

OPOLSKIE STUDIA

ADMINISTRACYJNO-PRAWNE

THE OPOLE STUDIES IN ADMINISTRATION AND LAW

Półrocznik • Semi-annual

Grudzień • December 2022

20

Zeszyt • Issue 2

UNIWERSYTET OPOLSKI • UNIVERSITY OF OPOLE

ISSN 1731-8297

<https://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

e-ISSN 6969-9696

SCIENTIFIC BOARD / RADA NAUKOWA

- Andrzej Bator* (University of Wrocław / Poland)
Silvestre Bello Rodríguez (Universidad de las Palmas de Gran Canaria / Canary Islands)
Maria del Carmen Lázaro Guillamón (Universitat "Jaume I" Castellón de la Plana / Spain)
Daniel Cole (Indiana University Bloomington / USA)
Stanisław Hoc (University of Opole / Poland)
Lothar Knopp (Brandenburg University of Technology Cottbus-Senftenberg / Germany)
Wojciech Kowalski (University of Silesia in Katowice / Poland)
Luc Lawrysen (Ghent University, President of the Constitutional Court / Belgium)
Michaela Moravčíková (Trnava University in Trnava / Slovakia)
Vasilica Negrut (Danubius University of Galati / Romania)
Ioana Nicolae (Transilvania University of Brasov / Romania)
Noriko Okubo (Osaka University / Japan)
Tomasz Sokółowski (Adam Mickiewicz University in Poznań / Poland)
Budislav Vukas (University of Rijeka / Croatia)
Jerzy Zajadło (University of Gdańsk / Poland)
José Luis Zamora Manzano (Universidad de las Palmas de Gran Canaria / Canary Islands)

HONORARY EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR HONOROWY

Włodzimierz Kaczorowski

EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR NACZELNY

Marta Woźniak

THEMATIC EDITORS / REDAKTORZY TEMATYCZNI

- Stefan Marek Grochalski* – European law
Ewa Kozerska – state and law studies
Agnieszka Skóra, Anna Haładaj, Elena Fasoli, Jerzy Jendroška – public law
Piotr Stec, Alicja Jagielska Burduk – private law

SECRETARY / SEKRETARZ REDAKCJI

Katarzyna Biczysko-Pudętko
Olga Sachanbińska-Dobrzyńska

ADDRESS OF THE EDITORIAL BOARD / ADRES REDAKCJI

Instytut Nauk Prawnych
Uniwersytet Opolski
ul. Katowicka 87a, 45-060 Opole
e-mail: redakcja.osap@gmail.com

Declaration concerning the original version

The Editorial Board declare that the original (referential) version of the Journal is available in the on-line form

<https://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Rafał ADAMUS, Przepis art. 299 Kodeksu spółek handlowych jako funkcja prawa o niewypłacalności.	9
Jędrzej GRABOWSKI, Rozważania dotyczące praktycznych skutków wyroku Trybunału Konstytucyjnego SK 39/19.	29
Anna HOŁDA-WYDRZYŃSKA, The remote inspection of businesses in Poland during the COVID-19 pandemic.	47
Sonja KAHL, The legal standing in environmental litigation before regional international courts in Africa and Latin America.	63
Iwona SIERPOWSKA, O znaczeniu alimentów w systemie pomocy społecznej.	87

RECENZJE

Ilona PRZYBOJEWSKA, <i>Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules</i> (2020) – a review of the monograph by Nicolas de Sadeleer.	105
--	-----

CONTENTS

ARTICLES

Rafał ADAMUS, The provision of Article 299 of the Commercial Companies Code as a function of insolvency proceedings.....	9
Jędrzej GRABOWSKI Considerations concerning the practical effect of the Judgement of the Constitutional Tribunal No. SK 39/19.....	29
Anna HOŁDA-WYDRZYŃSKA, The remote inspection of businesses in Poland during the COVID-19 pandemic.....	47
Sonja KAHL, The legal standing in environmental litigation before regional international courts in Africa and Latin America.....	63
Iwona SIERPOWSKA, On the importance of maintenance in the social welfare system.....	87

REVIEWS

Ilona PRZYBOJEWSKA, <i>Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules</i> (2020) – a review of the monograph by Nicolas de Sadeleer.....	105
---	-----

Artykuły

Volume 20, Issue 2
December 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-09-28
accepted 2022-11-29



Przepis art. 299 Kodeksu spółek handlowych jako funkcja prawa o niewypłacalności

The provision of Article 299 of the Commercial Companies Code as a function of insolvency proceedings

RAFAŁ ADAMUS

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0003-4968-459X, radamus@uni.opole.pl

Citation: Adamus, Rafał. 2022. Przepis art. 299 Kodeksu spółek handlowych jako funkcja prawa o niewypłacalności. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(2): 9–27, DOI: 10.25167/osap.4888.

Abstract: The provision of Article 299 of the Commercial Companies Code refers to the content of Article 298 of the Commercial Code. The Polish legislator generally based the model of a limited liability company on the German regulation. Nevertheless, due to frequent cases of abuse of the form of a capital company, it introduced special liability of management board members. The regulation of Article 299 of the Commercial Companies Code has been the subject of a lively scientific debate and many court rulings over the years. This study puts forward the thesis that the indicated regulation is a function of the bankruptcy law. The consequence of this thesis is the indication of the scope of responsibility of the member of the management board of a limited liability company, who will take up the defense in the proceedings. Not all creditors will be fully satisfied when the bankruptcy petition is filed on time. On the contrary, the bankruptcy dividend is statistically very low. The study expresses the view that due to the unique structure of liability of management board members for the obligations of a legal person, an extended interpretation of the concept of damage is not allowed. Finally, the study indicates the importance of the maturity date of the claim for determining which of the management board members, subsequently performing functions, may be liable.

Keywords: civil liability, obligation to file for bankruptcy, ineffectiveness of debt enforcement, damage, limited liability company, member of the management board

Abstrakt: Przepis art. 299 Kodeksu spółek handlowych nawiązuje do treści art. 298 Kodeksu handlowego. Polski ustawodawca model spółki z ograniczoną odpowiedzialnością generalnie oparł na regulacji niemieckiej. Niemniej z uwagi na częste przypadki nadużywania formy spółki kapitałowej wprowadził szczególną odpowiedzialność członków zarządu. Regulacja art. 299 Kodeksu spółek handlowych przez lata była przedmiotem ożywionej debaty naukowej i wielu orzeczeń sądowych. W niniejszym opracowaniu stawiana jest teza, że wskazana regulacja jest funkcją prawa upadłościowego. Konsekwencją tej tezy jest wskazanie na zakres odpowiedzialności członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, który podejmie obronę w procesie. Nie w każdym przypadku terminowego złożenia wniosku o upadłość dojdzie do pełnego zaspokojenia wierzycieli. Przeciwnie – dywidenda upadłościowa jest statystycznie bardzo niska. W opracowaniu wyrażono pogląd, że z uwagi na wyjątkową konstrukcję odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania osoby prawnej nie jest dopuszczalna rozszerzająca wykładnia pojęcia szkody. Wreszcie opracowanie wskazuje na znaczenie terminu wymagalności roszczenia dla ustalenia, który z członków zarządu, kolejno sprawujących funkcje, może ponosić odpowiedzialność cywilną.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność cywilna, obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, bezskuteczność egzekucji, szkoda, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, członek zarządu

1. Teza badawcza: przepis art. 299 KSH jako funkcja prawa o niewypłacalności

W niniejszym opracowaniu prezentuję tezę badawczą, że przepis art. 299 KSH jest funkcją prawa o niewypłacalności. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego funkcja to „rola odgrywana przez coś” (Dunaj 2007: 428). Surowa odpowiedzialność nakładana na członków zarządu spółki z o.o. – na podstawie art. 299 KSH – ma na celu uaktywnienie członków zarządu spółki na wypadek jej niewypłacalności. Innymi słowy *ratio legis* art. 299 KSH wyraża się w stymulowaniu odpowiednich zachowań, uznanych przez ustawodawcę za pożądane w konkretnych warunkach określonych przez prawo (niewydolność finansowa spółki). Odpowiedzią systemu prawa na zjawisko niewypłacalności przedsiębiorców jest regulacja dotycząca obligatoryjnej upadłości (tzn. w sytuacji niewypłacalności dłużnik albo – w przypadku jednostek organizacyjnych posiadających zdolność upadłościową – jego reprezentant jest obowiązany do złożenia wniosku o upadłość) i fakultatywnej restrukturyzacji (w sytuacji zagrożenia niewypłacalnością albo niewypłacalności dłużnik albo – w przypadku jednostek organizacyjnych posiadających zdolność restrukturyzacyjną – jego reprezentant może złożyć wniosek o restrukturyzację). Zagadnienie upadłości i restrukturyzacji może być spięte wspólną klamrą jako „prawo o niewypłacalności”. W przypadku niewypłacalności dłużnika najlepszą gwarancją ochrony

interesów ogółu wierzycieli jest zastosowanie procedur restrukturyzacyjno-upadłościowych. W sytuacji ich braku doszłoby do chaotycznego wyścigu wierzycieli o pierwszeństwo faktycznego zaspokojenia, skutkiem czego niektórzy z nich otrzymaliby pełne zaspokojenie, a dla innych w ogóle nie starczyłoby majątku dłużnika. Byłoby to niesprawiedliwe. Prawo o niewypłacalności oparte jest tymczasem na zasadzie równego traktowania wierzycieli (zasada *pari passu*). Z kolei fundamentalna zasada konstrukcyjna prawa o niewypłacalności wyklucza możliwość wszczynania postępowań z urzędu. Postępowanie upadłościowe i postępowanie restrukturyzacyjne mogą zostać wszczęte wyłącznie na wniosek uprawnionego. Generalnie, nie wchodząc w szczegóły, postępowania te mogą zostać zainicjowane albo przez dłużnika (a w przypadku jednostek organizacyjnych – jego reprezentanta), albo przez wierzyciela osobistego. Należy przy tym pamiętać, że dłużnik (reprezentant) ma z gruntu lepszy ogląd własnej sytuacji finansowej niż wierzyciel, który problemy finansowe swojego dłużnika najczęściej rozpoznaje po zaawansowanych objawach, pośród których jest niewykonywanie wymagalnego zobowiązania pieniężnego. Zatem członek zarządu, mający w perspektywie własną, osobistą odpowiedzialność cywilną z art. 299 KSH, powinien na wypadek niewypłacalności spółki z o.o. przyjąć odpowiednią postawę.

2. Charakter prawny odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.

Z punktu widzenia postawionej tezy badawczej należy przyjrzeć się charakterowi prawnemu tej odpowiedzialności. Polska regulacja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której założenia opracowano w latach 30. XX w., oparta była na wzorcach niemieckich (Adamus 2020: 7). Niemniej oryginalnym rozwiązaniem polskiego ustawodawcy było wprowadzenie szczególnych zasad odpowiedzialności cywilnej członków zarządu za zobowiązania spółki. *Ratio legis* dla wprowadzenia art. 298 KH (poprzednika art. 299 KSH) wiązało się z potrzebą zapobiegania nadużywaniu formy spółki z o.o. (Rymar [1938: 77] cytuje fragment uzasadnienia Komisji Kodyfikacyjnej). Natura prawna odpowiedzialności cywilnej członków zarządu na podstawie art. 299 KSH jest sporna. Zasadniczo prezentowane są trzy rozbieżne poglądy.

Pierwszy z nich określa odpowiedzialność z art. 299 KSH jako gwarancyjną albo *quasi*-gwarancyjną (Allerhand 1997: 278; Litwińska 1997: 39; Weiss 1993–1994: 60; Błachowska 1994: 7; Kmiecik 1991: 77; Wiśniewska 1998: 86–87; Dauman 1936: 55; Szajkowski i Tarska 2005: *Legalis* nb. I.4; Osajda 2014: 151; Kopaczyńska-Pieczniak 2010: 591; Nowacki 2021: *Legalis* nb. VI.1-3; Pabis 2022: *Legalis* nb. IX.1; Kidyba 2022: 1417). Członek zarządu odpowiada

wobec wierzyciela spółki za niezaspokojone zobowiązania spółki z o.o., chyba że zachodzą tzw. okoliczności egzoneracyjne ściśle wskazane w treści przepisu. Chodzi tu o przesłanki wyłączające odpowiedzialność cywilną. Do uchylenia się od odpowiedzialności wystarczy ziszczenie tylko jednej z nich. W oparciu o okoliczność braku szkody możliwe jest ustalenie mniejszej sumy, za którą odpowiada członek zarządu, niż nominalna wysokość niezaspokojonych zobowiązań.

W ramach drugiego ze stanowisk – niektórzy autorzy uważają, że odpowiedzialność członków zarządu nie ma charakteru odszkodowawczego, ale wykazuje wiele cech właściwych odpowiedzialności odszkodowawczej (Dziurzyński 1936: 530; Rymar 1938: 30; Gurgul 1991: 51; Żyżnowski 1996: 3–4; Giezek i Wnuk 1994: 52).

Trzeci z poglądów upatruje w treści art. 299 KSH odpowiedzialność odszkodowawczą członka zarządu wobec wierzyciela spółki (Ritterman 1936: 56–57; Broł 1994: 35; Kappes 1998: 37; Adamus 2005: 29; Strzępka i Zielińska 2015: *Legalis* nb. I.4; Szczurowski 2022: *Legalis* nb. III.3). Pod rządem Kodeksu handlowego oryginalny pogląd przedstawili M. Aleksandrowicz i J. Krauss (1992: 130): [...] odpowiedzialność z art. 298 k.h. jest odszkodowawczą, tyle że opartą na inaczej rozumianej szkodzie i innym związku przyczynowym niż związek między niewykonaniem zobowiązania a szkodą. Desygnatem szkody jest uszczerbek majątku spółki w czasie między właściwą datą zgłoszenia upadłości a datą bezskutecznej upadłości, który obniżył możliwość zaspokojenia wierzycieli właśnie przez «ubytek» w majątku spółki – w tym czasie”. Zbliżone stanowisko Sąd Najwyższy zajął w uzasadnieniu uchwał z 9 marca 1993 r. (III CZP 116/93) i z 15 września 1993 r. (II UZP 15/93).

Pogląd o odszkodowawczym charakterze odpowiedzialności dominuje w orzecznictwie sądowym pod rządem Kodeksu spółek handlowych. Kwestia odszkodowawczego charakteru odpowiedzialności została właściwie przesądzona w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z 7 listopada 2008 r. (III CZP 72/08, OSNC 2009 Nr 2, poz. 20), w której zdecydowanie opowiedziano się za deliktowym charakterem tej odpowiedzialności.

Na podstawie treści art. 299 KSH szkoda jest uszczerbkiem w majątku wierzyciela niewypłacalnej spółki z o.o., wyrażającym się w różnicy pomiędzy tym, co wierzyciel mógłby uzyskać z majątku spółki, gdyby w czasie właściwym złożono wniosek o ogłoszenie upadłości (albo podjęto inne aktywności wskazane w treści ustawy), a tym, co wierzyciel faktycznie już zyskał.

Tym, co różni przepis art. 299 KSH od klasycznej odpowiedzialności odszkodowawczej, jest „odwrócenie” ciężaru dowodowego na korzyść poszkodowanego. Podobnym mechanizmem inwersji dowodowej charakteryzuje się regulacja art. 21 ust 3 PrUp (Adamus 2015: 30–34). Związek przyczynowo-skutkowy –

jako jedna z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej – ma charakter normatywny.

Bez względu na to, który pogląd o charakterze prawnym odpowiedzialności członka zarządu zostanie w konkretnej sprawie przyjęty, istnieją pewne fundamentalne wspólne twierdzenia, które nie różnicują pozycji członka zarządu i wierzyciela spółki w zależności od przyjętego zapatrywania doktrynalnego. Po pierwsze, spółka z o.o. jest osobą prawną i sama odpowiada za swoje zobowiązania. Członek zarządu nie jest zatem dodatkowym, a zarazem standardowym, typowym źródłem aktywów do poszukiwania zaspokojenia przez wierzyciela jego należności, tak jak np. komplementariusz w handlowej spółce osobowej, odpowiadający subsydiarnie i solidarnie za spółkę. Poszukiwanie zaspokojenia z majątku członka zarządu przez wierzyciela spółki z o.o. jest dopuszczalne z uwagi na negatywną ocenę postawy członka zarządu. Odpowiedzialność członka zarządu, abstrahując od rozkładu ciężaru dowodowego, w płaszczyźnie konstrukcji odpowiedzialności z art. 299 KSH wiąże się z występującymi łącznie faktami prawnymi: zaniechaniem złożenia wniosku o upadłość w czasie właściwym (podjęciem alternatywnej aktywności wskazanej w ustawie), winą członka zarządu za ten stan rzeczy, szkodą po stronie wierzyciela. Obok płaszczyzny konstrukcji odpowiedzialności cywilnej jest podległa jej płaszczyzna ciężaru dowodowego. W ramach tej płaszczyzny ustawodawca może dokonać zróżnicowanej dystrybucji ciężaru dowodowego pomiędzy członka zarządu (sprawcę szkody, a w roli procesowej – pozwanego) i wierzyciela spółki (poszkodowanego, a w roli procesowej – powoda). Ustawodawca – w rozkładzie ciężaru dowodowego – ewidentnie uprzywilejował wierzyciela spółki. Można zatem postawić wniosek, że regulacja art. 299 KSH w istocie rzeczy ma charakter wyjątkowy. Jeżeli tak, to wykładnia tego przepisu nie może wykraczać poza jego językową (gramatyczną) treść.

Po drugie, przepis art. 299 KSH (nadal abstrahując od charakteru prawnego odpowiedzialności członka zarządu) jest funkcją prawa upadłościowego (Adamus 2018: 21–33; co do krytyki konstrukcji art. 299 KSH jako demotywatora restrukturyzacji zob. Adamus 2022: 4). Ustawodawca zakłada bowiem, że w sytuacji, w której dłużnik ma wielu wierzycieli, najlepszym sposobem ich sprawiedliwego zaspokojenia jest właśnie jedna z procedur prawa o niewypłacalności. Z tego stwierdzenia wypływa szereg wniosków. Odpowiedzialność członka zarządu nie powstanie, jeżeli spółka z o.o. nie ma zdolności upadłościowej (np. jest to spółka celowa powołana ustawą) albo jeżeli nie ma przesłanek do ogłoszenia upadłości spółki z o.o., gdyż np. spółka ma tylko jednego wierzyciela. Upadłość ogłasza się z uwagi na niewypłacalność w rozumieniu art. 10 i 11 PrUp. Co do zasady w przypadku prawidłowego złożenia wniosku o upadłość spółki z o.o. zupełnie typowe będzie jedynie częściowe zaspokojenie wierzycieli. Z prowadzonych

badań aktowych wynika, że statystyczna dywidenda upadłościowa w Polsce jest bardzo niska (Staszkiwicz i Morawska 2017: 20; Horobiowski 2017: 25; Kupis 2017: 35). Pamiętać należy, że z ogłoszeniem upadłości: a) pojawiają się duże koszty likwidacyjne, b) składniki majątku likwidowanej spółki z o.o. sprzedawane są nie na wolnym rynku, ale w trybie likwidacji wymuszonej.

3. Uwagi co do funkcji art. 299 KSH na gruncie koncepcji o odszkodowawczym czy gwarancyjnym charakterze odpowiedzialności członka zarządu

Spółka z o.o. jest instrumentem służącym do prowadzenia działalności gospodarczej (a także innej) o – co do zasady – większych rozmiarach niż działalność oparta na potencjale ekonomicznym jednej osoby fizycznej. Nawet pobieżna analiza sum bilansowych spółek z o.o. w sprawozdaniach finansowych umieszczonych w repozytorium Krajowego Rejestru Sądowego prowadzi do oczywistego wniosku, że potencjał gospodarczy spółki z o.o. jest z zasady o wiele większy niż potencjał majątkowy jej członka zarządu. Z kolei na podstawie art. 299 KSH roszczenia może podnieść każdy z wierzycieli spółki z o.o., o ile nie podlega on „konkurencyjnej” regulacji Ordynacji podatkowej dla zaległości podatkowych czy przepisom o systemie ubezpieczeń społecznych i Ordynacji podatkowej dla składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Innymi słowy teoretycznie górna granica odpowiedzialności członków zarządu z art. 299 KSH to suma zobowiązań prywatnoprawnych samej spółki z o.o.

Z uwagi na różnice potencjałów ekonomicznych pomiędzy spółką z o.o. a członkiem jej zarządu (osobą fizyczną) trudno oczekiwać, że członek zarządu będzie ekonomicznym gwarantem zaspokojenia dla wierzycieli obok spółki z o.o. Innymi słowy funkcją art. 299 KSH nie jest zagwarantowanie wszystkim wierzycielom spółki z o.o. dodatkowego źródła systemowego zaspokojenia. W praktyce faktyczne zaspokojenie z majątku członka zarządu spółki z o.o. będą mogli uzyskać jedynie nieliczni wierzyciele i w zakresie kwoty uwzględniającej możliwości majątkowe członka zarządu.

Teza o art. 299 KSH jako o funkcji postępowania upadłościowego powinna zakładać uniwersalizm tej regulacji. W literaturze prowadzi się szerokie rozważania, dlaczego brakuje odpowiednika art. 299 KSH w prawie akcyjnym: „Na gruncie prawa akcyjnego, gdzie przypadki faktycznej likwidacji spółki nie występowały, bo i nie zachodziła równie często tożsamość członków zarządu i wspólników (członkowie zarządu nie chcieli więc, prowadząc faktyczną likwidację, ryzykować za wspólników), wspólników było zazwyczaj więcej (co również utrudniało faktyczną likwidację, wymuszając upłynnienie majątku i podział majątku w pieniądzu), a ponadto na majątek spółki, przeznaczonej

do większych przedsięwzięć gospodarczych, składały się w zdecydowanej większości przypadków składniki majątkowe jednak o większej pojedynczej wartości (czyniąc opłacalnym ewentualne poszukiwanie tych składników majątkowych przez wierzycieli chcących prowadzić z nich egzekucję a dotkniętych faktyczną likwidacją spółki) czy składniki majątkowe podlegające ujawnieniu w księgach wieczystych czy rejestrach (co również utrudniało faktyczną likwidację spółki, ułatwiając i potaniając odnalezienie tych składników przez wierzycieli chcących przeprowadzić do nich egzekucję w razie przeprowadzenia faktycznej likwidacji)” (Nowacki 2021: Legalis nb. I.2). Niemniej członkowie zarządu spółki akcyjnej ponoszą zbliżoną odpowiedzialność do tej z art. 299 KSH na podstawie art. 21 ust. 3 PrUp. Ponadto art. 116 OrdPod odnosi się do odpowiedzialności członków zarządu za zaległości podatkowe każdego typu spółki kapitałowej.

4. Pojęcie szkody i jej znaczenie w rozumieniu art. 299 KSH

Dalej wypada zauważyć, że członek zarządu nie ponosi bezwarunkowej odpowiedzialności za zobowiązania spółki np. na wzór solidarno-subsydiarnej odpowiedzialności wspólnika jawnego w handlowej spółce osobowej.

Bez względu na to, czy okoliczność, że wierzyciel „nie poniósł szkody”, traktuje się jako a) przesłankę egzoneracyjną wyłączającą cywilną odpowiedzialność gwarancyjną członka zarządu, czy jako b) domniemaną przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej, którą członek zarządu musi obalić, aby uwolnić się od odpowiedzialności, rozumienie pojęcia „szkoda” użytego w art. 299 KSH nie jest dowolne.

Przede wszystkim na treść art. 299 KSH należy patrzeć całościowo. Nie jest dopuszczalne wrywanie zwrotów czy słów z kontekstu regulacji. Pojęcie „szkoda” w rozumieniu art. 299 KSH należy odnosić do obniżenia potencjału majątkowego spółki z uszczerbkiem dla wierzycieli wobec braku terminowego wdrożenia odpowiednich procedur niewypłacalnościowych. W wyroku Sądu Najwyższego z 13 maja 2021 r. (IV CSKP 32/21) wskazano, że chodzi tu o odpowiedzialność za pogorszenie możliwości zaspokojenia wierzyciela z majątku spółki zaistniałego wskutek niezłożenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości. Członek zarządu, odwołując się do stanu majątkowego spółki istniejącego w czasie właściwym dla złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości i biorąc pod uwagę przewidzianą w postępowaniu upadłościowym kolejność zaspokajania wierzytelności z masy upadłości, może wykazać niemożność uzyskania przez wierzyciela zaspokojenia jego zobowiązania (uchwały Sądu Najwyższego: z 25 listopada 2003 r., III CZP 75/03, OSNC 2005 Nr 1, poz. 3 i z 28 lutego 2008 r., III CZP 143/07, OSNC 2009 Nr 3, poz. 38; wyroki Sądu Najwyższego: z 6 czerwca 1997 r., III CKN 65/97, OSNC 1997 Nr 11, poz. 181;

z 14 lutego 2003 r., IV CKN 1779/00, OSNC 2004 Nr 5, poz. 76; z 20 maja 2003 r., III CKN 1281/00; z 26 czerwca 2003 r., V CKN 416/01, OSNC 2004 Nr 7–8, poz. 129; z 25 września 2003 r., V CK 198/02; z 27 października 2004 r., IV CK 148/04; z 22 czerwca 2005 r., III CK 678/04; z 7 lipca 2005 r., IV CK 58/05; z 22 września 2005 r., IV CK 75/05; z 5 października 2005 r., II CK 97/05; z 2 października 2007 r., II CSK 301/07; z 7 lutego 2007 r., III CSK 227/06, OSNC-ZD 2008 Nr A, poz. 19; z 13 grudnia 2007 r., I CSK 313/07; z 9 kwietnia 2008 r., V CSK 527/07; z 10 kwietnia 2008 r., IV CSK 15/08; z 9 maja 2008 r., III CSK 364/07; z 30 maja 2008 r., III CSK 12/08; z 26 sierpnia 2009 r., I CSK 34/09, OSNC-ZD 2010 Nr B, poz. 57; z 9 lutego 2011 r., V CSK 188/10; z 10 lutego 2011 r., IV CSK 335/10, OSNC-ZD 2011 Nr C, poz. 59; z 8 kwietnia 2011 r., II CSK 451/10; z 12 kwietnia 2012 r., II CSK 390/11 i z 25 marca 2015 r., II CSK 402/14).

Powstaje praktyczne pytanie: Według jakiej daty powinno się przeprowadzić analizę wysokości szkody wierzyciela? Należy bronić poglądu, że nie przed upływem dnia wymagalności wierzytelności wierzyciela i zarazem nie przed upływem dnia, który jest ostatnim dniem na prawidłowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Ten ostatni upływa natomiast po czterech miesiącach od dnia zaistnienia stanu niewypłacalności w rozumieniu art. 10 i 11 PrUp. Chodzi tu o domniemanie, że jeżeli dłużnik nie wykonuje wymagalnych zobowiązań przez trzy miesiące, to uważa się, że utracił zarówno zdolność do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jak i miesięczny termin do złożenia wniosku upadłościowego. Zaistnienie stanu niewypłacalności spółki jest kategorią obiektywną, a nie subiektywną. Zupełnie nielogiczne byłoby prowadzenie analiz na ostatni dzień, w którym należało złożyć wniosek o upadłość, w sytuacji gdy nie powstała jeszcze wierzytelność w stosunku do spółki. Taka symulacja – jako dotknięta poważnym błędem metodologicznym – prowadziłaby do fikcyjnego obrazu szkody.

Nie powinien umykać uwadze fakt, że postępowanie upadłościowe jest kosztochłonne. Upadłość (poza w praktyce rzadkimi przypadkami zbycia całego przedsiębiorstwa upadłego) oznacza zatrzymanie działalności gospodarczej spółki, a to pociąga kolejne koszty: zwolnienia grupowe, niedokończone kontrakty, demobilizacja organizacji gospodarczej, jaką była spółka z o.o. Składniki mienia upadłego sprzedawane przez syndyka w warunkach sprzedaży wymuszonej nie osiągają zazwyczaj cen rynkowych. Poza tym niezależnie od zasady równego traktowania wierzycieli ustawodawca grupuje wierzycieli upadłego w czterech kategoriach zaspokojenia (art. 342 PrUp). W ramach tej kategoryzacji typowy wierzyciel spółki z o.o. z obrotu gospodarczego nie jest wierzycielem uprzywilejowanym.

Przepis art. 299 KSH nie uchybia możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych względem członka zarządu na zasadach ogólnych, przy czym wówczas z pełnym ciężarem dowodowym (art. 415 KC). Dotyczy to także odszkodowania za te postaci szkody, które nie są objęte zakresem działania art. 299 KSH.

W oparciu o gramatyczną (językową) analizę treści art. 299 KSH stwierdzić należy, że nie chodzi o szkodę w postaci braku zaspokojenia wierzyciela w ogóle. W konkretnym stanie faktycznym wierzyciel może nie uzyskać jakiegokolwiek zaspokojenia w ogóle, także w sytuacji gdy członek zarządu w czasie właściwym złoży wniosek o ogłoszenie upadłości. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 lipca 2020 r. (VII AGa 498/19) trafnie wskazano, że nawet terminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości może nie doprowadzić do jakiegokolwiek zaspokojenia wierzyciela.

Szkoda w rozumieniu art. 299 KSH nie jest szkodą w postaci doprowadzenia przez członka zarządu do upadłości spółki czy do jej niewypłacalności. Zawinione doprowadzenie spółki do upadłości jest deliktem członka zarządu, a dodatkowo spełnia znamiona czynu zabronionego, niemniej taki rodzaj szkody nie jest objęty treścią art. 299 KSH. Szkodą w rozumieniu art. 299 KSH nie jest szkoda, która wynika z zawarcia umowy z kontrahentem spółki, w sytuacji gdy ta była już niewypłacalna. Podstawą odpowiedzialności za taki stan rzeczy może być jednak art. 415 KC. Zatem dyskusyjny jest pogląd zawarty w wyroku Sądu Najwyższego z 29 grudnia 2020 r. (I CSK 49/19), że w rozumieniu art. 299 KSH „szkoda może również polegać na zaangażowaniu przez wierzyciela własnych środków w wykonanie umowy, jeżeli wskutek niewypłacalności spółki zaangażowanie to okazało się daremne, a w razie zgłoszenia w odpowiednim czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub otwarcia postępowania układowego wierzyciel w ogóle nie wdałby się w stosunki kontraktowe z niewypłacalną spółką. Zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości pełni bowiem m.in. funkcję informacyjno-ostrzegawczą, która pozwala na umożliwienie innym uczestnikom obrotu uzyskanie informacji o stanie majątkowym kontrahenta”.

W orzecznictwie przyjmuje się, że odpowiedzialność z art. 299 § 1 KSH nie ogranicza się tylko do niewyegzekwowanej wierzytelności w jej nominalnej wysokości, lecz obejmuje ona także odsetki za opóźnienie spółki w zapłacie należności będącej przedmiotem bezskutecznej egzekucji (uchwała Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2006 r., III CZP 118/06, OSNC 2007 Nr 9, poz. 136). Jak wyjaśnił to Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 18 maja 2011 r. (III CSK 228/10), w takim przypadku odsetki od zobowiązania pieniężnego spółki mogą być liczone jednak tylko do momentu powstania roszczenia odszkodowawczego z art. 299 KSH, tj. do chwili, kiedy egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna. Roszczenie to nie powstaje bowiem przed stwierdzeniem

bezskuteczności egzekucji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 21 maja 2004 r., III CK 55/03). Niemniej przy wyliczaniu wysokości szkody należy pamiętać, że zgodnie z art. 91 PrUp niezabezpieczone rzeczowo odsetki nie podlegają zapłacie z masy upadłości.

Okoliczność, że szkodę w rozumieniu art. 299 KSH należy powiązać z różnicą pomiędzy faktycznym zaspokojeniem wierzyciela a potencjałem zaspokojenia w przypadku terminowego złożenia wniosku niewypłacalnościowego, również przemawia za tezą, że art. 299 KSH jest funkcją prawa o niewypłacalności.

5. Brak możliwości kwestionowania przez członka zarządu wierzytelności wobec spółki stwierdzonej tytułem wykonawczym, z wyjątkiem przypadku bezskuteczności wobec spółki

Teza o „niewypłacalnościowej” funkcji art. 299 KSH wyraźnie widoczna jest na gruncie wierzytelności wobec spółki z o.o. z czynności prawnej, która byłaby bezskuteczna względem masy upadłości albo względem masy sanacyjnej spółki z o.o.

W orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że wierzyciel, aby dochodzić roszczeń z art. 299 KSH, powinien dysponować tytułem wykonawczym w stosunku do spółki (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 27 kwietnia 2021 r., I AGa 116/20). Członek zarządu w procesie na podstawie art. 299 KSH nie może natomiast kwestionować roszczenia w stosunku do spółki, niemniej gdyby wierzytelność wobec spółki podlegała uznaniu jako bezskuteczna wobec masy upadłości, to może on podnieść taki zarzut.

Członek zarządu spółki z o.o. nie może ponosić odpowiedzialności cywilnej za szkodę wynikłą z niezłożenia wniosku o upadłość spółki w stosunku do wierzytelności, która jest z mocy prawa bezskuteczna wobec masy upadłości albo w związku z jej upadłością podlega ubezskutecznieniu. Z brzmienia art. 127 ust. 2 PrUp wynika, że bezskuteczność względem masy upadłości może także dotyczyć wierzytelności stwierdzonej prawomocnym orzeczeniem sądowym, korzystającym z powagi *res iudicata* czy *res transacta*.

6. Relacja odpowiedzialności za zobowiązania spółki z o.o. do czasu pełnienia funkcji w zarządzie w kontekście odpowiedzialności na podstawie art. 299 KSH

Ścisły związek z tezą o art. 299 KSH jako funkcji prawa o niewypłacalności ma zagadnienie odpowiedzialności podmiotowej na podstawie tego

przepisu prawa. Przepis art. 299 KSH statuuje odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki. Nie precyzuje jednak, który członek zarządu i za jakie zobowiązania odpowiada w kontekście możliwych różnych: a) okresów pełnienia funkcji w zarządzie, b) dat powstania wymagalności, c) dat bezskutecznej windykacji zobowiązania, d) dat ziszczenia się przesłanek niewypłacalnościowych.

Odpowiednik art. 299 KSH – odnoszący się do tzw. odpowiedzialności osób trzecich za zaległości podatkowe – art. 116 OrdPod w treści § 2 stanowi, że odpowiedzialność członków zarządu obejmuje zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie pełnienia przez nich obowiązków członka zarządu, oraz zaległości wymienione w art. 52 oraz art. 52a OrdPod powstałe w czasie pełnienia obowiązków członka zarządu.

W orzecznictwie sądowym zwykło się wiązać odpowiedzialność członka zarządu na podstawie art. 299 KSH z okolicznością powstania zobowiązania spółki z o.o. (którego korelatem jest wierzytelność wierzyciela) w czasie pełnienia przez tego członka zarządu funkcji korporacyjnych w spółce. Powstanie zobowiązania oznacza skonkretyzowanie wszystkich jego istotnych parametrów. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 marca 2021 r. (I AGa 45/20) wskazano, że osoba będąca członkiem zarządu spółki z o.o. w czasie, gdy udzielono spółce dotacji, a niebędąca nim w momencie, w którym zmaterializowały się przesłanki do żądania jej zwrotu, nie odpowiada wobec wierzyciela za zobowiązania spółki na podstawie art. 299 KSH. Z punktu widzenia zasad odpowiedzialności na podstawie art. 299 KSH nie ma zatem doniosłości powstanie stosunku zobowiązaniowego (względnie jego modyfikacja albo rozwiązanie), z którego powstanie zobowiązanie. Nie chodzi tu zatem o zobowiązanie przyszłe, ale o zobowiązanie spółki, które już powstało.

W wyroku Sądu Najwyższego z 4 marca 2016 r. (I CSK 68/15) wyrażono pogląd, że „odpowiedzialność związaną z bezskutecznością egzekucji określonego zobowiązania wobec spółki ponoszą przy tym osoby będące członkami jej zarządu w czasie istnienia tego zobowiązania, a ściślej – jego podstawy, bez względu na to, czy zostali wpisani do rejestru”. W innym orzeczeniu uznano: „[...] objęcie odpowiedzialnością członka zarządu wszystkich zobowiązań spółki, których podstawa istnieje w czasie sprawowania przez niego funkcji, a więc jeszcze zobowiązań wówczas niewymagalnych, jest uzasadnione tym, że ogłoszenie upadłości, o które członek zarządu powinien wystąpić w celu przeciwdziałania bezskuteczności egzekucji, powodowałoby wymagalność także zobowiązania nie mającego dotąd tej cechy” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 marca 2014 r., VI ACa 721/13).

Treść art. 299 KSH winna być interpretowana w ścisłym związku z definicją niewypłacalności określoną w art. 10 i 11 PrUp. Otóż w przepisie art. 11 ust. 1

PrUp jest mowa o niewykonywaniu przez dłużnika „wymagalnych” zobowiązań pieniężnych. Dopiero wymagalność zobowiązania pieniężnego ma znaczenie dla ujawnienia się tzw. utraty płynności, a następnie złożenia wniosku o upadłość. Niewątpliwie pozwana złożyła rezygnację przed nastaniem stanu wymagalności wierzytelności powoda do spółki. Zdolność do wykonywania zobowiązań powinna być szacowana z uwzględnieniem wysokości zobowiązań wymagalnych. Jeżeli dłużnik na mocy porozumienia z wierzycielami odroczył termin płatności, wówczas takich zobowiązań nie uwzględnia się przy ocenie jego zdolności, o której mowa w art. 11 ust. 1 PrUp. Wypada w tym miejscu dokonać rozróżnienia pojęć „termin wymagalności” i „termin spełnienia świadczenia” (Dąbrowa 1981: 739–740). Otóż z nadejściem terminu wymagalności po stronie wierzyciela pojawia się uprawnienie do domagania się od dłużnika spełnienia świadczenia (Dąbrowa 1981: 740). Z kolei z upływem terminu spełnienia świadczenia dłużnik, który nie spełnił świadczenia, popada w opóźnienie (Dąbrowa 1981: 740). Jak podsumował to Zoll (2010: 61), „są to [...] dwa różne aspekty tego samego stanu – z chwilą upływu terminu spełnienia świadczenia roszczenie staje się wymagalne”. Sąd Najwyższy w wyroku z 27 września 2013 r. (I CSK 890/12) wskazał, że „wymagalność to stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, a więc chwila, w której wierzyciel może skutecznie żądać od dłużnika określonego zachowania będącego przedmiotem jego zobowiązania i przedmiotem roszczenia wierzyciela”. Dalej Sąd Najwyższy wywiódł, że „chwila wymagalności roszczenia jest zależna od charakteru zobowiązania i przeważnie pokrywa się z terminem spełnienia świadczenia; gdy termin spełnienia świadczenia jest oznaczony w czynności prawnej, ustawie czy decyzji administracyjnej albo wynika z właściwości zobowiązania, wymagalność wierzytelności następuje w tym terminie i zależy, od tego, czy termin zastrzeżono na korzyść dłużnika, wierzyciela lub obu stron. W przypadku tzw. zobowiązań bezterminowych, gdy termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, wierzytelność staje się wymagalna niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania (art. 455 k.c.)”.

W hipotetycznej sytuacji, gdyby spółka z o.o. miała zobowiązania, których nie jest w stanie wykonać, ale wszystkie z nich byłyby niewymagalne, wówczas niedopuszczalne byłoby złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości z uwagi na brak przesłanki niewypłacalności. Wniosek o upadłość podlegałby oddaleniu, a skoro tak, to członek zarządu nie powinien ponosić odpowiedzialności za jego niezłożenie. Taki stan kwalifikuje się jako „zagrożenie niewypłacalnością” w rozumieniu art. 9 PrRestr i daje podstawy do złożenia fakultatywnego wniosku o otwarcie restrukturyzacji.

Przedstawiony powyżej pogląd został przyjęty w orzecznictwie: „Gdy skład zarządu zmienia się, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie, odpowiedzial-

ność na zasadach określonych w art. 299 k.s.h. ponoszą osoby będące jego członkami w czasie istnienia wymagalnego zobowiązania, którego egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna” (wyrok Sądu Rejonowego w Koninie z 13 listopada 2019 r., V GC 1116/17). Podobny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 15 listopada 2021 r. (I AGa 118/20).

7. Odpowiedzialność członków zarządu a wpis do rejestru sądowego

Członek zarządu spółki z o.o., którego mandat wygasł, a który nie został wykreślony z rejestru sądowego, nie ma kompetencji do złożenia w imieniu spółki z o.o. wniosku o ogłoszenie jej upadłości ani wniosku o otwarcie jej restrukturyzacji.

W najnowszej judykaturze pojawiła się wyraźna linia orzecznicza, zgodnie z którą odpowiedzialności członka zarządu z art. 299 KSH nie można powiązać z samym wpisem do rejestru, o ile członek zarządu utracił swój mandat, np. w wyniku skutecznie złożonej rezygnacji (Adamus 2001: 33–37). Jest to całkowicie zbieżne z koncepcją o art. 299 KSH jako funkcji prawa o niewypłacalności.

W postanowieniu Sądu Najwyższego z 1 marca 2018 r. (I CSK 660/17) jednoznacznie wskazano, że „wpis określonej osoby do rejestru w charakterze członka zarządu nie rozstrzyga o ponoszeniu przez tę osobę odpowiedzialności na zasadach określonych przez art. 299 KSH. Zgodnie bowiem przyjmuje się, że domniemanie określone przez art. 17 KRSU jest domniemaniem prawnym w rozumieniu art. 234 KPC, które wiąże sąd w postępowaniu cywilnym, przy czym domniemanie to może być obalone, ponieważ ustawa tego nie wyłącza. Domniemanie dotyczy wpisów, a więc obejmuje treść zamieszczoną w odpowiednim dziale rejestru. Ustawodawca uznaje, że – co do zasady – wszystkie dane wpisane do rejestru są zgodne z prawdziwym stanem rzeczy, czyli z obiektywną rzeczywistością. Odpis z rejestru jest dokumentem – środkiem dowodowym określonego stanu, nie zawsze zgodnym ze stanem rzeczywistym”.

W wyroku Sądu Najwyższego z 28 września 1999 r. (II CKN 608/98) wskazano, że „dla odpowiedzialności przewidzianej w art. 298 KH [odpowiednik obecnego art. 299 KSH – dopisek R.A.] przekonanie wierzycieli (dobra wiara), że określone osoby są nadal członkami zarządu, z uwagi na niewykreślenie ich z rejestru, jest bez znaczenia. Odpowiedzialność ta jest bowiem sankcją za kierowanie sprawami spółki w sposób prowadzący do bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce”.

Kolejny argument wynika z wyroku Sądu Najwyższego z 25 września 2003 r. (V CK 198/02): „[...] osoba wpisana w rejestrze jako członek zarządu, ale już

nim nie będąca, nie ma możliwości wystąpienia o ujawnienie zmiany zarządu w rejestrze. Obciążenie tej osoby odpowiedzialnością na rzecz wierzyciela spółki przełamująco więc regułę, zgodnie z którą warunkiem ochrony dobrej wiary osoby trzeciej jest możliwość przypisania temu, kogo dotyczą skutki tej ochrony, stworzenie stanu uzasadniającego dobrą wiarę osoby trzeciej”. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 7 lipca 2005 r. (V CK 839/04): „Tylko osoby aktualnie piastujące funkcje członków zarządu są zobowiązane do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości (art. 21 ust. 2 prawa upadłościowego i naprawczego). W konsekwencji, odwołany uchwałą wspólników członek zarządu nie ma wpływu na prowadzenie spraw spółki ani nie może jej reprezentować. Nie jest też uprawniony do złożenia wniosku o wpis do rejestru sądowego”. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 grudnia 2016 r. (I ACa 2041/15) również zauważono, że „odpowiedzialność z art. 299 KSH jest odpowiedzialnością za faktyczne kierowanie działalnością spółki i jest oczywiste, że powinny ją ponosić jedynie te osoby, które miały możliwość działania za spółkę i w jej imieniu, a nie osoby, które z różnych powodów figurują w rejestrze, choć nie są aktualnie członkami władz spółki”. Zatem data wykreślenia członka zarządu z rejestru sądowego jest pozbawiona doniosłości prawnej w kontekście odpowiedzialności z art. 299 KSH.

8. Podsumowanie – wniosek *de lege ferenda*

Wąskie ramy artykułu nie pozwoliły na poruszenie wszystkich wątków związanych z regulacją art. 299 KSH z punktu widzenia tej normy prawnej jako funkcji prawa upadłościowego. Niemniej art. 299 KSH nie jest rozwiązaniem gwarantującym wierzycielom spółki z o.o. systemowe zaspokojenie ich roszczeń – powstałych pierwotnie wobec spółki z o.o. – z majątku członka zarządu.

Jakie zatem wnioski można wyciągnąć z zapatrywania, że art. 299 KSH jest funkcją upadłości i restrukturyzacji? W systemie prawa „konkurentem” dla art. 299 KSH jest regulacja art. 21 ust. 3 PrUp. Przepis ten – z uwagi na jego treść i miejsce regulacji – jest ewidentnie funkcją prawa upadłościowego. O ile przepis art. 299 KSH odnosi się do członków zarządu spółki z o.o. (a z mocy osobnego odesłania także do likwidatorów spółki z o.o.), o tyle art. 21 ust. 3 PrUp stosuje się do reprezentantów jednostek organizacyjnych wyposażonych w atrybut zdolności upadłościowej. Zakres zastosowania normy prawnej to główne różnice między art. 299 KSH i art. 21 ust. 3 PrUp. Obie wskazane normy prawne prezentują zbliżone przesłanki odpowiedzialności, zbliżone zasady określenia górnej granicy odpowiedzialności, zbliżone zasady inwersji ciężaru dowodowego. Przepisy art. 21 ust. 3 PrUp i art. 299 KSH od regulacji art. 415 KC (abstrahując od sporu o charakter prawny odpowiedzial-

ności z art. 299 KSH) odróżnia rozkład ciężaru dowodowego, a od art. 116 OrdPod – rodzaj wierzytelności przysługujących wierzycielom spółki z o.o. Wobec uniwersalnego charakteru normy art. 21 ust. 3 PrUp przepis art. 299 KSH w istocie rzeczy stał się swoistym *superfluum*.

Wobec zawarcia w Prawie upadłościowym normy prawnej „rozliczającej” reprezentanta dłużnika (*lege non distinguente* członka zarządu spółki z o.o.) z niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika (*lege non distinguente* spółki z o.o.) pojawia się pytanie o sens utrzymywania regulacji art. 299 KSH. Za jego uchyleniem przemawiają dwa argumenty: odwołujący się do prawnego *superfluum* (czyli argument o zbędności normy prawnej) wobec powielenia jego treści przez art. 21 ust. 3 PrUp oraz za nierozprasaniem norm będących funkcją prawa o niewypłacalności w innych aktach prawnych (np. art. 342 ust. 1 pkt 4 PrUp „ściągnał” do swojej treści sens regulacji art. 14 § 2 KSH).

Wykaz skrótów

- KC – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.
- KH – Rozporządzenie Prezydenta RP z 27 czerwca 1934 r., Dz.U. 1934 Nr 57, poz. 52 (akt prawny nieobowiązujący).
- KPC – Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego.
- KRSU – Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym.
- KSH – Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych.
- OrdPod – Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa.
- PrRestr – Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne.
- PrUp – Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe.

Bibliografia

Akty prawne

- Rozporządzenie Prezydenta RP z 27 czerwca 1934 r., Dz.U. 1934 Nr 57, poz. 52 (akt prawny nieobowiązujący).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j.: Dz.U. 2020, poz. 1740, 2320; 2021, poz. 1509, 2459.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, t.j.: Dz.U. 2021, poz. 1805, 1981, 2052, 2262, 2270, 2289, 2328, 2459; 2022, poz. 1.
- Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, t.j.: Dz.U. 2022, poz. 1683, 2436.
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, t.j.: Dz.U. 2022, poz. 1467, 1488, 2280, 2436.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, t.j.: Dz.U. 2021, poz. 1540.

Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, t.j.: Dz.U. 2020, poz. 1228, 2320; 2021, poz. 1080, 1177, 1598, 2140.

Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne, t.j.: Dz.U. 2022, poz. 2309.

Orzecznictwo

Uchwały Sądu Najwyższego

Uchwała Sądu Najwyższego z 9 marca 1993 r., III CZP 116/93.

Uchwała Sądu Najwyższego z 15 września 1993 r., II UZP 15/93.

Uchwała Sądu Najwyższego z 25 listopada 2003 r., III CZP 75/03, OSNC 2005 Nr 1, poz. 3.

Uchwała Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2006 r., III CZP 118/06, OSNC 2007 Nr 9, poz. 136.

Uchwała Sądu Najwyższego z 28 lutego 2008 r., III CZP 143/07, OSNC 2009 Nr 3, poz. 38.

Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z 7 listopada 2008 r., III CZP 72/08, OSNC 2009 Nr 2, poz. 20.

Wyroki Sądu Najwyższego

Wyrok Sądu Najwyższego z 6 czerwca 1997 r., III CKN 65/97, OSNC 1997 Nr 11, poz. 181.

Wyrok Sądu Najwyższego z 28 września 1999 r., II CKN 608/98.

Wyrok Sądu Najwyższego z 14 lutego 2003 r., IV CKN 1779/00, OSNC 2004 Nr 5, poz. 76.

Wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 2003 r., III CKN 1281/00.

Wyrok Sądu Najwyższego z 26 czerwca 2003 r., V CKN 416/01, OSNC 2004 Nr 7–8, poz. 129.

Wyrok Sądu Najwyższego z 25 września 2003 r., V CK 198/02.

Wyrok Sądu Najwyższego z 21 maja 2004 r., III CK 55/03.

Wyrok Sądu Najwyższego z 27 października 2004 r., IV CK 148/04.

Wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2005 r., III CK 678/04.

Wyrok Sądu Najwyższego z 7 lipca 2005 r., IV CK 58/05.

Wyrok Sądu Najwyższego z 7 lipca 2005 r., V CK 839/04.

Wyrok Sądu Najwyższego z 22 września 2005 r., IV CK 75/05.

Wyrok Sądu Najwyższego z 5 października 2005 r., II CK 97/05.

Wyrok Sądu Najwyższego z 7 lutego 2007 r., III CSK 227/06, OSNC-ZD 2008 Nr A, poz. 19.

Wyrok Sądu Najwyższego z 2 października 2007 r., II CSK 301/07.

Wyrok Sądu Najwyższego z 13 grudnia 2007 r., I CSK 313/07.

Wyrok Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 2008 r., V CSK 527/07.

Wyrok Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2008 r., IV CSK 15/08.

Wyrok Sądu Najwyższego z 9 maja 2008 r., III CSK 364/07.

Wyrok Sądu Najwyższego z 30 maja 2008 r., III CSK 12/08.

Wyrok Sądu Najwyższego z 26 sierpnia 2009 r., I CSK 34/09, OSNC-ZD 2010 Nr B, poz. 57.

Wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2011 r., V CSK 188/10.

Wyrok Sądu Najwyższego z 10 lutego 2011 r., IV CSK 335/10, OSNC-ZD 2011 Nr C, poz. 59.

Wyrok Sądu Najwyższego z 8 kwietnia 2011 r., II CSK 451/10.

Wyrok Sądu Najwyższego z 18 maja 2011 r., III CSK 228/10.

Wyrok Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 2012 r., II CSK 390/11.
Wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r., I CSK 890/12.
Wyrok Sądu Najwyższego z 25 marca 2015 r., II CSK 402/14.
Wyrok Sądu Najwyższego z 4 marca 2016 r., I CSK 68/15.
Wyrok Sądu Najwyższego z 29 grudnia 2020 r., I CSK 49/19.
Wyrok Sądu Najwyższego z 13 maja 2021 r., IV CSKP 32/21.

Postanowienia Sądu Najwyższego

Postanowienie Sądu Najwyższego z 1 marca 2018 r., I CSK 660/17.

Wyroki Sądów Apelacyjnych

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 marca 2021 r., I AGa 45/20.
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 27 kwietnia 2021 r., I AGa 116/20.
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 15 listopada 2021 r., I AGa 118/20.
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 marca 2014 r., VI ACa 721/13.
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 grudnia 2016 r., I ACa 2041/15.
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 lipca 2020 r., VII AGa 498/19.

Wyroki Sądów Rejonowych

Wyrok Sądu Rejonowego w Koninie z 13 listopada 2019 r., V GC 1116/17.

Opracowania

Adamus, Rafał. 2001. Odpowiedzialność członków zarządu. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 28.09.1999 r., II CKN 608/98. *Gazeta Sądowa* 11: 33–37.

Adamus, Rafał. 2005. Nowe problemy prawne związane z wykładnią i stosowaniem art. 299 k.s.h. *Rejent* 7–8: 29–45.

Adamus, Rafał. 2015. Odpowiedzialność reprezentanta dłużnika za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. *Monitor Prawa Handlowego* 2: 30–34.

Adamus, Rafał. 2018. Interpretacja „starego” art. 11 Prawa upadłościowego i naprawczego w świetle art. 299 Kodeksu spółek handlowych i 116 Ordynacji podatkowej. *Doradca Restrukturyzacyjny* 1: 21–33.

Adamus, Rafał. 2020. *Limited liability company in Poland*, Budapest: Central European Journal of Comparative Law.

Adamus, Rafał. 2022. O nierównowadze w systemie prawa o niewypłacalności: demotywatory restrukturyzacji. *Monitor Prawniczy* 4: 433–441.

Aleksandrowicz, Marian i Jacek Krauss. 1992. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 1991, sygn. III CZP 46/91. *Przegląd Sądowy* 7: 18–26.

Allerhand, Maurycy. 1997. *Kodeks handlowy. Komentarz*. Bielsko-Biała: Wydawnictwo Park.

- Błachowska, Sylwia. 1994. Odpowiedzialność cywilna członków zarządu w spółce z o.o. *Jurysta* 6: 7.
- Brol, Jan. 1994. Funkcje postępowania upadłościowego i ich realizacja w świetle praktyki sądowej. *Przegląd Sądowy* 7/8: 20–24.
- Dauman, Jan. 1936. Odpowiedzialność zarządców spółki z o.o. na tle art. 298 k.h. *Miesięcznik Prawa Handlowego i Wekslowego* 3–4: 55.
- Dąbrowa, Janina. 1981. Wykonanie zobowiązań. W: *System prawa cywilnego*. T. 3, cz. 1: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, (red.) Z. Radwański, 101. Warszawa: Ossolineum.
- Dunaj, Bogusław. 2007. *Język polski. Współczesny słownik języka polskiego: a – n*. Warszawa: PWN.
- Dziurzyński, Tadeusz. 1936. Odpowiedzialność członków zarządu spółki ogr. odp. za zobowiązania spółki. *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne* 30: 14–21.
- Giezek, Jacek i Dariusz Wnuk. 1994. *Odpowiedzialność cywilna i karna w spółkach prawa handlowego. Komentarz i przegląd orzecznictwa*. Warszawa: Profi.
- Gurgul, Stanisław. 1991. Odpowiedzialność zarządu spółek kapitałowych. *Państwo i Prawo* 3: 33–37.
- Horobiowski, Jarosław. 2017. Praktyka upadłościowa w Polsce w latach 2002–2012 na przykładzie sądu upadłościowego we Wrocławiu. *Biuletyn PTE* 2: 25–34.
- Kappes, Aleksander. 1998. Uwagi o przesłankach i charakterze odpowiedzialności z art. 298 k.h. *Przegląd Prawa Handlowego* 12: 12.
- Kidyba, Andrzej. 2022. W: *Kodeks spółek handlowych*. T. 1: *Komentarz do art. 1–300*¹³⁴. Wyd. 17. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kmieciak, Jacek. 1991. W: Jan Kmiecik, Marian Parszewski. *Odpowiedzialność spółek, wspólników, zarządców*. Szczecin: Wydawnictwo Kontrakt.
- Kopaczyńska-Pieczniak, Katarzyna. 2010. *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*. Wyd. 2. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kupis, Piotr. 2017. Dysfunkcje postępowań upadłościowych. *Biuletyn PTE* 2: 17–24.
- Litwińska, Marta. 1997. Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22 września 1995 III CZP 120/95. *Przegląd Prawa Handlowego* 2: 20.
- Nowacki, Andrzej. 2021. *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*. T. 2: *Komentarz. Art. 227–300 KSH*. Warszawa: Legalis.
- Osajda, Konrad. 2014. *Niewyplacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck.
- Pabis, Robert. 2022. W: Jan Bieniak, Marian Bieniak, Grzegorz Nita-Jagielski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Wyd. 8. Warszawa: Legalis.
- Ritterman, Henryk. 1936. *Zarys prawa handlowego*. Warszawa: [s.n.].
- Rymar, Stanisław. 1938. *Cywilna odpowiedzialność zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*. Kraków: [s.n.].
- Staszkiwicz, Piotr i Sylwia Morawska. 2017. Ocena poziomu rzeczywistej ochrony praw wierzycieli w Polsce w latach 2004–2012 – koszty transakcyjne dochodzenia praw z umów. *Biuletyn PTE* 2: 32–36.
- Strzępka, Janusz i Ewa Zielińska. 2015. W: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, (red.) Janusz Strzępka. Wyd. 7. Warszawa: Legalis.

- Szajkowski, Andrzej i Monika Tarska. 2005. W: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, (red.) Stanisław Sołtysiński, Andrzej Szajkowski, Andrzej Szumański, Janusz Szwaja. T. 2. Wyd. 2. Warszawa: Legalis.
- Szczurowski, Tadeusz. 2022. W: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, (red.) Zbigniew Jara. Wyd. 4. Warszawa: Legalis.
- Weiss, Ireneusz. 1993–1994. Problematyka odpowiedzialności cywilnoprawnej związanej z tworzeniem i funkcjonowaniem spółki z o.o. *Krakowskie Studia Prawnicze* 71.
- Wiśniewska, Maria. 1998. *Cywilnoprawna odpowiedzialność członków zarządu spółek kapitałowych*. Kraków: Dom Wydawniczy Ostoja.
- Zoll, Fryderyk. 2010. Rozdział V. W: *System prawa prywatnego*. T. 6: *Prawo zobowiązań – część ogólna. Suplement*, (red.) Adam Olejniczak, 1–95. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck.
- Żyznowski, Tadeusz. 1996. Odpowiedzialność cywilna w spółkach handlowych. Wybrane zagadnienia, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 5: 22–27.

Volume 20, Issue 2
December 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-06-27
accepted 2022-08-30



Rozważania dotyczące praktycznych skutków wyroku Trybunału Konstytucyjnego SK 39/19

Considerations concerning the practical effect of the Judgement of the Constitutional Tribunal No. SK 39/19

JĘDRZEJ GRABOWSKI

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
ORCID: 0000-0002-9751-3501, jedrzej.grabowski1@gmail.com

Citation: Grabowski, Jędrzej. 2022. Rozważania dotyczące praktycznych skutków wyroku Trybunału Konstytucyjnego SK 39/19. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(2): 29–46. DOI: 10.25167/osap.4856.

Abstract: In this article, the author describes his reflections on the practical effects of the judgment of the Constitutional Tribunal from the perspective of economic entities. The research methods used by the author were the empirical method and the formal-dogmatic method. The author has attempted to clarify the doubts arising from the judgment in question.

Keywords: taxes, business activity, companies, entrepreneurs

Abstrakt: W niniejszym artykule autor przedstawia swoje rozważania dotyczące praktycznych skutków wyroku Trybunału Konstytucyjnego z perspektywy podmiotów gospodarczych. Metodą badawczą użytą przez autora była metoda formalno-dogmatyczna. Autor podjął próbę wyjaśnienia wątpliwości powstałych na tle przedmiotowego wyroku.

Słowa kluczowe: podatki, działalność gospodarcza, spółki, przedsiębiorcy

1. Wstęp

W wyroku z 24 lutego 2021 r. (SK 39/19 – dalej: „wyrok SK 39/19”) Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l. rozumiany w ten sposób, że o zwiążaniu gruntu, budynku lub budowli z prowadzeniem działalności

gospodarczej decyduje wyłącznie posiadanie gruntu, budynku lub budowli przez przedsiębiorcę lub inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą, jest niezgodny z art. 64 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 84 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Trybunał Konstytucyjny, nie orzekając o derogacji art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l., uznał ten przepis za niezgodny z Konstytucją w przypadku dokonania jego określonej wykładni. Jest to zatem wyrok interpretacyjny, wskazujący, jakie rozumienie art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l. jest niezgodne z Konstytucją RP.

W związku z ogłoszeniem wyroku SK 39/19 w prasie pojawiły się artykuły informujące o możliwości odzyskania podatku i wznowieniu postępowania. Taka możliwość miałaby być konsekwencją nadpłaty powstałej w wyniku pobrania przez organy skarbowe wyższej kwoty podatku niż faktycznie należna. Zgodnie z art. 72 § 1 o.p. „Za nadpłatę uważa się kwotę: 1) nadpłaconego lub nienależnie zapłaconego podatku; 2) podatku pobraną przez płatnika nienależnie lub w wysokości większej od należnej; 3) zobowiązania zapłaconego przez płatnika lub inkasenta, jeżeli w decyzji, o której mowa w art. 30 § 4 o.p., określono je nienależnie lub w wysokości większej od należnej; 4) zobowiązania zapłaconego przez osobę trzecią lub spadkobiercę, jeżeli w decyzji o ich odpowiedzialności podatkowej lub decyzji ustalającej wysokość zobowiązania podatkowego spadkodawcy określono je nienależnie lub w wysokości większej od należnej”. Tak zdefiniowana w punkcie 1 i 2 nadpłata – zgodnie z przepisami działu 9 o.p. – może podlegać zwrotowi. Stawka podatku od budynków lub ich części (za 1 m² powierzchni użytkowej) związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej wynosi w 2022 r. aż 25,74 zł, podczas gdy stawka od budynków lub ich części pozostałych wynosi 8,68 zł. Różnicę stanowi prawie dwukrotność niższej stawki. Mając to na uwadze, wierzyciele w wielu sporach finansowych między przedsiębiorcami, a zwłaszcza w przypadkach, w których dłużnik nie jest wypłacalny, wskazują na możliwość odzyskania nadpłaty w podatku celem spłacenia swoich zobowiązań. Z tego też względu temat warunków odzyskiwania tej nadpłaty oraz kryteriów, jakie należy przyjąć w całym tym procesie, zasługuje – z perspektywy podmiotów prowadzących działalność gospodarczą – na analizę. Jednocześnie przedmiotowa analiza nie stanowi o samym procesie odzyskiwania nadpłaty, a jedynie dotyczy kryteriów, jakie przyjęły się w orzecznictwie po omawianym wyroku SK 39/19.

2. Problematyka uznania nieruchomości za związaną z działalnością gospodarczą

Zgodnie z art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l. określenia „grunty, budynki i budowle związane z prowadzeniem działalności gospodarczej” oznaczają „grunty, budynki

i budowie będące w posiadaniu przedsiębiorcy lub innego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą”. Przepis ten stosuje się jednak z zastrzeżeniem art. 1a ust. 2a u.p.o.l., który zawiera katalog wyłączeń. W omawianej definicji nieruchomości związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą ustawodawca nie przewidział warunku wykorzystywania tego rodzaju nieruchomości na cele związane z działalnością gospodarczą, a za wystarczający przyjął fakt ich posiadania przez przedsiębiorcę (Dowgier et al. 2021).

Artykuł ten już wcześniej był przedmiotem wykładni Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku o sygn. SK 13/15 („wyrok SK 13/15”) Trybunał stwierdził, że art. 1a ust. 1 pkt 3 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.o.l. rozumiany w ten sposób, że wystarczającą przesłanką zakwalifikowania gruntu podlegającego opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości do kategorii gruntów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej jest prowadzenie działalności gospodarczej przez osobę fizyczną będącą jego współposiadaczem, jest niezgodny z art. 2 w związku z art. 64 ust. 1 i 2 oraz art. 84 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Analiza wyroku SK 39/19 pokazuje, że rozstrzygnięcie to nawiązuje do stanowiska zawartego w wyroku SK 13/15, a zarazem stanowi jego uzupełnienie. Podobnie jak w wyroku SK 13/15 Trybunał Konstytucyjny w wyroku SK 39/19 uznał za sprzeczną ze standardami konstytucyjnymi taką interpretację art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l., w świetle której o stosowaniu stawki opodatkowania przewidzianej w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.o.l. decyduje wyłącznie fakt posiadania gruntu (budynku lub budowli) przez przedsiębiorcę (inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą). Z wyeksponowanej tezy wyroku SK 39/19 w sposób jednoznaczny wynika, że jest on adresowany do wszystkich podatników będących przedsiębiorcami lub innych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, co nie było takie jednoznaczne w poprzednim orzeczeniu (I SA/Łd 171/22).

Przed wydaniem wyroku SK 39/19 szczególnie dotknięte przez wysokość przedmiotowego podatku były osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której osoba fizyczna oprócz nieruchomości związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej posiada nieruchomość należącą do majątku osobistego podatnika. W związku z tym pojawiają się następujące pytania praktyczne:

1) Czy wyrok Trybunału odnosi się jedynie do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, czy również do spółek prawa handlowego?

2) Jakie kryteria należy przyjąć do oceny, czy dana nieruchomość jest związana z prowadzeniem działalności gospodarczej?

3) Czy zawieszenie działalności gospodarczej lub czasowe zaprzestanie wykorzystywania nieruchomości do celów prowadzenia działalności gospodarczej uprawnia przedsiębiorcę do odzyskania podatku za okres zawieszenia działal-

ności gospodarczej lub zaprzestania wykorzystywania nieruchomości do celów prowadzenia działalności gospodarczej?

4) Czy wykorzystywanie jedynie części działki gruntu na cele prowadzenia działalności gospodarczej uprawnia do obniżenia podatku w stosunku do części niewykorzystywanej na cele prowadzenia działalności gospodarczej?

Problem przedstawiony w skardze konstytucyjnej dotyczył „automatycznego” kwalifikowania przez organy podatkowe nieruchomości, będących w posiadaniu osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, do kategorii gruntów, budynków lub budowli związanych z prowadzeniem tej działalności. Osoby fizyczne prowadzące taką działalność występują bowiem na gruncie prawa podatkowego w dwojakim charakterze – jako przedsiębiorcy i jako osoby prywatne (w zakresie swojego majątku osobistego). Tezy tego rozstrzygnięcia odnoszą się co prawda do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, jednakże nie budzi wątpliwości, że wyrok SK 39/19 odnosi się również do spółek prawa handlowego. Jeżeli by zaakceptować tę tezę, to należałoby uznać za błędne założenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku (I SA/Gd 623/21), że wywodzenie argumentów z wyroku SK 39/19 przez spółki jest chybione.

W uzasadnieniu wyroku SK 39/19 czytamy, że „zastosowanie wyższej stawki podatkowej dla nieruchomości związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej (art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b u.p.o.l.) wyłącznie na podstawie kryterium posiadania danej nieruchomości przez przedsiębiorcę lub inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą stanowi nieproporcjonalną ingerencję w prawo do własności tych podmiotów”.

W pierwszej kolejności należy przywołać kodeksową definicję przedsiębiorcy, którym zgodnie z art. 43¹ k.c. jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. P. Nazaruk wyróżnia dwa kryteria definicji przedsiębiorców: podmiotowe i funkcjonalne. Jak komentuje, „Według W. Popiołka kryterium podmiotowe sprowadza się do stwierdzenia, że przymiot przedsiębiorcy może przysługiwać każdemu podmiotowi stosunków cywilnoprawnych, tj. osobie fizycznej, osobie prawnej oraz jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, czyli jednostce, o której mowa w art. 43¹. Przedsiębiorcą może być osoba fizyczna niemająca pełnej zdolności do czynności prawnych. Bezsprzecznie przedsiębiorcami są także spółki kapitałowe w organizacji. Definicje przedsiębiorcy zawarte w ustawach szczegółowych mają różny stopień tożsamości z regulacją zawartą w Kodeksie cywilnym [...]. Z kolei kryterium podmiotowe sprowadza się do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej we własnym imieniu. Za cechę działalności gospodarczej uznać należy jej profesjonalny charakter. Według Ł. Żelechowskiego, kryterium

funkcjonalne użyte w Kodeksie cywilnym jest bardzo ogólne, gdyż nie zawiera definicji działalności gospodarczej i zawodowej. Przy wykładni pojęcia działalności gospodarczej należy pomocniczo stosować art. 3 pr. przed. Z kolei pojęcie działalności zawodowej dotyczy przede wszystkim tzw. wolnych zawodów [...]. Wolne zawody, takie jak np. adwokat, radca prawny czy notariusz, mogą być wykonywane tylko przez osoby fizyczne” (Nazaruk 2022).

Artykuł 4 p.p. z kolei definiuje przedsiębiorcę jako osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą działalność gospodarczą. Przedsiębiorcami zgodnie z art. 4 p.p. są także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Wątpliwości może budzić pewna rozbieżność w definicji przedsiębiorcy z k.c. a p.p., mianowicie definicja z k.c. odróżnia działalność zawodową od gospodarczej, podczas gdy p.p. wyróżnia tylko działalność gospodarczą. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy prawo przedsiębiorców, definicja ta ma na celu „oddanie immanentnych cech działalności gospodarczej jako aktywności podejmowanej w obrocie gospodarczym, ale przede wszystkim odróżniających tę działalność w sferze prawa publicznego. Warto zauważyć, że w obecnym stanie prawnym pojęcie to jest definiowane wyłącznie na gruncie prawa publicznego oraz znacząco zróżnicowane w zależności od celów danej regulacji ustawowej. Prywatnoprawna definicja przedsiębiorcy (art. 43¹ k.c.), z uwagi na tradycję i pewną specyfikę, odróżnia działalność gospodarczą przedsiębiorcy od jego działalności zawodowej. Rozróżnienie to obecnie ma jednak znaczenie głównie historyczne, a jego celem jest przesądzenie, że osoby wykonujące działalność zawodową są również przedsiębiorcami. Należy przypomnieć, że osoby wykonujące tzw. wolne zawody niegdyś co do zasady nie były uznawane za przedsiębiorców (kupców), chyba że prowadziły one przedsiębiorstwo zarobkowe. Obecnie każdą działalność zawodową można uznać za działalność gospodarczą, jeśli ma charakter zarobkowy, zorganizowany i ciągły. W treści projektowanego art. 3 ustawy nie ma więc potrzeby wskazywać, że pojęcie działalności gospodarczej obejmuje również działalność zawodową” (VIII kadencja, druk sejm. nr 2051).

W odniesieniu do spółek prawa handlowego początkiem dalszych rozważań będą przepisy u.k.r.s. W art. 36 te same ustawy znajduje się enumeratywny katalog podmiotów, które mogą uzyskać wpis do rejestru przedsiębiorców. Słusznie zauważa M. Tarska, że wymienione w wyżej wskazanym przepisie typy podmiotów będących przedsiębiorcami zostały ustalone autonomicznie na potrzeby ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (Tarska 2009: 327). Podobny pogląd prezentuje również M. Dębska (2013). Wpisowi do rejestru podlegają m.in. spółki kapitałowe i spółki osobowe, jednakże – jak komentuje A. Michnik – pomimo podlegania wpisowi do rejestru przedsiębiorców nie w każdym wypadku będą

jednak przedsiębiorcami. Takim przykładem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i prosta spółka akcyjna, które w świetle art. 151 § 1 i art. 300¹ § 1 k.s.h. mogą zostać utworzone w każdym celu prawnie dopuszczalnym, a więc niekoniecznie w celu prowadzenia działalności gospodarczej (Michnik 2013). Analogiczna sytuacja jest również w przypadku spółek akcyjnych. Jak wskazuje się w doktrynie, szeroko zakreślone abstrakcyjne ujęcie spółki akcyjnej pozwala na powstanie spółki akcyjnej w każdym celu dozwolonym przez prawo (Kidyba 2022). Wpis do rejestru spółek ma znaczenie konstytutywne i nieistotne jest przy tym, czy prowadzą one działalność gospodarczą. Bez wpisu najzwyczajniej nie powstaną. W związku z tym trudne do określenia może być, czy wyżej wskazane spółki, utworzone nie w celu prowadzenia działalności gospodarczej, mogą skorzystać na wyroku SK 39/19. Wątpliwości w ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi nie budzi zastosowanie wyroku SK 39/19 do przedsiębiorców innych niż osoby fizyczne (I SA/Łd 913/21). Wyrok ten nie dotyczy bowiem wyłącznie osoby fizycznej będącej właścicielem gruntu, lecz ma charakter uniwersalny i kształtuje pozycję wszystkich podatników podatku od nieruchomości niezależnie od sposobu nabycia podmiotowości prawno-podatkowej (I SA/Łd 136/22; I SA/Łd 138/22). Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie (I SA/Sz 216/21) przyznał co prawda, że wnioski płynące z wyroku SK 39/19 znajdują zastosowanie do przedsiębiorców działających w formie spółek prawa handlowego, jednakże w ocenie WSA podmioty takie jak spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka jawna czy też przedsiębiorstwo państwowe mają jeden cel – prowadzenie działalności gospodarczej, a zatem wszystko, co posiadają, służy temu celowi, a przez to jest związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. W kontekście wyżej przywołanego – według mnie słusznego – poglądu A. Michnika taka ocena wydaje się zbyt szeroka. Mając to na uwadze, należało poddać analizie również kryteria, które trzeba przyjąć do oceny, czy dana nieruchomość może być uznana za związaną z prowadzeniem działalności gospodarczej, czy też nie.

Oczywiście z powyższych rozważań należy wyłączyć, w świetle art. 102 k.s.h., spółkę komandytową, ponieważ zgodnie z art. 102 k.s.h. jest nią spółka osobowa mająca na celu prowadzenie przedsiębiorstwa (a nie każdy cel dopuszczalny przez prawo).

Przywołując katalog zawarty w art. 36 u.k.r.s., nie sposób nie wspomnieć również przy okazji o oddziałach przedsiębiorcy zagranicznego. Ustawodawca, zamieszczając oddziały zagranicznych przedsiębiorców w art. 36 pkt. 14–16 u.k.r.s., przyznał im podmiotowość rejestrową. Nie spełniają one jednak kryterium podmiotowego, ponieważ nie są odrębnymi podmiotami prawa, a jedynie korzystają z podmiotowości prawnej innych podmiotów (są niesamodzielne). Jak zatem słusznie zauważa M. Dziurda (2021), nadanie pod-

miotowości rejestrowej przez ustawodawcę nie stanowi o byciu przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ k.c. Mając powyższe na uwadze, można wysnuć wniosek, że wyrok SK 39/19 pozostaje bez większego znaczenia dla samych oddziałów przedsiębiorcy zagranicznego.

3. Kryteria uznania nieruchomości za związaną z działalnością gospodarczą

Określenie jasnych kryteriów, które należy mieć na uwadze przy ocenie powiązania nieruchomości z działalnością gospodarczą, jest z całą pewnością trudne, jednakże kierując się zasadami logicznego myślenia i zrozumieniem mechanizmu prowadzenia takiej działalności, można określić kilka przesłanek uprawniających do takiego powiązania. Jak słusznie wskazuje K. Radzikowski (2012), chodzi tutaj o okoliczności faktyczne uwzględniane na zasadzie swobodnej oceny dowodów w ramach przyjętego rozumienia przesłanki „posiadania przez przedsiębiorcę”. Przed wydaniem wyroku SK 39/19 błędnie wskazywano, że nieruchomość znajdująca się w posiadaniu osoby prawnej będącej przedsiębiorcą podlega opodatkowaniu stawką wynikającą z jego związania z działalnością gospodarczą, nawet jeśli nie jest wykorzystywana do prowadzenia takiej działalności (II FSK 2320/19). Jak podkreślano w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, jedynym koniecznym warunkiem uznania nieruchomości za związaną z wykonywaniem działalności gospodarczej był sam fakt posiadania jej przez przedsiębiorcę (II FSK 970/20; II FSK 1414/19), bez względu na faktyczny sposób jej wykorzystania (II FSK 226/10; II FSK 2128/09; II FSK 1888/07; II FSK 1354/07). Automatyczne przyjmowanie przez organy podatkowe kryterium posiadania przy ustalaniu, czy dana nieruchomość stanowiąca własność osoby fizycznej jest związana z prowadzeniem działalności gospodarczej, już przed wydaniem wyroku SK 39/19 wzbudzało wątpliwość niektórych komentatorów. W doktrynie wskazywano, że organ podatkowy powinien ustalać, jakim celom służy dana nieruchomość na podstawie ewidencji księgowo-podatkowej prowadzonej przez podatnika (Dowgier et al. 2021). Brak akceptacji zautomatyzowanego przyjęcia opodatkowania nieruchomości stawką dla działalności gospodarczej można znaleźć w doktrynie i orzecznictwie znacznie wcześniej. Dla przykładu Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 18 lipca 2012 r. opowiedział się za możliwością opodatkowania nieruchomości stawką jak dla związanych z działalnością gospodarczą jedynie w przypadku ustalenia w toku postępowania podatkowego, że mogłyby one choćby pośrednio służyć w prowadzonej przez skarżącego działalności gospodarczej (II FSK 32/12). K. Radzikowski z kolei wskazuje, że do okoliczności, które świadczą, że dana nieruchomość wchodzi w skład przedsiębiorstwa w znaczeniu

przedmiotowym, należy zaliczyć: wciągnięcie nieruchomości do rejestru środków trwałych, dokonywanie odpisów amortyzacyjnych czy zaliczanie wydatków na jej nabycie i/lub utrzymanie do kosztów uzyskania przychodów w podatku dochodowym oraz ujęcie w ewidencji zakupów/sprzedaży prowadzonej na potrzeby podatku VAT (Radzikowski 2012). Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku SK 39/19, doprecyzowanie „związku” nieruchomości z prowadzeniem działalności gospodarczej nie może opierać się na samym fakcie posiadania nieruchomości przez przedsiębiorcę lub inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą. Uściśleniem powyższego wskazania jest orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym do stwierdzenia, czy osoba fizyczna w odniesieniu do posiadanej przez nią nieruchomości występuje jako przedsiębiorca, niezbędne jest ustalenie, jakim celom służy dana nieruchomość, czy realizuje określone zadania gospodarcze prowadzącego przedsiębiorstwo (II FSK 1571/18; II FSK 3046/19; II FSK 1419/17). Jak dalej wskazuje Naczelny Sąd Administracyjny w przywoływanych wyrokach, kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy dana nieruchomość wchodzi w skład przedsiębiorstwa podatnika lub w jakikolwiek inny sposób pozostaje w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą.

Najczęściej przywoływanym przez sądy administracyjne kryterium uznania gruntów, budynków i budowli za związane z prowadzeniem działalności gospodarczej w rozumieniu art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l jest posiadanie ich przez przedsiębiorcę lub inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą, które choćby pośrednio lub w ograniczonym zakresie służą lub mogą służyć do prowadzenia działalności gospodarczej tego podmiotu (III FSK 3960/21; III FSK 2942/21; I SA/Ke 182/21; I SA/Ke 183/21; I SA/Go 65/21). Do innych kryteriów należy zaliczyć możliwość wykonywania na nieruchomości czynności składających się na działalność gospodarczą, gdy nieruchomość została nabyta pod przyszłe inwestycje gospodarcze. Oprócz przywołanych powyżej, a wskazanych przez K. Radzikowskiego, do przykładowych przesłanek Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu zaliczył także treść aktu notarialnego oraz źródła finansowania zakupu nieruchomości. (I SA/Op 169/21). Również ujęcie wydatków na nabycie lub wytworzenie może pomóc przy ustaleniu związku nieruchomości z prowadzoną działalnością. O istnieniu takiego związku może też świadczyć charakter rzeczy (np. budowli), wskazujący na jej gospodarcze przeznaczenie (III FSK 20/21).

Wątpliwości natomiast budzi nie do końca jasne sformułowanie użyte w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego (II FSK 1571/18), tzn. „realizuje określone zadania gospodarcze prowadzącego przedsiębiorstwo”. Mianowicie wniosek płynący z tej części wyroku prowadzi do konkluzji, że aby stwierdzić, czy konkretna osoba fizyczna w odniesieniu do posiadanej przez nią nieru-

chomości występuje jako przedsiębiorca, należy poddać analizie również po pierwsze same zapatrywania osoby prowadzącej działalność gospodarczą do danej nieruchomości, tzn. czy wolą osoby prowadzącej działalność gospodarczą jest przeznaczenie danej nieruchomości na realizację określonych zadań gospodarczych, oraz po drugie – wątpliwość, czy nieruchomość w ogóle może być wykorzystana w działalności gospodarczej danego przedsiębiorcy ze względu na charakter prowadzonej przez niego działalności. Wskazać przy tym należy, że przy takiej ocenie – nawet przy przejściowym niewykorzystywaniu nieruchomości w prowadzonej przez osobę fizyczną działalności – należy wziąć pod uwagę, czy cechy nieruchomości oraz rodzaj prowadzonej działalności gospodarczej powodują, że może być ona wykorzystywana na ten cel (I SA/Łd 171/22).

Cytowany powyżej fragment i wnioski z niego płynące nie stoją w sprzeczności z dominującym orzecznictwem w tym zakresie. Przykładowo Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie (I SA/Lu 136/21) i Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku (I SA/Bk 370/21) podniosły, że „do nieruchomości związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej zaliczone winny być również te grunty lub budynki, które przejściowo nie są wykorzystywane przez podatnika w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, ale ich cechy oraz rodzaj prowadzonej działalności gospodarczej powoduje, że mogą być one wykorzystywane na ten cel”, a Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu (I SA/Op 154/21) stwierdził: „Związek gruntu z działalnością gospodarczą może być oparty również na potencjalnym wykorzystywaniu tego gruntu w działalności gospodarczej dzierżawcy”.

Tym samym kryterium koniecznym do powiązania nieruchomości z działalnością gospodarczą przedsiębiorcy jest możliwość wykorzystania konkretnej nieruchomości zgodnie z profilem działalności przedsiębiorcy. W sferze relacji gospodarczych należy mieć na uwadze również, że niewykorzystanie gruntu i budowli do prowadzenia działalności gospodarczej przez pozostałych jego współwłaścicieli nie może wpłynąć na zmianę kwalifikacji tegoż gruntu (I SA/Rz 327/21). Bez znaczenia jest również wielkość udziału przedsiębiorcy we współwłasności. W konsekwencji osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej, będące współwłaścicielami nieruchomości razem z przedsiębiorcą przy spełnieniu warunków wskazanych powyżej, są zobowiązane do zapłaty podatku w wyższej wysokości (Pawlak i Zięty 2013; Etel 2016).

4. Czasowe zawieszenie działalności gospodarczej

Powyżej cytowane wyroki odpowiadają również na pytanie wskazane w punkcie trzecim, tzn. czy zawieszenie działalności gospodarczej lub czasowe zaprzestanie wykorzystywania nieruchomości do celów prowadzenia działalności

gospodarczej uprawniają przedsiębiorcę do odzyskania podatku za okres zawieszenia działalności gospodarczej lub zaprzestania wykorzystywania nieruchomości do celów prowadzenia działalności gospodarczej. Uzupełniając powyższe rozważania, w pełni zasadnie argumentują B. Pahl oraz M. Radziłowicz, że nie można poprzestać na leksykalnym znaczeniu przepisu, ale niezbędne jest również ustalenie celu regulacji art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l., ponieważ „przepis ten ma przede wszystkim na celu wskazanie, że według stawek najwyższych powinny być opodatkowane grunty, budynki i budowle przedsiębiorcy lub innego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, wchodzące w skład jego przedsiębiorstwa, niezależnie od faktu ich wykorzystywania do prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tutaj o sytuację, w której przedsiębiorca w danym momencie z określonych przyczyn (np. ekonomicznych, braku zamówień) nie wykorzystuje przedmiotów opodatkowania na potrzeby prowadzonej działalności. Niemniej jednak wchodzą one w skład jego przedsiębiorstwa, a tym samym powinny być opodatkowane według stawek najwyższych” (Pahl i Radziłowicz 2021: 87). W pełni uzasadnione będzie przy tym powołanie się na wyżej wspomnianą chociażby potencjalną możliwość wykonywania na nieruchomości czynności składających się na działalność gospodarczą. Zawieszenie działalności gospodarczej nie może rzutować na wysokość podatku ze względu na brak skutku w postaci utracenia statusu przedsiębiorcy w przypadku zawieszenia działalności gospodarczej.

5. Wykorzystanie części gruntu na cele związane z prowadzoną działalnością gospodarczą

W ostatnim czasie coraz bardziej rośnie zainteresowanie instalacjami fotowoltaicznymi. Zarówno osoby fizyczne, jak i przedsiębiorcy, instalując na swoich domach czy gruntach panele fotowoltaiczne, dążą do tego samego rezultatu, jakim jest ich eksploatacja i zamiana energii słonecznej na energię elektryczną. Jednakże w praktyce zdarzają się sytuacje, w których postawiona przez przedsiębiorcę farma fotowoltaiczna zajmuje tylko ułamek całkowitej powierzchni gruntu. W efekcie w celu zwiększenia zysków lub w celu zmniejszenia wysokiego już zobowiązania podatkowego przedsiębiorcy pozostała, niezajęta przez farmę fotowoltaiczną część gruntu przeznaczają na inną działalność. Jako przykład można wskazać stan faktyczny, który doprowadził do wydania wyroku przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie (I SA/Sz 216/21): przedsiębiorca chciał wyłączyć nie więcej niż 30% gruntu z produkcji rolnej i przeznaczyć tę część na zabudowę w postaci farmy fotowoltaicznej. Sąd orzekł wówczas, że jeżeli działka gruntowa o pow. 2 ha, która jest w posiadaniu przedsiębiorcy, pozostaje w ścisłym związku z prowadzoną działalnością gospodarczą i na tej

działce ma zostać wybudowana farma fotowoltaiczna, to cała działka gruntowa powinna być opodatkowana według zasad przewidzianych dla gruntów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, stosownie do art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.o.l. Nie ma zatem znaczenia w ocenie owego sądu okoliczność, że przedmiotem zabudowy tej działki będzie maksymalnie 30% gruntu i ta jego część będzie wyłączona z produkcji rolnej, a reszta pozostanie gruntem rolnym, na którym będą zasiane trawy. Jak wskazano w uzasadnieniu tego wyroku, „niezajęcie” części działki gruntu na infrastrukturę techniczną i niezasianie na niej trawy nie pozbawiają spółki (przedsiębiorcy) możliwości władania tym gruntem, gdyż dalej – jako składnik przedsiębiorstwa – zarządza nim w sposób właściwy dla przedmiotu prowadzonej działalności gospodarczej (utrzymuje, ponosi koszty itp.) i może być potencjalnie wykorzystywany do prowadzenia działalności gospodarczej.

6. Skutki wyroku SK 39/19 w postępowaniu sądowo-administracyjnym

Jak zatem wynika z przedstawionych powyżej analiz wyroku SK 39/19, mimo jego stosunkowo niedawnego ogłoszenia odbił się on szerokim echem w orzecznictwie. Już pobieżna analiza tego zagadnienia wskazuje, że – zresztą słusznie – zainteresowanie przedsiębiorców możliwością odzyskania środków i zmniejszeniem ich wydatkowania gwałtownie wzrosło w związku z wydaniem przedmiotowego wyroku. Zgodnie z art. 272 § 2 zdanie 1 p.p.s.a. – w sytuacji gdy Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją RP, umową międzynarodową lub z ustawą, na podstawie którego zostało wydane orzeczenie – skargę o wznowienie postępowania wnosi się w terminie trzech miesięcy od dnia wejścia w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

Jak już wspomniano na początku, wyrok SK 39/19 przybrał formę tzw. negatywnego wyroku interpretacyjnego, tzn. zawężającego rozstrzygnięcie do danego rozumienia lub zakresu stosowania (Wilbrandt-Gotowicz 2010). Negatywny wyrok interpretacyjny niesie za sobą skutek derogacji wywiedzonej z przepisu normy prawnej uznanej za niekonstytucyjną, tzn. wprowadza zakaz określonego rozumienia przepisu, którą Trybunał Konstytucyjny uznał za niekonstytucyjną (Roszkiewicz 2022). Afirmatywny wyrok interpretacyjny to z kolei taki wyrok, w którym określone rozumienie przepisu Trybunał Konstytucyjny uznaje za zgodne z Konstytucją RP (Jaśkowska 2022). Wyroki interpretacyjne negatywne, w przeciwieństwie do orzecznictwa Sądu Najwyższego, nie wzbudziły sprzeciwu w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego (Zirk-Sadowski 2016). Jak wskazuje M. Zirk-Sadowski, Sąd Najwyższy zajmuje stanowisko, że nie

można w drodze wykładni funkcjonalnej rozciągać kompetencje Trybunału na możliwość wydawania orzeczeń interpretacyjnych, czego w ocenie M. Zirka-Sadowskiego najmocniejszy wyraz Sąd Najwyższy dał w uchwale siedmiu sędziów z 17 grudnia 2009 r. (III PZP 2/09) – zasadzie prawnej, uznając, że „Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego stwierdzające w sentencji niezgodność z Konstytucją określonej wykładni aktu normatywnego, które nie powoduje utraty mocy obowiązującej przepisu, nie stanowi podstawy do wznowienia postępowania przewidzianej w art. 401¹ k.p.c.” (Zirk-Sadowski 2016). Odrębne stanowisko niż Sąd Najwyższy przyjmuje Naczelny Sąd Administracyjny, który 28 czerwca 2010 r. podjął uchwałę siedmiu sędziów (II GPS 1/10), w której wyraził słuszny pogląd, że „przepis art. 272 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.) stanowi podstawę wznowienia postępowania sądownoadministracyjnego w każdym przypadku, gdy orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności przepisów prawa materialnego i przepisów postępowania z Konstytucją, umową międzynarodową lub ustawą obejmuje akt normatywny, jaki stosował lub powinien zastosować sąd administracyjny lub organ administracji publicznej w danej sprawie”. Nowsze orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego wprost rozstrzyga możliwość uznania za podstawę wznowienia postępowania sądownoadministracyjnego wyroku interpretacyjnego Trybunału Konstytucyjnego o skutku negatywnym (II FSK 973/18). Słusznie zwrócił uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu w wyroku z 8 września 2021 r., że w dotychczasowym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego przeważa pogląd, zgodnie z którym zakresowe i interpretacyjne wyroki Trybunału Konstytucyjnego stanowią podstawę wznowienia postępowania sądownoadministracyjnego, a nie jedynie wskazówkę interpretacyjną (I SA/Op 250/21).

Krótkiego komentarza wymaga również kwestia braku możliwości wznowienia postępowania w przypadku wydania wyroku informacyjnego afirmatywnego (pozytywnego). Wynika on z literalnego brzmienia art. 190 ust. 4 Konstytucji RP, który stanowi, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności z Konstytucją, umową międzynarodową lub ustawą aktu normatywnego, na podstawie którego zostało wydane prawomocne orzeczenie sądowe, ostateczna decyzja administracyjna lub rozstrzygnięcie w innych sprawach stanowi podstawę do wznowienia postępowania, uchylenia decyzji lub innego rozstrzygnięcia na zasadach i w trybie określonym w przepisach właściwych dla danego postępowania. Z art. 190 ust. 4 Konstytucji RP wprost wynika, że podstawy do uruchomienia któregośkolwiek z trybów sanacji niekonstytucyjności określonych w tym artykule nie może stanowić żaden z wyroków afirmatywnych, które stwierdzają zgodność badanego przepisu z Konstytucją. Przedmiotem rozważań Naczelnego Sądu Administracyjnego była kwestia dopuszczalności wznowienia

postępowania podatkowego w przypadku wydania wyroku interpretacyjnego pozytywnego. Naczelny Sąd Administracyjny, powołując się na treść art. 190 ust. 4 Konstytucji RP, wprost wskazał, że rozstrzygnięcia afirmatywne nie mogą stanowić podstawy do restytucji konstytucyjności poprzez wznowienie postępowania podatkowego (I FSK 1104/16). Pogląd taki słusznie znajduje uznanie wśród przedstawicieli doktryny (Polak 2020; Białogłowski i Jaworski 2010; Wiącek 2020).

Wyrok SK 39/19 został ogłoszony 3 marca 2021 r., a zatem termin trzymiesięczny upływał co do zasady 3 czerwca 2021 r. Skoro jednak dzień ten był dniem wolnym od pracy (Boże Ciało), termin, o którym mowa, zgodnie z art. 83 p.p.s.a. upłynął dopiero następnego dnia. Jednakże należy przy tym mieć na uwadze termin wynikający z art. 278 p.p.s.a. Zgodnie z tym przepisem po upływie pięciu lat od uprawomocnienia się orzeczenia nie można żądać wznowienia, z wyjątkiem przypadku, gdy strona była pozbawiona możliwości działania lub nie była należycie reprezentowana. Termin przewidziany w wyżej wymienionym przepisie jest terminem materialnym i nie podlega przywróceniu. Biegnie niezależnie od terminów wniesienia skargi o wznowienie postępowania przewidzianych w art. 272 § 2 i art. 277 p.p.s.a. Z tego też względu, zgodnie z postanowieniem Naczelnego Sądu Administracyjnego (II FSK 3232/13), na dzień ukończenia niniejszej analizy skarga o wznowienie postępowania będzie co do zasady spóźniona oraz będzie podlegała odrzuceniu, bez konieczności badania merytorycznej zasadności wskazanych w niej podstaw. Termin ten nie obowiązuje, a więc nie ma ograniczeń czasowych dopuszczalności wnoszenia skargi o wznowienie postępowania, jeżeli jej podstawą jest niemożność działania strony (I CZ 134/71) lub brak należytej reprezentacji (Tarno 2011). W tych przypadkach nie ma terminu ograniczającego w sposób bezwzględny dopuszczalność wniesienia skargi o wznowienie postępowania. Jedynym terminem ograniczającym możliwość wniesienia skargi jest termin z art. 277 p.p.s.a. (Knysiak-Sudyka 2016).

Miesięczny termin na wznowienie postępowania przewiduje art. 240 § 1 pkt 8 o.p. Podstawa wznowienia przewidziana przez art. 240 § 1 pkt 8 o.p. wymaga rozważenia, czy orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego zostało ogłoszone, czyli co do zasady weszło w życie, przed dniem wydania decyzji ostatecznej w sprawie, czy zostało ogłoszone po tej dacie. Konieczność wzięcia pod rozwagę wejścia w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego niesie za sobą określone skutki z perspektywy adresata decyzji, mianowicie – jak wskazuje S. Presnarowicz – gdy decyzję wydano bez uwzględnienia obowiązującego w dniu wydania decyzji orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, jest ona nieważna. Natomiast gdy orzeczenie zostało ogłoszone po dacie wydania decyzji ostatecznej – stanowi podstawę wznowienia postępowania (Presnarowicz 2022).

7. Podsumowanie

Wyrok SK 39/19 należy do wyroków interpretacyjnych negatywnych Trybunału Konstytucyjnego, który – w przeciwieństwie do wyroków interpretacyjnych afirmatywnych – może być podstawą wznowienia postępowania. Wyrok SK 39/19 uzupełnił wcześniejszy wyrok SK 13/15 w ten sposób, że rozwiązał wątpliwości co do jego zaadresowania do wszystkich podatników będących przedsiębiorcami lub innych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. W praktyce, jak słusznie zauważa D. Malinowski, sądy po wydaniu wyroku SK 39/19 wracają w analizach faktów i zastosowanych przepisów prawa niejako do stanu sprzed nowelizacji z 2015 r. i nakazują badać rzeczywisty związek posiadania nieruchomości z prowadzoną działalnością, neutralizując tym samym jej negatywne dla podatników podatku od nieruchomości skutki (Malinowski 2022: 3–5). Zmiana w orzecznictwie, polegająca na szerokim traktowaniu przesłanki przedmiotowej, która zarysowała się po wydaniu wyroku SK 39/19, jest już wyraźnie zauważalna, a udzielone w niniejszym artykule odpowiedzi mogą pozytywnie nastrojać podatników (w tym, jak się okazuje, wybrane spółki prawa handlowego). Mimo upływu ustawowego terminu na wznowienie postępowania po wydaniu wyroku SK 39/19 odejście od zautomatyzowanego kwalifikowania przez organy podatkowe posiadania nieruchomości przez przedsiębiorców jako związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej na rzecz bardziej uwzględniającego rzeczywistość faktycznego wykorzystywania nieruchomości przez przedsiębiorców należy ocenić pozytywnie.

Wykaz skrótów

- k.c. – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.
- k.s.h. – Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych.
- o.p. – Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa.
- p.p. – Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców.
- p.p.s.a. – Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.
- u.k.r.s. – Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym.
- u.p.o.l. – Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j.: Dz.U. 2022, poz. 1360.
- Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych, t.j.: Dz.U. 2022, poz. 1452.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483.

Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, t.j.: Dz.U. 2021, poz. 112.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, t.j.: Dz.U. 2021, poz. 1540.

Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, t.j.: Dz.U. 2002, poz. 1467.

Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, t.j.: Dz.U. 2002, poz. 329.

Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, t.j.: Dz.U. 2021, poz. 162.

Orzecznictwo

Postanowienie Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 1972 r., I CZ 134/71, LexPolonica nr 312218, OSNCP 1973 Nr 5, poz. 83.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 9 stycznia 2009 r., II FSK 1354/07. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 478297.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 20 marca 2009 r., II FSK 1888/07. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 495385.

Uchwała Sądu Najwyższego (7z) z 17 grudnia 2009 r., III PZP 2/09, OSNC 2010 Nr 7–8, poz. 97.

Uchwała Najwyższego Sądu Administracyjnego (7w) z 28 czerwca 2010 r., II GPS 1/10, ONSAiWSA 2010 Nr 5, poz. 81.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 12 kwietnia 2011 r., II FSK 2128/09. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 931838.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 10 czerwca 2011 r., II FSK 226/10. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 1082246.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 25 kwietnia 2013 r., II FSK 32/12. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 1337015.

Postanowienie Najwyższego Sądu Administracyjnego z 13 grudnia 2013 r., II FSK 3232/13. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 1452505.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 28 października 2016 r., I FSK 1104/16. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 2167668.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2017 r., SK 13/15, OTK-A 2017 Nr 85.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 4 kwietnia 2019 r., II FSK 1419/17. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 2770518.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 10 grudnia 2019 r., II FSK 973/18. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 2778195.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 8 stycznia 2020 r., II FSK 1414/19. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 3065548.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 16 kwietnia 2020 r., II FSK 2320/19. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 3031134.

Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 28 kwietnia 2020 r., II FSK 3046/19. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3018183.

- Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 8 lipca 2020 r., II FSK 970/20. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 3050561.
- Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 4 sierpnia 2020 r., II FSK 1571/18. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3058367.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 2021 r., SK 39/19, OTK-A 2021 Nr 14.
- Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 27 kwietnia 2021 r., III FSK 2942/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3174688.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 28 kwietnia 2021 r., I SA/Sz 216/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3185139.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z 20 maja 2021 r., I SA/Go 65/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3183424.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z 10 czerwca 2021 r., I SA/Op 154/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3193733.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 23 czerwca 2021 r., I SA/Lu 136/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3018183.
- Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 23 czerwca 2021 r., III FSK 20/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3218231.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z 24 czerwca 2021 r., I SA/Op 169/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3193987.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z 30 czerwca 2021 r., I SA/Ke 183/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3197810.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z 8 lipca 2021 r., I SA/Ke 182/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3198580.
- Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 19 sierpnia 2021 r., III FSK 3960/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3229020.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 24 sierpnia 2021 r., I SA/Gd 623/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3226498.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z 8 września 2021 r., I SA/Op 250/21. Dostęp: 31.10.2022. LEX Nr 3227787.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z 8 września 2021 r., I SA/Bk 370/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3230473.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z 28 września 2021 r., I SA/Rz 327/21. Dostęp: 28.07.2022. LEX Nr 3243026.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 9 lutego 2022 r., I SA/Łd 913/21. Dostęp: 30.10.2022. LEX Nr 3315251.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 11 kwietnia 2022 r., I SA/Łd 138/22. Dostęp: 30.10.2022. LEX Nr 3347200.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 21 kwietnia 2022 r., I SA/Łd 136/22. Dostęp: 30.10.2022. LEX Nr 3342933.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 18 maja 2022 r., I SA/Łd 171/22. Dostęp: 30.10.2022. LEX Nr 3356766.

Archiwalia

Sejm VIII kadencji, druk sejm. nr 2051, Rządowy projekt ustawy – Prawo przedsiębiorców.
Data pisma: 21 listopada 2017 r., 20.

Opracowania

- Białogłowski, Wojciech i Adam Jaworski. 2010. „Orzeczenia interpretacyjne” Trybunału Konstytucyjnego – uwagi na marginesie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2009 r., III PZP 2/09. *Przegląd Sądowy* 11–12: 67–83.
- Dębska, Monika. 2013. *Komentarz do art. 36. Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis. Dostęp: 22.07.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Dowgier, Rafał, Leonard Etel, Grzegorz Liszewski i Bogumił Pahl. 2021. *Komentarz do art. 1(a). W: Podatki i opłaty lokalne. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer. Dostęp: 31.10.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Dziurda, Marcin. 2021. *Komentarz do art. 43 (1). W: Kodeks cywilny. Komentarz. T. 1: Część ogólna, cz. 1: art. 1–55(4)*, (red.) Jerzy Gudowski. Warszawa: Wolters Kluwer. Dostęp: 24.07.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Etel, Leonard. 2016. *Opodatkowanie garażu stanowiącego nieruchomość lokalową w budynku mieszkalnym. Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych* 1: 6–10. Dostęp: 31.10.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Jaśkowska, Małgorzata. 2022. *W: Martyna Wilbrandt-Gotowicz, Andrzej Wróbel i Małgorzata Jaśkowska, Komentarz do art. 145(a). Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*. Warszawa: Wolters Kluwer. Dostęp: 30.10.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Kidyba, Andrzej. 2022. *Komentarz do art. 301. Komentarz aktualizowany do art. 301–633 Kodeksu spółek handlowych*. Warszawa: Wolters Kluwer. Dostęp: 29.07.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Knysiak-Sudyka, Hanna. 2016. *W: Komentarz do art. 278. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, (red.) Tadeusz Woś. Wyd. 6. Warszawa: Wolters Kluwer. Dostęp: 27.07.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Malinowski, Dariusz. 2022. *Praktyczne skutki wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24.02.2021 r. dla podatników podatku od nieruchomości. Przegląd Podatkowy* 7: 3–5.
- Michnik, Agnieszka. 2013. *Komentarz do art. 36. Krajowy Rejestr Sądowy. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer. Dostęp: 22.07.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Nazaruk, Piotr. 2022. *Komentarz do art. 43 (1). W: Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, (red.) Jerzy Ciszewski. Warszawa: Wolters Kluwer. Dostęp: 24.07.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Pahl, Bogumił i Marcin Radziłowicz. 2021. *Opodatkowanie nieruchomości i obiektów budowlanych osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24.02.2021 r., SK 39/19, na przykładzie Agencji Mienia Wojskowego. Głosa do wyroku NSA z dnia 4 marca 2021 r., III FSK 896/21. Finanse Komunalne* 4: 75–88.

- Pawlak, Bartosz i Jakub Jan Zięty. 2013. Zasady naliczania podatku od nieruchomości od wielostanowiskowego lokalu garażowego znajdującego się we współposiadaniu przedsiębiorcy. *Finanse Komunalne* 5: 29–35.
- Polak, Piotr. 2020. Związanie sądu wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego wydanym w nieprawidłowo umocowanym składzie (refleksje na tle wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 czerwca 2018 r., sygn. akt V SA/Wa 459/18). *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* 3: 62–86.
- Presnarowicz, Sławomir. 2022. Komentarz do art. 240. W: *Ordynacja podatkowa. Komentarz. T. 2: Procedury podatkowe. Art. 120–344*, (red.) Leonard Etel. Warszawa: Wolters Kluwer. Dostęp: 30.10.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Radzikowski, Krzysztof. 2012. Opodatkowanie podatkiem od nieruchomości majątku prywatnego przedsiębiorcy. Glosa do wyroku NSA z dnia 18 lipca 2012 r. II FSK 32/11. *Finanse Komunalne* 12: 66–74.
- Roszkiewicz, Janusz. 2022. *Zakaz domniemywania kompetencji i wyjątki od tego zakazu. Studium publicznoprawne*. Warszawa: C.H. Beck. Dostęp: 28.10.2022. Wydanie elektroniczne: Legalis.
- Tarno, Paweł Jan. 2011. *Komentarz do art. 278. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*. Wyd. 5. Warszawa: LexisNexis. Dostęp: 27.07.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Tarska, Monika. 2009. *Komentarz do art. 36. Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Wiącek, Marcin. 2020. Skutki wyroków interpretacyjnych Trybunału Konstytucyjnego. Glosa do wyroku NSA z dnia 19 października 2018 r., II FSK 1023/18. *Orzecznictwo Sądów Powszechnych* 10: 86.
- Wilbrandt-Gotowicz, Martyna. 2010. *Instytucja pytań prawnych w sprawach sądowoadministracyjnych*. Warszawa: Oficyna. Dostęp: 28.10.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2016. *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, (red.) Marek Smolak. Warszawa: Wolters Kluwer. Dostęp: 30.10.2022. Wydanie elektroniczne: LEX.

Volume 20, Issue 2
December 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-06-27
accepted 2022-08-29



The remote inspection of businesses in Poland during the COVID-19 pandemic

Kontrola zdalna przedsiębiorców w Polsce w czasie pandemii COVID-19

ANNA HOŁDA-WYDRZYŃSKA

Uniwersytet Śląski

ORCID: 0000-0003-0079-1685, anna.holda-wydrzynska@us.edu.pl

Citation: Hołda-Wydrzyńska, Anna. 2022. Kontrola zdalna przedsiębiorców w Polsce w czasie pandemii COVID-19. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(2): 47–61. DOI: 10.25167/osap.4834

Abstract: The extraordinary situation in which entrepreneurs and public administration bodies found themselves during the COVID-19 pandemic had its impact also on Polish legal regulations. The exceptional circumstances had their bearing on the provisions of the Polish Law on Entrepreneurs Act of 6 March 2018 under which the manner in which inspection bodies contact inspected businesses, has changed in the wake of the ongoing global COVID-19 pandemic. The amendment to the provisions of the Law on Entrepreneurs introduced into the Polish legal order a formula of the so-called remote or hybrid inspections of businesses. The purpose of this article is to present the conditions and principles of conducting remote and hybrid inspections in Poland.

Keywords: remote inspection, hybrid inspection, the Law on Entrepreneurs Act

Abstrakt: Nadzwyczajna sytuacja, w której znaleźli się przedsiębiorcy oraz organy administracji publicznej w czasie pandemii COVID-19 miała również swoje przełożenie na obowiązujące regulacje prawne. Wprowadzenie stanu epidemii w Polsce wpłynęło na przepisy ustawy Prawo przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r., w której zmianie uległ sposób kontaktowania się organów kontrolnych z kontrolowanymi przedsiębiorcami. Nowelizacja przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców wprowadziła do polskiego porządku prawnego formułę tzw. zdalnych lub hybrydowych kontroli przedsiębiorców. Przedmiotem artykułu jest

przedstawienie warunków i zasad prowadzenia czynności sprawdzających z wykorzystaniem narzędzi kontroli na odległość.

Słowa kluczowe: kontrola zdalna, kontrola hybrydowa, Prawo Przedsiębiorców

1. Introduction

As a result of the social market economy model in Poland, the state is authorized to undertake actions aimed at shaping social relations in the field of management in such a way as to enable realization of the appearing social needs (Grabowski 2001), particularly noticeable during the coronavirus pandemic. The introduction of the state of epidemic in Poland forced adoption of a package of legislative solutions that can be referred to as the “state of epidemic” law or the “economic crisis” law. A variety of forms of support for entrepreneurs facing the pandemic were adopted within the development of the legal order meant to meet new needs. In addition to the public support targeted at different industries and economic sectors, attention was also focused on the need to equip the competent authorities with tools to carry out their tasks, taking into account the exceptional pandemic situation (Powałowski and Przeszło 2020: 3). Thus, the extraordinary circumstances had their bearing on the provisions of the Law on Entrepreneurs Act of 6 March 2018 (*Journal of Laws* of 2018, item 646 as amended) as well, under which the manner in which inspection bodies contact inspected entrepreneurs, changed in the wake of the ongoing global COVID-19 pandemic.

Taking into account the entrepreneur’s will and in compliance with specific conditions, it was allowed to carry out checking activities in a manner departing from the standard procedure in such a way as to accelerate and make the course of inspection more flexible, as well as to maintain the safety of its participants. In the light of the addition under the Act on interest subsidies for bank loans granted to entrepreneurs affected by COVID-19 and on a simplified procedure for approval of the arrangement in connection with the occurrence of COVID-19 of 19 June 2020 (*Journal of Laws* of 2020, item 1086), Article 51 of the Law on Entrepreneurs – section 3a – with the consent of the entrepreneur, an inspection or the respective inspection activities may be carried out remotely via a postal operator within the meaning of the Postal Law Act of 23 November 2012 (*Journal of Laws* of 2012, item 1529 as amended) or by means of electronic communication within the meaning of Article 2(5) of the Act on Electronic Services of 18 July 2002 (*Journal of Laws* of 2002, No 144, item 1204 as amended), if it can make the inspection more efficient or if it is justified by the nature of the entrepreneur’s business activity.

In order to ensure the safety of both inspectors and entrepreneurs, the Polish law now allows for the possibility of conducting inspections in a manner departing from the standard procedure. The amendment to the provisions of the Law on Entrepreneurs introduced in the Polish legal order a formula of the so-called remote or hybrid inspections of entrepreneurs, the vast majority of whom are entrepreneurs belonging to the SME (micro, small and medium-sized enterprises) sector. This new, previously unknown solution, modifying the principle regarding the place of conducting inspection of economic activity, requires an analysis of the conditions and principles of conducting remote inspections.

2. New quality of inspection: the theoretical and practical perspective

The analysis of individual issues was made primarily on the basis of the literature on the subject, as well as national legislation. The study uses crucial legal acts in the field of business law, including the fundamental Polish Law on Entrepreneurs. The bibliography includes the most important publications in the field under discussion. The work draws on Polish literature in the field of public economic law, especially business law and administrative law.

2.1. General comments

The Polish Law on Entrepreneurs is a piece of legislation that sets out the generally applicable conditions for conducting business in Poland, also in the sphere of business inspection, where the provisions of Chapter 5 – Restrictions on business inspections – play a key role. The protective provisions formulated therein relating to inspection of entrepreneurs are, at the same time, universally applicable standards that are binding on all inspection authorities unless excluded by specific provisions. Among the directives of proper conduct binding the inspection authorities, the rules concerning the place of conducting inspections (Article 51 of the Law on Entrepreneurs), which were significantly modified during the ongoing COVID-19 epidemic, deserve special attention. The use of the form of remote or hybrid inspections allows for continuity of contact between the parties to the proceedings during a pandemic.

The new methods of inspection do not exclude carrying out verification activities in their entirety in accordance with the existing principles referred to in Article 51 of Law on Entrepreneurs. As a general rule, the inspection is to be conducted at the entrepreneur's registered office or place of business and during working hours or when the entrepreneur is actually carrying out

business activities. It is only with the consent or at the request of the entrepreneur that the inspection may be carried out in a place of storage of records, including tax books, other than the registered office or place of business, or at the headquarters of the inspection authority, if this may improve conducting of the inspection.

Given the exceptional epidemic situation, an additional derogation was necessary. The new regulation, which came into force on 24 June 2020, is aimed not only at ensuring the safety of the participants to the proceedings, but may also contribute to making the inspection procedure itself more flexible, while minimizing the nuisance associated with the actions of the inspector (Memorandum 2020: 43).

2.2. Rationale for conducting remote and hybrid inspections

In order for the inspection authority to carry out the inspection using means of remote communication, it first has to request the consent of the inspected entity – such a consent may be expressed with respect to the entire proceedings or it may refer to individual inspection activities. As a result, the entire inspection may constitute a remote inspection, or it may take on the character of a hybrid inspection, if only some of the inspection activities are carried out remotely while the remaining part is performed in a direct manner, according to the existing rules.

The entrepreneur's statement should be clear and unambiguous. The said consent may be neither implicit nor implied. To emphasize how important it is that the entrepreneur's consent should not raise any doubts, one should refer to Article 52(4) of the Law on Entrepreneurs. The lack of a clear consent from the entrepreneur means that evidence obtained in the course of an inspection must not be used as evidence in the entrepreneur assessment process. Moreover, it also cannot constitute evidence in the proceedings referred to in Article 46(3) of the Law on Entrepreneurs, as the information obtained does not constitute evidence as such.

The act omits the question of the manner and mode of submission of the statement by the inspected entrepreneur. Having regard to the purpose of the amendment, it may be assumed that such a consent may be given either using traditional methods or by electronic means of communication. Therefore, it would be best if such a statement be made in writing, i.e. by drawing up a document by hand, a typewriter or by yet another technique on a piece of paper (Łaszczycza et al. 2007: 506), and sent via a postal operator, or in the electronic form, taking into account the new conditions for service of letters recorded in the electronic form, which have been adopted in the Code

of Administrative Procedure Act of 14 June 1960 (Journal of Laws of 1960, No 30, item 168 as amended) in connection with the entry into force of the Act on Electronic Delivery of 18 November 2020 (Journal of Laws of 2020, item 2320). Therefore, the possibility of verbal consent into the record or by telephone, should be excluded.

The lack of mention of the deadline for submitting the statement makes it possible to assume that the entrepreneur may give their consent at virtually any stage of the inspection procedure. However, in the event that the inspection is to be conducted remotely from the very beginning, it should be assumed that the entrepreneur should make a relevant statement no later than upon delivery of the authorization to conduct the inspection, because it is at that moment that the inspection activities formally begin. The absence of consent to carry out inspections remotely means that the general directive relating to the principle of time and place of an inspection of business activity, as referred to in Article 51 of the Law on Entrepreneurs, should be applied.

The consent of an entrepreneur refers to a strictly defined case, i.e. only to a given inspection procedure. Consent cannot be extended to all types of cases handled by a particular inspection authority. As a result, the filing of such a statement is effective only with respect to the procedure that is conducted in a particular case by the competent inspection authority. Admittedly, the act does not mention the withdrawal of consent to conduct remote inspection, but it seems that this is permissible at any stage of the procedure. The waiver submitted by the entrepreneur must also be explicit. The effect of not agreeing to continue remote verification activities will be the need to conduct the inspection in the traditional manner.

Consenting to a remote inspection is not the only condition set forth in the regulations. Indeed, specific circumstances must be demonstrated which allow a derogation from the general directive relating to the place where the inspection activity is carried out. In the light of the regulations, a remote inspection may be carried out if it contributes to improving the course of the inspection itself or if the nature of the inspected entrepreneur's activity justifies it. It is therefore the duty of the inspection authority to assess whether such circumstances actually exist.

3. Methods for conducting inspection during a pandemic

When an inspection is successfully initiated, the authority must determine the location where the activities will be conducted. In the case of choosing a remote or hybrid inspection, the place is actually undefined, because the

activities are conducted in a non-standard manner, i.e. at a distance. Under the regulations, a remote or hybrid inspection may be conducted:

1. through a postal operator which, in the light of the Postal Law, is an entrepreneur authorized to conduct postal activity on the basis of an entry in the register of postal operators, e.g. Poczta Polska (e.g. eds. Chołodecki, Piszcz and Skoczny 2018), or

2. by means of electronic communication, which are technical solutions, including ICT devices and software tools cooperating with them, enabling individual communication at a distance using data transmission between ICT systems, in particular electronic mail (e.g. Tackowska-Olszewska and Chałubińska-Jentkiewicz 2019).

As we can see, a remote inspection or the respective activities of an inspection, can be conducted using a variety of tools that allow remote communication. In addition to the traditional postal solution, the entrepreneur can be contacted by email, or through video calls, video conferences or phone calls that provide direct contact. These tools can be used primarily to receive written or oral information from the entrepreneur being inspected. Using various means of remote communication, the inspection body may request access to documentation in the paper form, including copies of the necessary documents, printouts from the IT system, extracts, prepared statements, as well as data recorded on electronic information carriers, such as floppy disks, CDs, USB flash drives.

Communication using electronic means is the use of data transmission between ICT systems (Konarski 2004: 73 et seq.). Consequently, actions conducted at a distance using this form of communication mean that what is crucial is the manner of data transmission, i.e. its transfer, and not the form of its recording on an appropriate electronic carrier (Kotulska 2015: 76).

Judicature recognizes that the fax is not a means of electronic communication, because a document sent by means of electronic communication has the form of an electronic document, and this excludes a copy sent by fax from being considered an electronic document (I OSK 966/15). A fax machine is not a computing device, as such devices should be understood to mean computers equipped with memory capable of storing and reproducing data. Therefore, sending information between fax machines cannot be regarded as communication through devices that constitute an ICT set (III SA/Wa 1836/06). However, it is worth noting that nowadays, it is possible to send a fax also via a computer, which allows in some cases to consider a fax machine to be a computer device due to the fact that it is equipped with memory enabling recording and reproducing data (Łuczak 2014: 70).

When interpreting Article 51(3a) of the Law on Entrepreneurs, it can be assumed that the entrepreneur's unambiguous consent for the inspection to be conducted remotely means that, during the conducted activities, the inspection body may choose among different means of communication indicated in the provision, taking into account the technical capabilities of the entrepreneur, the type of evidence to be provided, as well as legal regulations.

Taking into account the content of Article 29 of the Law on Entrepreneurs, the authority may not require or condition its decision on the submission of documents in the form of an original, a certified copy or a certified translation, unless such an obligation arises from the provisions of law. Therefore, unless otherwise required by law, documents submitted in the course of an inspection may take the form of an electronic document, a copy of a document, or a scan of a paper document. Documents sent electronically or through a postal operator should be supported by documents kept by the entrepreneur, if only to confirm that they are true copies of the original.

Speaking of a remote inspection, it is also important to pay attention to the problem of time consumption of such an inspection. It is undoubtedly the entrepreneur's duty to organize the company's work in such a way that the inspection can take place within the specified time (II SA/Go 160/17; II SA/Ke 637/17). In turn, the inspection authorities are obliged to respect directives of proper conduct referred to in the Law on Entrepreneurs, which include the rules concerning the time of inspection (Article 51 of the Law on Entrepreneurs) and the efficiency of the inspection procedure (Article 52 of the Law on Entrepreneurs).

Under Article 52 of the Law on Entrepreneurs, the inspection activities are to be performed in an efficient manner and in such a way that the functioning of the enterprise is not disturbed. The directive of efficiency in question is an expression of the obligation to conduct verification activities in the way that is the least burdensome for the inspected entity (Zdyb, Sieradzka 2013: 635). In close connection with the rule in question is the content of the principle of the time of inspection of business activities, as provided for in Article 51 of the Law on Entrepreneurs. As a general rule, an inspection is to be conducted during business hours or during the actual performance of business activity by the entrepreneur. The choice of a remote or hybrid inspection conducted with the use of means of electronic communication does not justify departure from the protective provisions indicated, the more so because the adopted principles allow maintaining the balance between the severity of inspection and freedom of business. Hence, it should be assumed that an inspection, also a remote one, should take place during working hours or during the simultaneous performance of the entrepreneur's business activity, especially if the contact takes place using

the tools that require involvement and presence of each of the parties to the proceedings at the same time, e.g. during a video conference.

4. The course of a remote and hybrid inspection of businesses during the COVID-19 pandemic. Discussion and dilemmas

Given the unique conditions of the pandemic, and given the desirability of adopting a remote inspection provisions, consideration should also be given to modifying the inspection procedure regarding the other rules that have not been amended.

Before the inspection authorities commence their inspection activities, they are obliged to prepare an analysis of the probability of violation of the law – the so-called “risk analysis”, the purpose of which is to indicate the areas where the probability of an entrepreneur’s violation of the law is the highest. The inspection planning process, carried out at an early stage, also allows determining the sequence of future actions and measures to be taken during the inspection.

The inspection authority is obliged to notify the entrepreneur of the intention to initiate remote inspection (Article 48 of the Law on Entrepreneurs). The Law on Entrepreneurs does not specify the form or method of notifying the entrepreneur of the planned inspection. The lack of guidelines as to the manner of delivery of such a notice allows assuming that it may be effected in any manner that ensures effectiveness, especially if it is done in accordance with the rules adopted in the administrative procedure, including electronic delivery (Kosikowski 2009: 512). As a rule, the inspection is to be initiated not earlier than after 7 days, and not later than after 30 days, from the date of delivery of the notice of the intention to initiate the inspection. If the inspection is not initiated within 30 days of the date of service of the notice, initiation of the inspection will require a new notice. The purpose of the notice is to allow the entrepreneur to prepare for the inspection activities, which is particularly important from the point of view of organization of work in pandemic conditions.

Pursuant to Article 49 of Law on Entrepreneurs, inspection activities can be performed by employees of the inspection body upon presentation to the entrepreneur or a person authorized by the entrepreneur, of an official ID card authorizing them to perform such activities and upon delivery of an authorization to perform the inspection, unless separate regulations provide for the possibility of undertaking inspection upon presentation of an official ID card. In such a case, the authorization is to be delivered to the entrepreneur or a person authorized by them within the deadline specified in these provisions, but no later than 3 working days from the date of initiation of the inspection. Taking into account exceptional circumstances and the nature of remote inspection,

it may be assumed that the presentation of an official ID card may take place during a video conference or video call. In turn, delivery of an authorization issued to the entrepreneur, due to the importance of the document, should be effected through a postal operator or taking into account the conditions of admissibility of service of letters by means of electronic communication, as referred to in the provisions of the Code of Administrative Procedure.

It goes without saying that the entrepreneur does not have to participate in all the inspection activities in person, including those carried out remotely. Therefore, in the light of the regulations, inspection activities are performed either in the presence of the entrepreneur or in the presence of a person authorized by them. The inspection authorities are obliged to respect this rule unless one of the cases specified in Article 50(2) of the Law on Entrepreneurs occurs.

It is the duty of the authorities to comply with other protective regulations on inspections, including the regulation concerning the principle of one inspection at the same time, according to which it is not allowed to undertake and conduct more than one inspection of an entrepreneur's activity at the same time (Article 54 of Law on Entrepreneurs), as well as the regulations specifying the so-called inspection duration limits (Article 55 of Law on Entrepreneurs). These regulations become particularly important during remote inspections, when the rights of entrepreneurs may be accidentally violated by the inspection authorities.

The duration of an inspection depends on the scale of the business activity conducted by the entrepreneur. The duration of all the inspections by an inspection authority at the entrepreneur's in one calendar year, may not exceed:

- 1) for micro-entrepreneurs – 12 working days;
- 2) for small entrepreneurs – 18 working days;
- 3) for medium entrepreneurs – 24 working days;
- 4) for other entrepreneurs – 48 working days.

In the event of concurrence of inspections, i.e. when a given entrepreneur's activity has already been inspected by another authority, the inspection authority must refrain from undertaking inspection activities until the inspection is completed by the other authority, unless the case referred to in Article 54(1) of the Law on Entrepreneurs occurs.

In order to document the course of the inspection, it is important that the entrepreneur maintains and keeps, in their registered office, an inspection book (in the paper or electronic form), which provides evidence of the activities carried out, including the subject matter of the inspection, as well as the dates of its commencement and completion. In addition, the entrepreneur should keep all the authorizations and inspection reports that have been delivered to them.

The drawing up of an inspection report by the inspection body is the activity formally ending any inspection procedure. This document forms the basis

of the findings made during the inspection. Recognizing its importance, the report should be prepared in at least two counterparts containing primarily a description of the facts, including the revealed instances of irregularities or violations of law.

The lack of mention of how the report is to be served in pandemic conditions makes it possible to develop new rules for delivery of that document, taking into account the applicable regulation based on administrative procedure. The principles of remote inspection developed by the National Labor Inspectorate, may serve as a model for other inspection bodies (<https://www.pip.gov.pl/pl>). Thus, the report should be presented to the inspected party so that it can become familiar with it, raise potential objections, and sign it. In order to allow the entrepreneur to raise justified objections to the findings contained in the report, the inspector may provide the entrepreneur with a copy of the inspection report by means of electronic communication or by delivering the document via a postal operator. Providing a copy of the report allows discussing its contents with the inspected entity. Before signing the final version of the inspection report, the entrepreneur may lodge reasoned objections to the findings contained therein. The deadline for and the form of lodging are determined by specific provisions, which should take into account the conditions of a remote inspection. After expiry of the deadline for raising objections, the report should be signed and then delivered to parties to the inspection procedure.

Taking into account business practice, reports are delivered directly to the inspected person or a person authorized by them. The report prepared in the paper form should be signed and initialed on each page by the head of the inspected entity or a person authorized by them, as well as by the inspector. Failure by the inspected entity to sign the report will not stop the course of inspection, and the head of the inspected entity who refuses to sign the inspection report should submit a written explanation for such refusal. In turn, the report recorded in the electronic form, depending on legal regulations, should be signed, among others, with a qualified electronic signature or a trusted signature, or in any other manner enabling unambiguous identification of the inspected person or the inspector.

It is clear that the inspection report documents the course of the inspection, thus constituting a piece of evidence in the inspection procedure. Therefore, recognizing the importance of this document, it may be advocated that signed copies of the remote or hybrid inspection report should be delivered not only via electronic means of communication, but also against receipt by a postal operator. Such additional service would constitute a safeguard for both the inspection authority and the entrepreneur themselves.

Due to the fact that during the inspection procedure, the applicable standards may be violated, the entrepreneur has the right to object to the undertaking and execution of activities by all inspection bodies. Unfortunately, the list of deficiencies that may be objected against is closed and does not include the new rules on a remote and hybrid inspection.

5. Contacting entrepreneurs using email addresses for delivery of correspondence. A new concept

As a side note, it should be mentioned that new provisions of the Act on Electronic Delivery of 18 November 2020 are in effect (Journal of Laws of 2020, item 2320), which implements Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down the procedure for provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (OJ EU L 241, 17.09.2015). The purpose of the new law is to redefine the rules regarding exchange of correspondence with public entities in relationships with other public entities and non-public entities, including entrepreneurs (ed. Wilbrandt-Gotowicz, 2021). Implementation of Directive 2015/1535 allows modifying the existing standards for delivery to reduce the time required for delivery processes, as well as to dispel doubts regarding the effective sending and receiving of electronic correspondence (Memorandum to the Government Bill on Electronic Deliveries 2020, p. 6 et seq).

When the new regulations came into force, the principle is that a public administration body delivers letters to the address for electronic delivery, unless the delivery takes place to an account in the authority's teleinformation system or in the registered office of the body (Article 39 of the Code of Administrative Procedure). With the transfer of these principles to the law on economic activity, the need arose to amend the Act on the Central Electronic Register and Information on Economic Activity of 6 March 2018 (Journal of Laws of 2018, item 647 as amended) and the Act on the National Court Register of 20 August 1997 (Journal of Laws of 1997, No 127, item 769 as amended) in the scope of introducing the obligation for entrepreneurs to have an electronic delivery address entered in the database of electronic addresses (Memorandum to the Government Bill on Electronic Deliveries: 74 et seq.).

6. Conclusion

In order to reduce the impact of COVID-19 on Polish enterprises, various forms of support were adopted for the Polish economic sector, dominated by SMEs (micro, small and medium enterprises). It represents the overwhelming

majority of businesses in Poland – 99.8%. Among them, micro-enterprises are the most numerous group (97%). The share of small companies in the structure of Polish enterprises is 2.2%, medium – 0.7%, and large – only 0.2%. Considering the legal form – 87,0% of all companies are sole proprietors (98,9% of them are micro-enterprises) (Report 2021: 6). Taking into account the statistics, it can be seen that the vast majority of newly established companies are sole proprietors, to whom legal changes are crucial (Report 2021: 15).

The coronavirus pandemic has forced entrepreneurs to modify their existing business models and make necessary changes in the way they operate. Undoubtedly, maintaining relationships with market participants as well as with public authorities would not be possible without moving to online channels (Report 2021: 4). In order for the inspection bodies to be able to perform their tasks, a change in the business environment has been taken into account and the digitalization trend in Polish companies has strengthened (Report 2020: 4). That is why solutions have been introduced to the Law on Entrepreneurs that allow inspection authorities to use remote contact tools, including digital technologies. On the other hand, the introduction of Directive 2015/1535 in the meantime, made it possible to modify the existing standards for deliveries which, in a pandemic environment, had to be considered insufficient.

Given the fact that during the state of epidemic risk and the state of epidemic, inspections have required special precautions, remote inspections are proving to be a very useful tool. Practice shows that inspection authorities are more and more frequently willing to contact the entrepreneur by email and telephone (Cyfrowa Rzeczpospolita 2021), especially since the current regulation is very flexible, because with the consent of the inspected entity, the inspection body may carry out certain inspection activities remotely, in principle, regardless of the stage of the ongoing procedure.

The solution adopted in 2020 was aimed primarily at protecting the parties involved in the control proceedings. Regardless of the pandemic crisis, the advantages of this form of contact still remain. Since an inspection is a major inconvenience for the entrepreneur, the use of the newly introduced so-called remote and hybrid inspection formula may prove to be very beneficial, provided of course that the remaining inspection standards are respected, including the inspection timing and efficiency directive.

List of abbreviations

The Law on Entrepreneurs Act of 6 March 2018. Hereinafter referred to as: Law on Entrepreneurs.

The Act on interest subsidies for bank loans granted to entrepreneurs affected by COVID-19 and on simplified procedure for approval of the arrangement in connection with the

occurrence of COVID-19 of 19 June 2020. Hereinafter referred to as: Anti-Crisis Shield 4.0.

The Code of Administrative Procedure Act of 14 June 1960. Hereinafter referred to as: the Code of Administrative Procedure.

Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down the procedure for provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services. Hereinafter referred to as: Directive 2015/1535.

References

Legal Acts

Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down the procedure for provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services. OJ EU L 241, 17.09.2015, p. 1.

The Code of Administrative Procedure Act of 14 June 1960. Journal of Laws of 1960, No 30, item 168 as amended; consolidated text: Journal of Laws of 2022, item 2000.

The Act on the National Court Register of 20 August 1997. Journal of Laws of 1997, No 127, item 769 as amended; consolidated text: Journal of Laws 2022, item 1683.

The Postal Law Act of 23 November 2012. Journal of Laws of 2012, item 1529 as amended; consolidated text: Journal of Laws of 2022, item 286.

The Act on the Central Electronic Register and Information on Economic Activity of 6 March 2018. Journal of Laws of 2018, item 647; consolidated text: Journal of Laws of 2022, item 541.

The Law on Entrepreneurs Act of 6 March 2018. Journal of Laws 2018, item 646 as amended; consolidated text: Journal of Laws of 2023, item 221.

The Act on interest subsidies for bank loans granted to entrepreneurs affected by COVID-19 and on simplified procedure for approval of the arrangement in connection with the occurrence of COVID-19 of 19 June 2020. Journal of Laws of 2020, item 1086.

The Act on Electronic Services of 18 July 2002. Journal of Laws of 2002, No. 144, item 1204; consolidated text: Journal of Laws of 2020, item 344.

The Act on Electronic Delivery of 18 November 2020. Journal of Laws of 2020, item 2320; consolidated text: Journal of Laws 2022, item 569.

Secondary sources

Chołodecki, Mateusz and Mariusz Czyżak, Maciej Etel, Agata Jurkowska-Gomułka, Paulina Korycińska-Rządca, Michał Kosiarski, Dominik Jakub Kościuk, Anna Piszcz, Krzysztof Prokop, Artur Salbert, Tadeusz Skoczny, Szymon Syp, Anna Tworkowska-Baraniuk. 2018. *Prawo pocztowe. Komentarz [Postal code. Commentary]*, (eds.) Mateusz Chołodecki and Anna Piszcz, Tadeusz Skoczny. Warsaw: C.H.Beck.

Czaplicki, Kamil and Agnieszka Gryszczyńska, Marek Świerczyński, Krzysztof Światała, Martyna Wilbrandt-Gotowicz, Kajetan Wojsyk. 2021. *Doręczenia elektroniczne. Komentarz [Electronic Delivery. Commentary]*, (ed.) Martyna Wilbrandt-Gotowicz. Warsaw: Wolters Kluwer Polska.

- Grabowski, Jan. 2001. Rola i funkcje prawa w systemie gospodarki rynkowej. In: *Institucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka* [Role and functions of law in market economy system. In: *Institutions of modern administrative law. Jubilee book of professor zw. dr hab. Józef Filipek*], (eds.) Iwona Skrzydło-Niżnik and Piotr Dobosz, Dorota Dąbek, Marcin Smaga, 213-222. Krakow: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Konarski, Xawery. 2004. *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną* [Commentary to the Act on electronic provision of services]. Warsaw: Difin.
- Kosikowski, Cezary. 2009. *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz* [Act on Freedom of Business Activity. Commentary]. Warsaw: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Kotulska, Magdalena. 2015. *Zakres stosowania środków komunikacji elektronicznej* [Scope of application of means of electronic communication]. *Samorząd Terytorialny* (7-8), 74-86.
- Łaszczyca, Grzegorz, and Czesław Martysz, Andrzej Matan. 2007. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Tom I. Wydanie II* [Code of Administrative Procedure. Commentary. Volume I. 2nd edition]. Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
- Łuczak, Lucyna. 2014. Problematyka prawna doręczeń elektronicznych w procedurze administracyjnej ze szczególnym uwzględnieniem skutków prawnych e-doręczeń oraz oceny propozycji zmian ustawowych [Legal issues of electronic delivery in administrative procedure with particular emphasis on the legal consequences of e-delivery and evaluation of proposed changes in the law]. *Przegląd Prawa Publicznego* (5), 65-80.
- Powałowski, Andrzej and Ewa Przeszło. 2020. Wsparcie przedsiębiorców w warunkach epidemii i kryzysu [Support for entrepreneurs in the conditions of the epidemic and crisis]. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* (6), 2-9, DOI 10.33226/0137-5490.2020.6.1.
- Taczowska-Olszewska, Joanna and Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz. 2019. *Świadczenie usług drogą elektroniczną. Komentarz* [Providing electronic services. Commentary]. Warsaw: C.H.Beck.
- Zdyb, Marian and Małgorzata Sieradzka. 2013. *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz* [Act on Freedom of Business Activity. Commentary]. Warsaw: Lex a Wolters Kluwer business.

Case law

- Judgment of the Supreme Administrative Court of 11.10.2016, I OSK 966/15.
- Judgment of the Province Administrative Court in Warsaw of 5.12.2006, III SA/Wa 1836/06.
- Judgment of the Province Administrative Court in Gorzów Wielkopolski of 18.05.2017, II SA/Go 160/17.
- Judgment of the Province Administrative Court in Kielce of 29.11.2017, II SA/Ke 637/17.

Documents

- Memorandum to the Bill on subsidies to interest rates on bank credits granted for providing liquidity to entrepreneurs affected by COVID-19 and amending certain other acts (2020). Paper No. 382
- Memorandum to the Government Bill on Electronic Deliveries (2020). Paper No. 239

Internet sources

- Firma, która korzysta z tarczy antykryzysowej, musi się liczyć z kontrolą (A company that takes advantage of the anti-crisis shield must expect an audit) [2021-02-17]. *Cyfrowa Rzeczpospolita* [online][2021-12-01]. Available at: www.rp.pl/Firma/302169906-Firmator-korzysta-z-tarczy-antykryzysowej-musi-sie-liczyc-z-kontrola.html
- Official website of the National Labor Inspectorate. Zasady prowadzenia kontroli zdalnych przez organy Państwowej Inspekcji Pracy. [online] [2021-12-01]. Available at: <https://www.pip.gov.pl/>
- Raport z badania „*Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*” przeprowadzonego przez Paweł Chaber, Jacek Łapiński, Melania Nieć, Joanna Orłowska, and Robert Zakrzewski w 2020 r. *na zlecenie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości* [*Report on the state of the sector of small and medium enterprises in Poland*] (eds). Anna Skowrońska, and Robert Zakrzewski. Warsaw: Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, 2020 [online] [2021-12-01]. Available at: www.parp.gov.pl
- Raport z badania „*Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*” przeprowadzonego przez Paweł Chaber, Jacek Łapiński, Łukasz Widła-Domaradzki, Robert Zakrzewski, w 2021 r. *na zlecenie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości* [*Report on the state of the sector of small and medium enterprises in Poland*] (eds.) Anna Skowrońska, and Anna Tarnawa. Warsaw: Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, 2021 [online] [2021-12-01]. Available at: www.parp.gov.pl

Volume 20, Issue 2
December 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-08-31
accepted 2022-11-08



The legal standing in environmental litigation before regional international courts in Africa and Latin America*

Stan prawny w sporze środowiskowym
przed regionalnymi międzynarodowymi sądami
w Afryce i Ameryce Łacińskiej

SONJA KAHL

University of Freiburg, Germany

ORCID-ID: 0000-0001-6326-9996, sonja.kahl@hotmail.de

Citation: Kahl, Sonja. 2022. Legal standing in environmental litigation before regional international courts in Africa and Latin America. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(2): 63–85. DOI: 10.25167/osap.4872

Abstract: This article compares the rules governing the legal standing before selected regional international judicial and quasi-judicial bodies in Africa and Latin America from the perspective of environmental litigation. The focus is on active legal standing of private entities in contentious proceedings against states. The article systematizes the rules governing the legal standing into two broad categories: *subjective (rights based) litigation* and *objective interest litigation*. Subsequently, the approach of each court will be analyzed on the basis of its procedural rules and jurisprudence. Several trends can be identified, including a tendency of human rights courts to move towards objective interest litigation, a trend to grant non-governmental organizations a privileged position to initiate environmental litigation, and the development of community rights based approach by courts for regional economic integration that could become relevant in the future.

Keywords: environmental litigation, comparative law, legal standing, Africa, Latin America

* This research is part of the author's larger thesis project under way ('Environmental Litigation before Regional International Courts in Africa and Latin America').

Abstrakt: Artykuł porównuje regulacje sytuacji prawnej w sprawach przed wybranymi regionalnymi międzynarodowymi organami sądowymi lub quasi-sądowymi działającymi w Afryce i Ameryce Łacińskiej, z perspektywy sporów środowiskowych. Autorka skupia się na aktywnej sytuacji prawnej prywatnych jednostek w spornych sprawach wnoszonych przeciwko państwu. Artykuł systematyzuje reguły rządzące stanem prawnym w dwóch szerokich kategoriach: *sporu subiektywnego (opartego na prawach)* oraz *obiektywnego konfliktu interesów*. Następnie, podejście każdego z sądów zostaje przeanalizowane na podstawie jego reguł proceduralnych i orzecznictwa. Można wyróżnić kilka trendów, włącznie ze skłanianiem się sądów praw człowieka w stronę traktowania takich spraw jako obiektywnego konfliktu interesów, trendem udzielania organizacjom pozarządowym uprzywilejowanej pozycji wszczynania sporów środowiskowych, oraz wzmacnianiem podejścia opartego na prawach społeczności przez sądy w celu regionalnej integracji ekonomicznej, które mogą stać się istotne w przyszłości.

Słowa kluczowe: spór środowiskowy, komparatystyka prawnicza, stan prawny, Afryka, Ameryka Łacińska

1. Introduction

All over the world, citizens have become increasingly frustrated with the perceived failure of governments to tackle environmental protection, therefore seeking redress from the judiciary. Hence, strategic environmental litigation has been on the rise before both international and domestic courts (Hirschl 2006; Lukic 2022). It has been applied as a mechanism to enforce environmental law in a local context, but also a strategic tool to address concerns of public interest and a direct structural change. Resorting to courts as a form of political activism has also gained popularity with many developing countries in Africa and Latin America (Peel and Lin 2019).

Traditionally, international environmental litigation was limited to inter-state disputes, the reason being that international law was understood to be regulating the relations between states (Grotius 1625: 162; Vattel 1758: 67). Some of the most important international bodies are still accessible only to states, such as the International Court of Justice and the World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism. However, by now, it is widely accepted that individuals and legal persons derive certain rights from international law (Parlett 2011: 338-339). Accordingly, most of the newly established international courts in Africa, Europe, and Latin America grant access to justice to private actors (Parlett 2011: 343-44; Alter 2014: 3-5). Therefore, they either have or could yet become popular venues for environmental litigation on an international level.

Nonetheless, rules on legal standing before these courts are often complex and subject to certain conditions. In many cases, they have been developed by the courts' jurisprudence and cannot be inferred simply by reading the rules

of procedure. Despite the fact that the rules governing legal standing are of crucial importance to environmental litigation, they have not always received the academic attention that they deserve. Although there is literature comparing regional courts in Africa and Latin America (see Romano et al. 2014; Alter and Hooghe 2016; Alter et al. 2018), very few studies compare and systematize their rules on legal standing (see Kruger 2008; Onoria 2010; Yk 2011; Eliantonio and Roer-Eide 2014), and even fewer of them do so from the point of view of environmental litigation (see Schall 2008).

This article will explore the rules on active legal standing of private entities from the environmental perspective of the most important regional international courts in Africa and Latin America, including Central America and the Caribbean. These courts include the Inter-American Commission and Court of Human Rights (IACm/CtHR), the African Commission and Court of Human and Peoples' Rights (ACm/CtHPR), the Court of Justice of the Economic Community of West African States (ECOWAS CJ), the East African Court of Justice (EACJ), the Tribunal of Justice of the Andean Community (TJAC), the Central American Court of Justice (CACJ), and the Caribbean Court of Justice (CCJ). This article focuses on contentious proceedings brought against states.

2. Systematization and terminology

Rules governing legal standing constitute the first major hurdle in achieving access to environmental justice, and any case stands or falls with them. They determine whether access to court is granted only to states, as it was the case traditionally, or corporate entities, individual citizens, local communities, administrative entities, and non-governmental organizations (NGOs), and whether and to what degree the complaints filed must be affected by the challenged measure.

It is worth systemizing briefly approaches to legal standing in order to enable a comparative analysis. The following classification will provide the conceptual basis for this study; other scholars may as well offer different taxonomies. I will differentiate two types of legal standing: *subjective (rights based) litigation* and *objective interest litigation*.

In *subjective (rights based) litigation*, only those who have been affected in their rights have legal standing. The most important source of rights on the international level are human rights treaties (*human rights based litigation*), but rights may also be distilled from other sources, such as the law of regional organizations for economic and political cooperation (*community rights based litigation*) or from domestic law, such as a national constitution (*domestic rights based litigation*). Rights based litigation also recognizes a variety of possible

rights-holders. Rights can be granted to either an individual human being, a collective of humans, or a legal entity such as a corporation or NGO. A growing number of legal systems recognize even animals or ecosystems, such as rivers, mountains, or forests, as rights-holders (*ecocentrism*).

In addition, there may be differences in the procedural design of rights based litigation. For instance, the rules governing legal standing may either require the victims to submit a case themselves or authorize action to be initiated by a representative on their behalf. In class action lawsuits, a multitude of affected individuals are allowed to seek judicial redress in one proceeding, often led by an individual (the *face* of the case) whose case is typical of the entire class (Aceves 2003: 358, 398-399).

Actio popularis constitutes a special form of rights based litigation, where a case is brought in the name of a broad group of victims, as opposed to individually identifiable victims. *Actio popularis* still requires the existence of at least one aggrieved human, and any achievement of structural changes that benefit the objective public interest is merely incidental. My understanding of *actio popularis* is shared by the Inter-American human rights institutions, as will be shown below (see Metropolitan Nature Reserve v Peru, IACmHR 2003: 1, 34).

Objective interest litigation, by contrast, does not require affectation of any victim or a group of victims. It authorizes litigants to proceed on behalf of the general public interest and file a case without identifying an aggrieved party, instead merely relying on an objective infringement of the law. Depending on the rules governing legal standing, litigants representing the public interest may be private parties, registered or non-registered NGOs, states, or an independent organ.**

Generally, it is worth recalling that the use of these terms is highly inconsistent in literature and jurisprudence, hence none of these definitions is undisputed. As it will be shown below, some African institutions define *actio popularis* as “the right of individuals and corporate bodies who are not victims to bring an action” (Reverend Mfa and others v Nigeria and others (Fulani Herdsmen), ECOWAS CJ 2019: 59; see also Gabre-Selassie and IHRDA v Ethiopia, ACmHPR 2013: 61-66; Spilg and others v Botswana, ACmHPR 2013: 76). Nonetheless, pursuant to my definition, this does not refer to *actio popularis*, but rather to a rule authorizing the representation of the victims before the court.

Moreover, the differentiation between subjective rights-based and objective interest litigation is not always easy to draw. As this study will show, a wide understanding of group rights in the sense of an *actio popularis* comes very

** For instance, before the Court of Justice of the European Union, the European Commission is authorized to file lawsuits challenging an alleged breach of EU law. Although not referred to as objective interest litigation, the Commission effectively acts in the general public interest.

close to objective interest litigation. However, from the dogmatic point of view, it is important to understand that rights-based and objective interest litigation place different requirements on complainants.

Finally, further definitions that may exist include *public interest litigation* and *strategic litigation*. In my view, they refer more broadly to lawsuits aimed at generating a social change, regardless of whether the identification of the aggrieved party is required. Due to their lack of specificity, I shall not be using these terms.

3. Legal standing before regional human rights institutions

Latin America and Africa both host a pan-regional mechanism to supervise compliance with regional human rights law – the Inter-American Commission and Court of Human Rights and the African Commission and Court of Human and Peoples' Rights.

3.1. Inter-American Commission and Court of Human Rights

The Inter-American Commission and Court, established in 1959 and 1979 respectively, supervise compliance with the American Declaration on the Rights and Duties of Man (1948) and the American Convention on Human Rights (1969), among other legal instruments, and constitute the human rights protection system of the Organization of American States (OAS). Private entities are granted access only to the Inter-American Commission, which assesses their petitions and issues a report with recommendations for the member state concerned. If the state fails to implement the recommendations, the Commission is empowered to forward the case to the Court for a binding final judgment.

Pursuant to Article 44 of the American Convention, a petition can be filed by “any person or group of persons, or non-governmental entity legally recognized in a member state.” This means that petitioners who are not victims of a human rights violation can lodge petitions before the Commission. This includes domestic as well as foreign NGOs (Constitutional Court v Peru, IACmHR 1999: 3). The victim's authorization is not necessary until the proceedings advance to the Court (Pasqualucci 2013: 133).

The reference to “any nongovernmental entity legally recognized in one or more member states” has no real legal meaning, as a group not organized or formally recognized as an NGO may always appear as a “group of persons” (Faúndez Ledesma 2008: 234; Pasqualucci 2013: 132). Indeed, according to the Commission's jurisprudence, cases can also be filed by groups and collectives of people, as long as the groups are clearly defined and the individuals constituting

them identifiable (Diaz and others v Colombia, IACmHR 1997; Chang Bravo v Guatemala, IACmHR 2008: 38). The provision of a list with the affected community members is recommendable (Yakye Axa v Paraguay, IACmHR 2002: 31; Barão de Mauá Residential Complex v Brazil, IACmHR 2012: 17; Navarro Pizarro and others v Colombia, IACmHR 2021: Annex 1). However, the Commission and the Court have shown a certain degree of flexibility in cases in which individuals were targeted due to their belonging to a group. It is thus not necessary for each member to be identified in cases brought by indigenous groups (Maya Indigenous Communities v Belize, IACmHR 2004: 1; Saramaka People v Suriname, IACtHR 2007: 188; Lhaka Honhat Association v Argentina, IACtHR 2020: Annex 1) or communities affected by severe environmental degradation (Community of San Mateo de Huanchor v Peru, IACmHR 2004; Community of La Oroya v Peru, IACmHR 2009). To date, indigenous peoples have played a pivotal role in the filing of environment-related group claims in the Inter-American System.

Nonetheless, the Inter-American system is strict in its requirement of an identifiable victim or a group of victims. In *Metropolitan Nature Reserve v Panama*, the Commission rejected a petition filed “on behalf of the citizens of the Republic of Panama”, explaining that a case cannot concern “abstract victims represented in an *actio popularis*” (IACmHR 2003: 1, 34). The Commission has thereby expressly excluded both *actio popularis* and objective interest litigation. This significantly limits environmental litigation in cases where large groups of people or, as it is the case with climate change, the whole world is affected (Grant 2015: 157). Or, with the words of Shelton (2015: 150): “Unfortunately, the Commission’s analysis suggests that the more widespread the violations – which can occur in many contexts where environmental harm is the origin of the complaint – the less likely it is that the complaint will be admissible.”

Moreover, pursuant to Article 1(1), (2) of the American Convention, only *human beings* can be victims of a human rights violation. This means that legal entities such as NGOs or corporations cannot assert a human rights violation (only their members may appear as victims) (Mevopal SA v Argentina, IACmHR 1999; Martin 2006: 498-99). Similarly, ecocentric approaches based on the rights of elements of nature are unlikely before the Inter-American System. Although the Court took a progressive approach in its *Advisory Opinion 23*, where it held that the Convention contains the right to a healthy environment, which autonomously protects elements of nature, such as rivers, forests and mountains (IACtHR, 2017: 62), it is not clear how this approach can be operationalized.

3.2. African Commission and Court of Human and Peoples' Rights

Many features of the Inter-American system are shared by its African counterpart. The African Commission and Court of Human and Peoples' Rights became operative in 1986 and 2013, respectively, and are tasked with interpreting and applying the African Charter on Human and Peoples' Rights (1981), among other instruments, under the umbrella of the African Union (AU). Individual petitions must go through the African Commission which acts as a gatekeeper and may forward cases to the Court (Article 55(1) of the African Charter). However, unlike in the Inter-American system, cases can also be submitted directly to the Court if the respondent state has accepted the competence of the Court to receive individual cases (Article 34(6) of the Protocol on the Establishment of an ACtHPR 1998).

The Commission has accepted cases by both individuals and NGOs, the latter not being required to be formally registered in an AU member state (Gabre-Selassie and IHRDA v Ethiopia, ACmHPR 2013: 64). Its practice as to whether NGOs as such can claim a victim status has not been entirely consistent (Lindblom 2009: 185-87). Like in the Inter-American system, cases must not necessarily be filed by the victims themselves (Union interafricaine des droits de l'Homme and others v Angola, ACmHPR 1997: 1).

Unlike the IACmHR, the ACmHPR has expressly accepted communications under the *actio popularis* doctrine. In *SERAC v Nigeria (Ogoniland)*, it thanked the two NGOs for bringing the matter to it, highlighting that “[s]uch is a demonstration of the usefulness to the Commission and individuals of *actio popularis*, which is wisely allowed under the African Charter” (ACmHR 2001: 49). It should be noted that the African Commission's use of the term *actio popularis* may be somewhat misleading, as it effectively refers to rules of legal representation in rights based litigation, and is also used in cases concerning individual victims (see Gabre-Selassie and IHRDA v Ethiopia, ACmHPR 2013: 61-66; Spilg and others v Botswana, ACmHPR 2013: 76).

On the other hand, the African Commission has been very flexible in its acceptance of communications relating to groups or collectives of victims, and it does not require that members be identifiable. The reason for this is the existence of express group rights in the African Charter, granting rights to “peoples” (Articles 19-24 of the African Charter). The Commission has defined a people as a group “bound together by their historical, traditional, racial, ethnic, cultural, linguistic, religious, ideological, geographical, economic identities and affinities, or other bonds” (Gunme v Cameroon, ACmHPR 2009: 171).

It has thus accepted cases where the victims were as vague as “black Mauritanians” or “certain sectors of the Mauritanian population” (Malawi African Association and others v Mauritania, ACmHPR 2000: 141), the “Ogoni people”

(SERAC and CESR v Nigeria (Ogoniland), ACmHPR 2001: 62), “the peoples of the Democratic Republic of Congo” (DRC v Burundi, Rwanda, Uganda, ACmHPR 2003: 68, 77, 95), or “the people of Southern Cameroon” (Gunme v Cameroon, ACmHPR 2009: 178-79). The Commission dispenses with the necessity to provide a list of victims, especially in the context of grave and massive violations (Malawi African Association and others v Mauritania, ACmHPR 2000: 78–79; Gabre-Selassie and IHRDA v Ethiopia, ACmHPR 2013: 62; Spilg and others v Botswana, ACmHPR 2013: 75). Some authors express concern about such a broad concept of legal standing and warn of a “lack of control over the communications” (Pedersen 2006: 410-12).

The African system illustrates the difficulties to draw an exact line between rights-based and objective interest litigation. By allowing claims brought by very broad groups of victims, the system lends to objective interest litigation (see Schall 2008: 425). Nonetheless, the system still requires the existence of a human victim. Communications cannot be filed asserting the protection of a general public interest, such as environmental protection. Not only does the Charter itself grant rights explicitly to “individuals” and “peoples”, but also the Commission’s Rules of Procedure require that the communication contain the “name of the victim” (Rule 115(2)(e) of the Rules of Procedure of the ACmHPR 2020; see also *Centre for Independence of Judges and Lawyers v Algeria*, ACmHPR 2017).

Contentious cases before the African Court can be filed by individuals and NGOs if the respondent state has issued a declaration accepting the legal standing of these entities before the Court (Articles 5, 34(6) of the Protocol on the Establishment of an ACtHPR). Pursuant to Article 5(3) of the Protocol, the Court does not require the plaintiff to be the alleged victim, although the representative NGO must hold the observer status before the African Commission. Most likely, commercial organizations and businesses do not have legal standing (Hoeffner 2016: 850-51). Similar to the Commission, the Court does not require an applicant to identify a specific victim or a group of victims, considering it sufficient if a case “is of particular interest to all citizens as it has a direct or indirect bearing on their individual rights and the security and well-being of their society and country” (*XYZ v Benin*, ACtHPR 2020: 49).

3.3. Conclusion

The African and Inter-American human rights systems have much in common. Neither of them requires that the petitioner be the victim him- or herself; it is sufficient to report a specific human rights violation (Schall

2008: 424-25). In addition, by accepting cases filed on behalf of entire groups of victims, both have shifted the regime away from an individualistic paradigm and moved towards objective interest litigation (Grant 2015: 165-67). This broad legal standing is “extremely advantageous to NGOs and others, individuals and groups, raising issues of environmental degradation” (Meijknecht 2015: 193).

The ACmHPR itself has recognized that its practice is “somewhat similar to the *actio popularis* position under the Inter-American system” (Spilg and others v Botswana, ACmHPR 2013: 81). Nonetheless, the Inter-American system expressly rejects *actio popularis* and requires groups of victims to be defined and identifiable by a common feature of indigenouness or affectation by a localized event of pollution. By contrast, the African system admits claims brought by very broad and undefined groups. Most likely, this can be traced back to the existence of the notion of “peoples” in the African Charter. However, although the African *actio popularis* approach *de facto* gets very close to objective interest litigation, the requirement of an affectation of human victims remains indispensable.

4. Legal standing before courts for regional economic integration

Between the 1980s and early 2000s, the world witnessed an increase in the number of international judicial and quasi-judicial bodies, referred to as “proliferation of international courts” (Alter and Hooghe 2016: 541-42). Most of these courts are embedded in regional arrangements for economic and political integration as well as trade liberalization, and are modelled after the Court of Justice of the European Union (CJEU) (Alter 2014: 65-73).

This means that, besides being able to receive requests for preliminary references from national courts seeking guidance on the interpretation of Community law (*preliminary reference procedure*), these courts can examine violations of Community law by either the member states (*infringement procedure*) or organs and institutions of the Community (*annulment procedure*). It should be noted that these courts do not always apply this European terminology, but I will make use of it to facilitate the comparison. In the context of environmental litigation, the power to hear infringement cases against the member states is crucial. Whereas the CJEU can only hear infringement actions brought by the European Commission or another member state (Articles 258-260 of the Treaty on the Functioning of the European Union 1957), its African and Latin American counterparts have provided private entities with legal standing to submit cases against member states.

4.1. ECOWAS Court of Justice

The ECOWAS CJ was created in 2001 and is the chief judicial organ of the Economic Community of West African States (ECOWAS). It was initially designed to settle economic disputes between member states, and legal standing in infringement procedures against member states was only granted to other member states and the Executive Secretary of the Community (Article 9 of the Original Protocol on the ECOWAS Court 1991).

However, the powers of the Court were expanded in 2005, when the member states vested the Court with the power to hear human rights disputes (Articles 9(4), 10(d) of the Amended Protocol on the ECOWAS Court). Somewhat paradoxically, this means that the ECOWAS CJ is officially a court for regional integration but it *de facto* operates as a human rights court, as private entities cannot challenge violations of Community law, but only violations of human rights.

The Court accepts petitions brought by private actors if these can assert that human rights have been violated. However, unlike the Inter-American and African human rights systems, the ECOWAS CJ has granted legal standing only to *victims* of human rights violations, meaning the natural or legal person “who suffers directly or indirectly any harm or pain [...], emotional suffering [...], economic loss [...] or any impairment that can be categorized as human rights violation” (Reverend Mfa and others v Nigeria and others (Fulani Herdsmen), ECOWAS CJ 2019: 33, 35). Applications can be filed on behalf of the victim by an authorized NGO or relatives of the victim, unless the victim is not capable of providing authorization (Osaghae and others v Nigeria, ECOWAS CJ 2017: 18; Reverend Mfa and others v Nigeria and others (Fulani Herdsmen), ECOWAS CJ 2019: 36-38).

Corporations can also assert a position as victims if they are deprived of “rights [that] are fundamental and necessary for the existence of a corporate body,” such as the freedom of speech when advertising a product, the right to property, and the right to a fair hearing (Dexter Oil Ltd v Liberia, ECOWAS CJ 2019: 56-60, 68-72, 77).

However, when the rights of a “large group of individuals or even entire communities” are violated, the Court expressly allows cases to be submitted by NGOs in the public interest, without proof of authorization (SERAP v Nigeria (Ogoniland), ECOWAS CJ 2010: 61). Hence, an NGO “need not show that [it] has suffered any personal injury or has a special interest [...], [but] must merely establish that there is a public right which is worthy of protection which has allegedly been breached and that the matter is justiciable” (SERAP v Nigeria and UBEC, ECOWAS CJ 2009: 33; Reverend Mfa and others v Nigeria and others (Fulani Herdsmen), ECOWAS CJ 2019: 59-64). The Court relied on the

Aarhus Convention (1998), considering that there was “persuasive evidence of an international *communis opinio juris* in allowing NGOs to access the Courts for protection of Human Rights related to the environment” (SERAP v Nigeria (Ogoniland), ECOWAS CJ 2010: 58). More recently, the Court has clarified that *actio popularis* is possible on behalf of an identifiable group, but also to protect “a public interest unrelated to any ascertained group” (SERAP v Nigeria, ECOWAS CJ 2021: 44-46).

It is necessary that the NGO be “duly constituted according to the national law of any ECOWAS Member State and enjoying observer status before ECOWAS institutions” (SERAP v Nigeria (Ogoniland), ECOWAS CJ 2010: 61). The Court is strict in this requirement. *Osaghae and others v Nigeria*, a case filed by a group of individuals, was dismissed by the Court due to a lack of legal standing. The Court held that a group of individuals not organized as an NGO has access only if they can either prove a personal affectation and thus assert a special victim position or if they have been authorized by the victims (ECOWAS CJ, 2017: 14-18).

4.2. East African Court of Justice

The EACJ is expressly empowered to examine violations of Community law alleged by private legal and natural persons, such as individuals, NGOs and corporate entities. In fact, Article 30(1) of the Treaty Establishing the EAC (1999) provides that any person who is resident in a member state may request the Court to determine the legality of an act of a member state, on the grounds that such an act infringes the provisions of EAC Treaty. Most importantly, the EACJ itself has explained that “none of the provisions [...] requires directly or by implication the claimant to show a right or interest that was infringed and/or damage that was suffered as a consequence of the matter complained of in the reference” (*Anyang’ Nyong’o and others v Kenya*, EACJ First Instance Division 2007: 16-17).

In other words, the EAC Treaty expressly allows for objective public interest litigation (see Milej 2018: 113; Onoria 2010: 159). The advantages for environmental litigation become clear in *ANAW v Tanzania (Serengeti Highway)* (EACJ First Instance Division 2014; confirmed in *Tanzania v ANAW*, EACJ Division of Appeal 2014), where an NGO contended that the construction of the Serengeti Highway by Tanzania constituted a violation of several environmental provisions of the EAC Treaty. In its judgment, the EACJ made no mention of affected humans and found Tanzania in breach of Community law solely due to the effects of the construction project on local flora and fauna.

In addition, the EACJ has accepted human rights cases if a clear connection to democracy and the rule of law, which are provided for in the EAC Treaty, could be established (*Katabazi and others v Secretary General of the EAC and Uganda*, EACJ First Instance Division 2007).

4.3. Caribbean Court of Justice

The Caribbean Court of Justice was founded in 2005 and has two tasks: (1) under its original jurisdiction, it interprets the regional law of CARICOM, and (2) under its appellate jurisdiction, it serves as a final court of appeal for those CARICOM member states that have acceded to its appellate jurisdiction.

In the exercise of its original jurisdiction, the CCJ shares many similarities with its East African sibling, mostly because many member states have inherited the common law legal system from their former colonial occupiers. Nonetheless, the CCJ does not provide for objective interest litigation. Instead, private entities such as individuals and companies (the Court has not yet heard a case brought by an NGO) asserting a violation of Community law by a member state or the Community itself must apply for “special leave” to be granted by the CCJ. This requires that a right is conferred to the applicant by or under the Revised Treaty of Chaguaramas (2001) to the direct benefit of the applicant, and the applicant has been prejudiced in respect of the enjoyment of this right (Article 222 of the Revised Treaty of Chaguaramas). In this regard, the Court has explained: “For the most part, the Treaty does not explicitly confer rights. [...] [M]any of the rights are to be derived or inferred from correlative obligations imposed upon the Contracting Parties” (*Trinidad Cement Ltd v Guyana*, CCJ 2009: 32).

The CCJ has not been called to date to decide on a violation of environmental Community law. Although it is not unthinkable that private entities could rely on environmental obligations contained in CARICOM law, several important hurdles persist. Firstly, it is difficult to assert a violation of environmental obligations by a member state, as the Revised Treaty imposes such obligations almost exclusively on the Community (see for instance Articles 55-60 of the Revised Treaty of Chaguaramas). Secondly, legally binding environmental acts issued by CARICOM organs are virtually non-existent.

4.4. Central American Court of Justice

The Central American Court of Justice, created in 1991, is the main judicial body of the Central American Integration System (*Sistema de Integración*

Centroamericano, SICA). Despite the strong intergovernmental nature of the SICA, Community law has important supranational features, such as supremacy over national law, immediate applicability without the need for an act of domestication, and direct effect for Central American citizens (Advisory Opinion 1-1-3-97, CACJ 1997: *Considerando* III; Salazar Grande and Ulate Chacón 2013: 225-236). Pursuant to Article 25 of the Statute of the CACJ (1992), the Court is expressly prohibited from hearing human rights cases.

However, not unlike the CCJ's doctrine of "correlative rights", the CACJ has created a concept of "Community rights", which can be collective or individual, and consist of rights derived from the Protocol of Tegucigalpa (1991), the founding act of SICA. According to the Court, "the Tegucigalpa Protocol establishes [...] general rights that, once incorporated into Community Law, are opposable by the social conglomerate or individuals, in their capacity as Collective or Individual Community Rights, against the acts and decisions of the Bodies of the Central American Integration System and of the States that comprise it" (Advisory Opinion 1-18-2-2010, CACJ 2010: *Considerando* IX, X, own translation).

Nonetheless, in its practice, the Court's application of these Community rights has been inconsistent. This becomes visible in *FONARE and FUNDENIC v Costa Rica (San Juan River)* (CACJ 2012), where two Nicaraguan NGOs challenged the construction of a highway along the San Juan river by Costa Rica, without appropriate environmental impact assessment, public participation or cooperation with the neighbouring Nicaragua. Like in *ANAW v Tanzania (Serengeti Highway)* (EACJ 2014), the claimants did not contend any affectation of human beings or the NGO itself by the construction works, and instead merely relied on the objective violation of SICA environmental law.

Interestingly, the Court declared the case admissible and issued a decision on the merits, without examining the legal standing of the NGOs or whether they had been aggrieved by the challenged act. Hence, the Court effectively opened the door for objective interest litigation in the Central American system. Interviews conducted by the author with officials of the CACJ confirm that there is no entirely coherent explanation for the Court's decision. However, as explained by one Magistrate, the Court may reserve itself some flexibility when it comes to accepting cases brought in the general public interest, especially if the claimants are organized as an NGO that bears a relationship with the public interest at hand. The privileged legal standing of NGOs was explained with the fact that NGOs are expected to be more consistent and predictable in their actions and strategy of litigation than a loose group of affected individuals (Interview with Anonymous CACJ Magistrate 2022).

4.5. Andean Tribunal of Justice

Adhering closely to the European template, the law of the Andean Community (*Comunidad Andina*, CAN) constitutes a fully supranational legal order. The Andean Tribunal of Justice, created in 1984 as the main interpreter of the law of the CAN, has issued several decisions on environmental matters in the areas of trade, intellectual property, agriculture, and illegal mining. Almost all infringement cases before the TJAC are filed by corporate entities. For example, the Tribunal's *Pesticides* cases, relating to the failure of Peru to correctly implement Andean law requiring the establishment of a register for agrochemical pesticides, were advanced by corporations that contended an economic disadvantage from the incorrect implementation of the normative (*Farmagro SA and others v Peru*, TJAC 2009; *Bayer SA and others v Peru*, TJAC 2011; *Farmex SA and others v Peru*, TJAC 2012; *Farmex SA and others v Peru*, TJAC 2013).

According to Article 19 of the Treaty Creating the Court of Justice of the Cartagena Agreement (1999), private actors may initiate an annulment proceeding if the challenged act affects their subjective rights *or* legitimate interests. By contrast, claimants initiating litigation against a member state are required to assert a violation of a "subjective right" pursuant to Article 25 of the Treaty Creating the Court. Initially, the TJAC interpreted these rules in a manner that permitted objective interest litigation in cases brought against organs of the Community (*Moyano Bonilla v Andean Commission*, TJAC 2002: 6-7; *Eliantonio and Roer-Eide* 2014: 37-39), but subjected cases against member states to a much higher threshold (*Moyano Bonilla v Colombia*, TJAC 2002).

However, in 2017, the Tribunal unified the criteria for both types of proceedings and held that *both* cases filed against a member state and the Community required that claimants demonstrate the affectation of either a legitimate interest *or* a subjective right (*Vélez Escalón v Colombia*, TJAC 2017: 1.8). Both concepts are now interpreted narrowly. A "legitimate interest" implies an affectation of the claimant's "real, potential, patrimonial or moral" interest, a "general" or "abstract" interest of all citizens or even a group of citizens no longer being sufficient (*Vélez Escalón v Colombia*, TJAC 2017: 1.7; *Flores Maravilla SA v Colombia*, TJAC 2017: 3.1.16; see also *Asograsas v Andean Commission*, TJAC 2016). Moreover, the affectation of a subjective right or legitimate interest must be "actual, immediate, real, specific, and direct" (*Flores Maravilla SA v Colombia*, TJAC 2017: 3.1.12; *Flores Maravilla v Colombia (Recurso de consideración)*, TJAC 2017: 3.2.6).

The TJAC does not examine the violation of international human rights law. Hence, the "subjective rights" must emanate from Andean Community law. However, there is currently no conceptualized notion of correlative rights or Community rights as developed by the CCJ and CACJ. Since the Tribunal has

not specified exactly which instruments of Andean law can confer rights upon private entities, at least not outside the economic context, it remains unclear whether environmental rights can be separated from Andean law. In its 2010 brochure “Rights for Andean Citizens”, the General Secretariat of the Andean Community listed a series of environmental rights that can be derived from Andean law, but it is not certain whether the Tribunal will follow this approach.

4.6. Conclusion

As this chapter shows, there is a considerable degree of variation in the rules governing legal standing before courts for regional integration. The ECOWAS CJ has effectively become a human rights court and its rules are not very different from the above-mentioned human rights courts, with the exception that the ECOWAS CJ places an even greater emphasis on the role of NGOs. As the EACJ also hears human rights related claims under its *implied mandate*, both the ECOWAS CJ and EACJ operate in parallel with the African human rights system. This provides litigants with a choice between alternative fora. One reason why many have preferred the EACJ and ECOWAS CJ to the panregional system is their lack of a requirement to exhaust domestic remedies. The EACJ, moreover, openly allows for objective interest litigation.

The CCJ, TJAC and CACJ accept claims brought by private entities whose Community rights have been affected, but whereas the CACJ has allowed objective interest litigation, the TJAC has taken a narrow approach. Generally, Latin American courts have been much more willing to adhere to the traditional separation between human rights and economic integration than their African counterparts.

5. Legal standing in the Aarhus Convention and Escazú Agreement

Finally, as a point of reference, it is worth comparing these rules to the access rules of the Compliance Committees of the Aarhus Convention and the Escazú Agreement. For the sake of clarification, it is worth mentioning that these Compliance Committees are quasi-judicial bodies that, unlike courts, cannot issue legally binding decisions.

5.1. Aarhus Convention

The Aarhus Convention was adopted in 1998 under the auspices of the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE). It includes 47

members, including all EU members and the EU itself. It grants private individuals procedural and participatory rights in environmental matters, such as the right to information, participation in decision-making, and access to justice. The correct implementation of the Convention is monitored by a Compliance Committee, which can receive submissions by member states, the Convention's Secretariat, or a member of the public (Article 15 of the Aarhus Convention 1998; Decision I/7 on Compliance Review, Aarhus MoP 2004). The Committee can issue recommendations to the member states on compliance with the Convention.

The Aarhus Convention makes a distinction between “the public” and “the public concerned”, the latter implying the public affected or likely to be affected by, or having an interest in, the environmental decision-making (Article 2 Nos 4 and 5 of the Aarhus Convention). However, this distinction amounts to little practical relevance as the “public concerned” implies a broad “category of the public that has an unspecified interest in the decision-making procedure” (UNECE 2014: 57). This includes both citizens and non-citizens (Article 3(9) of the Aarhus Convention). In addition, special importance is awarded to environmental NGOs, whose role in enabling a more participatory democracy is emphasized (Jans 2003: 55; see also Preamble of the Aarhus Convention). Indeed, NGOs are regarded as representing the “public concerned” *vis-à-vis* environmental authorities, regardless of whether they or their members have been affected (see for instance Hungary ACCC/C/2004/04, Aarhus Compliance Committee 2005).

Hence, the Committee examines the violation of the Aarhus Convention, which is a human rights treaty. However, it does not require the identification of specific victims (the victim being “the public” or “the public concerned”), and it is satisfied with an assertion of an objective violation of these rules. In essence, this amounts to objective interest litigation on the basis of a human rights instrument. Naturally, human rights based litigation asserting the violation of the Convention by a specifically affected person or a group is also possible.

5.2. Escazú Agreement

The Escazú Agreement (*Acuerdo de Escazú*) was signed in 1985 by 25 Latin American and Caribbean states. It contains an ample set of rights of access to environmental information, public participation in environmental decision-making, access to environmental justice, and a healthy environment. In 2022, the member states adopted a decision to establish the Compliance Committee (Article 18 of the Escazú Agreement 2018; Decision I/3 on Compliance Review, Escazú MoP 2022). The Committee will be able to receive communications

from member states or members of the public (Decision I/3 on Compliance Review, Escazú MoP 2022: V.1). Because the mechanism was established only recently, it cannot yet be said how the Committee will interpret these access rules relating to members of the public.

However, scholars have already pointed out some factors. As Jendroška observes, unlike the Aarhus Convention, the Escazú Agreement does not make a difference between “the public” and “the public concerned” (Jendroška 2021: 347). Also, the members of the “public” are limited to nationals of a member state or subject to the national jurisdiction of a member state (Article 2(d) of the Escazú Agreement). As a consequence, the reach of the Agreement in trans-boundary situations remains limited (Stec and Jendroška 2019: 12). Also, the Escazú Agreement does not provide for a privileged position of environmental NGOs (Stec and Jendroška 2019: 5; Jendroška 2021: 349). Instead, it awards importance to the participation of “persons or groups in vulnerable situations”, especially indigenous peoples. It remains to be seen how the Compliance Committee will interpret its standing rules in the light of these provisions.

6. Conclusions

This article shows how different judicial and quasi-judicial bodies have interpreted their procedural rules on active legal standing by private parties in environmental litigation. Accordingly, three interesting trends and tendencies can be identified from this study.

Firstly, it can be observed that human rights bodies in Africa and Latin America have moved towards objective interest litigation. Objective interest litigation is not traditionally foreseen in human rights litigation, but it has the advantage that the claimant is not required to assert that a human is affected by a state’s violation of its obligations under human rights law. The IACm/CtHR have taken the first step by introducing the concept of collective victims. Nonetheless, litigation in the name of an abstract collective or general public interest is expressly excluded and the Commission requires that victims constitute an identifiable group. The ACmHPR has taken up this paradigm shift. Relying on the concept of “peoples” in the African Charter, it has developed the notion of “peoples” as victims, and waived the necessity to identify individual victims. Despite this considerable expansion of group litigation, however, the existence of affected human beings remains an indispensable condition.

The ECOWAS CJ has gone a step further. Whereas it has rejected collective human rights litigation unless each litigant could demonstrate that it has been individually affected, it has accepted cases brought by NGOs contending that

a “public right” was breached. By implying that “the public” itself could constitute a victim of human rights violations, the ECOWAS Court has opened the door to objective interest litigation before human rights courts. This approach has clearly been inspired by the approach applied by the Aarhus Compliance Committee, which permits both objective interest and human rights based litigation on the basis of the Aarhus Convention. The fact that an international court adopts an approach developed by a quasi-judicial compliance committee demonstrates the persuasive power that may be exercised by the latter. The ACtHPR has recently taken a similar approach.

This development is closely related to a second trend, which consists in awarding NGOs a privileged position in environmental litigation. Especially the ACmHPR, the ECOWAS CJ and the Aarhus Compliance Committee have expressly recognized the special position of NGOs as litigants. Similarly, the EACJ, which is expressly empowered to hear cases filed in the objective public interest, has acknowledged the crucial role of NGOs (EALS and others v Kenya, EACJ First Instance Division 2008: 16-17). The CACJ has allowed litigants to engage in environmental objective interest litigation, and it appears that one of the decisive reasons was the fact that the claimants were organized as NGOs.

As a third trend, courts for regional integration have developed community rights based approaches that could become relevant in environmental litigation. The CCJ and CACJ have, respectively, required that litigants assert a violation of their “correlative rights” or “Community rights” under Community law, with the CCJ having been more consistent in its application of this concept. Community rights have not been conceptualized in the Andean Community, but varying notions of “Andean rights” have been emerging, disappearing, and re-emerging in the Community for years.

We observe that rules governing legal standing are in constant development. They can oscillate considerably depending on the composition of the bench, the court’s docket, and the political climate in the member states. As the environment becomes more and more important in courts of law, creative approaches can be expected in the future.

Abbreviations

ACmHPR	– African Commission of Human and Peoples’ Rights
ACtHPR	– African Court of Human and Peoples’ Rights
AG	– Attorney General
AU	– African Union
CAN	– Andean Community (<i>Comunidad Andina</i>)
CACJ	– Central American Court of Justice

CARICOM	– Caribbean Community
CCJ	– Caribbean Court of Justice
CJEU	– Court of Justice of the European Union
DRC	– Democratic Republic of Congo
EAC	– East African Community
EACJ	– Court of Justice of the East African Community
ECOWAS	– Economic Community of West African States
ECOWAS CJ	– Court of Justice of the Economic Community of West African States
EU	– European Union
IACmHR	– Inter-American Commission of Human Rights
IACtHR	– Inter-American Court of Human Rights MoP – Meeting of Parties
NGO	– Non-Governmental Organization
OAS	– Organization of American States
OAU	– Organization of African Unity
SICA	– Central American Integration System (<i>Sistema de Integración Centroamericana</i>)
TJAC	– Tribunal of Justice of the Andean Community
UNECE	– United Nations Economic Commission for Europe
UNECLAC	– United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean

References

Legislation

- African Charter on Human and Peoples' Rights (27.06.1981) 26363 UNTS 1520.
- American Convention on Human Rights (22.11.1969) 17955 UNTS 1144.
- American Declaration on the Rights and Duties of Man (02.05.1948) Res. XXX of the Ninth International Conference of American States, OEA/Ser. L/V/I.50 Doc. 6, Rev. 1.
- Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union (25.03.1957) OJ C 326 of 26.10.2012.
- Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) (25.06.1998) 2161 UNTS 37770.
- Convention on the Statute of the Central American Court of Justice (10.12.1992) 31191 UNTS 1821.
- Decisión 472*, Treaty Creating the Court of Justice of the Cartagena Agreement (16.09.1999) GOAC No 483 of 17.09.1999.
- Protocol A/PL/7/91 on the Community Court of Justice (06.07.1991) 14843 UNTS 2375, as amended by the Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 (19.01.2005).
- Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (10.06.1998) (unreported).
- Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazú Agreement) (04.03.2018) UNTS 56654.

- Report of the First Meeting of the Parties, Addendum, Decision I/7 on Compliance Review (02.04.2002) ECE/MP.PP/2/Add.8.
- Report of the First Meeting of the Parties, Decision I/3 on Rules Relating to the Structure and Functions of the Committee to Support Implementation and Compliance Review (22.04.2002) 22-00344.
- Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community Including the CARICOM Single Market and Economy (05.07.2001) 40269 UNTS 2259.
- Rules of Procedure of the African Commission on Human and Peoples' Rights (2020) (unreported).
- Treaty for the Establishment of the East African Community (30.11.1999) 37437 UNTS 2144.

Judicial decisions

- Hungary ACCC/C/2004/04*. Aarhus Compliance Committee, 18.02.2005.
- Union Interafricaine Des Droits De L'homme and others v Angola*. ACmHPR, 11.11.1997, 159/96.
- Malawi African Association and others v Mauritania*. ACmHPR, 11.05.2000, 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98.
- Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v Nigeria (Ogoniland)*. ACmHPR, 27.10.2001, 155/96.
- Democratic Republic of Congo v Burundi, Rwanda, Uganda*. ACmHPR, 29.05.2003, 227/99.
- Gunme v Cameroon*. ACmHPR, 27.05.2009, 266/2003.
- Haregewoin Gabre-Selassie and IHRDA (on behalf of former Dergue Officials) v Ethiopia*. ACmHPR, 12.10.2013, 301/05.
- Spilg and others v Botswana*. ACmHPR, 12.10.2013, 277/2003.
- Centre for Independence of Judges and Lawyers v Algeria*. ACmHPR, 13.07.2017, 104/94; 109/94; 126/94.
- Secretary General of SIECA*. CACJ, 11.04.1997, 1-1-3-1997.
- XYZ v Benin*. ACtHPR, 27.11.2020, 010/2020.
- Pérez Campos and Succari v Panama*. CACJ, 18.02.2010, 1-18-2-2010.
- Asociación Foro Nacional De Reciclaje (FONARE) and Fundación Nicaragüense Para El Desarrollo Sostenible (FUNDENIC) v Costa Rica*. CACJ, 21.06.2012, 12-06-12-2011.
- Trinidad Cement Limited v Guyana*. CCJ, 15.01.2009, [2009] CCJ 1 (OJ).
- AG of Tanzania v Africa Network for Animal Welfare (ANAW)*. EACJ Division of Appeal, 29.07.2014, Appeal No 3 of 2014.
- Anyang' Nyong'o and other v AG of Kenya and Others*. EACJ First Instance Division, 29.03.2007, Ref No 1 of 2006.
- Katabazi and others v Secretary General of the EAC and Uganda*. EACJ First Instance Division, 31.10.2007, Ref 1 of 2007.
- East African Law Society and others v AG of Kenya and Others*. EACJ First Instance Division, 31.08.2008, Ref No 3/2007.
- Africa Network for Animal Welfare (ANAW) v AG of Tanzania*. EACJ First Instance Division, 20.06.2014, Ref No 9 of 2010.

- Registered Trustees of the Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v Nigeria and Universal Basic Education Commission (UBEC)*. ECOWAS CJ, 27.10.2009, ECW/CCJ/APP/0808.
- Registered Trustees of the Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v Nigeria (Ogoniland)*. ECOWAS CJ, 10.12.2010, ECW/CCJ/APP/07/10.
- Osaghae and others v Nigeria*. ECOWAS CJ, 10.10.2017, ECW/CCJ/JUD/03/17.
- Dexter Oil Limited v Liberia*. ECOWAS CJ, 06.02.2019, ECW/CCJ/APP/24/17.
- Reverend Mfa and others v Nigeria and others (Fulani Herdsmen)*. ECOWAS CJ, 26.02.2019, ECW/CCJ/JUD/06/19.
- Registered Trustees of the Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v Nigeria*. ECOWAS CJ, 26.04.2021, ECW/CCJ/JUD/08/21.
- Diaz and others v Colombia*. IACmHR, 12.03.1997, Petition 11.227.
- Mevopal Sociedad Anónima v Argentina*. IACmHR, 11.03.1999.
- Constitutional Court v Peru*. IACmHR, 24.09.1999, Series C No 55.
- Yakye Axa Indigenous Community of the Enxet-Lengua People v Paraguay*. IACmHR, 27.02.2002, Petition 12.313.
- Panama Metropolitan Reserve v Panama*. IACmHR, 22.10.2003, Petition 11.533.
- Maya Indigenous Communities of the Toledo District v Belize*. IACmHR, 12.10.2004, Petition 12.053.
- Community of San Mateo De Huanchor and its Members v Peru*. IACmHR, 15.10.2004, Petition 504-03.
- Chang Bravo v Guatemala*. IACmHR, 24.07.2008, Petition 283-06.
- Community of La Oroya v Peru*. IACmHR, 05.09.2009, Petition 1473-06.
- Inhabitants of the „Barão De Mauá” Residential Complex v Brazil*. IACmHR, 12.07.2012, Petition 1073-05.
- Navarro Pizarro and others v Colombia*. IACmHR, 01.12.2021, Petition 638-12.
- Saramaka People v Suriname*. IACtHR, 28.11.2007, Series C No 172.
- Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity) (OC-23/17)*. IACtHR, 15.11.2017, Series A No 23.
- Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v Argentina*. IACtHR, 06.02.2020, Series C No 400.
- Moyano Bonilla v Commission of the Andean Community*. TJAC, 01.02.2002, 14-AN-2001. GOAC 991.
- Moyano Bonilla v Colombia*. TJAC, 29.05.2002, 75-AI-2001. GOAC, No 825.
- Farmagro SA and Others v Peru*. TJAC, 27.01.2009, 05-AI-2008. GOAC 1824.
- Bayer Sociedad Anónima and others v Peru*. TJAC, 22.06.2011, 02-AI-2010. GOAC 1973.
- Farmex Sociedad Anónima and others v Peru*. TJAC, 19.07.2012, 01-AI-2011. GOAC 2086.
- Farmex Sociedad Anónima and others v Peru*. TJAC, 26.07.2013, 01-AI-2012. GOAC 2265.
- Asociación Colombiana de la Industria de Grasas y Aceites Comestibles v Commission of the Andean Community*. TJAC, 19.05.2016, 01-RO-2015.
- Vélez Escalón v Colombia*. TJAC, 07.07.2017, 01-AI-2015. GOAC 3100.
- Flores Maravilla Sociedad Anónima v Colombia*. TJAC, 03.10.2017, 03-AI-2017. GOAC 3143.

Flores Maravilla Sociedad Anónima v Colombia (Recurso De Consideración). TJAC, 17.11.2017, 03-AI-2017. GOAC, No 3143.

Secondary sources

- Aceves, William. 2003. *Actio Popularis – the Class Action in International Law*. University of Chicago Legal Forum (1): 353–402.
- Alter, Karen. 2014. The Multiplication of International Court and Tribunals After the End of the Cold War. In: *The Oxford Handbook of International Adjudication*, (eds.) Cesare Romano and Karen Alter, Yuval Shany 68–89. Oxford/New York: OUP.
- Alter, Karen. 2014. *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton/Oxford: PUP.
- Alter, Karen and Liesbet Hooghe. 2016. Regional Dispute Settlement. In: *The Oxford Handbook of Comparative Regionalism*, (eds.) Tanja Börzel, Thomas Risse, 538–58. Oxford: OUP.
- Alter, Karen and Laurence Helfer, Mikael Rask Madsen, eds. 2018. *International Court Authority*. Oxford: OUP.
- Börzel, Tanja and Thomas Risse, eds. 2016. *The Oxford Handbook of Comparative Regionalism*. Oxford: OUP.
- Eliantonio, Mariolina, and Haakon Roer-Eide. 2014. Regional Courts and Locus Standi for Private Parties: Can the CJEU Learn Something from the Others? *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 13(1): 27–53.
- Faúndez Ledesma, Héctor. 2008. *The Inter-American System for the Protection of Human Rights: Institutional and Procedural Aspects*. 3rd ed. San José: IIDH.
- Peel, Jacqueline and Jolene Lin. 2019. Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. In: *American Journal of International Law* 113(4): 679–726.
- General Secretariat of the Andean Community. *Derechos Del Ciudadano Andino*. https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/2011225165851derechos_CAN.pdf (accessed 13.07.2022).
- Graaf, Kars de and Bert Marseille, Sacha Prechal, Rob Widdershoven, Heinrich Winter, eds. 2021. *Grensoverstijgende Rechtsbeoefening*. Zutphen: Uitgeverij Paris.
- Grande Salazar and César Ernesto, Enrique N. Ulate Chacón. 2013. *Manual De Derecho Comunitario Centroamericano*. 2nd ed. San Salvador: Imprenta y Offset Ricaldone.
- Grant, Evadne. 2015. International Human Rights Courts and Environmental Human Rights: Re-Imagining Adjudicative Paradigms. *Journal of Human Rights and the Environment* 6(2): 156–176.
- Grotius, Hugo. 2005. The Rights of War and Peace (1625). In: *Natural Law and Enlightenment Classics*, (eds.) Knud Haakonssen and Richard Tuck 1. Indianapolis: Liberty Fund.
- Haakonssen, Knud and Béla Kapossy, Richard Whatmore, eds. 2008. *Natural Law and Enlightenment Classics*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Haakonssen, Knud and Richard Tuck, eds. 2005. *Natural Law and Enlightenment Classics*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Hirschl, Ran. 2006. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. *Fordham Law Review* (75): 721–754.

- Hoeffner, Werner. 2016. L'accès de l'individu à la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. *Revista Jurídica del Centro Universitario Curitiba* 43(2): 825–883.
- Jans, Jan. 2003. EU Environmental Policy and the Civil Society. In: *The European Convention and the Future of European Environmental Law*, (ed.) Jan Jans, 55–67. Groningen: Europa Law Publishing.
- Jans, Jan. Ed. 2003. *The European Convention and the Future of European Environmental Law*. Groningen: Europa Law Publishing.
- Jendroška, Jerzy. 2021. Procedural Environmental Rights: Observations on the Escazú Agreement as compared with the Aarhus Convention. In: *Grensoverstijgende Rechtsbeoefening*, (eds.) Kars de Graaf, Bert Marseille, Sacha Prechal, Rob Widdershoven, Heinrich Winter, 345–53. Zutphen: Uitgeverij Paris.
- Kruger, Thalia. 2008. Regional Organisations and their Dispute Settlement Bodies. *De Jure* 41 (2): 305–319.
- Lindblom, Anna-Karin. 2009. *Non-Governmental Organisations in International Law*. New York: CUP.
- Lukic, Sebastian. *The Rise of International Environmental Law in Litigation and Arbitration*. <https://www.schoenherr.eu/content/the-rise-of-international-environmental-law-in-litigation-and-arbitration/> (accessed 12.08.2022).
- Martin, Claudia. 2006. The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System. *Leiden Journal of International Law* 19(2): 491–504.
- Meijknecht, Anna. 2015. The Contribution of the Inter-American Human Rights System to Sustainable Development. In: *Regional Environmental Law – Transregional Comparative Lessons in Pursuit of Sustainable Development*, (eds.) Werner Scholtz, Jonathan Verschuuren, 177–219. Cheltenham: Elgar.
- Milej, Tomasz. 2018. Human Rights Protection by International Courts – What Role for the East African Court of Justice. *African Journal of International and Comparative Law* 26(1): 108–129.
- Onoria, Henry. 2010. Locus Standi of Individuals and Non-State Entities Before Regional Economic Integration Judicial Bodies in Africa. *African Journal of International and Comparative Law* 18(2): 143–169.
- Parlett, Kate. 2011. *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*. New York: CUP.
- Pasqualucci, Jo. 2013. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2nd ed. New York: CUP.
- Pedersen, Morten. 2006. Standing and the African Commission on Human and Peoples' Rights. *African Human Rights Law Journal* 6(2): 407–422.
- Romano, Cesare and Karen Alter, Yuval Shany, eds. 2014. *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford/New York: OUP.
- Schall, Christian. 2008. Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters Before Human Rights Courts: A Promising Future Concept? *Journal of Environmental Law* 20(3): 417–454.
- Scholtz, Werner and Jonathan Verschuuren, eds. 2015. *Regional Environmental Law – Transregional Comparative Lessons in Pursuit of Sustainable Development*. Cheltenham: Elgar.

- Shelton, Dinah. 2015. Legitimate and Necessary: Adjudicating Human Rights Violations Related to Activities Causing Environmental Harm or Risk. *Journal of Human Rights and the Environment* 6(2): 139–155.
- Stec, Stephen and Jerzy Jendrośka. 2019. The Escazú Agreement and the Regional Approach to Rio Principle 10: Process, Innovation, and Shortcomings. *Journal of Environmental Law*: 1–13.
- UN Economic Council for Europe. *The Aarhus Convention – an Implementation Guide*. <https://unece.org/environment-policy/publications/aarhus-convention-implementation-guide-second-edition> (accessed 24.08.2022).
- Vattel, Emer de. 2008. The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns (1758). In: *Natural Law and Enlightenment Classics*, (eds.) Knud Haakonssen, Béla Kapossy and Richard Whatmore. Indianapolis: Liberty Fund.
- Yk, Briang S. 2011. Friends, Persons, Citizens: Comparative Perspectives on Locus Standi and the Access of Private Applicants to Sub-Regional Trade Judiciaries in Africa. *Oregon Review of International Law* 13(2): 355–394.

Volume 20, Issue 2
December 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-10-14
accepted 2022-11-21



O znaczeniu alimentów w systemie pomocy społecznej On the importance of maintenance in the social welfare system

IWONA SIERPOWSKA

Wydział Prawa i Komunikacji Społecznej we Wrocławiu,
SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny
ORCID: 0000-0002-7514-7950, isierpowska@swps.edu.pl

Citation: Sierpowska, Iwona. 2022. O znaczeniu alimentów w systemie pomocy społecznej. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(2): 87–103. DOI: 10.25167/osap.4897.

Abstract: Maintenance is a form of fulfilment of the maintenance obligation, whose purpose is to provide means of subsistence to a family member who cannot meet his or her reasonable needs independently. In public law, maintenance is also given other meanings, in particular its precedence over social benefits is emphasised. Poland's Social Assistance Act treats maintenance as the personal income of a child entitled to it and, on the part of the person named as the debtor, as an expense deductible from income. Past failure to fulfil the maintenance obligation by a resident of a social welfare home is considered as a premise for the exemption of his/her descendants from the fee for staying in the facility. The function of maintenance is recognised in the fact that heads of social welfare centres have the right to bring legal action for maintenance claims on behalf of citizens. Maintenance appears as a tool to protect the social order and axiological order of the social welfare system.

Keywords: maintenance, income in social welfare, social welfare home fee

Abstrakt: Alimenty są formą realizacji obowiązku alimentacyjnego, ich celem jest dostarczenie środków utrzymania członkowi rodziny, który nie może samodzielnie zaspokoić swoich usprawiedliwionych potrzeb. W prawie publicznym alimentom przypisuje się również inne znaczenia, przede wszystkim podkreśla się pierwszeństwo ich dochodzenia przed świadczeniami socjalnymi. W ustawie o pomocy społecznej alimenty traktuje się jako dochód osobisty dziecka uprawnionego do alimentacji, a po stronie zobowiązanego do alimentacji jako wydatek odliczany od przychodu. Zaniedbanie w przeszłości obowiązku alimentacyjnego przez mieszkańca domu pomocy społecznej uznawane jest za przesłankę zwolnienia

jego zstępnych z opłaty za pobyt w placówce. Wyrazem uznania funkcji tych świadczeń jest przyznanie kierownikom ośrodków pomocy społecznej prawa do wytaczania przed sądem powództw o roszczenia alimentacyjne na rzecz obywateli. Alimenty jawią się jako narzędzie ochrony ładu społecznego i porządku aksjologicznego systemu pomocy społecznej.

Słowa kluczowe: alimenty, dochód w pomocy społecznej, opłata za dom pomocy społecznej

1. Wprowadzenie

Trudna sytuacja życiowa człowieka zmusza go do zwrócenia się o pomoc do osób bliskich lub instytucji publicznych. Formą wsparcia są wówczas alimenty lub świadczenia z pomocy społecznej. Zasadniczo każda z tych form jest uruchamiana, gdy trudnej sytuacji życiowej towarzyszy brak zdolności do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb. To właśnie te przesłanki można uznać za wspólny mianownik alimentów i świadczeń z pomocy społecznej. Jednak mimo pewnych podobieństw obydwa typy świadczeń zachowują względem siebie odrębność. Alimenty wiążą się z samopomocą rodziny, troską o byt osób najbliższych, natomiast świadczenia z pomocy społecznej wyrażają ideę solidarności członków społeczeństwa z jednostką i są uruchamiane dopiero, gdy rodzina nie spełnia swoich funkcji. Świadczenia z pomocy społecznej pełnią zatem subsydiarną rolę względem alimentów. Niemniej zależność ta nie została wprost wyrażona w przepisach prawa.

Alimentacja jest zagadnieniem międzygałęziowym, główne jej unormowania zostały zawarte w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, poza tym zagadnienie to znajduje odzwierciedlenie w przepisach o funduszu alimentacyjnym, przepisach prawa karnego, postępowania cywilnego oraz regulacjach dotyczących egzekucji. Do alimentów odwołuje się również Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (dalej: u.p.s.), jednakże nie w kontekście traktowania ich jako principium względem świadczeń socjalnych (przynajmniej nie bezpośrednio). Ustawodawca przypisuje alimentom i obowiązkowi alimentacyjnemu inne znaczenia i to właśnie one będą przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu. Celem artykułu jest zbadanie tych znaczeń oraz skutków, jakie wywołują one na gruncie analizowanej ustawy, a tym samym ustalenie roli alimentów w systemie pomocy społecznej.

Tytułem wprowadzenia warto przybliżyć podstawowe zagadnienia związane z alimentacją. Alimenty są formą realizacji obowiązku alimentacyjnego. Jego najważniejszymi cechami są: istnienie więzi rodzinno-prawnej między zobowiązanym a uprawnionym do alimentacji; brak możliwości samodzielnego zaspokojenia przez uprawnionego usprawiedliwionych potrzeb życiowych; majątkowa i zarobkowa możliwość realizacji obowiązku przez osobę nim obciążoną

oraz zgodność z zasadami współżycia społecznego roszczenia alimentacyjnego zgłoszonego przez osobę pełnoletnią (Andrzejewski 2018: 146). Zasadniczo alimenty przyjmują postać kwot pieniężnych przekazywanych cyklicznie osobie uprawnionej. Mogą być one świadczone również w naturze, choć współcześnie rzadko się to zdarza. W powszechnym odbiorze alimenty utożsamiane są z realizacją obowiązku pieniężnego przez rodzica na rzecz dziecka. W systemie pomocy społecznej równie ważne miejsce zajmuje alimentacja w odwrotnym kierunku: od dziecka do rodzica, i to właśnie ten rodzaj realizacji obowiązku alimentacyjnego budzi największe kontrowersje oraz dylematy moralne i będzie przedmiotem dalszych rozważań.

2. Alimenty w ustawie o pomocy społecznej

W ustawie o pomocy społecznej problematyka alimentacji została poruszona w różnych kontekstach znaczeniowych. Po pierwsze, alimenty zostały wskazane jako składnik dochodu dziecka. Po drugie, uznano je za specyficzny rodzaj obciążenia, który można odliczyć od przychodu. Po trzecie, problematyka alimentacji w kontekście zaniedbań obowiązków rodzicielskich została przywołana przy stosowaniu zwolnień w ponoszeniu odpłatności za pobyt wstępnego w domu pomocy społecznej. Po czwarte, kierownikom wybranych jednostek organizacyjnych pomocy społecznej przyznano prawo do wytaczania powództw o roszczenia alimentacyjne na rzecz obywateli. Poza wskazanymi obszarami prawnej regulacji, w których ustawodawca posługuje się *expressis verbis* pojęciem „alimentów” i „alimentacji”, w systemie pomocy społecznej omawiana problematyka nabiera doniosłości również w innych kontekstach. Za szczególnie istotne należy uznać zderzenie prawa do alimentacji z korzystaniem ze świadczeń socjalnych, a tym samym rozstrzygnięcie dylematu, czy osobom, które mogą dochodzić alimentów od członków rodziny, należy udzielić świadczeń z pomocy społecznej. Równie ważną kwestią z prawnego i moralnego punktu widzenia wydaje się zobowiązanie do alimentacji członków rodziny mieszkańca domu pomocy społecznej, którzy ponoszą opłatę za jego pobyt w placówce.

3. Alimenty a dochód

Przepływ środków pieniężnych w ramach realizacji obowiązku alimentacyjnego ma wpływ na sytuację dochodową zarówno osoby uprawnionej, jak i zobowiązanej do alimentacji. W pomocy społecznej wysokość dochodu jest jednym z głównych kryteriów ustalania uprawnień do świadczeń i odpłatności za nie. Jeżeli o pomoc społeczną ubiega się jedna ze stron stosunku alimentacyjnego, to realizacja omawianego obowiązku ma fundamentalne znaczenie

dla udzielenia pomocy. Co do zasady alimenty traktowane są jako dochód osoby, która je otrzymuje. Nierzadko w imieniu osoby uprawnionej środkami z alimentacji dysponuje inna osoba, zazwyczaj jest nią rodzic. W tej sytuacji na gruncie stosowania ustawy o pomocy społecznej może powstać wątpliwość, czy omawiane środki należy przypisać dziecku, czy jego opiekunowi. Sąd ustawodawca zdecydował o zamieszczeniu w przepisach ustawy definicji legalnej dochodu dziecka, z której wynika *explicite*, że otrzymywane alimenty są właśnie takim dochodem (art. 6 pkt 2 u.p.s.), ponieważ dziecko występuje tu jako podmiot uprawniony (Kasprzak i Nowicka 2021: 44–45). W praktyce nabiera to znaczenia w sytuacjach, gdy do ustalenia prawa do świadczenia istotny jest nie tylko dochód przypadający na członka rodziny, ale i dochód osobisty osoby ubiegającej się o pomoc. Dotyczy to w szczególności postępowań o przyznanie zasiłku stałego. Może się o niego ubiegać m.in. pełnoletnia osoba pozostająca w rodzinie, niezdolna do pracy z powodu wieku lub całkowicie niezdolna do pracy, jeżeli jej dochód, jak również dochód na osobę w rodzinie są niższe od kryterium dochodowego przypadającego na członka rodziny (art. 37 ust. 1 pkt 2 u.p.s.). Jeżeli o zasiłek stały ubiega się opiekun prawny dziecka otrzymującego alimenty, to ich kwota nie jest dochodem osobistym tego opiekuna, a dochodem dziecka. Takie przyporządkowanie alimentów niejednokrotnie przesądza o przyznaniu prawa do zasiłku stałego, gdyby uznać je za dochód rodzica, to w większości przypadków przyznanie świadczenia byłoby niemożliwe z powodu przekroczenia dochodu osobistego.

W unormowaniach dotyczących dochodu alimenty po raz drugi wymienione są wśród składników pomniejszających przychód. Tym razem mają one znaczenie dla osoby, na której ciąży obowiązek alimentacyjny, ubiegającej się o świadczenie z pomocy społecznej. Jak już zaznaczono, prawo do świadczeń przysługuje osobie, której dochód nie przekracza kryterium ustawowego*. W myśl art. 8 ust. 3 u.p.s. za dochód uważa się sumę miesięcznych przychodów z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku lub – w przypadku utraty dochodu – z miesiąca, w którym wniosek został złożony, bez względu na tytuł i źródło ich uzyskania, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, pomniejszoną o: 1) miesięczne obciążenie podatkiem dochodowym od osób fizycznych i koszty uzyskania przychodu; 2) składki na ubezpieczenie zdrowotne określone w przepisach o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ubezpieczenia społeczne określone w odrębnych przepisach; 3) kwotę alimentów świadczonych na rzecz innych osób. Przytoczone przepisy wskazują, że osoba realizująca obowiązek alimentacyjny może pomniejszyć swój

* Dochód osoby samotnie gospodarującej nie może przekroczyć kwoty 776 zł, dochód przypadający na osobę w rodzinie – 600 zł.

przychód o kwotę alimentów, tym samym jest ona korzystniej traktowana od osoby, na której taka powinność nie ciąży. Z unormowań tych wypływa konstatacja o uprzywilejowanym potraktowaniu zobowiązanego do alimentacji na gruncie omawianej ustawy. Można jednak wysunąć tezę, że nie tyle chodzi tu o zobowiązanego do alimentacji, co o charakter jego obowiązku.

Analizując treść art. 8 ust. 3 u.p.s., nietrudno dostrzec, że na tle składników pomniejszających przychód alimenty są elementem nietypowym. Odliczenie od przychodu kosztów jego uzyskania, zaliczek na podatek dochodowy i składek ubezpieczeniowych jest bliskie potocznemu rozumieniu dochodu; w przypadku alimentów nie jest to tak oczywiste. Ustawodawca zdecydował się na ich szczególne potraktowanie, zwracając tym samym uwagę na znaczenie obowiązku alimentacyjnego. Żadne inne zobowiązanie nie zostało uznane za tak istotne, by mogło mieć wpływ na obliczenie dochodu na podstawie przepisów ustawy o pomocy społecznej. Wynika to zapewne ze społecznej doniosłości alimentów, z osobistego charakteru tego świadczenia oraz jego celu, jakim jest zaspokajanie potrzeb osoby bliskiej, często niesamodzielnej. Trzeba zaznaczyć, że w świetle przepisów analizowanej ustawy obowiązek alimentacyjny może być realizowany jedynie między osobami, które nie tworzą rodziny w rozumieniu przyjętym przez art. 6 pkt 14 u.p.s. W ujęciu tego przepisu rodziną są osoby spokrewnione lub niespokrewnione pozostające w faktycznym związku, wspólnie zamieszkujące i gospodarujące. Z perspektywy art. 8 ust. 3 u.p.s. znaczenie ma tylko transfer środków pomiędzy osobami nietworzącymi rodziny, jedynie w tym sensie można mówić o uzyskaniu dochodu lub jego pomniejszeniu. Przekazywanie alimentów osobie wspólnie zamieszkującej i gospodarującej nie wywarłoby żadnego skutku prawnego, ponieważ środki pozostawałyby nadal w rodzinie, stanowiłyby jej dochód i byłyby przeznaczone na zaspokojenie potrzeb wspólnoty. Zapatrywanie to potwierdza również orzecznictwo, w wyroku z 8 sierpnia 2008 r. (I SA/Wa 665/08) WSA w Warszawie stwierdził, że dochód może być pomniejszony tylko o „alimenty świadczone na rzecz innych osób aniżeli te pozostające we wspólnym gospodarstwie”.

Zezwalając na odliczenie alimentów od przychodu osoby zobowiązanej do ich przekazywania, ustawodawca wyraził uznanie dla powinności wynikających z pokrewieństwa i małżeństwa. Dowartościował tym samym więzi, które nie zostały potraktowane priorytetowo przy tworzeniu definicji legalnej rodziny. Zasadna wydaje się zatem konkluzja, że szczególny stosunek ustawodawcy do alimentów w przedstawionej regulacji jest związany z istotą obowiązku alimentacyjnego i jego aksjologicznym uzasadnieniem. Absolutnie drugorzędną kwestią jest to, że realizując rzeczony obowiązek, zobowiązany faktycznie nie dysponuje kwotą przekazywanych alimentów. Gdyby ten fakt miał znaczenie, to spłaty pożyczek, kredytów i innych zobowiązań także musiałyby pomniej-

sząc przychód, a tak nie jest. Katalog odliczeń określony w art. 8 ust. 3 u.p.s. jest zamknięty, a ujęcie w nim alimentów świadczy o szczególnym charakterze tego odliczenia.

W art. 8 ust. 3 pkt 3 u.p.s. mowa o alimentach świadczonych na rzecz innych osób. Oznacza to, że warunkiem zastosowania pomniejszenia przychodu jest świadczenie alimentów, a więc ich rzeczywiste przekazywanie, a adresatem takiego transferu musi być inna osoba. Jeżeli obowiązek alimentacyjny nie jest faktycznie wykonywany, osoba zobowiązana nie może odliczyć zasądzonych alimentów od przychodu. Analogicznie takie alimenty nie stanowią dochodu po stronie osoby uprawnionej do ich otrzymania. Wątpliwości budzi możliwość odliczania alimentów płaconych nieterminowo i ściąganych w trybie egzekucji. Wykładnia art. 8 ust. 3 pkt 3 u.p.s. idzie w kierunku odliczania od przychodu nie tylko świadczeń bieżących, lecz także alimentów przekazywanych z opóźnieniem i w trybie przymusowego ściągnięcia, pod warunkiem jednak, że są one realizowane na rzecz innych osób (Nitecki 2013: 142; wyrok WSA w Poznaniu z 30 kwietnia 2021 r., II SA/Po 802/20; wyrok NSA z 18 maja 2020 r., I OSK 1905/19). Istotne jest zatem, żeby otrzymywał je wierzyciel alimentacyjny (jego opiekun prawny), nie ma natomiast znaczenia, czy jest nim dziecko, czy osoba pełnoletnia. Sporną kwestią przez długi czas była możliwość pomniejszenia przychodu o należności zwracane funduszowi alimentacyjnemu. Jej źródłem były sytuacje, w których niezadowolony wierzyciel alimentacyjny otrzymywał świadczenia z funduszu alimentacyjnego, a dłużnik zwracał je wraz z odsetkami na rzecz organu administracji dysponującego funduszem. W orzecznictwie ukształtowały się skrajnie różne stanowiska uznające możliwość odliczania od przychodu należności zwracanych funduszowi i niedopuszczające takiej możliwości (Sierpowska 2020: 93–94). Kres sporom położyła uchwała składu siedmiu sędziów NSA z 21 listopada 2021 r. (I OPS 2/21), w której sąd jednoznacznie stwierdził, że zobowiązania spłacane na rzecz funduszu alimentacyjnego nie są alimentami w rozumieniu art. 8 ust. 3 pkt 3 u.p.s. W związku z tym dłużnicy alimentacyjni spłacający takie należności nie mogą korzystać z uprzywilejowanego sposobu ustalania dochodu w trybie ustawy o pomocy społecznej.

Konkludując tę część rozważań, należy podkreślić wyróżnienie przez ustawodawcę alimentów jako swoistego czynnika kształtującego sytuację dochodową. Uznanie tych świadczeń za dochód dziecka jest zgodne z istotą alimentów, wskazuje bowiem pośrednio, czyje potrzeby to świadczenie ma zaspokajać. Rozwiązanie to oddaje rzeczywiste przeznaczenie alimentów oraz „uwalnia” dochód osobisty opiekuna małoletniego, umożliwiając mu dochodzenie świadczenia (zasiłku stałego), które taki dochód może mu zapewnić. Alimenty jawią się również jako specjalny rodzaj pomniejszenia przychodu, zasługujący na szczególne potraktowanie ze względu na wagę obowiązku alimentacyjnego.

Osoby wypełniające ten obowiązek, które znalazły się w trudnej sytuacji życiowej i ubiegają się o świadczenia z pomocy społecznej, mają możliwość ich uzyskania dzięki korzystniejszej formule obliczania dochodu.

4. Alimenty a odpłatność za pobyt w domu pomocy społecznej

Po raz kolejny pojęcie alimentów zostało użyte w ustawie o pomocy społecznej w kontekście ubiegania się o zwolnienie z obowiązku ponoszenia opłaty za pobyt osoby bliskiej w domu pomocy społecznej. Zanim jednak to zagadnienie zostanie przybliżone, warto odnieść się do normatywnego mechanizmu ustalania opłaty. Formalnie nie znajduje on przełożenia na alimenty, trudno jednak nie dostrzec w nim analogii do tych właśnie świadczeń.

Pobyt w domu pomocy społecznej jest odpłatny. Do ponoszenia opłaty zobowiązany jest mieszkaniec domu – do wysokości 70% jego dochodów, a w dalszej kolejności jego małżonek, zstępni i wstępni (art. 61 ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.s.). Małżonek i krewni ponoszą koszty utrzymania osoby bliskiej w placówce, jeżeli dochód na osobę w ich rodzinie jest wyższy niż 300% kryterium dochodowego na osobę w rodzinie, z tym, że kwota dochodu pozostająca po wniesieniu opłaty nie może być niższa niż 300% kryterium dochodowego na osobę w rodzinie** (art. 61 ust. 2 pkt 1 i 2 u.p.s.). Należy zauważyć, że koncepcja obciążania opłatą za pobyt w DPS nawiązuje do obowiązku alimentacyjnego, podobieństwa są dostrzegalne zwłaszcza w alimentowaniu osób dorosłych. W szczególności należy tu wskazać, że obowiązek ten ciąży na małżonku, zstępnych, wstępnych i aktualizuje się w przypadku niedostatku osoby uprawnionej do alimentów. Za niedostatek uznaje się sytuację, w której wierzyciel nie jest w stanie samodzielnie zaspokoić swoich usprawiedliwionych potrzeb w zakresie utrzymania na poziomie zbliżonym do minimum socjalnego. Nie posiada on dostatecznych środków pomimo podejmowania starań, by je pozyskać (wyrok NSA z 4 października 2011 r., II FSK 631/10; Kiliańska 2011: 44–45; Wodniak 2017: 803–806). Sytuacja ta wykazuje podobieństwa do okoliczności kierowania do domu pomocy społecznej. Podstawową przesłanką umieszczenia w placówce jest brak możliwości samodzielnego funkcjonowania w środowisku spowodowany chorobą, niepełnosprawnością lub wiekiem. Niedostatek przejawia się tu nie tyle w braku środków materialnych, co w utracie zdolności do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb bytowych. W przypadku alimentacji osoby do niej zobowiązane bezpośrednio pomagają przezwyciężyć trudną sytuację

** Kwota odpowiadająca 300% kryterium dochodowego na osobę w rodzinie wynosi obecnie 1800 zł. Analogiczne rozwiązania przyjęto wobec małżonka i krewnych prowadzących jednoosobowe gospodarstwo domowe; 300% kryterium dochodowego osoby samotnie gospodarującej odpowiada kwocie 2328 zł.

życiową osoby potrzebującej, przekazując jej alimenty. W sytuacji umieszczenia w domu pomocy społecznej czynią to pośrednio, ponosząc koszty utrzymania w placówce. W obu przypadkach znaczenie ma sytuacja materialna zobowiązanych, przy zasądzeniu alimentów sąd bierze bowiem pod uwagę ich możliwości zarobkowe i majątkowe (Kawałko 2015: 880–881; Sylwestrzak 2001: 62), przy opłacie za pobyt w DPS ustawa określa pułap dochodów, na podstawie którego konkretyzuje się zobowiązanie.

W przepisach art. 61 u.p.s. uwagę zwraca konstrukcja katalogu osób zobowiązanych do ponoszenia opłaty, która nie jest wzorowana na definicji rodziny przyjętej w ustawie, a na regulacjach k.r.o., określających podmioty zobowiązane do alimentacji. Ustawodawca rezygnuje z obciążania kosztami pobytu osoby, które wspólnie zamieszkiwały i gospodarowały z kierowanym do placówki, przerzucając ciężar wydatków na małżonka i krewnych. Nierzadko dochodzi do sytuacji, w których opłatę ponoszą biologiczne dzieci mieszkańca nieutrzymujące z nim kontaktu lub pozostający w separacji małżonek, zamiast osób, które z mieszkańcem od lat tworzyły faktyczną wspólnotę rodzinną i majątkową. Taki mechanizm ustalania obciążeń w odczuciu społecznym nie jest sprawiedliwy, świadczy on również o niekonsekwentnym stosunku ustawodawcy do powinności rodzinnych względem osoby potrzebującej pomocy. Raz bowiem rodzina utożsamiana jest z faktycznym życiem, innym razem z węzłem małżeństwa i pokrewieństwa. W określaniu osób zobowiązanych do ponoszenia opłaty ustawodawca wraca do tradycyjnego rozumienia tej wspólnoty, tj. do koncepcji przyświecającej normowaniu funkcji alimentacyjnej.

Rekapituluując, regulacje dotyczące wnoszenia opłaty za pobyt małżonka, wstępnego lub zstępnego w domu pomocy społecznej oparte są na powinnościach wynikających z małżeństwa i pokrewieństwa. Podobnie jak w przypadku obowiązku alimentacyjnego małżonek i krewni ponoszą materialną odpowiedzialność za wsparcie osoby bliskiej znajdującej się w trudnej sytuacji życiowej. Wymaga podkreślenia, że obydwa obowiązki są od siebie niezależne, a ich realizacja wzajemnie się nie wyklucza. Może zatem dojść do sytuacji, w której mieszkaniec DPS będzie otrzymywał alimenty od swojego małżonka, dziecka lub wnuka, a jednocześnie ta sama osoba będzie opłacać jego pobyt w placówce. Nie ma przepisu, który zwalniałby płacącego alimenty z ponoszenia opłaty, ani takiego, który uniemożliwiałby wystąpienie z roszczeniem alimentacyjnym względem osoby obciążonej kosztami utrzymania małżonka lub krewnego w domu pomocy społecznej. W przypadku zdublowania takich obciążeń pozostaje jedynie liczyć na podjęcie przez sąd lub organ rozstrzygnięć przywracających elementarne poczucie sprawiedliwości, a więc na oddalenie powództwa alimentacyjnego lub zastosowanie przynajmniej częściowego zwolnienia z opłaty.

Problematyka zwolnienia z obowiązku ponoszenia opłaty za pobyt osoby bliskiej w domu pomocy społecznej została w ustawie ujęta w kategorii zwolnień obligacyjnych i fakultatywnych. Ten drugi typ został powiązany z obowiązkiem alimentacyjnym, jednakże w zupełnie innym kontekście niż wyżej omawiany. Tym razem przedmiotem uwagi ustawodawcy jest obowiązek alimentacyjny ciążyący w przeszłości na mieszkańcu domu pomocy społecznej. Z art. 64 u.p.s. wynika, że osoby wnoszące opłatę lub obowiązane do jej wnoszenia można zwolnić częściowo lub całkowicie z tego obowiązku na ich wniosek, po przeprowadzeniu rodzinnego wywiadu środowiskowego, m.in. w sytuacji, gdy osoba obowiązana do wnoszenia opłaty przedstawi wyrok sądu oddalający powództwo o alimenty na rzecz osoby kierowanej do domu pomocy społecznej lub mieszkańca domu. Wśród innych, wyliczonych jedynie przykładowo, przesłanek zwolnienia ustawa wymienia sytuację, w której osoba obowiązana do wnoszenia opłaty wykaże, w szczególności na podstawie dokumentów dołączonych do wniosku, rażące naruszenie przez osobę kierowaną do domu pomocy społecznej lub mieszkańca domu obowiązku alimentacyjnego lub innych obowiązków rodzinnych względem osoby obowiązanej do wnoszenia opłaty (art. 64 pkt 6 i 7 u.p.s.).

Pierwszą okolicznością uzasadniającą zastosowanie zwolnienia jest przedstawienie przez osobę zobowiązaną do wnoszenia opłaty wyroku oddalającego powództwo alimentacyjne. Do oddalenia powództwa może dojść ze względu na zasady współżycia społecznego, w przypadku rażąco niewłaściwego postępowania osoby uprawnionej do alimentów, budzącego powszechną dezaprobatę. Sąd Najwyższy w uchwale z 16 grudnia 1987 r. (III CZP 91/86) stanął na stanowisku, że nie można wymagać, by osoba doznająca krzywdy w każdym przypadku była zobowiązana do świadczenia alimentów na rzecz osoby ją krzywdzącej, tylko dlatego że pomiędzy tymi osobami występują więzy małżeństwa, pokrewieństwa lub inne, z którymi ustawa łączy ten obowiązek. Dysponowanie wyrokiem sądu jest nie tylko dowodem, lecz także znaczącym argumentem przemawiającym za zwolnieniem z opłaty; nie zawsze jednak strona jest w stanie taki dowód przedstawić. Nie należą do odosobnionych przypadki, w których rodzice zachowywali się niegodziwie wobec swoich dzieci, a w sytuacji, gdy sami potrzebują pomocy, domagają się jej bezwarunkowo od swoich zstępnych. Dlatego ustawodawca rozszerzył katalog przesłanek z art. 64 u.p.s., dodając do nich okoliczność zaniedbywania w przeszłości zadań rodzicielskich lub rażącego naruszenia obowiązku alimentacyjnego, bez konieczności potwierdzania tych faktów wyrokiem sądowym. W ramach powyższych przesłanek należałoby uwzględnić długotrwałe niepłacenie alimentów lub ich przekazywanie w niepełnym wymiarze, porzucenie dziecka, długotrwałe niesprawowanie nad nim opieki, zmuszanie go do pracy lub działalności przestępczej, stosowanie przemocy. Trzeba zaznaczyć, że okoliczności, na które zamierza powołać się

osoba zobowiązana do wnoszenia opłaty za DPS, muszą zostać udowodnione. Nie wymaga się co prawda przedłożenia orzeczenia sądu, niemniej konieczne jest przedstawienie dowodów w postaci dokumentów (np. decyzji przyznającej świadczenie z funduszu alimentacyjnego na skutek bezskuteczności egzekucji wobec dłużnika alimentacyjnego) lub innych, w tym zeznań świadków.

Zasadność przedstawionych regulacji nie budzi zastrzeżeń, niemniej udowodnienie niewypełniania obowiązków rodzicielskich nie oznacza obligatoryjnego zwolnienia zstępnych z obowiązków względem rodzica. Decyzja o zwolnieniu z opłaty za pobyt w domu pomocy społecznej zapada w ramach uznania administracyjnego, organ może zatem wydać rozstrzygnięcie odmowne (Sierpowska 2020: 350–352). Mimo uznaniowości i fakultatywności zwolnienia analizowane przepisy cechuje duża doniosłość społeczna. Wskazanie w ustawie zaniechań opiekuńczych – jako okoliczności usprawiedliwiającej rezygnację z obciążania zstępnych kosztami opieki całodobowej – jest istotne z punktu widzenia zasad i wartości, na których budowany jest system pomocy społecznej (Stopka 2022: 50–55). Zaniechania alimentacyjne z przeszłości uzasadniają zwolnienie dzieci z partycypowania w kosztach opieki nad niegodziwym rodzicem; w tym kontekście alimenty służą umacnianiu zasady słuszności i sprawiedliwości społecznej. Warto jednak zauważyć, że uwzględnienie zasad współżycia społecznego przy takim zwolnieniu skutkuje przerzuceniem wydatków na świadczenia socjalne na władze publiczne. Finansowy ciężar opieki całodobowej spada wówczas na gminę.

5. Alimony w świetle uprawnień kierownika ośrodka pomocy społecznej

Ostatnie nawiązanie do alimentów w ustawie o pomocy społecznej występuje w art. 110, poświęconym zagadnieniom ustrojowym, tj. zasadom funkcjonowania lokalnych jednostek organizacyjnych pomocy społecznej i ich kierownictwu. Wśród kompetencji kierownika ośrodka pomocy społecznej ustawodawca wymienił prawo do wytaczania powództw alimentacyjnych na rzecz obywateli. Analogiczne uprawnienia przysługują dyrektorowi CUS (jeżeli centrum powstało w wyniku przekształcenia ośrodka pomocy społecznej) oraz kierownikowi PCPR (art. 112 ust. 3 u.p.s.). W postępowaniu o ustalenie alimentów przed sądem stosuje się odpowiednio przepisy o udziale prokuratora w postępowaniu cywilnym. Oznacza to w szczególności, że organ pomocy społecznej nie działa we własnym interesie ani nie reprezentuje żadnej ze stron postępowania, a kieruje się ochroną praworządności i porządku społecznego. Do jego uprawnień procesowych należy wytoczenie powództwa i popieranie go przed sądem, składanie

wniosków dowodowych, wniesienie środka zaskarżenia na rozstrzygnięcie sądu (Sierpowska i Malicka-Ochtera 2018: 110–111; Frąckowiak 2019).

Z art. 110 ust. 5 u.p.s. wynika, że kierownik ośrodka pomocy społecznej realizuje swoje uprawnienia w zakresie wytaczania powództw o alimenty na rzecz obywateli. W istocie przepis ten trzeba osadzić w funkcjach i zadaniach przypisanych temu organowi, co pozwala na przyjęcie założenia, że powyższe uprawnienia realizowane będą na rzecz osób ubiegających się o świadczenia z pomocy społecznej lub z nich korzystających. Decyzję o wystąpieniu do sądu z roszczeniem alimentacyjnym kierownik podejmuje samodzielnie, na podstawie oceny okoliczności konkretnej sprawy. Co do zasady kierownik nie wyłącza osoby uprawnionej do alimentów z podjęcia działań, które zmierzają do zasądzenia i wyegzekwowania świadczenia od członków rodziny. Jego aktywność powinna zaznaczyć się dopiero wtedy, gdy osoba uprawniona nie chce lub nie może upomnieć się o swoje prawa. Do takich sytuacji dochodzi, gdy zgłaszający się o pomoc rezygnują z podnoszenia roszczeń alimentacyjnych, kierując się przekonaniem, że w trudnej sytuacji należy im się wsparcie od państwa, nie od rodziny albo gdy z poczucia wstydu lub obawy przed pogorszeniem relacji z najbliższymi nie chcą ich prosić o pomoc. Innym powodem są różnego rodzaju ograniczenia spowodowane wiekiem, chorobą lub życiową nieporadnością, utrudniające złożenie powództwa. Dla osoby znajdującej się w niedostatku istotną przeszkodą są również koszty postępowania. W tych okolicznościach zasadność przyznania kierownikowi OPS uprawnień do wytaczania powództw o roszczenia alimentacyjne nie budzi zastrzeżeń, jednakże ich realizacja w praktyce natrafia na opory.

Jednym z powodów są relacje rodzinne, w które musi ingerować organ pomocy społecznej. Wytaczanie powództw alimentacyjnych może prowadzić do konfliktów rodzinnych. Zdarza się, że osoby zwracające się o pomoc, dowiedziawszy się o zamiarze złożenia powództwa, wycofują wnioski o przyznanie świadczenia. Choć nie stanowi to dla kierownika OPS formalnej przeszkody do wystąpienia z roszczeniem alimentacyjnym, to rodzi wątpliwość, czy takie działanie służy dobru osoby potrzebującej pomocy. Warto podkreślić, że kierowanie się tą wartością jest jedną z głównych zasad udzielania świadczeń z pomocy społecznej. W niektórych okolicznościach wytoczenie powództwa może być moralnie nieuzasadnione i godzić w zasady współżycia społecznego. Dotyczy to przykładowo osób uprawnionych do alimentów, znajdujących się w trudnych sytuacjach życiowych, które w przeszłości nie wywiązywały się ze swoich obowiązków rodzicielskich. Ocena zasadności roszczeń alimentacyjnych powinna być jednak pozostawiona sądowi, z tej przyczyny kierownik OPS nie powinien odstępować od wykorzystania uprawnienia określonego w art. 110 ust. 5 u.p.s.

Odrębną kwestią, która może rzutować na prawo do świadczeń z pomocy społecznej, jest stosunek do alimentów osoby do nich uprawnionej i jej postawa w ich egzekwowaniu. Istotna jest również temporalna zależność między dochodzeniem praw dotyczących świadczeń publicznych i prywatnych, wynikających z prawa rodzinnego. Zależność między tymi prawami była przedmiotem badań już pod rządami ustawy o pomocy społecznej z 1990 r. i jest w literaturze szeroko opisana (Strzebińczyk 2003: 365–366; Andrzejewski 1999: 47–68; Andrzejewski 2019: 23–24; Stopka 2009: 85–97; Sierpowska i Malicka-Ochtera 2018: 104–109). W doktrynie przyjmowany jest pogląd o pierwszeństwie świadczeń alimentacyjnych przed świadczeniami z pomocy społecznej. Osoba znajdująca się w trudnej sytuacji życiowej powinna najpierw wykorzystać uprawnienia z tytułu alimentacji, a dopiero w dalszej kolejności występować o świadczenia socjalne. Zapatrywanie to znajduje odzwierciedlenie w treści art. 2 ust. 1 u.p.s., z którego wynika, że pomocy społecznej udziela się, gdy osoba lub rodzina nie jest w stanie przezwyciężyć trudnej sytuacji życiowej, wykorzystując własne zasoby, uprawnienia i możliwości. Prawo do alimentacji i same alimenty są właśnie takimi zasobami, uprawnieniami i możliwościami. Ich wykorzystanie powinno poprzedzać udzielenie świadczeń ze środków publicznych, natomiast wykazywanie bierności w tym zakresie może być powodem odmowy przyznania pomocy. Pierwszeństwo świadczeń wynikających z prawa rodzinnego wyraża również zasada pomocniczości, będąca jednym z fundamentów systemu pomocy społecznej. Zakłada ona m.in., że jednostce znajdującej się w trudnej sytuacji pomocy powinna udzielić najmniejsza i najbliższa wspólnota, którą bez wątplenia jest rodzina. Wspólnoty większe – gmina, państwo – powinny się angażować kolejno, dopiero kiedy taka pomoc okaże się niemożliwa lub niewystarczająca. Odnosząc powyższe uwagi do treści art. 110 ust. 5 u.p.s., należy stwierdzić, że wytoczenie powództwa alimentacyjnego przez kierownika OPS wciela w życie powyższe założenia. W przypadku gdy osoba wnioskująca o świadczenie z pomocy społecznej nie chce dochodzić alimentów, organ może odmówić pomocy, powołując się na niewykorzystanie przez wnioskodawcę własnych uprawnień i możliwości oraz na brak współdziałania z organem w celu przezwyciężenia trudnej sytuacji życiowej (art. 4 u.p.s.). Niemniej może również udzielić świadczeń i jednocześnie wystąpić do sądu z roszczeniem alimentacyjnym. Wybór wariantu działania pozostawiony jest kierownikowi OPS, w dużej mierze zależy on od postawy uprawnionego do alimentacji, od jego chęci do współpracy, stanu zdrowia i życiowej zaradności. Dodatkowo obwarowany jest zakazem wynikającym z art. 16 ust. 2 u.p.s., w myśl którego gmina i powiat – obowiązane do wykonywania zadań pomocy społecznej – nie mogą odmówić wsparcia osobie potrzebującej, mimo istniejącego obowiązku osób fizycznych lub osób prawnych do zaspokajania jej niezbędnych potrzeb życiowych.

Konkludując, trzeba zauważyć, że skorzystanie przez kierownika OPS z uprawnienia do wytoczenia powództwa o alimenty, choć formalnie nieobwarowane żadnym warunkiem, wymaga dogłębnej analizy sytuacji każdej osoby zwracającej się o pomoc i wyboru działania, które w jak najwyższym stopniu pozwoli pogodzić dobro tej osoby z praworządnością i ładem społecznym. Alimenty w świetle unormowań art. 110 ust. 5 u.p.s. zostały potraktowane jako środek do osiągnięcia tego celu. Podobną funkcję mogą spełniać unormowania art. 103 ust. 1 u.p.s., które uprawniają kierownika OPS (także dyrektora CUS i kierownika PCPR) do zawarcia umowy z małżonkiem, zstępnymi lub wstępnymi osoby zwracającej się o przyznanie świadczenia, w której ustalona zostanie wysokość ich pomocy na rzecz tej osoby. Taka czynność jest alternatywą dla wytoczenia powództwa alimentacyjnego. Przy gotowości krewnych do współpracy można niższym nakładem środków i emocjonalnego zaangażowania osiągnąć ten sam cel, co przy dochodzeniu alimentów.

6. Podsumowanie

Regulacje prawne alimentów dotyczą delikatnych sfer życia człowieka, nie są one jednak pozostawione wyłącznie relacjom prywatnoprawnym, ale dotyczą również przestrzeni publicznej. Przejawy wpływu tych unormowań na prawo publiczne widoczne są w ustawie o pomocy społecznej. Z ich analizy wynika po pierwsze szczególne potraktowanie obowiązku alimentacyjnego na tle innych zobowiązań. Ustawodawca daje temu wyraz w preferencyjnych zasadach obliczania dochodu osoby zobowiązanej do alimentacji oraz w katalogu przesłanek zwolnienia z opłaty za pobyt osoby bliskiej w domu pomocy społecznej. W pierwszym przypadku płacenie alimentów skutkuje ulgowym potraktowaniem zobowiązanego przy ustalaniu jego prawa do pomocy społecznej, w drugim ich niepłacenie w przeszłości jest powodem zwolnienia zstępnych z finansowania opieki całodobowej nad krewnym, który dopuścił się tego zaniedbania. Po drugie, alimenty jawią się jako narzędzie ochrony porządku aksjologicznego systemu pomocy społecznej, a w szerszym ujęciu również ładu społecznego. Świadczy o tym z jednej strony uprawnienie kierownika OPS do wytaczania powództw alimentacyjnych na rzecz osób znajdującym się w niedostatku, które nie mogą liczyć na wsparcie bliskich, z drugiej – wspomniany już stosunek ustawodawcy do wyrodnych rodziców, którzy nie łożyli na utrzymanie swoich dzieci, a na starość domagają się od nich pomocy. Warto zwrócić uwagę, że ocena tych sytuacji pozostawiona jest swobodzie organu i wymaga odwołania się do zasad współżycia społecznego.

W podsumowaniu trzeba dostrzec wpływ unormowań dotyczących alimentacji na konstrukcję opłaty za pobyt osoby bliskiej w domu pomocy społecznej.

Opłata ta ma postać świadczenia *quasi*-alimentacyjnego. Choć sama idea wydaje się słuszna, to negatywnie należy ocenić rezygnację z obciążania nią osób, które wyczerpują znamiona definicji legalnej rodziny zawartej w analizowanej ustawie. Wątpliwości budzi brak odniesienia się ustawodawcy do swoistej podwójnej alimentacji, a więc sytuacji, w której ta sama osoba realizuje obowiązek alimentacyjny i jednocześnie wnosi opłatę za pobyt krewnego w placówce. Wśród uwag krytycznych należy również wymienić brak wyraźnego unormowania wskazującego na pierwszeństwo świadczeń alimentacyjnych przed świadczeniami systemu pomocy społecznej. Zależność ta dekodowana jest z ogółu przepisów i zasady pomocniczości, jednakże w praktyce funkcjonowania struktur administracji publicznej wydaje się to niewystarczające.

Wykaz skrótów

- CUS – centrum usług społecznych
DPS – dom pomocy społecznej
k.r.o. – Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy
NSA – Naczelny Sąd Administracyjny
OPS – ośrodek pomocy społecznej
PCPR – powiatowe centrum pomocy rodzinie
u.p.s. – Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej
WSA – wojewódzki sąd administracyjny

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, t.j.: Dz.U. 2020, poz. 1359.
Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, t.j.: Dz.U. 2021, poz. 2268 z późn. zm.

Orzecznictwo

- Uchwała Sądu Najwyższego z 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, M.P. z 1988 r. Nr 6, poz. 60.
Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 8 sierpnia 2008 r., I SA/Wa 665/08. Dostęp: 04.10.2022. LEX nr 504299.
Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 4 października 2011 r., II FSK 631/10. Dostęp: 11.10.2022. LEX nr 1069901.
Wyrok Najwyższego Sądu Administracyjnego z 18 maja 2020 r., I OSK 1905/19. Dostęp: 10.10.2022. LEX nr 1069901. LEX nr 3025423.
Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 30 kwietnia 2021 r., II SA/Po 802/20. Dostęp: 10.10.2022. LEX nr 3187062.
Uchwała Najwyższego Sądu Administracyjnego z 21 listopada 2021 r., I OPS 2/21. Dostęp: 07.10.2022. LEX nr 3253509.

Opracowania

- Andrzejewski, Marek. 1999. Świadczenia z pomocy społecznej a obowiązki alimentacyjne członków rodziny. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 3: 47–68.
- Andrzejewski, Marek. 2018. Rodzice–dzieci. W: *Prawna ochrona rodziny – skrypt dla studentów pedagogiki i innych nauk społecznych*, (red.) Marek Andrzejewski, Katarzyna Jadach, 77–160. Warszawa: C.H. Beck.
- Andrzejewski, Marek. 2019. Świadczenia socjalne a obowiązki alimentacyjne członków rodziny w świetle zasady pomocniczości. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 11: 21–28. DOI 10.33226/0032-6186.2019.11.3.
- Kasprzak, Magdalena i Joanna Nowicka. 2021. *Pomoc społeczna. Komentarz do ustawy*. Warszawa: INFOR.
- Kawałko, Anna. 2015. Obowiązek alimentacyjny. W: *Prawo rodzinne. Meritum*, 829–952. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kiliańska, Anna. 2011. Alimenty na rzecz rodziców. *Przeгляд Prawno-Ekonomiczny* 14: 43–48.
- Frąckowiak, Rufus. 2019. Komentarz do art. 110. W: Rufus Frąckowiak, Renata Górna, Rafał Kopania, Tomasz Krajewski, Adam Lisowski, Marcin Sarna i Magdalena Szochner-Siemieńska, *Ustawa o pomocy społecznej. Komentarz*. Wyd. 1. Warszawa: C.H. Beck. Dostęp: 10.10.2022. Wydanie elektroniczne: Legalis.
- Nitecki, Stanisław. 2013. *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej*. Wrocław: Gaskor.
- Sierpowska, Iwona i Anna Malicka-Ochtera. 2018. Obowiązek alimentacyjny dzieci wobec rodziców a prawo do świadczeń z pomocy społecznej. *Praca Socjalna* 23: 101–119.
- Sierpowska, Iwona. 2020. *Pomoc społeczna. Komentarz*. Wyd. 5. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stopka, Karolina. 2009. *Zasada subsydiarności w prawie pomocy społecznej*. Warszawa: Difin.
- Stopka, Karolina. 2022. Instytucje, cele i zasady pomocy społecznej. W: *Pomoc społeczna. Idea – rozwój – instytucje*, (red.) Elżbieta Bojanowska, Krzysztof Chaczko, Jerzy Krzyszkowski i Ewelina Zdebska, 43–56. Warszawa: PWN.
- Strzebińczyk, Jerzy. 2003. *Prawo rodzinne*. Wyd. 2. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Sylwestrzak, Anna. 2001. Obowiązki dziecka wobec rodziców. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 3: 61–80.
- Wodniak, Wojciech. 2017. Prawne zabezpieczenie przed nadużyciem prawa do alimentacji w przepisach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz orzecznictwie sądów. W: *Societas Familia – Parantela*, (red.) Jan Zimny, 795–809. Stalowa Wola: [s.n.].

Recenzje

Volume 20, Issue 2
December 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-07-26
accepted 2022-09-03



***Environmental Principles. From Political Slogans
to Legal Rules (2020) –
a review of the monograph by Nicolas de Sadeleer***
***Environmental Principles. From Political Slogans
to Legal Rules (2020) – recenzja monografii Nicolasa de Sadeleer***

ILONA PRZYBOJEWSKA

Uniwersytet Jagielloński

ORCID: 0000-0003-2756-6664, ilona.przybojewska@uj.edu.pl

Citation: Przybojewska, Ilona. 2022. *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules (2020) – recenzja monografii Nicolasa de Sadeleer. Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(2): 105–127. DOI: 10.25167/osap.4848

Abstract: The subject of this article is a review of the second edition of the monograph by N. de Sadeleer entitled *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, devoted to the principles of environmental protection, in which the author explains the place and role of the three principles of his choice – the ‘polluter pays’ principle, the prevention principle and the precautionary principle – in environmental law at all levels (i.e. international, the EU and national), taking into account the ongoing evolution of functions and legal status of these principles in the transition between modern and postmodern legal models, as well as the changing models of thinking about the environment. The aforementioned monograph has the value of a comprehensive and extremely interesting study of issues of three principles crucial to environmental law, in theoretical and practical dimensions.

Keywords: environmental principles, environmental law, ‘polluter pays’ principle, prevention principle, precautionary principle

Abstrakt: Przedmiotem niniejszego artykułu jest recenzja drugiego wydania monografii N. de Sadeleer pt. *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, poświęconej zasadom ochrony środowiska, w której Autor wyjaśnia miejsce i rolę trzech wybranych przez siebie pryncypiów – zasady „zanieczyszczający płaci”, zasady prewencji i zasady przezorno-

ści – w prawie ochrony środowiska na wszystkich szczeblach (to jest na poziomie prawa międzynarodowego, unijnego i krajowego), biorąc pod uwagę zachodzącą ewolucję funkcji i statusu prawnego tych zasad w przejściu między nowoczesnym a ponowoczesnym modelem prawa, z uwzględnieniem zmieniających się modeli myślenia o środowisku. Wspomniana monografia ma walor kompleksowego i arcyciekawego opracowania problematyki trzech kluczowych dla prawa ochrony środowiska zasad na płaszczyźnie teoretycznej i praktycznej.

Słowa kluczowe: zasady ochrony środowiska, prawo ochrony środowiska, zasada „zanieczyszczający płaci”, zasada prewencji, zasada ostrożności

1. Introductory remarks – subject and scope of the reviewed monograph

The subject of this article is a review of the second edition of the monograph by N. de Sadeleer entitled *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules* (Oxford 2020), in which the author explains the place and role of three principles of his choice – the ‘polluter pays’ principle, the prevention principle and the precautionary principle – in environmental law at all levels (i.e. at the level of international, EU and national law), taking into account the ongoing evolution of the function and legal status of these principles in the transition between the modern and post-modern models of law, and also the changing ways of thinking about the environment.

The work is structured in two main parts: the author devotes the first part to examining the above principles and identifying the approach to environmental risks expressed by each of them. Each chapter in this part is devoted to one of the principles, and in each chapter the author considers in turn the sources of the principle in question, conducts a systemic analysis, and comprehensively (by referring to individual institutions that exemplify the application of the principle in question, as well as individual elements of the principle) examines the contexts of application, using specific examples of the international law, EU law, national legal orders and case law arising from such norms. Moreover, each chapter begins with introductory remarks and concludes with a summary presenting partial conclusions – this is a common feature of all the chapters of the book, which has an excellent effect on systematising the author’s reflections; as there is a lot of interesting and important content, such a procedure is very useful here. In the considerations devoted to each of the principles discussed, the author combines theoretical and legal analyses with studies of specific cases of application of a given principle – which undoubtedly constitutes added value and widens the potential circle of persons interested in the issues of the study to include legal practitioners as well. What is particularly striking here is the depth of the research carried out; it is also worth noting and appreciating that

throughout the monograph, the author does not just reflect on the individual principles separately, but also identifies and analyses their interconnections and the ways in which they affect each other. Furthermore, the author conducts his reflections on the subject along the axis of his own conception of the gradual passage of environmental law through different models of thinking about nature (from healing through preventive to anticipatory – as will be developed later in this review). This causes already the first part of the monograph (which, after all, concerns the principles of environmental protection widely described in the literature on the subject) to constitute in itself a valuable contribution to the achievements of the science of law and not only, given the extensive coverage of economic, philosophical or sozological threads accompanying the formation of the principles of environmental protection.

In the second part of the study, in turn, N. de Sadeleer considers the legal status and roles of the three previously discussed principles in the context of meanders of the modern and post-modern model of law. In the first chapter of this part (and the fourth chapter of the book), the author presents the characteristics of both models, positing and defending the thesis that environmental law has been particularly affected by hallmarks of postmodernity. The fifth chapter is devoted to the changing function of the ‘polluter pays’, prevention and precautionary principles as directing principles (although this also seems unfortunate, I have not been able to find a better expression for rendering of the phrase *principes directeurs* than that of directing principles); the titles of the subsections speak in turn of directing principles as elements that maintain the connection to the modern model of law, limit the excesses of the post-modern model of law, relate to the human right to environmental protection and have an important function in resolving conflicts of interest in difficult cases. A kind of buckle is provided by the sixth chapter, in which the author confronts the issue of the legal status of environmental principles, referring to the subtitle of the entire study. In the final, the seventh, chapter, the operation of the previously discussed environmental principles is analysed in the context of free trade issues. This chapter, however interesting, does not seem to fully fit into the assumed structure of the argument; the chapter that binds the whole work together in terms of content seems to be the sixth chapter.

With this slight reservation, the layout of the monograph is well thought out, coherent and logical, allowing the reader to follow the gradually developing argumentation of the author. In accordance with the monograph’s subtitle (from political slogans to legal principles), the author comprehensively describes the formation and evolution of the meaning of environmental protection principles, which were finally reflected in specific legal instruments and regulations. In doing so, he draws on the legislative output of the international

law, the European Union law, and even those of individual European Union (Western European) and non-European Union (United States) states, as well as on the rich jurisprudence of international tribunals, the Court of Justice of the European Union, but also the courts of various countries. The multitude of material used in the deliberations definitely deserves appreciation. Gathering such a large amount of data required a considerable amount of time and effort; more importantly, however, the way in which these materials were used can also be admired. This is because the discussion coherently and logically shows the evolution of the meaning and function of the three basic principles of environmental protection chosen by the author (namely, the 'polluter pays' principle, the prevention principle and the precautionary principle), allowing the reader to become familiar with the fluctuating contexts and ways in which they are applied. An unavoidable side effect of such a comprehensive elaboration of the collected material is the circumstance that following the author's train of thought requires some effort on the part of the reader; it is not easy to read and concentration is indispensable for the journey through the successive chapters and subchapters. However, this is, in my opinion, the necessary price of such a reliable and exhaustive analysis.

2. The nature of environmental principles as conceived by N. de Sadeleer

A very valuable element of N. de Sadeleer's work is that he draws a picture of a certain ambivalence regarding the interpretation of the environmental principles under discussion; the author does not attempt to claim that all the concepts accompanying their application are fully clear and that there are no doubts that are difficult to resolve unequivocally. Rather, he shows the possible paths that the legislature, the judicature and the doctrine can take in this regard. The precise highlighting of these difficulties of interpretation with regard to the principles in question is of great value, as it opens the door to a discussion of the principles, both in the context of legislative activity and of jurisprudence or doctrine – which may ultimately contribute to their further clarification.

The perceived general character of the principles analysed and a certain lability in their interpretation as models of thinking in environmental law evolve and move between the modern and post-modern models of law. This does not, however, in the author's opinion, prevent them from being granted the character of legal principles (and not just policy principles). The aforementioned features only impinge on the flexibility and applicability of these principles, which the author sees as an advantage. N. de Sadeleer argues that the principles in question can have legal effects, irrespective of their changing

functions, the varying degree of protection provided by these principles and the different form they may take in individual cases. At the same time, there is a reversal of the traditional logic of the considerations carried out, as the author points out the circumstance that the legal status of the principles is influenced by the functions they perform. The author takes the position that the juxtaposition of guiding principles and binding rules is an oversimplification, as it often happens that rules expressed in a normative manner (including principles) have an indefinite content, having a binding character, and at the same time leaving a certain margin of freedom. Simultaneously, he posits that environmental principles have indirect binding effects as well as act as indications for the interpretation of norms (de Sadeleer 2020: viii). But the nature of a legal principle is not intended to be the subject of an exhaustive definition in positive law; what is desirable is a flexible norm capable of adaptation to the variety of cases in which it will be applied; any attempt to define a legal principle by overly precise formulations would certainly lead to a limitation of its scope of application, eliminating its usefulness. Moreover, while a legal principle may remain vague, its scope will be progressively explained by application in different contexts (de Sadeleer 2020: 304). This is also the case in the context of all the environmental principles discussed by N. de Sadeleer, which define the conditions for action but do not define the action itself (de Sadeleer 2020: 524). This is, moreover, also the case on the ground of Polish legislation introducing the principles of 'polluter pays', prevention and precaution, i.e. Articles 6 and 7 of the Act of 27 April 2001 – Environmental Protection Law (hereinafter: EPL). In the most emphatic way, the author demonstrates this ambiguity in the context of the precautionary principle, concluding that it is not possible to create a single regulatory scheme for the implementation of this principle, as the standard of precaution will change depending on different types of conditions – therefore, decision-making based on the precautionary principle must be dynamic (specific decisions must be amendable as new scientific data emerge) (de Sadeleer 2020: 359). Difficulties in practical implementation, moreover, arise in the context of all three principles, which may seem simple only at first sight. Besides, all three principles analysed are, in the author's opinion, progressive in nature.

However, some degree of definiteness of the principle in question for the possibility of its legal effects seems to be necessary, according to N. de Sadeleer, as he argues that a legal principle can only be effective if everyone agrees on its effects, even if in a vague manner (de Sadeleer 2020: 132). The author points out that in order to assume the autonomous character and binding force of environmental principles, they must fulfil two conditions, formal and substantive: the first concerns the presence in the legal text, while the second

involves the formulation of the principles in a sufficiently normative manner (it goes to the determination of the essence of the obligation deriving from the principle in question) (de Sadeleer 2020: 457-458). The author analyses the fulfilment of these criteria at the level of international law, the EU law and national legal orders. He then concludes that, where the 'polluter-pays', prevention and precautionary principles are expressed in legal acts, they take the form of rules of indeterminate content; the high level of abstractness and lack of uniform formulation of these principles do not, however, deprive them of legal effect – although they are “somehow less binding” than more prescriptive rules, also their degree of legal foreseeability is lower (de Sadeleer 2020: 493-494). In other words, these rules have a normative character, although this differs on many levels from the normative character of more specific regulations; also their legal force varies depending on the legal system in which they are located (national legal orders, EU law, international law) (de Sadeleer 2020: 520), and their effects may be long-term rather than immediate (de Sadeleer 2020: 524). The author's reflections on this topic are quite complex, just as the idea of rules of indefinite content is not entirely clear.

N. de Sadeleer's original and somewhat complex conception, which situates the 'polluter pays', prevention and precautionary principles in environmental law as specific rules of indefinite content having a normative character, differs from both the ways of perceiving legal principles in general presented in Polish legal thought and the approaches to these specific principles presented by Polish environmental law doctrine.

Referring first to the perception of legal principles in general, it should be pointed out at the outset that the concept of legal principle is characterised by the complexity and significant degree of heterogeneity of the term (Korzeniowski 2010: 217). It is one of the most controversial legal concepts (Bukowski 2009: 44). In the classic Dworkinian conception of the distinction between rules and principles (differing in particular in that the former may or may not be realised, while the latter are directives of an optimising nature that may be – and most often are – only partially realised), legal principles constituted binding directives. H. Hart, complementing Dworkin's conception, emphasised indeed the numerous differences between principles and rules, writing that principles are, relative to rules, capacious, general or somehow underdetermined in the sense that often what could be considered as a multiplicity of different rules can be presented as exemplifications or concretisations of a single principle (Hart 1998: 347). Principles, in his view, are purposive; they refer to a purpose, intention or value and thus contribute to the clarification of rules.

Polish legal thought agrees with these findings in principle. According to J. Wróblewski, legal principles are norms of law, the significance of which

is such that they may be regarded as crucial for the whole system of law or a part of it; this role may be determined by the place in the system of sources of law, the importance of the issues addressed by a given norm or the significance for a given institution of law; they may result directly from the law in force or they may be derived from the legal system by way of interpretation (Morawski 2002: 219). In general assumptions converging with such a view is the concept of S. Wronkowska, M. Zieliński and Z. Ziemiński. It defines principles as legal norms which have a superior position in relation to other norms and which play special roles in the system of norms (Wronkowska 2005: 109-110). Differences appear at the level of the classification of types of principles; in the latter conception, legal principles are divided into principles in the descriptive sense (being ways of shaping a legal institution concerning a given field of law) and principles in the directive sense (constituting directives of conduct) (Wronkowska, Zieliński, Ziemiński 1974: 23-79). The role of legal principles was presented, among others, by P. Korzeniowski. According to this author, a legal principle improves the mechanisms of the processes: law creation, law application and law interpretation (Korzeniowski 2010: 208). Such general definitions of principles seem to fit the triad of environmental principles analysed by N. de Sadeleer.

Turning to the perception of environmental principles at this point, one can firstly share the reflection of M.M. Kenig-Witkowska, who notes, in the doctrine of environmental law, the definition of principles is rather not discussed, contenting itself with referring to general principles of law and leaving their conceptualisation to legal theory (Kenig-Witkowska 2011: 73). Instead, it is said that in the principles of environmental law we find points of view of reality, guiding ideas and inviolable regularities, for which the model is the nature surrounding man, i.e. the environment (Korzeniowski 2010: 212). At the same time, it is difficult to unequivocally establish a catalogue of environmental principles.

More importantly, however, there is also no consensus in the doctrine of environmental law on the status of individual principles. In the context of such basic principals, the existence of which is agreed upon by all representatives of the doctrine (such as the principle of sustainable development and all principles from the triad discussed by N. de Sadeleer), both positions denying their legal character and views granting them the status of legal norms with all the consequences thereof resound. It is, however, difficult to assess the proportion of beliefs in this respect at present, as many of the views on the non-legal character of the principles quoted below were expressed several or more years ago and their authors may have changed their views in the meantime in view of the dynamic development of environmental law (and the accompanying principles,

increasingly present in legal acts and judicial decisions). As guidelines for environmental policy, these principles were seen by M. Górski and M. Michalak (Górski, Michalak 2014: 45); as practical recommendations indicating optimal solutions to selected environmental problems, they were understood by R. Paczuski (Paczuski 1999: 48); as indications helpful in legislative activity and in the process of interpretation and application of environmental law norms, they were seen by A. Wąsikowska (Wąsikowska 2010: 25). A related position was also taken by M.M. Kenig-Witkowska, who wrote that the principles listed in Article 191(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU) form general guidelines for the EU environmental policy, but do not have the character of legally binding rules. They are used as guidelines for legal instruments of the Union adopted in the field of the environment, but as such they do not contain an obligation to take specific decisions. At the same time, however, she pointed out that although these principles are only general indications for the Union's environmental policy, one should not forget that they also indirectly have the value of legally binding rules. Indeed, they establish an obligation on the part of the Union to promote, plan and implement environmental policy on the basis of these principles. And therefore compliance with these principles can play an important role in deciding in specific cases that the objectives contained in Article 191 TFEU could not be achieved more easily by the Member States and should therefore be pursued by the Union in accordance with the principle of subsidiarity. The principles contained in Article 191 TFEU may also be invoked to justify the choice of the legal basis of Article 192 TFEU for a legislative act to be adopted, as well as to reinforce the integration principle expressed in Article 11 TFEU and in situations of interpreting derived from EU law (Kenig-Witkowska 2011: 74-75). Thus, this is an indirect view, on the one hand – explicitly stating the absence of the status of legally binding rules, but on the other hand – also indirectly granting them the value of legally binding rules. This indirect position seems to be somewhat similar to N. de Sadeleer's conception, which also de facto creates a certain bridge between two opposing views in this respect.

Z. Bukowski, in particular, leans towards the legally binding character of at least the principle of sustainable development. Applying the criteria developed in the doctrine, that is a special place in the hierarchical structure of the legal system, superiority in relation to other norms and other assessments of a socio-political nature, he recognises that the principle of sustainable development is among the legal principles of the legally binding character (Bukowski 2009: 45), both under Polish law and the legal order of the European Union (Bukowski 2009: 340). The position granting the principles of environmental protection a legal character is also expressed by P. Korzeniowski in a comprehensive

monograph on the principles of environmental protection. As this author points out, the principles of environmental law are an institution of environmental law that has largely determined its most important functions and objectives (Korzeniowski 2010: 506). According to him, they perform various important functions: A legal principle grounded in binding norms is realised in the process of applying the law. The interpretation of a principle so designated is also supported by judicial decisions, which broaden the possibilities for its realisation. Principles of law contribute to unifying the application of environmental law. They put the environmental law system in a general order (Korzeniowski 2010: 269). In addition to well-established legal principles of environmental protection, P. Korzeniowski also distinguishes principles-postulates, which may be at an initial stage of transformation into legally binding norms.

The mere fact that the principles of environmental protection discussed by N. de Sadeleer are of general nature, also in the prevailing opinion of the Polish doctrine, should not stand in the way of recognising that they have the character of legal principles. This is because we usually have to deal with a high degree of generality and imprecise content of principles, which is clarified in the activity of jurisprudence and doctrine (Maliszewska-Nienartowicz 2007: 29). As P. Korzeniowski writes: “The progress of the science of law manifests itself in the discovery of new meanings of general principles, with the indication of their deep and subtle differences in the interpretation of law. In the norms of law, in spite of apparent differences in their content, we can ultimately see the same basic principles applicable to the entire system of law. It is the privilege of the science of law to attempt to combine rules from a given field, precisely into general principles” (Korzeniowski 2010: 213). It seems, however, that the authors who deny the legal character of environmental principles have in mind not so much their necessarily general character as the insufficient degree of tangible effects of these principles in practice (although this is rarely justified explicitly).

In the context of Polish law, the fact that the ‘polluter pays’, prevention and precautionary principles have been granted the status of legal principles is undoubtedly supported by the fact of their direct inclusion in the Polish Environmental Protection Law. (Articles 6-7 of this Act), which means that the formal criterion is fulfilled. Moreover, in contrast to the EU legislator (which contented itself with a mention of the principles in question in Article 191(2) TFEU), and next to the very different models of development or the lack of development of these principles in international law, the Polish legislator explained in the normative text what these principles consist in. Of course, the definitions in question are far from precise, but, in fairness, one would have to conclude that it would be very difficult, if not impossible at all, to convey the

wealth of content of these principles in the form of short statutory provisions. The substantive criterion, i.e. the formulation of the principles in a sufficiently normative manner (identifying the essence of the obligation arising from the principle in question), also appears to be met. It may be that the very provisions constituting these principles result in obligations that are not sufficiently concrete, but they are developed on the ground of particular institutions of environmental law, which are exemplifications of the given principles. Also in the jurisprudence of Polish administrative courts, the principles of 'polluter pays,' prevention and precaution are not infrequently invoked.

It is worth noting that these principles are strongly goal-oriented (Ebbesson 2009: *passim*). The most significant result of their instrumental nature is that they are undoubtedly not a dead letter – and everyone agrees on this. They are inherently dynamic in nature, as their application in specific cases depends not only on the circumstances of the facts, but also on factors such as the state of available scientific knowledge. The basing of environmental protection on available scientific and technical data in fact presupposes a model of continuous self-improvement (the so-called Deming loop (Prandecki 2008: 55)), i.e. a management concept based on a pattern of continuous improvement). By force of fact, such continuous self-improvement enforces a certain flexibility and dynamic nature of environmental principles. They are constant in the sense that we continuously apply these principles – but changeable in the sense that as the contexts of their application change, the interpretation and application of these principles must also undergo some transformation. Furthermore, the dynamic nature of these principles is also an aftermath of the strong colouring of environmental law with axiological considerations. In this field, there is a greater focus on values (which, by the way, are of a specific nature) than in other fields of law. It is emphasised that the extent to which people understand and feel this today, as well as the perceived scale of the visible impact of pollution on the global and local environment, bring environmental law closer to fundamental ethical values than many other regulations. If we accept the notion that law derives from the regulation of issues of a typically existential nature and that, since the dawn of civilisation, life experience has been not only a source but also an imperative, then the contemporary needs for regulation and the environmental states that stimulate these needs are saturated with axiological motivations regardless of the expressiveness of the way they are expressed in law (Boć 2015: 20). The role of the legislator's axiological motivations in the field of environmental protection is also different, as they not only lie at the heart of regulation, but, in addition to sozological knowledge, provide the stimuli for the continuous development of environmental law.

This flexible and dynamic nature of environmental principles is highlighted even more strongly against the backdrop of the specifics of European Union law. As emphasised in the doctrine, “in the case of EU law [...] the system of sources of law is quite specific – complex, not similar to the systems of sources of law of the Member States. The significant role of jurisprudence and the inclusion of principles of law, preambles or inferential reasoning in the reconstruction does not abolish the rule of priority of the use of linguistic rules, but also introduces axiological, expedient or functional arguments into this first stage of interpretation” (Kalisz, Leszczyński, Liżewski 2011: 196-197). This is a feature alien to Polish administrative law – in the Polish legal system and in the continental model in general, it is the linguistic directives of interpretation that are given fundamental importance. As pointed out in the doctrine: “The fundamental role of the rules in question means that they are applied in the first place and modelled as having the strongest influence on the outcome of interpretation. In the culture of statute law, it is usually the linguistic and systemic rules that play such a role, as interpretation here is carried out on the basis of legal rules. Only certain special constructions (extra-systemic references, programmatic norms, principles of law) and special situations (gaps in the law, normative contradictions) cause modifications of the general model here. The contextual role, on the other hand, means the direct reference of the results of the use of the basic rules to the axiological or purposive and functional (to some extent also systemic) context, placing itself in the second order of application in the interpretation process. On the other hand, the verification role, usually appearing in the third iteration of the interpretation process, occurs in the situation where it is found necessary to supplement the results of the use of the earlier rules or, in a stronger version, to correct this result” (Kalisz, Leszczyński, Liżewski 2011: 28). Thus, extra-linguistic interpretative directives are important, playing a contextual and verification role, but they do not undermine the primacy of linguistic interpretation, which – apart from exceptional cases – plays a dominant and decisive role. This element also seems to contribute to a more restrained approach of the Polish doctrine to the recognition of the legal character of environmental protection principles such as the ‘polluter pays’ principle, the prevention principle or the precautionary principle. This is because the lack of clear and precise formulations of these principles in legal texts makes it impossible to draw significant consequences from them using only linguistic interpretation.

In my opinion, the current stage of development of environmental law, taking into account the specificity of this field, as well as the current specificity of the legal system in general (I find N. de Sadeleer’s arguments concerning the post-modern model of law convincing here), justifies the assumption that

the aforementioned principles do not constitute mere policy guidelines, but are binding legal norms, the violation of which could entail, for example, the annulment of secondary legislation by the Court of Justice of the European Union.

Notwithstanding the controversy over the legal status of the triad of environmental principles in question, which is unlikely to be resolved any time soon, it is worth asking whether the question of denying or granting such a status to these principles is really as fundamental as it might seem. Writing about the high level of protection, A. Sikora notes that the classification of this element as either an objective or a principle is not decisive in terms of its legal consequences, and that the distinction between objectives and principles in EU environmental policy has always been and remains unclear (Sikora 2020: 81). However, this does not change the fact that the principles of environmental protection in both the international, EU and Polish legal orders are of significant importance – and if only for this reason, even without sharing the author's position on the nature of environmental protection principles, the reviewed monograph is worth reading.

3. Selection of analysed principles

By selecting three of the four principles mentioned by Article 191(2) TFEU, and omitting the fourth principle (the principle of rectifying damage first at source), as well as other principles recurring in environmental law (such as the principle of sustainable development), N. de Sadeleer points to the working hypothesis that, of the many environmental principles (which may be applied in very different ways), it is the 'polluter pays' principle, the principle of prevention and the precautionary principle that can be singled out as forming a matrix of important principles that interrelate and, in a sense, form the foundation of environmental law (de Sadeleer 2020: 9). In justifying this, the author points to three basic arguments: firstly, these three principles, unlike many others, are directly or indirectly recognised in international law, in EU law and in the legal orders of many countries, essentially as overarching principles of environmental laws; secondly, they are cumulatively mentioned in many international treaties and environmental instruments as binding or providing leadership for the choice of measures to mitigate environmental risks; and finally, they are linked to complementary models of thought (de Sadeleer 2020: 10-11).

In discussing the individual principles, the author evaluates them in the context of three such chronologically arranged models of thinking about nature:

- the curative model, to which the 'polluter-pays' principle corresponds; this model focused on responsibility for environmental damage, based on the

assumption that nature is unable to cope with this damage on its own and must be helped to do so (de Sadeleer 2020: 25-26);

– the preventive model, to which the principle of prevention (precautionary action) corresponds; this model, which complemented the recovery model, relied on science and scientific findings to determine a level of damage that would not interfere with the ability of ecosystems and species to recover (de Sadeleer 2020: 26-27);

– the anticipatory model, which is based on the application of the precautionary principle (foresight); in the anticipatory model, scientific uncertainty became central to the decision-making process (de Sadeleer 2020: 27-29).

The discussion devoted to the precautionary principle is the longest, as this principle seems to involve the greatest uncertainties about its understanding and application. Indeed, the scientific controversy covers essentially all the essential elements of the precautionary principle, namely: 1) the degree of scientific certainty triggering the application of the precautionary principle – starting with the absence of absolute scientific certainty, i.e. the state in which an adequate causal link between the activity and the negative environmental effects is almost certain, through the reasonable nature of suspicions about the existence of such a link, to conjecture as to the possible effects; 2) the significance of the negative effects justifying the activation of the precautionary principle – from the reservation of the serious nature of the damage to the absence of such a reservation; 3) the nature of the actions triggered by the precautionary principle – from effective preventive measures to an order to abandon the investment undertaken altogether. In a different way, the divergent versions of the precautionary principle found in legal acts are formulated by S.A. Atapattu. According to the said modifications, going further and further in their rigour, respectively: 1) Uncertainty does not justify non-action; 2) Uncertainty justifies action; 3) Uncertainty justifies reversal of the burden and standard of proof (Atapattu 2006: *passim*).

At the same time, the author makes it clear that the development of this principle signals a paradigm shift in environmental law, which is no longer based on scientific certainty, but on uncertainty (de Sadeleer 2020: 135). This idea itself is not new; the well-known function of the precautionary principle is to respond to a state of scientific uncertainty about the environmental consequences of certain actions. Here, however, the author identifies a new type of environmental risk (post-industrial risk) (de Sadeleer 2020: 273-280), the characteristics of which make it impossible to achieve a state of knowledge in which science will provide answers to all relevant questions. It is worth noting the very interesting consideration of the types of uncertainty accompanying post-industrial risks. This corresponds to the observation made by P. Montague,

who aptly notes that we should get used to the fact that science, in the vast majority of cases, will never provide 'enough' information for a fully rationally motivated decision to take preventive action (Montague 2003: 466-467). However, on the other hand, as M. Michalak writes: "The main problem with this principle is therefore to find a balance between its implementation and respect for other principles, above all freedom of economic activity [...] so that prudence does not become a justification for restrictive measures based on irrational suspicions or an instrument to camouflage purely political, not necessarily fair, decisions" (Michalak 2009: 145) – and therefore the interpretation and application of the precautionary principle cannot be shifted too much towards the other pole either. Choosing the golden mean (which, however, as N. de Sadeleer notes, is very difficult to find) is of fundamental importance. According to A. Gossement, the principle of proportionality flows from the very essence of the precautionary principle (Frąckowiak-Adamska 2009: 258; Atapattu 2006: 208). Therefore, the most balanced interpretation proposal seems to be the one that indicates the necessity of taking action to counteract the negative consequences of an activity if there is no sufficient scientific certainty of the occurrence of such consequences, but there are nevertheless indications to assume the possibility of their occurrence. In this context, the principle is affected not when certain consequences occur which, even with special diligence, cannot be foreseen, but when the subject has not exercised foresight to foresee the negative consequences (Wierzbowski, Rakoczy 2010: 94).

Of course, just as we are not dealing with the displacement of any of the aforementioned triad of principles by another principle from this triad, neither are we actually dealing with the existence of one of the three models of thinking in a pure state. They interpenetrate each other, and the manifestation of the features of a new model does not eliminate the previous one. Thus, the way in which individual principles are applied and interpreted evolves as we move between the different models of thinking about nature. As the author points out, the roles played by the 'polluter-pays', prevention and precautionary principles change in the context of a gradual transition from a recovery model through a prevention model to an anticipatory model, a transition that occurs as new uncertain environmental risks (uncertain risk) emerge (de Sadeleer 2020: 367).

In the author's view, the 'polluter-pays', prevention and precautionary principles interact. Namely, the precautionary principle requires the presence of the prevention principle, which implies the support of the 'polluter-pays' principle. A prevention policy for which funding would not be provided by the implementation of the 'polluter-pays' principle would fail. With some adjustments, prevention techniques such as emission standards and impact assessments can also achieve anticipatory goals. As N. de Sadeleer argues, also the 'polluter-pays'

principle is able to take on both a preventive dimension (for example, through a substantial tax) and an anticipatory dimension (for example, through a deterrent tax that would apply to an activity even if its harmful character remained controversial). Thus, even if in some cases these principles lead to mutually contradictory solutions, they actually remain in a relationship of interdependence (de Sadeleer 2020: 363).

The author convincingly describes the evolutionary changes involved in the transformation of the indicated models of thinking about nature. However, in my opinion, some of N. de Sadeleer's reflections on the preventive nature of the 'polluter pays' principle may be questionable. First of all, the practice of application of this principle does not seem to provide sufficient examples to demonstrate this thesis. Yes, it can be pointed out, using the example of the Polish legal system, that on the grounds of the Act on Environmental Protection, the 'polluter pays' principle is also defined in Article 7 in a preventive manner: 1) Whoever causes environmental pollution shall bear the costs of removing the effects of this pollution. 2) whoever is likely to cause environmental pollution shall bear the costs of preventing that pollution. Thus, on the declarative level, at the level of general formulation, the 'polluter pays' principle is indeed positioned both on the level of prevention (merging on this point with the principles of prevention and precaution) and remedying the damage caused (the alternative term 'principle of material liability of the polluter' seems to focus on this aspect). However, in my opinion, it is impossible, at the present stage of application of the 'polluter pays' principle in international, EU and domestic (Polish) law, to conclude that this principle is part of the anticipatory model of thinking about nature (as seen by N. de Sadeleer). The economic instruments at the disposal of environmental law, perceived as a manifestation of the implementation of the 'polluter pays' principle, usually do not introduce burdens large enough to deter economic entities from undertaking activities that may harm the environment, and do not constitute a true internalisation of external costs, i.e. making all environmental protection costs included in the production costs of the polluting enterprise. In the practice of environmental taxes and charges, the rates applied are not based on calculations of the extent of the damage generated to the environment. They are usually determined arbitrarily and do not in any way lead to the internalisation of the environmental costs associated with a given emission. To a greater extent, environmental liability regimes may have such a deterrent dimension, but this depends on their appropriate design. In principle, it is difficult to speak even of a full implementation of the 'polluter pays' principle in the preventive dimension. It is possible (and even highly probable) that initiatives such as the European Green Deal and other reforms of the EU climate policy, aiming in particular at strengthening

the price signal within the EU greenhouse gas emission allowance trading scheme, will constitute a certain breakthrough here (at least on the grounds of the EU environmental law), however, at the moment of publishing the reviewed monograph, it is difficult to find it yet.

Apart from the triad of environmental protection principles discussed by the author, should he analyse any other principles in the context of the adopted structure of considerations? Of the four principles listed in Article 191(2) TFEU as those on which EU environmental policy is to be based, N. de Sadeleer does not analyse the principle of remedying damage first at source (also known as the proximity principle). This is the least considered principle of the EU environmental policy in the literature (which does not mean the least important). Remedying the damage at source seems to have two dimensions, the second of which is not usually considered in the literature: firstly, it goes to remedying the damage as early as possible, thus preferentially at the initial stage of the production process rather than after it has been completed (Lisowska 2005: 187); and secondly, before the pollution (which undoubtedly constitutes environmental damage) has even had time to spread. This canon favours the setting of emission standards (Lisowska 2005: 187) rather than environmental quality standards (Kenig-Witkowska 2011: 96). It also supports the use of 'clean' energy generation techniques and low-carbon sources, which involves directing the principle towards removing the cause (source) of pollution, rather than just the effect in the form of harmful emissions. There is also significant controversy surrounding the proximity principle, affecting the way it is applied. As M.M. Kenig-Witkowska points out: "Neither the doctrine of environmental law nor the acts of secondary legislation explain what the term 'remediation' means in the light of the principle formulated in this way. By analogy with other principles of Community environmental policy, it can be considered that also in the case of remedying damage primarily at source, the Community institutions have a great deal of discretion as to the measures to be taken. Since environmental damage often cannot really be completely remedied, the legislator has to decide how the damage caused can be minimised, how the environment can be restored and how further damage can be prevented" (Kenig-Witkowska 2011: 96). The omission of this principle in the context of the two axes of consideration adopted by N. de Sadeleer and running around the aforementioned models of thinking about nature and the transition between the modern and post-modern models of law seems justified, as in practice this principle does not play a significant role, nor is it as prevalent in acts of international, EU and individual state law as the other three principles mentioned in Article 191(2) TFEU.

Obviously, in addition to the principles mentioned in this provision, there is a whole range of principals which are given the status of environmental principles. Various authors have identified various such principles. Perhaps the most widespread of them is the principle of sustainable development. The concept of sustainable development has appeared in many international agreements and other legal acts; it is also the focus of doctrine. The Polish legislator has also recycled the principle of sustainable development and has done so in the most important legal act, the Basic Law. Article 5 of the Constitution states, *inter alia*, that the Republic of Poland shall ensure the protection of the environment, guided by the principle of sustainable development. The development of the constitutional norm is provided for in Article 3(50) EPL, which defines sustainable development as social and economic development in which political, economic and social activities are integrated with maintaining natural balance and permanence of basic natural processes in order to guarantee the possibility of satisfying basic needs of particular communities or citizens both for the contemporary generation and for future generations.

The principle of sustainable development is a special, because all-embracing, principle of environmental protection. P. Sands distinguishes four elements of sustainable development: 1) the principle of intergenerational equity (emphasising the need to preserve environmental resources for the benefit of future generations, 2) the principle of sustainable use (the degree of use of said resources is to be rational and appropriate), 3) the principle of intra-generational equity or equitable use of resources (the exploitation of resources by a country must take into account the needs of other countries), and 4) the principle of integration (emphasising the need to ensure that environmental considerations are integrated into development plans, programmes and projects and that development needs are taken into account in achieving environmental goals) (Sands 2003: 253). An analogous view is expressed by Z. Bukowski, who singles out as elements of sustainable development the integration of environmental protection with economic and social development, intra- and intergenerational equity and the inseparability of development processes and environmental protection (Bukowski 2004: 131). In contrast, a number of authors advocate the view that the principle of sustainable development in itself does not need to be defined, as it is a meta-principle, operating on the basis of other legal norms and principles, whose legal force derives from its influence on the interpretation of these norms and principles (Merkouris 2012: 42; Rakoczy 2013: 52). As K. Collins points out, perhaps sustainability should be seen as a journey, rather than a limited goal (Collins 2006: 104). It seems that the author's failure to include this principle in his reflections is due to the lack of clear links to the principles of 'polluter pays', prevention and precaution; it is also far more

capacious than the triad of principles discussed by N. de Sadeleer. Besides, it would be difficult to illustrate the modifications in its perception on the basis of the double axis of deliberation applied by the author, formed by the three models of thinking about nature and the two models of law. Its omission is therefore, in the light of the concept adopted by the author, justified.

In the context of the adopted axes of considerations, the author's omission of a number of principles of the formal or procedural nature, such as the principle of external integration, the principle of social participation or the principle of cooperation, is also justified in my opinion. This is because the interpretation of these principles does not seem to bear any relation either to the particular models of thinking about nature identified by the author, or to the changes accompanying the transition from the modern to the post-modern model of law.

4. Evolution of the role of principles in the modern and post-modern models of law

The second thesis of the study – which, as the author points out, the passage of time since the publication of the first edition of the monograph has further strengthened, as trends characteristic of the postmodern model of law, such as the fragmentation of the legal system, deregulation and the expansion of soft law, have resonated more strongly – is the claim that environmental principles have reflected the transition between modern law and postmodern law (de Sadeleer 2020: viii) – in their functions, but also in their legal status.

The second part of the thesis, describing the fluctuations in the role and significance of environmental principles in the context of the change of the legal model from modern to postmodern, is the fruit of N. de Sadeleer's original, authorial reflections. The remarks with regard to the characteristics of the two different, though constantly interpenetrating models: modern and post-modern, are based on the scientific research of other authors conducted in France, Switzerland and Belgium; while the innovative element is the attempt to define the legal status and role of environmental principles in the context of the transition between the modern and post-modern models of law.

Modern law is, as the author indicates, a law based on rational, autonomous and inscribed in a strictly defined hierarchy of specific legal norms (rules), in which principles perform complementary functions (guaranteeing the coherence of the system, rationalising it, filling in legal gaps). The shape of the adopted norms is determined by the findings of science. Postmodern law, on the other hand, is a model in which knowledge and science are no longer the basic foundation of legal norms and the trigger for action (there is an increasing recognition of situations in which science is unable to provide

binding answers; instead, there is a state of scientific uncertainty with no chance of overcoming it quickly). Lawmaking is dispersed among different actors (states no longer play the role of sole creators of laws). The sources of law form an open array of very different forms, in which various types of soft law acts and forms of regulation emphasising voluntariness and cooperation are gaining importance. Law often changes and grows in an attempt to keep up with changing circumstances (de Sadeleer 2020: 383-388). At this point, it is worth noting that, despite such a dynamic development of environmental law, the way in which environmental law standards are implemented and their effects are often questioned as inadequate in relation to their intended objectives (Gunningham 2011: 200-201; Kotzé 2012: 201), as this development does not translate into effectively combating worsening environmental threats. In the context of such characteristics of the post-modern model of law, resulting, generally speaking, in a profusion of competing values, interests and sources of law, environmental principles have a directing function (*principes directeurs*, directing principles). The designation of these principles as directing principles derives from the fact that they are goal-oriented principles that signify the path that public policy should take, define the context in which the legislator should act, and indicate the paths to follow. The author seems to deduce that directing principles are a specific product of environmental law influenced by the tendencies of the postmodern model of law (de Sadeleer 2020: 410). These principles have the role of resolving conflicts, determining priorities and ordering the structure of the legal system. Paradoxically, this role of principles means that a gateway is opened for the return of rationality, characteristic of the modern model of law (de Sadeleer 2020: 388-391). Indeed, directing principles have functions that are characteristic of both the modern model of law (ensuring consistency) and the postmodern model of law (stimulating public policy, balancing interests) (de Sadeleer 2020: 519). In any case, as the author points out, the characteristics of the modern and postmodern models of law are intertwined, and the aforementioned transition to the postmodern model signifies the smooth emergence of features of the latter model and their infiltration into the status quo rather than a firm closure of the separation of the modern model. The boundaries here are blurred and fuzzy. It is difficult not to agree with the author's diagnosis of the transition to the post-modern model, as it is impossible not to notice the parameters he identifies as indicative of this change – causing the once clear normative systems to now give the impression of legally sanctioned chaos.

The influence of the characteristics of the post-modern model forces a change in the hitherto existing function of environmental principles. As directing principles, the 'polluter pays', prevention and precautionary principles

are, in the author's opinion, rules of indeterminate content, producing legal effects that undermine the dichotomy of R. Dworkin's division into principles and rules (de Sadeleer 2020: 453-456). According to N. de Sadeleer, such an unusual status of rules is typical of the postmodern model of law, in which norms are general in nature, allowing them to be applied in many different contexts (de Sadeleer 2020: 369). Their dominant feature is thus their flexibility, which allows them to be applied on a case-by-case basis, in the context of lawmaking and application. Environmental law has, in the author's opinion, been particularly affected by the hallmarks of post-modernity. This is particularly marked by the opening up to non-legal disciplines (science, ethics, technology), the lack of a systematic and comprehensive legal order or, finally, the uncertain nature of environmental law norms (de Sadeleer 2020: 392-398). In this context, the evolution of the meaning and function of environmental principles is also apparent. In Chapter six of the monograph under discussion, the author analyses this transformation in detail, examining each aspect of it in turn, in a systematic and orderly manner. Thus, in the first place, the various functions of the triad of environmental principles in question are indicated as maintaining the link with the modern model of law, by improving (concretising) the objectives and guaranteeing the coherence of environmental law. The next important aspect, for the author, is the containment of the antics of the post-modern model of law. In this aspect, directing principles act as connectors within multi-level, disjointed and rapidly changing legal systems. Moreover, they guide legislators in environmental policy (which is particularly marked at the level of the European Union, where the principles of 'polluter pays', prevention and precaution are explicitly identified in Article 191(2) TFEU as the principles on which the EU environmental policy is to be based) and limit the margin of discretion of public administration. In addition, in the author's view, they form a link with the right to environmental protection (in my view, this is the least convincing part of the consideration). Finally, environmental principles play an important role in resolving difficult cases and weighing conflicting interests.

Looking at this part as a whole, in my opinion, the author has met the difficult task of demonstrating and explaining the changes affecting the triad of environmental principles he discusses in the context of transition of environmental law from a modern to a post-modern model.

5. Conclusion

What particularly draws attention in the monograph by N. de Sadeleer on the principles of environmental protection is the two-dimensional model of conducting deliberations; in the first part, the author performs an analysis

of the principles of 'polluter pays', prevention and precaution (both at the theoretical-legal level and in relation to the practical applications of these principals) in the context of transition between the remedial, preventive and anticipatory model, without escaping from the problem of the interrelationship between the said principles. In the second part, on the other hand, the author considers the status and functions of the principles in question at the interface between the modern and post-modern models of law. The reviewed monograph is, from the conceptual point of view, a valuable contribution to the legal thought devoted to the issue of environmental principles. The multitude of interesting observations in this extensive work makes it impossible to cite them in this review; however, there is no doubt that it is worth reading, especially because the content expressed therein constitutes a kind of invitation to travel and may be a contribution to further interesting research touching upon the meaning of the principles in question. Even if one does not share all of the author's views, one cannot deny the value of the presented monograph as a comprehensive and extremely interesting study of the issues of the three principles that are key to environmental law.

List of abbreviations

EPL – Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska. Dz.U. 2020, poz. 1219, tekst jednolity ze zm. [Act of 27 April 2001 on Environment Protection Law, Journal of Laws 2020, item 1219, uniform text as amended].

References

Legal acts

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana). Dz.Urz. UE C 83 z 30.3.2010 r., s. 47.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska. Dz.U. 2020, poz. 1219, tekst jednolity ze zm.

Secondary sources

- Atapattu, Sumudu Anopama. 2006. *Emerging Principles of International Environmental Law*. New York: Brill.
- Boć, Jan. 2015. Prawo ochrony środowiska jako prawo publiczne. In: *Zagadnienia systemowe prawa ochrony środowiska*, (ed.) Piotr Korzeniowski, 17-27. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.

- Bukowski, Zbigniew. 2004. Pojęcie zrównoważonego rozwoju w prawie międzynarodowym. In: *Księga pamiątkowa profesora Ryszarda Paczuskiego*, (ed.) Zbigniew Bukowski. Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”.
- Bukowski, Zbigniew. 2009. *Zrównoważony rozwój w systemie prawa*. Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”.
- Collins, Ken. 2006. The Constitution: A Charter for Sustainable Development in Europe? In: *The European Union and Sustainable Development. Internal and External Dimensions*, (eds.) Marc Pallemarts, Alben Azmanova, 93-104. Brussels: VUBPRESS Brussels University Press.
- Ebbesson, Jonas. 2009. Introduction: dimensions of justice in environmental law. In: *Environmental law and justice in context*, (eds.) Jonas Ebbesson, Phoebe Okowa, 1-36. New York: Cambridge University Press.
- Frąckowiak-Adamska, Agnieszka. 2009. *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Górski, Marek and Magdalena Michalak. 2014. Ochrona środowiska w prawie unijnym. In: *Prawo ochrony środowiska*, (ed.) Marek Górski, 44-48. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Gunningham, Neil. 2011. Enforcing Environmental Regulation. *Journal of Environmental Law* 23(2): 169-201.
- Hart, Herbert. 1998. *Pojęcie prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Kalisz, Anna and Leszek Leszczyński, Bartosz Liżewski. 2011. *Wykładnia prawa. Model ogólny a perspektywa Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i prawa Unii Europejskiej*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Kenig-Witkowska, Maria Magdalena. 2011. *Prawo środowiska Unii Europejskiej. Zagadnienia wstępne*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Korzeniowski, Piotr. 2010. *Zasady prawne ochrony środowiska*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Kotzé, Louis Jacobus. 2012. Arguing Global Environmental Constitutionalism. *Transnational Environmental Law* 1(1): 199-233.
- Lisowska, Alicja. 2005. *Polityka ochrony środowiska Unii Europejskiej. Podstawy instytucjonalne i programowe*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Maliszewska-Nienartowicz, Justyna. 2007. *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*. Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”.
- Merkouris, Panos. 2012. Sustainable Development and Best Available Techniques in International and European Law. In: *Environmental and Energy Law*, (ed.) Karen Makuch, Ricardo Pereira, 37-60. Oxford: Wiley-Blackwell.
- Michalak, Magdalena. 2009. Zasada przezorności w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. *Przegląd Prawa Ochrony Środowiska* (2): 137-167.
- Montague, Peter. 2003. Research Ethics and the Precautionary Principle: Marching toward Environmental Decay. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 12(4): 466-467.
- Morawski, Leszek. 2002. *Wykładnia w orzecznictwie sądów*. Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”.
- Paczuski, Ryszard. 1999. *Prawo ochrony środowiska Unii Europejskiej w zarysie*. Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”.

- Prandecki, Konrad. 2008. *Polityka ochrony środowiska Unii Europejskiej i jej implementacja w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo LAM.
- Rakoczy, Bartosz. 2013. Komentarz do art. 3. In: *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, (eds.) Zbigniew Bukowski, Ewa Czech, Karolina Karpus, Bartosz Rakoczy Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- de Sadeleer, Nicolas. 2020. *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- Sikora, Alicja. 2020. *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU Law*. Zutphen: Europa Law Publishing.
- Wąsikowska, Agnieszka. 2010. Zasady ogólne prawa ochrony środowiska. In: *Prawo ochrony środowiska*, (ed.) Jerzy Stelmasiak, 24-70, Warszawa.
- Wierzbowski, Błażej and Bartosz Rakoczy. 2010. *Prawo ochrony środowiska. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Wronkowska, Sławomira. 2005. *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*. Poznań: Przedsiębiorstwo Wydawnicze Ars boni et aequi.
- Wronkowska, Sławomira and Maciej Zieliński, Zygmunt Ziemiński. 1974. *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

EDITORS / REDAKTORZY

Aleksandra Domka (teksty polskojęzyczne)

Jacek Jędrzejowski (teksty anglojęzyczne)

TECHNICAL EDITOR / REDAKTOR TECHNICZNY

Jolanta Brodziak

TYPESETTING AND LAYOUT / SKŁAD I ŁAMANIE

Waldemar Szweda

PROOFREADING / KOREKTA

Natalia Hertel (teksty polskojęzyczne)

Jacek Jędrzejowski (teksty anglojęzyczne)

COVER DESIGN / PROJEKT OKŁADKI

Jolanta Brodziak

© Copyright by Uniwersytet Opolski
Opole 2022

ISSN 1731-8297

e-ISSN 6969-9696

Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, 45-365 Opole, ul. Dmowskiego 7-9.

Wydanie I.

Składanie zamówień: tel.: 77 401 66 89; e-mail: wydawnictwo@uni.opole.pl