Members may have ownership or use and enjoyment of houses and premises (Article 89, paragraph 3). In a housing cooperative, a member who intends to transfer *inter vivos* their rights to a house or premises must, before the expiration of five years or such other longer period as may be provided by statute, which may not exceed ten years from the date of issuance of the occupancy permit for the house or premises or the document legally replacing it, or, if there is no such document, from the date of transfer of possession of the house or premises, be made available to the cooperative. The cooperative will then offer applicants for admission as members in order of seniority (Article 92, paragraph 1).

In Portugal, the Cooperative Code of August 31, 2015 is in effect (*código cooperativo*), which does not contain special provisions on housing cooperatives. Members of a housing cooperative (*cooperativa de habitação*) can acquire either ownership or rental rights to apartments.

In Italy, cooperatives operate under the provisions of 2511-2548 of the Civil Code of March 16, 1942 (*codice civile*). In Italy there are two types of housing cooperatives (*cooperativa edilizia*): conventional and social. In a conventional cooperative, members own the apartments (see the law of August 2, 2004 – delegation to the government on the protection of property rights of purchasers of property to be built [*legge 2 agosto 2004 – delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*]; legislative decree of June 20, 2005 – regulations for the protection of property rights of purchasers of buildings to be built [*decreto legislativo 20 giugno 2005 – disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*]). In a social cooperative, the members are the tenants of the apartments (see the law of November 8, 1991 – regulation of social cooperatives [*legge 8 novembre 1991 – disciplina delle cooperative sociali*]).

There is no general law on cooperatives in Greece. A building cooperative operates under Law No. 1667/1986 – municipal cooperatives and other regulations (*νόμος 1667/1986 – αστικοί συνεταιρισμοί και άλλες διατάξεις*) and Articles 124 – 149 of the Code of Basic Municipal Planning Regulations of July 14, 1999 (*κωδικασ βασικησ πολεοδομικησ νομοθεσιασ*) stipulates that, depending on the type of cooperative and the provisions of the statute,

members are entitled to ownership of houses or apartments, or to lease apartments.

Finland has a law on cooperatives dated June 14, 2014 (*osuuskuntalaki*). There is no separate law on housing cooperatives. A housing cooperative (*asunto-osuuskunta*) provides housing to its members on a rental basis, and less frequently on an ownership basis.

Sweden's Economic Associations Act of May 31, 2018 (*lag om ekonomiska föreningar*), which came into effect on January 1, 2021, regulates cooperatives. Special provisions apply to tenant cooperatives (*kooperativ hyresrättsförening*), which provide rental housing to its members under the Cooperative Tenancy Act of March 7, 2002 (*lag om kooperativ hyresrätt*). Further special provisions are found in the Housing Rights Act of May 30, 1991 (*bostadsrättslag*), which provides for both the leasing of housing to members and the transfer of ownership.

In Denmark, cooperatives are governed by the Act on Certain Commercial Enterprises of June 15, 2006 (*lov om visse erhvervsdrivende virksomheder*). The Act on Housing Cooperatives and Other Housing Communities of June 8, 1979 (*lov om andelsboligforeninger og andre boligfællesskaber*) provides for the possibility of granting members lease and ownership rights to housing units.

Norway has an Act of June 29, 2007 on cooperatives (*lov om samvirkeforetak*), which does not apply to housing cooperatives. Instead, the issues of housing cooperatives are regulated in the Housing Cooperatives Act of August 15, 2005 (*lov om burettslag*). Members are entitled to ownership of premises.

In Ireland, cooperatives operate under the Industrial and Provident Societies Acts of September 12, 1893 (Industrial and Provident Societies Acts). In 2022, the government drafted a bill pertaining to Co-Operative Societies. The Housing (Miscellaneous Provisions) Act of July 23, 1992 (Housing [Miscellaneous Provisions] Act) provides for the rental of units to members of housing cooperatives. The Residential Tenancies Act of July 19, 2004 also applies here.

It is standard practice in countries of "old" Europe to have general regulations on cooperatives, with no specific regulations on housing cooperatives.

In the aforementioned countries, members may most often have the right to lease premises, which is not always called that, e.g., such terms as the right to use or enjoy the premises appear. In the countries of „old” Europe, it is often emphasized that tenancy in housing cooperatives is an intermediate category, a „third way” between traditional tenancy and

ownership. While members are entitled to tenancy rights, they are also economically co-owners of the cooperative.

Some countries also explicitly permit members to own premises. This is particularly the case in Austria, Luxembourg, Spain, Portugal, Italy, Greece, Finland, Sweden and Denmark. An original solution was adopted in Norwegian law, which provides only for ownership of premises in a housing cooperative.

The aforementioned countries also usually have laws on housing communities (condominiums), in which members have ownership of premises. For example, the German Law on the Ownership of Housing Communities and the Right of Permanent Residence of March 15, 1951 (*Gesetz über das Wohnungseigentum Und das Dauerwohnrecht - Wohnungseigentums Gesetz*) primarily regulates legal relations related to the ownership of apartments and the operation of housing communities. Furthermore, § 31 - 42 outlines the transferable and heritable rights of permanent residence, (*Dauerwohnrecht*) and the right of permanent occupancy (*Dauernutzungsrecht*), which are transferable and heritable rights.

2 | Comparative legal remarks (post-communist countries)

The activities of housing cooperatives in the Czech Republic are regulated by Sections 727-757 of the Law on Commercial Cooperatives and Cooperatives (*zákon o obchodních společnostech a družstvech*) of January 25, 2012. The primary property right of a member of a housing cooperative is the lease of a cooperative apartment (Section 741 of the Act). A housing cooperative may transfer ownership of a cooperative apartment to a member of the cooperative who is its tenant (§ 751 of the Act). Provisions for allowing cooperative members to redeem their units were introduced in the December 21, 1991 Act on the Regulation of Property Relations and Settlement of Property Claims in Cooperatives (*zákon o upravení majetkových vztahů a vypořádání majetkových nároků v družstvech*). According to Section 24 of this law, members of housing cooperatives who are tenants of apartments and non-residential premises may, within six months of the effective date of this legislation, invite the housing cooperative to conclude

a contract under which the cooperative will transfer ownership of the apartment and non-residential premises to them free of charge. This right will expire at the end of the aforementioned period.

The activities of cooperatives in Slovakia are regulated by the Commercial Code (*obchodný zákonník*) of November 5, 1991 (§ 221-260), which does not include any special provisions for housing cooperatives. The basic property right of a member of a housing cooperative is the lease of a cooperative apartment. This is governed by numerous provisions in the Civil Code (*občiansky zákonník*) of February 26, 1964 on leases. Of particular importance here is §685(2), according to which a contract for the lease of a dwelling may be concluded under the terms of the housing cooperative's charter. The Law of July 8, 1993 on the Ownership of Dwellings and Non-Residential Premises (*zákon o vlastníctve bytov a nebytových priestorov*) contains numerous provisions on the transfer of ownership of a cooperative apartment to the tenant of such an apartment in a housing cooperative. Of particular importance here is Section 28, according to which a tenant of a cooperative housing unit who is a member of a housing cooperative has the right to transfer ownership of the unit under this law if he has not applied for transfer of ownership of the unit under a special provision. Similarly, Section 29, § 1, according to which, if the tenant of a cooperative garage or studio apartment has applied to the housing cooperative for transfer of ownership of the apartment, garage or studio, in accordance with special provisions, the housing cooperative is obliged to transfer ownership of the apartment, garage or studio within two years of the effective date of this law. The special provisions – as in the Czech Republic – can be found in the Law of December 21, 1991 on the Regulation of Property Relations and Settlement of Property Claims in Cooperatives as amended (*zákon o úprave majetkových vzťahov a vypořádání majetkových nárokov v družstvách v znení neskorších predpisov*).

Hungary had an Act on Cooperatives of January 20, 1992 (*törvény a szövetkezetekről*), which also included special provisions on housing cooperatives (§ 92-111). The current legislation in effect is the Act on Cooperatives of January 4, 2006 (*törvény a szövetkezetekről*), however, according to § 2(2) of this law, housing cooperatives are regulated by a separate law. This is the Housing Cooperatives Act of December 2, 2004 (*törvény a lakásszövetkezetekről*). According to § 10, housing cooperative apartments are owned by members, non-member owners or the housing cooperative. According to § 12, apartments may also be owned by a housing cooperative if the statute so provides. In such a case, the member is entitled to

the permanent use of a specific apartment. The right to use an apartment is transferable and inheritable. The conditions for the use and transfer of the right are determined by the statute of the cooperative. In the event that the right is transferred for a fee, the housing cooperative shall have the right of first refusal.

Lithuania has a law of June 1, 1993 on cooperative societies (cooperatives; *Lietuvos Respublikos kooperatinių bendrovių [kooperatyvų] įstatymas*), which does not contain special provisions on housing cooperatives. The Law of the Republic of Lithuania of October 16, 1990 on housing cooperatives (*Lietuvos Respublikos įstatymas dėl gyvenamųjų namų statybos kooperatyvų*) stipulates that a member of a housing cooperative who has paid in full the installments for a dwelling unit (living space) becomes the owner of the dwelling unit (living space) and ceases to be a member of the cooperative (Article 1). According to Article 2, the incompletely paid-up share of a deceased cooperative member is inherited by his heirs in accordance with the general procedure established by law. In such a case, the right to join the cooperative is acquired by the heir regardless of whether they cohabited with the testator during the testator's lifetime. In the event of the death of a cooperative member, priority for joining the cooperative is given to heirs who cohabited with the deceased and do not have their own apartment (living quarters). Article 4 obliged the Government of the Republic of Lithuania to amend and supplement the model statutes of housing cooperatives, further democratizing the rights of cooperative members. The realization of the common partial ownership rights of owners of apartments and other premises is regulated by Article 4.85 of the Civil Code of the Republic of Lithuania of July 18, 2000 (*Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas*). The Housing Code of the Lithuanian Soviet Socialist Republic of December 2, 1982 (*Lietuvos Tarybų Socialistinės Respublikos butų kodeksas*) has not been in effect since July 1, 1998.

The Latvian Law on cooperatives, in effect as of April 26, 2018 (*kooperatīvo sabiedrību likums*) does not contain special provisions on housing cooperatives. The Law of the Republic of Latvia of December 4, 1991, on the privatization of cooperative housing (*Latvijas Republikas likums par kooperatīvo dzīvokļu privatizāciju*) introduced the privatization of apartments in multi-unit residential buildings owned by housing cooperatives for the benefit of housing cooperative members who have paid in full or in part their share in the apartments given to them for use and have been accepted as members of the cooperative. Members who had not paid their shares by the specified deadlines were subject to eviction along with all persons living with them.

Decision of the Council of Ministers of the Republic of Latvia No. 1307 of August 4, 1992 on housing owners' cooperatives (*Latvijas Republikas Ministru Padomes lēmums Nr. 1307 par dzīvokļu īpašnieku kooperatīvajām sabiedrībām*) established that housing cooperatives would be transformed into housing owners' cooperatives and introduced a model statute for such a cooperative. The Housing Management Act of June 4, 2009 (*dzīvojamo māju pārvaldīšanas likums*) applies to apartment owners' cooperatives.

In Estonia, the Law of November 24, 2008, on Cooperatives of the Republic of Estonia (*Eesti Vabariigi ühistuseadus*), which does not contain special provisions on housing cooperatives, applies. On April 23, 1992, the Housing Act (*elamuseadus*) was enacted, which (still in partial force, by the way) contained provisions in Sections 14-27 on housing cooperatives. The Housing Privatization Law of May 6, 1993. § 218 addresses the privatization of housing in housing cooperatives. Housing cooperatives are currently covered by the Law of February 19, 2014 on Apartment Ownership and Housing Cooperatives (*korteriomandi- ja korteriühistuseadus*). This law had a very long *vacatio legis* (it came into force on January 1, 2018). As of the date of its entry into force, the existing housing cooperatives and apartment owners' associations were transformed into housing cooperatives operating under the new law, which bring together apartment owners.

In Slovenia, the Law of March 11, 1992 on cooperatives (*Zakon o zadrugah*), which does not contain special provisions on housing cooperatives, is in force. There is also the Law of October 11, 1991 on Housing (*stanovanjski zakon*), in which Articles 1-110 have been repealed. On June 19, 2003, the Law on Housing (*SZ-1; stanovanjski zakon [SZ-1]*) was enacted, which contains numerous regulations on housing ownership and housing rental. The aforementioned laws do not apply to housing cooperatives, where members have rental rights.

In Croatia, the Act on Cooperatives (*Zakon o zadrugama*) was passed on March 11, 2011. It includes special provisions on housing cooperatives. According to Article 61(1) of this law, the tasks of cooperatives include renting out built or purchased single-family houses, apartments or buildings with the option of repurchase (purchase).

Bulgaria has the Act on Cooperatives of December 16, 1999 (*закон за кооперациите*), which does not contain special provisions on housing cooperatives. Such provisions were included in the Law on Housing Cooperatives of July 14, 1978 (*закон за жилищностроителните кооперации*). According to Article 17(1) of this law, every member of a housing cooperative has the

right to acquire ownership of a dwelling or other property built by the housing cooperative.

In Romania, there is the Law of February 21, 2005 on the Organization and Functioning of Cooperatives (*lege privind organizarea și funcționarea cooperăției*) sets forth general provisions on cooperatives. Article 4(e) of that law mentions cooperative housing societies (*societăți cooperative de locuințe*), which are associations of individuals set up to build, buy, maintain, renovate and manage houses for cooperating members.

According to Article 35(1) of the Moldovan law of January 16, 1992 on cooperation (*lege cu privire la cooperăție*), citizens are entitled to establish, on the basis of voluntary consent, cooperatives for the construction of housing, the operation of housing, the construction of garages, single-family houses, and other consumer cooperatives for the satisfaction of their housing and living needs. In addition, two general cooperative laws are in effect: the September 28, 2000 law on consumer cooperation (*legea cooperăției de consum*), which regulates consumer cooperatives, and the April 12, 2001 law on entrepreneurial cooperatives (*lege privind cooperativele de întreprinzător*). Neither of these directly applies to housing cooperatives. The July 14, 2022 law on condominiums (*lege cu privire la condominiu*) transformed housing cooperatives and housing cooperatives into condominiums (Article 87).

In Ukraine, the Law of July 10, 2003 on Cooperation (*закон України про кооперацію*) regulates cooperatives. Pursuant to Article 19, paragraphs 1 and 2 of this law, a member of a housing and building cooperative, summer house construction, garage construction, housing, bungalow, garage or other relevant cooperative has the right to own, use and with the consent of the cooperative, and dispose of an apartment, bungalow, garage, other building, structure or premises of the cooperative, provided that the member has not purchased the property. In the event of the purchase of an apartment, bungalow, garage, other building, structure or premises, the owner becomes a member of a housing cooperative, summer house, garage and building, housing cooperative, bungalow, garage cooperative or other relevant cooperative of this property. The ownership of such property of a member of a cooperative arises upon state registration of this right in accordance with the law.

In Slovenian housing cooperatives, members are granted rental rights to the premises. In the Czech Republic, Slovakia and Croatia, cooperative members may have both rental and ownership rights to premises. In other countries, namely Hungary, Lithuania, Latvia, Estonia, Bulgaria

and Ukraine, members have ownership rights to premises. It is unclear what housing cooperative property rights exist in Romania. Some countries have adopted privatization laws for housing cooperatives (Czech Republic, Slovakia, Lithuania, Latvia, and Estonia). The original solution in this regard is contained in the Estonian law, which transformed existing housing cooperatives and associations of apartment owners into housing cooperatives operating under the new law. A somewhat opposite solution was adopted in Moldova, where the law transformed housing cooperatives and housing associations into condominiums.

3 | Rights to premises in housing cooperatives in Poland (historical notes)

The first housing cooperatives on Polish soil began to be established rather late in the 19th century. In 1890, such cooperatives were established in Bydgoszcz and Poznań^[2].

Significant development of housing cooperatives, both tenant-owned and proprietary, took place after Poland regained independence. The legal basis for the creation of new cooperatives, including housing cooperatives, was the Act on Cooperatives, passed on October 29, 1920^[3].

From the beginning, housing cooperatives operated in two forms: tenant-owned and proprietary. However, a major shortcoming was the lack of legal regulation of housing rights in housing cooperatives. Thus, the generally applicable property and bond laws inherited from the partitioners were applicable in this regard, which, moreover, varied in the western, central, eastern, and southern provinces. In this situation, the types of rights to premises were decided by the statutes of cooperatives. These rights were variously termed: lease, use, usufruct, enjoyment. This was a matter

² Iwona Foryś, „Spółdzielczość mieszkaniowa w Polsce po transformacji gospodarczej” *Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania Uniwersytetu Szczecińskiego*, No. 1 (2017): 33.

³ *Journal of Laws*, No. 111, item 733; *Journal of Laws 1934* No. 55, item 495; *Journal of Laws 1950* No. 25, item 232.

of concern, as neither the provisions of cooperative law nor common civil law provided for the proper resolution of the doubts that emerged^[4].

This situation partially changed with the entry into force of the Decree of the President of the Republic of Poland of October 24, 1934, on the ownership of premises^[5], which allowed the separation of ownership of premises in housing cooperatives. However, even before the this ordinance came into force, there were cases in Warsaw of the separation of ownership of premises in such cooperatives on the basis of Article 664 of the Napoleonic Code, which allowed for the separation of ownership of a floor in a building^[6].

After World War II, the communist authorities in Poland were not interested in solving the problem of housing rights in housing cooperatives, in particular, for ideological reasons, they were opposed to members being entitled to ownership of apartments. The Resolution of the Council of Ministers No. 81 of March 15, 1957, on State aid for housing construction from the people's own funds^[7] introduced three types of housing cooperatives: tenant cooperatives^[8], ownership cooperatives^[9] and cooperative associations for the construction of single-family houses. However, it did not specify the rights to housing vested in members.

The legal status changed significantly with the entry into force of the Act of February 17, 1961, on cooperatives and their associations^[10]. The Act maintained three types of housing cooperatives and clearly defined and regulated the rights of members. In housing cooperatives, these were tenants' rights - obligatory, non-transferable and not subject to inheritance^[11]. In housing construction cooperatives, members held ownership rights in rem, which were transferable and subject to inheritance, though with significant limitations. Finally, in cooperative housing construction associations, members held ownership rights.

4 Jerzy Ignatowicz, „Spółdzielnie budownictwa mieszkaniowego w świetle projektu ustawy o spółdzielniach i ich związkach” *Państwo i Prawo*, No. 11 (1958): 762-763.

5 Journal of Laws No. 94, item 848 as amended.

6 See Ryszard Strzelczyk, *Ewolucja odrębnej własności lokalu w prawie polskim (doctoral dissertation, unpublished)* (Uniwersytet Warszawski, 2005), 58 et seq.

7 Polish Monitor No. 22, item 157.

8 Or more precisely: housing cooperatives.

9 Or more precisely: building and housing cooperatives.

10 Journal of Laws No. 12, item 61 as amended, hereinafter: the „1961 Act.”

11 However, with protection for relatives living together with the deceased member, who were given priority to join the cooperative - Article 145 of this Act.

The 1961 Act did not contain transitional provisions concerning the rights of separate ownership of premises established under the Premises Ownership Ordinance. However, it was assumed that these rights remained intact, since the aforementioned ordinance was still in effect. Paradoxically, this was confirmed by the disgraceful Resolution No. 311 of the Council of Ministers, dated December 18, 1965, on the taking over of certain buildings of housing cooperatives for state ownership, the principles of settlements on this account, and the regulation of certain other matters in the field of housing cooperatives^[12]. The resolution, firstly, contained a list of cooperative buildings, seized by the communist authorities in 1945, which, due to public needs, could not be returned to the cooperatives or were subject to seizure into the ownership of the State Treasury (14 buildings belonging to 10 cooperatives). Secondly, the resolution ordered members of cooperatives that had transferred separate ownership of premises built before November 21, 1945, to transfer ownership of the premises to the cooperative in exchange for cooperative rights to the premises within two years of the effective date of the resolution, under the sanction of the premises passing to the State. However, this only applied to premises located in 16 buildings belonging to 12 cooperatives^[13].

Article V(1) of the Act of April 23, 1964 Introductory Provisions to the Civil Code^[14], revoked the Premises Ownership Ordinance. Instead, the original version of the Civil Code of April 23, 1964, included three articles (135 – 137) on separate ownership of premises. Initially, these provisions were applied almost exclusively to those rights that had been established prior World War II. The Law of July 6, 1972, amending the Law on the Management of Land in Cities and Settlements and the Law on the Exclusion of Single-Family Houses and Premises in Housing Cooperative Houses from the Public Management of Premises, among other things, made it possible to separate independent premises in multi-apartment houses owned by the State and sell them to tenants as the subject of separate ownership. At the same time, the State practically ceased the construction of apartments for rent (so-called „quaternity apartments”) and transferred these tasks to housing cooperatives. On the basis of Article 135 § 5 of the

¹² Polish Monitor No. 71, item 406.

¹³ Krzysztof Pietrzykowski, „Przekształcenia spółdzielczych lokatorskich i własnościowych praw do lokali w prawa odrębnej własności”, [in:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka* (Warsaw. C.H. Beck, 2010), 459-460.

¹⁴ Journal of Laws No. 16, item 94 as amended.

Act on Cooperatives and their Associations, the Council of the Central Association of Housing Cooperatives adopted Resolution No. 6 on April 10, 1972, on the organization of tenant-owner housing cooperatives and on the principles to which the statutes of housing cooperatives should conform^[15]. Tenant-owner cooperatives (so-called mixed cooperatives) became the predominant type of housing cooperatives, which allocated housing units both tenant-owner and owner-occupied, and converted tenant rights into ownership rights^[16]. At that time, housing cooperatives took a quasi-monopoly position in meeting housing needs in Poland. At that time, housing cooperatives were no longer considered the „third way” (after tenancy and ownership), but the first way in meeting the housing needs of the population.

The Act of September 16, 1982 – The Cooperative Law^[17] introduced the unified concept of a housing cooperative, which included tenancy and ownership rights, as well as ownership rights to single-family houses. In addition, the legislation permitted the division of ownership of units in small residential buildings, i.e., those with a maximum of four units, in favor of members.

Subsequent decrees from the Council of Ministers on the principles of granting bank credit for housing purposes^[18] regulated the financing of cooperative housing. In the case of a tenant apartment, the cooperative member covered, in different years, from 50% (initially) to 70% (in 1989) of the construction costs attributable to the unit assigned to him. The member made an advance payment of 10% of the construction costs. For 40% to 60% of the construction costs the state bank gave the cooperative an interest-bearing loan at a rate of 1% per annum, the repayment of which was spread over 40 years, while the remaining part of the construction

¹⁵ Informacje i Komunikaty CZSBM 1972, No. 7-8, item 24. See Jerzy Ignatowicz in: Mirosław Gersdorf, Jerzy Ignatowicz, *Prawo spółdzielcze. Komentarz* (Warsaw: Wydawnictwo Prawnicze, 1985), 343; Krzysztof Pietrzykowski, „Spółdzielcze prawo mieszkaniowe – dawniej i obecnie”, [in:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi* (Warsaw: LexisNexis 2012), 528.

¹⁶ Wiesław Chrzanowski, *Spółdzielcza forma zaspokajania potrzeb mieszkaniowych (studium prawnospołeczne)* (Warsaw: Zakład Wydawnictw CZSR: Spółdzielczy Instytut Badawczy, 1981), 26-27.

¹⁷ Journal of Laws No. 30, item 210 as amended, hereinafter: the „1982 Act.”

¹⁸ The last was the Decree of the Council of Ministers of December 30, 1988, on general rules for granting bank credit for housing purposes, Journal of Laws 1989 No. 1, item 1.

costs allocated to the apartment (from 50% to 30% in individual years) was amortized on a one-time basis^[19]. In the case of a proprietary apartment, the cooperative member made an advance housing contribution of at least 20% of the construction costs, for the remainder of the construction costs the state bank gave the cooperative an interest-bearing loan at 2% per annum, the repayment of which was spread over 40 years. If the member repaid the entire loan at once before occupying the apartment, 30% of the loan used would be forgiven. The Council of Ministers Ordinance of April 5, 1989, on amending the implementing regulations on the rules for granting and interest rates on loans for housing construction purposes^[20] changed the interest rate on credit extended to housing cooperatives to 3% for tenant apartments and 6% for ownership apartments.

Such low interest rates on loans to housing cooperatives, coupled with the country's poor economic situation, caused the waiting period for cooperative housing to extend to several decades. The legal status in this regard was already modified after the change of the political system in Poland following the 1989 elections. On January 1, 1990, the Act of December 28, 1989, on the Ordering of Credit Relations^[21], which repealed the obligations imposed on banks to provide privileges and preferences in loan interest rates and repayment terms, and established that loan interest rates for 1990 were subject to repayment at 40% of the interest amount. Members who had not repaid their loans by the end of 1989 found themselves in a situation known as a „credit trap”. Despite the implementation of several measures by the Polish authorities with the aim of alleviating this phenomenon, the issue remains unresolved to this day.

Despite several amendments to the 1982 Act, the types of members' rights to premises in housing cooperatives remained unchanged.

¹⁹ Krzysztof Pietrzykowski, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, 9 wyd., Warszawa 2018, pp. 156-157; see also Małgorzata Bednarek, *Prawo do mieszkania w konstytucji i ustawodawstwie* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2007), 756-758.

²⁰ *Journal of Laws* No. 22, item 118.

²¹ *Journal of Laws* No. 74, item 440.

4 | Rights to premises in housing cooperatives in Poland (Act on Housing Cooperatives)

The parliamentary bill on regulating ownership relations in housing cooperatives and amending certain acts^[22] proposed radical changes to ownership relations in housing cooperatives. First, the bill provided for the *ex lege* acquisition by a housing cooperative of the right of perpetual usufruct of state or municipal land on which the cooperative had constructed buildings without legal title to the land. Second, the law provided for the *ex lege* acquisition by a housing cooperative of the right of perpetual usufruct of land other than state or municipal land on which the cooperative constructed buildings without legal title to such land, as well as the *ex lege* acquisition of ownership of such land by the State Treasury. Third, it provided for the *ex lege* transformation of the cooperative ownership right to premises into the right of separate ownership of premises. Fourth, the bill provided for the *ex lege* conversion of a cooperative tenant right to premises into a cooperative tenancy right.

The parliamentary bill on housing cooperatives of May 7, 1998^[23], provided, among other things, for the enfranchisement of those housing cooperatives that, as of December 5, 1990, had constructed buildings on land to which they had no legal title in the form of ownership or perpetual usufruct, the *ex lege* conversion of the cooperative ownership right to premises into the right of separate ownership of premises, and the conversion of the cooperative tenant right to premises into a cooperative right to housing. Housing cooperatives could establish cooperative rights to residential premises and rights to separate ownership of premises in favor of members^[24]. The draft Act adopted by the parliamentary committee^[25] differed slightly from the original parliamentary draft but retained its basic constructs. The government took a critical stance towards the draft law on housing cooperatives with regard to the proposed ownership conversions by operation of law itself. The Sejm, responding positively to

²² Second parliamentary term paper, No. 663.

²³ Third parliamentary term paper, No. 407.

²⁴ See Krzysztof Pietrzykowski, „Projektowane zmiany w spółdzielczym prawie mieszkaniowym” *Przeгляд Legislacyjny*, No. 1 (2000): 59-78.

²⁵ Third parliamentary term paper, No. 1589.

the government's comments, passed the Act on Housing Cooperatives on December 15, 2000^[26], which came into force on April 24, 2001.

The basic tenets of this law with regard to members' housing rights were as follows. First, solutions were introduced to allow cooperatives that built on other people's land to acquire ownership or perpetual usufruct of that land. However this was done in an extremely inept and ineffective manner. Second, a housing cooperative could establish two types of housing rights for its members: tenant ownership and separate ownership of premises. Third, the existing cooperative ownership right to a residential unit became a transitional category, which meant that after the law came into effect, housing cooperatives could not establish such a right for the benefit of their members. Fourth, members of cooperatives with cooperative housing rights were granted a claim to transfer their ownership, in the case of ownership rights free of charge, and in the case of tenancy rights partially against payment. Fifth, the previous regulations applied to the so-called cooperative right to a single-family house until their ownership was transferred to members.

The 2000 Act was amended several times. Both this law and the earlier 1982 Act were impacted by over a dozen decisions of the Constitutional Court^[27] and numerous decisions of the Supreme Court^[28]. In spite of this, the construction of housing rights for cooperative members remained intact.

When it comes to the amendments to the Act of 2000, particularly noteworthy is the Act of July 20, 2017, amending the Act on Housing Cooperatives, the Act – Code of Civil Procedure and the Act – Cooperative Law^[29]. This amendment introduced the principle of linking membership in a housing cooperative with cooperative rights to premises was introduced, as a consequence of which the rule is that membership arises and ceases *ex lege*^[30].

²⁶ Journal of Laws 2001 No. 4, item 27, Journal of Laws 2023 item 438, hereinafter: the „2000 Act.”

²⁷ See Krzysztof Pietrzykowski, „Spółdzielcze prawo mieszkaniowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego”, [in:] *Podstawowe konstrukcje i tendencje rozwojowe prawa spółdzielczego* (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2014), 121-135.

²⁸ See Krzysztof Pietrzykowski, „Spółdzielcze prawo mieszkaniowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego (wybrane zagadnienia)”, [in:] *Spółdzielczość mieszkaniowa w Polsce wobec wyzwań współczesności* (Bielsko-Biała: Wyższa Szkoła Administracji, 2014), 21-34.

²⁹ Journal of Laws 2017, item 1596.

³⁰ See in more detail Katarzyna Królikowska, *Zasada związania praw do lokalu z członkostwem w spółdzielni mieszkaniowej* (Warsaw: C.H. Beck, 2009); Krzysztof

The introduction of this change deserves strong approval. However, the current regulation applies only to those who have tenant or ownership rights, and those who apply for the establishment of tenant or separate ownership rights to premises. What is completely incomprehensible, however, is the omission of people who already have separate ownership rights to premises in a housing cooperative. After all, the association of membership with rights to premises was undoubtedly modeled on the Act of June 24, 1994, on ownership of premises^[31], and there it is precisely the rule that *ex lege* members of a housing cooperative are all owners of premises in a given property.

5 | *De lege ferenda* conclusions

Firstly, there is still unresolved the problem of those housing cooperatives that erected buildings on land to which they did not have legal titles. Appropriate drafts of the law enfranchising such cooperatives *ex lege* have been ready for 30 years, it is enough only to use them^[32]. Maintaining the current legal status also raises doubts about whether and what rights are vested in cooperative members whose premises are located in buildings erected on other people's land. The Supreme Court, in a resolution of a panel of seven judges on May 24, 2013, III CZP 104/12^[33], adopted that a cooperative ownership right to premises established in a building located on land to which the cooperative is not entitled to ownership or perpetual usufruct, constitutes an expective right; the establishment of a land and mortgage register to disclose it is impermissible.

Secondly, the problem of ownership conversions of cooperative ownership rights to premises also remains unresolved. Such transformations can be either voluntary or compulsory (*ex lege*).

Pietrzykowski, „Nowa formuła stosunku członkostwa w spółdzielni mieszkaniowej”, [in:] *Prawo prywatne w służbie społeczeństwu. Księga poświęcona pamięci Profesora Adama Jedlińskiego* (Sopot: Spółdzielczy Instytut Naukowy, 2019), 263-278.

³¹ Journal of Laws 2021 item 1048.

³² See, for example, Pietrzykowski, *Spółdzielcze prawo mieszkaniowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, 21-34.

³³ Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2013, No. 10, item 113.

Voluntary conversions are regulated in Article 17¹⁴ of the 2000 Act with regard to ownership rights. This concerns the transformation of the cooperative ownership right to premises into the right of separate ownership of premises^[34]. In particular, against the background of the application of these provisions, the problem arose as to whether the transformation is to be free of charge or at least partially chargeable. The Constitutional Court, in its December 17, 2008, P 16/08 ruling^[35], found that Article 17¹⁴(1) of the 2000 Act, to the extent that it obliges a cooperative to conclude an agreement to transfer ownership of an apartment after a member of the cooperative or a non-member of the cooperative has made only the payments referred to in points 1 and 2 of that provision, is inconsistent with Article 64(2) and (3) in conjunction with Article 21(2) of the Constitution. The aforementioned provisions were amended as a consequence of this judgment by the Law of December 18, 2009, amending the Law on Housing Cooperatives and amending certain other acts^[36]. However, the previous gratuitous nature of voluntary ownership conversions was preserved^[37].

As already mentioned, the legislator left the cooperative ownership right to premises as a transitional category, since it did not allow the establishment of new such rights, but allowed the transformation into separate ownership of those rights that had already been created. Thus, at present, two types of transferable and inheritable rights to premises coexist in housing cooperatives in Poland: the cooperative ownership right to premises and the right to separate ownership of premises. The differences between these rights used to be very clear, primarily for the reason that, although the cooperative ownership right to premises was transferable and subject to inheritance and it could be held jointly by spouses, but at the same time there were far-reaching restrictions on the inheritance of the right to premises (Article 150 of the 1961 Act, Article 228 of the 1982 Act), the consequences of termination of membership in a cooperative for reasons other than the death of a member (Article 149 of the 1961 Act, Article 227 of the 1982 Act, Article 178 of the 2000 Act), transferability of the right to the premises (Article 147 of the 1961 Act, Article 223 of the 1982 Act, Article 17² of the 2000 Act), belonging of the right to the premises to

³⁴ Katarzyna Królikowska in: *System Prawa Prywatnego*, t. XXI, *Prawo spółdzielcze*, ed. Krzysztof Pietrzykowski (Warsaw: C.H. Beck, 2020), 640 et seq.

³⁵ Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – A 2008, No. 10, item 181. See also the judgment of the Supreme Court of July 8, 2010, II CSK 3/10, Legalis, Lex.

³⁶ Journal of Laws 2009 No. 223, item 1779.

³⁷ Pietrzykowski, *Spółdzielnie mieszkaniowe*, 153-154, 235-239.

the joint property of the spouses (Article 138 of the 1961 Act, Articles 215 and 216 of the 1982 Act), and the ability of members to rent their apartments (Article 143.5 of the 1961 Act, Article 217 of the 1982 Act, Article 1716 of the 2000 Act). The aforementioned restrictions were gradually removed from the Polish legal order by the Constitutional Court, first with regard to the inheritance of property rights. In its judgment of February 25, 1999, K. 23/98^[38], the Constitutional Court declared that Article 228(3) of the 1982 Act was incompatible with Article 64(1) and (3), in conjunction with Article 21(1) and Article 31(3) of the Constitution, and with Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms^[39]. In its judgment of May 21, 2001, SK 15/00^[40], the Constitutional Court found that Article 228(1) of the 1982 Act was inconsistent with Article 64(1) and (3), in conjunction with Article 21(1) and Article 31(3) of the Constitution, but not inconsistent with Article 64(3) of the Constitution. Subsequent Constitutional Court rulings have lifted further restrictions on property rights. In its judgment of June 29, 2001, K. 23/00^[41], the Constitutional Court declared that Article 215(1) of the 1982 Act was inconsistent with Article 32 in conjunction with Article 2 of the Constitution and with Article 64(1) in conjunction with Article 31(3) of the Constitution, Article 216 of the 1982 Act was inconsistent with Article 64(2) in conjunction with Article 31(3) of the Constitution, and Article 217(1) and (2) of the 1982 Act was inconsistent with Article 64(2) in conjunction with Article 31(3) of the Constitution. In its judgment of March 30, 2004, K 32/03^[42], the Constitutional Court ruled that Article 17⁸(1) of the 2000 Act is inconsistent with Article 64(2) in conjunction with Article 31(3) of the Constitution, and that Article 17²(2) of the 2000 Act is inconsistent with Article 64(1) in conjunction with Article 31(3) of the Constitution. In its judgment of December 11, 2008, K 12/08^[43], the Constitutional Court found that Article 227(1) of the 1982 Act, as in effect prior to January 15, 2003, is inconsistent with Article 64(2) in conjunction with Article 31(3) of the Constitution. The Constitutional Court ruled on November 9, 2005, P 11/05^[44], that Article 223(2) of the 1982 Act, repealed by

³⁸ OTK 1999, No. 2, item 25.

³⁹ Journal of Laws 1995 No. 36, item 175.

⁴⁰ OTK 2001, No. 4, item 85.

⁴¹ OTK 2001, No. 5, item 124.

⁴² OTK-A 2004, No. 3, item 22.

⁴³ OTK-A 2008, No. 10, item 176.

⁴⁴ OTK-A 2005, No. 10, item 113.

Article 3(3) of the 2002 Amendment Act, is inconsistent with Article 64(1) in conjunction with Article 31(3) of the Constitution.

As a result of changes in Polish law, resulting mainly from the aforementioned judgments of the Constitutional Court, the legal construction of the cooperative ownership right to premises has become closer to the ownership right to premises in a housing cooperative^[45]. From an economic and sociological point of view, these two legal constructions are in principle no different. However, from a legal point of view, they are still two separate constructions: a limited right in rem and ownership. The cooperative ownership right to housing still suffers from restrictions on the leasing of cooperative housing by cooperative members to others. Pursuant to Article 17¹⁶, paragraph 1 of the 2000 Act, the leasing out or giving into free use by a member or a non-member of a cooperative, to whom the cooperative ownership right to premises is vested, of all or part of the premises does not require the consent of the cooperative, unless it would be connected with a change in the use of the premises or the purpose of the premises or part thereof. This is a relic of the old legal regulations, which should be removed from the legal order. In addition, it should be emphasized that the establishment of a land and mortgage register for a cooperative ownership right to premises is not mandatory (Article 1, paragraph 3 of the Act of July 6, 1982 on Land and Mortgage Registers and Mortgages^[46]). This makes that in the case of the sale of a cooperative ownership right to premises, which is not disclosed in the land and mortgage register, the purchaser does not benefit from the protection provided by the provisions on the warranty of public credibility of land and mortgage registers (Articles 5 – 9 of the Act on Land and Mortgage Registers and Mortgages). Therefore, this is buying the proverbial „cat in the bag”, as there is a certain risk that the seller does not have the right to the premises, while the good faith of the buyer is not protected.

The clear similarity between the cooperative ownership right to premises and the right of separate ownership of premises means that members of a housing cooperative do not have sufficient incentive to convert the former into the latter^[47]. Therefore, it is necessary to return to the concept from more than 30 years ago of *ex lege* transformation of the cooperative

⁴⁵ Strzelczyk, *Ewolucja odrębnej własności lokalu*, 239 et seq.

⁴⁶ Journal of Laws 2023 item 146.

⁴⁷ Andrzej Mączyński, *Dawne i nowe instytucje polskiego prawa mieszkaniowego* *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, No. 1 (2002): 65 et seq.

ownership right to premises as a limited right in rem into the right of separate ownership of premises^[48]. This is because the cooperative ownership right to premises is a construction typical of communist law, which, like the right of perpetual usufruct of land, should have disappeared long ago. This is a relic typical of Polish law, that no longer exists in other post-communist countries, where there is generally a strong tendency for members of housing cooperatives to have ownership rights to premises. For historical reasons, this is fully understandable, since before the change of regime in these countries, private ownership basically did not exist (with the exception of Poland and the former Yugoslavia). Besides, also in some countries of „old” Europe, members of housing cooperatives have or may have ownership rights to premises.

Thirdly, the cooperative tenancy right to housing units occurs in practice either as a right formerly established under the provisions of the 1961 and 1982 Acts, or as a right established under the current 2000 Act as an alternative to separate ownership. However, the establishment of this right requires assistance from the public authority. The amount of the housing contribution made by a member of a cooperative corresponds to the difference between the cost of construction attributable to his premises and the assistance obtained by the cooperative from public funds or other funds obtained to finance the cost of construction of the premises (Article 10, paragraph 2 of the 2000 Act), including repayable financing (Articles 9¹ and 9² of the 2000 Act). State aid for the realization of cooperative tenant housing is clearly insufficient, with the result that only a few housing cooperatives choose to build tenant housing.

Voluntary conversions have been regulated in the provisions of Article 12 of the 2000 Act with regard to the tenant’s right that can be converted into the right of separate ownership of an apartment. Also against the backdrop of the application of these provisions, a problem arose as to whether the transformation was to be essentially gratuitous or at least partially gratuitous. The Constitutional Court, in its judgment of December 17, 2008, P 16/08, found that Article 12(1) of the 2000 Act was incompatible with Article 64(2) and (3) in conjunction with Article 21(2) of the Constitution

⁴⁸ Krzysztof Pietrzykowski, *Spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego de lege ferenda*, [in:] *Z zagadnień współczesnego prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tomasza Dybowskiego* (Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 1994), 129-137; Józef Skąpski, „O stanie i potrzebach prawa cywilnego – uwagi kilka” *Przeгляд Sądowy*, No. 7-8 (1992): 13.

to the extent that this provision obligates the cooperative to conclude a contract for the transfer of ownership of the premises after the cooperative member has made only the repayments referred to in items 1-3 of the provision. The provisions of Article 12 of the 2000 Act were amended as a consequence of this judgment by the Law of December 18, 2009, amending the Law on Housing Cooperatives and Amending Certain Other Laws, which, however, aptly preserved the previous, essentially gratuitous nature of voluntary ownership conversions.

The cooperative tenant right to housing is a corporate bonded right, non-transferable and not subject to inheritance or execution (Article 9 (3) of the 2000 Act)^[49]. However, the housing contribution is inheritable (Article 14 (2) of the 2000 Act). Upon the death of one of the spouses, the cooperative housing right to which both spouses were entitled falls to the other spouse (Art. 14 (1) of the 2000 Act). In the event that the cooperative tenant's right to a dwelling unit expires as a result of the death of the entitled person or in the cases referred to in Article 11, claims to conclude a contract for the establishment of a cooperative tenant's right to a dwelling unit accrue to his relatives^[50] (Article 15 paragraph 2 of the 2000 Act). For the protection of the cooperative tenant's right to a dwelling unit, the provisions on the protection of property shall apply accordingly (Article 9, paragraph 6 of the 2000 Act)^[51].

The cooperative tenant right to housing should *de lege ferenda* become a limited right in rem, with the possibility of its transformation into the right of separate ownership of premises. Consequently, this right would be transferable and subject to inheritance and execution. However, in the event of a sale, the housing cooperative would have the right of first refusal.

Fourth, the right of separate ownership of premises in a housing cooperative could have been created in the following cases: under the provisions of the Presidential Decree of October 24, 1934 on the ownership of premises, which is no longer in force, or Articles 135-137 of the Civil Code, as a result of the transformation of a tenant's or owner's right under Article 12 or 17¹⁴ of the 2000 Act, *ex lege* under Article 17¹⁸ of the 2000 Act in connection with

⁴⁹ Piotr Zakrzewski in: *System Prawa Prywatnego*, 472-531.

⁵⁰ The definition of relatives is provided in Article 2, paragraph 5 of the Act of 2000. These are descendants, ascendants, siblings, children of siblings, spouse, adoptee and adopted person, and a person who is actually in common life with a cooperative member.

⁵¹ These are the provisions of Article 222 et seq. of the Civil Code of April 23, 1964 (Journal of Laws 2023 item 1610).

the acquisition of a building or an interest in a building by an entity other than a housing cooperative in the course of liquidation, bankruptcy or foreclosure proceedings against the cooperative's property, and on the basis of a contract for the construction of premises regulated by the provisions of Article 18 et seq. of the 2000 Act. The application of the aforementioned provisions of Article 18 et seq. of the 2000 Act^[52] is generally not in doubt, so in principle they do not require amendment.

Fifth, in Poland, separate ownership of premises can exist both in buildings of housing cooperatives and in buildings of housing communities. This is not some peculiar phenomenon, as housing cooperatives and condominiums (housing communities) operate in parallel in many European countries. In Poland, the first legal regulation of separate ownership of premises appeared in the Presidential Decree on Ownership of Premises of October 24, 1934, which initially applied in principle only to housing cooperatives. At the time, there was no concept of a housing community, because there was no need for it, since the ownership of premises was vested in members of housing cooperatives. The situation changed in 1994, when the Law on Premises Ownership introduced the concept of a housing community and granted such a community legal capacity and judicial capacity (Article 6 of the Law). A housing community, however, is not a legal person, but at most a so-called „legal disability”. Its legal construction raises serious doubts, as evidenced by the appearance in the Polish literature of several monographs on its subject^[53]. It is undisputed that it cannot conduct business and has no bankruptcy capacity. The expression of doubts about the legal nature of the housing community is especially the erroneous resolution of a panel of seven judges of the Supreme Court of December 21, 2007, III CZP 65/07^[54], according to which the housing community, acting within the legal capacity granted to it, can acquire rights and obligations to its own property. This raises the question of whether it makes sense to continue the dualism of the legal regulation of separate ownership of premises in the Laws on Ownership of Premises and Housing Cooperatives. It may be advisable to consider converting a housing community *ex lege* into a housing cooperative, as has been done in Estonia?

⁵² Jerzy Pisuliński in: *System Prawa Prywatnego*, 585-630.

⁵³ Katarzyna Malinowska-Woźniak, *Cywilnoprawny status wspólnoty mieszkaniowej* (Warsaw: C.H. Beck, 2016); Aleksander Turlej, *Wspólnota mieszkaniowa* (Warsaw: C.H. Beck, 2005).

⁵⁴ Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2008, No. 7-8, item 69, with my dissenting opinion.

Sixth, on November 4, 2022, the Act on housing cooperatives (*ustawa o kooperatywach mieszkaniowych*) and the rules for the disposal of real estate belonging to the municipal real estate stock to support the implementation of housing projects was passed^[55]. The idea itself was not bad. Namely, the idea was to allow at least three individuals to carry out a housing project, connected with the acquisition of undeveloped or developed land for the purpose of establishing separate ownership of premises or transferring ownership of single-family houses. Serious doubts are raised, however, by the law's adoption of the unfortunate name „housing cooperative” (*„kooperatywa mieszkaniowa”*), which is irresistibly associated with „housing cooperative” (*„spółdzielnia mieszkaniowa”*). If we translate these terms into any foreign language, the same thing will always come out: „housing cooperative,” or „housing cooperative.” It should be added that in the past in Poland cooperatives were called, among other things, cooperatives (*kooperatywy*). This raises a question, why were two laws adopted in Poland (on housing cooperatives (*spółdzielniach mieszkaniowych*) and housing cooperatives (*kooperatywach mieszkaniowych*) that mean the same thing? Meanwhile, a housing cooperative (*kooperatywa mieszkaniowa*) is something completely different from a housing cooperative (*spółdzielnia mieszkaniowa*) under the Act. A housing cooperative (*kooperatywa mieszkaniowa*) is a contractual legal relationship, similar to that of a civil partnership (Article 860 et seq. of the Civil Code), while a housing cooperative (*spółdzielnia mieszkaniowa*) is a legal entity. Or perhaps it was enough to amend the Law – Cooperative Law or the Law on Housing Cooperatives (*ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych*) by adopting that the minimum number of members of a housing cooperative is three?

⁵⁵ Journal of Laws 2023 item 28. See *Ustawa o kooperatywach mieszkaniowych oraz zasadach zbywania nieruchomości należących do gminnego zasobu nieruchomości w celu wsparcia realizacji inwestycji mieszkaniowych*. Komentarz, ed. Bogusław Lackoroński (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023).

Bibliography

- Adamiec Danuta, Justyna Branna, Dobromir Dziewulak, Natalia Firlej, Kamila Groszkowska, Marta Karkowska, Łukasz Żołądek, „Rozwiązania prawne dotyczące lokatorskich spółdzielni mieszkaniowych, kooperatyw mieszkaniowych oraz form własności warunkowej w Czechach, Danii, Francji, Niemczech, Szwajcarii i Szwecji” [„Legal solutions for tenant housing cooperatives, housing cooperatives and forms of conditional ownership in the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Switzerland and Sweden”] *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu [Legal Notebooks of the Office of Parliamentary Analyses of the Chancellery of the Sejm (Parliament of Poland)]*, No. 4 (2021): 258-288.
- Bednarek Małgorzata, *Prawo do mieszkania w konstytucji i ustawodawstwie [Right to housing in the constitution and legislation]*, Warsaw: Wolters Kluwer, 2007.
- Chrzanowski Wiesław, *Spółdzielcza forma zaspokajania potrzeb mieszkaniowych (studium prawno-społeczne) [Cooperative form of meeting housing needs (legal and social study)]*, Warsaw: Zakład Wydawnictw CZSR: Spółdzielczy Instytut Badawczy, 1981.
- Foryś Iwona, „Spółdzielczość mieszkaniowa w Polsce po transformacji gospodarczej” [„Housing cooperatives in Poland after the economic transformation”] *Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania Uniwersytetu Szczecińskiego [Studies and Works of the Faculty of Economics and Management of the University of Szczecin]*, No. 1 (2017): 31-41.
- Gersdorf Mirosław, Jerzy Ignatowicz, *Prawo spółdzielcze. Komentarz [Cooperative Law. Commentary]*, Warsaw: Wydawnictwo Prawnicze, 1985.
- Ignatowicz Jerzy, „Spółdzielnie budownictwa mieszkaniowego w świetle projektu ustawy o spółdzielniach i ich związkach” [„Housing cooperatives in light of the draft law on cooperatives and their associations”] *Państwo i Prawo [State and Law]*, No. 11 (1958): 762-776.
- Królikowska Katarzyna, *Zasada związania praw do lokalu z członkostwem w spółdzielni mieszkaniowej [The principle of binding rights to premises with membership in a housing cooperative]*. Warsaw: C.H. Beck, 2009.
- Mączyński Andrzej, „Dawne i nowe instytucje polskiego prawa mieszkaniowego” [„Past and new institutions of Polish housing law”] *Kwartalnik Prawa Prywatnego [Private Law Quarterly]*, No. 1 (2002): 65-114.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego de lege ferenda”, [in:] *Z zagadnień współczesnego prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tomasza Dybowskiego [Cooperative right to housing de lege ferenda in From the issues of contemporary civil law. Memorial book in honor of Professor*

- Tomasz Dybowski]. 129-137. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 1994.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Projektowane zmiany w spółdzielczym prawie mieszkaniowym” [„Projected changes in cooperative housing law”] *Przegląd Legislacyjny [Legislative Review]*, No. 1 (2000): 59-78.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Przekształcenia spółdzielczych lokatorskich i własnościowych praw do lokali w prawa odrębnej własności” [„Transformation of cooperative tenancy and ownership rights to premises into separate ownership rights”], [in:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka [Contemporary Problems of Private Law. Memorial book in honor of Professor Edward Gniewek]*. 459-470. Warsaw. C.H. Beck, 2010.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Spółdzielcze prawo mieszkaniowe – dawniej i obecnie” [„Cooperative housing law – past and present”], [in:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi [Dissertations in civil law, intellectual property and private international law. Memorial book dedicated to Professor Bogusław Gawlik]*. 525-540. Warsaw: LexisNexis 2012.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Spółdzielcze prawo mieszkaniowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego (wybrane zagadnienia)” [„Cooperative housing law in the jurisprudence of the Supreme Court (selected issues)”], [in:] *Spółdzielczość mieszkaniowa w Polsce wobec wyzwań współczesności [Cooperative housing in Poland towards the challenges of modernity]*. 21-34. Bielsko-Biała: Wyższa Szkoła Administracji, 2014.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Spółdzielcze prawo mieszkaniowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego” [„Cooperative housing law in the jurisprudence of the Constitutional Court”], [in:] *Podstawowe konstrukcje i tendencje rozwojowe prawa spółdzielczego [Basic constructions and development tendencies of cooperative law]*. 121-135. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2014.
- Pietrzykowski Krzysztof, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz [Housing Cooperatives. Commentary]*, 9th ed. Warsaw: C.H. Beck, 2018.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Nowa formuła stosunku członkostwa w spółdzielni mieszkaniowej” [„New formula of the membership relation in a housing cooperative”] [in:] *Prawo prywatne w służbie społeczeństwu. Księga poświęcona pamięci Profesora Adama Jedlińskiego [Private law in the service of society. Book dedicated to the memory of Professor Adam Jedliński]*. 263-278. Sopot: Spółdzielczy Instytut Naukowy, 2019.
- Skąpski Józef, „O stanie i potrzebach prawa cywilnego – uwag kilka” [„On the state of needs of civil law – some remarks”] *Przegląd Sądowy [Judicial Review]*, No. 7-8 (1992): 3-20.

- Strzelczyk Ryszard, *Ewolucja odrębnej własności lokalu w prawie polskim (doctoral dissertation, unpublished)* [Evolution of separate ownership of premises in Polish law (doctoral dissertation, unpublished)]. Uniwersytet Warszawski [University of Warsaw] 2005.
- System Prawa Prywatnego*, t. XXI, *Prawo spółdzielcze* [System of Private Law, Vol. XXI, Cooperative Law], ed. Krzysztof Pietrzykowski, Warsaw: C.H. Beck, 2020.
- Malinowska-Woźniak Katarzyna, *Cywilnoprawny status wspólnoty mieszkaniowej* [Civil law status of the housing community], Warsaw: C.H. Beck, 2016.
- Szymczak Iwona, *Wspólnota mieszkaniowa* [Housing community]. Warsaw: Wolters Kluwer, 2014.
- Turlej Aleksander, *Wspólnota mieszkaniowa* [Housing community], Warsaw: C.H. Beck, 2005.
- Ustawa o kooperatywach mieszkaniowych oraz zasadach zbywania nieruchomości należących do gminnego zasobu nieruchomości w celu wsparcia realizacji inwestycji mieszkaniowych. Komentarz* [„Law on housing cooperatives and the principles of disposal of real estate belonging to the communal real estate resource to support the implementation of housing projects. Commentary”], ed. Bogusław Lackoroński. Warsaw: Wolters Kluwer, 2023.



MARIOLA LEMONNIER

Directions of the Development of Cooperatives in France. Legal and Historical Perspectives

Abstract

The article deals with the evolution of the various forms of cooperatives existing in French law. The regulations are presented chronologically, starting with the Act of 1867 and continuing with the regulations currently in force, in particular those of 1947. The types of cooperatives are presented according to the economic sector, which are a function of the private law regulations. Questions related to the French legal practice and theory, which may be important for the Polish practice and regulations, have been raised. Among other things, the answers to the following questions will be analyzed: what reforms have been carried out to adapt the old idea of cooperatives to the new economic conditions in France and in the world, whether the French cooperative model is a regulatory success or perhaps it developed by adapting to the environment, hence the large amount of case law in this system, why a cooperative code has not been created and whether it has an impact on the activities of cooperatives, although the share of cooperatives in many sectors of the economy is significant

KEYWORDS: cooperative law in France, French law, history of cooperative law

MARIOLA LEMONNIER, associate professor, PhD in Law, University of Lodz, ORCID – 0000-0003-3277-9568, e-mail: marlemon@interia.pl

1 | Introduction

To understand the evolution of French cooperatives, it is necessary to go back to the genesis of the cooperative movement as the origin of cooperative law. The purpose of this article is to highlight the many peculiarities of French cooperative law that have long corrupted practice until it could be defined and then strictly limited. Although it has been updated to meet economic and fiscal needs, French cooperative legislation is still incomplete and contains many details about different types of cooperatives, which does not allow a holistic view, but only a reference to a specific type of cooperative.

The modernity and adaptability of the cooperative sector in France to national economic policies is well known. There are more than a dozen general cooperative sectors in France^[1]. These include agricultural cooperatives, workers' cooperatives, „cooperatives of common interest” (SCICs)^[2], rental housing cooperatives, homeowners' cooperatives, credit cooperatives, consumer cooperatives, artisan cooperatives, fishing cooperatives,

¹ National Cooperative Council, *French cooperatives in a nutshell*. <https://www.krs.org.pl/dzialalnosc-miedzynarodowa/spoldzielczosc-w-unii-europejskiej/1217-spoldzielczosc-francuska-w-pigulce>. [accessed 1.01.2024].

² A cooperative of collective interest (La société coopérative d'intérêt collectif) is a cooperative formed in the form of a SARL, SAS or SA with variable capital, according to the law of 2001 establishing the Scic, is the production or supply of goods and services of collective interest of social utility. Regardless of its object, the Scic is subject to the Commercial Code by virtue of its form (SARL, SAS or SA) and the law of September 10, 1947. It can be applied to all sectors of activity as long as the collective interest is justified by a territorial or sectoral project based on heterogeneous membership (adherence to cooperative principles (1 person = 1 vote) and limited profitability (obligation to reinvest almost all surpluses in the activity)). The Scic must include three types of members: employees of the Scic or, in the absence of employees of producers of goods or services, beneficiaries of the goods and services offered by the cooperative (suppliers, residents, etc.). The third category can be formed by any other type of shareholder, natural or legal person, private or public, who contributes to the cooperative (such as companies, associations, craftsmen, volunteers, farmers, local authorities, etc.). <https://bpi-france-creation.fr/encyclopedie/structures-juridiques/entreprendre-less/scic-societe-cooperative-dinteret-collectif>.

food cooperatives, transport cooperatives^[3]. The share of cooperatives in some sectors of the French economy is very high^[4].

There are more than a dozen cooperative sectors in France. These include agricultural cooperatives (2,600 cooperatives), work cooperatives (2,298), the so-called SCIC or „cooperatives of common interest” (627). SCICs or the specifically French type of “common interest cooperatives” (627), tenant cooperatives (175), artisan cooperatives (152), fishery cooperatives (100), trade or commerce cooperatives (97), food cooperatives (37), transport cooperatives (24), owner-occupied housing cooperatives (10), and a huge sector of financial cooperatives consisting of cooperative banks belonging to the Crédit Agricole group (2. 462), Crédit Mutuel (2107), and BPCE/Crédit Coopératif (44); separately classified are the school cooperatives, of which there are as many as 45,000^[5]. It is arguably these that are nurturing the young generations of cooperatives that are contributing to the success of French cooperativism as a whole.

In the global economy, the cooperative status is a kind of guarantee of stability, not seeking short-term profitability, answering only to its members, making it more resistant to crises. If the success of cooperatives in France seems undeniable, their late emergence and rather chaotic development have long raised questions about their impact on the economy.

The cooperative law in France contains provisions that bring together the rules applicable to the operation of cooperatives and specific provisions contained in a very large number of legal acts. It is complex because it includes provisions of a general nature relating to the cooperative model and provisions contained in dozens of acts applicable to different types

³ Examples of cooperatives in French – Les sociétés coopératives artisanales, Les sociétés coopératives de transport fluvial, Les sociétés coopératives de banque, sociétés coopératives de consommation, Les sociétés coopératives de commerçants détaillants, Les sociétés coopératives d’attribution d’immeubles, Les sociétés coopératives d’entreprises de transport, Les sociétés coopératives d’HLM., Les sociétés coopératives d’intérêt maritime, Les sociétés coopératives ouvrières de production, La Société Coopérative d’Intérêt Collectif (Scic), Les sociétés anonymes coopératives de production d’habitations à loyer modéré et aux sociétés anonymes coopératives d’intérêt collectif d’habitations à loyer modéré, La société coopérative d’intérêt collectif HLM (Scic HLM), Les sociétés coopératives européennes.

⁴ Cf. Mariola Lemonnier, „General characteristics of cooperative banks in France” *Law and Liaison*, No. 1 (2023): 113-133. <https://doi.org/10.36128/priw.vi44.652>.

⁵ Thomas Lamarche, Nadine Richez-Battesti, „Approches mésoéconomiques des coopératives” *Revue de régulation*, No. 34 (2023). <https://journals.openedition.org/regulation/22341>.

of cooperatives, as well as to the regulation of different legal forms and the way cooperatives are organized. This diversity is both the cause and the effect of the gradual regulation of cooperatives.

2 | Development and typification of cooperatives in France

The French law of September 10, 1947 on the statutes of cooperatives^[6] although amended several times, still serves as the „legislative reference base”, the „common substrate” of French cooperative law. According to article 1 of the 1947 law, as extensively amended by the law of July 31, 2014 in its current form, „a cooperative is an entity formed by a number of persons voluntarily associated to meet their own economic or social needs through joint efforts and the creation of the necessary means. It carries out its activities in all fields of human activity and respects principles such as voluntary membership open to all, democratic economic participation of its members, training of these members and cooperation with other cooperatives”^[7]. With the exception of special provisions for certain categories of cooperatives, each member of a cooperative is called a „cooperator” or „member”, as the case may be, and has one vote in the general assembly. The cooperative’s surpluses are primarily allocated to a reserve to ensure the cooperative’s development. While the old version of the regulation only mentioned the legal nature and purpose of the cooperative

⁶ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, JORF n°0214, 11 septembre 1947 as amended.

⁷ Art.1 La coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires. Elle exerce son activité dans toutes les branches de l’activité humaine et respecte les principes suivants: une adhésion volontaire et ouverte à tous, une gouvernance démocratique, la participation économique de ses membres, la formation desdits membres et la coopération avec les autres coopératives. Sauf dispositions spéciales à certaines catégories de coopératives, chaque membre coopérateur dénommé, selon le cas, „associé” ou „sociétaire”, dispose d’une voix à l’assemblée générale. Les excédents de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres, sous réserve de l’article 16.

as an essential element, the current version mentions other aspects: the purpose, the main principles of operation. These are the „determinants” of the cooperative institution.

Most of the rules applicable to the cooperative form are derived from the provisions of the law of September 10, 1947, which has been amended several times. Initially, the rules comprised 30 articles; in the law they now number 50 (except for the provisions of Titles II ter, III bis and III ter, which are dedicated to specific cooperatives by form). Other important changes were introduced by the reform of July 31, 2014, which had two objectives: the development of the cooperative model through provisions aimed at promoting the conditions for a dynamic cooperative model by creating new forms of cooperatives in connection with the introduction of simplifications and flexibilities in the organization and operation of these entities. However, it is important to note the role played by the principles of contract law, particularly with regard to agricultural cooperatives. Indeed, the French courts have sought to introduce greater freedom in the relationship between a cooperative and a cooperative member, „l’associé coopérateur [...] on the basis of contract law”^[8].

2.1. Diversity of cooperatives

The diversity of cooperatives, their purpose, the way they operate, leads to their classification. Cooperatives of a business (economic) nature are diverse, but can be formed in many sectors of activity, such as, for example, transport, trade, finance. Business cooperatives are characterized by the fact that they bring together individuals with the status of entrepreneurs who are engaged in independent business activities. The legal basis for this type of cooperative is Articles L. 124-1 and following of the Commercial Code and the Law of September 10, 1947. It should be recalled that the first such „cooperatives” (in today’s sense) were incorporated into commercial law (Commercial Code of 1807) and initially functioned in the form of limited partnerships.

The purpose of an economic cooperative is to improve, through the joint efforts of its members, the conditions under which they carry out their

⁸ Loïc Seeberger, „Historique de l’évolution du droit des coopératives, de ses origines à nos jours” *Revue internationale de l’économie sociale*, No. 333 (2014): 60-76. <https://doi.org/10.7202/1026044ar>.

economic activities. To this end, they may, in particular, carry out certain activities directly or indirectly for the benefit of their members.

A characteristic of user cooperatives is the association of people associated with them, but also users of products, goods, for services produced by the cooperative.

For example, the concept of residents' cooperatives (La coopérative d'habitants) was introduced by the law of March 24, 2014 as an expression of the participatory approach to housing. Article L. 200-1 of the French Building and Housing Code defines participatory housing as „a civic approach that allows individuals to join together, where appropriate, with legal entities to participate in the definition and design of their housing and common spaces, the construction or acquisition of one or more buildings for their residence and, where appropriate, to provide for the subsequent management of the buildings built or acquired”^[9]. Participating legal entities may not hold more than 30% of the share capital if the cooperative is formed as a residents' cooperative or as an allotment company. This participatory housing cooperative may develop activities and offer services to its partners or related third parties. However, third parties will only be able to access its activities or services with the approval of the General Assembly, which will determine the conditions of use^[10].

Ad hoc cooperatives are cooperatives that cannot be classified as user or entrepreneur cooperatives. They have a separate status in that the shareholders are neither entrepreneurs nor users, but for example employees, or because they are characterized by a multi-membership that includes different entities, such as users, employees, entrepreneurs, volunteers.

The activity and employment cooperative (La coopérative d'activité et d'emploi), on the other hand, has its origins in practice. It emerged in the 1990s, more precisely in 1995, and is an alternative to individual entrepreneurship in that a person who wishes to engage in entrepreneurial activity within the framework of a work and activity cooperative enjoys protection almost identical to that of an employee.

A worker cooperative is subject to the general cooperative law, although there are a number of specific provisions in its legal regime. The law of 31

⁹ Code de la construction et de l'habitation 08 juin 1978, Loi 79-17 1979-01-03 Article 9 I JORF 4 janvier 1979, Décret 78-621 1978-05-31 JORF 8 JUIN 1978.

¹⁰ Danièle Demoustier, Gabriel Colletis, „L'économie sociale et solidaire face à la crise: simple résistance ou participation au changement?” *Revue internationale de l'économie sociale*, No. 325 (2010).

July 2014 legalized this type of cooperative. It introduced articles 26-41 to the law of September 10, 1947, which defines worker and activity cooperatives as cooperatives whose main purpose is to promote the creation and development of economic activities by entrepreneurs – natural persons. These cooperatives provide individual assistance to individuals.

3 | Development of cooperative legislation in France

In order to better understand the history of cooperative law, it is necessary to outline the stages of its development. In French law, it is possible to identify two important pieces of legislation that have contributed to the emergence and development of cooperatives. The first is the law of July 24, 1867, which recognized, albeit indirectly, the existence of cooperatives, and the second is the law of September 10, 1947, which defined their status and gave them an identity. Of course, there are many other laws that have changed the form of cooperatives and that should also be highlighted, such as the Waldeck-Rousseau law of March 21, 1884, which authorized the creation of trade unions and dedicated certain provisions of the law to certain cooperative entities.

Cooperative law has required patient and rigorous work for almost a century to find its place in the French legal system. There are many reasons to explain such a long delay, and they stem from several factors: the understanding of the nature and purpose of cooperatives, the will of cooperatives, the will of opponents of cooperatives, difficult political, economic and social contexts, etc.

3.1. Origins of the law on cooperatives

From the beginning of the 1860s, the authorities in France were suspicious of the idea of cooperatives. The economic and social nature of cooperatives contributed to their functioning outside the legal framework, which caused great practical difficulties.

In 1865, an anonymous pamphlet entitled „Cooperative Societies and their Legal System”^[11] was published in France, a translation of the rules of the English prototype of cooperatives^[12]. The principles governing the operation of this society would soon become a model for the cooperative movement, which would follow them as basic principles. The four basic principles (still in force today) are as follows. „Open door”: anyone who wants to shop at a cooperative store or become a member (i.e. There are no conditions for membership; „one man, one vote”: in general meetings, all members have one vote, regardless of the number of shares they own; distribution of profits among members: in the case of the store, profits are distributed to the members in proportion to their contributions; limited remuneration of capital: members who have invested to buy shares receive interest each year in proportion to the number of their shares, not profits: if they want to receive a larger share of the profits, they should buy more shares.

In 1865, a French bill was drafted for a major reform of corporate law. Title IV of the bill was entitled „Des sociétés de coopération” – „Cooperative Companies” and was intended to clarify the concept of cooperatives. After many changes, Title IV became the much more general Title III, which referred only to cooperatives and „provisions specific to companies with variable capital”.

The Companies Act of July 24, 1867, however, did not simply permit the existence of cooperatives, but modified common law rules that might have hindered their development. This first act dealt mainly with the common law of companies rather than cooperatives. Nevertheless, it contributed greatly to the development of cooperatives, since ordinary commercial and civic associations incorporated little or none of the provisions of Title III into their statutes, which were not intended for them, while cooperatives fully embraced this tool. The variability of capital, introduced in Article 48 of the law, was also aimed at cooperative entities, although they were not required to apply the rule. At the time, the most important provision was the possibility of creating a cooperative with small financial contributions. The capital had to be able to increase throughout the life of the entity

¹¹ „Des sociétés de coopération et de leur constitution légale”.

¹² In 1844, a group of 28 craftsmen working in cotton spinning mills in the northern English town of Rochdale founded the first modern cooperative enterprise: Rochdale Society of Equitable Pioneers. It is considered the prototype of the modern cooperative, and the Rochdale pioneers are seen as the founders of the cooperative movement.

without changing the statutes. The idea was to prepare the economy for the mechanism of primary capital accumulation. Title III provided for the possibility of withdrawing from the cooperative and the right to exclude shareholders, which was a novelty in corporate law. In addition, the registered shares, which were the subject of Article 50 of the law, demonstrated the principle of *intuitu personae* in companies, allowing an entity to fall into the category of partnerships that wished to operate with variable capital.

The law of September 10, 1947, adopted after the end of the Second World War and still in force today after numerous reforms, was at the time of its adoption only the outline of a much more ambitious and substantial law. In fact, in addition to the Civil Code and the Commercial Code, there was to be a law on cooperatives that would cover the entire field of cooperative law, with its broad horizontal spectrum, in a single law.

Theorists and many practitioners have called for the creation of a cooperative code, but the lack of knowledge about the history and evolution of cooperative law and its principles has hindered any new projects. In principle, the purpose of scientific research in this field was and is to enable action for the future of cooperatives. It is therefore a matter of acting prospectively, in the light of the historical and legal evolution of the institution, in order to allow for improvements to the current law, based on the history and tradition of cooperatives. In fact, lack of knowledge and historical perspective have often prevented reforms for fear of distorting the spirit of cooperatives.

In early 1927, a draft cooperative law was prepared by a parliamentary team on cooperatives. The deputy Paul Ramadier presented a bill in 1931 in which he defended the development of a comprehensive legal construction of cooperatives. In his opinion, it was necessary to create a true cooperative code that would include all the legislation specific to groups of cooperatives, thus creating a stable and flexible legal framework that would accommodate different types of cooperatives. Despite the relevance of the proposal, it was not discussed in the French Parliament.

In April 1937, a draft law on economic cooperatives was presented, and in 1938 it was announced that non-legislative and legislative work on cooperative law would be resumed. A government commission called the Matignon Commission was responsible for drafting the text, as it met at the hotel of the same name. Meeting monthly until April 1940, the commission revised and supplemented the 1931 draft until it proposed the text of thirteen articles that constituted the concept of cooperatives. A general definition of a cooperative was proposed, although its legal construction was not

regulated. Like the work of 1931, the results of the Matignon Commission of 1940 remained without legislative success.

In the post-war period, various plans for economic recovery were developed in France. After taking office, Minister Paul Ramadier renewed his project to regulate cooperatives. The bill was submitted to the National Assembly on January 14, 1947, where it was voted on for the first time on July 30, 1947, with an overwhelming majority of 462 votes to 42. The law was finally passed almost unanimously on September 10, 1947^[13]. The law has been amended, supplemented and updated several times. Although it was not revolutionary, it completed the thorough legislative work that had been going on for almost a century. In the end, it clarified the legal nature of cooperatives and their main principles, and introduced the first legal definition of cooperatives. The legal nature of cooperatives was clearly defined, preventing the legal classification of cooperatives from being changed by case law^[14]. The law states that the primary purpose of a cooperative is to reduce, for the benefit of its members and through joint efforts, the cost of production and, where appropriate, the selling price of certain products or services, by taking over the functions of entrepreneurs or intermediaries whose remuneration would increase the price, a joint effort to improve the market quality of the products supplied to its members or those produced by them and supplied to consumers. The term “cooperative”-*cooperative* or „cooperative entrepreneur” – *société de coopération* almost completely replaced the former „association”-*association* in the 1947 law. It defined cooperatives as „companies”, similar to the 1867 law. This clarification of vocabulary was accompanied by an explanation of the legal basis of the model. The general provision both made common references to various

¹³ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, JORF n°0214, 11 septembre 1947 as amended.

¹⁴ Article 1 as amended by Law n°2014-856 of July 31, 2014 „La coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires. Elle exerce son activité dans toutes les branches de l'activité humaine et respecte les principes suivants: une adhésion volontaire et ouverte à tous, une gouvernance démocratique, la participation économique de ses membres, la formation desdits membres et la coopération avec les autres coopératives. Sauf dispositions spéciales à certaines catégories de coopératives, chaque membre coopérateur dénommé, selon le cas, «associé» ou «sociétaire», dispose d'une voix à l'assemblée générale. Les excédents de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres, sous réserve de l'article 16”.

specific provisions and limited the scope of the cooperative contract, making the cooperative a little less of a contract and a little more of an institution. Freedom of contract undoubtedly lost its importance, the legal status of cooperatives gained clarity.

An important contribution of the law of September 10, 1947 is that it recalls the main principles of cooperative law that build the movement and give them *plenitudo potestas*. Thus, we find in the legislation the principles of open doors or free access (Articles 1 and 3), from which the principle of *intuitu personae* (Articles 3 and 11), democratic governance (Articles 4, 6, 8, 9 and 10), federalism (Articles 4, 5, 6, 8, 9 and 10), dual status or exclusivity (Articles 1 and 3) and the upper limit of interest (Articles 14-19).

Later, Henri Desroche^[15] published „The Cooperative Project”^[16], returning to a very political vision of cooperatives as a lever for social transformation. In his view, if a cooperative is a social organization, its democratic existence requires change and finds its realization, in addition to the collective interest of the members, in the concern for the interest of the „community”, both „means and dimension”, established and institute. Cooperatives have also been associations, associations that are also “enterprises” (rather than capital companies), guided by the non-profit goal, contractual federalization and user interaction around the postulate of reciprocity. The non-profit principle is thus transformed into the principle of allocation and distribution of profits among the members^[17].

Despite the longevity of the law of September 10, 1947, it was originally intended to be only Title I of the Cooperative Code, containing general provisions, before opening up to titles specific to each type of cooperative. Its survival to this day is due more to its universal principles, which allow cooperatives to go beyond mere corporate law, than to any practical reality.

The 1947 law advocated a „pure” original cooperative model^[18], but left open the possibility that individual laws could borrow certain characteristics

¹⁵ H. Desroche was a French sociologist. His writings focus on the sociology of religion and cooperative systems and movements.

¹⁶ Yves Chevalier, „Desroche Henri, Le projet coopératif. Son utopie et sa pratique, ses appareils et ses réseaux, ses espérances et ses déconvenues” *Revue française de sociologie*, 19-2 (1978): 293-295.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ The 1844 model dates the founding of the first cooperative in Rochdale and the basic principles of the movement.

from other models^[19]. François Spain, defined the uniqueness of the cooperative contract, the (subjective) cause of which is not *animus lucri*, as the entrepreneur, even if he may have a common goal with him to achieve savings and their distribution. In a cooperative, the willingness to combine activities (*animus operandi*) for a purpose other than the sharing of benefits, even if the parties intend to benefit their members economically, is found in the *animus cooperandi*, the willingness to combine activities in order to participate, while gaining an advantage, in the achievement of social goals (user or operator function) in a society controlled by the users (associate function) and whose common members share responsibility, co-finance and co-determine (entrepreneur function)^[20].

The current legal basis for cooperatives in France consists of two main laws of general scope, the Commercial Code (Articles L124-1, L125-2, L125-18 et seq., L145-2, L225-22, L225-37, L 225-68, L225-261 et seq. L228-36, L231-1, L231-5, L442-7, L612-1, L912-3, L954-6)^[21] and the aforementioned 1947 law, which has been amended several times, with some of the most important changes being introduced by the law of July 17, 2001 and the decree no. 2002 of February 21, 2002 on the cooperative society of collective interest (SCIC) and the law of July 31, 2014 on the social and solidarity economy^[22]. In fact, the provisions of the 1947 law were amended once or twice a year^[23]. Even in 2023, decree no. 2023-1142 of December 6, 2023, amended Article 31 of Articles 26-7, 26-3, 26-39 of the Law.

An important general reform was that of July 20, 1983, which aimed to regulate economic cooperatives. The legislator intervened in a sectoral manner, providing craft, transport and maritime cooperatives with a legal

¹⁹ The first distinction between the concepts of association and cooperative took place in the 1860s. The newspaper „L'Association”, founded in 1864, became „La Coopération” in 1866.

²⁰ Chevalier, „Desroche Henri”, 45.

²¹ Code de commerce of September 10, 1807, Bulletin des Lois No. 164. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005634379/. [accessed: 29.02.2024].

²² Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JORF n°0176 du 1 août 2014.

²³ In 2023, Ordonnance n° 2023-1142 of December 6, 2023, through Article 31, amended Articles 26-7, 26-3, 26-39 of the law, Ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 relative à la publication et à la certification d'informations en matière de durabilité et aux obligations environnementales, sociales et de gouvernement d'entreprise des sociétés commerciales, JORF n°0283 du 7 décembre 2023.

structure more suited to their needs. There was less interest in low-rent housing cooperatives.

Cooperatives are also regulated by the Crafts Code^[24] (Art.73,74,83), the law of July 19, 1978 on production cooperatives^[25], the law of May 17, 1982 on cooperative banks^[26], the law of July 20, 1983 on the development of certain activities in the social economy^[27], decree no. 84-1027 of November 23 on the introduction of revision procedures in cooperatives and other cooperative entities^[28], the law of January 6, 1986 on housing cooperatives providing (timesharing), buildings for common use^[29], the law of July 13, 1992 on the modernization of cooperative enterprises^[30], the law of August 1, 2003 on urban planning and urban revitalization, introducing the Cooperative Collective Interest HLM (SCIC HLM)^[31], decree of October 14, 2004 on cooperative limited liability companies for bodied low-rent housing and cooperative collective interest companies for low-rent housing^[32], law of July 3, 2008 containing various provisions on the adaptation of company

²⁴ Code de l'artisanat, Décret no 52-849 du 16 juillet 1952 portant codification des textes législatifs concernant l'artisanat [archive], as amended. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006075116/. [accessed: 29.02.2024]. On June 1, 2024, the new Craft Code will come into effect.

²⁵ Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production, JORF n°0168 du 20 juillet 1978, as amended.

²⁶ Loi n°82-409 du 17 mai 1982 portant statut des sociétés coopératives de banques, JORF du 18 mai 1982, as amended.

²⁷ Loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale, JORF n°0167 du 21 juillet 1983, as amended.

²⁸ Décret n°84-1027 du 23 novembre 1984 relatif aux modalités de mise en oeuvre de la procédure de révision coopérative concernant certaines catégories d'organismes coopératifs, JORF du 24 novembre 1984, as amended.

²⁹ Loi n°86-18 du 6 janvier 1986. Loi n°86-18 du 6 janvier 1986 relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé, JORF n°0006 du 8 janvier 1986, as amended.

³⁰ Loi n°92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives, JORF n°162 du 14 juillet 1992, as amended.

³¹ Loi n°2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine introduisant la société coopérative d'intérêt collectif HLM (Scic HLM), JORF n°177 du 2 août 2003 as amended.

³² Décret n°2004-1087 du 14 octobre 2004 relatif aux sociétés anonymes coopératives de production d'habitations à loyer modéré et aux sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré, JORF n°241 du 15 octobre 2004, as amended.

law to European law (European cooperatives^[33]) transposing Directive 2006/46/EC of June 14, 2006^[34], law of March 22, 2012 on the simplification of legislation and the reduction of administrative procedures^[35], law of July 31, 2014 on social and solidarity economy^[36], law of July 19, 2019 on simplifying, clarifying and updating company law^[37], decree No. 2020-1614 of December 18, 2020 extending and modifying decree no. 2020-418 of April 10, 2020 and decree no. 2020-629 of May 25, 2020 to adapt the operation of certain decision-making bodies to the context created by the covid-19 epidemic^[38], decree no. 2021-255 of March 9, 2021^[39], extending until July 31, 2021, the exceptional rules applicable to assemblies and the conduct of general meetings and collegiate bodies of legal entities^[40].

Sectoral regulations, on the other hand, include a series of legal bases that complete the landscape of cooperative law. The first cooperative regulations for agricultural credit societies were created by the law of November 5, 1894^[41] which favored the creation of mutual credit societies by members

³³ French law has been amended to encourage the formation of European cooperatives (SCEs). In France, a law of July 3, 2008 adapts community law and incorporates Title III bis into the law of September 10, 1947. Loi n° 2008-649, 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, JO 4 juillet 2008, p. 10705.

³⁴ Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire (sociétés coopérative européenne), elle transpose la Directive 2006/46/CE du 14 juin 2006, JORF n° 0155 du 4 juillet 2008 as amended.

³⁵ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF n° 0071 du 23 mars 2012 as amended.

³⁶ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JORF n° 0176 du 1 août 2014 as amended.

³⁷ Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, JORF n° 0167 du 20 juillet 2019 as amended.

³⁸ Décret n° 2020-1614 du 18 décembre 2020 portant prorogation et modification du décret n° 2020-418 du 10 avril 2020 et du décret n° 2020-629 du 25 mai 2020 pour adapter le fonctionnement de certaines instances délibératives au contexte créé par l'épidémie de covid-19, JORF n° 0306 du 19 décembre 2020z póżn.zm.

³⁹ Décret n° 2021-255 du 9 mars 2021 proroge, sans les modifier, les règles dérogatoires applicables à la réunion et au déroulement des assemblées générales et des organes collégiaux des personnes morales jusqu'au 31 juillet 2021, JORF n° 0059 du 10 mars 2021 as amended.

⁴⁰ Demoustier, Colletis, „L'économie sociale et solidaire face à la crise: simple résistance ou participation au changement?”.

⁴¹ Loi du 5 novembre 1894 relative à la création de sociétés de crédit agricole, JO 6 novembre 1894, Bull. off. n° 28758.

of agricultural associations. To this end, the law granted, under certain guarantees, a series of advantages to the credit societies, such as the exemption from patent rights, the exemption from the tax on the income from securities and the exemption from certain formalities and obligations imposed on ordinary commercial companies. Subsequently, the laws of March 31, 1899^[42], aimed at creating regional mutual agricultural credit funds, and of December 29, 1906^[43], authorizing advances to agricultural cooperatives, structured and strengthened mutual agricultural credit. In particular, the latter law aimed to organize long-term credit for the benefit of agricultural cooperatives affiliated to a local credit association. The law specified the conditions under which credit could be granted both by local and regional funds established under the law of November 5, 1894, and by cooperatives dependent on agricultural associations. In addition to their powers, the associations were reminded of their objectives by the jurisprudence of the early twentieth century^[44]. These rulings, which were widely commented on, led to the law of March 12, 1920 on the extension of the civil capacity of trade unions^[45], which allowed them to operate agricultural cooperatives. The law of August 5, 1920^[46] on mutual credit and agricultural cooperatives, established the legal basis for agricultural cooperatives and defined the characteristics of agricultural cooperatives, which until then had only been allowed to carry out agricultural activities.

The law of November 30, 1894^[47] on low-cost housing provided those with the lowest incomes the opportunity to find housing at a lower price. The law of December 5, 1922^[48], codified the provisions on low-cost housing, placing

⁴² Loi du 31 mars 1899 ayant pour but l'institution des caisses régionales de crédit agricole mutuel et les encouragements à leur donner ainsi qu'aux sociétés et aux banques locales de crédit agricole mutuel, JO 1er avril 1899.

⁴³ Loi du 29 décembre 1906 autorisant les avances aux sociétés coopératives agricoles, JO 30 décembre, Bull. off. 2798, n° 48562.

⁴⁴ Cass. crim., 29 mai 1908 (S. 1908. 1. 89); Cass. req., 3 avril 1912 (S. 1913. 1. 489).

⁴⁵ Loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels, JO 14 mars, Bull. off., nouv. série, 269, n° 16238.

⁴⁶ Loi du 5 août 1920 sur le crédit mutuel et la coopération agricoles, JO, 7 août 1920.

⁴⁷ Loi du 30 novembre 1894 relative aux habitations à bon marché, JO 1er décembre, 1894.

⁴⁸ Loi du 15 août 1920 portant fixation au régime légal des sociétés coopératives de reconstruction formées par les sinistrés en vue de la reconstitution des immeubles atteints par les événements de guerre, JORF du 31 juillet 1920, p. 3294.

low-cost housing cooperatives in a single piece of legislation alongside the real estate reconstruction cooperatives created after the First World War.

It is also worth mentioning the laws of December 18, 1915^[49] on workers' production cooperatives, whose purpose was to organize credit for consumer cooperatives. In the law of 1867, Title III, dedicated to companies with variable capital, did not explicitly mention cooperatives, and the variability of capital became a feature that any company could adopt (even if the application of the provision was actually limited to cooperatives). However, it will be a long time before jurisprudence recognizes that cooperatives are indeed companies, even without the purpose of profit sharing, which clearly distinguishes them from other labor entities.

The consumer cooperative is still subject to the law of May 7, 1917, the status of the consumer cooperative is defined in Article L412-1 of the Consumer Code, created by the law of July 26, 1993^[50].

Workers' production cooperatives have their origins in the law of December 18, 1915. Subsequently codified in the Labor Code, they underwent a significant evolution under the law of July 19, 1978^[51]. According to the latter, the law of September 10, 1947, Title III of the law of July 24, 1867 and the law of July 24, 1966 on commercial companies apply to worker production cooperatives. They must therefore take account of the volatility of capital and can only be set up as SARLs or SAs.

The law of July 13, 1992^[52] on the modernization of cooperative enterprises, was a kind of dusting off of cooperative law. This law, in turn, modified the law of September 10, 1947 and the laws specific to certain special statuses: the above-mentioned laws of May 7, 1917, July 11, 1972, July 19, 1978 and July 20, 1983, the provisions on HLMs, cooperative banks, agricultural cooperatives and agricultural collective interest companies.

⁴⁹ Loi du 18 décembre 1915 sur les sociétés coopératives ouvrières de production et l'organisation du travail en France, JO 19 déc. 1915.

⁵⁰ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation, JORF 27 juillet 1993, p. 10538.

⁵¹ Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production, JO 20 juillet, p. 2878.

⁵² Loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives, JO 14 juillet 2014, p. 9450.

3.2. Multiplication of special provisions

The suspension of the project of codifying cooperative law coincided with the proliferation of special regulations for each type of cooperative, in order not to disturb the specificity of each type of cooperative. Some general reforms have been carried out in the last sixty years. In order to understand the evolution of legal regulation, it is necessary to analyze the different types of cooperatives.

According to Georges Fauquet's classification^[53] the economy-oriented cooperatives are characterized by the need to serve their members economically. Since 1935, an attempt has been made to define a „cooperative sector” that brings together various forms of cooperatives, distinguishing them from the “popular associations” that developed in the interwar period, but also from other enterprises. „Cooperative associations, by virtue of their origin, the social class in which they developed, are related to all forms of popular associations [...]. What makes them different [...] is that they realize their purpose through organized economic activity, through business”^[54].

The first clarification of the concepts of association and cooperation took place in the 1860s. The newspaper *L'Association*, founded in 1864, became *La Coopération* in 1866. Between 1840 and 1850, the newspaper *L'Atelier* wrote that cooperatives were *sui generis* companies, organized solely on the basis of the contract that created them, and not civil companies acting in a collective name or in a partnership with cooperative clauses.

The theory of the cooperative concept gradually merged with the concept of the enterprise. The economic theory of the „entrepreneur” is independent of the market as an organization of non-competitive human relations^[55] but favors hierarchical regulation. The cooperative appears as a non-hierarchical way of economic but also social organization, integrating human beings in all their dimensions^[56]. This opposition between

⁵³ Fauquet Georges. *Le secteur coopératif*, Éditions de l'Institut des Études Coopératives, Paris, 1935.

⁵⁴ Sandrine Ansart, Amélie Artis, Virginie Monvoisin, „Les coopératives: agent de régulation au cœur du système capitaliste?” *La Revue des Sciences de Gestion*, No. 5-6 (2014): 111-119.

⁵⁵ Ronald H. Coase, „The Nature of the Firm” *Economica*, No. 16 (1937): 386-405. <https://onlinelibrary.wiley.com/toc/14680335/1937/4/16>.

⁵⁶ Georges Fauquet, *Le secteur coopératif: Regards sur le mouvement coopératif; Organisation du travail par équipes coopératives Diversité et classification des institutions cooperatives* (Geneve: Éditions de l'Institut des études coopératives, 1965), 345.

the company (based on hierarchical regulation) and the cooperative (based on the principle of non-hierarchy) is the first comparison. The economist Claude Vienney defined a cooperative organization as a „type of enterprise” with specific characteristics. In 1980, in his work *Socio-economy of cooperative organizations*, he tried to define the socio-economic form of the combination „group-enterprise” – „group-enterprise”. For him, the formation of cooperative law is marked by a series of paradoxes, because the contract of the company does not correspond to the conditions of its formation, cooperatives^[57].

Economic cooperatives include agricultural cooperatives, retail cooperatives, and craft, transportation, and maritime cooperatives^[58].

Banking and credit cooperatives have a long history that is inextricably linked to that of savings banks and mutual agricultural or maritime savings and loan associations. Their organization and operation are different, and the legislation applicable to them goes beyond the purely cooperative framework, given the financial operations and guarantees they must provide to customers, regardless of whether they are members. For this reason, the law of January 24, 1984^[59] on the operation and control of credit institutions defined their status. The need to provide the same rights and obligations as banking organizations and financial banking laws, cooperative principles have been partially overlooked. This applies in particular to exclusivity, since a bank must be able to provide banking services to any person.

Among the significant achievements of cooperative law, two are worth mentioning: the creation of cooperatives of collective interest and the transposition into national law of the legal status of European cooperatives, which are not really special but fall within the scope of cooperative law.

Created under Article 36 of the law of July 17, 2001, and organized under the decree of February 21, 2002, the Collective Interest Cooperative (Scic) is a new form of cooperative driven by solidarity from an economic, not social, perspective, but which, because of its altruistic objectives, is located between the social and associative categories. In this sense, it is not a new

⁵⁷ Danièle Demoustier, „De la société de personnes à l’entreprise d’économie sociale: la lente construction d’une notion, du XIX^e siècle jusqu’aux années 1980” *Revue internationale de l’économie sociale*, No. 3 (2019): 42-58.

⁵⁸ Chantal Chomel, „La longue marche de la société coopérative européenne” *Revue internationale de l’économie sociale* (2004): n. 291.

⁵⁹ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l’activité et au contrôle des établissements de crédit, JO 25 janvier, p. 390.

specific status, but rather an adaptation of the law of September 10, 1947, which the law modifies. Thus, Article 36 of the Law of 2001 contains ten articles defining the Scic, which were included in Title II of the Law of September 10, 1947. Article 28 bis, which allows a registered association to transform itself into a cooperative, was also added to the general law of 1947. In addition, the law modifies Article L228-36 of the Commercial Code and allows access to shares for cooperatives created in the form of shares.

The Scic decree of February 21, 2002 provides a more detailed framework. Like the law of July 17, 2001, the decree defines the characteristics of this type of company, which is clearly distinct from the cooperative movement. Among the characteristics of the Scic are the following: its capital is made up of a number of shareholders, including necessarily employees and beneficiaries of the activity, as well as other natural or legal persons subject to private or public law; its clear acapitalism, formalized by the compulsory placement of at least more than 50% of profits in undivided reserves; and its quicker access to certain permits, authorizations and agreements usually reserved for associations in the public administration.

SCIC is a specific cooperative that weakens some of its principles while strengthening others. Created as part of a broad government economic program, it opens up significant opportunities to one day provide a legal framework for non-profit enterprises.

The law of August 1, 2003^[60] allowed the creation of cooperative collective interest limited liability companies for low-rent housing.

The adoption of the concept of European cooperatives on July 22, 2003 was a reminder of the failures of French projects in the European forum, especially when negotiations and debates were difficult and scattered. However, the European cooperative project was supported by the member states where the cooperative movement has a long tradition and a strong identity. Although the idea of a cooperative is distant in time, discussions on the creation of a cooperative with European status began in Brussels in the early 1980s. With the support of the European Economic and Social Committee and the European Parliament, in-depth work was carried out between 1990 and 1992, and in December 1991 the Commission adopted three proposals for regulations on the statutes of cooperatives, mutual societies and associations. These were sent to the Council and adopted

⁶⁰ Loi n° 2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, JO 2 août, p. 13281.

by the EP in March 1992^[61]. Nevertheless, the lack of regulation at that time for the European company depended on the adoption of cooperatives with European status in the single market. The draft was finally adopted in 2003^[62], although it did not resolve contentious issues. This was evidenced, for example, by a case pending before the then Court of Justice of the European Communities concerning the rules for adopting a European cooperative statute and by the numerous references to national legislation contained in the provisions of European regulations and directives^[63].

4 | Summary

To conclude, it should be remembered that, despite the numerous specific provisions of French law, there have been several general reforms concerning all types of cooperatives.

At the end of the 19th century, the term cooperative was adopted because many of its links between the production unit, consumption, social solidarity, worker training and the trade union movement and even political groups remained. In every sector of the market economy, the indelible mark of the cooperative has spread, demonstrating both its potential and its adaptability. The founders of the concept left a significant legacy of principles, values and identity markers that accompanied cooperatives, creating a model whose advocate could be anyone. The hope born north of Manchester in Rochdale was to be reflected in the actions of cooperatives around the world, in every sector and at every time. More than 170 years later, the cooperative model has been modified and adapted to all sectors of the economy. Some sectors have proved to be opportunistic, interested in a structure that allows them to grow and develop, but much less in the spirit that prevails within them. A cooperative is not a company. It does not aim to increase the capital of its members. It is enough for it to serve their interests by allowing them to continue doing what they are already

⁶¹ Chomel, „La longue marche de la société coopérative européenne”, 22-27.

⁶² Règlement CE n° 1435-2003 du conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne, JOUE L 207, 18 août, p. 1; complété par la directive 2003-72-CE du 22 juillet 2003 relative à l'implication des salariés au sein de la société coopérative européenne, JOUE L 207, 18 août, p. 25.

⁶³ C-436-03 Parlement-Conseil, arrêt du 2 mai 2006.

doing. However, those who deviate from the spirit of cooperatives by using this structure do not necessarily violate its letter. For example, agricultural cooperatives enjoy tax exemptions; they are not exempt from all burdens. Other cooperatives are even less susceptible to what justified the birth of the now century-old model. If the mass distribution of food is not just a matter of waging a price war that spares no supplier, it must be acknowledged that the cooperative spirit has disappeared, driven out of the shopping centers. The cooperative model participates in the reconstruction of economic relations, as does the corporate social responsibility movement. Finally, a controlled exit from the cooperative status to become a company has been allowed^[64]. The 2014 law on the social and solidarity economy in France aimed to reorganize an economic sector larger than the cooperative one, so that the development of cooperatives would have the same dynamics. There is no doubt that the regulation of cooperatives has undergone many important changes to adapt cooperatives to a competitive environment, and as the evolution of cooperative legislation has become more complex, the issue of codification will eventually return to the center of the discussion, as it has in the past.

Bibliography

- Ansart Sandrine, Artis Amélie, Monvoisin Virginie, „Les coopératives: agent de régulation au cœur du système capitaliste?” *La Revue des Sciences de Gestion*, No. 5-6 (2014).
- Chevalier Yves, Henri Desroche, „Le projet coopératif. Son utopie et sa pratique, ses appareils et ses réseaux, ses espérances et ses déconvenues” *Revue française de sociologie*, (1978).
- Chomel Chantal, „La longue marche de la société coopérative européenne” *Revue internationale de l'économie sociale*, No. 291 (2004).
- Coase Ronald, „The Nature of the Firm” *Economica*, No. 16 (1937): <https://onlinelibrary.wiley.com/toc/14680335/1937/4/16>.

⁶⁴ David Hiez, *La participation du droit à l'établissement d'une économie sociale et solidaire, dans „Vers une théorie de l'économie sociale et solidaire”* (Larcier, 2013).

- Demoustier Danièle, „De la société de personnes à l’entreprise d’économie sociale: la lente construction d’une notion, du XIX^e siècle jusqu’aux années 1980” *Revue internationale de l’économie sociale*, No. 3 (2019).
- Demoustier Danièle, Gabriel Colletis, „L’économie sociale et solidaire face à la crise: simple résistance ou participation au changement?” *Revue internationale de l’économie sociale*, No. 325 (2010).
- Fauquet George, *Le secteur coopératif*. Paris: Éditions de l’Institut des Études Coopératives, 1935.
- Fauquet Georges, *Le secteur coopératif: Regards sur le mouvement coopératif; Organisation du travail par équipes coopératives Diversité et classification des institutions coopératives*. Genève: Éditions de l’Institut des études coopératives, 1965.
- Hiez David, *La participation du droit à l’établissement d’une économie sociale et solidaire*. Larcier, 2013.
- Lamarche Thomas, Nadine Richez-Battesti, „Approches mésoéconomiques des coopératives” *Revue de régulation*, No. 34 (2023). <https://journals.openedition.org/regulation/22341>.
- Le Loarne-Lemaire Séverine, Christine Noël-Lemaître, „La coopérative, une organisation favorisant le besoin d’enracinement des salariés. Réflexions à partir d’une lecture de la philosophie de Simone Weil” *La Revue des Sciences de Gestion*, No. 5-6 (2014).
- Lemonnier Mariola, „General characteristics of cooperative banks in France” *Law and Liaison*, No. 1 (2023). <https://doi.org/10.36128/priw.vi44.652>.
- National Cooperative Council, *French Cooperatives in a Nutshell*, <https://www.krs.org.pl/dzialalnosc-miedzynarodowa/spoldzielczosc-w-unii-europejskiej/1217-spoldzielczosc-francuska-w-pigulce>.
- Seeberger Loic, „Historique de l’évolution du droit des coopératives, de ses origines à nos jours” *Revue internationale de l’économie sociale* (2014). <https://doi.org/10.7202/1026044ar>.



RAFAŁ ADAMUS

The Issue of the Optimal Solution for Insolvent Cooperative Savings and Credit Unions in light of the Effectiveness of Past Bankruptcy Proceedings

Abstract

This study addresses the problem of the optimal strategy for protecting (a) private interest and (b) public interest in the event of insolvency of a cooperative savings and credit union. According to available data, the collection of credit claims by trustees of bankrupt credit unions is relatively high. Therefore, the economic effectiveness of bankruptcy proceedings conducted against credit unions in Poland may indicate that it is premature to choose the bankruptcy path. This study addresses the problem of the optimal strategy for protecting (a) private interest and (b) public interest in the event of insolvency of a cooperative savings and credit union. According to available data, the collection of credit claims by trustees of bankrupt credit unions is relatively high. Therefore, the economic effectiveness of bankruptcy proceedings conducted against credit unions in Poland may indicate that it is premature to choose the bankruptcy path.

KEYWORDS: cooperative savings and credit union bankruptcy, trustee, bankruptcy, dividend

RAFAŁ ADAMUS, Full professor, University of Opole,
ORCID – 0000-0003-4968-459X, e-mail: adamus_rafal@wp.pl

1 | Introduction

This study addresses the problem of the optimal strategy for protecting (a) the private interest and (b) the public interest in the event of insolvency of a cooperative savings and credit unions. According to the available data, the collection of loan claims by the receivers of insolvent credit unions is relatively high. Thus, the economic efficiency of bankruptcy proceedings conducted against credit unions in Poland may indicate the premature choice of the bankruptcy path^[1].

Private interest is the individual interest of each creditor of an insolvent cooperative savings and loan association participating in the bankruptcy proceedings of the association. In fact, the private interest of creditors has been largely secured by the protection of deposits in credit unions through the statutory guarantee of the Bank Guarantee Fund (BGF). The interest of the BGF, expressed in the assertion of recourse from the bankruptcy estate, should be considered a form of public interest. Consequently, the public interest (general interest) will be of central importance. The public interest is expressed, inter alia, in the undisturbed functioning of that part of the banking system which is the credit union. In this paper, the question will be raised whether, in the case of financial problems of credit unions (solvency problems), the choice of the bankruptcy path in a particular case is really the optimal solution and not a premature one. In other words, it would be appropriate to consider whether the threshold for a credit union's „entry” into bankruptcy proceedings should be further raised in favor of other legal remedies.

The problem of threatened bank insolvency is the subject of careful analysis by legal scholars^[2]. There are no such studies with respect to cooperative savings and credit unions.

¹ The present study was prepared, firstly, by inspiration and, secondly, thanks to analytical materials provided by Ms. Małgorzata Gatz, Deputy Chairman of the Board of the National Cooperative Savings and Credit Union.

² In this regard, we should recommend the monograph by Chybiński Rafał, *Bank zagrożony upadłością. Regulacje procedury i instytucje w polskim prawie* (Opole: Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, 2024), passim.

2 | Credit unions as part of the banking system

Credit unions are part of the broader banking system in Poland^[3]. The market of banking services in Poland is diversified. According to the report of the Bank Guarantee Fund, at the end of 2019, guarantee protection covered deposits held in all domestic banks, with the exception of National Development Bank and mortgage banks, and in all savings and credit unions, including: 29 commercial banks, 538 cooperative banks, and 25 cooperative savings and credit unions (of course, what is different is the number of individual categories of banking institutions and what is different is their actual share in the market for banking services). The proper functioning of the banking system is in the public interest. At the same time, unlike commercial banks, credit unions are based on the axiologically important value created by the community of credit union members^[4]. The legislator introduces a kind of „censorship” for membership in a credit union (Articles 10-13 of the Law of November 5, 2009 on Cooperative Savings and Credit Unions; SKOK Act^[5]). Credit unions carry out deposit and lending activities exclusively for the benefit of their members. In order to ensure their economic security, the cooperatives are required to have own funds commensurate with the size of their activities (Article 24 of the SKOK Act).

3 | The systemic basis for supporting credit unions

In principle, the prevention of bank failures is cost-effective in terms of the negative consequences of inefficiency or even collapse of the banking system. The 1929 crisis had long-lasting negative consequences because,

³ Adam Strzelecki, „Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe w polskim systemie bankowym” *Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania*, Vol. III (2013): *passim*.

⁴ Joanna Olkowicz, „Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa jako organizacja ucząca się na przykładzie Kasa Stefczyka – cechy i rozwiązania” *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, No. 310 (2013): 411; Filip Czuchwicki, „Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo Kredytowa jako przedsiębiorca prowadzący niezarobkową działalność gospodarczą. Głosa do wyroku SN z dnia 21 stycznia 2011 r., III CZP 125/10” *Gdańskie Studia Prawnicze-Przecznicztwa*, No. 2 (2012).

⁵ Consolidated text OJ 2023, item 1278, 1394, 1407, 1723, 1843.

as we will see, the banking system was not rescued quickly enough or intensively enough^[6]. The 2008 financial crisis also required substantial government support for the banking sector^[7]. In the case of the problems of large commercial banks in various countries, these banks were the recipients of government aid^[8]. The case of Lehman Brothers debunked the myth that some banks are so big that they cannot fail. What is more, bank failures can happen to credit unions, whose own funds are incomparably smaller than those of the bank. The recent crises of banks such as Silicon Valley Bank in the US and Credit Swiss in Switzerland have shown that resolving bank failures is an obvious priority

In the legal system, the legislator has provided for certain legal mechanisms of support for credit unions. First of all, it is necessary to mention the role of the National Cooperative Savings and Credit Union in Poland (Krajowa Kasa Spółdzielcza Oszczędnościowo-Kredytowa). Pursuant to Article 24 and Article 55a(1) of the SKOK Act, the purpose of the National Fund of Cooperative Savings and Credit Unions is, inter alia, to ensure the financial stability of the Fund and, in particular, to provide financial support to the Fund from the Stabilization Fund. However, the size of the Stabilization Fund at the disposal of the National Fund is limited. It is created, among other things, from the contributions of credit unions. However, the Stabilization Fund is economically limited.

In addition, it is necessary to point out the formal instruments of support resulting from the Law of February 12, 2009 on granting support to

⁶ Rafał Adamus, *Dług i niewypłacalność. Analiza na czas kryzysu* (Warsaw: C.H. Beck, 2024).

⁷ Rafał Adamus, *Toksyczny dług XXI wieku* (Warszawa: Difin, 2020).

⁸ Danny Busch, Mirik van Rijn, „Towards Single Supervision and Resolution of Systemically Important Non-Bank Financial Institutions in the European Union” *European Business Organization Law Review*, No. (2018): 301-363; Christos V. Gortsos, *The Evolution of European (EU) Banking Law Under the Influence of (Public) International Banking Law: A Comprehensive Overview* (Prague: Charles University, 2019), 217-244; Matthias Haentjens, „The Changing Role of the Judiciary in Insolvency: The Case of Bank Resolution”, [in:] *Banking and Financial Insolvencies: The European Regulatory Framework* (Nottingham-Paris: INSOL Europe, 2016), 13-32; Robby Houben, Werner Vandenbruwaene, „The Single Resolution Mechanism”, [in:] *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 77-120; Matthias Lehmann, „Bail-in and Private International Law: How to Make Bank Resolution Measures Effective Across Borders” *International and Comparative Law Quarterly*, No. 1 (2017): 107-142; Wolf-Georg Ringe, „Bank Bail-In between Liquidity and Solvency” *American Bankruptcy Law Journal* (2018): 299-334.

financial institutions by State treasury^[9]. Thus, there is an institutional framework for the purpose of providing support to credit unions from public funds. The aforementioned law specifies in detail the forms, conditions and manner of granting by the Treasury of the State support to financial institutions intended for ventures aimed at maintaining payment liquidity.

4 | The importance of bankruptcy proceedings in the legal system and empirical research on their effectiveness

4.1 Bankruptcy proceedings as one of the legal remedies for credit union insolvency

At the outset, it should be noted that the problem of bankruptcy of credit unions is subject to different detailed regulation than the problem of bankruptcy of an „ordinary” entrepreneur with bankruptcy capacity. Bankruptcy proceedings, which are conducted for the purpose of realizing the interests of a large number of creditors, are an obligatory procedure in the legal system. However, it is treated as an *ultima refugium* (last resort). UNCITRAL, recognizing the importance of bankruptcy law, has developed legislative recommendations on bankruptcy law^[10]. UNCITRAL stresses the importance of maximizing the value of a debtor’s assets and maintaining a balance between liquidation and restructuring.

In the Polish legal system, the bankruptcy of a credit union is one of many legal instruments provided for in the event of its – specifically understood – bankruptcy. The following should be mentioned:

⁹ Consolidated text: the Journal of Laws. 2023, item 776.

¹⁰ They are located in the following documents: UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (New York 2005), consisting of two substantive parts: Part One. Designing the Key Objectives and Structure of an Effective and Efficient Insolvency Law (pp. 9-37) and Part Two. Core Provisions for an Effective and Efficient Insolvency Law (pp. 38-286), and UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Part Three: Treatment of enterprise groups in insolvency (New York 2012).

- (internal) resolution proceedings, initiated in the event of a balance sheet loss of the credit union or the threat thereof, or the risk of insolvency or the threat of loss of payment liquidity (Article 72a of the SKOK Act)
- a curator appointed by the Polish Financial Supervision Authority (FSA) to supervise the implementation of the recovery program (Article 72c of the SKOK Act)
- receivership, to be established by the FSC in the event of a threat of insolvency of the fund, or if the management of the fund fails to submit a recovery program, or if the implementation of the program proves ineffective (Article 73 of the SKOK Act).
- decision of the National Credit Union on assistance from the Stabilization Fund to the credit union if the balance sheet loss of the credit union will cause the ratio of own funds to assets, expressed as a percentage, to fall below 1% (Article 74c of the SKOK Act)
- FSA decision on takeover of the credit union or on takeover of selected property rights or selected liabilities of the credit union by another credit union, with the consent of the acquiring credit union, if the National Credit Union refuses to provide assistance from the Stabilization Fund (Article 74c of the SKOK Act)
- the decision of the FSA on the takeover of the credit union or on the takeover of selected property rights or selected liabilities of the credit union by a national bank or a credit institution, with its consent, in the absence of consent of another credit union to the takeover or the impossibility of another credit union to take over the credit union. (Article 74c of the SKOK Act)
- the FSA's decision to liquidate the credit union if no other credit union agrees to take over the credit union or if no other credit union is able to take over the credit union. (Article 74c of the SKOK Act)
- the FSA's decision to appoint a receiver, if not appointed earlier, if the credit union's assets are insufficient to meet its liabilities at the reporting date (Article 74k of the SKOK Act)
- the FSA's decision to suspend the credit union's activities if the credit union's assets are insufficient to meet its liabilities at the reporting date (Article 74k of the SKOK Act)
- the decision of the Bank Guarantee Fund (BGF) on the initiation of forced restructuring of the credit union.

Finally, the FSA may apply to the competent court to declare a credit union bankrupt if the following conditions are met:

- if the assets of the credit union are insufficient to cover its liabilities as of the reporting date (Article 74k (1) of the SKOK Act)
- if, for reasons directly related to the financial situation of the credit union, it fails to meet its obligations to pay out guaranteed funds (Article 74k(2) of the SKOK Act)

At this stage, the following conclusions can be drawn about the analyzed legal status in relation to the problem of insolvency of credit unions:

- the legislature has provided a number of different legal remedies in the event of a credit union's insolvency, which allows for a reasonably flexible response;
- the provisions of the SKOK Act are the special provisions (*lex specialis*) with respect to the bankruptcy law, and therefore the provisions of the bankruptcy law concerning the prerequisites for bankruptcy and the persons entitled to file a bankruptcy petition do not apply;
- legal remedies are applied to the existence of different substantive premises that situate the position of the credit union at different levels of the state of insolvency;
- some legal remedies may be applied one after the other;
- some of the measures in this list are not stand alone measures;
- the legislature has provided for different bodies authorized to apply for legal remedies;
- according to general rules of law, where there are several competing remedies, they should be applied proportionately;
- the application of legal remedies, except in the case of a resolution proceeding, is left to a factor external to the credit union;
- filing for bankruptcy is certainly not the „first” remedy that should be used in the event of a credit union's insolvency
- at the level of eligibility to file for bankruptcy, there are competing remedies.

While the actual requirements for declaring a credit union bankrupt and the nature of bankruptcy proceedings differ in some respects from the general model, the model of post-bankruptcy court proceedings under the general rules and the specific rules designed for credit unions does

not involve significant differences. The trustee's task is to prepare a list of claims, liquidate the bankrupt's assets and distribute the bankruptcy estate among creditors. Thus, certain general dysfunctions of bankruptcy proceedings, which are the subject of research in the case of bankruptcy of „ordinary” entrepreneurs, are relevant to bankruptcy proceedings for credit unions.

4.2. Assessing the efficiency of bankruptcy proceedings as regulated before January 1, 2016

How is the vindication function of bankruptcy proceedings implemented in practice? P. Staszkiwicz, S. Morawska (the study concerned cases initiated before the reform which came into force on January 1, 2016, they refer to bankruptcy proceedings conducted under the general rules) indicate that

the analysis of the results of empirical research has shown that the bankruptcy proceedings model operating in Poland does not realize its basic recovery function. The level of creditors' satisfaction as a result of bankruptcy proceedings involving the liquidation of the debtor's assets is negligible and in the surveyed courts averaged 17%. The cost of bankruptcy proceedings exceeds 40% of the bankrupt's assets, and the average duration of the proceedings, counted from the filing of the bankruptcy petition, is 2 years on average; debtors, despite their legal obligation, do not file bankruptcy petitions, and sanctions against them are not enforced; creditors are not interested in filing bankruptcy petitions against the debtor – they calculate the time, cost of the proceedings and the possibility of recovery; interest groups pursue their own interests at the expense of economic goals and the declared legal objectives of the bankruptcy institution. This is due to the internal and intrinsic dysfunctions of bankruptcy institutions; the result of adopting a restrictive model of bankruptcy institutions is a definition of bankruptcy that is not adapted to the realities of economic life, constituting a “narrow throat”, as well as an extensive system of sanctions, including criminal ones^[11].

¹¹ Piotr Staszkiwicz, Sylwia Morawska, „Ocena poziomu rzeczywistej ochrony praw wierzycieli w Polsce w latach 2004 – 2012 – koszty transakcyjne dochodzenia praw z umów” *Biuletyn PTE*, No. 2 (2017): 20. See also Jarosław Horobiowski,

The duration of bankruptcy proceedings should be considered as one of the determinants of the vindication function. It is necessary to put forward the thesis that the duration of bankruptcy proceedings is an immanent feature of the vindication function. Empirical studies show that the degree of creditor satisfaction is significantly influenced by the duration of bankruptcy proceedings^[12]. The literature aptly emphasizes that “one of the most important factors in the collection process is time. The sooner the claim is recovered, the lower the cost of recovery, with benefits on many levels, both from the creditor’s and the debtor’s perspective. From the creditor’s point of view, it is primarily a lower cost of recovery (less costly collection tools are used in the early stages of delay), but also a lower burden on the financial result in the form of reserve and risk costs”^[13]. Therefore, the prolonged conduct of bankruptcy proceedings is a violation of the vindication function.

4.3. Examination of the efficiency of bankruptcy proceedings in the legislation in force after January 1, 2016

4.3.1. ACURIA project

It is worth mentioning the research conducted within the ACURIA project (Assessing Court’s Undertaking of Restructuring and Bankruptcy Actions – best practices, blockages and ways of improvement) by researchers from the University of Gdansk, consisting of Prof. Joanna Kruczalak – Jankowska, PhD, Anna Machnikowska, PhD, Monika Maśnicka^[14] (the research was conducted on cases initiated after the reform of the law that came into force on January 1, 2016).

„Praktyka upadłościowa w Polsce w latach 2002-2012 na przykładzie sądu upadłościowego we Wrocławiu” *Biuletyn PTE*, No. 2 (2017): 25 et seq.; Paulina Kupis, „Dysfunkcje postępowań upadłościowych” *PTE Bulletin*, No. 2 (2017): 35 et seq.

¹² Kupis, „Dysfunkcje postępowań upadłościowych”, 35 et seq.

¹³ Tomasz Weitz, Jakub Franczak, „Ochrona praw podmiotowych dłużnika a prawa wierzyciela” *PTE Bulletin*, No. 2 (2017): 59.

¹⁴ The results of this research were announced in a publication titled *Działalność sądów w postępowaniach restrukturyzacyjnych i upadłościowych. Bariery funkcjonowania instrumentu poprawy systemu upadłościowego w Polsce* (Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2019).

Within the framework of this research, the bankruptcy files of 31 cases filed with the District Court for Gdańsk North in Gdańsk and 76 cases filed with the District Court for the Capital City of Warszawa in Warszawa were analyzed. As regards the level of creditors' satisfaction with the recognition of their claims, the following conclusions can be drawn. Satisfaction of creditors at the level of 1% and less affected 16.13% of cases conducted in Gdańsk, 25% of cases conducted in Warszawa. Satisfaction of creditors at the level of 1% – 5% concerned 19.35% of cases conducted in Gdańsk 25% of cases conducted in Warszawa. Creditors' satisfaction at the level of 5% – 10% concerned 16.13% of cases conducted in Gdańsk 10.53% of cases conducted in Warszawa. Taking into account the statistics of the cases conducted in Warsaw, the bankruptcy dividend in half of the bankruptcy cases did not exceed 5% of the claims. On the other hand, only 3.23% of cases conducted in Gdańsk and 5.26% of cases conducted in Warszawa satisfied creditors by 50% or more.

4.3.2. Institute of Justice research

At the request of the Institute of Justice in Warsaw, Prof. Anna Hrycaj, Ph.D., Patryk Filipiak, Ph.D., and Bartosz Sierakowski, Ph.D., conducted a comprehensive study of court records of completed bankruptcy proceedings conducted by certain bankruptcy courts in the period from January 1, 2016 to July 31, 2020^[15].

The following conclusions were drawn from the research:

The research showed that proceedings take a very long time. Bankruptcy proceedings took an average of 191 days, counting from the date of the filing of the petition to the date of the decision to hear the petition. The median was 135 days. The shortest case lasted 17 days and the longest 883 days. It should be noted, however, that the statistics are distorted by the practice of withholding consideration of the bankruptcy petition not only for the duration of consideration of the petition to initiate reorganization proceedings, but also for the duration of the entire reorganization proceedings. As a result, the bankruptcy proceedings may last almost three years, but this is the

¹⁵ Anna Hrycaj, Patryk Filipiak, Bartosz Sierakowski Jakub Rak, *Postępowanie upadłościowe w praktyce sądów powszechnych* (Warsaw: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, 2022). https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2023/01/IWS_Hrycaj-A-i-in._Postepowanie-upadlosciowe-w-praktyce-sadow-powszechnych.pdf.

period during which the acceptance of the application is withheld due to the pending proceedings^[16].

The conclusions regarding the bankruptcy dividend are important.

The analysis of the file, including the statistical data, allows us to formulate the following partial conclusions [...]. Thus: 1) The level of creditor satisfaction is negatively affected by the length of bankruptcy proceedings. The reasons for this state of affairs are basically two: a) the process of liquidation of the bankruptcy estate carried out by receivers is not carried out correctly, in particular, the method of liquidation of receivables and movables, which are difficult to dispose of, is inappropriate to the nature of the components of the estate; b) the judges-commissioners are late in recognizing the distribution plans submitted to the file and do not promptly execute orders, the execution of which allows for the proper service of court decisions; 2) the level of satisfaction of unsecured creditors in property in bankruptcy proceedings is low. This most likely means (although it is not an absolute rule) that bankruptcy petitions are filed too late, at a time when the debtor's assets are already defragmented (many cases have been observed in which the bankruptcy estate already included only components of former companies)^[17].

4.3.3. The negative evaluation of the construction of the forced liquidation – the individual doctoral thesis

Dr. Agnieszka Cybulska-Bienioszek's doctoral thesis entitled *Pre-pack liquidation in bankruptcy proceedings* (Katowice 2023), prepared at the University of Silesia under the supervision of Prof. Aleksander Jerzy Witosz, based on the research of all cases of pre-pack liquidation pending in Poland between January 1, 2016 and June 1, 2018, came to the following conclusion. From a creditor's point of view, the benefits obtained in a forced liquidation are not significant in relation to the satisfaction of general principles, which results in an excessive profit for the investor.

¹⁶ Ibidem, 129.

¹⁷ Ibidem, 112.

4.3.4. Doing Business 2020 report

According to the World Bank, the efficiency of bankruptcy proceedings in Poland is very poor. According to the World Bank, bankruptcy proceedings in Poland take on average much longer than in other member states of the European Union. In EU member states, bankruptcy proceedings take an average of 2 years. In Poland, on the other hand, according to the results of this study, the average duration of bankruptcy proceedings is 3 years. Poland is surpassed only by Slovakia, where the average duration is 4 years, and Greece, where the average duration is 3.5 years. In Bulgaria, Romania, Croatia, Switzerland and Estonia, bankruptcy proceedings take no less than 3 years. In Ireland, on the other hand, bankruptcy proceedings take no more than six months on average.

The situation is even worse when it comes to costs. Of course, there is a connection between the length of the proceedings and their costs. In Poland, the cost of bankruptcy proceedings is usually 15% of the bankruptcy estate. By comparison, the cost of bankruptcy proceedings in Norway is 1% of the bankruptcy estate.

4.3.5. INSO conclusions of the Bankruptcy and Restructuring Law Section of the Allerhand Institute

The dysfunction of the bankruptcy judiciary in Poland is illustrated by the report prepared by the Allerhand Institute in Krakow, Bankruptcy and Restructuring Law Section, entitled: Recommendations for the Reform of the Bankruptcy and Restructuring Judiciary, Krakow 2024. As stated in the diagnosis, there has been a sharp increase in restructuring and bankruptcy cases of entrepreneurs, as well as a surge in consumer bankruptcy cases, behind which the organization of the bankruptcy judiciary has not kept pace.

4.4. Possible reasons for low efficiency of bankruptcy proceedings

Bankruptcy proceedings are generally associated with low creditor satisfaction efficiency. This is due to a number of reasons, including the following:

- Sale by the trustee of assets included in the bankruptcy estate at liquidation value.
- High costs of liquidation, including the costs of layoffs (severance pay).
- Inefficiency of property management during the transition period.
- Sudden loss of revenue sources (freezing and liquidation of operations). Financial consequences of non-performance of contracts.
- High costs of case administration by the bankruptcy trustee.
- Low efficiency of expenditure control.

4.7. Summary of comments to date

As can be seen from the discussion so far, credit unions are part of the banking system in Poland. They have bankruptcy capacity. However, the legal system in case of insolvency of credit unions provides for various legal remedies, including bankruptcy petition. The bankruptcy petition is filed by the FSA. Previous studies based on data from court records indicate that the efficiency of bankruptcy proceedings is low, as measured both by the amount of the bankruptcy dividend and the time it takes for the creditor to receive it.

5 | Effectiveness of bankruptcy proceedings involving credit unions

The following analytical data were prepared by the National Cooperative Savings and Credit Fund. They were prepared on the basis of the accounting report of the bankruptcy trustees. The data refer to 10 bankruptcy proceedings of credit unions in bankruptcy and one credit union whose bankruptcy proceedings were terminated (SKOK Wspólnota). The reporting period – with regard to ongoing bankruptcy proceedings of credit unions – refers to the period from December 31, 2022 to September 30, 2023.

Name of bankrupt bank	Liabilities of credit unions to depositors in million zloty based on BFG Annual Report 2019	The state of funds at the end of the reporting period PLN million	Receipts to the bankruptcy fund cumulatively in PLN million	Implementation of division plans cumulatively PLN million	% collection
SKOK Jupiter	81,9	10	71,4	57,0	81,83%
Wielkopolska SKOK	248,2	7,7	219,5	214,4	78,14%
Twoja SKOK	165,8	1,4	147,7	124,8	76,08%
SKOK Arka	93,1	7,3	54,9	59,7	71,91%
SKOK Wybrzeże	120,8	5,2	54,8	56,5	51,09%
SKOK Nike	114,4	4,5	74,6	53,5	50,66%
SKOK Polska	170,2	3,0	97,2	73,8	45,13%
SKOK Skarbiec	88,0	6,5	42,1	30,0	41,51%
SKOK Kujawiak	183,90	3,0	69,2	61,0	34,79%
SKOK Wołomin	2 246,50	317,2	371,1	—	14,12%
SKOK WSPÓLNOTA (proceedings terminated)	817,50	—	367,3	400,1	48,98%

Source: Based on data made available by the National Cooperative Savings and Credit Fund.

Based on the data presented, the following conclusions can be drawn.

- First of all, the total amount of liabilities of failed credit unions to depositors is not small. It ranges from PLN 81.9 million to PLN 2,246.5 million. Taking into account the fact that depositors are, as a rule, natural persons, these data lead to the conclusion that the bankruptcy cases of credit unions belong to the „large” and organizationally complex cases.
- Second, the bankruptcy of a credit union is not free of so-called „liquidation costs”.
- Third, the costs of administering the bankruptcy case by the trustee and his team are high, and there is no basis for claiming that they are particularly lower in the case of credit union bankruptcy.
- Fourth, when analyzing the data on the status of credit unions’ liabilities to depositors and the amounts allocated to satisfy creditors under the distribution plan, it should be noted that the level of satisfaction is very high.

6 | Final conclusions

The accumulated data show that the level of satisfaction of depositor-creditors in the case of bankruptcy of a credit union is relatively very high compared to the data on bankruptcy proceedings against companies in general. Thus, the relatively expensive (cost-intensive) bankruptcy proceedings conducted against the credit union are capable of producing an effective bankruptcy dividend. A reasonable doubt arises as to whether the bankruptcy of credit unions is the optimal solution if, despite the liquidation of their operations, the level of collections is very high and the implementation of distribution plans yields above-average results.

It is recommended that the above circumstances be taken into account in the decision-making process of the FSA when considering the legitimacy of filing for bankruptcy of a credit union.

It would seem appropriate *de lege ferenda* to strengthen the importance of procedures competing with bankruptcy proceedings. This could be done, in particular, by indicating that a bankruptcy petition should only be filed in situations where it is obvious that other legal remedies will not be sufficiently effective.

Bibliography

- Adamus Rafał, *Dług i niewypłacalność. Analiza na czas kryzysu*. Warsaw: C.H. Beck, 2024.
- Adamus Rafał, *Toksyczny dług XXI wieku*. Warszawa: Difin, 2020.
- Busch Danny, Mirik van Rijn, „Towards Single Supervision and Resolution of Systemically Important Non-Bank Financial Institutions in the European Union” *European Business Organization Law Review*, No. (2018): 301-363.
- Chybiński Rafał, *Bank zagrożony upadłością. Regulacje procedury i instytucje w polskim prawie*. Opole: Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, 2024.
- Czuchwicki Filip, „Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo Kredytowa jako przedsiębiorca prowadzący niezarobkową działalność gospodarczą. Glosa do wyroku SN z dnia 21 stycznia 2011 r., III CZP 125/10” *Gdańskie Studia Prawnicze-Przecznicztwa*, No. 2 (2012): 57-61.

- Gortsos Christos V., *The Evolution of European (EU) Banking Law Under the Influence of (Public) International Banking Law: A Comprehensive Overview*. Prague: Charles University, 2019.
- Haentjens Matthias, „The Changing Role of the Judiciary in Insolvency: The Case of Bank Resolution”, [in:] *Banking and Financial Insolvencies: The European Regulatory Framework*. 13-32. Nottingham-Paris: INSOL Europe, 2016.
- Horobiowski Jarosław, „Praktyka upadłościowa w Polsce w latach 2002-2012 na przykładzie sądu upadłościowego we Wrocławiu” *Biuletyn PTE*, No. 2 (2017): 25-34.
- Houben Robby, Werner Vandenbruwaene, „The Single Resolution Mechanism”, [in:] *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism*. 77-120. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Hrycaj Anna, Patryk Filipiak, Bartosz Sierakowski Jakub Rak, *Postępowanie upadłościowe w praktyce sądów powszechnych*. Warsaw: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, 2022. https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2023/01/IWS_Hrycaj-A-i-in._Postepowanie-upadlosciowe-w-praktyce-sadow-powszechnych.pdf.
- Kupis Paulina, „Dysfunkcje postępowań upadłościowych” *PTE Bulletin*, No. 2 (2017): 35-42.
- Lehmann Matthias, „Bail-in and Private International Law: How to Make Bank Resolution Measures Effective Across Borders” *International and Comparative Law Quarterly*, No. 1 (2017): 107-142.
- Olkowicz Joanna, „Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa jako organizacja ucząca się na przykładzie Kasa Stefczyka – cechy i rozwiązania” *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, No. 310 (2013): 411-420.
- Ringe Wolf-Georg, „Bank Bail-In between Liquidity and Solvency” *American Bankruptcy Law Journal* (2018): 299-334.
- Staszkiwicz Piotr, Sylwia Morawska, „Ocena poziomu rzeczywistej ochrony praw wierzycieli w Polsce w latach 2004 – 2012 – koszty transakcyjne dochodzenia praw z umów” *Biuletyn PTE*, No. 2 (2017): 19-24.
- Strzelecki Adam, „Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe w polskim systemie bankowym” *Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania*, Vol. III (2013): 209-230.
- UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*. New York 2005.
- Weitz Tomasz, Jakub Franczak, „Ochrona praw podmiotowych dłużnika a prawa wierzyciela” *PTE Bulletin*, No. 2 (2017): 59-65.



DOMINIK BIERECKI

Cooperative Principles in the Concepts of Social Economy and Social Enterprise in Polish Law

Abstract

When a cooperative acquires the status of a social enterprise, the scope of its activities changes, extending beyond economic activity to include the social and professional reintegration of people at risk of social exclusion or the provision of social services. The introduction of a consultative and advisory body also changes the structure of the cooperative. A cooperative that is a social enterprise cannot distribute its balance sheet surplus (profit) among its members. There is also a requirement for a cooperative social enterprise to be independent of the state and local government. It should be examined whether these requirements for cooperatives are in line with the Cooperative Principles, which the International Cooperative Alliance considers to be fundamental for determining the cooperative nature of a legal entity, and how they change the nature of cooperatives in Polish law.

KEYWORDS: cooperative, social economy, social enterprise, Poland

DOMINIK BIERECKI, associate professor, Pomeranian University in Slupsk, ORCID – 0000-0001-6993-3974, e-mail: dominik.bierecki@upsl.edu.pl

1 | Introduction: justification of the purpose and research thesis of the article

The Act of August 5, 2022 on the Social Economy^[1] introduced into Polish law definitions of the social economy (Art. 2 pt. 1 of the s.e.) and the concept of social enterprise (Art. 3 para. 1 and Art. 4 para. 1 – 2 of the s.e.), and normatively placed cooperatives within the concepts of the social economy and social enterprise, defining some types of cooperatives as social economy entities (Art. 2 pt. 5 lit. a and d of the s.e.).

According to Article 2(1) of the of the s.e., the social economy is the activity of social economy entities for the benefit of the local community in the field of social and professional reintegration, job creation for people at risk of social exclusion and the provision of social services, implemented in the form of economic activity, non-profit activity and other paid activity.

Prior to the entry into force of the Act, the concept of the social economy existed in Polish law, its tasks were defined, but there was no single normative act regulating the areas of implementation of the social economy by civil law entities and public administration bodies^[2]. The social economy was regulated by legal norms addressed to public administration bodies. The Act on the Social Economy also contains such legal norms, but it also applies to the implementation of the social economy by private legal entities, which can obtain the status of a social enterprise (Art. 3, para. 1 of the s.e.).

The concept of social economy appeared in Article 21, point 4a of the Act of March 12, 2004 on social assistance^[3] as a result of the amendment from the Act of February 22, 2013 amending the act on social assistance and some other acts^[4]. According to the Article 21 point 4a of the s.a., one of the tasks of the local government is to coordinate the activities of the social economy sector in the region. The Act of February 22, 2013, also added Article 21a to the s.a., which specifies the activities of the voivodeship in carrying out the task of coordinating activities for the social economy sector. These activities include:

¹ Journal of Laws 2024, item 113 t.j., hereinafter: s.e.

² See Magdalena Małecka-Łyszczyk, Radosław Mędrzycki in: *Ustawa o ekonomii społecznej. Komentarz*, ed. Magdalena Małecka-Łyszczyk, Radosław Mędrzycki (Warsaw: Wolters Kluwer, 2023), 21.

³ Journal of Laws 2023, item 901 t.j., as amended, hereinafter: s.a.

⁴ Journal of Laws 2013, item 509.

1. Development of the infrastructure of activation, integration and social and professional reintegration services for individuals and families at risk of social exclusion;
2. Inspiration and promotion of new methods of activities in the field of activation, integration and social and professional reintegration of individuals and families at risk of social exclusion;
3. Supporting the development of partnership cooperation between local governments and entities providing services of activation, integration and social and professional reintegration of individuals and families at risk of social exclusion;
4. Monitor the development of local social entrepreneurship to increase the social and professional activity of individuals and families at risk of social exclusion;
5. Increasing the competence of services dealing with the activation, integration and social and professional reintegration of individuals and families at risk of social exclusion.

On the other hand, the s.e. introduced an amendment to the s.a. in Article 16b(2), which in the current state of the law states that the strategy for solving social problems developed by the municipality and the county and the strategy for social policy developed by the voivodeship government contain, in particular, a diagnosis of the social situation, including the determination of the capacity of social economy entities to provide social services within the scope specified in Article 2(1) p.1-14 of the Act of July 19, 2019 on the implementation of social services by the center for social services^[5]. This scope refers to the types of social services that are undertaken by the municipality to meet the needs of the municipal community and are provided in a non-material form directly to individuals, families, social groups, groups of residents with specific needs, or the general population (Article 2(1) *in fine* of the Act on the implementation of social services by the center for social services).

In turn, Article 31(1)(6a) of the Act of September 4, 1997 on departments of government administration^[6] stipulates that among the departments of government administration, the department of social security includes matters of social economy and social entrepreneurship, including social cooperatives. The provision of Article 31(1) p. 6a was added to the

⁵ Journal of Laws 2019, item 1818.

⁶ Journal of Laws 2022, item 2512, as amended.

Act of September 4, 1997 on departments of government administration by the Act of December 15, 2017 amending the Law on Social Cooperatives and certain other laws^[7]. Thus, this provision was also introduced before the s.e.^[8].

Social cooperatives were seen as social economy entities before the s.e.^[9] A comparative interpretation confirms the validity of this assumption. In French law, cooperatives are complementarily linked to the social economy^[10]. The characteristics of cooperatives correspond to the objectives of the social economy^[11]. Article 1(II)(1) of Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire^[12] states that the social and solidarity economy consists, inter alia, of the activities of cooperatives. In Western Europe, cooperatives played a fundamental role in the reinvention of the concept of the social economy in the 1970s^[13]. In fact, the origins of this concept can be traced to the views of late 19th and early 20th century economists^[14]. However, in French law, a cooperative is not a separate type of legal entity. The legal form of a cooperative can be adopted by a company (Article 1 and Article 19-5 of Loi n° 47-1775 portant statut de la coopération of 9.10.1947), that is, the adoption of the legal form of a cooperative leads to the recognition of the company as an entity of the social economy. In Polish law, the achievement of such a goal would be achieved by introducing a legal norm stipulating that cooperatives (of any type) carry out social economy activities. Such a solution is in force in French law. Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire sets the conditions for carrying out social economy activities (Article 1, para. 1, p. 1-3). In turn, it

⁷ Journal of Laws 2017, item 2494.

⁸ See Małecka-Lyszczek, Mędrzycki, in *Ustawa o ekonomii społecznej. Komentarz*, 21.

⁹ Martyna Jedlińska, „Spółdzielnia socjalna”, [in:] *System Prawa Prywatnego*, Vol. XXI, *Prawo Spółdzielcze*, ed. Krzysztof Pietrzykowski (Warsaw: C.H. Beck, 2020), 794.

¹⁰ Caroline Naett, „The Making of the Social and Solidarity Act from the Cooperative Perspective” *Revue internationale de l'économie sociale*, No. 335 (2015): 11.

¹¹ Naett, „The Making of the Social and Solidarity Act from the Cooperative Perspective”, 11.

¹² <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000029313296> [accessed August 4, 2024].

¹³ Naett, „The Making of the Social and Solidarity Act from the Cooperative Perspective”, 11.

¹⁴ Social economics was understood as the science that studies the relationships that people have voluntarily created among themselves for the betterment of their existence. Thus: Charles Gide, *Zasady ekonomii społecznej* (Warsaw: Kasa Przeworności i pomocy warszawskich pomocników księgarskich, 1914), 3.

also stipulates that cooperatives carry out activities in the field of social economy (Article 1, para. 2, p. 1). However, the Polish law decided to adopt a sectoral model of the social economy, in which social economy entities are defined by the purpose of their activity, rather than being associated with a specific type of legal entity. At the same time, social economy entities were enumerated without linking social economy activities to the legal status of such an entity. It is only when they obtain the status of a social enterprise that cooperatives provide social services or carry out social or professional reintegration, and thus operate in the field of the social economy^[15].

Despite the fact that the above-mentioned legal norms of the s.a. and the Act of September 4, 1997 on departments of government administration are addressed to public administration bodies, prior to the entry into force of the s.e., those civil law entities were recognized as social enterprises that had as their objective the realization of socially useful objectives, were based on a democratic model of governance and did not distribute profits among their members^[16]. These entities included cooperatives, associations, foundations and non-profit capital companies^[17]. It should be recognized that the implementation of the social economy by civil law entities in the form of a social enterprise resulted from the principle of autonomy of will, in particular its form of the principle of freedom of contract. The founders (members, partners) voluntarily undertook to carry out certain activities of the social enterprise in the sphere of civil law relations and accepted the restrictions that define the social economy. Although before the entry into force of the s.e., in 2019 it was estimated that there are 29,535 social

¹⁵ The concept of social enterprise developed in the 1990s and early 2000s. See Henry Hagen, Manuele Cusa, Ifigeneia Douvitsa, David Hiez, *European Action Plan for Social Economy. Better Regulation for Social Economy: the Fruitful Inspiration of the Experience of Cooperative Law*, 1. <https://iuscooperativum.org/category/library/> [accessed August 7, 2024]; Carlos Vargas Vasserot, „Social Enterprises in the European Union: Gradual Recognition of Their Importance and Models of Legal Regulation”, [in:] *The International Handbook of Social Enterprise Law. Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, ed. Henry Peter, Carlos Vargas Vasserot, Jaime Alcalde Silva (Cham: Springer Nature, 2023), 27-28.

¹⁶ Podręcznik „Jak założyć i prowadzić Przedsiębiorstwo Społeczne” (Łódź: Stowarzyszenie Wsparcie Społeczne “Ja-Ty-My”, 2020), 9.

¹⁷ Ibidem, 13-29.

enterprises^[18], and the register of social enterprises includes only 1037 entities as of August 4, 2024^[19].

The Act on the Social Economy introduced an enumerative catalogue of social economy entities (Art. 2 pt. 5 of the s.e.), which includes not only civil law entities: but also budgetary units of local government units. Private-law entities of the social economy, which include social cooperatives, worker cooperatives and agricultural production cooperatives (Art. 2 pt. 5a and d of the s.e.), can obtain the status of a social enterprise (Art. 3 para. 1 s.e.). The regulation of a social enterprise presupposes that a cooperative that has obtained the status of a social enterprise carries out a non-profit economic activity (consisting in generating a profit and allocating it entirely to further activities of the entrepreneur, without the possibility of distribution) and social and professional reintegration or the provision of social services (Article 4, para. 1, items 1-2 s.e.)^[20].

The purpose of the article is to determine whether the consequences of a cooperative obtaining the status of a social enterprise are consistent with the characteristics of cooperatives under Polish law and the Cooperative Principles contained in the 1995 Declaration of Cooperative Identity, which is now Appendix A to the Statute of the International Cooperative Union^[21]? The Cooperative Principles are as follows: 1) voluntary and open membership, 2) democratic control by members, 3) economic participation by members, 4) autonomy and independence, 5) education, training, and information, 6) cooperation among cooperatives, and 7) concern for community. However, the characteristics of cooperatives in Polish law include voluntary membership, economic participation of members, carrying out economic activities together with members and in their interest (Article 1

¹⁸ *Rozwój przedsiębiorczości w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej - raport tematyczny*, 8. <https://www.parp.gov.pl/component/publications/publication/rozwoj-przedsiębiorczości-społecznej-w-polsce-i-wybranych-krajach-unii-europejskiej> [accessed 4.08.2024].

¹⁹ https://rjps.mrips.gov.pl/RJPS/RU/start.do?id_menu=59 [accessed August 4, 2024].

²⁰ See Dominik Bierecki, „Konsekwencje prawne uzyskania przez spółdzielnię statusu przedsiębiorstwa społecznego” *Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem*, No. 3 (2023): 195-202.

²¹ <https://ica.coop/en/about-us/our-structure/alliance-rules-and-laws> [accessed August 4, 2024].

para. 1 of the Law of September 16, 1982 – Cooperative Law; c.l.^[22]), democratic control of members (Article 36 para. 2 of the c.l.)^[23].

The research thesis of the article is that as a result of obtaining the statute of a social enterprise, the nature of cooperatives in Polish law changes, but this is in accordance with the Cooperative Principles.

2 | Features of a cooperative social enterprise

It is worth starting the discussion by asking why it is important to compare the Cooperative Principles with existing cooperative regulations. Like social enterprises, cooperatives were first established under the principle of freedom of contract^[24]. It was only later that specific cooperative legislation was introduced. The Rochdale Principles were the basis for the establishment of consumer cooperatives in Rochdale, England in 1844^[25]. On the other hand, the first law regulating cooperatives – the *Industrial and Provident Societies Act* – was passed in 1852^[26]. In addition, cooperatives existed before the Rochdale Principles, in Poland the first one was founded in 1816 in Hrubieszów^[27]. According to sources, this cooperative, called the Society of Farmers Saving Together in Misfortune, survived until 1952^[28]. Thus, in these two cases: cooperative and social enterprise, we have a situation in which legislation is intended to meet social needs, which led to the creation of cooperatives and social enterprises by implementing the principle of freedom of contract (autonomy of will).

²² Journal of Laws of 2024, item 593 t.j., hereinafter: c.l..

²³ Dominik Bierecki in: *Prawo spółdzielcze. Komentarz* (Warsaw: C.H. Beck, 2024), 6-24.

²⁴ Dominik Bierecki, *Zasada swobody umów w prawie spółdzielczym* (Warsaw: C.H. Beck, 2021), 5-14.

²⁵ Rita Rhodes, *Empire and Co-operation. How the British Empire Used Co-Operatives in its Development Strategies 1900-1970* (Edinburgh: Birlinn Ltd, 2012), 25 – 30.

²⁶ Stanisław Thugutt, *Porównawcze ustawodawstwo spółdzielcze* (Warsaw: Spółdzielczy Instytut Naukowy, 1931), 12.

²⁷ Jack Shaffer, *Historical Dictionary of the Cooperative Movement* (Lanham, Maryland: Scarecrow Press, Inc., 1999), 337.

²⁸ Zofia Chyra-Rolicz, „Nowoczesność w majątkach ziemiańskich na Podlasiu w XIX-XX w.” *Studia z historii społeczno-gospodarczej*, 8 (2010): 170.

The acquisition of the status of a social enterprise by a cooperative is linked to the appearance in its structure of the characteristics associated with the status of this type of enterprise. These are the following characteristics:

1. Conducting activities involving the social and professional reintegration of persons at risk of social exclusion and the implementation of social services (Article 4 s.e.);
2. Prohibition to distribute profits (balance sheet surplus) – Article 9 s.e.;
3. The functioning of a consultative and advisory body within the cooperative structure (Article 7 s.e.);
4. the validity of the requirement of independence from the control of the State Treasury, a local government unit or a state legal person or a local government legal person (Article 3(2) s.e.).

First, the activity of social and professional reintegration of persons at risk of social exclusion is not included in the economic activity of a social enterprise (Article 4(2) of the s.e.). In cooperative social enterprises, this means that the reintegration of persons who perform work on the basis of a cooperative employment relationship (labor cooperatives – Article 182 § 1 of the c.l.; social cooperatives – Article 12(1) of the Act of April 27, 2006 on social cooperatives^[29]) or a membership relationship (agricultural production cooperatives – Article 155 § 1 of the c.l.) is not an economic activity of the cooperative. This reintegration is a consequence of the participation of these persons in the common economic activity of the cooperative. That is, the occurrence of a constitutive feature of a cooperative, resulting from its definition in Article 1 para. 1 of the c.l. The participation of members in the joint economic activity of a social cooperative, a workers' cooperative and an agricultural production cooperative consists in the provision of work^[30]. The question arises as to whether this also applies to those who provide work on the basis of a civil law relationship for a worker cooperative or a social cooperative (Article 201 para. 1 of the c.l.)? It seems that it does, since in a worker cooperative the employment of members is an alternative to the cooperative employment relationship. It also seems that the possibility of reintegration on the basis of a civil law relationship should not be excluded for persons other than members of the cooperative who

²⁹ Journal of Laws 2023, item 802 t.j.

³⁰ Dominik Bierecki, in: *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, 19.

are employed in the cooperative on the basis of a civil law relationship (Article 157 of the c.l., Article 12(1a) of the Law on Social Cooperatives). The Law on Social Economy does not express such a limitation.

On the other hand, the performance of social services is another area of cooperative activity, occurring in addition to business and optional educational and cultural activities (Article 1 para. 2 of the c.l.), if the cooperative acquires the status of a social enterprise. The social services provided by a social enterprise performs are defined by reference to Article 2(1) of the Act on the implementation of social services by the center for social services. This provision includes as social services activities in the field of:

1. family-friendly policies,
2. family support,
3. foster care system,
4. social assistance,
5. health promotion and protection,
6. supporting people with disabilities,
7. public education,
8. countering unemployment,
9. culture,
10. physical culture and tourism,
11. stimulating civic activity,
12. housing,
13. environmental protection,
14. professional and social reintegration.

According to Article 2(1) *in fine* of the Act on the implementation of social services by the center for social services, social services are provided in non-material form, directly to individuals, families, social groups, groups of residents with special needs or the general population. This justifies extending the status of social enterprise to social cooperatives, workers' cooperatives and agricultural production cooperatives. It is obligatory for the members of these cooperatives to provide work, which in a social enterprise is the provision of social services.

As a result, the cooperative no longer acts exclusively in the interest of its members and for the benefit of their environment (Article 1 para. 1 – 2 of the c.l.), but extends its activities to the social interest, which includes the public interest (e.g., public education). As a result of the adoption of the status of a social enterprise, there is a change in the characteristics

of a cooperative compared to its definition in Article 1 para. 1 of the c.l. However, this modification is in line with the content of the 7th principle of cooperatives, according to which work for the sustainable development of their communities (concern for community). It is also in line with the existing trend in the world to allow cooperatives to operate in the general and public interest^[31].

Second, the prohibition of distribution of the balance sheet surplus applied to social cooperatives even before the introduction of the legal institution of the social enterprise (Article 10(2) of the Law on Social Cooperatives). Thus, it seems that such a prohibition can be considered to apply to the essence of the social economy in general. Thus, the essence lies in *not-for-profit* activities, as social enterprises make a profit, but allocate it entirely to the realization of their goals, which are not directly related to profit^[32]. On the other hand, the Cooperative Principles require that part of the profit be retained in the cooperative. The development of the 3rd Cooperative Principle states that reserves are established in the cooperative, some of which are indivisible (“Members allocate surpluses for any or all of the following purposes: developing their cooperative, possibly by setting up reserves, part of which at least would be indivisible...”).

Third, there is a consultative and advisory body in a cooperative social enterprise. It is composed of all the employees of the social enterprise (Article 7 (1) of the s.e.). This includes employees who are not members of the cooperative. However, this does not violate the principle of democratic control of the members over the cooperative, i.e. the 2nd Cooperative Principle. This is because the consultative and advisory body is not an organ

³¹ David Hiez, „The General Interest Cooperatives: a Challenge for Cooperative Law” *International Journal of Cooperative Law*, 1 (2018): 93-110; Deolinda Meira, „The Portuguese Social Solidarity Cooperative Versus The PEGOL General Interest Cooperative” *International Journal of Cooperative Law*, 2 (2019): 57-71; Dominik Bierecki, „The Legal Nature of the Cooperative’s Activity in the Interests of Its Members – Remarks Under Polish Law” *International Association of Cooperative Law Journal*, No. 61 (2022): 190-192.

³² There is a similar regulation in French law. According to Article 1(I)(3)(a) of Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l’économie sociale et solidaire, profits are mostly allocated to the maintenance and development of the company’s activities in the social and solidarity economy. However, David Hiez recognizes that this standard does not meet the definition of a cooperative, since the members do not consider the development of the cooperative as the purpose of its activities. See David Hiez, „What does the social and solidarity economy (SSE) mean in French law?” *Revue internationale de l’économie sociale*, No. 3 (2019): 94-95.

of the cooperative within the meaning of the Cooperative Law or the Civil Code^[33]. The cooperative does not act through this body (Article 38 of the Civil Code). The consultative and advisory body performs only opinion functions. It does not represent the social enterprise, nor does it pass resolutions binding on other bodies of the enterprise. It can be compared to the credit committee in a cooperative savings and credit unions (SKOK), which also has an advisory character and does not have the authority to represent the SKOK or adopt resolutions binding on other bodies of this type of cooperative^[34].

Fourth, the Polish definition of a cooperative does not include the feature of autonomy and independence from state activities in the sphere of *dominion*. On the basis of Article 3(2) of the soc.econ., the independence of a social enterprise from the State Treasury and local government units or their legal entities is understood as the absence of control by these civil law entities within the meaning of Article 4(4) of the Act of February 16, 2007 on competition and consumer protection^[35]. Such control may also occur as the State Treasury, a local government unit or their legal entities are members of a cooperative social enterprise. The Cooperative Principles allow for the participation of these entities in the cooperative, whose membership is then determined according to democratic principles. On the other hand, according to the 4th Cooperative Principle, it is not allowed to conclude agreements with representatives of public authorities, including the state in the sphere of *dominion*, which would lead to a violation of the democratic control of members. Thus, such a form of control is not acceptable under the s.e. or the Cooperative Principles. The obligation to maintain independence does not apply to social cooperatives established by local government units that have been granted the status of a social enterprise (Article 3(2) of the s.e.).

³³ Law of April 23, 1964. – Civil Code, Journal of Laws of 2024, item 1061 t.j.

³⁴ Dominik Bierecki, „Organy spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej”, [in:] *System Prawa Prywatnego*, t. XXI, *Prawo Spółdzielcze*, red. Krzysztof Pietrzykowski (Warszawa: C.H. Beck, 2020), 962-965.

³⁵ Journal of Laws 2024, item 594 t.j.

3 | Applications

As a result of obtaining the status of a social enterprise, the characteristics of a cooperative under Polish law change in the form of conducting activities exclusively in the interest of its members and for the benefit of their environment. The cooperative begins to pursue social and public interests. It becomes a so-called “general or public interest cooperative”. The Act on social Economy introduced the institution of “general or public interest cooperative” into Polish law. According to foreign literature: French and Portuguese, such a cooperative corresponds to the Cooperative Principles.

Other characteristics of a social enterprise in the form of conducting *not-for-profit* activities, the existence of a consultative and advisory body and the obligation of independence from the state in the sphere of *dominion* do not change the essence of cooperatives and are in accordance with the Cooperative Principles.

Bibliography

- Bierecki Dominik, „Konsekwencje prawne uzyskania przez spółdzielnię statusu przedsiębiorstwa społecznego” *Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem*, No. 3 (2023): 193-204. DOI 10.7206/kp.2080-1084.628.
- Bierecki Dominik, „Organy spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej”, [in:] *System Prawa Prywatnego*, t. XXI, *Prawo Spółdzielcze*, red. Krzysztof Pietrzykowski. 957-965. Warszawa: C.H. Beck, 2020.
- Bierecki Dominik, „The Legal Nature of the Cooperative’s Activity in the Interests of Its Members – Remarks Under Polish Law” *International Association of Cooperative Law Journal*, No. 61 (2022): 185-198. <https://doi.org/10.18543/baidc.2437>.
- Chyra-Rolicz Zofia, „Nowoczesność w majątkach ziemiańskich na Podlasiu w XIX-XX w.” *Studia z historii społeczno-gospodarczej*, 8 (2010): 167-183.
- Dominik Bierecki, *Zasada swobody umów w prawie spółdzielczym*. Warsaw: C.H. Beck, 2021.
- Rozwój przedsiębiorczości w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej – raport tematyczny. <https://www.parp.gov.pl/component/publications/publication/rozwoj-przedsiębiorczosci-społecznej-w-polsce-i-wybranych-krajach-unii-europejskiej>.

- Gide Charles, *Zasady ekonomii społecznej*. Warsaw: Kasa Przewodności i pomocy warszawskich pomocników księgarskich, 1914.
- Hagen Henry, Manuele Cusa, Ifigeneia Douvitsa, David Hiez, *European Action Plan for Social Economy. Better Regulation for Social Economy: the Fruitful Inspiration of the Experience of Cooperative Law*. <https://iuscooperativum.org/category/library/>.
- Hiez David, „The General Interest Cooperatives: a Challenge for Cooperative Law” *International Journal of Cooperative Law*, 1 (2018): 93-110.
- Hiez David, „What does the social and solidarity economy (SSE) mean in French law?” *Revue internationale de l'économie sociale*, No. 3 (2019): 89-105.
- Jedlińska Martyna, „Spółdzielnia socjalna”, [in:] *System Prawa Prywatnego*, Vol. XXI, *Prawo Spółdzielcze*, ed. Krzysztof Pietrzykowski. 794-800. Warsaw: C.H. Beck, 2020.
- Meira Deolinda, „The Portuguese Social Solidarity Cooperative Versus The PECOL General Interest Cooperative” *International Journal of Cooperative Law*, 2 (2019): 57-71.
- Naett Caroline, „The Making of the Social and Solidarity Act from the Cooperative Perspective” *Revue internationale de l'économie sociale*, No. 335 (2015): 9-19.
- Podręcznik „Jak założyć i prowadzić Przedsiębiorstwo Społeczne”. Łódź: Stowarzyszenie Wsparcie Społeczne „Ja-Ty-My”, 2020.
- Prawo spółdzielcze. Komentarz*. Warsaw: C.H. Beck, 2024.
- Rhodes Rita, *Empire and Co-operation. How the British Empire Used Co-Operatives in its Development Strategies 1900-1970*. Edinburgh: Birlinn Ltd, 2012.
- Thugutt Stanisław, *Porównawcze ustawodawstwo spółdzielcze*. Warsaw: Spółdzielczy Instytut Naukowy, 1931.
- Ustawa o ekonomii społecznej. Komentarz*, ed. Magdalena Małecka-Lyszczek, Radosław Mędrzycki. 19-25. Warsaw: Wolters Kluwer, 2023.
- Vesserot Carlos Vargas, „Social Enterprises in the European Union: Gradual Recognition of Their Importance and Models of Legal Regulation”, [in:] *The International Handbook of Social Enterprise Law. Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, ed. Henry Peter, Carlos Vargas Vasserot, Jaime Alcalde Silva. 27 - 47. Cham: Springer Nature, 2023.



KATARZYNA KRÓLIKOWSKA

Cooperative Intermediate Housing Tenures in Poland and Germany*

Abstract

This paper presents a comparative analysis of cooperative tenures available in housing cooperatives in Poland and Germany. The research is based on the typology that understands property rights from the moderate constructivist approach and applies them to housing tenures by means of the analysis of the distribution of specific bundles of property rights which appears to be different across the housing tenures. Innovative intermediate tenures as housing options beyond tenancy and homeownership are approached and supported for a particular reason – as remedies to address the growing European housing crisis. So, the article contains a comparative analysis of the features of cooperative housing tenures as intermediate tenures for international comparisons of „affordable” and „social housing” options.

KEY WORDS: cooperative tenures, cooperative tenancy, cooperative ownership-like tenure, intermediate tenures, social housing, affordable housing

SŁOWA KLUCZOWE: spółdzielcze prawa do lokali, spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, mieszkania społeczne, tanie mieszkania

KATARZYNA KRÓLIKOWSKA, PhD in law, Kozminski University,
ORCID – 0000-0002-9178-1337, e-mail: kkrolikowska@kozminski.edu.pl

* Research was financed by the National Science Center in Krakow (NCN) within the project No. 2016/21/D/HS5/03899 titled „European Property Law: between harmonisation and fragmented unification”.

1 | Introduction

This paper presents a comparative analysis of cooperative tenures available in Poland and Germany. Housing cooperatives emerged in these countries in the late nineteenth century. Since then, they have had a long history of evolution. The distinction between ideology and everyday practice is highlighted by the position of occupancy rights in housing cooperatives. It is often said that the cooperative sector has evolved into the „third pillar” of housing tenures. In most jurisdictions, cooperative housing remains formally a part of the rental sector or the social rented sector. Members of rental cooperatives are not usually considered as full homeowners in many legal frameworks. There are, however, some exceptions including alternative tenures in Poland and Germany.

The hypothesis of the paper is that different cooperative housing models provide residents with different bundles of property rights that distinguish them from ordinary rental and owner-occupied housing. The first section of the article comprises studies that illustrate property law theory, with a particular focus on both cooperative and general housing tenure. Different typologies are plausible here, and some of them will be discussed further. The following sections introduce the comparative background of some housing developments in Poland and Germany, demonstrating that there are similarities, as well as important country differences to be studied. The final discussion section probes a generalization of the findings. The article aims to evaluate current cooperative housing options in each national model. Innovative intermediate tenures as housing options beyond tenancy and homeownership are approached and supported for a particular reason – as remedies to address the growing European housing crisis. So, the concept of affordable cooperative housing is discussed here. Finally, the summary highlights the general contribution of the article to housing studies.

2 | The concept of intermediate housing tenures

The commonly accepted definition describes intermediate housing tenures as tenures „[...]with a bundle of housing rights in-between owning and renting”^[1]. Housing tenures span from traditional ownership to traditional rental, with many different degrees of entitlements. Thus, intermediate tenure options range from building leases and other land rights to usufruct-like arrangements, shared ownership schemes or other specific housing tenures, some developed for or through the cooperative law and practice.

Even though ‘intermediate housing tenure’ seems to be an increasingly recurring concept within housing research, the term is not known to the Polish legal literature, nor in economic studies on housing. There are not even proper equivalents in the Polish language to express concepts such as „intermediate tenures”, or „affordable housing”. Nevertheless, alternative intermediate housing tenures, or hybrid tenures, exist in many countries worldwide. Many alternative tenures have a long history, such as typical cooperative forms of housing^[2]. Some of them have been developed recently.

Recent comparative research reveals that the picture is more complicated and developed here. In the most recent comparative surveys, certain taxonomies of the various categories of „new” and „old” alternative tenures to owning and renting are to be found. Above all, the analysis of cooperative tenures as intermediate tenures requires the recognition of the four conceptual types of alternative intermediate tenures^[3], including „ownership plus”, „ownership minus”, „rent plus”, and „rent minus”^[4] tenure options. This taxonomy recognizes different degrees of property and power rights embedded into economic categories of property rights. But, all those types of alternative housing tenures are not traditional home ownership. Except

¹ Marja Elsinga, „Intermediate Housing Tenures”, [in:] *International Encyclopedia of Housing and Home*, ed. Susan J. Smith (Amsterdam: Elsevier, 2012), 124.

² Christopher Feather, „Between Homeownership and Rental Housing: Exploring the Potential for Hybrid Tenure Solutions” *International Journal of Housing Policy*, No. 4 (2018): 596.

³ For an excellent analysis of intermediary tenures and conclusions about best practices at national levels, see Christoph U. Schmid, „Tenure Reform as a Means to Address the European Housing Crisis”, [in:] *Ways out of the European Housing Crisis: Tenure Innovation and Diversification in Comparative Perspective* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022), 3.

⁴ „Rent minus” tenures encompass, for example, squatting, gratuitous housing loans typically among relatives, common law licences and informal, „black market” occupancies.

for the „ownership plus” type^[5], most of them include fewer rights than traditional ownership as according to the legal approach. The concept of intermediate tenure stems from the core concept of ‘traditional’ ownership of real property. Namely, there is a certain set of content rights that should be included for ownership to be owning^[6]. Ownership (or classic limited property rights such as usufruct^[7] or easements) can be divided into the various rights and obligations of the right holder^[8]. An owner should possess, above all, the right to use and transfer, and the right to gain the (economic) value of the good. Within the main groups of „bundles” one may distinguish more detailed rights such as the powers to use the dwelling and the whole structure (access to the property, possession and occupancy of the unit), security of tenure (right to exclude others, protection against eviction, terms of guaranteed time of continued occupancy, remedies during occupancy), the powers to change the substance (to make physical changes to the unit, to repair and maintain the unit), the powers to dispose of the whole bundle of rights as tenure or only some of the property rights stemming from that bundle, the power to let (sublet) and earn income from subletting, to use the apartment as an investment if its tradable and to obtain profit from that transaction, the right to enjoy the economic value of the property in other ways.

Such a concept of alternative intermediate tenures has been developed for the common law property law^[9]. Economic analysis of law is also one of the main research methods in international legal studies. It will also suit the need to describe property rights in rather rigid and formalistic continental private law regimes of Poland and Germany. Therefore, the theory of the „bundle of property rights” is used here as a framework for analyzing

⁵ ‘Ownership plus’ tenures (full ownership with security services) are of marginal importance in European practice.

⁶ Frank Snare, „The Concept of Property” *American Philosophical Quarterly*, No. 2 (1972): 201.

⁷ Anna Granath Hansson, Jenny Paulsson, Peter Ekbäck, „The Sliding Scale between Usufruct and Ownership: The Example of Swedish Multi-Family Housing” *Land*, No. 3 (2021): 311.

⁸ Sarah Blandy, Jennifer Dixon, Ann Dupuis, „Theorising Power Relationships in Multi-Owned Residential Developments: Unpacking the Bundle of Rights” *Urban Studies*, No. 13 (2006): 2375.

⁹ In common law jurisdictions, the role of contracts (and not imperative legal provisions) is crucial in property law. Therefore, instead of seeing ownership (or limited rights) as an absolute right *erga omnes* (as in German or Polish law), the content of ownership as well as for limited rights may vary considerably there.

the content of housing tenures in terms of a bundle of ownership rights embedded within other housing tenures^[10], including cooperative housing tenures in both studied jurisdictions^[11].

3 | The concepts of „affordable” and „social” housing

In Europe, the term ‘affordable housing’ has rapidly gained popularity over the last decade. In fact, the concept of intermediate housing tenures has emerged as the result of the need for more affordability in housing. Housing has been described as an economic good that can be „[...] produced and consumed, [...] bought and sold [...]”^[12]. In this sense, intermediate tenures are additional „cheaper” „mechanisms” or „products”^[13] available in the market leading eventually to home ownership or to quasi-ownership tenures. By implementing such tenures into the national legislations and market practices, individuals can meet their housing needs better at lower prices^[14]. Also savings or credit opportunities available on the financial markets can be applied to lower the prerequisites needed to finance the acquisition of housing for individual households. Some of the cooperative housing tenures discussed in this article support the view that intermediate and hybrid tenures aim either to support home ownership or to provide more affordable housing permanently^[15].

¹⁰ Peter Marcuse, „Property Rights, Tenure and Ownership: Towards Clarity in Concept”, [in:] *Social Rented Housing in Europe: Policy, Tenure and Design*, ed. Berth Danermark, Ingemar Elander (Delft, the Netherlands: Delft University Press, 1994), 23-24.

¹¹ Marja Elsinga, “Affordable and low risk home ownership”, [in:] *Home Ownership: Getting in, Getting from, Getting out*, ed. Peter Boelhouwer, John Doling, Marja Elsinga (Delft: DUP Science, 2005), 77.

¹² Hannu Ruonavaara, „Theory of Housing, From Housing, About Housing” *Housing, Theory and Society*, No. 2 (2018): 178.

¹³ Sarah Monk, Christine Whitehead, „Why Intermediate Housing Markets?”, [in:] *Making Housing More Affordable: The Role of Intermediate Tenures*, ed. Sarah Monk, Christine Whitehead (London: John Wiley & Sons, 2010), 2-3.

¹⁴ Schmid, „Tenure Reform”, 3. It correlates with the economic rule that markets expand and become more efficient through a diversification of the products offered on them.

¹⁵ Feather, „Between Homeownership and Rental Housing: Exploring the Potential for Hybrid Tenure Solutions”, 595.

Elsinga divided the intermediate tenures into permanent intermediate tenures and temporary intermediate tenures (subject to conversions)^[16]. The permanent intermediate tenures are permanent forms of renting or owning an apartment when they cannot be sold. Temporary tenures support future home ownership and can be described as aiding in the pursuit of home ownership. This distinction is fruitful in cooperative practice as the following sections will show. There are types of cooperatives in which the units cannot be privatized, nor the rights changed during the life cycle of the joint investment. Some cooperative tenures are deliberately temporary, giving the tenant-member the option (right-to-buy) to acquire ownership at will. In other cases, the 'internal' content of the bundle of rights proved to be changeable over time due to external reasons or regulatory framework.

Concluding this stage of considerations, it should be noted that the notion of affordable housing is sometimes used as a synonym for the term „social housing”. However, boundaries between the two concepts remain rather unclear in both Poland and Germany, as the following chapters will show. Both concepts potentially fall under the broader category of „intermediate tenures” as they aim to offer „something that the housing market lacks”^[17], such as institutional support for home ownership or better access to rental options and its terms. On the other hand, in international comparison different target groups of social and affordable housing are being distinguished^[18]. The definition says that intermediate tenures are directed towards those who cannot access the regular housing market (home ownership or market rental) but, at the same time, have too high income and do not qualify for social housing^[19] thus referring rather to the concept of affordable housing. Indeed, in international research, the category of affordable housing is becoming a more distinct field, and social housing remains as an ultimate response to the financial crisis, shifts in house prices, inflation and state budget austerity^[20]. Drawing a clear dividing line is not possible here due to the blurred contours of the concept

¹⁶ Elsinga, „Intermediate Housing Tenures”, 3.

¹⁷ Gary Libecap. *Contracting for Property Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), 4.

¹⁸ Darinka Czischke, Gerard van Bortel, „An Exploration of Concepts and Policies on 'affordable housing' in England, Italy, Poland and the Netherlands” *Journal Housing and the Built Environment*, 38 (2023): 298-299.

¹⁹ Monk, Whitehead, „Why intermediate housing markets?”, 2-3.

²⁰ Czischke, van Bortel, „An exploration of concepts”, 299.

of „social housing”, but undoubtedly intermediate tenures represent nowadays more affordable housing options than ever.

4 | German rental cooperatives

From a formal legal point of view, cooperative housing does not exist as a separate form in German private law. There are, however, more than two million cooperatively provided housing units, predominantly rented to the cooperative members^[21]. There is also no separate statute concerning „housing cooperatives” (*Wohnungsgenossenschaften*) and cooperative law has never literally contained the term, too. Housing cooperatives are embedded in the legal form of a registered cooperative (*eingetragene Genossenschaft, eGen*) that is a corporation subject to the regulations of general cooperative law of 1889 (currently titled *Genossenschaftsgesetz GenG*)^[22]. Until 2006, only the associations for housing provision (*Vereine zur Herstellung von Wohnungen*) were mentioned in § 1(1)(7) GenG. Nevertheless, the concept of ‘housing cooperative’ has been included in tax law regulations and governmental documents procured for conducting housing policy that take into account market practices, standardized by the obligatory membership of the cooperatives in the central cooperative unions. Altogether, Germany has roughly 2,000 housing cooperatives; about 40 percent of them are located in former East Germany^[23]. According to data collected at the last federal census in 2011, cooperative dwellings in residential buildings amounted to 2,086.454 units constituting 5,1% of the total housing stock in Germany, most of them rented^[24]. Cooperatives, which are mainly an

²¹ Zensusdatenbank, *Statistische Ämter des Bundes und der Länder*, 2011. <https://ergebnisse.zensus2011.de>. [accessed: 30. 03.2024].

²² Law of 1.05.1889 (*Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*), RGBl. p. 55, new consolidated version of 16.10.2006 with a new title (*Genossenschaftsrecht*), RGBl. I p. 2230, as amended.

²³ *Wohnungsgenossenschaften. Potenziale und Perspektiven*, Bericht der Expertenkommission Wohnungsgenossenschaften, Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen: Berlin 2004, 3.

²⁴ Zensusdatenbank, 4000W-1005 Wohnungen in Gebäuden mit Wohnraum, *Statistische Ämter des Bundes und der Länder*, 2011. <https://ergebnisse.zensus2011.de>. [accessed: 30.3.2024].

urban phenomenon, reach even more share than 10 percent of the stock in the largest cities^[25].

In the dominant rental cooperatives the cooperative owns the structure and the housing units and the members use their units either based on a regular rental agreement subject to the German Civil Code or a specific rent-like tenure called cooperative right of use (*genossenschaftliches Nutzungsrecht*)^[26]. The latter being an unlimited contractual right of possession arises out of a contract concluded with a cooperative under standard term contracts (*GdW Mustervertrag für genossenschaftlichen Nutzungsvertrag*) or solely by application of the standardized registered by-laws of the cooperative (*GdW Mustersatzung*)^[27], respectively.

The statutory concept of non-profit activity was imposed in 1930 on building cooperatives (*Baugenossenschaften*)^[28] and continued in the Nonprofit Housing Act of 1940 (*Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz, WGG*)^[29] which was in force until 1990. In return for generous tax exemptions and financial support, the law stipulated tasks for all non-profit housing companies: compulsory construction (*Baupflicht*), rent restrictions, and limitations in contracting^[30]. Housing cooperatives in former East Germany were

²⁵ *Wohnungswirtschaftliche Daten und Trends 2003/2004*, GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen: Berlin 2003, 141; Mirosław Gorczyca „Mieszkalnictwo w Niemczech [The Housing in Germany]” *Wiadomości Statystyczne [The Polish Statistician]*, No. 2 (2016): 90. Data for the previous periods are discussed by Mirosław Gorczyca, „Mieszkalnictwo w Niemczech [The Housing in Germany]” *Wiadomości Statystyczne [The Polish Statistician]*, No. 6 (2010): 72.

²⁶ Jürgen Keßler, „Commentry to § 1 GenG”, [in:] *Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz*, 2nd ed., ed. Klaus-Peter Hillebrand, Jürgen Keßler (Hamburg: Hamonia, 2010), 26-39.

²⁷ *Muster-Satzung für gemeinnützige Wohnungsunternehmen* of 1949/1961, Gesamtverband gemeinnütziger Wohnungsunternehmen in Köln, published in Johann Lang, and Ludwig Weidmüller, *Genossenschaftsgesetz* (De Gruyter: Berlin-New York, 1974), 172-215.

²⁸ Regulation on non-profits (*Gemeinnützigkeitsverordnung GVO*) as part of the regulation to secure the economy and finance of 1.12.1930 (RGBl. I, p. 593). Law to secure non-profit status in the housing sector (*Gesetz zur Sicherung der Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen*) of 14.07.1933 (RGBl. I p. 484).

²⁹ Law on the non-profit organization in the housing sector (*Gesetz über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen*) of 29.02.1940 (RGBl. I, S. 437). This law was supplemented by the regulation for the implementation of the non-profit housing law (*Verordnung zur Durchführung des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetze*) of 23.07.1940 (RGBl. I, S. 1012).

³⁰ Helmut Jenkis, *Kommentar zum Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht* (Hammonia Verlag: Hamburg, 1988), XII.

not covered by the provisions of the 1889 cooperative law and the 1940 non-profit law. After reunification in 1990, all cooperatives adopted „old” cooperative law (GenG), Western model by-laws and standard tenancy contracts, and have been united within the cooperative union *Gesamtverband der Wohnungswirtschaft* (GdW) ever since.

The model of a non-profit rental cooperative proved to be resilient during the 1990s and in the 2000s after the law on non-profit housing and state support was repealed in 1990 as part of comprehensive tax reform^[31]. Cooperatives may continue to include the term „non-profit” in the company’s name, if specific conditions are met. The only tax exemption available has been restricted to a very specific form of rental cooperative (*Vermietungsgenossenschaft*) with the activity limited to providing rental housing to their members. Only those housing cooperatives are eligible for exemption whose scope of business is constrained to the preservation and maintenance of the existing rental stock (*Bestansgenossenschaften*)^[32]. Currently, almost 1,400 of the total 2,000 housing cooperatives use the tax exemption for corporate income tax which makes their cooperative rentals affordable tenures^[33]. As German cooperatives generate profits under cooperative law, a dividend in non-profit housing cooperatives must not exceed 4 percent annually and cannot be paid out to members in cash^[34]. Public subsidies and deductions are passed on to the tenants of „non-profit” rental cooperatives and through the mechanism of a dividend increase return on equity or allow setting lower rents for members in the future^[35]. Thanks to this, most non-profits can provide rental accommodation at cost or at least at below-market prices. But, the „for-profit” status of some rental

³¹ Steuerreform-Gesetz of 2.08.1988, BGBl. I S. 1093.

³² Wolfgang Pelzl, *Die Gründung von Mietergenossenschaften zur Erhaltung von sozialem Wohnraum* (Nürnberg: Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Genossenschaftswesen an der Universität Erlangen-Nürnberg vol. 25., 1987), 36.

³³ *Wohnungsgenossenschaften. Potenziale und Perspektiven*, Bericht der Expertenkommission Wohnungsgenossenschaften, Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen: Berlin 2004, 198. In the old federal states, the number of such associations is estimated at about 40%, while in the new federal states it has been adopted by almost 50% of the cooperatives.

³⁴ Jenkis, *Kommentar zum Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht*, XII.

³⁵ Pinkel Tobias, Annika Schulenberg, Valerie Müller, Christoph U. Schmid, „Germany”, [in:] *Ways out of the European Housing Crisis: Tenure Innovation and Diversification in Comparative Perspective* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022), 207-210.

housing cooperatives, depending on their financial standing, does not exclude providing housing below market-based rents also to their members.

It should be mentioned that in the 1990s different strategies were proposed to improve the financial standing of cooperatives and the capital commitment of their members in the cooperative equity (including additional shares and obligatory contributions from the tenant-members), as well as to combat tenant mentality among members. Within the state policy called „orientation towards strengthening more ownership in cooperatives” (*Eigentumsorientierung*) the by-laws of some cooperatives introduced an option right to acquire ownership of individual apartments outright by the sitting tenants against remuneration. In the long-run, it could be detrimental to the existence of cooperative stock in the future^[36]. In turn, cooperative organizations and financial authorities promote a new type of housing cooperative (*Mietwohnungsgenossenschaft*)^[37] which provides for the acquisition by members of special permanent usage rights (instead of cooperative tenancies).

The second model entails building up equity in exchange for stronger members’ housing tenures in the form of the ‘right of permanent use’ of residential property (*Dauerwohnrecht*), one of the limited property rights available in German private law, regulated in the § 31 *Wohnungseigentumsgesetz*^[38]. Here, the cooperative remains the owner of the building whereas tenants are encouraged to acquire more property rights in the cooperative both in housing tenure and equity. This form was expected to resemble home ownership status of the right holder to prevent the privatization of cooperative dwellings. Granting permanent residential rights to members (with the security of tenure stronger than in residential tenancy) requires additional payments in form of additional shares or for more financial contributions to the cooperative equity capital which resembles owner-occupier involvement in the enhanced cost of housing^[39].

³⁶ Ingrid Schmale, „Die Eigentumsfrage – ein kontroverses Dauerthema bei (Wohnungs)-Genossenschaften?” *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen*, 49 (1999): 134.

³⁷ Thomas Schaefers, „Der § 17 Eigenheimzulagengesetz – seine Entstehung und Wirkung für die Wohnungsbaugenossenschaften” *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen*, 49 (1999): 139.

³⁸ Act on the Ownership of Apartments and the Permanent Residential Right (*Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht, Wohnungseigentumsgesetz WEG*) of 15.03.1951, in the version of 12.01.2021 (BGBl. I S. 34, as amended).

³⁹ Marieta Haffner, Daniel Brunner, Haffner Marieta, Daniel Brunner, „German Cooperatives: Property Right Hybrids with Strong Tenant Security” *OTB Working*

In return, the members obtain a tenure that comes closer to home ownership than tenancy or traditional usufruct^[40] but is formally distinct from apartment ownership and not accompanied by the governance structure of the condominium as management by cooperative bodies continues^[41].

Despite the existence of the two above mentioned types of housing cooperatives, non-profit (rental) housing cooperatives dominate the market as a regular basic form of the corporation. Unfortunately, the non-profit type of cooperative prevents both enfranchisement and new housing construction^[42] because ‘other activities’ of the board (other than renting out) cannot account for more than 10% of the cooperative’s total income^[43]. Although the recent housing crisis led to the legislative proposals to restore non-profit affordable housing (*bezahlbares Wohnen*) as a regime of a ‘new WGG’, they have not been adopted so far^[44].

5 | Post-socialist cooperative tenures in Poland

At present, there is one uniform statutory type of a housing cooperative in Poland (*spółdzielnia mieszkaniowa*), which allocates individual units under different housing tenures. The national legal framework for all registered

Papers, 7 (2014): 13. <http://resolver.tudelft.nl/uuid:cb635acb-b59a-455b-bd63-a-e8b1d01fc98>.

⁴⁰ On property-equivalent limited rights *in rem* see Tobias, Schulenberg, Müller, Schmid, „Germany”, 210-211.

⁴¹ For more details see Wolfgang Schneider in: *Erläuterungen zum Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht*, 15th ed., ed. Johannes Bärmann (München: C.H. Beck, 2023), § 32 WEG, Nt 1-5.

⁴² Volker Beuthien, Daniel Brunner, „Haben Wohnungsgenossenschaften eine Zukunft?” *Die Wohnungswirtschaft*, No. 6 (2002): 22.

⁴³ On strategies how to apply to this rule see *Die Vermietungsgenossenschaft*, GdW Bundesverband deutscher Wohnungsunternehmen e.V.: Freiburg, 2019.

⁴⁴ *Gemeinnützigkeit der Wohnungswirtschaft*, 23.01.2013, document no. WD 7-3000-006/13, Department of Studies, German Parliament [accessed: 31.03.2024], and *Eckpunktepapier zur neuen Wohngemeinnützigkeit (NWG) einschließlich eines Förderprogramms*, 14.06.2023, document no. 20(24)143-neu, Committee for Housing, Urban Development, Construction and Municipalities [Ausschuss für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen], German Parliament [accessed 31.04.2024].

cooperatives is regulated by the 1982 Cooperative Law^[45], while the rules relating directly to the peculiarities of housing cooperatives are contained in the 2000 Act on Housing Cooperatives^[46] providing autonomous model of financing construction costs by the members through construction contributions and not by shares (as in Germany). In Polish housing cooperatives, the costs of constructing an apartment are no longer covered by the members' shares but by permanent assignment of construction contributions (*wkłady budowlane*) to the unit covering the full cost incurred by the cooperative.

Current cooperative tenures have deep roots in the past, except for individual apartment ownership right which is regarded in Poland as „home ownership” (a way of owning outright); it is not perceived *per se* as an intermediate tenure^[47]. Despite a mass privatization of the cooperative housing stock that followed only after 2000, housing cooperatives remain an important player in the housing market. Acquiring strata title from the cooperative under the 1994 Act of Apartment Ownership^[48] causes the members' unit to leave the cooperative stock. That is why, for the purposes of the legal and statistical studies, the ownership of dwellings belonging to housing cooperatives („cooperative housing”) refers only to cooperative housing units with a „cooperative residential tenancy” and the units with a „cooperative ownership-like” rights to residential premises^[49]. After 20 years of conversions, in 2021 the share of both cooperative housing

⁴⁵ Act of 16.9.1982 – the Law on Cooperatives (*Prawo Spółdzielcze*, Journal of Laws no. 30, item 210). Before 2001, the Cooperative Law Act of 16 September 1982 contained some special provisions for the regulation of housing cooperatives. Now, it regulates the functioning of the cooperative corporation. Since major amendment to the Cooperative Law in 1994, four major attempts have been made in Parliament to enact a new modern cooperative law, but no significant reform of the general provisions has taken place by now, see Krzysztof Pietrzykowski, „A Century of Codification of the Cooperative Law in Poland” *Studia Prawnicze KUL*, No. 4 (2022): 60.

⁴⁶ Act of 15.12.2000 on Housing Cooperatives (*Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych*), Journal of Laws no. 4, item 27, consolidated text Journal of Laws from 2003, no. 119, item 1116, as amended.

⁴⁷ Apartment ownership can be regarded as intermediate tenure option only in reference to the acquirers who are supported by the state through interest subsidies or price subsidies.

⁴⁸ Act of June 24, 1994 concerning apartment ownership (*Ustawa o własności lokali*, Journal of Laws of 1994 no. 86, item 388, as amended).

⁴⁹ *Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2021. Warunki mieszkaniowe w Polsce w świetle wyników Narodowego Spisu Powszechnego Ludności i Mieszkań 2021* [National Population and Housing Census 2021. Housing conditions in Poland according

rights amounts to 20.6% of the urban housing stock against 58.1% of housing units occupied in cities on the basis of home ownership or apartment ownership^[50]. Nationwide, 68.8% of housing units are occupied on the basis of apartment ownership right, while cooperative housing amounted to 14.2% dwellings^[51].

In contrast to other Central and Eastern European countries, Poland still has a large cooperative housing sector encompassing mostly „modernized” post-socialist cooperative tenures due to little outcomes of cooperative construction. Under socialism, since the 1950s, there have been always two forms of cooperative housing tenures in Poland^[52]: the „weaker” cooperative residential tenancy (*in personam*) right and the „stronger” proprietary (*in rem*) cooperative right to an apartment. The dominant form was cooperative tenancy (under current legislation *spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu* or „cooperative member’s tenancy right to an apartment”), introduced in 1961 as a specific tenure distinct from regular tenancy. Similar to the position of a tenant under lease, it is an obligation in civil law, so it cannot be alienated (neither sold, nor donated). Formally, it is not subject to the succession *mortis causa*, but just as in the case of the lease contract, upon the member’s death it is assigned to the next of kin by the virtue of law which fulfills the socio-economic function of succession. The contributions paid to the cooperative assigned to the unit are inherited by the heirs. In the remaining scope, cooperative tenancy is decommodified. It may expire in rare occasions and the holder of the right enjoys high security of tenure. Therefore, it can be qualified as a „rent plus” type of intermediate tenure.

Another cooperative tenure is a limited property right (under the current legislation *spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu* or literally „cooperative member’s proprietary right to an apartment”)^[53]. The concept was created in 1961 as a housing tenure much more conform to the socialist

to the results of the National Population and Housing Census 2021], GUS: Warszawa-Lublin, 2023 [2024], 60.

⁵⁰ Narodowy Spis Powszechny, 37.

⁵¹ Narodowy Spis Powszechny, 37. The vast majority of dwelling units were located in multi-dwelling buildings which contained 79.0% of dwellings in urban areas.

⁵² In centrally planned economy units owned by housing cooperatives could not be turned into private ownership.

⁵³ Rafał Mańko, „The Cooperative Member’s Proprietary Right to an Apartment: a Legal Survival of the Period of Actually Existing Socialism in Polish Private Law” *Zeszyty Prawnicze*, No. 4 (2015): 147-173.

principles^[54] than the individual ownership of an apartment. It granted a secure occupancy with some possibilities to transfer it *inter vivos* and *mortis causa*, providing persons who finance the construction of the unit from their own resources with a sufficiently attractive legal title^[55]. Since it was subject to strict administrative control and numerous limitations enshrining the privileged role of the „socialized” property of the cooperative, it can only be qualified as a tenure between „ownership minus” and „rent plus” types of intermediate tenure.

Both tenures represented the dominant social housing sector at that time, because the initial acquisitions were heavily subsidized by the socialist state. Until 1982, they were allocated by the two separate types of socialist housing construction cooperatives, in which all the dwellings in the building were delivered either under cooperative tenancy (rental cooperatives) or under cooperative ownership-like tenure (ownership cooperatives)^[56]. As of 1982, uniform housing cooperative could offer the individual units to candidates on terms prescribed either for cooperative tenancy or ownership-like tenure. The system became even more flexible after it became permissible, as of 1972 until 2007, to convert cooperative tenancy right into ownership-like tenure. This „internal” privatization was subject to official price reductions as the units were commodified not against a market price but against the subsidized payment of the difference between the construction input and the housing input required for the allocation of new subsidized dwelling. The concept of cooperative housing has become dynamic ever since; it was usual to acquire first cooperative tenancy on preferential terms and then to move on to stronger tenure along with the repayment of the significant part of construction cost (loans). As of 1977, 91% of cooperative flats were held under cooperative tenancy rights and just 9% under cooperative proprietary rights^[57], while in 1989 the numbers were 78% and 22%, respectively^[58]. After the fall of the communist regimes in Central and Eastern Europe, many tenants were offered the

⁵⁴ Lesław Myczkowski, *Nowa ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych* (Zielona Góra: Zachodnie Centrum Organizacji, 2001), 66.

⁵⁵ Mańko, „The Cooperative Member’s Proprietary Right”, 147-173.

⁵⁶ Law of 17.6.1961 on cooperatives and their unions (Journal of Laws no 12, item 161, as amended).

⁵⁷ Maciej Cesarski, „Dorobek materialny spółdzielczości mieszkaniowej w Polsce”, [in:] *Historia i przyszłość spółdzielczości mieszkaniowej w Polsce*, ed. Zbigniew Gotfalski (Warszawa: Wydawnictwo „Dom”, 2011), 29.

⁵⁸ Cesarski, „Dorobek materialny”, 29.

option to purchase their dwellings at a low price^[59]. In the 1990s, the same was true for municipal housing in Poland but not for cooperative housing tenures, as the 1994 law on apartment ownership did not apply to 3.17 million cooperative dwellings belonging to housing cooperatives in 2002 (mostly dwellings in urban large multi-family estates) making up 24.4% of residential inhabited dwellings at that time^[60].

Only the cooperative housing reform of 2000 was aiming to abolish „old” cooperative housing rights and to replace them with the modern law on condominiums^[61]. Cooperative residents acquired the right to demand purchase of the individual ownership right to their apartments (cooperative „right-to-buy” with financial terms laid down in the statute^[62]), thus enabling the direct privatization of tenures in post-socialist housing cooperatives. The process has been very slowly at the beginning until the 2007 Amendment^[63] changed the financial terms and reduced the costs of conversion (the repayment of the original loan taken by the cooperative to build the unit, i.e. value of all financial obligations incurred by the construction works)^[64]. According to data collected by the largest Association of Housing Cooperatives, only within two years (2007-2009) thousands of flats were converted^[65] and the number of cooperative tenancies dramatically decreased from 23.7% to 6.5% of the housing stock in Poland during the period of 2002-2011^[66]. The recent results of the 2021 census show that cooperative tenancy today covers only about 1% of the housing stock^[67].

⁵⁹ József Hegedüs, Martin Lux, Nóra Teller. *Social Housing in Transition Countries* (London: Routledge, 2014), 1; Sasha Tsenkova, *Housing Policy Reforms in Post-Socialist Europe. Lost in Transition* (Heidelberg: Physica-Verlag, 2009), 1.

⁶⁰ *Warunki mieszkaniowe gospodarstw domowych i rodzin 2002* (Warszawa: GUS, 2003), 31.

⁶¹ Act of June 24, 1994 concerning apartment ownership (*Ustawa o własności lokali*, Journal of Laws of 1994 no. 86, item 388, as amended).

⁶² Act on Housing Cooperatives, Art. 12, Art. 17(14), Art. 39, Art. 48, Art. 52.

⁶³ Act of 14.06.2007, Journal of Laws no. 125, item 873.

⁶⁴ The article deals with the procedures for conversion of rights to apartments in housing cooperatives, see Agnieszka Napiórkowska-Baryła, „The Process of Transformation of Rights to Residential Units in Housing Cooperatives in Poland” *Olsztyn Economic Journal*, No. 2 (2011): 223.

⁶⁵ *Ibidem*, 226.

⁶⁶ In particular, before the 2007 Amendment, there were 830.000 rental apartments held by the cooperative members (making up to 23,7% of the total number of housing dwellings in total). After only two years the number of dwellings held in cooperative tenancy fell to 227.000.

⁶⁷ *Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2021*, 36.

The law was supposed to dramatically change both cooperative housing tenures. Instead, the popularity of the second cooperative tenure became apparent, despite the fact that since 2007 there is no possibility to acquire it from the cooperative (neither on the primary market nor through conversion of the cooperative tenancy). In 2021, cooperative owner-occupied housing still accounted for about 13.4% of the total housing stock in Poland and compared to the 2011 census, this stock decreased only slightly, by 6.1% (from 1.9 million to 1.8 million units)^[68]. In cities, the results were even better at 19.3% of the total housing units occupied in cities^[69].

The reason that the majority of holders of „old” cooperative ownership-like rights do not convert them into full ownership are not caused by the costs of such an operation (the terms are the same). On the other hand, both apartment ownership and cooperative property rights have their advantages and disadvantages^[70]. During the transition from one socio-economic and political system (socialism) to another (democratic market economy), Polish cooperative tenures have survived interesting „internal evolution” concerning their content. After significant adaptations, resulting from far-reaching legislative changes and bold decisions by the Constitutional Court of Poland, cooperative institutions not only „survived” the demise of the earlier socio-economic and political system but also adapted to the new roles. The tenure survived due to the significant modifications during the 1990s and early 2000s including making the co-holdership of the right possible, repealing of the previous legislation that provided that in the event of the apartment’s alienation *inter vivos*^[71] or in the event of succession *mortis causa*^[72] the transfer could become effective only once the acquirer or the heir became admitted to the cooperative (where such an approval

⁶⁸ Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2021, 36.

⁶⁹ Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2021, 36. The decrease was only 7.6%. The current state is 92.4% of the number of owner-occupied cooperative housing units in the cities in 2011.

⁷⁰ Tadeusz Skotarczak, Monika Śpiewak-Szyjka, „Spółdzielnie mieszkaniowe w nowym otoczeniu społeczno-gospodarczym”, [in:] *Spółdzielnie mieszkaniowe: Dylematy funkcjonowania i rozwoju*, ed. Tadeusz Skotarczak (Warszawa: C.H. Beck, 2015), 18.

⁷¹ Decision of the Polish Constitutional Court of 30.3.2004, Case K 32/03, Official Journal of the Jurisprudence of the Constitutional Tribunal 2004, no. 3A, item 22.

⁷² Decision of the Polish Constitutional Court of 21.5.2001, Case SK 15/00, Official Journal of the Jurisprudence of the Constitutional Tribunal 2001, no. 4, item 85; Decision of the Polish Constitutional Court 29.6.2001, Case K 23/00, Official Journal of the Jurisprudence of the Constitutional Tribunal 2001, no. 2, item 124; Decision

could be denied by the board), and repealing of the legislation stating that an apartment could only be sublet with the cooperative's consent (which could also be denied)^[73]. The most profound change, however, led in 1991 to the legislature permitting the encumbrance of the right with mortgage (*hipoteka*)^[74] which enabled using the tenure for security purposes and credit financing, making the tenure (and not the shares or contributions paid to the cooperative) a true investment asset. Despite the fact that formally the tenure still constitutes a distinct legal title (limited property right, though 'stronger' than usufruct), it is regarded on the market as functional equivalent to homeownership or apartment ownership. Indeed, cooperative member's proprietary right to an apartment is an example of social institutions that are referred to as successful „legal survivals”^[75].

6 | Discussion

The first general observation leads to the conclusion that the actual models of cooperative housing in Poland and Germany vary in terms of tenures and the degree of financial involvement of members in the cooperative, which makes any international comparison difficult. However, the 'constructivist' approach requires that all the rights of the residents must be included, not only those regulated by the formal property law applicable to cooperative housing tenures.

Taking into the account the above, the concept of intermediate tenures fits also to the description of cooperative tenures available in Poland and Germany. Cooperative laws in Poland and Germany offer intermediate tenures between renting and owning that do not fit into the traditional

of the Polish Constitutional Court of 25.2.1999, Case K 23/98, Official Journal of the Jurisprudence of the Constitutional Tribunal 1999, no. 2, item 25.

⁷³ Decision of the Polish Constitutional Court 29.6.2001, Case K 23/00, Official Journal of the Jurisprudence of the Constitutional Tribunal 2001, no. 2, item 124.

⁷⁴ Act of 25 October 1991 amending the Civil Code, the Land Register and Mortgage Act, the Cooperatives Act, the Code of Civil Procedure and the Housing Law, Journal of Laws no. 115, item 496.

⁷⁵ Mańko, „The Cooperative Members' Proprietary Right”, 147.

categories^[76]. The initial hypothesis that cooperative tenures can be subdivided into certain categories of intermediate tenures, namely either the 'rent plus' or the 'ownership minus' type, has also been confirmed.

It must be noted that the German model of rental cooperative does not fully equal with the model of the Polish cooperative tenancy. Nevertheless, both rental tenures represent the „rent plus” type of intermediate tenure due to the similar reasons explained and summarized below.

The cooperative models in Poland and Germany contain also „stronger” options of limited property cooperative ownership-like rights: *spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu* and *Dauerwohnrecht*, respectively. Both forms of tenure provide for a very strong security of tenure^[77] and seem to prove that the absence of formal individual apartment ownership does not signify the absence of ownership relations in the model of the so-called 'ownership cooperatives'. It is worth mentioning that those proprietary tenures have no equivalents in other European countries except for the similar and converging Scandinavian models of ownership cooperatives and companies^[78]. The position of the member is equal to that of the home owner because housing unit is allocated under a tradeable and inheritable tenure (its tenure and not the shares that are the primary object of secondary transactions with acquirers), it can be regarded as an investment as the holders receive capital gains or return from renting out their property (unit). They may also suffer capital losses in transactions with the third parties, just as homeowners do. Therefore, this type of cooperative housing can be regarded as an „ownership minus” type of alternative tenure^[79].

The Polish case is special in this regard. As the German tenure can be subject under contract to modifications and limitations in favor of the

⁷⁶ For similar observation for German law see Jost Kramer, „Die Struktur deutscher Genossenschaften im Lichte der Property-Rights-Theorie”, [in:] *Genossenschaftsmodelle – zwischen Auftrag und Anpassung. Festschrift für Rolf Steding*, ed. Marcus Hanisch (Berliner Beiträge zum Genossenschaftswesen Band 56: Berlin, 2002), 286.

⁷⁷ Termination of cooperative limited property right is not possible in Poland, but in Germany it depends on the terms of the contract establishing *Dauerwohnrecht*.

⁷⁸ Especially in a model in which there are no price controls any more, see Hannu Ruonavaara, „How Divergent Housing Institutions Evolve: A Comparison of Swedish Tenant Co-operatives and Finnish Shareholders' Housing Companies” *Housing, Theory & Society*, No. 4 (2005): 234.

⁷⁹ In my opinion, the status of the Polish cooperative freehold is even stronger than its German counterpart because greater stability of tenure and the role it plays as an equivalent for apartment ownership.

cooperative, the still existing cooperative ownership-like tenures in Poland did play an important role of affordable tenures in the past, but now they do not perform that role anymore. First, it can be attributed to the „internal” privatization of their content. Privatization is commonly associated with a reform of relations of ownership but is not limited to the buyouts only. The „internal” conversion of the legal content of cooperative ownership-like tenures in the 1990s and 2000s was also privatizations, because residents had been acquiring more property rights of a true owner, according to the accepted definition^[80] and in line with the main assumption of the constructivist understanding of housing tenures, where tenures can change in time and place^[81]. A similar process in Swedish and Norwegian ownership cooperatives showed that both tenures “have gradually evolved from being housing sectors partly de-commodified by regulation of prices and transactions into ones that resemble, more and more, direct ownership”^[82].

Second, since 2007 it has not been possible in Poland to establish (create) new tenures of that kind, so the cooperatives cannot produce or allocate unoccupied dwellings in this way (there is no primary market). Also, the state has not been supporting new construction of dwellings to be allocated by the cooperatives under cooperative ownership-like tenure. Only acquisition of the existing rights on the secondary market (where units are sold by the members against market prices) is supported under the same financial mechanisms and terms of interest subsidies lowering the cost of entry to apartment ownership^[83]. For that reason, cooperative ownership-like tenure constitutes a real substitute for apartment ownership and represents the „ownership [very little] minus” type of intermediate tenure.

On the other hand, there are similar differences between conventional renting and cooperative renting. Both Polish and German legislation strongly protect cooperative tenants. Even though cooperative tenancies under the Polish and German law do not usually differ from those in the rented sector and bring similar tenure security, cooperative tenants enjoy

⁸⁰ Marcuse, „Property Rights, Tenure and Ownership: Towards Clarity in Concept”, 25.

⁸¹ Hannu Ruonavaara, Types and Forms of Housing Tenure: Towards Solving the Comparison/Translation Problem” *Scandinavian Housing and Planning Research*, 10 (1993): 12.

⁸² Ruonavaara, Home Ownership and Nordic Housing”, 95.

⁸³ Within the Family’s Own Home programme, see Magdalena Habdas, „Poland”, [in:] *Ways out of the European Housing Crisis: Tenure Innovation and Diversification in Comparative Perspective* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022), 249-250.

greater protection than ordinary tenants because tenants would be in danger of getting evicted only under very rare circumstances, and due to the control by the members over their cooperative landlord^[84], and (as in the Polish case) the protective provisions of the special legislation. Bundles of property rights stem directly from the cooperative tenures, but members of the cooperative also indirectly share the ownership of the building and land through their cooperative organization thanks to the membership relationship. Cooperative housing forms indirect or joint ownership relationships that denote additional bundles of ownership rights. The obligation to pay in shares to the cooperative (Germany) or contributions covering full construction costs of the dwellings (Poland), as well as maintenance fees, are forms of investing in the equity of the cooperative which make the tenants shareholders again (indirect ownership). Each member is a tenant and a provider of capital at the same time.

Here is where one important difference between Polish and German rental cooperatives is revealed. Conventional renters and Polish cooperative tenants have no right to any return on investment since they do not contribute by means of shares. Construction contributions are not interest-bearing and cannot be treated as loans, and rents or deposits are not investments. On the other hand, members of German cooperatives have the right to an annual dividend and participate in cooperative profits, the maximum amount of which will only be based on the chosen formula of action (for-profit or non-profit). Despite this, the situation of the Polish members is similar – the surplus of advance payments for management fees in one year is settled by reducing the amount of advances in subsequent periods, in accordance with the principle preventing the earning of profits from activities for members (Art. 6 of the Act on Housing Cooperatives). Despite this, in both countries cooperative housing forms indirect or joint ownership relationships within the organizational structure of the cooperative corporation.

Organizational relations also enhance stronger tenant participation of both cooperative tenants and holders of cooperative limited property rights. It is cooperative law that offers the members-residents bundles of property rights making cooperative tenures different from those for simple renting. The cooperative law regulates competences and activities of various

⁸⁴ In cooperatives, some eviction prerequisites acceptable for commercial landlords are basically excluded, i.e. landlord's inability to make an economically „acceptable” profit.

bodies of the cooperative including the involvement of members in the decision-making process. Cooperative members can influence or challenge the decisions of the cooperative, i.e. to terminate the rental contract.

Rental cooperatives representing „rent plus” type of intermediate tenure form affordable housing options in both countries. In the current housing market, the price of new rental cooperative flats is lower in cooperatives in comparison to rental dwellings, but it is not subsidized rental stock in general^[85]. Traditionally, housing cooperatives are collective organizations formed to fulfill shelter-related objectives such as new building construction or collective management. They are also institutions or vehicles for housing finance, often leading to the joint liability of member-tenants towards their creditors; tenants-members are often the recipients of state subsidies lowering the costs of access and occupation. From this perspective, housing tenure can be described as an instrument in housing policy to enable more affordable home ownership or affordable rental^[86].

As it was stated before, different target groups for social and affordable housing are being distinguished in international comparison^[87]. The German basic non-profit concept of the rental cooperative includes many ways of accumulating internal reserves that make it possible to lower the initial price and costs of housing to target different lower-income groups. In Poland, the targets are set at the moment of granting preferential credit from the government programs for new affordable social housing that is provided since 1995 by three types of subsidies' recipients: publicly owned non-profit building companies (formerly social housing societies TBS, currently social housing initiatives SIM), the municipal companies and by the housing cooperatives^[88]. As local providers of rental housing, both entities are dependent on the financial support for affordable housing in the form of housing construction support program providing preferential repayable financing for the construction of rental dwellings with limited rent, addressed to people with moderate incomes. In practice,

⁸⁵ Social rental housing in most EU countries is included under „subsidised rent”, a tenure that is not existent in Poland. Renting at a subsidised rate is common in the Netherlands, the United Kingdom, in France, Finland, or Ireland.

⁸⁶ Elsinga, „Intermediate Housing Tenures”, 3.

⁸⁷ Czischke, van Bortel, „An exploration of concepts”, 299.

⁸⁸ Similar two model organizations of social rental housing have been presented in Mark Stephens, „Social Rented Housing in the (DIS) United Kingdom: Can Different Social Housing Regime Types Exist within the Same Nation State?” *Urban Research and Practice*, No. 1 (2019): 38-60.

some cooperatives do contribute to the supply of affordable rental housing as they must apply income ceilings, but they do not provide dwellings for the largest sectors of society nor for the poorest^[89]. Though there is no official definition of social (rental) housing in Poland, cooperative rental tenures in Poland are not part of the concept of social housing (understood as rental housing for people on low and low-middle incomes). Affordable housing is provided to households below the average income as a target group whereas 'true' social rental housing serves the lowest income households and is provided in Poland by municipalities or other entities under government-supported homeless shelters. Such defined social housing sector do exist in Poland and is rather small (around 7%); most of this is public (i.e. municipal) housing, and not cooperative housing.

Within the financial schemes available, housing cooperatives provide for a subsidized low-cost rental sector in the form of either „new” cooperative tenancy (delivered to members only) or typical low-rent regular tenancy (non-members). Unfortunately, this sector suffers from growing stagnation and is not a viable alternative housing tenure^[90]. Both affordable housing actors (TBSa and housing cooperatives) own less than 1% of the current national housing stock^[91] and little new cooperative housing construction is being reported each year^[92]. In the literature it was claimed that cooperative tenancy rights are intended to house the poor because they lower the cost of access for the residents to secure rental with strong protection of the relatives of a member. But, in practice, cooperative tenancy is not sufficiently used which lies in the fact, that the statutory model of cooperative tenancy in Poland does not meet the housing needs of individuals eligible for social housing (for the lower-income tenants). This is the result of unfavorable legal arrangements excluding financial support from public

⁸⁹ Lydia Coudroy de Lille, „Housing Cooperatives in Poland. The Origins of a Deadlock” *Urban Research & Practice* 8, No. 1 (2015): 17-31.

⁹⁰ On problems with utilizing public credits and preferential treatment of TBSs see Alina Muzioł-Węclawowicz, Alina, „Mieszkalnictwo społeczne w Polsce – wyzwania i ograniczenia [Social Housing in Poland: Challenges and Barriers]” *Studia BAS*, No. 2 (2021): 90-91. About a project on the Fund of Rental Dwellings stimulating more social rental housing see Habdas. „Poland”, 251-253, 255, 258.

⁹¹ *Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2021*, 36.

⁹² Małgorzata Ofiarska, „Finansowanie zwrotne przez Bank Gospodarstwa Krajowego inwestycji objętych rządowym programem popierania budownictwa mieszkaniowego – wybrane zagadnienia” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 8 (2022): 17-18.

funds of members who would like to acquire a cooperative tenancy right to a dwelling^[93].

It is rather doubtful, though, whether cooperative tenure could ever play such a role. Due to the income thresholds and the duty of co-financing by the member of the building costs of the units (immanently embedded in the concept of construction contributions of the members), the cooperative tenancy is suitable for providing housing for people with average earnings, just as municipal-owned TBSs. What is more, due to fiscal austerity and the lack of sufficient funds new cooperative rental apartments can be privatised due to the statutory „right to buy”. In that case, the state loans are immediately repaid to the bank which allows granting new credits for new construction. Nevertheless, it prevents sustainable, affordable rental housing providers from emerging on the Polish market.

7 | Conclusion

Cooperative housing in both jurisdictions studied could be used to greater extent to provide affordable housing options. As opportunities to enter the housing market and renting a flat are decreasing, especially for the middle class in Poland^[94], a recommendation can be given that more innovative policies should be undertaken in Poland to develop more affordable housing solutions. There is a room among typical housing options (home ownership, ordinary market rent and the category of social housing for the poor) that should be supplemented by cooperative vehicles. Government agencies should play a more active role in improving the access to finance and affordable urban land^[95], as well modern legal framework. These are

⁹³ Adam Jedliński, Piotr Zakrzewski, „Zarys Projektu wykorzystania spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego w Narodowym programie budowy mieszkań” *Prawo i Więź*, No. 3 (2017): 18-19. The authors believe that the current legislation provides for two separate ways of financing the cost of building a dwelling: first, the cost of building the premises partly covered by public funds, second, building without participation of public funds, which does not seem to be realistic option.

⁹⁴ Coudroy de Lille, „Housing Cooperatives in Poland”, 17-31.

⁹⁵ Czischke, Bortel, „An exploration of concepts”, 283-303.

preconditions for affordable housing to develop, giving the chance for more people to become home owners or secured tenants.

Bibliography

- Beuthien Volker, Daniel Brunner, „Haben Wohnungsgenossenschaften eine Zukunft?” *Die Wohnungswirtschaft*, No. 6 (2002): 14-22.
- Blandy Sarah, Jennifer Dixon, Ann Jennifer, „Theorising Power Relationships in Multi-Owned Residential Developments: Unpacking the Bundle of Rights” *Urban Studies*, No. 13 (2006): 2365-2383. <https://doi.org/10.1080/00420980600970656>.
- Cesarski Maciej, „Dorobek materialny spółdzielczości mieszkaniowej w Polsce [The Material Output of the Housing Cooperative Sector in Poland]”, [in:] *Historia i przyszłość spółdzielczości mieszkaniowej w Polsce [History and Future of the Housing Cooperative Sector in Poland]*, ed. Zbigniew Gotfalski. Warszawa: Wydawnictwo „Dom”, 2011.
- Coudroy de Lille Lydia. „Housing Cooperatives in Poland. The Origins of a Deadlock” *Urban Research & Practice* 8, No. 1 (2015): 17-31.
- Czischke Darinka, Gerard van Bortel, „An Exploration of Concepts and Policies on ‘affordable housing’ in England, Italy, Poland and the Netherlands” *Journal Housing and the Built Environment*, 38 (2023): 283-303. <https://doi.org/10.1007/s10901-018-9598-1>.
- Elsinga Marja, „Affordable and low risk home ownership”, [in:] *Home Ownership: Getting in, Getting from, Getting out*, ed. Peter Boelhouwer, John Doling, Marja Elsinga. 75-94. Delft: DUP Science, 2005.
- Elsinga Marja, „Intermediate Housing Tenures”, [in:] *International Encyclopedia of Housing and Home*, ed. Susan J. Smith. 124-129. Amsterdam: Elsevier, 2012.
- Erläuterungen zum Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht*, 15th ed, ed. Johannes Bärmann. München: C.H. Beck, 2023.
- Feather Christopher, „Between Homeownership and Rental Housing: Exploring the Potential for Hybrid Tenure Solutions” *International Journal of Housing Policy*, No. 4 (2018): 595-606. <https://doi.org/10.1080/19491247.2018.1520543>.
- Gorczyca Mirosław, „Mieszkalnictwo w Niemczech [The Housing in Germany]” *Wiadomości Statystyczne [The Polish Statistician]*, No. 2 (2016): 88-94.
- Gorczyca Mirosław, „Mieszkalnictwo w Niemczech [The Housing in Germany]” *Wiadomości Statystyczne [The Polish Statistician]*, No. 6 (2010): 72.

- Granath Hansson Anna, Jenny Paulsson, Peter Ekbäck, „The Sliding Scale between Usufruct and Ownership: The Example of Swedish Multi-Family Housing” *Land*, No. 3 (2021): 311-315. <https://doi.org/10.3390/land10030311>.
- Habdas Magdalena, „Poland”, [in:] *Ways out of the European Housing Crisis: Tenure Innovation and Diversification in Comparative Perspective*. 238-265. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022.
- Haffner Marieta, Daniel Brunner, „German Cooperatives: Property Right Hybrids with Strong Tenant Security” *OTB Working Papers*, 7 (2014): 1-15. <http://resolver.tudelft.nl/uuid:cb635acb-b59a-455b-bd63-ae8b1d01fc98>.
- Hegedüs József, Martin Lux, Nóra Teller, *Social Housing in Transition Countries*. London: Routledge, 2013.
- Jedliński Adam, Piotr Zakrzewski, „Zarys Projektu wykorzystania spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego w Narodowym programie budowy mieszkań [The Outline of Using Co-operative Tenant Rights to the Dwelling in the National Housing Program]” *Prawo i Więź [Law and Social Bonds]*, No. 3 (2017): 11-20.
- Jenkis Helmut, *Kommentar zum Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht*. Hamburg: Hammonia Verlag, 1988.
- Keßler Jürgen, „Commentry to § 1 GenG”, [in:] *Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz*, 2nd ed., ed. Klaus-Peter Hillebrand, Jürgen Keßler. 1-45. Hamburg: Hammonia Verlag, 2010.
- Kramer Jost, „Die Struktur deutscher Genossenschaften im Lichte der Property-Rights-Theorie”, [in:] *Genossenschaftsmodelle – zwischen Auftrag und Anpassung. Festschrift für Rolf Steding*, ed. Marcus Hanisch. 285-296. Berliner Beiträge zum Genossenschaftswesen Band 56: Berlin, 2002.
- Kuhnert Jan, *Konzept für eine Neue Wohngemeinnützigkeit*, 28 listopada 2022. Deutscher Mieterbund. www.netzwerk-mieten-wohnen.de.
- Libecap Gary, *Contracting for Property Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- Mańko Rafał, „The Cooperative Member’s Proprietary Right to an Apartment: a Legal Survival of the Period of Actually Existing Socialism in Polish Private Law” *Zeszyty Prawnicze*, No. 4 (2015): 147-173.
- Marcuse Peter, „Property Rights, Tenure and Ownership: Towards Clarity in Concept”, [in:] *Social Rented Housing in Europe: Policy, Tenure and Design*, ed. Berth Danermark, Ingemar Elander. 21-36. Delft, the Netherlands: Delft University Press, 1994.
- Monk Sarah, Christine Whitehead, „Why Intermediate Housing Markets?”, [in:] *Making Housing More Affordable: The Role of Intermediate Yenures*, ed. Sarah Monk, Christine Whitehead. 2-3. London: John Wiley & Sons, 2010.

- Muzioł-Węclawowicz Alina, „Mieszkalnictwo społeczne w Polsce – wyzwania i ograniczenia [Social Housing in Poland: Challenges and Barriers]” *Studia BAS*, No. 2 (2021): 83-112.
- Myczkowski Lesław, *Nowa ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych [The New Housing Cooperatives Act]*, Zielona Góra: Zachodnie Centrum Organizacji, 2001.
- Napiórkowska-Baryła Agnieszka, „The Process of Transformation of Rights to Residential Units in Housing Cooperatives in Poland” *Olsztyn Economic Journal*, No. 2 (2011): 219-226.
- Ofiarska Małgorzata, „Finansowanie zwrotne przez Bank Gospodarstwa Krajowego inwestycji objętych rządowym programem popierania budownictwa mieszkaniowego – wybrane zagadnienia” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 8 (2022): 11-19. <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2022.8.2>.
- Pelzl Wolfgang, *Die Gründung von Mietergenossenschaften zur Erhaltung von sozialem Wohnraum*. Nürnberg: Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Genossenschaftswesen an der Universität Erlangen-Nürnberg vol. 25., 1987.
- Pietrzykowski Krzysztof, „A Century of Codification of the Cooperative Law in Poland” *Studia Prawnicze KUL*, No. 4 (2022): 51-63. <https://doi.org/10.31743/sp.13720>.
- Pinkel Tobias, Annika Schulenberg, Valerie Müller, Christoph U. Schmid, „Germany”, [in:] *Ways out of the European Housing Crisis: Tenure Innovation and Diversification in Comparative Perspective*. 183-218. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022.
- Ruonavaara Hannu, „How Divergent Housing Institutions Evolve: A Comparison of Swedish Tenant Co-operatives and Finnish Shareholders’ Housing Companies” *Housing, Theory & Society*, No. 4 (2005): 213-236.
- Ruonavaara Hannu, „Theory of Housing, From Housing, About Housing” *Housing, Theory and Society*, No. 2 (2018): 178-192. <https://doi.org/10.1080/14036096.2017.1347103>.
- Ruonavaara Hannu, „Types and Forms of Housing Tenure: Towards Solving the Comparison/Translation Problem” *Scandinavian Housing and Planning Research*, 10 (1993): 3-20.
- Schaefers Thomas, „Der § 17 Eigenheimzulagengesetz – seine Entstehung und Wirkung für die Wohnungsbaugenossenschaften” *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen*, 49 (1999): 138-143.
- Schmale Ingrid, „Die Eigentumsfrage – ein kontroverses Dauerthema bei (Wohnungs)-Genossenschaften?” *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen*, 49 (1999): 133-137.
- Schmid Christoph U., „Tenure Reform as a Means to Address the European Housing Crisis”, [in:] *Ways out of the European Housing Crisis: Tenure Innovation*

and Diversification in Comparative Perspective. 1-4. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022.

Skotarczak Tadeusz, Monika Śpiewak-Szyjka, „Spółdzielnie mieszkaniowe w nowym otoczeniu społeczno-gospodarczym”, [in:] *Spółdzielnie mieszkaniowe: Dylematy funkcjonowania i rozwoju*, ed. Tadeusz Skotarczak. 11-37. Warszawa: C.H. Beck, 2015.

Snare Frank, „The Concept of Property” *American Philosophical Quarterly*, No. 2 (1972): 200-206.

Stephens Mark, „Social Rented Housing in the (DIS) United Kingdom: Can Different Social Housing Regime Types Exist within the Same Nation State?” *Urban Research and Practice*, No. 1 (2019): 38-60. <https://doi.org/10.1080/17535069.2017.1381760>.

Tsenkova Sasha, *Housing Policy Reforms in Post-Socialist Europe. Lost in Transition*. Heidelberg: Physica-Verlag, 2009.



ZBIGNIEW MICZEK

Criminal Liability of a Member of the Board of Directors of a Housing Cooperative for Failure to File a Bankruptcy Petition in a Timely Manner

Abstract

The article discusses the question of the applicability of the criminal provisions contained in the Cooperative Law to members of the board of directors of housing cooperatives, in particular the possibility of imputing criminal liability to them for failure to file a bankruptcy petition in a timely manner.

KEYWORDS: bankruptcy, housing cooperative, criminal liability, board member

ZBIGNIEW MICZEK, MA in law, ORCID 0009-0002-7041-579X,
e-mail: zbyczekmcz@gmail.com

1 | Introduction

Housing cooperatives are entities that straddle the line between social and market housing. Their role is changing, but they are still a significant group of specialized and diverse managers and owners of very large housing stock, as well as green and public areas^[1]. As of February 9, 2024, there

¹ Hanna Milewska-Wilk, *Działalność i znaczenie spółdzielni mieszkaniowych w Polsce, Badania Obserwatorium Polityki Miejskiej, Instytut Rozwoju Miast i Regionów*. Warsaw-Krakow 2023. <https://doi.org/10.51733/opm.2023.23>. [accessed: 23.03.2024].

were 3509 housing cooperatives in Poland, while 86 such cooperatives were established between 2014 and 2024^[2]. The insolvency and bankruptcy of housing cooperatives is a significant problem, as 11 such cooperatives were declared bankrupt between 2010 and 2021, while 164 cooperatives were subject to ex officio proceedings for dissolution without liquidation and deletion from the National Court Register of Housing Cooperatives^[3]. Related to the issue of bankruptcy of legal entities is the liability of members of their bodies (boards of directors) for failure to file bankruptcy petitions within the legal deadlines, which can take the form of civil (compensation), public (prohibition from conducting business and acting as members of legal entity bodies) and criminal liability. It is the latter type of liability that is the subject of this study in the case of housing cooperatives.

2 | Cooperatives and housing cooperatives

The basic regulation governing the operation of cooperatives in Poland is the Act of September 16, 1982 – the Cooperative Law (CL)^[4], originally contained in Title II „Special provisions for agricultural production cooperatives, agricultural cooperatives, work cooperatives and housing cooperatives”, Section IV „Housing cooperatives”, regulations for housing cooperatives. On December 15, 2000, the Law on Housing Cooperatives (LHC)^[5], which partially repealed and partially amended the provisions of the Cooperative Law concerning housing cooperatives Section IV of the CL was repealed by Article 3 item 3 of the law of December 19, 2002, on amendments to the Law on Housing Cooperatives and certain other laws^[6], with the result that

² Raport Centralnego Ośrodka Informacji Gospodarczej, https://www.coig.com.pl/wykaz_lista_spoldzielnie-mieszkaniowe_w_polsce.php – data odczytu 23.03.2024 r.

³ Katarzyna Królikowska, *Postępowanie upadłościowe spółdzielni mieszkaniowych* (Warsaw: Institute of Justice, 2021), 185-201. https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/11/IWS_Krolikowska-K._Postepowanie-upadlosciowe-wobec-spoldzielni-mieszkaniowych.pdf. [accessed: 23.03.2024].

⁴ i.e. OJ. 2021, item 648 as amended. – Hereinafter as: p.co.

⁵ i.e., OJ. 2023, item 438 – hereinafter referred to as LHC.

⁶ OJ. 2002, no. 240, item 2058 as amended.

these matters are now regulated in the LHC^[7]. The regulation of the LHC is not complete, because according to its article 1, paragraph 7, to the extent not regulated by the Act, the provisions of the CL shall apply, subject to sections 8 and 9. It should be noted, however, that the final content of this provision was formed under Article 1.1 of the Act of July 20, 2017 amending the Law on Housing Cooperatives, the Code of Civil Procedure, and the Cooperative Law^[8], so this proviso did not exist from the beginning of the existence of LHC.

3 | Reference in Article 1, paragraph 7 of the LHC vs. criminal provisions

According to the recognized principles of jurisprudence, reference may be made directly and appropriately to other provisions. The reference contained in Art. 1, para. 7 of the CL does not contain the proviso that it is a matter of the appropriate application of the provisions of the CL, so the provisions of the CL apply directly to the extent that they are not regulated by the LHC^[9]. The doctrine argues that the scope of the exclusion of the application of the provisions of the CL on shares raises significant interpretation doubts, and in particular the following provisions of the CL on shares are not applicable in a housing cooperative: Art. 5 § 1 item 3 (content of the statutes), Art. 16, 17 § 2, art. 19 § 1 and Art. 20 § 1 (admission to the cooperative), art. 30 (register of members), Art. 76 and 77 § 3 and 4 (balance surplus, which does not exist at all in a housing cooperative), Art. 90 § 2 (advance payment of shares to cover losses), Art. 125 § 5a (liquidation of the cooperative – see Art. 125 § 5b) and Art. 135 (bankruptcy of the cooperative)^[10]. It is also stated that the provisions of the LHC do not

⁷ Krystyna Kwapisz, *Prawo spółdzielcze. Komentarz praktyczny* (Warsaw: Lexis Nexis, 2011), 269.

⁸ OJ. 2017, item 1596 as amended.

⁹ Adam Doliwa, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych* (Warsaw: C.H. Beck, 2021, Legalis), kom. do art. 1, nb. 33.

¹⁰ Krzysztof Pietrzykowski, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz* (Warsaw: C.H. Beck, 2018, Legalis), kom. do art. 1, nb. 15.

directly cover all issues related to cooperatives and housing cooperatives, and to that extent the remaining provisions of the Cooperative Law apply. (Part I, Title I, Sections I-XII and Part II)^[11]. The difficulties of applying the provisions of the CL to housing cooperatives by reference are also pointed out, using the example of the mechanism for challenging resolutions of the general meeting of cooperatives, arguing that this is permissible only if it finds a basis in a specific provision of the law^[12]. It should be noted that the criminal provisions of the Cooperative Law are contained in another part of the law, namely Part IIa. Among these criminal provisions is Article 267b, which stipulates that whoever, as a member of the board of directors or liquidator of a cooperative, fails to file a petition for the cooperative's bankruptcy, despite the existence of conditions justifying the cooperative's bankruptcy, shall be punished by a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to one year.

With regard to the views of the doctrine expressed on the basis of the criminal provisions contained in the CL, one opinion points out that, in addition to the criminal provisions contained in the LCH, all cooperatives are also bound by the criminal provisions contained in articles 267b-267d of the CL^[13]. However, most of them do not deal with the problem of their application to housing cooperatives^[14], and it is only on the basis of Article 267c of the CL that it is pointed out – rightly, it seems – that the impossibility of reproducing the normative content of the said provision, the absence of rules for carrying out a division in the absence of entitled members, but also the absence of a separate part of the cooperative property to which the rights and obligations of the entitled persons are linked, undoubtedly prejudices its incompatibility with Article 2 of the Constitution^[15]. It is precisely the application of the provisions concerning the conditions for declaring bankruptcy (Articles 130-137 of the Cooperative Law), that gives

¹¹ Doliwa, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych*, kom. do art. 1, nb. 34.

¹² Anna Zbiegień-Turzańska in: *System Prawa Prywatnego*, Vol. XI, *Prawo spółdzielcze*, ed. Krzysztof Pietrzykowski (Warsaw: C.H. Beck, 2020), 216-217 and the views presented there.

¹³ Ewa Bończak-Kucharczyk, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2023), 691.

¹⁴ Magdalena Błaszczak, Anna Zientara in: *System Prawa Prywatnego*, Vol. XI, *Prawo spółdzielcze*, ed. Krzysztof Pietrzykowski (Warsaw: C.H. Beck, 2020), 1105-1106.

¹⁵ Piotr Pałka in: Dominik Bierecki, Piotr Pałka, *Prawo spółdzielcze. Komentarz* (Warsaw: C.H. Beck, 2024), 392-393.

rise to divergences in case law^[16] and legal science^[17] as to how they should be understood, but these considerations go beyond the scope of this study, the purpose of which is to analyze the question of whether the criminal liability referred to in Article 267b of the Cooperative Law also applies to the members of the board of directors of a housing cooperative.

Article 1 § 1 of the Law of June 6, 1997 – the Criminal Code^[18] – states that criminal liability shall be imposed only on a person who commits an act prohibited by the law in force at the time of its commission. *The principle of nullum crimen sine lege* is widely recognized as the foundation of modern criminal law. However, the translation „there is no crime without a law”, which expresses the order of legal typification of criminal acts, does not exhaust its content. Traditionally, four postulates are distinguished:

1. that the act is specified in an act having the rank of a law enacted by the legislature (*nullum crimen sine lege scripta*),
2. that the law establishing the sanction for the act in question was previously (i.e., before the act was committed) introduced into the legal system (*nullum crimen sine lege praevia*),
3. that the offense is precisely and clearly defined for the individual (*nullum crimen sine lege certa*),
4. that the provision of the law defining such an act be strictly construed, excluding broad interpretation and inference per analogiam (*nullum crimen sine lege stricta*)^[19].

In the reasoning of the judgment of April 4, 2000^[20], the Supreme Court pointed out that the basic principle of criminal liability – *nullum crimen sine lege* – contained in Article 1 of the Criminal Code, requires that a criminal act be defined in detail by law and prohibits the use of analogy and expansive interpretation in criminal law to the detriment of the offender.

¹⁶ Np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 4.12.1998 roku (sygn. akt III CZP 398/98) i powołane tam orzecznictwo.

¹⁷ Np. Mirosław Gersdorf in: Mirosław Gersdorf, Jerzy Ignatowicz, *Prawo Spółdzielcze. Komentarz* (Warsaw: Wydawnictwo Prawnicze-Wydawnictwo Spółdzielcze, 1984), 212; Kwapisz, *Prawo spółdzielcze. Komentarz praktyczny*, 214; *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2018), 242-243.

¹⁸ i.e. Dz.U. 2024, item 17 – hereafter referred to as: k.k.

¹⁹ Aleksandra Rychlewska, „Zasada nullum crimen sine lege na tle współczesnej idei prawa” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, No. 3 (2017): 95-96.

²⁰ Ref. II KKN 335/99, Legalis No. 47834.

On the other hand, the Supreme Court, in the reasoning of its decision of February 24, 2010, stated that from the supreme principle of *nullum crimen sine lege*, established in article 42 § 1 of the Constitution and in article 1 § 1 of the Criminal Code, derive not only the rules of legislation, but also its interpretation, while in article 115 § 1 of the Criminal Code, the legislator indicated that a prohibited act is conduct with the characteristics specified in the Criminal Code, and these are the constitutive features of the punishability of conduct of a certain type. In the doctrine it is pointed out that from the above-mentioned principle results the prohibition of analogy and expansive interpretation to the detriment of the convicted person^[21].

In view of the general principles of criminal liability outlined above, the view that the provisions of Article 267b of the CL can be applied as a criminal sanction to members of a housing cooperative by way of Article 1 § 7 of the LHC is untenable, as such a way of understanding and applying these provisions is contrary to Article 1 of the Criminal Code.

4 | Criminal provisions in the CL and LHC

Criminal provisions did not exist in the CL from the beginning of the legislation. The introduction of criminal provisions in the CL was planned earlier. In 2001, the Cooperative Law was passed, which repealed a significant part of the CL and included criminal provisions in Section X. The President of the Republic of Poland refused to sign this law and asked for it to be reconsidered. One of the reasons for the President's veto was that it extended criminal liability to ordinary cooperative members in addition to members of the cooperative's authorities. The law was not reconsidered because the Sejm's term had ended. Recognizing the need to introduce criminal provisions into the Cooperative Law, in the next term of the Sejm, in 2003 and 2004, two draft amendments were submitted containing a request to introduce criminal provisions into the law. As can be seen from the government's explanatory memorandum, the purpose of introducing criminal law provisions into the Cooperative Law was to protect the

²¹ Robert Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określanych w ustawie* (Lodz: Publishing House of the University of Lodz, 1995), 19.

members of cooperatives from damages caused by mismanagement of the cooperative's assets. At the same time, the explanatory memorandum of the draft clearly stated that the proposed criminal provisions were based on the provisions of the Commercial Companies Code (CCC). According to the drafters, this was done to ensure the internal consistency of the legal system^[22]. They were added – only – by the Act of June 3, 2005, amending the LHC and certain other acts^[23], and they are very visibly modeled on the criminal provisions of the CCC. In the explanatory memorandum of the law, the normative, organizational and functional similarity of conducting business in the form of cooperatives and in the form of commercial companies was pointed out, as well as the need for consistency within the legal system^[24].

The provisions of the LHC as originally enacted did not include criminal provisions. It was only on the basis of the Act of June 14, 2007 amending the Law on Housing Cooperatives and on amending certain other laws^[25] that *Chapter 31 Criminal Provisions*, was added, consisting of three provisions. Thus, when there were no criminal provisions in the LHC, it could be argued that, by virtue of the reference in Article 1 § 7 of that law, the criminal provisions of the CL would apply to the criminal liability of a member of the board of directors of a housing cooperative. However, since Article 7(1) of the LHC uses the phrase “to the extent that it is not regulated by law”, and since criminal liability is regulated by that law, it is not correct to say that it is permissible to refer to the C and parts of its criminal provisions. Acknowledging such a possibility would lead to a situation where a member of the board of directors of a housing cooperative would be subject to the criminal provisions of the LHC, followed by those of the CL, and finally the provisions of the Criminal Code. Such a method of regulation is contrary to the provisions of the Ordinance of the Prime Minister on „Principles of Legislative Techniques” dated July 20, 2002^[26]. According to §2 of the Appendix to this Regulation, a law should regulate a given field of matters comprehensively and not leave important parts of this field outside the scope of its regulation, while its §28 indicates that criminal provisions

²² Magdalena Błaszczak, Anna Zientara in: *System Prawa Prywatnego*, Vol. XI, 1105-1106.

²³ OJ. 2005, No. 122, item 1024.

²⁴ Szymon Pawelec in: *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, 6th ed., ed. Bogusław Lackoroński (Warsaw: C.H. Beck, 2022, Legalis), kom. do art. 267b.

²⁵ OJ. 2007, No. 125, item 873.

²⁶ i.e. OJ. 2016, item 28 hereinafter as: Rules.

are included only if the violation of the provisions of the law does not qualify as a violation of the Criminal Code, the Fiscal Penal Code or the Code of Petty Offenses, and the act requiring the threat of punishment is related only to the content of this law. When assessing the legal nature of the principles, the Supreme Administrative Court, in the reasoning of the judgment of May 16, 2023^[27], pointed out that the principles of legislative technique are not classical directives of a normative nature, and even the fact that they are established in the form of a normative act (regulation) does not change the fact that they have only the nature of guidelines (recommendations); they are a set of instructions addressed to the legislator, indicating how to correctly express legal norms in legal regulations and how to group them in normative acts. Therefore, it can be assumed that they do not serve to assess the validity of the law in force, and their violation does not constitute an inconsistency of regulations with the law to the extent that would justify the total or partial annulment of the regulated acts. On the other hand, it is pointed out in the legal science that the principles of legislative technique primarily serve the purpose of the correct drafting of legal texts, but they are also useful in their subsequent interpretation or in the subsumption of the law^[28]. The assumption of the completeness of the legal system, which determines the recognition that a rational legislator does not allow axiological gaps in the law, since any behavior is qualified by legal norms as obligatory or indifferent, while the assumption of the non-existence of structural gaps, the occurrence of which should be eliminated not by interpretation, but by applied legislative additions to texts, is not accepted^[29]. In particular, the application of the principles of legislative technique should ensure the coherence and completeness of the legal system and the clarity of the normative texts of legal acts, taking into account the achievements of science and the experience of practice^[30]. Therefore, there is no reason to assume that the legislator has not regulated criminal liability in the LHC to the extent that it is necessary to refer to the criminal provisions of the CL.

²⁷ Ref. II OSK 1392/20, Legalis 2970722.

²⁸ Kamil Stępiak, „Relacje między Zasadami Techniki Prawodawczej a Zasadami Poprawnej Legislacji w procesie stanowienia prawa” *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, No. 1 (2017): 218.

²⁹ Maciej Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki* (Warsaw: LexisNexis, 2002), 284.

³⁰ Kamil Stępiak, „Zasady techniki prawodawczej w Polsce i Unii Europejskiej” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Law and Administration Review*, No. 105 (2016): 199.

5 | Criminal provisions in other cooperative laws

The Law of April 27, 2006 on Social Cooperatives^[31] does not contain any penal provisions, but its article 1, § 2 states that the provisions of the Cooperative Law shall apply to social cooperatives in matters not regulated by this Law

The Law of October 4, 2018 on Farmers' Cooperatives^[32], contains Article 3, which states that the provisions of the Cooperative Law shall apply to farmers' cooperatives in matters not regulated by the provisions of this Law. At the same time, Chapter 5 of the Law on Farmer's Cooperatives contains criminal provisions, including Article 18 (1), which states that whoever, as a member of the board of directors of a farmers' cooperative or as a liquidator, fails to file a petition for the bankruptcy of a farmers' cooperative, despite the emergence of conditions justifying the bankruptcy of the cooperative, shall be punished by a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to one year.

The analysis of the above cases shows that the legislator is not consistent in regulating the criminal liability of members of different types of cooperatives, since:

- (a) there is no such regulation at all in the legislation governing social cooperatives;
- (b) there are partial criminal provisions in the laws regulating housing cooperatives, but there is no equivalent to Article 267b of the Cooperative Law;
- (c) in the laws regulating farmers' cooperatives there are criminal provisions that are practically identical to those contained in the Cooperative Law, as they differ only in their wording, including the equivalent of Article 267b of the Cooperative Law.

A comparison of the criminal provisions contained in the LHC with the criminal provisions of the CL leads to the conclusion that when the legislator wishes to regulate criminal liability in a law concerning a particular type of cooperative, it does so in a positive manner, introducing unambiguous criminal provisions in a given law, which leads to the conclusion that the criminal provisions contained in the CL do not apply to housing cooperatives.

³¹ i.e., OJ. 2023, item 802 – hereinafter referred to as u.o.s.s.

³² i.e. 2024, item 372 – hereinafter: u.o.s.r.

In the Law of July 22, 2006 on the European Cooperative Society (ECS)^[33], in the provisions governing the organs of such a cooperative society under the monist system, Article 21(1) states that, unless otherwise provided by law, the provisions of the Cooperative Law and of separate laws on the management board and supervisory board of cooperatives and their members shall apply to the administrative board of the SCE and its members. In case of doubt as to whether the provisions on the management board or the supervisory board apply to the administrative board and its members, the provisions on the management board and its members shall apply. Paragraph 2 of this provision, on the other hand, enumerates the provisions of the CL that do not apply. The ECS contains Title IV. Order and Penal Provisions, which contains a number of provisions relating to criminal liability. In particular, Art. 105 of the ECS provides that whoever, being a member of the board of directors, a member of the administrative council or a liquidator of an SCE, publishes false data or presents them to the organs of the SCE, to State authorities, to the members of the SCE or to the auditor, shall be punished by a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to two years, and Art. 108, according to which whoever, being a member of the management board, a member of the administrative board or a liquidator of an SCE, is required to file a petition for the declaration of bankruptcy of the SCE and fails to do so despite the existence of conditions justifying the bankruptcy of the SCE, shall be punished by a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to one year. It is pointed out in the doctrine that article 108 ECS corresponds to Article 586 of the Commercial Companies Code and Article 267b of the CL^[34].

An analysis of these provisions leads to the conclusion that, despite the reference in Article 21 of the ECS to the Cooperative Law with regard to the members of the administrative council of the SCE, criminal liability for failure to file for bankruptcy is also regulated. It should be noted that this provision has a subjective scope, referring to members of the administrative council to whom the provisions on members of the cooperative's board of directors apply, and is therefore stricter than the subjective scope found in Article 1 § 7, of the LHC, which refers to cooperatives in general. Nevertheless, the legislator considered it appropriate to introduce Article 108 of the ECS, which establishes a criminal sanction for failure to file for bankruptcy. This means that the legislator did not consider it

³³ i.e., OJ. 2018, item 2043 – hereinafter: u.o.s.c.e.

³⁴ Błaszczak, Zientara in: *System Prawa Prywatnego*, Vol. XI, 1174.

possible to apply Article 267b of the Cooperative Law to the members of the administrative council by reference to Article 21 of the ECS, even though the reference refers to the members of the body and not to the SCE itself. The doctrine points out that a law should precisely define the relations it regulates and the entities to which it applies (the scope of the subject and object of the law), and the rule that a law should not contain provisions that would normalize matters beyond the scope of the subject or object it designates, and therefore it has been assumed that a law cannot amend or repeal provisions that normalize matters that do not belong to or do not relate to its subject matter. Such provisions should lead to the conclusion that the law contains only provisions that fall within its subject and object scope, and that in the course of interpretation there can be no situation in which rights or obligations are determined by provisions of the law that fall outside its subject and object scope^[35]. If this is the case, it is all the more reason to assume that the reference contained in Article 1, § 7 of the LHC cannot lead to the application of Article 267b of the Cooperative Law to members of the board of directors of a housing cooperative.

6 | The problem of (in)compliance with the Constitution

The Constitutional Court has repeatedly addressed the issue of the formulation of legal provisions. In the reasoning of the judgment of October 30, 2001^[36] the Court stated that the vague and imprecise wording of a legal provision causes uncertainty among its addressees as to the content of their rights and obligations, especially if it leaves excessive freedom (or even discretion) of interpretation to the bodies applying the provision, which – in the context of those issues which the legislator has regulated

³⁵ Robert Piszko, *Zasady techniki prawodawczej w praktyce wykładni prawa*” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, No. 4 (2002): 34, przy czym pogląd ten wyrażono na gruncie § 2 ust. 1 i 2 Załącznika do uchwały nr 147 Rady Ministrów z 5.11.1991 roku w sprawie zasad techniki prawodawczej (M.P. 1991 r., nr 44, poz. 310), którego treść praktycznie pokrywa się z § 2 i § 3 ust. 2 Zasad obecnie obowiązujących.

³⁶ Ref. K 33/00, OTK 2001, no. 7, item 217.

in an unclear and imprecise manner – may lead to the imitation of the legislator or to his substitution. Thus, the legislator may not, by vaguely formulating the content of the provisions, leave excessive freedom in the determination of their subject and object scope to the bodies that are to apply them. This premise can be generally described as the principle of definiteness of legislative interference in the sphere of rights and obligations of the addressees of a legal norm. Exceeding a certain degree of vagueness of legal regulations may be a sufficient condition for establishing their incompatibility with the principle of the rule of law expressed in Article 2 of the Constitution. On the other hand, in the grounds of the judgment of February 24, 2003^[37], the Constitutional Court pointed out that the principle of the rule of law expressed in Article 2 of the Constitution imposes an obligation on the legislator to observe the principles of correct legislation. This order is functionally related to the principles of legal certainty and security and the protection of confidence in the state and the law. The principles of good legislation include the requirement that laws be sufficiently specific. They should be precise, clear and linguistically correct. The requirement of clarity means the obligation to create provisions that are clear and understandable to their addressees, who can expect a rational legislator to create legal norms that leave no doubt as to the content of the obligations imposed and rights granted. In relation to clarity, the precision of the provision should be manifested in the concreteness of the obligations imposed and rights granted, so that their content is obvious and allows their enforcement. It is also necessary to quote the views expressed by the Constitutional Court in the reasoning of the judgment of March 18, 2010^[38], where, while examining the constitutionality of a provision referring to another law on the basis of its previous case law and doctrinal views, it constructed the principles of correctness of referring provisions and stated that:

1. The principle of correct legislation expresses an aspect of the principle of the rule of law contained in Article 2 of the Constitution. It is functionally related to the principles of legal certainty and security and the protection of confidence in the state and in the laws it enacts. These principles dictate that laws should be formulated in a precise and clear manner, and that lawmaking should take place in a logical

³⁷ Ref. K 28/02, OTK Series A, 2003, No. 2, item 13.

³⁸ Reference K 8/08, OTK Series A, 2010, No. 3, item 23.

- and consistent manner, respecting system-wide principles and proper axiological standards. It follows from the previous jurisprudence of the Constitutional Court that the desirability and possible legitimacy of the implementation of given legal regulations cannot be an excuse for making laws in a chaotic, haphazard or defective manner;
2. One of the guidelines of correct legislation is the principle of the definiteness of the law. The determinateness of the law is also an element of the principle of protection of the citizen's trust in the state and the laws enacted by it, which is derived from Article 2 of the Constitution. It is also functionally related to the principles of legal certainty and legal security. Thus, the requirement of legal certainty finds its constitutional basis in the principle of the democratic rule of law. It applies to all regulations that (directly or indirectly) determine the legal position of the citizen;
 3. In the jurisprudence of the Constitutional Court, the „determinateness of the law” functions in a broad sense, meaning both the precision of the provision and the clarity of the law, which should be understandable and communicable to the largest possible number of subjects. The requirement to maintain the precision of a legal regulation has the character of a system-wide directive, which obliges the legislator to optimize it in the legislative process. The legislator should strive to implement the requirements of this principle as far as possible. For the above reasons, the legislator is obliged to create legal regulations that are as specific as possible in terms of both content and form. Thus, the degree of specificity of certain regulations is subject to relativization in each case with regard to the factual and legal circumstances surrounding the regulation to be undertaken. This relativization is a natural consequence of the vagueness of the language in which legal texts are drafted and the diversity of the matter to be normalized.

The Constitutional Court has repeatedly pointed out in its jurisprudence that three assumptions are important for assessing the conformity of the wording of a particular provision with the requirements of correct legislation:

- any provision restricting constitutional freedoms or rights should be formulated in such a way that it is possible to determine unambiguously who is subject to the restriction and in what situation,

- the provision should be sufficiently precise to ensure uniform interpretation and application,
 - the provision should be drafted in such a way that the scope of its application includes only those situations in which a reasonable legislator actually intended to introduce rules restricting the exercise of constitutional rights and freedoms;
1. The precision of a legal regulation should be understood as the ability to decode unambiguous legal norms (as well as their consequences) from the provisions by means of the rules of interpretation accepted on the basis of a particular legal culture. In other words, the precision of legal regulation should be understood as the requirement to formulate regulations in such a way that they provide a sufficient degree of precision in determining their meaning and legal consequences, and the precision of a regulation is manifested in the concreteness of the regulation of rights and obligations, so that their content is obvious and allows their enforcement;
 2. The clarity of a norm is the guarantee of its communicability to the addressees, which means the comprehensibility of the norm on the basis of the common language. The vagueness of the provision in practice means uncertainty of the legal situation of the addressee of the norm and leaving its formation to the bodies applying the law, and according to the established jurisprudence of the Constitutional Court, the enactment of vague, ambiguous provisions that do not allow the citizen to predict the legal consequences of his behavior is a violation of the Constitution.

The Constitutional Court, in the justification of the judgment of February 27, 2014, in which it examined the constitutionality of a penal provision referring to another law, stated, on the basis of its previous jurisprudence, that:

1. The principle of definiteness of a criminal (repressive) legal regulation does not exclude the possibility of including the elements of a prohibited act in another law (normative act), as well as the use by the legislator, in a limited scope and strictly defined limits, of general clauses or general norms, although the use of the latter instrument of criminal law regulation should be exceptional and occur only when,

from the point of view of a rational legislator, it is not possible to apply the full norms within the provisions of criminal law;

2. The evaluation of *carte blanche* provisions should be carried out, as a rule, taking into account those provisions which, by specifying the elements of the prohibited act, are intended to specify the content of the criminal law norm, because only as a result of the reconstruction of the criminal law norm, which consists, in addition to the *carte blanche* provision, also of the provision defining the elements of the act, it is possible to recognize whether the provision containing the sanction is in conformity with the Constitution;
3. Criminal (repressive) provisions of a blanket nature, which comply with the guarantees provided for in Article 42.1 of the Constitution, should specify the basic elements, i.e. the subject, the elements of the criminal offence and the nature and amount of the penalty, and refer to separate provisions only for the purpose of specifying some of these elements.

It should also be noted that the systematics of criminalizing provisions uses a number of terms and distinguishes between: complete provisions, incomplete provisions, cross-reference provisions, *carte blanche* provisions *sensu stricto*, complete *carte blanche*, incomplete *carte blanche*, static cross-references, and dynamic cross-references^[39]. A discussion of all types of references is beyond the scope of this study, but it should be noted that none of them apply to the present case. This is because it is not a question of determining the conditions for criminal liability, in particular the condition of insolvency referred to in Article 267b of the Cooperative Law, but rather the question of subjective referencing as it applies to members of the boards of directors of housing cooperatives.

In view of the jurisprudence and doctrine presented above, it should be pointed out that even if it were assumed that the reference of article 1 § 7 of the LHC to members of the boards of directors of housing cooperatives is to Article 267b of the CL, such a regulation would be contrary to the Constitution, since it would not meet the test of a reasonable regulation, especially since it concerns a matter of civil rights and liberties such as criminal liability. In a situation where the LHC has its own special criminal provisions, it is impossible to assume that special criminal provisions other

³⁹ Aleksandra Kustra, „Blankietowość norm prawnokarnych jako problem konstytucyjny” *Forum Prawnicze*, No. 2 (2012): 21 and literature cited there.

than those set forth in the criminal provisions of the Code will apply. Since any provision limiting constitutional freedoms or rights should be formulated in such a way that it is possible to determine unambiguously who is subject to the limitation and in what situation, such a way of understanding the provisions puts the addressee of this legal norm in an uncertain and unpredictable situation, since the provision on criminal liability for failure to file a bankruptcy petition on time is missing:

- a. in the LHC as the basic law for housing cooperatives;
- b. in the Insolvency Law (IL) as the primary law for insolvency regulation;
- c. in the CC as a criminal law.

It should be noted that in the Criminal Code there is Chapter XXXVI „Crimes against economic turnover and property interests in civil law transactions”, in which are indicated crimes related to insolvency, the so-called three-sixes^[40], among which there is no provision criminally sanctioning

⁴⁰ Article 300 § 1. Whoever, in the event of threatened insolvency or bankruptcy, prevents or depletes satisfaction of his creditor by removing, concealing, selling, donating, destroying, actually or ostensibly encumbering or damaging his assets, shall be subject to the penalty of deprivation of liberty for up to 3 years. § 2. Whoever, in order to frustrate the execution of a decision of a court or other state authority, frustrates or depletes the satisfaction of his creditor by removing, concealing, disposing of, donating, destroying, actually or ostensibly encumbering or damaging his assets seized or threatened with seizure, or removing seizure marks, shall be subject to the penalty of deprivation of liberty from 3 months to 5 years. [...] Article 301 § 1. Whoever, being a debtor to several creditors, prevents or restricts the satisfaction of their claims by the fact that he creates, based on the provisions of the law, a new business entity and transfers his assets to it, shall be subject to the penalty of deprivation of liberty from 3 months to 5 years. § 2. Whoever, being a debtor to several creditors, brings about his bankruptcy or insolvency, shall be subject to the same punishment. § 3. Whoever, being indebted to several creditors, recklessly brings about his bankruptcy or insolvency, in particular by squandering constituent parts of his assets, incurring liabilities or entering into transactions obviously contrary to the principles of economy, shall be subject to a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to 2 years. Article 302 § 1. Whoever, in the event of threatened insolvency or bankruptcy, being unable to satisfy all his creditors, pays or secures only some of them, thereby acting to the detriment of the others, shall be subject to a fine, the penalty of restriction of liberty or imprisonment for up to 2 years. § 2. Whoever gives or promises to give a creditor a financial benefit for acting to the detriment of other creditors in connection with bankruptcy proceedings or aimed at preventing bankruptcy,

the failure to file a bankruptcy petition in time. In the provisions of the IL which is the basic law governing insolvency, there are provisions providing for civil liability for damages (Article 21(3) of the IL) and public liability related to prohibition of participation in business (Article 373(1) (1) of the IL) for failure to file a bankruptcy petition on time, and although there is a *Part Five. Criminal Provisions*, there is no provision introducing criminal liability for failure to file a bankruptcy petition. This means that the legislator did not adopt the general principle of introducing criminal liability for failure to file a bankruptcy petition against all legal entities with bankruptcy capacity, but chose to introduce it in individual laws regulating specific legal entities. This must lead to the conclusion that if there is no provision in such a law introducing criminal liability for failure to file a bankruptcy petition, it cannot be inferred from other provisions, in particular on the basis of a reference to another law.

7 | Summary and conclusions *de lege ferenda*

The foregoing considerations lead to the conclusion that the criminal provisions contained in Articles 267b-267d of the Cooperative Law, including Article 267b of the Cooperative Law, which sanctions the failure of obligated persons (members of the cooperative's management board) to file a bankruptcy petition in a timely manner, do not apply to housing cooperatives by virtue of the reference in Article 1 § 7 of the Law. This means that, apart from the legitimacy of the introduction of a criminal sanction for failure to file a bankruptcy petition in time, the legislator, for unjustified reasons, differentiates the legal situation of the members of the management boards of different types of cooperatives and introduces uncertainty into the rules of economic activity, one of the features of which is security, which is also sanctioned by criminal norms.

Due to the vagueness of the conditions for declaring bankruptcy and the difficulty of interpreting economic phenomena, one should generally ask whether it is reasonable to continue to maintain criminal provisions

shall be punished by imprisonment for up to 3 years. § 3. The same penalty shall be imposed on a creditor who, in connection with the conduct specified in § 2, accepts a benefit for acting to the detriment of other creditors or demands such a benefit.

for failure to file a bankruptcy petition in time. If so, such a provision should be included in the Criminal Code, as a code, and thus in the basic criminal regulation, or possibly in the provisions of the IL, which would be in accordance with the principles of correct legislation. Such a desirable change should be systemic and apply to all entities for which such a sanction is currently provided.

However, if the intention of the legislator was to introduce criminal liability for failure to file a bankruptcy petition by members of the board of directors, housing cooperatives (as well as others included in the provisions of the CL or the Law on Farmers' Cooperatives), it should introduce such provisions directly, because the application of criminal provisions included by reference in the CL is not possible due to the constitutional standards of a democratic state and the principles of criminal liability.

Bibliography

- Bierecki Dominik, Piotr Pałka, *Prawo spółdzielcze. Komentarz*. Warsaw: C.H. Beck, 2024.
- Bończak-Kucharczyk Ewa, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*. Warsaw: Wolters Kluwer, 2023.
- Dębski Robert, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czyny zabronionego nie określanych w ustawie*. Lodz: Publishing House of the University of Lodz, 1995.
- Doliwa Adam, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych*. Warsaw: C.H. Beck, 2021.
- Gersdorf Mirosław, Jerzy Ignatowicz, *Prawo Spółdzielcze. Komentarz*. Warsaw: Wydawnictwo Prawnicze-Wydawnictwo Spółdzielcze, 1984.
- Królikowska Katarzyna, *Postępowanie upadłościowe spółdzielni mieszkaniowych*. Warsaw: Institute of Justice, 2021. https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/11/IWS_Krolikowska-K._Postepowanie-upadlosciowe-wobec-spoldzielni-mieszkaniowych.pdf.
- Kustra Aleksandra, „Blankietowość norm prawnokarnych jako problem konstytucyjny” *Forum Prawnicze*, No. 2 (2012): 20-32.
- Kwapisz Krystyna, *Prawo spółdzielcze. Komentarz praktyczny*. Warsaw: Lexis Nexis, 2011.

- Milewska-Wilk Hanna, *Działalność i znaczenie spółdzielni mieszkaniowych w Polsce, Badania Obserwatorium Polityki Miejskiej, Instytut Rozwoju Miast i Regionów*. Warsaw-Krakow 2023. <https://doi.org/10.51733/opm.2023.23>.
- Pietrzykowski Krzysztof, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*. Warsaw: C.H. Beck, 2018.
- Piszko Robert, „Zasady techniki prawodawczej w praktyce wykładni prawa” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, No. 4 (2002): 23-40.
- Prawo spółdzielcze. Komentarz*, 6th ed., ed. Bogusław Lackoroński. Warsaw: C.H. Beck, 2022.
- Rychlewska Aleksandra, „Zasada nullum crimen sine lege na tle współczesnej idei prawa” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, No. 3 (2017): 95-96.
- Stefaniak Adam, *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*. Warsaw: Wolters Kluwer, 2018.
- Stępnia Kamil, „Relacje między Zasadami Techniki Prawodawczej a Zasadami Poprawnej Legislacji w procesie stanowienia prawa” *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, No. 1 (2017): 209-224.
- Stępnia Kamil, „Zasady techniki prawodawczej w Polsce i Unii Europejskiej” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Law and Administration Review*, No. 105 (2016): 193-208.
- System Prawa Prywatnego*, Vol. XI, *Prawo spółdzielcze*, ed. Krzysztof Pietrzykowski. Warsaw: C.H. Beck, 2020.
- Zieliński Maciej, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*. Warsaw: LexisNexis, Warsaw 2002.



ZIWEI XU

The Asset Lock Under the Regular Operation of Social Enterprises in Italy

Abstract

Italian law establishes the legal status of social enterprises by providing the accreditation of entities that satisfy the requirements to be a social enterprise. Due to the variety of legal forms of social enterprises, the specifics of the asset lock rule may vary in the course of their regular operation. The reform of the third sector, which explicitly includes social enterprises, adds complexity to this issue. In this context, the question of how the asset lock can be used to ensure that there is no drift away from the social purpose of the social enterprise is of paramount concern. This paper will explore four main types of participants in these entities, which are directors, shareholders (or members), third parties, and the controller. To this end, the operation of the asset lock will be dissected by discussing and analyzing the constraints on directors' remuneration, the principle of the non-distribution of profit motive, restrictions on transactions with third parties in social enterprises, and regulation by the controller during which period of operation, as well as by comparing from a theoretical point of view which of the legal forms of social enterprises would be more conducive to serving the interests of the community and the public interest.

KEYWORDS: asset lock, social enterprises, remuneration, non-distribution, constraints.

ZIWEI XU, doctoral researcher, Université du Luxembourg,
ORCID – 009-0006-1991-5093, e-mail: ziwei.xu@uni.lu

Under existing Italian legislation, social enterprises are bound by specific restrictions on the distribution of profits arising from their business to shareholders/members, directors, and others.^[1] Social enterprises are not driven by the profit, that is, these organizations should use any profits for the performance of their statutory activities or the increase of their assets^[2], save in exceptional cases (legal entities of Book V of the Civil Code)^[3]. Accordingly, this paper will present an analysis of the concrete situations of the asset lock in social enterprises during their regular operations, depending on the critical four actors involved, namely, directors, shareholders or members, third parties, and the controller.

1 | Directors

1.1. Remuneration of directors

Italian law provides that the remuneration of directors in social enterprises in the form of companies or cooperatives may not be disproportionate to the activities carried out and responsibilities assumed, or in any case, higher than the emoluments of entities operating in identical or similar sectors and conditions^[4]. It is necessary to note that this constraint does not apply in all cases.

In the event of a company registered as a social enterprise, given the variety of governance models of a joint-stock company (s.p.a.), comprising the traditional, dual, and monistic models^[5], the board of directors or the sole director may be present under the traditional model (the default model) and the monistic model (specified in bylaws) exclusively. In both models, as in the mechanisms for determining directors' remuneration in companies, the remuneration of such directors in social enterprises is

¹ Antonio Fici, 2020, European Social Enterprise Law After the „Social Business Initiative” Communication of 2011: A Comparative Analysis from the Perspective of Worker and Social Cooperatives, CECOP, Brussels.

² Art. 3 para. 1, law no.112/2017.

³ Art. 3 para. 2, law no.112/2017.

⁴ Art. 3 para. 2 a), law no.112/2017.

⁵ Alessandro de Nicola, Marco Carone, „Chapter 5. Directors”, [in:] *Italian Company Law* (EGEA, 2014), 107-121.

decided by the general meeting of shareholders, provided that the amount is subject to the previously mentioned limits. These constraints and regulations on remuneration apply to social enterprises in the form of limited liability companies (s.r.l.) as well.

However, not all shareholders are social impact investors; for those who are not, what matters most is their pecuniary interest, i.e., the best interests of those who are significantly affected by the company's conduct^[6]. The greater the percentage of shares held by these shareholders, the greater their "voice" at the assembly general meeting. In this case, there is a risk that the directors' remuneration adopted by the general meeting of shareholders may exceed the ceiling stipulated in the social enterprise. Should this occur, it would constitute a violation of the partial prohibition of profit distribution. However, the absence of statutory sanctions for such an action may be left to the hope that external controllers or internal auditors will discover it soon.

Unlike social enterprises in the company form, social cooperatives have the tripartite system, that is, it must have a general assembly, a board of directors, and a supervisory body^[7]. In this case, the appointment and removal of directors by the meeting of the members and fixing their remuneration in case it is not specified in the cooperative's statutes^[8].

Italian social cooperatives are required to have a membership that consists of at least 70% of various types of stakeholders^[9]. Additionally, members of disadvantaged groups must comprise at least 30% of the cooperative's employees^[10]. This ensures that the social cooperatives' members are socially engaged. In such entities, the remuneration of directors, as determined by the general assembly of members, may be less prone to exceed the cap imposed by legislation on social enterprises. Consequently, social cooperatives are significantly more conducive to „social lock-in" than

⁶ Tamara C. Belinfanti, „15- Social Lock-In and the Cooperative Form", [in:] *The Cambridge Handbook of Social Enterprise Law*, ed. Benjamin Means, Joseph W. Yockey (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 256-274.

⁷ European Commission (2020) Social enterprises and their ecosystems in Europe. Updated country report: Italy. Author: Carlo Borzaga. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

⁸ Art. 2542 para. 1 & art. 2363 para. 1 no. 2) & 3), Italian Civil Code.

⁹ European Commission (2020) Social enterprises and their ecosystems in Europe. Updated country report: Italy. Author: Carlo Borzaga. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

¹⁰ Art. 4 para. 2, law no. 381/1991.

social enterprises in the company form^[11] with regard to determining and disciplining directors' salaries. They are in a superior position to pursue the general interests of the community and human promotion, as well as the social integration of citizens.

In the case of social enterprises in the foundation/association form, directors (trustees) therein cannot be paid remuneration but may be compensated for expenses. Two types of organizations though require special attention, voluntary organizations (ODVs) and amateur sports associations (ASDs). ODVs are prohibited from granting office allowances to persons holding elective office (including directors), except members of supervisory bodies who meet the professional requirements outlined in Article 2397 of the Civil Code^[12]. Non-profit ASDs may pay compensation to member executives, provided that the individual's annual compensation does not exceed the maximum compensation allowed for the chairman of the audit committee of the s.p.a.^[13].

1.2. Directors' duties related to handling assets

Although the social enterprise law does not specifically define responsibilities for directors, considering the social mission of these businesses, directors should conduct for social benefits. In accordance with the legal structure of the social enterprise, the duties of the directors may be nuanced.

In the case of social enterprises operating as corporations, directors, in carrying out their powers (managerial, executive, and representative), must also adhere to fiduciary duties. Directors are responsible for governing the company in accordance with both the law and the company's articles of association, and they are expected to conduct themselves with

¹¹ Belinfanti, „15- Social Lock-In and the Cooperative Form”, n. 6. In this paper, Tamara provides an explanation of „social lock-in”, i.e., it is a feature that the cooperative model is attuned to securing the social mission of the cooperatives from the hands of investors.

¹² Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, note no. 6214 of 09/07/2020. <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2020/Nota-n-6214-del-09072020-riscontro-quesiti-in-materia-di-CTS.pdf>.

¹³ Revenue Agency, response no. 452 of 10/20/2019. <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/2059938/Risposta+n.+452+del+2019.pdf/a29ed54e-coc8-7ad2-fc97-640d194c9d1d>.

the utmost care^[14]. In these enterprises, directors shall be liable for breaching the duty of care. For example, where high-risk transactions are entered into and directors fail to adequately assess the circumstances of these dealings, resulting in losses to the company, which may indirectly decrease the revenue of the social enterprise. It may also affect social activities and to some extent hinder the pursuit of social objectives.

In contrast, a director who has an interest in a matter to be decided by the board of directors that does not necessarily conflict with the interests of such entities (i.e., specific social objects set out in the statutes) is required to fulfill a disclosure obligation^[15]. Any resolution that could be detrimental to the social mission of a social enterprise, particularly when there is a conflict of interest, can be challenged by the other directors and the board of statutory auditors^[16]. Should the director with the preceding interest be the managing director, he/she must renounce this transaction and submit the relevant decision to the board of directors^[17].

Furthermore, the general nature of the representative power granted to directors by the memorandum of association or shareholders' resolution means that, even if there are limitations on this power set out in the enterprise's charter or imposed by the relevant authorities (even though these restrictions have been made public), this limit may not be enforced against third parties unless it is proven that they have deliberately harmed the interests of the company^[18]. The provision was originally introduced with the objective of safeguarding the market order and the interests of third parties with benevolent interests. In the case of social enterprises, the scope of the company's interests should encompass activities that benefit the community and the pursuit of the public interest. Therefore, if a third party intentionally damages the general interest of a social enterprise to gain economic advantage by entering into a contract with a director who has a restricted powers of representation in the company, this restriction is enforceable against the counterparty to this transaction. In practice, however, this is not easy for the company to demonstrate the subjective intent and the results of the damage as well as a causal relationship between them.

¹⁴ Art. 2420ter, Italian Civil Code.

¹⁵ Art. 2391 para. 1, Italian Civil Code.

¹⁶ Art. 2391 para. 3, Italian Civil Code.

¹⁷ Art. 2391 para. 1, Italian Civil Code.

¹⁸ Art. 2384, Italian Civil Code.

Directors in social cooperatives are bound by a fiduciary duty of care, loyalty, and obedience to these cooperatives, similar to those of a company director in many respects^[19]. It is not permitted for board members to be an unlimited partner in a competing company, to engage in a competing business on their own behalf or on behalf of a third party, or to serve as a director or managing director in a competing company, except in instances where such activities have been authorized by a members' meeting^[20]. Such directors are required to disclose any interest they may have in the cooperative's business. In such cases, the board is obliged to consider the rationale for and the convenience of the business when deciding whether to proceed^[21]. This is based on the premise that such business contributes, directly or indirectly, to the realization of social objectives.

It is also required that directors perform their duties with due diligence, in accordance with the nature of their activities and specific qualifications. In the event of contravention of this obligation^[22], they shall be held liable, including for damages caused by the failure of social cooperatives to carry out their duties and for damages resulting from negligent actions of individual members and third parties. In the event of a dissenting member of the board, said member is obliged to immediately note their dissent in the register of meetings and resolutions and notify the chairman of the supervisory board thereof prior to being exempt from liability^[23]. In cases of a particularly serious nature, the director may also be dismissed by the general meeting.

In conclusion, social cooperatives are more effective than company-type social enterprises in advancing the collective interests of the community, particularly with regard to the compensation of social enterprise directors and their duties. Firstly, the remuneration of directors is determined by the general meeting, with the social nature of members in social cooperatives orientated towards the protection of social goals when considering this issue. This is in contrast to the profit-seeking attitude of shareholders. Consequently, the remuneration of directors in social cooperatives is

¹⁹ Charles T. Autry, Roland F. Hall, *The Law of Cooperatives* (American Bar Association, Section of Business Law, 2009), 62-65.

²⁰ Art. 2390 para. 1, Italian Civil Code.

²¹ Art. 2391 para. 1 & 2, Italian Civil Code. This director must inform other directors and the Statutory Audit Committee of any interest that he or she may have; where he or she is a Managing Director, he or she would also have to abstain from executing that transaction and notify the Statutory Audit Committee.

²² Art. 2392 para. 1, Italian Civil Code.

²³ Art. 2392 para. 3, Italian Civil Code.

conducive to the realization of social benefits. Directors in social enterprises that take the form of associations or foundations are typically compensated only in very specific instances. Furthermore, the duties of directors in social cooperatives bear some resemblance to those in company-type social enterprises. However, directors in social cooperatives are more likely to „inherit” a greater degree of „sociality” from their members. Consequently, social cooperatives may be more inclined to pursue social objectives in the execution of their directors’ duties and obligations.

2 | Shareholders/members

2.1 The non-distribution constraint to shareholders/members

It is prohibited to distribute profits to shareholders or members of social enterprises under Italian law^[24]. The diversity of legal forms available for social enterprises – that is to say, all private entities, with the exception of a few exceptional cases^[25], that meet certain criteria – offers them the opportunity to acquire the status of social enterprise^[26]. In this context, the asset lock does not constitute a total prohibition on profit distribution. While social enterprises registered as companies or cooperatives are permitted to issue dividends to their shareholders or members^[27], other legal forms of social enterprises, such as foundations or associations, religious entities, and so on, which may be registered as social enterprises, are not allowed to distribute profits to their members.

In the case of social enterprises incorporated under Book V of the Civil Code, there are certain restrictions on the distribution of dividends. The distribution of profits is initially determined by the general meeting^[28] and social enterprises in the form of the company are limited to the terms of profit allocation. The distribution of profits is initially determined by the general meeting. Social enterprises in the form of a company are

²⁴ Art. 3 para. 1, law no.112/2017.

²⁵ Art. 1 para. 2 & 3, law no.112/2017.

²⁶ Art. 1 para. 1, law no.112/2017.

²⁷ Art. 3 para. 3 a), law no.112/2017.

²⁸ Art. 2433 para. 1, Italian Civil Code.

restricted to the terms of profit allocation. These entities may allocate to their shareholders an annual share of profits, which shall be below 50% of the total annual profits (minus the accumulated losses of previous years). Furthermore, each shareholder may not receive dividends exceeding the maximum interest rate of the postal bond increased by 2.5 points on the paid-in capital^[29]. It should be noted, however, that social enterprises in company form are not always required to distribute profits. Such social enterprises are also subject to the rules that govern the operation of Italian companies, whether limited liability companies (s.r.l.) or joint-stock companies (s.p.a.). In the event that the share capital is in a deficit^[30], it may not be allocated profits until the share capital has been replenished by an amount equal to the deficit. Furthermore, at least 1/20 of net profits must be set aside in a legal reserve until this reserve reaches 20% of the share capital^[31]. Once the statutory reserve has been allocated, any remaining profits can be distributed to other specific reserves, as outlined in the company's statutes. A social enterprise in this form may only proceed to distribute its profits once it has complied with these two provisions.

Furthermore, joint-stock companies (s.p.a.) frequently possess the ability to reasonably forecast their profits several months before the conclusion of the financial year. Consequently, it is not uncommon for the advanced payment of dividends to be distributed to shareholders based on these projections^[32]. In such a case, shareholders may not be able to claim dividends paid in good faith by the company^[33]. This scenario is likely to have a negative impact on the social enterprise. To be precise, such social enterprises, while meeting the two conditions of early payment of dividends and bona fide receipt of dividends by shareholders, may still be constrained by the distribution of profits. This portion of the assets would otherwise flow into the shareholders' pockets, albeit in a reduced amount as compared to that of a joint-stock company. Consequently, this could result in such assets being used to feed the profit-seeking mentality of shareholders rather than being invested in activities that benefit the community, which could jeopardize the social purpose of the social enterprise.

²⁹ Art. 3 para. 3 a), law no.112/2017.

³⁰ Art. 2433 para. 3, Italian Civil Code.

³¹ Art. 2430 & 2463, Italian Civil Code.

³² de Nicola, Carone, „Chapter 14. Financial Statements”, n. 5, 159-169.

³³ Art. 2433 para. 4, Italian Civil Code.

The distribution of dividends to members of social cooperatives is likewise subject to the relevant provisions on social enterprises, as previously stated. It is important to note that this should be read in conjunction with Article 2514 of the Civil Code^[34]. This implies that, concerning the distribution of profits, reserves, and residual assets, social cooperatives are treated as if they were prevalent mutual cooperatives^[35]. In practice, cooperatives, including social cooperatives and prevalent mutual cooperatives, are required to allocate at least 30 % of their annual profits to their statutory reserves^[36], while 3% of their annual profits must also be allocated to the mutual funds^[37]. With regard to the distribution of the remaining profits, the statutes are required to stipulate the manner and maximum percentage of dividends that can be allocated to members. These dividends can only be paid out when the ratio between net assets and liabilities is greater than one-quarter^[38]. It is unclear whether all reserves in prevalent mutual cooperatives are indivisible, comprising reserves not declared indivisible by their charters, or only those statutory reserves under article 2545quater, paragraph 1, as well as voluntary reserves that are indivisible per the cooperatives' articles of association^[39].

It should also be noted that Italian law is not explicit in regards to refunds to members of social cooperatives^[40]. However, given that social cooperatives serve the general interest of the community, it seems that the distribution of cooperative refunds to members is incompatible with their status as non-mutual cooperatives^[41]. This solution may prevent members of social cooperatives from benefiting financially from the activities carried out by these entities, ensuring that no public resources are misused^[42].

In the case of social enterprises in the association/foundation form, there is either an absence of a profit motive for social enterprises^[43] or,

³⁴ Art. 3 para. 1, law no. 381/1991.

³⁵ Antonio Fici, „Chapter 9. Italian”, [in:] *Principles of European Cooperative Law: Commentaries and National Reports*, Gemma Fajardo, Antonio Fici, Hagen Henry, David Hiez, Hans-H. Münkner, Ian Snaith (Cambridge: Intersentia, 2017), 347-408.

³⁶ Art. 2545quater, para. 1, Italian Civil Code.

³⁷ Art. 2545quater, para. 2, Italian Civil Code.

³⁸ Art. 2545quinquies, Italian Civil Code.

³⁹ Fici, „Chapter 9. Italian”, n. 35.

⁴⁰ David Hiez, „General Interest Cooperatives: A Challenge for Cooperative Law” *International Journal of Cooperative Law*, No. 1 (2018): 93-108.

⁴¹ Fici, „Chapter 9. Italian”, n. 35.

⁴² Ibidem.

⁴³ Art. 3 para. 2, law no.112/2017.

as nonprofit organizations per se^[44], even belong to the third sector^[45], they are not permitted to allocate profits to members. These restrictions are, in essence, an absolute prohibition on the profit distribution therein. Thus, to ensure and preserve this objective, the profits of an association or foundation registered as a social enterprise must be used to carry out legal activities that advance civic, solidarity, and social welfare purposes^[46].

In practice, the constraint of profit distribution by a social enterprises may be breached indirectly, namely, by conduct which, without any reason, is particularly advantageous to shareholders or members^[47]. For instance, a social enterprise may provide shareholders or members with goods or services at a price that is better than the market rate^[48]. Alternatively, it may pay them salaries that are 40 percent higher than the rates set forth in the collective agreement for similar qualifications, except in cases where acquiring a specific skill is necessary to perform an activity of general interest^[49].

In conclusion, concerning these restrictions on the distribution of profits, social enterprises in the form of associations or foundations are more stringent in this regard than those in the form of companies and cooperatives. This ensures that all profits would be directed toward social objectives. In contrast, while the majority of profits in companies and cooperatives are also used to benefit the community, a small portion may be distributed as dividends to shareholders or members or used as compensation in specific cases. This practice may indirectly undermine the achievement of social objectives.

⁴⁴ Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*. Cambridge, Mass.-London: Harvard University Press, 2000. <https://doi-org.proxy.bnl.lu/10.4159/9780674038301>.

⁴⁵ Art. 8, para. 2, law no. 117/2017.

⁴⁶ Art. 8, para. 1, law no. 117/2017.

⁴⁷ Antonio Fici, „The Social Enterprise in Cooperative Form, Cooperativismo e Economía Social” *CES*, No. 39 (2016-2017): 31-53.

⁴⁸ Art. 3 para. 3 e), law no.112/2017.

⁴⁹ Art. 3 para. 3 b), law no.112/2017.

2.2. Restrictions of interest on debentures (in relation to the shareholders/ members)

Italian law does not prohibit social enterprises from issuing debt financial instruments, including convertible debentures, provided that the remuneration amount does not exceed two points of the maximum limit set for distributing dividends to shareholders by social enterprises in company form^[50]. Otherwise, this would constitute an indirect allocation of profits, which would be detrimental to achieving social targets.

The method and content of conversion of convertible debentures is dependent on the legal form of the social enterprise. In the case of social enterprises in company form, the company constitution may grant the directors the right to issue convertible debentures^[51]. Existing shareholders or bondholders of this enterprise may subscribe to them, but there is a potential risk. In practice, shareholders' subscription rights to debentures are not prohibited by legislation on social enterprises. The law stipulates that the maximum return to them is higher than the maximum dividend to shareholders^[52], which may encourage shareholders to subscribe for convertible bonds in order to pursue their financial interests.

The shareholders' extraordinary meeting is responsible for determining the conversion ratio and the manner of conversion of convertible debentures, etc.^[53]. It is therefore less likely that these shareholders would be social impact investors if the resolution of the meeting decides that these convertible debentures may be converted into voting shares under certain circumstances^[54]. In such cases, an increase in the share capital of social enterprises^[55] may result in a shift in control towards shareholders with a profit orientation, rather than those with a pro-social focus. This could potentially impact the achievement of the social mission of the enterprise.

⁵⁰ Art. 3 para. 3 c), law no.112/2017.

⁵¹ Art. 2420ter, Italian Civil Code.

⁵² Art. 3 para. 3 c), law no.112/2017.

⁵³ Art. 2420bis, para. 1, Italian Civil Code.

⁵⁴ An exception to this is the trigger clause for convertible bonds, which relates to threats to social targets.

⁵⁵ Alessandro de Nicola, Marco Carone, „Chapter 6. Debentures”, [in:] *Italian Company Law* (EGEA, 2014), n.5, 79-85. The company shall concurrently resolve the increase of the share capital by an amount corresponding to the shares to be allocated by way of conversion.

In the case of social cooperatives, the issuance of convertible debentures is slightly distinct from that of social enterprises in company form. In accordance with Law No. 448/1998, social cooperatives are permitted to issue convertible bonds^[56], which is a key aspect of their financial structure. Conversely, cooperatives governed by the rules of limited liability companies (s.r.l.) only offer subscription instruments without administrative rights to qualified investors. Each member is entitled to one vote^[57], regardless of the share value or volume of stocks held. Additionally, bondholders may become members of the cooperative upon conversion of convertible bonds, thereby acquiring voting rights.

It is unclear if the term „administration rights” refers solely to the management rights of the board of directors^[58], or if it encompasses the principle of autonomy through the democratic principle of realization of members’ self-governance, self-control, and self-responsibility^[59]. It is likely that a way can be found to read the document in such a way that an additional covenant can be made in the conversion agreement that the bondholders are not entitled to the right to vote or to participate after conversion, nor are they allowed to become board members^[60]. Thus, the issuance of convertible bonds would have a minimal impact on the achievement of societal objectives for members of social cooperatives. However, the return to bondholders remains within the maximum limit set forth in the law on social enterprises.

In the case of social enterprises in the association/foundation form, they may not be financed through an approach of issuing convertible debentures, as is permitted for the previous two legal forms of social enterprises. However, they may issue social bonds and obtain funds in this way^[61] as these entities belong to the Italian third sector. It is not necessary to convert

⁵⁶ Reference: Sara Meloni, „Financial Instruments in Italian Co-Operative Companies” *SSRN* (2013). <https://ssrn.com/abstract=2246443>.

⁵⁷ Art. 2538, para. 2, Italian Civil Code.

⁵⁸ Hagen Henry, *Guidelines for Cooperative Legislation* (Geneva: International Labour Office, 2012) 86-89.

⁵⁹ *Ibidem*, n.58, 51-63.

⁶⁰ While bondholders may desire voting rights in social cooperatives following conversion, they must first become members. Only members within cooperatives have voting rights, and the rule of „one member, one vote” applies. To become a member, an individual must meet the qualifications for membership.

⁶¹ Art. 77 para. 1, law no. 117/2017.

these debentures in this context, as such securities are distinguished from convertible bonds^[62].

In conclusion, the issuance of convertible bonds may have some unfavorable effects on the pursuit of social enterprise objectives. Shareholders or members of both social enterprises in company form and social cooperatives may purchase such bonds. However, the interest ceiling on debt instruments is higher than that on dividends. Furthermore, given the profit-driven nature of shareholders, social enterprises in company form are more disadvantageous than social cooperatives in terms of pursuing and realizing social objectives. Furthermore, the purchase of these bonds is slightly more restrictive in a social cooperative than in a company form of social enterprise. This may indirectly contribute to the pursuit of the general interest of the community by limiting members' ability to purchase such bonds.

2.3. The repurchase of shares from shareholders/members

In Italy, the repurchase of shares by social enterprises from their shareholders or members is subject to different regulations depending on the type of entity involved. This section will provide an analysis of the issuance and redemption of shares in social enterprises based on various legal forms of Italian social enterprises.

In the case of companies with the status of social enterprises, the social enterprise law does not impose any specific restrictions on this issue. However, redeemable shares are effectively shares with a put option against the company, which has the same effect as a clause in the company's bylaws that allows ordinary shareholders to withdraw at will. Therefore, the issuance of these shares and the corresponding restrictions on the right to withdraw arbitrarily are permitted^[63]. As shareholders can exit freely only in unlisted companies with no definite term^[64], redeemable shares (put options) can be issued exclusively in such companies. With regard to redeemable shares, it should be noted that shares used as call options are not subject to this restriction. Furthermore, they can also be used as

⁶² Art. 77 para. 2, law no. 117/2017.

⁶³ Alessandro de Nicola, Marco Carone, „Chapter 3. Joint-stock companies: general remarks”, [in:] *Italian Company Law* (EGEA, 2014), n.5, 25-30.

⁶⁴ Art. 2437, para. 3, Italian Civil Code.

a poison pill to prevent hostile takeovers^[65] and to deter social enterprises from deviating from their social purpose.

With regard to the redemption of shares, withdrawing shareholders are entitled to request that their shares be purchased by other shareholders or third parties (as will be discussed in the next section) or by the company itself. These shareholders are, in principle, required to sell their shares for a price that is not less than the redemption value^[66]. It is important to ensure that this does not contravene the constraints on the distribution of profits. For example, if shareholders sell their shares to other shareholders or to the company for a price significantly lower than the market value of the shares, this could result in an indirect distribution of profits. In this case, if the shares are sold to other shareholders, it will not affect the voting rights of the shareholders because these shares are only entitled to dividends^[67]. However, if the company's articles of association stipulate that redeemable shares are entitled to vote at the shareholders' general meeting, it could impact the realization of social welfare objectives. This would depend on whether the transferee shareholders are social impact investors. If so, it could help protect social welfare objectives. Otherwise, it could hinder the realization of societal aims.

In the case of social cooperatives, the repurchase of members' shares is subject to certain limitations. These include restrictions on the transfer of shares to a third party or to the cooperative itself. The repurchase of shares by the cooperative is subject to the following conditions: firstly, it must be authorised by the board^[68], secondly, members' shares must be transferred in full, not partially^[69]; and thirdly, members may be withdrawn in accordance with the provisions of the law or the bylaws^[70]. Furthermore, the repurchase of cooperative members' shares is limited to the amount paid by the members at the time of subscription.

It is evident that the restrictions on the withdrawal of cooperative members and the transfer of shares, which were initially implemented to protect the interests of existing members of cooperative^[71] have served precisely

⁶⁵ de Nicola, Carone, „Chapter 3. Joint-stock companies: general remarks”, n.63.

⁶⁶ Idem, „Chapter 16. Amendments to company's constitution”, n.5, 181-194.

⁶⁷ Art. 2353, Italian Civil Code.

⁶⁸ Art. 2530, para. 1, Italian Civil Code.

⁶⁹ Art. 2532, para. 1, Italian Civil Code.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Antonio Fici, „Capitolo 12-Autonomia statutaria e recesso del socio nelle società cooperative”, [in:] *Imprese cooperative e sociali: Evoluzione normativa, profili*

to safeguard the societal purposes of the enterprise. In particular, the withdrawal limit mitigates potential risks in pursuing the enterprise's objectives due to the incentive uncertainty of new members, while the share transfer limit effectively precludes the possibility of an indirect distribution of profits. This discipline demonstrates the superiority of the cooperative form of social enterprise over the corporate form of social enterprise in terms of the protection of its social goals.

3 | Third parties

3.1. The transactions with third parties

It is not permitted for social enterprises to purchase goods or services at a price higher than the normal price without sufficient economic grounds^[72], regardless of the legal form under which they are operating. It is unclear whether the term „normal price” in this context refers to the market price of goods. However, it can serve as a reference point for evaluating such prices. Social enterprises may also engage in trade with third sectors beyond social enterprises at prices below the aforementioned normal prices. Furthermore, the law permits gratuitous donations to these entities, provided that they are not founders, partners, or companies controlled by social enterprises^[73]. In this non-commercial context, the movement of funds^[74], may be eligible for tax benefits. From this perspective, the free appropriation of assets to the third sector is, in effect, the equivalent of promoting social objectives by social enterprises.

sistematici e questioni applicative (Turin: G. Giappichelli Editore, 2012), 229. In this chapter, Professor Fici explained the asymmetry between membership and withdrawal demonstrating how it can be effectively understood from the perspective of the social function of cooperatives. The admission of new members is a means for cooperatives to disseminate the benefits they are capable of generating, whereas the exercise of withdrawal may represent a conduct by which members may pursue their individual interests rather than the common benefits of the cooperative.

⁷² Art. 3 para. 2 e), law no.112/2017.

⁷³ Art. 3 para. 3 b), law no.112/2017.

⁷⁴ Antonio Fici, „Social Enterprises and Social Cooperatives in the New Italian Legal Framework for Third Sector Organizations”, [in:] *Perspectives on Cooperative Law*, ed. Willy Tadjudje, Ifigenia Douvitsa (Singapore: Springer, 2022), 77-88.

This is the flow of funds from social enterprises to the third sector for the promotion of specific social welfare projects. While these projects may not be in the service of the social objectives defined in the statutes of the social enterprises concerned, they are another means of preserving the broader sense of social purpose.

3.2. The transfer of shares to third parties

The transfer of shares in social enterprises is subject to varying restrictions depending on the legal form involved. As social enterprises in the form of associations/foundations and religious institutions primarily rely on funding sources such as public financial support and donations from other entities, the issuance of shares is not a viable means of raising funds. Consequently, this section will not address such social enterprises but will focus on the transfer of shares in social enterprises in the form of companies and cooperatives to third parties.

In the case of social enterprises operating as a company, the transfer of shares to a third party represents a means for shareholders to exit their investment. The transfer of shareholders' shares is relatively free^[75], but it is essential to be aware that shareholders may not transfer their shares to a third party on more favorable conditions than those in the market^[76], as this may breach the restrictions of the non-profit distribution. In such cases, an exception may be made if the transferee is an entity of the third sector or if the purpose of the transferee is to pursue an objective of general interest^[77].

Another scenario in which the transfer of shares to a third party occurs is when a company redeems its shares. This is typically done to ensure that the departing shareholder disposes of his or her shares for a price that is not less than the redemption value. Italian law stipulates that, in the event that the other shareholders in a company do not purchase all or part of the withdrawing shareholder's shares, the directors may then sell those shares to third parties. Alternatively, should the shares be listed, they are placed on the relevant regulated market by way of an offer^[78]. In this case, it is less

⁷⁵ Alessandro de Nicola, Marco Carone, „Chapter 5- Share capital, shares and capital maintenance”, [in:] *Italian Company Law* (EGEA, 2014), n.5, 49-78.

⁷⁶ Art. 3 para. 2 e), law no.112/2017. In this case, the goods that shareholders provide are shares.

⁷⁷ Art. 3 para. 3 b), law no.112/2017.

⁷⁸ Art. 2437-quarter, Italian Civil Code.

likely that the risk of breaching the mechanism for limiting the distribution of profits from social enterprises is reflected in the price of the transfer of the shares. However, there is a risk that the new stockholder, who may not be a social impact investor or proponent, may use their right to vote at the shareholders' meeting to affect the result of resolutions concerning social activities. This could have an adverse impact on the community's benefits and the achievement of social well-being.

In the case of social cooperatives, the transfer of shares and the withdrawal of members are two distinct but related processes. It is important to note that members have the right to withdraw from a cooperative only under circumstances permitted by law or by the cooperative's bylaws^[79]. This means that members cannot withdraw freely and unconditionally, even if the variability of the cooperative's capital cannot be interpreted as a technical scheme designed to facilitate the exit of members^[80]. In instances where withdrawal is impermissible, social cooperative members may be locked inside it, and thus unlimitedly exposed to opportunistic behaviors by directors and majority members^[81]. If the transfer of shares is prohibited in the statutes, then shares in cooperatives cannot be transferred to third parties. Furthermore, the right to withdraw cannot be exercised before a period of two years has elapsed since the member joined the entity^[82].

In the event that the law or the constitution of the social cooperative permits the withdrawal of members, a declaration of such withdrawal must be communicated to the cooperative. Following a review by the directors^[83] the member may be exited from the company. In the event that the board of directors authorizes the transferability of members' shares^[84], the cooperative reserves the right to accept or reject this authorization. The decision will be communicated to the member within 60 days of receipt of their notification of the proposed transfer of shares^[85].

⁷⁹ Art. 2532, para. 1, Italian Civil Code.

⁸⁰ Antonio Fici, „Capitolo 12. Autonomia statutaria e recesso del socio nelle società cooperative”, [in:] *Impre se cooperative e sociali: Evoluzione normativa, profili sistematici e questioni applicative* (Turin: G. Giap pichelli Editore 2012), 213-261.

⁸¹ Antonio Fici, „Chapter 1- An Introduction to Cooperative Law”, [in:] *International Handbook of Cooperative Law*, ed. Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry (Berlin-Heidelberg: Springer, 2013), 3-62.

⁸² Art. 2530, para. 6, Italian Civil Code.

⁸³ Art. 2532, para. 2, Italian Civil Code.

⁸⁴ Art. 2530, para. 1, Italian Civil Code.

⁸⁵ Art. 2530, para. 3, Italian Civil Code.

Should the social cooperative elect to repurchase members' shares, this would constitute a buyback of shares. In the event that the cooperative remains silent beyond the aforementioned period, members are free to transfer their shares to a third party. The cooperative is then obliged to register any buyers who meet the requirements to qualify for membership in its register of members^[86]. The transfer of members' shares in a social cooperative cannot exceed the price of the normal value. Otherwise, there is a violation of the rule restricting the distribution of profits (indirect distribution). However, the legislation has yet to define the standard price for shares in cooperatives. In the event that cooperatives decline this authority, namely, decide not to purchase members' shares, members may choose to appeal the refusal to the court^[87].

However, in the event of a prohibition on share transfer as outlined in the social cooperative's bylaws, a member may notify the cooperative at least 90 days in advance of their intention to withdraw^[88]. The shares may not be transferred to a third party, and the member is entitled to the return of that party's contribution^[89]. If the law prohibits the transfer of shares in a cooperative, members are free to withdraw after a period of two years. In this instance, the shares are also not transferable to third parties, and members are entitled to demand the return of their contributions^[90].

In transactions between social enterprises and third parties, the specific organizational form has minimal impact on the protection of the social mission. This is true even when the third party is part of a third-sector organization, provided that the arm's-length limit is not exceeded. In such cases, the social goals of the social enterprise remain safeguarded. With regard to the transfer of shares in a social enterprise to a third party, social cooperatives are subject to greater constraints than social enterprises in company form. Furthermore, the withdrawal of members is more limited than the exit of shareholders. The relative freedom of shareholders to transfer their shares presents potential challenges to the pursuit of social goals for social enterprises in company form. This is particularly relevant when the new shareholders are not social impact investors.

⁸⁶ Art. 2530, para. 4, Italian Civil Code.

⁸⁷ Art. 2530, para. 5, Italian Civil Code.

⁸⁸ Art. 2530, para. 6, Italian Civil Code.

⁸⁹ Antonio Fici, „Chapter 1- An Introduction to Cooperative Law”, [in:] *International Handbook of Cooperative Law*, ed. Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry (Berlin-Heidelberg: Springer, 2013), 3-62.

⁹⁰ Art. 2530, para. 6, Italian Civil Code.

4 | Controller

4.1. Internal control bodies: auditors

The articles of association of a social enterprise may stipulate the appointment of one or more auditors^[91], who must be selected from among the registered statutory auditors^[92]. The auditor(s) may conduct inspections and audits at any time^[93], including during the winding-up process. Directors may therefore be required to provide information pertaining to business processes or specific affairs, and social enterprises may also be requested to do so^[94]. Furthermore, if the social enterprise exceeds two of the limits^[95] in two consecutive financial years^[96], it shall undergo a statutory audit by the auditor(s), or an auditing firm registered in a special register, or auditors registered in the special register of statutory auditors^[97].

These auditors are primarily responsible for two key areas. It is the responsibility of the auditors to monitor compliance with applicable laws and regulations, the company's own statutes, and the principles of proper management. In addition, they must assess the adequacy of the organizational, administrative, and accounting structures and their actual functioning^[98]. On the other hand, they are also supposed to watch over the entity's observance of the social objectives, in particular the constraints on non-profit distribution, the discipline of the salaries of directors and self-employed staff, the transfer of shareholdings and withdrawal of shareholders/members, the restrictions on transaction with third parties, and the way in which workers, users, and other stakeholders are involved in the activities of the social enterprise, etc. Besides, the auditors have to certify that the social report is prepared in compliance with the code adopted by the Decree of the Ministry of Labor and Social Policy^[99]. The social balance

⁹¹ Art. 10 para. 1, law no.112/2017.

⁹² Art. 2397, para. 2, Italian Civil Code.

⁹³ Art. 10 para. 4, law no.112/2017.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Limits: 1) total balance sheet assets: 4,400,000 €; 2) revenues from sales and services: 8,800,000 €; 3) average number of employees employed during the financial year: 50.

⁹⁶ Art. 10 para. 5, law no.112/2017; art. 2435-bis para. 1, Italian Civil Code.

⁹⁷ Art. 10 para. 5, law no.112/2017.

⁹⁸ Art. 10 para. 2, law no.112/2017.

⁹⁹ Art. 10 para. 3 & art. 9 para. 2, law no.112/2017.

sheet should be published online, and the results of mayor's supervision shall be confirmed^[100].

In addition, given the peculiarities of the legal form of the incorporation of a social enterprise, the governance system of a joint-stock company (s.p.a.), if the traditional model is used, the body that carries out the duties of internal control also contains the board of statutory auditors. However, the company's financial statements must be audited by an external auditor or the board of statutory auditors. In the case of a p.a., the body responsible for internal control is the board of supervisors. When a s.p.a. employs the monistic model, its regulatory body is the internal control committee, which is appointed by the board of directors from among its members^[101]. In social cooperatives, in addition to the former monitoring body for social enterprises (statutory auditors), there is also the supervisory board. Members of this board must not have a conflict of interest with the social cooperative^[102].

4.2. External control bodies: Ministry of Labor and Social Policies (MLSP) and Ministry of Economic Development (MED)

The MLSP monitors social enterprises (non-cooperative forms)^[103]. The Ministry entrusts to the National Labor Inspectorate the monitoring function to verify the compliance of social enterprises with the compliance of Legislative Decree 112/2017^[104]. A decree of the MLSP regulates the form, content, and methodology of inspection activities of social enterprises^[105].

The controlling activities for social enterprises in the form of non-cooperative social enterprises are divided into ordinary inspections (available to be carried out by selected associations) and extraordinary inspections (the inspection function is always entrusted to the Inspectorate)^[106]. Both types of inspections are subject to reporting forms approved by a decree of the MLSP, and the results of the controlling activities must be reported

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ de Nicola, Carone, „Chapter 5- Directors”, n.5, 107-121.

¹⁰² Art. 2399, Italian Civil Code.

¹⁰³ Art. 15 para. 1, law no.112/2017

¹⁰⁴ Art. 15 para. 2, law no.112/2017

¹⁰⁵ Art. 15 para. 4, law no.112/2017

¹⁰⁶ Art. 3, Decreto Ministeriale del 29 marzo 2022.

exclusively in a model report approved by the same decree^[107]. Social enterprises are subject to ordinary inspections at least once a year.^[108] In the case of social enterprises in the form of associations, the responsibility for carrying out ordinary inspections falls upon inspectors appointed by the associations themselves^[109]. The objective of the ordinary inspection is to verify that the social enterprise is effectively pursuing the objectives of citizenship, solidarity, and social responsibility, that it is in compliance with the limitations and conditions pertaining to the principle of non-profitability, and that it is adhering to the provisions concerning the involvement of workers and other stakeholders in the governance of the company^[110]. The ordinary inspection may yield one of five results^[111].

When it is necessary to enter into in-depth investigation of the findings of the control carried out, for the sake of sample checks, following the submission of a complaint by a shareholder or interested party, or upon notification by the public administration, the MLSP shall order a special inspection^[112]. This inspection aims to check whether the social enterprise is in compliance with all relevant legislative, regulatory, and legal provisions, whether the entity is functioning properly, and whether its activities are being carried out in accordance with the relevant standards^[113]. Based on

¹⁰⁷ Art. 4, Decreto Ministeriale del 29 marzo 2022.

¹⁰⁸ Art. 10 para. 1, Decreto Ministeriale del 29 marzo 2022.

¹⁰⁹ Art. 10 para. 3, Decreto Ministeriale del 29 marzo 2022.

¹¹⁰ Art. 12 para. 1, Decreto Ministeriale del 29 marzo 2022.

¹¹¹ Art. 14, Decreto Ministeriale del 29 marzo 2022. They are: i) If no irregularities are found, the ordinary inspection ends with the signing of an inconclusive inspection report. ii) In case a remediable irregularity is discovered in the inspection, the inspector issues a warning to the administrative body of the social enterprise, assigning a time limit of between 30 and 90 days for regularization. After the designated period has elapsed, the inspector shall verify this and confirm it in the relevant report. iii) In the event of non-compliance or even partial compliance, the inspector formally makes a reasoned, non-binding recommendation through an appropriate report. In the event that the lack of control is attributed to the non-existence of the entity, the inspector shall propose the adoption of provisions providing for the loss of SE status. In the event that violations that cannot be remedied are detected during the inspection, the inspector shall formally make a reasoned recommendation for the approval of provisions providing for the loss of SE status by means of an appropriate report. Based on this information, the Ministry may request a judicial assessment of the insolvency status of the enterprise. If the enterprise meets the requirements, the Ministry may then proceed with the administrative compulsory liquidation of the social enterprise.

¹¹² Art. 17 para. 1, Decreto Ministeriale del 29 marzo 2022.

¹¹³ Art. 18 para. 1, Decreto Ministeriale del 29 marzo 2022.

the results of the special inspection, the Ministry determines the measures to be suggested^[114].

The external control of social cooperatives is conducted by the MED in agreement with the MLSP,^[115] There are two kinds of inspections: cooperative audits and special inspections. The reporting patterns of these dual inspections are authorized by a decree of the MED. Social cooperatives are subject to cooperative audits in accordance with the frequency and methods set forth in the Ministerial Decree^[116], and the review of cooperatives has to be carried out every two years, and the cooperative scrutiny is conducted by the Ministry via the auditor appointed by it^[117]. Associations are bound to audit the social cooperatives falling under their umbrella, including those institutions whose resources have been dissolved^[118]. The purpose of the inspection of social cooperatives is the same as that of the inspection of social enterprises (non-cooperative forms)^[119]. The Ministry may also order special checks of social cooperatives^[120]. The cooperative examination is based on the need to conduct a comprehensive analysis of a selected sample and to order a special inspection when deemed appropriate.

Furthermore, the monitoring body may appoint a temporary commissioner, who may also serve as the legal representative, in the event that inspection activities are impeded or if the social enterprise fails to regulate illegal acts within a reasonable timeframe. This may occur in the context of a social enterprise operating as a cooperative or a non-cooperative entity^[121]. In the event of a breach that cannot be remedied or is not redressed, the Minister may order the removal of the social enterprise's status^[122].

In general, the internal regulation and external controls of social enterprises are not yet sufficiently robust with regard to asset lock protection. The law allows internal auditors of social enterprises to conduct inspections at any time. However, it does not stipulate penalties for negligence or failure of regulators to exercise this power. Furthermore, external controllers of social enterprises are responsible for conducting both ordinary and special inspections to regulate the specifics of social activities and

¹¹⁴ Art. 20 para. 1, Decreto Ministeriale del 29 marzo 2022.

¹¹⁵ Art. 15 para. 5, law no.112/2017.

¹¹⁶ Art. 2 para. 1, law no. 220/2002.

¹¹⁷ Art. 2 para. 2 & 3, law no. 220/2002.

¹¹⁸ Art. 2 para. 6, law no. 220/2002.

¹¹⁹ Art. 15 para. 5, law no.112/2017.

¹²⁰ Art. 8 para. 1, law no. 220/2002.

¹²¹ Art. 8 para. 7, law no. 220/2002.

¹²² Art. 8 para. 8, law no. 220/2002.

the pursuit of social objectives. However, there is a lack of clarity regarding the sanctions for not effectively exercising this role of surveillance. Furthermore, the stipulations regarding special inspections are somewhat vague, which presents certain challenges in conducting these inspections.

Bibliography

- Autry Charles T., Roland F. Hall, *The Law of Cooperatives*. American Bar Association, Section of Business Law, 2009.
- Belinfanti Tamara C., „15- Social Lock-In and the Cooperative Form”, [in:] *The Cambridge Handbook of Social Enterprise Law*, ed. Benjamin Means, Joseph W. Yockey. 256-274. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- David Hiez, „General Interest Cooperatives: A Challenge for Cooperative Law” *International Journal of Cooperative Law*, No. 1 (2018): 93-108.
- de Nicola Alessandro, Marco Carone, *Italian Company Law*. EGEA, 2014.
- Fici Antonio, „Capitolo 12. Autonomia statutaria e recesso del socio nelle società cooperative”, [in:] *Imprese cooperative e sociali: Evoluzione normativa, profili sistematici e questioni applicative*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2012.
- Fici Antonio, „Chapter 9. Italian”, [in:] *Principles of European Cooperative Law: Commentaries and National Reports*, ed. Gemma Fajardo, Antonio Fici, Hagen Henry, David Hiez, Hans-H. Münkner, Ian Snaith. 347-408. Cambridge: Intersentia, 2017.
- Fici Antonio, „Social Enterprises and Social Cooperatives in the New Italian Legal Framework for Third Sector Organizations”, [in:] *Perspectives on Cooperative Law*, ed. Willy Tadjudje, Ifigeneia Douvitsa. 77-88. Singapore: Springer, 2022.
- Fici Antonio, „The Social Enterprise in Cooperative Form, Cooperativismo e Economía Social” *CES*, No. 39 (2016-2017): 31-53.
- Fici Antonio, *European Social Enterprise Law After the “Social Business Initiative” Communication of 2011: A Comparative Analysis from the Perspective of Worker and Social Cooperatives*, CECOP, Brussels, 2020.
- Hagen Henry, *Guidelines for Cooperative Legislation*. Geneva: International Labour Office, 2012.
- Hansmann Henry, *The Ownership of Enterprise*. Cambridge, Mass.-London: Harvard University Press, 2000. <https://doi-org.proxy.bnl.lu/10.4159/9780674038301>.
- Meloni Sara, „Financial Instruments in Italian Co-Operative Companies” *SSRN* (2013). <https://ssrn.com/abstract=2246443>.



JACEK SKOCZEK

Limits of Application of the Institution of Free Credit by a Member of the Cooperative Savings and Credit Union

Abstract

The author discusses the limits of the application of the institution of interest-free credit by members of the Cooperative Savings and Credit Union (SKOK). The concept of interest-free credit was introduced into Polish law as a result of the implementation of EU Directive 2008/48/EC, which allows member states to establish sanctions for breaches of national provisions adopted in accordance with this Directive.

According to Polish law, a consumer may demand repayment of the credit without interest and other costs if the creditor has violated the information obligations specified in the Consumer Credit Act. Similar sanctions already existed in national law, but their wording was changed, including the requirement of a written declaration by the consumer.

However, the interest-free loan sanction appears to be disproportionate and one-sided, negatively affecting the economic interests of the creditor. Its implementation is especially problematic in the case of SKOKs, where members have extended financial liability for the activities of the union.

An analysis of the principle of proportionality in the context of the application of the interest-free credit sanction to SKOKs highlights the need to maintain a balance between consumer interests and the financial stability of the union. In the case of SKOKs, which operate on the basis of shared ownership by members and a common economic purpose, the application of the interest-free credit sanction requires particular caution and consideration of the specific nature of these relationships.

The author of the article emphasizes the need to amend the regulations on interest-free credit in order to take into account the differences in the creditor's misconduct and the specific economic relations between the creditor and the

JACEK SKOCZEK, PhD in law, Cooperative Research Institute in Sopot,
ORCID – 0000-0001-8037-2661, e-mail: jacek.skoczek@sin.edu.pl

consumer. The *de lege ferenda* proposal suggests introducing differentiated sanctions and taking into account the actual damage to the consumer, which would allow for more proportionate and fair regulations regarding consumer protection and the stability of SKOK-type financial institutions.

KEY WORDS: credit unions, cooperative savings and credit unions, sanction of interest-free credit, consumer credit, proportionality

The institution of free credit was introduced into the national legal order through the implementation of Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of April 23, 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC^[1].

Article 23 of the Directive allows Member States to lay down rules on sanctions applicable to violations of the national provisions adopted pursuant to the Directive.

The implementation of Article 23 in the Polish legal system is Article 45(1) of the Consumer Credit Act (CCA)^[2], which introduces the so-called sanction of free credit.

According to the wording of the above provision, if the creditor fails to comply with the disclosure requirements set out in Articles 29(1), 30(1, p. 1-8, 10, 11, 14-17), 31-33, 33a and 36a-36c, the consumer shall, after giving written notice to the creditor, repay the credit, without interest and other credit costs, to the creditor at the time and in the manner agreed in the contract.

It should be noted that the introduction of a similar sanction by the 2011 Act is not a complete novelty in Polish legislation. The Consumer Credit Act of 2001^[3] already contained Article 15, which allowed the borrower to repay the loan without interest and other credit costs if the creditor violated^[4] the disclosure obligations and the form of the contract set forth in Articles 4-7.

¹ Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of April 23, 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC (OJ L 133, 22.5.2008).

² Act of May 12, 2011 on consumer credit (Journal of Laws 2011 No. 126 item 715).

³ Act of July 20, 2001 on consumer credit (Journal of Laws 2001.100.1081).

⁴ In the course of parliamentary work, an attempt was made to introduce a restriction into Article 15 u.k.k. that the sanction in question would come into effect only in the event of a „material” violation of the provisions indicated. The

This provision also implements the provision of Article 14(1) of Council Directive 87/102/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning consumer credit^[5].

Interestingly, the provision of Article 15 of the CCA 2001 in its original version did not require the consumer to make any statement. The provision stipulated that in the event of a creditor's violation of Articles 4-7 of the 2001 CCA, the content of the concluded consumer credit agreement was changed so that the consumer was obliged to repay the loan without interest and other credit costs due to the creditor^[6], but the 2003 amendment^[7] introduced the obligation for the consumer to submit a written statement to the creditor on the application of the sanction of free credit^[8].

Nevertheless, both the provision of Article 15 of the CCA 2001 and the provision of Article 45(1) of the CCA 2011 are examples of so-called gold-plating. Gold-plating is the process by which a Member State that is required to transpose an EU directive into national law or to implement

above proposal was criticized by the Authors of the government draft bill - in more detail Dominika Rogoń, *Kredyt Konsumentki. Komentarz* (LEX/el. 2002).

⁵ Council Directive of December 22, 1986 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit (87/102/EEC) (OJ EU L of February 12, 1987).

⁶ More extensively: Małgorzata Bednarek, „Sankcja «kredytu darmowego» jako środek ochrony konsumenta” *Europejski Przegląd Sądowy*, No. 3 (2009): 18.

⁷ Act of May 23, 2003 amending the Consumer Credit Act (Journal of Laws 2003.109.1030).

⁸ Doubts about the way in which the free credit sanction affects the contractual credit relationship arose only with the amendment of the provision of Article 15(1) of the UCC as a result of the addition of the phrase „upon submission of a written statement to the creditor”. Firstly, there was a question about the content of the statement required of the consumer - whether it should contain only information about the consumer's intention to take advantage of the sanction of free credit, or whether such a statement should contain a justification indicating the type of failure from which the consumer derives his right to free credit. Secondly, an ambiguity arose about the legal meaning of the legislative amendment in question, and, as a result, about the legal nature of the statement made by the consumer - whether the consumer's statement serves as a prerequisite for the conversion of a credit agreement into a free credit agreement, or whether it is of a purely organizational (informational) nature. In other words, it was a question of whether the sanction of free credit occurs *ex lege*, or *whether the* occurrence of this sanction depends on the initiative of the consumer, with this initiative usually counted among the consumer's constitutive legal powers - so: Bednarek, „Sankcja «kredytu darmowego», 19.

EU legislation takes the opportunity to impose additional requirements, obligations or standards on the addressees of the national law that are not provided for in the transposed EU legislation or that go beyond the requirements or standards provided for in the transposed EU legislation^[9].

Undoubtedly, the sanction of free credit is an extremely one-way institution that *de facto* undermines the entire economic purpose of granting consumer credit and even generates costs on the part of the lender (payment to the employee selling the credit, cost of maintaining the credit risk assessment system, searches in the credit information database, etc.), which are usually covered by the commission on the granting of credit.

This type of „total” protection is too one-sided in favor of the „weaker” party to the transaction and, moreover, encourages unfair attitudes toward the entrepreneur. The accepted meaning of the provisions is at odds with the need to strike an appropriate and fair balance between the interests of the consumer and those of the professional, and thus with the need for an appropriate distribution of the risks borne by each party to the contractual credit relationship^[10].

The problem is more relevant when the lender is a cooperative savings and credit union and the consumer taking the loan is its member, who at the same time has an extended responsibility for the financial performance of his cooperative.

In accordance with the provision of Article 2 of the SKOK Act^[11] a cooperative savings and credit association is a cooperative to which the provisions of the law – the Cooperative Law^[12] – apply, to the extent that they are not regulated by this law.

The provision of Article 19 §2 of the Cooperative Law introduces the general principle that the risk borne by a member of a cooperative is his share, which can be used to cover the loss^[13].

⁹ Definition introduced by the European Commission in *Better Regulation Guidelines* (Commission Staff Working Document, SWD (2017) 350, July 7, 2017).

¹⁰ Bednarek, „Sankcja «kredytu darmowego», 19.

¹¹ Act of November 5, 2009 on cooperative savings and credit unions (Journal of Laws 2012 item 855).

¹² Law of September 16, 1982 – Cooperative Law. (Journal of Laws 2021 item 648).

¹³ On the liability of cooperative members for the cooperative’s loss up to the amount of their declared shares, see Henryk Cioch, *Zarys prawa spółdzielczego* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2007), 49 and idem, *Prawo spółdzielcze* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2011), 81.

On the other hand, the provision of Article 26 § 3 of the SKOK Act additionally stipulates that if the charter of the SKOK so provides, the liability of the members for the balance loss^[14] may be increased to twice the amount of the subscribed shares, in which case the SKOK member may be required to pay a surcharge on the share equal to its original amount^[15].

A member of a cooperative credit union has a membership relationship with the cooperative, as well as relationships that are derived from and related to that membership^[16]. Relationships related to membership are primarily property-legal relationships that serve to actualize the member's participation in the potential of the cooperative enterprise. Of these, the most significant is the membership participation relationship. The relationship of obligatory share in a cooperative is closely linked to membership. Each member of the cooperative is required to establish this relationship, which persists throughout the duration of their membership.

Furthermore, the legal relationship of superobligatory shares demonstrates a diminished connection with membership, as the member is not obligated to establish such a legal relationship with the cooperative. Additionally, this relationship can be terminated in its entirety or in part (the deadlines and rules for repayment of superobligatory shares will be outlined in the cooperative's statutes), while retaining membership in the cooperative.

Upon the termination of a superobligatory membership share or membership, the legal relationship, whether superobligatory or obligatory, undergoes a transformation. In place of the previous relationship, a claim for the return of amounts paid for shares arises for the member, while on the part of the cooperative, a debt is incurred. The ultimate resolution of this claim is dependent upon the prevailing economic circumstances of the cooperative and the decision of its general assembly. Indeed, should

¹⁴ Although this provision omits the word „balance sheet”, it should be considered that it refers to the liability of members for balance sheet losses, yes: Piotr Zakrzewski in Andrzej Herbet, Szymon Pawłowski, Piotr Zakrzewski, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2014), 214 et seq.

¹⁵ Jacek Skoczek, „Członek spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej – konsument czy inwestor?” *Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda*, nr 1 (2023).

¹⁶ Szerzej na temat stosunków pochodnych i powiązanych zob. Adam Jedliński, *Członkostwo w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej* (Warszawa: Lexis Nexis, 2002). 170 i nast., Piotr Zakrzewski, *Status prawny członka spółdzielni mieszkaniowej w spółdzielczych stosunkach lokatorskich* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2010), 165-166, o swobodzie nawiązywania stosunków pochodnych: Dominik Bierecki, *Zasada swobody umów w prawie spółdzielczym* (Warszawa: C.H. Beck, 2021), 76 i n.

the cooperative exhibit a balance sheet deficit during the year in which the member terminated their shares or ceased to be a member of the cooperative, it may adopt a resolution to offset the deficit from the share fund, thereby extinguishing the member's or former member's claim in its entirety or in the relevant portion.

It is similarly conceivable that the shares may have been utilized to offset the deficit prior to the member's termination or loss of membership. In such a situation, it can be assumed that the claim for reimbursement of the amounts paid for the shares also lapses upon approval of the report for the year in which the member terminated the shares or lost membership. This is because there is a possibility that the cooperative will generate a profit and elect to utilize it for the purpose of replenishing the shares that were previously employed to offset the loss. This is a solution unique to cooperative savings and credit unions, described in the provision of Article 26 (1) of the SKOK Act. In such a situation, if the credit union has a surplus and the general assembly decides to replenish the shares from the balance surplus, the claim for reimbursement of the amounts paid for the shares will not expire, but will become due on the date specified in the statute.

Another event that may affect the legal relationship of participation is the situation described in Article 130 § 3 of the Cooperative Law: the adoption by the general assembly of an insolvent cooperative of a resolution to continue its operation by imposing surcharges on members' shares as a way out of insolvency. In such a case, members holding shares in the cooperative, as a result of a resolution of its general assembly, may become obligated to make such surcharges.

The provisions of the SKOK Act establish a distinct category of surcharges applicable to members' shares. In accordance with the stipulations of Article 26(3) of the SKOK Act, the articles of association of a credit union may impose liability upon members for the losses of the credit union up to twice the amount of their paid-up shares. As has been established in the legal sciences and jurisprudence, in order for such liability to arise, it is necessary for a resolution of the highest body of the cooperative fund to approve the financial statements indicating a loss that exceeds the cooperative's basic own funds (resource and share funds) and to cover this loss from additional member liability. In such a situation, members may also be required to make supplementary payments equal to the value of their shares.

The termination of supercompulsory shares or loss of membership has a significant impact on the fate of the legal relationship of the share. As indicated above, it is transformed into a claim for reimbursement of the

amounts paid for the shares. This raises the question of whether the member can be charged a surcharge as a result of this change, either under the resolution referred to in Article 130 § 3 of the Cooperative Law or under the additional membership liability referred to in Article 26 § 3 of the SKOK Act.

In the event that a general assembly approves a report for a year in which a member has terminated excess shares or lost membership, and subsequently passes a resolution to cover the resulting loss from the share fund and require members to make surcharges on their shares, it is necessary to determine whether such obligations would apply to terminated excess shares and former members of the cooperative. If the answer to this question were in the affirmative, it would be tantamount to assuming that the legal relationship of a membership share may last longer than the membership of the cooperative itself.

The literature^[17] indicates that the purpose of the exception to the principle that members of a cooperative are liable for its losses up to the amount of their contributed shares, introduced by Article 26(3) of the SKOK Act, is to strengthen the financial stability of the credit union, but this is done at the expense of the members, whose degree of participation in the credit union's losses is increased^[18].

Therefore, in the case of cooperative savings and credit unions, there can be no simple dichotomous division between a „strong” lender-entrepreneur and a „weak” consumer-borrower, exposed to the capitalist temptations of the former, and the role of the legislator – both national and European – is to give him the most “absolute” tools with which to fight for his rights and the economic conditions directly related to them. Unfortunately, unlike at least bank customers, the situation of SKOK members is directly linked to the financial stability of their credit union.

Such a solution, which makes the member of the cooperative not only a consumer but also an informed investor, has its historical justification

¹⁷ See Piotr Zakrzewski in: Herbet, Pawłowski, Zakrzewski, *Spółdzielcze kasy*, 215.

¹⁸ See Jacek Skoczek, „Źródła obowiązku dopłat z tytułu dodatkowej odpowiedzialności członkowskiej”, [in:] *Prawo prywatne w służbie społeczeństwu, Księga poświęcona pamięci prof. Adama Jedlińskiego* (Sopot: Spółdzielczy Instytut Naukowy, 2019), 279 et seq.

and has already been used in the Cooperative Law of 1920^[19] and then many times in more than 100 years of legislation^[20].

In spite of the fact that at present both some scholars^[21] and the Supreme Court's jurisprudence^[22] are inclined to grant a broad consumer protection to a member of a credit union, one cannot overlook the fact that membership in a credit union is a unique arrangement, which combines both consumer and investor characteristics. This is, so to speak, a peculiarity that justifies the legal distinctiveness of credit unions in comparison with other credit institutions, such as banks or cooperative banks, and should therefore be taken into account when interpreting all the provisions that characterize the rights and obligations of a member of a cooperative savings and credit union.

The second extremely important interpretive guideline, without which it seems impossible to deal with the topic presented later in this article, is the principle of proportionality^[23], which requires the use of appropriate and

¹⁹ Law of October 29, 1920 on cooperatives. (Journal of Laws 1920 no. 111 item 733). For more on the law itself and the solutions used in it, see Stanisław Wroblewski, *Ustawa o spółdzielniach z dnia 29 października 1920. Dz. Ust. n. 111, poz. 733 wraz z rozporządzeniami wykonawczymi* (Krakow 1921; reprint Warsaw 2020).

²⁰ For more on the history of members' responsibility for the cooperative's losses, see Skoczek, „Członek spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej – konsument czy inwestor?”.

²¹ Witold Srokosz, „Członek SKOK jako konsument usług bankowych” *E - biuletyn CBKE* (2008); Krzysztof Łabęda, „Arbitraż konsumencki na przykładzie unii kredytowych funkcjonujących w systemie prawa common law” *Pieniądże i Więź*, nr 4 (2003): 184; Piotr Zakrzewski in: Herbet, Pawłowski, Zakrzewski, *Spółdzielcze kasy*.

²² See Jacek Skoczek, „Problematyka członkostwa w kasach oszczędnościowo-kredytowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 2019-2022” *Prawo i Więź*, nr 43 (2022).

²³ Principle of Union administrative law – delimits the discretion of Union institutions deciding individual cases. Article 5(4) TEU – „In accordance with the principle of proportionality, the scope and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties. The institutions of the Union shall apply the principle of proportionality in accordance with the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality”. The principle of proportionality is a widely accepted method of resolving conflicts between individual rights and the public interest, and this is true both in the national judiciaries of democratic states and within pan-European normative orders, such as in the jurisprudential activity of the ECHR. It is a product primarily of judicial jurisprudence, and its practical application „consists not so much in recalling its general definition as in applying its three criteria (necessity, usefulness and proportionality *sensu stricto*) to specific norms from 10 individual fields of law”. Consequently, one can speak of the formation of a kind of casuistry of its detailed

necessary measures in order to achieve the objectives set for the member states.

Directive 2008/48 stipulates that sanctions adopted by Member States „must be effective, proportionate and dissuasive” (Article 47). The sanctions adopted in national law to ensure that the objectives of both credit directives are met should therefore be: (1) effective (efficient) for the consumer, (2) proportionate to the interests of lenders and borrowers, and (3) dissuasive by deterring lenders from engaging in practices that are unfair or misleading to consumers^[24].

As I pointed out above, the sanction contained in the provision of Article 45(1) of the CCA 2011 is a typical example of *gold-plating*, a phenomenon that is openly undesirable in the national legislation of member states^[25].

The regulation in question, by its absolutism and unilateralism, goes beyond the requirements and standards contained in the transposed EU legislation and, moreover, imposes additional requirements and standards on the addressees of the national law.

Indeed, a violation of EU law may also consist in the fact that a member state, through the enactment of national law, implements the provisions of EU law too intensively in a manner that violates the principle of proportionality.

Article 76 of the Constitution of the Republic of Poland provides that public authorities shall protect consumers, customers, hirers or lessees from actions that threaten their health, privacy and safety, and from dishonest market practices.

Consumer protection is not a protectionist or paternalistic action, but aims to protect the interests of the weaker market participant, whose

applications, which, on the one hand, requires constant clarification of the criteria that make up the proportionality test, and, on the other hand, referring them to particular types of individual freedoms and rights – Lech Garlicki, Krzysztof Wojtyczek, „Komentarz do art. 31”, [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Art. 30-86, red. Lech Garlicki, Marek Zubik (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016), 94.

²⁴ See Bednarek, „Sankcja «kredytu darmowego», 19.

²⁵ See, inter alia, Opinion of the European Economic and Social Committee on The impact of legislative barriers in the Member States on the competitiveness of the EU (Reporting Opinion at the request of the Czech Presidency) (OJ EU C of November 17, 2009); Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Annual Growth Survey – 2012 (OJ EU C of May 22, 2012);

knowledge and orientation are limited compared to the professional partner (seller, service provider). The consumer has a weaker bargaining position, and his particular handicap is due to systemic reasons determined by his market position. For this reason, consumer protection measures designed to strengthen the consumer's position *vis-à-vis* the professional partner serve to level the playing field between them and to ensure, also in the retail market, freedom of choice and unrestricted decision-making. Thus, the essence of consumer protection is not to grant the consumer additional extraordinary privileges, but to subject the entire transaction to „market-compensating” practices designed to restore the lost ability to make consumption decisions^[26].

There is no doubt that a sanction which allows the consumer, by means of a unilateral declaration of intent, to distort the essence of the chargeability of a consumer credit agreement for even a minor breach of the creditor's information obligations is an extraordinary privilege which does not fall within the concept of proportionate sanctions referred to in the provision of Article 23 of Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council.

The determination of such limits results from both the functional context and the systemic context, which for the norm expressed in Article 45 of the CCA is formed by the principles and practice of the operation of cooperative credit unions and the laws that form the framework for this activity.

According to Article 1 §1 of the Cooperative Law, a cooperative is a legal form in which its members jointly run an enterprise. Thus, it follows from the very nature of a cooperative that its members work together to achieve the goal of permanent and stable operation of the cooperative. This goal constitutes the unity of interests of the cooperative members.

In addition, according to the provision of Article 67 of the Cooperative Law, the cooperative shall conduct its business on the basis of economic calculation, ensuring the benefit of the cooperative members. With regard to cooperative credit unions, or more broadly – credit unions in the world – this principle is expressed by the credo: *Not For Profit, Not For Charity, But For Service*.

Thus, the benefit of the members of the cooperative is the possibility to use its services (the members do not receive interest on their shares, i.e. the so-called dividends, the entire balance surplus of the cooperative is credited to its capital). The services of the credit union are available only

²⁶ See the judgment of the Constitutional Tribunal of 21.04.2004 (K 33/2003).

to its members, who are also its sole owners. At the same time, the voting rights of all members of the union are equal.

It follows from the above that any sanction imposed on the credit union reduces the profitability of its operations and thus distances it from the common goal of its members. An important element of the functional and systemic context in the case of cooperatives is the principle of equal treatment of its members.

If a cooperative credit union applies equal rules to its members and, within the framework of these equal and universal rules, shapes the obligations of its members as, for example, consumer borrowers in a certain way, it will generally be unjustified to impose the sanction of free credit on it for doing so. It will be particularly unjustified if such a way of shaping the consumer's obligations is common in the market of credit services.

In such a situation, the sanction of free credit, intended to protect the consumer, would in fact turn against his cooperative and thus against him. The reciprocal nature of a cooperative credit union (expressed in the fact that it lends only to its members, only with funds entrusted to it by its members, and only at the risk of its members) would justify applying a sanction as far-reaching as that of free credit with great caution.

It would be appropriate to limit this sanction to extreme cases – when the member suffers damage as a result of unfair actions by the cooperative, not within the framework of an equitable balancing of the mutual obligations of the parties to the legal relationship. Such a sanction would be justified if the cooperative had deliberately misled the member in order to induce him to enter into a contract granting him unjustified benefits. In such a case, there would be a legitimate basis for all members of the cooperative to bear the sanction against the wronged member in order to restore equality.

The reciprocal nature of a credit union makes it particularly important, in the case of contracts between a credit union and its member, that the rights and obligations arising therefrom be shared equally between the parties to a reciprocal contract (and such a contract is a credit agreement), and any disruption of this symmetry has far-reaching consequences for the realization of the common goal of the members.

In an extreme case, the excessive use of sanctions against the cooperative as a business, theoretically in the interest of protecting the rights of its members as consumers, could jeopardize the sustainability and stability of its operation, derailing the possibility of achieving the cooperative's objective.

It is worth noting that in the case of credit unions and their dispersed shareholding structure (credit union members hold equal, undiminished shares in their capital, and no outside investors are involved in the formation of this capital), no one other than the members bears the economic consequences of the failure of the credit union's operations.

The pursuit of the balance described above is justified by the more general references to the principle of proportionality made by the European legislator in the preamble to the Directive and by the courts in the grounds of their judgments.

The *de lege lata* postulate should therefore be the application of moderation by the courts adjudicating „free credit” cases. The court should examine each case *ad causum*, interpreting Article 45(1) of the CCA from a systemic perspective, taking into account the legal situation of both the lender and the borrower and their relationship to each other, and – very importantly – in conjunction with Article 5 of the Civil Code.

Such an examination would be aimed at determining whether the application of the sanction of Article 45(1) of the CCA in a given case does not violate the fundamental requirement of effectiveness and, at the same time, proportionality of measures aimed at protecting consumer rights in the light of EU legislation. The severity and inevitability of the sanction of free credit cannot be absolutized, as it would be completely devoid of the requirement of proportionality, and under domestic law, those factors that constitute „proportionality” in the sense of EU law must be sought in domestic law, including Article 5 of the Civil Code.

It is worth mentioning the preliminary question referred by the District Court for the Capital City of Warsaw to the European Court of Justice in July 2023, registered as C-472/23.

The Court asked whether Article 23 of Directive 2008/48/EC, read in the light of recitals 6, 8, 9 and 47 in the preamble to that directive, is to be understood as precluding national legislation which provides for only one sanction for breach of the creditor's duty to provide information, irrespective of the seriousness of the breach and its effect on the consumer's possible decision to conclude a credit agreement, including the provision of interest-free credit free of charge.

This case seems extremely important in the context of the problem discussed in this article, as it shows that the problem of the absolutism of the free credit sanction has been recognized by the national courts, which have noted the need to normalize the application of the free credit sanction, and perhaps to make a distinction between the severity of the

lender's misconduct in failing to comply with the disclosure obligations that led to the sanction in question^[27].

The above should be included in the framework of a *de lege ferenda* postulate aimed at amending the provision of article 45 (1) of the CCA, in which the legislator would introduce differentiated sanctions, adapted to the degree of misconduct of the creditor, as well as the requirement of the existence of actual damage on the part of the borrower, and – what the author of this article is most concerned about – would take into account the specificities of the economic relations between the creditor and the borrower. Such changes would be in accordance with the principle of proportionality and would lead to the „de-absolutization” of the sanction of free credit, while maintaining an adequate protection of the consumer^[28]; adapted to his legal and economic situation and with a view to his responsibility for the goal shared with other members of the cooperative.

²⁷ As an aside, it is worth mentioning that two more issues were raised in the above inquiry aimed at detailing the lender's obligations and the degree of their violation: 1) Whether Article 10(2)(g) of Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of April 23, 2008. on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC (1), in the context of recitals 6, 8 and 31 in the preamble to the directive, is to be understood as meaning that in a case in which, because part of the provisions of a consumer credit agreement are considered unfair, the annual percentage rate of charge given by the creditor at the conclusion of the agreement is higher than if the unfair contractual term were not binding, the creditor has failed to comply with the obligation imposed on it by that provision? (2) Is Article 10(2)(k) of Directive 2008/48/EC, in the context of recitals (6), (8) and (31) in the preamble to the directive, to be understood as meaning that it is sufficient to provide the consumer with information on how often, in what situations and by what maximum percentage the fees associated with the performance of the contract may be increased, even if the consumer cannot verify the occurrence of the situation and the fee may consequently be doubled?

²⁸ A good model for a similar practice is the French example, in which the problem of opportunistic allegations against the content of consumer credit contracts was met with a response consisting of changes in the law that prevented any effective challenge to the RRSO at all without a demonstration of actual financial damage on the part of the consumer, which was the French legislator's response to the “flooding” of civil courts with an increasing number of cases on this background. Although it should be noted that even before this legislative change, there was a judgment going in this very direction, noting that the rate of RRSO (French: TEG) in a given case „did not work to the disadvantage” of borrowers, because it was erroneously inflated and therefore could not be the basis for imposing sanctions on the lender.

Bibliography

- Bednarek Małgorzata, „Sankcja «kredytu darmowego» jako środek ochrony konsumenta” *Europejski Przegląd Sądowy*, No. 3 (2009): 13-21.
- Bierecki Dominik, *Zasada swobody umów w prawie spółdzielczym*. Warszawa: C.H. Beck, 2021.
- Cioch Henryk, *Prawo spółdzielcze*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2011.
- Cioch Henryk, *Zarys prawa spółdzielczego*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007.
- Garlicki Lech, Marek Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom II. Art. 30-86, red., Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016.
- Herbet Andrzej, Szymon Pawłowski, Piotr Zakrzewski, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo kredytowe. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2014.
- Jedliński Adam, *Członkostwo w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej*. Warszawa: Lexis Nexis, 2002.
- Łabęda Krzysztof, „Arbitraż konsumencki na przykładzie unii kredytowych funkcjonujących w systemie prawa common law” *Pieniądze i Więź*, nr 4 (2003): 193-191.
- Rogoń Dominika, *Kredyt Konsumencki. Komentarz*. LEX/el. 2002. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587235321/32761?tocHit=1>.
- Skoczek Jacek, „Członek spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej – konsument czy inwestor?” *Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda*, nr 1 (2023). <https://glosprawa.pl/arttykul-305/czlonек-spoldzielczej-kasy-oszczednosciowo-kredytowej-konsument-czy-inwestor>.
- Skoczek Jacek, „Problematyka członkostwa w kasach oszczędnościowo-kredytowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 2019-2022” *Prawo i Więź*, nr 43 (2022): 173-186. <https://www.prawoiwiedz.edu.pl/piw/article/view/622>.
- Skoczek Jacek, „Źródła obowiązku dopłat z tytułu dodatkowej odpowiedzialności członkowskiej”, [in:] *Prawo prywatne w służbie społeczeństwu, Księga poświęcona pamięci prof. Adama Jedlińskiego*. Sopot: Spółdzielczy Instytut Naukowy, 2019.
- Srokosz Witold, „Członek SKOK jako konsument usług bankowych” *E – biuletyn CBKE* (2008). <https://sip.lex.pl/#/publication/469846579>.
- Wojtyczek Krzysztof, „Komentarz do art. 31”, [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Art. 30-86, red. Lech Garlicki, Marek Zubik. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016.
- Zakrzewski Piotr, *Status prawny członka spółdzielni mieszkaniowej w spółdzielczych stosunkach lokatorskich*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2010.



JOANNA MARIA MĘDRZECKA

Odsetki od kredytowanej prowizji a Rzeczywista Roczna Stopa Oprocentowania kredytu konsumenckiego

**Interest on Credited Commission vs. Annual Percentage Rate
on Consumer Credit**

Abstract

The aim of the paper is to consider the acceptability in the Polish legal system of crediting a commission by an entrepreneur to a consumer for granting a loan, and in particular the admissibility of charging interest on the amount granted to the consumer in order to credit such a commission. The subject of the article is also the issue of correct calculation of the annual interest rate on consumer credit for cases in which the commission related to granting the loan is credited to the consumer. An important issue is also whether the crediting of the commission, understood as the granting of a loan to the consumer by the entrepreneur to cover the commission and charging interest on the part of the loan repaid in loan installments, may entitle the consumer to submit a statement on the use of the sanction of free credit, and thus to return the loan without interest and other fees. Another practically significant legal problem is the problem of whether a clear indication in the agreement that the lender will charge interest on the credited commission, resulting in the informed consent of the consumer borrower to such content of the legal relationship, is relevant for both parties to be bound by the concluded agreement. These problems have gained great practical significance due to the fact that specialized companies have appeared on the market, which professionally deal with the purchase of claims from consumers resulting from loan agreements for a fraction of their value.

JOANNA MARIA MĘDRZECKA, magister prawa, Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopocie, ORCID – 0000-0002-7016-5551,
e-mail: joanna.medrzecka@kasastefczyka.pl

KEYWORDS: consumer, personal loan, Annual Percentage Rate, interest, commission

SŁOWA KLUCZOWE: konsument, kredyt konsumencki, rzeczywista roczna stopa oprocentowania, odsetki prowizja

Jedną z najistotniejszych gałęzi spółdzielczości w Polsce jest spółdzielczość bankowa, która ma w naszym kraju długą i bogatą historię. Składają się na nią dwa rodzaje spółdzielczych instytucji finansowych – banki spółdzielcze, które są bankami w rozumieniu przepisów prawa polskiego i prawa Unii Europejskiej, oraz spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, które nie są bankami, lecz są polskimi reprezentantami światowego ruchu unii kredytowych. Polskie kasy są więc instytucjami kredytu wzajemnego, zrzeszającymi przede wszystkim osoby fizyczne, połączone wspólną więzią (*common bond*) oraz nieliczne podmioty tzw. trzeciego sektora. Członkowie, przystępując do kasy wnoszą do niej niewielkie, równe udziały (istnieje możliwość nabycia także dodatkowych, nadobowiązkowych udziałów) i każdemu z nich przysługuje jednej głos w najwyższym organie kasy. Unie kredytowe prowadzą działalność wyłącznie na rzecz swoich członków i wyłącznie od członków pozyskują środki na prowadzenie akcji kredytowej. Ponad 99% kredytów udzielanych przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe to kredyty konsumenckie. Największa spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa, zrzeszająca niemal 900 000 członków, jest zarazem największą polską spółdzielnią.

Polskie unie kredytowe, mimo wyłączeń zawartych w Dyrektywach unijnych, dotyczących nadzoru nad bankami i ich przymusowej restrukturyzacji, podlegają, tak jak banki, nadzorowi Komisji Nadzoru Finansowego, a także decyzjom Bankowego Funduszu Gwarancyjnego, który jest polskim organem przymusowej restrukturyzacji. Bankowy Fundusz Gwarancyjny gwarantuje depozyty zgromadzone w kasach do tego samego poziomu co depozyty zgromadzone w bankach. Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe świadczą usługi finansowe w węższym zakresie niż banki, jednak ich oferta na tle innych europejskich unii kredytowych jest jedną z najbogatszych. Oprócz udzielania pożyczek i kredytów, w tym hipotecznych oraz przyjmowania lokat, kasy prowadzą dla swoich członków rachunki oszczędnościowo-rozliczeniowe (rachunki płatnicze) z możliwością składania zleceń płatniczych za pośrednictwem bankowości elektronicznej i aplikacji mobilnej, a także przy użyciu kart płatniczych.

Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe świadczą usługi tylko w walucie polskiej, choć prawnie byłoby dozwolone świadczenie przez nie usług także w innych walutach. Ominęły je zatem problemy związane z udzielaniem kredytów denominowanych we frankach szwajcarskich, które stały się udziałem wielu polskich konsumentów i polskich banków. Z uwagi natomiast na bardzo duży udział kredytów konsumenckich w portfelu kredytowym kas, w znacznym stopniu poniosły skutki ustalonej po 2016 r. interpretacji przepisów dotyczących zwrotu części kosztów kredytu w przypadku jego wcześniejszej spłaty. Obecnie zwrot części prowizji dokonywany jest przez kasy w każdym przypadku wcześniejszej spłaty kredytu przez członka, nawet jeśli nie zgłosi on takiego żądania. Polskie organy ochrony konsumenta nie przyjęły stanowiska, że członek kasy, będący jednocześnie jej właścicielem, powinien mieć wybór czy chce żądać od kasy zwrotu części prowizji, czy nie żądać takiego zwrotu, w zamian otrzymując np. możliwość zaciągnięcia pożyczki na szczególnie korzystnych warunkach.

W ostatnich latach pojawiły się spory między kredytobiorcami konsumentami a instytucjami ustawowo upoważnionymi do udzielania kredytu, wynikające z faktu kredytowania prowizji należnej kredytodawcy i obowiązywania regulacji prawnej, zakazującej wliczania kredytowanych kosztów kredytu do tzw. całkowitej kwoty kredytu.

Źródłem nieporozumienia staje się utożsamienie zakazu wliczania skredytowanej prowizji do całkowitej kwoty kredytu z zakazem pobierania odsetek od skredytowanej konsumentowi prowizji^[1], a także uznanie, że z chwilą, gdy kredytodawca pobiera należną mu prowizję z kwoty przelanej na rachunek konsumenta, dochodzi nie tylko do zaspokojenia roszczenia kredytodawcy o zapłatę prowizji, ale także do spłaty kredytu udzielonego konsumentowi na ten cel^[2]. To ostatnie przekonanie uzasadniać ma pogląd

¹ Taką tezę, często cytowaną w orzecznictwie, postawił Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 15 lutego 2017 r. VI ACa 560/16.

² Tak m. in. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 20 października 2022 r., III Ca 126/22, w którego uzasadnieniu wskazano, że na skutek zawyżenia kosztów kredytu, doszło do zniekształcenia RRSO, a takie zniekształcenie prowadzi do możliwości złożenia przez konsumenta oświadczenia o skorzystaniu z sankcji kredytu darmowego. Sąd nie odniósł się jednak do tezy, że zniekształcenie RRSO poprzez jej zawyżenie prowadziłyby do zmniejszenia konkurencyjności produktu oferowanego przez kredytodawcę oraz do tego, że wskazane konsumentowi przez kredytodawcę koszty przewyższałyby koszty, jakie rzeczywiście konsument ponosiłby spłacając kredyt. Trudno wyobrazić sobie, aby kredytodawca dążył do osiągnięcia takiego skutku oraz aby ustawodawca za takie działanie nakładał na niego

o tym, że odsetki od skredytowanej prowizji stanowią świadczenie nienależne, gdyż kwota kredytu udzielonego na zapłatę prowizji nie znajdowała się w dyspozycji kredytobiorcy dłużej niż dzień albo chwilę, albo w ogóle nie znajdowała się w dyspozycji konsumenta, jeśli w umowie kredytowej zapisano, że wypłata kredytu nastąpi po zapłaceniu prowizji^[3]. Sądy przy tym powołują się na wyrok TSUE z dnia 21 kwietnia 2016 r. w sprawie C-377/14, a w szczególności odwołują do brzmienia tezy 91 uzasadnienia tego wyroku^[4]. Teza ta jednak w żadnej mierze nie może stanowić podstawy do twierdzenia, że wynika z niej zakaz kredytowania prowizji lub pobierania odsetek od skredytowanej prowizji. Teza ta, czytana nie w oderwaniu, ale w kontekście tez poprzednich, wskazuje wyraźnie na zakaz wliczania kredytowanej prowizji do całkowitej kwoty kredytu oraz na okoliczność, że jej nieprawidłowe ujęcie prowadziłoby do zniżenia rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania (RRSO) i w ten sposób mogło wprowadzać konsumenta w błąd co do rzeczywistych warunków udzielenia kredytu^[5]. Znaczenie ma tu w szczególności teza 85, 87 i 88^[6], które

najcięższą z możliwych sankcji – sankcję kredytu darmowego. Identyczną błędną tezę, o zawyżeniu RRSO jako podstawie takiej sankcji wyrażono w uzasadnieniu wyroku tego samego Sądu z dnia 13 grudnia 2022 r., III Ca 566/22.

³ Tak m. in. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 25 maja 2022 r., XVI Ca 1194/21.

⁴ Teza ta brzmi: W świetle całości powyższych rozważań na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, że art. 3 lit. l) i art. 10 ust. 2 dyrektywy 2008/48, a także pkt I załącznika I do rzeczony dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że całkowita kwota kredytu i kwota wypłat określają całość kwot udostępnianych konsumentowi, co wyklucza kwoty powiązane przez kredytodawcę z pokryciem kosztów związanych przez kredytodawcę z udzieleniem odnośnego kredytu, które to kwoty nie są w rzeczywistości wypłacane konsumentowi.

⁵ Właśnie na takie niebezpieczeństwo wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 30 października 2017 r. VII ACa 879/17.

⁶ Teza 85: Jako że pojęcie „całkowitej kwoty do zapłaty przez konsumenta” zostało zdefiniowane w art. 3 lit. h) dyrektywy 2008/48 jako „suma całkowitej kwoty kredytu i całkowitego kosztu kredytu ponoszonego przez konsumenta”, wynika z tego, że całkowita kwota kredytu i całkowity koszt kredytu ponoszony przez konsumenta są pojęciami odrębnymi i że w związku z tym całkowita kwota kredytu nie może obejmować żadnych kwot należących do całkowitego kosztu kredytu ponoszonego przez konsumenta. Teza 87: Należy podkreślić, że niezgodne z prawem włączenie do całkowitej kwoty kredytu kwot należących do całkowitego kosztu kredytu ponoszonego przez konsumenta spowoduje w nieunikniony sposób zniżenie RRSO, ponieważ wysokość RRSO zależy od całkowitej kwoty kredytu. Teza 88: W rozpatrywanej sprawie do sądu odsyłającego należy zweryfikowanie, czy jedna z kwot wymienionych w pkt 27 i 28 niniejszego wyroku bądź większa ich

mówią o tym, że żadna z pozycji wchodzących w skład całkowitego kosztu kredytu nie może wchodzić w skład całkowitej kwoty kredytu, o nieprawidłowym sposobie ujęcia skredytowanej prowizji i wynikającym stąd zniekształceniu (zaniżeniu) RRSO.

Rzeczywista Roczna Stopa Oprocentowania (RRSO) to całkowity koszt zobowiązania kredytowego^[7]. Ten parametr jest wyrażany jako wartość procentowa całkowitej kwoty kredytu w ujęciu jednego roku. Najprościej więc rzecz ujmując, RRSO będzie tym wyższe, im wyższe będą koszty kredytu^[8]. Istnieje więc *ratio legis* dla zakazywania wliczania kredytowanej prowizji do całkowitej kwoty kredytu (lub wliczania jej „po obu stronach”, raz do całkowitej kwoty kredytu w postaci sumy przeznaczonej na skredytowanie prowizji, raz do całkowitego kosztu kredytu w postaci prowizji pobieranej przez kredytodawcę), nie istnieje zaś taka podstawa dla zakazywania wliczania kredytowanej prowizji do całkowitego kosztu kredytu oraz do wliczania do tego kosztu odsetek od kredytowanej prowizji.

Przepis art. 5 pkt 7 ustawy o kredycie konsumenckim^[9] definiuje całkowitą kwotę kredytu, stanowiąc, że jest to maksymalna kwota wszystkich środków pieniężnych nieobjmujących kredytowanych kosztów kredytu, które kredytodawca udostępnia konsumentowi na podstawie umowy o kredyt, a w przypadku umów, dla których nie przewidziano tej maksymalnej kwoty, suma wszystkich środków pieniężnych nieobjmujących kredytowanych kosztów kredytu, które kredytodawca udostępnia konsumentowi na podstawie umowy o kredyt. Aby dokonać prawidłowej wykładni normy prawnej, decydującej o istnieniu lub nieistnieniu uprawnienia kredytodawcy do pobierania odsetek od skredytowanej prowizji, należy rozważyć, w jakim celu została wprowadzona przez ustawodawcę taka definicja; czemu całkowita kwota kredytu ma nie obejmować tej części

liczba została niezgodnie z prawem włączona do całkowitej kwoty kredytu w rozumieniu art. 3 lit. 1) dyrektywy 2008/48, która to okoliczność może mieć wpływ na obliczenie RRSO i w konsekwencji może wpłynąć na prawidłowość informacji, które kredytodawca powinien, zgodnie z art. 10 ust. 2 rzeczony dyrektywy, wskazać w umowie o kredyt stanowiącej przedmiot sporu w postępowaniu głównym.

⁷ Zgodnie z art. 5 pkt 12 ustawy o kredycie konsumenckim, rzeczywista roczna stopa oprocentowania to całkowity koszt kredytu ponoszony przez konsumenta, wyrażony jako wartość procentowa całkowitej kwoty kredytu w stosunku rocznym.

⁸ RRSO rośnie, gdy rosną koszty kredytu, a czas na jego spłatę jest krótszy, co oznacza, że: im krótszy okres tym wyższe RRSO, im wyższa prowizja tym wyższe RRSO, im wyższe oprocentowanie tym wyższe RRSO, ale im wyższa kwota kredytu tym niższe RRSO (przy założeniu, że inne parametry pozostają niezmiennie).

⁹ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r., tekst jednolity Dz. U. 2022, poz. 246.

kredytu, która została udzielona na pokrycie prowizji. Czemu ustawodawca świadomie zdecydował się na wprowadzenie rozdziwisku między rzeczywistym rozmiarem kredytu a obliczaną według ustawowej definicji całkowitą kwotą kredytu?

Udzielenie odpowiedzi na to pytanie wymaga pójscia dalej niż odczytanie definicji legalnej całkowitej kwoty kredytu, wymaga ono sprawdzenia dla jakich norm prawnych ta definicja legalna staje się elementem składowym. Przede wszystkim ma ona znaczenie dla odkodowania norm określających obowiązki informacyjne kredytodawcy względem konsumenta, których *ratio legis* stanowi umożliwienie konsumentowi oceny rozmiaru obowiązków, jakie przyjmuje na siebie zawierając umowę kredytu oraz umożliwienie mu dokonania w miarę obiektywnego porównania warunków, oferowanych przez różnych kredytodawców i wyboru najkorzystniejszej oferty^[10]. Do takich norm należą te, które określają obowiązki kredytodawcy lub pośrednika kredytowego w fazie przedkontraktowej (m. in. art. 7, art. 13 i 14 ustawy o kredycie konsumenckim) oraz treść umowy o kredyt konsumencki (m. in. art. 30 tej ustawy). Druga kategoria takich norm to normy określające maksymalne limity kosztów jakie kredytodawca może pobierać od konsumenta, stanowiące ustawowe ograniczenie swobody działalności gospodarczej i mające na celu zapobieżenie wykorzystywaniu słabszej pozycji konsumenta, zwane też przepisami antylichwiarskimi^[11]. Są to przede wszystkim art. 36a ust. 1, 2 i 3, który określa maksymalną wysokość pozaodsetkowych kosztów kredytu dla kredytów o okresie spłaty

¹⁰ Na temat ogólnych i szczegółowych celów instytucji prawnych, chroniących konsumenta w relacji z kredytodawcą zob. Anna Jurkowska-Zeidler, „Aktualne problemy ochrony klienta na rynku bankowym z perspektywy działalności rzecznika finansowego” *Gdańskie Studia Prawnicze*, Vol. XXXIX (2018): 29 i n., zob. też Anna Jurkowska-Zeidler, „Rola państwa w rozwiązywaniu kolizji interesów na rynku usług finansowych” *Gdańskie Studia Prawnicze*, Vol. XXXVII (2017): 187-201 oraz Damian Cyman, „Zarys systemu instytucjonalnej ochrony praw konsumentów na rynku finansowym” *Gdańskie Studia Prawnicze*, Vol. XXXVIII (2017): 325 i n.

¹¹ Na temat wprowadzenia do ustawy o kredycie konsumenckim limitu pozaodsetkowych kosztów kredytu zob. Agata Jankowska-Galińska, Katarzyna Sawicka, „Koszty kredytów mają być niższe” *Rzeczpospolita*, 10 luty 2016. Na temat zakazania instytucji prawnych, opisanych w ustawie o kredycie konsumenckim w prawie Unii Europejskiej zob. Justyna Nienartowicz-Maliszewska, „Ustawa o kredycie konsumenckim – dostosowanie polskich regulacji do wymogów prawa wspólnotowego” *Glosa*, No. 9 (2002): 9-18. Na temat nadmiernych pozaodsetkowych kosztów kredytu jako elementu zjawiska lichwy zob. Tomasz Czech, „Efektywność instrumentów prawnych ochrony konsumenta kredytobiorcy w świetle orzecznictwa sądowego” *Prawo w działaniu*, No. 20 (2014): 313-314.

nie krótszym niż 30 dni oraz o okresie spłaty krótszym niż 30 dni, a także stanowi, że pozaodsetkowe koszty kredytu nie mogą być wyższe od 45% całkowitej kwoty kredytu^[12]. Przepis ten stanowi nadto, że pozaodsetkowe koszty kredytu w części przewyższającej te limity nie należą się kredytodawcy^[13].

Całkowita kwota kredytu, określona symbolem K, stanowi jeden z elementów wzoru służącego do obliczenia maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu (MPKK), a 45% całkowitej kwoty kredytu wyznacza maksymalny limit pozaodsetkowych kosztów kredytu w całym okresie jego trwania.

Gdyby na potrzeby wyliczenia maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu (MPKK) za całkowitą kwotę kredytu przyjmować kwotę udzieloną konsumentowi na cel, dla którego ubiegał się on o kredyt wraz z kwotą udzieloną mu na pokrycie prowizji, oznaczałoby to, że czym wyższą prowizję pobierze kredytodawca, tym wyższy będzie limit pozaodsetkowych kosztów kredytu. Stąd, im więcej prowizji zażąda kredytodawca, tym większymi kosztami będzie mógł obciążyć konsumenta. Taka regulacja byłaby oczywiście wadliwa, nielogiczna i sprzeczna z *ratio legis* instytucji prawnej MPKK.

Warto posłużyć się tutaj przykładem. Kredytobiorca chciałby kupić rower elektryczny za 10.000 zł i planuje w tym celu zaciągnąć kredyt. Od takiego kredytu kredytodawca chciałby pobrać prowizję (która w tym przypadku stanowiłaby całość pozaodsetkowych kosztów kredytu, czyli MPKK), a prowizja ma zostać skredytowana. Zgodnie z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy o kredycie konsumenckim, skoro pozaodsetkowe koszty kredytu nie mogą być, w całym okresie kredytowania, wyższe niż 45% całkowitej kwoty kredytu w rozpatrywanym przypadku, jeśli weźmiemy pod uwagę całkowitą kwotę kredytu zdefiniowaną tak, jak w art. 5 pkt 7 ustawy o kredycie konsumenckim, czyli będzie ją wyznaczać tylko ta część kredytu, która jest potrzebna konsumentowi na zakup roweru (bez tej

¹² Po raz pierwszy tak daleko idące ograniczenie maksymalnej wysokości pozaodsetkowych kosztów kredytu, niezależnie od czasu jego trwania wprowadzono na czas pandemii Covid-19 w okresie od 30 maja 2020 do 30 czerwca 2021 r. Szerzej na temat skutków tego ograniczenia dla rynku usług finansowych zob. Krzysztof Waliszewski, „Ochrona konsumenta na rynku pożyczek pozabankowych w Polsce w czasie pandemii COVID-19” *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, No. 10 (2021): 93-97.

¹³ Szerzej na temat tej kategorii norm prawnych zob. Tomasz Czech, „Limit pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego” *Monitor Prawa Bankowego*, No. 2 (2016): 52-75.

przeznaczonej na kredytowanie prowizji), to najwyższą górną granicą dopuszczalnej prowizji, niezależną od okresu kredytowania, będzie 4.500 zł (45% kwoty kredytu, nieobejmującej skredytowanej prowizji).

Gdybyśmy zaś w definicji całkowitej kwoty kredytu ujmowali także kwotę kredytowanej prowizji, np. w kwocie 5.000 zł, ta górna granica wynosiłaby aż 45% z kwoty 15.000 zł, czyli 6750 zł, zatem prowizja w wysokości 5.000 zł jawiłaby się jako dopuszczalna. Gdybyśmy ujęli w niej prowizję w wysokości 8.100 zł, a więc prawie dwukrotnie wyższą niż najwyższa dopuszczalna *de lege lata*, także jawiłaby się ona jako dopuszczalna (gdyż 45% z 18.100 zł to 8.145 zł). Limit w ten sposób podnosiłby się w nieskończoność. Z tej właśnie przyczyny ustawodawca zdefiniował całkowitą kwotę kredytu jako nieobejmującą kredytowanych kosztów kredytu.

W art. 36a ust. 1 ustawy o kredycie konsumenckim ustawodawca ustalił drugi najważniejszy limit dla pozaodsetkowych kosztów kredytu zależny od długości okresu kredytowania. Zmierza on do tego, aby limitować w większym stopniu, niż wynika to z samego tylko art. 36a ust. 2 ustawy o kredycie konsumenckim, maksymalną wysokość pozaodsetkowych kosztów kredytu zaciąganego odpowiednio na okres nie krótszy niż 30 dni i krótszy niż 30 dni oraz ograniczać ją tym bardziej, czym krótszy jest okres kredytowania. Wyraża się on wzorem: MPKK jest równe sumie 10% całkowitej kwoty kredytu i 10% iloczynu całkowitej kwoty kredytu (K) i ułamka, w którego liczniku jest liczba dni na jaki udzielono kredytu (n) a w mianowniku liczba dni w roku czyli 365, oznaczona jako R (dla kredytu nie krótszego niż 30 dni).

W naszym przykładzie, przyjmując, że kredytobiorca zaciągnąłby kredyt na 300 dni, maksymalna dopuszczalna prowizja (przy przyjęciu, że do całkowitej kwoty kredytu nie wliczamy kredytowanej prowizji, tylko kwotę przeznaczoną na zakup roweru czyli 10.000 zł) wynosiłaby: $(10\% \text{ z } 10.000 \text{ zł}) + (10\% \text{ z kwoty } 10.000 \text{ zł} \times 300/365) = 1.000 \text{ zł} + 821,90 \text{ zł} = 1821,90 \text{ zł}$. Gdyby zaś w tym samym wzorze, określającym maksymalną wysokość prowizji, podstawić kwotę kredytu, to zarówno w części przeznaczanej na zakup roweru, jak i w części przeznaczanej na skredytowanie prowizji jakiej życzyłby sobie kredytodawca, czyli 2.200 zł, a nie tak jak w art. 5 pkt 7 ustawy o kredycie konsumenckim, czyli łącznie 12.200 zł, maksymalna prowizja uległaby znacznemu podwyższeniu: $(10\% \text{ z } 12.200 \text{ zł}) + (10\% \text{ z kwoty } 12.200 \text{ zł} \times 300/365) = 1.220 \text{ zł} + 1.002,73 \text{ zł} = 2.222,73 \text{ zł}$. Także w takim ujęciu prowizja w kwocie 2.200 zł, którą przepisy obowiązującej ustawy określają jako nienależną w części przewyższającej 1.821,90 zł, byłaby należna w całości. Dalsze powiększanie danej oznaczonej jako K (całkowita kwota

kredytu) we wzorze z art. 36a ust. 1 ustawy o kredycie konsumenckim o skredytowaną prowizję prowadziłoby do coraz większego złagodzenia ograniczenia MPKK, tym większego, czym większa byłaby prowizja.

Stąd bierze się stworzona w art. 5 pkt 7 ustawy o kredycie konsumenckim fikcja prawna, że choć prowizja jest kredytowana i kredyt na jej pokrycie jest udostępniany konsumentowi, o czym *expressis verbis* stanowi ten przepis, kwota wypłacona na skredytowanie prowizji nie stanowi części całkowitej kwoty kredytu. Stąd bierze się też kategoryczność poglądów orzecznictwa i literatury, że kwota udzielona konsumentowi na skredytowanie prowizji nie wchodzi do całkowitej kwoty kredytu. Takie jest też źródło poglądów, że zmiana przepisu art. 5 pkt 7 ustawy o kredycie konsumenckim (dokonana z dniem 22 lipca 2017 r., na podstawie ustawy z dnia 23 marca 2017 r.) nie była zmianą treści normatywnej, a jedynie doprecyzowaniem dotychczasowej treści wyrażonej w tym przepisie normy prawnej^[14].

Natomiast, zupełnie niezależnie od ustanowienia – w celu ochrony konsumenta przed nadmiernymi kosztami – zakazu wliczania kredytowanych kosztów kredytu do całkowitej kwoty kredytu, ustawodawca jest świadomy doniosłej roli społecznej, jaką pełni kredytowanie prowizji i takiego kredytowania nie zakazuje. Ustawodawca nie mówiłby w art. 5 pkt 7 ustawy o kredycie konsumenckim o kredytowanych kosztach kredytu, gdyby zabraniał ich kredytowania; wprost wprowadzając do języka prawnego ustawy o kredycie konsumenckim pojęcie kredytowanych kosztów kredytu dopuszcza ich kredytowanie. Kredytowanie zaś oznacza, że kredytującemu

¹⁴ Dz. U. z 2017 r., poz. 819. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia Szczególnie ważne jest stwierdzenie Sądu Najwyższego: „Mimo braku wyraźnego wyłączenia w poprzedniej treści art. 5 pkt 7 u.k.k. „kredytowanych kosztów kredytu” nie oznaczało to, że w poprzednim stanie prawnym praktyka powoda była dopuszczalna. Innymi słowy, również na tle poprzedniego brzmienia art. 5 pkt 7 u.k.k. koszty związane z udzieleniem kredytu nie mogły stanowić części «całkowitej kwoty kredytu», nawet wówczas, gdy kredytodawca udzielił kredytu przeznaczonego na poniesienie tych kosztów. W konsekwencji, «całkowita kwota kredytu» obejmuje jedynie tę kwotę, która została faktycznie oddana do swobodnej dyspozycji konsumenta”. Stanowisko o braku znaczenia zmiany brzmienia przepisów ustawy o kredycie konsumenckim dla kształtowania się obowiązków kredytodawcy wobec konsumenta może być do pogodzenia z założeniem racjonalnego ustawodawcy, który nie dokonuje zmiany brzmienia przepisów, jeśli nie zamierza dokonać zmiany wynikających z nich norm prawnych, tylko wtedy, gdy przyjmiemy, że zmiana ta dotyczy wyłącznie definicji całkowitej kwoty kredytu sformułowanej na potrzeby określania ustawowych mierników, które już wcześniej należało wyliczać restrykcyjnie.

należą się odsetki za korzystanie z kredytu, ich pobieranie jest immanentną cechą kredytowania. Kredytowanie prowizji, szczególnie w przypadku kredytów długoterminowych, w których celem konsumenta jest rozłożenie należności kredytowej, np. na 120 rat, z których każda stanowi niewielki ułamek całej należności, kredytowanie prowizji pełni niezwykle ważną rolę społeczną, jej uiszczenie jednorazowo przekraczałoby bowiem możliwości finansowe konsumenta. Kredytowanie prowizji przez kredytodawcę otwiera konsumentowi drzwi do zaciągnięcia kredytu długoterminowego, który z kolei może być – w przypadku osób o słabszej zdolności kredytowej – jedyną opcją zaspokojenia potrzeb kredytobiorcy.

Zgodnie z przepisami ustawy o kredycie konsumenckim pozycją, w ramach której należy wykazać prowizję, w tym kredytowaną prowizję, jest całkowity koszt kredytu (art. 5 pkt 6 ustawy o kredycie konsumenckim), który zsumowany z całkowitą kwotą kredytu daje całkowitą kwotę do zapłaty przez konsumenta (art. 5 pkt 8 ustawy o kredycie konsumenckim). Swego rodzaju *argumentum a rubrica* podpowiada, że skoro prowizja ujmowana jest w całkowitym koszcie kredytu, ujęcie w całkowitej kwocie kredytu udzielonego na jej zapłatę prowadziłoby do sztucznego zawyżenia całkowitej kwoty do zapłaty przez konsumenta.

Jeśli zgodzimy się, że kredytowanie prowizji jest dopuszczalne, pozostaje problem pobierania odsetek od tej części kredytu. W tym obszarze powstaje nieporozumienie, wynikające stąd, że niezwłocznie po dokonaniu uznania rachunku kredytobiorcy kwotą postawioną do jego dyspozycji na podstawie umowy kredytu, kredytodawca pobiera z tego rachunku kwotę przeznaczoną na zaspokojenie prowizji. Z tą chwilą następuje zapłata prowizji przez kredytobiorcę na rzecz kredytodawcy. Nie jest to jednak moment spłaty kredytu, udzielonego na zaspokojenie tejże prowizji. Kwota pozostająca do zwrotu z tego tytułu zostaje wraz z pozostałą częścią kapitału kredytu rozłożona na raty na cały okres jego trwania. Staje się ona częścią podstawy, od której naliczane są odsetki w wysokości określonej w umowie kredytu. Jak się wskazuje w literaturze przedmiotu, brak jest podstaw do przyjęcia w przepisach ustawy o kredycie konsumenckim odmiennych zasad pobierania odsetek od wykorzystanego kredytu, zależnych w szczególności od tego, czy celem kredytowania są koszty udzielanego kredytu^[15]. W orzecznictwie jednak można zaobserwować nie tylko brak rozróżnienia

¹⁵ Jakub Gil, Marcin Szlaszyński, Problematyka odsetek od kredytowanych kosztów bankowego kredytu konsumenckiego” *Monitor Prawa Bankowego*, No. 6 (2022): 59-64.

między kredytem udzielonym na zapłatę prowizji i samą prowizją, czy też między pobraniem prowizji a spłatą kredytu, zaciągniętego przez konsumenta na jej pokrycie, ale nawet stwierdzenia, że rozróżnianie tych spraw to sztuczki prawnicze, które nie zasługują na ochronę^[16]. Jest to o tyle zadziwiające, że gdyby przyjąć, że to nie konsument płaci prowizję z udzielonego mu na ten cel kredytu, ale że prowizja zostaje zapłacona przez samego kredytodawcę, a konsument spłaca jej równowartość w ramach rat kredytu, obejmujących jego kapitał i koszty, odsetkowe i pozaodsetkowe, to czymże jest to spłacanie równowartości prowizji przez konsumenta w ratach, jeśli nie spłatą udzielonego na ten cel kredytu?

Na tym tle powstał także problem zapisów umownych, które przewidują uzależnienie wypłaty kredytu od uiszczenia prowizji za jego udzielenie^[17]. W świetle takich zapisów sądy orzekające wykluczają możliwość zgodnego z prawem pobierania odsetek od kredytowanej prowizji, uznając, że sam kredytodawca wyklucza nimi oddanie kwoty prowizji do dyspozycji kredytobiorcy czy też uznanie jej za część udzielonego kredytu^[18]. Taka interpretacja, bardzo formalna i dosłowna (co można w pewnym stopniu usprawiedliwić okolicznością, że profesjonalny kredytodawca jest autorem tekstu umowy) jest jednak o tyle błędna, że nie uwzględnia rozróżnienia między zapłatą prowizji a spłatą kredytu zaciągniętego na jej pokrycie. W tym miejscu pojawia się bardzo fundamentalny problem swobody dysponowania przez kredytobiorcę kwotą postawioną do jego dyspozycji, czy ta swoboda winna dotyczyć tylko tej części kredytu, która odpowiada definicji całkowitej kwoty kredytu (co jest bezsporne), czy też każdej części kredytu,

¹⁶ Tak Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 13 lutego 2023 r., XVI Ca 698/22. W wyroku tym Sąd wskazał, że wnoszący apelację kredytodawca „stara się przekonać, że faktycznie (realnie, rzeczywiście) oprocentowana nie była prowizja jako koszt pozaodsetkowy umowy pożyczki, ale pożyczka udzielona na jej pokrycie. Finansowanie z pożyczki kosztów pozaodsetkowych było więc jednym z dwóch, obok «głównego» celów umowy, o którego realizacji zdecydował swobodnie konsument. Sztuczki prawne nie są prawem, a do omińnięcia takiego wniosku wbrew paremii *apices iuris non sunt iura* (Digesta Ulpiana) zastosowanej zapewne intuicyjnie przez Sąd Rejonowy, zmierza apelacja, dokonując w pewnym sensie instrumentalizacji prawa”.

¹⁷ Zapisów typu „kredyt nie zostanie wypłacony przed uiszczeniem prowizji”, „warunkiem uruchomienia kredytu jest zapłata prowizji”, etc.

¹⁸ Jeszcze dalej poszedł Sąd Rejonowy w Gdyni w wyroku z dnia 28 grudnia 2021 r. I 1C 1101/21, w którym stwierdził, że na brak możliwości uznania kwoty przeznaczonej na skredytowanie prowizji do dyspozycji konsumenta nie ma wpływu nawet to, gdy kredytobiorca z kwoty przelanej na jego rachunek składa polecenie przelewu na rzecz kredytodawcy tytułem uiszczenia prowizji.

od której kredytodawca mógłby zgodnie z prawem pobierać odsetki i jaki jest zakres tej swobody (czy winien być on taki sam dla wszystkich części kredytu, czy, jeżeli kredytobiorca świadomie uiszcza z danej kwoty prowizję, to tym samym realizuje własną decyzję, niezależnie od tego, czy bez tego kredyt nie zostałby mu wypłacony).

W orzecznictwie można niekiedy dostrzec najdalej idące stanowisko, zgodnie z którym, jeśli w umowie wskazano, że całkowita kwota kredytu wynosiła x , i tak ustalona nie obejmowała kredytowanych kosztów kredytu, natomiast kwota kredytu z uwzględnieniem kredytowanych kosztów kredytu, tj. prowizji wynosiła $x+y$, to „ten powszechnie stosowany zabieg wprowadza w błąd konsumenta co do rzeczywistej kwoty udzielonej mu pożyczki”. Jest również niepoprawny z językowego punktu widzenia, albowiem całkowita kwota pożyczki obejmuje całość kwot udostępnionych konsumentowi, co oznacza, że „kwota pożyczki” nie może stanowić kwoty wyższej niż kwota „całkowita”. W ocenie Sądu może to nie tylko stanowić o braku ważnej podstawy do pobierania odsetek od kredytowanej prowizji, ale także o istnieniu podstawy do zastosowania sankcji kredytu darmowego^[19]. Tak daleko idące stanowisko nie może być uznane za słuszne. Zaprezentowanie konsumentowi bowiem w sposób maksymalnie jasny i przejrzysty treści wynikającego z umowy zobowiązania nie może być traktowane jako wprowadzenie go w błąd.

Prawidłowo postępujący kredytodawcy, dokonując wyliczenia RRSO, uwzględniają okoliczność, że wypłata kwoty przeznaczonej na prowizję i jej pobranie następują w tym samym dniu. Uwzględnia to sama konstrukcja wzoru na RRSO, która jako przepływ między kredytodawcą a biorącym kredyt w dniu jego wypłaty ujmuje kwotę kredytu bez prowizji (ujmuje bowiem wypłatę kredytu powiększonego o kredytowaną prowizję i zapłatę prowizji w tym samym dniu). Kwota przepływu w dniu wypłaty jest pomniejszona o prowizję i obejmuje wyłącznie kwotę postawioną do swobodnej decyzji kredytobiorcy. Ponadto, prowizja jest ujęta jako koszt związany z udzieleniem kredytu. Powyższe czyni zadość wymaganiom Dyrektywy o kredycie konsumenckim oraz polskiej ustawy, która transformuje ją do polskiego systemu prawnego.

Natomiast błędem byłoby narzucanie kredytodawcom, aby we wzorze na RRSO nie uwzględniali dokonania wypłaty tej części kredytu, która przeznaczona jest na spłatę prowizji, a jednocześnie ujmowali kwotę prowizji po stronie kosztowej we wzorze na RRSO. Taka praktyka prowadziłaby

¹⁹ Tak Sąd Rejonowy w Gdyni w wyroku z dnia 6 września 2022 r., I 1C 64/22.

bowiem do oczywistego zafałszowania RRSO i to zafałszowania go w sposób istotny oraz do tego, że w istocie RRSO byłaby liczona nie dla CKK równego kwocie oddanej do swobodnej dyspozycji kredytobiorcy, ale od kwoty oddanej do swobodnej dyspozycji kredytobiorcy, pomniejszonej o zapłatę prowizji, która przecież nie jest dokonywana z tej kwoty.

Wydaje się, że takie (nieodpowiadające konstrukcji prawnej RRSO) oczekiwanie niektórych składów orzekających może mieć źródło w błędnym rozumieniu zwrotu „kwota wypłaty”, „kwota wypłacona” zawartej w uzasadnieniach powołanych wyżej orzeczeń TSUE, które jednak nie wskazują na to, do którego elementu wzoru na obliczenie RRSO i do którego etapu obliczeń się odnoszą, i dlatego termin ten utożsamiają z pojęciem całkowitej kwoty kredytu. Warto jednak podkreślić, że jedna z najbardziej podstawowych zasad wykładni prawa, stanowiąca fundament założenia idealizacyjnego racjonalności prawodawcy, stanowi, że jeśli ustawodawca, zwłaszcza w tym samym akcie prawnym, stosuje odmienne terminy (a tym bardziej, jeśli jeden i tylko jeden z tych terminów definiuje, a zwłaszcza jeśli definiuje go świadomie odchodząc od znaczenia przypisanego temu terminowi w języku naturalnym, jak ma to miejsce w przypadku definicji legalnej całkowitej kwoty kredytu), to nie zakłada, że oba te terminy będą miały identyczne znaczenie. Należy zatem raczej przyjąć, że kwota wypłaty, o której mowa w załączniku do ustawy o kredycie konsumenckim, winna być rozumiana zgodnie ze znaczeniem tego pojęcia w języku naturalnym i powinna obejmować całą kwotę wypłaconą kredytobiorcy, z której kredytodawca w tym samym dniu pobiera prowizję, a pod pozycją „wynik przepływów w dniu wypłaty” kwotę postawioną do swobodnej dyspozycji kredytobiorcy (czyli odpowiadającą całkowitej kwocie kredytu). Warto też podkreślić, że konstrukcja wzoru na obliczenie RRSO, który ma postać równania, w którym RRSO jest niewiadomą x , determinuje takie rozumienie kwoty wypłaty k w rozumieniu załącznika do polskiej ustawy o kredycie konsumenckim. Wtedy i tylko wtedy otrzymamy prawidłową wartość RRSO.

Nie należy też zapominać, że wartość RRSO jako wyznacznika ekonomicznego ciężaru kredytu dla konsumenta ma sens wtedy i tylko wtedy, gdy sposób obliczania RRSO przyjmowany przez różnych kredytodawców, a także przez doradców kredytowych czy w porównywarce kredytów jest jednolity. RRSO różnych kredytodawców musi być porównywalne. Czynienie więc któremukolwiek pozwanemu kredytodawcy zarzutu z tego, że stosuje powszechnie przyjętą interpretację w tym zakresie, jest z gruntu niezasadne.

Przepisy ustawy o kredycie konsumenckim czy inne przepisy prawa nie stoją na przeszkodzie pobieraniu odsetek od kredytowanej prowizji. Jedynym wymogiem, jaki wynika z tych przepisów, a którego wypełnienie może powodować pewne trudności, jest prawidłowe opisanie w umowie kredytowej, że kredytobiorca będzie zobowiązany do zapłaty odsetek od kwoty kredytu brutto (czyli powiększonej o kredytowaną prowizję), a nie tylko od całkowitej kwoty kredytu w rozumieniu przepisu art. 5 pkt 7 ustawy o kredycie konsumenckim. Zapis taki jest bowiem niezbędny, aby zaistniała podstawa prawna do pobierania odsetek od kredytowanej prowizji w postaci odpowiedniego postanowienia zawartej między stronami umowy kredytowej. Warto podkreślić, że w wielu przypadkach powództwa o zwrot konsumentowi (a w zasadzie nabywcy roszczeń od konsumenta) kwoty odsetek pobranych od kredytowanej prowizji mają za podstawę prawną instytucję nienależnego świadczenia, niekiedy z powodu braku ważnego postanowienia umowy (wobec uznania przez Sąd, że zapisy umowne w tym zakresie dotknięte są nieważnością lub są niewiążące dla konsumenta na zasadzie przepisu art. 385¹ Kodeksu cywilnego), niekiedy jednak wobec braku stosownego, wystarczającego zapisu.

Bibliografia

- Cyman Damian, „Zarys systemu instytucjonalnej ochrony praw konsumentów na rynku finansowym” *Gdańskie Studia Prawnicze*, Vol. XXXVIII (2017): 325-336.
- Czech Tomasz, „Efektywność instrumentów prawnych ochrony konsumenta kredytobiorcy w świetle orzecznictwa sądowego” *Prawo w działaniu*, No. 20 (2014): 280-326.
- Czech Tomasz, „Limit pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego” *Monitor Prawa Bankowego*, No. 2 (2016): 52-75.
- Gil Jakub, Marcin Szlaszyński, „Problematyka odsetek od kredytowanych kosztów bankowego kredytu konsumenckiego” *Monitor Prawa Bankowego*, No. 6 (2022): 59-64.
- Jankowska-Galińska Agata, Katarzyna Sawicka, „Koszty kredytów mają być niższe” *Rzeczpospolita*, 10 luty 2016.
- Jurkowska-Zeidler Anna, „Rola państwa w rozwiązywaniu kolizji interesów na rynku usług finansowych” *Gdańskie Studia Prawnicze*, Vol. XXXVII (2017): 187-201.

Jurkowska-Zeidler Anna, „Aktualne problemy ochrony klienta na rynku bankowym z perspektywy działalności rzecznika finansowego” *Gdańskie Studia Prawnicze*, Vol. XXXIX (2018): 129-144.

Nienartowicz-Maliszewska Justyna, „Ustawa o kredycie konsumenckim – dostosowanie polskich regulacji do wymogów prawa wspólnotowego” *Głosa*, No. 9 (2002): 9-18.

Waliszewski Krzysztof, „Ochrona konsumenta na rynku pożyczek pozabankowych w Polsce w czasie pandemii COVID-19” *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, No. 10 (2021): 93-97.



MAKSYMILIAN MIGDALSKI

Credit Union Models in Poland and USA in Comparative Perspective

Abstract

The article introduces the concept of two models of credit unions: American and Polish. The distinction is the result of a comparative analysis of selected aspects of the functioning of credit unions in Poland and the USA, such as the nature, interpretation of the common bond, scope of activities, organizational structure or supervision. The article highlights the peculiarities of each credit union system, which allow to distinguish two models of functioning of these institutions. The paper presents postulates focused on efforts to increase the competitiveness and efficiency of the credit union system in Poland.

KEYWORDS: credit unions, financial cooperatives, cooperatives, bond

MAKSYMILIAN MIGDALSKI, MA in law, Cooperative Research Institute in Sopot, ORCID – 0009-0003-1125-9173, e-mail: maksymilian.migdalski@sin.edu.pl

1 | Introduction

The essence of the idea of financial cooperatives is to provide financial services on a mutual basis and for a non-profit purpose. The appropriate institutional form for its implementation, besides cooperative banks^[1], is

¹ For more on the origins and history of credit unions, see Teresa Orzeszko, „Banki spółdzielcze i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe w Polsce – podobieństwa oraz różnice” *Bezpieczny Bank*, No. 4 (2014): 133-134; Sławomir Czopur, *Kapitał finansowy banków spółdzielczych* (Warsaw: CeDeWu, 2012), 73.

credit unions^[2]. The system of credit unions in Poland and the USA has similar foundations, but due to the legal environment and market conditions, they were eventually formed in a different way. Therefore, it is possible to distinguish two characteristic models of credit union operation: Polish and American, and an approximation of their distinguishing features will be the subject of further discussion.

The purpose of this article is to analyze selected aspects of how credit unions operate in Poland and the United States and, based on this, to try to distinguish two models of how these institutions operate using the comparative law method. They should be considered in the category of typology rather than an exhaustive division. The problems of interpreting the concept of common bond, the scope of permissible activities and the organizational structure of credit unions in selected countries, as well as the issues of their supervision, deserve special attention.

The conclusions of the work can be used to signal proposals for possible new solutions for the functioning of cooperative savings and credit unions in Poland, including the formulation of preliminary *de lege ferenda* postulates.

2 | Comparative analysis

2.1. General issues

The essence of credit unions is to provide specific types of financial services to their own members for non-profit purposes^[3], based on the principle of voluntariness, open membership and democratic management, using

² Credit unions in Poland function as „cooperative savings and credit unions”, hereafter referred to as „SKOKs” or „credit unions”.

³ According to Article II, paragraph 2.3, sentence 1 of the *Bylaws of the World Council of Credit Unions, Inc. (WOCCU)*. https://www.woccu.org/documents/WOCC_Bylaws_2020. [accessed: 27.05.2024], hereinafter „WOCCU Statutes” not-for-profit activities are a constitutive feature of credit unions. See Dominik Bierecki, „Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe”, [in:] *Prawo spółdzielcze. System Prawa Prywatnego*, Vol. XXI, ed. Krzysztof Pietrzykowski (Warsaw: C.H. Beck, 2020), 938. WOCCU English: *The World Council of Credit Unions* is an international organization of credit unions.

the legal structure of cooperatives^[4]. Their aim is to support and meet the needs of their own members, and the basis of their activities can be traced back to the idea of social solidarity and the cooperative movement that was founded on it^[5].

Credit unions^[6] in the Polish legal system are regulated at two levels: general^[7] and specific^[8], and operate in the form of cooperatives^[9] providing financial services. An important criterion for the admissibility of the establishment of a SKOK is its establishment by a certain number of members, which can be, as a rule, natural persons^[10] linked by a common bond of a social or professional nature^[11]. A common bond has no legal definition and should result from employment in one or more workplaces or from membership of the same professional or social organization, depending on the objective pursued^[12]. SKOKs combine their own activities with the support of local communities, thus enabling many needy people to

⁴ Article II, paragraph 2.3, sentence 1 of the WOCCU Statutes.

⁵ See more extensively Janusz Ossowski, „Od banku pobożnego do kasy spółdzielczej: prawne i organizacyjne aspekty rozwoju samopomocowych instytucji finansowych w Polsce. Kilka uwag zamiast wstępu”, [in:] *Prawne i ekonomiczne determinanty rozwoju spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w Polsce*, ed. Janusz Ossowski (Sopot: Fundacja na rzecz Polskich Związków Kredytowych-Institut Stefczyka, 2010), 6 ff.

⁶ According to a recent amendment to the u.skok, Article 37(3) of the Law of July 7, 2023 on the pan-European individual pension product (Journal of Laws of 2023, item 1843) stipulates that SKOKs use the term „credit union”. This term is currently not in common use.

⁷ Law of September 16, 1982, Cooperative Law (i.e., Journal of Laws 2021, item 648, as amended).

⁸ Law of November 5, 2009 on cooperative savings and credit unions (i.e., Journal of Laws 2023, item 1278, as amended), hereinafter „u.skok”.

⁹ Article 2 u.skok.

¹⁰ Under Article 10(2) of the u.skok, certain types of institutional entities may also be members of a credit union, which expands the catalog of potential participants in the SKOK system, with the exception of the National Cooperative Savings and Credit Fund, hereinafter: „KSKOK”, which, under Article 41(1) of the u.skok, is a cooperative of legal persons. See more extensively Jacek Skoczek, *Usługi płatnicze świadczone przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Zagadnienia cywilnoprawne* (Sopot: Publishing House of the Cooperative Scientific Institute, 2013), 116 et seq.

¹¹ Article 10(1) u.skok.

¹² Bierecki, „Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe”, 949-950.

benefit from professional financial services, which might be difficult in commercial institutions^[13].

The situation is similar in the United States, where credit unions operate alongside other financial institutions to provide credit and related services^[14]. They are owned by and operate for the benefit of their members, based on democratic principles and in a non-commercial manner^[15]. The purpose of credit unions is to promote collective savings and the accumulation of capital in the form of deposits^[16], which provide a source of funds for loans and other financial services to members and their families. Social and market conditions in the US have shaped credit unions as institutions that operate primarily in local communities, among moderate-income and poor people, often beyond the interest of typical financial institutions^[17].

Another important feature of credit unions in the US is the not-for-profit nature of their operations, which is one of the top-down directives of their operation^[18]. The mentioned feature should be understood as acting not to maximize profit, which is later paid out in direct form, but to conduct business in such a way that the achieved financial surpluses return to the members of the credit union in the form of improved services and lower installments and fees^[19], which is not clearly regulated within the Polish system. It can be concluded that credit unions in the United States have similarities with their counterparts in Poland, but at the same time there are significant differences, including the interpretation of the concept of common bond.

¹³ Adam Jedliński, Grzegorz Bierecki, *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe – zarys systemowego ujęcia* (Sopot: Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych, 2002), 37.

¹⁴ Teresa Orzeszko, *Instytucje finansowe z sercem: historia i terażniejszość unii kredytowych w Stanach Zjednoczonych* (Warsaw: CeDeWu, 2012), 42.

¹⁵ Ibidem, 44.

¹⁶ Lawrence S. Ritter, William L. Silber, Gregory F. Udell, *Principles of Money Banking & Financial Market* (New York: Pearson, 1997), 222.

¹⁷ Ibidem, 48.

¹⁸ Article II, paragraph 2.3, sentence 1 of the WOCCU Statute. See more extensively Orzeszko, *Instytucje finansowe z sercem*, 47.

¹⁹ Witold Srokosz, *Instytucje parabankowe w Polsce* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2011), 111-112.

2.2. The concept of common bond

In the Polish legal system, the addressees of SKOK's services may be a relatively narrow circle of persons^[20]. It is assumed that the membership bond may be related to membership in a common social or professional organization, provided that it is a formalized entity^[21]. However, it should be borne in mind that the tie that constitutes the membership requirement cannot be a relationship based on common attributes of an informal or abstract nature, such as region of residence or shared views or interests^[22]. The criterion of a bond as a constitutive element of a SKOK is regulated in a specific manner and limits complete discretion in the design of the requirements for SKOK membership. Therefore, the catalog of potential ties of this type is not closed, but suffers from the formal limitations described above.

Similarly, credit unions in the US make membership subject to statutory conditions related to the existence of a bond, which, unlike in the Polish system, is interpreted in a less restrictive manner^[23]. It should be noted that the relationship in question can be viewed not only in formal but also in material terms. Thus, they may refer to other than formal elements^[24], sometimes of an abstract and difficult to verify nature, such as similar interests, adherence to a common religion or residence in a certain region^[25], which is a significant difference from the solutions adopted in the Polish legal system.

²⁰ See more extensively Adam Jedliński, *Członkostwo w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej* (Warsaw: Lexis Nexis, 2002), 64 et seq.

²¹ Magdalena Golec, „Istota spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych jako instytucji rynku usług finansowych”, [in:] *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe: charakterystyka, rozwój, otoczenie*, ed. Janusz Ossowski. Sopot: Wydawnictwo Spółdzielczego Instytutu Naukowego, 2007), 70.

²² Dominik Bierecki, „New Regulation on Membership and Investor Shares in Credit Unions. Comparative Interpretation of Polish Law on Credit Unions” *Review of European and Comparative Law*, No. 56 (2024): 49.

²³ Article 4.10(3) *Model Law for Credit Unions. 2015 Edition*. https://www.woccu.org/documents/Model_Credit_Union_Law_2015. [accessed: 27:05.2024], hereinafter „MLCU”, indicates the understanding of ties in a broad way adopted in the US system. MLCU is a WOCCU document outlining model regulatory arrangements.

²⁴ David Alexander Bridewell, *Credit Unions: Organization, Operation, Questions of Legality* (Albany: Matthew Bender&Company Inc., 1962), 39-41.

²⁵ Article 4.10(3) of the MLCU spells out an open-ended catalog of elements constituting the bond and indicates examples of these in a free and broad manner. For federal credit unions, §1759 of the *Federal Credit Union Act* (12 USC. §§1751-1759). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-264/pdf/COMPS-264.pdf>.

2.3. Scope of activity

The objectives of SKOKs in Poland are precisely defined. These include: collecting funds exclusively from their members, granting loans and credits to them, carrying out financial settlements on their behalf and carrying out insurance sales in accordance with the relevant regulations^[26]. In view of the above, the scope of activities potentially provided by credit unions is limited and included in a closed catalogue^[27].

With regard to credit unions in the United States, it should be noted that a precise definition of the full catalog of activities included in the scope of their activities may cause significant problems, especially due to the inconsistent and multi-level regulation of the issues in question at the state and federal levels. The historical conditions and peculiarities of the American market have led to the emergence of various types of credit unions^[28], which differ from the Polish system, inter alia, in terms of the nature of their members, the type of ties that bind them, and the purpose of their activities.

It should be noted that over the years the regulations governing this issue have undergone changes that have led to a significant removal of restrictions on the activities of credit unions, gradually expanding the catalog of potentially provided services^[29]. The scope of permissible activities

[accessed: 27.05.2024], hereinafter „FCUA”, distinguishes between several types of them, including belonging to a common organization and residing in a common area. See Bierecki, „New Regulation on Membership and Investor Shares in Credit Unions”, 46.

²⁶ Article 3(1) u.skok.

²⁷ Skoczek, *Usługi płatnicze świadczone przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe*, 137. The author's view that the provision of Article 3 of the u.skok does not oblige the credit union to carry out the activities specified in this provision deserves approval.

²⁸ In the US, credit unions can be distinguished into federal credit unions, subject to the FCUA, and state credit unions. The types of federal credit unions due to different ties are indicated by §1759 of the FCUA, among others. See more extensively Sunil Mohanty, „Comparing Credit Unions with Commercial Banks: Implications for Public Policy” *Journal of Commercial Banking and Finance*, No. 2 (2006): 101-102; Aneta Stasiewicz, „Unie kredytowe jako niebankowe instytucje depozytowe amerykańskiego systemu bankowego – ze wskazaniem na stan Illinois” *Bank i Kredyt*, No. 10 (2001): 54-55.

²⁹ See. §1757 FCUA. Similarly, Article 1.30(3) of the MLCU. Similarly, Orzeszko, *Instytucje finansowe z sercem*, 77-78. Different in the Polish model, which limits the scope of activities provided by the cash registers to a closed catalog.

of credit unions in the USA is not directly limited by law, and in practice is relatively dynamic and depends on the current needs of members, the scale of operations and economic potential, which is a noticeable difference from Polish solutions. This should be evaluated positively as an expression of the autonomy of the respective institutions and as a favorable solution from the perspective of meeting the potential financial needs of credit union members, the satisfaction of which is an important objective of credit unions.

2.4. Organizational structure

The system of cooperative credit unions in Poland is organized on two levels, in which it is possible to distinguish between cooperative savings and credit unions and KSKOK, which is the obligatory association of all credit unions^[30]. The scope of activity of KSKOK is rather restrictively regulated^[31], with special attention paid to KSKOK's function of control, stabilization and the function of the financial center of the KSKOK system^[32].

The organizational structure of the Polish system provides for the existence of a specific central institution^[33], which stabilizes and obligatorily unites all credit unions throughout their existence^[34], while maintaining a certain degree of independence in terms of their activities and internal operating rules. The systemic position of KSKOK has been regulated in detail, giving it relatively limited powers^[35]. It remains the organizational

³⁰ Article 41 (1) and (2) u.skok.

³¹ Article 43 u.skok.

³² See Jedlinski, Bierecki, *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe*, 77-78. Similarly, Bierecki, „Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe”, 1000-1003. For a broader discussion of the functions of the CCC, see Skoczek, *Usługi płatnicze świadczone przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Zagadnienia cywilnoprawne*, 137 et seq.

³³ The literature refers to the NCSC as a „second-tier cooperative”. See Krzysztof Pietrzykowski in Adam Jedliński, Krzysztof Pietrzykowski, *Komentarz do ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych* (Gdańsk: Info-Trade, 1998), 89.

³⁴ Jacek Skoczek, „Problematyka członkostwa w kasach oszczędnościowo-kredytowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 2019-2022” *Prawo i Więź*, No. 43 (2022): 182. For more on membership in the KSKOK, see Andrzej Herbet, Szymon Pawłowski, Piotr Zakrzewski, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Komentarz* (Warsaw: C.H. Beck, 2014), 276-277.

³⁵ Against the background of the Law on Cooperative Savings and Credit Banks of December 14, 1995 (Journal of Laws of 1996, No. 1, item 2, as amended), the NCSC

glue of the entire system, and as a result, the prospects for increasing the degree of regionalization of credit union activities are currently limited.

The organizational structure of the US credit union system is a diverse one^[36], involving the association of retail credit unions into overarching entities that serve as clearinghouses and provide liquidity. Of note is the degree of sophistication of the system, which in the U.S. has evolved into a three-tiered form^[37]. The first tier consists of individual credit unions, including federal credit unions, federally insured state credit unions, and nonfederally insured state credit unions^[38]. The middle tier of the system is made up of corporate retail credit unions, both federal and state, which consolidate and serve individual credit unions while serving as regional financial and processing centers. At the highest level are wholesale credit unions, which are nationwide headquarters that bring together and provide services to retail credit unions^[39], but in practice this status is achieved by a single entity, which to some extent resembles the solution used in Poland.

The structure of the US credit union system, in contrast to the Polish system, is characterized by a high degree of decentralization. It can be assumed that the existence of many scattered and potentially competing retail credit unions is due to the large area of operation and the peculiarities of the US financial services market. It seems accurate to say that the delegation of authority to operate a union of individuals to regional unions is a solution that respects their autonomy and self-governance, which allows more fully and without compromising the cohesion and efficiency of the system to achieve the objectives of the union, including by promoting the development of local communities.

had broader supervisory powers, limited in favor of the FSC with the entry into force of the u.skok.

³⁶ Orzeszko, *Instytucje finansowe z sercem*, 54-55.

³⁷ This differs from the Polish system, which consists only of cash registers and the KSKOK.

³⁸ Mohanty, „Comparing Credit Unions”, 101-102.

³⁹ *Ibidem*.

2.5. Supervision of credit unions

Currently, all SKOKs^[40] are subject to mandatory systemic supervision exercised by the Polish Financial Supervision Authority (FSA)^[41]. The FSA has broad powers with respect to SKOKs, including licensing powers^[42], which include authorizing the establishment of a credit union^[43], permitting certain persons to perform functions in its bodies^[44], or approving amendments to its charter^[45]. The law also imposes numerous reporting requirements on credit unions^[46], which generally apply to all credit unions, regardless of the size of their operations or other parameters^[47].

The FSA's supervisory powers are particularly pronounced with respect to the possibility of initiating reorganization proceedings against a credit union^[48] and the appointment of a curator or receivership^[49]. It should be noted that KSKOK is also subject to state supervision to the same extent^{[50][51]}.

⁴⁰ It is worth considering the facilitation of the state supervision obligations for small credit unions, as specified in the provision of Article 1a(5) of the jumping law, which would be a rational consequence of the legislator's distinction between such types of credit unions. See Joanna Mędrzecka, „Rola orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w kształtowaniu ram prawnych działalności spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych” *Prawo i Więź*, No. 43 (2022): 194.

⁴¹ Article 60 u.skok.

⁴² See more extensively Paweł Pelc, „Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi a nadzór nad otwartymi funduszami emerytalnymi”, [in:] *Prawo prywatne w służbie społeczeństwu. Księga poświęcona pamięci Profesora Adama Jedlińskiego*, ed. Piotr Zakrzewski, Dominik Bierecki (Sopot: Wydawnictwo Spółdzielczego Instytutu Naukowego, 2019), 243-244.

⁴³ Article 7(1) u.skok.

⁴⁴ Article 7(5)(3) and (4) u.skok.

⁴⁵ Article 8(2) of the u.skok. Cf. Paweł Pelc, „Nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi a nadzór nad innymi instytucjami finansowymi w Polsce” *Pieniądze i Więź*, No. 4 (2013): 133.

⁴⁶ Among others, Article 62c (1) of the u.skok.

⁴⁷ Pursuant to Article 62c(3) of the jumping act, the FSC may, at the request of a credit union, exempt it from reporting obligations or limit their scope in justified cases. The determination is based on an essentially discretionary decision of the FSC, without setting objective criteria for evaluation.

⁴⁸ Article 72b (1) u.skok.

⁴⁹ Article 73 u.skok. Article 73a of the u.skok provides for the possibility of establishing a receiver.

⁵⁰ Article 68 (1) u.skok.

⁵¹ Article 60 u.skok.

Thus, it can be concluded that the supervision of credit unions' activities in Poland is carried out on two levels: internal, where limited supervision is carried out by SKOK, and external, where state supervision is entrusted to the FSA, which has legal instruments of an absolute nature, including the licensing of numerous credit union activities. As a result, the SKOK system remains strongly subordinated to public authority. The solution adopted, with the extremely strong position of the state authority, may raise doubts in the context of the autonomy of these institutions, which is one of their main constitutive features^[52].

The model of credit union supervision in the United States is different. It is organized on two essentially independent levels: federal and state. For federal credit unions, supervision is primarily focused on licensing establishment, ongoing supervision, and guaranteeing deposits.

The institution established to oversee federal credit unions is the National Credit Union Administration (NCUA)^[53], a specialized government agency organized along the lines of agencies that oversee other sectors of the financial marketplace^[54]. The NCUA is characterized by its independence and manages the *National Credit Union Share Insurance Fund*, which guarantees the deposits of federal credit union members. It can be noted that the supervision of federal credit unions, has been entrusted to a specialized administrative body, a solution that is appropriate and proportional to the scale of their activities and organizational capabilities. This should be evaluated positively, because credit unions, despite their similarities with other financial institutions, are characterized by far-reaching differences, which justifies the establishment of a separate supervisory institution.

Supervision of state credit unions is generally not regulated at the national level^[55], they are licensed by state authorities, based on regional regulations, and are not subject to mandatory NCUA supervision.

⁵² Autonomy, sometimes equated with self-governance, is one of the basic principles of cooperatives. See Dominik Bierecki, *Spółdzielnia europejska w świetle prawa polskiego* (Sopot: Wydawnictwo Spółdzielczego Instytutu Naukowego, 2017) 88-96; Bierecki, „Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe”, 935-936. For a broader discussion of the self-governing and autonomous nature of cooperatives, see the judgment of the Constitutional Tribunal of 31.07.2015, K 41/12, OTK-A 2015, no. 7, item 102.

⁵³ *National Credit Union Administration*, hereafter referred to as „NCUA”.

⁵⁴ §1752a FCUA.

⁵⁵ FCUA partially addresses state credit unions, e.g., setting criteria for converting them to federal credit unions. See. §1771 FCUA.

It should be noted that the supervision of credit unions in the US is not entirely organized on the principle of hierarchical subordination. The federal agency tends to have strong powers only with respect to federal credit unions, i.e., those that operate on a larger scale and with significant capital commitments. With respect to state credit unions, this is left to the regional authorities, and the US legislature does not impose any specific actions on them, regardless of the amount of deposits or the number or type of members.

3 | Credit union models

3.1. Polish model

The model for the operation of credit unions in Poland is based on strong centralization, with the establishment and primacy of the SKOK as an institution that obligatorily unites all credit unions, monitors their financial stability and liquidity, and controls the legality of their activities. It is also noteworthy that the scope of services potentially provided by SKOKs is limited by law, which potentially does not promote competition and makes it difficult to freely tailor service offerings to the current needs of members. Significantly, in the Polish model, the legislator has limited the potential circle of members of a credit union by using the criterion of ties of a formal nature, related to membership in a certain organization or employment in a workplace, while rejecting the permissibility of credit unions based on ties of a less restrictive and non-formalized nature. From a comparative perspective^[56], attention is also drawn to the lack of top-down and

⁵⁶ Credit unions in some countries function as *not-for-profit* or even *nonprofit* organizations, and therefore with a far-reaching limitation or exclusion of profit-making activities, see Srokosz, *Instytucje parabankowe w Polsce*, 112. The essence of *not-for-profit activity* is the allocation of profit to the realization of a common goal. In the case of credit unions, this is to provide services to members on favorable terms. See Bernardo Bátiz-Lazo, Mark Billings, „New Perspectives on Not-for-Profit Financial Institutions: Organisational Form, Performance and Governance” *Business History*, No. 54 (2012): 311.

unambiguous attribution of non-profit activities to credit unions^[57], which in Poland is a statutory attributed only to the SKOKs^[58].

The Polish model of credit unions was created, among other things, under the influence of the regulatory environment, which assumed the expansion of legal protection of consumers, including with the EU legislation developed in this regard, which greatly affected the situation of members of credit unions, granting them rights that sometimes deviated from the essence of membership and the investing nature of participation in SKOK^[59].

Of great importance was the inclusion of the system of credit unions under state supervision and the related use of the administrative-legal method of regulation^[60] of the SKOK sector, aimed at strong subordination of credit unions to state bodies and at the same time limiting their autonomy. This was done in place of the previously dominant civil-legal method, which was aimed at leaving the competence to establish mutual relations in the hands of the subjects of legal relations themselves^[61], which seems to be more correct, primarily due to the nature and principles of SKOK as a cooperative. This is a noticeable difference with respect to the system of credit unions in the US, which are less subject to uniform state regulation.

3.2. American model

According to the American model, credit unions have a relatively large degree of autonomy and their operation does not require such restrictive regulation as in the Polish model. They are allowed to operate largely on the basis of the freedom to shape the legal relations inherent in them, taking into account their cooperative self-government. This is reflected in the

⁵⁷ See the judgment of the Supreme Court of April 25, 2012, II CSK 446/11, LEX No. 1250565, in which it was pointed out that the credit unions operate in accordance with the principle of rational economy, and earning results from the nature of the tasks performed and the statutory purpose. See more extensively Dominik Bierecki, „The Credit Union’s Legal Characteristics in Polish and Georgian Law-Comparative Study” *Journal of Polish-Georgian Law*, No. 1 (2021): 100.

⁵⁸ Article 57 (1) u.skok.

⁵⁹ Jacek Skoczek, „Członek spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej – konsument czy inwestor?” *Głos prawa. Przegląd prawniczy Allerhanda*, No. 11 (2023).

⁶⁰ See Andrzej Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego* (Warsaw: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 1998), 26-27.

⁶¹ Ibidem.

free interpretation of the bond, which is understood both as a relationship of a formal nature, related, for example, to membership in a particular organization or professional group, and as a relationship in the material aspect, resulting from common characteristics that cannot necessarily be captured in the legal framework. The basis of a bond interpreted in this way may even be attributes of an abstract nature, such as shared beliefs, values or religion, which facilitates the expansion of the circle of potential members and positively influences the scope of availability of services.

The US model is characterized by a significant diversification of unions^[62], which translates into a sophisticated organizational structure of the system. There is also a strong regionalization and decentralization of unions, which operate in mutual competition. Characteristic of the American model is the association of credit unions from a specific area into regional unions, which only then belong to the organization at the national level, which allows them to develop effectively while operating in the spirit of the idea of subsidiarity and with a significant impact on local communities.

Competition among individual credit unions is also stimulated by the wide range of activities of credit unions, which are entrenched in the US system and have considerable freedom in the choice of services offered to their members. This is an advantage because it allows them to compete on a level playing field with other financial institutions.

The American model is also characterized by its emphasis on the non-profit nature of credit unions' activities, which does not prevent them from achieving satisfactory economic results. However, it contributes to the formation of the identity of these institutions, the foundation of which is oriented towards financial success, not for the purpose of making profit in the commercial sense^[63], but as part of the orientation towards the development of the economic status of their members and the satisfaction of their needs. The American model of credit unions is characterized by greater respect for the cooperative nature of credit unions, including their autonomy, which may prompt reflection on possible proposals to change the form of these institutions in Poland.

⁶² Teresa Orzeszko, „Unie kredytowe w Stanach Zjednoczonych – znaczenie krajowe i międzynarodowe”, [in:] *Współczesna bankowość spółdzielcza*, ed. Anna Szelągowska (Warsaw: CeDeWu, 2011), 90.

⁶³ See Hagen Henryj, *Guidelines for Cooperative Legislation* (Geneva: International Labour Organization, 2012), 35.

Bibliography

- Bátiz-Lazo Bernardo, Mark Billings, „New Perspectives on Not-for-Profit Financial Institutions: Organisational Form, Performance and Governance” *Business History*, No. 54 (2012): 309-324. <https://doi.org/10.1080/00076791.2011.638480>.
- Bierecki Dominik, „New Regulation on Membership and Investor Shares in Credit Unions. Comparative Interpretation of Polish Law on Credit Unions” *Review of European and Comparative Law*, No. 56 (2024): 43-62. <https://doi.org/10.31743/recl.16881>.
- Bierecki Dominik, „Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe”, [in:] *Prawo spółdzielcze. System Prawa Prywatnego*, Vol. XXI, ed. Krzysztof Pietrzykowski. 929-1068, Warsaw: C.H. Beck, 2020.
- Bierecki Dominik, „The Credit Union’s Legal Characteristics in Polish and Georgian Law-Comparative Study” *Journal of Polish-Georgian Law*, No. 1 (2021): 84-110. <https://doi.org/10.34858/jpgl.1.2021.11>.
- Bierecki Dominik, *Spółdzielnia europejska w świetle prawa polskiego*. Sopot: Wydawnictwo Spółdzielczego Instytutu Naukowego, 2017.
- Bridewell David Alexander, *Credit Unions: Organization, Operation, Questions of Legality*. Albany: Matthew Bender&Company Inc., 1962.
- Bylaws of the World Council of Credit Unions, Inc. (WOCCU)*. https://www.woccu.org/documents/WOCC_Bylaws_2020.
- Czopur Sławomir, *Kapitał finansowy banków spółdzielczych*. Warsaw: CeDeWu, 2012.
- Golec Magdalena, „Istota spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych jako instytucji rynku usług finansowych”, [in:] *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe: charakterystyka, rozwój, otoczenie*, ed. Janusz Ossowski. 65-76. Sopot: Wydawnictwo Spółdzielczego Instytutu Naukowego, 2007.
- Henry Hagen, *Guidelines for Cooperative Legislation*. Geneva: International Labour Organization, 2012.
- Herbet Andrzej, Szymon Pawłowski, Piotr Zakrzewski, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Komentarz*. Warsaw: C.H. Beck, 2014.
- Jedliński Adam, *Członkostwo w Spółdzielczej Kasie Oszczędnościowo-Kredytowej*. Warsaw: LexisNexis, 2002.
- Jedliński Adam, Grzegorz Bierecki, *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe – zarys systemowego ujęcia*. Sopot: Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych, 2002.
- Jedliński Adam, Krzysztof Pietrzykowski, *Komentarz do ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych*. Gdańsk: Info-Trade, 1998.

- Mędrzecka Joanna, „Rola orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w kształtowaniu ram prawnych działalności spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych” *Prawo i Więż*, No. 43 (2022): 187-198. <https://doi.org/10.36128/priw.vi43.623>.
- Model Law for Credit Unions. 2015 Edition.* https://www.woccu.org/documents/Model_Credit_Union_Law_2015.
- Mohanty Sunil, „Comparing Credit Unions with Commercial Banks: Implications for Public Policy” *Journal of Commercial Banking and Finance*, No. 2 (2006): 97-113.
- Orzeszko Teresa, „Banki spółdzielcze i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe w Polsce – podobieństwa oraz różnice” *Bezpieczny Bank*, No. 4 (2014): 128-164.
- Orzeszko Teresa, „Unie kredytowe w Stanach Zjednoczonych – znaczenie krajowe i międzynarodowe”, [in:] *Współczesna bankowość spółdzielcza*, ed. Anna Szlągowska. 87-106. Warsaw: CeDeWu, 2011.
- Orzeszko Teresa, *Instytucje finansowe z sercem: historia i teraźniejszość unii kredytowych w Stanach Zjednoczonych.* Warsaw: CeDeWu, 2012.
- Ossowski Janusz, „Od banku pobożnego do kasy spółdzielczej: prawne i organizacyjne aspekty rozwoju samopomocowych instytucji finansowych w Polsce. Kilka uwag zamiast wstępu”, [in:] *Prawne i ekonomiczne determinanty rozwoju spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w Polsce*, ed. Janusz Ossowski. 5-19. Sopot: Fundacja na rzecz Polskich Związków Kredytowych-Institut Stefczyka, 2010.
- Pelc Paweł, „Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi a nadzór nad otwartymi funduszami emerytalnymi”, [in:] *Prawo prywatne w służbie społeczeństwu. Księga poświęcona pamięci Profesora Adama Jedlińskiego*, ed. Piotr Zakrzewski, Dominik Bierecki. 233-262. Sopot: Wydawnictwo Spółdzielczego Instytutu Naukowego, 2019.
- Pelc Paweł, „Nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi a nadzór nad innymi instytucjami finansowymi w Polsce” *Pieniądze i Więż*, No. 4 (2013): 126-140.
- Ritter Lawrence S., William L. Silber, Gregory F. Udell, *Principles of Money Banking & Financial Market.* New York: Pearson, 1997.
- Skoczek Jacek, „Członek spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej – konsument czy inwestor?” *Głos prawa. Przegląd prawniczy Allerhanda*, No. 11 (2023). <https://glosprawa.pl/artykul-305/czlonek-spoldzielczej-kasy-oszczednosciowo-kredytowej-konsument-czy-inwestor>.
- Skoczek Jacek, „Problematyka członkostwa w kasach oszczędnościowo-kredytowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 2019–2022” *Prawo i Więż*, No. 43 (2022): 173-186. <https://doi.org/10.36128/priw.vi43.622>.

- Skoczek, Jacek. *Usługi płatnicze świadczone przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Zagadnienia cywilnoprawne*. Sopot: Wydawnictwo Spółdzielczego Instytutu Naukowego, 2013.
- Srokosz Witold, *Instytucje parabankowe w Polsce*. Warsaw: Wolters Kluwer, 2011.
- Stasiewicz Aneta, „Unie kredytowe jako niebankowe instytucje depozytowe amerykańskiego systemu bankowego – ze wskazaniem na stan Illinois” *Bank i Kredyt*, No. 10 (2001): 54-60.
- Stelmachowski Andrzej, *Zarys teorii prawa cywilnego*. Warsaw: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 1998.



PAULINA PAŁACH

The Effects of the Termination of Marriage on the Rights of the Spouses to the Residential Premises in the Housing Cooperative. Selected Issues Regarding the Cooperative Ownership Right to the Premises and the Cooperative Housing Tenancy Right to the Residential Premises

Abstract

Selected issues concerning the effects of the termination of the marriage due to the death of one of the spouses and in the case of a divorce decree on the rights of the spouses to housing in terms of the cooperative right to ownership of housing and the cooperative tenancy right to housing are analyzed. The considerations made relate mainly to issues specific to these rights under the Law on housing cooperatives.

KEY WORDS: termination of marriage, divorce, death of a spouse, cooperative ownership right to the premises, cooperative housing tenancy right to the residential premises

PAULINA PAŁACH, Ma in law, Cracow University of Economics,
ORCID – 0000-0002-5971-7052, e-mail: palachp@uek.krakow.pl

1 | Introduction

One of the basic principles of Polish family law is the permanence of marriage and the equality of spouses^[1]. However, the legislator has provided in the Family and Guardianship Code^[2] the grounds for termination of marriage, including dissolution of marriage by divorce, death of one of the spouses^[3], recognition of the death of one of the spouses and annulment of marriage. Like the conclusion of marriage, the termination of marriage has a number of implications not only in family law, but also in other areas of law. It has a significant impact on the legal situation of the spouses with regard to their rights to the home they lived in during the marriage.

Among other things, spouses are obliged to live together, which consists of their spiritual, physical and economic union, which enables them to fulfill the basic functions of marriage^[4]. The dwelling they occupy, therefore, has a very important function, since it is here that they manage their joint household, fulfill the obligations imposed by the law and satisfy their housing needs^[5]. In order to use the property, the spouses (or one of them) must have a legal title to the property. The nature of the various cooperative housing rights held by the spouses can vary greatly. Some are rights in rem with *erga omnes* effect (e.g., cooperative ownership right to the premises constituting a limited right *in rem*), while others are rights of a contractual nature (e.g., cooperative housing tenancy right to the residential premises). The analysis of the impact dissolution of the marriage on the rights of the spouses to the cooperative housing requires an examination of the legal situation of the beneficiaries not only during the marriage, but also before and after the dissolution. Issues such as the property regime that united the spouses, the nature and legal construction of such title, or which spouse

¹ Order of the SA in Katowice of 20.08.2009, I ACa 410/09, LEX No. 551997.

² Law of 25.02.1964 Family and Guardianship Code (i.e., Journal of Laws of 2023, item 2809, as amended) – hereinafter the Family and Guardianship Code.

³ The Family Law Code does not *expressly* indicate the death of one of the spouses as a reason for the cessation of marriage, but such an effect is indisputable due to the fact that a person ceases to be a subject of rights and obligations upon death; see, among others, Jerzy Ignatowicz, Mirosław Nazar, *Prawo rodzinne* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2016), 380.

⁴ See more extensively Mariusz Frasz, „art. 23 k.r.o.”, [in:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, ed. Mariusz Frasz, Magdalena Habdas (Warsaw: Wolters Kluwer, 2021), 147.

⁵ See Elizabeth Koszel, *Prawa rodziny do mieszkania spółdzielczego* (Lex 2012), Introduction.

is a party to the legal relationship in question that entitles them to use the premises, have a fundamental impact.

The subject of this art. are selected issues concerning the effects of the termination of the marriage due to the death of one of the spouses and in the case of a divorce on the rights of the spouses to a housing unit in a housing cooperative. It should be noted that the issues mentioned are extremely extensive, but due to the framework of the art., the analysis was made specific issues of the Law on housing cooperatives (l.h.c.)^[6] for two legal titles to housing – cooperative ownership right to housing and cooperative tenant right to housing.

2 | Termination of marriage due to death of one spouse

As already mentioned, the death of a person results in the cessation of his rights and obligations, which, among other things, results in the termination of the marriage. In the event of the death of the individual who had the cooperative ownership right to the premises, this right passes to the heirs (Article 17² para. 2 sentence 1 of the l.h.c.). In the context of inheritance of this right, the general regulations of inheritance law – the provisions of Book Four of the Civil Code^[7] are applicable^[8]. It is subject to both testamentary and statutory inheritance. If the cooperative ownership right to premises was vested in both spouses (it was included in the joint property or fractional joint property), then only the share in this right falling to the deceased spouse will enter the inheritance estate. The surviving spouse retains the share previously belonging to him. If, on the other hand, the right in question belonged only to the deceased spouse, it will be inherited in its entirety.

⁶ Law of 15.12.2000 on housing cooperatives (i.e. Journal of Laws of 2023, item 438, as amended) – hereinafter l.h.c.

⁷ Law of 23.04.1964 Civil Code (i.e. Journal of Laws 2023, item 1610, as amended) – hereinafter Civil Code.

⁸ Katarzyna Królikowska, „art. 17⁹ u.s.m”, [in:] *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, ed. Bogusław Lackoroński (Legalis, 2023).

It is possible that the surviving spouse will not be appointed to the estate and will not have a right to occupy the premises. For the protection of the cooperative ownership right to the premises, as a limited right in rem, the provisions on the protection of property (Article 251 of the Civil Code in conjunction with Article 244 § 1 of the Civil Code) apply accordingly. Thus, the entitled party (the heir of the deceased spouse) will be able to file an action for vindication under Article 222 § 1 of the Civil Code against the person who actually uses the thing. However, the legislator has ensured that the relatives of the deceased may use such property. Pursuant to the first sentence of Article 923 § 1 of the Civil Code, the spouse and other relatives of the deceased who lived with the deceased until the date of his death have the right to use the apartment and household furnishings to the present extent for a period of three months from the opening of the inheritance proceedings. It should be emphasized that this right is common to all housing titles. As stated in the literature, it is a minimum protection for the surviving spouse and other relatives, consisting in the possibility of temporary use of the family home. This is the time for the designated persons to take steps to find other housing to meet their housing needs^[9].

Since the cooperative ownership right to premises is hereditary and is a multi-heir right, this right can be acquired by more than one heir. This also applies in the case where one of the heirs is the surviving spouse who inherits a share in the cooperative ownership right to the premises jointly with another heir or heirs^[10]. In the current state of the law, this issue is regulated by Article 17^o l.h.c. This provision stipulates that if the aforementioned limited right *in rem* has been transferred to several heirs, they are obliged, within one year from the date of the opening of the inheritance (death of the testator), to appoint one of their number to carry out the legal acts related to the exercise of this right (including the conclusion of a contract on behalf of the heirs for the transfer of ownership of the premises). In the event of ineffective expiration of this period the court will appoint a representative at the request of the heirs or the cooperative in a non-trial procedure. As indicated in the literature, the order for the appropriate application of Article 17^o, paragraph 1 of l.h.c. (expressed in Art. 17^o, para. 2 of the l.h.c.) in the case of the death of one of the spouses who jointly held the cooperative ownership right to the premises means that the representative should represent all the beneficiaries of this right.

⁹ See further Koszel, *Prawa rodziny do mieszkania spółdzielczego*, Chapter VIII, 8.1.

¹⁰ Królikowska, „art. 17^o u.s.m”.

This includes both the spouse who has retained his share in the cooperative ownership right to the premises and the heirs who have inherited part of the share of the deceased spouse^[11].

It should also be mentioned that the cooperative ownership right to an apartment may be held by several entities, but membership in a cooperative is generally individual. According to Article 3(2) of the l.h.c., an exception applies only to spouses, if they are jointly entitled to the premises. In light of the above, if there are several heirs entitled to the cooperative ownership right to the premises, then the person who will become a member of the cooperative must be chosen^[12]. Pursuant to Article 3, paragraph 5 of the l.h.c., in the event of a dispute and the appearance of several entitled persons, the court shall decide in non-trial proceedings. After the expiration of the time limit set by the cooperative for the application to the court, which may not exceed twelve months, the choice shall be made by the housing cooperative. Pending the settlement or the choice made by the cooperative, the entitled persons may appoint a representative from among their number to exercise the rights of membership in the cooperative.

It should be noted that according to the l.h.c., the situation of a spouse in the case of inheritance of a cooperative ownership right to premises (or a share in it) is not more favorable than that of other heirs. If the indicated title to the premises was held jointly by the spouses, upon the death of one of them, the surviving spouse is entitled to his original share plus the share acquired through inheritance. If the right belonged only to the deceased spouse, it will be included in the estate in its entirety. All heirs who acquired the cooperative ownership right to the premises by inheritance are entitled to use the entire property^[13]. The legislator did not specify the obligation to divide the inheritance^[14], but each of the heirs may claim the abolition of the fractional community of the cooperative ownership right to the premises under the provisions on the abolition of ownership. The surviving spouse may claim the distribution of the designated limited right *in rem* in proceedings on the division of joint property and the division of the estate^[15]. In addition, as mentioned above, pursuant

¹¹ Ibidem.

¹² Anna Sylwestrzak, *Pełnomocnictwo. Komentarz* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2020), 215.

¹³ Koszel, *Prawa rodziny do mieszkania spółdzielczego*, Chapter VIII, 8.3.2.

¹⁴ See the judgment of the CT of May 21, 2001, SK 15/00, OTK 2001 No. 4, item 85.

¹⁵ Roman Dziczek, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2018), 359.

to Article 222 paragraph 1 in conjunction with Article 251 of the Civil Code the beneficiaries of a cooperative ownership right to premises have a claim against the person who is actually in possession of the property (taking into account the protection of the spouse and relatives under Article 923 of the Civil Code). Pursuant to Article 1029 § 1 of the Civil Code, heirs are also entitled to file a lawsuit to claim the inheritance as a whole^[16].

The issues related to the termination of the marriage due to the death of one of the spouses in the context of the cooperative tenancy right to the residential premises are quite different from those of the cooperative ownership right. This right is non-transferable, does not pass to heirs and is not subject to execution (Art. 9, para. 3 of the l.h.c.). In the event of the death of the holder of this right, it does not enter the estate and does not pass to the heirs. Pursuant to Article 9(5) of the l.h.c., it may belong to a single person or to spouses. In order to protect the surviving spouse and, at the same time, the family founded by the spouses, the legislator introduced into the legal order a detailed regulation on the existence of cooperative tenancy right to the residential premises in the event of the death of one of the spouses. Pursuant to Article 14 (1) of the l.h.c., if the right was held by both spouses, it does not expire in such a situation, but is transferred to the other spouse. This means that the spouse after the deceased spouse the spouse acquires *ex lege* a share in this right (together with the associated housing contribution), so he acquires full rights to the premises^[17]. As pointed out in the literature, the right of both spouses mentioned in the provision should be understood as the existence between the spouses of a joint community in cooperative tenancy right to the residential premises, and not a community in fractional parts^[18]. Upon acquiring this right, the surviving spouse (if not previously a member of the cooperative) acquires simultaneously membership in the housing cooperative^[19]. It should also be noted that a separate issue from the acquisition of the cooperative right to the residential premises is the housing contribution, which is subject to inheritance. The heirs of a deceased spouse are entitled to a claim for payment of a certain sum for the corresponding part of the housing

¹⁶ Królikowska, „art. 17^o u.s.m”.

¹⁷ Katarzyna Królikowska, „art. 14 u.s.m”, [in:] *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, ed. Bogusław Lackoroński (Legalis, 2023).

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ See in more detail Ewa Bończak-Kucharczyk, *Housing Cooperatives. Commentary* (Lex, 2018), Art. 14 l.h.c.; Królikowska, „art. 14 u.s.m”.

contribution^[20] against the spouse to whom the cooperative tenancy right to the residential premises fell^[21].

As mentioned above, Article 14(1) of the l.h.c. is applicable only if the cooperative housing tenancy right to the residential premises belonged to both spouses. If only the deceased spouse was entitled to this right, or if both spouses were entitled to it on the basis of fractional ownership, the above provision does not apply. Consequently, the right is extinguished, and the surviving spouse is not entitled to the property. In such a situation, Article 15 of the l.h.c. is applicable. According to paragraph 1 of this provision, in the case of expiration of cooperative housing tenancy right to the residential premises, inter alia, as a result of the death of the entitled person, the relatives^[22] of the deceased have a right to conclude an agreement for the establishment of a cooperative housing tenancy right to the residential premises. The agreement is concluded under the terms of the existing agreement on the establishment of this right (Art. 15 sec. 2¹ l.h.c.). Accordingly, the spouse of a deceased beneficiary, so to speak, “compete” with other relatives in this respect. In the light of Article 15 paragraph 4 of the l.h.c., in order to preserve the above-mentioned rights, it is necessary to submit, within one year^[23] from the death of the entitled person^[24], written assurances of the willingness to conclude a contract for the establishment of this right. If there is more than one rightful claimant, the court shall decide in a non-trial settlement. The court takes into account,

²⁰ Judgment of the Gliwice District Court of 10.04.2018, III Ca 1623/17, Legalis no. 2030957; Judgment of the Supreme Court of 13.05.2009, IV CSK 19/09, Cooperative Monitor 2010, no. 4, items 28-30.

²¹ On the eligibility of heirs to inherit the right to a housing contribution made by a deceased spouse, see more extensively: Królikowska, „art. 14 u.s.m” (Legalis, 2023).

²² Pursuant to the legal definition in Article 2(5) of the Housing Cooperatives Act, a close relative within the meaning of the Housing Cooperatives Act is a descendant, ascendant, sibling, sibling’s children, spouse, adoptee and adopted person, as well as a person who is actually in common life.

²³ As indicated in the judgment of the SA in Warsaw on 17.06. 2015. (I ACa 1357/14, LEX No. 1768736): „The time limit for assertion of claims referred to in Article 15(4) of the A.s.m. is a substantive law time limit, known as a lapse period”. However, it is permissible to apply Article 5 of the Civil Code to the evaluation of the charge of the cooperative caused by the consequences of failure to meet the deadline of Article 15, paragraph 4 of the l.h.c. – so: judgment of the Supreme Court of 28.02.2017, I CSK 93/16, Legalis No. 1637546.

²⁴ See: judgment of the Supreme Court of 30.10.2008, II CSK 237/08, LEX No. 490934.

in particular, whether the person entitled to conclude the agreement lived with the deceased cooperative member (deceased spouse). However, after the unsuccessful expiration of the deadline set by the cooperative for going to court, the choice is made by the housing cooperative. In the event that the claim was decided by the court, the persons who remained in the dispute are obliged to immediately notify the cooperative of to whom the cooperative tenancy right to housing fell. Until such notification, the persons in dispute are jointly and severally liable for the fees referred to Article 4 (1) of the l.h.c.^[25].

3 | Termination of marriage as a result of divorce

As mentioned above, a marriage is terminated by divorce when there is a complete and permanent dissolution of the marriage between the spouses. A divorce has a number of consequences with regard to the former spouses' right to a cooperative housing unit, which may have belonged to both spouses or only to one of them.

With regard to the cooperative ownership right to premises, the legislator did not stipulate in the l.h.c. that the former spouses must take any actions. As in the case of ownership, if the right was held jointly by the spouses on the basis of joint ownership (it was a part of the joint property), it is transformed into a joint right on the basis of fractional joint ownership after the divorce decree. Problems concerning the division of the joint property of the spouses or the division of their joint apartment due to the framework of the article have not been considered.

Due to the nature of the cooperative tenancy right to the residential premises, in the event of the cessation of marriage due to divorce, the legislator imposed additional obligations on the spouses. Pursuant to Article 13 of the l.h.c., in such a case, the former spouses are obliged to inform the cooperative which of them holds the aforementioned right to the premises. Until the notification, the former spouses are jointly and severally liable for the maintenance fees. It should be emphasized that the indicated obligation exists only if the right was enjoyed by both former spouses during the

²⁵ See more extensively: Katarzyna Królikowska, „art. 15 u.s.m”, [in:] *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, ed. Bogusław Lackoroński (Legalis, 2023).

marriage jointly, and therefore, if it is necessary to divide the joint property after the cessation of the marriage. The provision of Article 13 l.h.c. is also inapplicable when the spouses had a system of property separation, and the cooperative tenancy right to the residential premises was vested exclusively in one of the spouses^[26]. The obligation to notify the cooperative is a consequence of the principle of single subjectivity of the analyzed right to the premises – it can belong to one person or to spouses (Art. 9 para. 5 of the l.h.c.). However, the cessation of a marriage through its dissolution by divorce does not entail the termination of the membership of the former spouses in the housing cooperative. As long as the former spouses do not divide the community of property (including the cooperative tenancy right to the residential premises), they do not lose their membership in the cooperative^[27]. At the same time, the legislation does not set a deadline for the divorced spouses to divide the community property, nor does it set a deadline for notifying the cooperative about which of the former spouses has the cooperative tenancy right to the residential premises^[28]. After the dissolution of the marriage (from the moment of the termination of the community of property), the former spouses are still jointly entitled to the cooperative tenancy right to the housing premises, but no longer on the basis of community of property, but on the basis of fractional community of property. Therefore, it is necessary to divide the joint property, and at the same time the analyzed right to the premises, in order to award this right to one of the former spouses. This is tantamount to the loss of the right of the other former spouse and, at the same time, to the termination *ex lege* of his membership in the housing cooperative^[29]. The Supreme Court also took an analogous position, stating that: “As long as the joint cooperative right to the premises has not been divided or has not expired in accordance with the law, or has not been rendered invalidated by the statute of limitations, both divorced spouses are entitled to it, and the mere abandonment of the premises and non-residence therein by one of the divorced spouses cannot be equated with the loss of the right”^[30]. If the death of one of the

²⁶ Katarzyna Królikowska, „art. 13 u.s.m”, [in:] *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, ed. Bogusław Lackoroński (Legalis 2023).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Adam Stefaniak, *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2018), 451.

²⁹ Królikowska, „art. 13 u.s.m”.

³⁰ Cited: decision of the Supreme Court of 15.02.2019, III CSK 50/17, LEX No. 2621156.

former spouses occurs after the termination of the marriage as a result of divorce, the former surviving spouse remains entitled to the cooperative tenancy right to the residential premises under Article 14 of the l.h.c.^[31]. In addition, the subsequent spouse of the deceased, despite remaining in the premises, does not acquire an independent right to conclude a contract for the establishment of a cooperative tenancy right to a premises^[32].

It is also necessary to mention the situation in which the cooperative tenancy right to a premises (this also applies to the cooperative ownership right to the premises) was vested exclusively in one of the spouses during the marriage was exclusively vested in one of the spouses within the framework of a divorce court decision on the use of the apartment, as well as a decision on the eviction of one of the spouses. During the marriage, a spouse who does not have legal title to the apartment may use the apartment to which the other spouse has legal title on the basis of the so-called family right to the apartment (Article 28¹ Family and Guardianship Code). Pursuant to the first sentence of Article 58 para. 2 of the Family and Guardianship Code, in a divorce judgment the court shall also decide on the use of the apartment during the period of cohabitation of the divorced spouses. According to the established jurisprudence, a divorced spouse who does not have the legal title to the premises for the use of a separate part of a jointly occupied apartment does not constitute an effective objection that nullifies the demand of the other spouse under the disposition of Article 222 paragraph 1 of the Family and Guardianship Code.^[33] Exceptionally, when one of the spouses by his grossly reprehensible conduct prevents cohabitation, the court may order his eviction at the request of the other spouse. (Article 58 para. 2 sentence 2 of the Civil Code). Again, the jurisprudence indicates that the eviction of a spouse cannot be ordered if he or she has a cooperative tenancy right to a residential premises, which is his personal property^[34].

³¹ Królikowska, „art. 13 u.s.m”.

³² Order of the Supreme Court of 15.02.2019, III CSK 50/17; See Adam Bieranowski, „Zakres podmiotowy spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego w razie ustania małżeństwa a dopuszczalność i konfiguracje uwłaszczenia - uwagi na kanwie postanowienia Sądu Okręgowego w Suwałkach - I Wydział Cywilny z 20.10.2020 r., I Cz 231/20” *Rejent*, No. 2 (2021): 97-108 and the postulate made there *de lege ferenda* to amend the regulation of the Act on housing cooperatives.

³³ This is the case, among others, in the judgment of the SA in Gdansk of 25.02.2011, I ACa 928/10, LEX No. 936510.

³⁴ Such as, among others, the resolution of the Supreme Court of 23.07.2008, III CZP 73/08, LEX No. 408414, the judgment of the Supreme Court of 26.01.1998, III CKU 32/97, LEX No. 3223191.

4 | Summary

The selected issues presented above show that the cessation of the marriage, as a result of the death of one of the spouses and as a result of a divorce decree, gives rise to a series of serious consequences in the area of the rights of the spouses rights withig the housing cooperative. These consequences are varied and depend on the title to the premises to which the beneficiaries were entitled and whether it was held jointly by both spouses and only by one of them.

In the event of the death of one spouse, the other spouse may inherit the cooperative ownership right to the premises or a share in this right. It is also possible for this right to pass to several heirs. If the surviving spouse did not dispose of this property right and is not an heir, the l.h.c. does not provide any additional protection for such a person. However, an eligible person may dispose of his cooperative ownership right to the premises during his lifetime (whether by will or by a legacy bequest). In the case of a cooperative tenancy right to the residential premises, the legislator has introduced several special solutions. If the right was held jointly by spouses, then upon the death of one of them, it passes to the other spouse. Such a construction undoubtedly serves to protect the surviving spouse, as well as to protect the welfare of the family that the spouses have created through their union. If, on the other hand, the tenancy right belonged exclusively to the deceased spouse or to both spouses on the basis of fractional ownership, the right is extinguished upon death and the next of kin (including the surviving spouse) is entitled to conclude a contract for the establishment of a cooperative tenancy right to the residential premises. As noted in the literature^[35], such a solution may raise objections, and it is proposed to modify it by adopting the construction of entry into the legal relationship of a circle of relatives (thus, a solution similar to that in the situation of the death of a tenant).

If the marriage is terminated by divorce, the cooperative ownership right to premises, if it was part of the community property, is subject to division. The l.h.c. does not provide for any special rules in this regard. With respect to the cooperative tenancy right to the residential premises, the legislator imposed an obligation on former spouses who held the right jointly to notify the cooperative to whom the right belonged. I If the former spouses do not divide the joint property and one of them dies, the

³⁵ See Koszel, *Prawa rodziny do mieszkania spółdzielczego*, Chapter VIII, 8.6.

surviving former spouse is entitled to the right cooperative tenancy right to the residential premises. Such a solution may give rise to objections, especially when a subsequent spouse of the deceased uses the premises subject to this cooperative tenancy right, and does not acquire an independent right to conclude a contract for the establishment of a cooperative tenancy right in his favor.

It should be noted that the changes made so far in the l.h.c. have largely positively affected the situation of spouses (and former spouses) who use premises in a housing cooperative. Nevertheless, in view of the constitutional need to protect the family, there are still areas where appropriate changes are needed.

Bibliography

- Bieranowski Adam, „Zakres podmiotowy spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego w razie ustania małżeństwa a dopuszczalność i konfiguracje uwłaszczenia – uwagi na kanwie postanowienia Sądu Okręgowego w Suwałkach – I Wydział Cywilny z 20.10.2020 r., I Cz 231/20” *Rejent*, No. 2 (2021): 97-108.
- Bonczak-Kucharczyk Ewa, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*. Lex 2018.
- Dziczek Roman, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych*. Warsaw: Wolters Kluwer, 2018.
- Fras Mariusz, „art. 23 k.r.o.”, [in:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, ed. Mariusz Fras, Magdalena Habdas. 144-150. Warsaw: Wolters Kluwer, 2021.
- Ignatowicz Jerzy, Mirosław Nazar, *Prawo rodzinne*, Warsaw: Wolters Kluwer, 2016.
- Królikowska Katarzyna, „art. 13 u.s.m”, [in:] *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, ed. Bogusław Lackoroński. Legalis 2023.
- Królikowska Katarzyna, „art. 14 u.s.m”, [in:] *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, ed. Bogusław Lackoroński. Legalis 2023.
- Królikowska Katarzyna, „art. 15 u.s.m”, [in:] *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, ed. Bogusław Lackoroński. Legalis 2023.
- Królikowska Katarzyna, „art. 17^o u.s.m”, [in:] *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, ed. Bogusław Lackoroński. Legalis 2023.
- Koszel Elizabeth, *Prawa rodziny do mieszkania spółdzielczego*. Lex 2012.

Stefaniak Adam, *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych*. Warsaw: Wolters Kluwer, 2018.

Sylwestrzak Anna, *Pełnomocnictwo. Komentarz. Commentary*. Warsaw: Wolters Kluwer, 2020.



CEZARY MIK

Prawa człowieka w czasach rywalizacji geopolitycznej XXI wieku

Human Rights and the Geopolitical Rivalry in the Twenty-First Century

Abstract

Human rights are among the recognized areas of international law. However, global actors such as the United States, the European Union, China and Russia have different perceptions of their place in the international order. These differences have been exacerbated as China and Russia have increasingly challenged the dominant position of the United States since the late 20th century. Russia's aggression against Ukraine and the practical division of the world into the West and East have been of additional importance in exacerbating the differences. The positions of these parties with regard to human rights are presented in the context of the formulation of doctrines of the international order, the attitude towards the attempt to recognize that certain human rights constitute norms *ius cogens*, and the relationship between human rights and unilateral coercive measures.

SŁOWA KLUCZE: prawa człowieka, prawo międzynarodowe, porządek międzynarodowy oparty na zasadach, liberalny porządek międzynarodowy, *ius cogens*, jednostronne środki przymusowe

KEYWORDS: human rights, international law, rules-based international order, liberal international order, *jus cogens*, unilateral coercive measures

CEZARY MIK, profesor nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, ORCID – 0000-0002-6758-1909, e-mail: c.mik@uksw.edu.pl

1 | Wstęp

Międzynarodowa ochrona praw człowieka jest dzisiaj uznanym działem prawa międzynarodowego. Mimo że jest to dziedzina stosunkowo młoda, to wywiera ona znaczący wpływ na tradycyjne prawo międzynarodowe^[1]. U podstaw międzynarodowej ochrony praw człowieka leży Karta NZ. Jednak nie postrzega ona praw człowieka w kategoriach zasady, lecz celu i dziedziny współpracy międzynarodowej (art. 1, 55 Karty). W okresie Zimnej Wojny ochrona praw człowieka rozwijała się stopniowo i nie bez oporów. Chociaż przyjęto Uniwersalną deklarację praw człowieka i Pakty praw, szereg konwencji szczegółowych w ramach ONZ (tzw. *core conventions*), jak również regionalne traktaty ochrony praw człowieka, to jednak wciąż była ona przedmiotem sporów. Część państw podnosiło, że prawa człowieka nie mogą stanowić podstawy do wkraczania w materie objęte ich kompetencją wewnętrzną ani naruszać ich suwerenności. W efekcie zasada poszanowania praw człowieka nie znalazła się w Deklaracji zasad prawa międzynarodowego z 1970 r.^[2]

Upadek ZSRR i rozpad bloku państw socjalistycznych w Europie zwiastował korzystne zmiany. Istotnie, nastąpiło ożywienie ochrony. U zarania XXI w. Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło dwie rezolucje (w składzie szefów państw lub rządów, bez głosowania), które uwypukliły wagę praw jednostki. W Deklaracji milenijnej z 2000 r.^[3] podkreślono znaczenie zasad godności ludzkiej, równości i słuszności. Zobowiązano się do wspierania celów i zasad Karty w tym poszanowania praw człowieka. Za fundamentalne wartości w stosunkach międzynarodowych uznano m.in. wolność, równość, solidarność, tolerancję. Zobowiązano się do podejmowania wysiłków w celu promowania demokracji, umocnienia rządów prawa oraz poszanowania wszystkich międzynarodowo uznanych praw człowieka i podstawowych wolności. W drugiej z nich, tzw. Wyniku Szczytu Światowego z 2005 r.^[4], także potwierdzono, że do wspólnych wartości

¹ Frédéric Vanneste, *General International Law before Human Rights Courts. Assessing the Speciality Claims of International Human Rights Law* (Cambridge-Anтверp: Intersentia 2010); *The Impact of Human Rights on General International Law*, red. Menno Kamminga, Martin Scheinin (Oxford: Oxford University Press, 2009).

² Eibe Riedel, „Human Rights Protection as a Principle”, [w:] *The UN Friendly Relations Declaration at 50. An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, red. Jorge E. Viñuales (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 231 i n.

³ A/RES/55/2.

⁴ A/RES/60/1.

podstawowych należy m.in. poszanowanie praw człowieka, ponownie podkreślono wagę celów i zasad Karty NZ, w tym poszanowania praw człowieka.

Jednocześnie na przełomie wieków zakwestionowano ład międzynarodowy w wersji określonej po zakończeniu Zimnej Wojny. Chiny i Rosja oraz ich sojusznicy, poczynawszy od noty skierowanej do Sekretarza Generalnego ONZ z 23 kwietnia 1997 r. zawierającej „Wspólną deklarację w sprawie wielobiegunowego świata i ustanowienia nowego porządku międzynarodowego”^[5], podkreśliły aktualność rozwiązań przyjętych w Karcie NZ, lecz zaczęły domagać się ustanowienia nowego porządku wielobiegunowego i odzwierciedlającego go prawa międzynarodowego. Żądania zmian ładu pozimnowojennego nasiliły się poczynawszy od 2008 r. i nabrały szczególnego kolorytu wraz z agresją Rosji na Ukrainę (2014/2022). Nastąpił czas potężnej, w zasadzie globalnej, rywalizacji geopolitycznej. Dotknęła ona rykoszetem również prawa człowieka.

W tym kontekście interesujące jest, jakie miejsce zajmują prawa człowieka i ich ochrona w aktualnych stanowiskach (doktrynach) głównych aktorów sceny międzynarodowej, tj. Stanów Zjednoczonych, Unii Europejskiej (umownie Zachodu), Rosji i Chin (umownie Wschodu). W ramach tego opracowania poglądy tych aktorów zostaną odniesione do trzech kwestii:

1. miejsca praw człowieka w porządku międzynarodowym;
2. stosunku aktorów globalnych do norm *iuris cogentis* w zakresie, w jakim dotyczą one praw człowieka;
3. stanowiska aktorów globalnych w odniesieniu do praw człowieka w kontekście stosowania jednostronnych środków przymusowych.

2 | Prawa człowieka z perspektywy strategicznej

Miejsce praw człowieka w porządku międzynarodowym jest ustalane w podstawowych dokumentach politycznych, czasem także prawnych, państw i organizacji. Do dokumentów politycznych należą zwłaszcza strategie bezpieczeństwa i dokumenty koncepcyjne polityki zagranicznej,

⁵ Joint Declaration on a Multipolar World and the Establishment of a New International Order, A/52/153, S/1997/384.

które charakteryzują istniejący porządek międzynarodowy i formułują jego ocenę oraz wskazują kierunki działania państw (organizacji). Są one dokumentami politycznymi, ale mogą mieć również doniosłe znaczenie dla prawa międzynarodowego. W sferze tworzenia prawa międzynarodowego mogą stanowić wyraz świadomości państw (organizacji) i mieć znaczenie w kontekście oceny zamiaru i zgody na związanie prawem międzynarodowym oraz jako element praktyki i akceptacji zwyczaju lub uznania zasad ogólnych prawa. W sferze stosowania prawa mogą być uważane za przejaw interpretacji politycznej prawa międzynarodowego i przesłankę możliwej argumentacji w sporach międzynarodowych. Mogą też stanowić tło umożliwiające zrozumienie i ocenę konkretnych zachowań państw (organizacji) w zakresie egzekwowania prawa międzynarodowego lub ochrony interesów państw (organizacji)^[6].

2.1. Stanowisko Zachodu

2.1.1. Prawa człowieka w porządku międzynarodowym w ujęciu Stanów Zjednoczonych

Miejsce praw człowieka w porządku międzynarodowym z perspektywy Stanów Zjednoczonych określają zwłaszcza strategie bezpieczeństwa narodowego. Podstawą ich przyjmowania jest obecnie Goldwater-Nichols Department of Defence Reorganisation Act z 1986 r., chociaż dokumenty te są wydawane oficjalnie od 1977 r. Prezydenci wydają co najmniej jedną taką strategię podczas kadencji. Prawa człowieka pojawiają się w nich w tym większym zakresie, im bardziej liberalne jest nastawienie administracji (a zatem podkreślane bardziej przez administracje demokratów niż republikanów). Niemniej, jeśli brać pod uwagę administracje pozimnowojenne, to prawa człowieka po raz pierwszy pojawiły się jako priorytet (nie zawsze jako priorytet najważniejszy) w strategii narodowej G.W. Busha, następnie w strategiach B. Obamy i J. Bidena. Marginalnie natomiast występują w strategii D. Trumpa^[7].

⁶ Zob. dużo bardziej krytyczną, ale też niespójną, ocenę krajowych strategii bezpieczeństwa: Alyson J.K. Bailes, Anna Wetter, „Security Strategies”, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online, January 2013, pkt 12, 13, 19-21.

⁷ John J. Chin, Kiron Skinner, Clay Yoo, „Understanding National Security Strategies Through Time” *Texas National Security Review*, No. 4 (2023): 104, 122-123.

Obecnie prawa człowieka są jednym z kluczowych elementów lansowanej przez Stany Zjednoczone, w tym zwłaszcza B. Obamę i J. Bidena, koncepcji porządku międzynarodowego opartego na zasadach (ang. *rules-based international order*). Stanowią nie tylko regułę promowaną, ale są także punktem odniesienia dla formułowania krytyki innych państw, zwłaszcza Rosji i Chin, oraz przesłanką podejmowania działań interwencyjnych. U J. Bidena, przestrzeganie praw człowieka jest jednym z głównych kryteriów odróżniania demokracji i autokracji oraz fundamentem koalicji państw podzielających wspólne wartości liberalne, czasem nawet państw nieautorytarnych, o ile nie są im otwarcie przeciwnie.

W Narodowej strategii bezpieczeństwa J. Bidena z 2022 r. uznaje się, że prawa człowieka są uniwersalne (i w tym znaczeniu obowiązują na całym świecie) i jako takie muszą być przestrzegane. Wsparcia dla demokracji i praw człowieka na całym świecie powinni udzielać również demokratyczni sojusznicy i partnerzy USA. Jak się wskazuje,

Działania mające na celu wzmocnienie demokracji i obronę praw człowieka mają kluczowe znaczenie dla Stanów Zjednoczonych nie tylko dlatego, że jest to zgodne z naszymi wartościami, ale także dlatego, że poszanowanie demokracji i wspieranie praw człowieka promuje globalny pokój, bezpieczeństwo i dobrobyt. [...] Wraz z naszymi sojusznikami i partnerami pociągamy również państwa do odpowiedzialności za naruszenia i nadużycia praw człowieka, w tym wobec mniejszości etnicznych i religijnych.

W tym kontekście USA zapowiadają, że będą dążyć do pociągnięcia Chin

do odpowiedzialności za nadużycia – ludobójstwo i zbrodnie przeciwko ludzkości w Sinciangu, łamanie praw człowieka w Tybecie oraz demontaż autonomii i wolności Hongkongu – nawet jeśli będzie on próbował zmusić kraje i społeczność do milczenia.

Z kolei w odniesieniu do Rosji stwierdza się, że rosyjski rząd narusza prawa człowieka swoich obywateli, tłumi opozycję i zamyka niezależne media, a jej system polityczny nie reaguje na potrzeby swoich obywateli.

2.1.2. Prawa człowieka w porządku międzynarodowym według Unii Europejskiej

W porównaniu do Stanów Zjednoczonych stanowisko Unii Europejskiej w wobec praw człowieka w porządku międzynarodowym jest dużo bardziej jednoznaczne i rozbudowane. W odniesieniu do stosunków zewnętrznych określają je traktaty, zwłaszcza Traktat o Unii Europejskiej. O prawach człowieka wspomina art. 3 TUE w kontekście celów działania zewnętrznego Unii: Unia ma przyczyniać się m.in. do ochrony praw człowieka, w szczególności praw dziecka. Z kolei art. 21(1) stanowi, że zasadami, którymi kieruje się Unia w działaniu zewnętrznym są m.in. demokracja, rządy prawa, uniwersalizm i niepodzielność praw człowieka i podstawowych wolności oraz poszanowanie godności ludzkiej. Celem działania Unii jest umacnianie i wspieranie demokracji, praw człowieka i rządów prawa (art. 21(2)(b) TUE). UE zobowiązała się też do przystąpienia do Europejskiej konwencji praw człowieka (art. 6(2) TUE) i poddania się kontroli Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, co jednak – jak dotąd – nie nastąpiło.

Ogólne stanowisko Unii w sprawie miejsca praw człowieka w porządku międzynarodowym jest przedstawione zwłaszcza we „Wspólnej wizji, wspólnym działaniu: Silniejszej Europie” będącej globalną strategią na rzecz polityki zagranicznej i bezpieczeństwa z 2016 r. Unia zobowiązała się w niej do „włączenia (ang. *to mainstream*) praw człowieka i kwestii płci (ang. *gender*) do głównego nurtu polityki we wszystkich sektorach i instytucjach”. Jak Stany Zjednoczone, UE opowiada się za porządkiem opartym na zasadach, nazywając go najczęściej globalnym. Łączy też poszanowanie praw człowieka z pokojem i bezpieczeństwem, a także ze zrównoważonym rozwojem. W strategii stwierdza się, że „wielostronny porządek oparty na prawie międzynarodowym, w tym na zasadach Karty Narodów Zjednoczonych i Uniwersalnej deklaracji praw człowieka, jest jedyną gwarancją pokoju i bezpieczeństwa w kraju i za granicą”. W innym miejscu zauważa się, że „UE jest zaangażowana w globalny porządek oparty na prawie międzynarodowym, który zapewnia prawa człowieka, zrównoważony rozwój i trwały dostęp do globalnych dóbr wspólnych”. W działaniu zewnętrznym Unia ma „promować odpowiedzialność za ochronę, międzynarodowe prawo humanitarne, międzynarodowe prawo praw człowieka i międzynarodowe prawo karne”, a także wspierać Radę Praw Człowieka ONZ, zachęcać do jak najszerszej akceptacji jurysdykcji MTK i MTS. Łączenie praw człowieka i międzynarodowego prawa karnego jest charakterystyczne dla podejścia UE, ale już nie USA.

Podejście Unii Europejskiej do praw człowieka jako składnika porządku międzynarodowego znajduje konkretyzację w różnych aktach politycznych i prawnych. Wśród pierwszych można odnotować np. konkluzje Rady w sprawie priorytetów UE w zakresie praw człowieka w ONZ, które są przyjmowane co roku^[8], do drugich decyzję Rady 2020/1999^[9] i rozporządzenie Rady 2020/1998 z 7 grudnia 2020 r. dotyczące środków ograniczających stosowanych w sytuacji poważnych naruszeń i nadużyć praw człowieka^[10].

Konkluzje Rady w sprawie priorytetów UE na forach ONZ dotyczących praw człowieka w 2024 r. są świadectwem przyjęcia jednoznacznie liberalnej wizji porządku międzynarodowego i w jego ramach – praw człowieka. Akcentuje się mocno związek praw człowieka z międzynarodowym prawem humanitarnym i międzynarodowym prawem karnym, konieczność współpracy z organami i procedurami ONZ. Potępia się naruszenia i nadużycia praw człowieka, przywiązując dużą wagę do znaczenia równości płci, zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego oraz praw reprodukcyjnych.

Podkreśla się też, że prawa człowieka są „uniwersalne, niepodzielne, współzależne i wzajemnie powiązane, niezależnie od tego, czy są to prawa obywatelskie, kulturowe, gospodarcze, polityczne czy socjalne”. Jednocześnie odnawia się zaangażowanie Unii „na rzecz praw człowieka w obecnym napiętym środowisku międzynarodowym, naznaczonym wzrostem konfliktów zbrojnych, autorytaryzmem, dezinformacją i sprzeciwem wobec równości płci (ang. *gender*)”. Jako zwolennik globalnego porządku opartego na zasadach, Unia potwierdza też „swoje zaangażowanie na rzecz skutecznego multilateralizmu”.

W ramach ONZ rozpoczęto prace nad Paktem dla Przyszłości (the Pact for the Future)^[11] i Szczytem Przyszłości. W tym kontekście w Konkluzjach z 2024 r. uznano, że prawa człowieka i równość płci (ang. *gender*) powinny zostać uwzględnione w całym Pakcie. Powinien on opierać się

⁸ Konkluzje dotyczące priorytetów Unii na forach praw człowieka w 2024. https://www.eeas.europa.eu/delegations/un-geneva/council-conclusions-eu-priorities-un-human-rights-fora-2024-o_en?s=62 Zob. też oraz Wytyczne dotyczące dialogu na temat praw człowieka z krajami partnerskimi/państwami trzecimi z 2021 r. Revised EU Guidelines, doc. 6279/21, Annex. tekst: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/human_rights_dialogue_guidelines.pdf. Wytyczne w poprzedniej wersji z 2008 – Doc. 16526/08. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16526-2008-INIT/en/pdf>.

⁹ OJ L 410 I/13.

¹⁰ OJ L 2020/1998, zm. rozporządzeniem Rady 2024/1034, OJ L 2024/1034.

¹¹ Summit of the Future Multilateral Solutions for a Better Tomorrow, 22-23 September 2024, <https://www.un.org/en/summit-of-the-future>.

„na wzajemnych powiązaniach między prawami człowieka, pokojem i bezpieczeństwem oraz zrównoważonym rozwojem”.

W Konkluzjach podkreślono również, że UE ma „działać na rzecz zapobiegania naruszeniom i łamaniu praw człowieka i położenia im kresu”, a także zająć się problemem „odpowiedzialności za naruszenia i nadużycia praw człowieka, niezależnie od miejsca ich wystąpienia”^[12]. W tym kontekście wskazano na szczególne znaczenie MTK, zachowanie jego niezależności i integralności. Unia ma również „wzywać lub wspierać apele innych o niezależne dochodzenia w sprawie naruszeń i nadużyć praw człowieka oraz naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego, w tym tych, które mogą stanowić zbrodnie międzynarodowe”.

Konkluzje Rady uzmysławiają również, że – podobnie, jak USA – UE pozostaje jednoznacznie krytyczna wobec naruszeń praw człowieka m.in. w Rosji i w Chinach. Unia potępia zatem „niesprowokowaną i nieuzasadnioną wojnę Rosji przeciwko Ukrainie oraz ciągłe naruszanie przez Rosję międzynarodowego prawa człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego na Ukrainie, w tym arbitralne zatrzymania, tortury, złe traktowanie, wymuszone zaginięcia oraz przemoc seksualną i przemoc ze względu na płeć (ang. *gender*)”. Wzywa do „dalszych wysiłków na rzecz zapewnienia odpowiedzialności za wszystkie zbrodnie międzynarodowe i naruszenia praw człowieka wynikające z rosyjskiej wojny napastniczej, podkreślając, że należy zapewnić odpowiedzialność w jej najszerszym znaczeniu, w tym prawa ofiar do sprawiedliwości i zadośćuczynienia, a także gwarancje niepowtórzenia”. Unia opowiada się w szczególności za podejmowaniem dalszych wysiłków w celu ustanowienia „trybunału do ścigania zbrodni agresji przeciwko Ukrainie, który cieszyłby się jak najszerszym ponadregionalnym poparciem i legitymacją, oraz przyszłego mechanizmu odszkodowawczego”, wyrażając poparcie dla rejestru szkód Rady Europy spowodowanych agresją Rosji przeciwko Ukrainie, jak również dla dochodzeń prowadzonych przez Prokuratora MTK i odnowienia mandatu Komisji Śledczej ds. Ukrainy powołanej przez Radę Praw Człowieka ONZ.

Unia zapowiada też, że „będzie nadal monitorować i potępiać systematyczne i nasilające się represje wewnętrzne wobec społeczeństwa obywatelskiego i stygmatyzowanych grup, w tym osób LGBTI” w Rosji. Potępia też

¹² Unia co roku ocenia sytuację w niemal wszystkich państwach świata. Zob. EU Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2023 Country Updates. https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/2024/2023%20EU%20country%20updates%20on%20human%20rights%20and%20democracy_2.pdf.

„skuteczne zamykanie przestrzeni obywatelskiej, uciszanie publicznego sprzeciwu, opozycji politycznej i niezależnych mediów, brak niezależności sądownictwa i gwarancji sprawiedliwego procesu, stosowanie tortur i złego traktowania oraz arbitralne zatrzymania”. Ma również „wzywać Rosję do pełnej współpracy ze wszystkimi międzynarodowymi i regionalnymi mechanizmami monitorowania praw człowieka oraz ze wszystkimi specjalnymi procedurami związanymi z sytuacją w zakresie praw człowieka w Federacji Rosyjskiej”.

Jeśli chodzi o Chiny, UE wyraziła „poważne zaniepokojenie sytuacją w zakresie praw człowieka w Chinach, w tym w Tybecie, Mongolii Wewnętrznej, Hongkongu i Siciangu”. Tak, jak w przypadku Rosji, zachęca Chiny do współpracy ze wszystkimi międzynarodowymi mechanizmami praw człowieka. UE ma też „zwracać szczególną uwagę na pełne korzystanie z praw człowieka i wykonywanie podstawowych wolności, zwłaszcza wolności poglądów i wypowiedzi, zrzeszania się i pokojowych zgromadzeń, wolności religii lub przekonań, a także na ochronę praw kobiet i dziewcząt, zachowanie tożsamości kulturowej i zaprzestanie wykorzystywania pracy przymusowej i obozów reedukacyjnych, zwłaszcza w świetle powszechnego okresowego przeglądu sytuacji w Chinach”. Unia wzywa również Chiny „do poszanowania, ochrony i przestrzegania praw człowieka wobec wszystkich, w tym Ujgurów, Tybetańczyków i osób należących do mniejszości etnicznych, religijnych i językowych”.

Gdy mowa o środkach prawnych UE, na uwagę zasługują decyzja i rozporządzenie dotyczące środków ograniczających stosowanych w sytuacji poważnych pogwałceń i naruszeń praw człowieka z 2020 r. W szczególności decyzja w swojej preambule podkreśla, że „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, i zobowiązała się do ochrony tych wartości, które odgrywają kluczową rolę w zapewnianiu pokoju i trwałego bezpieczeństwa i są filarami jej działań zewnętrznych”. Wskazuje się, że „Prawa człowieka są powszechne, niepodzielne, współzależne i wzajemnie powiązane”. Zastrzega się, że zasadniczymi podmiotami odpowiedzialnymi za ochronę praw człowieka, w tym za zapewnianie przestrzegania prawa międzynarodowego praw człowieka, są państwa. Dostrzeżono zarazem, że znaczący udział w naruszeniach praw człowieka na całym świecie mają podmioty niepaństwowe. Poważne naruszenia praw człowieka uchybiają zasadom działania zewnętrznego Unii, o którym mowa w art. 21 ust. 1 TUE, i zagrażają jego celom.

Interesujące, że w decyzji i rozporządzeniu ustanowiono wykaz praw i reguł ochronnych, których naruszenie lub nadużycie stanowi przesłankę stosowania jednostronnych środków restrykcyjnych wobec państw lub aktorów niepaństwowych. Nie są to wszystkie prawa jednostki, co oznacza, że UE przywiązuje do niektórych reguł ochronnych szczególną wagę. Zalicza się do nich: 1) ludobójstwo; 2) zbrodnie przeciwko ludzkości; 3) takie poważne naruszenia lub nadużycia praw człowieka, jak tortury oraz inne okrutne, niehumanitarne lub poniżające traktowanie albo karanie, niewolnictwo, pozasądowe, doraźne lub arbitralne egzekucje lub zabójstwa, wymuszone zaginięcia osób, arbitralne aresztowania lub zatrzymania; 4) inne naruszenia lub nadużycia praw człowieka, obejmujące np. takie naruszenia lub nadużycia, w zakresie, w jakim są one szeroko powszechne, systematyczne lub w inny sposób budzące poważne obawy w odniesieniu do celów wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa określonych w art. 21 TUE, jak handel ludźmi, naruszenia praw człowieka przez przemytników migrantów, przemoc seksualna i przemoc ze względu na płeć (ang. *gender*), naruszenia lub nadużycia wolności pokojowego zgromadzania się i zrzeszania się, naruszenia lub nadużycia wolności wyrażania opinii i wolności wypowiedzi, pogwałcenia lub naruszenia wolności religii lub przekonań (art. 1 ust. 1 decyzji, art. 2 ust. 1 rozporządzenia).

Punktem odniesienia uczyniono międzynarodowe prawo zwyczajowe oraz wybrane, szeroko uznawane, traktaty międzynarodowe:

1. Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych;
2. Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych;
3. Konwencję w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa;
4. Konwencję w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania;
5. Międzynarodową konwencję w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej;
6. Konwencję w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet;
7. Konwencję o prawach dziecka;
8. Międzynarodowa konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami;
9. Konwencję o prawach osób niepełnosprawnych;

10. Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję NZ przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej;
11. Rzymski Statut MTK;
12. Europejską konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

2.1.3. Wspólne stanowiska Zachodu

Wspólne stanowisko Zachodu w sprawie praw człowieka jako elementu liberalnego ładu międzynarodowego znajduje wyraz w różnych oświadczeniach organizacji międzynarodowych lub gremiów nieformalnych. Przykładem pierwszego rodzaju może być Koncepcja strategiczna NATO z 2022 r.^[13], przykładem drugim Komunikat G7 ze spotkania w Hiroszynie z 20 maja 2023 r.^[14].

W Koncepcji strategicznej NATO odniesienia do praw człowieka są nieliczne, ale jednoznaczne. Stwierdza się tutaj m.in. „Nasza wizja jest jasna: chcemy żyć w świecie, w którym suwerenność, integralność terytorialna, prawa człowieka i prawo międzynarodowe są szanowane, a każdy kraj może wybrać własną drogę, wolną od agresji, przymusu lub przewrotu. Współpracujemy ze wszystkimi, którzy podzielają te cele”. Podkreśla się też, że więzami, które scalają sojusz transatlantycki są wolność indywidualna, prawa człowieka, demokracja i rządy prawa.

Bardziej rozbudowana wypowiedź na temat praw człowieka ujmowanych bardzo liberalnie (nawet w kategoriach inżynierii społecznej) znajduje się w Komunikacie z Hiroszimy. Państwa należące do G7 deklarują obronę międzynarodowych zasad i wspólnych wartości m.in. przez „promowanie powszechnych praw człowieka, równości płci i godności ludzkiej”. Bardzo obszerna (i odrębna w stosunku do fragmentu poświęconego prawom człowieka) wypowiedź odnosi się także do płci (ang. *gender*) i równości kobiet i mężczyzn osiąganą przez przezwyciężenie długotrwałych barier strukturalnych i zajęcie się szkodliwymi normami, stereotypami, rolami i praktykami dotyczącymi płci. Zasadą równości objęto osoby LGBTQIA+. Celem jest „osiągnięcie społeczeństwa, w którym różnorodność, prawa

¹³ Tekst Koncepcji: <https://www.nato.int/strategic-concept/>.

¹⁴ Hiroshima Leaders' Communiqué, tekst: https://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/hiroshima23/documents/pdf/Leaders_Communique_01_en.pdf?v20231006.

człowieka i godność są szanowane, promowane i chronione, a wszyscy ludzie mogą cieszyć się pełnym życiem wolnym od przemocy i dyskryminacji niezależnie od tożsamości lub ekspresji płciowej czy orientacji seksualnej”. Jednocześnie potępia się ograniczenia, naruszenia i nadużycia praw wymienionych grup i oczekiwanie zapewnienia ich praw na całym świecie. W Komunikacie uczestnicy domagają się zapewnienia „dostępu do bezpiecznej i legalnej aborcji oraz opieki poaborcyjnej”. Wskazuje się także różne środki działania w tych sprawach. Mówi się m.in. o „gender mainstreaming w celu znaczącej transformacji naszych społeczeństw” i podkreśla znaczenie podejścia holistycznego, które obejmie również politykę zagraniczną i zrównoważony rozwój, a także pomoc rozwojową (uzależnienie jej od wprowadzania gender, wspieranie projektów genderowych w państwach rozwijających się).

W odniesieniu do praw człowieka (powiązanych także z uchodźstwem, migracją i demokracją), G7 potwierdziło zobowiązanie do przestrzegania praw człowieka i godności wszystkich, zgodnie z Uniwersalną deklaracją praw człowieka. Zadeklarowano wsparcie dla państw i organizacji społeczeństwa obywatelskiego, „które starają się bronić i promować prawa człowieka przez dialog i współpracę”. Podniesiono też potrzebę pogłębienia zagadnienia biznesa a prawa człowieka, podkreślając wagę „poszanowania praw człowieka i międzynarodowych standardów pracy w działalności gospodarczej i globalnych łańcuchach dostaw oraz dalszego zwiększania odporności, przewidywalności i pewności dla przedsiębiorstw”. Za aktualne uznano „zobowiązanie do ochrony uchodźców, wspierania osób przymusowo wysiedlonych oraz krajów i społeczności przyjmujących, zapewnienia pełnego poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności uchodźców i osób wysiedlonych, a także obrony i promowania praw osób zmarginalizowanych lub osób znajdujących się w trudnej sytuacji zaostrejzonej przez konflikt, kryzys i wysiedlenie, w tym wolności od przemocy seksualnej i przemocy ze względu na płeć (*gender*)”. Wezwano wspólnotę międzynarodową do pójscia w ślady G7. Zobowiązano się też „do walki z bezkarnością i pociągania sprawców do odpowiedzialności za najpoważniejsze przestępstwa o międzynarodowym znaczeniu, w tym przemoc seksualną związaną z konfliktami”. Uznano gospodarcze znaczenie uporządkowanej i bezpiecznej migracji legalnej oraz walki z migracją nielegalną i organizującymi ją zorganizowanymi sieciami przestępczymi. W kontekście demokracji zapowiedziano prace zmierzające do przeciwdziałania zagrożeniom dla demokracji, „z pełnym poszanowaniem międzynarodowych praw człowieka, w szczególności wolności wypowiedzi”.

2.2. Stanowisko Wschodu

2.2.1. Prawa człowieka w porządku międzynarodowym w ujęciu Rosji

W ujęciu Rosji prawa człowieka, zwłaszcza w ich liberalnym ujęciu, nie są kluczowym składnikiem porządku międzynarodowego. W „Koncepcji polityki zagranicznej” z 2023 r.^[15] podejście do praw człowieka jest też wyraźnie polemiczne wobec Zachodu. Stwierdza się, że „Rosja uznaje i gwarantuje prawa i wolności człowieka i obywatela zgodnie z ogólnie uznanymi zasadami i przepisami prawa międzynarodowego oraz uważa, że wyrzeczenie się hipokryzji i wierne wypełnianie przez państwa ich zobowiązań w tej dziedzinie jest warunkiem postępowego i harmonijnego rozwoju ludzkości”. Priorytety w sferze praw człowieka są też zdeterminowane interesami narodowymi Rosji. W ten sposób Rosja ma dążyć do zapewnienia, aby „interesy Rosji i jej narodowe, społeczne, kulturowe, duchowe, moralne i historyczne cechy były brane pod uwagę przy wzmacnianiu międzynarodowych regulacji prawnych i międzynarodowych mechanizmów w dziedzinie praw człowieka”. Zamierza też monitorować i ujawniać „rzeczywistą sytuację w zakresie przestrzegania praw i wolności człowieka na świecie, przede wszystkim w państwach, które roszczą sobie prawo do wyłącznej pozycji w kwestiach praw człowieka i ustanawiania międzynarodowych standardów w tej dziedzinie”.

Priorytetem w działaniu Rosji ma być również „wykorzenienie polityki podwójnych standardów w międzynarodowej współpracy na rzecz praw człowieka oraz uczynienie jej niepolityczną, sprawiedliwą i opartą na wzajemnym szacunku”, a także „przeciwdziałanie wykorzystywaniu kwestii praw człowieka jako narzędzia nacisku zewnętrznego, ingerencji w wewnętrzne sprawy państw oraz destrukcyjnego wpływu na działalność organizacji międzynarodowych”. Dopiero na ostatnim miejscu wymienia się podejmowanie działań „przeciwko obcym państwom i ich stowarzyszeniom, zagranicznym urzędnikom, organizacjom i obywatelom zaangażowanym w naruszanie podstawowych praw i wolności człowieka”.

¹⁵ Tekst: <https://www.mid.ru/ru/detail-material-page/1860586/?lang=en>.

2.2.2. Prawa człowieka w porządku międzynarodowym w ujęciu Chin

Jeśli chodzi o Chiny, patrzą one na prawa człowieka z ostrożnością. Ich stanowisko ma źródło w uznaniu, że promowanie praw człowieka (podobnie, jak demokracji i rządów prawa) stanowi kontynuację misji cywilizacyjnej Zachodu wobec Chin lub też jest współczesnym wyrazem standardu cywilizacji narzuconego przez Zachód.^[16] Chociaż Chiny ostatecznie nie odrzucają praw człowieka (zmiana nastąpiła zwłaszcza w latach dziewięćdziesiątych XX w., kiedy Chiny zaakceptowały szereg traktatów praw człowieka, jednak bez procedur kontroli międzynarodowej), to starają się nadać im własną specyfikę^[17].

Chiny kładą nacisk na prawo do utrzymania i rozwoju jako warunek niezbędny do ochrony wszystkich innych praw. Determinuje to ich selektywne podejście do praw człowieka, jak również specyficzną interpretację międzynarodowych standardów praw człowieka. Chiny dążą do osiągnięcia równowagi między prawami jednostki a takimi zbiorowymi interesami, jak bezpieczeństwo publiczne, stabilność społeczna i porządek polityczny. W rezultacie Uniwersalna deklaracja praw człowieka jest przez Chiny uważana za „za zachodni dokument dotyczący praw człowieka, który odzwierciedla zachodnie wartości”, aczkolwiek jednocześnie uznaje się, że dzięki udziałowi Chin w pracach nad Deklaracją na jej treść znaczący wpływ wywarła chińska etyka konfucjańska^[18].

Umacnianie się pozycji międzynarodowej Chin i nowe podejście do porządku międzynarodowego forsowane przez Zachód doprowadziło jednak do fundamentalizacji stanowiska Chin w dziedzinie ochrony praw człowieka, łącznie z dopuszczalnością reagowania na kryzysy humanitarne, w tym odpowiedzialności za ochronę. Pod wpływem rywalizacji z Zachodem następuje zwrot w kierunku porządku westfalskiego oraz

¹⁶ Phil C.W. Chan, „China’s Approaches to International Law since the Opium War” *Leiden Journal of International Law*, nr 4 (2014): 860.

¹⁷ Congyan Cai, *The Rise of China and International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019): 109-110, 137-145; Phil C. Chan, *China, State Sovereignty and International Legal Order* (The Hague: Brill-Nijhoff, 2015), 108 i n.; Ruijun Dai, „China nad International Human Rights Law”, [w:] *The Cambridge Handbook of China and International Law*, red. Ignacio de la Rasilla, Congyan Cai (Cambridge: Cambridge University Press, 2024), 265-268.

¹⁸ Chao Wang, Xin Xiang, „The Constitution of China and International Law. From Selective Adaptation to Normative Consensus”, [w:] *The Cambridge Handbook*, 85, 90.

zasad suwerenności i nieinterwencji w sprawy wewnętrzne. Stało się to szczególnie widoczne od czasu, gdy prezydentem Chin został Xi (2012 r.)^[19].

Formalny wyraz ograniczonej roli praw człowieka oraz ich specyficznego pojmowania znajduje się w Ustawie o stosunkach zagranicznych z 1 lipca 2023 r.^[20] Prawom człowieka poświęcono jeden artykuł (art. 22). Stanowi się w nim, że:

Chińska Republika Ludowa szanuje i chroni prawa człowieka, zobowiązuje się do przestrzegania zasady powszechności praw człowieka i jej przestrzegania w świetle realiów poszczególnych krajów. Chińska Republika Ludowa promuje wszechstronny i skoordynowany rozwój wszystkich praw człowieka, prowadzi międzynarodową wymianę i współpracę w dziedzinie praw człowieka w oparciu o równość i wzajemny szacunek oraz działa na rzecz zdrowego rozwoju globalnej sprawy praw człowieka.

2.2.3. Wspólne stanowisko Chin i Rosji w sprawie roli praw człowieka w porządku międzynarodowym

Podejście Chin i Rosji do praw człowieka jako składnika porządku międzynarodowego ujawnia się także w ich wspólnych oświadczeniach. Już we Wspólnej deklaracji z 1997 r., kwestionującej istniejący porządek międzynarodowy, uwypuklono zasady

suwerenności i integralności terytorialnej, wzajemnej nieagresji, nieingerencji w sprawy wewnętrzne drugiej strony, równości i wzajemnych korzyści, pokojowego współistnienia i innych powszechnie uznanych zasad prawa międzynarodowego podstawową normą prowadzenia stosunków między państwami i podstawą nowego porządku międzynarodowego”.

Domagano się, aby każde państwo miało

prawo do niezależnego wyboru swojej drogi rozwoju w świetle własnych specyficznych warunków i bez ingerencji innych państw. Różnice w ich

¹⁹ Jiangyu Wang, Huaer Cheng, „China’s Approach to International Law: From Traditional Westphalianism to Aggressive Instrumentalism in the XI Jinping Era” *The Chinese Journal of Comparative Law*, nr 1 (2022): 142, 143.

²⁰ Tekst: http://en.moj.gov.cn/2023-07/11/c_901729.htm.

systemach społecznych, ideologiach i systemach wartości nie mogą stać się przeszkodą w rozwoju normalnych stosunków między państwami. Wszystkie kraje, duże czy małe, silne czy słabe, bogate czy biedne, są równymi członkami społeczności międzynarodowej. Żaden kraj nie powinien dążyć do hegemonii, angażować się w politykę siły ani monopolizować spraw międzynarodowych”.

Nie ma tu mowy o prawach człowieka.

W późniejszych oświadczeniach wprawdzie prawa człowieka pojawiają się, lecz ich rola jest zasadniczo różna niż w podejściu Zachodu. W ten sposób w chińsko-rosyjskim wspólnym oświadczeniu z 10 grudnia 1999 r.^[21] spostrzeżono, że dochodzi do zastępowania prawa międzynarodowego polityką siły. Prawa człowieka (koncepcja, że prawa człowieka są ważniejsze od suwerenności, dopuszczalność interwencji humanitarnej) są wykorzystywane jako instrument zagrażający suwerenności niepodległych państw. W „Chińsko-rosyjskiej deklaracji w sprawie promocji prawa międzynarodowego” z 25 czerwca 2016 r.^[22] uznano wręcz, że kładziony przez Zachód po zimnej wojnie nacisk na prawa człowieka i demokratyczną legitymację rządów stanowi jednostronną próbę reinterpretacji lub obejścia celu Karty NZ.

Tuż przed atakiem zbrojnym Rosji na Ukrainę wydano też „Wspólne oświadczenie w sprawie stosunków międzynarodowych wkraczających w nową erę i globalnego zrównoważonego rozwoju” (4 lutego 2022 r.)^[23]. Stwierdzono w nim, że „popieranie demokracji i praw człowieka nie może być wykorzystywane do wywierania presji na inne kraje”. W rezultacie strony sprzeciwiły się „nadużywaniu wartości demokratycznych i ingerowaniu w wewnętrzne sprawy suwerennych państw pod pretekstem ochrony demokracji i praw człowieka, a także wszelkim próbom

²¹ Text: https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/2649_665393/200011/t2000115_678986.html.

²² Tekst: https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/2649_665393/201608/t20160801_679466.html. Zob. też Igrid Wuertth, „China, Russia, and International Law” *Lawfare* 11 July 2016. <https://www.lawfareblog.com/china-russia-and-international-law>; Lauri Mälksoo, „Russia and China Challenge the Western Hegemony in the Interpretation of International Law” *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, July 15, 2016. <https://www.ejiltalk.org/russia-and-china-challenge-the-western-hegemony-in-the-interpretation-of-international-law/>; Anthea Roberts, *Is International Law International?* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 290-299.

²³ Text: <http://en.kremlin.ru/supplement/5770>.

podżegania do podziałów i konfrontacji na świecie”. Wspólnotę międzynarodową wezwano „do poszanowania różnorodności kulturowej i cywilizacyjnej oraz praw narodów różnych krajów do samostanowienia” i wyrażono gotowość współpracy „ze wszystkimi zainteresowanymi partnerami w celu promowania prawdziwej demokracji”.

W Oświadczeniu przyjęto również, że „Karta Narodów Zjednoczonych i Uniwersalna deklaracja praw człowieka wyznaczają szlachetne cele w dziedzinie powszechnych praw człowieka, określają podstawowe zasady, których wszystkie państwa muszą przestrzegać i przestrzegać w czynach”. Jednocześnie podkreślono, że:

ponieważ każdy naród ma swoje unikalne cechy narodowe, historię, kulturę, system społeczny oraz poziom rozwoju społecznego i gospodarczego, uniwersalny charakter praw człowieka powinien być postrzegany przez pryzmat rzeczywistej sytuacji w każdym konkretnym kraju, a prawa człowieka powinny być chronione zgodnie z konkretną sytuacją w każdym kraju i potrzebami jego ludności.

Rosja i Chiny przyznały, że „promocja i ochrona praw człowieka jest wspólnym obowiązkiem społeczności międzynarodowej”. Dodano wszakże, że państwa powinny jednakowo traktować wszystkie kategorie praw człowieka oraz promować je w sposób systemowy. Podniesiono też, że „Międzynarodowa współpraca w zakresie praw człowieka powinna być prowadzona jako dialog między równymi sobie, obejmujący wszystkie kraje”.

Wreszcie we „Wspólnym oświadczeniu w sprawie pogłębienia kompleksowego partnerstwa strategicznego w zakresie koordynacji na rzecz nowej ery w kontekście 75. rocznicy nawiązania stosunków dyplomatycznych między Chinami a Rosją” z 16 maja 2024 r.^[24] strony jednoznacznie uznały, że „Niedopuszczalne jest wykorzystywanie wielostronnych lub krajowych systemów sądowniczych lub udzielanie pomocy zagranicznym organom sądowym lub wielostronnym mechanizmom prawnym w celu ingerowania w suwerenne sprawy krajów i wyraziły głębokie zaniepokojenie rosnącym upolitycznieniem międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych oraz naruszeniem praw człowieka i immunitetu suwerennego”. Wyrażono gotowość do „dalszej współpracy w celu promowania konstruktywnego dialogu i współpracy między stronami w dziedzinie

²⁴ <https://www.fredgao.com/p/china-russia-joint-statement-a-full?r=2z3nco&triedRedirect=true>.

wielostronnych praw człowieka, wspierania wspólnych wartości całej ludzkości”, a zarazem wolę

przeciwstawiania się upolitycznieniu praw człowieka, podwójnym standardom i wykorzystywaniu kwestii praw człowieka do ingerowania w wewnętrzne sprawy innych krajów oraz wspólnego promowania zdrowego rozwoju wszystkich aspektów międzynarodowej agendy praw człowieka.

3 | Prawa człowieka a *ius cogens*

Stanowisko aktorów globalnych w odniesieniu do norm bezwzględnie wiążących (*ius cogens*), chociaż nie jest nadmiernie rozbudowane, jest jednak symptomatyczne. Normy peremptoryjne zostały uznane i zdefiniowane w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 (art. 53). Ich określenie ma zasadniczo charakter formalny (normy powszechnego prawa międzynarodowego, zaakceptowane i uznane przez wspólnotę międzynarodową państw jako całość jako normy, od których nie ma odstępstwa). Jednak Komisja Prawa Międzynarodowego, które pochyliła się nad tą problematyką i opracowała Konkluzje na temat ich identyfikacji i następstw prawnych w 2022^[25], uznała, że normy te „odzwierciedlają i chronią podstawowe wartości wspólnoty międzynarodowej. Mają one powszechne zastosowanie i są hierarchicznie nadrzędne w stosunku do innych norm prawa międzynarodowego” (Konkluzja 2: Charakter norm peremptoryjnych). Tym samym odrzuciła stanowisko, że są to jedynie normy będące wyrazem międzynarodowego *ordre public*. Ponadto przyjęła, że „wspólnota międzynarodowa państw jako całość” nie oznacza wszystkich państw. Dla akceptacji i uznania reguł za *ius cogens* wystarczy wsparcie „bardzo dużej i reprezentatywnej większości państw” (Konkluzja 7(2)), a zatem nie wszystkich.

Komisja Prawa Międzynarodowego sformułowała również nieekskluzywny katalog norm o charakterze bezwzględnie wiążącym, których większość stanowią prawa człowieka lub reguły z nimi bezpośrednio lub pośrednio związane (Konkluzja 23 i Załącznik). Do norm peremptoryjnych

²⁵ Tekst Konkluzji z komentarzem: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_14_2022.pdf.

Komisja zaliczyła m.in. zakaz ludobójstwa; zakaz zbrodni przeciwko ludzkości; podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego; zakaz dyskryminacji rasowej i apartheidu; zakaz niewolnictwa; zakaz tortur; prawo do samostanowienia. Ustalenia Komisji spotkały się z krytyką z obu stron geopolitycznej rywalizacji. Przy tym wspólnego stanowiska nie przyjęła Unia Europejska.

3.1. Stanowisko Stanów Zjednoczonych

Stany Zjednoczone wyraziły swój komentarz do Konkluzji zwłaszcza po ich przyjęciu przez Komisję w pierwszym czytaniu (2021 r.; wcześniej przytoczone reguły Konkluzji nie uległy zmianie w czytaniu drugim)^[26]. W komentarzu USA podnoszą krytycznie, że Komisja wykroczyła poza art. 53 Konwencji przez wprowadzenie konkluzji dotyczących cech szczególnych *ius cogens*. Uznają, że konkluzja przyjmująca, że normy *iuris cogentis* odzwierciedlają i chronią podstawowe wartości wspólnoty międzynarodowej, są uniwersalne i hierarchicznie nadrzędne, jest zbędna. Twierdzą, powołując się na stanowisko niektórych członków Komisji, że cechy tych norm „nie mają wystarczającej podstawy w prawie międzynarodowym, niepotrzebnie łączą identyfikację i skutki tych norm i mogą być postrzegane jako dodatkowe kryteria ustalania, czy istnieje konkretna norma peremptoryjna powszechnego prawa międzynarodowego (*jus cogens*)”. Zdaniem USA, nie jest jasne, czy i w jaki sposób państwa miałyby określić, jakie mogą być „podstawowe wartości społeczności międzynarodowej”, a praktyka MTS przytaczana przez Komisję jest wątpliwa, nieoczywista. Krytycznie oceniane jest również stwierdzenie, że normy bezwzględnie wiążące są hierarchicznie wyższe od innych norm. Ich zdaniem takie ustalenie jest zbędne i zapewnia „niewielką lub żadną praktyczną korzyść”. Negatywnie spojrzano również na to, że w konkluzji przyjęto, iż wchodzi w grę podstawowe wartości wspólnoty międzynarodowej, a nie wspólnoty międzynarodowej państw jako całości.

Odnosząc się do koncepcji wspólnoty międzynarodowej państw jako całości, Stany Zjednoczone wyraziły stanowczy sprzeciw, aby rozumieć ją

²⁶ Comments of the United States on the International Law Commission's Draft Conclusions on Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*) and Draft Annex, Provisionally Adopted by the Drafting Committee on First Reading June 30, 2021. Tekst: https://legal.un.org/ilc/sessions/73/pdfs/english/jc_us.pdf.

jako „zdecydowaną większość państw”. Stwierdziły, że takie rozumienie ma szkodliwe skutki: 1) podważa dobrze przyjęty standard prawa zwyczajowego ustalony przez MTS w sprawie szelfu kontynentalnego Morza Północnego; 2) jest niespójna z konkluzjami Komisji, które nie zawierały standardu „zdecydowanej większości”; 3) otwiera się możliwość, że państwo, sąd lub inny podmiot oceniający *ius cogens* określi normę jako bezwzględnie obowiązującą, nawet jeśli znaczna liczba państw nie uzna jej za taką. W rezultacie USA zażądały, aby projekt konkluzji 7(2) został usunięty w całości.

W odniesieniu do Konkluzji 23 Stany Zjednoczone wyraziły z kolei obawy dotyczące niewyczerpującej listy norm. Uznały, że konkluzja wraz z Załącznikiem powinny zostać usunięte. W uzasadnieniu podano, że metodologia sporządzenia listy „jest niezgodna z uznanym standardem określania istnienia normy *ius cogens*”. Włączenie do listy normy tylko z tego powodu, że Komisja ILC wcześniej określiła daną normę jako normę o charakterze bezwzględnie obowiązującym, nie jest wystarczające. W projekcie konkluzji nie udowodniono, że wymienione normy faktycznie spełniają kryteria uznania za *ius cogens*. Niejasne jest też to, dlaczego niektóre normy zostały uwzględnione na tej liście, a inne, takie jak piractwo, nie. USA przyznały zarazem, że z pewnością niektóre reguły z listy są normami *iuris cogentis*, w tym zwłaszcza zakaz ludobójstwa. Jednak takiego samego przekonania nie wyraziły w stosunku do innych norm (np. prawa do samostanowienia). Z kolei pozostałe pozycje na liście mogą stanowić normy peremptoryjne, „ale są źle zdefiniowane w załączniku i komentarzach” (np. podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego).

Utrzymanie konkluzji 23 i Załącznika w drugim czytaniu spotkało się z ponowną krytyką ze strony Stanów Zjednoczonych przedstawiona podczas obrad VI Komitetu Zgromadzenia Ogólnego w ramach wypowiedzi dotyczącej projektu Konkluzji po ich drugim czytaniu^[27]. Wskazano, że lista norm „jest zarówno nadmiernie inkluzywna – obejmując normy, które mogą być zwyczajowym prawem międzynarodowym, ale nie są bezwzględnie obowiązujące – jak i niewystarczająco inkluzywna, pomijając takie bezwzględnie obowiązujące normy, jak zakaz piractwa. Podniesiono, że ustalenie listy

²⁷ Richard Visek, „Statement at the 77 th session of the General Assembly Sixth Committee meeting on the Report of the ILC on its 73rd Session, October 25, 2022” *Digest of United States Practice in International Law* (2022), 299-301. <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2023/12/2022-Digest-of-United-States-Practice-in-International-Law.pdf>.

nie ma wartości praktycznej, a ponadto rodzi obawę, że „lista może być nadmiernie brana pod uwagę przez sędziów i praktyków, którzy zapoznają się jedynie z konkluzjami i załącznikiem, a nie z długim komentarzem”.

3.2. Stanowisko Rosji

Podobnie jak Stany Zjednoczone, również Rosja przedstawiła swoją generalną ocenę Konkluzji przyjętych w pierwszym czytaniu^[28]. Zaskakuje pewne podobieństwo stanowisk obu mocarstw. Tak też Rosja skrytykowała konkluzję określającą cechy norm *iuris cogentis*. Stwierdzono, że „Cechy te nie mają charakteru prawnego i nie należy im przyznawać statusu dodatkowych kryteriów, swego rodzaju, identyfikacji peremptoryjnych norm powszechnego prawa międzynarodowego (*ius cogens*)”. Dodano, że orzecznictwo (sprawa ludobójstwa przed MTS) wspierające konkluzję Komisji w tej materii jest „mało przekonujące”. Państwa bowiem „nie uznały odniesień do prawa moralnego za istotną cechę prawną norm peremptoryjnych”. MTS opisywał raczej ogólne cele *ius cogens*, a nie ich istotne cechy prawne.

Rosja odniosła się również sceptycznie do rozumienia wspólnoty międzynarodowej państw jako całości. Sama Komisja używa w komentarzu różnych określeń („przytłaczająca większość państw”, „praktycznie wszystkie państwa”, „zasadniczo wszystkie państwa”, „cała międzynarodowa społeczność państw jako całość”). Rosja podniosła w ustalaniu akceptacji i uznania norm bezwzględnie wiążących, że nie chodzi o mechaniczne przeliczenie liczby państw. Chodzi raczej o to, aby „akceptacja i uznanie obejmowały różne regiony, systemy prawne i kultury”. Wówczas jednak jest niejasne, w jaki sposób należy określić uznanie przez państwo peremptoryjnego statusu normy. Charakterystyczne jest wszakże kolejne spostrzeżenie Rosji, a mianowicie, że nie jest ona „w stanie zaakceptować możliwości, że ukształtowanie woli lub stanowiska grupy państw może skutkować powstaniem międzynarodowych zobowiązań prawnych dla państw, które nie są członkami tej grupy”. Tym samym wykluczyła, aby za normę *iuris cogentis* uważać taką regułę, w której uznaniu i akceptacji Rosja by nie uczestniczyła.

Rosja negatywnie odniosła się również do listy norm bezwzględnie wiążących. Stwierdziła, że Komisja podjęła decyzje w tej sprawie, mimo

²⁸ Comments by the Russian Federation on the topic „Peremptory norms of general international law (*jus cogens*)”, 4 August 2021. Tekst: https://legal.un.org/ilc/sessions/73/pdfs/english/jc_russia.pdf.

że „większość norm zawartych w wykazie nie była wcześniej badana przez Komisję ani analizowana pod kątem ich peremptoryjnego charakteru. Sama wzmianka o normach, które mogą mieć status peremptoryjny w komentarzach Komisji do jej różnych projektów, nie jest wystarczającą podstawą do umieszczenia ich na liście”. Rosja podniosła też, że Komisja sama zauważyła, że lista nie zawiera wszystkich norm wcześniej uważanych za bezwzględnie wiążące. W rezultacie z niejasnych powodów Komisja nie uwzględniła zakazu użycia siły, mimo że w komentarzu do art. 50 projektu artykułów o prawie traktatów stwierdziła, iż to przykład normy *iuris cogentis*. Za godne ubolewania uznała także pominięcie analizy charakteru podstawowych zasad i norm Karty NZ. Ostatecznie Rosja przyjęła, że włączenie do Konkluzji Załącznika „jest nierozsądne i nie wnosi żadnej wartości dodanej”. Co więcej, uwzględnienie listy może mieć daleko idące konsekwencje i może zanegować resztę prac dotyczących *ius cogens*. Rosja stwierdziła, zupełnie podobnie, jak USA, „Łatwo sobie wyobrazić, że projekt konkluzji zostanie wykorzystany do potwierdzenia, czy norma zawarta w wykazie ma charakter peremptoryjny, czy też norma nieuwzględniona w wykazie nie ma takiego charakteru, mimo że kwestia ta nigdy nie była badana przez Komisję”. I jej wniosek jest również podobny: usunąć z projektu konkluzję 23.

3.3. Stanowisko Chin

Stanowisko Chin w sprawie projektu KPM jest równie krytyczne, jak w poprzednich przypadkach. Już w toku prac Komisji, w oświadczeniu z 2016 r.^[29], Chiny wskazały, że proponowane określenie charakteru norm bezwzględnie wiążących jest „oczywiście sprzeczne z podstawowymi elementami *ius cogens*” zdefiniowanymi w art. 53 Konwencji wiedeńskiej w istocie stanowi „zmianę *ius cogens*”. Uznały, że Komisja proponuje nowe kryteria wyróżniania tych norm, które są zbędne i nie mają podstawy prawnej. Chiny powątpiewały też co do relacji między normami

²⁹ Statement by Mr. XU Hong Director General of the Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of Chinam at the 71st Session of the UN General Assembly On Agenda Item 78 Report of the ILC on the work of its sixty-eighth session (Part II: Chapters 7, 8, 9, 10, 11, 12). Tekst: http://me.china-embassy.gov.cn/mon/wjbxw/201610/t20161031_2874760.htm.

peremptoryjnymi a Kartą NZ i rezolucjami Rady Bezpieczeństwa. Wówczas również krytykowały opracowanie listy norm bezwzględnie wiążących.

W stanowisku z 2019 r.^[30] Chiny ponownie stwierdziły, że projekt Konkluzji nie powinien zawierać niewyczerpującej listy norm bezwzględnie obowiązujących, uznając ją „za wysoce problematyczną”. Podkreślono, że „treść niektórych norm pozostaje niezwykle niejasna” (np. podstawowych zasad międzynarodowego prawa humanitarnego). Wyrażono zdumienie, że nie wymienia się innych reguł (np. zasady suwerennej równości). Wskazano też, że „włączenie takiej listy spowoduje zmianę charakteru tego projektu, odchodząc od kodyfikacji zasad wtórnych dotyczących kryteriów identyfikacji norm peremptoryjnych i ich konsekwencji prawnych, a zmierzając w kierunku opracowania zasad pierwotnych, które określają, które normy stanowią *ius cogens*”. Wywoła to wzrost rozbieżności poglądów i podważy sens opracowania konkluzji.

Wreszcie podczas ostatniej sesji VI Komitetu odnoszącej się do prac Komisji w zakresie *ius cogens*^[31], delegacja chińska stwierdziła, że projekt zawiera „pewne wysoce kontrowersyjne elementy”. Podniosła m.in., że zasadniczy problemem, jaki powinien znaleźć się w projekcie, to opracowanie reguł drugiego rzędu, a nie wykazu norm materialnych. Tymczasem Komisja sporządziła listę norm bez przeprowadzenia odpowiedniej analizy. Chiny spostrzegły, że tak treść uznanych norm, jak i ich praktyczne podstawy, nie są jasne. Uznały, że ogólnie prace Komisji nad tematem norm bezwzględnie wiążących „nie były zbyt udane”.

³⁰ Statement by Mr. Jia Guide Representative of China and Director-General of the Department of Treaty and Law of the Ministry of Foreign Affairs of China At the Sixth Committee of the 74th Session of the UN General Assembly. http://me.china-embassy.gov.cn/mon/wjbxw/201911/t20191107_2882167.htm.

³¹ Stanowisko przedstawione przez Dyrektora Generalnego Departamentu Prawno-Traktatowego z 25 października 2022 r. https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/ilc/21mtg_china_1.pdf.

4 | Ochrona praw człowieka a stosowanie jednostronnych środków przymusowych

Rywalizacja geopolityczna przejawia się m.in. w nasileniu podejmowania jednostronnych środków przymusowych o zróżnicowanym charakterze oraz w równie jednostronnym reagowaniu na nie. Problematyka ta jest dostrzegana na poziomie ONZ, gdzie podejmowane są rezolucje dotyczące dwóch zagadnień: stosowania jednostronnych środków ekonomicznych jako środka przymusu politycznego i gospodarczego wobec krajów rozwijających się (od 1983 r.^[32]) oraz stosunku jednostronnych środków przymusu do praw człowieka (od 1996 r.^[33]). W obydwu przypadkach opozycja między Zachodem a Wschodem ujawnia się w głosowaniach. Przy tym w pierwszym przypadku Zachód wstrzymuje się od głosu (zwłaszcza UE i jej akolici, ok. 40-50 państw), w mniejszym stopniu sprzeciwia się (głównie USA i najbliżsi sojusznicy, jak Izrael, Kanada, Australia, Nowa Zelandia; liczba przeciwników powoli rośnie, pojawiła się w nich ostatnio także Ukraina), w drugim sprzeciw Zachodu jest dużo bardziej jednorodny (przeciw głosuje między 40 a 60 państw), gdyż nie ma na ogół głosów wstrzymujących się^[34]. Oznacza to jednak, że przegłosowując rezolucje, Wschód i Południe świata jednoczą się przeciwko dopuszczalności stosowania środków jednostronnych, podczas gdy Zachód jest zwolennikiem dopuszczalności ich stosowania. Rezolucje mogą być poniekąd wyrazem stanowiska Wschodu, co sprawia, że tym fragmentem kolejność prezentacji stanowisk będzie odwrócona.

Nasilenie rywalizacji geopolitycznej od końca XX w. spowodowało drastyczny wzrost przypadków odwoływania się do środków jednostronnych^[35]. Ich wpływ na ochronę praw człowieka staje się poważnym

³² A/RES/38/197.

³³ A/RES/53/103.

³⁴ Zob. też rezolucję Zgromadzenia Ogólnego pt. „Promowanie sprawiedliwego podziału geograficznego członkostwa w organach traktatowych ds. praw człowieka” z 19 grudnia 2023 r., A/RES/78/200, gdzie głosowanie wypadło bardzo podobnie (131:53:0). Jest ona o tyle symptomatyczna, że pokazuje niechęć Zachodu do takiego podziału miejsc w organach praw człowieka (ustanowienie kwot), który spowoduje, że przedstawiciele Zachodu będą w mniejszości. Argumentacja Zachodu opiera się wszakże na przekonaniu, że rezolucje Zgromadzenia Ogólnego nie mogą zmieniać traktatów.

³⁵ Dostrzega to Zgromadzenie Ogólne, wyrażając w preambule rezolucji „Prawa człowieka a jednostronne środki przymusowe” z 19 grudnia 2023 r. zaniepokojenie

problemem. W związku z pogłębianiem się negatywnych skutków środków przymusowych wobec praw człowieka Rada Praw Człowieka ustanowiła Specjalnego Sprawozdawcę do spraw negatywnego wpływu jednostronnych środków przymusowych na korzystanie z praw człowieka (rezolucja z 26 września 2014 r.)^[36]. W 2021 r. opracował on raport, w którym starał się ustalić rodzaje i zasady kwalifikacji jednostronnych środków przymusu^[37].

W sprawozdaniu tym przyjmuje się, że środkami przymusowymi (określanymi też jako sankcje jednostronne) są środki niezależnie od tego, jaką noszą nazwę, czy są legalne czy nie, jak środek przymusu jest wykorzystywany i jakiej dziedziny dotyczy, jeżeli jest stosowany przez państwa lub organizacje międzynarodowe bez upoważnienia Rady Bezpieczeństwa lub poza takim upoważnieniem. Sprawozdawca podnosi też, że „Liczba i zakres sankcji uległy dalszemu rozszerzeniu, podczas gdy eksterytorialność sankcji jednostronnych, stosowanie sankcji wtórnych oraz rozwój krajowych sankcji cywilnych i karnych za naruszenia systemów sankcji skutkują nadmierną zgodnością. Coraz więcej państw zaczęło stosować kontrsankcje lub opracowywać mechanizmy przeciwdziałania eksterytorialnym konsekwencjom sankcji”. Dodaje również, że „wiele sankcji jest obecnie wprowadzanych w celu wzmocnienia demokracji, ochrony praw człowieka i innych podobnych celów, a nie w celu przeciwdziałania zagrożeniom dla pokoju, naruszeniom pokoju lub aktom agresji, lub w odpowiedzi na naruszenia zobowiązań *erga omnes*”. Głównym celem środków jest zapewnienie zgodności postępowania ich adresata z nakazem lub zmiana jego zachowania przez spowodowanie dotkliwości powodujących, że zachowanie *status quo* staje się niewygodne. Sprawozdawca wskazuje też, że istnieje ogólny konsensus, że sankcje mające skutki ekstraterytorialne są nielegalne^[38]. Co do pozostałych nie ma takiej zgody. Jest natomiast jasne, że nie każdy akt nieprzyjazny może być kwalifikowany jako jednostronny środek przymusu. W tym kontekście uznaje, że państwa mają obowiązek przestrzegania praw

„faktem, że częstotliwość, rodzaj, cel i zakres stosowania jednostronnych środków przymusu, które nie są zgodne z prawem międzynarodowym lub Kartą, ogromnie wzrosły na arenie międzynarodowej”.

³⁶ A/HRC/RES/27/21.

³⁷ Unilateral coercive measures: notion, types and qualification. Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, Alena Douhan, A/HRC/48/59.

³⁸ W tym kierunku idą przygotowane przez Specjalnego Sprawozdawcę elementy do projektu rezolucji Zgromadzenia Ogólnego na temat jednostronnych środków przymusowych i rządów prawa. Dodaje się, że środki ekstraterytorialne mają być skierowane przeciwko państwom rozwijającym się. A/HRC/42/46/Add.1.

człowieka przy decydowaniu o retorsjach i nienaruszania podstawowych praw człowieka przy korzystaniu z przeciwśrodków. Wreszcie Specjalny Sprawozdawca formułuje szereg kryteriów umożliwiających kwalifikację środków jako jednostronnych i przymusowych. Jednym z nich jest to, czy korzysta z nich duże państwo.

4.1. Stanowisko Wschodu

Jak wspomniano, biorąc pod uwagę poparcie Wschodu i Południa dla rezolucji dotyczących stosowania jednostronnych środków przymusu, można przyjąć, że stanowisko Wschodu jest zbieżne z treścią rezolucji. W szczególności rezolucje Zgromadzenia Ogólnego dotyczące praw człowieka i środków jednostronnych dostarczają wiedzy na temat dopuszczalności korzystania z tych środków. Wystarczy tu przytoczyć jedynie kluczowe ustalenia rezolucji z 2023 r.

W rezolucji m.in.:

1. wzywa się wszystkie państwa do zaprzestania przyjmowania lub wdrażania wszelkich jednostronnych środków niezgodnych z prawem międzynarodowym, międzynarodowym prawem humanitarnym, Kartą NZ oraz normami i zasadami regulującymi pokojowe stosunki między państwami, w szczególności środków o charakterze przymusu, ze wszystkimi ich skutkami eksterytorialnymi, które stwarzają przeszkody w stosunkach handlowych między państwami, utrudniając w ten sposób pełną realizację praw określonych w Uniwersalnej deklaracji praw człowieka i innych międzynarodowych instrumentach praw człowieka, w szczególności prawa jednostek i narodów do rozwoju;
2. wzywa się państwa do powstrzymania się od ogłaszania i stosowania wszelkich jednostronnych środków gospodarczych, finansowych lub handlowych niezgodnych z prawem międzynarodowym i Kartą, które utrudniają pełne osiągnięcie zrównoważonego rozwoju gospodarczego i społecznego, w szczególności w krajach rozwijających się;
3. potępia się umieszczanie państw członkowskich na jednostronnych listach pod fałszywymi pretekstami, które są sprzeczne z prawem międzynarodowym i Kartą, w tym pod fałszywymi zarzutami sponsorowania terroryzmu, uznając takie listy za instrumenty nacisku

politycznego lub gospodarczego na państwa członkowskie, zwłaszcza kraje rozwijające się;

4. wzywa się wszystkie państwa do nieprzyjmowania żadnych jednostronnych środków niezgodnych z prawem międzynarodowym i Kartą, które utrudniają pełne osiągnięcie rozwoju gospodarczego i społecznego przez ludność dotkniętych krajów, w szczególności dzieci i kobiety, które utrudniają ich dobrobyt i stwarzają przeszkody w pełnym korzystaniu z ich praw człowieka, w tym prawa każdego do poziomu życia odpowiedniego dla jego zdrowia i dobrobytu oraz jego prawa do żywności, opieki medycznej i edukacji oraz niezbędnych usług socjalnych, a także do zapewnienia, że żywność i lekarstwa nie są wykorzystywane jako narzędzia nacisku politycznego;
5. sprzeciwia się eksterytorialnemu charakterowi tych środków, które dodatkowo zagrażają suwerenności państw, i w tym kontekście wzywa wszystkie państwa członkowskie, aby nie uznawały tych środków ani ich nie stosowały, a także do podjęcia, w stosownych przypadkach, środków administracyjnych lub legislacyjnych w celu przeciwdziałania eksterytorialnym zastosowaniom lub skutkom jednostronnych środków przymusu;
6. potępia się ciągle jednostronne stosowanie i egzekwowanie przez niektóre mocarstwa jednostronnych środków przymusu i odrzuca te środki, ze wszystkimi ich skutkami eksterytorialnymi, jako narzędzia nacisku politycznego lub gospodarczego na jakikolwiek kraj, w szczególności na kraje rozwijające się, przyjęte w celu uniemożliwienia tym krajom korzystania z ich prawa do decydowania, z własnej woli, o własnych systemach politycznych, gospodarczych i społecznych, a także z powodu negatywnego wpływu tych środków na realizację wszystkich praw człowieka szerokich grup ich ludności, w szczególności dzieci, kobiet, osób starszych i osób niepełnosprawnych;
7. wzywa się państwa członkowskie, które zainicjowały takie środki, do przestrzegania zasad prawa międzynarodowego, Karty, deklaracji ONZ i światowych konferencji oraz odpowiednich rezolucji, a także do zobowiązania się do wypełnienia swoich zobowiązań i odpowiedzialności wynikających z międzynarodowych instrumentów praw człowieka, których są stronami, poprzez wycofanie takich środków w możliwie najkrótszym czasie.

Z przytoczonych postanowień wynika jednoznacznie negatywne stanowisko Wschodu wobec posługiwania się jednostronnymi środkami przymusu. Panuje przekonanie, że to państwa Zachodu stosują takie środki (choć nie wymienia się ich wprost) i że czynią to m.in. pod pretekstem ochrony praw człowieka. A zatem jednostronne działania Wschodu są jedynie odpowiedzią na bezprawne postępowanie Zachodu. Potwierdzenie tych ustaleń można uzyskać, analizując choćby skrótowo podejście Rosji i Chin do praw człowieka.

4.2.1. Stanowisko Rosji

Rosyjskie stanowisko w sprawie praw człowieka w porządku międzynarodowym najlepiej oddaje koncepcja polityki zagranicznej z 31 marca 2023 r.^[39] Stwierdza się w niej m.in., że Rosja sprzeciwia się wykorzystywaniu kwestii praw człowieka jako narzędzia nacisku zewnętrznego, ingerencji w wewnętrzne sprawy państw oraz destrukcyjnego wpływu na działalność organizacji międzynarodowych. Rosja jednoznacznie krytykuje „nielegalne jednostronne środki restrykcyjne”. Za priorytet w sferze prawa międzynarodowego Rosja uznała wykluczenie ze stosunków międzynarodowych praktyki podejmowania jednostronnych środków przymusu z naruszeniem Karty NZ”. Jednocześnie będzie korzystała z różnych środków, także jednostronnych, w celu ochrony żywotnych interesów narodowych, jak również w celu przeciwdziałania takim środkom stosowanym przez nieprzyjazne państwa i ich ugrupowania^[40]. Nie kojarzy ich jednak z ochroną praw człowieka ani jako uzasadnieniem działania, ani jako kryterium stosowania środków^[41].

³⁹ Tekst: <https://www.mid.ru/ru/detail-material-page/1860586/?lang=en>.

⁴⁰ W rosyjskiej Strategii bezpieczeństwa narodowego z 2 lipca 2021 r. (https://rusmilsec.blog/wp-content/uploads/2021/08/nss_rf_2021_eng_.pdf) dopuszcza się stosowanie przeciwko nieprzyjaznym działaniom tak środków symetrycznych, jak i asymetrycznych.

⁴¹ Na temat praktyki stosowania sankcji wobec Rosji i przez Rosję: Ivan N. Timofeev, „Unilateral and extraterritorial sanctions policy: the Russian dimension”, [w:] *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, ed. Charlotte Beaucillon (Northampton-Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021), 90 i n. Akcentuje się, że Rosja podejmuje głównie kontrsanckcje i buduje odporność (105-109).

4.2.2. Stanowisko Chin

Stanowisko Chin w sprawie korzystania ze środków jednostronnych jest zbliżone do rosyjskiego. Tak np. w Dokumencie koncepcyjnym pt. Globalna Inicjatywa Bezpieczeństwa z 21 lutego 2023 r.^[42] generalnie krytykuje się unilateralizm i stosowanie praktyk hegemonicznych^[43]. Podkreśla się nadużywanie sankcji jednostronnych i jurysdykcji ekstraterytorialnej (ang. *long-arm jurisdiction*). Nie tworzy się związku z prawami człowieka^[44]. Podobne wypowiedzi można znaleźć w Perspektywach chińskiej polityki zagranicznej w odniesieniu do sąsiedztwa w nowej erze z 24 października 2023 r.^[45].

4.2.3. Wspólne stanowisko Wschodu

Pogląd na temat stosowania środków jednostronnych w kontekście praw człowieka jest również prezentowany wspólnie przez Chiny i Rosję. Przykładowo dostarcza m.in. ich wspólne oświadczenie z okazji 75 rocznicy nawiązania stosunków dyplomatycznych między obydwojoma państwami z 2024 r. Strony wyrażają tu swój sprzeciw wobec ingerencji w sprawy wewnętrzne, stosowania środków jednostronnych oraz ograniczeń w stosunku do ich przestrzeni gospodarczej, technologicznej i międzynarodowej. W szczególności negatywnie odnoszą się do sankcji jednostronnych i jurysdykcji ekstraterytorialnej wykonywanej bez podstawy prawnej lub upoważnienia Rady Bezpieczeństwa, jak również wobec opierania ich na ideologii. Odrzucają one także neokolonializm i hegemonializm. Krytykują obchodzenie Rady Bezpieczeństwa i naruszanie Karty NZ, a także prawa WTO. Uznają też, że niedopuszczalne jest korzystanie z praw człowieka w celu ingerencji w sprawy wewnętrzne innych państw.

⁴² Tekst: https://www.fmprc.gov.cn/eng/wjdt_665385/2649_665393/202302/t20230221_11028348.html.

⁴³ Zob. też hegemonia USA i jej zagrożenia z 20 lutego 2023 r. (https://www.fmprc.gov.cn/eng/wjdt_665385/2649_665393/202302/t20230220_11027664.html), gdzie wprost krytykuje się je za stosowanie sankcji jednostronnych i środków ekstraterytorialnych w imię lansowania koncepcji porządku międzynarodowego opartego na zasadach. Podkreśla się bezprawne wykorzystywanie praw człowieka.

⁴⁴ Congyan Cai, „China’s position and practice concerning unilateral sanctions”, [w:] *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, 70 i n., zvl. 76-86.

⁴⁵ Tekst: https://www.fmprc.gov.cn/eng/wjdt_665385/2649_665393/202310/t20231024_11167100.html.

4.2. Stanowisko Zachodu

Pogląd Zachodu na kojarzenie jednostronnych środków przymusu i praw człowieka nie jest jednorodny. Nieco inaczej do tej problematyki podchodzą Stany Zjednoczone, inaczej Unia Europejska. Jednak więcej jest punktów stykowych. W szczególności w obydwu przypadkach dopuszcza się stosowanie jednostronnych środków przymusu w celu ochrony praw człowieka w innych państwach.

4.2.1. Stanowisko Stanów Zjednoczonych

USA konsekwentnie odrzucają rezolucje Zgromadzenia Ogólnego w sprawie stosowania środków przymusowych. Ich stanowisko jest też w pewnym stopniu radykalne, ponieważ są przeciwne używaniu samego określenia „jednostronne środki przymusu”. Według nich, nie ma bowiem uzgodnionej międzynarodowej definicji tych środków. Używając tego terminu sugeruje się, że państwa ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania innych państw w zakresie praw człowieka^[46].

Z merytorycznego punktu widzenia istotne są argumenty Stanów Zjednoczonych, które doprowadziły do głosowania przeciwko rezolucjom Zgromadzenia Ogólnego. Przy tym rozumowanie jest zbieżne w przypadku uzasadnienia głosu w przypadku rezolucji o stosowaniu jednostronnych środków gospodarczych wobec państw rozwijających się i o stosunku jednostronnych środków przymusu do praw człowieka. Jest ono też stabilnie powtarzane od szeregu lat.

Tak też w odniesieniu do rezolucji dotyczących środków przymusu gospodarczego USA uznają, że:

Sankcje są odpowiednim, skutecznym, pokojowym i uzasadnionym narzędziem do reagowania na zagrożenia dla pokoju i bezpieczeństwa. Mogą być wykorzystywane do promowania odpowiedzialności wobec tych, którzy nadużywają praw człowieka, podważają demokrację lub angażują się w działania korupcyjne. W przypadkach, w których Stany Zjednoczone zastosowały sankcje, zrobiliśmy to z myślą o konkretnych celach, w tym promowaniu systemów demokratycznych, rządów prawa, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności lub w odpowiedzi na zagrożenia dla bezpieczeństwa.

⁴⁶ Digest 2022, s. 166.

Przyjmuje się również jako zasadę minimalizację niezamierzonych gospodarczych, humanitarnych i politycznych negatywnych konsekwencji sankcji, zwłaszcza wobec jednostek niebędących ich celem. Podkreśla się również, że:

Sankcje są uzasadnionym sposobem osiągania celów polityki zagranicznej, bezpieczeństwa narodowego oraz innych celów krajowych i międzynarodowych, a Stany Zjednoczone nie są osamotnione w tym poglądzie lub w tej praktyce^[47].

Dobitnie wskazuje się, że „Ci, którzy sugerują, że sankcje są z natury nieuzasadnione lub problematyczne, przedstawiają fałszywą narrację i nie możemy poprzeć tego języka”^[48].

Także w przypadku rezolucji dotyczących środków jednostronnych i praw człowieka USA stoją na stanowisku, że rezolucje te nie przyczyniają się do ochrony praw człowieka, gdyż sankcje

są ważnym i skutecznym narzędziem promowania pokoju, reagowania na szkodliwe zachowania, odmawiania finansowania zagrożeń oraz przeciwdziałania terroryzmowi i rozprzestrzenianiu broni masowego rażenia.

Mogą być też wykorzystywane do promowania odpowiedzialności za naruszenia i nadużycia praw człowieka. Przyjmują, że rezolucje, o których mowa, w niewłaściwy sposób kwestionują

zdolność państw do określania swoich stosunków gospodarczych i ochrony uzasadnionych interesów narodowych, w tym podejmowania działań w odpowiedzi na obawy związane z bezpieczeństwem narodowym.

⁴⁷ Explanation of Vote for the Adoption of the Unilateral Economic Measures as a Means of Political and Economic Coercion against Developing Countries, Jesse Walter Adviser for ECOSOC, 23 November 2021. <https://usun.usmission.gov/explanation-of-vote-for-the-adoption-of-the-unilateral-economic-measures-as-a-means-of-political-and-economic-coercion-against-developing-countries/>.

⁴⁸ Explanation of Vote on a Second Committee Resolution on Unilateral Economic Measures as a Means of Political and Economic Coercion Jason Lawrence, U.S. Adviser for the Second Committee, 21 November 2023. <https://usun.usmission.gov/explanation-of-vote-on-a-second-committee-resolution-on-unilateral-economic-measures-as-a-means-of-political-and-economic-coercion/>.

Podważają też „zdolność społeczności międzynarodowej do reagowania na łamanie i naruszanie praw człowieka”. Podnosi się również, że Stany Zjednoczone dążą do minimalizacji negatywnego wpływu na wrażliwe społeczności. Mają też charakter celowany^[49].

Formalnym wyrazem ochrony praw człowieka jako przesłanki stosowania środków jednostronnych o charakterze sankcyjnym (celowanych) jest Globalna ustawa Magnitsky’ego o odpowiedzialności (ang. *accountability*) za naruszenia praw człowieka z 23 grudnia 2016 r., która upoważnia prezydenta USA do stosowania środków finansowych i wizowych w odpowiedzi na poważne naruszenia praw człowieka i korupcję^[50]. Chodzi tutaj zwłaszcza o naruszenia takich praw, jak tortury lub okrutne, niehumanitarne lub poniżające traktowanie albo karanie, długotrwałe przetrzymywanie bez postawienia zarzutów, powodowanie zaginięć osób przez uprowadzanie i potajemne przetrzymywanie tych osób lub inne rażące odmawianie prawa do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego.

W kontekście referowanego stanowiska można odnotować, że USA wraz z grupą kilku państw Zachodu (Australia, Kanada, Japonia, Nowa Zelandia, Wielka Brytania) przyjęła „Wspólną deklarację przeciwko przymusowi ekonomicznemu związanemu z handlem oraz nierynkowym politykom i praktykom” z 9 czerwca 2023 r.^[51] Jest interesujące, że nie ma tutaj w zasadzie w ogóle odniesienia do ochrony praw człowieka jako celu sankcji ani jako kryterium ich stosowania.

4.2.2. Stanowisko Unii Europejskiej

Unia Europejska wstrzymuje się od głosu w przypadku rezolucji dotyczących stosowania jednostronnych środków gospodarczego wobec państw rozwijających się, natomiast głosuje przeciwko rezolucjom dotyczącym środków przymusu w związku z prawami człowieka. W uzasadnieniu

⁴⁹ Explanation of Vote on a Third Committee Resolution on Human Rights and Unilateral Coercive Measures, Eric Merron, U.S. Adviser for the Third Committee, November 7, 2023. <https://usun.usmission.gov/explanation-of-vote-on-a-third-committee-resolution-on-human-rights-and-unilateral-coercive-measures-3/>; Explanation of Vote on a Third Committee Resolution on Human Rights and Unilateral Coercive Measures, U.S. Adviser to the Third Committee James Strait, 10.11.2022. <https://usun.usmission.gov/explanation-of-vote-on-a-third-committee-resolution-on-human-rights-and-unilateral-coercive-measures-2/>.

⁵⁰ Digest 2022, 680-682.

⁵¹ Tekst: <https://www.international.gc.ca/news-nouvelles/2023/2023-06-09-joint-declaration-declaration-commune.aspx?lang=eng>.

swoich głosów wskazuje się, że jednostronne środki gospodarcze powinny być zgodne z prawem międzynarodowym, w tym z zobowiązaniami umownymi państw, które je stosują, oraz, w stosownych przypadkach, z zasadami WTO. Mniej jednoznacznie niż Stany Zjednoczone, Unia i jej członkowie uważają, że:

jednostronne środki gospodarcze są dopuszczalne w pewnych okolicznościach, w szczególności gdy to konieczne do zwalczania terroryzmu i rozprzestrzeniania broni masowego rażenia lub do utrzymania poszanowania praw człowieka, demokracji, praworządności i dobrych rządów.

Sądzą wręcz, że „są zobowiązane do stosowania sankcji jako części zintegrowanego, kompleksowego podejścia politycznego, które powinno obejmować dialog polityczny, zachęty, warunkowość, a nawet może obejmować, w ostateczności, stosowanie środków przymusu zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych”^[52].

Prawnym wyrazem stanowiska, że środki restrykcyjne ze strony Unii są dopuszczalne w pewnych okolicznościach, w tym w celu ochrony praw człowieka, jest rozporządzenie 2023/2675 dnia 22 listopada 2023 r. w sprawie ochrony Unii i jej państw członkowskich przed stosowaniem wymuszenia ekonomicznego przez państwa trzecie^[53]. W szczególności w preambule tego aktu uznaje się, że przymus jest zakazany i stanowi czyn bezprawny według prawa międzynarodowego, jeżeli

kraj stosuje środki, takie jak ograniczenia handlowe lub inwestycyjne, w celu uzyskania od innego kraju działania lub zaniechania działania, do którego kraj ten nie jest zobowiązany na mocy prawa międzynarodowego i które wchodzi w zakres jego suwerenności, oraz gdy przymus osiąga pewien próg jakościowy lub ilościowy, w zależności zarówno od zamierzonych celów, jak i zastosowanych środków.

⁵² EU Explanation of Vote: United Nations 2nd Committee: Resolution on Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries, November 21, 2019. https://www.eas.europa.eu/delegations/un-new-york/eu-explanation-vote-united-nations-2nd-committee-resolution-unilateral_en.

⁵³ OJ L 2023/2675.

Przy tym

Komisja i Rada powinny uwzględnić kryteria jakościowe i ilościowe, które pomogą w ustaleniu, czy państwo trzecie ingeruje w prawnie uzasadnione suwerenne wybory Unii lub jej państwa członkowskiego i czy jego działanie stanowi przymus gospodarczy wymagający reakcji Unii.

Chodzi tutaj o środki „o wystarczająco poważnych skutkach”, a gdy w grę wchodzi groźba – „groźby wiarygodne”. Komisja i Rada powinny też badać, czy środek jest prawnie uzasadniony m.in. ochroną praw człowieka (pkt 15). Jednak w osnowie aktu nie ma odesłania do ochrony praw człowieka jako celu lub kryterium stosowania środków restrykcyjnych.

Inaczej jest w przypadku rozporządzenia Rady 2020/1998 z 7 grudnia 2020 r. dotyczące środków ograniczających stosowanych w sytuacji poważnych naruszeń i nadużyć praw człowieka. Tutaj prawa człowieka są główną inspiracją stosowania środków. Co więcej, o ile w poprzednim rozporządzeniu chodziło o jednostronną reakcję Unii na zewnętrzne środki przymusu gospodarczego, o tyle w tym przypadku środki unijne mogą być użyte jako pierwsze, gdy tylko zostanie ustalone, że doszło do naruszenia lub nadużycia. Ochrona praw człowieka jest w tym wypadku przesłanką stosowania środków restrykcyjnych, przedmiotem chronionym. Nie są jednak kryterium działania. Takim kryterium mogą być natomiast prawa podstawowe ujęte w Karcie praw podstawowych Unii.

5 | Konkluzje

Z przeprowadzonej analizy wynikają trzy istotne wnioski. Po pierwsze, prawa człowieka i ich ochrona odgrywają zasadniczo różną rolę w ogólnych koncepcjach porządku międzynarodowego aktorów globalnych. Różnice te nasiliły się dodatkowo w dobie obecnego kryzysu. Zachód prezentuje stanowisko liberalne, kładąc nacisk na własne rozumienie praw człowieka, które jednak postrzega jako uniwersalnie przyjęte, w tym na kwestie gender. Promując tak rozumiany standard jako pożądany we wszystkich państwach, uznaje prawa człowieka za środek transformacji społeczeństw i świata. Na odmianę Wschód uważa tę wizję praw jednostki za przejaw zachodniego imperializmu, przesłankę niedopuszczalnej ingerencji w suwerenność

i kompetencje wewnętrzne państw. Jego odpowiedzialnością są prawa człowieka uwikłane w krajowe uwarunkowania cywilizacyjne, ale też podporządkowane interesom państw. Pierwsza z wizji jest za bardzo ekspansywna, druga nadmiernie restrykcyjna.

Po drugie, wyjątkowo zgodne stanowisko aktorów globalnych wobec *ius cogens* w kształcie opracowanym przez Komisję Prawa Międzynarodowego, uzmysławia, że – niezależnie od różnych niedoskonałości projektu – aktorzy ci nie są zdolni do uznania, że normy peremptoryjne odzwierciedlają fundamentalne wartości wspólnoty międzynarodowej i zajmują nadrzędną pozycję wobec innych norm porządku międzynarodowego. Krytykując rozumienie wspólnoty międzynarodowej państw jako całości podane przez Komisję, obawiają się, że mogą zostać pominięte w procesie wyłaniania norm bezwzględnie wiążących. Negując próby ustalenia niewyczerpującego katalogu norm, próbują forsować normy, które bardziej korespondują z ich indywidualnymi interesami (np. piractwo w przypadku USA, zasada suwerennej równości w przypadku Wschodu). Jednak takie podejście powoduje znaczące utrudnienie w ustaleniu, jakie normy mają ten szczególny status. Jest to także dowód znaczących rozbieżności między aktorami globalnymi, pogłębiającymi się w kontekście konfliktu zbrojnego w Ukrainie.

Po trzecie, czas rywalizacji geopolitycznej obnaża rażące różnice w podejściu do korzystania z jednostronnych środków przymusu w powiązaniu z prawami człowieka. O ile bowiem Zachód uważa takie środki za dopuszczalne, a nawet pożądane tak, gdy chodzi o ochronę praw człowieka w innych państwach, jak i, chociaż w znacząco mniejszym zakresie, gdy mają one stanowić kryterium legalnego ich użycia, o tyle Wschód postrzega środki jednostronne stosowane z wykorzystaniem praw człowieka jako wyraz zachowań hegemonicznych i neokolonialnych. W rękach Zachodu przymus ten jest środkiem zaprowadzania lub przywracania ładu na wzór zachodni, w ujęciu Wschodu powiązania z prawami człowieka nie mają większego znaczenia. Oznacza to, że Zachód instrumentalizuje prawa człowieka, Wschód je deprecjonuje lub pomija. Tak czy owak, rywalizacja geopolityczna powoduje, że prawa człowieka przestają mieć istotne znaczenie jako obiektywny standard do osiągnięcia dla wszystkich.

Bibliografia

- Bailes Alyson J.K., Anna Wetter, „Security Strategies”, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online, January 2013.
- Cai Congyan, „China’s position and practice concerning unilateral sanctions”, [w:] *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, ed. Charlotte Beaucillon. 70-89. Northampton-Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021.
- Cai Congyan, *The Rise of China and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Chan Phil C.W., „China’s Approaches to International Law since the Opium War” *Leiden Journal of International Law*, nr 4 (2014): 859-892.
- Chan Phil C., *China, State Sovereignty and International Legal Order*. The Hague: Brill-Nijhoff, 2015.
- Chin John J., Kiron Skinner, Clay Yoo, „Understanding National Security Strategies Through Time” *Texas National Security Review*, No. 4 (2023): 103-124.
- Dai Ruijun, „China and International Human Rights Law”, [w:] *The Cambridge Handbook of China and International Law*, red. Ignacio de la Rasilla, Congyan Cai. 261-283. Cambridge: Cambridge University Press, 2024.
- Mälksoo Lauri, „Russia and China Challenge the Western Hegemony in the Interpretation of International Law” *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, July 15, 2016. <https://www.ejiltalk.org/russia-and-china-challenge-the-western-hegemony-in-the-interpretation-of-international-law/>.
- Roberts Anthea, *Is International Law International?*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- The Impact of Human Rights on General International Law*, red. Menno Kamminga, Martin Scheinin. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- The UN Friendly Relations Declaration at 50. An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, red. Jorge E. Viñuales. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Timofieev Ivan N., „Unilateral and extraterritorial sanctions policy: the Russian dimension”, [w:] *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, red. Charlotte Beaucillon. 90-109. Northampton-Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021.
- Vanneste Frédéric, *General International Law before Human Rights Courts. Assessing the Speciality Claims of International Human Rights Law*. Cambridge-Antwerp: Intersentia 2010.
- Visek Richard, „Statement at the 77 th session of the General Assembly Sixth Committee meeting on the Report of the ILC on its 73rd Session, October 25, 2022” *Digest of United States Practice in International Law* (2022), 299-301. <https://www.>

state.gov/wp-content/uploads/2023/12/2022-Digest-of-United-States-Practice-in-International-Law.pdf.

Wang Chao, Xin Xiang, „The Constitution of China and International Law. From Selective Adaptation to Normative Consensus”, [w:] *The Cambridge Handbook of China and International Law*, red. Ignacio de la Rasilla, Congyan Cai. 73-93. Cambridge: Cambridge University Press, 2024.

Wang Jiangyu, Huaer Cheng, „China’s Approach to International Law: From Traditional Westphalianism to Aggressive Instrumentalism in the XI Jinping Era” *The Chinese Journal of Comparative Law*, nr 1 (2022): 140-153.

Wuerth Igrid, „China, Russia, and International Law” *Lawfare* 11 July 2016.



MILENA KLOCZKOWSKA

The Right to Strike as a Human Right

Abstract

This paper presents the findings of research into the concept of the sector of essential services. The key objective is to gain an understanding of the nature of this sector. Essential services are fundamental to the functioning of everyday life for all. The lack of their provision will have irreversible consequences. The presented considerations argue that research on legal qualification should be based not only on the analysis of regulations but also on philosophical principles. It is essential to give due consideration to the moral implications of this issue. This approach is not exhaustive or universal. However, it aims to enhance the incomplete presentation of approaches and solutions to the problem.

KEYWORDS: strike; essential services sector; human rights; ILO

MILENA KLOCZKOWSKA, Ma in law, John Paul II Catholic University of Lublin,
ORCID – 0000-0003-2660-9415, e-mail: milena.kloczkowska@kul.pl

1 | Introduction

The question of whether the right to strike can be considered a human right is a recurring topic of debate in the field of labour law. The findings of this research are of significant value, both from a research standpoint and a practical one. It is not possible to implement and protect a right effectively unless it is correctly categorised. Furthermore, it introduces ambiguity regarding the scope of courts' jurisdiction, particularly in the context of international matters. It is also unclear whether the European Union or the International Labour Organization will intervene or offer an interpretation.

The analysis of literature on international labour law proves that there is still no clear answer to the question announced in the title of this work. Therefore, during the course of research the question must be answered: since the right to strike has been treated as a worker's right so far, how to examine its nature? Do we find in human rights a foundation for recognising that the right to strike belongs to them?

The essence of this analysis is to answer the key question: is the right to strike a human right?

At the beginning of this article the specificity of conducting a strike in the sector of essential services, taking into account the general characteristics as well as ethical dilemmas related to this phenomenon, will be discussed. The sector of essential services, along with the relevant definitions and regulations, will be presented. Subsequently, a definition of essential services will be proposed. Subsequently, the current state of the scientific, philosophical and legal debate on the issue of the right to strike in the context of human rights, as well as the principal positions and arguments, will be presented. In light of the above, the research questions will be addressed in the final stage. The issue of a strike in the sector of essential services will be discussed, with particular consideration of the consequences of qualifying the right to strike as a human right, as opposed to leaving it within the sphere of labour rights.

2 | What is the specificity of conducting a strike in the sector of essential services?

The concept of the so-called essential services or basic services is expressed in Article 3 of Convention No. 87 of the International Labour Organization. The indicated legal norm establishes the right of workers' organisations to organise their administration and activities and to formulate their programmes without interference by the public authorities^[1]. With the recognition of the Committee on Freedom of Association, some member states do however limit rights flowing from Article 3 to groups of workers

¹ International Labour Organization, Convention No. 87 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, 9 July 1948 as amended.

employed in sectors that are considered essential services. The Committee on Freedom of Association has drawn attention to the abuses that might arise out of an excessively wide definition in the law of the term „essential services” and suggested that the prohibition of strikes should be limited to services that are genuinely essential^[2].

It should also be emphasised that a total ban on strikes would be contrary to international ideals. The European Committee of Social Rights argues that it is up to the state itself to classify a given sector as essential since a justification, why a given group cannot exercise the right to strike, must be found. Automation is prohibited here^[3].

The concept of „essential services” enables the categorisation of services in a manner that precludes the obstruction of the right to strike by workers in general. What is important is that the strike action in the analysed sphere must take place provided that the safety of recipients, of a given essential service, is ensured.

2.1. General characteristics of the specificity of conducting a strike in the sector of essential services

The specificity of conducting a strike in the sector of essential services focuses on the collision of a strike action which consists in refraining from work, i.e., providing a given service.

The pivotal point is that a service is designated as an essential service, meaning one that is necessary. Failure to provide a given service can result in significant risks to the health and lives of individuals within a given country. It is therefore problematic to accept the exercise of the right to strike by workers in a given sector. The nature of a service leads to the restriction of a strike action, so that it takes place without any threats. A rotational strike, which does not result in such gross consequences for the employer as a regular strike, is a common solution in this case. Thus, it may be called slightly weaker than a classic strike.

² Timo Knabe, Carlos R Carrion-Crespo, *The Scope of Essential Services: Laws, Regulations and Practices* (International Labour Organization, 2019), 1-63. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_737647.pdf. [accessed: 22.08.2022].

³ Ibidem.

The determination of the minimum scope of service provision constitutes an element of a strike in the sector of essential services. It is, however, untenable to deny workers in a given sector the right to strike on the basis that such an action would be excessive.

2.2. Ethical dilemmas – general catalogue and characteristics of the issue

In considering whether the right to strike may be referred to as a human right, it is important to acknowledge the ethical challenges that arise in relation to it. The literature on human rights emphasises their vertical impact, which determines the individual-authority relationship and not the individual-individual relationship. It is often stated that human rights present ideas.

Consequently, there are no national mechanisms dedicated to regulating and enforcing human rights. Rather, human rights influence the application of law in various contexts, including administrative, civil, and criminal law. In human rights there is also no hierarchy of these rights. Each of these rights is of equal value and should be applied and enforced according to the same standard. This gives rise to a fundamental issue that is closely linked to the strike action in the sector of essential services. For instance, if doctors or nurses wish to strike in order to protect their rights, the manner in which they do so must be such that the lives of patients are not endangered.

It is important to bear in mind that the doctors who have been recalled may be motivated to strike not only due to the low remuneration, but also because of the complete lack of basic working conditions, which has led to the emergence of a phenomenon that could be described as „slavery”. In this case, the problem becomes more complex and the dilemma more challenging to consider. What are the rights of doctors? What about the social level of their families? Is the patient’s life more important than ensuring basic living conditions for oneself? It may be argued that a doctor, without the ability to exercise their right to remuneration or rest and overtired, themselves can be a threat to patients. There are no clear and correct answers in such a situation.

2.3. Legal dilemmas – general catalogues, characteristics of the problem

The aforementioned discussion gives rise to two principal legal dilemmas. Firstly, no definitive approach to regulating strikes in the sector of essential services in ILO member states has been established. Firstly, it is not straightforward to determine which services are considered necessary, and furthermore, it is equally challenging to establish a framework for striking that does not result in the disruption of essential services.

Moti Mordehai Mironi presents the concept of three models of strike regulation in the sector of essential services. The model of bilateral autonomous regulation, in which restrictions on strikes in the sector of essential services are derived from agreements reached between the relevant parties or social partners^[4]. The model of unilateral autonomous regulation, in which the trade union itself imposes restrictions on strikes in the sector of essential services with the objective of minimising damage^[5]. The researcher presents the model of hybrid/mixed regulation as the third one. The initial stage is that of autonomous regulation. However, should the level of essential services provided during a strike be deemed inadequate, external intervention will ensue^[6].

The question of whether the right to strike should be classified as a labour right or a human right is the second most significant legal issue. This question was first posed in 2012 and remains unresolved to this day. The classification of the right to strike within the appropriate legal category will facilitate the creation of suitable legislative provisions.

⁴ Moti Mordehai Mironi, „Introduction: Theory, Conceptualization and Methodology”, [in:] *Regulating Strikes in Essential Services: A Comparative ‘Law in Action’ Perspective*, Vol. LII, ed. Moti Mordehai Mironi, Monika Schlachter (Alphen_aan_Rijn: Kluwer Law International, 2019), 13.

⁵ Ibidem, 13.

⁶ Ibidem, 13.

3 | What is the sector of essential services?

The International Labour Organization (ILO) has indicated that the precise definition of essential services depends to a significant extent on the specific circumstances prevailing in a given country^[7]. Furthermore, the concept is not fixed and can be subject to change. For instance, a non-essential service may be deemed essential if the strike exceeds a certain duration or scope, posing a threat to the lives and health of individuals^[8]. The ILO acquis demonstrates that essential services encompass the hospital sector, electricity services, water supply services, police and armed forces, fire services, public or private prisons, the provision of food to pupils and school cleaning, and air traffic control^[9].

3.1. Various proposals for definitions and regulations

The current approach taken by countries is to propose their own definitions of essential services, as well as legal regulations pertaining to this area. The Italian regulation is an example worthy of detailed examination, given its generally acknowledged exemplary status.

In Italy, a strike in the sector of essential services is primarily regulated by Law 146/1990 of 2 June 1990^[10]. The construction of essential services is carried out in accordance with the principle of balancing constitutional rights. The right to strike is enshrined in Article 40 of the Italian Constitution. Law 146/1990 enumerates the constitutional rights that must be weighed against the right to strike. The fundamental rights enshrined in Article 1, Paragraph 1.1, Section 1 of the Act encompass the right to life, the right to health, the right to freedom and personal security, the right to travel, the right to social assistance and security, the right to education and the right to communication.

The Act then goes on to set out a list of essential services, which are subject to specific rules. The services in question are those aimed at ensuring the exercise of constitutionally protected rights, namely the right to life, health, freedom and security of persons, freedom of movement, social

⁷ Ibidem, 13.

⁸ Cf. Knabe, Carrion-Crespo, *The Scope of Essential Service*, (n-2)10.

⁹ Ibidem 10.

¹⁰ LEGGE 12 Giugno 1990, no. 146.

assistance and security, education and freedom of communication. This encompasses services provided regardless of the legal nature of the work relationship, even if carried out through public procurement or health.

The services also include public hygiene, civil protection, collection and disposal of municipal waste and special, toxic and harmful waste. Waste management; customs, limited to control over animals and perishable goods; the supply of energy, energy products, natural resources and primary goods, as well as the management and maintenance of the related systems, limited to what concerns their safety; the administration of justice, with particular reference to measures restricting personal freedom and those precautionary and urgent as well as criminal proceedings with defendants in detention status; environmental protection services and cultural heritage supervision. The provision of urban and suburban public transport by road, rail, air, airport and maritime is limited to connections with the islands. The disbursement of related amounts is also made through the service banking. The public education sector encompasses nursery schools, kindergartens and elementary schools, as well as the performance of final exams and university education, with particular reference to examinations that conclude education cycles.^[11]

In the Italian system, the right to strike is regarded as a fundamental constitutional right that cannot be in conflict with other fundamental rights.

A crucial aspect of strike regulation in the sector of essential services is the action to prevent a strike, known as the cooling-off procedure. Article 2, Paragraph 2 of Law 146/1990 obliges the parties to collective agreements (i.e. the workers' unions and employers) to regulate cooling-off procedures as well as arbitration bodies, which are to lead to dispute resolution. In the event of a collective dispute, it is imperative that workers only undertake the actions that are strictly necessary to ensure the continued provision of services without jeopardising the rights of users.

In the event of a strike in the sector of essential services, trade unions are required to notify the relevant authorities in accordance with Article 2, Paragraph 2 of Law 146/1990. The notification must be provided at least ten days before the strike action. The notification must include the following elements: reasons for the strike, length of the strike and methods of operation.

¹¹ Cf. Knabe, Carrion-Crespo, *The Scope of Essential Servics*, (n-2), 23, and LEGGE 12 Giugno 1990, no. 146 Article 1.

In the event of an interruption or restriction to an essential service as listed in the Act, the authorities are obliged to issue an order to protect fundamental rights. In accordance with Article 8, Paragraph 1, the authorised bodies to issue such an administrative order in the case of national-scale conflicts are the Prime Minister (Presidente del Consiglio dei Ministri) and ministers. In the case of local-scale conflicts, the Prefect (agent of the central government at the district level) is the authorised body. The order should be directed towards workers, the self-employed, small business owners, trade unions and employers^[12].

The analysis of the solutions adopted by states in the research area, based on the report presented by the ILO^[13], has led to the conclusion that the models can be divided into three categories. The complete model is supported by constitutional norms. The aforementioned Italian model may be classified as belonging to this category,

The second model represents an intermediate stage of development, incorporating the essential features of the full model but not fully encompassing all of its elements. The solutions employed in Germany serve as a case in point. In this model, legal norms do not explicitly express the right to strike. However, according to the jurisprudence of German courts, the right to strike can be derived from the freedom of association expressed in Article 9, Paragraph 3, Point 1 of the German Constitution^[14]. In accordance with the prevailing jurisprudence, the right to strike is regarded as an integral component of this freedom^[15]. In the event that a trade union calls for a strike, it is deemed to be legal and thus protected. In this system, the right to strike is subject to restrictions on the basis of the so-called “practical compliance” when a strike affects other constitutional guarantees^[16]. This principle states that conflicting fundamental rights must be balanced so that they are limited but not completely restricted in favour of the other. No legal norms have been established to resolve the issue of strikes in Germany. Consequently, the quasi-legislative role is assumed

¹² See: Adriana Tapo, „Italy”, [in:] *Regulating Strikes in Essential Services: A Comparative ‘Law in Action’ Perspective*, Vol. LII, 279-318.

¹³ Cf. Knabe, Carrion-Crespo, *The Scope of Essential Serv*, (n-2) 11.

¹⁴ Monika Schlachter, Christina Hießl, „Germany”, [in:] *Regulating Strikes in Essential Services: A Comparative ‘Law in Action’ Perspective*, Vol. LII, 182.

¹⁵ *Ibidem*, 182.

¹⁶ *Ibidem*, 183.

by the courts, whose rulings lead to the proportional implementation of constitutional rights in the event of a conflict^[17].

With regard to the category of essential services under German law, it is important to note that there is no clear definition and no list of services that could be considered as such^[18]. A strike in this sector is in principle no different from an ordinary strike. However, in this case the principle of proportionality is strongly emphasised due to the importance of the service. It is believed that such a strike may be illegal also due to the unacceptable infringement on third parties^[19]. In this case third parties may claim a strike ban on the grounds of the disproportionate impact on their legal situation^[20].

As illustrated in the presented model, a strike in the sector of essential services is not distinguished from other types of strikes and is treated as an ordinary strike. Furthermore, there is no definition of essential services. Nevertheless, there is a legal recourse that allows for the determination of the legitimacy of the strike. However, due to the nature of the services and the infringement of interests, it is easy to achieve a total ban on strikes in this sector.

The third category is characterised by the absence of a model, that is to say, a total absence of regulation. Poland can be included in this model. The right to strike is enshrined in Article 59 of the Constitution of the Republic of Poland^[21].

The subject of a collective dispute may pertain to matters pertaining to the working conditions, remuneration, or social benefits of employees, as well as the rights and freedoms of trade union workers or other groups that have the freedom to associate in trade unions^[22].

In accordance with the Act of 23 May 1991 on solving collective labour disputes, any such dispute must be conducted in accordance with the prescribed procedure, which includes mandatory elements such as negotiations, mediation and, where necessary, arbitration. However, a strike is the final element in this process. Article 19 of the Act on solving collective labour disputes states that:

¹⁷ Ibidem, 185.

¹⁸ Ibidem, 194.

¹⁹ Ibidem, 197.

²⁰ See more: Artur F. Utz, „Is the Right to Strike a Human Right” *Washington University Law Review*, No. 4 (1987): 741.

²¹ Journal of Laws from 1997 no. 78 item 483, as subsequently amended and restated.

²² Journal of Laws from 1991 no. 55 item 236, Article 1 Paragraph 1.

Any work stoppage because of the strike that affects positions, equipment and installations where the interruption of work constitutes a hazard to human lives or health or to security of the State, shall be prohibited^[23].

In the indicated article there are no guidelines as to which positions lead to the indicated threat. There is also no other legal act that would mention these areas. Nevertheless, Article 26 of the Act outlines criminal and civil liability for organising an illegal strike. There is a complete lack of transparency regarding strikes in essential services, which undoubtedly contributes to the phenomenon of a chilling effect.

3.2. The author's proposal of a definition

In accordance with the ILO, the prohibition on strikes should be confined to services that are not indispensable in the strict sense of the term. This restriction should also apply if a strike lasts longer than a certain period of time or goes beyond a certain scope, thus threatening the life, personal safety or health of the entire population or its part^[24].

When determining essential services, it is first necessary to establish the minimum level of service that must be provided. Minimum services are defined as those services that must be provided during a strike in order to ensure the continued functioning of society and to guarantee the realisation and protection of fundamental constitutional rights within a given country^[25]. It should be noted that minimum services apply not only to the strike in the sector of essential services but to others as well. These are the services that, in the absence of which, do not immediately result in a threat to the life, personal safety or health of the entire population or a significant proportion thereof (the educational sector, garbage collection, culture) but if these services are not provided for several days, these services become essential.

²³ Journal of Laws from 1991 no. 55 item 236, Article 19 Paragraph 1.

²⁴ Cf. Knabe, Carrion-Crespo, *The Scope of Essential Servics*, (n-2) 10.

²⁵ See: Francisca Ferrando Garcia, *Spanish Law on Strikes in Essential Services*. www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/israele/0039-s-1.pdf. [accessed: 22.08.2022].

It has to be borne in mind that the purpose of minimum services is not to guarantee the normal working of a company or a public service, but only the continuity of the part of the activity which is indispensable in order to satisfy the rights and freedoms. Hence, the sacrifice imposed on the strikers and service users must be proportional^[26].

It is necessary to create a definition based on these two concepts which in the event of a strike will become complementary. Only when functioning together will they protect both the parties to the dispute and the individuals utilising the services.

Nevertheless, the question of the designation of essential services remained to be resolved at the state level in accordance with the preferences of the respective authorities. In some countries, such as Bulgaria, France, Hungary, Italy, Latvia and Romania^[27] the legislation repeats the list of essential services, which includes the protection of life and health, the supply of water, electricity, gas and heat, transport, security, telecommunications and so forth.

It is evident that the selection of services deemed essential by individual states is dependent on a number of factors, such as geographical location or main pillars of the economy. There is no order in these regulations. There is no scheme that would be common to states.

A solution that would reconcile all of the aforementioned dilemmas would be to construct a definition that takes into account three components. The first of these is essential services, which are those that, if they are lacking, directly lead to a threat to the life, personal safety or health of the entire population or its part; basic services – namely, those which are of the utmost importance for the provision of services to society, but also of significant economic importance for the state. Minimum services which must be provided in the event of a strike, in both of the above cases.

Such a solution would facilitate a consensus between the ILO requirements and the interests of each state. The determination of essential services from a top-down perspective will facilitate the safeguarding of the most critical spheres of life, which could potentially be jeopardised in the event of a strike. This is consistent with the ILO definition.

Basic services are designed to protect not only against direct but also indirect threats which depend on the situation of a given country. For instance,

²⁶ Cf. Knabe, Carrion-Crespo, *The Scope of Essential Service*, (n-2) 39.

²⁷ *Ibidem*, (n-2) 9-38.

the work of museums is an essential service in Italy^[28]. It is due to the fact that this country has developed tourism which brings a lot of profit. A strike in this sector will bring losses to the state budget which will also affect every citizen later. In this case, each state should assess which service or which services are essential from the point of view of the economy.

The normative description of the concept of minimum services should be implemented based on the Italian model, which provides a useful example of how to determine how the service will be provided in a limited way but without causing difficulties for users, that is to say, people residing in the state during a strike. The proposed solution aims to achieve a balance between the higher good, workers' rights and the state's own interests. The state's interests often result in decisions by the authorities that prevent compliance with ILO requirements.

4 | The current shape of the scientific debate on the issue of the right to strike in the context of human rights, main positions and arguments (research discussion map)

The question of whether the right to strike is a human right has been considered by many researchers from a variety of perspectives. One approach is to begin with the philosophical research on the essence of human rights, their existence, and foundation. This can then be used as a basis to pose the question of whether human rights can be the foundation for labour law. Such a consideration is presented by Joe Atkinson in the publication entitled *Human Rights as Foundations for Labour Law*^[29]. The author presents a systematic classification of philosophical approaches, dividing them into political and naturalistic. Concurrently, he provides a succinct overview of the key tenets and assumptions inherent to each philosophical approach.

²⁸ See: Cf. Tapo, „Italy”, (n-13) 279-318.

²⁹ Joe Atkinson, „Human Rights as Foundations for Labour Law”, [w:] *Philosophical Foundations of Labour Law*, ed. Hugh Collins (Oxford: Oxford University Press 2018), 122-138. <http://dx.doi.org/10.1093/oso/9780198825272.003.0007>. [accessed 22.08.2022].

The political theories espoused by this school of thought posit that the concept of human rights is a post-war phenomenon^[30]. According to the supporters of this theory, the violation of human rights is a justification for the intervention of a sovereign state. Furthermore, political theories posit that human rights are designed to fulfil specific political functions that are necessary at a given time. John Rawls was an advocate of this perspective. This philosopher treated human rights as those that limit the reasons justifying war and its conduct^[31]. In his considerations, Rawls does not see labour standards as related to human rights.

Another prominent figure in the field of political theory is Joseph Raz, who developed his own theory based on the assumptions put forth by Rawls while simultaneously modifying them. A modified theory, known as „triggers for intervention”, posits that human rights constitute a subset of moral rights. The violation of these rights, it is argued, justifies external intervention in a sovereign state^[32].

Naturalistic theories, on the other hand, contend that human rights are the contemporary equivalents of natural rights. They define these rights as moral rights that are inherent to humanity. According to these theories, human rights did not emerge solely after World War II; rather, they have a much longer history^[33]. James Griffin, according to whom human rights constitute the protection of “personality” is a representative of this theory. Personality, in this context, refers to the capacity to choose and pursue a personal vision of a good life^[34]. This concept is based on the possibility of choosing a life path free from external control.

Naturalistic theories are developed by John Tasioulas^[35]. In his opinion, human rights are to be understood as universal moral rights that are due simply because of humanity, regardless of the motivation of a person.

³⁰ See more: John Rawls, *The Law of Peoples* (Boston: Harvard University Press 2010).

³¹ Ibidem.

³² See more: Joseph Raz, „Human Rights Without Foundations” *Oxford Legal Studies Research Paper*, No. 14 (2007). <https://ssrn.com/abstract=999874> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874>.

³³ Cf. Atkinson, „Human Rights as Foundations for Labour Law”, (n-30) 122.

³⁴ See more: James Griffin, *On human rights* (Oxford: Oxford University Press 2008).

³⁵ See: John Tasioulas, „On the Foundations of Human Rights”, [in:] *Philosophical Foundations of Human Rights*, ed. Rowan Cruft (Oxford: Oxford University Press, 2015), 45-70. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199688623.003.0002>. [accessed: 3.05.2023].

He argues that human rights are justified by the reference to „fundamental interests, for example, the interests of health, physical security, autonomy, understanding, friendship, achievement, fun, etc.”. Any right can be justified by the reference to a range of fundamental interests, as they are open-ended and can underpin human rights. Furthermore, human rights do not have to be universally applicable; they can be justified in specific historical contexts. In accordance with this concept, a human right exists

when (1) the object of the alleged right serves the fundamental interests of all persons in a given historical context, (2) these interests are *pro tanto* important enough in order to justify the obligations of others to respect or protect it and (3) these obligations constitute enforceable claims, given human nature and the historical context^[36].

The philosopher emphasises the dynamics of human rights, the content of which will change because the assessment of feasibility and burdensomeness depends on technological progress and the availability of resources.

As Atkinson himself emphasises, he describes political theories as often incomplete and requiring further substantial moral reasoning. Naturalistic theories provide a more effective framework for integrating labour law norms. The theories of Griffin and Tasioulas provide the basis for some of the basic elements of this law. They are built on morality. However, according to Atkinson, building a law on this foundation can be complicated.

In the literature that analyses labour rights as human rights, there are actually three different approaches which are not always clearly distinguished. This discussion is presented by Virginia Montevloulou, who outlines three approaches in research^[37].

The first approach is the positivist approach, which states that a group of rights constitutes human rights as long as they are recognised as such by human rights treaties or other documents explicitly recognising labour rights as human rights^[38]. Montevloulou points out that there is no such clarity in case of a strike. The right to strike has been explicitly recognised in

³⁶ Ibidem, 50.

³⁷ Virginia Mantouvalou, „Are Labour Rights Human Rights?” *European Labour Law Journal*, No. 2 (2012): 151. <http://dx.doi.org/10.1177/201395251200300204>. [accessed: 22.08.2022].

³⁸ Ibidem, 151-152.

the text of conventions and treaties (European Social Charter)^[39], while in other cases it has been achieved through the work of supervisory or judicial bodies (as in the ILO and ECHR).

A positivist may also turn to the International Labour Organization (ILO), the UN expert agency in the field of labour rights. „The ILO predates all the human rights treaties and organisations (having been founded in 1919), which shows that labour issues became a matter of international concern before human rights”^[40].

Montevlau believes that the Treaties concerning human rights are compromised. They may include provisions that the framers readily agreed to and omit others simply because they were not agreed upon in political debates at a given moment in history^[41]. It is clear that such measures are still evident in current legislation, which demonstrates that this phenomenon is well-known and still prevalent.

The second approach is called instrumental^[42]. It consists in analysing the strategy in the light of social facts. The nature of labour rights as human rights is confirmed if state and international institutions, such as courts or civil society organisations: trade unions and nongovernmental organisations, successfully promote them as such. It should be noted that the judgments in this regard are problematic and contradictory^[43].

The third approach is called normative^[44]. This approach examines what a human right is and assesses, given this definition, whether certain labour rights are human rights. Hugh Collins is the representative of this theory^[45]. He examined possible justifications for labour law in human rights theory. He defined human rights as rights that all human beings are entitled to by virtue of their humanity. They are „universal and imperative and have a special moral weight that usually outweighs other considerations”. Collins agreed that labour rights lack some of the key features of human rights found in this definition and therefore should

³⁹ See: The European Social Charter, Turin, 18 November 1961, Article 6.

⁴⁰ Cf. Mantouvalou, „Are Labour Rights Human Rights?”, (n-38) 154.

⁴¹ Ibidem, 155.

⁴² Ibidem, 159.

⁴³ See more: ECtHR of 2 July 2002 *Wilson, National Union of Journalists and Others v The UK*, App no. 30668/96; ECtHR of 12 November 2008 *Demir and Baykara v Turkey*, App no. 34503/97; and others.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Hugh Collins, „Theories of Rights as Justifications for Labour Law” *The Idea of Labour Law*, ed. Guy Davidov (Oxford: Oxford University Press 2011), 13. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199693610.003.0010>. [accessed: 22.08.2022].

not be included in this category. He provided four arguments in support of this position^[46]. The first argument against labour rights as human rights is that they do not represent the same urgent and compelling moral claims („the non-necessity thesis”). The second argument is that labour rights are not universally applicable like other human rights („the non-universality thesis”). According to the third argument, labour laws do not contain sufficiently stringent standards („the lack of stringency thesis”). The final argument is that labour rights evolve over time, while universal human rights embody timeless and basic needs („the lack of time thesis”). According to this view, since labour rights are not human rights, we should not look for justification for labour law in human rights theory which is most likely in the tradition of natural law.

Montavlaou herself analyses Collins’s arguments, undermining all of the assumptions^[47]. She argues that human rights prohibit moral harm and that that certain labour rights meet the criteria for this type of protection. She provides contemporary slavery as an example.

In relation to the universality of human rights, the author acknowledges that the existence of a human right is not contingent on status and that it remains a human right, as illustrated by the philosophy of Tasioulas. In terms of the unrestricted nature of labour rights, she maintains that human rights are normative standards. Even if a given society is unable to respect them at the moment, it must strive to achieve the goal of respecting these rights. She also highlights the issue of social rights, which are classified as human rights. In response to the argument that human rights are timeless, she acknowledges that workers’ rights are often timeless claims but their expression changes depending on external factors.

⁴⁶ Collins explores this argument in the essay.

⁴⁷ Monavlaou explores this argument in the essay.

5 | An attempt to answer the main research question – the author’s arguments

The presented analysis aims to answer the question whether the right to strike can be treated as a human right, taking into account the restrictions on strikes in the sector of essential services.

When analysing philosophical approaches, one should bear in mind the dilemmas associated with a strike in this area which is very different from an ordinary strike.

Therefore, it is necessary to refer to the concept of Tasioulas^[48]. First of all, he assumes that a human right exists when (1) the object of the alleged right serves the fundamental interests of all persons in a given historical context, (2) these interests are *pro tanto* important enough in order to justify the obligations of others to respect or protect it and (3) these obligations constitute enforceable claims, given human nature and the historical context.

This argument is raised in the literature by Montevlau as well. On the one hand, by recognising the right to strike as a human right, it will undoubtedly protect the interests of workers. The status of being a worker is a matter of choice, and therefore all those who are, have been or will be workers will benefit from this right. From another perspective, it is important to consider how this concept will benefit those who provide an essential service. The assumption refers to everyone. Even though the worker himself/herself will be able to exercise this right, the impact on the recipient of the service may lead to a threat to life and health. There is no doubt about the importance of the protected interests. However, the issue is based on the rights of recipients as well as the threat posed by the cessation of the provision of essential services. As for the respect and protection that Tasioulas talks about, it will apply as long as the strike does not threaten. However, the question, of how to determine the moment of the emerging threat, arises. The ILO makes it clear that a seemingly redundant service can become essential if a strike lasts too long. For example, a strike of garbage collectors does not pose any threats at the beginning but if it lasts too long it will cause diseases, bad smell and a plague of vermin and rodents.

⁴⁸ Cf. Tasioulas, „On the Foundations of Human Rights”, (n-36) 50.

Referring to this philosophical concept, I do not find do not provide a rationale for the right to strike in the context of essential services. The ethical dilemma precludes this possibility entirely.

When analysing the approaches of the doctrine of labour law, firstly, the positivist approach, the following should be pointed out. The fact is that the right to strike is not enshrined in the Universal Declaration of Human Rights. Instead, it is only referenced in the European Social Charter of 1961^[49].

The positivist approach therefore rejects the right to strike as a human right. In contrast, the instrumental approach did not promote or recognise the right to strike as a human right until 2012. Despite the ECtHR adjudicating, there is currently no consistency or uniformity in its adjudication, which is leading to chaos^[50]. Moreover, this is becoming increasingly problematic.

It is important to consider Collins's arguments regarding the „who/why” features of human rights when analysing the normative approach. Does the right to strike represent urgent and compelling moral claims? The answer is a definite yes. The purpose of the strike is to protect workers' interests, while the strike itself is the only instrument of action „in the hands” of workers.

Will recognising the right to strike as a human right make its universally applicable? Full universality is not possible in the case of restrictions in the sector of essential services. Even though the right itself may exist, it will be significantly limited for workers working in the sector of essential services. Some professions are completely deprived of the right to strike – it is most often noticeable in the services.

Studying the issue from the perspective of the lack of stringency, it is impossible to agree with Collins on the right to strike. The definition proposed above is to be based on the specific integrity of states within a given scope. Therefore, the differentiation of basic services in various countries

⁴⁹ Universal Declaration of Human Rights (adopted on 10 December 1948) UN General Assembly Resolution no. 217 A(III) UDHR) Articles 23-4; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted on 16 December 1966 entered into force on 3 January 1976.) Article 7; Charter of Fundamental Rights of the European Union (26 October 2012) 2012/ C326/02 rond. 4; European Social Charter (revised) adopted on 3 May 1996 entered into force on 1 July 1999) ECJ 163 Articles 1–9.

⁵⁰ See: Jorge Andrés Leyton García, „Elderecho alahuelga como underecho humano fundamental: reconocimiento y limitaciones en el derecho internacional” *Revista Chilena de Derecho*, No. 3 (2020): 781, and Piotr Grzebyk, „The Right to Strike as a fundamental Right”, [in:] *EU Collective Labour Law* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2021), 88-101. <http://dx.doi.org/10.4337/9781788116398.00011>. [accessed: 22.08.2022].

according to their respective needs will inevitably result in inequalities. Additionally, it is not possible to implement top-down strike standards or a prohibition for specific groups. There is a definite lack of rigour, which is necessary in these mechanisms. In this instance, there is no need for a strict normative standard, as the diversity is the result of factors that are not dependent on human or legal factors, such as geographical location or the main pillars of the economy.

The last argument is that labour rights are subject to change over time, whereas universal human rights are fundamental and enduring. In light of this, it is clear that the right to strike is subject to evolution, particularly within the context of essential services. The development of technology and the evolving needs of humanity will determine which services will be necessary.

Studying this issue, it is visible when the concept of human rights originated. However, work is the primal form and has always accompanied humans. Every element of human life was determined by work, first in order to survive and then in order to earn money. It was thanks to work that humans learned about the social hierarchy related to wealth. It was thanks to work that many social concepts were formed. It was work which was many times a determinant of some human rights. Thus, the question arises whether we should look for the foundation of labour rights in human rights? It may be that at some point in the future, human rights will be found to have their foundation in labour law.

According to Utz^[51] the strike as we know it today has significantly changed from the strike in its original form. The strike of today offers workers considerably greater protection for their rights, as well as expanded rights. In consequence, workers are better equipped to enforce these rights.

Thus, we must learn to notice this evaluation process when deciding on the legal classification. A strike is no longer solely a fight against slavery or violence. Currently strikes are often used as a tool to negotiate better working conditions or salary increases. However, these demands are frequently exaggerated and do not align with the fundamental requirements for a fair wage. Contemporary strikes are often strategic and planned, lacking the element of instinctive rebellion. This makes them distinct from the primal human rights issues that have traditionally underpinned such actions.

⁵¹ See more: cf. Utz, „Is the Right to Strike a Human Right”, (n-21) 732-757.

6 | To what extent is there a need for further research – gaps in the existing literature

A significant number of authors have inquired about the specifics of a strike as depicted in their works. However, this question is posed in relation to the strike *in genre*. From the perspective of the sector of essential services, this remains an area that is still open for investigation. The concept of essential services, as well as the issues surrounding it, is not frequently discussed in the literature. Unfortunately, this has resulted in significant challenges in practice. There is a lack of guidance for workers, who are often unsure of their rights and how to exercise them.

In light of the findings, it would be reasonable to conduct further in-depth research in this area.

7 | Conclusions

This article examines the issue of the right to strike as a human right, with particular consideration for the sector of essential services. It would be possible to precisely define the subject within the framework of the International Labour Organization, which would help to clarify any remaining doubts.

Unfortunately, the guidelines provided by the ILO are not respected which leads to many practical problems.

First of all, the definition of essential services, with the exception of a few universal sectors treated as a model, is still unclear. It is not in the interest of the states to comply with the guidelines, as they do not align with their own objectives. It is therefore essential to establish a definition that will not only take into account the model sectors but will also allow for the specification of additional sectors in accordance with the needs of the state.

The concept of „basic services” is defined in Convention No. 87 of the International Labour Organization. The Convention establishes the right of workers’ organisations to organise their administration and activities and to formulate their programmes without interference by the public authorities, with certain restrictions for groups of workers in essential services, as determined by the Committee on Freedom of Association. A complete

ban on strikes is contrary to international standards. The state is required to demonstrate why a specific group is unable to exercise its right to strike. Any industrial action in the context of basic services must be conducted in a manner that ensures the safety of service users. The particular nature of strikes in basic services is to restrict their occurrence in order to minimise disruption and ensure the safety of all parties. A strike in basic services gives rise to a number of ethical and legal issues, including the right to strike and the right to life. Furthermore, there is a lack of uniform regulation on strikes in basic services in ILO member states.

The regulation of strikes in essential services differs between countries. In Italy, a comprehensive model exists, with the right to strike based on constitutional norms. The Italian Act lists the constitutional rights that must be balanced with the right to strike and includes a list of basic services subject to special rules. In Italy, the right to strike is regarded as a fundamental constitutional right. The cooling-off procedure was also introduced with the objective of preventing strikes. In the event of a strike in the sector of basic services, trade unions are required to notify the relevant authorities, who are obliged to protect fundamental rights by issuing an administrative order. The models of strike regulation in basic services may be divided into three categories. The second model is an intermediate model, exemplified by Germany. In this model, the right to strike results from the freedom of association but is limited on the basis of practical compatibility with other constitutional guarantees.

The question of whether the right to strike is a human right has been considered by many scholars from a variety of perspectives. Philosophers have adopted two distinct approaches to this issue: political and naturalistic theories. Political theories view human rights as a post-war construct designed to fulfil specific political functions. In contrast, naturalistic theories regard human rights as universal moral entitlements inherent to being human. These theories form the basis for certain aspects of labour law, but establishing the law on this foundation can be complex. Three distinct approaches to the analysis of labour rights as human rights have been identified in the literature on this topic: positivist, instrumental and normative. The positivist approach focuses on human rights treaties and documents, while the instrumental approach examines how state and international institutions promote labour rights as human rights. The normative approach determines the definition of a human right and evaluates the right to strike in accordance with this definition.

The question of whether the right to strike constitutes a human right remains a topic of discussion.

The question of whether the right to strike may be considered a human right is a complex one. From a philosophical standpoint, the right to strike must serve the fundamental interests of all individuals, be of sufficient importance to justify associated obligations, and be enforceable based on human nature and historical context. However, the right to strike in the sector of basic services gives rise to ethical considerations in relation to its impact on service users. The right to strike is recognised in the European Social Charter, but not in the Universal Declaration of Human Rights. The instrumentalist approach acknowledges it as a human right, but the ECtHR judgments are inconsistent and problematic. The normative approach supports the right to strike as a moral claim, but its universality is limited in the sector of basic services. The lack of rigour in this approach ultimately leads to inequality. The right to strike has evolved significantly over time, yet its foundation in human rights remains a topic of debate.

The analysis leads to the conclusion that the right to strike cannot be considered a human right. The primary argument is based on the limitations imposed on the sector of essential services. There is a risk of a conflict between two fundamental human rights, which could have significant implications.

It is important to gain a clearer understanding of this subject and to undertake further research in this area.

Bibliography

- Atkinson Joe, „Human Rights as Foundations for Labour Law”, [w:] *Philosophical Foundations of Labour Law*, ed. Hugh Collins. 122-138. Oxford: Oxford University Press 2018. <http://dx.doi.org/10.1093/oso/9780198825272.003.0007>.
- Collins Hugh, „Theories of Rights as Justifications for Labour Law” *The Idea of Labour Law*, ed. Guy Davidov. 137-155. Oxford: Oxford University Press 2011.
- Cruft Rowan, Matthew Liao i Massimo Renzo, „The Philosophical Foundations of Human Rights”, [in:] *Philosophical Foundations of Human Rights*. ed. Rowan Cruft. Oxford: Oxford University Press 2015. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199688623.003.0001>. [accessed: 22.08.2022].

- Garcia Francisca Ferrando, *Spanish Law on Strikes in Essential Services*. www.dirit-todellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/israele/0039-s-1.pdf.
- Garcia Jorge Andrés Leyton, „El derecho a la huelga como un derecho humano fundamental: reconocimiento y limitaciones en el derecho internacional” *Revista Chilena de Derecho*, No. 3 (2020): 781-804.
- Griffin James, *On human rights*. Oxford: Oxford University Press 2008.
- Grzebyk Piotr, „The Right to Strike as a Fundamental Right”, [in:] *EU Collective Labour Law*. 88-101. Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2021. <http://dx.doi.org/10.4337/9781788116398.00011>.
- Knabe Timo, Carrion-Crespo Carlos R., *The Scope of Essential Services: Laws, Regulations and Practices*. International Labour Organization, 2019. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_737647.pdf.
- Mantouvalou Virginia, „Are Labour Rights Human Rights?” *European Labour Law Journal*, No. 2 (2012): 151-172. <http://dx.doi.org/10.1177/201395251200300204>.
- Moti Mordehai Mironi, „Introduction: Theory, Conceptualization and Methodology”, [in:] *Regulating Strikes in Essential Services: A Comparative ‘Law in Action’ Perspective*, Vol. LII, ed. Moti Mordehai Mironi, Monika Schlachter. Alphen_aan_den_Rijn: Kluwer Law International, 2019.
- Rawls John, *The Law of Peoples*. Boston: Harvard University Press 2001.
- Raz Joseph, „Human Rights Without Foundations” *Oxford Legal Studies Research Paper*, No. 14 (2007). <https://ssrn.com/abstract=999874> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874>.
- Schlachter Monika, Christina Hießl, „Germany”, [in:] *Regulating Strikes in Essential Services: A Comparative ‘Law in Action’ Perspective*, Vol. LII, ed. Moti Mordehai Mironi, Monika Schlachter. Alphen_aan_den_Rijn: Kluwer Law International, 2019.
- Tapo Adriana, „Italy”, [in:] *Regulating Strikes in Essential Services: A Comparative ‘Law in Action’ Perspective*, Vol. LII, ed. Moti Mordehai Mironi, Monika Schlachter. Alphen_aan_den_Rijn: Kluwer Law International, 2019.
- Tasioulas John, „On the Foundations of Human Rights”, [in:] *Philosophical Foundations of Human Rights*, ed. Rowan Cruft. 45-70. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Utz Artur F., „Is the Right to Strike a Human Right” *Washington University Law Review*, No. 4 (1987): 323-342.



PIOTR BURCZANIUK

Tworzenie prawa sztucznej inteligencji – wyzwania i perspektywy

Artificial Intelligence Lawmaking: Challenges and Prospects

Abstract

The discussion around artificial intelligence (AI) is currently leading the political, journalistic, technical and legal debate. This interest should come as no surprise, given that this technology is likely to underpin the ongoing process of the so-called “fourth industrial revolution”, and lead us towards strategic economic and social change. In this debate, however, theoretical and legal considerations touching on the very process of the creation of artificial intelligence law have not received a cross-cutting discussion. This paper attempts to fill this gap, building research areas for further comprehensive expansion. The topic of AI lawmaking is discussed here from three perspectives. First, vertically, by presenting the directions of legislative work carried out by the legislators of diverse subjects; second, horizontally, by analyzing the areas and issues that appear to be of regulatory relevance due to the use or imminent implementation of AI-based systems in them; and finally, third, by presenting the regulatory methods and types of legal norms that are or should be subject to legislative use in the area of IS law. These considerations have made it possible to outline the directions and foreseeable effects to which this use will lead.

KEYWORDS: artificial intelligence, AI, law-making, Artificial Intelligence

SŁOWA KLUCZOWE: sztuczna inteligencja, SI, tworzenie prawa, Akt w sprawie sztucznej inteligencji

PIOTR BURCZANIUK, doktor nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, ORCID – 0000-0002-6685-8769,
e-mail: p.burczaniuk@uksw.edu.pl

1 | Wstęp

Podjęcie rozważań obejmujących zagadnienie tworzenia prawa obszaru sztucznej inteligencji (zwanej dalej też „AI”) jest zadaniem złożonym i skomplikowanym, głównie z uwagi na wieloaspektowość, co ma związek zarówno z koniecznością multigałęziowego spojrzenia badawczego, wynikającego z implikacji rozwiązań opartych o AI w obszarach regulacyjnych przyporządkowanych klasycznie do różnych gałęzi prawa, jak i podejścia multidyscyplinarnego, związanego z koniecznością odwołania się do dorobku nauk pozaprawnych, w szczególności informatycznych, ekonomicznych i socjologicznych. Pomimo zarysowanych wyzwań podjęcie analizy tego zagadnienia wydaje się szczególnie istotne z uwagi na dwa zasadnicze czynniki. Po pierwsze, opisywanego w naukach ekonomicznych, trwającego aktualnie procesu określanego nazwą „czwartej rewolucji przemysłowej” (tzw. Przemysł 4.0), utożsamianego z nowym systemem funkcjonowania organizacji produkcji, opartej o tzw. łańcuch wartości, łączący stosowanie lub używanie systemów cyber-fizycznych, internetu rzeczy i przetwarzania chmurowego^[1]. To okres swoistego przenikania się i bezpośredniego łączenia świata realnego i wirtualnego. Zjawisko to wywołuje nie tylko istotne przeobrażenia gospodarcze, ale ma i będzie mieć fundamentalne znaczenie społeczne, pozostając przez to w oczywistym zainteresowaniu nauk prawnych, dążących do realizacji podstawowej, organizacyjno-regulacyjnej funkcji prawa. Po drugie, pomimo licznych opracowań oraz trwającej debaty publicystycznej, politycznej, technicznej a zwłaszcza prawnej, poświęconej zjawisku AI, nie poruszono do tej pory, w sposób przekrojowy i kompleksowy, teoretycznoprawnych rozważań dotyczących zagadnienia kreacji norm prawnych tego obszaru.

Biorąc powyższe pod uwagę, podjęcie problematyki kreacji norm prawnych obszaru AI wymaga spojrzenia trójaspektowego. Po pierwsze, wertykalnego, rozumianego jako analiza kierunków prac legislacyjnych z perspektywy zróżnicowanych podmiotowo poziomów regulacyjnych, obejmujących zarówno kreację norm obowiązujących powszechnie, jak i związanych z tworzeniem tzw. prawa miękkiego. Po drugie, horyzontalnego, wymagającego analizy obszarów i zagadnień, które w debacie doktrynalnej i publicystycznej, a wreszcie w prowadzonych działaniach

¹ Por. Mario Hermann, Tobias Pentek, Boris Otto, „Working Paper No. 01/2015 Design Principles for Industrie 4.0 Scenarios” *A Literature Review*, (2016). <https://ieeexplore.ieee.org/document/7427673>.

prawodawczych, jawią się jako istotne regulacyjnie. Wreszcie po trzeciej, dokonać należy zestawienia wniosków z wyżej wymienionych analiz, celem ich odniesienia do metod regulacyjnych i rodzajów norm prawnych, które są lub powinny być przedmiotem legislacyjnego użycia. Zarys kierunków i przewidywalnych skutków tego użycia zostanie zasygnalizowane we wnioskach końcowych.

Wskazane powyżej hipotezy badawcze wpływają na wybór metody prowadzenia dalszych rozważań koncentrując się na analizie dogmatycznej tekstów prawnych, w tym ich projektów, a także tekstów prawniczych.

2 | Ujęcie wertykalne

Przechodząc do analizy prowadzonych aktualnie prac legislacyjnych obszaru AI, biorąc za kryterium rodzaj podmiotów za te prace odpowiedzialnych, wyraźnie wskazać należy, iż początek działań prawodawczych w tym zakresie dały różnego rodzaju akty prawa miękkiego, pochodzące zarówno od podmiotów zaangażowanych w tworzenie rozwiązań opartych o AI (samoregulacja), jak i organizacji typu non-profit, zajmujących się problematyką nowych technologii, czy też wreszcie organizacji międzynarodowych, podejmujących przedmiotową tematykę z uwagi na zakres własnych celów działania.

W ramach aktów samoregulacyjnych obejmujących AI na plan pierwszy wysuwają się tzw. kodeksy etyczne, określające zasady i wartości moralne, do przestrzegania których zobowiązuje się dany podmiot podczas projektowania, rozwoju i stosowania AI (np. kodeksy etyczne Google^[2], Microsoft^[3], IBM^[4] czy Facebook^[5]). Organizacjom pozarządowym zawdzięczamy z kolei tzw. standardy odpowiedzialności, określające zasady dotyczące przejrzystości, odpowiedzialności za decyzje AI, monitorowania skutków działania AI oraz postępowania w przypadku szkód lub nieprawidłowości

² *Google AI Principles*. <https://ai.google/responsibility/principles/>.

³ *Responsible AI principles from Microsoft*. <https://www.microsoft.com/en-us/ai/responsible-ai?activetab=pivot1:primaryr6>.

⁴ *Everyday Ethics for Artificial Intelligence IBM 2014-2022*. <https://www.ibm.com/watson/assets/duo/pdf/everydayethics.pdf>.

⁵ *Facebook's five pillars of Responsible AI, June 22, 2021*. <https://ai.facebook.com/blog/facebooks-five-pillars-of-responsible-ai/>.

(np. Deklaracja Montrealska na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju Sztucznej Inteligencji^[6]). Działania organizacji międzynarodowych rozpatrywać należy natomiast dwukierunkowo: po pierwsze, w kontekście kreowanych przez nie zaleceń lub wytycznych, zbliżonych zakresowo do kodeksów etycznych, regulujących zasady uczciwości, przejrzystości, odpowiedzialności, równości i poszanowania praw człowieka (np. Rada Europy – Europejska Karta Etyczna w sprawie wykorzystania systemów sztucznej inteligencji w systemach prawnych, grudzień 2018 r.^[7]; Unia Europejska – Wytyczne w zakresie etyki dotyczące godnej zaufania sztucznej inteligencji, kwiecień 2019 r.^[8]; OECD – Zalecenie Rady w sprawie sztucznej inteligencji, maj 2019 r.^[9]); po drugie, w ramach procesu standaryzacji i certyfikacji, koncentrując się na określaniu wymogów technicznych lub organizacyjnych związanych z tworzeniem (w tym m.in. testowanie, ocena bezpieczeństwa, standaryzacja interfejsów i komunikacji, wymagania jakości i niezawodności) lub wykorzystywaniem AI (wdrażanie i integracja zarządzania ryzykiem związanym z AI np. norma ISO/IEC23894:2023 z lutego 2023 r.^[10]).

Opisany model regulacji miękkiej, opartej głównie na implementacji norm etycznych niezbędnych do oceny systemów AI z perspektywy naruszenia praw podstawowych, reguł dyskryminacyjnych, jakości i bezpieczeństwa danych i ich transparentności czy też zasad kontroli nad systemami AI, bez wątpienia stworzył podwaliny do obserwowanych aktualnie trendów regulacyjnych zmierzających do kreacji normy imperatywnych

⁶ The Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence. Tłumaczenie własne, <https://recherche.umontreal.ca/english/strategic-initiatives/montreal-declaration-for-a-responsible-ai/>. Deklaracja ogłoszona 3 listopada 2017 r. na zakończenie Forum Społecznie Odpowiedzialnego Rozwoju Sztucznej Inteligencji, które odbyło się w Palais des congrès de Montréal. Deklaracja ma na celu wywołanie debaty publicznej i zachęcenie do postępowego i inkluzywnego podejścia do rozwoju sztucznej inteligencji

⁷ European Commission for the Efficiency Of Justice (CEPEJ). Tłumaczenie własne. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

⁸ <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.

⁹ Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. Tłumaczenie własne, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

¹⁰ Information technology – Artificial intelligence – Guidance on risk management (Technologia informacyjna – Sztuczna inteligencja – Wytyczne dotyczące zarządzania ryzykiem). Tłumaczenie własne. <https://www.iso.org/standard/77304.html>.

lub semiimperatywnych pochodzących od organów upoważnionych do kreacji źródeł prawa krajowego bądź ponadpaństwowego.

W tym kontekście, kierując się w stronę aktów prawnych o charakterze powszechnie obowiązującym, zwrócić należy uwagę, iż – poza nielicznymi przykładami – prace nad nimi nie wyszły aktualnie poza sferę koncepcyjną. W tym zakresie, w sposób oczywisty z perspektywy europejskiego uczestnika obrotu prawnego, na plan pierwszy wysuwają się działania regulacyjne obszaru AI podejmowane przez Unię Europejską i Radę Europy.

21 maja 2024 r. Rada Europejska, po ponad 3 latach pracy, zatwierdziła projekt tzw. Aktu w sprawie sztucznej inteligencji^[11] (zwanego dalej też „AI Act”), który wszedł w życie 1 sierpnia 2024, stając się rzeczywistością prawną Unii Europejskiej. Jak wskazuje motyw 1 tego aktu normatywnego, podstawowym jego celem jest „poprawa funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez ustanowienie jednolitych ram prawnych, w szczególności w zakresie rozwoju, wprowadzania do obrotu i wykorzystywania sztucznej inteligencji zgodnie z wartościami Unii”. Akt ten opiera się konstrukcyjnie na trzech wymogach stawianych AI, zasygnalizowanych wcześniej w wytycznych UE z 2019 r., dotyczących: po pierwsze, jej zgodności z prawem obowiązującym (ze szczególną rolą ochrony prywatności, w tym danych osobowych); po drugie, zgodności z zasadami etycznymi; po trzecie, solidności technicznej i społecznej. Spełnienie tych wymogów ma zapewnić wykonanie celu nadrzędnego jakim jest oparcie AI na wartościach i prawach podstawowych, na czele z godnością ludzką i ochroną prywatności.

Od strony podmiotowej projekt AI Act zakłada kompleksowe i szerokie oddziaływanie, odrywając zakres jego zastosowania od siedziby dostawcy bądź twórcy AI. W ten sposób AI Act będzie wiązał zarówno dostawców systemów sztucznej inteligencji, niezależnie od tego, czy mają oni siedzibę w Unii, czy w państwie trzecim, oraz użytkowników systemów sztucznej inteligencji mających siedzibę w Unii, jaki i dostawców i użytkowników systemów sztucznej inteligencji, którzy mają siedzibę w państwie trzecim w takim zakresie, w jakim wyniki działania tych systemów są wykorzystywane w Unii oraz instytucje, urzędy, organy i agencje Unii, gdy działają one jako dostawca lub użytkownik systemu AI (szczegółowy zakres

¹¹ Pełny tytuł: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze unii. Dalsze rozważania dotyczą wersji projektu z dnia 6 grudnia 2022 r. w oficjalnym polskim tłumaczeniu. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15698_2022_INIT.

zastosowania określa projektowany art. 2). Przedmiotowo, analogicznie jak rozporządzenie RODO^[12], AI Act został ukształtowany w oparciu o zasadę ryzyka, kwalifikując systemy AI w zależności właśnie od ryzyka, jakie mogą generować dla praw i wolności podmiotów, które będą korzystały z tej technologii, w szczególności ich użytkowników. W tym kontekście projekt zakłada wprowadzenie czterech poziomów ryzyk AI:

1. niedopuszczalnego (tytuł II rozdział 1 AI Act), realizujących zakazane praktyki, których enumeratywną listę zawiera art. 5 projektu, obejmujących: stosowanie technik podprogowych (manipulacyjnych); wykorzystywanie dowolnych słabości określonej grupy osób; dokonywanie oceny lub klasyfikacji osób fizycznych prowadzonej przez określony czas wywołujących określone skutki; wykorzystywania w przestrzeni publicznej przez organy ścigania lub w ich imieniu, systemów zdalnej identyfikacji biometrycznej „w czasie rzeczywistym” do celów egzekwowania prawa;
2. wysokiego (tytuł III rozdział 2 i 3 AI Act), sklasyfikowane w załączniku do rozporządzenia, wobec których zakłada się konieczność spełnienia ustanowionych w nim wymogów, w szczególności w zakresie zarządzania ryzykiem, wykorzystywania i zarządzania danymi, rejestrowania zdarzeń, udostępniania informacji użytkownikom, nadzoru przez człowieka czy też dokładności, solidności i cyberbezpieczeństwa. Co istotne, poza wprowadzeniem w/w wymogów na same systemy, zakłada się nałożenie określonych obowiązków zarówno na ich dostawców, importerów, dystrybutorów, jak i samych użytkowników. Wobec tych systemów zorganizowany zostanie system oceny ich zgodności i certyfikacji oraz unijna baza danych zawierająca informacje o tych systemach i ich operatorach;
3. ogólnego, utożsamione z tzw. systemami ogólnego przeznaczenia (niebędącymi systemami wysokiego ryzyka), wobec których wprowadzone zostaną określone obowiązki wobec ich dostawców, czy też w zakresie posiadania deklaracji zgodności UE;
4. braku ryzyka, pozostałe systemy AI bez nałożonych wymogów.

¹² Rozporządzenie 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 (Dz.U.UE.L.2016.119.1).

Początkowo, w debacie nad AI Act podkreślano, iż wskazane założenie klasyfikacyjne nakierowane jest na kompleksowe objęcie AI, bez względu na to w jakim kierunku pójdzie postęp technologiczny. Wydaje się jednak, iż prawodawca unijny zmienił to podejście – prawdopodobnie w uwagi na zakładany brak możliwości jego realizacji – wprowadzając m.in. załączniki enumeratywnie określające wykazy systemów wysokiego ryzyka oraz specjalną procedurę przyspieszonej jego modyfikacji. Na marginesie dodać należy, iż gwarantem funkcjonowania tworzonego przez AI Act systemu, podobnie jak w systemie RODO, mają być wysokie, proporcjonalne i odstraszające kary, określane procentowo od obrotu osiąganego przez podmiot, który dopuścił się naruszenia.

Równoległe do działań legislacyjnych UE, Rada Europy prowadziła prace nad Konwencją w sprawie sztucznej Inteligencji, praw człowieka, demokracji i praworządności, której tzw. „zerowy” projekt datowany na 6 stycznia 2023 r., w lutym 2023 r. opublikował Komitet Rady Europy do spraw Sztucznej Inteligencji, który został ostatecznie przyjęty 17 maja 2024 r. w Strasburgu, podczas dorocznego spotkania ministerialnego Komitetu Ministrów Rady Europy. Jak wskazuje się w doktrynie, zajęcie się problematyką AI przez Radę Europy wynika z założenia, iż niekontrolowany rozwój technologii AI jest zagrożeniem dla podstawowych wartości europejskich skupionych w trzech flarach: ochronie praw człowieka, demokracji i praworządności. Przykład takich zagrożeń stanowią m.in. techniki rozpoznawania twarzy, czy też identyfikacji w czasie rzeczywistym osób na podstawie wizerunków, celem śledzenia i kontrolowania ludzi^[13]. Podobnie jak UE, Rada Europy podkreśla, że celem Konwencji jest stworzenie prawnych (nie tylko etycznych) standardów międzynarodowych systemów AI. Zwraca jednak uwagę swoista przewaga regulacji Rady Europy nad unijnym AI Act, która z uwagi na konwencyjną formę prawną aktu będzie otwarta do podpisu dla państw trzecich, tj. spoza grona jej członków.

Na tle opisanych europejskich prac prawodawczych, wskazać należy, iż w innych porządkach prawnych, w tym w szczególności technologicznie najbardziej rozwiniętych w zakresie tworzenia AI, jak Stany Zjednoczone i Chiny, również podjęto działania regulacyjne nakierowane na generatywną AI, przy czym przebiegają one w odmiennych kierunkach.

¹³ Por. Marek Świerczyński, Zbigniew Więckowski, „Ramy prawne dla sztucznej inteligencji w świetle najnowszych prac Rady Europy”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fischer, Adam Pązik, Marek Świerczyński (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 301.

W Stanach Zjednoczonych 1 stycznia 2021 r. weszła w życie ustawa o krajowej inicjatywie w zakresie sztucznej inteligencji z 2020 r. (NAIIA), będącej *de facto* dokumentem programowym dla Gabinetu Stanów Zjednoczonych, mającym na celu „przyspieszenie badań i zastosowań sztucznej inteligencji dla dobrobytu gospodarczego i bezpieczeństwa narodowego, którego misją jest zapewnienie ciągłego przywództwa USA w badaniach i rozwoju sztucznej inteligencji, przewodzenie świata w rozwoju i wykorzystaniu godnej zaufania sztucznej inteligencji w sektorze publicznym i prywatnym oraz przygotowanie obecnej i przyszłej siły roboczej USA do integracji systemów sztucznej inteligencji we wszystkich sektorach gospodarki i społeczeństwa”^[14]. Śledząc debatę polityczną w USA, wyraźnie zauważa się priorytet przyznawany rozwojowi technologii AI, nad kwestiami jego bezpieczeństwa. Dopiero pojawienie się technologii chatbot-CzatGTP zapoczątkowało dyskusję programową, prowadzoną głównie z pozycji Departamentu Handlu US, zmierzającą do zebrania opinii na temat ewentualnego zakresu regulacyjnego, który zapewniłby, że systemy AI będą działać legalnie, skutecznie, etycznie, bezpiecznie i w sposób godny zaufania^[15]. Mimo wszystko, w podejściu tym zwraca uwagę absolutny priorytet przyznawany prawu własności jako podstawowej wartości, która służyć ma postępowi i rozwojowi ekonomicznemu, co zapowiada w przyszłości istotną kolizję tego systemu z europejskim, opartym o zasadę bezpieczeństwa.

W Chinach opublikowany 11 kwietnia 2023 r. projekt ustawy w sprawie środków regulujących świadczenie usług generatywnej sztucznej inteligencji zakłada, że podmioty używające AI (rozumianej jako technologia generująca tekst, obraz, wideo, program i inne treści na podstawie algorytmów i modeli), będą odpowiedzialne za wyniki działania swoich systemów, wymagając m.in., aby dane wykorzystywane do szkolenia ich algorytmów spełniały surowe wymagania bezpieczeństwa (w tym nie naruszając praw własności intelektualnej innych osób). Przy czym wymogi tego bezpieczeństwa zakładają m.in., iż:

treści generowane przez sztuczną inteligencję będą musiały „odzwierciedlać kluczowe wartości socjalistyczne i nie mogą zawierać elementów wywrotowych”. Zakazane będzie m.in. propagowanie treści uznawanych

¹⁴ *Artificial Intelligence Initiative Portal (Portal Inicjatywy Sztucznej Inteligencji)*. Tłumaczenie własne. <https://www.ai.gov/>.

¹⁵ Por. David Shepardson, Diane Bartz, „US begins study of possible rules to regulate AI like ChatGPT”, Reuters, (2023), <https://www.reuters.com/technology/us-begins-study-possible-rules-regulate-ai-like-chatgpt-2023-04-11/>.

przez chińskie władze za „terrorystyczne lub ekstremistyczne”, „nienawiści etnicznej” oraz innych treści „mogących zakłócić porządek ekonomiczny i społeczny”. Oznacza to, że treści generowane przez sztuczną inteligencję będą musiały być zgodne z wytycznymi chińskiej cenzury^[16].

Co więcej, każdy produkt AI przed wejściem na rynek będzie musiał uzyskać pozytywną ocenę bezpieczeństwa krajowego departamentu ds. regulacji Internetu.

Z kolei w Polsce, analizując zakres działań legislacyjnych, wyraźnie zauważa się brak aktywności zmierzających do kreacji aktów prawa powszechnie obowiązującego dotyczącego AI, co prawdopodobnie wynika z założenia związanego z oczekiwaniem na ukończenie prac prowadzonych w Unii Europejskiej i Radzie Europy, celem ewentualnej synchronizacji regulacji krajowych z obowiązującym bezpośrednio AI Act bądź też Konwencją. Nie oznacza to jednak braku wszelkiej aktywności w zakresie regulacyjnym sztucznej inteligencji. Uwagę zwracają tu prace koncepcyjne prowadzone są na poziomie grup roboczych, na czele z Grupą roboczą ds. sztucznej inteligencji (GRAI), która poprzez prace swoich podgrup, koncentruje się na różnych aspektach AI w zidentyfikowanych obszarach problemowych^[17].

3 | Ujęcie horyzontalne

Przechodząc do kolejnej części niniejszych rozważań, nakierowanych na analizę kierunków prowadzonych w ujęciu przedmiotowym prac legislacyjnych z obszaru AI, podkreślić należy, iż stanowi on aktualnie zbiór otwarty. Jest to bezpośrednio następstwo nieustannego rozwoju technologii AI, a przez to ciągłego odkrywania potencjalnych nowych zakresów jej zastosowania. W konsekwencji więc, prowadzenie dalszych rozważań należy prowadzić z perspektywy trzech segmentów tematycznych. Pierwszego dotyczącego bezpośrednio samej sztucznej inteligencji, analizowanej jako

¹⁶ Tak Hubert Kozieł, „Sztuczna inteligencja musi być komunistyczna. Tak chcą Chiny” *Rzeczpospolita* (2023). <https://cyfrowa.rp.pl/globalne-interesy/art-38293371-sztuczna-inteligencja-musi-byc-komunistyczna-tak-chca-chiny>.

¹⁷ Strona internetowa Grupy roboczej ds. sztucznej inteligencji (GRAI). <https://www.gov.pl/web/ai/grupa-robocza-ds-ai>.

swoisty byt prawny, koncentrując się na takich ogólnych zagadnieniach AI, jak jej definicja i korelacja do zasad prawnych, w tym w szczególności praw podstawowych. Drugi wiąże się z regulacjami prawnymi AI związanymi z zastosowaniem tzw. „słabej AI” (opartej o uczenie maszynowe, w którym system informatyczny różni się od innych tym, że jest w stanie wykonywać operacje zastrzeżone dotychczas wyłącznie dla umysłu ludzkiego) w określonych, zidentyfikowanych już technologicznie obszarach. Trzeci, najbardziej nieo określony, wiążący się z próbą dość futurystycznej kreacji zagadnień i problemów prawnych związanych z potencjalnymi zagrożeniami, które może ona stwarzać z racji swojego przewidywanego rozwoju w kierunku tzw. „silnej AI” (posiadającej wszystkie atrybuty ludzkiego mózgu, będąc jednocześnie zdolną do przetwarzania zasobów danych nieosiągalnych dla człowieka – aktualnie technologicznie niedostępnej) bądź też wkroczenia „słabej AI” w obszary, w których aktualnie jej zastosowanie technologicznie jest niemożliwe. Oczywiście z racji ogólności rozwiązań objętych obszarem pierwszym ewentualne jego zmiany będą przekładać się w sposób logiczny na zakres regulacyjny norm objętych obszarem drugim bądź kreowanych dla obszaru trzeciego, co wyraźnie wskazuje na wyzwania stojące w najbliższym czasie przed legislatorami różnych poziomów prawodawczych.

Kierując się w stronę pierwszej grupy zagadnień, wyraźnie uwydatnia się znaczenie przyjęcia prawnej definicji sztucznej inteligencji, co stanowić będzie punkt wyjścia dla wszelkich prac legislacyjnych nad AI, umożliwiając prowadzenie dalszych rozważań, w szczególności w zakresie jej korelacji z prawami podstawowymi, głównie prawem do prywatności. Ten segment regulacyjny jest aktualnie przedmiotem wskazanych powyżej prac prawodawczych prowadzonych przez UE oraz Radę Europy.

Dotykając problematyki definicji AI, wskazać należy, że pierwotnie jej kształtowaniem zajmowały się nauki informatyczne, rozumiejąc ją jako „system komputerowy zdolny do wykonywania zadań, które w zwykłych okolicznościach wymagają ludzkiej inteligencji”^[18]. Co ważne, definicja ta pozostaje na poziomie „słabej AI”, co kierunkowo powielono w art. 3 ust. 1 AI Act, zgodnie z którym system sztucznej inteligencji to

system, który zaprojektowano do działania w sposób częściowo autonomiczny i który, w oparciu o dane i informacje dostarczone maszynowo lub przez człowieka, wnioskuje w jaki sposób osiągnąć zadany zestaw

¹⁸ Tak Jeremy Achin, *Datarobot AI Experience 2017*. Tłumaczenie własne. <https://www.youtube.com/watch?v=ZChA63CpX5o>.

celów – z wykorzystaniem technologii uczenia się maszyn lub metod opartych na logice i wiedzy, i który generuje wyniki, takie jak treści (generatywne systemy sztucznej inteligencji), przewidywania, zalecenia lub decyzje, wpływające na środowiska, z którymi system ten wchodzi w interakcję.

Pomimo więc zakładanego przez prawodawcę europejskiego dążenia do zmaksymalizowania indyferentności technologicznej tej definicji, zapewniającej neutralność rozwojową AI, widać wyraźnie, że jej osiągnięcie, w perspektywie rozwoju „silnej AI”, może być w praktyce trudne do osiągnięcia. Doprowadzi to więc prawdopodobnie do konieczności cyklicznej jej aktualizacji, co z kolei będzie wymagało nieustannej jej analizy w zakresie zgodności z prawami podstawowymi, na co zresztą zwrócił już uwagę prawodawca europejski odwołując się w załącznikach objętych AI Act do określonego rodzaju technologii.

Przechodząc do drugiego segmentu, zauważyć należy, iż został on pozostawiony aktualnie działaniom prawodawcy krajowego, choć prawdopodobnie wraz z zamykaniem działań regulacyjnych nad pierwszym segmentem będzie stopniowo przejmowany przez prawodawcę ponadpaństwowego, w szczególności EU, w związku z jego istotnym przełożeniem na rynek wewnętrzny. Zakresowo, segment ten odznacza się znacznym poziomem identyfikowalności obszarów regulacyjnych AI, nad którymi trwają aktualnie debaty prawne lub bezpośrednie działania legislacyjne w wielu krajach, nie tylko europejskich. Analizując te prace, wskazać należy, iż obejmują one takie obszary jak:

1. prawo cywilne – dotyczące badania osobowości prawnej AI, zasad odpowiedzialności za jej działania^[19], ale także jej wykorzystania w postępowaniu cywilnym^[20];

¹⁹ 20 października 2020 r. Parlament Europejski przyjął rezolucję z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję, zakładająca rozróżnienie odpowiedzialności ze względu na rodzaj AI: systemy wysokiego ryzyka (zasadę ryzyka), inne systemy (zasada winy z odwróconym ciężarem dowodu). 28 września 2022 r. Komisja Europejska przyjęła z kolei propozycję dyrektywy w sprawie odpowiedzialności za sztuczną inteligencję, w której nie powielono propozycji PE, lecz wyłącznie odniesiono się do ustanowienia szerszej ochrony ofiar systemów SI poprzez ułatwienie dochodzenia roszczeń o odszkodowanie (wprowadzenie zasad dowodowych, w tym zasad ujawniania dowodów przez dostawców AI), a także wspieranie sektora sztucznej inteligencji.

²⁰ Por. Ewa Płocha, „O pojęciu sztucznej inteligencji i możliwościach jej zastosowania w postępowaniu cywilnym” *Prawo w działaniu*, nr 44 (2020): 273-291.

2. własność intelektualna – dotyczy praw autorskich do utworów oraz praw własności przemysłowej do wynalazków wytworzonych przez AI lub z jej pomocą;
3. prawo karne, w szczególności kryminalistyki, której rozwój zostanie zdeterminowany systemami AI, od strony negatywnej, w związku z koniecznością neutralizacji nowych sposobów dokonywania przestępstw, od strony pozytywnej dostarczając nowych narzędzi do walki z przestępczością^[21], z jednoczesnym zwróceniem uwagi na zakres zgodności tych narzędzi z prawami człowieka. Odrębnym zagadnieniem pozostaje również wykorzystanie AI w postępowaniu karnym;
4. obsługa prawna – dotyczy zarówno sprawowania wymiaru sprawiedliwości (od wykorzystywania AI usprawniającego działalność tradycyjnych sądów po tzw. elektroniczne – zautomatyzowane sądy oparte decyzyjnie o AI^[22]) oraz obsługi prawnej (od problematyki wykorzystania różnych poziomów LegalTechu po automatyzację tej obsługi opartej o generatywne wykonywanie przez AI umów objętych jej kodem^[23]);
5. zdrowie – dotyczy zasad dostępu i przetwarzania danych medycznych, jakości danych medycznych oraz testowania i implementacji AI w tym obszarze oraz określenia zasad współpracy przy jej korzystaniu z personelem medycznym i pacjentami;
6. energetyka – dotyczy prognozowania, optymalizacji zasobów, działań i operacji na sieci, predictive maintenance (PdM)^[24], a także automatyzacji procesów w zakresie pomiarów, rachunków i ogólnej dystrybucji;

²¹ Por. Marcin Wielec, Ewa Płocha, „Sztuczna inteligencja jako narzędzie pracy biegłego w procesie karnym”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fischer, Adam Pązik, Marek Świerczyński (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 193.

²² Por. Maria Dymitruk, Jacek Gołaczyński, „Elektroniczny sąd a sztuczna inteligencja w prawie polskim”, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 47.

²³ Por. Dariusz Szostek, „IBAC (IoT, Blockchain, AI i Cyberbezpieczeństwo) – samoregulacja kodów czy kontrola uprzednia?”, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 44.

²⁴ Tzn. procesu zapobiegania awariom sprzętu i przestojom poprzez łączenie zasobów przedsiębiorstwa obsługujących IoT, stosowanie zaawansowanych analiz do dostarczanych przez nie danych w czasie rzeczywistym oraz wykorzystywanie wyników postrzeżeń do tworzenia procedur konserwacji.

7. rolnictwo i ochrona środowiska – dotyczy wykorzystania narzędzi AI w badaniach z tego obszaru oraz ich wykorzystania przez rolników;
8. transport i mobilność – dotyczy wdrożenia AI w przedsiębiorstwach działających w branży transportowo-logistycznej i w obszarach związanych z mobilnością (m.in. w zakresie inteligentnych systemów transportu zbiorowego^[25]);
9. finanse i bankowość – dotyczy wykorzystania AI w tym obszarze (głównie z uwzględnieniem zasady proporcjonalności) oraz efektywnych rozwiązań dla podmiotów publicznych odpowiedzialnych za nadzór nad instytucjami regulowanymi, a także ich dostawcami;
10. edukacja – dotyczy umiejętności cyfrowych, nakierowanych na rozwijanie kompetencji związanych z tworzeniem oraz korzystaniem z technologii AI;
11. praca i polityka społeczna – dotyczy konsekwencji społecznych AI zarówno na rynku pracy (związanych z nierównościami i naturą pracy)^[26], jak i zmian w relacjach społecznych, w szczególności tzw. generacji Alfa^[27];
12. wojskowość – dotyczy zakresu wykorzystania i nadzoru nad autonomicznymi systemami uzbrojenia przenoszącymi proces decyzyjny z człowieka na system AI.

Zupełnie wyodrębnionym zakresowo obszarem pozostaje zagadnienie jurysdykcji i wyboru prawa z uwagi na eksterytorialność cyberprzestrzeni.

²⁵ Por. Łukasz Goździaszek, „Zasady wyboru i wdrażania aplikacji i usług inteligentnych systemów transportowych (ITS)”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fischer, Adam Pązik, Marek Świerczyński (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 115-124.

²⁶ Por. Agata Frankowska, Bartosz Pawlik, „Przegląd osiągnięć publikowanych w zakresie sztucznej inteligencji na świecie – analiza bibliometryczna”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fischer, Adam Pązik, Marek Świerczyński (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 155.

²⁷ Tak Ada Florentyna Pawlak, *Doświadczenia telefikcyjne i relacje paraspoleczne generacji Alfa*, XV Konferencja Bezpieczeństwo w Internecie – Solidarność Cyfrowa, ALK, 11 maja 2023 r.

4 | Metody regulacyjne AI

Biorąc pod uwagę analizowany powyżej wertykalnie i horyzontalnie problem regulacji prawnej obszaru AI, trzeba wyraźnie wskazać, że skutkuje on możliwością wykorzystania każdej z trzech klasycznych metod regulacyjnych tzn. metody prywatnoprawnej, karnoprawnej, administracyjnoprawnej i ewentualnie podejścia zintegrowanego, łączącego te metody. Oczywiście wybór danej metody jest silnie uzależniony od wyznaczonego na poziomie politycznym kierunku działania. Obserwacja debaty publicznej prowadzonej w USA i Europie, czy też decyzji władz Chin, pokazuje, że kierunek ten, w przypadku AI, może być zupełnie przeciwstawny, co przekłada się na wybór odmiennej metody regulacyjnej.

Metoda prywatnoprawna ma zasadniczo na celu zapewnienie elastyczności i samoregulacji w sektorach, gdzie interwencja państwa może lub powinna być ograniczona. Metoda ta opiera się na zasadzie autonomii woli stron, które w swobodnym procesie negocjacyjnym ustalają warunki i zasady swojego działania, oczywiście z poszanowaniem szerokich granic norm objętych gałęzią prawa cywilnego. Metoda ta oparta jest więc na procesie samoregulacji przybierającym postać umowy, regulaminu, standardu branżowego lub innej formy porozumienia. W przypadku stosowania AI metoda ta może więc teoretycznie obejmować m.in. tworzenie umów licencyjnych lub umów dostarczania usług, określających prawa i obowiązki dotyczące korzystania z systemów AI, odpowiedzialności za jej działania, ochronę danych i inne kwestie związane z ich stosowaniem. Wydaje się, iż tą metodą regulacyjną podążają USA, zaś UE, porzuciła ją wraz z projektem AI Act.

Metoda karnoprawna ma na celu eliminację przez państwo określonej grupy czynów uznawanych przez nie za społecznie szkodliwe, poprzez określenie ich rodzajów, ustalenie zasad odpowiedzialności oraz sankcji i sposobów jej wymierzenia. W kontekście AI metoda karnoprawna może mieć zastosowanie w swoisty sposób jako konkurencja metody prywatnoprawnej, dotykając dualistycznych albo fundamentalnych zagrożeń związanych z funkcjonowaniem AI, na czele z ochroną prywatności w tym danych osobowych bądź sektorowo, związanych z zastosowaniem AI w branżach wrażliwych np. medycynie czy też rynku finansowym. Aktualnie rozwiązania prawne dotyczące AI, wykorzystujące tą metodę, nie zostały przedstawione.

Metoda administracyjnoprawna „oparta jest na zasadzie władztwa organu administracji publicznej i podporządkowania mu innych podmiotów,

adresatów normy prawnej. Nadrzędna pozycja organu wynika z powierzenia mu kompetencji załatwiania spraw”^[28]. W kontekście AI, analizując zakres postulowanych rozwiązań m.in. w debacie europejskiej, stwierdzić należy, że większość z nich jest możliwa do osiągnięcia właśnie tą metodą. Co istotne, w ramach metody administracyjnoprawnej wyróżnić można dwa jej rodzaje, tzn. tradycyjny model polski (oparty o normy bezpośrednio obowiązujące, które nakładają obowiązki publicznoprawne na podmiot uregulowany, za przestrzeganie których odpowiada wyznaczony organ państwowy; i normy pośrednio obowiązujące, wymagające aktu administracyjnego określającego prawa i obowiązki) oraz model unijny, który poza rozwiązaniami właściwymi modelowi polskiemu, zakłada możliwość m.in. obowiązku wprowadzania określonych rozwiązań ładu wewnętrznego w podmiotach prywatnoprawnych, np. polityk zgodności oraz dopuszczenia istnienia prywatnych podmiotów certyfikujących, podlegających nadzorowi publicznemu (*de facto* zastępujących organy państwowe), upoważnionych do potwierdzania posiadania określonych zdolności przez podmiot prywatne w postaci np. certyfikatu (*de facto* zastępującego decyzję organu)^[29]. Analizując AI Act można bez wątpliwości stwierdzić, że prawodawca unijny implementuje w tej regulacji metodę administracyjnoprawną, którą *de facto* zwiążę, po przyjęciu tych przepisów, prawodawców i systemy prawne państw członkowskich, co doprowadzi też do modyfikacji sposobu jej rozumienia i stosowania w tych państwach.

Zwrócić należy też uwagę na podejście zintegrowane, zakładające stosowanie zróżnicowanych, wielogłęziowych metod regulacyjnych, które przy wielowymiarowości problematyki AI może okazać się istotnym w praktyce legislacyjnej sposobem regulowania AI na poziomie poszczególnych państw.

²⁸ Tak Stanisław. Prutis, „Metody regulacji prawnej stosunków społecznych a uwarunkowania prawne mediacyjnych (ugodowych) form rozstrzygnięcia sporów”, [w:] Państwo, gospodarka, prawo. Księga dedykowana Profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu z okazji jubileuszu pracy naukowej na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, red. Anna. Piszcz, Marcin Olszak, Maciej. Etel (Białystok: Temida2, 2015), 29-53.

²⁹ Por. Mariusz Maciejewski, „Nadzór publiczny nad sztuczną inteligencją jako gwarancja realizacji praw i zasad cyfrowych w cyfrowej dekadzie”, XV Konferencja Bezpieczeństwo w Internecie – Solidarność Cyfrowa, ALK, 11 maja 2023 r.

5 | Wnioski

Podsumowując powyższe rozważania, wskazać należy, iż wykazują one zasadniczo wyłącznie reaktywne podejście legislatorów różnych poziomów prawodawczych przy tworzeniu regulacji prawnych zarysowanych obszarów. Analizowani prawodawcy (zarówno krajowi, jak i ponadpaństwowi) dostosowują normy prawne do już istniejących i nieustannie rozwijanych rozwiązań technicznych, próbując odpowiedzieć na problemy prawne, które wywołuje ich stosowanie. Doprowadza to do sytuacji faktycznego ograniczenia możliwości działania sprawczego kształtującego przyszły rynek. „W dyskusji nad prawnymi aspektami sztucznej inteligencji mniej uwagi poświęcone jest natomiast próbie poszukiwania kierunku zmian dla całego systemu prawnego w taki sposób, aby normy prawne służyły do proaktywnego kształtowania branży, która dopiero powstaje”^[30]. Jak się wydaje, futurystyczny aktualnie segment obszaru trzeciego, związany z potencjalnym powstaniem tzw. „silnej AI”, nie tylko stwarza możliwość, ale wręcz nakłada na legislatorów obowiązek kompleksowego i uprzedniego podejścia – swoistego spojrzenia „do przodu” – zakładającego proaktywne wyznaczenie kierunków rozwoju AI.

Wyznaczenie takich kierunków na poziomie uniwersalnym, który jest fundamentalny z perspektywy globalizacji technologii AI, bazującej na rozproszonych geograficznie danych, może być w praktyce jednak niemożliwe. Patrząc bowiem na trwającą debatę polityczną w USA, Europie czy też Chinach, prowadzącą do wyboru wskazanych wcześniej, odmiennych kierunków regulacyjnych AI, już w najbliższym czasie nastąpi jej zasadnicze prawne zróżnicowanie na tych trzech kluczowych rynkach.

Patrząc z perspektywy polskiej, jako państwa członkowskiego UE, która realnie pozbawiona jest możliwości wytwórczych AI, przy prezentowanym podejściu zostaniemy, wraz z resztą Europy, faktycznie „skazani” na technologię amerykańską (przy wykluczeniu z przyczyn bezpieczeństwa technologii chińskiej), która tworzona jest w modelu, dla którego bezpieczeństwo jest tylko jednym (nie jedynym) elementem podejmowania decyzji biznesowych jej rozwoju. Doprowadzi to niestety do bezpośredniej „próby sił”, prowadzonej głównie w wymiarze prawnym, pomiędzy

³⁰ Tak Marcin Rojszczak, „Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problemu”, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołączyński, Dariusz Szostek (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 2.

twórcami i dostawcami amerykańskiej technologii AI a UE, reprezentującą europejskiego użytkownika. Doświadczenia nabyte podczas poprzedniego zbliżonego dyskursu, prowadzonego pomiędzy twórcami, dostawcami serwisów społecznościowych i komunikatorów internetowych a UE na tle regulacji RODO, nie do końca przekonują, czy spojrzenie na rozwój technologii przez pryzmat wyłączenie praw podstawowych (w tym prawa do prywatności) będzie tym, które w wymiarze faktycznym odniesie sukces. Pozwala to też stawiać pytania o faktyczny koszt, zwłaszcza dla europejskiego rozwoju gospodarczego, jaki przyniesie takie podejście. Wprost zadać należy pytanie: która strona zostanie dostawcą, a która importer tej technologii? Wydaje się, że warto uwzględnić te konsekwencje, prowadząc dalszą debatę nad kształtem regulacji AI.

Bibliografia

- Dymitruk Maria, Jacek Gołaczyński, „Elektroniczny sąd a sztuczna inteligencja w prawie polskim”, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek. 47-56, Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Frankowska Agata, Bartosz Pawlik, „Przegląd osiągnięć publikowanych w zakresie sztucznej inteligencji na świecie – analiza bibliometryczna”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fischer, Adam Pązik, Marek Świerczyński. 155-168. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Goździaszek Łukasz, „Zasady wyboru i wdrażania aplikacji i usług inteligentnych systemów transportowych (ITS)”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fischer, Adam Pązik, Marek Świerczyński. 115-124. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Hermann Mario, Tobias Pentek, Boris Otto, „Working Paper No. 01/2015 Design Principles for Industrie 4.0 Scenarios” *A Literature Review*, (2016). <https://ieeexplore.ieee.org/document/7427673>.
- Kozieł Hubert, „Sztuczna inteligencja musi być komunistyczna. Tak chcą Chiny” *Rzeczpospolita*, (2023). <https://cyfrowa.rp.pl/globalne-interesy/art-38293371-sztuczna-inteligencja-musi-byc-komunistyczna-tak-chca-chiny>.
- Płocha Ewa, „O pojęciu sztucznej inteligencji i możliwościach jej zastosowania w postępowaniu cywilnym” *Prawo w działaniu*, nr 44 (2020): 273-291.

- Prutis Stanisław, „Metody regulacji prawnej stosunków społecznych a uwarunkowania prawne mediacyjnych (ugodowych) form rozstrzygnięcia sporów”, [w:] *Państwo, gospodarka, prawo. Księga dedykowana Profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu z okazji jubileuszu pracy naukowej na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku*, red. Anna. Piszcz, Marcin Olszak, Maciej Etel. 29-53. Białystok: Temida2, 2015.
- Rojszczak Marcin, „Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problem”, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek. 1 -22. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Shepardson David, Diane Bartz, „US begins study of possible rules to regulate AI like ChatGPT” *Reuters*, (2023). <https://www.reuters.com/technology/us-begins-study-possible-rules-regulate-ai-like-chatgpt-2023-04-11/>.
- Szostek Dariusz, „IBAC (IoT, Blockchain, AI i Cyberbezpieczeństwo) – samoregulacja kodów czy kontrola uprzednia?”, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek. 39-46, Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Świerczyński Marek, Zbigniew Więckowski, „Ramy prawne dla sztucznej inteligencji w świetle najnowszych pac Rady Europy”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fischer, Adam Pązik, Marek Świerczyński. 301-326. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Wielec Marcin, Ewa Płocha, „Sztuczna inteligencja jako narzędzie pracy biegłego w procesie karnym”, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. Bogdan Fischer, Adam Pązik, Marek Świerczyński. 193-210. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.



MAREK SOBCZYK

Wymagalność roszczenia o zapłatę kary umownej jako przesłanka dopuszczalności potrącenia. Uwagi z perspektywy historyka prawa

Enforceability of a Claim for Payment of a Contractual Penalty as a Condition for the Admissibility of a Set-Off: Remarks from the Perspective of a Legal Historian

Abstract

In this paper, I address the problem of the enforceability of a claim for payment of a contractual penalty in the context of the admissibility of the set-off of such a claim. This problem manifests itself primarily in a situation where the contractual provision regarding the penalty does not contain a deadline for its payment. The prevailing view in contemporary Polish case law is that in such a situation the obligation to pay the contractual penalty is indefinite, and therefore the claim for payment becomes due after the debtor is called upon to perform this obligation, which means that the creditor should first demand the payment of the contractual penalty. I tackle the issue from a historical perspective, starting from Roman law, through the *ius commune* and views expressed in legal science on the basis of the Code of Obligations of 1933, up to the modern academic and jurisprudential concepts. These concepts, to the extent that they emphasize the need for prior a demand for payment of a contractual penalty, establish a new requirement that breaks with the old tradition of understanding of the enforceability of a claim for payment of a contractual penalty.

KEY WORDS: contractual penalty, compensation, enforceability of a claim

SŁOWA KLUCZOWE: kara umowna, potrącenie, wymagalność roszczenia

MAREK SOBCZYK, doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytet Mikołaja Kopernika, ORCID – 0000-0002-1828-7914, e-mail: msobczyk@umk.pl

1 | Wprowadzenie

Kara umowna jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych umocnienia zobowiązania niepieniężnego. Jej zastrzeżenie jest wręcz standardem w niektórych umowach, zwłaszcza o roboty budowlane lub o dzieło, w szczególności na wypadek niedotrzymania terminu wykonania tych umów. Często także wierzyciel decyduje się na potrącenie wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością wzajemną kontrahenta, szczególnie z tytułu wynagrodzenia. Skorzystanie z możliwości potrącenia wzajemnych wierzytelności upraszcza rozliczenie stron, zaoszczędza wierzycielowi starań i czasu, aczkolwiek nierzadko zachodzi konieczność takiego potrącenia, albowiem ze względu na trudną sytuację ekonomiczną dłużnika zaspokojenie potrącanej wierzytelności w inny sposób jest wysoce wątpliwe lub wręcz niemożliwe.

W praktyce orzeczniczej ostatnich lat ujawniły się istotne problemy wykładni przepisów o karze umownej^[1], w tym przesłanek jej skutecznego potrącenia w przypadku, w którym strony nie ustaliły w umowie terminu jej zapłaty. Zarówno redakcja postanowienia o karze umownej, jak i późniejsze potrącenie wierzytelności z tego tytułu wymagają większej staranności wierzyciela, zwłaszcza że niektóre z tych poglądów niekiedy skłaniają do rewizji dotychczasowej praktyki postępowania.

Jedną z przesłanek skuteczności potrącenia jest wymagalność wierzytelności przysługującej potrącającemu^[2]. Nie wywołuje bowiem żadnego skutku oświadczenie o potrąceniu niewymagalnej wierzytelności. Oznacza to, że potrącający powinien złożyć oświadczenie po ziszczeniu się tej przesłanki, a jeśli dokonał tego we wcześniejszym czasie, musi złożyć ponowne oświadczenie^[3]. Wynika to z faktu, że potrącenie jest jednoznaczne z przymusowym zaspokojeniem tej wierzytelności, a nie można

¹ Spore znaczenie praktyczne ma zwłaszcza problem dopuszczalności zastrzeżenia kar umownych za zwłokę w spełnieniu świadczenia niepieniężnego w postaci ułamka (procentu) wartości świadczenia za każdą jednostkę czasu zwłoki, bez określenia z góry maksymalnej kwoty takiej kary umownej (zob. wyrok SN z 20.05.2021 r., IV CSKP 58/21 z przywołanym tam wcześniejszym orzecnictwem).

² Zgodnie przyjmuje się, że nie jest konieczna wymagalność obu wierzytelności, gdyż wystarcza wymagalność wierzytelności potrącającego, zob. ostatnio wyroki SN z 5.03.2019 r., II CSK 41/18 i 11.08.2021 r., II CSKP 130/21.

³ Wyrok SA w Warszawie z 15.07.2021 r., VII AGa 466/20 i wyrok SA w Katowicach z 12.02.2021 r., V AGa 364/19.

przewodzić egzekucji wierzytelności niewymagalnej, choć zobowiązany może spłacić wierzytelność przed nadejściem terminu świadczenia^[4].

Przesłanka wymagalności wierzytelności potrącającego nie stwarza problemu, jeżeli strony zastrzegając karę umowną ustaliły termin jej zapłaty, często jednak strony ustalają jedynie termin wykonania głównego zobowiązania kontraktowego, natomiast nie regulują terminu zapłaty kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania tego zobowiązania.

Powstaje zatem pytanie, jak należy rozumieć pojęcie wymagalności roszczenia, ponieważ jest to konieczne dla oceny, czy złożone oświadczenie o potrąceniu wzajemnych wierzytelności wywołało zamierzony skutek prawny. Tradycyjnie wymagalność roszczenia określa się jako stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Okazuje się jednak, że to zgrabne ujęcie wymaga doprecyzowania, zwłaszcza w odniesieniu do zobowiązań bezterminowych, a nadto samo pojęcie wymagalności nie jest jednolicie rozumiane na gruncie poszczególnych przepisów. Problem ten uwydatnił się po tym, jak w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego zaczęto podkreślać, że z uwagi na bezterminowy charakter zobowiązania do zapłaty kary umownej^[5] oświadczenie wierzyciela o potrąceniu powinno być poprzedzone uprzednim wezwaniem dłużnika do jej zapłaty, ponieważ dopiero wtedy wierzytelność potrącająca staje się wymagalna^[6]. Według aktualnych poglądów roszczenia wynikające ze zobowiązań bezterminowych nie stają się wymagalne z chwilą powstania tych zobowiązań, nie ma tym samym wystarczających podstaw do twierdzenia, iż świadczenie kary umownej powinno nastąpić niezwłocznie po naruszeniu powinności kontraktowych^[7].

Jeszcze dekadę temu zwykle wierzyciel nie zwracał uwagi, czy w umowie zastrzeżono termin zapłaty kary umownej i nie rozważał, czy konieczne jest uprzednie wezwanie do zapłaty, składał po prostu oświadczenie woli

⁴ Wyrok SN z 2.03.2017 r., V CSK 395/16; wyrok SA w Poznaniu z 27.10.2022 r., I AGa 406/21.

⁵ Wyroki SN z 30.06.2011 r., III CSK 282/10; 15.12.2015 r., IV CSK 141/15; 2.03.2017 r., V CSK 395/16; 11.08.2021 r., II CSKP 130/21; uchwała SN z 5.11.2014 r., III CZP 76/14; postanowienie SN z 19.10.2018 r., I CSK 249/18; wyrok SA w Warszawie z 15.07.2021 r., VII AGa 466/20; wyrok SA w Szczecinie z 24.02.2022 r., I ACa 685/21.

⁶ Postanowienie SN z 19.10.2018 r., I CSK 249/18; wyroki SN z 2.03.2017 r., V CSK 395/16; 11.08.2021 r., II CSKP 130/21; 15.12.2015 r., IV CSK 141/15.

⁷ Uchwała SN z 5.11.2014 r., III CZP 76/14; postanowienie SN z 8.02.2019 r., II CSK 398/18; wyrok SA w Warszawie z 15.07.2021 r., VII AGa 466/20; wyrok SA w Lublinie z 12.05.2021 r., I ACa 142/20.

o potrąceniu, uznając za oczywiste, że wolno mu potrącić karę umowną. Dzisiaj ten problem dostrzega się już w praktyce, jednakże powstaje pytanie, czy rzeczywiście słuszna jest wykładnia odmawiająca skuteczności oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej, której terminu zapłaty w umowie nie ustalono, jeżeli to oświadczenie nie zostało poprzedzone wezwaniem do zapłaty.

Zagadnienie wymagalności roszczenia o zapłatę kary umownej podejmuje z perspektywy historycznej, zaczynając od prawa rzymskiego, albowiem wykładnia historyczna dostarcza argumentów w dyskusji nad tym problemem.

2 | Wymagalność kary umownej w prawie rzymskim

Możliwość zastrzeżenia kary umownej na wypadek niewykonania lub nie należytego wykonania zobowiązania, w tym zwłoki dłużnika, znana była już jurystom rzymskim^[8]. Następowołało to zwykle w kontrakcie stypulacji lub jako dodatkowe postanowienie umowne (*pactum adiectum*) w kontrakcie konsensualnym, najczęściej pod postacią warunku (*sub condicione*), według schematu *si non dederis* lub *si non feceris (ita factum non erit)* albo *si adversus factum erit, decem dare spondes?* (czy przyrzekasz zapłacić określoną kwotę, jeżeli nie spełnisz świadczenia, tj. nie dasz, nie uczynisz, nie zaniechasz czegoś)^[9].

Jeżeli ustalony został termin wykonania zobowiązania zabezpieczonego karą umowną (zobowiązania głównego), to kara ta stawała się wymagalna (*poena committitur*) z upływem tego terminu^[10]. Rzymianie nie opracowali teoretycznej koncepcji „wymagalności roszczenia”, lecz rozważali, kiedy najwcześniej wierzyciel mógł skutecznie wnieść skargę (*agere*), czyli wytoczyć powództwo o zapłatę kary umownej^[11]. Nie można było natomiast

⁸ Z bogatej literatury poświęconej temu problemowi zob. zwłaszcza monografie: Rolf Knütel, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragstrafe* (Köln-Wien: Böhlau, 1976); Amalia Sicari, *Pena convenzionale e responsabilità* (Bari: Editore Cacucci, 2001); Margherita Scognamiglio, *Ricerche sulla stipulatio poenae* (Torino: Giappichelli, 2018), z odesłaniami do literatury.

⁹ Zob. przykłady podane w tytule *De verborum obligationibus* D.45,1.

¹⁰ D.2,11,10,1; D.44,7,23; D.45,1,8; D.45,1,27,1; D.45,1,72,1; D.45,1,99,1.

¹¹ D.45,1,8; D.45,1,14; D.45,1,27; D.45,1,72,1 i 2; D.45,1,73; D.45,1,115,2; D.45,1,118,1.

żądać zapłaty kary umownej przed upływem terminu wykonania zobowiązania głównego, nawet jeżeli już wcześniej wiadomo było, że nie jest możliwe, aby dłużnik dotrzymał tego terminu (np. wybudować kamienicy w uzgodnionym terminie dwóch lat)^[12]. Jak stwierdził Paulus, zobowiązanie do zapłaty kary umownej obłożone jest warunkiem^[13] i odroczone aż do określonego terminu, zatem choćby warunek się ziścił, należy poczekać na nadejście terminu, aby wnieść skargę^[14]. Jeżeli zobowiązanie umocnione karą umowną powinno zostać wykonane nie w określonym dniu, lecz do określonego dnia lub w ciągu jakiegoś czasu, np. w tym miesiącu, to wierzyciel mógł wnieść skargę dopiero z upływem ostatniego dnia tego okresu^[15], choć dłużnik miał prawo świadczyć wcześniej^[16]. Z zachowanych źródeł wynika, że nie było potrzeby wyznaczania dłużnikowi terminu do zapłaty kary umownej po tym, jak nie wykonał w terminie zobowiązania umocnionego karą umowną. Znaczenie miał zatem jedynie termin wykonania głównego zobowiązania i już po jego upływie wierzyciel mógł żądać zapłaty kary umownej, w tym wytoczyć powództwo o tę zapłatę.

W przypadku gdy zobowiązanie główne miało charakter bezterminowy, według jednego poglądu kara umowna stawała się wymagalna dopiero wtedy, gdy wykonanie tego zobowiązania przestało być możliwe, a według poglądu konkurencyjnego była wymagalna natychmiast (*statim*) po tym, jak powstała możliwość wykonania tego zobowiązania, ale dłużnik nie czynił tego z przyczyn, za które ponosił odpowiedzialność^[17]. Ten drugi pogląd nawiązywał do zasady, że wierzyciel miał prawo żądać wykonania zobowiązania bezterminowego natychmiast po jego powstaniu (*quotiens*

¹² D.45,1,124, zob. także D.45,1,137,3. Zasada ta obowiązywała nawet, jeżeli już przed uzgodnionym terminem wykonanie zobowiązania stało się obiektywnie niemożliwe, np. ze względu na utratę przedmiotu świadczenia, zob. D.45,1,8.

¹³ Jurysta ma tu na myśli warunek potestatywny, pomijam w tym miejscu źródła, w których przyrzeczenie zapłaty określonej sumy pieniężne nastąpiło pod innym warunkiem niż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika.

¹⁴ D.45,1,8.

¹⁵ D.45,1,42; D.45,1,56,5; D.45,1,72,1. Tak też został rozstrzygnięty spór sabiniańsko-prokuliański dotyczący terminu spełnienia świadczenia, zob. D.45,1,138, zob. także I,3,15,2.

¹⁶ D.45,1,137,2. Termin świadczenia uważany był za zastrzeżony na korzyść dłużnika, zob. D.45,1,41,1.

¹⁷ D.45,1,115,1-2. Z treści tego źródła wynika, że pierwszy z tych poglądów prezentował Pegasus, a drugi Sabinus, można się tu jednak doszukiwać sporu szkół sabiniańskiej i prokuliańskiej, zob. Jan Kodrębski, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawnicze w Rzymie wczesnego cesarstwa* (Łódź: Uniwersytet Łódzki, 1974), 272 i n.

dies non ponitur, praesenti die debetur^[18]) i to ten pogląd przeważał, przynajmniej w odniesieniu do kar umownych zabezpieczających zobowiązania wynikające z uznanych kontraktów^[19]. W szczególnych przypadkach zobowiązań bezterminowych przyjmowano jeszcze trzecie rozwiązanie, mianowicie kara umowna stawała się wymagalna po upływie niezbędnego czasu (*modicum tempus*), w którym dłużnik powinien był wykonać to zobowiązanie^[20]. Jeżeli zaś dłużnik obowiązany był do zaniechania określonej czynności, wierzyciel mógł żądać kary już od chwili, w której dłużnik przedsięwziął tę czynność^[21].

Zarówno zatem w zobowiązaniach terminowych, jak i bezterminowych dopuszczalność wytoczenia powództwa o zapłatę kary umownej odnoszono do chwili, w której powinno zostać wykonane zobowiązanie zabezpieczone karą umowną, tym samym wymagalność dochodzonego roszczenia nie zależała od uprzedniego wezwania do zapłaty ani też od jakiegoś swoistego dla niej terminu zapłaty.

Zasady rządzące rzymską *compensatio* harmonizowały z powyższymi rozwiązaniami, bowiem skuteczne potrącenie wierzytelności stawało się możliwe dopiero z upływem terminu wykonania zobowiązania^[22]. Wymóg wymagalności wierzytelności okazał się przez wieki trwałą cechą instytucji potrącenia.

¹⁸ D.45,1,41,1; D.50,17,14 i I.3,15,2, szerzej zob. Knütel, *Stipulatio*, 123 i n.; Reinhard Zimmermann, „Stipulatio poenae” *South Africa Law Journal*, 104 (1987): 407 i n.

¹⁹ W literaturze nazywa się je właściwymi karami umownymi, w odróżnieniu od kar zabezpieczających zobowiązanie wynikające z umowy niestanowiącej kontraktu (niewłaściwa kara umowna). W przypadku niewłaściwych kar umownych przeważał pogląd Pegasususa. zob. Knütel, *Stipulatio*, 120 i n.; Zimmermann, *Stipulatio*, 407 i n.

²⁰ Dotyczyło to zwłaszcza zobowiązania wynikającego z rozstrzygnięcia arbitra powołanego przez strony w celu polubownego rozstrzygnięcia sporu, jeżeli arbi- ter nie ustalił terminu jego wykonania (*compromissum*), zob. D.4,8,21,12; D.44,7,23. Jednakże przykładów takich zobowiązań było więcej, zob. D.45,1,73.

²¹ D.2,15,16; D.19,2,54,1; D.45,1,122,6.

²² D.16,2,7pr.; G.4,67.

3 | Zasada *poena non committitur nisi post moram*

W średniowieczu zachowano zasadę, że stypulacja kary umownej nie staje się wymagalna, tzn. nie można pozywać o zapłatę tej kary, przed nadejściem uzgodnionego w niej terminu wykonania zobowiązania głównego (*ante diei eventum*)^[23]. Dotyczyło to także sytuacji, w której już wcześniej było pewne, że zobowiązanie zabezpieczone karą umowną nie zostanie wykonane^[24]. W epoce nowożytnej nadal obowiązywała zasada, że kara umowna nie staje się wymagalna, jeżeli dłużnik nie popadł w zwłokę w wykonaniu zobowiązania zabezpieczonego karą umowną (*poena non committitur nisi post moram*)^[25].

Swoiste rozwiązanie przyjęto w przedkodeksowym prawie francuskim. Niezależnie bowiem od tego, czy zobowiązanie główne miało charakter terminowy, czy bezterminowy, konieczne było urzędowe wezwanie dłużnika (*interpellation judiciaire*) do jego wykonania, aby wierzyciel uzyskał prawo żądania zapłaty kary umownej zastrzeżonej na wypadek jego niewykonania^[26]. Sam upływ terminu wykonania zobowiązania co do zasady nie powodował, że dłużnik popadał w zwłokę^[27].

Z kolei w pandektystyce uważano, że jeżeli świadczenie stanowiące przedmiot zobowiązania głównego powinno zostać spełnione w określonym terminie, to kara umowna stawała się wymagalna z chwilą bezskutecznego upływu tego terminu i wezwanie dłużnika do jej zapłaty nie było konieczne^[28]. Karę umowną uważano za zastrzeżoną pod warunkiem zawieszającym odnoszącym się do wykonania zobowiązania głównego, dlatego stawała się ona wymagalna z chwilą ziszczenia się tego warunku, a takim mógł warunkiem być upływ terminu wykonania zobowiązania głównego^[29].

²³ Glosa *decem dare* do D.45,1,8, glosa *ante Kalendas* do D.45,1,72,1.

²⁴ Zob. glosa do D.45,1,27,1.

²⁵ Dominicus Tuschii, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum*, t. VI (Romae 1606), 151.

²⁶ Robert Joseph Pothier, *Traité des Obligations*, t. I (Paris 1761), uwaga 349.

²⁷ Marcel Planiol, *O zobowiązaniach. Dowody, nauka ogólna o zobowiązaniach, umowy*, tłum. Jan Namitkiewicz (Warszawa: Wydawnictwo F. Hoesicka, 1928), 62 i n.

²⁸ Heinrich Dernburg, *Pandekten*, t. II, *Obligationenrecht* (Berlin: H.W. Müller, 1892), § 46; Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. II (Frankfurt a.M.: Literarische Anstalt Rütten & Loening, 1882), § 285.1.

²⁹ Johann Baptist Bernhard, *Vom der Conventionalstrafe* (Würzburg: C.W. Becker'schen Universitäts-Buchdruckerei 1843), 23 i n.; Georg Friedrich Puchta, *Pandekten* (Leipzig: Barth, 1848), § 231.

Natomiast jeżeli zobowiązanie główne miało charakter bezterminowy, poglądy były zróżnicowane, a nadto znaczenie miała wykładnia zawartej umowy. W świetle trzech najbardziej reprezentatywnych poglądów przyjmowano, że wymagalność następowała po bezskutecznym wezwaniu ze strony wierzyciela albo natychmiast po powstaniu zobowiązania albo po upływie czasu niezbędnego do tego, aby to zobowiązanie zostało wykonane³⁰. W § 339 BGB przyjęto, że jeżeli dłużnik przyrzeka wierzycielowi zapłatę sumy pieniężnej jako kary na wypadek, gdyby zobowiązania swego albo wcale nie wypełnił, albo gdyby je nie wypełnił w sposób należyty, wówczas kara staje się wymagalna, gdy popadnie w zwłokę w wykonaniu tego zobowiązania, tj. zobowiązania głównego. Jeżeli świadczenie dłużne polega na zaniechaniu, kara staje się wymagalna z chwilą, gdy się zacznie działać wbrew umowie.

Podobnie zatem jak w prawie rzymskim wymagalność roszczenia o zapłatę kary umownej zależała od terminu wykonania zobowiązania nią zabezpieczonego. Nie wskazywano na potrzebę ustalania w umowie terminu do zapłaty kary umownej ani na potrzebę zywiania dłużnika do zapłaty kary umownej po tym, jak dłużnik popadł w zwłokę z wykonaniem zobowiązania głównego. Warto też zauważyć, że przedmiotem rozważań od czasów rzymskich nie było to, czy wierzyciel ma prawo żądać zapłaty kary umownej już po upływie terminu wykonania zobowiązania nią zabezpieczonego, lecz to, czy takie z takim żądaniem może wystąpić wcześniej, jeżeli jest pewne, że zobowiązanie to nie zostanie wykonane.

4 | Wymagalność odszkodowania umownego w kodeksie zobowiązań z 1933 r.

Przepisy kodeksu zobowiązań dotyczące odszkodowania umownego (art. 82-85), stanowiącego odpowiednik kary umownej, nie zawierały swoistej regulacji terminu zapłaty tego odszkodowania. Zobowiązania

³⁰ Te zróżnicowane poglądy przedstawiają Carl Matthiae, *Controversen Lexikon römischen Civilrechts* (Leipzig: Wigand, 1856), 213; Windscheid, *Lehrbuch*, § 285.1; Dernburg, *Pandekten*, § 46.

do naprawiania szkody były zaliczane do kategorii zobowiązań bezterminowych^[31]. Zgodnie zaś z ogólną zasadą wyrażoną w art. 192 § 1 k.z. dłużnik obowiązany był spełnić świadczenie w terminie wskazanym w umowie lub wynikającym z natury zobowiązania. Stosownie natomiast do § 2 tego przepisu, jeżeli termin spełnienia świadczenia nie mógł być w ten sposób określony, dłużnik obowiązany był spełnić świadczenie niezwłocznie po powstaniu zobowiązania, a zatem bez konieczności wezwania do jego wykonania. Za czas powstania zobowiązania należy uważać czas, w którym zawarto czynność prawną, względnie w którym dokonało się zdarzenie uzasadniające zobowiązanie^[32].

Art. 192 k.z. stanowił normę ogólną wyznaczającą wymagalność roszczenia wierzyciela^[33], jednakże rozumienie wymagalności na gruncie poszczególnych przepisów kodeksu nie było jednolite^[34]. Najistotniejsze znaczenie z punktu widzenia niniejszej pracy ma odniesienie do przepisów o opóźnieniu i zwłoce w spełnieniu świadczenia. Art. 243 § 1 k.z. stanowił, że dłużnik dopuszcza się zwłoki, jeżeli nie spełnia świadczenia w terminie, oznaczonym w umowie lub ustawie, a w przypadku, gdy termin nie jest oznaczony, jeżeli nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Chwila opóźnienia lub zwłoki nie pokrywała się zatem przy długach bezterminowych z chwilą, w której dłużnik, w myśl art. 192 § 2 k.z., obowiązany jest spełnić świadczenie^[35]. Wezwanie wierzyciela do spełnienia świadczenia, którego termin nie został wyznaczony, stanowiło przesłankę zwłoki lub opóźnienia dłużnika. Natomiast przez wymagalność na gruncie przepisu dotyczącego skutków opóźnienia z wykonaniem zobowiązań pieniężnych (art. 248 k.z.), przy zobowiązaniach terminowych rozumiano chwilę nadejścia terminu, a przy bezterminowych, chwilę wezwania^[36]. Stąd też przy określaniu skutków opóźnienia przez „dzień

³¹ Ludwik Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna* (Warszawa: Marjan Ginter-Księgarnia Wydawnictw Prawniczych 1936), 929.

³² Jan Korzonek, Ignacy Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz* (Kraków: Księgarnia Powszechna, 1936), 502, 509.

³³ Roman Longchamps de Bériér, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań. Z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu, art. 239-293* (Warszawa 1936), 360; idem, *Zobowiązania* (Lwów: Księgarnia Wydawnicza Gubrynowicz i syn, 1938), 34.

³⁴ Pomijam w tym miejscu zwłaszcza rozumienie wymagalności na gruncie przedawnienia (art. 276 k.z.), poza tym zob. 211 § 3 k.z., art. 437 § 2 k.z.

³⁵ Longchamps de Bériér, *Uzasadnienie*, 371.

³⁶ Ibidem, 371 i n.; Jan Namitkiewicz, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. I (Łódź: Wydawnictwo „Kolumna”, 1949), uwaga 1 do art. 248.

wymagalności” przy zobowiązaniach pieniężnych bezterminowych rozumiano dzień, w którym dłużnik otrzymał wezwanie do świadczenia^[37], a nie chwilę, od której wierzyciel może żądać wykonania zobowiązania^[38]. Tym samym pojęcie wymagalności lub „dnia wymagalności” było rozumiane odmiennie na gruncie art. 192 § 2 k.z. i art. 248 k.z.

Przesłanki potrącenia wierzytelności opisane w art. 254 § 1 k.z. odpowiadają współczesnym przesłankom z art. 498 k.c., co dotyczy w szczególności wymagalności wierzytelności potrącającego^[39]. Wymagalność tę rozumiano tak samo jak w art. 192 k.z.^[40], a zatem jako możliwość żądania zaspokojenia wierzytelności po nastąpieniu terminu płatności lub warunku zawieszającego, a jeżeli wierzytelność jest bezterminowa i bezwarunkowa – możliwość zaspokojenia z chwilą powstania zobowiązania^[41]. Potrącenie stawało się możliwe niezwłocznie po powstaniu zobowiązania bezterminowego i nie wymagało wezwania ze strony wierzyciela potrącającego. Warto jednak zauważyć, że zarówno w uzasadnieniu głównego referenta kodeksu zobowiązań, jak i komentarzach do tego kodeksu problem terminu wymagalności roszczenia z tytułu kary umownej ani dopuszczalności jego potrącenia z uwagi na tę przesłankę nie został podjęty, prawdopodobnie dlatego, że ówczesnie nie budziło to jeszcze wątpliwości.

5 | Odróżnienie terminu wymagalności od terminu spełnienia świadczenia

Wkrótce po wejściu w życie obecnie obowiązującego kodeksu cywilnego podkreślono potrzebę wyodrębnienia wymagalności i terminu spełnienia świadczenia^[42]. Według tego ujęcia roszczenie staje się wymagalne

³⁷ Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, 34 i 418.

³⁸ Longchamps de Bérier, *Uzasadnienie*, 72; Namitkiewicz, *Kodeks*, uwaga 4 do art. 248.

³⁹ Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, 383 i n.

⁴⁰ Ibidem, 383; Namitkiewicz, *Kodeks*, uwaga 5 do art. 254.

⁴¹ Domański, *Instytucje*, 872.

⁴² Tak zwłaszcza Leopold Stecki, *Opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych* (Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1970), 28 i n.; J. Dąbrowa, „Wykonanie zobowiązań”, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 3, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część*

z chwilą, gdy wierzyciel uzyskuje prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, a dłużnik zostaje obciążony obowiązkiem spełnienia świadczenia^[43]. Wymagalność odzwierciedla stan potencji, czyli stan, w którym wierzyciel może domagać się zaspokojenia roszczenia, a dłużnik powinien je spełnić. Datą wymagalności jest chwila określająca najwcześniejszą możliwość żądania świadczenia i powinność jego spełnienia^[44].

W zobowiązaniach terminowych termin spełnienia świadczenia wyznacza granicę czasową, do której najpóźniej świadczenie powinno być spełnione^[45]. Z chwilą nadejścia terminu świadczenia obowiązek dłużnika staje się bezwzględny, stan potencji ustępuje miejsca powinności kategorycznej, a bezskuteczny upływ tego terminu skutkuje opóźnieniem dłużnika^[46]. Termin zapłaty ma być niezależny, a jego związek z wymagalnością tkwi w tym, że nie może on być statuowany przed wystąpieniem wymagalności^[47].

W zobowiązaniach bezterminowych już z chwilą powstania zobowiązania wierzyciel może żądać jego wypełnienia, a dłużnik w zasadzie ma obowiązek świadczenia z tą samą chwilą. Następuje stan wymagalności, który nie łączy się z terminem spełnienia świadczenia, gdyż termin ten zostanie określony za pomocą wezwania do świadczenia. Roszczenie uzyskuje cechę wymagalności bez udziału wierzyciela, natomiast wierzyciel wyznacza jedynie termin świadczenia^[48].

Wymagalność wierzytelności, o której mowa w art. 498 k.c., także rozumiano w powyższy sposób, w związku z czym potrącenie stawało się dopuszczalne z chwilą powstania stanu wymagalności wierzytelności potrącającego określanego w sposób powyżej opisany^[49].

We współczesnej doktrynie prawa rozróżnienie wymagalności roszczenia od terminu spełnienia świadczenia poddane zostało stanowczej krytyce. Podnosi się, że rozróżnienie to nie ma oparcia w ustawie i stanowi

ogólna, red. Zbigniew Radwański (Warszawa: Zakład Narodowy im. Ossolińskich. Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1981), 739.

⁴³ Stecki, *Opóźnienie*, 29; Alfons Klafkowski, „Wymagalność roszczeń (I)” *Przeгляд Ustawodawstwa Gospodarczego*, (1970): 345; Dąbrowa, *Wykonanie*, 739.

⁴⁴ Stecki, *Opóźnienie*, 29.

⁴⁵ Dąbrowa, *Wykonanie*, 739.

⁴⁶ Stecki, *Opóźnienie*, 30.

⁴⁷ Ibidem, 31; Dąbrowa, *Wykonanie*, 740.

⁴⁸ Stecki, *Opóźnienie*, 31.

⁴⁹ Dąbrowa, *Wykonanie*, 739.

koncepcję jedynie doktrynalną^[50]. Rozmywa ono istotę wymagalności, prowadzi do tego, że wymagalność jawi się jako stan, w którym wierzyciel może, co prawda, żądać świadczenia, ale dłużnik nie musi go spełnić, ponieważ ma prawo zwlekać z wykonaniem zobowiązania aż do czasu nadejścia terminu spełnienia świadczenia. Wymagalność traci więc cechę prawnej możliwości skutecznego żądania i zostaje sprowadzona do możliwości zwrócenia się do dłużnika o spełnienie świadczenia^[51]. W okresie pomiędzy powstaniem tak określonej wymagalności a terminem spełnienia świadczenia wierzyciel nie ma żadnych prawnych środków dochodzenia swego roszczenia^[52]. Konstruowanie stanu wymagalności poprzedzającego termin spełnienia świadczenia jest niezgodne z zasadami sądowego dochodzenia roszczeń, gdyż dochodzenie przed sądem roszczenia, co do którego dłużnik nie opóźnia się, byłoby przedwczesne i w związku z tym prowadziłyby do oddalenia powództwa^[53]. Nie są wymagalne te roszczenia, co do których wierzyciel nie może domagać się zaspokojenia ze względu na nienadejście terminu spełnienia świadczenia^[54]. Krytykowane rozumienie wymagalności może też skutkować *in concreto* faktycznym skróceniem terminu przedawnienia roszczenia^[55]. Chwilą powstania wymagalności jest upływ terminu spełnienia świadczenia^[56] bądź też ostatni dzień, w którym dłużnik powinien spełnić świadczenie w sposób zgodny z treścią zobowiązania^[57]. Powyższe poglądy doktrynalne z czasem znalazły uznanie w orzecznictwie^[58].

⁵⁰ Marcin Lemkowski, „Wymagalność roszczenia o odsetki za opóźnienie – glosa III CKN 548/00” *Monitor Prawniczy*, nr 4 (2003), 1045 i n.; Bogudar Kordasiewicz, „Problematyka dawności”, [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, t. II, red. Zbigniew Radwański (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 754.

⁵¹ Jacek Jastrzębski, Agnieszka Koniewicz, „Wymagalność roszczeń” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 5 (2006): 35.

⁵² Kordasiewicz, *Problematyka*, 754.

⁵³ Ibidem, 754; Witold Borysiak w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Konrad Osajda (Warszawa: C.H. Beck, 2022), uwaga 65 do art. 455 k.c.

⁵⁴ Jastrzębski, Koniewicz, *Wymagalność*, 36; Kordasiewicz, *Problematyka*, 754.

⁵⁵ Kordasiewicz, *Problematyka*, 754.

⁵⁶ Jastrzębski, Koniewicz, *Wymagalność*, 38.

⁵⁷ Kordasiewicz, *Problematyka*, 754.

⁵⁸ Zob. wyrok SN z 26.11.2009 r., III CZP 102/09; uchwała SN z 5.11.2014 r., III CZP 76/14.

6 | Aktualna wykładnia przesłanki wymagalności roszczenia o zapłatę kary umownej

Na gruncie obecnie obowiązującego kodeksu cywilnego do niedawna przyjmowano, że stan wymagalności zobowiązania bezterminowego istnieje już od chwili powstania takiego zobowiązania^[59], ale w nowszym orzecznictwie ten pogląd został odrzucony^[60]. Obecnie uważa się, że roszczenia wynikające ze zobowiązań bezterminowych nie stają się wymagalne z chwilą powstania tych zobowiązań, a w szczególności zastrzeżenie kary umownej nie rodzi zobowiązania, z właściwości którego wynikałby określony termin spełnienia świadczenia. Nie ma tym samym wystarczających podstaw do twierdzenia, że świadczenie kary umownej powinno nastąpić niezwłocznie po naruszeniu powinności kontraktowych^[61].

Powstaje zatem pytanie, kiedy zobowiązania bezterminowe stają się wymagalne. Wśród aktualnie konkurujących poglądów jeden z nich stan wymagalności odnosi do najwcześniejszej chwili, w której wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia. Za takim rozumieniem wymagalności roszczenia o zapłatę kary umownej opowiedział się Sąd Najwyższy w wyrokach z 30.06.2011 r., III CSK 282/10 i z 22.01.2015 r., I CSK 690/13. W pierwszym wyroku stwierdził, że roszczenie wynikające z zobowiązania bezterminowego, obejmującego zapłatę kary umownej, staje się wymagalne w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie. W późniejszym z tych wyroków SN uznał, że w przypadku roszczenia o zapłatę kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy o roboty budowlane jego wymagalność, a więc prawna możliwość żądania świadczenia od dłużnika powstaje z chwilą, w której wierzyciel ma obiektywną możliwość uzyskania wiedzy o naruszeniu umowy wskutek tego opóźnienia i wezwania dłużnika do wykonania zobowiązania. W obu tych orzeczeniach Sąd Najwyższy wyjaśnił, że roszczenia wynikające z takiego zobowiązania nie stają się wymagalne z chwilą powstania

⁵⁹ W niedawnym orzecznictwie odnosiło się to zwłaszcza do roszczenia o zwrot nienależnego świadczenia zob. np. wyrok SN z 22.03.2001 r., V CKN 769/00.

⁶⁰ Tak zwłaszcza w odniesieniu do kary umownej SN w wyrokach z 30.06.2011 r., III CSK 282/10 i z 22.01.2015 r., I CSK 690/13.

⁶¹ Uchwała SN z 5.11.2014 r., III CZP 76/14; postanowienie SN z 8.02.2019 r., II CSK 398/18; wyrok SN z 16.09.2022 r., II CSKP 534/22; wyrok SA w Warszawie z 15.07.2021 r., VII AGa 466/20, wyrok SA w Lublinie z 12.05.2021 r., I ACa 142/20.

zobowiązania ani z chwilą terminu spełnienia świadczenia. Wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych należy określać przy uwzględnieniu art. 455 k.c., co oznacza, że stają się one wymagalne w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie. W konsekwencji, w wyroku z 22 stycznia 2015 r. SN uznał, że brak wezwania do zapłaty kary umownej nie wywiera skutku w postaci niewymagalności roszczenia o jej zapłatę. Sąd Najwyższy określając stan wymagalności w istocie sięgnął do konstrukcji hipotetycznego terminu wymagalności wywodzonej przez część doktryny z art. 120 k.c.^[62]

W nowszym orzecznictwie zdaje się jednak przeważać inny pogląd, według którego wymagalność roszczenia o świadczenie pieniężne łączy się z upływem terminu spełnienia tego świadczenia, przez co rozumie się nadejście lub (częściej) upływ ostatniego dnia terminu, w którym świadczenia powinno zostać spełnione. Tym samym wymagalność roszczeń łączy się z upływem ostatniego dnia pozwalającego dłużnikowi spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu ze strony wierzyciela^[63], bowiem w dniu przypadającym po tej chwili wierzyciel mógłby wystąpić do sądu z powództwem o zasądzenie świadczenia i tego samego dnia sąd mógłby takie powództwo zasądzić^[64]. Dostrzega się tu brak celowości rozdzielania terminu wymagalności i terminu spełnienia świadczenia, w szczególności dlatego, że pomiędzy powstaniem wymagalności w rozumieniu dotychczasowym a terminem spełnienia świadczenia wierzyciel nie ma żadnych prawnych środków dochodzenia swego roszczenia^[65]. W przypadku

⁶² W ujęciu części doktryny art. 120 k.c. dla potrzeb ustalenia początku biegu przedawnienia roszczeń ze zobowiązań bezterminowych określa hipotetyczny termin wymagalności, który należy odróżnić od rzeczywistego terminu wymagalności, por. Piotr Machnikowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Edward Gniewek (Warszawa: C.H. Beck, 2021), uwaga 3 do art. 120; Przemysław Sobolewski w: *Kodeks cywilny, Komentarz*, red. Konrad Osajda (Warszawa: C.H. Beck, 2022), uwaga 5 do art. 120; Radosław Strugała w: *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC*, t. I, red. Piotr Machnikowski (Warszawa: C.H. Beck, 2022), nb. 13 i n.

⁶³ Wyroki SN z: 29.11.1999 r., III CKN 474/98; 17.05.2000 r., I CKN 302/00; 21.02.2002 r., IV CKN 793/00; 24.04.2003 r., I CKN 316/01; 30.06.2011 r., III CSK 282/10; 8.07.2010 r., II CSK 126/10; uchwałę SN z 26.11.2009 r., III CZP 102/09; uchwałę składu Siedmiu Sędziów SN z 22.10.2021 r., III CZP 78/20.

⁶⁴ Borysiak, *Kodeks*, uwaga 64 do art. 455 z przywołanym tam orzecznictwem i literaturą.

⁶⁵ Uchwała SN z 5.11.2014 r., III CZP 76/14, podobnie w literaturze Borysiak, *Kodeks*, uwaga 65 do art. 455 k.c.

zobowiązań bezterminowych stosownie do art. 455 k.c. dłużnik powinien spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu wierzyciela do wykonania zobowiązania, konieczne jest zatem takie wezwanie^[66].

W świetle stanowiska obecnie przeważającego do skutecznego potrącenia wierzytelności o zapłatę karę umowną z wierzytelnością wzajemną kontrahenta nie wystarcza samo złożenie oświadczenia o potrąceniu, jeżeli termin zapłaty kary umownej nie został w umowie ustalony lub nie wynika z ustawy lub właściwości zobowiązania, roszczenie o zapłatę kary nie jest bowiem jeszcze wymagalne. Jeżeli zobowiązanie do zapłaty kary umownej jest bezterminowe, to niezbędne jest uprzednie wezwanie dłużnika do zapłaty, a oświadczenie o potrąceniu może zostać złożone dopiero po upływie wyznaczonego w wezwaniu terminu zapłaty lub niezwłocznie po wezwaniu (art. 455 k.c.). Wezwanie dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania bezterminowego należy potraktować jako postawienie tego świadczenia w stan wymagalności^[67]. Znaczenie wezwania wierzyciela, stosownie do art. 455 k.c., polega na tym, że z jego chwilą na dłużniku zaczyna ciążyć obowiązek niezwłocznego spełnienia świadczenia^[68].

Akceptacja powyższej wykładni prowokuje jednak do dalszych pytań, zwłaszcza czy oświadczenie o potrąceniu zawiera w sobie *implicite* także wezwanie do zapłaty lub czy wierzyciel może jednocześnie, zwłaszcza w tym samym piśmie, zarówno wezwać dłużnika do zapłaty, jak i złożyć oświadczenie o potrąceniu. Okazuje się, że odpowiedź judykatury na oba te pytania jest korzystniejsza dla dłużnika. Otóż samo przedstawienie wierzytelności do potrącenia nie zawiera w sobie jednocześnie elementu wezwania dłużnika do zapłaty, gdyż zastosowanie takiego swoistego „skrót” prawnego nie znajduje usprawiedliwienia w ustawie^[69]. Nie można zatem uznać, że złożenie oświadczenia o potrąceniu może zastąpić bądź zawierać w sobie wezwanie dłużnika do zapłaty w odniesieniu do zobowiązań

⁶⁶ Uchwała SN z 5.11.2014 r., III CZP 76/14; postanowienie SN z 12.02.2019 r., II CSK 413/18; wyrok SA w Szczecinie z 24.02.2022 r., I ACa 685/21; wyrok SA w Warszawie z 15.07.2021 r., VII AGa 466/20; wyrok SA w Lublinie z 12.05.2021 r., I ACa 142/20.

⁶⁷ Wyrok SN z 15.12.2015 r., IV CSK 141/15; postanowienie SN z 19.10.2018 r., I CSK 249/18; wyroki SN z 2.03.2017 r., V CSK 395/16; 11.08.2021 r., II CSKP 130/21; wyroki SA w Warszawie z: 7.06.2018 r., VII AGa 1616/18; 4.07.2018 r., VII AGa 914/18; 8.07.2019 r., VI AGa 420/19; wyroki SA w Gdańsku z 28.04.2017 r., I ACa 857/16 i 30.03.2020 r., I AGa 124/19.

⁶⁸ Wyrok SN z 2.03.2017 r., V CSK 395/16.

⁶⁹ Wyrok SN z 15.12.2015 r., IV CSK 141/15.

bezterminowych^[70]. Dlaczego jednak jest to „skrót” prawny, w dodatku niedopuszczalny, tego Sąd bliżej nie wyjaśnił.

Również potrącenie dokonane jednocześnie z wezwaniem do zapłaty jest nieskuteczne^[71]. Skutek wezwania do zapłaty w postaci powstania stanu wymagalności objętej nim wierzytelności nie następuje bowiem automatycznie z chwilą doręczenia oświadczenia wierzyciela, lecz w terminie wyznaczonym w wezwaniu, a jeżeli żaden termin nie został wyznaczony, niezwłocznie, czyli jednak po jakimś czasie, od dojścia wezwania do adresata. W chwili doręczenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelność potrącająca nie jest jeszcze wymagalna. Oznacza to, że potrącający powinien złożyć oświadczenie po ziszczeniu się tej przesłanki, a jeśli dokonał tego we wcześniejszym czasie musi złożyć ponowne oświadczenie. Możliwość konwalidowania tej czynności prawnej, jako jednostronnej, jest wyłączona^[72]. Takie ujęcie jest przytaczane aprobująco w znacznej większości komentarzy do art. 498 k.c.^[73], aczkolwiek spotkało się z krytyką części doktryny, która uważa, że oświadczenie o potrąceniu może być złożone natychmiast po wezwaniu, a nawet jednocześnie z tym wezwaniem. Wierzycielowi nie chodzi bowiem o to, by dłużnik spełnił świadczenie w sposób realny, co wymagać może pewnego czasu, lecz o zaspokojenie swojej pretensji przez kompensatę^[74].

Tak rygorystyczne podejście znacznie ułatwia szybkie rozstrzygnięcie sprawy sądowej, wystarcza powołać się na bezskuteczność złożonego oświadczenia o potrąceniu z powodu niespełnienia przesłanki wymagalności wierzytelności potrącającej, aby uniknąć często skomplikowanego od strony dowodowej procesu, w którym badane będzie samo istnienie wierzytelności o zapłatę kary umownej (np. zawiniony przez dłużnika charakter przyczyn opóźnienia w wykonaniu dzieła lub robót budowlanych).

⁷⁰ Wyrok SA w Szczecinie z 28.10.2021 r., I ACa 244/21.

⁷¹ Wyrok SN z 3.04.2018 r., II CSK 452/17 i 15.12.2015 r., IV CSK 141/15; wyrok SA w Szczecinie z 24.02.2022 r., I ACa 685/21; wyrok SA w Łodzi z 7.12.2021 r., I ACa 196/21.

⁷² Wyrok SA w Łodzi z 7.12.2021 r., I ACa 196/21.

⁷³ Karol Szadkowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Maciej Gutowski (Warszawa: C.H. Beck, 2022), nb 9 i n. do art. 498; Rafał Morek w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda (Warszawa: C.H. Beck, 2023), uwagi 25 i n. do art. 498; Kazimierz Zawada w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Krzysztof Pietrzykowski (Warszawa: C.H. Beck, 2021), uwaga 17 do art. 498.

⁷⁴ Małgorzata Pyziak-Szafnicka, *Potrącenie w prawie cywilnym* (Kraków: Wolters Kluwer, 2002), 108 i n.; Grzegorz Wolak w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki (Warszawa: C.H. Beck, 2020), uwaga 9 do art. 498.

Niemniej, w niektórych sprawach to rygorystyczne podejście skłoniło sądy do elastycznego traktowania przesłanki wezwania do zapłaty lub poszukiwania argumentów za tym, że wierzyciel z tytułu kary umownej ponowił oświadczenie o potrąceniu po tym, jak jego wierzytelność stała się już wymagalna. Tę elastyczność ułatwia ta okoliczność, że zarówno wezwanie do zapłaty, jak i materialnoprawne oświadczenie o potrąceniu kary umownej są zasadniczo odformalizowane, aczkolwiek procesowy zarzut potrącenia wymaga zachowania formy pisemnej i ograniczony jest terminem (art. 203¹ § 3 k.p.c.).

Wezwanie do zapłaty jest jednostronnym oświadczeniem o charakterze prawokształtującym. Nie wymaga ono szczególnej formy i może zostać złożone w sposób dowolny, wyraźny lub dorozumiany. Wierzyciel wzywając dłużnika do wykonania zobowiązania może posłużyć się w tym względzie wszelkimi sposobami, które ujawniają wolę przyjęcia oznaczonego świadczenia. Wezwania zatem można dokonać ustnie lub pisemnie, w tym również w formie telefonicznej, telegraficznej czy też teleksowej^[75]. Wystarczy nawet, że wierzyciel wyrazi w sposób dorozumiany przez swe zachowanie wolę, aby dłużnik spełnił świadczenie i wskazał źródło zobowiązania^[76].

W niektórych orzeczeniach uznano, że oświadczenie o potrąceniu może być potraktowane – z uwzględnieniem okoliczności sprawy – jako wezwanie do zapłaty^[77], bądź też, że spełnia wymagania wezwania do zapłaty. Konkretyzuje ono bowiem wierzytelność pozwanego, którą zamierza on przymusowo wyegzekwować i wyraża wolę skorzystania z możliwości jej umorzenia. Stąd też niepoprzedzone wezwaniem do zapłaty i jako takie nieskuteczne w świetle art. 498 k.c. (jako dotyczące wierzytelności jeszcze niewymagalnej) oświadczenie o potrąceniu może być kwalifikowane jako ujawniające w sposób wyraźny wolę wezwania do spełnienia świadczenia będącego przedmiotem wierzytelności przedstawionej do potrącenia. Wskazuje się bowiem, że oświadczenie takie dostatecznie wyraża przekonanie potrącającego, iż przysługuje mu skonkretyzowana należność, którą zamierza przymusowo zaspokoić z majątku dłużnika – wierzyciela

⁷⁵ Wyrok SN z 2.03.2017 r., V CSK 395/16 i 6.12.2019 r., V CSK 458/18, wyrok SA w Poznaniu z 27.10.2022 r., I AGa 406/21; wyrok SA w Szczecinie z 24.02.2022 r., I ACa 685/21.

⁷⁶ Uchwała SN z 19.05.1992 r., wyrok SN z 2.03.2017 r., V CSK 395/16; wyrok SA w Poznaniu z 27.10.2022 r., I AGa 406/21.

⁷⁷ Wyroki SN z 6.12.2019 r., V CSK 458/18 i 16.09.2022 r., II CSKP 534/22; podobnie SA w Gdańsku w wyroku z 30.03.2020 r., I AGa 124/19, wyrok SA w Poznaniu z 11.05.2022 r., I ACa 644/21.

wzajemnego. Podkreśla się zarazem, że spełnia ono jurydyczną funkcję wezwania do zapłaty, sygnalizując dłużnikowi, że wierzyciel zmierza do zaspokojenia swego prawa. W konsekwencji w sytuacji, w której, mimo złożonego oświadczenia, nie może jeszcze nastąpić skutek potrącenia ze względu na niewymagalność wierzytelności wzajemnej, za nadmierny (niemający uzasadnienia w treści art. 60 i 65 k.c.) rygoryzm uznaje się pogląd, że oświadczenie o potrąceniu nie wywoła żadnych następstw prawnych (należy je traktować *per non est*) i konieczne jest kolejne „uprzednie i odrębne” wezwanie do zapłaty w celu postawienia wierzytelności w stan wymagalności, a dopiero następnie złożenie kolejnego oświadczenia o potrąceniu^[78].

Przy powyższym ujęciu wystarczy, że po podniesieniu w odpowiedzi na pozew procesowego zarzutu potrącenia, kwalifikowanego wyłącznie jako wezwanie do zapłaty kary umownej, pozwany w toku procesu podtrzymuje ten zarzut^[79]. Wydaje się, że tę argumentację ogranicza istotnie wprowadzona z dniem 7 listopada 2019 r.^[80] regulacja procesowego zarzutu potrącenia zawarta w art. 203¹ k.p.c.^[81]. Teoretycznie do wyobrażenia jest sytuacja, w której pozwany już po złożeniu odpowiedzi na pozew najpierw wzywa dłużnika do zapłaty kary umownej, bądź też w samej odpowiedzi składa zarzut potrącenia wywierający jedynie skutki wezwania do zapłaty, a później składa w terminie zarzut potrącenia^[82]. Zarzut potrącenia może zostać podniesiony nie później niż przy wdaniu się w spór co do istoty sprawy albo w terminie dwóch tygodni od dnia, gdy jego wierzytelność stała się wymagalna, a nadto niezbędne jest zachowanie formy pisemnej. Tym samym ustne oświadczenia pozwanego składane na rozprawie podtrzymujące złożony w odpowiedzi na pozew zarzut potrącenia nie wystarczą już do uznania, że zarzut ten został skutecznie podniesiony.

⁷⁸ Tak ostatnio wyrok SA w Szczecinie z 24.02.2022 r., I ACa 685/21.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 4.07.2019 r., Dz.U. z 2019, poz. 1469.

⁸¹ Zob. wyroki SA w Poznaniu z 22.06.2022 r., I ACa 778/21 i 25.01.2023 r., I ACa 918/21.

⁸² W komentarzach do art. 203¹ k.p.c. dostrzega się taką możliwość i wskazuje na niebezpieczeństwo manipulowania terminem wymagalności przez zwleknięcie z wezwaniem do zapłaty, zob. Małgorzata Manowska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. Małgorzata Manowska (Warszawa: Wolters Kluwer, 2022), uwaga 8 do art. 203¹.

7 | Wnioski

Przez wieki zagadnienie podjęte w niniejszym artykule właściwie nie stanowiło problemu. Kara umowa stawała się wymagalna w tej samej chwili, co zobowiązanie kontraktowe, które zabezpieczała. Trudności interpretacyjne pojawiały się jedynie w odniesieniu do tych zobowiązań kontraktowych, które były bezterminowe. Nie dostrzegano jednak potrzeby ustalania swobodnego terminu do zapłaty kary umownej ani też konieczności odrębnego wzywania dłużnika do zapłaty tej kary umownej.

W ostatnim czasie zrewidowano rozumienie pojęcia wymagalności roszczenia, podkreślono, że zobowiązanie do zapłaty kary umownej, której terminu zapłaty w umowie nie ustalono, ma charakter bezterminowy i odrzucono tezę, że roszczenie to staje się wymagalne już z chwilą powstania obowiązku zapłaty kary umownej. Tym samym w miejsce poprzednich rozwiązań przyjęto swoiste zasady wyznaczania wymagalności roszczenia o zapłatę kary umownej, sprowadzające się, w przypadku gdy terminu zapłaty kary nie oznaczono, do konieczności wezwania do jej zapłaty. Przyniosło to rezultat w postaci zanegowania, lub co najmniej podania w wątpliwość, skuteczności oświadczenia o potrąceniu wierzycelności o zapłatę kary umownej z wierzycelnością wzajemną dłużnika obowiązanego do zapłaty takiej kary. Szybko jednak część judykatury i doktryny zaczęła dostrzegać wady tego rozwiązania i proponować argumentację, którą można poczytać jako próbę jego obejścia.

Bardziej niż pogląd aktualnie przeważający przekonuje mnie argumentacja próbująca nadać oświadczeniu o potrąceniu walor dokonywanego *implicite* wezwania do zapłaty kary umownej lub wywodząca późniejsze oświadczenie o potrąceniu, choćby dorozumiane, z czynności podejmowanych przez wierzyciela w trakcie procesu. W mojej ocenie doświadczenie historyczne podpowiada lepsze rozwiązanie, jakim byłby powrót do zasady, że roszczenie o zapłatę kary umownej staje się wymagalne wraz z wymagalnością zobowiązania, które ta kara zabezpiecza. Tym samym należałoby odrzucić założenie, że zobowiązanie do zapłaty kary umownej ma charakter bezterminowy na rzecz tezy, że jeżeli w umowie nie ustalono inaczej, termin jej wymagalności przypada w tej samej chwili, co termin wymagalności roszczenia wynikającego ze zobowiązania zabezpieczonego karą umowną. Przy tym ujęciu należałoby dodatkowo poczynić zastrzeżenie, że już we wzmiankowanej chwili zobowiązanie do zapłaty kary umownej w ogóle powstaje, tak jak ma to miejsce w przypadku niewykonania zobowiązania lub nienależytego wykonania z innych przyczyn niż

niedotrzymanie ustalonego terminu świadczenia. W przypadku natomiast kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w wykonaniu zobowiązania głównego, oznaczałoby to, że kara umowna narasta i roszczenie o jej zapłatę staje się w tym zwiększonym wymiarze wymagalne w każdym kolejnym dniu zwłoki.

Dawniejsza wykładnia jest prostsza i w wymiarze teoretycznym i praktycznym, a przede wszystkim nie zaskakuje wierzyciela, który nie wziął pod uwagę potrzeby uprzedniego wezwania do zapłaty kary umownej, zanim złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności o jej zapłatę.

Bibliografia

- Bernhard Johann Baptist, *Vom der Conventionalstrafe*. Würzburg: C.W. Beckerschen Universitäts-Buchdruckerei 1843.
- Dąbrowa Janina, „Wykonanie zobowiązań”, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Zbigniew Radwański. 715-758. Warszawa: Zakład Narodowy im. Ossolińskich. Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1981.
- Dernburg Heinrich, *Pandekten, t. II, Obligationenrecht*. Berlin: H.W. Müller, 1892.
- Domański Ludwik, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna*. Warszawa: Marjan Ginter-Księgarnia Wydawnictw Prawniczych, 1936.
- Jastrzębski Jacek, Agnieszka Koniewicz, „Wymagalność roszczeń” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 5 (2006): 33-41.
- Klafkowski Zenon, „Wymagalność roszczeń (I)” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* (1970): 345-349.
- Knütel Rolf, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*. Köln-Wien: Böhlau, 1976.
- Kodeks cywilny, Komentarz*, red. Konrad Osajda. Warszawa: C.H. Beck, 2022.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Edward Gniewek. Warszawa: C.H. Beck, 2021.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Konrad Osajda, Warszawa: C.H. Beck, 2022.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Konrad Osajda. Warszawa: C.H. Beck, 2023.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Krzysztof Pietrzykowski, Warszawa: C.H. Beck, 2021.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Maciej Gutowski. Warszawa: C.H. Beck, 2022.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki. Warszawa: C.H. Beck, 2020.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. Małgorzata Manowska. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022.

- Kodreński Jan, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawnicze w Rzymie wczesnego cesarstwa*. Łódź: Uniwersytet Łódzki, 1974.
- Kordasiewicz Bogudar, „Problematyka dawności”, [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. II, red. Zbigniew Radwański. 563–698. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Korzonek Jan, Ignacy Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*. Kraków: Księgarnia Powszechna, 1936.
- Lemkowski Marcin, „Wymagalność roszczenia o odsetki za opóźnienie – glosa III CKN 548/00” *Monitor Prawniczy*, 22 (2003): 1045-1049.
- Longchamps de Bérier Roman, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań. Z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu*, z. 6, art. 239-293. Warszawa: Wydawnictwo Urzędowe Komisji Kodyfikacyjnej, 1936.
- Longchamps de Bérier Roman, *Zobowiązania*, Lwów: Księgarnia Wydawnicza Gubrynowicz i syn, 1938.
- Matthiae Carl, *Controversen Lexikon römischen Civilrechts*. Leipzig: Wigand, 1856.
- Namitkiewicz Jan, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. I. Łódź: Wydawnictwo „Kolumna”, 1949.
- Planiol Marcel, *O zobowiązaniach. Dowody, nauka ogólna o zobowiązaniach, umowy*, tłum. Jan Namitkiewicz. Warszawa: Wydawnictwo F. Hoesicka, 1928.
- Pothier Robert Joseph, *Traité des Obligations*, t. I. Paris 1761.
- Puchta Georg Friedrich, *Pandekten*. Leipzig: Barth, 1848.
- Pyziak-Szafnicka Małgorzata, *Potrącenie w prawie cywilnym*. Kraków: Wolters Kluwer, 2002.
- Scognamiglio Margherita, *Ricerche sulla stipulatio poenae*. Torino: Giappichelli, 2018.
- Sicari Amalia, *Pena convenzionale e responsabilità*. Bari: Editore Cacucci, 2001.
- Stecki Leopold, *Opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych*. Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1970.
- Tuschi Dominicus, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum*, t. VI, Romae 1606.
- Windscheid Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt a.M.: Literarische Anstalt Rütten & Loening, 1882.
- Zimmermann Reinhard, „Stipulatio poenae” *South Africa Law Journal*, 104 (1987): 399-415.
- Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC*, t. I, red. Piotr Machnikowski, Warszawa: C.H. Beck, 2022.



PAWEŁ BOIKE

Intencjonalizm a tradycyjna koncepcja wykładni Eugeniusza Waśkowskiego. Analiza porównawcza

Intentionalism and Eugeniusz Waśkowski's Concept of Interpretation of Law: Comparative Analysis

Abstract

The paper deals with the theory of legal interpretation. The main problem of this field of jurisprudence is the perception of the purpose of the interpretation process (ontological dimension) and the desired methodology for determining the meaning of a legal text (application dimension). The author's aim is to establish the parallel elements of contemporary intentionalism (represented by Stanley Fish, Lawrence Alexander, Jeffrey Goldsworthy, Richard Ekins and Zygmunt Tobor) and the traditional concept of interpretation by Eugeniusz Waśkowski. It turns out that both currents equate the determination of the meaning of the text with the determination of the legislator's intention. Thus, they fit into the communicative perception of the law.

SŁOWA KLUCZOWE: intencjonalizm, Eugeniusz Waśkowski, interpretacja prawa

KEY WORDS: intentionalism, Eugeniusz Waśkowski, legal interpretation

PAWEŁ BOIKE, magister prawa, Uniwersytet Mikołaja Kopernika,
ORCID – 0000-0003-0789-0897, e-mail: pawboike1998@gmail.com

The fairest and most national method to intrerpret the will of the legislator, is by exploring his intetnions at the time when the law was made, by signs the most natural and probable^[1].

Sir Wiliam Blackstone

[...] pozostanie zawsze fakt niewzruszony, że słowa normy są tylko środkiem wyrażenia myśli ustawodawczej, a stąd wynika, że mają one znaczenie tylko o tyle, o ile ten cel osiągają, a zatem zadanie wykładni norm polega na wykryciu rzeczywistej myśli ich autora^[2].

Eugeniusz Wańkowski

1 | Wstęp

Czy przepisy prawa należy rozumieć w sposób w jaki były rozumiane przez ich autorów i osoby zaangażowane w proces prawodawczy? Czy podczas ich wykładni należy dążyć do realizacji celów jakie chcieli oni osiągnąć poprzez ich uchwalenie? A może akt prawny w momencie promulgacji zupełnie „odrywa się” od prawodawcy, stając się gliną, z której sędziowie czynią praktyczne zastosowanie? Kwestie cechują się wysokim stopniem doniosłości zarówno teoretycznej, jak i praktycznej. Teoretycznej – gdyż dotyczą pytania o to, czy prawo jest tożsame z tekstem prawnym, zagadnień podziału władz, bezpieczeństwa prawnego, aktywizmu sędziowskiego czy tzw. inżynierii społecznej poprzez sądowe stosowanie prawa. Praktycznej – ponieważ stosunek sędziów do tych kwestii w wielu obszarach wyznacza ramy funkcjonowania społeczeństw, a to ze względu na fakt, że prawo objawia się w funkcjonowaniu społeczeństw w znacznym stopniu w kształcie będącym rezultatem jego sądowej wykładni. Oczywiście dobitnymi przykładami doniosłości praktycznej są tutaj amerykańskie spory o konstytucyjność regulacji ustawowych, które budzą moralne i obyczajowe kontrowersje (kształt wolności religijnej, prawo aborcyjne czy definicja

¹ *Commentaries on Laws of England*, ks. 1, wyd. 3 (Oxford: Clarendon Press, 1768), 59.

² *Teoria wykładni prawa cywilnego. Metodologia dogmatyki cywilistycznej w zarysie* (Warszawa: Drukarnia Rolnicza, 1936), 16-17.

małżeństwa). Nie można jednak zapominać, że wskazane dylematy wiążą się również z interpretowaniem aktów niższej rangi^[3].

Celem niniejszego opracowania jest rozpoznanie elementów paralelnych pomiędzy koncepcją wykładni opracowaną przez Eugeniusza Waśkowskiego a intencjonalizmem rozumianym jako współczesny nurt postrzegania interpretacji prawniczej rozwijany głównie (choć nie tylko) w kręgu anglosaskim^[4]. Podjęcie niniejszego problemu badawczego wpisuje się w manifestujące się w ostatnich latach zainteresowanie intencjonalizmem w polskiej filozofii prawa^[5]. Wynika ono z dostrzeżenia uniwersalności (pomimo zrozumienia różnic pomiędzy kulturami prawnymi)^[6] oraz doniosłości kwestii wskazanymi na początku niniejszej pracy. Skutkuje natomiast powstawaniem nowych ujęć problematyki interpretacji

³ Bogusław Brzeziński, który jako pierwszy zreferował polskojęzycznemu czytelnikowi koncepcję intencjonalizmu oparł się właśnie na opracowaniach poświęconych „statutory interpretation” (a nie „constitutional interpretation”), przede wszystkim wykładni amerykańskiego prawa podatkowego: „Intencjonalizm jako koncepcja wykładni prawa i jego krytyka w Stanach Zjednoczonych Ameryki”, [w:] *W kręgu prawa podatkowego i finansów publicznych Księga dedykowana profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu*, red. Henryk Dzwonkowski (Lublin: Wydawnictwo UMCS, 2005), 22 i n.

⁴ Intencjonalizm nie jest tożsamy z oryginalizmem konstytucyjnym. Ten drugi w niektórych ujęciach wpisuje się w założenia intencjonalizmu, a w innych (np. Antoni Scalia) absolutnie nie. Kwestia ta została wyjaśniona: Paweł Boike, „O różnym pojmowaniu intencji prawodawcy w dyskursie anglosaskim. Analiza poglądów Stanley’a Fisha, Larry’ego Alexandra, Jeffrey’a Goldsworthy, Richarda Ekinsa oraz Victorii Nourse” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 4 (2023): 16-17.

⁵ Przede wszystkim: Zygmunt Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2013) oraz Agnieszka Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017). Agnieszka Bielska-Brodziak w przeciwieństwie Zygmunta Tobora nie wyraża jednak aprobaty dla założeń intencjonalizmu, pozostając jak się zdaje bliska poglądom Victorii Nourse – sama aprobata dla posługiwania się materiałami legislacyjnymi w drodze wykładni nie może być uznana za cechę specyficzną intencjonalizmu, co zostało wyjaśnione: Boike, „O różnym pojmowaniu intencji prawodawcy w dyskursie anglosaskim”, 24-25. Własne rozumienie intencji prawodawczy, antagonistyczne względem intencjonalizmu, dokładnie – Richarda Ekinsa, przedstawił również: Marcin Matczak, *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego* (Warszawa: Scholar, 2019), 73-94.

⁶ „the differences between Anglo-American and continental legal cultures are not dramatically significant” Tomasz Gizbert-Studnicki, Francesca Poggi, „The Communication Theory as a Phantom”, [w:] *Interpretivism and the Limits of Law*, ed. Tomasz Gizbert-Studnicki, Francesca Poggi, Izabela Skoczeń (Cheltenham: Edward Elgar, 2022), 63.

na gruncie krajowym – autor ma tu na myśli przede wszystkim koncepcję interpretacji jako poszukiwania intencji prawodawcy Zygmunta Tobora. Z pewnością zainteresowania tego nie można uważać za przejaw płytkiego zafascynowania wszystkim, co amerykańskie^[7]. W ramach rzeczonyj tendencji nie postawiono jednak pytania o podobieństwa i różnice pomiędzy intencjonalizmem a koncepcją Eugeniusza Waśkowskiego. Podjęcie wskazanej kwestii badawczej wydaje się ważne biorąc pod uwagę, że druga ze wskazanych koncepcji najbardziej spośród polskich koncepcji wykładni pozostaje ukierunkowana na “myśl ustawodawcy”.

Przed przejściem do merytorycznej części opracowania wypada wyjaśnić, że przez koncepcję wykładni (interpretacji) prawa autor rozumie względnie uzasadniony i uporządkowany sposób rozumienia procesu wykładni (interpretacji) prawa, który może (choć nie musi) posiadać aspekt aplikacyjny, tj. względnie usystematyzowany zbiór zasad i reguł przejawiający potencjał do zastosowania w praktyce^[8].

⁷ Mniej więcej taki zarzut czyni pod adresem Zygmunta Tobora Maciej Zieliński w ostatnim wydaniu swojego podręcznika do wykładni: „podejście Z. Tobora jest pomysłem polegającym nawet nie na powrocie do polskiej kultury interpretacyjnej z lat 30. Ubiegłego wieku (E. Waśkowski, S. Rozmaryn), od którego odeszliśmy za J. Wróblewskim od 1959 r., lecz na pomysłe przeszczepienia do polskiej kultury w dziedzinie wykładni różnorodnych wersji amerykańskich intencjonalistów”. *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, wyd. 7 (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), s. 87. Należy jednak zauważyć, że niektórzy spośród owych „amerykańskich intencjonalistów” są Australijczykami (Jeffrey Goldsworthy) czy Nowozelandczykami (Richard Ekins) i wcale nie pracują na amerykańskich uniwersytetach. Korzeni intencjonalizmu upatruje się zaś u Sir Blackstone’a. Reasumując jest to koncepcja znamienna generalnie dla całej kultury *common-law*, którą obejmuje jeden dyskurs w przedmiocie interpretacji. Co więcej do owego dyskursu włączają się także badacze wywodzący się spoza krajów *common-law*, co potwierdza tezę o uniwersalności problematyki. Pluralizm geograficzny manifestuje się szczególnie wśród autorów komentarzy do monografii Richarda Ekinsa składających się na nr 1/2019 czasopisma *American Journal of Jurisprudence*.

⁸ Zob. definicja terminu „koncepcja” w: *Wielki Słownik Języka Polskiego*. <https://wsjp.pl/haslo/podglad/34253/koncepcja>. [dostęp: 27.10.2023]. Zob. też: Zieliński, *Wykładnia prawa*, 62-63.

2 | Koncepcja wykładni Eugeniusza Waśkowskiego

2.1. Miejsce w polskiej filozofii interpretacji prawniczej

Polska nauka prawa może poszczycić się wieloma koncepcjami wykładni prawa. Maciej Zieliński rygorystycznie podchodząc do pojęcia „koncepcji wykładni” wymienia następujące:

1. tradycyjną Eugeniusza Waśkowskiego,
2. konstrukcyjną Sawy Frydmana,
3. klaryfikacyjną – semantyczną intensjonalną Jerzego Wróblewskiego),
4. derywacyjną Macieja Zielińskiego i jego uczniów,
5. semantyczną ekstensjonalną Jana Woleńskiego,
6. prawniczą interpretację humanistyczną Leszka Nowaka,
7. komputacyjną Franciszka Studnickiego,
8. poziomową Ryszarda Sarkowicza,
9. derywacyjno-walidacyjną Leszka Leszczyńskiego^[9].

Do przedstawionego katalogu uzasadnionym wydaje się dodanie dwóch kolejnych: interpretacji jako poszukiwania intencji (koncepcji dialogicznej) Zygmunta Tobora^[10] oraz interpretacji jako postulowania i urzeczywistniania świata możliwego Marcina Matczaka^[11].

Koncepcja Eugeniusza Waśkowskiego^[12] jest dziś w zasadzie zapomniana^[13]. Zdziwienie może budzić fakt, że nikt z powojennych ani współczesnych przedstawicieli teorii i filozofii prawa jej twórczo nie rozwija ani

⁹ Zieliński, *Wykładnia prawa*, 67-84.

¹⁰ Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*. Na końcu wskazanej monografii znajduje się względnie uporządkowany opis czynności podejmowanych w celu ustalenia intencji prawodawcy. W związku z tym opinia Macieja Zielińskiego (*Wykładnia prawa*, 86) mówiąca, że „w podejściu Z. Tobora trudno odnaleźć jakąś koncepcję wykładni”, wydaje się nieuzasadniona.

¹¹ Matczak, *Imperium tekstu*.

¹² Swoją koncepcję w najdojrzałszej postaci wyłożył w dziele *Teorja wykładni prawa cywilnego. Metodologja dogmatyki cywilistycznej w zarysie* (Warszawa: Drukarnia Rolnicza, 1936). Wcześniej opublikował kilka prac poświęconych wykładni w języku rosyjskim. Informacje biograficzne o Waśkowskim: Adam Redzik, „Eugeniusz Waśkowski (1866-1942). W siedemdziesięciolecie śmierci wybitnego uczonego i adwokata” *Palestra* 9-10 (2012): 255 i n.

¹³ Por. Redzik, „Eugeniusz Waśkowski (1866-1942)”, 256, 267 oraz Artur Kotowski, „Tradycyjna teoria wykładni prawa Eugeniusza Waśkowskiego i jej znaczenie

nie modyfikuje. Wprawdzie we współczesnym orzecznictwie oraz literaturze dogmatyczno-prawnej można odnaleźć pojedyncze przypadki odniesień do koncepcji wykładni Waškowskiego^[14], niemniej mają one charakter poboczny – tzn. „prawdła” wykładni opisane przez wileńskiego uczonego nie stanowią czynnika decydującego, dla których rozwiązano problem interpretacyjny w określony sposób.

Porównując koncepcję Eugeniusza Waškowskiego z koncepcjami powojennymi należy przede wszystkim podkreślić fakt, że ta pierwsza osadzona w tradycji hermeneutycznej^[15], a nie tak jak większość powojennych – w filozofii analitycznej. Okoliczność ta wiąże się z nieco mniejszym stopniem sformalizowania koncepcji Waškowskiego. Należy podkreślić, że wileński uczonego porusza się na gruncie dawnej hermeneutyki, która koncentrując się na autorze dzieła i kontekście jego powstania^[16].

Siłą rzeczy Waškowskiemu obce są jej powojenne osiągnięcia polskiej nauki prawa jak powszechnie przyjmowane dzisiaj rozróżnienie normy prawnej od przepisu prawnego czy też lingwistyczne jej rozumienie (Waškowski używa terminu „norma” tam, gdzie dzisiaj użyto by słowa „przepis”). Jednak chyba najbardziej doniosła różnica wiąże się z tym, że Waškowski utożsamia prawo z wolą prawodawcy, a w powojennych koncepcjach wykładni co do zasady „nie poszukuje się takiego sposobu

dla rozwoju polskiej egzegezy prawniczej” *Przegląd Prawa Publicznego*, 9 (2015): 10. Co ciekawe do dorobku Waškowskiego nie odnosi się w swoich pracach Zygmunt Tobor. Przywołuje go natomiast Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego*, 60. Odrębną sprawą jest zainteresowanie historyków prawa dorobkiem Waškowskiego z zakresu dogmatyki prawa i postępowania cywilnego. Ostatnio: Mikołaj Tarkowski, „Eugeniusz Waškowski i jego wybrane poglądy na temat kwestii kodyfikacji prawa w Europie oraz Polsce w XIX i XX wieku (do 1939 roku)” *Prawo i Więź* 4 (2022): 598 i n.

¹⁴ Zob. wyr. SN z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt. ZSK 43/22. Przedmiotem sprawy była odpowiedzialność dyscyplinarna sędziego za przekroczenie uprawnień w związku przyjętym przez niego rozumieniem art. 618b § 3 k.p.k. Jerzy Akińcza, „Zawezwanie do próby ugodowej. Brak skutku przedawnienia” *Studia Iuridica*, nr 70 (2017): 39 i n. Problematyka artykułu dotyczy interpretacji art. 184 k.p.c.

¹⁵ Por. Kotowski, „Tradycyjna teoria wykładni prawa Eugeniusza Waškowskiego i jej znaczenie dla rozwoju polskiej egzegezy prawniczej”, 15.

¹⁶ Nowsze nurty hermeneutyki, reprezentowane m.in. przez A. Kaufmana, dowartościowują bowiem pozycję interpretatora i jego kontekst. Zob. m.in. rozważania o aktualizacji: Jerzy Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej* (Kraków: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1995), 78-80. Ogólnie o hermeneutyce prawniczej: Marek Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, wyd. 3 (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 81-94.

obiektywizacji, który polegałby na wykazaniu, że określone przekonania oraz wartości były rzeczywiście uznawane przez osoby będące faktycznymi twórcami aktu normatywnego”^[17]. We współczesnych polskich koncepcjach celu wykładni nie wiąże się z właściwym zrozumieniem woli prawodawcy, lecz z ustalaniem znaczeniu tekstu^[18]. Oczywiście wyjątkiem będzie tutaj stosunkowo młoda koncepcja Zygmunta Tobora.

2.2. Założenia ogólne

Jak już wskazano powyżej Eugeniusz Waśkowski obraca się w tradycji hermeneutycznej, która odbiorcę danego tekstu kultury ukierunkowuje na osobę autora. Dla Eugeniusza Waśkowskiego „norma jest ujęta w słowa myślą”^[19]. W tej perspektywie słowa są jedynie narzędziem, za pośrednictwem którego dokonuje się komunikacja pomiędzy prawodawcą a podmiotem prawa, a nie jego istotą. Celem wykładni (interpretacji) jest zrozumienie danego „wytworu ducha ludzkiego”, czyli sytuacja, gdy

znaki konwencjonalne [...] (słowa, pisma, obrazy) wywołują w duszy odbierającego je te same wyobrażenia, pojęcia i uczucia, jakie kojarzyły się z temi znakami w duszy osoby, która je użyła^[20].

Sens normy prawnej tworzą właśnie „wyobrażenia i pojęcia”, które wiązały z nimi osoby biorące udział w procesie prawotwórczym^[21]. Można byłoby powiedzieć, że cele, które chciał urzeczywistnić za pomocą danej normy prawodawca powinny być realizowane przez osoby ją stosujące. Nie można apriorycznie wykluczyć, że prawodawca nadał danym wyrażeniom inne znaczenie niż to, które jest powszechnie przyjęte przez użytkowników danego języka^[22]. Mogą się zdarzyć stany faktyczne, których

¹⁷ Maciej Zieliński, Olgierd Bogucki, Agnieszka Choduń, Stanisław Czepita, Beata Kanarek, Andrzej Munczewski, „Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 4 (2009): 33. Należy odnotować fakt, że cytowana praca powstała kilka lat przed tym jak swoją koncepcję wykładni przedstawił Zygmunt Tobor.

¹⁸ Zob. np. definicję wykładni u Lecha Morawskiego, *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2 (Toruń: TNOiK Dom Organizatora, 2010), 15.

¹⁹ Waśkowski, *Teoria wykładni prawa cywilnego*, 7-8.

²⁰ Ibidem, 12.

²¹ Ibidem, 13.

²² Ibidem, 16.

prawodawca nie przewidział (luki prawne), wówczas rolą sędziego nie jest rozstrzygnięcie tak jakby był legislatorem, lecz jest rozwijanie istniejących norm zgodnie z regułami logicznego rozumowania.

Waśkowski stanowczo sprzeciwia się nowym w jego czasach prądom (młoda szkoła francuska, szkoła wolnego prawa, metoda teleologiczna, metoda socjologiczna, jurysprudencja interesów), które owe założenia podważają, tj. uniezależniają sens norm prawnych od wyobrażeń prawodawcy, a także postulują zastąpienie reguł logicznego rozumowania i pradawnych paremii dalece niedookreślonymi pojęciami typu „poczucie prawne”, „świadomość prawna” „zasady sprawiedliwości i słuszności”^[23]. Z tym faktem wiąże się nazywanie koncepcji wileńskiego uczonego (czyni to i on sam) mianem „tradycyjnej”.

2.3. Wymiar aplikacyjny

Koncepcja wykładni Eugeniusza Waśkowskiego zawiera względnie usystematyzowany zbiór „prawideł” (czyli mówiąc współczesnym językiem „dyrektyw”^[24]), których powinien przestrzegać interpretator^[25]. Proces wykładni przebiega zawsze w ramach dwóch etapów^[26]: 1) wykładni słownej oraz 2) realnej. Ponadto Waśkowski wskazuje zasady inferencyjne, które powinny znaleźć zastosowanie w przypadku stwierdzenia luki prawnej (logiczne rozwijanie norm).

W ramach wykładni słownej w przypadku braku definicji legalnej i miejsc paralelnych (innych użycie słowa w danej ustawie) Waśkowski zaleca dokonanie rozbioru etymologicznego wyrazu. Interpretator winien „mieć na względzie używanie słów, przyjęte w literaturze i praktyce prawniczej w czasie wydania wykładanej ustawy”^[27], a także biorąc pod uwagę znaczenie jakie słowu przypisuje się na obszarze bądź w środowisku, którego

²³ Ibidem, 262.

²⁴ Na temat różnego rozumienia dyrektyw (kanonów interpretacyjnych) zob: Paulina Konca, *Prawo interpretacyjne* (Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2022), 129-140.

²⁵ Streszcza je również: Kazimierz Pietrzykowski, „Teoria wykładni prawa cywilnego według Eugeniusza Waśkowskiego” *Studia Iuridica*, 70 (2017): 179 i n.

²⁶ Waśkowski, *Teoria wykładni prawa cywilnego*, 44.

²⁷ Ibidem, 31.

norma dotyczy^[28]. Przy analizie składni interpretator powinien uwzględnić charakterystykę stylu autora tekstu prawnego^[29].

Wykładnia realna jest kombinacją tego, co dzisiaj nazywa się wykładnią systemową oraz funkcjonalną: „w braku wykładni legalnej [tj. późniejszych norm precyzujących wcześniejsze – przyp. aut.] należy ustalić sens normy, uwzględniając jej stosunek logiczny do innych norm, położenie w systemie prawa i wiarogodną rację”^[30]. Korzystanie z racji jest możliwe tylko wówczas, „gdy dotyczące jej dane są zupełnie wiarogodne”^[31]. Waśkowski wyróżnia następujące rodzaje racji:

1. prawną, czyli zasadę prawną, której dane normy jest logiczną konsekwencją,
2. teleologiczną, czyli cel, dla który ustawodawca za pomocą tej normy chce osiągnąć,
3. psychologiczną, czyli motywy, które kierowały ustawodawcą,
4. historyczną, czyli poprzednią normę, którą zmienia lub modyfikuje norma wykładana^[32].

Interpretator winien kierować się tą racją, która stanowi lepszy środek do „wykrycia rzeczywistej myśli ustawodawcy”^[33]. W przypadku kolizji pomiędzy wynikami zastosowania kilku racji, pierwszeństwo ma wynik racji prawnej, gdy chodzi o normy prawa powszechnego, a teleologicznej, psychologicznej i historycznej w przypadku prawa szczególnego (z tym, że jeśli chodzi o normę prawa inkorporowanego, która stanowi odchylenie od norm prawa powszechnego będzie to zawsze racja historyczna)^[34]. Wileński uczony w następujący sposób rozumie powyższe pojęcia: prawem powszechnym jest norma, która pozostaje w bezpośrednim związku z zasadą prawną, np. nieważność umowy zawartej pod przymusem stanowi bezpośrednio logiczne następstwo zasady konsensusu; prawem szczególnym jest norma stanowiąca wyjątek od zasady prawa, np. wyjątkiem w stosunku do zasady wolności umów jest ograniczenie jej w stosunku do osób nieletnich; prawem inkorporowanym jest norma, dodana do obowiązującej

²⁸ Ibidem, 32.

²⁹ Ibidem, 22-27, 34.

³⁰ Ibidem, 102.

³¹ Ibidem, 89.

³² Ibidem, 101-104.

³³ Ibidem, 104.

³⁴ Ibidem, 104.

już uprzednio regulacji, a nie promulgowana w ramach wprowadzania całej nowej kodyfikacji^[35].

W razie niemożliwości ustalenia sensu normy za pomocą wyżej wskazanych danych należy zwrócić się do wyjaśnień autorytatywnych, zawartych w źródłach zewnętrznych wiarogodnych i dostępnych na równi z ustawą, i zastosować się do nich, o ile pochodzą od samego ustawodawcy lub o ile można z pewnością uznać, że ustawodawca (wzgl. czynniki ustawodawcze) je podzielał. W braku wyjaśnienia autorytatywnego należy tłumaczyć normą odpowiednio do jej wiarogodnej racji, ujawniającej się z takichże źródeł zewnętrznych^[36].

Waśkowski przez źródła zewnętrzne rozumie:

uzasadnienia i motywy do ustaw, protokoły posiedzeń komisji redakcyjnych i instytucji ustawodawczych, prace, pamiętniki i korespondencja twórców ustawy, dzieła historyczne, prawnicze itd.^[37]

Korzystanie z nich wileński jurysta obwarowuje jednak dwoma przesłankami, które winny być spełnione łącznie: 1) sens normy pozostał niejasny pomimo analizy źródeł wewnętrznych, czyli tych zawierających w ramach obowiązującego prawa, 2) źródła te są równie „dostępne i wiarogodne jak ustawy^[38]”. Gdy jedna z przesłanek jest niespełniona można jednak korzystać ze źródeł zewnętrznych celem weryfikacji ustaleń dokonanych w oparciu o źródła wewnętrzne^[39].

Rezultat wykładni realnej zachowuje dla Eugeniusza Waśkowskiego pierwszeństwo przed wynikiem wykładni słownej niezależnie od tego, czy odkryty w ten sposób sens normy jest węższy, szerszy niż sens słowny, czy nawet zupełnie od niego inny^[40]. W razie zaistnienia sprzeczności ustalonego znaczenia normy z inną normą bądź w sytuacji, gdy wykładnia realna nie doprowadziła do wyeliminowania niejasności w jej rozumieniu, Waśkowski sugeruje stosowanie różnych, w wielu przypadkach dobrze wszystkim prawnikom znanych domniemań cechujących się przeważnie

³⁵ Ibidem, 97-100.

³⁶ Ibidem, 104-105.

³⁷ Ibidem, 51.

³⁸ Ibidem, 75.

³⁹ Ibidem, 75.

⁴⁰ Ibidem, 106-108.

rzymskim rodowodem^[41]. Wymienianie ich wszystkich nie wydaje się celowe z punktu widzenia celów niniejszego studium. Warto natomiast przytoczyć jedno z nich: domniemywa się, że gdyby osoby głoszące za przyjęciem danego przepisu (bądź piastun organu w przypadku norm stanowionych inaczej niż poprzez uchwalanie) nie zgadzały się z tym, jak daną normę rozumiała osoba, która ją zredagowała, to zmieniłby jej redakcję^[42].

3 | Intencjonalizm

3.1. Charakterystyka ogólna

Istotą intencjonalizmu jest interpretowanie prawa przez pryzmat intencji prawodawcy^[43]. Zrozumienie powyższego staje się łatwiejsze w obliczu przedstawienia tego, czym intencjonalizm nie jest, a więc koncepcji alternatywnych. Po pierwsze, w przeciwieństwie do zapatrywań tekstualistów, intencjonalisci nie sprowadzają celu wykładni do ustalenia „obiektywnego” znaczenia tekstu prawnego na poziomie językowym (choć przyjmują oni co do zasady domniemanie, iż prawodawca przestrzega reguł językowych). Po drugie, w przeciwieństwie do purpozywistów, poszukują intencji prawodawcy, a nie bliżej nieokreślonych „obiektywnych” celów prawa^[44] (choć intencjonalizm obiektywny przyjmuje założenie, że prawodawca działa racjonalnie). Jak przekonują intencjonalisci prawo podobnie jak inne ludzkie wytwory nie ma celów samych w sobie:

Od niechcienia mówimy takie rzeczy, jak „celem młotka jest wbijanie gwoździ”, ale młotek nie ma własnego celu niezależnie od celów ludzi. [...]. Celem każdego wytworu ludzkiego jest cel, dla którego został on stworzony, nabyty lub jest używany – musi to być cel tych, którzy go stworzyli, nabyli lub

⁴¹ Ibidem, 108-129.

⁴² Ibidem, 118.

⁴³ Mark Greenberg, „Legal Interpretation”, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. Edward Zalta (Fall 2021 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/legalinterpretation/>. [dostęp: 27.10.2023]; Wiliam Baude, Stephen Sachs, „The Law of Interpretation” *Harvard Law Review*, 4 (2017): 1115-1116.

⁴⁴ Zob. m.in.: Aharon Barak, *Purposive interpretation in Law* (Princeton: Princeton University Press, 2005), 351-352.

wykorzystują. W przypadku ustaw zasady demokracji i trójpodziału władzy oraz prawna zasada nadrzędności legislacyjnej sprzyjają celom twórcy – władzy ustawodawczej^[45].

W przypadku purpozywizmu istnieje ryzyko, że „obiektywne cele prawa” będą zakamuflowaną nazwą celów, tych którzy prawo w sposób władczy stosują, a więc sędziów. Z powyższym wiąże się zagadnienie wykładni dynamicznej. Stosunek do niej będzie zdecydowanie pozytywny u adherentów purpozywizmu, a co do zasady sceptyczny u przedstawicieli intencjonalizmu. Co do zasady, ponieważ niekiedy wskazuje się na możliwość stosowania normy do nowych nieznanymi prawodawcy przypadków na podstawie domniemania, że gdyby osoby wchodzące w skład gremium prawodawczego miały współczesną wiedzę, to sformułowałyby przepis inaczej^[46].

3.2. Wersje intencjonalizmu

Zasadniczo wyróżnia się dwie wersje intencjonalizmu – „twardą” (intencjonalizm subiektywny) i „miękką” (intencjonalizm subiektywny)^[47]. Podział ten wiąże się z tym, że zdaniem niektórych intencja zawsze jest wiążąca, dla innych natomiast tylko wtedy, gdy odbiorca jest w stanie bez nadmiernej trudności ją odczytać. Przykładem intencjonalistów subiektywnych

⁴⁵ Jeffrey Goldsworthy, „The Meaning and Interpretation of Statutes in Anglo-American Legal Systems”, [w:] *Interpretivism and the Limits of Law*, ed. Tomasz Gizbert-Studnicki, Francesca Poggi, Izabela Skoczeń (Cheltenham Glos -Northampton, Edward Elgar, 2022), 53.

⁴⁶ W ten sposób na gruncie intencjonalistycznie zorientowanego oryginalizmu konstytucyjnego (*originalism of intent*) broni się m.in. wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w spr. Board vs. Topeka czy Loving vs. Virginia. Zob. Donald Drakeman, *The Hollow Core of Constitutional Theory. Why We Need the Framers* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 78-96.

⁴⁷ Jeffrey Goldsworthy, „Moderate versus Strong Intentionalism. Knapp and Michaels Revisited” *San Diego Law Review*, nr 42 (2005): 677; Goldsworthy, „Subjective versus Objective Intentionalism in Legal Interpretation”, [w:] *Moral Puzzles and Legal Perplexities. Essays in the Influence of Larry Alexander*, red. Heidi Hurd (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 175. Tobor pisze o intencjonalizmie „mocnym” i „umiarkowanym”. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, 101.

są Stanley Fish^[48] oraz Lawrence Alexander^[49]. Dla pierwszego z nich intencja jest zachowaniem w pewnej konwencji (tzw. zachowaniem uze-wnętrznionym i wpisującym się w powszechne reguły komunikacji), dla drugiego po prostu przeżyciem psychicznym. Dla obydwu wskazanych autorów pomimo różnicy w percepcji intencji, sens normy prawnej jest przez nią całkowicie zdeterminowany, tj. także wówczas, gdy odbiorca musi pokonać bardzo duże trudności, by do niej dotrzeć.

Inaczej rzecz ma się u tzw. intencjonalistów obiektywnych jak Jeffrey Goldsworthy^[50] czy Richard Ekins^[51]. Intencja prawodawcy (rozumiana nie w sposób skrajnie empiryczny, lecz przy założeniu, że prawodawca działa w sposób racjonalny), wiąże, o ile została zakomunikowana w odpowiedni sposób:

Interpretacja jest „obiektywna” w tym sensie, że wyklucza powoływanie się na prywatne informacje o ukrytych intencjach; zamiast tego w naszym interesie leży ustalenie znaczenia na podstawie publicznie dostępnych informacji. Nie oznacza to jednak, że intencje „subiektywne” są nieistotne. Jak zauważono wcześniej, „obiektywną” intencją jest to, co rozsądna publiczność wywnioskowałaby na podstawie publicznie dostępnych dowodów na temat „subiektywnej” intencji autora. Istnienie subiektywnej intencji jest kluczową przesłanką przypisania autorowi tekstu intencji obiektywnej.

⁴⁸ Zob. m.in.: „Praca w łańcuchu. Interpretacja w prawie i w literaturze”, [w:] *Interpretacja, retoryka, polityka. Eseje wybrane*, red. Andrzej Szachaj, wyd. 2 (Kraków: Universitas 2008), 227 i n. „Stanowisko tekstualne nie istnieje” *ER(R) GO. Teoria-Literatura-Kultura*, 1 (2006): 107; „Intention Is all There Is. A Critical Analysis of Aharon Barak’s Purposive Interpretation in Law” *Cardozo Law Review*, nr 29 (2008): 1109 i n. Omówienie poglądów tego autora: Boike, „O różnym pojmowaniu intencji prawodawcy w dyskursie anglosaskim”, 17-19.

⁴⁹ Zob. m.in.: „Originalism, the Why and the What” *Fordham Law Review*, 2 (2013): 539; „Connecting the Rule of Recognition and Intentionalist Interpretation. An Essay in Honor of Richard Kay” *Connecticut Law Review*, nr 52 (2021): 494. Omówienie poglądów tego autora: Boike, „O różnym pojmowaniu intencji prawodawcy w dyskursie anglosaskim”, 19-20.

⁵⁰ Zob. m.in.: „Subjective versus Objective Intentionalism in Legal Interpretation”; „Legislative Intentions, Legislative Supremacy, and Legal Positivism” *San Diego Law Review*, nr 42 (2005): 493 i n.; Omówienie poglądów tego autora: Boike, „O różnym pojmowaniu intencji prawodawcy w dyskursie anglosaskim”, 20-22.

⁵¹ Ekins kompleksowo wyłożył swoją koncepcję w monografii: *The Nature of Legislative Intent* (Oxford: Oxford University Press, 2012). Omówienie poglądów tego autora: Boike, „O różnym pojmowaniu intencji prawodawcy w dyskursie anglosaskim”, 22-24.

Gdybyśmy wiedzieli, że twórcy tekstu nie mieli istotnej intencji subiektywnej (na przykład byli małpami uderzającymi losowo w klawiaturę), nie mielibyśmy też racjonalnych podstaw, aby przypisywać im jakąkolwiek intencję obiektywną^[52].

Zarówno Jeffrey Goldsworthy jak i Richard Ekins przyjmują, że prawodawca działa zgodnie ze zwykłym zdrowym rozsądkiem (*simple commonsense*). Okoliczność ta ma doniosłe znaczenie, ponieważ pozwala zachować spójność systemu prawa i odrzucić absurdalne rezultaty wykładni. Szczególnie daleko posuwa się w tym założeniu Richard Ekins podnosząc, że „u podstaw dobrej praktyki interpretacyjnej leży założenie, że celem władzy prawodawczej jest odpowiedzialne działanie na rzecz dobra wspólnego”^[53]. W konsekwencji interpretator powinien każdorazowo przyjmować, że legislatura był tym, kim powinna być, czyli „racjonalnym, rozsądnym prawodawcą”^[54].

W intencjonalizm obiektywny wpisują się zapatrywania Zygmunta Tobora – sam zainteresowany używa określenia „intencjonalizm umiarkowany”^[55]. Katowicki uczony nie roztrząsa jednak kwestii „zwykłego zdrowego rozsądku” jako czynnika modyfikującego intencje empirycznego prawodawcy. Niemniej jedną z pięciu intencji, jakie przypisuje prawodawcy Zygmunt Tobor, jest intencja, by zwroty użyte w tekście prawnym były rozumiane zgodnie z dominującą konwencją interpretacyjną^[56]. Wydaje się więc, że skoro w kulturze interpretacyjnej powszechnie przyjmuje się, że niedopuszczalna jest wykładnia prowadząca do luk, sprzeczności czy *ad absurdum*, to znaczy, że Zygmunt Tobor przypisuje prawodawcy faktycznemu działanie ze świadomością, by jego postanowienia były odczytywane z uwzględnieniem tych domniemań. Z powyższego wynika więc, że koncepcja Zygmunta Tobora, podobnie jak Jeffrey’ a Goldsworthy czy Richarda Ekinsa, zawiera również założenia o charakterze kontrfaktycznym, tyle że nie wyraża ich wprost i traktuje marginalnie.

⁵² Ekins, Goldsworthy, „The Reality and Indispensability of Legislative Intentions” *Sydney Law Review*, 36 (2014): 48.

⁵³ Ekins, *The Nature of Legislative Intent*, 245.

⁵⁴ *Ibidem*, 245.

⁵⁵ Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, 101.

⁵⁶ *Ibidem*, 230.

3.3. Wymiar aplikacyjny

Bezwarunkowe uzależnianie znaczenia tekstu prawnego od intencji prawodawcy rozumianej jako przeżycia psychiczne osób zaangażowanych w proces prawodawczy stawia interpretatora w położeniu dosłownie beznadziejnym. Do bezradności w tym zakresie przyznaje się wprost Lawrence Alexander^[57]. Percepcja intencji jako zachowania konwencjonalnego u Stanleya Fisha wbrew pozorom również nie pomaga w interpretacji, co amerykański krytyk literacki przyznaje wprost^[58]. Powodem tego stanu rzeczy jest przede wszystkim okoliczność, że konwencja, w której funkcjonowały osoby tworzące prawo nie zawsze jest w pełni dostępna czy zrozumiała dla współczesnej wspólnoty interpretacyjnej^[59].

O metodologii interpretacyjnej możliwej do zastosowania w praktyce (wymiarze aplikacyjnym koncepcji) można mówić jedynie na gruncie intencjonalizmu obiektywnego. Po pierwsze dlatego, że konwencjonalne znaczenie tekstu traktuje się jako podstawowy dowód na intencję prawodawcy – myśl ta jest bliska stanowisku cytowanego na początku niniejszej pracy żyjącego w XVIII w. Wiliama Blackstone’a^[60] – jednego z najważniejszych prawników w dziejach *common-law*. Warto tutaj podkreślić, że Richard Ekins znaczeniu językowemu zamierzonemu przez twórców danej normy (*intended meaning*) przypisuje pierwszeństwo przed celami, które im przyświecały^[61]. Po drugie, ze względu na przyjęcie założenia, że prawodawca działa zgodnie ze „zwykłym zdrowym rozsądkiem”, tj. nie dopuszcza norm irracjonalnych, sprzecznych logicznie. Z powodu tego drugiego założenia, interpretacja prawnicza różni się od tego jak na działania parlamentarzystów patrzą politolodzy czy historycy^[62].

Richard Ekins podkreśla, że wolą prawodawcy jest to, by każdy przepis przez niego stworzony był spójny z całością systemu prawa^[63]. W związku z powyższym interpretator powinien rozumieć przepisy w taki sposób, by nie były sprzeczne z innymi oraz aby skutek przyjętego rozumienia

⁵⁷ Alexander, „Originalism, the Why and the What”, 543.

⁵⁸ Fish, „Stanowisko tekstualne nie istnieje”, 120.

⁵⁹ Boike, „O różnym pojmowaniu intencji prawodawcy w dyskursie angloskim”, 19.

⁶⁰ Blackstone, *Commentaries on Laws of England*, ks. 1, 59-60.

⁶¹ Ekins, *The Nature of Legislative Intent*, 250-151.

⁶² Ibidem, 245.

⁶³ Ibidem, 257.

żaden przepis nie okazał się zbędny^[64]. Dla zrozumienia intencji relevantny jest również kontekst – skoro prawodawca działa, by zaradzić jakiemuś problemowi w świecie rzeczywistym, to podejmuje racjonalną decyzję w oparciu o dostępne wówczas fakty dotyczące przedmiotowej problematyki^[65]. Dla zrozumienia kontekstu pewne znaczenie mogą mieć także materiały legislacyjne – Jeffrey Goldsworthy przypisuje im jednak zdecydowanie podrzędną rolę^[66]. Richard Ekins natomiast, choć dostrzega w nich źródło wiedzy o intencji prawodawcy, to odradza korzystanie z nich, ponieważ działanie prawodawcze ze swej istoty ukierunkowane jest na transparentność^[67]. Zarówno w koncepcji Jeffrey’a Goldsworthy’ego, jak i – tym bardziej – Richarda Ekinsa nie ma aprobaty dla korzystania ze źródeł, które nie mają oficjalnego czy też publicznego charakteru – korespondencji i pamiętników osób biorących udział w procesie legislacyjnym oraz medialnych wypowiedzi członków gremium prawodawczego.

Odnosząc się do wymiaru aplikacyjnego intencjonalizmu warto odnieść się do „sposobów ustalania intencji” przedstawionych na końcu monografii Zygmunta Tobora^[68]. Zygmunt Tobor, podobnie jak Jeffrey Goldsworthy i Richard Ekins, nie przedstawia tak uporządkowanego zbioru dyrektyw, do których przyzwyczaili polskiego prawnika Jerzy Wróblewski, Lech Morawski czy Maciej Zieliński. Katowicki uczony w ogóle jest sceptyczny wobec podporządkowywania wykładni kanonom interpretacyjnym^[69]. Niemniej można znaleźć w ostatnim rozdziale jego monografii wskazówki dotyczące wykładni (nawet jeśli narracja jest prowadzona raczej w sposób opisowy niż postulatyczny – autor przywołuje liczne orzeczenia polskich sądów).

Zygmunt Tobor wyróżnia dwa modele ustalania intencji prawodawcy – większościowy i agencyjny. Model większościowy dotyczy intencji członków legislatury, która została wyrażona bezpośrednio w głosowaniu. Model agencyjny natomiast polega na „wysłuchiowaniu się” przez interpretatora w konwersację pomiędzy członkami gremiów, którym ustawodawca

⁶⁴ Ibidem, 257.

⁶⁵ Ibidem, 257.

⁶⁶ Goldsworthy, „Moderate versus Strong Intentionalism”, 683.

⁶⁷ Ekins, *The Nature of Legislative Intent*, 274.

⁶⁸ Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, 224-277.

⁶⁹ „Dlaczego niektórzy uważają, że ważniejsze od realizowania uzgodnionej na poziomie prawodawczym polityki jest przywiązanie do kanonów interpretacyjnych?”. Tobor, Kobyliński, „Dialogiczna koncepcja interpretacji prawa” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 2 (2020): 37.

powierza niektóre czynności związane z procesem legislacyjnym^[70]. Wykładnia według Zygmunta Tobora zaczynać się powinna od zastosowania modelu większościowego – agencyjny odgrywa rolę subsydiarną^[71]. Wiąże się to z przyjmowaniem założenia, że całość intencji prawodawcy została wyrażona w tekście prawnym^[72].

Jeśli chodzi o model większościowy wskazówki Zygmunta Tobora są następujące. W sytuacji braku definicji legalnej należy domniemywać, że prawodawca przyjął konwencjonalne znaczenie tekstu, czyli takie jakie ma ono w języku ogólnym. Ciekawe jest jednak, że odrzuca przy tym korzystanie ze słowników. W przypadku wieloznaczności zaleca analizę struktury tekstu prawnego (redakcja przepisu, tytuł aktu bądź fragmentu, poprawność językowa, jak brzmiał przepis przed nowelizacją). Rozważa milczenie prawodawcy, lecz nie dochodzi do żadnej konkretnej konkluzji^[73].

W ramach modelu agencyjnego katowicki uczony przedstawia hierarchię materiałów legislacyjnych, w których jego zdaniem należy szukać intencji prawodawcy. Na pierwszym miejscu umieszcza stanowiska komisji parlamentarnych. Niżej sytuuje natomiast uzasadnienia do projektów ustawy, które nie zawsze są wiarygodne, argumenty z odrzuconych poprawek, wypowiedzi parlamentarzystów podczas debaty nad projektem oraz dotyczące projektu opinie prawne^[74].

4 | Wnioski porównawcze

Zarówno dla intencjonalistów, jak i Eugeniusza Waśkowskiego prawo nie jest bytem oderwanym od prawodawcy (w opozycji do tego, co uważają tekstualiści i purpozytywiści). Przepisy są narzędziem, za pomocą którego władza prawodawcza komunikuje swoje postanowienia; formą, będącą jedynie nośnikiem intencji („myśli” autora w przypadku Eugeniusza Waśkowskiego). Postanowienia z racji nadania im waloru prawa powinny być przestrzegane i realizowane. Znaczenie tekstu prawnego jest zatem

⁷⁰ Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, s. 258.

⁷¹ *Ibidem*, 258.

⁷² *Ibidem*, 231.

⁷³ *Ibidem*, 229-258.

⁷⁴ *Ibidem*, 258-277.

określone przez prawodawcę (*intended meaning*) i wiąże się z celami, które chciał za jego pomocą osiągnąć. Nie można zatem ani na gruncie koncepcji tradycyjnej Eugeniusza Waśkowskiego, ani na gruncie intencjonalizmu (czy to subiektywnego, czy obiektywnego) twierdzić, że jedyna intencja, z którą działa prawodawca to intencja nadania konkretnemu tekstowi mocy prawa.

Kluczowym zagadnieniem w omawianej materii jest percepcja prawodawcy i rozumienie intencji. W ramach intencjonalizmu skrajnie empirycznie do tych zagadnień podchodzi Lawrence Alexander. Stanley Fish, Jeffrey Goldsworthy i Zygmunt Tobor wiążą pojęcie intencji nie tyle z przeżyciami psychicznymi, co z konwencją. Dla nich (z wyjątkiem Stanley'a Fisha) konwencja jest na tyle ważna, że rozumienie tekstu prawnego zgodnie z regułami poprawności językowej jest podstawowym dowodem na intencję prawodawcy. Najdalej w przyjmowaniu założeń kontrfaktycznych posuwa się natomiast Richard Ekins zakładając, że prawodawca działa racjonalnie i zawsze dla dobrych celów społecznych.

U Eugeniusza Waśkowskiego percepcja prawodawcy i jego intencji jest na wskroś empiryczna. Dla wileńskiego uczonego prawodawca to po prostu osoby zaangażowane w proces prawotwórczy. Zgodność przeżyć psychicznych („wyobrażeń, pojęć i uczuć”) u autora i odbiorcy komunikatu jakim jest norma prawna świadczy o poprawnym jego zrozumieniu – ten schemat wileński jurysta stosuje również na gruncie interpretacji prawniczej. Oczywiście konwencja językowa jest dla Eugeniusza Waśkowskiego ważna. W konsekwencji pierwszorzędną rolę (choć na jej wyniku nie można poprzestać) odgrywa wykładnia słowna, która odwołuje się przede wszystkim do powszechnie przyjętego znaczenia słów w języku.

Przechodząc do porównania w wymiarze aplikacyjnym, należy stwierdzić, że zarówno dla intencjonalistów obiektywnych, jak i Eugeniusza Waśkowskiego ustalanie znaczenia tekstu prawnego oznacza ustalanie znaczenia zamierzonego przez twórców. Dlatego poza będącym punktem wyjścia znaczeniem konwencjonalnym interpretator powinien wziąć pod uwagę takie czynniki, jak definicje legalne, rozumienie określonych słów i sformułowań w innych przepisach czy styl tekstu prawnego. Oczywiście istotny jest również kontekst systemowy – stosunek interpretowanego przepisu do innych. Właśnie na tle kontekstu systemowego Jeffrey Goldsworthy i Richard Ekinsa formułują założenia o racjonalnym działaniu prawodawcy, podczas gdy Zygmunt Tobor i Eugeniusz Waśkowski odbywają się bez nich. Jeśli chodzi o wykładnię celowościową, to pomiędzy analizowanymi autorami również zachodzi zgodność co do tezy, że interpretator

ukierunkowany być powinien na cele, którymi kierował się prawodawca, a nie cele, które wydają się istotne interpretatorowi.

Odmienność w percepcji prawodawcy i jego intencji pomiędzy intencjonalistami obiektywnymi a Eugeniuszem Waśkowskim nie pozostaje jednak bez konsekwencji. Według tych pierwszych materiały interpretacyjne inne niż tekst prawny, by zostały w ogóle wzięte pod uwagę, muszą cechować się łatwością dostępu oraz publicznym, oficjalnym charakterem (Jeffrey Goldsworthy, Zygmunt Tobor) bądź zasadniczo pozostają irrelewantne (Richard Ekins). Wileński uczony również formułuje kryterium relewantności „źródeł zewnętrznych”, które to jednak ogranicza się do łatwego dostępu i wiarygodności. Nie pojawia się więc u niego kryterium publicznego – oficjalnego charakteru. Stąd dopuszcza korzystanie ze źródeł typowo prywatnych jak pamiętniki i korespondencja osób zaangażowanych w proces prawotwórczy (o ile oczywiście są wiarygodne i łatwo dostępne). Biorąc pod uwagę współczesne warunki, zdecydowanie większą dynamikę zmian legislacyjnych, skomplikowanie procesu legislacyjnego oraz wzrost ilościowy przepisów prawa, uzasadnionym jest przypuszczenie, że Eugeniusz Waśkowski, gdyby żył w XXI wieku, to zgodziłby się z intencjonalistami, że źródła prywatne typu pamiętniki i korespondencja nie mogą być brane pod uwagę w toku stosowania prawa.

5 | Zakończenie

Zarówno intencjonalizm obiektywny, jak i koncepcja Eugeniusza Waśkowskiego pomimo drobnych różnic wpisuje się w komunikacyjne rozumienie prawa. Oznacza to, że obie koncepcje w przeciwieństwie ujęć wykładni zwanych interpretatywistycznymi^[75] (a do nich należy zaliczyć m.in. purpozywizm, koncepcję derywacyjną czy koncepcję Marcina Matczaka), nie deprecjonują pozycji prawodawcy. Interpretator ma być ukierunkowany na znaczenie zamierzone przez twórców oraz cele, które im przyświecały, a nie „ogólne” czy „obiektywne” cele prawa, które uważa

⁷⁵ O komunikacyjnym oraz interpretatywistycznym rozumieniu prawa: Izabela Skoczeń, „Introduction to Interpretativism and Limits of Law”, [w:] *Interpretivism and the Limits of Law*, ed. Tomasz Gizbert-Studnicki, Francesca Poggi, Izabela Skoczeń (Cheltenham: Edward Elgar, 2022), 1 i n.

za słuszne i adekwatne w danej sytuacji. W związku z powyższym co do zasady niedopuszczalna jest wykładnia dynamiczna czy też tzw. interpretacyjna zmiana prawa (zagadnienie ewentualnego pogodzenia i wykładni dynamicznej wymaga dalszych badań, dla których punktem wyjścia jest propozycja Donalda Drakemana^[76]).

W świetle zdiagnozowanych w niniejszym studium analogii pomiędzy współczesnym intencjonalizmem a koncepcją Eugeniusza Waśkowskiego nie ma podstaw, aby odrzucać koncepcje wykładni ukierunkowane na rozpoznanie intencji prawodawcy jako sprzeczne z rodzimą kulturą prawniczą (taki właśnie zarzut sformułował Maciej Zieliński^[77]). Należy raczej podnieść postulat twórczego rozwijania i upowszechniania w Polsce koncepcji wykładni opartych na komunikacyjnym rozumieniu prawa, które by z jednej strony inspirowane było koncepcją Eugeniusza Waśkowskiego (z jej adekwatnością dla systemu *civil-law*), a z drugiej intencjonalizmem (jako koncepcją żywą współcześnie).

Warto również podnieść, że dalszych badań wymaga kwestia umiejscowienia komunikacyjnych ujęć wykładni, w kontekście sporu pomiędzy formalizmem, a antyformalizmem^[78]. Z ustaleń powyżej poczynionych wynika, że przedstawiciele intencjonalizmu (w przeciwieństwie do Eugeniusza Waśkowskiego) sceptycznie podchodzą do budowania kanońw interpretacyjnych i ograniczania wykładni do rozumowań sylogistycznych. Przywiązanie do intencji prawodawcy obejmującej zarówno zamierzone znaczenie wyrażeń, jak i cel regulacji (zarówno intencjonalści, jak i Eugeniusz Waśkowski) stanowi manifestację antyformalizmu. Z drugiej jednak strony ograniczenie swobody interpretacyjnej sędziów i preferowanie celów szczegółowych nad ogólnymi celami prawa mogą być uznane za przejawy formalizmu.

⁷⁶ Zob. wyżej przyp. 46.

⁷⁷ Zob. wyżej przyp. 7.

⁷⁸ Zob. pięć cech formalizmu wskazanych przez: Marcin Matczak, *Suma iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa* (Warszawa: Scholar, 2007), 14-15.

Bibliografia

- Akińcza Jerzy, „Zawezwanie do próby ugodowej. Brak skutku przedawnienia” *Studia Iuridica*, nr 70 (2017): 39-48.
- Barak Aharon, *Purposive interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- Baude Wiliam, Stephen Sachs, „The Law of Interpretation” *Harvard Law Review*, 4 (2017): 1115-1116.
- Bielska-Brodziak Agnieszka, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Blackstone Wiliam, *Commentaries on Laws of England*, ks. 1, wyd. 3. Oxford: Clarendon Press, 1768.
- Boike Paweł, „O różnym pojmowaniu intencji prawodawcy w dyskursie anglosaskim. Analiza poglądów Stanley’a Fisha, Larry’ego Alexandra, Jeffrey’a Goldsworthy, Richarda Ekinsa oraz Victorii Nourse” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 4 (2023): 15-31.
- Brzeziński Bogusław, „Intencjonalizm jako koncepcja wykładni prawa i jego krytyka w Stanach Zjednoczonych Ameryki”, [w:] *W kręgu prawa podatkowego i finansów publicznych Księga dedykowana profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu*, red. Henryk Dzwonkowski. 57-66. Lublin: Wydawnictwo UMCS, 2005.
- Drakeman Donald, *The Hollow Core of Constitutional Theory. Why We Need the Framers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Ekins Richard, *The Nature of Legislative Intent*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Fish Stanley, „Intention Is all There Is. A Critical Analysis of Aharon Barak’s Purposive Interpretation in Law” *Cardozo Law Review*, nr 29 (2008): 1109-1146.
- Fish Stanley, „Praca w łańcuchu. Interpretacja w prawie i w literaturze”, [w:] *Interpretacja, retoryka, polityka. Eseje wybrane*, red. Andrzej Szachaj, wyd. 2. Strony. Kraków: Universitas 2008.
- Fish Stanley, „Stanowisko tekstualne nie istnieje” *ER(R)GO. Teoria-Literatura-Kultura*, 1 (2006): 103-123.
- Gizbert-Studnicki, Tomasz i Francesca Poggi, „The Communication Theory as a Phantom”, [w:] *Interpretivism and the Limits of Law*, ed. Tomasz Gizbert-Studnicki, Francesca Poggi, Izabela Skoczeń. 60-75. Cheltenham Glos -Northampton, Edward Elgar, 2022.
- Goldsworthy Jeffrey, „Moderate versus Strong Intentionalism. Knapp and Michaels Revisited” *San Diego Law Review*, nr 42 (2005): 669-683.
- Goldsworthy Jeffrey, „Subjective versus Objective Intentionalism in Legal Interpretation”, [w:] *Moral Puzzles and Legal Perplexities. Essays in the Influence of*

- Larry Alexander. red. Heidi Hurd. 170-188. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Goldsworthy Jeffrey, „The Meaning and Interpretation of Statutes in Anglo-American Legal Systems”, [w:] *Interpretivism and the Limits of Law*, ed. Tomasz Gizbert-Studnicki, Francesca Poggi, Izabela Skoczeń. 43-59. Cheltenham Glos-Northampton, Edward Elgar, 2022.
- Greenberg Mark, „Legal Interpretation”, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. Edward Zalta. Fall 2021 Edition. <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/legalinterpretation/>.
- Konca Paulina, *Prawo interpretacyjne*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2022.
- Kotowski Artur, „Tradycyjna teoria wykładni prawa Eugeniusza Waśkowskiego i jej znaczenie dla rozwoju polskiej egzegezy prawniczej” *Przegląd Prawa Publicznego*, 9 (2015): 9-34.
- Lawrence Alexander, „Connecting the Rule of Recognition and Intentionalist Interpretation. An Essay in Honor of Richard Kay” *Connecticut Law Review*, No. 52 (2021).
- Lawrence Alexandrer, „Originalism, the Why and the What” *Fordham Law Review*, 2 (2013): 539-544.
- Matczak Marcin, *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*. Warszawa: Scholar, 2019.
- Matczak Marcin, *Suma iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*. Warszawa: Scholar, 2007.
- Morawski Lech, *Zasady wykładni prawa*. wyd. 2. Toruń: TNOiK Dom Organizatora, 2010.
- Pietrzykowski Kazimierz, „Teoria wykładni prawa cywilnego według Eugeniusza Waśkowskiego” *Studia Iuridica*, 70 (2017): 179-190.
- Redzik Adam, „Eugeniusz Waśkowski (1866-1942). W siedemdziesięciolecie śmierci wybitnego uczonego i adwokata” *Palestra*, 9-10 (2012): 255-267.
- Skoczeń Izabela, „Introduction to Interpretativism and Limits of Law”, [w:] *Interpretivism and the Limits of Law*, ed. Tomasz Gizbert-Studnicki, Francesca Poggi, Izabela Skoczeń. 1-10. Cheltenham: Edward Elgar, 2022.
- Stelmach Jerzy, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*. Kraków: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1995.
- Tarkowski Mikołaj, „Eugeniusz Waśkowski i jego wybrane poglądy na temat kwestii kodyfikacji prawa w Europie oraz Polsce w XIX i XX wieku (do 1939 roku)” *Prawo i Więź*, 4 (2022): 602-621.
- Tobor Zygmunt, Konrad Kobyliński, „Dialogiczna koncepcja interpretacji prawa” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 2 (2020): 35-48.

- Tobor Zygmunt, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.
- Waśkowski Eugeniusz, *Teoria wykładni prawa cywilnego. Metodologia dogmatyki cywilistycznej w zarysie*. Warszawa: Drukarnia Rolnicza, 1936.
- Wielki Słownik Języka Polskiego*. <https://wsjp.pl/haslo/podglad/34253/koncepcja>.
- Zieliński Maciej, Olgierd Bogucki, Agnieszka Choduń, Stanisław Czepita, Beata Kanarek, Andrzej Municzewski, „Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 4 (2009): 23-39.
- Zieliński Maciej, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, wyd. 7. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Zirk-Sadowski Marek, *Wprowadzenie do filozofii prawa*. wyd. 3. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.



KINGA MICHAŁOWSKA, DOROTA AMBROŻUK-WESOŁOWSKA

Standardy ochrony małoletnich (SOM) w podmiotach świadczących usługi hotelarskie. Aspekt teoretyczny i praktyczny

Standards for the Protection of Minors (SPM) in the Hospitality Service Providers: Theoretical and Practical Aspects

Abstract

From August 15, 2024, every entity providing hotel services in facilities where minors may or do stay is obliged to have and use the so-called standards for the protection of minors (SPM). This document should include policies and procedures to protect children from harm. In the case of hotel facilities, the most important thing is to develop rules and procedures regarding the relationship between minors and the staff of the facility, as well as the identification of the minor and his relationship with the adult with whom he is staying in the facility. The legislator, introduced the above-mentioned responsibilities, but did not provide any instructions on how to implement them. Meanwhile, the obligation to identify a minor and his relationship with the adult in the facility may cause difficulties in practice. The paper indicates related problems and ways of solving them. It is also considered necessary for the legislator to intervene urgently in this matter, by directly specifying the personal data that a hotel establishment may request in order to comply with the obligation imposed on it.

KINGA MICHAŁOWSKA, doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, ORCID – 0000-0002-2133-8110,
e-mail: michalok@uek.krakow.pl

DOROTA AMBROŻUK-WESOŁOWSKA, doktor nauk prawnych, Uniwersytet Szczeciński, ORCID – 0000-0003-2828-2049,
e-mail: dorota.ambrozuk-wesolowska@usz.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: ochrona małoletnich, ochrona dzieci, standardy ochrony, usługi hotelarskie

KEYWORDS: protection of minors, protection of children, protection standards, hotel services

1 | Wprowadzenie

Problematyka ochrony dzieci przed krzywdzeniem jest zagadnieniem istotnym i złożonym. Wpisuje się ona w międzynarodowe i europejskie wymogi oraz wytyczne odnoszące się do kwestii bezpieczeństwa dzieci^[1]. Przesłanki dobra dziecka i zapewnienia mu bezpiecznych warunków życia i rozwoju stanowią klauzule generalne na każdym poziomie, wyznaczając pewien minimalny standard ochrony dzieci.

O ile regulacje prawne krajów europejskich zawierają konkretne wytyczne, zasady i procedury ochrony dzieci przed krzywdzeniem, o tyle w prawie polskim brak było do tej pory jednoznacznych przepisów regulujących standard kontaktu z dzieckiem oraz procedur ochronnych, uruchamianych w sytuacji podejrzenia lub potwierdzenia krzywdzenia dziecka. Wyjątek stanowił wymóg weryfikacji osób pracujących z dziećmi w aspekcie skazania za przestępstwa na tle seksualnym, zgodnie z normami zawartymi w ustawie z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (dalej p.p.s.U)^[2].

Powyższy stan sprawiał, że w wielu miejscach – z założenia bezpiecznych dla dzieci – dochodziło do sytuacji przemocowych, a co gorsze, niejednokrotnie społecznie akceptowanych i w większości przypadków nierodzających żadnych prawnych konsekwencji dla sprawców lub świadków przemocy.

Sprzeciw wobec akceptacji tego rodzaju sytuacji i społecznego na nie przyzwolenia oraz daleko idące konsekwencje zdrowotne, jakie one za sobą pociągają, w szczególności w obszarze zdrowia psychicznego małoletnich,

¹ Zob. np. Konwencję o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526 ze zm. czy Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, Dz.Urz. UE L335/1.

² T.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1304.

uzasadniały pilną potrzebę wprowadzenia dodatkowych zabezpieczeń interesów dziecka. Potrzeba zagwarantowania i respektowania prawa dziecka do bezpieczeństwa oraz jasnych, jednoznacznych i weryfikowalnych standardów zachowań w relacjach z dziećmi daje szansę na niezbędną i wielopłaszczyznową ochronę. Sposobem na zwiększenie bezpieczeństwa dzieci oraz ich ochronę przed krzywdzeniem jest wymóg posiadania, stosowania i weryfikacji tzw. standardów ochrony małoletnich (SOM). Ustawa nakładająca ten obowiązek weszła w życie 15 lutego 2024 r. i dotyczy wszystkich podmiotów, których usługi skierowane są do dzieci, w których dzieci mogą przebywać lub przebywają. Do podmiotów tych prawodawca zaliczył także podmioty świadczące usługi hotelarskie.

Celem artykułu jest przedstawienie problemów, jakie rodzą rozwiązania przyjęte w wyżej wymienionej ustawie w przypadku ich stosowania w odniesieniu do podmiotów świadczących usługi hotelarskie i próba określenia sposobów ich rozwiązania. W pracy zastosowana została metoda dogmatyczno-językowa.

Z uwagi na ustawowe obowiązki podmiotów świadczących usługi hotelarskie w zakresie wymogów, jakie powinny spełniać SOM, wyjaśnienia wymagają dwa szczególnie istotne w obszarze ochrony dziecka wątki, tj. relacji dziecka z personelem obiektu oraz identyfikacji dziecka i weryfikacji relacji dziecka z osobą, pod opieką której w obiekcie przebywa. W takiej też kolejności zostaną one przedstawione w dalszej części artykułu.

2 | Podstawy prawne wprowadzenia SOM

Obowiązek opracowania i wdrażania SOM przewiduje art. 22b p.p.s.U, wprowadzony do ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich ustawą z dnia 28 lipca 2023 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, (tzw. „ustawa Kamilka”)^[3]. Poza kilkoma wyjątkami przepisy ustawy nowelizującej zaczęły obowiązywać 15 lutego 2024 r. Z uwagi na złożony proces opracowywania i wprowadzania SOM jako ostateczny termin realizacji tego obowiązku wskazano 15 sierpnia 2024 r. Jednocześnie ustawodawca przewidział sankcję za niewykonanie tego obowiązku w postaci kary

³ T.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1606.

grzywny do 250 zł albo kary nagany, przy czym w przypadku ponownego stwierdzenia niewykonania obowiązku wprowadzenia SOM, sprawca podlega karze grzywny nie niższej niż 1000 zł (art. 23b p.p.s.U).

Zgodnie z art. 22b p.p.s.U, obowiązek wprowadzenia SOM ma każdy podmiot, który: zarządza jednostkami systemu oświaty określonymi w regulacjach ustawy – Prawo oświatowe^[4] bądź jest organizatorem działalności oświatowej, opiekuńczej, wychowawczej, resocjalizacyjnej, religijnej, artystycznej, medycznej, rekreacyjnej, sportowej lub działalności związanej z rozwijaniem zainteresowań, do których uczęszczają, albo w której przebywają lub mogą przebywać małoletni. Ponadto, na podstawie art. 22c ust. 3 p.p.s.U, obowiązkiem wprowadzenia SOM objęto także podmioty świadczące usługi hotelarskie oraz turystyczne, a także prowadzące inne miejsca zakwaterowania zbiorowego. Podmioty te nie zostały w wyżej wymienionej ustawie zdefiniowane. Nie wskazano także co należy rozumieć pod pojęciem wyżej wymienionych usług. Stąd koniecznym jest odwołanie się do regulacji ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (dalej ustawa o usługach hotelarskich lub u.h.U)^[5] oraz ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (dalej ustawa o imprezach turystycznych lub i.t.U.)^[6], a także przepisów Kodeksu cywilnego^[7].

2.1. Usługa hotelarska

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 8 u.h.U usługą hotelarską jest krótkotrwałe, ogólnie dostępne wynajmowanie domów, mieszkań, pokoi, miejsc noclegowych, a także miejsc na ustawienie namiotów lub przyczep samochodowych oraz świadczenie, w obrębie obiektu, usług z tym związanych^[8]. W literaturze zwraca się uwagę, że użyte w art. 3 ust. 1 pkt 8 u.h.U. określenie „krótkotrwałe”, stanowi klauzulę niedookreśloną, akcentując jednocześnie, że eliminuje ono z zakresu usług hotelarskich wynajmowanie długotrwałe,

⁴ Ustawa z 14 grudnia 2016 r., t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 900 ze zm.

⁵ T.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1944.

⁶ T.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 2211.

⁷ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r., t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.

⁸ Zob. też Jacek Raciborski, *Usługi turystyczne. Przepisy i komentarz* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1999), 170.

w celu zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych w stałym lub długotrwałym miejscu pobytu, pozostawiając praktyce ocenę tego kryterium^[9].

Usługi hotelarskie są świadczone w obiektach hotelarskich, których rodzaje i kategorie określają dalsze przepisy wyżej wymienionej ustawy^[10], a także w innych obiektach, jeżeli spełniając one minimalne wymagania co do wyposażenia, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie^[11] (art. 35 u.h.U). Takimi innymi obiektami mogą być np. pokoje gościnne, kwatery agroturystyczne, domy wczasowe^[12], ale także gospody, karczmy, zajazdy czy gościńce jeżeli oferują, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej odpłatne noclegi^[13], jak również pokoje wynajmowane przez rolników^[14] czy też miejsca na ustawianie namiotów w prowadzonych przez nich gospodarstwach rolnych, hostele, aparhotele^[15].

W świetle wyżej wspomnianej definicji, z czego wiele osób nie zdaje sobie sprawy, usługą hotelarską jest także bardzo popularne ostatnio udostępnianie przez osoby fizyczne mieszkań czy domów (czyli obiektów nieskategoryzowanych w rozumieniu ustawy o usługach hotelarskich) w ramach tzw. najmu krótkoterminowego, często za pośrednictwem portali internetowych typu Airbnb czy Booking.com^[16]. Osoby udostępniające wyżej wspomniane obiekty są zatem także zobowiązane do wprowadzenia SOM.

⁹ Tak Piotr Cybula, *Usługi turystyczne. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), art. 3, LEX.el. [dostęp: 20.06.2024].

¹⁰ Obiektami hotelarskimi zgodnie z art. 36 u.h.U są: hotele, motele, pensjonaty, kempingi, domy wycieczkowe, schroniska młodzieżowe, schroniska, pola biwakowe.

¹¹ T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2166.

¹² Zob. Jerzy Gospodarek, *Prawo turystyczne* (Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 2001), 155.

¹³ Zob. Mirosław Nesterowicz, *Prawo turystyczne* (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012), 114.

¹⁴ Tak wyrok WSA we Wrocławiu z 10.08.2016 r., IV SA/Wr 809/15, Legalis.

¹⁵ Zob. Piotr Cybula, „Kilka refleksji na temat normatywnej regulacji usług hotelarskich w prawie polskim”, [w:] *W poszukiwaniu dobrego prawa*, t. II, *Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Steca*, red. Katarzyna Małysa-Sulińska, Marcin Spyra, Andrzej Szumański (Warszawa: Wolters Kluwer, 2022), 561, 564.

¹⁶ Zob. Edyta Deszczka, Katarzyna Zaklikocka, „Usługi hotelarskie a obowiązki – zagadnienia prawne i praktyczne” *Nieruchomości*, nr 9 (2019): 4.

Przepis art. 3 pkt 1 u.u.t., w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2018 r.^[17], określał wprost, że usługa hotelarska stanowi rodzaj usługi turystycznej, definiował bowiem usługi turystyczne jako usługi przewodnickie, usługi hotelarskie oraz wszystkie inne usługi świadczone turystom^[18] i odwiedzającym^[19]. Obecnie kwestia ta nie jest oczywista i pojawiły się wątpliwości co do wzajemnej relacji usług hotelarskich i turystycznych. W aktualnym stanie prawnym przez usługę turystyczną, zgodnie z art. 4 pkt 1 i.t.U, należy bowiem rozumieć: przewóz pasażerów; zakwaterowanie w celach innych niż pobytowe, które nie jest nieodłącznym elementem przewozu pasażerów; wynajem pojazdów; inną usługę świadczoną podróżnym^[20], która nie stanowi integralnej części usług wymienionych w tym przepisie. Wskazuje się przy tym, że usługa zakwaterowania, o której mowa powyżej, co do zasady nie będzie zbieżna z definicją usługi hotelarskiej z art. 3 pkt 8 u.h.U i wobec istnienia odrębnej grupy innych usług świadczonych podróżnym, które nie stanowią integralnej części usługi zakwaterowania, taka definicja może rodzić wątpliwości^[21].

Wątpliwości te nie mają jednak znaczenia z punktu widzenia obowiązku opracowania i stosowania SOM, gdyż – jak to już wyżej wskazano – spoczywa on zarówno na podmiotach świadczących usługi turystyczne, jak i usługi hotelarskie. Z uwagi na tematykę opracowania dalsze rozważania ograniczone zostaną jedynie do usług hotelarskich.

Świadczenie usługi hotelarskiej jest realizowane na podstawie umowy zawartej z klientem, który w przypadku usługi oferowanej w hotelu lub podobnym do hotelu zakładzie określany jest mianem gościa (gościa

¹⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1553. Ustawa ta została zmieniona art. 64 i.t.U. Zmianie uległ także tytuł ustawy, który otrzymał brzmienie „Ustawa o usługach hotelarskich oraz o usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych”. Jednocześnie art. 3 pkt 1 został uchylony.

¹⁸ Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt u.h.U turysta to osoba, która podróżuje do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu na okres nieprzekraczający 12 miesięcy, dla której celem podróży nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości i która korzysta z noclegu przynajmniej przez jedną noc.

¹⁹ Zgodnie z art. 3 pkt 10 u.h.U odwiedzający to osoba, która podróżuje do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu, dla której celem podróży nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości oraz niekorzystającą z noclegu.

²⁰ Pod pojęciem podróżnego, zgodnie z art. 4 pkt 6 i.t.U należy rozumieć każdego, kto chce zawrzeć umowę lub jest uprawniony do podróżowania na podstawie umowy zawartej w zakresie stosowania ustawy o imprezach turystycznych.

²¹ Zob. Dominik Borek w: *Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*, red. Dominik Borek, Hanna Zawistowska (Gdańsk: ODDK, 2000), 49.

hotelowego)^[22]. Umowa ta polega przede wszystkim na świadczeniu usługi zakwaterowania klienta-gościa oraz ewentualnie realizacji innych usług dodatkowych, najczęściej gastronomicznych i rekreacyjnych.

Realizacja usługi jest najczęściej poprzedzona tzw. rezerwacją miejsca w obiekcie hotelarskim. Kwestie rezerwacji nie są poddane powszechnym regulacjom prawnym, a sposób ich dokonywania określają przepisy wewnętrzne obiektów. Rezerwacja dokonywana jest najczęściej za pośrednictwem strony internetowej obiektu lub serwisu internetowego służącego do rezerwacji zakwaterowania online, np. booking, trivago czy innych, rzadziej poprzez korespondencję mailową lub kontakt telefoniczny, a najrzadziej poprzez bezpośrednią rezerwację w obiekcie. Rezerwacja pociąga za sobą konsekwencje w postaci akceptacji i przyjęcia przez rezerwującego i obiekt określonych obowiązków. Sposobem ich całościowego ujęcia jest umowa, określana w odniesieniu do hoteli i podobnych do hoteli zakładów jako umowa hotelowa^[23]. Najczęściej chwilą zawarcia umowy będzie potwierdzenie przez obiekt dokonanej przez gościa rezerwacji w postaci

²² Ustawa o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i pilotów turystycznych, w której to ustawie znajduje się definicja usługi hotelarskiej, obok pojęcia „turysta” i „odwiedzający”, posługuje się także pojęciem „klient”, przez którego należy rozumieć osobę, która zamierza zawrzeć lub zawarła umowę o świadczenie usług turystycznych na swoją rzecz lub na rzecz innej osoby, a zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej, jak i osobę, na rzecz której umowa została zawarta, a także osobę, której przekazano prawo do korzystania z usług turystycznych objętych uprzednio zawartą umową (art. 3 ust. 1 pkt 11). Z kolei w art. 846 § 1 k.c., drugą – w stosunku do osoby utrzymującej zarobkowo hotel (hotelarza) lub podobny do hotelu zakład – stroną umowy o świadczenie usługi hotelarskiej (hotelowej) jest gość, określane też potocznie mianem gościa hotelowego.

²³ Ten rodzaj umowy nie został w sposób szczegółowy uregulowany, stąd stanowi ona rodzaj umowy nienazwanej o złożonym charakterze, por. Jerzy Gospodarek, *Prawo turystyczne* (Warszawa: Difin, 2006), 314-315. Czasami jest jednak kwalifikowana jako umowa mieszana, tak Mirosław Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, 112. Jest to konsekwencją ujęcia usługi hotelarskiej w treści art. 3 ust. 1. pkt 8 u.h.U., która oprócz nieodłącznego elementu najmu może obejmować tzw. inne usługi z najmem związane. Tak ujęta umowa sprawia, że w jej treści oprócz elementów charakterystycznych dla umowy najmu, mogą mieścić się elementy innych umów: zlecenia, dzieła, przechowania czy sprzedaży. Ponieważ ani w regulacjach kodeksu cywilnego, ani w ustawie o usługach hotelarskich ustawodawca nie wypowiedział się co do formy umowy hotelowej, należy przyjąć, że może być ona zawarta w dowolnej formie.

przesłanego formularza rezerwacji^[24], który zawiera elementy dookreślające treść umowy.

Istotnym elementem świadczenia usługi hotelarskiej jest kwestia zapewnienia gościom bezpieczeństwa na terenie całego obiektu. Obowiązek ten został poszerzony o szczególny, bo odniesiony do małoletnich gości wymóg zapewnienia dodatkowych zabezpieczeń, jakim są SOM.

3 | Istota i charakter prawny dokumentu SOM w odniesieniu do usług hotelarskich

Jak już wyżej wskazano, obowiązek wprowadzenia SOM dotyczy podmiotów, których działalność skierowana jest do dzieci, do których dzieci uczęszczają lub w których dzieci przebywają. Uzasadnieniem tak szerokiego kręgu podmiotów zobligowanych do wprowadzenia SOM są nałożone na sygnatariuszy Konwencji o prawach dziecka z 1989 r. (KPD) obowiązki w zakresie jak najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka (art. 3 ust. 1) oraz zobowiązanie do zapewnienia wielopoziomowej ochrony każdego dziecka przed wszelkimi formami przemocy fizycznej, psychicznej, krzywdy lub zaniedbania bądź złego traktowania lub wyzysku, w tym wykorzystywania w celach seksualnych, dzieci pozostających pod opieką rodziców, opiekunów prawnych lub innych osób sprawujących nad nimi opiekę (art. 19 ust. 1 KPD).

Z uwagi na zróżnicowany krąg podmiotów zobowiązanych, dokument SOM powinien stanowić opracowanie kompleksowe, uwzględniające specyfikę podmiotu oraz funkcjonujące w nim dokumenty wewnętrzne, takie jak: statuty, polityki, regulaminy itp.^[25]. Z uwagi na adresata, powinien uwzględniać psychologiczne i pedagogiczne podstawy budowania relacji pomiędzy osobą dorosłą a dzieckiem. Tak ujęty, złożony z zasad

²⁴ W odniesieniu do innych metod rezerwacji chwilą zawarcia umowy będzie odpowiednio przy rezerwacji poprzez korespondencję mailową odpowiedź na maila, a w sytuacji dokonania ustnej rezerwacji poprzez kontakt telefoniczny czy bezpośredni, adekwatne do zastosowanej formy potwierdzenie.

²⁵ Wymóg ten wynika bezpośrednio z treści art. 22c ust. 1 p.p.s.U, który wskazuje konieczność dostosowania dokumentu standardów do charakteru i rodzaju placówki lub prowadzonej w nim działalności.

i procedur służy realizacji zabezpieczenia dziecka przed krzywdzeniem. Co więcej, z przywołanego powyżej, bazowego dla wprowadzenia SOM art. 19 ust. 1 KPD, wynika ponadto daleko ingerencyjna, podniesiona do rangi obowiązku kompetencja podmiotu go stosującego, polegająca na monitorowaniu sytuacji dziecka nie tylko w ramach prowadzonej działalności, ale i w relacjach rodzinnych dziecka. Temu celowi służą procedury podejmowania przez podmiot interwencji w każdej sytuacji podejrzenia krzywdzenia lub posiadania informacji o krzywdzeniu dziecka zarówno w podmiocie, jak i poza nim (art. 22c ust 1 pkt 2 p.p.s.U). Tak ujęte pozostają w zgodności z wskazanymi w KPD wymogami działań prewencyjnych, zapobiegających krzywdzeniu dziecka, w tym procedur ustalania, informowania, wszczynania i prowadzenia śledztwa oraz tam, gdzie jest to niezbędne ingerencji sądu (art. 19 ust. 2 KPD). Ten złożony układ sprawia, że dokument SOM powinien jednocześnie uwzględniać obowiązujące regulacje prawne oraz aspekt psychologiczny i pedagogiczny relacji z dziećmi^[26].

Analizując charakter prawny SOM należy stwierdzić, że jest to obligatoryjny dokument wewnętrzny. Tak ujęty wiąże wszystkie działające w obiekcie osoby, które ustawodawca określa mianem „personelu podmiotu” (art. 22c ust. 3 pkt 1 p.p.s.U). Najczęściej będą go zatem tworzyć zarówno pracownicy zatrudnieni na podstawie stosunku pracy, osoby związane umowami cywilnoprawnymi, stażyści przyjęci na podstawie umów stażowych oraz wolontariusze. W odniesieniu do podmiotów świadczących usługi hotelarskie jest to uzasadnione faktem szeroko rozumianego zakresu usług hotelarskich. Co więcej, dokument ten musi pozostawać w zgodności nie tylko z przepisami powszechnie obowiązującymi, ale innymi, obowiązującymi w obiekcie dokumentami wewnętrznymi, których treść powinna być do SOM dostosowana. Taka relacja względem siebie dokumentów wewnętrznych jest podyktowana przewodnim celem SOM,

²⁶ Na etapie legislacyjnym, w uzasadnieniu projektu doprecyzowano czym są SOM, podkreślając, że są to „procedury ochrony małoletnich przed krzywdzeniem”. Podkreślono, że „potrzebne są środki o charakterze profilaktycznym jak i interwencyjnym, ukierunkowane na zawiadomienie właściwych organów oraz natychmiastową pomoc skrzywdzonemu, jego bliskim (o ile nie są krzywdzicielami) a także w stosownych przypadkach wsparcie otoczenia. Musi to znajdować odzwierciedlenie w omawianych procedurach, które tylko w ten sposób spełniają cel, który przyświeca ich wprowadzeniu. Stąd projektodawca za niezbędne elementy standardów uznał te, które odpowiadają tym obszarom”, zob. Druk nr 3309, zawierający uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/o/C7D97BFE7DA14CDDC12589C1002D2942/%24File/3309.pdf>. [dostęp: 27.06.2024].

jakim jest ochrona bezpieczeństwa przebywających w obiekcie hotelarskim dzieci przed krzywdzeniem i przemocą.

W budowie dokumentu SOM ustawodawca wskazuje na dwa podstawowe elementy w postaci zasad i procedur (art. 22c ust. 1 p.p.s.U), które w odniesieniu do podmiotów świadczących usługi hotelarskie zostały doprecyzowane w ust. 3 ww. przepisu. Zasady mają na celu dookreślenie obowiązujących w podmiocie reguł obowiązujących w relacjach pomiędzy pracownikami podmiotu a dziećmi oraz pomiędzy dziećmi i ich opiekunami. Zadaniem procedur jest natomiast ustalenie ścieżek postępowania w każdej, budzącej podejrzenie krzywdzenia dziecka sytuacji. Przyjęta konstrukcja ma na celu usprawnienie i przyspieszenie procesu reagowania, a jej zasadniczym celem jest wzmoczenie bezpieczeństwa i ochrony dziecka przebywającego w podmiocie. Zgodnie z rozwiązaniami zawartymi w art. 22c ust. 3 p.p.s.U dokument SOM podmiotu świadczącego usługi hotelarskie powinien, po pierwsze, zawierać zasady zapewniające bezpieczne relacje między personelem podmiotu a małoletnim, a w szczególności zachowania niedozwolone wobec małoletnich. Po drugie, zasady i procedury identyfikacji małoletniego przebywającego w obiekcie hotelarskim^[27] i jego relacji w stosunku do osoby dorosłej, z którą przebywa w obiekcie. Po trzecie, zasady i procedury reagowania w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że dobro małoletniego znajdującego się na terenie obiektu hotelarskiego jest zagrożone. W praktyce podmiot powinien zatem opracować wykaz charakterystycznych z uwagi na specyfikę świadczonych usług, mogących wystąpić zachowań, naruszających bezpieczeństwo dziecka. Ideą ustawodawcy było nałożenie na podmiot obowiązku reagowania nie tylko w sytuacjach wystąpienia zdarzenia wyrządzającego krzywdę, ale samego podejrzenia krzywdzenia dziecka, aby zdarzeniom takim zapobiec. W związku z tym podmiot ma nie tylko obowiązek wprowadzenia dokumentu SOM, ale i przeszkolenia personelu, który tym obowiązkiem musi sprostać. Aby zapobiec marginalizowaniu dokumentu SOM, konieczna jest okresowa weryfikacja treści dokumentu pod kątem oceny jego skuteczności (art. 22c ust. 6 p.p.s.U). Temu celowi służy bieżący obowiązek monitorowania zawartych w dokumencie rozwiązań oraz weryfikacja jego treści raz na dwa lata. Ponadto, ustawa wprowadziła wymóg upowszechnienia oraz dostępności dokumentu zarówno na stronie internetowej obiektu,

²⁷ Ustawodawca posługuje się tu pojęciem „obiekt hotelarski”, ale jak już wyżej wskazano usługi hotelarskie mogą być świadczone nie tylko w obiektach hotelarskich w rozumieniu ustawy o usługach hotelarskich, ale także w innych obiektach.

jak i w widocznym miejscu w obiekcie. Z uwagi na podmiot, któremu dokument ma służyć, obok wersji zupełnej obowiązkowa jest ponadto wersja skrócona, przeznaczona dla małoletnich. Wszystkie wskazane powyżej wymogi, mimo ich praktycznych trudności, mają służyć kompleksowej ochronie małoletniego, co w kontekście upublicznianych informacji, badań i raportów dotyczących skali krzywdzenia dzieci jest w pełni uzasadnione^[28].

4 | Realizacja obowiązków wynikających z SOM przez podmioty świadczące usługi hotelarskie

Wskazany w ustawie zakres przedmiotowy dokumentu SOM, w kontekście obowiązków podmiotów świadczących usługi hotelarskie, obejmuje m.in. wymogi dotyczące zapewnienia bezpiecznych relacji pomiędzy personelem podmiotu a dzieckiem, wymogi w kwestii obowiązku identyfikacji dziecka przebywającego w obiekcie i jego relacji w stosunku do osoby dorosłej, wymogi w zakresie reagowania, w tym wskazania osób odpowiedzialnych do składania właściwych zawiadomień w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że dobro dziecka znajdującego się na terenie obiektu hotelarskiego jest zagrożone. Z uwagi na konieczność zachowania dyscypliny pisarskiej, dalsze rozważania skupią się na dwóch ze wskazanych w art. 22c ust 3 p.p.s.U obowiązkach, tj. relacji pomiędzy małoletnim a personelem podmiotu oraz identyfikacji dziecka i jego relacji z osobą, pod opieką której przebywa na terenie obiektu.

²⁸ Raport „Dzieci się liczą 2022” opracowany przez Fundację Dajemy Dzieciom Siłę, pod patronatem Ministerstwa Sprawiedliwości, który w kompleksowy sposób opisuje problem krzywdzenia dzieci oraz obszary zagrożeń bezpieczeństwa i rozwoju dzieci opierając się na statystykach gromadzonych przez instytucje państwowe oraz na danych badawczych. <https://fdds.pl/co-robimy/raporty-z-badan/2022/dzieci-sie-licza-2022.html>. [dostęp: 27.06.2024].

4.1. Relacja pomiędzy małoletnim a personelem podmiotu

Jedną z przyczyn dla których podmioty świadczące usługi hotelarskie są pociągane do odpowiedzialności, są szkody wyrządzone osobom korzystającym z tych usług przez nieodpowiednio przygotowany i zatrudniony personel, którego zachowanie nie zapobiega, a wręcz narusza zasady mające zapewnić bezpieczeństwo gościom. W odniesieniu do dzieci ustawodawca zdecydował się na wzmocnienie ochrony ich bezpieczeństwa poprzez obowiązek szczegółowej weryfikacji zatrudnianych do pracy z dziećmi osób. Następuje ona zgodnie z wymogami zawartymi w rozdziale 3 p.p.s.U, który w szczególowy sposób określa obowiązki pracodawców i innych organizatorów w zakresie działalności związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich, lub z opieką nad nimi oraz pracowników i innych osób dopuszczanych do takiej działalności, w sytuacjach, gdy działalność podmiotu lub świadczone przez podmiot usługi są skierowane do dzieci. Wyznaczony treścią art. 21 p.p.s.U, zakres obowiązków jest szeroki i dotyczy zarówno stosunków pracowniczych, jak i pozapracowniczych. Sprowadza się on do nałożonego na pracodawcę lub innego organizatora obowiązku uzyskania informacji o nowozatrudnianym pracowniku lub o osobie, która będzie współpracować z podmiotem, w kwestii tego, czy dane tej osoby nie są zamieszone w Rejestrze Sprawców Przystępstw na Tle Seksualnym. Uzyskane w wyniku sprawdzenia informacje są utrwalone w formie wydruku i załączane odpowiednio albo do akt osobowych pracownika albo dokumentacji dotyczącej osoby dopuszczonej do działalności na innej niż pracownicza podstawie (art. 21 ust. 2 p.p.s.U). Z uwagi na przedmiot informacji zawartych w wydruku z wyżej wymienionego rejestru, obejmujący chronione dane osobowe dokument ten musi być odpowiednio zabezpieczony.

W wyniku nowelizacji z 2023 r. obowiązek weryfikacyjny związany z zatrudnieniem uległ poszerzeniu. Aktualnie osoby podejmujące zatrudnienie lub działalność z dziećmi są dodatkowo obowiązane do przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie przestępstw określonych w rozdziale XIX i XXV Kodeksu karnego^[29] (k.k.), w art. 189a i art. 207 k.k. oraz w ustawie z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu

²⁹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r., t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 17, dalej k.k.

narkomanii^[30] lub za odpowiadające tym przestępstwom czyny zabronione określone w przepisach prawa obcego. W odniesieniu do osób, które posiadają inne niż polskie obywatelstwo, wprowadzony został dodatkowy wymóg przedstawienia informacji z rejestru karnego państwa obywatelstwa tej osoby, uzyskane dla celów działalności zawodowej lub wolontariackiej związanej z kontaktami z dziećmi. W sytuacji braku możliwości uzyskania informacji dla wskazanych celów, wystarczająca będzie informacja z rejestru karnego tego państwa, a w sytuacji nieprowadzenia przez państwo rejestru karnego, wskazane w art. 21 ust. 7 p.p.s.U oświadczenia. Wzmocnieniem statusu wszelkich składanych w związku z zatrudnieniem oświadczeń jest przewidziany w ustawie rygor odpowiedzialności karnej. Tak ujęty obowiązek budzi jednak wątpliwości co do zakresu jego stosowania. Pojawia się bowiem pytanie, czy dotyczy on każdego zatrudnionego w hotelu pracownika, czy osoby świadczącej usługi na innej niż pracownicza podstawie, czy jedynie tych, których charakter pracy czy zakres obowiązków obejmuje m.in. kontakt z dziećmi. Wydaje się, że obowiązek wskazany w art. 21 p.p.s.U dotyczy osób zatrudnionych czy też współpracujących bądź świadczących usługi na rzecz podmiotu, ale z ograniczeniem do tych, które mogą mieć kontakt z dziećmi. Analiza treści przepisu nie daje podstaw do uznania, że wymóg weryfikacji dotyczy bezwzględnie każdego zatrudnionego, współpracującego czy świadczącego usługi na rzecz podmiotu. W związku z tym istotne jest czy na danym stanowisku lub w ramach innej aktywności występuje czy może wystąpić kontakt z małoletnimi, realizujący się w którymś z rodzajów działalności wskazanej w art. 21 ust. 1 p.p.s.U. Decydujący zatem jest rodzaj pracy, zakres obowiązków, organizacja pracy na danym stanowisku^[31]. Tak ujęty wymaga jednak każdorazowo zindywidualizowanej oceny.

Zweryfikowany zgodnie z wymogami art. 21 p.p.s.U personel jest zobowiązany do przestrzegania w relacjach z dziećmi określonych zasad postępowania. Przepis art. 22b ust. 3 pkt. 1 p.p.s.U. wskazuje, że dostosowane do charakteru i rodzaju prowadzonych usług SOM określają zasady zapewniające bezpieczne relacje między personelem podmiotu a małoletnim, a w szczególności zachowania niedozwolone. W związku z tym struktura dokumentu SOM powinna zaszyfrowany w przepisie wymóg

³⁰ T.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1939 ze zm.

³¹ Tak Izabela Baranowska, *Nowe obowiązki pracodawców dotyczące weryfikacji niekaralności osób zatrudnianych do pracy z dziećmi* (LEX/el., 2024). [dostęp: 20.06.2024].

uwzględniać, wskazując z jednej strony ogólne zasady bezpiecznych relacji personelu podmiotu z dzieckiem, z drugiej jednoznacznie dookreślać rodzaje zachowań niedozwolonych (np. pozostawianie sam na sam z małoletnim w pomieszczeniu, w szczególności bez kamer monitoringu, chyba że pozostawienie małoletniego samego mogłoby zagrażać jego życiu lub zdrowiu; wchodzenie w pozasłużbowe interakcje z małoletnim). W praktyce wymóg ten powinien być zrealizowany poprzez odpowiedni, ustawowo dookreślony podział treści dokumentu. Jednocześnie w tym samym przepisie ustawodawca wskazuje, że w sytuacji uzasadnionego przypuszczenia, iż dobro małoletniego znajdującego się na terenie obiektu hotelarskiego jest zagrożone, reakcja personelu podmiotu powinna przebiegać zgodnie z wyznaczonymi na taką okoliczność procedurami zawartymi w dokumencie SOM (art. 21b ust. 3 pkt. 3 p.p.s.U), przewidującymi np. powiadomienie przełożonego czy dyrektora obiektu, powiadomienie organów policji, a w uzasadnionych przypadkach nawet uniemożliwienie dziecku i osobie towarzyszącej opuszczenia obiektu czy dokonanie tzw. zatrzymania obywatelskiego. Pożądanym jest przy tym, aby dokument SOM opisywał przykłady uzasadnionego przypuszczenia, że dobro małoletniego jest zagrożone, np. poprzez wskazanie, że mogą o tym świadczyć: ślady, które mogą być wynikiem krzywdzenia (siniaki, otarcia, zadrapania); widoczny lęk lub zdenerwowanie dziecka, połączone często z chaotycznymi wypowiedziami, szczególnie gdy znajduje się w obecności osoby dorosłej mu towarzyszącej; informacje pochodzące od dziecka, że jest krzywdzone; znalezienie materiałów pornograficznych, narkotyków lub dużej ilości alkoholu w pokoju osoby, której towarzyszy dziecko; zachowanie się gościa polegające na uniemożliwieniu obsłudze nawiązania jakiegokolwiek kontaktu z dzieckiem (gość zabiera dziecko szybko do pokoju, na drzwiach pokoju jest wciąż zawieszona wywieszka „nie przeszkadzać”, gość nie zgadza się na sprzątnięcie pokoju).

4.2. Obowiązek identyfikacji małoletniego i ustalenia jego relacji do osoby dorosłej, z którą przebywa

Zakres drugiego z chroniących przed krzywdzeniem małoletniego wymogu, zawarty w art. 21b ust. 3 pkt. 2 p.p.s.U, dotyczy identyfikacji małoletniego oraz ustalenia relacji małoletniego z osobą, z którą w obiekcie przebywa.

Kwestia identyfikacji gościa w podmiocie świadczącym usługi hotelarskie nie jest do końca oczywista z uwagi na przyjętą praktykę tzw. meldunku gościa. Posługiwanie się w odniesieniu do pobytu w zakładzie hotelarskim określeniem „meldunek” nie ma aktualnie żadnej podstawy prawnej, szczególnie w kontekście administracyjno-prawnego obowiązku zameldowania na określony rodzaj pobytu, regulowanego rozdziałem 4 ustawy o ewidencji ludności^[32]. Obowiązek meldunkowy klientów korzystających z usług hotelarskich przewidywał art. 18 nieobowiązującej ustawy o ewidencji ludności i dowodach osobistych^[33]. Zebrane dane (imię i nazwisko, imiona rodziców, data i miejsce urodzenia, adres stałego pobytu, data przybycia i zamierzony czas trwania pobytu, szczegółowe oznaczenie dokumentu tożsamości) podlegały ewidencjonowaniu w tzw. książce zameldowań lub w systemie teleinformatycznym (art. 44b ww. ustawy). Choć powyższy obowiązek zniesiono 1 stycznia 2013 r., to wiele podmiotów świadczących usługi hotelarskie w dalszym ciągu pobiera od swych klientów dane osobowe. Wynika to z konieczności identyfikacji przez ten podmiot drugiej strony umowy, szczególnie w kontekście przysługującym temu podmiotowi uprawnień do zabezpieczenia należności za „[...] mieszkanie, utrzymanie i usługi dostarczone osobie korzystającej z jego usług” oraz ustawowe prawo zastawu na rzeczach wniesionych przez gościa (art. 850 k.c.). Dane zostają podane w związku z rezerwacją i są weryfikowane (uzupełniane) w czasie rejestracji gościa w obiekcie. Ich zakres obejmuje najczęściej imię i nazwisko, numer PESEL lub paszportu, adres zamieszkania, telefon, adres e-mail. Z uwagi na charakter danych podlegają one ochronie w zakresie obowiązków wynikających z RODO^[34], a obowiązkiem obiektu jako administratora danych jest uzyskanie stosownych zgód. Najbardziej popularną

³² Ustawa z 24 września 2010 r., t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 736.

³³ Artykuł 18 ustawy z 10 kwietnia 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych, t.j. Dz. U. z 2006 r., nr 139, poz. 993 ze zm., stanowił, że „1. Osoba, która przybywa do domu czasowego lub wycieczkowego, pensjonatu, hotelu, motelu, domu wycieczkowego, pokoju gościnnego, schroniska, campingu lub na strzeżone pole biwakowe albo do innego podobnego zakładu, jest obowiązana zameldować się na pobyt czasowy przed upływem 24 godzin od chwili przybycia. 2. Zameldowania dokonuje się u kierownika zakładu lub upoważnionej przez niego osoby”.

³⁴ Chodzi o obowiązki wynikające z 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 (Dz.Urz. UE.L Nr 119, poz.1) oraz ustawy o ochronie danych osobowych z dnia 10 maja 2018 r (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1781).

formą jest dokonywanie rezerwacji za pośrednictwem strony internetowej obiektu bądź portalu rezerwacyjnego, na którym zamieszczono ofertę obiektu z możliwością dokonywania rezerwacji, rzadziej za pośrednictwem korespondencji mailowej czy rezerwacji telefonicznej. W formularzu rejestracyjnym z reguły zamieszcza się dane osobowe dokonującego rezerwacji wraz z podaniem liczby osób, które z usługi hotelarskiej będą korzystały, niejednokrotnie z rozróżnieniem na osoby dorosłe i dzieci, których wiek podlega ujawnieniu (zazwyczaj jest to związane z niższymi opłatami za pobyt dzieci do określonego wieku). W większości przypadków wypełniany po przybyciu gościa do obiektu formularz rejestracji obejmuje dane osobowe osób pełnoletnich (czasami tylko jednej z nich), które są weryfikowane zgodnie z przedstawionym do wglądu dokumentem tożsamości. W przypadku dzieci, obiekty najczęściej albo nie żądały ich danych, albo nie dokonywały weryfikacji podanych przez opiekunów, nie ustalały również typu relacji pomiędzy opiekunem a dzieckiem. Powinno to ulec zmianie, z uwagi na wprowadzony art. 22c ust. 3 pkt 2 p.p.s.U obowiązek identyfikacji małoletniego przebywającego w obiekcie hotelarskim i ustalenie relacji w stosunku do osoby dorosłej, z którą przebywa.

Ustanawiając powyższy obowiązek ustawodawca nie podał jednak żadnych wskazówek odnośnie do sposobu jego realizacji. Stąd też we wprowadzonym w obiekcie dokumencie SOM powinny być przewidziane zasady, z których m.in. wynika obowiązek identyfikacji dziecka oraz ustalenia relacji do osoby dorosłej oraz procedury, w których podano sposób identyfikacji oraz ustalania relacji. Z uwagi na brak powszechnej wiedzy co do istnienia wyżej wskazanego obowiązku oraz dotychczasową praktykę podmiotów świadczących usługi hotelarskie, polegającą bądź na niepobieraniu danych dzieci, bądź też braku weryfikacji danych dziecka podanych przez osobę dorosłą, której dziecko towarzyszy, żądanie danych dziecka może budzić wątpliwości i podejrzenia u osoby dorosłej, z którą dziecko przebywa. Wątpliwości te mogą być dodatkowo potęgowane przez jakże powszechne przekonanie, że z uwagi na RODO takie dane osobowe nie powinny być wymagane, szczególnie że dziecko nie zawiera umowy hotelowej. W związku z powyższym, aby nie wywoływać konsternacji u gości, wskazanym jest opracowanie przez obiekt wzoru informacji o tym, że podmiot dba o bezpieczeństwo dzieci i stosuje odpowiednie procedury ochrony w postaci SOM. Tego rodzaju informacja powinna być zamieszczona w widocznym miejscu zarówno w obiekcie, jak i na stronie internetowej obiektu. Ponadto, z uwagi na praktyczny aspekt konieczności identyfikacji dziecka oraz ustalenia jego relacji z osobą dorosłą, w procedurach

przewidzianych w SOM oraz w formularzach rezerwacji oraz rejestracji w obiekcie, powinna być zawarta informacja o obowiązku przedstawienia do wglądu dokumentu potwierdzającego tożsamość dziecka, a w przypadku, gdy będzie ono przebywać w obiekcie z osobą, która nie jest jego prawnym opiekunem, konieczność przedstawienia zgody takiego prawnego opiekuna. Informacja ta powinna szczególnie wybrzmiewać w związku z dokonaną rezerwacją, aby osoba przybywająca do obiektu z dzieckiem była do identyfikacji dziecka i weryfikacji relacji przygotowana i wyposażona w odpowiednie dokumenty. Identyfikacja dziecka powinna być dokonywana w oparciu o dokument z numerem PESEL lub numerem paszportu. Praktyczny problem pojawi się w sytuacji braku tego rodzaju dokumentów, co w odniesieniu do rejestracji małych dzieci i wymogu okazania dokumentu z ich numerem PESEL może być w wielu przypadkach problematyczne^[35]. Mając na uwadze, że zarówno identyfikacja, jak i weryfikacja relacji z dzieckiem musi być oparta na ujawnieniu określonych danych osobowych, które z uwagi na ich status podlegają ochronie, sposób realizacji wskazanych obowiązków powinien być jednoznacznie dookreślony.

Jak już wskazano, ustawodawca nie przewidział żadnego doprecyzowania sposobu realizacji nałożonego na obiekty hotelarskie obowiązku. W treści rozdziału 4b p.p.s.U. nie przewidział uszczegółowienia w rozporządzeniu. W świetle wagi i znaczenia wprowadzonych wymogów należy oczekiwać pilnej reakcji ustawodawcy w zakresie doprecyzowania rodzajów dokumentów umożliwiających identyfikację dziecka. Podobnie powinny być jednoznacznie wskazane sposoby ustalania relacji dziecka i osoby dorosłej, z którą przebywa. Jest to istotne także z uwagi na zasady przewidziane w RODO, w szczególności zasadę minimalizacji danych. Obecnie obiekt może przewidzieć różną możliwość wypełnienia nałożonych na niego obowiązków identyfikacyjnych i weryfikacyjnych, i o ile nie będą one sprzeczne z przepisami prawa, nie ma podstaw do ich kwestionowania. Nie powinien jednak z nich zrezygnować, z uwagi na ich szczególnie ochronne znaczenie.

W praktyce nałożony na obiekt obowiązek budzi pewne wątpliwości z uwagi na wiązane z usługami hotelarskimi niepisane zasady poufności i prywatności gości obiektu. Mimo dostrzegalnych w środowisku

³⁵ Można się też posłużyć odpisem aktu urodzenia dziecka, zwłaszcza gdy nr PESEL nie został jeszcze nadany. W praktyce jest on na ogół nadawany w ciągu 30 dni (max. w ciągu 3 miesięcy) od dnia zgłoszenia narodzin dziecka do właściwego Urzędu Stanu Cywilnego. W przypadku dzieci szkolnych w celu identyfikacji dziecka można się także posłużyć legitymacją ze zdjęciem.

hotelarskim związanych z tym obaw, w tym utraty zaufania gości, wprowadzenie obowiązków wynikających z dokumentu SOM nie wpłynie na oczekiwaną od obiektu dyskretność. Wręcz przeciwnie, ułatwi pracownikom obiektu reagowanie w każdej wątpliwej z uwagi na obawę krzywdzenia dziecka sytuacji. Możliwość powołania się na obowiązujące w obiekcie procedury wzmacnia pozycję osoby weryfikującej tożsamość dziecka, a przewidziane w związku z podejrzeniem krzywdzenia obowiązki pracowników obiektu mogą w wielu sytuacjach spełnić rolę prewencyjną.

5 | Podsumowanie

Nałożony na podmioty świadczące usługi hotelarskie obowiązek wprowadzenia i stosowania dokumentu SOM, mimo pojawiających się praktycznych problemów ma istotne znaczenie dla wzmocnienia bezpieczeństwa przebywających w obiekcie dzieci. Stosowanie zawartych w dokumencie SOM zasad i procedur spełnia zakładaną przez ustawodawcę rolę i pozwala na realizację założonych funkcji dokumentu w obszarze profilaktyki, uzasadnienia dla podjęcia interwencji i wsparcia. Dostrzeżone w przedstawionych badaniach praktyczne problemy związane z obowiązkiem identyfikacji dziecka, szczególnie w sytuacji małego dziecka oraz ustalenia relacji z osobą dorosłą, wymagają pilnej reakcji ustawodawcy. Pożądanym byłoby, aby ustawodawca wskazał wprost jakich danych i dokumentów może wymagać obiekt hotelarski w takim przypadku, zwłaszcza że chodzi tu o dane osobowe podlegające RODO. Stanowiłoby to także jasną informację dla osób zamierzających skorzystać z usługi hotelarskiej odnośnie do obowiązku przedstawienia określonych danych i dokumentów.

Bez względu na sposób odbioru zmieniającego się podejścia do kwestii bezpieczeństwa dzieci, dokument SOM ułatwia pracownikom obiektu zarówno identyfikację dziecka, jak i weryfikację relacji z osobą, pod opieką której dziecko przebywa. Realizacji wskazanych obowiązków służy informacja, że obiekt dba o bezpieczeństwo dzieci i stosuje SOM. Informacja powinna być umieszczona zarówno w widocznym miejscu w obiekcie, jak i na stronie internetowej. Dodatkowo, aby wyeliminować stresogenne dla przybywającego z dzieckiem gościa sytuacje trudności wykazania jego relacji z dzieckiem, zarówno na stronie internetowej, jak i w formularzu rezerwacji powinna być umieszczona wyraźna informacja o konieczności

przedstawienia przy rejestracji dokumentu potwierdzającego tożsamość dziecka i jego relacji w stosunku do gościa, gdy nie wynika to z dokumentów tożsamości. Nałożony w tym zakresie wymóg spełnia niewątpliwie charakter prewencyjny. Ponadto, wpływa na opinię obiektu świadczącego usługi hotelarskie jako podmiocie, który w społecznie odpowiedzialny sposób, poprzez odpowiedni dobór i weryfikację personelu, jego szkolenie i audyt stosowanych procedur dba o bezpieczeństwo gości, zwłaszcza ochronę dzieci jako osób szczególnie narażonych na krzywdzenie, promując pożądaną społecznie postawę.

Bibliografia

- Baranowska Izabela, *Nowe obowiązki pracodawców dotyczące weryfikacji niekaralności osób zatrudnianych do pracy z dziećmi*. LEX/el. 2024.
- Cybula Piotr, „Kilka refleksji na temat normatywnej regulacji usług hotelarskich w prawie polskim”, [w:] *W poszukiwaniu dobrego prawa*, t. II, *Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Steca*, red. Katarzyna Małysa-Sulińska, Marcin Spyra, Andrzej Szumański. 555-576. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022.
- Cybula Piotr, *Usługi turystyczne. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Deszczka Edyta, Katarzyna Zaklikocka, „Usługi hotelarskie a obowiązki – zagadnienia prawne i praktyczne” *Nieruchomości*, nr 9 (2019): 4-11.
- Gospodarek Jerzy, *Prawo turystyczne*. Warszawa: Difin, 2006.
- Gospodarek Jerzy, *Prawo turystyczne*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 2001.
- Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*, red. Dominik Borek, Hanna Zawistowska. Gdańsk: ODDK, 2000.
- Nesterowicz Mirosław, *Prawo turystyczne*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Raciborski Jacek, *Usługi turystyczne. Przepisy i komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1999.



Podstawa ogólna skargi nadzwyczajnej

General Premise for an Extraordinary Appeal

Abstract

This paper is devoted to the general prerequisite (also known as the functional prerequisite) of an extraordinary appeal, as set forth in Article 89 § 1 in principle of the Supreme Court Law. Its fulfillment determines the possibility of upholding the extraordinary complaint. In other words, a final decision of a general or military court may be revoked if it is necessary to ensure compliance with the principle of a democratic state of law, realizing the principles of social justice. An analysis of the indicated concept in the existing literature and case law was carried out, and conclusions were presented.

KEYWORDS: general premise, extraordinary appeal, the Supreme Court, the principle of a democratic state of law, the principles of social justice

SŁOWA KLUCZOWE: podstawa ogólna, skarga nadzwyczajna, Sąd Najwyższy, zasada demokratycznego państwa prawnego, zasady sprawiedliwości społecznej

OKTAWIAN NAWROT, doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Gdańskiego, ORCID – 0000-0002-9345-1198, e-mail: oktawian.nawrot@ug.edu.pl

KRZYSZTOF OLSZAK, doktor nauk prawnych, Akademia Wymiaru Sprawiedliwości, ORCID – 0000-0001-8304-0136, e-mail: krzysztof.olszak@aws.edu.pl

1 | Podstawy prawne

Na mocy art. 89 § 1 u.SN^[1], jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, od prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego lub sądu wojskowego kończącego postępowanie w sprawie może być wniesiona skarga nadzwyczajna, o ile: 1) orzeczenie narusza zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określone w Konstytucji lub 2) orzeczenie w sposób rażąco narusza prawo przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, lub 3) zachodzi oczywista sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego – a orzeczenie nie może być uchylone lub zmienione w trybie innych nadzwyczajnych środków zaskarżenia.

Tym samym dla uwzględnienia skargi nadzwyczajnej nie jest wystarczające spełnienie którejś z podstaw (przesłanek) szczególnych^[2] skargi

¹ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, tekst jedn. Dz. U. z 2023 r., poz. 1093 (dalej również: u.SN).

² W doktrynie i orzecznictwie stosuje się również zamiennie termin podstawa (przesłanka) „szczegółowa” – por. szerzej Marcin Łochowski, „Skarga nadzwyczajna”, [w:] *Środki zaskarżenia. System Postępowania Cywilnego*. t V, red. Agnieszka GóraBłaszczkowska (Warszawa: C.H. Beck, 2023), 852, nb 100. W niniejszym opracowaniu zdecydowaliśmy się na przyjęcie określenia „podstawa (przesłanka) szczególna” z następujących względów: po pierwsze relacja zachodząca między „ogółem” i „szczegółem” (przy założeniu, że pojęcia te odnoszą się do tego samego obiektu) jest relacją całości do części. Zgodnie bowiem z ich leksykalnym znaczeniem, szczegół jest elementem ogółu. Relacja tego rodzaju bez wątpienia nie zachodzi pomiędzy podstawą ogólną i podstawami szczególnymi skargi nadzwyczajnej. Przyjęcie takiego punktu widzenia prowadziłoby bowiem do uznania, że każdorazowo naruszenie którejkolwiek z podstaw szczególnych skargi nadzwyczajnej samo z siebie stanowi naruszenie jej podstawy ogólnej. Po drugie zauważyć należy, że posłużenie się nazwami „podstawa ogólna” i „podstawa szczegółowa” mogłoby sugerować, że zachodzi tu analogia do przepisu ogólnego i szczegółowego. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz.U. 2016, poz. 283 ze zm.; dalej: „ZTP”) w przepisach ogólnych zamieszcza się (1) określenie zakresu spraw regulowanych ustawą i podmiotów, których ona dotyczy, lub spraw i podmiotów wyłączonych spod regulacji, (2) objaśnienia użytych w ustawie określeń i skrótów oraz (3) inne postanowienia wspólne dla wszystkich albo dla większości przepisów merytorycznych zawartych w ustawie (§ 21 ZTP). Przepisy szczegółowe – w olbrzymim skrócie – ustanawiają wyjątki, uregulowania odrębne w stosunku do przepisów ogólnych. Ponownie nie można uznać, że tego rodzaju charakterystyka mogłaby zostać zasadnie odniesiona do postawy ogólnej i szczególnej skargi nadzwyczajnej,

nadzwyczajnej, ale aby orzeczenie sądu powszechnego lub wojskowego mogło zostać uchylone lub zmienione w trybie kontroli nadzwyczajnej, dodatkowo Sąd Najwyższy musi stwierdzić, że została spełniona podstawa (przesłanka) ogólna tzn. jego uchylenie lub zmiana jest konieczna dla zapewnienia zgodności z zasadą ustrojową wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP³ tj. zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej.

Innymi słowy, o ile wystarczające jest wykazanie zaistnienia tylko jednej (dowolnej) spośród trzech podstaw szczególnych skargi nadzwyczajnej, o tyle podstawa ogólna (która jest jedna) musi być spełniona zawsze (w każdym przypadku). Zatem nawet gdyby w danej skardze nadzwyczajnej zasadne były zarzuty odnoszące się do wszystkich trzech podstaw szczególnych, brak wykazania spełnienia podstawy ogólnej skutkowałby nieuwzględnieniem skargi nadzwyczajnej przez Sąd Najwyższy. Unaocznia to znaczenie podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej, co znajduje odzwierciedlenie nie tylko w art. 89 u.SN. Dostrzec należy, że waga podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej jest na tyle istotna, iż ustawodawca już w art. 1 pkt 1 lit. b u.SN wskazał, że Sąd Najwyższy jest organem władzy sądowniczej, powołanym do sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez kontrolę nadzwyczajną prawomocnych orzeczeń sądowych w celu zapewnienia ich zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej przez rozpoznawanie skarg nadzwyczajnych.

nie wspominając o możliwości zastosowania rozumowania nawiązującego do reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*. W przeciwieństwie do powyższego, termin „podstawa (przesłanka) szczególna” wskazuje, że mamy do czynienia z wyjątkową (a nie szczegółową) okolicznością określoną przez ustawodawcę.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. nr 78, poz. 483, ze zm. [dalej: Konstytucja RP].

2 | Podstawa ogólna skargi nadzwyczajnej w doktrynie

Precyzyjne zrekonstruowanie podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej jest stosunkowo trudne^[4]. Niewątpliwie należy mieć na uwadze szerszą perspektywę – skarga nadzwyczajna jest środkiem zapewniającym spójność (koherentność) porządku prawnego państwa, rozumianego jako suma indywidualnych aktów stosowania prawa przez sądy, celem skargi jest więc usunięcie z obrotu prawnego orzeczenia, które – w tak ujęty porządek, w tym w szczególności konstytucyjny – godzi^[5]. Pozwala to na wszechstronną i wyczerpującą analizę wszystkich skutków wydanego orzeczenia z punktu widzenia wartości konstytucyjnych^[6].

Z brzmienia zasady wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP i powtórzonej w ustawie o Sądzie Najwyższym można odczytać trzy samodzielne zasady: zasadę państwa demokratycznego, zasadę państwa prawnego i zasadę sprawiedliwości społecznej^[7]. Z zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej wypływa również szereg zasad szczegółowych^[8] (pochodnych^[9]). Mając na uwadze konieczność przestrzegania wszystkich zasad wynikających z zasady demokratycznego państwa prawnego, w tym zasady stabilności orzeczeń sądowych, w przypadku każdej skargi nadzwyczajnej istotny element stanowi ważenie wartości^[10]. Z perspektywy praktycznej, należy podkreślić, że ze względu na złożony charakter zasada demokratycznego państwa

⁴ Vide Mateusz Radajewski, „Skarga nadzwyczajna (wybrane zagadnienia)” *Państwo i Prawo*, z. 3 (2020): 66.

⁵ Vide Marek Dobrowolski, Aleksander Stępkowski, „Skarga nadzwyczajna – dopełnienie systemu” *Studia Iuridica*, t. XCI (2022): 75.

⁶ Vide Łochowski, „Skarga nadzwyczajna”, 855, nb 104.

⁷ Krzysztof Szczucki, *Ustawa o Sądzie Najwyższym. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer), 2021, 857, nb 108.

⁸ Confer Agata Tarnacka, „Skarga nadzwyczajna jako instrument kontroli zgodności prawomocnych orzeczeń z art. 2 Konstytucji” *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, nr 5 (2022): 44.

⁹ Confer szerzej Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 24 maja 1994 r., sygn. akt K 1/94, OTK 1994, nr 1, poz. 10; z dnia 18 października 1994 r., sygn. akt K 2/94, OTK 1994, poz. 36; z dnia 3 grudnia 1996 r., sygn. akt K 25/95, OTK 1996, nr 6, poz. 52; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 listopada 1997 r., sygn. akt K 26/97, OTK 1997, nr 5-6, poz. 64.

¹⁰ Vide Maria Szczepaniec, „Skarga nadzwyczajna w praktyce – wybrane zagadnienia” *Prokuratura i Prawo*, nr 9 (2021): 25.

prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej wymaga konkretyzacji w każdej skardze nadzwyczajnej, co za tym idzie nie jest wystarczające odwołanie się *in casu* do konieczności uchylecia lub zmiany zaskarżonego orzeczenia ze względu na abstrakcyjnie ujmowaną zasadę, o której mowa w art. 2 Konstytucji RP^[11]. W uzasadnieniu podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej skarżący ma obowiązek konkretnie wykazać, na czym polega niezgodność zaskarżonego orzeczenia z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, w szczególności przez wskazanie naruszonej zasady pochodnej wywiezionej z art. 2 Konstytucji RP i sposobu naruszenia wskazanej zasady^[12].

Wskazuje się również, że w wymiarze materialnym interes publiczny wyraża się w kształcie podstawy ogólnej ukierunkowującej skargę nadzwyczajną na zapewnienie zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej^[13].

3 | Uwagi na temat podstawy ogólnej w postępowaniu ze skargi nadzwyczajnej w orzecznictwie Sądu Najwyższego

W pierwszej kolejności wskazać należy, że również w orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że autor skargi nadzwyczajnej nie może ograniczyć się tylko do mechanicznego przytoczenia słów ustawy, ale jest obowiązany zindywidualizować podstawę odwoławczą w stosunku do okoliczności faktycznych i prawnych konkretnej sprawy^[14]. W uzasadnieniu podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej należy więc konkretnie wykazać, na czym polega niezgodność zaskarżonego orzeczenia z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości

¹¹ Łochowski, „Skarga nadzwyczajna”, 858, nb 110.

¹² Ibidem. Confer Krzysztof Olszak, „Skarga o wznowienie postępowania zakończonego orzeczeniem Sądu Najwyższego ze skargi nadzwyczajnej” *Studia Iuridica*, t. XCIV (2022): 296.

¹³ Dobrowolski, Stępkowski, „Skarga nadzwyczajna – dopełnienie systemu”, 75.

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2019 r., sygn. akt I NSNk 1/19. Confer: Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 9 grudnia 2020 r., sygn. akt I NSNu 1/20; z dnia 9 grudnia 2020 r., sygn. akt I NSNu 2/20.

społecznej, w szczególności przez wskazanie naruszonej zasady pochodnej wywiedzionej z art. 2 Konstytucji RP oraz sposobu jej naruszenia^[15], przy czym konstruując podstawę ogólną skargi skarżący nie jest ograniczony katalogiem zasad pochodnych sformułowanych w orzecznictwie i doktrynie, a tym samym może powołać się także na inną zasadę pochodną, pod warunkiem że szczegółowo przedstawi tok rozumowania, w drodze którego wywiódł daną zasadę z art. 2 Konstytucji RP^[16].

Podstawa ogólna skargi nadzwyczajnej, wyrażająca się w konieczności zapewnienia zgodności z zasadą konstytucyjną wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP, wiąże się zarówno w warstwie semantycznej, jak i aksjologicznej z klauzulą konieczności w demokratycznym społeczeństwie, którą ustrojodawca – nawiązując do sformułowania ogólnej klauzuli limitacyjnej używanej w artykułach 8-11 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka^[17] [dalej: EKPCz] – posłużył się w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP^[18].

W orzecznictwie podkreśla się również, że dokonując oceny ziszczenia się podstawy ogólnej, czyli oceniając konieczność zapewnienia zgodności prawomocnych orzeczeń z zasadą z art. 2 Konstytucji RP, kluczowe staje się ważenie konstytucyjnych wartości^[19]. Ze względu na charakter wyrażonej w tym przepisie normy-zasady zaskarżone orzeczenie sądu oceniane jest nie tyle w kategoriach jej naruszenia bądź nienaruszenia, ale przez różny stopień jej realizacji, w optymalizacyjnej konfrontacji z innymi zasadami^[20]. Innymi słowy, w trakcie kontroli nadzwyczajnej, zróżnicowane normatywne aspekty zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej wymagają wzajemnego, optymalizującego ważenia, w wyniku którego można ustalić, czy art. 2 Konstytucji RP przemawia bardziej za utrzymaniem w mocy prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego lub wojskowego

¹⁵ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2021 r., sygn. akt I NSNc 122/20.

¹⁶ Vide Postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 30 czerwca 2020 r., sygn. akt I NSNp 3/19; 28 września 2020 r., sygn. akt I NSNc 51/19.

¹⁷ 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.

¹⁸ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2020 r., sygn. akt I NSNc 57/20.

¹⁹ Vide Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 28 października 2020 r., sygn. akt I NSNc 22/20; z dnia 27 października 2021 r., sygn. akt I NSNc 180/21.

²⁰ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2020 r., sygn. akt I NSNc 57/20.

wydanego z rażącym naruszeniem prawa lub zasad konstytucyjnych, czy też za jego uchyleciem^[21].

Tym samym, to podstawa ogólna skargi nadzwyczajnej nakazuje dokonanie oceny tego, czy uchylene lub zmiana zaskarżonego orzeczenia sądu są konieczne dla zapewnienia poszanowania zasady ustrojowej wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP^[22], a zatem czy konieczna jest ingerencja w powagę rzeczy osądzonej^[23].

Podkreślić należy, że ochrona powagi rzeczy osądzonej jest głęboko zakorzeniona w aksjologii państwa prawnego, która pojmowana integralnie^[24], ma w tym wypadku przemawiać za uchyleciem tej ochrony. Paradoks ten byłby szczególnie trudny do rozwiązania, gdyby chodziło o pogodzenie naruszenia powagi rzeczy osądzonej z samą zasadą demokratycznego państwa prawnego. Jednak w przypadku zasady ustrojowej z art. 2 Konstytucji RP szczególną rolę przy ocenie zaistnienia podstawy ogólnej z art. 89 § 1 u.SN będzie odgrywała zasada sprawiedliwości społecznej. O ile bowiem nie można wykluczyć sytuacji, w których oceniana integralnie, sama zasada państwa prawnego przemawiać będzie już za uchyleciem ochrony powagi rzeczy osądzonej, o tyle wzgląd na konieczność urzeczywistnienia w demokratycznym państwie prawnym zasad sprawiedliwości społecznej, w wielu przypadkach może przemawiać za uwzględnieniem skargi nadzwyczajnej nawet wówczas, gdy w świetle samej zasady państwa prawnego zaistnienie podstawy ogólnej nie byłoby wystarczająco oczywiste^[25].

Dodać należy, że zasada proporcjonalności w kontekście art. 89 § 1 u.SN ujmowana jest z jednej strony jako dążenie do zapewnienia prawidłowości działania organów władzy publicznej (art. 7 w zw. z art. 2 Konstytucji RP) nakazujące eliminować istotne wady prawomocnych orzeczeń sądu powszechnego lub wojskowego stypizowane w punktach 1–3 tego przepisu, z drugiej zaś jako istotna, konstytucyjna wartość pewności prawa,

²¹ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2022 r., sygn. akt I NSNc 602/21.

²² Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2022 r., sygn. akt I NSNc 663/21.

²³ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2021 r., sygn. akt I NSNc 25/19.

²⁴ Confer Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2022 r., sygn. akt I NSNc 247/21.

²⁵ Vide Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2023 r., sygn. akt II NSNc 159/23; Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 25 listopada 2020 r., sygn. akt I NSNc 57/20; 28 października 2020 r., sygn. akt I NSNc 22/20; z dnia 14 września 2022 r., sygn. akt I NSNc 767/21; z dnia 17 maja 2023 r., sygn. akt II NSNc 25/23.

której immanentnym elementem jest powaga rzeczy osądzonej (*res iudicata*) służąca ochronie stabilności i prawomocności orzeczeń sądowych oraz kształtowanych przez nie stosunków prawnych (art. 45 w zw. z art. 2 Konstytucji RP)^[26]. Zaistnienie podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej winno być więc stwierdzone poprzez ustalenie, czy uchylenie zaskarżonego orzeczenia będzie – w świetle całokształtu zasady z art. 2 Konstytucji RP – proporcjonalne względem oczywistego uchylenia ochrony przysługującej prawomocnym orzeczeniom sądów^[27].

Niewątpliwie natomiast, w świetle standardów ochrony zasady pewności prawa i powagi rzeczy osądzonej, należy uznać, że skarga nadzwyczajna nie stanowi instrumentu ponownej kontroli instancyjnej^[28]. Wyjątkowość orzekania w ramach tej instytucji powinna dotyczyć tylko orzeczeń sądów, które nie dadzą się pogodzić z podstawowymi zasadami demokratycznego państwa prawnego, będąc *prima facie* orzeczeniami w sposób elementarny niesprawiedliwymi^[29].

Zasadność skargi nadzwyczajnej powinna być oceniana przede wszystkim przez pryzmat celu tego środka prawnego, wyrażonego w art. 89 § 1 *in principio* u.SN. Jest on nie tyle kryterium poprawności orzeczenia, co swoistym celem kontroli nadzwyczajnej – stanem, który powinien zostać urzeczywistniony w wyniku rozpatrzenia skargi^[30], polegającym na zapewnieniu zgodności porządku prawnego, którego zaskarżone orzeczenie jest elementem, z art. 2 Konstytucji RP. Przy czym, gdy z treści skargi nadzwyczajnej nie wynika w jaki sposób wyeliminowanie kwestionowanego orzeczenia z porządku prawnego jest niezbędne dla zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego

²⁶ Confer Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2020 r., sygn. akt I NSNu 1/20.

²⁷ Vide Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2020 r., sygn. akt I NSNc 102/20. Confer Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 9 grudnia 2020 r., sygn. akt I NSNu 1/20; z dnia 9 grudnia 2020 r. sygn. akt I NSNu 2/20; z dnia 28 lipca 2021 r., sygn. akt I NSNc 180/20.

²⁸ Vide Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 28 października 2020 r., sygn. akt I NSNc 22/20; z dnia 25 listopada 2020 r., sygn. akt I NSNc 57/20. Confer: Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2021 r., sygn. akt I NSNk 8/20.

²⁹ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2020 r., sygn. akt I NSNu 1/20.

³⁰ Confer Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 25 listopada 2020 r., sygn. akt I NSNc 57/20; z dnia 21 kwietnia 2021 r., sygn. akt I NSNc 89/20.

zasady sprawiedliwości społecznej, uznać należy, że brak jest podstaw do jej uwzględnienia^[31].

Skoro celem skargi nadzwyczajnej jest wyeliminowanie z obrotu orzeczenia, którego skutki nie dają się pogodzić z zasadami wynikającymi z art. 2 Konstytucji RP, konieczne jest przede wszystkim całościowe przeanalizowanie wszystkich skutków zaskarżonego orzeczenia, a nie tylko powiązanych z naruszonym przepisem, stanowiącym podstawę skargi^[32].

Przechodząc do egzemplifikacji – wydanie przez sąd kolejnego rozstrzygnięcia o stwierdzeniu nabycia spadku, pomimo iż sprawa o tym samym przedmiocie, pomiędzy tymi samymi uczestnikami postępowania, została już wcześniej prawomocnie rozpoznana, świadczy o rażącym naruszeniu prawa, godzi w powagę wymiaru sprawiedliwości, jak również konstytucyjną zasadę demokratycznego państwa prawnego oraz zasady z niej wynikające tj. zasadę zaufania do państwa i bezpieczeństwa prawnego, a także konstytucyjne prawo dziedziczenia i prawo do sądu^[33].

Ze względu na zasadę powagi rzeczy osądzonej niedopuszczalne jest, aby w obrocie prawnym występowały dwa prawomocne postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku po tej samej osobie, dodatkowo różnej treści. Taka sytuacja godzi w konstytucyjną zasadę demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, jak również w zasady z niej wynikające, tj. zasadę zaufania do państwa i bezpieczeństwa prawnego, a także konstytucyjne prawo dziedziczenia i prawo do sądu^[34].

Skoro kolejne postanowienie o nabyciu spadku wydane zostało z pogwałceniem zasady ochrony powagi rzeczy osądzonej, jego uchylenie w rzeczywistości nie tylko nie uchybia tej zasadzie, ale ją afirmuje i w oczywisty sposób jest konieczne dla zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej^[35].

Dostrzec trzeba, że Sąd Najwyższy poddał krytyce praktykę formułowania zarzutów naruszenia konkretnych przepisów Konstytucji RP jedynie na podstawie art. 89 § 1 u.SN, czyli jako elementu podstawy ogólnej, nie zaś

³¹ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt I NSNc 44/20.

³² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2021 r., sygn. akt I NSNc 50/20.

³³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2019 r., sygn. akt I NSNc 1/19.

³⁴ Vide Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2021 r., sygn. akt I NSNc 132/20.

³⁵ Vide Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2020 r., sygn. akt I NSNc 102/20.

jako samodzielnej podstawy szczególnej stosownie do art. 89 § 1 pkt 1 u.SN, wskazując że formułowanie zarzutu naruszenia konkretnych przepisów Konstytucji RP, innych niż jej art. 2, wyłącznie w ramach podstawy ogólnej wymagającej uzasadnienia konieczności zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej i rezygnacja z wyraźnego sformułowania zarzutów na podstawie art. 89 § 1 pkt 1 u.SN uniemożliwia Sądowi Najwyższemu rozpoznanie (a tym bardziej uwzględnienie) zarzutu naruszenia tych przepisów Konstytucji RP jako oddzielnej podstawy szczególnej uchylenia zaskarżonego orzeczenia^[36].

Dodać należy, że formułowanie zarzutów skargi nadzwyczajnej przez podmiot uprawniony z obejściem przepisów materialnych właściwych dla dokonywania prawnej kwalifikacji w danej sprawie stanowi naruszenie porządku publicznego sprzeczne z dążeniem do zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej^[37].

Trzeba również doprecyzować, że regulacja z art. 115 § 2 u.SN^[38] ma zastosowanie w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 89 § 1 u.SN. Oznacza to, że nie należy utożsamiać podstawy ogólnej z art. 89 § 1 *in principio* u.SN z wyrażoną w art. 115 § 2 *in fine* u.SN przesłanką dopuszczającą uchylenie zaskarżonego orzeczenia, gdy od jego uprawomocnienia

³⁶ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. akt I NSNc 450/21.

³⁷ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2023 r., sygn. akt II NSNc 210/23. W sprawie tej Sąd Najwyższy uznał, że oparcie przez skarżącego zarzutu w oparciu o przepis odsyłający z art. 305⁴ k.c. na przepisach stosowanych nie wprost, zmierza w gruncie rzeczy do obejścia właściwych merytorycznie przepisów materialnych dotyczących służebności przesyłu tj. art. 305¹-305³ k.c., które są bezpośrednio właściwe dla dokonywania prawnej kwalifikacji w przedmiotowej sprawie.

³⁸ Jeżeli zachodzą przesłanki wskazane w art. 89 § 1 u.SN, a zaskarżone orzeczenie wywołało nieodwracalne skutki prawne, w szczególności jeżeli od dnia uprawomocnienia się zaskarżonego orzeczenia upłynęło 5 lat, a także jeżeli uchylenie orzeczenia naruszyłoby międzynarodowe zobowiązania Rzeczypospolitej Polskiej, Sąd Najwyższy ogranicza się do stwierdzenia wydania zaskarżonego orzeczenia z naruszeniem prawa oraz wskazania okoliczności, z powodu których wydał takie rozstrzygnięcie, chyba że zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określone w Konstytucji RP przemawiają za wydaniem rozstrzygnięcia, o którym mowa w art. 91 § 1 u.SN.

upłynęło 5 lat. Każdorazowe zastosowanie tego przepisu wymaga dodatkowego uzasadnienia^[39].

Reasumując, samo zaistnienie podstaw szczególnych, wskazanych w art. 89 § 1 pkt 1-3 u.SN, i ujawnienie ewentualnych wad prawnych orzeczenia poddanego konkretnej kontroli konstytucyjnej Sądu Najwyższego, *per se* nie przesądza jeszcze o konieczności uwzględnienia skargi nadzwyczajnej. Badając zasadność tego rodzaju nadzwyczajnego środka prawnego, konieczne jest każdorazowo poczynienie dodatkowej oceny, czy stwierdzone uchybienia są wadami o fundamentalnym znaczeniu w świetle zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Przy czym dopiero w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na tak postawione pytanie, i ustalenia, że skutki prawne poddanego kontroli orzeczenia naruszają w sposób znaczący bezpieczeństwo prawne, dopuszczalne jest przełamanie zasady stabilności i trwałości prawomocnego orzeczenia^[40]. W przeciwnym wypadku nie można odstąpić od zasady ochrony powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*)^[41]. To podstawa ogólna, nakazująca ocenę dopuszczalności ingerencji jurysdykcyjnej w prawomocne orzeczenie sądu powszechnego lub wojskowego poprzez ustalenie, czy jest to konieczne dla zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasadę sprawiedliwości społecznej, czyni ze skargi nadzwyczajnej środek służący kontroli konstytucyjności orzeczeń sądowych^[42].

³⁹ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2021 r., sygn. akt I NSNc 144/21. W orzeczeniu tym podniesiono również, że przewidziana w art. 115 § 2 u.SN zasada braku możliwości uchylenia zaskarżonego orzeczenia, pomimo zaistnienia przesłanek określonych w art. 89 § 1 u.SN, w sytuacji gdy wywołało ono już nieodwracalne skutki prawne, w tym gdy od uprawomocnienia upłynęło 5 lat, stanowi jeden z instrumentów zabezpieczających przed nadużywaniem skargi nadzwyczajnej. Regulacja ta jest ważna przy ocenie dopuszczalności stosowania nadzwyczajnego środka zaskarżenia na gruncie EKPCz.

⁴⁰ Co do zasady bowiem art. 2 Konstytucji RP stoi na straży ostateczności i trwałości prawomocnych orzeczeń sądów powszechnych, jednak niekiedy natura i ciężar popełnionych uchybień może nakazywać danie pierwszeństwa względom wynikającym z konieczności ochrony innych praw i wolności konstytucyjnych, *vide* Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2021 r., sygn. akt I NSNc 178/20.

⁴¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2021 r., sygn. akt I NSNc 266/21.

⁴² Wojciech Sokolewicz, Marek Zubik, „Artykuł 2”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. Leszek Garlicki, Marek Zubik (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016), 102; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2020 r., sygn. akt I NSNc 57/20.

4 | Podstawa ogólna skargi nadzwyczajnej a zasada demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej

Jak wskazano w punkcie 2 niniejszego opracowania, wyrażona w art. 2 Konstytucji RP „zasada zasad”^[43], tj. zasada demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, stanowiąca fundament skargi nadzwyczajnej, ma złożony charakter. Obejmuje ona trzy zasady podstawowe i szereg zasad pochodnych. Zasady podstawowe to wyrażone w niej *expressis verbis* zasady: państwa demokratycznego, państwa prawnego oraz sprawiedliwości społecznej. Zasady pochodne to zasady, które wywiedzione zostały, w szczególności przez Trybunał Konstytucyjny, z zasad podstawowych, jak np. zasada lojalności państwa wobec obywateli, zasada ochrony praw niewadliwie nabytych, zakaz retroakcji prawa, zasada ustawowego trybu stanowienia prawa czy zasada jedności porządku prawnego.

W kontekście podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej, a jednocześnie złożonego charakteru zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że nie może ona być zastępowana zarzutem naruszenia którejkolwiek z zasad wywodzonych z zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Sformułowanie art. 89 § 1 *in principio* u.SN nie pozostawia co do tego żadnych wątpliwości. Ustawodawca *expressis verbis* postanowił, że podstawą wyeliminowania z obrotu prawnego prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego lub sądu wojskowego kończącego postępowanie w sprawie jest konieczność zapewnienia zgodności z samą „zasadą zasad”. Na powyższe wielokrotnie zwracał uwagę Sąd Najwyższy:

dokonując na potrzeby kontroli nadzwyczajnej interpretacji treści przywołanej w art. 89 § 1 u.SN zasady, bezpośrednio wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP, [Sąd Najwyższy] uwzględnić musi wszystkie jej elementy tj.: zasadę państwa demokratycznego, zasadę państwa prawnego i zasadę państwa sprawiedliwego. Nie chodzi przy tym o proste połączenie trzech wskazanych zasad

⁴³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt I NSW 14/23.

elementarnych i objętych nimi wartości, bowiem na konotację tych ostatnich wpływać będzie kontekst interpretacyjny wynikający z konieczności uwzględnienia i zapewnienia koherencji pomiędzy wartościami wynikającymi ze wszystkich trzech zasad elementarnych. Zasada demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej posiada więc oryginalną treść normatywną. Oznacza to, że jej treść *in abstracto* nie może być zredukowana wyłącznie do określonej zasady elementarnej, lecz każdorazowo musi uwzględniać jej holistyczny charakter. Nie stoi to jednakże na przeszkodzie temu, że *in concreto* wnoszący skargę nadzwyczajną może wyróżnić określoną zasadę elementarną, w szczególności chronioną przez nią wartość, jednakże musi uwzględnić, iż na jej treść oddziałują pozostałe zasady elementarne^[44].

Niewątpliwie zaprezentowana powyżej interpretacja podstawy ogólnej była z jednej strony reakcją, z drugiej zaś próbą ograniczenia praktyki sprowadzania przez wnoszących skargi nadzwyczajne podstawy ogólnej do którejś z zasad podstawowych lub pochodnych. Przykładowo w postanowieniu z 23 listopada 2023 r., I NSNc 105/22, Sąd Najwyższy, wskazując, że skarga nadzwyczajna wniesiona została z uwagi na

konieczność zapewnienia zgodności z zasadami konstytucyjnymi wywodzonymi z zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasadę [pisownia oryginalna] sprawiedliwości społecznej, a w szczególności zasady zaufania do państwa i jego organów oraz zapewnienia pewności prawa i bezpieczeństwa prawnego, a także ochrony konstytucyjnej zasady ochrony konsumenta oraz ochrony prawa własności,

ocenił, że:

skarga dotknięta jest wadą konstrukcyjną skutkującą koniecznością jej odrzucenia *a limine* (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 30 czerwca 2021 r., I NSNc 61/20). Kierując się bowiem *argumentum a minori ad maius*

⁴⁴ Vide wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt I NSNc 29/20; z dnia 12 maja 2021 r., sygn. akt I NSNc 2/21; z dnia 25 maja 2021 r., sygn. akt I NSNc 122/20; z dnia 26 maja 2021 r., sygn. akt I NSNk 6/20; z dnia 16 czerwca 2021 r., sygn. akt I NSNc 164/20; z dnia 30 czerwca 2021 r., sygn. akt I NSNc 61/20; z dnia 5 kwietnia 2022 r., sygn. akt I NSNc 140/21; z 22 czerwca 2022 r., sygn. akt I NSNc 387/21; z 6 lipca 2022 r., sygn. akt I NSNc 504/21; z dnia 2 marca 2023 r., sygn. akt II NSNc 182/23.

uznać należy, że skoro w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego uznano, że brak wyczerpującego i spójnego uzasadnienia podstaw, na których skarżący opiera skargę nadzwyczajną, stanowi wadę dyskwalifikującą pismo procesowe jako skargę nadzwyczajną oraz musi prowadzić do odrzucenia skargi bez wzywania strony skarżącej do usunięcia braków (zob. postanowienia Sądu Najwyższego z: 30 czerwca 2020 r., I NSNp 3/19; 28 września 2020 r., I NSNc 51/19 wraz z przytoczonym orzecznictwem), to tym bardziej brak prawidłowego sformułowania takiej podstawy (tu: podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej) prowadzi do jej odrzucenia.

O ile złożony charakter zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej i konieczność wskazania jej w podstawie skargi nadzwyczajnej nie budzą wątpliwości, o tyle wątpliwości powstają w kontekście jej uzasadnienia w części motywacyjnej skargi. Stosunkowo trudno sobie bowiem wyobrazić sytuację, w której zachodziłaby konieczność wyeliminowania z obrotu prawnego orzeczenia sądu z uwagi na naruszenie wszystkich trzech zasad podstawowych wchodzących w skład „zasady zasad”, nie wspominając o zasadach pochodnych, których katalog pozostaje otwarty.

W kontekście cytowanej wypowiedzi Sądu Najwyższego przyjąć należy, że naruszenie którejs z zasad podstawowych prowadzić może do ziszczenia się podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej. Z wnioskiem tym należy się zgodzić zarówno ze względów logicznych, jak i aksjologicznych. Z logicznego punktu widzenia zauważyć bowiem należy, że pomiędzy zakresem nazwy „zasada demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej” a zakresami nazw „zasada państwa demokratycznego”, „zasada państwa prawnego” oraz „zasada sprawiedliwości społecznej (zasada państwa urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej)” nie zachodzi stosunek podporządkowania, w szczególności nadrzędności, lecz stosunek niezależności – wykluczania się^[45]. Żadna bowiem ze wskazanych zasad podstawowych nie jest „zasadą zasad”. W tym wypadku mamy do czynienia z elementami składowymi zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, a zatem dokonując ich rekonstrukcji posługujemy się operacją intelektualną określaną w logice mianem partycji^[46]. To zaś prowadzi

⁴⁵ Szerzej zob. Oktawian Nawrot, *Wprowadzenie do logiki dla prawników* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), 76-77.

⁴⁶ Ibidem, 113.

do wniosku, że naruszenie którejkolwiek z zasad elementarnych prowadzić może do naruszenia „zasady zasad”.

Powyzszy wniosek potwierdza argumentacja aksjologiczna. Przyjęcie, że do naruszenia podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej dochodzi wyłącznie w sytuacji, gdy naruszone zostają wszystkie zasady podstawowe „zasady zasad” z jednej strony prowadziłyby do dysfunkcji instytucji skargi nadzwyczajnej, z drugiej zaś – w porządku konstytucyjnym – ograniczałyby niepomrotnie znaczenie samej zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Niewątpliwie tego rodzaju wykładnia stanowiłaby jaskrawy przykład wykładni *contra legem*. Słusznie więc Sąd Najwyższy, w cytowanych orzeczeniach wskazywał, że:

rolą przeprowadzanej przez Sąd Najwyższy kontroli nadzwyczajnej nie jest eliminowanie z obrotu wszelkich wadliwych orzeczeń, a jedynie tych, które godzą w podstawy umowy społecznej będącej fundamentem demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, a zatem dotyczą określonego kształtu relacji pomiędzy jednostką a władzą publiczną (przedmiotowa strona zasady demokratycznego państwa prawnego) lub godności upodmiotowionej jednostki (podmiotowa strona zasady demokratycznego państwa prawnego).

Jednocześnie Sąd Najwyższy wskazywał, że wnoszący skargę nadzwyczajną wyróżniając określoną zasadę podstawową, musi mieć na uwadze, iż na jej treść oddziałują pozostałe zasady podstawowe. O ile pogląd ten *prima facie* wydaje się stać w opozycji do powyższej argumentacji, o tyle jego głębsza analiza ujawnia nie tylko pozorność wspomnianej opozycji, ale także prowadzi do jego akceptacji. Uwzględniając bowiem holistyczny charakter „zasady zasad” zauważyć należy, że nie każde naruszenie jej zasady podstawowej lub pochodnej prowadzi automatycznie do realizacji podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej. Dzieje się tak z dwóch względów. Przede wszystkim, jak podkreśla się w literaturze^[47], ocena naruszenia zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej nigdy nie dokonuje się zero-jedynkowo. Każdorazowo Sąd Najwyższy waży wartości przez nią chronione, co zostało wyraźnie podkreślone w orzecznictwie:

47 Zob. literaturę wskazaną w punkcie 2 niniejszego opracowania.

dokonując oceny ziszczenia się przestanki funkcjonalnej, czyli oceniając konieczność zapewnienia zgodności prawomocnych orzeczeń z zasadą z art. 2 Konstytucji RP, kluczowe staje się ważenie konstytucyjnych wartości. Co więcej, jest to ważenie wartości, które zawierają się w zasadzie z art. 2 Konstytucji RP, ujawniającej w ten sposób jej szczególny charakter, któremu w doktrynie daje się wyraz poprzez kwalifikowanie jej jako „meta-zasady” lub „zasady zasad”^[48].

Ponadto, zauważyć należy, że jedna z zasad podstawowych lub pochodnych może wchodzić w konflikt z inną zasadą. W tej sytuacji uznanie automatyzmu w spełnieniu podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej, z uwagi na naruszenie wskazanej przez wnoszącego skargę zasady podstawowej lub pochodnej, prowadziłyby do sprzeczności w ramach samej „zasady zasad”. Wylimitowanie z obrotu prawnego orzeczenia sądu z uwagi na naruszenie jednej zasady podstawowej lub pochodnej skutkowałoby bowiem naruszeniem innej zasady podstawowej lub pochodnej, a tym samym stan naruszenia zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej nie zostałyby usunięty. Ponownie więc przyjąć należy, że rolą Sądu Najwyższego jest dokonanie ważenia także poszczególnych zasad podstawowych lub pochodnych, a następnie dokonanie w tym kontekście oceny realizacji podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej.

5 | Podstawa ogólna a podstawy szczególne skargi nadzwyczajnej

W literaturze przedmiotu wyrażany jest pogląd, że uwzględnienie przez Sąd Najwyższy skargi nadzwyczajnej możliwe jest tylko wówczas, gdy normy art. 2 Konstytucji RP zostały naruszone w jeden ze sposobów określonych w art. 89 § 1 pkt 1-3 u.SN^[49]. Pogląd ten uznać należy za błędny przede wszystkim z uwagi na redakcję art. 89 u.SN. Jak wynika z uwag przedstawionych w punkcie 1 niniejszego opracowania, pomiędzy zakresem

⁴⁸ Vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2021 r., sygn. akt I NSNc 180/21.

⁴⁹ Radajewski, „Skarga nadzwyczajna (wybrane zagadnienia)”, 71 *in fine*.

podstawy ogólnej a zakresami podstaw szczególnych skargi nadzwyczajnej zachodzi stosunek wykluczania się, a ściśle rzecz biorąc przeciwieństwa. Posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „o ile” jednoznacznie bowiem wskazuje, że okoliczność naruszenia podstawy ogólnej, mimo iż logicznie oraz tetycznie uwarunkowana jest spełnieniem którejś z podstaw szczególnych, pozostaje odrębna od okoliczności badanych przez Sąd Najwyższy w kontekście oceny spełnienia podstaw szczególnych skargi nadzwyczajnej.

Z uwagi na powyższe Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że przystępując do merytorycznego badania skargi nadzwyczajnej, w pierwszej kolejności ocenie podlega okoliczność, czy doszło do naruszenia którejś z przesłanek szczególnych określonych w art. 89 § 1 pkt 1-3 u.SN i wskazanych w skardze nadzwyczajnej. Jeśli wynik tej oceny okaże się pozytywny, Sąd Najwyższy przystępuje do badania, czy w celu zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej konieczne jest uwzględnienie skargi nadzwyczajnej^[50].

Z powyższego wynika, że samo naruszenie zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej nie stanowi racji wystarczającej dla usunięcia z obrotu prawnego zaskarżonego orzeczenia. Analogicznie nie sposób też przyjąć, że naruszenie którejkolwiek z postaw szczególnych skargi nadzwyczajnej samo przez się wiąże się z naruszeniem norm wywodzonych z art. 2 Konstytucji RP. Pomimo więc, że wartości chronione w ramach podstaw szczególnych skargi nadzwyczajnej wiążą się bezpośrednio lub pośrednio z ochroną wartości konstytucyjnych, zaś systemowo mogą pozostawać w związku z art. 2 Konstytucji RP, nie ma podstaw do uznania, że są one tożsame z wartościami chronionymi w ramach podstawy ogólnej^[51]. Z tego względu należy odrzucić również ewentualny pogląd, że naruszenie podstawy szczególnej skargi nadzwyczajnej jest kwalifikowaną formą naruszenia jej podstawy ogólnej.

Rozłączność podstawy ogólnej i podstaw szczególnych skargi nadzwyczajnej aktualizuje po stronie wnoszącego skargę obowiązek wskazania,

⁵⁰ Tytułem przykładu z wielu zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 kwietnia 2022 r., sygn. akt I NSNc 140/21; z dnia 22 czerwca 2022 r., sygn. akt I NSNc 387/21; z dnia 5 października 2022 r., sygn. akt I NSNc 507/21; z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt II NSNc 214/23; postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 18 maja 2022 r., sygn. akt I NSNc 37/22; z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt II NSNc 155/23; z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt II NSNc 116/23; z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt II NSNc 226/23.

⁵¹ Vide Postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 26 października 2022 r., sygn. akt I NSNc 512/21; z dnia 29 marca 2023 r., sygn. akt II NSNc 42/23 oraz Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2023 r., sygn. akt II NSNc 127/23.

a następnie wykazania zmaterializowania się w sprawie zarówno podstawy ogólnej, jak i przynajmniej jednej z podstaw szczególnych. Jednocześnie nie można przyjąć, że zarzut dotyczący naruszenia zasady podstawowej lub pochodnej wywiedzionej z zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej może zostać skutecznie podniesiony w ramach zarzutu naruszenia podstawy szczególnej skargi nadzwyczajnej. Podobnie, wywody w tym zakresie muszą zostać wyraźnie wyodrębnione. W przeciwnym wypadku rozumowanie zaprezentowane w skardze dotknięte będzie błędem *ignoratio elenchi*, ocena zasadności skargi nadzwyczajnej nie będzie możliwa, a w konsekwencji pismo procesowe uznane zostanie za namiastkę środka zaskarżenia. Brak wyczerpującego i spójnego uzasadnienia podstaw, na których skarżący opiera skargę, stanowi bowiem wadę dyskwalifikującą pismo procesowe oraz powinien prowadzić do odrzucenia skargi bez wzywania strony skarżącej do usunięcia braków^[52].

6 | Podstawa ogólna skargi nadzwyczajnej a wyrok ETPCz w sprawie Wałęsa przeciwko Polsce

W wyroku pilotażowym z 23 października 2023 r., w sprawie Wałęsa przeciwko Polsce^[53] Europejski Trybunał Praw Człowieka odniósł się m.in. do problematyki podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej. W pierwszej kolejności Trybunał przypomniał stanowisko Komisji Weneckiej z 11 grudnia 2017 r., zgodnie z którym „system nadzwyczajnych środków zaskarżenia istniał w wielu byłych krajach komunistycznych, a proponowany przez Polskę system, choć nie jest całkowicie identyczny z dawnym systemem radzieckim, ma do niego wiele podobieństw. Komisja Wenecka była szczególnie zaniepokojona przepisem, zgodnie z którym prawomocny wyrok może zostać uchylony ze względu na «sprawiedliwość społeczną», co jest terminem podlegającym szerokiej swobodzie interpretacji w postępowaniu

⁵² Vide Postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 28 września 2020 r. sygn. akt I NSNc 51/19; z dnia 22 czerwca 2022 r., sygn. akt I NSNc 309/21; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2021 r., sygn. akt I NSNc 54/21.

⁵³ Skarga nr 50849/21.

sądowym, a zatem jest sprzeczne z zasadą przewidywalności prawa” (§ 233). Następnie Trybunał przywołał zalecenie Komisji Europejskiej w sprawie praworządności w Polsce z 20 grudnia 2017 r., w którym Komisja „odnosząc się do szeroko określonych podstaw skargi nadzwyczajnej, uznała, że budzi ona obawy co do zasady pewności prawa i praworządności” (§ 233), a także rezolucję Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w rezolucji z 28 stycznia 2020 r., w którym „stwierdziło, że wprowadzenie nadzwyczajnego środka zaskarżenia od prawomocnych wyroków «na szeroko zakrojonych i subiektywnych podstawach» narusza zasadę pewności prawa i powagi rzeczy osądzonej oraz może znacznie zwiększyć liczbę skarg przeciwko Polsce kierowanych do Trybunału” (§ 234).

Odnosząc się do powyższego Trybunał uznał, że podnoszone wobec skargi nadzwyczajnej zastrzeżenia są zasadne. W kontekście stanowiącej przedmiot niniejszego opracowania podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej Trybunał wskazał:

jednym z warunków *sine qua non* wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia jest konieczność zapewnienia zgodności z zasadami sprawiedliwości społecznej. Termin „sprawiedliwość społeczna”, choć oczywiście ma odnosić się do art. 2 Konstytucji [...], ma charakter ogólny i niejasny – jednostki (w tym prawnicy) mogą zasadnie nie zgadzać się co do jego znaczenia. Jego interpretacja podlega zatem szerokiemu zakresowi uznaniowości. Rozumienie i interpretacja tego pojęcia mogą się znacznie różnić w zależności od punktów odniesienia wybranych przez organ interpretacyjny, co skutkuje brakiem jasności co do jego znaczenia dla celów postępowania sądowego. Tak duży zakres swobody przyznany organom publicznym uprawnionym do wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia oraz Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych otwiera drzwi do możliwej arbitralności, niewłaściwego wykorzystania środka prawnego i nadużycia procesu. W związku z tym zaskarżony przepis nie spełnia wymogów Konwencji dotyczących jakości „prawa”, ponieważ prawo krajowe musi wskazywać z rozsądną jasnością zakres i sposób wykonywania odpowiednich uprawnień dyskrejonalnych przyznanych władzom publicznym, tak aby zapewnić jednostkom minimalny stopień ochrony, do którego są one uprawnione w ramach rządów prawa w społeczeństwie demokratycznym (§ 235).

Kategoryczność powyższych stwierdzeń nieco zaskakuje i abstrahuje od realiów prawnych zarówno krajowych, jak i międzynarodowych. Przede wszystkim zauważyć bowiem należy, że określenie „sprawiedliwość

społeczna” funkcjonuje m.in. w porządku prawnym Unii Europejskiej i nie wywołuje tak poważnych kontrowersji interpretacyjnych, na jakie zwrócił uwagę Trybunał w cytowanym wyroku. W art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej^[54], określającym cele Unii *expressis verbis*, przyjęto bowiem, że Unia „wspiera sprawiedliwość społeczną”. Już z tego tylko względu czynienie państwu członkowskiemu zarzutu z faktu, że umożliwia realizację tego celu za pomocą nadzwyczajnego środka zaskarżenia, budzi zdziwienie.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pomija w istocie polski dorobek konstytucyjny dotyczący interpretacji przedmiotowej zasady, a także marginalizuje istotny komponent zasady ustrojowej Rzeczypospolitej Polskiej wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP. Pomijając kontekst historyczny^[55] przypomnijmy w tym miejscu, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego

[w] ujęciu polskiej ustawy zasadniczej sprawiedliwość społeczna jest też celem, który ma urzeczywistniać demokratyczne państwo prawne. Taki właśnie model demokratycznego państwa prawnego przyjęła Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Nie jest demokratycznym państwem prawnym państwo, które nie realizuje idei sprawiedliwości, przynajmniej pojmowanej jako dążenie do zachowania równowagi w stosunkach społecznych i powstrzymywanie się od kreowania nieusprawiedliwionych, niepopartych obiektywnymi wymogami i kryteriami przywilejów dla wybranych grup obywateli. Wysławiona w preambule sprawiedliwość stała się obok innych tamże powołanych wartości jedną z zasad, które wszyscy mają mieć „za niewzruszoną podstawę Rzeczypospolitej Polskiej”^[56].

⁵⁴ Traktat o Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2007 r. – wersja skonsolidowana, Dz.U. C 202 z 7.6.2016, 13-46.

⁵⁵ Na ten temat historii i znaczenia zasady sprawiedliwości społecznej zob. np. Tatiana Chauvin, „Sprawiedliwość społeczna – człowiek i wspólnota w świetle prawa i społecznej nauki Kościoła” *Forum Prawnicze*, nr 3 (2020): 3-21; Marek Chmaj, Monika Urbaniak, *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 2* (Warszawa: Difin, 2022), 52-61; Aldona Domańska, *Zasady sprawiedliwości społecznej we współczesnym prawie konstytucyjnym* (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2001); Andrzej Pułło, „Sprawiedliwość społeczna w systemie zasad naczelnych Konstytucji RP” *Państwo i Prawo*, z. 7 (2003): 5-16; Piotr Tuleja, „Artykuł 2”, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz*, Art. 1-86, red. Marek Safjan, Leszek Bosek (Warszawa: C.H. Beck, 2016), 240-252; Zygmunt Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości* (Lublin: Daimonion, 1992).

⁵⁶ Vide Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 8/98, OTK ZU 3/2000, poz. 87; zob. również Wyroki Trybunału Konstytucyjnego:

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, zasada ta, określając również istotę demokratycznego państwa prawnego, koryguje jego możliwy wąski, formalistyczny legalizm^[57].

Podkreślić ponadto należy, że Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę, że:

[w]yrażona w tym przepisie zasada sprawiedliwości społecznej nie stanowi jedynie ogólnej zasady ustrojowej Rzeczypospolitej Polskiej czy też swoistej „dyrektywy programowej”. W uznaniu Trybunału na gruncie tego przepisu można wskazać szczególne prawo podlegające ochronie, jakim jest prawo do sprawiedliwego traktowania, jeśli zarazem jest ono odnoszone do sfery stosunków objętych gwarancjami konstytucyjnymi, choćby ogólnie ujętymi. Jest ono sprzężone z obowiązkiem państwa stania na straży sprawiedliwości społecznej poprzez zaniechanie aktów (działań) mogących stać z nią w sprzeczności oraz eliminowanie takich aktów, które uznano za godzące w tę zasadę. Dotyczy to zarówno etapu stanowienia, jak i stosowania prawa^[58].

Przypomnieć również należy, że bogate orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego określa relację zasady sprawiedliwości społecznej nie tylko z pozostałymi podstawowymi zasadami zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, a także zasadami pochodnymi z niej wywodzonymi, ale także z innymi prawami i wartościami konstytucyjnymi, jak np. zasada równości, solidarności społecznej, minimum bezpieczeństwa socjalnego, zabezpieczenia podstawowych warunków egzystencji, prawo do sądu, w tym zasada sprawiedliwości proceduralnej czy w końcu godność ludzka.

Bezpośrednio do powyższego rozumienia zarówno sprawiedliwości społecznej, jak i szerzej zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej odwołał się ustawodawca zwykły, nowelizując w 2018 r. ustawę o Sądzie Najwyższym i nadając podstawie ogólnej skargi nadzwyczajnej obecną treść^[59]:

z dnia 17 czerwca 2003 r., sygn. akt P 24/02, OTK ZU 6A/2003, poz. 55; z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt K 9/12, OTK ZU 11A/2012, poz. 136.

⁵⁷ Sokolewicz, Zubik, „Artykuł 2”, 104.

⁵⁸ Vide Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 26/01, OTK ZU 8/2001, poz. 258.

⁵⁹ Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2018 r., poz. 1045.

w projektowanej nowelizacji wskazano, że niezależnie od przesłanek wskazanych w dotychczasowym brzmieniu art. 89 § 1 pkt 1-3, do wniesienia skargi nadzwyczajnej konieczne jest zaistnienie dodatkowego, wstępnego warunku, realizującego *expressis verbis* naczelną zasadę ustroju Rzeczypospolitej Polskiej wywodzącą się z art. 2 Konstytucji. W myśl zmienionego przepisu, skargę nadzwyczajną będzie można wnieść – niezależnie od zaistnienia bardziej szczegółowych przesłanek wymienionych w dalszej części 89 § 1 ustawy – tylko wtedy, gdy będzie to absolutnie niezbędne z punktu widzenia zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Rozwiązanie to jest modyfikacją obecnego stanu prawnego, w którym również istniała podstawowa, wstępna przesłanką warunkująca dopuszczalność skargi, a mianowicie jej konieczność dla zapewnienia praworządności i sprawiedliwości społecznej. W ocenie autorów projektu, dotychczasowa treść tego przepisu mogła rodzić wątpliwości i powodować, że skarga, mająca mieć charakter nadzwyczajny, mogła być nadużywana ponad rzeczywistą intencję ustawodawcy. Sformułowanie zawarte obecnie w art. 89 § 1 ustawy jest klauzulą generalną odmienną od istniejącej od dawna w polskim porządku prawnym zasady z art. 2 Konstytucji (choć w pewnym zakresie do niej podobną), a jego wykładnia wymagałaby dopiero ugruntowania w drodze orzecznictwa sądów. Mogło to prowadzić do stanu swoistej niepewności prawnej co do zakresu znaczeniowego tej przesłanki, co w konsekwencji każdorazowo utrudniałoby dokonywanie jej subsumpcji w odniesieniu do skonkretyzowanych stanów faktycznych. Zastąpienie dotychczasowego sformułowania odwołaniem *expressis verbis* do normy rangi konstytucyjnej, stanowiącej naczelną zasadę ustrojową państwa, będącej od kilkudziesięciu lat przedmiotem rozbudowanego orzecznictwa sądów i Trybunału Konstytucyjnego, pozwoli zapobiec powstaniu potencjalnego stanu niepewności prawa oraz ugruntuje nadzwyczajny charakter środka zaskarżenia przewidzianego w art. 89 nowelizowanej ustawy⁶⁰.

Nawet pobieżny przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie skarg nadzwyczajnych prowadzi do wniosku, że ukształtowanie podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej na wzór zasady ustrojowej określonej w art. 2 Konstytucji RP zrealizowało te cele, przyczyniając się do wzmocnienia pewności prawa. Zgodnie z uwagami przedstawionymi w punkcie 3 niniejszego opracowania, Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że:

⁶⁰ Uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw z dnia 2 maja 2018 r., druk nr 2480.

stabilność oraz prawomocność orzeczeń sądowych, a także kształtowanych przez nie stosunków prawnych [...] jest zasadą konstytucyjną, wywodzoną z prawa do sądu (art. 45 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP), zaś odstępianie od niej powinno być podyktowane wyjątkowymi względami. Konsekwentnie stwierdzone uchybienia muszą być na tyle poważne, by względ na całokształt zasady wynikającej z art. 2 Konstytucji RP nakazywał ingerencję w powagę rzeczy osądzonej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2020 r., I NSNu 2/20). Ten punkt widzenia potwierdzał wielokrotnie Europejski Trybunał Praw Człowieka [...] podkreślając, że prawo do rzetelnego procesu musi być interpretowane w świetle zasady rządów prawa, będącej wspólnym dziedzictwem państw – stron Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [...]. Jednym z fundamentalnych aspektów rządów prawa pozostaje zaś zasada pewności prawnej, która przewiduje wymóg, by tam, gdzie sądy ostatecznie rozstrzygnęły jakąś kwestię, ich orzeczenie – co do zasady – nie było kwestionowane (zob. np. wyroki ETPCz z: 28 października 1999 r. w sprawie Brumărescu przeciwko Rumunii, skarga nr 28342/95, par. 61; 24 lipca 2003 r. w sprawie Ryabikh przeciwko Rosji, skarga nr 52854/99, par. 52; 6 października 2011 r. w sprawie Agrokompleks przeciwko Ukrainie, skarga nr 23465/03, par. 148)^[61].

Dodatkowo statystyki Sądu Najwyższego dotyczące skarg nadzwyczajnych potwierdzają efektywność podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej, w tym objętej nią zasady sprawiedliwości społecznej, jako instrumentu ograniczającego ingerencję Sądu Najwyższego w powagę rzeczy osądzonej do sytuacji wyjątkowych. M.in. z uwagi na niespełnienie podstawy ogólnej w latach 2019-2023 Sąd Najwyższy oddalił 169 skarg nadzwyczajnych, a 72 odrzucił^[62].

Powyższe wskazuje, że podstawa ogólna skargi nadzwyczajnej spełnia swoją rolę jako swoistego „bezpiecznika” umożliwiającego wzruszenie jedynie tych prawomocnych orzeczeń sądów, które godzą w podstawę ustrojową Rzeczypospolitej Polskiej.

Biorąc jednakże pod wagę okoliczność, że w przytoczonym orzeczeniu Europejski Trybunał Praw Człowieka skorzystał z procedury wyroku

⁶¹ Z ostatnich zob. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt II NSNc 116/23.

⁶² W tym samym okresie w wyniku rozpoznania skargi nadzwyczajnej Sąd Najwyższy uchylił 329 orzeczeń sądów, dwukrotnie zmienił zaskarżone orzeczenie, zaś czterokrotnie stwierdził niezgodność z prawem prawomocnego orzeczenia.

pilotażowego, a w jego ramach zobowiązał Polskę do podjęcia kroków mających na celu m.in. usunięcie wskazanych wad postępowania ze skargi nadzwyczajnej, zakładając jednocześnie, że nie dojdzie do wyeliminowania instytucji skargi nadzwyczajnej z krajowego porządku prawnego, przyjąć można, że najprostszym sposobem realizacji wyroku Trybunału będzie zmiana podstawy ogólnej poprzez wyeliminowanie z niej zasady sprawiedliwości społecznej. W ten sposób literalnie zrealizowany zostanie wyrok Trybunału.

Przyjęcie przez ustawodawcę wskazanego rozwiązania doprowadzi jednak do aktualizacji pytania: czy zarzut naruszenia zasady sprawiedliwości społecznej będzie mógł zostać skutecznie podniesiony w ramach znowelizowanej podstawy ogólnej skargi nadzwyczajnej? Zważywszy na dotychczasową praktykę orzecniczą Sądu Najwyższego, wskazującą na możliwość skutecznego podniesienia w ramach podstawy ogólnej zarzutu naruszenia zasad pochodnych zasady demokratycznego państwa prawnego, a jednocześnie ściśle powiązane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasady sprawiedliwości społecznej i zasady państwa prawnego, możliwość taką należy niewątpliwie dopuścić. Jak bowiem jednoznacznie wskazał Trybunał Konstytucyjny, sprawiedliwość społeczna jest celem, który ma urzeczywistniać demokratyczne państwo prawne.

Bibliografia

- Chauvin Tatiana, „Sprawiedliwość społeczna – człowiek i wspólnota w świetle prawa i społecznej nauki Kościoła” *Forum Prawnicze*, nr 3 (2020): 3-21.
- Chmaj Marek, Monika Urbaniak, *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 2*. Warszawa: Difin, 2022.
- Dobrowolski Marek, Aleksander Stępkowski, „Skarga nadzwyczajna – dopełnienie systemu”, *Studia Iuridica*, t. XCI (2022): 64-81.
- Domańska Aldona, *Zasady sprawiedliwości społecznej we współczesnym prawie konstytucyjnym*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2001.
- Łochowski Marcin, „Skarga nadzwyczajna”, [w:] *Środki zaskarżenia. System Postępowania Cywilnego*, t. V, red. Agnieszka GóraBłaszczkowska. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2023.
- Nawrot Oktawian, *Wprowadzenie do logiki dla prawników*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.

- Olszak Krzysztof, „Skarga o wznowienie postępowania zakończona orzeczeniem Sądu Najwyższego ze skargi nadzwyczajnej” *Studia Iuridica*, t. XCIV (2022): 277-303.
- Puńko Andrzej, „Sprawiedliwość społeczna w systemie zasad naczelnych Konstytucji RP” *Państwo i Prawo*, z. 7 (2003): 5-16.
- Radajewski Mateusz, „Skarga nadzwyczajna (wybrane zagadnienia)” *Państwo i Prawo*, z. 3 (2020): 64-78.
- Szczepaniec Maria, „Skarga nadzwyczajna w praktyce – wybrane zagadnienia” *Prokuratura i Prawo*, nr 9 (2021): 13-27.
- Sokolewicz Wojciech, Marek Zubik, „Artykuł 2”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. Leszek Garlicki, Marek Zubik. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016.
- Szczucki Krzysztof, *Ustawa o Sądzie Najwyższym. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Tarnacka Agata, „Skarga nadzwyczajna jako instrument kontroli zgodności prawomocnych orzeczeń z art. 2 Konstytucji” *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, nr 5 (2022): 39-51.
- Tuleja Piotr, „Artykuł 2”, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz*, Art. 1 – 86, red. Marek Safjan, Leszek Bosek. Warszawa: C.H. Beck, 2016.
- Ziemiński Zygmunt, *O pojmowaniu sprawiedliwości*. Lublin: Daimonion, 1992.



DARIUSZ SZPOPER

Humanitaryzacja rosyjskiego prawa karnego w dobie panowania cesarzowej Elżbiety (1741–1761)

The Humanization of Russian Criminal Law during the Reign
of Empress Elizabeth (1741–1761)

Abstract

The daughter of Peter the Great, Empress Elizabeth of Russia (1741-1761), upon ascending to the throne, attempted to amend the Code of Tsar Alexei Mikhailovich from 1649 (Sobornoye Ulozheniye) and her father's legislation. She introduced a moratorium on the death penalty, defined the age of juvenile offenders, and established rules for their accountability for committed acts. In 1754, she established a Codification Commission, which presented a draft of the new Russian Criminal Code. The paper analyzes the humanization of criminal law in this period.

KEYWORDS: Empress, Russia, Elizabeth, Peter the Great, Code of Tsar Alexei Mikhailovich from 1649 (Sobornoye Ulozheniye), Codification Commission, moratorium on the death penalty, juvenile offenders, criminal responsibility, Cesare Beccaria

SŁOWA KLUCZOWE: cesarzowa, Rosja, Elżbieta, Piotr I Wielki, Kodyfikacja cara Aleksieja Michajłowicza z 1649 roku (Sobornoye Ułożenie), Komisja Kodyfikacyjna, moratorium na wykonywanie kary śmierci, nieletni popełniający czyn zabroniony, odpowiedzialność karna, Cesare Beccaria

DARIUSZ SZPOPER, profesor nauk prawnych, Uniwersytet Pomorski w Słupsku,
ORCID – 0000-0002-8593-282, e-mail: dariusz.szpopper@upsl.edu.pl

Stosunkowo krótkie, trwające nieco ponad dekadę (luty 1730 roku – październik 1740 roku) rządy cesarzowej Anny Joannowny, zaś faktyczne władanie jej faworyta, który podążył za nią do Moskwy z kurlandzkiej Mitawy – Ernesta Johanna Birena (Birona) otaczającego się kręgiem cudzoziemców, w tym szczególnie Niemców, w dużej mierze pozbawionych jakichkolwiek kwalifikacji zarządczych i politycznych, ale częstokroć także etycznych oraz moralnych, okazywana przez nich jawnie pogarda dla wszystkiego co rosyjskie, powodowały zarówno głęboki opór, a także niechęć, tak autochtonicznych elit, jak i szerokich warstw ludowych. Na tę sytuację nałożyło się zjawisko „bironowszczyzny” – systemu rozbudowanych represji karnych oraz policyjnego terroru, wymierzonego w liczne rzesze poddanych imperatorowej. Śmierć i deportacje na Syberię dotknęły wówczas kilkadziesiąt tysięcy osób i chociaż często byli to najzwyczajniej pospoliccy kryminaliści lub staroobrzędowcy, to jednak taki ponury model rządów samowładczych niejako zawisł nad wizerunkiem państwa rosyjskiego w czwartym dziesięcioleciu XVIII wieku^[1].

W przeddzień swojej śmierci, w dniu 5 (16) października 1740 roku Anna Joannowna wyznaczyła następcą tronu Imperium Rosyjskiego Joann Antonowicza (Iwana Antonowicza), który w chwili podpisania przez umierającą cesarżową manifestu o przekazaniu mu korony imperatorów rosyjskich liczył niespełna 8 tygodni życia. Do momentu uzyskania przez niego pełnoletności, co miało nastąpić w wieku siedemnastu lat, rządy w Imperium Rosyjskim powierzone zostały, jako regentowi, księciu Birenowi^[2]. Joann VI Antonowicz (1740-1764) był po kądzieli przedstawicielem starszej gałęzi rodu Romanowów. Jego pradziad to car Joann V Aleksiejewicz (1666-1696), syn cara Aleksieja Michajłowicza (1629-1676) z małżeństwa z Marią Iliczyną Miłosławską (1624-1669), przyrodni brat Piotra I (1672-1725), z którym ten ostatni w wyniku żądań zbuntowanych pułków strzeleckich w maju 1682 roku miał współwładać Rosją jako drugi

¹ Piotr Gribielskij, Aleksandr Mirwis, *Dom Romanowych. Biograficzeskije swiedenija o czenach carstwowawszego doma, ich predkach i rodstwiennikach*, (Sankt-Peterburg: »LIO Redaktor«, 1992), 51; Nichocalas Risanovskij, Mark Steinberg, *Historia Rosji*, tłum. Anna Bernaczyk, Tomasz Teszner (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2009), 253.

² Nikołaj Kostomarow, *Russkaja istorija w żiznieopisanijach jejo gławniejszych diejatieli. Połnoje izdanije w odnom tomie* (Moskwa: Izadielstwo ALFA-KNIGA, 2017), 1164; Gribielskij, Mirwis, *Dom Romanowych*, 57.

w hierarchii car^[3]. Dla zmarłej cesarzowej Anny Joannowny Joann VI Antonowicz był jednocześnie także wnukiem jej o rok starszej siostry Jekateriny Joannowny (1692-1733), trzeciej córki Joanna V Aleksiejewicza, urodzonej w związku małżeńskim z carycą Praskowią Fidorowną Sałtykową (1664-1723)^[4]. W 1716 roku poślubiła ona księcia Meklemburgii Karola Leopolda (1678-1747), realizując w ten sposób jeden z istotnych interesów państwowych Rosji. Piotrowi I zależało bowiem na nawiązywaniu dynastycznych sojuszy z położonymi na wybrzeżu Morza Bałtyckiego monarchiami niemieckimi, które to porozumienia miały zmierzać do zabezpieczenia przed ekspansją szwedzką morskich korytarzy handlowych łączących ten akwen wodny z Morzem Północnym. Ich dzieckiem była urodzona w Rostocku księżniczka Elżbieta Katarzyna Krystyna Mecklenburg von Schwerin (1718-1746), małżonka księcia Brunszwiku, Bevern oraz Lüneburga Antona Ulricha von Braunschweig – Wolfenbüttel (1714-1776). Przeszła ona do historii Rosji jako Anna Leopoldowna, przyjmując to imię na cześć swojej ciotki – cesarzowej podczas ceremonii chrztu w obrządku prawosławnym w 1733 roku^[5].

Śmierć Anny Joannowny w dniu 6 (17) października 1740 roku rozpoczęła stosunkowo krótki okres rządów regenta księcia Birena, zakończony przewrotem pałacowym inspirowanym przez Annę Leopoldownę w dniu 7 (18) listopada 1740 roku i usankcjonowany wydanym dwa dni później w formie manifestu ukazem Joanna VI Antonowicza z dnia 9 (20) listopada, w którym to dwumiesięczne dziecko – przyszły imperator uzasadniał konieczność odsunięcia od władzy Birena, akcentując okazywany przez niego brak szacunku oraz groźby kierowane pod adresem jego rodziców. Jednocześnie też przekazywał w treści tegoż aktu normatywnego sprawowanie władzy państwowej własnej matce – Annie Leopoldownie, która *de iure* stawała się kolejnym regentem oraz uzyskiwała tytuł wielkiej księżnej Wszechrosji^[6].

³ Alekandr Gustawowicz Brikner, *Istorija Piotra Wielkiego* (Moskwa: Izdatielstwo AST-ASTREL, 2004), 64; Nikołaj Iwanowicz Pawlenko, *Istorija Piotra Wielkiego* (Moskwa: Izdatielstwo »WIECZE«, 2006), 29, 57.

⁴ Gribielskij, Mirwis, *Dom Romanowych*, 123, 13.

⁵ Risanovsky, Steinberg, *Historia Rosji*, 253-254; Gribielskij, Mirwis, *Dom Romanowych*, 57; Jewgienij Wiktorowicz Anisimow, *Impieratorskaja Rossija* (Sankt-Peterburg: OOO »Piter-Press«, 2016), 203.

⁶ *Ukaz imperatora Joanna Antonowicza 9 nojabria 1746 goda* (Moskwa: hrabia Siergiej Dmitrjewicz Szeremietiew, Uniwersyteckaja tipografija, 1899), 3-4 (oryginał ukazu w języku polskim); 5-6 (tłumaczenie ukazu na język rosyjski). Ukaz ten nie został opublikowany w: *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii* t. XI, „s 1740 po 1743 goda” (Sanktpeterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo

Okres rządów Anny Leopoldowny charakteryzował jej daleko idący dystans wobec wszelkiej aktywności państwowej, liczne spory wybuchające pomiędzy dostojnikami Cesarstwa, a także otaczanie się przez nią szerokim kręgiem cudzoziemców, w opinii publicznej jednoznacznie identyfikowanych z Niemcami. Dodatkowy niepokój budziły zamiary włożenia na skroń regentki korony Imperium Rosyjskiego. Wszystkie te okoliczności, na które nakładała się złożona sytuacja międzynarodowa, interesy europejskich mocarstw usiłujących instrumentalnie rozgrywać Rosję, zmierzając przy tym do wywołania sporów o sukcesję rosyjską, wzorem trwających analogicznych wojen o trony: polski, hiszpański, czy też austriacki, budziły lęki oraz powodowały głęboką troskę o trwałość instytucji państwowych^[7]. W sposób szczególny obawy te przenikały sfery wojskowe, i to zarówno na poziomie oficerskim, jak też wśród niższych szarż: podoficerów i żołnierzy, chociaż ta ostatnia grupa postrzegała problem stosunkowo prosto – pod rządami stojącej na czele państwa regentki ster nawy państwowej pozostanie tak czy owak w rękach „Niemców”, a przecież Rosja potrzebuje dla swojego rozwoju i dalszej egzystencji kogoś, kto byłby w stanie w pełni samodzielnie nią władać, bez jakiegokolwiek instytucji zastępującej prawowitego monarchę, a na dodatek okrążonego cudzoziemskimi – nie rosyjskimi wpływami. Te koncepcje budowały tożsamość narodową i kierowały zarazem wzrok ku córce Piotra I Wielkiego – cesarzównie Elżbiecie. Wybitny historyk rosyjski XIX stulecia Wasilij Osipowicz Kliuczewskij (1841-1911) w swoim monumentalnym dziele zatytułowanym *Russkaja istorija* przywołuje nawet przypadek odmowy złożenia przysięgi na wierność Joannowi VI Antonowiczowi po ogłoszeniu manifestu o objęciu przez niego tronu, jak też wskazuje na ogromne nadzieje i oczekiwania personifikowane przez lud w osobie Elżbiety Piotrowny. Takie wydarzenia, krok po kroku budowały fundamenty pod kolejny przewrót pałacowy, tym razem na rzecz objęcia tronu przez Elżbietę^[8]. Do tego czasu, szczególnie w dobie panowania cesarzowej Anny Joannowny dystansowała się ona od wszelkich przejawów aktywności publicznej, wybierając życie

Impieratorskowo Wielicestwa Kancelarji, 1830), 301, w którym okres rządów Anny Leopoldowny rozpoczyna wydany dwa dni później, 11 listopada 1740 roku ukaz do synodu *Ob upotrebleniji na cerkownyje razchody dieneg* numer: 8287; Jewgienij Wiktorowicz Anisimow, *Rossija w sieredine XVII wieka* (Moskwa: «Myśl», 1988), 32.

⁷ Michaił Heller, *Historia Imperium Rosyjskiego*, tłum. Eugeniusz Melech, Tadeusz Kaczmarek (Warszawa: Wydawnictwo «Książka i Wiedza», 2000), 387.

⁸ Wasilij Osipowicz Kliuczewskij, *Russkaja istorija* (Moskwa: Izatielstwo „E”, 2016), 708-708.

w wąskim kręgu swojego najbliższego otoczenia, skupiającego oddane i wierne jej osoby, które następnie już po 1741 roku miały objąć istotne funkcje publiczne. Męczyła też cesarzównę atmosfera imperatorskiego dworu, co powodowało, że pojawiała się na nim sporadycznie i wyłącznie wówczas, gdy stawało się to całkowicie niezbędne^[9]. Starła się nie angażować w bieżącą politykę, stronić od wszelkich ewentualnych problemów i kłopotów, czyniąc zarazem wszystko, by nikomu nie przyszło do głowy wydać ją za mąż za władcę jakiegokolwiek miniaturowego niemieckiego księstwa. Jednak dość nieudolne rządy jej kuzynki Anny Leopoldowny powoli, z dnia na dzień, modyfikowały tak zamiary Elżbiety, jak i całokształt sytuacji. Jej najbliżsi sojusznicy, szczególnie nadworny lekarz Jean Armand de L'Estocq (Johann Hermann Lestocq 1692-1767) zaczęli inspirować cesarzównę do bardziej zdecydowanych poczynań. W podobnym kierunku szły również działania dyplomacji szwedzkiej i francuskiej, pragnących zrealizować swoje cele polityczne w Rosji, jednak Elżbieta, utrzymująca stale, wzorem Piotra I, doskonałe relacje z gwardzistami, nie była ciągle jeszcze w pełni zdecydowana na przeprowadzenie zamachu, obawiając się surowej reakcji karnej w przypadku jego niepowodzenia^[10]. Informacje o zamiarach spiskowców, za przyczyną dyplomacji brytyjskiej oraz rosyjskiej agencji w Niemczech, dotarły też do Anny Leopoldowny, której sugerowano konieczność jak najszybszego aresztowania L'Estocqa^[11]. Jednak nie zdecydowała się ona na taki krok, ograniczając się jedynie do wezwania Elżbiety w dniu 23 listopada (4 grudnia) 1741 roku do pałacu cesarskiego i poinformowania jej o tym, że plany spisku stały się już jawne, chociaż zastrzegła, że im nie wierzy. Zapowiedziała też aresztowanie de L'Estocqa. Elżbieta nader chłodno i w sposób zdystansowany zaprzeczyła wszelkim podnoszonym zarzutom, ale rozmowa ta radykalnie przyspieszyła podjęcie przez nią decyzji o konieczności przeprowadzenia przewrotu. W pełni też zdała sobie sprawę, że nadszedł czas, by bez zbędnej zwłoki przejść do aktywnej fazy realizacji planów^[12].

Wydarzenia nabrały tempa już następnego dnia. Późnym wieczorem 25 listopada (6 grudnia) około godziny 23 do rezydencji Elżbiety przybyło

⁹ Michaił Michajłowicz Bogosłowski, *Rossijskij XVIII wiek*, t. II (Moskwa: Izdatelstwo «Nowyj chrograf», 2010), 142.

¹⁰ Anisimow, *Impieratorskaja Rossija*, 205-208.

¹¹ Jewgienij Wiktorowicz Anisimow, *Jelizawieta Pietrowa* (Moskwa: Mołodaja Gwardia, 1999), 10-11.

¹² Nikołaj Nikołajewicz Frisow, *Wstuplenie na prestoł impieratrycy Jelizawiety Piotrowny* (Kazań: Tipografija Impieratorskowo Uniwersiteta, 1887), 146-147.

siedmiu grenadierów, przekazując informację, że następnego dnia ich oddziały miały opuszczać Sankt-Petersburg, co uniemożliwiłoby całkowicie realizację zamiaru przejęcia władzy. Elżbieta zatem, nie wahając się ani chwili włożyła na pierś metalową zbroję i order św. Katarzyny na wstędze, wzięła w rękę srebrny krzyż oraz uroczyście przyrzekła przed ikoną *Spas nierukotwornyj*, że o ile obejmie tron, to nie potwierdza już nigdy żadnego wyroku śmierci. Opuściła po tym swój pałac w otoczeniu bliskich jej osób, w tym licznych krewnych, w linii macierzyńskiej, po Katarzynie I (1684-1727) i zasiadła w saniach, udając się do Koszar Preobrażeńskich, w których poprosiła gwardzistów o wsparcie jej działań na rzecz przejęcia tronu Rosji. Klęcząc przed nimi trzymała w ręku krzyż mówiąc: „Przysięgam przed tym krucyfiksem, umrzeć za was, a czy wy przysięgacie uczynić to samo dla mnie?”. Żołnierze odpowiadając jej, złożyli takiej samej treści przysięgę, zastrzegając jednocześnie, że pozbawią życia wszystkich wrogów Elżbiety. Gwardziści z nią na czele udali się do Pałacu Zimowego, w którym warty niemal momentalnie przeszły na stronę spiskowców. Aresztowano wszystkich członków Rodziny Brunszwickiej, a mianem tym określano wówczas w Rosji Annę Leopoldowną oraz jej małżonka i ich małoletniego syna – Joanna VI Antonowicza. Pełnia władzy cesarskiej, przy prawie całkowitej aprobacie większości opinii publicznej przeszła w ten sposób w ręce imperatorowej Elżbiety Piotrowny, a tym samym dokonała się swoista reinkarnacja pozycji stronnictwa rodziny Naryszkinów, z której wywodziła się matka Piotra I i ostateczny już upadek frakcji Miłosławskich na dworach: sanktpetersburskim i moskiewskim^[13]. Z upływem kolejnych dwudziestu lat wydarzenie to doprowadziło też do przejęcia tronu Imperium Rosyjskiego przez holsztyńsko-gottorpską linię Romanowów, która utrzymała się na nim do marca 1917 roku^[14].

Okres rządów Elżbiety zapisał się w historii Rosji jako czas rozprzestrzeniania się na jej terytorium idei Oświecenia: powstały liczne szkoły oraz

¹³ Frisow, *Wstąpienie na tron imperatrycy Jelizawiey Piotrowny*, 148 – 150; Nikołaj Iwanowicz Pawlenko, *Jelizawiea Pietrowna* (Moskwa: Rossijskoje wojenno-istoriczeskoje obszczestwo, 2023), 229-230; Aleksandr Sokołow, *Nieruskije ruskije. Istorija słuženija Rossiji. Inoziemnyje predstaviteli siemji Romanowych* (Moskwa: Izdatielstwo «Centropoligraf», 2021), 91-98; Nancy Shields Kollmann, *Rossija i jejo imperia 1450-1801*, tłum. Władimir Pietrow (Boston-Sankt-Peterburg: Academic Studies Press/Biblorossika, 2023), 469.

¹⁴ Mirwis Gribielskij, *Dom Romanowych*, 67; 103; Orlando Figes, *Tragedia narodu. Rewolucja rosyjska 1891-1924*. tłum. Beata Hrycak (Wrocław: Wydawnictwo Dolnośląskie, 2009), 365-367; Richard Pipes, *Rewolucja rosyjska*. tłum. Tadeusz Szafar (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1994), 247-251.

gimnazja, powołany został do życia w 1755 roku Uniwersytet Moskiewski, zainicjowała swój byt publiczna scena teatralna w Sankt-Petersburgu (1756) oraz utworzono, również w północnej stolicy, w 1757 roku Akademię Sztuk Pięknych. Imperatorowa Elżbieta Piotrowna powołała również w 1752 roku Morski Kadecki Korpus Szlachecki w Sankt-Petersburgu. To ostatnie miasto przeżyło w trakcie jej panowania także niezwykle dynamiczny rozwój. Liczba jego mieszkańców dorównała populacji Moskwy, zaś architektonicznie stało się ono perłą „baroku elżbietkańskiego”, ze swoimi pięknymi świątyniami, pałacami, licznymi pomnikami oraz wspaniałymi mostami. To wówczas wybitny architekt Bartolomeo Rastrelli (1700-1771) projektował oraz budował najpiękniejsze sanktpetersburskie gmachy użyteczności publicznej, w tym Pałac Zimowy, na który Elżbieta przeznaczyła gigantyczne środki finansowe oraz wznosił pałace dostojników państwowych, pragnących chociażby w części naśladować estetyczne gusty imperatorowej. Pojawiły się też wówczas w Rosji pierwsze tytuły prasowe: w Sankt-Petersburgu wychodziły:

1. „Jeżemiesiacznyje soczinienija, k polzie i uwiesieleniju służaszczije” (1758 rok – redaktor: Gerhard Friedrich Müller);
2. „Trudolibimaja pczioła” (1759 rok – redaktor: Aleksandr Piotrowicz Sumarokow); oraz ukazujące się w Moskwie:
3. „Poleznoje uwiesielenije” (1760 rok – redaktor: Michaił Matwiejewicz Chersakow).

Natomiast w sferze finansowo-gospodarczej cesarzowa Elżbieta doprowadziła do zlikwidowania, przez wiele lat paraliżujących obrót handlowy, wewnętrznych komór celnych, jak też zezwoliła na utworzenie w 1754 roku pierwszego państwowego banku w Imperium Rosyjskim – Szlacheckiego Banku Pożyczkowego z siedzibą w Sankt-Petersburgu i filią w Moskwie przyznającego właścicielom ziemskim niskoprocentowane kredyty zabezpieczone na ich nieruchomościach^[15].

¹⁵ Dominic Lieven, *The Cambridge History of Russia*, t. II, *Imperial Russia, 1689 – 1917* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 78; 396. Risanowsky, Steinberg, *Historia Rosji*, 257; Kostomarow, *Russkaja istorija w ziznieopisanijach jejo gławniejszych dziejatieli*, 1254; Heller, *Historia Imperium Rosyjskiego*, 397-405; „Ukaz imiennyj 13 maja – Ob uczierieżdienii Gosudarstwiennowo Zajemnawo Banka; o poriadkie wydaczii onawo dienieg i o nakazanii rostowszczikow”, [w:] *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii s 1649 goda*, t. XIV, 1754 – 1757 (Sanktpeterburg: Tipografija II Otdielenija Jewo Impieratorskowo Wieliczestwa Kancelarii, 1836), 87 – 94, numer: 10235.

W jednym z pierwszych swoich ukazów, wydanych zaledwie w kilka dni po przejściu tronu w dniu 12 grudnia 1741 roku, cesarzowa Elżbieta Piotrowna wskazywała na potrzebę poszanowania aktów prawnych funkcjonujących w obrocie od czasów rządów jej poprzedników. Stwierdziła, że Senat Rządzący miał się kierować ukazami wydanymi jeszcze przez jej ojca – Piotra Wielkiego, zaznaczając:

[...] nakazujemy, wszystkie Jego Wysokości ukazy i reglamente najbardziej ściśle przestrzegać, według nich nieodmiennie postępować we wszystkim i we wszystkich Instytucjach Państwa Naszego, tak w Kolegium Duchownym, jak i w pozostałych, we wszystkich kancelariach, kantorach, guberniach, prowincjach, jak też w innych miejscach, jakkolwiek by się nie nazywały i gdzie by nie były; albowiem w tychże ukazach Jego Wysokości i uprzednio w ukazach dziada naszego Gosudara Cara Aleksieja Michajłowicza wspomnianych, oprócz tych, dotyczących spraw, które wówczas się toczyły i zostały zakończone; nie odrzucamy także ukazów powstałych po śmierci Jego Wysokości, [pochodzących – D.S.] od jej wysokości Gosudarini, matki Naszej, i po niej władających Tronem Wszechrosyjskim przed nami, uchylamy te, które pozostają niezgodne ze stanem obecnego czasu i są przeciwne dobru państwowemu^[16].

Tak wyrażone stanowisko dawało monarchini możliwość swobodnej oceny funkcjonującej legislacji będącej dziełem następców cara Aleksieja Michajłowicza oraz cesarza Piotra I, przy czym postrzegą część z nich jako odejście od sukcesji tych władców, będąc zarazem jednak w pełni gotową do utrzymania ukazów, które były przez nią oceniane jako propaństwowe^[17]. Co więcej, jej ustawodawstwo w pewien sposób korygowało, na przykład

¹⁶ „Ukaz imieniny 12 grudnia 1741 roku O wostanowlenii własti Senata w prawlenii wnutriennych gosudarstwiennych dzieł; o soczinieni rejestra ukazam preźnich carstwowanij; ob unicztōżeni preźniawo Kabineta, i ob ustanowleni nowawo pri dworie Jeja Imperatorskowo Wieliczeszwa; ob uczeżdżenii po preźniemu w Guberniach Prokurorow, i ob opredelenii dlia uprawlenii inostrannymi dietami Kanclera”, [w:] *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii*, t. XI, s 1740 po 1743 (Sanktpeterburg; Tipografija II Otadielenija Sobstwennoj Jewo Impieratorskowo Wieliczeszwa Kancelarii, 1830), 544-545, numer: 8480.

¹⁷ Aleksandr Jewgieniewicz Presniakow, „Prawitielstwujuszczij Senat w carstwowanije Jelizawiety Pietrowny i Piotra Fiedorowicza”, [w:] *Nikołaj Dmitrejewicz Czeczulin, Aleksandr Emiliewicz Nolde, Michaił Aleksandrowicz Polijewtokow, Aleksandr Jewgieniewicz Presniakow, Istorija Prawitielstwujuszcziewo Senata za dwiesti let 1711 – 1911 gg.*, t. II (Sankt-Peterburg; brak nazwy wydawnictwa, 1911), 6.

w sferze społecznej, wiele aktów normatywnych poprzedników zasiadających na tronie Imperium Rosyjskiego. Być może najbardziej widoczne było w obszarze polityki konfesjonalnej. W 1727 roku matka Elżbiety, Katarzyna I, nakazała wysiedlenie Żydów z terenów Ukrainy, jak też zamieszkujących miasta położone na obszarze Rosji. Polecenie to, najprawdopodobniej z uwagi na rychły zgon cesarzowej, zaledwie po kilkunastu dniach od podjęcia tej decyzji, nie zostało skutecznie zrealizowane^[18]. Elżbieta już rok po swojej intronizacji wydała 2 (13) grudnia 1742 roku ukaz, w preambule którego odwoływała się do tegoż aktu normatywnego Katarzyny I, nakazując wysiedlenie Żydów z obszaru całego państwa rosyjskiego, i to bez różnicy płci, gremialnie zakazując im jednocześnie powrotu, zezwalając wszakże na jeden wyjątek od tej zasady – w przypadku przyjęcia przez kogokolwiek z nich prawosławia^[19].

W obszarze prawa karnego w Imperium Rosyjskim stan prawny w pierwszej połowie XVIII wieku wyglądał nieco inaczej i można było go określić mianem raczej stabilnego. Nie ulegał bowiem jakimś nadzwyczaj radykalnym przekształceniom i zmianom. Fundamentalnym zbiorem,

¹⁸ 26 kwietnia 1727 goda, *Imiennyj sostojawszjisa w Wierchownom Tajnom Sowietie O wysyłkie Żydow iz Rossiji i o nabliudieni, daby oni nie wywozili s soboju zołotykh i sie-rebrianych Rossijskich dienieg* [w:] *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii*, t. VII, s 1649 goda, t. VII 1723 – 1727 (Sanktpeterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo Imperatorskowo Wieliczewstwa Kancelarii, 1830), 782 numer: 5063; w tekście którego Katarzyna I nakazywała, żeby: „[...] Żydów tak płci męskiej, jak i żeńskiej, którzy znajdują się na Ukrainie i w innych miastach rosyjskich, tych wszystkich wysłać bezzwłocznie won z Rosji za granicę i z powrotem ich pod żadnym pozorem nie wpuszczać do Rosji i tego ściśle przestrzegać we wszelkich miejscach”. Aleksander Sołżenicyn, *Dwieście lat razem 1795 – 1995*, cz. I, *W przedrewolucyjnej Rosji*, tłum. Adolf Mayer, Natalia Michalak (Wrocław: Wydawnictwo Wektory, 2012), 22 – 23.

¹⁹ Ukaz z 2 grudnia 1742 roku, *Imiennyj – O wysyłkie kak iz Wielikorossijskich, tak i iz małorossijskich gorodow, sioł i dierewień, wsiech Żydow, kakowo by kto zwani-ja i dostoinstwa nie był, so wsiem ich imieniem za granicu i o niepuskaniu onych, na buduszczije wremia w Rossiju, kromie żełajuwszczich prinat Chrystianskuję wieru Grieczeskawo ispowiedowanija* [w:] *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii*, t. XI, s 1740 po 1743 goda (Sanktpeterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo Imperatorskowo Wieliczewstwa Kancelarii, 1830), 727 – 728, numer: 8673; Sołżenicyn, *Dwieście lat razem*, cz. I, 23 – 24; Kazimir Waliszewskij, *Jelizawiet Pietrowna: Docz' Piotra Wielikowo* (Moskwa: TERRA-Knižnyj Klub, 2003), 161. Na mocy tego ukazu imperatorowej Elżbiety Piotrowny granice Rosji opuściło wówczas do 1753 roku około 35 tysięcy osób wyznania judaistycznego, chociaż przyjmuje się, że w praktyce z przesłanek gospodarczo-ekonomicznych realizacja tego aktu normatywnego napotykała na znaczny opór właścicieli ziemskich, samych Żydów, a nawet urzędników koronnych.

między innymi norm prawa karnego, stało się *Ułożenije* cara Aleksieja Michajłowicza (*Sobornoje ułożenije*) z licznymi jego uzupełnieniami w formie monarszych ukazów^[20]. Prace nad tą kodyfikacją rozpoczęte zostały w drugiej połowie lipca 1648 roku i powierzone komisji, do której składu władca powołał trzech bojarów z tytułami książęcymi: Nikitę Iwanowicza Odojewskiego (1600-1689) powierzając mu funkcję jej przewodniczącego oraz Siemiona Wasilijewicza Prozorowskiego (1586-1660) i Fiodora Fiodorowicza Wołkońskiego (?-1665). Do pomocy w ich pracach car Aleksiej Michajłowicz dołączył dodatkowo do tego zespołu dwóch diaków: Gawriłę Leontiejewa oraz Fiodora Joakimowicza Gribojedowa (1610-1673). Stanowili oni dobrze wykształcony czynnik urzędniczy^[21]. Uchodzili zarazem za doskonałych znawców i interpretatorów prawa bizantyjsko-ruskiego, jak też wybitnych praktyków, co z kolei wynikało z doświadczeń nabytych z pracy sędziowsko-orzeczniczej w centralnych organach zarządu Państwa Moskiewskiego (*prikazy, pałaty*). Komisja bez zbędnej zwłoki podjęła działania na rzecz uporządkowania materiału normatywnego finalnie dążąc do opracowania nowego zbioru prawa, opierając się na obszernym i wielorakim dorobku źródłowym, przede wszystkim na księgach *Prikazów: Rozbojonowo, Pomiestnowo i Ziemskowo*, jak również na księdze *Chołopiewo Prikaza*. Ponadto wykorzystano liczne wielkoksiążęce i carskie *Sudiebniki* z lat: 1497, 1550, 1559 i 1606-1607, jak też: *Stogław* (postanowienia ziemsko-cerkiewnego Soboru z 1551 roku) i *Nomokanony* zawarte w poszczególnych redakcjach *Kormczych Knig: Nomokanon* Joanna Scholastyka, *Nomokanon w XIV tytułach* wraz z należącym do niego *Kanonem Sintagma* w redakcji przed Focjuszem oraz opatrzony komentarzami *Nomokanon Focjusza*^[22]. Pod uwagę także wzięto III *Statut* litewski

²⁰ Nancy Shields Kollman, *Prestuplenije i nakazanije w Rossiji ranniewo Nowowo wremieni*, tłum. Piotr Igorujewicz Prudrowskij, Marija Siergiejewna Mieńszykowo, Aleksandra Wasilijewna Worobiowa, Jelena Anatolijewna Kirpianowa, Jekaterina Giennadiejwna Domnina (Moskwa: »Nowoje Literaturnoje Obozrienije«, 2016), 294.

²¹ Iwan Dmitrijewicz Bielajew, *Lekcji po istorii russkowo zakondatielstwa* (Moskwa: Izdatielstwo »Rodnaja strana«, 2018), 811-812; Michaił Flegontowicz Władimirskij-Budanow, *Obzor istorii russkowo prawa* (Moskwa: Izdatielskij Dom »TERRITORIJA BUDUSZCZIEWO«, 268-269; Irena Kwiatkowska, *Prawo karne w kodyfikacji rosyjskiej 1649 roku* (Warszawa-Kraków: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1984), 17.

²² Igor Andriejewicz Isajew, *Istorija gosudarstwa i prawa Rossiji* (Moskwa: NORMA-INFRA, 2013), 172-174; 178; Aleksiej Stiepanowicz Pawłow, *Sokraszczionnyj kurs lekcji cerkownowo prawa*, (brak miejsca wydania i nazwy wydawnictwa, 1899), 120-138; Dmitrij Iwanowicz Azarewicz, *Istorija bizantijskowo prawa*, cz. II (Jarosław: I

z 1588 roku, dokonując wręcz w wielu przypadkach bezpośredniej recepcji jego przepisów do treści *Ułożenija* cara Aleksieja Michajłowicza. Ponadto wykorzystana Komisja księcia Nikity Odojewskiego dokumenty z okresu Smuty, w tym między innymi teksty umów zawartych z Zygmuntem III Wazą, przedmiotem których było zaproszenie jego syna – królewicza polskiego Władysława do objęcia tronu Państwa Moskiewskiego (z dnia 4/14 lutego i 7/17 sierpnia 1610 roku), a ponadto inne akty stanowiące źródła prawa ruskiego i bizantyjskiego^[23].

Tworząc *Sobornoje Ułożenije* książę Nikita Odojewski wraz z pozostałymi członkami Komisji odrzucili mocno archaiczne już wówczas regulacje z okresu obowiązywania *Ruskiej Prawdy* i funkcjonowania na Rusi prawa książęcego. Jednocześnie podjęli też w miarę udaną próbę dokonania systematyzacji istniejącego materiału ustawodawczego, zmierzającą do jego konsolidacji i zapewnienia spójności norm prawnych w ramach przygotowywanej nowej kodyfikacji. W rezultacie otrzymano zbiór prawa składający się z 25 opatrzonych tytułami rozdziałów, zawierający łącznie 967 artykułów i poprzedzony *Wstępem*. Biorąc jako kryterium przedmiot regulacji prawnej można spróbować wyodrębnić w *Sobornym Ułożeniju* z 1649 roku kilka działów tego aktu normatywnego:

1. rozdziały I-IX dotyczą prawa: państwowego, cerkiewnego, skarbowego oraz prywatnego (cywilnego);
2. rozdziały X-XV poświęcone zostały postępowaniu sądowemu oraz ustrojom sądów rosyjskich, chociaż w rozdziale X znalazły się też normy prawa zobowiązań;
3. rozdziały XVI-XX zawierają normy regulujące stosunki z zakresu prawa rzeczowego;

Tipografija Germana Wilgelma Falke, 1877), 324-327; Anton Władimirowicz Karta-szew, *Istorija russkoj Cerkwi* (Moskwa: Izdatielstwo EKSMO, 2005), 317-321; Roman Iwanowicz Awdiejew, Tatiana Jurjewna Timofiejewa, *Istorija Russkoj Prawosławnoej Cerkwi*, t. I, *Istorija Russkoj Cerkwi ot naczała raspostrajenia Chistanstwa na Rusi do uczerieżdinija Patrijarszesztwa w Moskwie (1589g.)* (Moskwa: Politczerskaja Encykłopedija »ROSSPEN«, 2015), 448-449.

²³ Michaił Flegontowicz Władimoirowskij-Budanow, *Nowyja Otkrytija w istorii Ułożenija cara Aleksiejewicza Michajłowicza* (Kijów: brak nazwy wydawnictwa, 1880), 5-6; Igor Andriejewicz Isajew, „Istorija sozdanija Sobornowo Ułożenija. Istoczniki i struktura”, [w:] *Istorija suda i prawosudija w Rossiju*, t. II, *Zakonodatielstwo i prawosudije w Moskowskom gosudarstwie (koniec XV – 70-tyje gody XVII wieku)*, red. Natalia Michajłowna Zołotuchina (Moskwa: NORMA, 2019), 475-478.

4. rozdziały XXI-XXII to zbiór norm prawa karnego, chociaż można je odnaleźć także w pozostałych jednostkach redakcyjnych *Ułożenija cara Aleksieja Michajłowicza* oraz:
5. rozdziały XXIII-XXV stanowiące swoiste dopełnienie pozostałych norm tego zbioru prawa^[24].

Te ostatnie nosiły odpowiednio tytuły: 1) rozdział XXIII – *O strzelcach*; rozdział XXV – *Ukaz o karczmach regulujący zasady sprzedaży wina i tabaki* oraz wprowadzający kary za ich nieprzestrzeganie^[25].

W sferze prawa karnego w *Sobornym Ułożeniju* dokonano próby przedmiotowej systematyzacji ujętych przestępstw, dyferencjując je bardziej lub mniej ostro na cztery kategorie. Były to zatem czyny przestępne skierowane przeciwko: 1) wierze i Cerkwi prawosławnej; 2) państwu; 3) społeczności oraz: 4) wobec osób prywatnych (fizycznych)^[26]. Karą główną przewidzianą w tym kodeksie była kara śmierci, przy czym pełniła ona przede wszystkim funkcję eliminacyjną wobec sprawcy. Zagrożenie nią występowało w 20 rozdziałach zawierających przestępstwa spenalizowane w *Sobornym Ułożeniju* z 1649 roku, takie chociażby jak: bluźnierstwo (*Bogochulstwo*), celowe zakłócanie obrządków religijnych (*umyszliennej sryw liturgii*), podjęty w zamiarze bezpośrednim zamach na życie lub zdrowie panującego (*gosudara*) czy też zdrada stanu (*gosudarstwiennaja izmiena*). Z punktu widzenia wykonania kary śmierci *Ułożenije* z 1649 roku przyjmowało podział na karę zwykłą i kwalifikowaną. Zwykłą karę śmierci wykonywano przez powieszenie, zaś karami kwalifikowanymi, związanymi z dodatkowymi dolegliwościami dla skazanego, były: spalenie, wlanie do gardła roztopionego metalu (ołowiu), oraz zakopanie żywcem w ziemi, stosowane wobec mężobójczyń. Ta ostatnia kara polegała na zakopaniu skazanej w pozycji stojącej wraz z rękami do wysokości głowy, pozostawieniu jej pod strażą i pozbawieniu wody oraz żywności. Zależnie od pory roku śmierć następowała bądź w dniu kaźni, bądź też trwała przez kilka dni. Prawo zabraniało pozytywnie reagować na prośby dzieci, bądź krewnych zabitego o objęcie zabójczyni aktem łaski, chociaż w praktyce zdarzały się przypadki przerwania wykonania kary śmierci wobec skazanej, odkopania

²⁴ Isajew, „Istorija sozdanija Sobornowo Ułożenija. Istoczniki i struktura”, 480-481.

²⁵ Bielajew, *Lekcji po istorii russkowo prawa*, 831.

²⁶ Artiemij Anatolijewicz Roźnow, „Sistema priestuplenij po Sobornomu ułożeniju 1649”, [w:] *Istorija suda i pravosudija w Rossiji*, t. II, *Zakonodatielstwo i pravosudije w Moskovskom gosudarstwie (koniec XV – 70 -tyje gody XVII wieku)*, red. Natalia Michajłowna Zołotuchina (Moskwa: NORMA, 2019), 497.

jej i osadzenia w żeńskim monasterze jako mniszki, by w ten sposób odpokutowała swoją winę. Ponadto *Ułożenije* cara Aleksieja Michajłowicza przewidywało szereg kar mitylacyjnych takich jak: ucięcie ucha, ręki, nosa lub nozdrzy, nogi bądź nóg, ust jak też języka (za przestępstwa religijne bądź obelgi), czy wreszcie oślepienia (poprzez wyłuskanie oka lub pary oczu). Najczęściej jednak przewidywaną w *Ułożeniju* z 1649 roku karą było pozbawienie wolności na czas określony bądź nieokreślony – „do ukazu władcy” (do *Gosudriewa ukaza* bądź: *na skolko Gosudar ukazet*)^[27].

Sobranoje Ułożenije z 1649 roku w II połowie XVII stulecia wymagało już, a to z uwagi na pewne sprzeczności w jego treści normatywnej, korekty, uzupełnienia oraz nowelizacji. Służyć temu miały nowo wydane artykuły obejmujące swoją materią zarówno normy z zakresu prawa rzeczowego (status dóbr ziemskich), jak i prawa karnego. Przeszły one do historii prawa jako *Nowoukazannyje statji*, zaś wydane były kolejno w latach: 1669, 1676, 1677, przy czym, jedynie te pierwsze z 1669 roku, przyjęte przez cara Aleksieja Michajłowicza za zgodą Dumy Bojarskiej w dniu 22 stycznia i opatrzone tytułem *Nowoukazannyje statji o rozbojniczych i ubijstwiennych dietach*, stanowiły *de facto* małą kodyfikację karną uzupełniającą w tym zakresie odpowiednie rozdziały *Sobornowo Ułożenija* z 1649 roku. Recypowały też liczne nowe rozwiązania z bizantyjskich źródeł prawa, chociaż w porównaniu z *Sobornym Ułożeniem* w wielu przypadkach osłabiały wymiar represji karnej, wprowadzając znacznie mniej dotkliwy katalog kar, odchodzący od tych przyjętych w 1649 roku, z *Kormczej Knigi* i III *Statutu* litewskiego^[28].

W opinii zgłębiającej te kwestie amerykańskiej badaczki Nancy Shields Kollmann *ratio legis* takich rozwiązań należy poszukiwać w przebiegu gwałtownych ruchów społecznych, będących przejawem głębokiego niezadowolenia ludności z sytuacji gospodarczej w Państwie Moskiewskim, w tym chociażby takich zjawisk, jak emisja miedzianych rubli, której to monecie oficjalnie nadano wartość srebra, zaś stosunek cen obu metali

²⁷ Kwiatkowska, *Prawo karne w kodyfikacji rosyjskiej 1649 roku*, 106-110; Artiemij Anatolijewicz Rożnow, „Nakazaniya po Sobornomu ułożeniju 1649 goda”, [w:] *Istoriya suda i pravosudija w Rossiji*, t. II, *Zakondatielstwo i pravosudije w Moskovskom gosudarstwie (koniec XV – 70 – tyje gody XVII wieka)*, red. Natalia Michajłowna Zołotuchina (Moskwa: NORMA, 2019), 515-517.

²⁸ Isajew, *Istoriya gosudarstwa i prawa Rossiji*, 181; Aleksander Władimirowicz Żułanow, Isabella Aleksandrowna Minger, Ałan Atłyjewicz Tieppijew, „Ot Sobornowo ułożenija k »Nowoukazannym statijom«: rozwitije russkowo prawa wo utoroj połowinie XVIII wieka” *Prawo i uprawlenie*, nr 9 (2022): 138; Kollman, *Prestuplenije i nakazaniye w Rossiji Nowowo wriemienie*, 299.

kształtujący się w proporcjach 62,5:1, powodował wyparcie z obrotu pieniądza o wartości realnie wyższej i sprzyjał fałszowaniu monety miedzianej, której rzeczywista ilość w obiegu znacznie przekroczyła wysokość oficjalnej emisji określonej przez władze państwowe. Pogłoski, że za tymi patologicznymi zjawiskami stoją dążące do wzbogacenia się w ten sposób osoby z najbliższego otoczenia cara Aleksieja Michajłowicza, w tym jego teść – bojar Ilia Miłosławski, doprowadziły w lipcu 1662 roku do wybuchu tak zwanego „miedzianego buntu” w Moskwie, krwawo po kilku dniach stłumionego przez oddziały strzelców. Jego uczestnicy zostali poddani torturom, zaś wielu z nich skazano bądź na kary mutilacyjne (obcięcie członków), piętnowanie i zesłanie całymi rodzinami na Syberię lub też na śmierć przez powieszenie. Lokalne rozruchy w ślad za tym rozlały się po całej Rosji, zaś ich zwieńczeniem stała się w latach 1670-1671 wojna chłopska zapoczątkowana przez dońskiego kozaka Stiepana Timofiejewicza Razina (ok. 1630-1671). Wszystkie te wydarzenia dały impuls, by normy *Soborowego Ułożenija* przewidujące za określone rodzaje przestępstw, kary zmierzające do ciężkiego uszkodzenia ciała skazanego, zastąpione zostały mniej dotkliwymi, ale ostatecznie pozbawiającymi w znacznej mierze aktywności fizycznej. I tak, jeżeli w *Soborowym Ułożeniju* za pierwszą kradzież przewidywano obcięcie lewego ucha, a za drugą prawego, to *Nowoukazanyje Statiji* wprowadzały odpowiednio za pierwszą kradzież odcięcie dwóch małych palców lewej dłoni, za drugą zaś – pozbawienie lewej nogi. Dopiero w warunkach recydywy i popełniania dalszych przestępstw należało sprawcę pozbawić kolejnych członów ciała – odrąbać rękę oraz nogę. W przypadku kradzieży naczyń liturgicznych z cerkwi *Soborowe Ułożenije* przewidywało karę śmierci, zaś regulacja z 1669 roku nakazywała w przypadku popełnienia po raz pierwszy tego typu przestępstwa jedynie odcięcie lewej ręki i prawej nogi u sprawcy. *Notabene* kary te w latach osiemdziesiątych XVII wieku zastąpione zostały bądź to dożywotnim zesłaniem na Syberię, bądź też dalszym złagodzeniem ich uciążliwości mutilacyjnych dla skazanego^[29].

W czasie panowania Piotra I Wielkiego (trwającego od 1692 do 1721 roku) w zakresie prawa karnego nadal fundamentalnym aktem normatywnym pozostawało *Ułożenije* cara Aleksieja Michajłowicza z 1649 roku, chociaż kontynuowane były działania legislacyjne nakierowane na nowelizację

²⁹ Kollman, *Prestuplenije i nakazanije w Rossiji Nowowo wriemienie*, 325-326; Risanovsky, Steinberg, *Historia Rosji*, 194; Heller, *Historia Imperium Rosyjskiego*, 252-253; Kluczewskij, *Russkaja istorija*, 462-464.

obowiązujących norm prawnych zmierzającą do uzyskania znacznej efektywności w walce z przestępczością. Dokonywało się przede wszystkim poprzez tak zwane *imiennye ukazy*, a zatem dekrety monarsze wydane i osobiście podpisane przez cara (od 1721 roku przez imperatora)^[30]. Nie sposób przywołać je wszystkie, ale można spróbować wskazać te najistotniejsze. Były to zatem: 1) Imienny ukaz z bojarskim przyzwoleniem o niezakopywaniu do ziemi żon za zabójstwa ich mężów, a o ścięciu im głów (*imiennyj ukaz s bojarskim prigoworem o nieokapywanii w ziemlu żon za ubijstwo mužej ich, a ob otsieczanii im gołow*^[31] z 19 lutego 1698 roku); 2) Imienny ukaz ogłoszony Strzeleckiemu Prikazowi przez bojara Trojekurowa o procedurze transportowania więźniów na zesłanie i o karaniu przeprowadzających, jeżeli umyślnie bądź przez zaniedbania dadzą powód więźniom do ucieczki (*Imiennyj ukaz objawionyj Strieleckomu prikazu bojarinom Trojekurowym o poriadkie prieprowdżenija kołodnikow w ssyłku i o nakazanie prawodnikow jesli umyszlienno ili po niebrieżeniju dadut słuczaj kołodnikom k pobiegu*) z 19 października 1692 roku w treści, którego nakazywano transportować więźniów w kajdanach z zachowaniem jednak takich standardów, by dotarli oni do miejsc zesłania, a także nakładano kary na dozorujących ich strażników, którzy w przypadku dopuszczenia do ucieczki skazanych, sami podlegali karom cielesnym (bicie knutem), a nawet zsyłce wraz z rodzinami w miejsce przeznaczone dla uciekiniera^[32]; 3) Ukaz imienny, ogłoszony z *Preobrażenskowo Prikaza dla Prikazu Sudnych Dzieł* o karaniu za bunt, zdradę i zabójstwo śmiercią, a za worostwo zesłaniem do Azowa na katorgę (*Imiennyj, objawlionnyj iz Preobrażenskowo prikaza, prikazu Sudnych dzieł o nakazanii za bunt izmieniu i duszegubstwo, smiertiju, a za worostwo ssyłkoju w Azow na katorgu*) z dnia 19 listopada 1703 roku potwierdzający istnienie przestępstwa zdrady stanu i konieczność karania za nią, rozszerzał je także o pojęcie „buntu” i zabójstwo w zamiarze bezpośrednim (*umyszlinnoje ubijstwo*) oraz nakazywał wymierzać winnym popełnienia takich czynów, zgodnie *Ułożeniem* z 1649 roku, karę śmierci. Z kolei tych, którzy dopuszczali się worostwa, Piotr I polecał zsyłać na katorgę do położonego nad

³⁰ Anatolij Walentynowicz Naumow, *Prestuplienije i nakazanie w istorii Rossiji*, cz. I (Moskwa: OOO »Prospekt«, 2021), 38.

³¹ *Połnoje Sobranije zakonow Rossijskoj imperii s 1649 goda*, t. III, s 1689 po 1699 (Sanktpeterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo Impieratorskowo Wieliczestwa Kancelarii, 1830), 15, numer: 1335.

³² *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii s 1649 goda*, t. III, 1689-1699 (Sanktpeterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo Impieratorskowo Wieliczestwa Kancelarii, 1830), 143-144, numer: 1449.

Donem nieopodal ujścia tej rzeki do Morza Azowskiego – Azowa. Określone w tytule *worostwo* nie oznaczało w realiach początku XVIII wieku konglomeratu przestępstw skierowanych przeciwko mieniu, ale raczej pod tym terminem kryła się zbiorcza nazwa wszelkich czynów zabronionych, poza zdradą stanu, buntem oraz zabójstwem^[33]. W niecałe dwa miesiące później ten akt normatywny został doprecyzowany przez wydany 14 stycznia 1604 roku Imienny ukaz o karaniu za zdradę i bunt śmiercią, a za mniejsze przestępstwa knutem i zesłaniem do pracy katorżniczej na wieczność lub tylko na dziesięć lat (*Imiennyj, objawlionnyj iz Rozjadu w Preobrażenskijskij prikaz o nakazaniju za izmienu i bunt smiertiju, a za mienszyje prestuplenija knutom i słytkoju w katorżniju rabotu wieczno ili tolko na dziesiat liet*). W jego treści car nakazywał, by

[...] przestępców i rozbójników, którzy dopuścili się morderstwa, w sposób bezpośredni [czynili – D.S.] przestępstwa, zdradę stanu i bunt, karać śmiercią, a którzy [uprzednio – D.S.] byli skazani i następnie zesłani, tych bez [ponownego – D.S.] skazania zsyłać na katorgę, aż na dziesięć lat.

Ten akt normatywny zawężył orzekanie kary śmierci wyłącznie do przestępstw o ciężkiej wadze gatunkowej: zdrady stanu oraz buntu, zaś w pozostałych wypadkach, o ile *Soborowe Ułożenije* taką drastyczną sankcją przewidywało nakazywał jej złagodzenie poprzez tak bezterminowe, jak i określone datą końcową zesłanie do prac katorżniczych^[34].

Wszystkie te regulacje prawnokarne Piotra I kolidowały z *Ułożeniem* wydanym przez jego ojca – cara Aleksieja Michajłowicza w 1649 roku i w praktyce ich stosowanie niosło za sobą wątpliwości co do wzajemnych relacji tychże aktów normatywnych. Próbę ich wyjaśnienia, jak też zhierarchizowania rangi aktów prawnych, stał się ukaz imienny z 15 czerwca 1714 roku o kończeniu spraw według *Ułożenija*, a nie według *Nowoukazanych Statiej* (*Imiennyj ukaz o wierszeniju dieł po Ułożeniju, a nie po Nowoukazanym Statijam*). Utrzymywał on w mocy normy *Soborowego Ułożenija*, ale też paradoksalnie w żaden sposób nie zmieniał statusu prawnego późniejszych

³³ *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii s 1649 goda*, t. IV, 1700-1712 (Sankt-peterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo Impiratorskowo Wieliczestwa Kancelarii, 1830), 228, numer: 1951; Naumow, *Prestuplienije i nakazanije w istorii Rossiji*, cz. I, 39.

³⁴ *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii s 1649 goda*, t. IV, 1700-1712 (Sankt-peterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo Impiratorskowo Wieliczestwa Kancelarii, 1830), 240, numer: 1957.

ukazów imiennych. Te, które zawierały regulacje z zakresu prawa karnego nieznanne *Ułożeniju* z 1649 roku, a go uzupełniające, nakazywano stosować w praktyce orzeczniczej. Ukaz *expressis verbis* zamierzał bowiem sformułowanie:

[...] nakazać wszystkim rangą sędziom wszystkie sprawy prowadzić zgodnie z *Ułożeniem*; a według nowo ukazanych punktów i według odrębnych ukazów w żadnym wypadku niczego nie czynić, oprócz tych spraw, które w *Ułożeniju* pominięte zostały^[35].

Wydany przez Piotra I w dniu 16 stycznia 1721 roku Reglament Głównego Magistratu (*Reglament ili ustaw Gławnego Magistrata*) w rozdziale IX o sądach miejskich (*o sudach graždanskich*) tę regułę interpretacyjną zatwierdzał, stwierdzając, by „[...] w Magistratach wszędzie sąd i śledztwo w sprawach był przeprowadzony według *Ułożenija* i według Jego Wielkiego Gosudara ukazów”^[36]. Kolejne akty normatywne regulujące problematykę prawnokarną z okresu panowania Piotra I – chociażby Kodeks Wojskowy (*Artikuł Wojskij*) z 1715 roku, czy też w części Ustawa morska (*Ustaw morskij*) z 1720 roku, cechowały nadal bardzo surowe zagrożenia za popełnione czyny przestępcze w tym kary cielesne oraz kara główna – kara śmierci^[37].

Ta ostatnia w realiach XVIII wieku była niezwykle okrutna i to najczęściej poprzez sposób jej wykonania. Niezmiernie sugestywny opis takich czynności z marca 1757 roku, a zapewne nie było istotnych różnic w ich przeprowadzeniu w Rosji, podaje Michel Foucault, relacjonując *in extenso* tekst źródłowy zawierający relację z egzekucji, dokonanej wówczas publicznie w Paryżu. Pisał o skazanym, że w treści wyroku zasądzono

[...] „publiczną pokutę przed głównym wejściem do Kościoła Paryskiego” dokąd miał być „wieziony i doprowadzony na wózku, obnażony w jednej koszuli, z płonąca gromnicą wagi dwu funtów w rękę”; potem „w rzeczonym wózku na placu Gréve i na szafocie [...] szarpany obcęgami w piersi, ręce, uda i łydki; prawica dzierżąca nóż, którym dokonał pomienionego

³⁵ *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii s 1649 goda*, t. IV, 1700-1712 (Sankt-peterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo Impiratorskowo Wieliczestwa Kancelarii, 1830), 116-117, numer: 2828.

³⁶ *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii s 1649 goda*, t. XIV, 1754-1757 (Sankt-peterburg: Tipografija II Otdielenija Jewo Impiratorskowo Wieliczestwa Kancelarii, 1836), 296, numer: 3708.

³⁷ Naumow, *Prestupljenije i nakazanie w istorii Rossiji*, cz. I, 40-43.

ojcóbójstwa, przypiekana siarką, a miejsca skąd będą drzeć pasy, polewane płynnym ołowiem, gorącą żywicą, woskiem i siarką gotowanymi pospołu; następnie ciało rozwłózione i rozerwane w cztery konie, potem członki i korpus spalone, a popioły rozrzucone na wiatr”.

Świadkowie obecni przy tym dodawali, że:

[...] ta operacja trwała bardzo długo, bo konie których użyto, nie nawykły do włóczenia, toteż zamiast czterech trzeba było zaprzęgać sześć; a że i tego nie wystarczyło, musiano, żeby wyrwać nieszczęśnikowi nogi, podcinać mięśnie i rozrąbywać stawy^[38].

Trzeba dodać, że mieszkańcy Imperium Rosyjskiego w tym samym 1757 roku, pod rządami cesarzowej Elżbiety, pozbawieni byli możliwości obserwowania podobnie drastycznych scen w swojej ojczyźnie.

Przecież już przewrót pałacowy z 25 listopada (6 grudnia) 1741 roku odbył się praktycznie właściwie bez przelewu chociażby jednej kropli krwi, jeżeli nie liczyć osoby współpracującego z hrabią Andriejem Iwanowiczem Ostermanem (1703-1747), generał-admirałem oraz czołowym politykiem i doradcą Anny Leopoldowny, byłym profesorem Akademii Nauk – Christianem Friedrichem Grossem (1696-1742), który zdecydował się popełnić samobójstwo^[39]. Jeszcze w trakcie dokonującego się zamachu stanu przeprowadzono aresztowania bliskich współpracowników Anny Leopoldowny, w tym między innymi: feldmarszałka hrabiego Burkharda Christopha von Münnicha (1728-1767) wraz z synem, hrabiego Ostermana, wicekanclerza hrabiego Michaiła Gawriłowicza Gołowkina (1699-1754), wielkiego marszałka dworu (*ober-gofmarszał*) hrabiego Reinholda Gustawa von Loewenwolde (1693-1758), prezydenta Kolegium Handlu (*Komerz-kolegium*) barona Carla Ludwiga Mengdena (1706-1761) i rzeczywistego radcę stanu Iwana Nazarewicza Temirjaziewa^[40]. W ślad za tym Elżbieta Piotrowna powołała specjalną komisję śledczą na czele której stanął nowo powołany generał-prokurator, książę Nikita Jurijewicz

³⁸ Michel Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, tłum. Tadeusz Komendant (Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2020), 9-10.

³⁹ Burkhard Christoph von Münnich, *Zapiski feldmarszał* grafa Minicha, tłum. Siergiej Nikołajewicz Szubinskij (Moskwa: Gosudarstwienaja publicznaja istoričeskaja biblioteka Rossiji; OOO »Mikrograftech«, 2017), 122; Anisimow, *Impieratorskaja Rossija*, 206-207.

⁴⁰ Münnich, *Zapiski feldmarszał* grafa Minicha, 120.

Trubeckij (1699-1767). Zarzuciła ona podejrzanym czyny popełnione na szkodę Państwa Rosyjskiego oraz nowej cesarzowej. Ostermanowi podobnie i von Münnichowi przypisano działania, które spowodował, że po śmierci Piotra II Aleksiejewicza (1715-1730), wbrew ostatniej woli Katarzyny I, korona rosyjska przeszła na Annę Joannową, z pominięciem cesarzówny Elżbiety, jak też nakłanianie Anny Leopoldowny do wydania jej za mąż za zubożałego zagranicznego księcia. Feldmarszałka von Münnicha oskarżono natomiast o prowadzenie wojen bez oszczędzania podwładnych mu żołnierzy. Pozostałym z kolei zarzucono między innymi nakłanianie byłej regentki do włożenia na skronie korony imperatorskiej^[41].

Po zakończeniu działalności komisji księcia Trubeckiego, 13 (24) stycznia 1724 roku Senatowi Rządzącemu dostarczono ukaz polecający, by oskarżonych sądzić zgodnie z obowiązującym prawem („*sudit ich po gosudarstwiennym prawam i ukazam*”). Wyrok wydany przez specjalnie powołany przez imperatorkę Sąd Generalny, dwa dni później 15 (26) stycznia, odznaczał się niespotykaną wręcz surowością. Ostermana skazano na śmierć poprzez łamanie kołem, von Münnicha na poćwiartowanie, zaś pozostałych jedynie na ścięcie. Wobec skazanych orzeczono też konfiskatę mienia ruchomego oraz nieruchomości. Już w miejscu egzekucji 18 (29) stycznia oznajmiono im jednak wolę Elżbiety Piotrownej, która zamieniła orzeczoną wobec nich wszystkich karę śmierci, na zesłanie^[42]. W treści wydanego 22 stycznia (2 lutego) 1742 roku manifestu wyjaśniając powody swojej decyzji, i potwierdzając zarazem słuszność orzeczonych przez specjalny Sąd Generalny, aż tak drakońskich kar, stwierdzała oficjalnie używając formy *pluralis maiestatis*: „[...] My, według przyrodzonego Nam Macierzyńskiego miłosierdzia i według darowanej Nam od Boga wspaniałomyślności, Wszechmiłosierna nakazaliśmy ich od tej orzeczonej kary śmierci uwolnić”, zezwalając jednocześnie, by mogli im towarzyszyć ich małżonki, o ile wyrażą na to zgodę.

⁴¹ Kostomarow, *Russkaja istorija w żiznieopisanijach jejo gławniejszych diejatieli*, 1180.

⁴² Siergiej Mijałowicz Sołowjew, *Istorija Rossiji s drevniejszych wremion* (Moskwa: EKSMO, 2019), 713-715; Jelena Marasinowa, „*Zakon*” i „*grażdanstwo*” w Rossiji wtorej połowiny XVIII wieku: oczerki istorii obszczestwiennowo soznanija (Moskwa: OOO »Nowoje Literaturnoje Obozrienije«, 2017, 88-91; Siergiej Aleksandrowicz Kołtunajew, „*Sudiebnaja sistema gosudarstwa w »epochu dworcowych piereworotow«*”, [w:] *Istorija suda i prawosudija w Rossiji*, t. III, *Sodustrojstwo i sudoproizwodstwo w pieriod stonowlenija i rozwitija absolutizma (koniec XVII – sierzedina XIX wieku)*, red. Siergiej Aleksnadrowicz Kołtajew (Moskwa: Izdatielstwo »NORMA«, 2019), 375.

Utrzymywała jednak w całej rozciągłości orzeczoną pełną konfiskatę mienia skazanych^[43].

Według tego samego schematu postępowała imperatorowa Elżbieta w przypadku innych wyroków orzekanych za zdradę stanu i spiski przeciw monarchini. Tak było w sprawie Aleksandra Turczaninowa – kamerlokaja oraz jego współników, podoficerów Pułków Izmailowskiego oraz Preobrażeńskiego: *praporszczyka* Piotra Iwaszki i sierżanta Iwana Snowidowa, którzy uznawali, że Elżbieta jest córką Piotra I nie legitymującą się jakimkolwiek prawem do tronu, co wynikać miało z faktu urodzenia się przed zawarciem oficjalnego związku małżeńskiego jej ojca z Katarzyną I Aleksiejewną, jeszcze wówczas Martą Skawronską. Planowali zamach na życie domniemanej uzurpatorki i jej siostrzeńca, następcę tronu – Karla Petera Ulricha von Schleswig-Holstein-Gottorp, przyszłego cesarza Piotra III Fiodorowicza (1728-1762), a następnie osadzenie na tronie Rosji księcia Joanna VI Antonowicza, którego postrzegali jako *par excellence* prawowitego i zarazem jedyne go sukcesora Anny Joannowny. Kara śmierci orzeczona wobec żołnierzy spiskowców w grudniu 1742 roku została zamieniona wyłącznie na obcięcie nozdrzy, zaś w przypadku Turczaninowa dodatkowo pozbawiono go języka. Kolejnym krokiem stało się zesłanie całej trójki spiskowców na Syberię^[44].

W lipcu 1743 roku rozpoczęła się też sprawa Łopuchinów, którzy wespół z posłem w Sankt-Petersburgu, pochodzącej z dynastii Habsburgów królowej Czech i Węgier oraz cesarzowej Austrii Marii Teresy (1717-1780) markizem Antonio Otto Botta-Adorno (1688-1774), działającym rzekomo w imieniu skonfliktowanego z jego mocodawczynią, królem Prus Fryderykiem II Hohenzollernem (1712-1786) zamierzali doprowadzić do uwolnienia wszystkich członków Rodziny Brunszwickiej z miejsca ich osadzenia w Rydze i detronizacji Elżbiety Piotrowny. Uczestnicy tego spisku: dama dworu Anny Leopoldowny, a także i Elżbiety Natalia Fiodorowna Łopuchina, *de domo* von Balken (1699-1763), jej mąż generał-lejtnant

⁴³ Gienwarija 22, 1742 goda *Manifest. – Ob otmienje smiertnoj kazni prigoworionym k onoj Generalnym Sudom Gosudarstwiennym prestupnikam Ostermanu, Minichu, Gołowkinu, Lewenwoldu, Mendgenu i Temirjaziewu – S pritoženijem wypiski iz sentencji Generalnow Suda o proczich prikosnowiennych k siemu diełu prestupnikach*, [w:] *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii*, t. XI, s 1740 po 1743 (Sanktpeterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo Impieratorskowo Wielczestwa Kancelarii, 1830), 574-575, numer: 8506.

⁴⁴ Kostomarow, *Russkaja istorija w żiznieopisanijach jejo gławniejszych diejatieli*, 1183.

Stiepan Wasiljewicz Łopuchin (ok. 1685-1781) oraz ich syn kamerjunkier w randze podpułkownika gwardii Iwan Stiepanowicz Łopuchin (1720-1781) wraz z kilkoma innymi osobami z kręgów arystokracji poddani torturom przyznali się do winy. Trójkę Łopuchinów skazano na karę śmierci poprzez łamanie kołem i pozbawienie języków. Imperatorowa złagodziła ten wyrok, zamieniając karę główną na publiczne biczowanie knutem oraz ucięcie języków, a następnie zesłanie na Syberię i konfiskatę dóbr. Większość pozostałych uczestników tego sprzysiężenia ukarano została chłostą i zesłaniem. Markiz Botta wyjechał z Sankt-Petersburga i na żądanie imperatorowej jego mocodawczyni Maria Teresa osadziła go w areszcie domowym pod strażą, zaś po roku na prośbę Elżbiety wyrażającej swoje zadowolenie z kary, która go spotkała został zwolniony. Z kolei Fryderyk II przekazał jej poprzez rosyjskiego posła w Berlinie „sąsiedzką radę”, by przenieść całą Rodzinę Brunszwicką z Rygi w głąb Rosji, co też uczyniono, kierując ich początkowo do Oranienburga, leżącego wówczas w guberni woroneskiej, a następnie latem 1744 roku nakazano ich przeniesienie do położonego nieopodal Archangielska miasta Chołmogory, z zaleceniem jednocześnie ścisłego odizolowania Joanna VI Antonowicza od jego najbliższych^[45].

Elżbieta Piotrowna, której decyzje indywidualnie w pewien sposób złagodziły orzeczone kary – niewykonywanie egzekucji i zastąpienie śmierci najczęściej mutylacją, w 1744 roku zdecydowała się na pierwszy krok ku rozwiązaniu systemowemu, wydając 7 maja *ukaz o przysyłaniu do Senatu list więźniów skazanych na karę śmierci, lub na śmierć polityczną. O niewykonywanie wobec nich wyroku przed ukazem Senatu*, w którym odwołując się do sytuacji na obszarze całego Imperium Rosyjskiego, w tym także w siłach zbrojnych wskazywała na to, że w wielu przypadkach „[...] karę śmierci i śmierć polityczna jest czyniona nie według rzeczywistych win, a z innych przyczyn i niewinnie”. Stąd też żądała, by wszystkie odpisy i ekstrakty wyroków zasądzających karę śmierci lub śmierci politycznej, pod tym ostatnim terminem rozumiejąc przeprowadzenie swoistej inscenizacji egzekucji, a następnie wykonanie kary gatunkowo łżejszej i zesłanie bądź

⁴⁵ Sołowjew, *Istorija Rossiji s drevniejszych wremion*, 1185-1188; Henryk Wereszycki, *Historia Austrii* (Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź: Wydawnictwo Zakład Narodowy imienia Ossolińskich, 1996), 122; Wacław Felczak, *Historia Węgier* (Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź: Wydawnictwo Zakład Narodowy imienia Ossolińskich, 1983), 170; Ignac Romsics, *Historia Węgier*, tłum. Agnieszka Barszczewska, Szymon Brzeziński, Maciej Sagata (Poznań: Media Rodzina, 2018), 248-249; Christopher Clark, *Prusy. Powstanie i upadek 1600 – 1947*, tłum. Jan Szkułdliński (Warszawa: Bellona, 2009), 186; 192.

też wyłącznie zesłanie, były przesyłane do Senatu Rządzącego celem ich weryfikacji. Jednocześnie surowo zabraniano przeprowadzania egzekucji i śmierci politycznych już skazanych, jak też i w przeszłości^[46].

Istotą zatem tego ukazu stała się nie tyle likwidacja kary śmierci w Rosji, co raczej wprowadzenie *moratorium* na jej wykonywanie^[47]. Do tej kwestii Elżbieta Piotrowna podczas swojego panowania wracała jeszcze kilkukrotnie. W zatwierdzonej przez nią opinii Senatu Rządzącego z dnia 29 marca (9 kwietnia) 1753 roku nakazywała, by w przypadku popełnienia przestępstw zagrożonych karą śmierci jej nie stosować, zamieniając ją na karę chłosty wykonywaną knutem, połączoną z wycięciem nozdrzy oraz dożywotnim zesłaniem^[48]. Półtora roku później, 30 września (11 października) 1754 roku cesarzowa Elżbieta potwierdziła w wydanym przez siebie akcie normatywnym swoje wcześniejsze decyzje co do niewykonywania kary śmierci i *expressis verbis* stwierdziła, ażeby w przypadkach

[...] naturalnej i politycznej śmierci, określonych ściśle w prawach i ukazach państwowych, zgodnie z poprzednimi ukazami Jej Cesarskiej Wysokości, teźże śmiertelnej egzekucji do rozpatrzenia i [wydania - D.S.] właściwego dla niej ukazu nie wykonywać,

a orzeczoną karę śmierci zamieniać na inne kary – bicie knutem, wyrwanie nozdrzy, napiętnowanie słowem „*wor*” (ros. przestępca), co miano czynić poprzez wypalenie rozgrzanym żelazem znaku w formie litery „*W*” na czole, zaś na jednym z policzków litery „*O*”, a na drugim – „*R*”. Ponadto nakazywała imperatorowa zsyłanie skazanych do ulokowanej na brzegu Zatoki Fińskiej miejscowości Ragervik (obecnie na terenie Estonii miasto Paldiski, położone na półwyspie Pakri) lub też do innych miejsc

⁴⁶ Ukaz z 7 maja 1744 roku – *O prisiłkie w Senat spiskow o kołodnikach prigoworiennych k smiertnoj kazni, ili k političeskoj smierti o nieispołnieni nad nimi prigowora prieźdie Senatskowo ukaza*, [w:] *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii*, t. XI, S 1740 po 1743 (Sanktpeterburg: Tipografija II Otdielenija Sobstwiennoj Jewo Impieratorskowo Wielczestwa Kancelarii, 1830), 114, numer: 8944; Marasinowa, »Zakon « i » graźdanstwo« w Rossiji wtorej połowiny XVIII wieka: oczerki istorii obszczestwiennowo soznanija, 96.

⁴⁷ Naumow, *Prestupljenije i nakazanije w istorii Rossiji*, cz. I, 50.

⁴⁸ *Wysoczajszij utwierździennyj dokład, 29 marta 1753 goda. – O imienowanii političeskuju smiertiju: wezwiedienije na wisilincu, ili położenije gołow na płachtu, i opriedielenii w Senat ekstraktow iz dieł po kotorym prestupnikow prisuźdajutsia k naturalnoj ili političeskoj smierti, nie priwodija prigowora w ispołnienie*, [w:] *Połnoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii s 1649 goda*, t. XIII, 1749 – 1753, 813, numer: 10087.

ulokowanych dostatecznie daleko od Moskwy i Sankt-Petersburga na pozostałej części terytorium Rosji^[49].

W sierpniu 1754 roku Elżbieta powołała przy Senacie Rządzącym specjalną Komisję Kodyfikacyjną (*Ułożonnaja Komisja*), w której pierwszym składzie zasiedli: 1) generał-major Iwan Iwanowicz Diwow (1706-1773), jako jej przewodniczący oraz: 2) wiceprezydent Kolegium Sprawiedliwości (*Justiz kollegia*) Friedrich Johann von Emme – Fidor Iwanowicz Emme (1699-1767); 3) obersekretarz Senatu Rządzącego Aleskandr Iwanowicz Glebow (1772-1790); 4) asesor kolegialny Wasilij Liapunow; 5) burmistrz Głównego Magistratu Iwan Wichliajew; 6) główny sędzia *Prikazu Śledczego* (*Sysknoj Prikaz*) Nikita Siemienowicz Biezobrazow (1703-?); 7) główny sędzia *Prikazu Sądowego* (*Sudnoj Prikaz*) Iwan Iwanowicz Juszkow (zm. 1786), a także: 8) rosyjski uczonego niemieckiego pochodzenia, profesor Akademii Nauk w Sankt-Petersburgu Frederic Henri Strube de Piermont w wersji rosyjskiej: Fridrich Genrich de Pirmont (1704-1776). Mieli oni przedstawić projekt nowego *Ułożenija* regulującego: 1) ustrój sądów; 2) status prawny poddanych Imperium Rosyjskiego; 3) prawo rzeczowe ze szczególnym uwzględnieniem dóbr nieruchomości oraz ruchomości; 4) kwestię kar, w tym też pieniędzy oraz wyrokowania. Po roku pracy w 1754 roku Komisja Kodyfikacyjna przedstawiła Senatowi wyłącznie projekt nowej kodyfikacji karnej, stojący w ostrej opozycji wobec dotychczasowych działań na tej niwie cesarzowej Elżbiety. Składał się on z dwóch części: 1) „sądowej” oraz: 2) „kryminalnej”^[50]. Ta pierwsza obejmowała procedurę sądową, zaś ta druga była zbiorem norm prawa karnego materialnego. W znacznej mierze powiełała ona rozwiązania przyjęte w *Ułożeniju* cara Aleksieja Michajłowicza z 1649 roku oraz ustawodawstwo karne Piotra Wielkiego zawarte w licznych aktach prawnych z okresu jego panowania, takich chociażby jak: Kodeks Karny Wojskowy (*Woinskij artykuł*), Ustawa Morska (*Morskij ustaw*) czy też Generalny Reglament (*Gieneralny rieglament*). Ignorowała natomiast całkowicie ukazy panującej imperatorowej Elżbiety dotyczące kary

⁴⁹ Ukaz Senatskij 30 sientjabrja 1754 goda – O rewiziji ugołownych dieł po raznym wiadomostwam, i o potwierdźdzenii ukaza 1753 goda ijunia 18, o zamienienii smiertnoj kazniju politczeskiju s objasnieniem, czto poczitat sieju kaznije i czto nakazaniem, [w:] *Połonoje sobranije zakonow Rossijskoj imperii s 1649 goda, t. XIV, 1753 – 1757* (Sankt-peterburg: Tipografija II Otdielenija Jewo Impieratorskowo Wieliczestwa Kancelarii, 1830), 235, numer: 10306.

⁵⁰ Naumow, *Prestuplienije i nakazanije w istorii Rossiji*, cz. I, 50; Marasinowa, »Zakon « i » graźdanstwo« w Rossiji wtorej połowiny XVIII wieka: oczerki istorii obszczestwiennowo soznania, 112,

śmierci, *de facto* też zastępowała pojęcie „śmierci politycznej” nowym terminem recypowanym do prawnego języka rosyjskiego – „śmiercią cywilną” (*graždanskaja smiert*). Elżbieta odmówiła po czterech latach w 1759 roku zatwierdzenia tego projektu, nakazując jego uzupełnienie o pominięte przez Komisję Kodyfikacyjną materie, zaś w 1761 roku, w którym nastąpił jej zgon, ustami swojego ministra i zarazem prywatnego sekretarza Adama Wasiljewicza Olsufijewa (1721-1784) przekazała, by nie wprowadzać do norm prawa karnego nowego *Ułożenija* sankcji w postaci kary śmierci. Trzeba też dodać, że w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej, obok już tradycyjnych dla Rosji sposobów wykonania kary śmierci, takich jak: ścięcie, powieszenie, spalenie, łamanie kołem, wlanie do gardła roztopionego ołowiu, znalazły się też do tej pory nieznane: rozerwanie skazańca na części poprzez pięcioro koni (miała być stosowana wobec winnych popełnienia ciężkich przestępstw politycznych), czy też wprowadzano karę śmierci za kradzież mienia o wartości przekraczającej 40 rubli, jak też za podobny czyn w warunkach powrotu do przestępstwa po raz trzeci (recydywa). Trudno jest jednak mówić w tym przypadku o swoistej frondzie członków Komisji Kodyfikacyjnej wobec polityki karnej cesarskiej Elżbiety, bo w istocie rzeczy kara śmierci nie została formalnie zniesiona, chociaż pod rządami tej imperatorowej jej nie wykonywano. Sytuacja ta, wskazuje jednak na pewien opór środowisk polityczno-urzędniczych wobec wprowadzonego przez Elżbietę *moratorium*. Można przypuszczać, że gdyby nie jej śmierć, doszłoby do daleko idącej różnicy zdań pomiędzy szeroką częścią elity politycznej a monarchią w kwestii, być może całkowitej likwidacji kary głównej. Nie można jednak raczej Elżbiecie odmówić chęci humanitaryzacji ustawodawstwa karnego w Rosji i wreszcie wierności złożonej w chwilach poprzedzających moment przewrotu pałacowego przed ikoną *Spas Nierukotwornyj* przysiędze, że jeżeli plany co do objęcia tronu się ziszczą, to już nigdy nie będzie wykonana w Imperium Rosyjskim kara śmierci^[51].

Podczas rządów cesarskiej Elżbiety udało się także wyjaśnić jeszcze jedno zagadnienie z zakresu prawa karnego dotyczące określenia wieku osób nieletnich popełniających czyny zabronione i ich odpowiedzialności za nie. *Sobornoje Ułożenije* ani też późniejsze akty normatywne nie zawierały żadnych rozwiązań prawnych wskazujących wiek dzieci, które z uwagi

⁵¹ Marasinowa, »Zakon« i »graždanstwo« w Rossiji wtorej połowiny XVIII wieku: oczerki istorii obszczestwiennowo soznania, 96, Kliuczewskij, *Russkaja istorija*, 732; Michaił Michajłowicz Speranskij, *O zakonach. Izbrannyje raboty i pisma* (Moskwa: Jurajt, 2021), 77-78.

na tą przesłankę nie podlegały ani torturom, ani też karze śmierci. Na kanwie zabójstwa popełnionego przez 14-letnią dziewczynkę, która pozbawiła na Syberii życia dwójkę małych dzieci, Senat Rządzący rozpatrując tę sprawę sformułował wiążącą opinię prawną, że nieletnim przestępcą jest osoba popełniająca czyn zabroniony przed ukończeniem 17 roku życia. Do tej granicy wiekowej, sprawcy nie podlegali zesłaniu, biciu knutem ani też karze śmierci, o ile nawet obowiązujące normy prawnokarne takie sankcje przewidywały w popełnionych tego rodzaju przestępstwach. W zamian za to skazani w wieku do 17 roku życia podlegali karze chłosty biczem z plecionego rzemienia oraz osadzeniu w monasterze na okres 15 lat w celu dokonania pokuty i osiągnięcia poprawy^[52].

Tak *par excellence* humanitarna postawa Elżbiety Piotrowny przyniosła jej uznanie w oczach elit europejskiego Oświecenia, zaś Cesare Beccaria, autor powstałego w 1764 roku głośnego traktatu *O przestępstwach i karach*, składając hołd rządowi tej cesarzowej, podczas których wobec nikogo nie wykonano w Rosji kary śmierci, poświęcił cesarzowej wzmiankę tej treści w swoim dziele, pisząc: „[...] dwadzieścia lat panowania imperatrycy moskiewskiej Elżbiety, która dała ojcom ludów znakomity przykład, równy co najmniej wielu zwycięstwom okupionym krwią synów ojczyzny”^[53]. Być może warto, by także w podręcznikach do historii prawa znalazło się miejsce dla tych pionierskich usiłowań córki Piotra Wielkiego, z uwzględnieniem oczywiście kontekstu czasu i miejsca wydarzeń, a zmierzających do wyeliminowania najbardziej drastycznej z kar i zarazem nieodwracalnej w żaden sposób kary śmierci.

Bibliografia

- Andriejew Igor Lwowicz, *Aleksiej Michajłowicz Tiszajszij*. Moskwa: Izdatielstwo »Akademiczeskij projekt«, 2018.
- Anisimow Jewgienij Wiktorowicz, *Impieratorskaja Rossija*. Sankt-Peterburg: OOO »Piter – Press«, 2016.

⁵² Naumow, *Prestuplienije i nakazanie w istorii Rossiji*, cz. I, 51.

⁵³ Cesare Beccaria, *O przestępstwach i karach*, tłum. Emil Stanisław Rappaport (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1959), 19-20, 144; Waliszewskij, *Elizawieta Pietrowna*, 159.

- Anisimow Jewgienij Wiktorowicz, *Jelizawieta Pietrowa*. Moskwa: Mołodaja Gwardia, 1999.
- Anisimow Jewgienij Wiktorowicz, *Rossija w sieredine XVII wieku*. Moskwa: «Myśl», 1988.
- Azarewicz Dmitrij Iwanowicz, *Istorija bizantijskowo prawa*, cz. II, Jarosławł: Tipografija Germana Wilgelma Falke, 1877.
- Beccaria Cesare, *O przestępstwach i karach*, tłum. Emil Stanisław Rappaport. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1959.
- Bielajew Iwan Dmitrijewicz, *Lekcji po istorii russkowo zakondatielstwa*. Moskwa: Izdatielstwo »Rodnaja strana«, 2018.
- Bogosłowski Michaił Michajłowicz, *Rossijskij XVIII wiek*, t. II, Moskwa: Izdatielstwo «Nowyj chrongraf», 2010.
- Brikner Aleksandr Gustawowicz, *Istorija Piotra Wielkiego*. Moskwa: Izdatielestwo AST-ASTREL, 2004.
- Clark Christopher, *Prusy. Powstanie i upadek 1600-1947*. tłum. Jan Szkudliński. Warszawa: Bellona, 2009.
- Felczak Waćław, *Historia Węgier*. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź: Wydawnictwo Zakład Narodowy imienia Ossolińskich, 1983.
- Figes Orlando, *Tragedia narodu. Rewolucja rosyjska 1891-1924*, tłum. Beata Hrycak. Wrocław: Wydawnictwo Dolnośląskie, 2009.
- Foucault Michel, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, tłum. Tadeusz Komentant. Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2020.
- Frisow Nikołaj Nikołajewicz, *Wstuplenie na prestoł impieratrycy Jelizawiey Piotrowny*. Kazań: Tipografija Impieratorskowo Uniwersiteta, 1887.
- Gribielskij Piotr, Aleksandr Mirwis, *Dom Romanowych. Biograficzeskije swiedienija o czlenach carstwowawszego doma, ich predkach i rodstwiennikach*. Sankt-Peterburg: »LIO Redaktor«, 1992.
- Heller Michaił, *Historia Imperium Rosyjskiego*, tłum. Eugeniusz Melech, Tadeusz Kaczmarek. Warszawa: Wydawnictwo «Książka i Wiedza», 2000.
- Isajew Igor Andriejewicz, *Istorija gosudarstwa i prawa Rossiji*. Moskwa: NORMA-INFRA, 2013.
- Isajew Igor Andriejewicz, „Istorija sozdanija Sobornowo Ułożenija. Istoczniki i struktura”, [w:] *Istorija suda i prawosudija w Rossiju*, t. II, *Zakonodatielstwo i prawosudieje w Moskowskom gosudarstwie (koniec XV – 70-tyje gody XVII wieku)*, red. Natalia Michajłowna Zołotuchina. Moskwa: NORMA, 2019.
- Kartaszew Anton Władimirowicz, *Istorija russkoj Cerkwi*. Moskwa: Izdatielstwo EKSMO, 2005.
- Kliuczewskij Wasilij Osipowicz, *Russkaja istorija*. Moskwa: Izdatielstwo „E”, 2016.

- Kollman Nancy Shields, *Prestuplenije i nakazanie w Rossiji ranniewo Nowowo wremieni*, tłum. Piotr Igorujewicz Prudrowskij, Marija Siergiejewna Mieńszykowa, Aleksandra Wasilijewna Worobiowa, Jelena Anatolijewna Kirpianowa, Jekaterina Giennadiejwna Domnina. Moskwa: »Nowoje Literaturnoje Obozrienije«, 2016.
- Kollmann Nancy Shields, *Rossija i jejo imperia 1450-1801*, tłum. Władimir Pietrow. Boston -Sankt-Peterburg: Academic Studies Press/Biblorossika, 2023.
- Kostomarow Nikołaj, *Russkaja istorija w żiznieopisanijach jejo gławniejszych diejatieli. Połnoje izdanije w odnom tomie*. Moskwa: Izadielstwo ALFA-KNIGA, 2017.
- Kołtunajew Siergiej Aleksandrowicz, „Sudiebnaja sistema gosudarstwa w »epochu dworcowych piereworotow«”, [w:] *Istorija suda i prawosudija w Rossiji*, t. III. *Sodustrojstwo i sudoproizwodstwo w pieriod stonowlenija i rozwitija absolutizma (koniec XVII – sierzedina XIX wieka*, red. Siergiej Aleksnadrowicz Kołtajew. 356-408. Moskwa: Izdatielstwo »NORMA«, 2019.
- Kwiatkowska Irena, *Prawo karne w kodyfikacji rosyjskiej 1649 roku*. Warszawa-Kraków: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1984.
- Lieven Dominic, *The Cambridge History of Russia*, t. II, *Imperial Russia, 1689-1917*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Marasinowa Jelena, „Zakon” i „grażdanstwo” w Rossiji wtorej połowiny XVIII wieka: *oczerki istorii obszczestwiennowo soznania*. Moskwa: OOO »Nowoje Literaturnoje Obozrienije«, 2017.
- Münnich von Burkhard Christoph, *Zapiski feldmarszała grafa Minicha*, tłum. Siergiej Nikołajewicz Szubinskij. Moskwa: Gosudarstwiennaja publicznaja instroczejskaja biblioteka Rossiji; OOO »Mikrograftech«, 2017.
- Naumow Anatolij Walentynowicz, *Prestuplenije i nakazanie w istorii Rossiji*, cz. I. Moskwa: OOO »Prospekt«, 2021.
- Pawlenko Nikołaj Iwanowicz, *Istorija Piotra Wielkiego*. Moskwa: Izdatielstwo »WIE-CZE«, 2006.
- Pawlenko Nikołaj Iwanowicz, *Jelizawieta Pietrowna*. Moskwa: Rossijskoje wojenno-istoriczeskoje obszczestwo, 2023.
- Pawłow Aleksiej Stiepanowicz, *Sokraszczionnyj kurs lekcji cerkownowo prawa*. Brak miejsca wydania i nazwy wydawnictwa, 1899.
- Pipes Richard, *Rewolucja rosyjska*. tłum. Tadeusz Szafar. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1994.
- Presniakow Aleksandr Jewgieniewicz, „Prawitelstwujuszczij Senat w carstwowanie Jelizawiety Pietrowny i Piotra Fiedorowicza”, [w:] Nikołaj Dmitrejewicz Czeczulin, Aleksandr Emiliewicz Nolde, Michaił Aleksandrowicz Polijewtokow, Aleksandr Jewgieniewicz Presniakow, *Istorija Prawitelstwujuszcziewo Senata za dwiesti let 1711-1911 gg.*, t. II. Sankt-Peterburg, 1911.

- Risanovsky Nichocalas, Mark Steinberg, *Historia Rosji*, tłum. Anna Bernaczyk, Tomasz Teszner. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2009.
- Romsics Iganc, *Historia Węgier*, tłum. Agnieszka Barszczewska, Szymon Brzeziński, Maciej Sagata. Poznań: MEdia Rodzina, 2018.
- Rożnow Artiemij Anatolijewicz, „Nakazaniya po Sobornomu ułożeniju 1649 goda”, [w:] *Istorija suda i prawosudija w Rossiji*, t. II, *Zakondatielstwo i prawosudije w Moskowskom gosudarstwie (koniec XV – 70 – tyje gody XVII wieka)*, red. Natalia Michajłowna Zołotuchina. Moskwa: NORMA, 2019.
- Rożnow Artiemij Anatolijewicz, „Sistema priestuplenij po Sobornomu ułożeniju 1649”, [w:] *Istorija suda i prawosudija w Rossiji*, t. II, *Zakonodatielstwo i prawosudije w Moskowskom gosudarstwie (koniec XV – 70 – tyje gody XVII wieku)*, red. Natalia Michajłowna Zołotuchina. Moskwa: NORMA, 2019.
- Sołowjew Siergiej Mijałowicz, *Istorija Rossiji s drewniejzych wremion*. Moskwa: EKSMO, 2019.
- Sołżenicyn Aleksander, *Dwieście lat razem 1795 – 1995*, cz. I, *W przedrewolucyjnej Rosji*, tłum. Adolf Mayer, Natalia Michalak. Wrocław: Wydawnictwo Wektory, 2012.
- Speranskij Michaił Michajłowicz, *O zakonach. Izbrannye raboty i pisma*. Moskwa: Jurajt, 2021.
- Sokołow Aleksandr, *Nieruskije ruskije. Istorija służenija Rossiji. Inozemnyje predstawiteli siemji Romanowych*. Moskwa: Izdatielstwo «Centropoligraf», 2021.
- Waliszewskij Kazimir, *Jelizawieta Pietrowna: Docz’ Piotra Wielikowo*. Moskwa: TERRA-Knižnyj Klub, 2003.
- Wereszycki Henryk, *Historia Austrii*. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź: Wydawnictwo Zakład Narodowy imienia Ossolińskich, 1983.
- Władimirskij-Budanow Michaił Flegontowicz, *Nowyja Otkrytija w istorii Ułożenija cara Aleksiejewicza Michajłowicza*. Kijów: brak nazwy wydawnictwa, 1880.
- Władimirskij-Budanow Michaił Flegontowicz, *Obzor istorii russkowo prawa*. Moskwa: Izdatielskij Dom »TERRITORIJA BUDUSZCZIEWO« 2005.
- Żułanow Aleksander Władimirowicz, Minger, Isabella Aleksandrowna. Tieppijew, Ałan Ałtyjewicz, „Ot Sobornowo ułożenija k »Nowoukazanym statijom«: rozwitije russkowo prawa wo wtoroj połowinie XVIII wieka” *Prawo i uprawlenie*, nr 9 (2022): 136-139.



PIOTR STEC

O potrzebie zmian przepisów o ewaluacji jednostek naukowych 2022–2025*

On the Need for Changes to the Rules of Evaluation of Research
Units 2022–2025

Abstract

The Polish Research Evaluation Exercise was created in 2018 as a tool for an impartial research assessment and allocation of block grants to universities. However, the system has been distorted by arbitrary political interference and poorly designed metrics. This paper proposes legislative changes that will make the system workable and return it to its „factory conditions”: an impartial system based on calculable, unbiased, and hard-to-manipulate metrics.

KEYWORDS: research assessment,
higher education, science,
bibliometrics, reform

SŁOWA KLUCZOWE: ewaluacja
badań, szkolnictwo wyższe, nauka,
bibliometria, reforma

PIOTR STEC, doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu
Opolskiego, ORCID – 0000-0003-3797-1321, e-mail: piotr.stec@wp.pl

* Tekst dofinansowany ze środków budżetu państwa w ramach programu Ministra Edukacji i Nauki pod nazwą „Nauka dla Społeczeństwa” nr projektu (nr NdS/529966/2021/2021); kwota dofinansowania o całkowita wartość projektu 276 920,00 zł.

1 | Wstęp

Jednym ze stałych elementów pejzażu naukowego w Polsce są dokonywane zasadniczo co cztery^[1] lata oceny jakości badań^[2] prowadzonych przez jednostki naukowe. Niezależnie od stałej krytyki rozwiązań służących ocenie jakości badań należy stwierdzić, że od niej nie uciekniemy. Kraje, w których nauka uprawiana jest na wysokim poziomie, z reguły mają jakieś zewnętrzne systemy pozwalające ocenić jakość prowadzonych badań^[3]. Rozwiązania szczegółowe się różnią: Wielka Brytania ma system ekspercki, Włosi mieszany (niektóre dyscypliny oceniane są bibliometrycznie, inne – ekspercko)^[4], itd.

Przedmiotem niniejszego artykułu są propozycje zmian w systemie ewaluacji jednostek naukowych prowadzące do nadania mu racjonalnego kształtu umożliwiającego przeprowadzenie rzetelnej oceny za lata 2022-2025.

¹ Wyjątkiem był okres 2017-2021 obejmujący 5 lat ze względu na problemy związane z epidemią COVID-19.

² Grażyna Praweńska-Skrzypek, Justyna Maciąg, „Rozdział IV. Główne nurty krytyki ewaluacji polityki naukowej i innowacyjnej oraz sposoby jej doskonalenia na przykładzie wybranych krajów”, „Rozdział IV. Główne nurty krytyki ewaluacji polityki naukowej i innowacyjnej oraz sposoby jej doskonalenia na przykładzie wybranych krajów”, [w:] *Ewaluacja w procesie tworzenia i realizacji polityki naukowej i innowacyjnej*, red. Grażyna Praweńska-Skrzypek (Warszawa: Elipsa, 2017), 303-384.

³ Grzegorz Wierczyński, „Problemy oceny parametrycznej polskich czasopism naukowych z dziedziny nauk prawnych” *Państwo i Prawo*, nr 9 (2020): 3-22.

⁴ Gianfranco Rebori, Matteo Turri, „The UK and Italian Research Assessment Exercises Face to Face” *Research Policy*, nr 9 (2013): 1657-1666. <https://doi.org/10.1016/j.respol.2013.06.009>; Massimo Franceschet, Antonio Costantini, „The First Italian Research Assessment Exercise: A Bibliometric Perspective” *Journal of Informetrics*, nr 2 (2011): 275-291. <https://doi.org/10.1016/j.joi.2010.12.002>; Aldo Geuna, Matteo Piolatto, „Research Assessment in the UK and Italy: Costly and Difficult, but Probably Worth It (at Least for a While)” *Research Policy*, nr 1 (2016): 260-271. <https://doi.org/10.1016/j.respol.2015.09.004>; Katharine Barker, „The UK Research Assessment Exercise: The Evolution of a National Research Evaluation System” *Research Evaluation*, nr 1 (2007): 3-12. <https://doi.org/10.3152/095820207X190674>; Lewis Elton, „The UK Research Assessment Exercise: Unintended Consequences” *Higher Education Quarterly*, nr 3 (2000): 274-283. <https://doi.org/10.1111/1468-2273.00160>.

2 | Polski model ewaluacji jednostek naukowych

Zasadniczo sposób oceny jednostek naukowych pozostaje stały co najmniej od czasów minister Barbary Kudryckiej, odpowiedzialnej za wprowadzenie pierwszej po 1989 kompleksowej reformy systemu nauki i szkolnictwa wyższego, obejmującej także ocenę jakości badań opartą w przeważającej mierze na algorytmicznej ocenie osiągnięć jednostek^[5]. Reforma ministra Gowina^[6] poza kosmetyczną w istocie zmianą nazwy całego procesu z “parametryzacji” na „ewaluację” wprowadziła szereg nowości mających w założeniu uczynić system oceny bardziej efektywnym i przejrzystym. Po pierwsze, grupy wspólnej oceny zostały zastąpione przez dyscypliny. Po drugie, poszerzono zakres baz referencyjnych o SCOPUS oraz (w ograniczonym zakresie) ERIH+. Po trzecie, zrezygnowano z miar potencjału naukowego (nadane stopnie, stopnie posiadane przez kadre) i wprowadzono jako kryterium eksperckie wpływ badań na otoczenie. Zmiany te miały być w założeniu pro jakościowe i zachęcić jednostki naukowe, zwłaszcza w naukach społecznych, humanistycznych i teologicznych do wyjścia poza krajowe podwórko. Niestety, z przyczyn, o których niżej, mimo szlachetnych intencji całość doprowadziła do tych skutków, którym zamierzała zapobiec: naukom humanistycznym i społecznym nadal nie opłaca się umiędzynarodowienie, a miary, które miały wprowadzić nas w międzynarodowy obieg naukowy stały się celem samym w sobie. Nie znaczy to oczywiście, że cały system jest zły. Wręcz przeciwnie, jednym z jego skutków jest rosnąca liczba polskich czasopism na SCOPUS, co wiąże się ze zwiększoną widocznością polskiej nauki, choć niekoniecznie na poziomie, jakiego oczekiwali Minister Nauki czy opinia publiczna^[7].

⁵ *Oceny nauki: Tomaszowice, 16-18 listopada 2013*, Debaty PAU, t. I, red. Szczepan Biliński Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 2014; Emanuel Kulczycki, Marcin Korzeń, Przemysław Korytkowski, „Toward an Excellence-Based Research Funding System: Evidence from Poland” *Journal of Informetrics*, nr 1 (2017): 282-298, <https://doi.org/10.1016/j.joi.2017.01.001>.

⁶ Ucieleśniona w postaci tzw. „Ustawy 2.0” albo „Konstytucji dla nauki” tj. ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, tekst jednolity Dz. U. 1018, poz. 1668 t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 742, 1088 ze zn., dalej jako p.s.w.i.n.

⁷ Obecnie Scimago Journal Rank oparty na SCOPUS indeksuje 566 polskich czasopism, 770 hiszpańskich, 637 włoskich, 542 francuskie. Mieścimy się więc w europejskim peletonie, choć daleko nam do 1510 czasopism niemieckich w tym samym wykazie nawet, jeśli przyjąć, że chodzi o kraj z dwa razy większą niż Polska populacją. Dane wg. www.scimagojr.com [dostęp: 16.04.2024].

3 | Punkty krytyczne w procesie ewaluacji

3.1. Wykazy czasopism i wydawnictw

Pierwszym, i to dość oczywistym punktem krytycznym w ewaluacji jest konstrukcja wykazu czasopism i wydawnictw punktowanych. Zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie wykazu czasopism i wykazu wydawnictw^[8] ustalanie punktacji tych ostatnich jest stosunkowo proste – eksperci decydują, czy wydawnictwo jest dobre, czy bardzo dobre.

Zgodnie z § 2 pkt 1 r.wyd do podstawowej grupy wydawców zaliczamy tych, którzy wydają publikacje recenzowane i zobowiązują się przestrzegać zasad etycznych Komitetu do spraw Etyki Publikacyjnej COPE. Wydawcy poziomu 2 to zgodnie z § 2 pkt 2 r.wyd muszą dodatkowo spełniać łącznie cztery kryteria: publikowanie monografii wnoszących istotny wkład w rozwój światowej nauki,^[9] prowadzą politykę wydawniczą zmierzającą do upowszechniania publikacji w skali światowej^[10], są uznawane za wiodące w opinii ekspertów tudzież w wykazach klasyfikujących wydawnictwa,^[11] stosują jednakowe zasady przyjęcia do druku książek niezależnie od wniesienia opłaty za publikację. Już na pierwszy rzut oka widać, że w ewidencji na poziomie 1 zmieści się praktycznie każde wydawnictwo mające pretensje do naukowości, podczas gdy poziom 2 jest zastrzeżony dla nielicznej grupy, wybieranej według nieznanymi bliżej kryteriów szczegółowych, bo uzasadnienia wpisu na jedną bądź drugą listę nie są publicznie dostępne. Nadto, przynajmniej w naukach prawnych, sporo międzynarodowych wydawnictw z poziomu 1 spełnia w mojej ocenie kryteria dla poziomu 2.

⁸ Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 lutego 2020 r. w sprawie sporządzania wykazów wydawnictw monografii naukowych oraz czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych, Dz. U. z 2018 r., poz. 2152, t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 349.

⁹ Złośliwy interpretator tego przepisu wskazałby zapewne, że każde wydawnictwo, które opublikowało osiągnięcie habilitacyjne w postaci monografii spełnia ten warunek, bo osiągnięcia takie muszą stanowić *ex lege* istotny wkład w rozwój dyscypliny.

¹⁰ Rozporządzenie nie zawiera żadnych wskazówek odnośnie do tego, jak badać istnienie i treść tych polityk. Wypada więc przyjąć, że publikowanie po angielsku, w otwartym dostępie lub sprzedaż via Amazon i podobne platformy spełnia ten warunek.

¹¹ Dziwi, że prawodawca niemający problemu ze wskazaniem bibliometrycznych baz referencyjnych dla czasopism nie był w stanie wskazać wykazów referencyjnych dla wydawnictw.

Jednocześnie analiza wykazu wydawców pokazuje trzy podstawowe grupy problemów związanych z jego tworzeniem.

Po pierwsze, w podstawowej grupie wydawców znajdują się znani międzynarodowi gracze oraz wydawnictwa krajowe o różnym poziomie naukowym. Po drugie, grupa wydawców z poziomu drugiego jest dość niejednolita, obejmuje multidyscyplinarnych wydawców oraz wydawnictwa o niszowych specjalnościach. W ten sposób szanse publikacyjne danej dyscypliny zależą częściowo od tego, ile wydawnictw niszowych znalazło się w wykazie na poziomie 2. Po trzecie wykaz nie uwzględnia niektórych znanych i renomowanych wydawnictw.

Nie lepiej jest z wykazem czasopism, choć tu sytuacja byłaby nieco mniej skomplikowana, gdyby potraktować serio założenia reformy ministra Gowina i oprzeć punktację czasopism naprawdę na wskaźnikach bibliometrycznych. Zgodnie z rozporządzeniem do wykazu wchodzi czasopisma ujęte w bazach SCOPUS i Web of Science oraz, dodatkowo, niektóre czasopisma indeksowane w ERIH+ oraz inne czasopisma o uznanej renomie włączone do wykazu przez ekspertów. System ten, na pozór obiektywny i łączący algorytmiczny przydział punktów z oceną ekspercką, traci swój obiektywizm już na początku procesu. Na pierwszym etapie czasopismom przypisuje się punktację zależną od centyla, w którym się znajdują przy uwzględnieniu odpowiedniego wskaźnika bibliometrycznego. Ponieważ punktacja ma odpowiadać znaczeniu czasopisma we wszystkich dyscyplinach, do których je przypisano, ostateczny wynik punktowy to średnia z cząstkowych ocen dyscyplinarnych^[12]. Różnice w ocenach cząstkowych mogą znacznie obniżyć ostateczny wynik, prowadząc do degradacji przyzwoitego czasopisma do parteru.

Przykładem problematyczności takiego procesu punktowania są czasopisma prawnicze i z zakresu innych nauk humanistycznych i społecznych, którym obok podstawowej (a czasem jedynej) dyscypliny dodano przynależność do nauk ścisłych lub przyrodniczych obniżając ich punktację. Kolejnym – arbitralnie dokonywane zmiany w punktacji czasopism^[13].

¹² Pomijam tu przypadki, w których dowartościowano czasopismo punktami *ex gratia* za szczególne w opinii ekspertów znaczenie dla dyscypliny.

¹³ „Uchwała nr 1/2019 Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk z 2.10.2019 r. w sprawie koniecznych i pilnych zmian dotyczących listy naukowych czasopism prawniczych” *Państwo i Prawo*, nr 11 (2019): 141-143; „Uchwała nr 1/2021 Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk z 15.02.2021 r. w sprawie wykazu i punktacji czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych” *Państwo i Prawo*, nr 3 (2021): 137-138.

Ostatnie z nich wywołały tak potężny sprzeciw środowiska, że ich cofnięcie stało się nawet (spełnioną) obietnicą wyborczą Platformy Obywatelskiej^[14]. Trzeba zaznaczyć, że zmiany te, choć dokonywane w trudnym do akceptacji trybie zmierzały do wyrównania pozycji tych ośrodków, zwłaszcza w naukach humanistycznych i społecznych, które publikowały tradycyjnie w periodykach krajowych lub niżej punktowanych acz uznanych zagranicznych. Dlaczego ministerstwo zdecydowało się na taki „tryb doraźny”, zamiast po prostu zmienić przepisy i przeprowadzić aktualizację wykazu, pozostaje zagadką. Niezrozumiałe jest też, dlaczego KEN, przygotowując ostatnią propozycję wykazu czasopism, nie zdecydował się na aktualizację punktacji czasopism na SCOPUS i WoS: niektóre z nich mają już nowe wskaźniki, inne weszły do baz i powinny być oceniane na nowych zasadach. Dotyczy to m.in. kilkunastu polskich czasopism prawniczych, a także „Humanities and Social Sciences Communications”, notowanego w 97 percentylu SCOPUSa dla General Arts and Sciences, a figurujących w wykazie pod starym tytułem Palgrave Communications i z oszałamiającą liczbą 20 pkt. Nie jest to oczywiście przypadek jedyny – „Heliyon”, „Crime Science” i „Sage Open” znajdują się w podobnej sytuacji.

3.2. Kryterium II ewaluacji

Obecnie kryterium II ewaluacji pełni trojaką funkcję. Po pierwsze, stanowi miarę prestiżu: przychody z grantów prestiżowych (europejskich i międzynarodowych) mają większą wagę niż przychody z tytułu grantów krajowych. Po drugie, w pewnym sensie stanowią miarę jakości badań: uzyskanie grantu łączy się z dodatkową oceną propozycji badawczej przez zewnętrznych recenzentów. Po trzecie, pozyskiwanie środków zewnętrznych tak z grantów, jak i w ramach prac zleconych jest popieraną przez rząd metodą finansowania działalności badawczej, która coraz mniej będzie zależeć od subwencji. Wszystkie trzy cele co do zasady są nie tylko akceptowalne, ale można uznać, że stanowią mechanizm sterowania nauką – mocną zachętę do pozyskiwania środków zewnętrznych.

Trzem funkcjom pełnionym przez kryterium drugie towarzyszą też, zupełnie przypadkowo, trzy poważne mankamenty podważające jego sensowność w obecnym kształcie.

¹⁴ *Propozycje Programowe Koalicji Obywatelskiej*. [dostęp: 16.04.2024]. <https://100konkretow.pl/edukacja/>.

Po pierwsze, jako jedynne kryterium ewaluacyjne ma ono charakter otwarty, to znaczy, że nie jesteśmy w stanie nie tylko wyliczyć ani nawet zaprognozować z pewnym prawdopodobieństwem maksymalnych wartości jakie może ono osiągnąć. W przypadku kryterium I i III maksima takie są do wyliczenia i wynikają z ograniczeń co do liczby osiągnięć jakie mogą być zgłoszone do ewaluacji oraz maksymalnej punktacji za dane osiągnięcie. W przypadku kryterium II ewaluacji znane są tylko wagi punktowe przypisane poszczególnym kategoriom przychodów, nie znamy natomiast maksymalnej liczby osiągnięć jakie można zgłosić w tej kategorii. Tym samym przypadkowe osiągnięcia wykraczające znacznie poza to, czego można się spodziewać (wartości skrajne, *Outliers*) będą decydowały o progach punktowych dla dyscypliny. W dyscyplinie takiej jak prawo, gdzie przeciętny grant nie przekracza 300-400 tysięcy złotych, uzyskanie przez jakąś jednostkę grantu na milion euro podniesie poprzeczkę na kategorie o lata świetlne.

Po drugie, kryterium II w jego obecnym kształcie zachęca do niegospodarnego planowania wydatków i niepotrzebnego mnożenia kosztów. W przypadku dwóch jednostek mających takie same osiągnięcia w kryterium I i III, a różne w kryterium 2, jako „lepszą” badawczo zostanie oceniona ta, która wydała więcej pieniędzy, by osiągnąć ten sam efekt. Jeśli dodatkowo przyjmiemy, że w niektórych dyscyplinach mamy podział na badania teoretyczne i eksperymentalne (fizyk-teoretyk jest mniej kosztochłonny niż fizyk potrzebujący do swoich badań zderzacza hadronów, badania cywilisty są mniej kosztowne niż kryminologa czy kryminalistyka), obecna konstrukcja prowadzi do rezultatów niesprawiedliwych także w obrębie tej samej dyscypliny – liczba uzyskanych punktów może zależeć nie tyle od jakości, co od profilu badawczego jednostki.

Po trzecie, nacisk położony na uzyskiwanie funduszy ze środków zewnętrznych przekłada się w pewnym stopniu na funkcjonowanie grantodawców, takich jak Narodowe Centrum Nauki. Wprowadzenie jako jednego z alternatywnych kryteriów wymogu kierowania lub bycia wykonawcą grantu w postępowaniach awansowych i konsekwentne uwzględnianie przychodów z tego tytułu najpierw w przepisach o parametryzacji, a potem ewaluacji badań, w oczywisty sposób stanowią bodziec do starania się o znaczne środki zewnętrzne nawet tam, gdzie wystarczałyby mały grant, albo wprost – środki z subwencji. Oznacza to, że nawet gdyby finansowanie NCN utrzymać na poziomie uwzględniającym inflację i ogólny wzrost kosztów, rosnąca liczba wniosków grantowych i tak doprowadziłaby do znacznego obniżenia współczynnika sukcesu, być może nie do dzisiejszych 10%, a do 15%-20%, jednakże zmiana i tak byłaby znacząca.

3.3. Kryterium III

Kryterium III w jego obecnej postaci jest w moim przekonaniu niemal niereformowalne. Jedyne, co może uratować jego wiarygodność to kompetentni recenzenci i system odwoławczy pozwalający na odniesienie się merytoryczne zarówno do oceny jednostki, jak i zarzutów stawianych osiągnięciom. Jednakże i tu mamy do czynienia z punktami krytycznymi, bez uwzględnienia których kryterium to będzie bezwartościowym poznawczo, za to mającym ukrytą siłę sprawczą narzędziem pozwalającym dostosować wyniki ewaluacji do potrzeb tego, kto ją kontroluje.

Pierwotnie kryterium III badało swoisty zasięg geograficzny wpływu badań na społeczeństwo – najwyżej punktowano osiągnięcia międzynarodowe, niżej – krajowe i regionalne. Taka bardzo prosta konstrukcja została uznana za niewystarczającą po badaniu pilotażowym poprzedzającym ewaluację¹⁵. W konsekwencji miary te wzbogacono dodatkowo o element jakościowy, jakim jest znaczenie wpływu. Niestety ustawodawca nie wskazał nawet w niebędących źródłami prawa podręcznikach dla ekspertów, jakimi kryteriami należy się kierować przy ocenie tego jakościowego elementu. Mogło to prowadzić do rozbieżnych ocen tego samego osiągnięcia będącego wynikiem wspólnych badań kilku ośrodków. Nadto, ponieważ decydujące znaczenie, jeśli chodzi o punktację, miała ocena dokonywana przez osobę niereprezentującą danej dyscypliny, samo niezrozumienie rządzących nią zasad mogło wpływać na punktację. Ktoś przyzwyczajony, że we wniosku patentowym cytuje się znaną literaturę przedmiotu, automatycznie założy, że tak samo postąpią legislatorzy przy pisaniu uzasadnienia projektu ustawy, itd. itp. Nie można też wykluczyć pokusy „ręcznego” poprawienia pozycji punktowej dobrego ośrodka, który ze względu na źle ustawione wagi w kryterium 1 wypadł słabo przez podrasowanie jego wyniku w kryterium 3, tudzież obniżenia w ten sam sposób wyników konkurenta, któremu za dobrze poszło w kryterium 1.

¹⁵ Przemysław Korytkowski, Emanuel Kulczycki, *Raport z pilotażu procedur oceny wpływu społecznego* (2020). <https://doi.org/10.6084/M9.FIGSHARE.12402686>.

3.4. Zespoły małe i jednostki nowe

Reforma ministra Gowina, skupiając się na sprawach wielkich, pominęła kilka spraw małych z perspektywy całości ustawy, jednak newralgicznych z perspektywy stosujących ją jednostek. Przebudowując system tak, żeby było nowoczesnie, sprawiedliwie i światowo, zapomniano bowiem o dwóch kategoriach: nowych zespołach i jednostkach badawczych oraz o małych grupach uczonych niemogących stworzyć ewaluowanego zespołu w ramach dyscypliny.

Praktycznie każda uczelnia i instytut badawczy zatrudnia pewną liczbę osób, których badania nie mieszczą się w głównym nurcie ewaluowanych dyscyplin. Na uniwersytetach są to na przykład prawnicy kanoniści, wykładający tę dyscyplinę teologom i prawnikom, którzy powinni znać nie tylko prawo świeckie, ale też rzymskie i kanoniczne, choćby po to, żeby umieć poruszać się w więcej niż jednym zbiorze reguł. Na uczelniach niebędących klasycznymi uniwersytetami, jak uczelnie medyczne, techniczne czy ekonomiczne, wykładane są matematyka, prawo, nauki o polityce, historia itd. Osoby prowadzące te zajęcia są co do zasady czynne naukowo. Zazwyczaj też nie można ich przypisać do dyscyplin ewaluowanych, trudno bowiem z badacza systemów partyjnych zrobić np. inżyniera mechanika o specjalności „trybologia polityczna”. Praktyka dotychczasowa poszła w takim kierunku, że tych mniejszościowych pracowników próbuje się jednak na siłę przypisać choć w części do dyscyplin ewaluowanych, względnie przenosić na etaty dydaktyczne. Ci, którzy zostają na etatach badawczo-dydaktycznych mają mniejsze finansowanie, bo ich pracy (nieewaluowanej przecież) algorytm subwencji nie widzi. Są więc skazani na wegetację, jeśli nie wprost na wymarcie.

Ustawodawca jak wiadomo jest racjonalny, choć nie zawsze rozsądny. Wypada więc przyjąć, że w obu wskazanych wyżej przypadkach kierował się on jakimś zamysłem politycznym. Pytanie: jakim? Jedyne chyba możliwe wyjaśnienie jest takie, że ustawodawca zamierzał wprowadzić system bodźców negatywnych do tworzenia nowych jednostek i zespołów badawczych. Takimi bodźcem jest ta okoliczność, że nowo tworzony zespół przez kilka lat będzie w praktyce pozbawiony środków nie tylko na rozwój, ale i funkcjonowanie. Pośrednio przepisy te utrudniały tworzenie w uczelniach akademickich kierunków lekarskich i lekarsko-dentystycznych, ze względu na wymóg posiadania co najmniej kategorii B+ w naukach medycznych lub naukach o zdrowiu. Utrzymywanie zespołów prowadzących działalność badawczo-dydaktyczną w dyscyplinach pomocniczych,

takich jak np. prawo na uczelniach medycznych, technicznych i ekonomicznych, również staje się nieopłacalne i uczelnie otrzymywały mocny bodziec do przenoszenia reprezentantów tych dyscyplin na etaty dydaktyczne bądź zastępowania ich zleceniobiorcami. Konsekwentne stosowanie tych bodźców negatywnych spowodowałoby petryfikację krajobrazu naukowego – zbudowanie nowego ośrodka konkurencyjnego wobec pozostałych łączyłoby się z trudnościami odstrasżającymi od podejmowania takich zadań. W przypadku nauk medycznych uczelnie musiałyby podejmować olbrzymie nakłady inwestycyjne nie mając pewności uzyskania pozwolenia na prowadzenie kierunku ani tym bardziej na zwrot z inwestycji pozwalający na utrzymanie z subwencji zespołu czysto badawczego. Utworzenie nowego instytutu badawczego oznacza wegetację do pierwszej ewaluacji, a jeśli instytut powstał pod koniec okresu ewaluacyjnego, mógł po prostu nie mieć szansy na osiągnięcie przyzwoitego wyniku. Trudno od jednostki zaczynającej działać w czwartym czy piątym roku ewaluacji, by miała takie wyniki, jak okrzepłe ośrodki. Ten przykład nie jest czysto teoretyczny – w opisanym tu sytuacji znalazł się nowoutworzony Międzynarodowy Instytut Mechanizmów i Maszyn Molekularnych (IMOL) PAN, który pomimo zatrudniania najwyższej klasy uczonych ma kategorię C, bo po prostu nie byli w stanie „wyprodukować” odpowiedniej liczby punktów w bardzo krótkim czasie^[16].

Takie odczytanie polityki państwa, jeśli chodzi o utrudnienie tworzenia, często na wyrost, nowych ośrodków, nie wytrzymuje jednak konfrontacji z późniejszymi działaniami ustawodawcy, który poluzował rygory do tworzenia kierunków lekarskich i lekarsko dentystycznych tak, że pozwolenie może uzyskać uczelnia niemająca kategorii A lub A+ lub B+ w dyscyplinie nauki medyczne lub naukach o zdrowiu. Co więcej praktyka udzielania zezwoleń na otwarcie takich kierunków była tak liberalna, że zaprzeczała restryktywnej polityce wynikającej z ustawy^[17]. Należy też zauważyć, że nowoutworzona Szkoła Główna Mikołaja Kopernika uzyskała ona w drodze fikcji prawnej kategorię B+ we wszystkich uprawianych w niej dyscyplinach.

¹⁶ Dziękuję w tym miejscu dyrektorce IMOL PAN, prof. Agnieszce Chacińskiej za udostępnienie danych ewaluacyjnych instytutu. Dane te zostaną wykorzystane niżej do pokazania, jak proponowane zmiany w ewaluacji nowych jednostek mogą wpłynąć na ich byt.

¹⁷ Piotr Wasilewski, Agnieszka Kalita, Małgorzata Szczęsna, „Kształcenie kadry medycznej – problemy w ochronie zdrowia” *Kontrola Państwowa*, nr 6 (2023): 708-711. <https://doi.org/10.53122/ISSN.0452-5027/2023.1.36>.

4 | Propozycje korekty systemu

Po zidentyfikowaniu punktów krytycznych obecnego systemu ewaluacji możemy przejść do propozycji zmian. Zaznaczam tu ponownie, że proponowane zmiany mają charakter doraźny. Jeśli ustawodawca zdecyduje się na utrzymanie obecnego systemu, będą one mogły być przystosowane do potrzeb ewaluacji 2026-2029. Jeśli nie, mam nadzieję, że przyczynią się one do nadania obecnej ewaluacji bardziej racjonalnego charakteru.

4.1. Wykaz wydawców i wykaz czasopism

Jak rozwiązać problem punktacji czasopism i wydawnictw bez naruszania zasad, na których oparta jest ewaluacja? Należy pamiętać, że z uwagi na to, że jesteśmy w połowie okresu ewaluacyjnego, jakkolwiek dalej idąca ingerencja naruszałaby zasadę zaufania obywatela do państwa a mówiąc mniej uczenie – byłaby po prostu nie *fair* wobec uczelni i uczonych, którzy dostosowują swoją działalność naukowo-badawczą do wytycznych rządowych.

Rozwiązanie tak postawionego problemu nie jest proste, zważywszy, że obecnie obowiązuje (trochę na zasadzie *hoc volo, sic iubeo*) nowy wykaz przygotowany według nieznanych kryteriów i wiążący na okres 2024-2025 oraz stary, przygotowany przez ministra Czarnka, obowiązujący w okresie 2022-2023. Zróżnicowanie wykazów wynika obecnie jedynie z treści komunikatu ministra, który to komunikat nie jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego. Nie ma też w przepisach ustawy ani rozporządzenia ewaluacyjnego podstawy prawnej dla takiego podziału. Należy przy tym wskazać, że przepisy te nie rozstrzygają wyraźnie, czy zmiany w punktacji czasopism lub wydawnictw obowiązują jedynie na przyszłość, czy w całym okresie ewaluacyjnym. Dotychczas stosowana wykładnia prowadziła do wniosku, że najnowszy obowiązujący wykaz dotyczy całego okresu ewaluacyjnego, wypierając jako nowszy wszystkie starsze wykazy.

Należy przy tym zauważyć, że kontrowersje wokół nieoczekiwanych zmian punktacji dotyczyły niemal wyłącznie czasopism nieznajdujących się w SCOPUS, Web of Science czy ESCI. Mówiąc wprost – głównie czasopism polskich i nielicznych innych wprowadzonych do wykazu w trybie „eksperckim.” Czasopisma znajdujące się w bibliometrycznych bazach danych nie były w większości „dowartościowywane” przez ministra. Te zaś, które dowartościowano, są nieliczne i przeliczenie ich punktacji zgodnie z regułami gry nie powinno zaburzyć systemu oceny. Jeśli zaś chodzi

o czasopisma polskie, tu sprawa jest znacznie bardziej skomplikowana, bo w ich przypadku rozporządzenie przewidywało pierwotnie najniższą liczbę punktów z możliwością podniesienia przez ekspertów o próg lub dwa. Stąd też żadne polskie czasopismo niemające wyliczonych wskaźników bibliometrycznych nie powinno mieć więcej niż 70 pkt. Niektóre mają także obecnie 100 lub 140 pkt, a w wykazie ministra Czarnka – nawet 200. Wprowadzenie zmian w tej części wykazu znacznie zaburzy już zaburzoną nieoczekiwanymi zmianami strukturę punktową publikacji w poszczególnych dyscyplinach, głównie społecznych, humanistycznych i teologicznych. Dla tych dyscyplin publikacje krajowe stanowią zazwyczaj trzon przedstawianego do oceny dorobku, każda taka zmiana będzie więc dla nich istotna.

Jeśli chodzi o czasopisma uwzględniane na SCOPUS/WoS, to jak się wydaje wystarczy uproszczenie mechanizmu tworzenia wykazu. Ponieważ mówimy tu o rozwiązaniu tymczasowym, musi on być prosty do wprowadzenia, przejrzysty i niebudzący wątpliwości co do sposobu wykonania obliczeń.

Głównymi bazami indeksującymi czasopisma są SCOPUS oraz Web of Science (WoS) i Emerging Sources Citation Index będący wraz z WoS produktem Clarivate. Do tego dochodzą tworzące osobną grupę czasopisma krajowe objęte programem wsparcia, czasopisma nieobjęte programem, ale uznane przez ekspertów za wartościowe i nieliczne czasopisma międzynarodowe uznane przez anonimowych ekspertów za godne umieszczenia w wykazie. Czasopisma z tej grupy w większości są indeksowane przez ERIH+, ale nie jest to warunkiem koniecznym indeksacji. Zatem zgodnie z logiką reformy Gowina mamy dwa zbiory czasopism o różnym poziomie prestiżu i umiędzynarodowienia. Grupę liderów prestiżu tworzą WoS + ESCI i SCOPUS, grupę pretendentów: pozostałe czasopisma. W przypadku liderów przybliżoną miarą jakości są wskaźniki bibliometryczne. W przypadku reszty – decyzja ekspercka o umieszczeniu w wykazie. Hierarchię w obu tych grupach powinna odzwierciedlać także punktacja przyznawana czasopismom w sześciostopniowej nieliniowej skali 20-40-70-100-140-200. Należy przy tym utrzymać zasadę, że czasopisma z grupy pretendentów nie powinny mieć więcej niż 70 pkt.

Dla baz bibliometrycznych grupujących „liderów prestiżu” najprostszym sposobem przypisania czasopism do konkretnych punktowanych grup byłby podział kwartyłowy. Obie bazy stosują go w podobny sposób, biorąc za podstawę Impact Factor dla WoS i CiteScore dla SCOPUS. Przypisanie do poszczególnych kwartyli odbywa się w odniesieniu do danej dyscypliny. W przypadku czasopism na SCOPUS obok Cite Score występują także inne wskaźniki, jak SNIP (normalizujący punktację wobec dyscypliny) oraz

SJR (Scimago Journal Rank) biorący pod uwagę nie tylko same cytowania, ale także inne wskaźniki, jak np. prestiż cytującego czasopisma. Wybór wskaźnika jest oczywiście kwestią do dyskusji.

Jak wspomniano wyżej, zaliczenie danego czasopisma do danego kwartyła odbywa się w ramach dyscypliny. Katalogi dyscyplin stosowane przez Elsevierów, Clarivate i Ministra Nauki się nie pokrywają, konieczne więc jest jakaś postać dostosowania wyników do systemu krajowego. Jak pokazano wyżej, zastosowany w dotychczas obowiązujących przepisach system ważenia i uśredniania wskaźników uzupełniony o ocenę ekspercką nie zdał egzaminu. Należy więc go zastąpić inną miarą, spełniającą przy tym warunek *one size fits all* – jednej punktacji czasopisma dla wszystkich dyscyplin, do których zostało ono przypisane. Takim wskaźnikiem mógłby być najlepszy kwartył dla CiteScore, SJR czy Impact Factor^[18]. Jak wiadomo, podział kwartyłowy następuje w różnych dyscyplinach. Możliwe jest więc, że czasopismo znajdzie się w kilku z nich lub w kategorii „multidisciplinary”. Najlepszy kwartył wybiera się, wskazując dyscyplinę lub dyscypliny, w których czasopismo przydzielono do najwyższego kwartyła. Przykładowo, czasopismo w Q2 w naukach o zarządzaniu, Q3 w naukach prawnych i Q4 w inżynierii chemicznej zostanie przypisane do drugiego kwartyła z odpowiednią liczbą punktów. Można tu przyjąć, że czasopismo, dla którego najlepszy kwartył to Q1 ma 200 pkt, Q2 – 140, Q3 100 a Q4 – 70.

Oczywiście przypisanie do danego kwartyła w Web of Science i SCOPUS nie muszą się pokrywać. Powstaje zatem pytanie, co zrobić, jeśli najlepszy kwartył dla danego czasopisma to w jednej bazie Q1 a w drugiej Q3? Nie jest to nieprawdopodobne – wskaźniki wyliczane są dla dwóch różnych zbiorów danych. Uśrednianie wyników nic tu nie da. Możliwe są więc dwa inne rozwiązania: przypisanie czasopisma do wyższego z dwóch konkurujących wskaźników (najlepszy z najlepszych kwartyli albo mówiąc prościej – wynik ustalamy jak w karcianej grze w wojnę) albo stosowanie Web of Science do dyscyplin STEM a SCOPUS do pozostałych. Mimo pewnej trudności technicznej pierwszy z tych systemów wydaje się lepszy, bo rozwiązuje problem, co zrobić, jeśli czasopismo z nauk społecznych jest notowane w WoS, ale nie w SCOPUS? Wybór jednej z tych dwóch metod powinien być poprzedzony konsultacjami z przedstawicielami zainteresowanych

¹⁸ Vladimir Pislyakov, „On Some Properties of Medians, Percentiles, Baselines, and Thresholds in Empirical Bibliometric Analysis” *Journal of Informetrics*, nr 4 (2022): 101322, <https://doi.org/10.1016/j.joi.2022.101322>.

dyscyplin, na przykład z komitetami nauk PAN jako ciałami mającymi mocną legitymację demokratyczną.

Jeśli chodzi o czasopisma umieszczone w wykazie przez ekspertów lub finansowane z programu wsparcia czasopism system przypisywania im punktów z konieczności musi być bardziej skomplikowany. Obecnie ani łatwy do zmanipulowania Google Scholar^[19], ani OpenAlex^[20] nie dają w pełni wiarygodnych rezultatów, co oznacza, że nie mogą być jeszcze zastosowane do oceny bibliometrycznej czasopism na potrzeby ewaluacji^[21].

Proponuję, by o punktacji czasopism z tej grupy decydowały fakt indeksacji w innych niż wiodące bazach danych, struktura afiliacji autorów i czas funkcjonowania czasopisma.

W ten sposób 20 pkt otrzymywałyby wszystkie polskie czasopisma indeksowane w ERIH+ oraz te znajdujące się obecnie w wykazie i nie spełniające pozostałych kryteriów. 40 pkt. byłoby zarezerwowane dla czasopism indeksowanych w ERIH+ oraz EBSCO, HeinOnline/Index to Foreign Legal Periodicals (czasopisma prawnicze), Publication Forum, Listę Norweską lub DOAJ, w których nie więcej niż 30% tekstów pochodzi z jednego ośrodka. 70 pkt przysługiwałoby czasopismom spełniającym warunki do otrzymania 40 pkt i wydawanego co najmniej przez 10 lat.

W przypadku, gdy czasopismo polskie jest indeksowane przez WoS/SCOPUS/ESCI i jednocześnie jest objęte programem wsparcia czasopism, przyznawałoby mu się punktację wyliczoną według korzystniejszego algorytmu, czyli powiązaną z najwyższym kwartylem. Tak wyliczona punktacja powinna obowiązywać za cały okres ewaluacji 2022-2025.

¹⁹ Hazem Ibrahim et al., *Google Scholar is manipulatable*, 2024, <https://doi.org/10.48550/ARXIV.2402.04607>; Jan Winczorek, „Wykaz czasopism punktowanych MNiSW w dyscyplinie nauki prawne a bibliometria. Wyniki badania empirycznego” *Państwo i Prawo*, nr 5 (2022): 16-51.

²⁰ Lin Zhang i in., „Missing Institutions in OpenAlex: Possible Reasons, Implications, and Solutions”, *Scientometrics*, 5 lutego 2024. <https://doi.org/10.1007/s11192-023-04923-y>.

²¹ Odmienne: Grzegorz Wierczyński, „Wykaz czasopism naukowych z dziedziny nauk prawnych z perspektywy danych o cytowaniach dostępnych w bazie Google Scholar” *Państwo i Prawo*, nr 5 (2022): 3-15.

4.2. Wykaz wydawnictw

Stworzenie rozsądnego wykazu wydawnictw, zwłaszcza w naukach humanistycznych, społecznych i teologicznych jest jeszcze trudniejsze niż w przypadku czasopism. Tu bibliometria zawodzi o tyle, że nie dysponujemy stosunkowo kompletną bazą danych pozwalającą na wykonanie analiz bibliometrycznych. Warunku kompletności nie spełnia też OpenAlex AI, nieindeksująca np. czołowych niemieckich wydawców książek prawniczych, takich jak Mohr-Siebeck czy Duncker & Humblot (stan na 2 marca 2024). Pewnym rozwiązaniem byłoby odwołanie się do tzw. listy fińskiej Publications Forum^[22] oraz tzw. Listy Norweskiej (Norway Register for Scientific Journals, Series and Publishers^[23]). Obie te listy indeksują wydawców, przyznając im 0 (wydawnictwo nie-naukowe), 1, 2 lub 3 (tylko Lista Norweska) punkty. Najlepsi wydawcy (górne 20%) plasują się na poziomie 2 i 3. Polskie wydawnictwa w tych wykazach wypadają słabo – jest ich niewiele i większość to pozycje na poziomie 0.

Utrzymując obecny, dwustopniowy system publikacji, należałoby przyjąć weryfikowalne kryteria zaliczenia wydawcy do któregoś z poziomów. W przypadku podstawowego poziomu 1 mamy w tej samej grupie liczących się międzynarodowych wydawców i niewielkie krajowe i zagraniczne wydawnictwa drukujące praktycznie wszystko, od prac dyplomowych po habilitacje. Przy utrzymaniu dwustopniowej klasyfikacji proponowałbym zastosowanie podobnego kryterium jak przy czasopismach – zasięgu oddziaływania wydawnictwa, uznając za międzynarodowe te, które publikują autorów z co najmniej 10 krajów, a przy tym publikacje autorów z żadnego z tych krajów nie przekraczają 30% puli. Pomocniczo można przyjąć, że kumulatywna indeksacja na poziomie 2 – 3 (lista fińska) i na poziomie 2 (lista norweska) pozwalają na zaliczenie wydawcy do krajowego poziomu 2 (liczący się wydawcy międzynarodowi) bez weryfikacji pozostałych kryteriów.

Proponowane rozwiązanie jest oczywiście tymczasowe i tylko na obecny okres ewaluacyjny. Nie zmieni bowiem tego, że na poziomie 1 pojawiają się wydawnictwa o bardzo różnym profilu i jakości. Jeżeli ustawodawca

²² Publications Forum <https://julkaisufoorumi.fi/en/evaluations/classification-criteria>. [dostęp: 16.04.2024].

²³ Norway Register for Scientific Journals, Series and Publishers. https://kanalregister.hkdir.no/publiseringsskanaler/Forside.action?request_locale=en [dostęp: 16.04.2024].

zdecyduje się na utrzymanie algorytmicznego sposobu oceny, należałoby te wydawnictwa podzielić na 3 lub 4 grupy, być może z podziałem na wydawnictwa lokalne (publikują autorów z 1 – 3 ośrodków), krajowe (z rozkładem autorów odpowiadającym rozmieszczeniu geograficznemu ośrodków akademickich) i międzynarodowe (publikujące autorów z 5-10 krajów i publikujące teksty z więcej niż 10 ośrodków). Oczywiście jak wszystkie wskaźniki także i ten jest podatny na manipulacje.

4.3. Kryterium II ewaluacji

Jakie działania należałoby zaproponować, żeby uniknąć przynajmniej części wskazanych wcześniej problemów związanych z kryterium II? Jak się wydaje, mamy do wyboru kilka rozwiązań, nadających się do zastosowania łącznie lub osobno.

Pierwsze z nich to wskazanie górnego limitu punktów jakie można uzyskać w kryterium 2. Otwartym pytaniem jest, jak to kryterium wyliczyć. Przy zachowaniu dotychczasowych zasad liczenia punktów można pokusić się np. o sprawdzenie, w jakim przedziale mieściły się wyniki uzyskiwane w poszczególnych dyscyplinach po odcięciu wartości odstających i np. uśrednienie wartości maksymalnych. Takie podejście byłoby jednak żmudne rachunkowo i nie prowadziłyby do zadowalających rezultatów. W każdej ewaluacji i w każdej dyscyplinie te wartości byłyby inne, a więc kryterium dalej pozostawałoby otwarte.

Drugie możliwe rozwiązanie polegałoby na wskazaniu arbitralnie maksymalnej liczby punktów do uzyskania przez jednostkę, co wymagałoby jednak kalibrowania tych maksimów do nieprzewidywalnego rozkładu przychodów w poszczególnych dyscyplinach.

Trzecie rozwiązanie polegałoby na zrezygnowaniu z uwzględniania w kryterium 2 z przeliczania przychodów na punkty i przypisaniu poszczególnym kategoriom grantów wag punktowych. Np. granty międzynarodowe dostawałyby 200 pkt, bycie wykonawcą w takim grantcie dawałoby 140 pkt, grant krajowy dawałby 100 pkt, itp. itd, przy czym liczbę zgłaszanych osiągnięć należałoby ograniczyć np. do 20% z N. Jest to bardzo szczerze określony margines, trudno bowiem założyć, że średnio w okresie ewaluacyjnym 20% pracowników zdobędzie liczące się granty. Ta możliwość wydaje się być rozsądnym kompromisem pomiędzy realizacją celów polityki publicznej a racjonalnym ustaleniem przedziału, w którym powinny mieścić się osiągnięcia dla tej kategorii.

4.4. Kryterium III ewaluacji

Jak się wydaje, do obrony byłoby twierdzenie, że ostatnia ewaluacja dość mocno podważyła zaufanie do *peer review*, choćby ze względu na, delikatnie mówiąc, przypadkowość wyników i niezbyt fortunną konstrukcję zasad oceny wpływu. Wypada więc zapostulować sparametryzowanie i tego kryterium tak, by wpływ społeczny był oceniany algorytmicznie przez przypisanie poszczególnych rodzajów osiągnięć do określonych grup i przyznanie osiągnięciom w każdej grupie odpowiedniej liczby punktów. Jeśli chodzi o grupy i poszczególne typy osiągnięć można się tu posłużyć charakterystykami stosowanymi przez francuskiego ewaluatora, HCERES^[24]. Przykładowo, w SH2, obejmującym normy społeczne (choć nieobejmującym ze względu na sprzeciw środowiskowy prawa), możemy wyodrębnić następujące rodzaje działań wpływających na otoczenie zewnętrzne^[25]. Elementy dowodzące uznania dla kompetencji zespołu: działalność ewaluacyjną i recenzencką przedstawicieli ocenianej jednostki, działalność ekspercką i opiniodawczą, organizację konferencji, przyjmowanie post-doców i stażystów. Dalej działalność dydaktyczną obejmującą tworzenie podręczników, materiałów e-learningowych itd, popularyzację nauki, w tym prace popularnonaukowe, udział w debatach publicznych, czy produkcje telewizyjne i filmowe. Oczywiście nie nadaje się on do skopiowania wprost, brakuje w nim np. działań w ramach tzw. *citizen science*, promocji nauki w mediach społecznościowych czy niezwykle ważnych w niektórych dyscyplinach prac przeznaczonych dla praktyków. Być może należałoby tu dodać jeszcze osiągnięcia studenckiego ruchu naukowego, w tym nagrody za najlepsze prace magisterskie i dyplomowe. Katalog uważam za otwarty i do dyskusji. Natomiast warto przejść z obecnie obowiązujących przepisów podział na uczelnie duże i małe, pozwalając tym pierwszym przedstawić do oceny 10, tym drugim 5 najważniejszych osiągnięć w tej grupie.

²⁴ „Guides des-produits de la recherche et activites de recherche”. <https://www.hceres.fr/fr/guides-des-produits-de-la-recherche-et-activites-de-recherche>. [dostęp: 16.04.2024].

²⁵ Francuskie procedury ewaluacyjne nie przewidują kategorii „wpływ na otoczenie” w naszym rozumieniu. Wskazane dalej osiągnięcia są rozproszone po kilku kategoriach. Analizowanie tej systematyki nie jest jednak przydatne ze względu na potrzeby tego tekstu.

4.5. Zespoły małe i jednostki nowe

Jak sądzę, dla przypadków takich jak nowo utworzone jednostki badawcze można zaproponować kilka możliwych rozwiązań. Najprostsze z nich to przyjęcie w drodze fikcji prawnej, że jednostka utworzona w trakcie okresu ewaluacyjnego do momentu ogłoszenia wyników najbliższej ewaluacji ma określoną kategorię badawczą (B lub B+), co pozwala na jej rozwój i zmierzenie się z kolejną oceną jakości badań. W tym wariantcie fikcji prawnej uzyskania kategorii B+ nie powinno chyba, choć może to być sporne, towarzyszyć prawo nadawania stopni doktora i doktora habilitowanego. Trudno bowiem wymagać by nowy, jeszcze nie okrzepły zespół praktycznie z dnia na dzień miał masę krytyczną potrzebną do kształcenia doktorantów. Przeciwno wyrażonemu tu pogładowi przemawia jednak dotychczasowa praktyka związana tak ze Szkołą Główną Mikołaja Kopernika, jak i z wyodrębnianiem nowych dyscyplin w obecnym okresie ewaluacyjnym, do czego nawiążę niżej.

Drugie możliwe rozwiązanie byłoby zbliżone do przewidzianego w art. 226a p.s.w.i.n., który to przepis odnosi się do uzyskiwania praw akademickich w przypadku powołania w okresie ewaluacyjnym nowej dyscypliny. Przesłankami ustawowymi uzyskania uprawnień do nadawania stopni doktora i doktora habilitowanego są:

- zatrudnienie w pełnym wymiarze czasu pracy co najmniej 12 pracowników mających dorobek w zakresie dyscyplin pokrewnych do nowoutworzonej
- posiadanie przez jednostkę (uczelnę lub instytut) kategorii A+, A lub B+ w co najmniej jednej dyscyplinie pokrewnej do nowoutworzonej,

przy czym o tym, jakie dyscypliny lub jaka dyscyplina jest pokrewna do nowoutworzonej, decyduje Rada Doskonałości Naukowej.

Oczywiście model ten nie może być zastosowany wprost do nowoutworzonych uczelni i instytutów, a nawet do nowych dyscyplin tworzonych w już istniejących jednostkach. Będzie on wymagał pewnej modyfikacji.

Bez większych zmian można zastosować do jednostek nowych pierwszą przesłankę, to jest wymóg zatrudnienia tuzina osób mających dorobek w danej dyscyplinie. Modyfikacji natomiast wymagałaby przesłanka druga. Proponowałbym tu przyjąć, że ocenie podlegałyby dorobek publikacyjny osób wchodzących w skład takiego nowego zespołu, liczony za ostatni okres ewaluacyjny, niezależnie od tego, przy jakiej uczelni byłby on afiliowany.

Dodatkowo do tego dorobku można by wliczyć, obok publikacji, uzyskane przez członków tego zespołu granty, przy czym za każdy grant przysługiwałoby ryczałtowo 100 pkt^[26]. Uzyskanie przez zespół wyniku punktowego przekraczającego próg na kategorię B zapewniałoby finansowanie na tym poziomie. Uzyskanie wyniku przekraczającego próg na B+ zapewniałoby finansowanie na poziomie jednostek z tą kategorią. Jednostka natomiast do momentu uzyskania pierwszej kategorii badawczej nie miałaby jednak pozostałych uprawnień wiążących się z uzyskaniem kategorii B+. A lub A+. Na potrzeby statystyczne, rankingowe i ze względu na konieczność zapewnienia jawności danych, takie uczelnie tworzyłyby osobną kategorię N(owe), a wyniki kategoryzacji byłyby dostępne w systemie RADO.N.

Odnosząc propozycję do podanego wyżej przykładu IMOL PAN (mającego, jak pamiętamy, kategorię C) możemy wyliczyć, że dorobek publikacyjny zespołu (bez grantów i uwzględnienia niższej punktacji w latach 2017 i 2018) liczony według proponowanych przeze mnie kryteriów wynosiłoby 500,53 pkt., to jest 1,9 progu na kategorię B+ i 1,38 progu na kategorię A. Przy uwzględnieniu modyfikacji punktacji za lata 2017-2018 i przyjęciu, że w tym okresie pracownicy publikowali za 30 pkt., dorobek instytutu wyniósłoby 482,52 pkt., co stanowi odpowiednio 1,87 progu na B+ i 1,33 progu na kategorię A w dyscyplinie nauki biologiczne. Jak zatem widać, przyjęcie złożonej tu propozycji *de lege ferenda* pozwoliłoby dobrym zespołom badawczym na uzyskanie należytego finansowania do czasu pierwszej pełnej ewaluacji jakości ich badań.

Ten sam mechanizm można zastosować w przypadku małych zespołów – dyscyplin, w których jest od 1 do 11 pracowników. Również i tu wynik kategoryzacji decydowałby jedynie o wysokości finansowania w algorytmie subwencji bez pozostałych praw i przywilejów. Mógłby być oczywiście wykorzystywany w rankingach i porównaniach jakości badań, jednak wymagałoby to stworzenia osobnej kategorii jednostek M(ałe)^[27].

²⁶ Oczywiście wagi można by tu modyfikować np. w zależności od tego, czy to jest grant krajowy czy międzynarodowy itd.

²⁷ Podobną kategorię wyodrębniano w czasach oceny parametrycznej prowadzonej przez Komitet Badań Naukowych. Przy czym w tej kategorii znajdowały się jednostki mające nie więcej niż 15 pracowników samodzielnych na etacie (5 w przypadku instytutów). Wyodrębnienie tej kategorii motywowano wtedy mniejszą stabilnością badawczą. Informacja na zarchiwizowanej stronie KBN. https://web.archive.org/web/20110110195332if_/http://kbn.icm.edu.pl/finauki98/system/ost/ost_ho2.html. [odsłona 16.04.2024].

5 | Wnioski

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, że możliwe, a przy tym konieczne jest wprowadzenie zmian w przepisach ewaluacyjnych ukierunkowanych na usunięcie najpoważniejszych wad systemu. Do zmian tych należy wprowadzenie nowego algorytmu przypisywania punktów czasopismom, stworzenie mającej własny algorytm przypisywania punktów listy czasopism spoza dwóch podstawowych referencyjnych baz danych, wprowadzenie maksimów punktowych w kryterium 2 oraz uproszczenie zasad oceny w kryterium 3 przez częściową przynajmniej algorytmizację obliczania jej wyniku.

Dodatkowo należy wprowadzić nowe zasady ewaluowania i finansowania jednostek utworzonych w trakcie trwania okresu ewaluacyjnego oraz zespołów małych, liczących mniej niż 12 osób. Pozwoli to tym pierwszym na finansowanie badań na poziomie umożliwiającym realne przygotowanie się do ewaluacji, tym drugim na zapewnienie środków z subwencji na przetrwanie i rozwój. Ograniczy to także przypisywanie uczonych z takich małych zespołów niejako na siłę do dyscyplin ewaluowanych.

Proponowane rozwiązania dotyczą obecnego modelu ewaluacji. Pilnym zadaniem stojącym przed społecznością akademicką jest wypracowanie nowych zasad, dostosowanych do specyfiki dziedzin i dyscyplin naukowych, które powinny być znane przed rozpoczęciem nowego okresu ewaluacyjnego.

Bibliografia

- Barker Katharine, „The UK Research Assessment Exercise: The Evolution of a National Research Evaluation System” *Research Evaluation*, nr 1 (2007): 3-12. <https://doi.org/10.3152/095820207X190674>.
- Elton Lewis, „The UK Research Assessment Exercise: Unintended Consequences” *Higher Education Quarterly*, nr 3 (2000): 274-283. <https://doi.org/10.1111/1468-2273.00160>.
- Franceschet Massimo, Antonio Costantini, „The First Italian Research Assessment Exercise: A Bibliometric Perspective” *Journal of Informetrics*, nr 2 (2011): 275-291. <https://doi.org/10.1016/j.joi.2010.12.002>.
- Geuna Aldo, Matteo Piolatto, „Research Assessment in the UK and Italy: Costly and Difficult, but Probably Worth It (at Least for a While)” *Research Policy*, nr 1 (2016): 260-271. <https://doi.org/10.1016/j.respol.2015.09.004>.

- Hazem Ibrahim Fengyuan Liu, Yasir Zaki, Talal Rahwan, *Google Scholar is manipulatable*, 2024. <https://doi.org/10.48550/ARXIV.2402.04607>.
- Korytkowski Przemysław, Emanuel Kulczycki, *Raport z pilotażu procedur oceny wpływu społecznego*, 2020. <https://doi.org/10.6084/M9.FIGSHARE.12402686>.
- Kulczycki Emanuel, Marcin Korzeń, Przemysław Korytkowski, „Toward an Excellence-Based Research Funding System: Evidence from Poland” *Journal of Informetrics*, nr 1 (2017): 282-298. <https://doi.org/10.1016/j.joi.2017.01.001>.
- Oceny nauki: Tomaszowice, 16-18 listopada 2013*, Debaty PAU, t. I, red. Szczepan Biliński Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 2014.
- Pislyakov Vladimir, „On Some Properties of Medians, Percentiles, Baselines, and Thresholds in Empirical Bibliometric Analysis” *Journal of Informetrics*, nr 4 (2022): 101322. <https://doi.org/10.1016/j.joi.2022.101322>.
- Prawelska-Skrzypek Grażyna, Justyna Maciąg, „Rozdział IV. Główne nurty krytyki ewaluacji polityki naukowej i innowacyjnej oraz sposoby jej doskonalenia na przykładzie wybranych krajów”, [w:] *Ewaluacja w procesie tworzenia i realizacji polityki naukowej i innowacyjnej*, red. Grażyna Prawelska-Skrzypek. 303-384. Warszawa: Elipsa, 2017.
- Propozycje Programowe Koalicji Obywatelskiej*. <https://100konkretow.pl/edukacja/>.
- Rebora Gianfranco, Matteo Turri, „The UK and Italian Research Assessment Exercises Face to Face” *Research Policy*, nr 9 (2013): 1657-1666. <https://doi.org/10.1016/j.respol.2013.06.009>.
- Wasilewski Piotr, Agnieszka Kalita, Małgorzata Szczęsna, „Kształcenie kadry medycznej - problemy w ochronie zdrowia” *Kontrola Państwa*, nr 6 (2023): 71-85. <https://doi.org/10.53122/ISSN.0452-5027/2023.1.36>.
- Wierczyński Grzegorz, „Problemy oceny parametrycznej polskich czasopism naukowych z dziedziny nauk prawnych” *Państwo i Prawo*, nr 9 (2020): 3-22.
- Wierczyński Grzegorz, „Wykaz czasopism naukowych z dziedziny nauk prawnych z perspektywy danych o cytowaniach dostępnych w bazie Google Scholar” *Państwo i Prawo*, nr 5 (2022): 3-15.
- Winczorek Jan, „Wykaz czasopism punktowanych MNiSW w dyscyplinie nauki prawne a bibliometria. Wyniki badania empirycznego” *Państwo i Prawo*, nr 5 (2022): 16-51.
- Zhang Lin, Zhe Cao, Yuanyuan Shang, Gunnar Sivertsen, Ying Huang, „Missing Institutions in OpenAlex: Possible Reasons, Implications, and Solutions” *Scientometrics*, 5 lutego 2024. <https://doi.org/10.1007/s11192-023-04923-y>.



Decyzja zasadnicza w procesie inwestycyjnym w zakresie obiektów energetyki jądrowej. Ocena zmian wprowadzonych w latach 2023–2024

Decision-in-Principle in the Investment Process for Nuclear Energy Facilities: Assessment of Changes Introduced in 2023–2024

Abstract

The subject of the article is the analysis and assessment of the changes introduced in 2023–2024 in the legal framework of the so-called basic decision, regulated by the provisions of Chapter 1a of the Act of June 29, 2011 on the preparation and implementation of investments in nuclear power facilities and related investments. To date, a total of ten decisions-in-principle have been issued in favor of five different entities intending to implement both large and small nuclear reactors. Amendments to the Special Nuclear Power Act, which came into force in 2023–2024, introduced a number of changes to the structure of the decision-in-principle, including, inter alia, its subject and position in the licensing procedure for nuclear energy facilities, elements of the application for initiation of administrative proceedings, as well as the conditions for its issuance and components of this decision. At the same time, issues related to changes in the ownership structure of the investor who obtained the decision-in-principle, or the company that is a partner or shareholder in this entity, were regulated. In addition, the competence of the authority conducting the proceedings has been changed and the circle of cooperating (opinion-giving) authorities in the matter of issuing the decision-in-principle has been expanded. The aim of the article is to assess the changes introduced, to point out doubts of interpretation and to propose *de lege ferenda* postulates for changes in the regulations in the analyzed area.

ŁUKASZ MEYNARKIEWICZ, doktor nauk prawnych, Uniwersytet Pomorski w Słupsku, ORCID – 0000-0001-9876-9931, e-mail: lukasz.mlynarkiewicz@upsl.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: decyzja zasadnicza, prawo atomowe, obiekt energetyki jądrowej, elektrownia jądrowa

KEYWORDS: decision-in-principle, nuclear law, atomic law, nuclear energy facility, nuclear power plant

1 | Wstęp

Pierwszą z decyzji niezbędnych do uzyskania na drodze licencjonowania obiektów energetyki jądrowej w Polsce jest tzw. decyzja zasadnicza. Decyzja ta została uregulowana w przepisach rozdziału 1a ustawy z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących^[1]. Decyzja zasadnicza stanowi wyraz akceptacji politycznej państwa dla budowy elektrowni jądrowej przez konkretnego inwestora, w dozwolonej lokalizacji i z zastosowaniem określonej technologii reaktorowej^[2]. W myśl art. 3a ust. 3 i 4 u.i.o.e.j. decyzję zasadniczą wydaje minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi dla jednego albo więcej niż jednego obiektu energetyki jądrowej, jeżeli te obiekty są ze sobą funkcjonalnie powiązane. Katalog inwestycji objętych obowiązkiem uzyskania decyzji zasadniczej określa art. 2 pkt 2 u.i.o.e.j., który definiuje pojęcie obiektu energetyki jądrowej.

Zmiany przepisów specustawy jądrowej, które miały miejsce w latach 2023-2024, wprowadziły szereg modyfikacji w odniesieniu do struktury decyzji zasadniczej, w tym między innymi jej przedmiotu i usytuowania w procesie licencjonowania obiektów energetyki jądrowej, elementów wniosku inicjującego postępowanie administracyjne, a także przesłanek wydania oraz elementów składowych przedmiotowej decyzji. Doszło również do zmiany właściwości organu prowadzącego postępowanie oraz

¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1484 ze zm. Dalej jako: u.i.o.e.j., ustawa inwestycyjna lub specustawa jądrowa.

² Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących, Druk sejmowy 2562 Sejmu IX kadencji, 7; dalej: Uzasadnienie.

poszerzenia kręgu organów współdziałających (opiniujących) w sprawie wydania decyzji zasadniczej^[3].

Równoległe do prowadzonych prac w zakresie budowy pierwszej polskiej elektrowni jądrowej przez spółkę Polskie Elektrownie Jądrowe Sp. z o.o. plany realizacji elektrowni jądrowych zarówno w aspekcie reaktorów wielkoskalowych, jak i małych reaktorów jądrowych zostały ogłoszone przez inne podmioty, w których udziałowcem lub akcjonariuszem jest Skarb Państwa, a także podmioty prywatne. I choć inwestycje te – póki co – nie są ujęte w Programie polskiej energetyki jądrowej^[4], to jednak nie uniemożliwia to inwestorowi ubieganie się o uzyskanie szeregu zgód administracyjnych wymaganych do realizacji tego rodzaju zamierzenia. W latach 2023-2024 wydano łącznie dziesięć decyzji zasadniczych na rzecz pięciu różnych podmiotów zamierzających realizować zarówno wielkoskalowe, jak i małe reaktory jądrowe (SMR^[5])^[6].

Przedmiotem artykułu jest analiza oraz ocena zmian wprowadzonych w latach 2023-2024 w odniesieniu do konstrukcji prawnej decyzji zasadniczej, wskazanie wątpliwości interpretacyjnych oraz wysunięcie postulatów *de lege ferenda* w analizowanym obszarze. Temat ten należy uznać

³ Zmiany te wynikają z przepisów ustawy z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 595). Ustawa ta weszła w życie z dniem 13 kwietnia 2023 r. Kolejne reformy przepisów specustawy jądrowej w zakresie dotyczącym decyzji zasadniczej nastąpiły wraz z przyjęciem: (1) ustawy z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1890), której przepisy – co do zasady – weszły w życie z dniem 16 października 2023 r.; oraz (2) ustawy z dnia 15 maja 2024 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem administracji rządowej (Dz. U. poz. 834), której przepisy w omawianym zakresie weszły w życie z dniem 1 lipca 2024 r.

⁴ Zob. *Program polskiej energetyki jądrowej*, 5-12 – załącznik do uchwały nr 141 Rady Ministrów z dnia 2 października 2020 r. w sprawie aktualizacji programu wieloletniego pod nazwą „Program polskiej energetyki jądrowej” (M.P. poz. 946); dalej: Program PEJ.

⁵ Ang. *Small Modular Reactor*.

⁶ Decyzję zasadniczą otrzymały następujące podmioty: Polskie Elektrownie Jądrowe Sp. z o.o., KGHM Polska Miedź S.A., PGE PAK Energia Jądrowa S.A. oraz Świętokrzyska Grupa Przemysłowa INDUSTRIA S.A. Dodatkowo spółka Orlen Synthos Green Energy S.A. otrzymała łącznie sześć decyzji dla sześciu odrębnych zamierzeń inwestycyjnych. Źródło danych: opracowanie własne na podstawie informacji udostępnionych przez Ministerstwo Klimatu i Środowiska.

za doniosły prawnie oraz badawczo. Istniejąca literatura, która opisuje problematykę decyzji zasadniczej dotyczy stanu prawnego sprzed nowelizacji specustawy jądrowej w latach 2023-2024. Wprowadzone zmiany dokonały istotnych modyfikacji w zakresie struktury prawnej omawianej instytucji. Dodatkowo, pierwsza decyzja zasadnicza wydana została w lipcu 2023 r., co umożliwia zwrócenie uwagi na problemy, które pojawiły się w toku wydawania przedmiotowej decyzji

2 | Decyzja zasadnicza – *ratio legis*, charakter prawny oraz przedmiot

Wraz z nowelizacją przepisów specustawy jądrowej, która weszła w życie z dniem 13 kwietnia 2023 r., uregulowano podstawowe elementy konstrukcji decyzji zasadniczej, to jest określono jej cel prawodawczy (*ratio legis*), przedmiot oraz charakter prawny. Ponadto, w wyniku wprowadzonych zmian, wypełniono ustawową lukę konstrukcyjną w zakresie treści rozstrzygnięcia (sentencji, osnovy) decyzji zasadniczej oraz warunków i zakresu jej związania względem organów wydających kolejne pozwolenia administracyjne.

Zgodnie z art. 3a ust. 1 u.i.o.e.j. zd. drugie, decyzja zasadnicza zabezpiecza „interes publiczny” pod względem celów polityki państwa, w tym polityki energetycznej, oraz bezpieczeństwa państwa. Z przepisem tym koresponduje art. 3d ust. 1 u.i.o.e.j., w myśl którego minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi wydaje decyzję zasadniczą albo odmawia wydania decyzji zasadniczej w terminie 90 dni od dnia otrzymania wniosku o wydanie decyzji zasadniczej, biorąc pod uwagę „interes publiczny”.

Analiza tak określonego celu prawodawczego, w połączeniu z przesłankami do wydania bądź odmowy wydania decyzji zasadniczej, prowadzi do wniosku, że przedmiotowa decyzja jest „aktem-hybrydą” o podwójnym i złożonym charakterze^[7]. Z jednej strony, na płaszczyźnie formalno-procesowej, decyzja zasadnicza jest decyzją administracyjną

⁷ Łukasz Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza w procesie przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej* (Sopot: Arche, 2020), 228-229.

rozstrzygającą indywidualną sprawę administracyjną. Co istotne, w art. 3d ust. 5 u.i.o.e.j. przesądzono, że wydanie albo odmowa wydania decyzji zasadniczej następuje w formie decyzji administracyjnej, eliminując tym samym wątpliwości interpretacyjne, które występowały przed dokonaną zmianą ustawy inwestycyjnej^[8]. Z drugiej zaś, w płaszczyźnie materialnej (treściowej) decyzja ta ma charakter planistyczny oraz programowy (strategiczny), wykazując cechy aktu kształtowania i konkretyzacji polityki państwa w dziedzinie energetyki jądrowej^[9]. Odwołanie się przez ustawodawcę do przesłanki „interesu publicznego” wskazuje na traktowanie sektora energetyki jądrowej przez pryzmat celu zbiorowego.

Do czasu nowelizacji specustawy jądrowej, która weszła z dniem 13 kwietnia 2023 r., decyzja zasadnicza była wydawana po uzyskaniu decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej^[10], a więc na stosunkowo późnym etapie przygotowania inwestycji, po przeprowadzeniu przez inwestora długotrwałych i kosztownych badań środowiskowych oraz lokalizacyjnych. Rozwiązanie takie uznano za

niekorzystne zarówno dla inwestora (generując dodatkowe ryzyka inwestycyjne), jak i dla właściwych organów państwowych (które dopiero na zaawansowanym etapie przygotowania inwestycji mogą formalnie wypowiedzieć się na temat jej spójności z polityką energetyczną czy bezpieczeństwem państwa)^[11].

W konsekwencji zidentyfikowania powyższej wady systemowej (konstrukcyjnej), podnoszonej także w doktrynie prawa^[12], ustawodawca postanowił o przeniesieniu decyzji zasadniczej na początkowy etap procesu licencjonowania elektrowni jądrowej celem zwiększenia stabilności procesu inwestycyjnego.

⁸ Uzasadnienie, 10.

⁹ Patrycja Wysocka, Patrycja Nowakowska, „Rola decyzji zasadniczej w procesie inwestycyjnym elektrowni jądrowej” *Nowa Energia*, nr 5-6 (2022): 53-54; Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 210, 443.

¹⁰ Zob. art. 23 ustawy inwestycyjnej w brzmieniu sprzed zmiany, która weszła w życie 13 kwietnia 2023 r.

¹¹ Uzasadnienie, 8.

¹² Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 431-432, 459-461, 463-464. Por. Łukasz Dubiński, „Specustawa jądrowa i prawo atomowe (ocena wybranych planów legislacyjnych)” *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 2 (2022): 87.

Decyzja zasadnicza, w myśl intencji projektodawcy, powinna stanowić jasny, mocny i zdecydowany wyraz woli państwa co do budowy elektrowni jądrowej na możliwie wczesnym etapie procesu przygotowania inwestycji^[13]. Zmianę tą należy ocenić pozytywnie, gdyż podjęcie formalnej decyzji politycznej we wstępnej fazie realizacji inwestycji jądrowej powinno umożliwić odciążenie procesu inwestycyjnego od rozważań natury politycznej oraz skoncentrowanie uwagi na obszarach merytorycznych związanych z aspektami środowiskowymi, lokalizacyjnymi, czy też kwestiami bezpieczeństwa jądrowego^[14]. Po drugie, słuszność tej zmiany wynika z kosztochłonności badań środowiskowych i lokalizacyjnych^[15].

Jednocześnie, aby móc określić granice skutków materialnoprawnych decyzji zasadniczej w sferze uprawnień lub obowiązków inwestora, zdefiniowany powyżej cel prawotwórczy należy skonfrontować z przedmiotem owej decyzji, w tym elementami składowymi jej sentencji. Elementy składowe rozstrzygnięcia decyzji zasadniczej zostały określone w art. 3e u.i.o.e.j., zgodnie to z którym decyzja ta określa »dozwolone parametry inwestycji« [podkr. – Ł.M.] w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej, w tym odnoszące się do lokalizacji oraz wybranych parametrów technicznych planowanego obiektu.

Decyzja zasadnicza jest aktem administracyjnym o charakterze konstytucyjnym, określającym zarówno elementy podmiotowe (inwestor), jak i przedmiotowe (wskazanie gmin, maksymalnej mocy zainstalowanej oraz dozwolonych rodzajów technologii)^[16]. Ponadto, decyzję zasadniczą należy zaklasyfikować do aktów administracyjnych o charakterze uprawniającym

¹³ Uzasadnienie, 7-8.

¹⁴ Zob. IAEA, *Licensing the First Nuclear Power Plant* (Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2012), 33; World Nuclear Association, *Licensing and Project Development of New Nuclear Plants* (Londyn: World Nuclear Association, 2013), 33; Jyrki Javanainen, „Nuclear Installation Licensing and Democratic Decision Making in Finland: a Case Study Regarding the Olkiluoto 3 Nuclear Power Plant Unit and the Final Disposal Repository for Spent Nuclear Fuel” *International Journal of Nuclear Law*, nr 1 (2006): 24; Kristiina Söderholm, „Licensing Model Development for Small Modular Reactors (SMRs) – Focusing on the Finnish Regulatory Framework,” *Acta Universitatis Lappeenrantaensis*, nr 528 (2013): 84; eadem, „Challenges of SMR Licensing Practices,” *AECL Nuclear Review*, t. 1, nr 2 (2012): 28-29.

¹⁵ Por. Wysocka, Nowakowska, „Rola decyzji zasadniczej,” 54; Weronika Achramowicz, Michał Piekarski, „Uwarunkowania Prawne”, [w:] *Jak zaszczepić atom w Polsce. Scenariusze rozwoju energetyki jądrowej*, red. Anna Chyckowska (Warszawa: Baker McKenzie, 2023), 51, 56.

¹⁶ Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 150-151.

oraz kształtującym, przy czym podstawowym skutkiem uzyskania tej decyzji w sferze uprawnień inwestora jest możliwość kontynuowania procesu inwestycyjnego („zielone światło”). Decyzja zasadnicza jest specyficzną barierą prawną, ustanowioną w celu zachowania kontroli państwa w zakresie sektora energetyki jądrowej, której zniesienie jest równoznaczne z programową akceptacją dla realizacji danej inwestycji jądrowej przez konkretnego inwestora, w dozwolonej lokalizacji, z użyciem określonej technologii, a w przypadku reaktorów jądrowych – w ramach dozwolonej, maksymalnej mocy zainstalowanej^[17].

Decyzja zasadnicza określa dozwolone parametry inwestycji jądrowej, przy czym słowo „dozwolone” ma w tym miejscu istotne znaczenie o charakterze administracyjnoprawnym. Jak wskazuje się w literaturze prawa administracyjnego, w przypadku, w którym dochodzi do zniesienia w drodze decyzji administracyjnej ogólnego zakazu – na przykład w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej lub realizacji określonej inwestycji – wynikającego z normy generalnej, mamy do czynienia z nabyciem prawa o znamionach „dozwolenia”^[18]. Należy więc uznać, że ustawodawca w sposób świadomy chciał podkreślić – zarówno na gruncie art. 3a ust. 1, jak i art. 3e u.i.o.e.j. – charakter uprawnienia (jako dozwolenia) wynikającego z uzyskania decyzji zasadniczej oraz jego ograniczenia. Nie jest to jednak typowe uprawnienie, gdyż treścią nowej sytuacji prawnej w sferze praw podmiotowych inwestora jest prawo »do ubiegania się« [podkr. – Ł.M.] o uzyskanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej oraz innych decyzji niezbędnych do przygotowania, realizacji i użytkowania inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej. Decyzja zasadnicza jest aktem zbliżonym do koncesji w zakresie w jakim dotyczy przyznania prawa do działania w obszarze objętym monopolem państwa^[19]. Podobnie jak w przypadku decyzji zasadniczej, uprawnienie do prowadzenia działalności koncesjonowanej jest przykładem dozwolenia^[20].

Jednocześnie decyzja zasadnicza jako indywidualny akt administracyjny, skutkujący nabyciem po stronie inwestora prawa o znamionach dozwolenia, nie jest aktem upoważniającym do prowadzenia jakichkolwiek

¹⁷ Ibidem, 149-150, 209.

¹⁸ Tadeusz Kiełkowski, *Nabycie prawa na mocy decyzji administracyjnej* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 251-279.

¹⁹ Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 169-170, 440-441.

²⁰ Kiełkowski, *Nabycie prawa*, 269-276.

prac terenowych, przygotowawczych lub budowlanych. Decyzja ta nie jest również potwierdzeniem spełniania przez daną inwestycję (lub inwestora) warunków środowiskowych, lokalizacyjnych, technicznych lub finansowych.

Celem przedmiotowej decyzji nie jest wywołanie skutku prawnego w postaci „ustalenia lokalizacji” inwestycji jądrowej, choć decyzja ta zawęża obszar realizacji przedsięwzięcia do określonych, dozwolonych gmin wskazanych w sentencji decyzji. Jednocześnie decyzja zasadnicza nie rodzi praw do terenu na terenie gmin wskazanych w sentencji decyzji, toteż nie może bezpośrednio posłużyć do celów spekulacyjnych związanych z rezerwacją terenu, czy też nabyciem nieruchomości z zamiarem ich odsprzedaży lub blokowania korzystnych lokalizacji dla konkurentów. Dopiero uzyskanie ostatecznej decyzji lokalizacyjnej daje bowiem podstawę do ustanowienia użytkowania wieczystego gruntu oraz przeniesienie własności znajdujących się na nim budynków, innych urządzeń lub lokali na rzecz inwestora^[21].

Nie jest także celem decyzji zasadniczej określenie szczegółowych wymogów projektowych w zakresie technologii, przy wykorzystaniu której inwestor będzie realizował swoje zamierzenie. W przypadku elektrowni jądrowej decyzja ta określa dozwoloną maksymalną moc zainstalowaną oraz dozwolone rodzaje technologii reaktorowych. W praktyce oznacza to odwołanie się przez wnioskodawcę do nazwy handlowej technologii oferowanej przez potencjalnego dostawcę (np. AP1000, BWRX-300, VOYGR, NUWARD, Rolls-Royce SMR), charakteryzującej się określonymi parametrami, w tym typem reaktora jądrowego (np. BWR lub PWR).

W ramach postępowania o wydanie decyzji zasadniczej inwestor otrzymuje możliwość przedstawienia swojego projektu jądrowego w obszarze, który jest objęty przez państwo wysokim stopniem nadzoru oraz reglamentacji administracyjnoprawnej. Jednocześnie doniosłość decyzji pozytywnej przejawia się w tym, że państwo identyfikuje projekt jako ważny z punktu widzenia celów polityki energetycznej, ale nie gwarantuje powodzenia realizacji inwestycji, co jest wyłącznie zadaniem inwestora.

Decyzja zasadnicza nie skutkuje żadnymi zobowiązaniami finansowymi po stronie państwa ani też nie stanowi promesy w kontekście przyłączenia do sieci elektroenergetycznej, jak również nie daje inwestorowi uprzywilejowanej pozycji w ramach późniejszych aktywności, na przykład związanych

²¹ Art. 30 ust. 1 u.i.o.e.j. Zauważyć należy, że przywołany przepis nie daje podstawy do przeniesienia własności gruntów objętych decyzją lokalizacyjną.

z pozyskiwaniem terenu pod realizację inwestycji. Tego rodzaju inwestycja może zostać zatrzymana na każdym etapie uzyskiwania zgód administracyjnych, gdyż będzie ona przedmiotem wnikliwego badania przez szereg organów wyspecjalizowanych w danych dziedzinach. Inwestor będzie także zobowiązany do prowadzenia dialogu ze społecznością lokalną, państwami narażonymi lub zainteresowanymi^[22], założeniami Lokalnych Centrów Informacyjnych^[23], a w konsekwencji badania poziomu poparcia dla realizacji danej inwestycji jądrowej^[24].

Co więcej, w myśl art. 4 ust. 1 u.i.o.e.j., inwestor powinien wystąpić o uzyskanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej w terminie 10 lat od dnia doręczenia decyzji zasadniczej. Niezłożenie wniosku o wydanie decyzji lokalizacyjnej we wskazanym terminie powoduje wygaśnięcie decyzji zasadniczej, która zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 5 a u.i.o.e.j. powinna zostać załączona do wniosku. Tym samym okres „używalności” czy też ważności skutków materialnoprawnych wynikających z decyzji zasadniczej został wprost wskazany w przepisach ustawy. Decyzja zasadnicza nie ma więc charakteru bezterminowego.

Ponadto, przepis art. 5 ust. 1a u.i.o.e.j. ogranicza działalność inwestora poprzez wyraźne wskazanie, że granice terenu objętego wnioskiem o wydanie decyzji lokalizacyjnej muszą zawierać się w obrębie jednej z dozwolonych lokalizacji inwestycji jądrowej, określonych w decyzji zasadniczej.

²² Zgodnie z postanowieniami Konwencji o ocenach oddziaływania na środowisko w kontekście transgranicznym, sporządzonej w Espoo dnia 25 lutego 1991 r. (Dz. U. z 1999 r., Nr 96, poz. 1110 ze zm.), art. 6-11 Konwencji o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska, sporządzonej w Aarhus dnia 25 czerwca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r., Nr 78, poz. 706), a także art. 5 w zw. z art. 33 oraz art. 79 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1094 ze zm.), dalej jako ustawa o.o.ś. Zob. szerzej na temat Konwencji z Espoo oraz Konwencji z Aarhus w kontekście budowy elektrowni jądrowej w Polsce: Marcin Makowski, „Budowa pierwszej polskiej elektrowni jądrowej a ochrona środowiska Morza Bałtyckiego w świetle prawa międzynarodowego” *Prawo Morskie*, nr 30 (2014): 242-250.

²³ Art. 39m ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. – Prawo atomowe (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1173 ze zm.); dalej: pr. atom.

²⁴ Zob. na temat udziału społeczeństwa w procesie licencjonowania elektrowni jądrowej: Carlton Stoiber, Alec Baer, Norbert Pelzer, Wolfram Tonhauser, *Handbook on Nuclear Law* (Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2003), 30-31, 36-37; Stephen Burns, „Milestones in Nuclear Law: A Journey in Nuclear Regulation”, [w:] *Nuclear Law. The Global Debate* (Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2022), 70.

Brak zgodności wniosku o uzyskanie decyzji lokalizacyjnej z decyzją zasadniczą, poprzez rozszerzenie obszaru realizacji przedsięwzięcia o gminy nieobjęte sentencją decyzji, powinien skutkować odmową wydania decyzji lokalizacyjnej. Decyzję zasadniczą załącza się także do wniosku o wydanie innych zgód administracyjnych^[25], co umożliwia weryfikację zgodności zamierzeń inwestora z dozwolonymi parametrami inwestycji, określonymi w decyzji zasadniczej. W rezultacie, przykładowo, wniosek inwestora o wydanie pozwolenia na budowę dla technologii nieobjętej decyzją zasadniczą powinien skutkować rozstrzygnięciem negatywnym, a więc odmową wydania pozwolenia na budowę.

3 | Zmiany w odniesieniu do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej

Elementy składowe wniosku o wydanie decyzji zasadniczej zostały istotnie zmienione w porównaniu do stanu prawnego sprzed nowelizacji, która weszła w życie w kwietniu 2023 r. Część z wymogów usunięto bądź też wprowadzone nowe, a w przypadku niektórych doprecyzowano lub uproszczono ich zakres.

W aktualnym stanie prawnym, w myśl art. 3b ust. 1 u.i.o.e.j., wniosek o wydanie decyzji zasadniczej dla budowy elektrowni jądrowej powinien zawierać: (1) charakterystykę inwestycji, w tym: (a) określenie planowanej łącznej mocy zainstalowanej, (b) planowanego okresu eksploatacji, (c) gmin, na których obszarze proponuje się lokalizację inwestycji, (d) przewidywanych do zastosowania technologii reaktorowych, (2) opis struktury właścicielskiej wnioskodawcy, (3) opis znaczenia inwestycji oraz potrzeby jej realizacji w ramach krajowego zapotrzebowania na energię elektryczną lub ciepło, (4) opis planowanego sposobu finansowania inwestycji, w tym wskazanie planowanych źródeł pozyskiwania środków finansowych. Dodatkowo do wniosku o wydanie decyzji inwestor dołącza dokumenty

²⁵ Dotyczy to pozwolenia na prace przygotowawcze (art. 17 ust. 2 pkt 2 u.i.o.e.j.), pozwolenia na budowę (art. 15 ust. 4 pkt 2 u.i.o.e.j.) oraz pozwolenia na użytkowanie inwestycji (art. 18 ust. 3 u.i.o.e.j.).

potwierdzające strukturę właścicielską wnioskodawcy oraz dowód wniesienia opłaty, o której mowa w art. 3c ust. 1 u.i.o.e.j.

Wymóg dotyczący charakterystyki obiektu energetyki jądrowej, jakim jest elektrownia jądrowa, został uzupełniony o dwa punkty – to jest o określenie: (1) gmin, na których obszarze proponuje się lokalizację inwestycji oraz (2) przewidzianych do zastosowania technologii reaktorowych. Zmiana ta jest spójna z postulatami podnoszonymi w doktrynie, jak również koresponduje z uzupełnieniem przepisów ustawy o właściwe określenie przedmiotu oraz elementów sentencji decyzji zasadniczej^[26]. Zdaniem autora, charakterystyka elektrowni jądrowej na potrzeby wniosku o wydanie decyzji zasadniczej powinna zawierać syntetyczne informacje o planowanym zamierzeniu inwestycyjnym, w tym przede wszystkim: oznaczenie inwestora oraz dostawcy technologii, planowaną liczbę bloków, typ reaktora jądrowego, obiegu chłodzenia i obiegu czynnika roboczego, wielkość mocy cieplnej oraz mocy elektrycznej netto, łączną moc zainstalowaną, podstawowe informacje na temat rozwiązań związanych z bezpieczeństwem jądrowym oraz ewentualnych doświadczeń eksploatacyjnych, a także proponowaną lokalizację obiektu (wskazanie gmin).

W porównaniu do stanu prawnego sprzed nowelizacji ustawy z kwietnia 2023 r. wnioski o wydanie decyzji zasadniczej nie zawiera: (1) ogólnej opinii Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki^[27], o której mowa w art. 39b pr. atom., dotyczącej planowanych przez inwestora rozwiązań organizacyjno-technicznych^[28], (2) raportu ze studium wykonalności^[29], a także (3) wstępnego planu ochrony fizycznej obiektu^[30]. Dodatkowo do wniosku nie załącza się decyzji lokalizacyjnej, co wynika z przeniesienia decyzji zasadniczej na etap poprzedzający wydanie decyzji lokalizacyjnej. Z kolei z uwagi na rezygnację z kryterium doświadczenia inwestora, o którym była mowa w ówczesnie obowiązującym art. 22 ust. 3 pkt 2 ustawy, do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej nie załącza się oświadczenia inwestora lub podmiotu powiązanego z nim kapitałowo o spełnieniu wymagań w zakresie tegoż kryterium. Kryterium doświadczenia po stronie inwestora mogło stanowić istotną barierę prawną w przypadku inwestorów prywatnych, nieposiadających doświadczenia w sektorze energetycznym,

²⁶ Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 151, 170, 173, 213, 445.

²⁷ Dalej jako: Prezes PAA.

²⁸ Zob. szerzej: Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 252-262.

²⁹ Ibidem, 275-278.

³⁰ Ibidem, 278-286.

a zamierzających zainwestować przykładowo w technologię tzw. małych reaktorów jądrowych^[31].

Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej specustawę jądrową zawiera jedynie wyjaśnienie w zakresie rezygnacji z ogólnej opinii Prezesa PAA, gdzie wskazano, że przedmiotowa zmiana stanowi realizację postulatów zgłaszanego m.in. w doktrynie^[32], co powinno korzystnie wpłynąć na elastyczność procesu inwestycyjnego, zwiększając swobodę wnioskodawcy^[33]. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym podstawowym mankamentem tegoż rozwiązania był brak czytelnego określenia jakiego rodzaju informacje inwestor powinien dołączyć do wniosku o wydanie ogólnej opinii Prezesa PAA w zakresie planowanych rozwiązań organizacyjno-technicznych.

Usunięcie wymogu załączenia do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej ogólnej opinii Prezesa PAA, z jednoczesnym brakiem konieczności zajęcia stanowiska przez Prezesa PAA w innej formie oraz określonym zakresie, należy ocenić negatywnie. Opinia Prezesa PAA stanowi wyraz posiadanej specjalistycznej wiedzy w sprawach bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej. Tego rodzaju wstępna opinia organu dozoru jądrowego istnieje w ustawodawstwach innych krajów, stanowiąc istotny element postępowania w sprawie formalnej zgody państwa na realizację określonej inwestycji jądrowej^[34]. *De lege ferenda* należy postulować wprowadzenie do art. 3d ust. 2 u.i.o.e.j. obowiązku zasięgnięcia opinii Prezesa PAA jako organu współdziałającego. Opinia ta mogłaby przyjąć analogiczny kształt jak w przypadku opinii wydawanej przez Prezesa PAA w trakcie postępowania o ustalenie zakresu raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko lub o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, to jest „w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej”^[35].

Jak pokazuje praktyka, inwestorzy już na etapie poprzedzającym wystąpienie z wnioskiem o wydanie decyzji zasadniczej zwracają się do

³¹ Zmianę tą należy ocenić pozytywnie, gdyż tego rodzaju wymóg stanowił sztuczną barierę, która wymuszała poszukiwania partnera biznesowego celem spełnienia warunku powiązania kapitałowego dla realizacji kryterium doświadczenia. Zob. uwagi *de lege ferenda* w: Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 228-229.

³² Tomasz R. Nowacki, „Opinie Prezesa PAA, o których mowa w art. 36a i 39b ustawy – Prawo atomowe jako przykład pre-licencjonowania obiektów jądrowych” *Studia Iuridica*, nr 87 (2021): 409.

³³ Uzasadnienie, 9.

³⁴ Zob. w odniesieniu do regulacji jądrowych w Finlandii: Söderholm, „Licensing Model Development”, 81-89; Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 400-405.

³⁵ Zob. art. 70 ust. 1 pkt 5 oraz art. 77 ust. 1 pkt 5 ustawy o.o.ś.

Prezesa PAA o wydanie ogólnej opinii, o której mowa w art. 39b pr. atom., co jest działaniem logicznym mając na uwadze chęć ograniczenia ryzyk inwestycyjnych^[36]. Chodzi tu między innymi o obniżenie kwestii ryzyka związanego z treścią art. 36b pr. atom., który stanowi, że w projekcie i procesie budowy obiektu jądrowego nie stosuje się rozwiązań i technologii, które nie zostały sprawdzone w praktyce, w obiektach jądrowych lub za pomocą prób, badań oraz analiz. Kwestia dojrzałości technologii powinna odgrywać istotną rolę w procesie wydawania decyzji zasadniczej – zarówno w aspekcie pozytywnym (wydanie decyzji zasadniczej), jak i negatywnym (odmowa wydania).

Ponadto, uzasadnienie do projektu nowelizacji ustawy inwestycyjnej z kwietnia 2023 r. nie wskazuje przyczyn rezygnacji z wymogów dotyczących przedłożenia do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej studium wykonalności oraz wstępnego planu ochrony fizycznej obiektu. O ile w przypadku drugiego z przywołanych wymogów, mając na względzie przeniesienie decyzji zasadniczej na początek procesu licencjonowania obiektów energetyki jądrowej, zmiana ta jest zrozumiała, o tyle usunięcie studium wykonalności jako elementu wniosku wydaje się nieuzasadnione.

Studium wykonalności, jako dokument stanowiący wsparcie procesu inwestycyjnego w podejmowaniu kluczowych decyzji, powinno dostarczyć organowi prowadzącemu postępowanie wielu istotnych informacji w odniesieniu do szans powodzenia oraz zagrożeń związanych z realizacją inwestycji jądrowej. W dokumencie tym powinny znaleźć się analizy dotyczące ryzyka oraz skutków prawnych i politycznych związanych z budową elektrowni jądrowej. Posiadanie przez organ tego rodzaju informacji, przedkładanych wraz wnioskiem o wydanie decyzji zasadniczej, wzmacniałoby realizację zasady prawdy obiektywnej, wyrażonej w art. 7 k.p.a.^[37]. Przedstawienie przez inwestora studium wykonalności projektu powinno umożliwić określenie konkretnych możliwości oraz propozycji wsparcia państwa, zarówno w ramach instrumentów finansowych, jak i regulacyjnych, dla budowy danej inwestycji jądrowej^[38].

³⁶ Zob. szerzej na temat ogólnej opinii Prezesa PAA dotyczącej planowanych rozwiązań organizacyjno-technicznych, o której mowa w art. 39b pr. atom.: Nowacki, „Opinie Prezesa PAA”, 388-411.

³⁷ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 775 ze zm.); dalej: k.p.a.

³⁸ Zob. szerzej na temat elementów składowych studium wykonalności dla elektrowni jądrowej w: IAEA, *Preparation of a Feasibility Study for New Nuclear Power*

W procesie wydawania decyzji zasadniczej minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi powinien dokonać swojego bilansu zysków oraz strat, w tym politycznych, ekonomicznych oraz społecznych wynikających zarówno z realizacji, jak i braku realizacji określonej inwestycji jądrowej^[39]. Teza ta koresponduje z „zasadą uzasadnienia” (ang. *justification principle*), zgodnie z którą każda działalność, mogąca powodować narażenie na promieniowanie jonizujące, może być prowadzona o tyle, o ile oczekiwane korzyści z jej wykonywania przewyższają potencjalne, nieakceptowalne skutki^[40]. Przywołana zasada należy do jednej z dziesięciu podstawowych zasad bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej (ang. *fundamental safety principles*) stojących na czele hierarchii standardów Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej^[41]. W rezultacie, należy postulować przywrócenie wymogu

Projects. IAEA Nuclear Energy Series No. NG-T-3.3 (Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2014), 85.

³⁹ Por. Tomasz R. Nowacki, „Budowa obiektów energetyki jądrowej. Nowe instytucje w procesie inwestycyjnym”, [w:] *Wybrane węzłowe zagadnienia współczesnego prawa energetycznego*, red. Anna Walaszek-Pyziół (AT Wydawnictwo: Kraków, 2012), 210-211; Łukasz Młynarkiewicz, „Postępowanie administracyjne w sprawie lokalizacji elektrowni jądrowej w Polsce”, [w:] *Obrót powszechny i gospodarczy. Problemy publicznoprawne i ekonomiczne*, red. Iwona Ramus (Kielce: Kieleckie Towarzystwo Edukacji Ekonomicznej, 2014), 333.

⁴⁰ Zob. szerzej na temat „zasady uzasadnienia” w prawie krajowym oraz międzynarodowym w: Stephen Tromans, *Nuclear Law. The Law Applying to Nuclear Installations and Radioactive Substances in Historic Context* (Oksford: Hart Publishing Ltd, 2010), 246-257; Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 187-201; IAEA, *Fundamental Safety Principles. IAEA Safety Standards Series No. SF-1* (Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2006), 10; *Strategia i polityka rozwoju w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej Rzeczypospolitej Polskiej*, 45 – załącznik do uchwały nr 91 Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2022 r. w sprawie przyjęcia Strategii i polityki w zakresie rozwoju bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. nr 541); Helen Cook, *The Law of Nuclear Energy* (Londyn: Sweet & Maxwell, 2013), 47.

⁴¹ IAEA, *Fundamental Safety Principles*, 1-16. W 2022 r. Rada Ministrów przyjęła „Strategię i politykę w zakresie rozwoju bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej Rzeczypospolitej Polskiej”, która wprost odwołuje się do podstawowych zasad MAEA, w tym do wspomnianej zasady uzasadnienia. Zob. uchwałę nr 91 Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2022 r. w sprawie przyjęcia Strategii i polityki w zakresie rozwoju bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. nr 541); dalej: *Strategia*. Ibidem, 43-48. Na temat podstawowych zasad MAEA w krajowym prawie atomowym zobacz: Łukasz Młynarkiewicz, „Implementacja wybranych zasad bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej w polskim prawie

dotyczącego konieczności załączenia raportu ze studium wykonalności do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej wraz z wyraźnie określonym zakresem informacji, które powinny się znaleźć w takim raporcie.

Jednocześnie w ustawie inwestycyjnej uproszczono wymogi związane z udokumentowaniem zdolności finansowych inwestora. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej inwestor powinien był załączyć dokumenty potwierdzające posiadanie lub możliwości pozyskania środków finansowych niezbędnych do zrealizowania inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej wraz ze schematem sposobu finansowania tej inwestycji^[42].

Aktualnie przepis art. 3b ust. 1 pkt 6 u.i.o.e.j. stanowi, że inwestor do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej załącza opis planowanego sposobu finansowania inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej, w tym wskazanie planowanych źródeł pozyskiwania środków finansowych. Na etapie wydawania decyzji zasadniczej inwestor nie musi więc udowadniać posiadania odpowiednich środków finansowych niezbędnych do zrealizowania inwestycji jądrowej. Nie musi on też przedstawiać wyciągu z rachunku bankowego ani też gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych. Zdaniem autora opis planowanego sposobu finansowania inwestycji powinien zawierać ogólną prognozę kosztów, procentowy udział finansowania kapitałowego oraz dłużnego, a także planowane źródła pozyskiwania środków finansowych, jak na przykład banki, agencje kredytów eksportowych oraz inne instytucje finansowe. Tego rodzaju informacje na początkowym etapie procesu inwestycyjnego będą zdecydowanie na wyższym poziomie ogólności, aniżeli na etapie ubiegania się o zezwolenie na budowę, gdzie inwestor powinien dysponować szczegółową estymacją w zakresie kosztów inwestycyjnych. W celu zapewnienia wiarygodności informacji przedstawianych na etapie uzyskania decyzji zasadniczej, inwestor może przedłożyć do wiadomości organu prowadzącego postępowanie listy intencyjne pochodzące z instytucji finansowych oraz kredytowych, wraz z określeniem wysokości kwot oraz warunków na jakich środki finansowe mogą zostać przekazane inwestorowi na sfinansowanie zamierzenia inwestycyjnego.

atomowym” *Studia Iuridica*, nr 87 (2021): 331-353; ibidem, „Podstawowe zasady system ochrony przed promieniowaniem jonizującym Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej w polskim prawie atomowym” *Prawo i Więź*, nr 4 (2023): 714-720.

⁴² Art. 23 pkt 4 u.i.o.e.j. w brzmieniu sprzed zmiany, która weszła w życie z dniem 13 kwietnia 2023 r.

W zakresie dodatkowych elementów wniosku nowelizacja specustawy jądrowej z kwietnia 2023 r. wprowadziła wymóg załączenia do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej opisu struktury właścicielskiej wnioskodawcy wraz z dokumentami ją potwierdzającymi. Wymóg ten został ustanowiony z uwagi na wprowadzenie w art. 3f u.i.o.e.j. regulacji odnoszących się do obostrzeń związanych ze zmianą struktury właścicielskiej podmiotu, który uzyskał decyzję zasadniczą, lub w spółce będącej współnikiem lub akcjonariuszem w tym podmiocie. Ponadto, wprowadzono opłatę od wniosku o wydanie lub zmianę decyzji zasadniczej, której dowód uiszczenia należy załączyć do wniosku^[43].

4 | Przesłanki wydania oraz odmowy wydania decyzji zasadniczej

W wyniku zmian wprowadzonych do ustawy inwestycyjnej w latach 2023-2024, doprecyzowano przesłanki brane pod uwagę przy wydawaniu decyzji zasadniczej oraz zwiększono liczbę podmiotów opiniujących wnioski o wydanie przedmiotowej decyzji.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że poprzez odniesienie decyzji zasadniczej do przesłanki interesu publicznego przesądzono o jej dyskrejonalnym charakterze. Zagadnienie to, w ramach poprzedniej konstrukcji prawnej decyzji zasadniczej, budziło wątpliwości doktryny prawa administracyjnego^[44]. Organ właściwy do wydania decyzji zasadniczej dysponuje więc możliwością wyboru konsekwencji prawnych w ramach uznania administracyjnego. Biorąc pod uwagę treść przepisów kompetencyjnych i materialnych, cele regulacji ustawowej oraz funkcje zewnątrznormatywne instytucji decyzji zasadniczej, przyjęcie odmiennej interpretacji stałoby w sprzeczności z sensem normatywnym omawianej instytucji. Decyzja zasadnicza jest bowiem swoistym aktem polityki państwa w zakresie

⁴³ Zob. art. 3b ust. 2 w zw. z art. 3f ust. 4 pkt 2 u.i.o.e.j. oraz art. 3c u.i.o.e.j.

⁴⁴ Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 180. Por. Łukasz Dubiński, „The Principles of Issuing a Crucial Decision (Selected Problems)” *Studia Prawnicze KUL*, nr 3 (2023): 51-55.

energetyki jądrowej^[45]. Postępowanie w sprawie wydania decyzji zasadniczej należy zaliczyć do tzw. postępowań administracyjnych trzeciej generacji, których podstawowym celem jest umożliwienie kształtowania i wdrażania polityki publicznej realizowanej przez organy administracji publicznej^[46].

Zastosowanie wysoce specjalistycznych ocen merytorycznych o charakterze naukowym (w tym technicznym) lub zawodowym może istotnie wpływać na głębokość oraz granice weryfikacji sądownoadministracyjnej kontrolowanego aktu^[47]. Na prawidłowość rozstrzygnięcia w ramach uznania administracyjnego oraz jego kontroli istotny wpływ będzie miało uzasadnienie w przedmiocie wydania bądź odmowy wydania decyzji zasadniczej. Jednocześnie, czynnik polityczny będzie miał niebagatelny wpływ na uzasadnienie rozstrzygnięcia organu, co jest immanentną cechą konstrukcji decyzji zasadniczej oraz zdefiniowanych w ustawie przesłanek jej wydania. W zależności od przesłanek odmowy wydania decyzji zasadniczej, odmowa wydania decyzji zasadniczej skutkowałaby: (1) definitywnym brakiem możliwości realizacji inwestycji jądrowej, a w konsekwencji znaczną stratą finansową po stronie inwestora, (2) bądź koniecznością uzupełnienia (poprawienia) wniosku oraz jego elementów składowych i powtórnym wystąpieniem o uzyskanie decyzji zasadniczej.

⁴⁵ Zob. szerzej: Marcin Kamiński, *Mechanizm i granice weryfikacji sądownoadministracyjnej a normy prawa administracyjnego i ich konkretyzacja* (Warszawa: C.H. Beck, 2016), 776 i n.

⁴⁶ Zbigniew Kmiecik, „Postępowanie administracyjne na rozdrożu?” *Państwo i Prawo*, z. 10 (2019): 5-22; Marcin Kamiński, „Idea procedur administracyjnych trzeciej generacji (na przykładzie postępowania w sprawach dofinansowania projektów w ramach programów operacyjnych)” *Państwo i Prawo*, z. 5 (2015): 3-18; Marta Ćwiklińska, „Trzy generacje postępowania administracyjnego a kodeks postępowania administracyjnego” *Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica*, nr 75 (2015): 41-50. Zob. także: Marcin Kamiński, „Kierunki przekształceń struktury podmiotowej postępowania administracyjnego na tle nowych formuł uczestnictwa w procedurach trzeciej generacji”, [w:] *Prawo administracyjne dziś i jutro*, red. Jacek Jagielski, Marek Wierzbowski (Warszawa: Wolter Kluwer, 2018), 398. Autor ten wskazuje, że tzw. postępowania administracyjne trzeciej generacji bywają również nazywane „administracyjnymi procedurami hybrydalnymi” lub „procedurami realizacji polityki administracyjnej (publicznej)”.

⁴⁷ Kamiński, *Mechanizm i granice*, 776.

4.1. Przesłanka „interesu publicznego” oraz opinie organów współdziałających

Powiązanie w art. 3d ust. 1 u.i.o.e.j. „interesu publicznego” z celami polityki państwa oraz wpływem inwestycji na bezpieczeństwo wewnętrzne państwa wymaga uwzględnienia szerszego kontekstu normatywnego.

Po pierwsze, ustawodawca odniósł cele polityki państwa do celów wynikających z polityki energetycznej, polityki surowcowej i interesu surowcowego państwa, włącznie z bieżącym i przewidywanym krajowym zapotrzebowaniem na energię elektryczną lub ciepło. Zrekonstruowanie przywołanych celów, składających się na konkretyzację przesłanki „interesu publicznego”, jest możliwe w oparciu o obowiązujące przepisy prawa. Zauważyć jednak należy, że treść art. 3a ust. 1 w zw. z art. 3d ust. 1 u.i.o.e.j. implikuje konieczność uwzględnienia norm programowych i planistycznych zawartych w przepisach prawa o charakterze wewnętrznie obowiązującym. Jednocześnie przepisy ustawy inwestycyjnej nie wskazują na konieczność umiejscowienia danej inwestycji jądrowej w dokumentach planistycznych lub programowych, w tym w Programie PEJ. Program ten ma charakter aktu wewnętrznie obowiązującego w myśl art. 93 Konstytucji RP^[48], toteż obowiązuje on wyłącznie jednostki organizacyjnie podległe Radzie Ministrów.

Po drugie, należy zauważyć, że istnieje ścisła korelacja pomiędzy przesłankami opisanymi w przepisie art. 3d ust. 1 u.i.o.e.j. a katalogiem organów współdziałających w postępowaniu o wydanie decyzji zasadniczej. W poprzednim stanie prawnym decyzja zasadnicza była wydawana po zasięgnięciu wyłącznie opinii Szefa ABW w zakresie wpływu inwestycji na bezpieczeństwo wewnętrzne państwa. Celem zapewnienia odpowiedniej wiedzy organowi prowadzącemu postępowanie główne, katalog organów opiniujących, o którym mowa w art. 3d ust. 2 u.i.o.e.j., został rozszerzony o ministra właściwego do spraw energii (w zakresie wpływu inwestycji na politykę energetyczną państwa), ministra właściwego do spraw środowiska (w zakresie wpływu inwestycji na politykę surowcową państwa), a także

⁴⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

ministra właściwego do spraw aktywów państwowych (w zakresie wpływu inwestycji na aktywa państwowe)^[49].

Rozszerzenie katalogu organów opiniujących o ministra właściwego do spraw energii jest konsekwencją zmiany organu właściwego do prowadzenia postępowania o wydanie decyzji zasadniczej. Przed dniem 1 lipca 2024 r. organem właściwym do wydania decyzji zasadniczej był minister właściwy do spraw energii^[50]. Przeniesienie zagadnień dotyczących rozwoju energetyki jądrowej do właściwości ministra właściwego do spraw gospodarki surowcami energetycznymi nastąpiło „w celu wzmocnienia pro-przemysłowego aspektu działań” tego ministra^[51]. Minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi, zgodnie z art. 11a ust. 1 pkt 6 u.d.z.a.rz., realizuje zadania związane z rozwojem i wykorzystaniem energii jądrowej na potrzeby społeczno-gospodarcze. Zakres tych zadań w obszarze energetyki jądrowej został częściowo uszczegółowiony w przepisach rozdziału 12a pr. atom., w tym przede wszystkim w art. 108a pr. atom. Zgodnie z tym przepisem, w ramach wykonywania zadań związanych z wykorzystaniem energii atomowej na potrzeby społeczno-gospodarcze kraju, minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi podejmuje działania mające na celu rozwój energetyki jądrowej^[52]. Zadania te ukazują określony cel polityki państwa, realizowany przez ministra właściwego do spraw gospodarki surowcami energetycznymi, w zakresie rozwoju energetyki jądrowej^[53]. W procesie oceny przesłanek wydania lub odmowy wydania decyzji zasadniczej, organ nie może pomijać swoich zadań ustrojowych oraz funkcji promocyjnej na rzecz energetyki jądrowej.

⁴⁹ Zob. *Uzasadnienie autopoprawki do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko oraz niektórych innych ustaw*, Druk sejmowy 3304-A Sejmu IX kadencji.

⁵⁰ Przepis art. 3a ust. 4 został zmieniony przez art. 35 pkt 1 ustawy z dnia 15 maja 2024 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem administracji rządowej (Dz. U. poz. 834).

⁵¹ *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem administracji rządowej*, Druk sejmowy 269 Sejmu X kadencji, 3.

⁵² Zob. art. 108a pr. atom., w którym zawarto katalog zadań mających na celu rozwój energetyki jądrowej.

⁵³ Zob. na temat celów polityki państwa w zakresie rozwoju energetyki jądrowej w Polsce: Janusz Gierszewski, Łukasz Młynarkiewicz, Tomasz R. Nowacki, Jacek Dworzecki, „Nuclear Power in Poland’s Energy Transition” *Energies*, nr 14 (2021): 1-25; Tomasz R. Nowacki, „Nuclear Power on the Vistula River Law and Policy in Shaping Energy Future of Poland” *Prawo i Więzy*, nr 3 (2020): 182-209.

W konsekwencji należy stwierdzić, że funkcja promocyjna przypisana ministrowi właściwemu do spraw gospodarki surowcami energetycznymi, zgodnie z art. 11a u.d.z.a.rz. oraz art. 108a pr. atom., może wpływać na ocenę przesłanek wydania lub odmowy wydania decyzji zasadniczej, w tym przesłanki interesu publicznego oraz celów polityki państwa.

Z kolei w myśl art. 7a u.d.z.a.rz. minister właściwy do spraw energii odpowiada w szczególności za sprawy polityki energetycznej państwa oraz bezpieczeństwa energetycznego kraju. Przygotowuje on projekt polityki energetycznej państwa oraz koordynuje jej realizację^[54]. Zgodnie z art. 13 pr. en. celem polityki energetycznej państwa jest zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju, wzrostu konkurencyjności gospodarki i jej efektywności energetycznej, a także ochrony środowiska, w tym klimatu^[55]. Jak wskazuje się w doktrynie, cele – o których mowa w art. 13 pr. en. – mają charakter publiczny i oznaczają pewne pożądane stany rzeczy, które mają zostać osiągnięte w przyszłości za pomocą określonych środków służących ich realizacji^[56]. Tak zdefiniowane cele stanowią element polityki administracyjnej, która może w sposób pośredni oddziaływać na sposób interpretacji oraz stosowania regulacji materialnoprawnej, jak i procesowej^[57]. Ponadto, normy programowe lub planistyczne wynikające z aktów polityki energetycznej państwa^[58] mogą oddziaływać na proces konkretyzacji, czy też relatywizacji celów określonych w art. 13 pr. en. Zagadnienie to

⁵⁴ Art. 12 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 266 ze zm.); dalej: pr. en.

⁵⁵ Zob. szerzej w: Michał Waligórski, „Polityka energetyczna państwa, jako sui generis polityka prawa”, [w:] *Polityka administracyjna. IV międzynarodowa konferencja naukowa. Stryków 7-9 września 2008 r.*, red. Jan Łukasiewicz (Rzeszów: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Oddział w Rzeszowie, 2008), 817 i n.

⁵⁶ Mariusz Swora, Marek Stefaniuk, „Art. 13”, [w:] *Prawo energetyczne*, t. II, *Komentarz do art. 12-72*, red. Zdzisław Muras (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 1472.

⁵⁷ Zob. szerzej na temat polityki administracyjnej w: Michał Domała, „Polityka energetyczna”, [w:] *Polityka administracyjna. IV międzynarodowa konferencja naukowa. Stryków 7-9 września 2008 r.*, red. Jan Łukasiewicz (Rzeszów: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Oddział w Rzeszowie, 2008), 199; Marek Stefaniuk, „Polityka konkurencji w Polsce”, [w:] *Polityka administracyjna. IV międzynarodowa konferencja naukowa. Stryków 7-9 września 2008 r.*, red. Jan Łukasiewicz (Rzeszów: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Oddział w Rzeszowie, 2008), 617-618.

⁵⁸ Chodzi tu o dokumenty takie jak: *Polityka energetyczna Polski do 2040 r.* – załącznik do obwieszczenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 2 marca 2021 r. w sprawie polityki energetycznej państwa do 2040 r. (M.P. poz. 264), czy też aktualnie opracowywany krajowy plan w dziedzinie energii i klimatu, o którym mowa w art. 15ab pr. en.

sprowadza się do problemu tzw. zewnętrznego oddziaływania aktów administracyjnych o charakterze wewnętrznym, szeroko analizowanego w teorii prawa administracyjnego^[59].

Analogiczna sytuacja, związana z możliwym, pośrednim wpływem aktów o charakterze wewnętrznym na proces rekonstrukcji przesłanki „interesu publicznego”, dotyczy celów polityki państwa w zakresie polityki surowcowej i interesu surowcowego. W myśl art. 28 ust. 1 u.d.z.a.rz. minister właściwy do spraw środowiska odpowiada za sprawy z zakresu ochrony i kształtowania środowiska przyrodniczego oraz racjonalnego wykorzystywania jego zasobów, w tym w szczególności w zakresie gospodarki zasobami naturalnymi. Co prawda przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie definiują polityki surowcowej ani też terminu „interes surowcowy państwa”. Jednakowoż, w marcu 2022 r. uchwałą Rady Ministrów przyjęto dokument pn. *Polityka Surowcowa Państwa*^[60], który stanowi jeden z projektów strategicznych Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)^[61]. Głównym celem działań zaplanowanych w ramach PSP2050 jest zapewnienie bezpieczeństwa surowcowego kraju poprzez zagwarantowanie dostępu do niezbędnych surowców (krajowych oraz importowanych) zarówno obecnie, jak i w perspektywie wieloletniej, uwzględniającej zmieniające się potrzeby przyszłych pokoleń, a także stałe poszerzanie bazy zasobowej kopalin do produkcji surowców (w tym surowców energetycznych)^[62]. Tym samym, na gruncie przepisów ustawy inwestycyjnej, cele polityki państwa w zakresie polityki surowcowej i interesu surowcowego będą przede wszystkim postrzegane w kontekście przesłanki negatywnej, a więc związanej z odmową wydania decyzji zasadniczej. W praktyce opinia ministra właściwego do spraw środowiska, o której mowa w art. 3d ust. 2 pkt 2 u.i.o.e.j., ma przede wszystkim na celu odpowiedź na pytanie, czy w lokalizacji planowanej dla danego obiektu energetyki jądrowej występują złoża kopalin o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa surowcowego państwa.

⁵⁹ Kamiński, *Mechanizm i granice*, 128 i n., 417 i n., 464 i n., 733 i n.

⁶⁰ Zob. *Polityka Surowcowa Państwa* – załącznik do uchwały nr 39 Rady Ministrów z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie przyjęcia „Polityki Surowcowej Państwa” (M.P. poz. 371); dalej: PSP2050.

⁶¹ Zob. *Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*, 266 – załącznik do uchwały nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do 2020 (z perspektywą do 2030 r.) (M.P. poz. 260).

⁶² PSP2050, 6 i 20.

Z kolei w odniesieniu do ministra właściwego do spraw aktywów państwowych należy zauważyć, że stosownie do treści art. 9b ust. 1 u.dz.a.rz. realizuje on zadania związane zarówno z gospodarowaniem mieniem państwowym, w tym wykonywaniem praw majątkowych i osobistych przysługujących Skarbowi Państwa, jak również ochrony interesów Skarbu Państwa. Opinia wydawana w trybie art. 3d ust. 2 pkt 3 u.i.o.e.j. w zakresie wpływu inwestycji jądrowej na aktywa państwowe będzie sprowadzać się przede wszystkim do odpowiedzi na pytanie, czy szeroko rozumiany interes spółki z udziałem Skarb Państwa, zaangażowanej w realizację danej inwestycji jądrowej, został właściwie zabezpieczony. Dotyczy to w szczególności wpływu inwestycji jądrowej na sytuację ekonomiczno-finansową spółki, a także kierunki jej rozwoju. Należy zauważyć, że opinia ta nie jest uwarunkowana od posiadania przez Skarb Państwa pozycji dominującej w podmiocie będącym wnioskodawcą decyzji zasadniczej.

W praktyce więc opinia ministra właściwego do spraw aktywów państwowych może dotyczyć podmiotu, w którym Skarb Państwa posiada nawet niewielki udział, co może budzić pewne wątpliwości odnośnie do proporcjonalności takiego rozwiązania. Ponadto, jako działanie nieuzasadnione oraz pozbawione podstaw prawnych należy uznać jakkolwiek próbę ingerowania w strukturę właścicielską wnioskodawcy w ramach postępowania o wydanie decyzji zasadniczej, w tym poprzez opinie organów współdziałających. Podobnie, zabezpieczenie „interesu publicznego” w ramach postępowania o wydanie decyzji zasadniczej nie powinno prowadzić do zaburzenia stosunków gospodarczych podmiotów tworzących spółkę typu *joint venture*, występującą w postępowaniu w roli wnioskodawcy, w tym niejako „wymuszenia” zmiany struktury właścicielskiej na korzyść podmiotu z udziałem Skarbu Państwa. Tego rodzaju działanie, oparte na podstawie przepisów specustawy jądrowej, mogłoby zostać uznane za nadmierną ingerencję w swobodę działalności gospodarczej, a także działanie dyskryminujące kapitał prywatny oraz wpływające na zwiększanie przewagi konkurencyjnej podmiotów z udziałem Skarbu Państwa^[63].

Zdaniem autora w przypadku braku definicji legalnej pojęcia „aktywa państwowe” należy postulować doprecyzowanie zakresu przedmiotowego omawianej opinii, gdyż aktualny stan prawny nasuwa wątpliwości interpretacyjne. Co istotne kwestia wpływu inwestycji na aktywa państwowe nie znalazła odzwierciedlenia w art. 3d ust. 1 u.i.o.e.j., który uszczegóławia

⁶³ Takie działanie mogłoby budzić wątpliwości odnośnie zgodności z art. 31 ust. 3 oraz art. 20 i 22 Konstytucji RP.

klauzulę generalną „interesu publicznego”, co należy uznać za niekonsekwencję ustawodawcy^[64]. Niemniej jednak zakres przedmiotowy opinii ministra właściwego do spraw aktywów państwowych, odnoszący się do wpływu inwestycji na aktywa państwowe, ma doniosłe znaczenie w procesie konkretyzacji (rekonstrukcji) przesłanki „interesu publicznego” w ramach postępowania o wydanie decyzji zasadniczej.

Wreszcie umocowanie Szefa ABW do wydania opinii w zakresie wpływu projektowanej inwestycji jądrowej na bezpieczeństwo wewnętrzne państwa wpisuje się w podstawową funkcję tego organu wynikającą z art. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu^[65]. W myśl przywołanego przepisu Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej jako: ABW) jest właściwa w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego. Co prawda w ustawie brak jest definicji legalnej pojęcia „bezpieczeństwa wewnętrznego”, choć zgodnie z literaturą przedmiotu terminem tym można określić „taki stan funkcjonowania państwa, który zapewnia przeciwdziałanie, eliminowanie lub ograniczanie zagrożeń dla ustroju konstytucyjnego, porządku wewnętrznego i spokoju oraz ochronę interesu publicznego poszczególnych społeczności i każdego obywatel z osobna”^[66]. Obszary podlegające badaniu ABW w procesie opiniowania wniosku o wydanie decyzji zasadniczej będą determinowane przede wszystkim zakresem informacji przedstawianych we wniosku oraz zadaniami wynikającymi z ustawy o ABW i AW.

Jednakowoż, dokonując ustaleń w zakresie wpływu danej inwestycji jądrowej na bezpieczeństwo wewnętrzne państwa, należy mieć na uwadze bardzo wczesny etap procesu inwestycyjnego, a także opisane we wcześniejszych rozważaniach skutki materialnoprawne decyzji zasadniczej. Etap ten nie pozwala na stwierdzenie, że dana inwestycja jądrowa zostanie na pewno zrealizowana. Ponadto, w momencie wydawania decyzji zasadniczej inwestor nie będzie dysponować pełnymi kompetencjami osobowymi oraz wiedzą niezbędną do realizacji takiej inwestycji. Nie miałyby to ekonomicznego uzasadnienia, biorąc pod uwagę rozsądne i gospodarne

⁶⁴ Analogicznie jak w przypadku pominięcia opinii ministra właściwego do spraw aktywów państwowych na gruncie sytuacji opisanej w art. 3f ust. 2 u.i.o.e.j., o czym autor pisze w dalszej części rozważań.

⁶⁵ Tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1136 ze zm. Dalej: ustawa o ABW i AW.

⁶⁶ Zbigniew Skwarek, „Bezpieczeństwo wewnętrzne państwa”, [w:] *Podstawy bezpieczeństwa narodowego (państwa)*. Podręcznik akademicki, red. Jacek Pawłowski (Warszawa: Akademia Sztuki Wojennej, 2017), 205.

etapowanie procesu inwestycyjnego. Można więc stwierdzić, że z perspektywy inwestora dopiero uzyskanie decyzji zasadniczej, jako instrumentu reglamentującego dostęp do sektora energetyki jądrowej, pozwala na zwiększenie nakładów inwestycyjnych w celu przystąpienia do badań środowiskowych oraz lokalizacyjnych.

Zdaniem autora, w kontekście planowanej budowy elektrowni jądrowej przesłanka „bezpieczeństwa wewnętrznego” powinna być rozpatrywana przede wszystkim przez pryzmat: (1) oceny szeroko rozumianej wiarygodności inwestora – w kontekście rzeczywistych zamierzeń inwestora, a także przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, w tym dokonując sprawdzenia struktury właścicielskiej oraz powiązań kapitałowych (wertikalnych bądź horyzontalnych) lub osobowych; (2) planowanej do zastosowania technologii reaktorowej – kraju pochodzenia technologii, jej dojrzałości czy też bezpieczeństwa eksploatacji (o ile istnieją określone doświadczenia); (3) proponowanej lokalizacji inwestycji – na przykład bliskość dużych skupisk ludzkich, obiektów infrastruktury krytycznej czy też granic innego kraju. Zagadnienia te mogą wieloaspektowo oddziaływać na państwo w kontekście szeroko rozumianego bezpieczeństwa wewnętrznego.

Jednocześnie, stosownie do treści art. 7b k.p.a., organ prowadzący postępowanie główne oraz organy opiniujące powinny ze sobą współdziałać w zakresie niezbędnym do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego i prawnego sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli oraz sprawność postępowania, przy pomocy środków adekwatnych do charakteru, okoliczności i stopnia złożoności sprawy. W ramach współdziałania organy powinny przekazywać posiadane przez siebie informacje^[67], w szczególności w sytuacji przenikania się zakresów kompetencyjnych działalności danych organów, jak i w przypadku Szefa ABW oraz ministra właściwego do spraw aktywów państwowych.

Na przykład negatywne stanowisko Szefa ABW w zakresie wpływu inwestycji jądrowej na bezpieczeństwo wewnętrzne państwa, a podyktowane ujemnym wpływem inwestycji na aktywa państwowe, powinno w pierwszej kolejności oddziaływać na opinię ministra właściwego do spraw aktywów państwowych, który ustrojowo jest organem właściwym do dokonania tego rodzaju wszechstronnej oceny. Prawna doniosłość art. 7b k.p.a. polega na tym, że podnosi on do rangi zasady ogólnej nakaz współdziałania organów administracji w związku z potrzebą wyjaśnienia

⁶⁷ Wyrok NSA z 10.11.2021 r., III FSK 4168/21.

stanu faktycznego i prawnego sprawy, nie formalizując przy tym sposobów tego współdziałania^[68].

Ewentualny brak spójności pomiędzy opiniami Szefa ABW oraz ministra właściwego do spraw aktywów państwowych, w sytuacji opisanej powyżej, może istotnie osłabiać znaczenie obu stanowisk, a także podważać zaufanie uczestników postępowania do władzy publicznej wbrew zasadzie wyrażonej w art. 8 k.p.a. Odmienna ocena prawna dwóch organów dotycząca tego samego stanu faktycznego może prowadzić do tzw. pata interpretacyjnego. W takim przypadku, dokonując bilansu potencjalnych zysków i strat, minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania, mógłby rozstrzygnąć wątpliwości wynikające z treści rozbieżnych opinii na korzyść strony (inwestora).

Specyfika inwestycji jądrowej wymaga więc uwzględnienia szeregu kwestii oraz szczególnego traktowania kontekstu ekonomicznego, społecznego, środowiskowego oraz politycznego. W wymiarze politycznym, konieczność importu technologii jądrowej będzie odgrywać szczególną rolę w sferze polityki zagranicznej^[69]. Wszystkie te elementy powinny zostać wzięte pod uwagę przy ocenie przesłanki interesu publicznego, która to wymaga każdorazowej relatywizacji w procesie wydawania decyzji zasadniczej z uwzględnieniem indywidualnych i konkretnych okoliczności faktycznych sprawy^[70]. Wśród argumentów przemawiających za wydaniem decyzji zasadniczej dla określonej elektrowni jądrowej można wymienić pozytywny wpływ na środowisko naturalne oraz cele polityki klimatycznej, korzyści dla bezpieczeństwa energetycznego (zapotrzebowanie na energię elektryczną lub ciepło) oraz ekonomiczne (konkurencyjne i stabilne ceny energii).

Podkreślić należy, że opinie organów współdziałających, wydawane w trybie art. 106 § 2 k.p.a., nie wiążą organu rozstrzygającego sprawę oraz nie podlegają jego weryfikacji^[71]. Jednocześnie, nie oznacza to że stanowisko przedstawiane przez organ w postanowieniu opiniującym

⁶⁸ Wyrok WSA w Opolu z 22.03.2022 r., II SA/Op 525/21; wyrok WSA w Rzeszowie z 12.02.2020 r., II SA/Rz 1212/19; wyrok NSA z 27.02.2018 r., II OSK 3116/17.

⁶⁹ Nowacki, „Budowa obiektów”, 210-211.

⁷⁰ Młynarkiewicz, *Decyzja zasadnicza*, 447-449.

⁷¹ Wyrok WSA w Warszawie z 23.04.2021 r., VII SA/Wa 30/21; wyrok NSA z 20.04.2021 r., II OSK 3259/20; wyrok NSA z 13.10.1997 r., II SA 203/97, ONSA 1998, nr 4, poz. 120.

może być dowolne i wykraczać poza ramy prawne^[72]. Opinie te stanowią część materiału zgromadzonego w sprawie, przy czym rolą organu współdziałającego jest poszerzenie wiedzy organu wydającego decyzję, co do stanu faktycznego lub prawnego konkretnej sprawy o dodatkowe informacje znane organowi współdziałającemu^[73]. Organ współdziałający nie może bowiem zastępować organu właściwego do wydania decyzji w rozpatrywaniu oraz rozstrzygnięciu sprawy^[74]. Opinia, jeżeli szczególnie przepis prawa nie nadał jej innego charakteru, jest tylko oceną faktów z użyciem ustawowych lub subiektywnych kryteriów opiniującego, która nie wiąże organu rozstrzygającego sprawę^[75].

Minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi powinien rozważyć argumenty zawarte w opiniach organów współdziałających i dokonać ich swobodnej oceny. Negatywna opinia któregośkolwiek z organów współdziałających nie może zastąpić postępowania dowodowego, natomiast treść tych opinii oraz zawarte w nich argumenty powinny zostać rozważone przez organ prowadzący postępowanie główne. Treść opinii organów współdziałających mogłaby zaważyć na rozstrzygnięciu w sprawie decyzji zasadniczej, przy czym organ zobowiązany jest dokonać ich swobodnej, ale nie dowolnej oceny. Jednocześnie sformułowane stanowisko nie może pozostawać poza jakąkolwiek kontrolą, toteż istotne znaczenie z punktu widzenia kontroli administracyjnej lub sądownoadministracyjnej będzie miało uzasadnienie decyzji.

⁷² Wyrok NSA z 31.05.2022 r., III OSK 4008/21; wyrok NSA z 31.05.2022 r., III OSK 4007/21.

⁷³ Wyrok WSA w Warszawie z 22.01.2020 r., II SA/Wa 1483/19; wyrok NSA z 20.11.1997 r., V SA 2699/96, ONSA 1998, nr 4, poz. 123.

⁷⁴ Czesław Martysz, „Art. 106”, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. II, *Komentarz do art. 104-269*, red. Grzegorz Łaszczycza, Czesław Martysz, Andrzej Matan (Warszawa: Wolters Kluwer, 2010), 43.

⁷⁵ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 31.05.2022 r., IV SA/Wa 535/22; wyrok WSA w Warszawie z 8.04.2022 r., VII SA/Wa 327/22; wyrok WSA w Krakowie z 17.12.2021 r., II SA/Kr 981/21; wyrok NSA z 13.10.1997 r., II SA 203/97, ONSA 1998, nr 4, poz. 120.

4.2. Zmiany własnościowe po stronie inwestora oraz przeniesienie decyzji zasadniczej

Przepisy specustawy jądrowej przewidują dodatkowo określone mechanizmy zabezpieczające wpływ ministra właściwego do spraw gospodarki surowcami energetycznymi na proces inwestycyjny danej inwestycji jądrowej w sytuacji: (1) osiągnięcia pozycji dominującej w podmiocie, który uzyskał decyzję zasadniczą, lub w spółce będącej współnikiem lub akcjonariuszem w tym podmiocie (art. 3f u.i.o.e.j.), (2) przeniesienia decyzji zasadniczej na rzecz innego podmiotu (art. 4o u.i.o.e.j.).

Wskazać trzeba, że w przypadku przeniesienia decyzji zasadniczej, zgodnie z art. 4o ust. 1b u.i.o.e.j., minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi przenosi albo odmawia jej przeniesienia na rzecz wnioskodawcy, biorąc pod uwagę przesłanki, o których mowa w art. 3d ust. 1 u.i.o.e.j., a także po zasięgnięciu opinii przywołanych organów współdziałających.

Z kolei w przypadku sytuacji opisanej w art. 3f u.i.o.e.j., minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi udziela zgody albo odmawia udzielenia tej zgody, biorąc pod uwagę przesłanki, o których mowa w art. 3d ust. 1, po zasięgnięciu opinii Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Zauważyć należy, że jest to jedyny organ współdziałający w ramach postępowania uregulowanego w art. 3f u.i.o.e.j. O ile zrozumiałym jest pominięcie opinii ministra właściwego do spraw środowiska w zakresie wpływu inwestycji na politykę surowcową państwa, z uwagi na brak zmian w zakresie lokalizacji inwestycji, o tyle pominięcie opinii ministra właściwego do spraw aktywów państwowych w zakresie wpływu inwestycji na aktywa państwowe oraz ministra właściwego do spraw energii w zakresie wpływu inwestycji na politykę energetyczną państwa nie znajduje uzasadnienia. Zagadnienie zmian w zakresie struktury własnościowej podmiotu, który uzyskał decyzję zasadniczą, powinno pozostawać w gestii zainteresowania ministra właściwego do spraw aktywów państwowych. Podobnie, zmiany w zakresie struktury własnościowej mogą wpływać na kierunek dostaw paliwa jądrowego czy też komponentów do budowy obiektu, co powinno znajdować się w zainteresowaniu ministra właściwego do spraw energii^[76].

⁷⁶ Por. art. 12 ust. 2 pr. en. oraz art. 7a u.dz.a.rz.

De lege ferenda należy postulować uzupełnienie art. 3f u.i.o.e.j. o konieczność zasięgnięcia opinii ministra właściwego do spraw aktywów państwowych oraz ministra właściwego do spraw energii w przypadku zaistnienia sytuacji regulowanej przez ten przepis.

5 | Zakończenie

Nowelizacja przepisów specustawy jądrowej z kwietnia 2023 r. usunęła wiele wad konstrukcyjnych decyzji zasadniczej, występujących w poprzednim brzmieniu ustawy inwestycyjnej. Dotyczy to przede wszystkim umiejscowienia omawianej decyzji w procesie licencjonowania obiektów energetyki jądrowej, jej przedmiotu oraz wniosku inicjującego postępowanie przed ministrem właściwym do spraw gospodarki surowcami energetycznymi, a także przesłanek wydania oraz elementów składowych (sentencji, osnowy) decyzji. Dodatkowo, wraz z nowelizacją ustawy inwestycyjnej przesądzono o charakterze prawnym decyzji zasadniczej jako decyzji administracyjnej.

Jednocześnie, zdaniem autora, błędnie usunięto wymóg załączenia raportu ze studium wykonalności do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej, który powinien stanowić jeden z kluczowych elementów wspomagających proces oceny dokonywanej przez ministra właściwego do spraw gospodarki surowcami energetycznymi. Podobnie za nietrafioną należy uznać zmianę polegającą na usunięciu wymogu załączenia do wniosku o wydanie decyzji zasadniczej ogólnej opinii Prezesa PAA, o której mowa w art. 39b pr. atom., przy jednoczesnym braku zapewnienia innej sposobności wyrażenia opinii na temat planowanej inwestycji z punktu widzenia bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej.

Jednakowoż centralnym punktem oceny wniosku o wydanie przedmiotowej decyzji będzie konkretyzacja (rekonstrukcja) przesłanki interesu publicznego, o której mowa w art. 3a ust. 1 oraz art. 3d ust. 1 u.i.o.e.j. W ramach swobody subsumcyjnej minister właściwy do spraw gospodarki surowcami energetycznymi powinien dokonać swoistego bilansu zysków oraz strat, w tym politycznych, ekonomicznych oraz społecznych, wynikających zarówno z realizacji, jak i braku realizacji określonej inwestycji jądrowej. Zauważyć przy tym należy, że organ prowadzący postępowanie główne zobowiązany jest do uwzględnienia szerszego kontekstu normatywnego,

w tym opinii organów współdziałających, a także przesłanek zewnętrznych, które w sposób pośredni mogą oddziaływać na proces relatywizacji przesłanki interesu publicznego.

Bibliografia

- Achramowicz Weronika, Michał Piekarski, „Uwarunkowania Prawne”, [w:] *Jak zaszcześcić atom w Polsce. Scenariusze rozwoju energetyki jądrowej*, red. Anna Chycowska. 49-68. Warszawa: Baker McKenzie, 2023.
- Burns Stephen, „Milestones in Nuclear Law: A Journey in Nuclear Regulation”, [w:] *Nuclear Law. The Global Debate*. 55-73. Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2022.
- Cook Helen, *The Law of Nuclear Energy*. Londyn: Sweet & Maxwell, 2013.
- Ćwiklińska Marta, „Trzy generacje postępowania administracyjnego a kodeks postępowania administracyjnego” *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica*, nr 75 (2015): 41-50.
- Domagała Michał, „Polityka energetyczna”, [w:] *Polityka administracyjna. IV międzynarodowa konferencja naukowa. Stryków 7-9 września 2008 r.*, red. Jan Łukasiewicz. 199-207. Rzeszów: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Oddział w Rzeszowie, 2008.
- Dubiński Łukasz, „Specustawa jądrowa i prawo atomowe (ocena wybranych planów legislacyjnych)” *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 2 (2022): 84-91.
- Dubiński Łukasz, „The Principles of Issuing a Crucial Decision (Selected Problems)” *Studia Prawnicze KUL*, nr 3 (2023): 41-57. <https://doi.org/10.31743/sp.14978>.
- Gierszewski Janusz, Łukasz Młynarkiewicz, Tomasz R. Nowacki, Jacek Dworzecki. „Nuclear Power in Poland’s Energy Transition” *Energies*, nr 14 (2021): 1-25. <https://doi.org/10.3390/en14123626>.
- International Atomic Energy Agency, *Fundamental Safety Principles. IAEA Safety Standards Series No. SF-1*. Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2006.
- International Atomic Energy Agency, *Licensing the First Nuclear Power Plant*. Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2012.
- International Atomic Energy Agency, *Preparation of a Feasibility Study for New Nuclear Power Projects. IAEA Nuclear Energy Series No. NG-T-3.3*. Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2014.

- Javanainen Jyrki, „Nuclear Installation Licensing and Democratic Decision Making in Finland: a Case Study Regarding the Olkiluoto 3 Nuclear Power Plant Unit and the Final Disposal Repository for Spent Nuclear Fuel” *International Journal of Nuclear Law*, nr 1 (2006): 19-27.
- Kamiński Marcin, „Kierunki przekształceń struktury podmiotowej postępowania administracyjnego na tle nowych formuł uczestnictwa w procedurach trzeciej generacji”, [w:] *Prawo administracyjne dziś i jutro*, red. Jacek Jagielski, Marek Wierzbowski. 397-406. Warszawa: Wolter Kluwer Polska, 2018.
- Kamiński Marcin. „Idea procedur administracyjnych trzeciej generacji (na przykładzie postępowania w sprawach dofinansowania projektów w ramach programów operacyjnych)” *Państwo i Prawo*, z. 5 (2015): 3-18.
- Kamiński Marcin. *Mechanizm i granice weryfikacji sądownoadministracyjnej a normy prawa administracyjnego i ich konkretyzacja*. Warszawa: C.H. Beck, 2016.
- Kielkowski Tadeusz, *Nabycie prawa na mocy decyzji administracyjnej*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Kmieciak Zbigniew, „Postępowanie administracyjne na rozdrożu?” *Państwo i Prawo*, z. 10 (2019): 5-22.
- Makowski Marcin, „Budowa pierwszej polskiej elektrowni jądrowej a ochrona środowiska Morza Bałtyckiego w świetle prawa międzynarodowego” *Prawo Morskie*, nr 30 (2014): 235-250.
- Martysz Czesław, „Art. 106.”, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego*. Komentarz t. II, *Komentarz do art. 104-269*, red. Grzegorz Łaszczycza, Czesław Martysz, Andrzej Matan, 43-55. Warszawa: Wolters Kluwer, 2010.
- Młynarkiewicz Łukasz, „Implementacja wybranych zasad bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej w polskim prawie atomowym” *Studia Iuridica*, nr 87 (2021): 331-353. <https://doi.org/10.31338/2544-3135.si.2020-87.16>.
- Młynarkiewicz Łukasz, „Podstawowe zasady system ochrony przed promieniowaniem jonizującym Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej w polskim prawie atomowym” *Prawo i Więź*, nr 4 (2023): 707-732. <https://doi.org/10.36128/PRIW.VI47.818>.
- Młynarkiewicz Łukasz, „Postępowanie administracyjne w sprawie lokalizacji elektrowni jądrowej w Polsce”, [w:] *Obrót powszechny i gospodarczy. Problemy publicznoprawne i ekonomiczne*, red. Iwona Ramus. 319-341. Kielce: Kieleckie Towarzystwo Edukacji Ekonomicznej, 2014.
- Młynarkiewicz Łukasz, *Decyzja zasadnicza w procesie przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej*. Sopot: Arche, 2020.
- Nowacki Tomasz R. „Budowa obiektów energetyki jądrowej. Nowe instytucje w procesie inwestycyjnym”, [w:] *Wybrane węzłowe zagadnienia współczesnego*

- prawa energetycznego, red. Anna Walaszek-Pyziół. 195-217. AT Wydawnictwo: Kraków, 2012.
- Nowacki Tomasz R., „Nuclear Power on the Vistula River Law and Policy in Shaping Energy Future of Poland” *Prawo i Więż*, nr 3 (2020): 182-209. <https://doi.org/10.36128/priw.vi32.97>.
- Nowacki Tomasz R., „Opinie Prezesa PAA, o których mowa w art. 36a i 39b ustawy – Prawo atomowe jako przykład pre-licencjonowania obiektów jądrowych” *Studia Iuridica*, nr 87 (2021): 389-411. <https://doi.org/10.31338/2544-3135.si.2020-87.19>
- Skwarek Zbigniew, „Bezpieczeństwo wewnętrzne państwa”, [w:] *Podstawy bezpieczeństwa narodowego (państwa)*. Podręcznik akademicki, red. Jacek Pawłowski. 204-211. Warszawa: Akademia Sztuki Wojennej, 2017.
- Söderholm Kristiina, „Challenges of SMR Licensing Practices” *AECL Nuclear Review*, t. I, nr 2 (2012): 19-31.
- Söderholm Kristiina, „Licensing Model Development for Small Modular Reactors (SMRs) – Focusing on the Finnish Regulatory Framework” *Acta Universitatis Lappeenrantaensis*, nr 528 (2013).
- Stefaniuk Marek, „Polityka konkurencji w Polsce”, [w:] *Polityka administracyjna. IV międzynarodowa konferencja naukowa. Stryków 7-9 września 2008 r.*, red. Jan Łukasiewicz. 617-618. Rzeszów: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Oddział w Rzeszowie, 2008.
- Stoiber Carlton, Alec Baer, Norbert Pelzer, Wolfram Tonhauser, *Handbook on Nuclear Law*. Wiedeń: International Atomic Energy Agency, 2003.
- Swora Mariusz, Marek Stefaniuk, „Art. 13.”, [w:] *Prawo energetyczne*, t. II, Komentarz do art. 12-72, red. Zdzisław Muras. 51-57. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Tromans Stephen, *Nuclear Law. The Law Applying to Nuclear Installations and Radioactive Substances in Historic Context*. Oksford: Hart Publishing Ltd, 2010.
- Waligórski Michał, „Polityka energetyczna państwa, jako sui generis polityka prawa”, [w:] *Polityka administracyjna. IV międzynarodowa konferencja naukowa. Stryków 7-9 września 2008 r.*, red. Jan Łukasiewicz. 817-818. Rzeszów: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Oddział w Rzeszowie, 2008.
- World Nuclear Association, *Licensing and Project Development of New Nuclear Plants*. Londyn: World Nuclear Association, 2013.
- Wysocka Patrycja, Patrycja Nowakowska, „Rola decyzji zasadniczej w procesie inwestycyjnym elektrowni jądrowej” *Nowa Energia*, nr 5-6 (2022): 52-56.



Prosta Pożyczka

RRSO 8,29%

Szybka

NAWET W KILKA
MINUT

Wygodna

WEŹ W PLACÓWCE,
ONLINE LUB PRZEZ
TELEFON

Korzystna

0 zł
PROWIZJI



Polecam!
Paweł Tomowski


Wicemistrz świata w windsurfingu w klasie iQFoil

kasastefczyka.pl

801 600 100

(koszt wg taryfy operatora)

 **KASA STEFCZYKA**

Zawsze u siebie 

Decyzja kredytowa zależy od indywidualnej oceny zdolności kredytowej.

Przykład reprezentatywny z dnia 26.09.2023 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 – 23 miesiące, 22 miesięczne raty równe: 141,12 zł oraz ostatnia, 23. rata: 141,09 zł. Całkowita kwota do zapłaty: 3245,73 zł, w tym odsetki: 245,73 zł.