

OPOLSKIE STUDIA

ADMINISTRACYJNO-PRAWNE

THE OPOLE STUDIES IN ADMINISTRATION AND LAW

Półrocznik • Semi-annual

Czerwiec • June 2024

22

Zeszyt • Issue 1

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 Sokołowski (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

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF / ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO

Katarzyna Biczysko-Pudęłko

THEMATIC EDITORS / REDAKTORZY TEMATYCZNI

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

SECRETARY / SEKRETARZ REDAKCJI

Katarzyna Biczysko-Pudęłko

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

Wojciech FEDERCZYK, Fundamentals of the civil service – quality of staff	9
Niamh GUIRY, Introducing an analytical lens to investigate the normative dynamics between international law and the 2030 Sustainable Development Goals	21
Agnieszka KANIA-CHRAMEGA, Amendment to the general directives of judicial sentencing (Article 53(1) of the Penal Code) as a determinant of a change in the punishment philosophy?.....	37
Katarzyna KUŁAK-KRZYSIAK, The principle of effectiveness against the background of the principle of the right to a fair trial in the judgements of the European Court of Human Rights	55
Beata STĘPIEŃ-ZAŁUCKA, JOANNA ULIASZ, The constitutional principles of the state's political system as determining the foundations of electoral law	71
Julián SUÁREZ, Rights of nature as an alternative or a complement to existing environmental protection	87
Rani Fadhila SYAFRINALDI, Investment and environmental impact assessment: impact of the change in environmental approval regulations towards environmental sustainability under the Job Creation Act.....	119
Filip WITOLA, <i>Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N. CXXXI</i> – the legislative reorganisation of the citizenship of the Vatican City State	131

VARIA

Rafał ADAMUS, Projekt ustawy o działalności franczyzowej	145
Wojciech RADECKI, Kilka uwag o nauce prawa ochrony środowiska w ośrodku wrocławskim	183
Piotr SADOWSKI, VIII Międzynarodowa Konferencja Bałkańskiego Stowarzyszenia Prawa Rzymskiego i Rzymskich Tradycji Prawnych <i>Societas pro Iure Romano</i> Cres, 5–6 października 2023 r.	203

CONTENTS

ARTICLES

Wojciech FEDERCZYK, Fundamentals of the civil service – quality of staff	9
Niamh GUIRY, Introducing an analytical lens to investigate the normative dynamics between international law and the 2030 Sustainable Development Goals	21
Agnieszka KANIA-CHRAMĘGA, Amendment to the general directives of judicial sentencing (Article 53(1) of the Penal Code) as a determinant of a change in the punishment philosophy?.....	37
Katarzyna KUŁAK-KRZYSIAK, The principle of effectiveness against the background of the principle of the right to a fair trial in the judgements of the European Court of Human Rights	55
Beata STĘPIEŃ-ZAŁUCKA, JOANNA ULIASZ, The constitutional principles of the state's political system as determining the foundations of electoral law	71
Julián SUÁREZ, Rights of nature as an alternative or a complement to existing environmental protection	87
Rani Fadhila SYAFRINALDI, Investment and environmental impact assessment: impact of the change in environmental approval regulations towards environmental sustainability under the Job Creation Act.....	119
Filip WITOLA, <i>Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N. CXXXI</i> – the legislative reorganisation of the citizenship of the Vatican City State	131

VARIA

Rafał ADAMUS, Draft act on franchising activities	145
Wojciech RADECKI, Some remarks on the science of Environmental Law in the Wrocław Research Centre	183
Piotr SADOWSKI, VIIIth International Conference of the Balkan Association of Roman Law and Roman Legal Tradition <i>Societas pro Iure Romano</i> Cres, 5–6 October 2023	203

Artykuły

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2024-01-14
accepted 2024-03-03
published online 2024-07-17



Fundamentals of the civil service – quality of staff

Podstawy służby cywilnej – jakość kadr

WOJCIECH FEDERCZYK

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie
ORCID: 0000-0003-1242-9552, w.federczyk@uksw.edu.pl

Citation: Federczyk, Wojciech. 2024. Fundamentals of the civil service – quality of staff. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 9–19. DOI: 10.25167/osap.5378

Abstract: The year 2022 marked the 100th anniversary of the first Polish Civil Service Act. An uneasy history meant that for half of that period the concept did not function in practice. It was only after 1989 that the building of a modern public administration, also based on the idea of civil service, began. The article points out that, both in the beginnings of the Polish civil service and nowadays, an important issue is the proper preparation of civil servants, especially at the higher level. In the period up to the outbreak of the Second World War, adequate solutions had not been developed. In the current period, since the beginning of the transformation, KSAP – the Government School of Administration – has been operating in Poland. The main task of the School is to educate and prepare candidates for high-ranking posts in public administration, and to develop the competences of those who perform these important functions for the state as a whole. The aim of this paper is to analyse legal solutions and practical methods for educating and training administrative personnel. The paper draws on materials from government commissions during the Second Republic of Poland and the experience gained by the National School of Public Administration since 1990.

Keywords: civil service, National School of Public Administration, professionalization of the civil service, training of civil servants, public integrity, leadership

Abstrakt: Na 2022 roku przypadła 100. rocznica uchwalenia pierwszej polskiej ustawy o państwowej służbie cywilnej. Nielatwa historia sprawiła, że przez połowę tego okresu pojęcie to nie funkcjonowało w praktyce. Dopiero po 1989 r. rozpoczęto w Polsce budowę nowoczesnej administracji publicznej, również opartej na idei służby cywilnej. W artykule przedstawiono

analizę, która wskazuje, że zarówno w początkach polskiej służby cywilnej, jak i obecnie istotną kwestią jest odpowiednie przygotowanie urzędników, zwłaszcza wyższego szczebla. W okresie do wybuchu II wojny światowej nie wypracowano całościowych rozwiązań tego zagadnienia. Od początku transformacji ustrojowej w Polsce działa Krajowa Szkoła Administracji Publicznej (KSAP). Głównym zadaniem Szkoły jest kształcenie i przygotowanie kandydatów na wysokie stanowiska w administracji publicznej oraz rozwijanie kompetencji osób pełniących te ważne dla całego państwa funkcje. Celem niniejszego opracowania jest analiza rozwiązań prawnych oraz praktycznych metod kształcenia i doskonalenia kadr administracji. W opracowaniu wykorzystano materiały komisji rządowych z okresu II Rzeczypospolitej oraz doświadczenia Krajowej Szkoły Administracji Publicznej zdobyte po 1990 roku.

Słowa kluczowe: służba cywilna, Krajowa Szkoła Administracji Publicznej (KSAP), profesjonalizacja służby cywilnej, rzetelność administracji, przywództwo

1. Introduction

The year 2022 marks one hundred years since the enactment of the first law in Poland to introduce the concept of civil service into the Polish administration. The troubled history of the last century meant that for half of that period the concept did not function in practice. It was only after 1989 that the building of a modern public administration, also based on the concept of civil service, began. The article points out that, both in the beginnings of the Polish Civil Service and nowadays, an important issue is the proper preparation of civil servants, especially at the higher level. In the period up to the outbreak of the Second World War, adequate solutions had not been developed. In the current period, National School of Public Administration (Polish acronym KSAP) – has been operating in Poland since the beginning of the transformation.

2. The essence of civil service

The concept of civil service has its own specific rich meaning and is not just one of the synonyms for state administration or a way of organising it. What then characterises civil service? It seems that the most important characteristic is that civil service is geared to work for the state and society, rather than for a particular authority. It is a corps of civil servants who work with equal commitment for any legitimate government. On the one hand, civil service has the advantage of being able to carry out the tasks of the state without interference, while – on the other one – there is the permanent and professional nature of administrative work.

The origins of civil services are linked to the births of modern states, with the move away from absolutist systems. The state and public institutions then

ceased to be regarded as the property of a reigning ruler. The modern state represents the empowerment of society. This transformation took place from the seventeenth through the nineteenth centuries, and each European state has its own experience in this sphere. A uniform pattern for civil services has not therefore emerged, with the solution in each country dependent on historical circumstances. In France, that would be the legacy of the Great Revolution and the era of Napoleon Bonaparte; in Germany – the concept of the “rule of law”, and so on (Horton 2011: 37–39).

The idea of civil service is still relevant and applied in practice. At the same time, it is subject to constant change, due to the need to modernise public administration which must respond to the challenges of the given time. Hence, in the 20th century the concepts of public management, the welfare state, New Public Management and then public governance were implemented (Charakrabarty, Chand 2012: 112). These concepts vary in their emphasis on either the scope of activity or the ways in which tasks are carried out. What remains unchanged, however, is the basic assumption that work in the civil service has its own specificity, which can be described as public service. Indeed, studies carried out in European countries indicate that the main distinguishing feature of people working in civil service is a special motivation that differs from that of private-sector employees (Demke 2005: 117).

The public-service motivation manifests itself in the ability to participate in the delivery of public service, out of patriotic motives; the desire to work for the benefit of society; the causal implementation of administrative functions. It is also characterised by a greater willingness to make sacrifices in the service of others (Zieliński 2010: 34).

3. The Civil Service in Poland

In Poland, the concept in question first appeared 100 years ago, namely in the Act of 17 February 1922, reflecting a delay due to the peculiarities of Polish history: the concept of the civil service in Poland was shaped at a time when the nation was deprived of its own state, and in fact was divided up between its three neighbours. The wisdom of the founders of reborn Poland in 1918 should therefore be admired. In laying the foundations for an efficient state, they reached straight away for the civil service model. Unfortunately, the subsequent history of the twentieth century interrupted the long-term pursuit of that plan. Still, by the time of the outbreak of the Second World War, they had managed to build an administrative apparatus that passed the toughest test during the Occupation. Between 1939 and 1945, the structures of the Underground State were established in Poland, with the majority of civil

servants involved. This was a heroic activity, as the risk of repression or even death was extremely high.

After the end of the Second World War, political changes in Poland led to the civil service being abolished. This was because the communist regime needed an administrative apparatus dedicated to that particular power. The Civil Service Act of 1922 was formally in force through to the time of adoption of the Labour Code in 1975. However, its provisions were removed gradually, as the Act was regarded as a relic of the capitalist system (Łukaszczuk 2010: 259). So there can be no doubt that there was no civil service in Poland for a period of 50 years (Górzyńska, Drobny 2016: 157).

A return to basing the modern administration of a democratic state on the idea of civil service came during Poland's systemic transformation. In 1990, KSAP was set up, and work began on drafting a new Civil Service Act.

4. Staff development in the civil service

The proper and effective fulfilment of the tasks of the state, serving the common good, requires appropriate preparation and professional development. Of lesser importance in this respect is the issue of the permanence of work in the civil service – realised by the so-called career system. Its premise is permanent, long-term work in public administration, often throughout a person's professional life. However, it should be borne in mind that not every civil servant has the right qualities and potential to take on successive positions in the civil-service hierarchy. On the other hand, in a situation where the legislator allows for the appointment of persons from outside the Corps to higher positions, appropriate training becomes all the more important as important tasks in a specific organisation are taken on (in Poland since 2016 – on the basis of the Act of 30.12.2015 (Dz.U. of 2016, item. 34). As indicated in the literature, civil service has developed valuable standards of human resources management, and it is not solely the case of learning from business, as the private sphere can also be provided with good models in this respect (Sidor-Rządkowska 2018: 85).

5. The period of the Second Republic

The need for adequate preparation and further training of civil servants emerged in Poland at the very beginning of the civil service. For legal regulation alone, even the best, does not guarantee the efficiency of the administrative apparatus. For this reason, in the 1920s, there were several Government Commissions in Poland set up with the task of improving administration

(Przygodzki 2019: 115; 159). Of these, the Commission set up on 27 September 1928 by PM Kazimierz Bartel's Government deserves special mention. Among its tasks was the development of a plan for a system of training civil servants and a whole personnel policy (M.P. No. 224 of 1928, non-official section, p. 2). The Commission was made up of a dozen or so people with scientific or clerical experience, under the leadership of Dr M. Jaroszyński (Przygodzki 2015: 188).

The Chairman of the Commission, (Jaroszyński 1929: 388(4)–390(6)), outlined the main problems encountered with making senior civil servants ready for their posts, namely:

- Are legal studies sufficient for such persons? and Should they be supplemented by socio-political knowledge?
- Should they be supplemented by relevant administrative apprenticeships and a civil service examination?
- Can graduates in political and social sciences also be admitted?
- Is there a need for a separate university for civil servants, or the creation of departments of administration?

A further fundamental question revolved around the issue of how to organise retraining for officials already working.

A special Section for the Preparation of Civil Servants was set up within the Commission, and on 15 March 1929 this circulated a Questionnaire on the Curriculum of the Universities from the point of view of their becoming involved in preparing future civil servants of the public administration. The questionnaire identified a number of different fields of study or types of higher education institutions that could educate civil servants, i.e. Faculties of Law and Political Science, Faculties of Economics and Politics and Faculties of Philosophy, as well as higher schools of a technical, commercial, mining-related, agricultural or medical profile (*Gazeta Administracji i Policji Państwowej* 1929, No 12: 19(443)).

The responses submitted by a dozen professors were published in Volume II of the Commission's materials. The majority of respondents were in favour of training candidates for the higher positions at University Law Faculties. Single voices indicated that any higher education would be sufficient, as that was deemed to provide a suitable method of working and thinking (Miklaszewski 1929: 51–53). Significantly, only Prof. W. Grabski advocated the establishment of a special institute that would educate for the needs of special departments of administration. However, he pointed out that the operation of such an institution would be difficult because senior positions in the civil service are filled and there would be no jobs for graduates of the special academy. Consequently, he leaned towards providing training at the existing universities (Grabski 1929: 69).

The majority of authors pointed out that the university curricula (especially law curricula) of that time might need to be supplemented with socio-economic issues, or indeed administrative specialisations. The professionalisation of civil servants through training is crucial for the development of a state administration that can confidently meet new challenges (Górski 2011: 19).

Furthermore, the Commission commissioned a comparative study in other European countries, which was carried out by Prof. L.W. Biegelesen. In the field of further training and qualification, he proposed establishment of a separate institution – the so-called administrative academy focused on the training of officials already in post (Biegelesen 1929: 554). A common form of upgrading the skills of administrative officials was the periodic meetings of clerks held in various institutions (Krzymkowski 2015: 104). Some of the proposals contained in the Commission's materials were implemented successfully. One of those was administrative courses organised by Voivodes (Provincial Governors). The greatest effect was achieved with the establishment of a three-year Economic and Administrative Course of Study at the Faculty of Law at Lvov University, established by virtue of an Order of the Minister of Religious Denominations and Public Enlightenment in 1930. Classes were held from 5 to 8 pm and were intended for future and current civil servants (Przygodzki 2015: 197). Regrettably, further development of civil-service cadres was interrupted by the outbreak of the Second World War.

6. National School of Public Administration (KSAP)

It has been pointed out in the literature that the communist authorities did not need exacting requirements for work in administration, and treated civil servants as a hostile caste (Liszcz 2010: 19). It is therefore worth emphasising how, in the period of transformation, care was above all taken to prepare for work in administration candidates considered suitable, in the sense that they would be capable of rebuilding civil service in Poland. In that connection, the National School of Public Administration (Polish abbreviation: KSAP) was established as early as in May 1990, by virtue of a Resolution of the country's first non-communist government under PM T. Mazowiecki. Founded, therefore, in 1990, and thus at the very start of the transformation, Poland's KSAP was the first institution of its kind anywhere in the former Eastern Bloc.

It was only after several years, and many political disputes, that the first Civil Service Act in the period of the Third Republic of Poland was passed (Łukaszczuk 2014: 61). The systemic and organisational changes arrived at in the civil service are peculiar to Poland, and there have been three successive

laws on this since 1996, with the current one dating from 2008. The analysis of the legal basis of the functioning of the civil service has shown that the regulations drafted to ensure the effectiveness of the system were used only partially (Gadowska 2018: 99).

Notwithstanding these changes in legal regulations, KSAP has been in continuous operation for over 30 years. The National School was tasked with the rebuilding of a professional Civil Service Corps in Poland – a body of officials understanding and investing the principles at the heart of public service with practical effect. Accordingly, in all it does, KSAP seeks to pass on the experience of building civil service and modern public administration in a democratic state. KSAP's first activity was the preparation and implementation of a programme of applied intramural training for students, lasting about 1.5 years. Thus, in the course of classes given at the School, and domestic and foreign internships, students learn about the organisation and functioning of public administration in Poland. On the other hand, internships abroad represent a unique opportunity for Polish administrative practice to be set against that in other European countries, or international organisations.

Graduates undertake to work for at least five years after successful completion of their training at KSAP. With no need for any additional examination(s) to be passed, they are immediately in a position to receive appointments as Civil Servants, finding employment in posts designated for them by the Prime Minister. To date, KSAP has produced more than 1300 graduates, of whom most continue to work in the Civil Service, or else more broadly in the public sector.

In the whole period since the School's founding, the training programme has been a flexible one, subject to change in line with the needs of public administration. Training offered currently comprises four programme blocks: Administration and Law, International Policy, Economics and Management, and Personal Competence Development. Also, to learn the specifics of working in managerial positions in the Civil Service, each student operates under the Mentor Programme, in this way establishing a relationship with an experienced manager in public administration. An invariable element is the shaping of students' attitudes towards public service. Among other things, this represents an implementation of the OECD Recommendation on Public Integrity (<https://www.oecd.org/gov/ethics/recommendation-public-integrity/>), as well as a Recommendation of Poland's Head of the Civil Service on the promotion of a culture of integrity in the Civil Service (<https://www.gov.pl/web/sluzbacywilna/zalecenie-szefa-sluzby-cywilnej>).

Since the aim of training students is to ensure that there are candidates made ready for senior positions in public administration, recruitment represents

a major first step in selecting people with the right aptitudes. This is, among others, achieved by way of integrated assessment, with both an Assessment Centre and Motivational Profiling of candidates applied.

Challenges facing the Polish Civil Service (e.g. recovery from COVID-19, war in Ukraine and the energy crisis have resulted in the enrichment of KSAP's Programme with an approach founded upon "strategic leadership" (with a combination of strategic thinking and leadership). This comprises:

- an appreciation of the significance of one's own actions in a broader strategic (social, political and economic) context; as well as impacts they exert on a larger scale;
- the ability to identify the significance of individual phenomena as parts of major trends, with differentiation thus achieved between 'signals' and non-relevant 'noise';
 - a focus on "work at the centre" (key issues to be resolved);
 - personal integrity as a fundamental condition or *sine qua non* – a person remains a whole human being, with no sub-division by reference to social roles, or what is public vs. private;
 - understanding of the role of values, norms and attitudes where public governance is concerned.

KSAP's activities also include caring for those currently working in the civil service and administration. In particular, there are projects operating in support of those in senior roles. Analyses carried out by the National School point to a finding, also noted in other OECD countries, that developing leadership capabilities is of key importance as ways to better respond to complex policy challenges are sought. And that denotes:

- values-based leadership;
- open inclusion;
- organisational stewardship;
- networked collaboration (Gerson 2020: 20).

The National School has been implementing advanced training projects for civil-service executives for 5 years now. In the years 2017-2019 what was involved here was known as the *Argo Top Public Executive Programme*, with 2 editions attended by 120 people, in a venture pursued jointly with the Barcelona-based IESE Business School.

On the other hand, a project still being pursued is called "Synergy" – *A network for cooperation and the exchange of experience between high-level officials from Central and Eastern European Countries* (from Bulgaria, Latvia and Hungary, besides Poland). Objectives here include:

- development of a cooperation network, through exchange of information and solutions regarding effective governance between units of public admin-

istration in the different CEECs; as well as by drawing on the experience of supranational partners;

- the devising of a new training and cooperation programme, whose outcome is raised levels of competence among high-level staff in the civil service;
- the implementation of solutions and best practices as devised and developed, i.e. the above-mentioned training programme, and selected recommendations developed on the basis of it.

The four editions of this project involve 240 representatives of institutions in public administration: 1/2 from Poland, 1/2 from other Project partner countries among the CEECs. The Project is innovative in that it strives to integrate the training part with implementation, while helping develop a network between officials from different countries – a matter of great importance in view of challenges posed to administration that often have a global dimension.

7. Summary

A strong civil service is the foundation of a modern and efficient state. This is why it was decided in Poland 100 years ago that such a Civil Service Corps should be put in place here, too. However, the basis of the administration's work is always properly prepared and trained people. That is why, just a few years after the Civil Service began to be established in Poland, thought was given to ways of training people, especially to work in administration, in managerial positions in particular. The realisation of these intentions, of course adapted to modern times, only emerged as possible on any broader scale after the systemic change of 1989 had taken place. Since then, the activities of the Government (National) School of Administration have been developed. This obviously does not leave KSAP as the only institution in Poland training candidates for officialdom. However, the School does discharge the very important task of supporting leadership competences (and developing them further) among people already holding important posts in public administration. This approach is in line with contemporary trends in the development of civil services – as is confirmed, for example, by the UK's 2017 establishment of a dedicated Civil Service Leadership Academy – in 2022 replaced by the Leadership College for Government. Indeed, the changes adopted by KSAP in regard to both the intramural training of its students and the mounting of training projects for senior civil servants represent manifestations of this same way of thinking on how civil-service resilience can be strengthened yet further in the years ahead.

References

Studies

- Biegeleisen, Leon Władysław. 1929. *Zagadnienia dokształcania urzędników państwowych i komunalnych ze stanowiska usprawnienia administracji publicznej* (Materiały Komisji dla usprawnienia administracji publicznej przy Prezesie Rady Ministrów, vol. III: Zagadnienia urzędnicze). Warszawa: nakładem Komisji dla usprawnienia administracji publicznej przy Prezesie Rady Ministrów.
- Charakrabarty Bidyut, Chand Prakash. 2012. *Public Administration in a Globalizing World. Theories and Practices*. New Delhi: Sage Publications.
- Demke, Christoph. 2005. *Are civil servants different because they are civil servants?* Luxembourg: Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative.
- Gadowska, Kaja. 2018. *The Process of Creating Civil Service in Poland*. In: *The Transformations of the Civil Service in Poland in Comparison with International Experience*, (eds.) Jolanta Itrich-Drabarek, Stanisław Mazur, Justyna Wiśniewska-Grzelak, pp. 77–108 (Studies in Politics, Security and Society, vol. 18). Wien: Peter Lang.
- Gerson, Daniel. 2020. Leadership for a high performing civil service: Towards senior civil service systems in OECD countries. OECD Working Papers on Public Governance, No. 40. Paris: OECD Publishing.
- Grabski, Władysław. 1929. W sprawie przygotowania wyższych urzędników służb cywilnych. In: *Materiały Komisji dla usprawnienia administracji publicznej przy Prezesie Rady Ministrów*, vol. II: *Zagadnienia urzędnicze*, pp. 68–72. Warszawa: nakładem Komisji dla usprawnienia administracji publicznej przy Prezesie Rady Ministrów.
- Górski, Piotr. 2011. *Profesjonalizacja administracji państwowej w Polsce 1918–1939. Uwarunkowania społeczne i kulturowe*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Górzyńska, Terasa and Wojciech Drobny (compiled by). 2016. *Polskie prawo urzędnicze – kryzys tożsamości?* Warszawa: C.H. Beck.
- Horton, Sylvia. 2011. Contrasting Anglo-American and Continental European civil service systems. In: *International Handbook on Civil Service System*, (ed.) Andrew Massey, pp. 31–53. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- Jaroszyński, Maurycy Z. 1929. Problemy personalne w reformie administracji. *Gazeta Administracji i Policji Państwowej* 11: 1(385)–6(390).
- Krzymkowski, Marek. 2015. Kwalifikacje zawodowe urzędników w II Rzeczypospolitej. *Czasopismo Prawno-Historyczne* 67(2): 97–110.
- Liszczyńska, Teresa, Renata Borek-Buchajczyk, Wiesław Perdeus (eds.). 2010. *Prawo urzędnicze*. Lublin: Oficyna wydawnicza Verba.
- Łukaszczuk, Agnieszka. 2014. *Kształtowanie się modelu ustrojowego służby cywilnej w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Łukaszczuk, Agnieszka. 2010. Służba cywilna w II Rzeczypospolitej. *Przegląd Prawa i Administracji Acta Universitatis Wratislaviensis* 83(3264): 233–261.
- Miklaszewski, Bolesław. 1929. W sprawie studium kandydatów do wyższej służby administracyjnej. In: *Materiały Komisji dla usprawnienia administracji publicznej przy Prezesie Rady Ministrów*, vol. II: *Zagadnienia urzędnicze*, pp. 50–56. Warszawa: nakładem Komisji dla usprawnienia administracji publicznej przy Prezesie Rady Ministrów.

- Przygodzki, Jacek. 2019. *Komisje dla usprawnienia administracji publicznej w II Rzeczypospolitej. Studium historycznoprawne*. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Przygodzki, Jacek. 2015. Kształcenie kandydatów na wyższych urzędników administracji w ankiecie Komisji dla Usprawnienia Administracji Publicznej z 1929 r. *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* 8(2): 185–198.
- Sidor-Rządkowska, Małgorzata. 2018. Zarządzanie zasobami ludzkimi w organizacjach komercyjnych i w administracji publicznej: Czego biznes może się uczyć od służby cywilnej? *Zarządzanie Publiczne* 1(43): 78–87.
- Zieliński, Wojciech. 2010. Kierunki zmian systemu zarządzania zasobami ludzkimi w służbie cywilnej. *Zarządzanie Zasobami Ludzkimi* 6: 31–44.
- Z Komisji dla usprawnienia administracji publicznej. Sekcja przygotowania urzędników. 1929. *Gazeta Administracji i Policji Państwowej* 12: 17(441)–19(443).

Online sources

- <https://www.gov.pl/web/sluzbacywilna/zalecenie-szefa-sluzby-cywilnej>. Last accessed: 1.10.2023.
- <https://www.oecd.org/gov/ethics/recommendation-public-integrity/>. Last accesses: 1.10.2023.

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-12-14
accepted 2024-02-22
published online 2024-07-17



Introducing an analytical lens to investigate the normative dynamics between international law and the 2030 Sustainable Development Goals

Wykorzystanie perspektywy analitycznej
w badaniach normatywnych dynamik pomiędzy prawem
międzynarodowym a celami rozwoju zrównoważonego 2030*

NIAMH GUIRY

PhD Candidate, School of Law, University College Cork.
ORCID: 0000-0002-2778-6248, nguiry@ucc.ie

Citation: Guiry, Niamh. 2023. Introducing an analytical lens to investigate the normative dynamics between international law and the 2030 Sustainable Development Goals. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 21–36. DOI: 10.25167/osap.5347

Abstract: The conceptualisation of sustainable development has evolved from a seemingly ambiguous term to a focused suite of non-binding global objectives known as the Sustainable Development Goals (SDGs). The relationship between the SDGs and related subfields of international law could be taken as an example of a novel regime interaction, but how can one theorise and decipher the normative interactivity that may be taking place? Building upon the work of Oran R. Young concerning institutional linkages in international society, this article introduces an analytical lens through which the SDG-international law interconnections can be analysed. The following six types of ‘institutional linkages’ are used to explore and elucidate the potential normative effect of the SDGs on the elaboration, implementation, and interpretation of international law: 1) Embedded, 2) Nested, 3) Clustered, 4) Overlapping, 5) Negating, and 6) Sectional.

Keywords: sustainable development, Sustainable Development Goals, international law, institutional linkages

* The title, the abstract and the keywords translated into Polish by the Editors.

Abstrakt: Konceptualizacja rozwoju zrównoważonego wyewoluowała z pozornie niejednoznacznego terminu do koncentrującego na sobie uwagę świata zestawu nieobowiązkowych celów znanych jako Cele Zrównoważonego Rozwoju 2030 (Agenda 2030). Związek między Agendą 2030 a powiązanymi z nimi podobszarami prawa międzynarodowego można uznać za przykład nowego systemu współdziałania. Ale jakie powinno być podejście teoretyczne i jak powinno się odszyfrować współdziałania normatywne, jakie mogą w związku z tym zachodzić? Opierając się na pracy Oran R. Younga dotyczącej połączeń instytucjonalnych w społeczeństwie międzynarodowym, niniejszy artykuł wprowadza pewną perspektywę analityczną, przez pryzmat której można przeanalizować wzajemne połączenia międzynarodowego prawa w obszarze Agendy 2030. Wykorzystano następujące sześć typów „połączeń instytucjonalnych” w celu zbadania i wyjaśnienia potencjalnego skutku normatywnego Agendy 2030 na opracowanie, wcielenie w życie oraz interpretację prawa międzynarodowego: 1) Zanurzenie, 2) Zagnieżdżenie, 3) Skupienie, 4) Zachodzenie, 5) Zaprzeczenie, 6) Sekcyjność.

Słowa kluczowe: rozwój zrównoważony, Cele Rozwoju Zrównoważonego, prawo międzynarodowe, połączenia instytucjonalne

1. Introduction

The United Nations (UN) Sustainable Development Goals (SDGs also known as the 2030 Agenda) were developed to act as a ‘comprehensive, far-reaching and people-centred’ framework, uniting all nations in the pursuit of the common goal of sustainable development (Transforming our world, Preamble). Seeking to create a just, equitable, and sustainable world, the SDGs are a set of highly ambitious yet universal objectives, non-binding and integrated in character. Arguably the SDGs may act as a ‘non-traditional method of rule-making’ as the realisation of these non-binding ambitions is wholly dependent upon political engagement and global cooperation (Guiry 2023b). Despite its ‘soft’ nature, it is evident that the elaboration and ongoing implementation of the SDGs has been shaped by the existing norms and overarching values of international law (Guiry 2023a, b). In light of such dynamics, this article introduces an analytical lens to explore the benchmark normative interconnections between international law and the SDGs. The purpose of this lens is to help tether the objectives outlined in the SDGs to their related subfields of international law and to demonstrate how complying with existing hard and soft-law commitments, as outlined in international law and governance structures, correspond with, and facilitate the realisation of the goals, and *vice versa*. Furthermore, this lens may allow for intentional (and unintentional) interconnections to be identified and facilitate an assessment of whether these are altogether reinforcing or conflicting interactions, enabling the overall normative jigsaw of sustainable development to be assembled.

To elucidate these interconnections, this approach draws upon the work of Oran R. Young, primarily his theory of institutional linkages in international society (Young 1996). Exploring the dynamics that influence and shape the actions and ‘practice[s]’ of the international community, Young examines the governance structures of international regimes and the possible ‘consequences’ of institutional linkages (Young 1996: 1–2). To begin, it is worth stating that Young describes institutional linkages as ‘issue-specific regimes [that] exhibit complex linkages to other institutional arrangements, and the resultant institutional interactions have significant consequences for the outcomes flowing from the operation of each of the affected regimes’ (Young 1996: 1). Whilst his analysis deals with ‘international society’ and is focused on binding and non-binding ‘classic regimes’ (Young 1996: 1–2), there is an opportunity to build upon and adapt this conceptualisation in order to apply it to the SDGs. Section 2 of this paper begins by providing an overview of the 2030 Agenda and the synergistic normative connections between international law and the SDGs. Following this, Section 3 explores the six types of institutional interactions that comprise this analytical lens which allow the SDG-international law interrelationship to be examined in more depth: 1) Embedded institutions, 2) Nested institutions, 3) Clustered institutions, 4) Overlapping institutions, 5) Negating institutions, and 6) Sectional institutions. Finally, Section 4 concludes with a brief reflection on the significance of establishing the theoretical and practical interactivity that is occurring between the SDGs and international law.

2. Background

Formally adopted in 2015, the SDGs are said to represent the ‘21st century framework for sustainable development’ (Guiry 2023a). Comprising of 17 goals and 169 corresponding targets, the 2030 Agenda seeks to address a plethora of shared environmental, social, and economic challenges including ensuring equal access to education and water, promoting the sustainable use of natural resources, and reducing social inequalities. With no strict enforcement or compliance mechanisms, 248 indicators function as a means of monitoring and reviewing domestic and international progress towards the realisation of the goals. Said to act as a ‘collaborative partnership’ (Transforming our world, Preamble), the SDGs have garnered near-universal support from 193 UN Member States, the objectives of which are to be fully implemented by 2030.

Synergistic normative connections between international law and the SDGs may manifest in a variety of ways. Paragraph 18 of the 2030 Agenda clearly acknowledges such links, stating that ‘we reaffirm our commitment to international law and emphasize that the Agenda is to be implemented in a manner

Table 1. The 17 SDGs

Number	Goal
SDG 1	No Poverty
SDG 2	Zero Hunger
SDG 3	Good Health and Well-being
SDG 4	Quality Education
SDG 5	Gender Equality
SDG 6	Clean Water and Sanitation
SDG 7	Affordable and Clean Energy
SDG 8	Decent Work and Economic Growth
SDG 9	Industry, Innovation, and Infrastructure
SDG 10	Reduced Inequalities
SDG 11	Sustainable Cities and Communities
SDG 12	Responsible Consumption and Production
SDG 13	Climate Action
SDG 14	Life Below Water
SDG 15	Life on Land
SDG 16	Peace, Justice, and Strong Institutions
SDG 17	Partnership for the Goals

that is consistent with the rights and obligations of States under international law' (Transforming our world, para. 18). Due regard was also given to presiding international principles, including but not limited to the principle of common but differentiated responsibilities, intra- and intergenerational equity, and state sovereignty. Indeed, such strong alignments can be drawn between specific objectives of the framework and corresponding subfields of international law that the SDGs have been described 'as a subset of existing intergovernmental commitments' (Kim 2016: 16). Furthermore, the SDGs are being integrated into domestic frameworks in addition to being acknowledged as critical to the realisation of emerging international policy, as seen in the 2022 Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework adopted by the conference of the parties (COP) of the Convention on Biological Diversity (Convention on Biological Diversity 2022). Concurrently, Bantekas and Akestoridi have commented that whilst the SDGs 'reinforce the existing legal dimension of obligations', the goals can also assist the 'integration of the different international agreements within the cluster in those instances where their targets overlap' (Bantekas and Akestoridi 2023: 560). In light of these complex normative dynamics, further investigation is required to fully establish the nature and extent of the interactions taking place.

3. SDG-international law analytical lens

In his 1996 paper, Young identifies four related yet distinct types of institutional linkages: Embedded institutions, nested institutions, clustered institutions, and overlapping institutions. Whilst not seeking to account for all potential linkages that may occur in the international sphere and acknowledging that ‘not all linkages are alike’ (Young 1996: 2), these classifications can serve as a useful conceptual framework to further explore SDG-international law interactivity. In addition to Young’s four forms of institutional linkages, two additional categories have been identified by the author and incorporated into this tool to assist this exploration: Negating institutions and sectional institutions.

3.1. Embedded linkages

The embedded aspect of Young’s theory refers to the broad network of established principles of the international system and ‘overarching institutional arrangements’ under which the regimes in question function (Young 1996: 2–3) that are altogether ‘rooted in some deeper social order or common worldview’ (Young 2013: 97). While he writes that there is usually no explicit reference to such foundational principles (Young 1996: 3), the 2030 Agenda clearly outlines many of its ‘shared principles’ including principles of equality and non-discrimination found in the Charter of the UN and the Universal Declaration of Human Rights (Transforming our world, para. 10). The principles of the Rio Declaration are also reaffirmed, with explicit reference to the principle of common but differentiated responsibilities (Transforming our world, para. 11–3). Ideas of intra- and intergenerational equity underpin the principle of sustainable development and thus have consequently been incorporated into the SDGs. Such principles of equity are also evident in the overriding ethos and goal of the framework, *i.e.* that ‘no one is left behind’. Another principle of international law encapsulated by the SDGs is the principle of state sovereignty, and that of the principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources more particularly. As stated in the Preamble: ‘We reaffirm that every State has, and shall freely exercise, full permanent sovereignty over all its wealth, natural resources and economic activity’ (Transforming our world, para. 18). Overall, it is through this unified language of solidarity and justice alongside the principles of international law that states are empowered and responsible for the execution of these commitments that offer a holistic approach which, according to Nilsson and Persson, ‘can be less concerned with pushing one set of objectives onto another set, and more concerned with maintaining competencies

while exploring mutual interests and forming new alliances for action across sectors' (Nilsson and Persson 2017: 38).

Evidence of the influence of the principles of international law on domestic integration of SDG policy can be found within the *Progressing National SDG Implementation 2022* report, where the Voluntary National Reviews (VNRs) of 33 out of 44 countries mentioned the principle of human rights and 19 referenced intergenerational responsibility (Sautejeau et al. 2023: 62). A recommendation of 'good practice' that emerged from this report involved expressly recognising the linkages and overlap between the SDGs and domestic and international human rights norms (Sautejeau et al. 2023: 63). The significance of the consistent recognition of the overarching ethos of human rights approaches to sustainable development was also noted, albeit possibly limited in terms of practical implications, stating that this 'would imply that these principles have permeated and established themselves within polities, at least at a discursive level, which is a positive, although superficial, trend' (Sautejeau et al. 2023: 64).

Indeed, the SDG objectives were purposefully designed to be 'integrated and indivisible and balance the three dimensions of sustainable development' (Transforming our world, para. 5), seemingly channelling the principle of integration in their development and implementation, alongside demonstrating the 'authority and relevance of international human rights law and culture on the SDGs' (Guiry 2023a). As written by Cubie and Natoli, explicit mentions of 'integration' in frameworks such as the 2030 Agenda aim to 'encourage states to take a holistic view across all policy areas at the domestic level' (Cubie and Tommaso Natoli 2022: 59). Operating under the established norms of international law, the integrative effect of the SDGs is not undisputed nor straightforward to realise, however, as Nilsson and Persson argue it could be better described as 'harmonization' as it draws together environmental, social, and economic concerns in a non-hierarchical manner or 'in a weaker form, coordination' as to avoid policy conflicts (Nilsson and Persson 2017: 37). Altogether, achieving such integrative thinking and overarching action-orientated approaches is challenging as it is not just about implementing a series of objectives but 'an entire 'agenda' in the face of established principles and policy frameworks, existing domestic priorities, bureaucratic processes, and international relations (Nilsson and Persson 2017: 37). While the SDGs embody, to a certain degree, the established and authoritative language found in international law and policy, undoubtedly, these factors pose ongoing challenges to unlocking the full integrative power of the framework and the achievement of the SDGs overall. Altogether, embedding the SDGs within the overarching framework of principles that underpin the international law landscape could be seen to

provide an all-encompassing normative lens and establish an overall linguistic cohesiveness to facilitate integrative thinking and sustainable development solutions.

Given their normative disposition, the SDGs could have the power to impact our understanding of existing and emerging obligations of international law, as the SDGs themselves ‘may be used to clarify and develop the meaning of treaties’ (Scholtz and Barnard 2018: 228–9). In the context of international water law, for example, McIntyre notes that the commitments of SDG 6 (Clean Water and Sanitation) ‘are likely to act as a strong catalyst for the continuing, progressive development of international and domestic rules for sustainable water management’ (McIntyre 2018: 174). Indeed, target 6.5, which establishes the objective of integrated water resource management through transboundary cooperation, emulates the duty to cooperate which is a staple principle of international water law (see Rahaman 2009: 207–223; Leb 2015: 21–32). For instance, numerous references to cooperation can be found in the Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (hereinafter Escazú Agreement). Under Article 1, one of the objectives of the Escazú Agreement is to ‘guarantee’ the ‘creation and strengthening of capacities and *cooperation*, contributing to the protection of the right of every person of present and future generations to live in a healthy environment and to sustainable development’ [emphasis added], a clear reference to intra- and intergenerational equity (Escazú Agreement, Article 1). Likewise, Article 11 is dedicated to regional and transnational cooperation within and between states as well as non-state actors, such as civil society stakeholders and private organisations (Escazú Agreement, Article 11). Similar commitments to bilateral and multilateral cooperation can be seen in the Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses (Article 5, 8, 23, 25), the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Preamble, Article 2, 5, 9, 10), and the UN Convention on the Law of the Sea (Article 100, 118, 123, Part XII Section 2, Part XIII Section 2, Part XIV Section 2). This language of cooperation could be taken as an example of the shared values and language between these two international frameworks, altogether indicating a level of complementarity and embeddedness that has been achieved between the SDGs and international water law regimes. This factor of embeddedness, therefore, can serve to identify evidence of existing complementarity between the overarching principles of international law and the 17 SDGs.

3.2. Nesting linkages

Nesting can be said to describe a ‘situation where regional or issue-specific international institutions are themselves part of multilateral frameworks that involve multiple states or issues’ (Alter and Meunier 2006: 363). Unlike embedded institutions, nesting is the way in which an institution is linked to the ‘broader regime’ as a whole rather than being connected to a particular set of principles or processes (Young 1996: 4). It is worth noting that nesting is not necessarily always comprehensive, and some incidents of partial nesting may result in policy conflicts (Blavoukos and Bourantonis 2017: 308–9). SDG 13 (Climate Action) seems to offer a useful example of nesting within an international legal framework. This goal seeks to enhance global action to tackle the climate crisis and is composed of five objectives and eight indicators. Correspondingly, the three agreements making up the international climate change regime include the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), the Kyoto Protocol, and the Paris Agreement, the latter of which was being negotiated around the same time as the drafting of the SDGs. SDG 13 acknowledges the UNFCCC as the ‘primary international, intergovernmental forum for negotiating the global response to climate change’ (Transforming our world, SDG 13), the purpose of which is said to establish a clear separation between the SDGs from the Paris Agreement to avoid any potential policy tensions (Bodansky 2022: 329). Bearing this in mind, while SDG 13 is seen to replicate the ambitions and aims of the international climate change regime, it ‘does not fill a gap in international policy’ nor establish any new commitments (Bodansky 2022: 329–30). The objectives of SDG 13 are altogether quite general, but firmly rooted in the structures and ambitions of the UNFCCC.

As the language of the SDGs was subject to lengthy discussions by stakeholders before approval, one can safely assume that states are aware of the linkages between the commitments of the 2030 Agenda and existing international regimes. When reporting on the interlinkages between the SDGs and international instruments, the Paris Agreement continues to be the most commonly referenced instrument in VNRs with the ‘global aid/development effectiveness agendas’ being the least (Sautejeau et al. 2023: 54–5). Other commonly cited agreements, exhibiting moderately fluctuating VNR trends from 2018–2022, include the Addis Ababa Action Agenda, the Convention on Biological Diversity, and the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction (Sautejeau et al. 2023: 74). Young remarks that ‘[t]he advantages of nesting are indisputable in the case of evolving programmatic regimes’ as the objective of such regimes is to facilitate ‘activities that are intended to lead to a broadening and deepening of the regimes in question’ (Young 1996: 16). As the SDG framework evolved from and built upon the experiences of the 2000 Millennium Development

Goals, one could say that nesting the norms of international law within the novel global paradigm of the SDGs could be used as a means to broaden and deepen legal understanding and thinking around soft law-hard law dynamics in the international field. Thus, assessing the degree of nesting exhibited by the SDGs may help in the navigation of these complex regime interactions.

3.3. Clustering linkages

According to Young, clustering takes place ‘when those engaged in the formation or operation of differentiable governance systems find it attractive to combine several of these arrangements into institutional packages’ (Young 1996: 5). Moltke writes that international environmental regimes can be clustered together to enhance their ‘efficiency and effectiveness’ and notes several ‘tools’ related to the process of clustering that promote coordination between regimes, including the COP, regime subsidiary bodies, and secretariats (Moltke 2001: 3, 5–8). Clustering is not unusual in the field of international environmental law (See Oberthür 2002) and evidence of SDG clustering can be found if one examines the eight objectives of SDG 6, for example. SDG 6 addresses water-related issues including achieving universal access to clean water, reducing water pollution, improving water management, and facilitating transboundary cooperation around shared water resources, all of which are clustered around the pursuit of a single overarching goal, to ‘[e]nsure availability and sustainable management of water and sanitation for all’ (Transforming our world, SDG 6).

According to Young’s theory, clustering regimes could be used as a means of awareness-raising of particular issues and allow for the development of a ‘shared vision’ that can act as a ‘politically potent construct’ (Young 1996: 5). He further notes that clustering can facilitate the creation of an ‘image’ of a unified group of stakeholders in pursuit of a specific matter or working in a specific area (Young 1996: 6), which allows an interesting parallel to be drawn between institutional clustering and the SDGs. The SDG framework itself could be viewed as an ‘institutional package’ within which the three overarching and overlapping policy clusters of sustainable development (environmental, social, and economic) are amalgamated. Indeed, the SDGs are based on political commitment, rather than binding legal obligations, and are very much dependent on state-state cooperation to realise the common ‘vision’ of the 2030 Agenda. Whilst different issues are tackled by each individual SDG, all objectives are ultimately aspiring toward the universal goal of sustainable development. In this instance, the above-mentioned ‘tools’ of clustering, i.e. COP, subsidiary bodies, and secretariats, could be particularly useful so as to investigate the

effect and extent of this interlinkage between the SDGs and the corresponding subfield of international law.

3.4. Overlapping linkages

Overlapping linkages refer to the inadvertent impacts that different regimes can have on each other, even when they are issue-specific and lack explicit references to one another (Young 1996: 6). Young contends that these are often ‘unforeseen’ or ‘unintended’ institutional impacts by the drafters of the regimes and references the overlap between environmental and economic trade regimes as particularly significant in this context (Young 1996: 6). Going further than simply identifying normative coherence between international law and the SDGs, it is worth considering the ability of the objectives and language of the SDGs to impact the progression of their related subfields of international law, an under-elaborated area of legal scholarship. In the context of international water law, Spijkers has identified three means of ‘cross-fertilization’ that can occur between the two frameworks, including enabling states to adopt ecosystem approaches to water management and encouraging greater public participation with water law, policy, and governance (Spijkers 2016: 39). He contends that ‘attaching’ the SDGs to the standards and agreements of international water law will allow the framework to embody normative obligations and assist in their realisation by acting as implementation ‘guidelines’ (Spijkers 2016: 39, 42). Following this logic, if one were to tether relevant SDGs to their subfield of international law with which they overlap, there would be potential for a holistic and comprehensive ‘cross-fertilization’ of the SDGs and international law as a whole.

3.5. Negating linkages

Institutional linkages between the SDGs and international law are not necessarily always reinforcing. That is to say that, in some respects, the linguistic mimicry of international law norms within the framework could generate non-reinforcing dynamics. Such normative interconnections could risk undermining the established international environmental and human rights law regimes that the SDGs are trying to respect and channel. Therefore, negating linkages refers to those that may have a weakening or altogether subversive effect on the corresponding institution or subfield of international law. As aforementioned, the normative considerations found within the 2030 Agenda could be used to interpret the aims of each SDG, whilst attempting to reinforce and respect existing legal instruments. However, as Koskeniemi remarks in the context

of international law, '[s]hared vocabulary does not necessarily entail unity of purpose' (Koskenniemi 1991: 404). Given this, just because the SDGs encapsulate normative language does not necessarily mean that all SDG signatories are in agreement with the aims, approaches, and values of the related sub-fields of international law.

As illustrated, the 2030 Agenda replicates the established languages of non-discrimination, equity, and inclusion of all persons, principles which act as the cornerstone of international human rights law.¹ Nevertheless, the interests of marginalised groups, such as the LGBTQI+ community, remain ambiguous and contested by some under the SDG framework, despite the fact that discrimination based on one's sexuality or gender identity is indeed a human rights violation (Guiry 2023a, c). The reasons for such contradictions can be summarised as follows: 'International law is based on values, traditions, standards, and norms accepted globally, although not necessarily by *every* culture or country' (Wilets 2011: 632). Therefore, one cannot assume that the mere replication of the established language of international law will result in universal agreement with the rights and obligations to which they correspond or action toward the realisation of SDG objectives. The SDGs contain strong and unified language to enact transformational change but are at the same time described as 'aspirational' objectives and are an inherently political agenda (Transforming our world, para. 55). It is reasonable to question if the same terms and language should be used for binding and non-binding commitments, as it could risk diluting the authority of 'hard' norms. This negating factor, therefore, could be used to determine if there are any compromising effects as a result of this SDG-international law relationship.

3.6. Sectional linkages

Lastly, sectional linkages refer to the limited incorporation of the established international norms in which a regime is embedded, nested, clustered, or with which they overlap. Sectional institutions could allow for the normative limitations of the SDG-international interrelationship to be accounted for, namely when the established regimes of international law are embodied by the SDG framework, but not to their full extent. An example of this can be seen in an overall shortcoming of the framework which is that the vocabulary of international human rights law has not been comprehensively embraced by the SDGs to the same extent as international partnership and transnational coopera-

¹ SDG 10.2 outlines the following: 'By 2030, empower and promote the social, economic and political inclusion of all, irrespective of age, sex, disability, race, ethnicity, origin, religion or economic or other status.'

tion. There are no references to international human rights treaties within the 17 SDGs,² and whilst alignments can be made with the commitments of the SDGs and human rights norms, they are often ‘weaker’ and less comprehensive in relation to those they seek to protect (Collins 2018: 68–9).³ Paragraph 19 of the 2030 Agenda outlines that it is the responsibility of ‘all States, in conformity with the Charter of the United Nations, to respect, protect and promote human rights and fundamental freedoms for all’ (Transforming our world, para. 19). Collins makes the point that using ‘promote’ instead of ‘fulfill’ softens and diminishes the very ‘basic canon of international human rights law’ (Collins 2018: 69). French summarises these criticisms as follows:

As has been widely remarked upon, despite the increasing attempt to couple business, development and human rights in recent years, the Global Goals are reflective of the MDGs in overtly failing to utilise human rights, and human rights language, in the text of their wording. Notwithstanding the universalism of human rights, the Global Goals are singularly shorn of their human rights implications, beyond the barest of references (French 2017: 159).

These references to international law instruments provide the overall ‘context’ to the 2030 Agenda, but do not seek to explicitly ‘conceptualise the goals and targets as realisation of rights’, such as a right to a healthy environment, right to bodily autonomy, amongst many others (Esquivel 2016: 12). From this perspective, the SDGs have only partially incorporated the language of human rights law. Thus, it is through the sectional dimension of this analytical lens that the characteristics that could be seen to compromise and potentially undermine the existing language and obligations of international human rights law can be established and used to demonstrate a selective inclusion of the language and norms of international law by the SDGs.

4. Conclusion

The SDGs represent an imperfect framework that has been rightly criticised for its limited political impacts (See Biermann et al. 2022). The goals have, however, at the same time gained near-universal state support and ‘permeated many aspects of social organizations, including global governance, international relations, and inter- and transnational law’ (Guiry 2023b). Young has remarked that ‘institutional linkages are destined to loom larger in the future as interdependencies among functionally distinct activities rise in international

² It should be noted that reference is made to the Universal Declaration of Human Rights in the Preamble of Transforming our World.

³ Collins points out the lack of reference to the rights of Indigenous peoples or related legal instruments.

society and the density of international regimes increases' (Young 1996: 1). As such dynamics continue to progress in international society and with six years until the deadline of the 2030 Agenda, insights into the ongoing and emerging (quantified and unquantified) impacts of the SDG-international law relationship must be acquired so as to discern if and how the SDGs are shaping related subfields of international law (and *vice versa*) and our broader understanding of the international field overall.

The embedded, nesting, clustering, overlapping, negating, and sectional dimensions of this analytical lens seek to facilitate an exploration of the interactions that are taking place between the SDG framework and international law, altogether discerning the normative value of this relationship by evaluating and mapping the effect of the SDGs on the elaboration, implementation, and interpretation of international law. It is acknowledged that this lens could not exhaustively represent all types of interactions that may be taking place, and furthermore, it may not be possible to carry out a comprehensive examination of all 17 SDGs and 169 targets. This lens can, however, assist in the characterisation and visualisation of the types of existing interlinkages and the degree of correlation between SDG commitments and corresponding international norms, altogether providing a conceptual pathway between the theoretical and practical applications of the SDGs and international law.

Acknowledgements

I would like to thank my supervisors Professor Owen McIntyre and Dr Dug Cubie for their support and feedback in the development of this article. This research is funded by an Environmental Protection Agency-Irish Research Council Government of Ireland Postgraduate Scholarship.

List of abbreviations

- UN – United Nations.
- SDG – Sustainable Development Goals.
- UNFCCC – United Nations Framework Convention on Climate Change.
- VNRs – Voluntary National Reviews.
- COP – Conference of the Parties.

References

Legal acts

Convention on Biological Diversity, 15/4. Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework, 19 December 2022, CBD/COP/DEC/15/4.

- Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (adopted 17 March 1992, entered into force 6 October 1996) 1936 UNTS 269.
- Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (adopted 4 March 2018, entered into force 22 April 2021) [Escazú Agreement].
- United Nations Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses (adopted 21 May 1997, entered into force 17 May 2014) 36 ILM 700.
- United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3.

Secondary sources

- Alter, Karen J., and Sophie Meunier. 2006. Nested and overlapping regimes in the transatlantic banana trade dispute. *Journal of European Public Policy* 13(3): 362–382. DOI: 10.1080/13501760600560409.
- Bantekas, Ilias, and Katerina Akestoridi. 2023. Sustainable Development Goals, Between Politics and Soft Law: The Emergence of “Political Normativity” in International Law. *Emory International Law Review* 37(4): 499–560.
- Biermann, Frank, and Thomas Hickmann, Carole-Anne Sénit, Marianne Beisheim, Steven Bernstein, Pamela Chasek, Leonie Grob, Rakhyun E. Kim, Louis J. Kotzé, Måns Nilsson, Andrea Ordóñez Llanos, Chukwumerije Okereke, Prajal Pradhan, Rob Raven, Yixian Sun, Marjanneke J. Vijge, Detlef van Vuuren, Birka Wicke. 2022. Scientific evidence on the political impact of the Sustainable Development Goals. *Nature Sustainability* (5): 795–800. DOI: 10.1038/s41893-022-00909-5.
- Blavoukos, Spyros, and Dimitris Bourantonis. 2015. Nested Institutions. In: *Palgrave Handbook of Inter-Organizational Relations in World Politics*, (eds.) Joachim Koops and Raphael Biermann, 303–317. London: Palgrave Macmillan.
- Bodansky, Daniel. 2022. SDG 13: Take Urgent Action to Combat Climate Change and Its Impacts. In: *The Sustainable Development Goals and International Law*, (eds.) Jonas Ebbesson and Ellen Hey, 328–353. Cambridge: Cambridge University Press.
- Collins, Lynda M. 2018. Sustainable Development Goals and human rights: challenges and opportunities. In: *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, (eds.) Duncan French and Louis J. Kotzé, 66–90. Edward Elgar Publishing.
- Cubie, Dug, and Tommaso Natoli. 2022. Coherence, Alignment and Integration: Understanding the Legal Relationship between Sustainable Development Climate Change Adaptation and Disaster Risk Reduction. In: *Creating Resilient Futures. Integrating Disaster Risk Reduction, Sustainable Development Goals and Climate Change Adaptation Agendas*, (eds.) Stephen Flood et al., 45–64. Palgrave Macmillan.
- Esquivel, Valeria. 2016. Power and the Sustainable Development Goals: a feminist analysis. *Gender & Development* 24(1): 9–23. DOI: 10.1080/13552074.2016.1147872.
- French, Duncan. 2017. The Global Goals: Formalism Foregone, Contested Legality and “Re-imaginings” International Law. In: *Ethiopian Yearbook of International Law 2016*, (eds.) Zeray Yihdego, Melaku Geboye Desta and Fikremarkos Merso, 151–178. Springer International Publishing.

- Guiry, Niamh, 2023a. A Critical Exploration of LGBTQI+ Issues and the Sustainable Development Goals (Manuscript submitted for publication).
- Guiry, Niamh, 2023b. Why Do States Adhere To The Sustainable Development Goals? (forthcoming) *Transnational Environmental Law*.
- Guiry, Niamh. 2023c. No One Will Be Left Behind: The SDG Framework and LGBTQ+ Rights. *Cork Online Law Review*, 29 June 2023. <https://www.corkonlinelawreview.com/single-post/no-one-will-be-left-behind-the-sdg-framework-and-lgbtq-rights>.
- Kim, Rakhyun E. 2016. The Nexus between International Law and the Sustainable Development Goals. *Review of European, Comparative and International Environmental Law* 25(1): 15–26. DOI: 10.1111/reel.12148.
- Koskenniemi, Martti. 1991. Future of Statehood. *Harvard International Law Journal* 32(2): 397–410.
- Leb, Christina. 2015. One step at a time: international law and the duty to cooperate in the management of shared water resources. *Water International* 40(1): 21–32. DOI: 10.1080/02508060.2014.978972.
- McIntyre, Owen. 2018. International water law and SDG 6: mutually reinforcing paradigms. In: *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, (eds.) Duncan French and Louis J. Kotzé, 173–200. Edward Elgar Publishing.
- Nilsson, Måns, and Åsa Persson. 2017. Policy note: Lessons from environmental policy integration for the implementation of the 2030 Agenda. *Environmental Science and Policy* (78): 36–39. DOI: 10.1016/j.envsci.2017.09.003.
- Oberthür, Sebastian. 2002. Clustering of Multilateral Environmental Agreements: Potentials and Limitations. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2: 317–340. DOI: 10.1023/A:1021364902607.
- Rahaman, Muhammad Mizanur. 2009. Principles of international water law: creating effective transboundary water resources management. *International Journal of Sustainable Society* 1(3): 207–223. DOI: 10.1504/IJSSOC.2009.027620.
- Scholtz, Werner, and Michelle Barnard. 2018. The Environment and the Sustainable Development Goals: ‘We are on a road to nowhere’. In: *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, (eds.) Duncan French and Louis J. Kotzé, 222–249. Edward Elgar Publishing.
- Spijkers, Otto. 2016. The Cross-fertilization between the Sustainable Development Goals and International Water Law. *Review of European, Comparative and International Environmental Law* 25(1): 39–49. DOI: 10.1111/reel.12152.
- Wilets, James D. 2011. From Divergence to Convergence – A Comparative and International Law Analysis of LGBTI Rights in the Context of Race and Post-Colonialism. *Duke Journal of Comparative & International Law* 21: 631–685.
- Young, Oran R. 1996. Institutional Linkages in International Society: Polar Perspectives. *Global Governance* (2)1: 1–23.
- Young, Oran R. 2013. Sugaring off: enduring insights from long-term research on environmental governance. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 13: 87–105. <https://doi.org/10.1007/s10784-012-9204-z>.

Reports

Moltke, Konrad von. 2001. *On Clustering International Environmental Agreements*. *International Institute for Sustainable Development*. https://www.iisd.org/system/files/publications/trade_clustering_meas.pdf.

Sautejeau, Nicolas and Javier Surasky, Eleonora Bonaccorsi, Oli Henman, Bihter Moschini, Elena Kosolapova, Alma Citlalli Galicia Cruz, and Hajra Atiq. 2023. *Progressing National SDGs Implementation*. *International Institute for Sustainable Development*. <https://www.iisd.org/publications/report/progressing-national-sdgs-2022>.

United Nations General Assembly, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 21 October 2015, A/RES/70/1 [Transforming our world].

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-09-28
accepted 2024-02-23
published online 2024-07-17



Amendment to the general directives of judicial sentencing (Article 53(1) of the Penal Code) as a determinant of a change in the punishment philosophy?

Nowelizacja ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary
(art. 53 § 1 k.k.)
jako determinanta zmiany filozofii karania?

AGNIESZKA KANIA-CHRAMĘGA

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID: 0000-0001-6246-3172, a.kania@wpa.uz.zgora.pl

Citation: Kania-Chramęga, Agnieszka. 2024. Amendment to the general directives of judicial sentencing (Article 53(1) of the Penal Code) as a determinant of a change in the punishment philosophy? *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 37–53. DOI: 10.25167/osap.5159

Abstract: The paper aims to determine whether the amendment (editorial and allocative) to the general directives of judicial sentencing (Article 53(1) of the Penal Code) can be a factor directing towards a pro-repressive modelling of the penal policy. A comparative analysis of the previous and the new (i.e. in force since 1 October 2023) redaction of the general directives of judicial sentencing will serve as a starting point for answering the question whether the courts will be “obliged” to take into account the analyzed regulations “in the spirit” of repressiveness. Giving a negative answer in this respect, the paper will present an attempt to provide the general directives of judicial sentencing with a correct interpretation that *de facto* abstracts from the distorted intentions of the originators. Further in the paper, attention will also be paid to whether the new wording of Article 53(1) of the Penal Code will be of significance to increasing the practical usefulness of the discussed determinants in the process of judicial sentencing.

Keywords: judicial sentencing, general directives of the judicial sentencing, amendment to the Penal Code

Abstrakt: Celem artykułu jest ustalenie, czy zmiana (redakcyjna oraz alokacyjna) ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary (art. 53 § 1 k.k.) może stanowić czynnik ukierunkowujący na prorepresyjnie zorientowane modelowanie polityki karnej. Komparatystyczna analiza poprzednio obowiązującej oraz nowej (tj. obowiązującej od 1 października 2023 r.) redakcji ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary będzie stanowiła punkt wyjścia do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy sądy będą zobligowane do uwzględniania analizowanych regulacji w duchu represyjności. Udzielając odpowiedzi negatywnej w tym zakresie, w artykule przedstawiono próbę nadania ogólnym dyrektywom sądowego wymiaru kary prawidłowej wykładni, *de facto* abstrahującej od wypaczonych intencji projektodawców. W dalszej części opracowania zwrócono uwagę również na to, czy zmodyfikowane ujęcie art. 53 § 1 k.k. może mieć znaczenie dla zwiększenia praktycznej przydatności omawianych determinantów w procesie sądowego wymiaru kary.

Słowa kluczowe: sądowy wymiar kary, ogólne dyrektywy wymiaru kary, nowelizacja Kodeksu karnego

1. Introduction

Historical and legal conditions behind the process of law-making allow observing that normative solutions, even though intended to be binding for many years, require – for obvious reasons – introducing necessary amendments (Kania 2019: 161). The need for peculiar “correction”, keeping *sui generis* “legislative watch” signaled in this way, refers also to such specific legal regulations as codes (K 2/94; see also: Kępiński, Seweryński, Zieliński 2006: 95; Weitz 2007: 21; K 5/07).¹ The above-mentioned regularity, however, does not give right to uncritically support all attempts at interfering with the existing regulations, in particular such that (aspiring after recodification) base exceptionally on ambitions or *stricte* intuitive convictions of their originators, who – programmati-

¹ The first of the indicated sentences of the Constitutional Tribunal (K 2/94) reminds that: “Codes deserve a special place in the system of legislative law. The essence of the code is creation of a coherent and – as far as possible – complete and lasting regulation in the given domain of life [...]. Codes are prepared and enacted in a separate – more complex procedure than «ordinary» acts. The essence of the code is to accomplish codification of the given branch of law.” Not less aptly, the issue was addressed by Karol Weitz who observed that: “Codes are acts of the fundamental significance to the given branch of law. It is accepted that they should be characterized by stability and solidity. Stability of a code means that its rules should be subject to amendments as rarely as it is only possible. The legislator’s interference with the rules of a code should be well thought-over and justified, especially if it is to be respected. [...] Stability of codes is not favored by a situation where there follows a transformation of the foundations of the socio-political system, as it took place in Poland after 1989, or a situation in which modifications of the legal system are treated as an instrument of the political character, as it is the case in our country at present. Nevertheless, it needs acknowledging that as much as it is feasible, the assumption behind the necessity of stability of code regulations ought to hold. Solidity of a code, on the other hand, should be understood as the assumption that it is constituted for a long time, thus also any decision of its replacement with a new regulation should be firmly justified and have real bases resulting from the needs of legal circulation” (Weitz 2007: 21–22).

cally – disregard reconstruction of both theoretical and empirical foundations of constituting law.

Juxtaposing the last observation against the assumptions of the act amending the Penal Code of 7 July 2002 (Dz.U. 2022, poz. 2600 ze zm.), it would be difficult to accept the thesis that a rational and, at the same time – required in a democratic state of law – standard of introducing changes in the penal law stops at the both arbitrary and populist commonplace, according to which: “The present legal state does not fully realize the protective function of the penal law and as a result does not secure vital social values” (<https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024>: 3). The view which completes integrally this statement that penal law makes an omnipotent, reliable remedy for all ailments, neglects in a nonchalant manner the fact that its role in the process of forming social relations is limited by nature. Penal law cannot be treated as the basic regulator of societal life, since otherwise it will turn into an indeed trivial tool, despite *in genere* the unquestionable drastic nature of means of influence, which it has at its disposal. Its instrumental treatment, indisputably supported by tightening repressiveness, superfluous casuistry as well as far-reaching need to restrict judges’ discretionary power, turns out to be – as history teaches – not only an example of purely sham actions that in fact have nothing to do with standards of rationally developed penal policy in the state, but also exemplifies highly detrimental tendencies that evidently reverse (in a more or less conscious way) the civilizational development of penal law.

Objecting to the above-mentioned trends, often motivated by the illusive belief that raising the sense of fear and vaguely defined threat imposed by the “system” will allow transforming the penal law into a political mechanism of peculiar control over citizens (Citowicz 2006: 109–110; see also: Bauman 1990: 217), it is worth stressing that making reference to criminal law instrumentation should – framing it in the most general manner – follow when the desired goal cannot be achieved in any other way (Kania-Chramęga 2022: 81 ff.). For this reason every unpremeditated attempt aimed at expanding the penal law should be branded. Too broad a range of penalization (as well as criminalization) does not translate into an increase in the level of protection of the given good. It finally leads to the situation where an inappropriately chosen form of legal reaction will prove – against the cherished hopes – the least suitable means of exerting influence, one that is unable to properly weigh values colliding with one another (see: P 12/09; K 17/05; SK 8/00).²

² The second of the above-mentioned sentences passed by the Constitutional Tribunal (K 17/05) clarified, at the same time, that: “Collision of rights and principles on the constitutional level cannot lead, in the ultimate result, to a full elimination of one of the rights being in conflict. In this case, the

2. Amendment to the general directives of judicial sentencing in light of the act amending the Penal Code of 7 July 2022

Noticing (at least *prima facie*) the presence of pro-repressive tendencies with reference to the legal indications classified in the literature as general directives of judicial sentencing (Konarska-Wrzosek 2002: 73–74),³ it needs (to keep things transparent) remarking that in compliance with the new wording of Article 53 § 1 of the Penal Code, the court – while sentencing – ought to take into consideration the degree of social noxiousness of the act, aggravating circumstances and extenuating circumstances, aims in the scope of social impact, as well as protective goals intended towards the convicted. In the second sentence added to the mentioned regulation, it is stipulated that the punitive dimension of the punishment cannot exceed the degree of the guilt. At the same time, it does not follow from the wording of the regulation under discussion (at least not in *verba legis*) that any of the general directives should be invested with the status of the leading directive. Thus, assigning the dominant character to one of the general directives of judicial sentencing shall be the prerogative (like it has been to date) of the court. Such a solution does not mean that the punishment based – *in concerto* – on one directive shall eliminate the remaining penalties. It should be concluded from the amended content of Article 53 § 1 of the Penal Code that the listing in it of the directives of judicial sentencing

problem that requires settling is always to find a certain equilibrium point, a balance for the values protected by the Constitution and to delimit the area of application of each of the rights. [...] The existing fundamental axiological preferences that can be decoded on the basis of analysis of values regarded as directional or supreme on the level of general principles of the Constitution are of paramount importance in such cases (a conflict of rights). In the case of rights that are considered, there are two basic values which should be taken into account: common good (Article 1 of the Constitution) and dignity of every person (Article 30 of the Constitution). The first of the indicated principles undoubtedly constitutes a vital axiological justification for introduction of guarantees connected with access to information on activity of public authority organs, since it is common good that is involved in proper functioning of the life of public institutions, whose basic condition remains transparency of actions taken in public space. However, this framework cannot lead to the conclusion that Article 1 of the Constitution makes a peculiar «supernorm» which can lead to exclusion of application of constitutional restrictions with reference to certain rights, which are dealt with in Article 31 § 3 of the Constitution. We come to deal, in this case, rather with a determined interpretative directive. The other value, human dignity, can delineate the constitutionally admissible measure of interfering with personal goods of individuals due to the common interest. Never can protection of common interest, even the most evident, take the form that would consist in violating the inalienable human dignity.»

³ Taking account of the amended redaction of Article 53 § 1 of the Penal Code and the accepted order of listing in this regulation of the analyzed indications of penalty, it needs accepting that the categories of general directives of judicial sentencing (in compliance with the generally approved classification) include the following: directive of the degree of social harmfulness of the act, directive of general prevention, directive of specific prevention (individual) and directive of the degree of guilt.

has in its essence (still) been based on the principle of conjunction and not on that of alternative.

A closer comparative analysis of the new wording of the general directives of judicial sentencing, which has been binding for a few months now, allows in turn noticing that as much as the *status quo*, regarding its content, has been retained by the directive of the degree of social noxiousness of the act as well as the directive of the degree of guilt, their placing in Article 53 § 1 of the Penal Code has undergone a certain relocation. Placing the latter in the second sentence of the above-mentioned Article raises a suspicion whether by doing so its “boundary” role in the process of sentencing will not be weakened (*Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami 1997*: 153).⁴ Having in mind the main assumptions behind the amendment under consideration, the following move in the redaction can be read as an unfortunate attempt at demonstrating the fact that the afflictive effect of the penalty shall not be restricted by the degree of the perpetrator’s guilt so much as it has been so far (<https://kipk.pl/ekspertyzy/populistyczna-nowelizacja-prawa-karnego>: 16–17; see also: <https://www.senat.gov.pl/prace/opinie-i-ekspertyzy/page,11.html?kadencja=10&rok=2022>: 45; Kania-Chramęga 2020: 30).

On the other hand, a more serious change – one interfering *expressis verbis* in the very normative content itself – concerns the general-preventive directive. The expression “the needs in the scope of forming the legal consciousness of society” has been replaced by “the aims in the scope of societal impact of the punishment” – well-known both in the past (Article 50 § 1 of the Penal Code of 1969) and at present (see, among others: II AKa 325/14, II AKa 163/14; II AKa 397/14; *de lege lata* “societal impact of sentencing” constitutes – on the basis of Article 43b of the Penal Code – a reason to sentence the penal means in the form of making the sentence public). The above directive has “advanced” as far as its allocation is concerned in comparison with its “predecessor”, which – in the opinions of the creators of the amendment – should eliminate the alleged primacy of the individual-preventive doctrine and guarantee parity of the preventative directives (<https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024>: 17). Justifying the implementation of such a change, it was stated also that: “[...] the draft stipulates modification of the formula expressing general prevention and does not come down to its desired impact on the state of legal consciousness of society (subordinated to the assumption that the lower limit of sentencing cannot be lower than the need for confirmation

⁴ It followed from the justification of the draft of the binding Penal Code that as much as the lower limit of a concrete penalty was delineated by the “necessity of stabilization”, “the legal order”, associated with positive general prevention, the upper boundary was delineated/limited by the degree of the perpetrator’s guilt.

of the justifiability of proceeding compliant with law within the scope of the given detrimental behavior), binding the court to also take into account – while determining the lower limit of the sentence (with reference to both its type and severity) – the political-criminal needs in the sphere of creating or strengthening stimuli discouraging potential perpetrators by means of purely opportunistic reasons from acting which violates the legal prohibition, therefore by deterring from committing a crime” (<https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024>: 18). The declared, in the above words, broad meaning of the general-preventive directive, which needs underlining, makes (nearly directly) reference to its understanding that the creators of the Penal Code proposed in 1969 (Kania-Chramęga 2020: 26–27). It must be mentioned, however, that the “cohesive” framework of the two aspects of the general-preventive goal has not found its reflection in the then practice of the justice system (Buchala 1993: 146). Consideration of pro-repressively modelled orientation of the penal policy that consistently accompanied the period in which the former Penal Code was binding, causes apprehensions whether the return to the previous wording of the directives of general prevention will not mean a return to the “primary and primitive understanding of the general prevention in which raising fear by sentencing severe punishments is to constitute the surest means of building society’s respect for law” (Kaczmarek 2001: 69; see also: Hassemer 2009: 112–113; Küper 1992: 165; Kania 2019: 159).

Moreover, the content and placement of the individual-preventive directive were also modified. By placing it – in the name of the above-mentioned reasons – behind the general-preventive directive, the reference to educational aims was omitted in the new redaction of the indicated sentencing, the content being restricted to exposition of preventative goals. Not entering into a broader analysis of the relation in which educational and preventative aims remain, the legislator expressed the following stance: “The range of the notion of «preventative aim» of a penalty is broader than that of «educational aim» of a penalty. Because internalization of societal norms, as it was added, characteristic of effective educational actions, makes an effective factor in prevention of violation of law, this points to redundancy of parallel use of both terms as it is the case in the present formula of Article 53 § 1 of the Penal Code” (<https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024>: 19). Generally, the repressive assumptions of the amendment being discussed make one ponder over the question whether the redundancy of a separate treatment of educational goals in general, which is stressed in the above-quoted statement, does not turn out – in reality – to be a negation of the educational aims at all, which results in a weakening of the directive of individual prevention (Kania-Chramęga [ed.] 2020: 29). This supposition becomes confirmed when one recalls a statement contained in the

justification in a draft of the amendment, which was proposed slightly earlier and in which it is demanded that educational aims be removed from the content of Article 53 § 1 of the Penal Code. It was argued there that they are directly at variance with the “modern” vision of perceiving the tasks of criminal law (<https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451>: 11).

3. “Anti-repressive” understanding of the general directives of judicial sentencing

The comments presented so far, addressed to the new framework of the general directives of judicial sentencing, raise in this place the question whether courts have been obliged in this way to take into account the decisions of Article 53 § 1 of the Penal Code in the spirit of repressiveness. The answer to the question thus formulated must be in the negative and its justification should not be exclusively words of general dissatisfaction or disappointment with reference to current tendencies in the development of criminal law. Such simplified statements ought to be replaced by arguments of the substantive nature, ones that remind primarily of the truth that the sense of the general directives of judicial sentencing requires reading them in the systemic axiological coherence for which, undoubtedly, the inherent and inalienable human dignity is an indication (Article 30 of the Constitution of the Republic of Poland).

Moving in this direction, it should be clearly stressed that realization of tasks or competences of the state in the scope of punishing its citizens is firmly coupled with the necessity of respecting the above-mentioned value. Therefore, also at the stage of sentencing, it needs taking into consideration the fact that the fundamental message behind the principle of respecting human dignity advocates, among others, humanitarian punishment based on the principle of minimizing suffering and other afflictions which are connected with application of means of legal reaction (II Aka 388/17). The constitutional human dignity, respecting of which is as a matter of fact required at each stage of concretizing sanctions, ought not to, as a result, constitute a peculiar convention, an agreement, an expression of emotional experiences or an ornament called for in times of legislative wellbeing. Human dignity, treated as an immanent quality of each human being, proves a particular value, the measure of which are crisis situations, occasionally extremely difficult and – at the same time – obliging to assume a clear stance as regards its position and protection (K 44/07). Although an overt (and simultaneously not always obvious) negation of its essence would be posed by not respecting the prohibition of sentencing beyond the degree of the perpetrator’s guilt or treating the individual who is being punished as a means to serve deterring potential

criminals, “negligence” of this type, while sentencing, would not make the only instance of distorting the sense of human dignity. From the provisions of the regulations contained in Article 30 of the Constitution of the Republic of Poland one can infer the prohibition of treating the individual as a subject undeserving of realization of educational goals behind punishing, thus – at the same time – an unreflective preponderance of modelling solutions, or at least those co-forming court sentencing, which are geared towards increased repressiveness. Elimination of educational aims of punishment – most probably as they are deemed an alleged barrier to severe punishment of perpetrators, or because their implementation poses a more ambitious (and generally more difficult) task in comparison with achieving preventative goals – strikes with superficiality. Their rejection is connected with not only negation of deepened evaluation of societally appropriate functioning of the individual, but also – or at least to a degree – with negation of rehabilitation, with absolute undermining of its effectiveness and, finally, with questioning the efforts of state organs aimed at allowing perpetrators of crimes rejoin social life. The *a priori* crossing out the effectiveness of “more subtle” instruments of preventative influencing perpetrators – exceeding deterrence and disabling commitment of another legally relevant crime – can thus be understood erroneously as depraving them of a chance of comprehending the reprehensibility of their behavior (Heinichen 2000: 43; Lyons 2000: 142).

Following the route set by this harmful tendency, aimed *de facto* at stark objectification of the perpetrator as an individual programmatically incapable of expressing their own critical self-reflection, is indeed hard to reconcile especially with personal dignity after all acknowledged to be the root of humanity (Zieliński 2019: 112). It is worth emphasizing that even committing a crime does not annul *per se* the dignity of the perpetrator, does not exclude them from the legal protection and should not arbitrarily close the road to correction to them. Thus, perceiving a contradiction between the new redaction of the individual-preventive directive and the basic message resulting from the obligation to respect man’s dignity, the following question should be asked: Should the regard for respecting the above-mentioned value determine in a solely decorative way and purely seemingly the intransgressible boundaries in the lawmaking process, or should it allow courageous delineating them in the situation where the legislator “ceases” to respect the fundamental rights and freedoms of the individual? Giving an unambiguously positive answer regarding preserving an attitude of interpretative openness, it should be stated that it is thanks to such a perception of the role of the subject applying law that the man’s constitutional dignity would not play the role of an empty platitude, under which all sorts of content can be smuggled (even if useful).

Instead, it would make one of the basic matrixes serving to decode – in the process of interpretation – the binding norms (Zieliński 2019: 127).

The direction of reading the amended framework of the general directives of judicial sentencing, which is proposed here, “could save” in its essence their “constitutionality” and, simultaneously, would not contain in itself characteristics of lawmaking. Furnishing a pro-constitutional interpretation of the indications of sentencing would confirm the fact that it is impossible to declare acceptance of normative and axiological superiority of the fundamental act in the system of law and – at the same time – promote such an understanding of statutory regulations that would contradict the values incorporated in the Constitution of the Republic of Poland.

4. Practical assessment of usability of the amendment to the general directives of judicial sentencing

The analyzed changes incline also toward asking yet another question: Shall the partial re-redaction of the general directives of judicial sentencing impact – and to be precise – augment their usability in the practice of the justice system? Obviously, one cannot deny that with respect to the amended Article 53 § 1 of the Penal Code the legislator made use of terms that are not alien to the national tradition of constituting criminal law; nevertheless, one can have doubts if expressions which are *de facto* characterized by a considerable degree of relativity (and interpretative capacity), provide a sufficient guarantee to protect the individual against randomness of selecting the punishment that is appropriate as far as both its type and severity are concerned.⁵

Referring the above comment to the directive of societal noxiousness of the act, mentioned *in principio* in Article 53 § 1 of the Penal Code, the question must be asked: Is it possible, despite (*de lege lata*) having worked out normative criteria of assessment of social harmfulness (Article 115 § 2 of the Penal Code), to clearly indicate that it is this and not any other severity of the penalty that “takes into consideration” the objectivized degree of the harmfulness? Generally difficult quantification of circumstances determining the degree of societal noxiousness of the criminal act (V KK 119/17)⁶ leads

⁵ The doubts which have been raised are not neutralized either by accentuating in the new wording of Article 53 § 1 of the Penal Code attenuating and aggravating circumstances (or even their illustrative listing: see Article 53 § § 2a and 2b of the Penal Code).

⁶ As it is noted in the following decision of the Supreme Court (V KK 119/17): “[...] making an evaluation of the circumstances determining the degree of societal harmfulness of the act being the subject of criminal proceedings, the court ought to consider which of the premises enumerated in Article 115 § 2 of the Penal Code, appear in the concrete case, carry out a deepened analysis of each

to the conclusion that “ordering” to the degree of societal harmfulness of the act the appropriate type and severity of the punishment will still raise doubts from the perspective of uniformity of applying law. Complementing the above concerns, it is worth adding that, again, in the relocation of the mentioned directive itself, it is not possible to perceive any “added value” that would rationalize judicial sentencing.

Furthermore, unavoidable controversy will be generated also by establishing whether the aims pertaining to the societal impact of the penalty will be achieved by sentencing it. The standpoint represented by the originators of the amendment, saying that modification of the formula expressing general prevention that obligates the court, while determining the lower limit of the punishment, to also take into account “the political-criminal needs in the sphere of creation or strengthening stimuli discouraging potential criminals for purely opportunistic reasons from proceeding that violates legal prohibitions, thus by deterrence from committing crimes” (<https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024:18>), does not free (see: Skowroński 2003: 83–84)⁷ from the fundamental doubt which results from the necessity of verifying what punishments and of what severity correspond to the needs in the scope of general crime prevention (Kaczmarek 1995: 69; Kania 2016: 67).

The court’s not having at its disposal a suitable diagnostic knowledge (which most probably will make the most frequent, if not exclusive, and repetitive scenario in this respect) on crime-generating properties of the environment, ones that would be encompassed by the repercussions of the punishment that is sentenced, inclines to the conclusion that formation of the severity of the punishment in the perspective of the directive of general prevention will still

of them, take into account the significance in the existing reality and make an assessment of which of these circumstances heighten and which lower the degree of the harmfulness.”

⁷ In the context of the binding wording of Article 53 § 1 of the Penalty Code (and the stance taken by its creators) one can ponder over whether the originators of the draft perceived appropriately the basic difference which occurs between the aim and the function of a penalty. Expressing a doubt in this matter, it is worth, in this place, reminding that the creators of the binding Penal Code clearly pointed to the fact that it rejects aims after all and not – as it needs adding – functions consisting in deterring society. Accepting interchangeably that a function of punishment corresponds to its real impact, it should also be said that as much as constructive propagation of approval of the legalistic attitude (to achieve which using escalation of severity of punishment was considered superfluous) remains a positive-preventative aim, it would be impossible to exclude *a priori* the possibility of inducing the deterring effect from the sphere of real effects of application of the given penalty. Then, independent of that, it seems that the criterion of differentiation between negative general prevention and positive general prevention makes essentially a subjective influence of information about the applied sanction, which cannot only evoke fear, but also makes an impact on motivation of a higher order than the very sense of fear of a punishment itself. The above settlement does not change, however, the fact that negative general prevention should not constitute a contemporary goal of punishment, but only its eventual factual function.

be based on the court's intuition to a great extent (Kaczmarek 1998: 25–27).⁸ In other words, the sense of general-preventive impact of punishment will be finally filled by the court's (judges') representation regarding societal reception of the penalty as well as with reference to the approving or deterring attitude towards it, expressed by vaguely identified public opinion.

It should also be stated, furnishing further comments, that the normative narrowing of the content of the individual prevention directive for preventative reasons, which a penalty is supposed to provide with reference to the perpetrator, surely cannot be assessed in the category of a measure favoring the process of rationalization of sentencing. Proper taking account of individual-preventive aims demands that the court should have at its disposal reliable personal identification material (VI KRN 207/78; Kaczor 2010: 46 ff.),⁹ on the basis of which it would be possible to not only make an accurate social prognosis on the perpetrator, but also foresee potential preventative effects of the penalty that is sentenced.¹⁰ Without obtaining this information, it would be hard to ensure and prove that the punishment dealt has the individual-preventive value and is appropriate regarding its type and severity towards the concrete perpetrator (Kaczmarek 2013: 91).

Considering the question of practical usability of the new framework of general directives of judicial sentencing, it must be observed, too, that making the allocative amendment of the directive of severity of penalties, the creators did not point, at the same time, to either quantifiers or any other criteria, on the basis of which it would be possible to prove that the defined severity of the penalty does not exceed the degree of perpetrator's guilt. With reference to the above-mentioned directive it has not been resigned from the limiting framework of the directive concerning the degree of guilt, though, even if – in the past – this used to raise a clear objection. It is worth recalling that regard-

⁸ In this place, it needs mentioning that acceptance of the positive-preventative strategy in the Penal Code of 1997 was meant to free the court from the necessity of recognizing the crime-generating characteristics of the given environment which punishment should exert an influence on, as well as from making conversions of these characteristics to the type and severity of the penalty. This view, however, can generate justified doubts. Exempting the court from the obligation to verify the societal prognosis of the environment whose awareness is to be shaped through punishments dealt gives rise *prima facie* to the question what then should provide the substantive foundation to determine the needs in the scope of forming legal awareness of society?

⁹ In the quoted sentence of the Supreme Court, it was aptly noticed that: "Sentencing the appropriate penalty, regarding its type and severity, ought to be conditioned also by collecting and taking into account indispensable personal identification data [...], since it is a perpetrator of concrete personality characteristics and concrete behavior before committing the crime, during committing it and after committing it, who is subject to punishing."

¹⁰ However, treatment of the background survey appears in certain contradiction with this assumption (Article 214 of the Code of Criminal Procedure), by principle, as *ultima ratio*.

ing the criticism voiced – relatively shortly after the Criminal Code came into use – it did not give bases for sentenced penalties to actually correspond to the degree of the perpetrator’s guilt (<https://archiwum.rp.pl/artykul/436694-Karadostosowana-do-stopnia-winy-sprawcy.html>; see also: Iwaniec 2004: 141–142). Entering into polemics with this kind of interpretation (or even an eventual attempt at normative modification of the directive of the degree of guilt in the future), it should be noticed that the requirement for the affliction of the punishment not to exceed the degree of guilt and dosing the penalty that is commensurate with the guilt do not exclude each other. As a matter of fact, the penalty that does not exceed with its affliction the threshold delineated by the degree of the guilt will be commensurate with the guilt at the same time, unless other grave questions should speak in favor of its commutation (Giezek 2012: 383; see also: Bojarski 1993: 81; Konarska-Wrzosek 2002: 81 ff.).

In this place, being fully aware of a simplification of further considerations on this or another normative wording of the directive of degree of guilt, it should be stated that the very shifting of the restrictive framework of this directive to the position of the second sentence of Article 53 § 1 of the Penal Code does not neutralize *de facto* the doubts raised to date regarding the practical significance of the given indication. For this reason, I keep on asking the following rhetorical question, as it is particularly telling: “Isn’t it odd that we demand of the judge that while sentencing they should pay utmost attention to that the penalty does not exceed the guilt of the perpetrator, whereas the very code itself will not settle what should be understood by the guilt and scholars of the highest professional rank have not been able to settle between themselves until this day what makes its essence?” (Kaczmarek 2013: 101; Achenbach 1984: 137; see also: Bojarski 2004: 39).¹¹

The above-presented observations can naturally lead to the conclusion that the analyzed amendment to the Penal Code has not diminished in point of fact the real practical difficulties resulting from the lack of a worked out method and criteria that would allow “calculating over” the circumstances of a concrete act, perpetrator’s personality traits and crime-generating characteristics of the environment and converting the outcome to a judicial sentence that is suitable as far as its type and severity are concerned, that is appropriate from the point of view of justice and prevention (Kaczmarek 1980: 164). A modification of the general directives of judicial sentencing, which consists in reformulation and changing the order of sentences, does not free from the concern that the process

¹¹ In the opinion of Tadeusz Bojarski: “The formulation contained in Article 53 § 1 of the Penal Code, that the affliction of the sentence should not exceed the degree of the guilt, cannot be translated into the language of practice. No one is able to prove that exceeding the degree of the guilt has occurred or not. This assumption is unrealistic and unworkable” (Bojarski 2004: 39).

of court sentencing will still be carried out in the conditions of peculiar relativity, finally making a resultant of a number of factors of *de facto* varied etiology.

5. Final remarks

The considerations presented in this work, incline – in the first place – to offering a more general conclusion that reminds that all assumptions about liberating humanity from the phenomenon of criminality, which are executed by means of increasingly intensified repressive settlements emphasizing sanctions, are founded on principles deriving from a totalitarian criminal law. It is impossible to objectively, contradict the fact that the excessive repressiveness stimulated with factors which are doubtful by nature – apart from subordinating criminal law to the state apparatus of authority and the entailed pure instrumentalization of it – constitute primary and, at the same time, easy to identify features of authoritarian criminal law (Osak 2021: 219). While perceiving this kind of threat, one must acknowledge that the proposed interpretation of the framework of the general directives of judicial sentencing, directed towards respecting values in a democratic state of law, ought to protect not only against the very preference for severity of the punishment, which is groundless anyway, over its unavoidability (including the stage of its sentencing – Schäfer, Sander, van Gemmeren 2017: 291), but also against investing the analyzed issues with the counter-constitutional character.

In turn, taking the stance on evaluation of practical usability of the framework of the general directives of judicial sentencing, which is in force, we can hardly avoid getting the impression that the amendment to the Penal Code of 7 July 2022 has not lessened the controversies concerning the issue, which have been voiced to date. For this reason, the opinion expressed by Tomasz Kaczmarek, who devoted a lot of space and attention in his scientific work to determiners of sentencing, including the general directives behind the process (see in particular: Kaczmarek 1972; Kaczmarek 1980; Kaczmarek *et al.* 1987), is only too valid. The researcher argued rightly that: “One should not overestimate the practical significance of the regulations formulating the general directives of judicial sentencing. The rules, irrespective of the manner in which they frame their content, constitute most often a mystification that serves to upkeep illusions that rationalization of punishment can follow strictly according to the paradigms accepted in the act, in a way completely independent of autonomous disposition of the judge to take into account other sets of values and preferences for them, resulting from their own evaluative attitudes” (Kaczmarek 2013: 102).

Irrespective of the comment presented here, which as a matter of fact is accompanied by a generally pessimistic vision with reference to the usefulness of the general directives of judicial sentencing, it seems that normatively constructed bases of sentencing do not deserve either being treated as having a merely decorative character nor getting completely negated. Despite the fact that application of the regulations under analysis poses a serious challenge to the court, it needs underlining that their being guaranteed in a relevant regulative act allows placing judicial sentencing in the concrete legal reality, thus preventing the above-mentioned process from being seen, in particular, in the category of judges' *licentia poetica* (Kania 2015: 36). In consequence, it is fairly legitimate to observe that indeed the lawmaker does not equip the court in reliable (even though auxiliary only) tools to sentence a just and deliberate legal reaction, yet simultaneously – including legal indications in the regulations of the Penal Code, according to which the court is obliged to proceed in this process – the former should give a vital axiological message to the latter, one that leaves “a broad space for reflexiveness, intellectual openness and moral sensitivity [...] to read not only the letter of law, but also feel its spirit” (Kaczmarek 2015: 272). Looked at from the strictly normative perspective – *de lege lata* – the current framework of Article 53 § 1 does not satisfy this standard.

References

Legal acts

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2022, poz. 1138, tekst jednolity [Act of 6 June 1997 – the Penal Code, consolidated text].
- Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2022, poz. 2600 ze zm. [Act of 7 July 2022 on changing the Penal Code and some other acts, as amended].

Jurisprudence

- Orzeczenie TK z dnia 18 października 1994 r., K 2/94. Dostęp: 21.06.2023. OTK 1994, poz. 36 [Decision of the Constitutional Tribunal of 18 October 1994. Accessed: 21.06.2023].
- Wyrok TK z dnia 9 października 2001 r., SK 8/00. Dostęp: 21.06.2023. OTK 2001, nr 7, poz. 211 [Sentence of the Constitutional Tribunal of 9 October 2001. Accessed: 21.06.2003].
- Wyrok TK z dnia 20 marca 2006 r., K 17/05. Dostęp: 21.06.2023. LEX nr 182494 [Sentence of the Constitutional Tribunal of 20 March 2006. Accessed: 21.06.2023].
- Wyrok TK z dnia 19 września 2008 r., K 5/07. Dostęp: 21.06.2023. OTK-A 2008, nr 7, poz. 124 [Sentence of the Constitutional Tribunal of 19 September 2008. Accessed: 21.06.2023].

- Wyrok TK z dnia 30 września 2008 r., K 44/07. Dostęp: 21.06.2023. OTK-A 2008, nr 7, poz. 126 [Sentence of the Constitutional Tribunal of 30 September 2008. Accessed: 21.06.2023].
- Wyrok TK z dnia 6 lipca 2011 r., P 12/09. Dostęp: 21.06.2023. OTK-A 2011, nr 6, poz. 51 [Sentence of the Constitutional Tribunal of 6 July 2011. Accessed: 21.06.2023].
- Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2017 r., II AKa 388/17. Dostęp: 21.06.2023. LEX nr 2446569 [Sentence of the Administrative Court in Wrocław of 29 December 2017. Accessed: 21.06.2023].
- Wyrok SA w Lublinie z dnia 12 sierpnia 2014 r., II AKa 163/14. Dostęp: 21.06.2023. LEX nr 1500827 [Sentence of the Administrative Court in Lublin of 12 August 2014. Accessed: 21.06.2023].
- Wyrok SA w Gdańsku z dnia 2 września 2014 r., II AKa 325/14. Dostęp: 21.06.2023. LEX nr 1648834 [Sentence of the Administrative Court in Gdańsk of 2 September 2014. Accessed: 21.06.2023].
- Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 grudnia 2014 r., II AKa 397/14. Dostęp: 21.06.2023. LEX nr 1953220 [Sentence of the Administrative Court in Wrocław of 30 December 2014. Accessed: 21.06.2023].
- Wyrok SN z dnia 29 sierpnia 1978 r., VI KRN 207/78. Dostęp: 21.06.2023. OSNKW 1978, nr 12, poz. 142 [Sentence of the Supreme Court of 29 August 1978. Accessed: 21.06.2023].
- Postanowienie SN z dnia 14 listopada 2017 r., V KK 119/17. Dostęp: 21.06.2023. LEX nr 2418095 [Decision of the Supreme Court of 14 November 2017. Accessed: 21.06.2023].

Secondary sources

- Achenbach, Hans. 1984. Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. In: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, (ed.) Bernd Schünemann, 135–152. Berlin–New York: Walter de Gruyter.
- Bauman, Jürgen. 1990. Kara jako zadanie społeczne. *Nowe Prawo* 10–12: 209–221.
- Bojarski, Tadeusz. 1993. Społeczna szkodliwość czynu i wina w projekcie k.k. In: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, (ed.) Stanisław Waltoś, 71–82. Kraków: Uniwersytet Jagielloński.
- Bojarski, Tadeusz. 2004. Uwagi o karach i ich orzekaniu na tle projektowych zmian kodeksu karnego. In: *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*, (ed.) Bogusław Janiszewski, 29–42. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.
- Buchała, Kazimierz. 1993. System sądowego wymiaru kary w projekcie kodeksu karnego. In: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, (ed.) Stanisław Waltoś, 131–148. Kraków: Uniwersytet Jagielloński.
- Citowicz, Rafał. 2006. Tradycyjna dogmatyka prawa karnego a nietradycyjne typy przestępstw (Ogólnopolska konferencja naukowa, Szklarska Poręba, 6–8 IV 2006). *Państwo i Prawo* 11: 109–111.
- Giezek, Jacek. 2012. Komentarz do art. 53 k.k. In: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, (ed.) Jacek Giezek, 380–385. Warszawa: Wolters Kluwer.

- Heinichen, Christian. 2000. *Generalprävention im Lichte absoluter und relativer Straftheorien. Forschungsarbeit*. Norderstedt: GRIN Verlag.
- Hassemer, Winfried. 2009. *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*. Berlin: Ullstein TB-Verlag.
- Iwaniec, Jakub M. 2004. Kara celowa a kara sprawiedliwa. *Przegląd Sądowy* 1: 130–148.
- Kaczmarek, Tomasz. 1972. *Sędziowski wymiar kary w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w świetle badań ankietowych*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Kaczmarek, Tomasz. 1980. *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Kaczmarek, Tomasz et al. 1987. *Decyzja sędziego w sprawie wymiaru kary i jej psychospołeczne uwarunkowania*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Kaczmarek, Tomasz. 1995. O pozytywnej prewencji w ujęciu projektu kodeksu karnego z 1994 r. *Palestra* 3–4: 63–72.
- Kaczmarek, Tomasz. 1998. Kryminalnopolityczne założenia nowego kodeksu karnego. *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* I: 11–30.
- Kaczmarek, Tomasz. 2001. Opinia o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1: 61–101.
- Kaczmarek, Tomasz. 2013. Z rozważań nad racjonalizacją sądowego wymiaru kary. In: *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, (eds.) Wojciech Cieślak, Sławomir Steinborn, 85–102. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kaczmarek, Tomasz. 2015. Ogólne dyrektywy wymiaru kary. W: *System prawa karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*. Vol. 5, (ed.) Tomasz Kaczmarek, 196–274. Warszawa: C.H. Beck.
- Kaczor, Robert. 2010. Dane osobopoznawcze w kontekście ograniczeń prawa karnego. *Prokuratura i Prawo* 11: 46–61.
- Kania, Agnieszka. 2015. About basic terms regarding judicial sentences. Remarks in the context of the Polish Penal Code. *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego XXXVIII*: 27–36.
- Kania, Agnieszka. 2016. Dyrektywa pozytywnej prewencji ogólnej – wybrane problemy. Uwagi na tle kodeksu karnego. *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego XXXIX*: 55–71.
- Kania, Agnieszka. 2019. Kierunki zmian w zakresie sądowego wymiaru kary (wybrane problemy w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych). *Studia Prawnoustrojowe* 43: 155–162.
- Kania-Chramęga, Agnieszka. 2020. Nowelizacja ustawowych wskazań sądowego wymiaru kary a (nie)racjonalna próba kształtowania polityki karnej. In: *Zmiany w prawie karnym materialnym i procesowym w latach 2013–2019. Zagadnienia wybrane*. Vol. III, (ed.) Hanna Paluszkiewicz, 18–33. Zielona Góra: Oficyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego.
- Kania-Chramęga, Agnieszka. 2022. *Tendencje w rozwoju prawa karnego oraz ich ocena (węzłowe problemy w perspektywie obowiązywania Kodeksu karnego z 1997 r.)*. Zielona Góra: Oficyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego.
- Kępiński, Marian, Michał Seweryński, Adam Zieliński. 2006. Rola kodyfikacji na przykładzie prawa prywatnego w procesie legislacyjnym. *Przegląd Legislacyjny* 1: 95–107.
- Konarska-Wrzošek, Violetta. 2002. *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*. Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

- Küper, Wilfried. 1992. *Autobiographie oder Schattenbild? Zur „Selbstbeschreibung“ P.J.A. Feuerbachs*. In: *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag*, (ed.) Manfred Seebode, 153–172. Berlin-New York: Walter de Gruyter.
- Lyons, David. 2000. *Etyka i rzędy prawa*, tłum. Paweł Maciejko. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami 1997*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Osak, Mikołaj. 2021. Cechy stalinowskiego prawa karnego na podstawie podręcznika Igora Andrejewa, Leszka Lernella i Jerzego Sawickiego „Prawo karne Polski Ludowej” z 1950 r. *Miscellanea Historico-Iuridica XX*: 219–238.
- Schäfer, Gerhard and Günther M. Sander, Gerhard von Gemmeren. 2017. *Praxis der Strafzumessung*. München: C.H. Beck.
- Skowroński, Krzysztof. 2003. Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w Kodeksie karnym z 1997 r. *Palestra* 7–8: 81–87.
- Weitz, Karol. 2007. Czy nowa kodyfikacja postępowania cywilnego? *Państwo i Prawo* 3: 13–27.
- Zieliński, Sebastian. 2019. Rozumienie godności człowieka i jej znaczenie w procesie stanowienia i stosowania prawa. Propozycja testu zgodności regulacji prawnych z zasadą godności człowieka. *Przegląd Sejmowy* 4: 107–127.

Internet sources

- Barczak-Oplustil, Agnieszka *et al.* Populistyczna nowelizacja prawa karnego. Ustawa z dnia 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 762), <https://kipk.pl/ekspertyzy/populistyczna-nowelizacja-prawa-karnego/>. Last access 21.06.2023.
- Giezek, Jacek *et al.* Opinia na temat ustawy z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 762), <https://www.senat.gov.pl/prace/opinie-i-ekspertyzy/page,11.html?kadencja=10&rok=2022>. Last access 21.06.2023.
- Mąciór, Władysław. Kara dostosowana do stopnia winy sprawcy, <https://archiwum.rp.pl/artukul/436694-Kara-dostosowana-do-stopnia-winy-sprawcy.html>. Last access 21.06.2023.
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2024), <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024>. Last access 21.06.2023.
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2024), <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024>. Last access 21.06.2023.
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 3451), <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451>. Last access 21.06.2023.

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-08-25
accepted 2024-02-23
published online 2024-07-17



The principle of effectiveness against the background of the principle of the right to a fair trial in the judgements of the European Court of Human Rights

Zasada efektywności na tle zasady prawa do sprawiedliwego procesu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

KATARZYNA KUŁAK-KRZYSIAK

John Paul II Catholic University of Lublin

ORCID: 0000-0001-6771-4188, katarzyna.kulak-krzysiak@kul.pl

Citation: Kułak-Krzysiak, Katarzyna. 2024. The principle of effectiveness against the background of the principle of the right to a fair trial in the judgements of the European Court of Human Rights. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 55–69. DOI: 10.25167/osap.5207

Abstract: The European Court of Human Rights (Hereinafter referred to as ECtHR) has jurisdiction over 47 countries and it is considered to be one of the most effective mechanisms for the protection of human rights in the world. In Recommendation Rec(2004)20 of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 15 December 2004 on judicial review of administrative acts – with reference to the right to an effective remedy provided for in Article 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) – the principle of effectiveness is primarily identified.

The guarantees provided by the norms of national law and confirmed in the norms of international law allow citizens to appeal to international tribunals in pursuit of claims alleging violation of rights. Violation of the principle of effectiveness results in the infringement of one or more rights guaranteed by national and also international law. This paper aims to determine what the effectiveness of proceedings is according to the norms of international law and how it is interpreted in relation to the principle of the right to a fair trial.

This article aims to define what the effectiveness of proceedings is according to the norms of international law and how it is interpreted in relation to the principle of the right to a fair trial. The research goal of this article is to analyze the legal provisions regarding the effectiveness of court proceedings. The article will ask whether the judicial process can be effective? What is the efficiency of judicial proceedings? What features must the judicial

proceedings meet to have the characteristics of efficiency? What activities are being undertaken by international authorities to increase the efficiency of the judicial process, and do these activities have an impact on solving the problem? The issue of efficiency of judicial proceedings is very important. Hence the attempt to answer the questions above.

The article presents the genesis of the institution of efficiency and its evolution in recent years as well as attempts to compare it over the years.

Keywords: party, effectiveness, reasonable time of proceedings, court proceedings, tribunal

Abstrakt: Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPCz) obejmuje swoją jurysdykcją 47 państw i jest uważany za jeden z najskuteczniejszych mechanizmów ochrony praw człowieka na świecie.

W rekomendacji Rec(2004)20 Komitetu Ministrów Rady Europy z 15 grudnia 2004 r. o sądowej kontroli aktów administracyjnych w nawiązaniu do przewidzianego w art. 13 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKOPCz) prawa do skutecznego środka ochrony prawnej naruszonych praw i wolności (right to an effective remedy) – została wyróżniona zasada efektywności.

Gwarancje zawarte w normach prawa krajowego, potwierdzone w normach prawa międzynarodowego, umożliwiają obywatelowi odwoływanie się do trybunałów międzynarodowych w celu dochodzenia naruszonych praw. Naruszenie zasady efektywności skutkuje naruszeniem jednego lub kilku praw zagwarantowanych w przepisach prawa krajowego, a równocześnie prawa międzynarodowego.

Niniejszy artykuł ma na celu określenie, czym według norm prawa międzynarodowego jest efektywność postępowania i jak jest interpretowana w odniesieniu do zasady prawa do sądu. Celem badawczym niniejszego artykułu jest przeprowadzenie analizy w zakresie przepisów prawnych dotyczących efektywności postępowania sądowego. W artykule postawione zostało pytanie: czy postępowanie sądowe może być efektywne? Co to jest efektywność postępowania sądowego? Jakie cechy musi spełniać postępowanie sądowe, żeby miało cechy efektywności? Jakie działania podejmują organy międzynarodowe, żeby zwiększyć efektywność postępowania sądowego i czy te działania mają wpływ na rozwiązanie problemu? Zagadnienie efektywności postępowania sądowego jest bardzo ważne, stąd próba udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania. W artykule przedstawiona została geneza instytucji efektywności i jej ewolucja w ostatnich latach oraz próba jej porównania na przestrzeni lat.

Słowa kluczowe: strona, efektywność, szybkość postępowania, postępowanie sądowe, trybunał

Introduction

The right to a fair trial is enshrined in Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and it represents one of the most fundamental guarantees for the respect of democracy and the rule of law on the European continent (Rozakis 2006: 115). One of the basic human and citizen rights is the right to lodge complaints (Bajorek-Ziaja 2010: 13)). The European Court of Human Rights (ECtHR) in Strasbourg is an international court. It was es-

tablished to examine complaints lodged by persons claiming that their rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms have been violated (Jurnal of Laws 1993: 284). The ECHR was drafted by the Council of Europe to create a collective system for the protection of the human rights provided for in the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations in 1948 (The European Court 2013: 1). This Convention was ratified on 4 November 1950 and is an international agreement wherein the member states of the Council of Europe undertake to respect the rights and freedoms enshrined in the Convention. Poland signed the Convention on 19 January 1993.

According to the ECHR, every case in court must be heard within a “reasonable time” (The European Court 2013: 3–5). The principle of having a case processed without undue delay is part of the concept of the effectiveness of proceedings.

1.

How can one establish whether a given court proceeding is effective? Effectiveness of proceedings is an extremely complex issue, and one that is difficult to put into practice.

A decade ago, a doctrinal study on the European principle of effectiveness was published, comparing the legal orders of the European Union and the European Economic Area (EEA) and assessing in parallel the impact of the case-law of the Court of Justice of the European Union (ECJ2) and the Court of the European Free Trade Association (EFTA Court) on the national legal orders with a special focus on Iceland. At that time, it was argued that a silent revolution had taken place in the European legal order since that judicial made legal principle had become its pivotal cornerstone for the protection of individual rights not only within the EU but also in the EFTA–EEA countries (Iceland, Norway, Liechtenstein) (Méndez-Pinedo 2021: 5). The research questions are therefore the following: What does effectiveness mean as a principle in our field of EU law? What does a survey of relevant scholarship reveal on the matter? (Mendez-Pintedo 2021: 7).

Effectiveness is one of the key principles determining the manner in which administrative court proceedings should be conducted. This concept entails for the entity conducting the proceedings a number of obligations related to the specific procedure that needs to be followed in order to review an appealed administrative decision. It can be said that effectiveness is the restoration of the state of lawfulness – from the moment a case is brought to court to the moment a judgement is issued and then enforced – as quickly and as cheaply

as possible and in compliance with the rules of procedure. According to Kmiecik, the concept of effectiveness of judicial-administrative protection presupposes that law is observed by the court itself and respected by administrative authorities at the stage of enforcing the court's judgment (Kmiecik 2006: 214). The effectiveness of protection provided in the sphere of public administration is also one of the four basic requirements that the European Committee for Legal Cooperation of the Council of Europe recognizes as components of the right to a fair trial (right to a court) (Kmiecik 2010: 21).

Stelmach claims that a law that does not meet at least the "minimum" conditions of effectiveness (even if it is formally in force) becomes, to all intents and purposes, non-existent (Stelmach 2010: 958). The fundamental problem therefore is whether an existing or a new law will work, make things easier for individuals, provide the necessary guarantees, establish clear rules of conduct, or whether it will become a negative influence. A law should be effective, which means it must be implementable – it must have the power to act.

2.

The ECtHR does not act as another instance and cannot overturn or amend domestic judgements that violate the fundamental human rights protected by the ECHR (Cichoń 2005: 177). Complaints to the ECtHR may only concern matters within the competence of public authorities, i.e. state or local government or administrative bodies, courts, etc. In the case of excessive length of proceedings, a court may award damages to the aggrieved party.

The rights and freedoms protected by the ECHR are enshrined in the text of the Convention and in Additional Protocols. The right of individual complaint is of fundamental importance for the effective protection of the substantive rights and freedoms secured under the Convention (Bajorek-Ziaja 2010: 37). The fact that individuals use protection measures provided for by international law shows that those who believe they have been wronged by national authorities, look for opportunities to pursue their rights and interests outside their home country (Banaszek 1997: 6).

In addition to developing a catalogue of civil and political rights and freedoms, the Convention has created a system for monitoring compliance with the obligations adopted by States Parties to the Convention. The ECHR imposes an obligation on states to ensure that they respect all the rights and freedoms set out in the Convention which pertain to the citizens subject to their jurisdiction.

For the long period of time from the establishment of the ECtHR until the early 1980s, nothing indicated the need for a fundamental reform of the rules governing the activities of this Court or, more broadly, the entire mechanism

for monitoring compliance with the Convention (Biszyga 1997: 63). In the case of Poland, the ECtHR can consider complaints received after 1 May 1993. Since 1980, the number of cases brought before the institutions of the ECHR has been growing steadily. This has made it increasingly difficult to keep the length of proceedings before those institutions within acceptable limits. This problem has been considerably exacerbated by the admission of new Member States to the Council of Europe after 1990, of which there are now 47. The number of cases registered annually by the Commission increased from 404 in 1981 to 4750 in 1997. By 1997, the number of unregistered or provisional case files opened annually by the Commission reached over 12,000 (The European Court 2013: 2). The figures for the ECtHR, in which the number of cases brought per year increased from 7 in 1981 to 119 in 1997, reflect a similar trend (The European Court 2013: 2). As a consequence of this increase, Council of Europe member states ratified Protocol No. 11 (*Journal of Laws* 1998: 962) to the ECHR. The reform involved simplification of the structures established by the Convention to decidedly shorten the proceedings before those institutions, to increase the effectiveness of protection measures, to facilitate access for individuals, and to maintain the existing high quality of the human rights protection system.

In the three years since the entry into force of Protocol No. 11, the Court's case-load increased in an unprecedented manner from 5,979 applications registered in 1998 to 13,858 in 2001, a rise of approximately 130% (The European Court 2013: 2). Protocol No. 15 to the ECHR entered into force on 1 August 2021. The Protocol had been designed to improve the efficiency of the ECtHR, among others, by accelerating the resolution of cases. Adopted in 2013, it had waited for ratification by the States Parties to the Convention until 2021. The primary objective of the Protocol was to strengthen the standards of human rights protection.

An application to the ECtHR may be brought by any person who, in their opinion, has been the victim of a violation by the State party of the rights under the Convention (Bajorek-Ziaja 2010: 27). Complaints about the excessive length of proceedings can be lodged on the grounds that there has been a violation of the right to a fair trial. The violation of the right to a fair trial is closely related to the violation of the right to the effectiveness of proceedings before an administrative court.

Before lodging a complaint with the ECtHR, regarding an administrative matter, one should first exhaust all possible domestic remedies. This requirement follows from Article 35, paragraph 1, of the ECHR, which reads as follows: On the question of when an applicant should first refer to the Constitutional Court (Trybunał Konstytucyjny) and only then to the ECtHR, the Court ruled

in the case of *Zbigniew Pachla v. Poland* (Judgement of 8 November 2005 as to the admissibility of application no. 8812/02 by *Zbigniew Pachla v. Poland*) in the Judgement of 8 November 2005 (Bajorek-Ziaja 2010: 28).

As of 1 February 2022, the deadline for submitting a complaint to the ECtHR is four months from the date on which the final decision was taken at the national level. This means the deadline for lodging a complaint has been shortened, as previously it was 6 months. The new four-month deadline applies to complaints for which a final national decision was taken on or after 1 February 2022.

Since the number of complaints filed with the ECtHR is constantly growing, the waiting period for a reply to a complaint is several months. The procedure for lodging a complaint is set out in the Declaration of Recognition of the Competence of the European Commission of Human Rights and the Jurisdiction of the ECtHR (*Journal of Laws* 2010: 286).

3.

As per 31 December 2019, the largest percent of cases pending before the ECtHR concerned the Russian Federation (25.2%), Turkey (15.5%), Ukraine (14.8%), Romania (13.2%) and Italy (5.1%). Poland ranks 10th in terms of the number of complaints pending before the ECtHR, which account for 2% of all cases (Kolarz 2021).

The total number of complaints examined was 59,800 (a 6% increase). The statistical data for 2019 shows that the number of new cases increased due to the rise in the number of complaints against Bosnia and Herzegovina, the Russian Federation, Turkey and Ukraine. In 2019, the ECtHR issued twelve judgements in cases against Poland, finding that there had been a violation of the Convention in 11 of them. This represents a significant decrease (by half) in the number of judgements compared to previous years.

Most of the cases brought before the ECtHR regard violations of Article 6, paragraph 1, of the ECHR, which provides for access to a court for the hearing of a case. Article 6, paragraph 1, of the Convention stipulates that everyone has the right to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial court. It could seem that cases concerning excessive length of proceedings are not particularly complicated. This is, however, far from the truth, since in many of those cases it is necessary to first determine whether the right to a fair trial and thus the right to have judgement within a reasonable time does actually apply to the particular proceedings (*Ibidem*, p. 1). In Poland, the right to a fair trial is provided for in Article 45 of the Constitution of the Republic of Poland (*Journal of Laws* No. 44, item 267;

No.79, No. 101, item 935), which reads as follows: “Everyone shall have the right to a fair and public hearing of their case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court.”

Even before the reform of the administrative judiciary and the adoption of the Act of 17 June 2004 on complaints against the violation of a party’s right to have their case heard without undue delay (now Act of 17 June 2004 on complaints against the violation of a party’s right to have their case heard in pre-trial proceedings conducted or supervised by a prosecutor and in judicial proceedings without undue delay (*Journal of Laws* 2018.75, consolidated text), the ECtHR had held, in the case of *Mączyński v. Poland* (Judgement of 15 January 2002, Application no. 43779/98) by a majority of six votes to one, that there had been a violation of Article 6(1) of the ECHR (the judgement concerned a civil case in which the court proceedings lasted 25 years). In that judgement, the Court, for the first time, awarded the applicant damages (EUR 5,500) in respect of non-pecuniary damage related to the excessive length of the proceedings. This is very important, because this judgement guarantees the right to a fair trial, and thus in a broader sense, it guarantees effective court proceedings.

The most important cases concerning excessive length of proceedings brought to the ECtHR against Poland, in which the Court found there had been a violation of rights, are the following:

1. *Styranowski v. Poland* (October 1998) (Application no. 28616/95, Judgement of 30 October 1998) – the applicant contested the length of the proceedings brought in 1991 to obtain a full pension calculated on the basis of his salary at the moment of early retirement;

2. *Podbielski v. Poland* (October 1998) (Application no. 27916/95, Judgement of 30 October 1998) – the applicant complained about the long duration of the proceedings regarding payment for construction works which his company had carried out under a contract with the municipality;

3. *Humen v. Poland* (October 1999) (Application no. 26614/95, Judgement of 15 October 1999) – the claimant invoked Article 6 of the Convention; the Court did not find the length of the proceedings had been excessive;

4. *Wcisło and Cabaj v. Poland* – both applications concerned excessive length of administrative proceedings. Nos. 49725/11 and 79950/13). In the judgement of 8 November 2018, the Court held there had been a violation of Article 6, paragraphs 1 and 13, of the Convention with regard to the first complaint. As for the second complaint, about the excessive length of administrative proceedings regarding the applicants’ claim for compensation for their expropriated property, the Court found that there had been a violation of Article 6 of the Convention, paragraph 1, and Article 13 of Protocol No. 1 to the Convention.

In 2004, the ECtHR issued a judgement that had a significant impact on the practice of applying the law on excessive length of court proceedings. The case of *Kaszubski v. Poland* (Application no. 35577/97, Judgement of 24 February 2004). In its Judgement, the Court observed that “The reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the particular circumstances of the case and having regard to the criteria laid down in the Court’s case-law, in particular the complexity of the case, the conduct of the applicant and of the relevant authorities and the importance of what was at stake in the litigation.” The ECtHR found that there had been a violation of Article 6, paragraph 1, of the Convention; the applicant was awarded damages of EUR 4,300 (Bajorek-Ziaja 2010: 45).

In the case of *Górska v. Poland* (Application no. 53698, Judgement of 3 June 2003, LexPolonica no. 385388), the Court reiterated that “The reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the criteria established by its case-law, particularly the complexity of the case, the conduct of the applicant and of the relevant authorities and what was at stake for the applicant in the dispute.” In another case, *Sobierajska-Nierzwicka v. Poland* (Application no. 49349/99, Judgement of 27 May 2003, LexPolonica no. 385387), the Court again stated that “The reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the particular circumstances of the case and having regard to the criteria laid down in the Court’s case-law.”

The ECtHR points out that an excessive length of court proceedings may jeopardize the effectiveness and credibility of courts (case of *Vernillo v. France* of 20 February 1991). However, when assessing the length of proceedings, it is important to take into account the complexity of the case and other difficulties that sometimes have an impact on how long the proceedings last, as well as the conduct of the applicant and the authorities conducting the proceedings. It is extremely important to the jurisprudence of the ECtHR that all the circumstances of the case be taken into account and that a global assessment be made (case of *Salerno v. Italy* of 12 October 1992).

Of course, the Polish state is not the only one to have violated Article 6, paragraph 1, of the ECHR. In the case of *Koenig v. Germany* (Application no. 6232/73, Judgement of 27 May 2003, LexPolonica no. 402823), the German authorities held that the length of proceedings should be counted from the date of lodging the complaint with the administrative court of first instance. However, the ECtHR observed that “The reasonable time may begin to run, in certain circumstances, even before the issue of the writ commencing proceedings before the court to which the plaintiff submits the dispute.” In this case, the plaintiff, Mr. Koenig, could not bring the case before the competent

court prior to having the lawfulness and the expediency of the impugned acts examined in preliminary administrative proceedings. Having examined the whole of the proceedings, the Court concluded that the delays mentioned by the authorities could not justify the length of the proceedings, which could have been brought to an end at an earlier date.

In administrative matters, the principles of fairness, publicness, and efficiency are even more important. The question about the effectiveness of a legal remedy is grounds for many disputes in doctrine and in jurisprudence. The answer to this question depends on understanding the concept of effectiveness in a legal system, in procedural law, especially in the system of legal remedies (Piątek 2019: 168). By submitting a request for review to the administrative court of the highest instance, a party seeks to both have the impugned decision rescinded and its consequences annulled. Effective protection of a party to such proceedings and restoration of lawfulness presupposes the obligation of the administrative authorities to comply with a/the court's judgement. Administrative authorities are state organs subject to the rule of law and their interests must be identified with the need for a proper administration of justice. It is worth noting that the judgement of the ECtHR in Strasbourg gives a clear and categorical answer to the question of how to treat the situation in which administrative authorities refuse to or are slow to comply with a judgement of an administrative court.

The Supreme Court in Poland attaches great importance to the rulings of the ECtHR (Bajorek-Ziaja 2010: 70), which, in its decision of 11 January 1995, observed that "From the date on which Poland became a member of the Council of Europe, the case-law of the European Court of Human Rights in Strasbourg may and should be taken into account in interpreting Polish law" (III ARN 75/94, OSNAPiUS 1995, no. 9, item. 106).

Considering the postulate of reasonable time and effectiveness of proceedings, it should be remembered that rulings cannot be made in contradiction to the objective truth, as such an action would be in conflict with the fairness of proceedings. Proceedings should last as short as possible, the findings must be true, and all actions taken during the proceedings by the competent authorities should be reliable

The ECtHR has been struggling for years with case overload. Since its establishment in 1959, it has issued over 23,400 judgements, most of which concerned Turkey, Russia and Italy. In 2020, around 62,000 cases were pending before the Court (about 41,700 of them were successfully lodged), of which 22% were cases against Russia, 19% – Turkey, and 16.8% – Ukraine. Most of the violations found by the ECtHR concerned the right to a fair trial (37.65%),

the right to liberty and security (13.34%) and the right to life and the prohibition of torture (16% in total).

Among the 41 judgements which the ECtHR issued until the end of 2000 in cases where the allegation of violation of the Convention was raised against the Polish authorities, 18 touched in one way or another upon the standard of reasonable time, and in more than half of these cases the Court ruled that the standard had not been met in proceedings before Polish courts (Leszczyński 2003: 217). In the judgements issued by the ECtHR until the end of 2004 in cases concerning Poland, excessive length of court proceedings was the most common reason for accepting a complaint. It is important to note that the principle of reasonable time does not apply solely to the proceedings before the given court examining the given complaint, but covers the settlement of the case from the moment the proceedings are initiated until they are concluded by a judgement of the Supreme Administrative Court.

In 2019, the Court delivered 12 judgements concerning Poland and found there had been a violation of the Convention in 11 of them. This marks a significant decrease (by half) in the number of judgements compared to previous years (statystyki ETPCz).

Conclusion

Effective judicial protection is a long-standing principle of Union law, a key pillar of the Union based on the rule of law (Bonelli 2019: 35). Therefore, a well-organized legal system should have appropriate tools for every case to be heard within a reasonable time limit. Proceedings that last for years cannot, according to the ECtHR, be conducted diligently (Judgements of the ECtHR in the cases of *Comingresoll v. Portugal*, 6 April 2000, Application no. 35382/97; *Uoti v. Finland*, 9 January 2007, Application no. 61222/00.). Thus, the ECtHR finds proceedings have been excessively lengthy, even in cases where there have been no long periods of inactivity on the part of the court, if the proceedings have lasted for years and have not brought any concrete outcome (Judgement of the ECtHR in the case of *Szwagrún-Baurycza v. Poland*, 24 October 2006, Application no. 41187/02). Unfortunately, because of the large number of complaints received by the ECtHR, the Court itself has not managed to avoid long waiting times for issuing its decisions, even despite the successively introduced Protocols to the Convention, the objective of which was to accelerate these proceedings.

The EU principle of effective judicial remedy (which is a more specific expression of the principle of effective legal protection in cases brought before EU courts) (Kamiński 2019: 143) applies only to administrative acts of EU

institutions and bodies and administrative acts of national public administration bodies in the so-called EU matters (in which EU law is applied or enforced). On the other hand, interactions between the international legal system and national legal systems are bilateral and have a rich and complex structure (Mik 1992: 4). The international order, affecting the national order, also influences provisions that have a direct impact on the observance of the principle of effectiveness of proceedings. An analysis shows that also the provisions of international law do not contain a definition of the effectiveness of proceedings. Effectiveness is interpreted from the principle of the right to a fair trial.

International standards, including the ECHR and the International Covenant on Civil and Political Rights, set the minimum protection standard. The protection of human rights provided for in the ECHR is perceived as an element of democracy, not its sole content, and the effective application of the Convention's norms ensures that human dignity and subjectivity are perceived in the right way. It is assumed that the administration of justice makes sense only when one does not have to wait too long for the final judgement (Kamiński 2019: 143).

Article 6 of the ECHR is the most frequently invoked provision in complaints to the Strasbourg Court. All human rights are protected at the national level through court trials conducted in the Member States. Moreover, the implementation of the right to a fair trial may itself, under certain conditions, affect the scope of rights and their protection (in this sense it is a human meta-right) as it involves supplementing normative acts with case-law standards and judicial interpretation of provisions and legal inferences (Leszczyński 2008: 72).

The requirements laid down in Article 6 of the ECHR apply to the entire judicial process as well as proceedings at all court instances. In the case of administrative courts, it is vital that a court can examine complaints against the administrative decision under review. A particularly sensitive problem is the control that an administrative court has over the way the administration exercises its discretionary power (Leszczyński 2008: 73) (Kamiński 2019: 143). Article 6 of the Convention requires that proceedings be conducted efficiently, as well as expressing the more general principle of good administration of justice. It is clear that securing an effective right of access to a court and the examination of a case itself are the obligations of the state (*Airey v. Ireland*, 9 October 1979) (Leszczyński 2008: 2).

The ECtHR has not defined strict time limits for court proceedings, the exceeding of which could be automatically considered a violation of the right to a fair trial (Gonera 2005: 15). For the ECtHR to find there has been a violation of Article 6 paragraph 1 of the Convention, it must comprehensively assess the

course of the entire judicial proceedings. It should be noted that an excessive length of proceedings cannot be justified by case-overload at the courts, the need to apply complicated procedures or understaffing.

The ECtHR has repeatedly emphasised that in order for state authorities to be able to implement the provisions of Article 6 of the Convention, the system of administration of justice and application of law in a given country should provide them with appropriate means to execute this. It is the state that is responsible for the excessive length of court proceedings if it violates the provisions regarding the examination of a case within a reasonable time (the case of *Godart and Ergon v. France* 1989).

The standpoint of the ECtHR on excessive length of proceedings can be summarised in three points:

1. One cannot determine the maximum time limit for examining a case on the basis of the judgements of the ECtHR; the decision whether a case has been heard within a reasonable time depends on the circumstances of the case, and takes into account the entire duration of the proceedings.

2. The ECtHR assesses whether the length of proceedings is reasonable based on four criteria: the complexity of the case, the relevance of the outcome of the case to the applicant's interests, the applicant's own conduct and the conduct of the judicial and enforcement bodies involved – the final conclusion is derived from an overall assessment of all these criteria.

3. The State has an obligation to establish its own guarantees to ensure that the proceedings are conducted within a reasonable time (*Ereciński* 2005: 43).

Wilk observes that Article 6 should be interpreted in the light of the general principles of law adopted by civilised nations, including the principle that everyone should be able to present their case to the court and the principle prohibiting refusal to administer justice. The condition of reasonable time is one of the most frequently raised arguments in complaints to the ECtHR (*Leszczyński, Liżewski* 2008: 76). This situation has not changed since the establishment of the human rights protection system. This may mean that there are no fully effective measures at the national level that would enable the implementation of the principle of reasonable time. Reasonable time of court proceedings is one of the values that affects the efficiency of the social effects of law in general.

One should not forget that the principle of effectiveness has two important components: the fact that the applicant has ultimately received a binding decision regarding his case spelled out in the final judgement and the fact that the judgement has been enforced by a public administration body. After the analysis, it can be concluded that the previous actions of international bodies in terms of the effectiveness and efficiency of action have not had the desired

effect. Proceedings take a long time, making them ineffective in the public perception. This affects the overall perception of judicial bodies as ineffective.

References

Legal acts

- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) (Journal of Laws of 1993, No. 61, item 284, as amended).
- Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the transformation of the control mechanism established by the Convention, drawn up in Strasbourg on 11 May 1994 (Journal of Laws of 1998, No. 147, item 962).
- Constitution of the Republic of Poland, Act of 17 March 1921 (Journal of Laws No. 44, item 267; No.79, No. 101, item 935).
- Act of 17 June 2004 on complaints against the violation of a party's right to have their case heard in pre-trial proceedings conducted or supervised by a prosecutor and in court proceedings without undue delay (Journal of Laws 2023.1725 consolidated text).
- Government statement of 7 April 1993 on the declaration of recognition of the competence of the European Commission of Human Rights and the jurisdiction of the European Court of Human Rights (Journal of Law No. 61, item 286).

Court decisions

- Postanowienie SN z dnia 11 stycznia 1995 III ARN 75/94, OSNAPiUS 1995, nr 9, poz. 106.
- Judgement of 15 January 2002, Application no. 43779/98, Lex Polonica no. 385176, Judgement available at www.ms.gov.pl/re/maczynski.doc.
- Application no. 28616/95, Judgement of 30 October 1998.
- Application no. 27916/95, Judgement of 30 October 1998.
- Application no. 26614/95, Judgement of 15 October 1999.
- Application no. 35577/97, Judgement of 24 February 2004.
- Application no. 53698, Judgement of 3 June 2003, LexPolonica no. 385388.
- Application no. 49349/99, Judgement of 27 May 2003, LexPolonica no. 385387.
- Application no. 6232/73, Judgement of 28 June 1978, LexPolonica no. 402823.
- Application no. 41187/02.
- Application no. 35382/97, *Uoti v. Finland*, Judgement of 9 January 2007.
- Application no. 61222/00.
- Application no. 8812/02.

Secondary sources

- Bajorek-Ziaja, Hanna. 2010. *Skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz skarga do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*. Warszawa: LexisNexis, 2nd edition.

- Banaszak, Bogusław. 1997. *Prawo obywateli do występowania ze skargami i wnioskami*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Biszyga, Andrzej. 1997. *Europejski Trybunał Praw Człowieka*. Katowice: Górnośląska Wyższa Szkoła Handlowa.
- Bonelli, Matteo. 2019. Effective Judicial Protection in EU Law: an Evolving Principle of a Constitutional Nature. *Review of European Administrative Law* 12(2): 35–62.
- Cichoń, Zbigniew. 2005. Orzekanie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka zadośćuczynienie w razie stwierdzenia naruszenia przez państwo Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 41 EKPCz). *Palestra* 7/8: 177–180.
- Chlebny, Jacek. 2010. *Standardy Rady Europy i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w procedurze administracyjnej*. In: *Postępowanie administracyjne w Europie*, (ed.) Z. Kmiecik, Warszawa, p. 34 et seq.
- Cour Européenne des droits de L'Homme European Court Of Human Rights*, September 2003, A report issued by the President of the European Court of Human Rights, The European Court of Human Rights: Historical Background, Organisation and Procedure.
- Ereciński, Tadeusz, 2010. *Skarga na przewlekłość postępowania na mocy „Ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki” a dostęp do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*. In: *Dostęp obywateli do europejskiego wymiaru sprawiedliwości*, eds. H. Izdebski, H. Machińska, Information Office of the Council of Europe. Wydawnictwo Biuro Informacji Rady Europy.
- Gonera, Katarzyna. 2005. Przewlekłość postępowania w sprawach cywilnych. *Monitor Sądowy* 11/12: 8–16.
- Kamiński, Marcin. 2019. Efektywność kontroli sądownoadministracyjnej rozstrzygnięć wydawanych w procedurach administracyjnych trzeciej generacji. Rozważania na tle wybranych rozwiązań normatywnych w prawie polskim. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 17(1): 141–151.
- Kmiecik, Zbigniew (ed.). 2006. *Polskie sądownictwo administracyjne*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kolarz, Stefania. 2021. *Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, available at: <https://www.pism.pl/publikacje/reforma-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka>, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych.
- Leszczyński, Leszek. 2003. *O usprawnieniu postępowania przed sądami administracyjnymi (kilka uwag w związku z reformą)*. In: *Polski model sądownictwa administracyjnego*, eds. J. Stelmasiak, J. Niczyporuk, S. Fundowicz, Lublin.
- Leszczyński, Leszek, Bartosz Liżewski. 2008. *Ochrona praw człowieka w Europie. Szkic zagadnień podstawowych*. Lublin: Wydawnictwo Verba.
- Mik, Cezary. 1992. Porządek międzynarodowy a porządek krajowy w dziedzinie praw człowieka. *Państwo i Prawo* 11: 6 i nast.
- Nowicki, Marek, Antoni. 1997. Rzetelny proces rozsądnym terminie w prawie europejskim. *Studia Europejskie* 2: 49–70.
- Mendez-Pinedo, Elvira. 2021. The principle of effectiveness of EU law: a difficult concept in legal scholarship, *Juridical Tribune (Tribuna Juridica)*. *Bucharest Academy of Economic Studies (Law Department)* 11(1): 5–29.
- Piątek, Wojciech. 2019. The right to an effective remedy in European law: significance, content and interaction. *China-EU Law Journal* 6: 163–174.

-
- Rozakis, Christos. 2006. The Right to a Fair Trial in Civil Cases: Article 6 Para. 1 of the ECHR. *Id-Dritt* XIX: 115–125.
- Statystyki ETPCz – <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/statystyki-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka-w-2019-roku>. Last accessed: 25.07.2023.
- Stelmach, Jerzy. 2023. *Efektywne prawo*, available at chrome-extension://efaidnbmnnnibp-cajpcglclefindmkaj/https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/79004/stelmach_efektywne_prawo_2010.pdf p. 958-966. Last accessed: 09.07.2023.

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-31-07
accepted 2024-02-23
published online 2024-07-17



The constitutional principles of the state's political system as determining the foundations of electoral law

Konstytucyjne zasady ustroju państwa determinujące podstawy prawa wyborczego

BEATA STĘPIEŃ-ZAŁUCKA

Institut Nauk Prawnych, Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0003-1802-680X, e-mail beata@kpmz.pl

JOANNA ULIASZ

Institut Nauk Prawnych, Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0002-8967-0064 e-mail juliasz@ur.edu.pl

Citation: Stępień-Załucka Beata, Uliasz Joanna. 2024. The constitutional principles of the state's political system as determining the foundations of electoral law. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 71–86. DOI: 10.25167/osap.5186

Abstract: The political systems of democratic states are based on specific assumptions contained in the highest legal acts. In Poland, the role of such a supreme legal act is fulfilled by the Constitution of the Republic of Poland, the assumptions being constitutional principles. Their uniform definition has been worked out neither by the legal system nor by the doctrine. Hence, they are sometimes defined differently in science. While for some they are “the legislator’s statements of fundamental importance to the functioning of the constitutional system of the state,” for others they are instruments of law which certain norms are derived from, thus influencing the shaping of the principles of the political system or administration of justice regardless of whether they are of primary or secondary nature. B. Banaszak emphasises that within individual constitutional norms it is possible to indicate principles of particular importance to the state. And what is more, the indication of a particular principle at the beginning of the Constitution or in a part of it has consequences regarding its further provisions. W.J. Wołpiuk, in turn, maintains that in a descriptive sense, principles are a certain pattern for research purposes. A. Kallas, on the other hand, defines constitutional principles as principles fundamental to the nature of the state.

These principles take the form of separate (individual) provisions, included in the body of Chapter I of the Constitution, but are often also constructed on the basis of a number of its provisions (e.g. the principle of parliamentary system of the government). Worth noting at this point, however, is a certain regularity that in the constitutions of the former communist states of Central and Eastern Europe, they are as a rule quite extensive and have a broad spectrum of impact on the entire legal system. This spectrum is particularly relevant in electoral law. The present article will therefore examine this spectrum. It will show the impact of constitutional principles such as the principle of a republican state, the principle of sovereignty of the Nation, the principle of representation, the principle of political pluralism and the openness of the financing of political parties on the basic premises of the electoral law in terms of its subject matter and substantiveness. The key thesis to be proven is that the constitutional principles indicated above find their direct application and development in the provisions of the electoral law. Accordingly, their consequence is, *inter alia*, the principle of the tenure of office of individual, representative organs of the state, including the most important ones of the *Sejm* and the Senate, which in its essence constitutes a kind of verification of actions for the existing representatives. In turn, the principle of universality of elections, which is a direct determinant of the principle of sovereignty and representation, on the one hand – admits all eligible citizens to the electoral act, in accordance with the idea of the Constitution of the Republic of Poland, but on the other hand – eliminates incapacitated persons from this act. Further, among the electoral principles of constitutional consequence, it is necessary to point out equality granting each voter one vote, the value of which is one. Finally, the principle of the secrecy of the ballot will not be overlooked, constituting a kind of security for all those taking part in the electoral act that they will not suffer negative consequences as a result of their vote. However, it is important to show and remind that the above principles of the electoral law are closely interconnected, not only within the electoral law itself, but within the entire legal system. This is because nowadays, in scientific political discourse and in practice, the fundamental importance of primary constitutional values, including precisely coherence of the legal system, is overlooked (another value that is just as often displaced is its stability). Hence, demonstrating this coherence of the legal system and emphasising its importance in times of political and legal change is particularly justified. The basic research methods used in the paper will be dogmatic-legal and theoretical-legal methods.

Keywords: constitutional principles, democratic legal state, sovereignty of the people, principle of representation, political pluralism, elections, electoral law

Abstrakt: Ustroje państw demokratycznych opierają się na swoistych założeniach zawartych w najwyższych aktach prawnych. W Polsce rolę najwyższego aktu prawnego pełni Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, a owe założenia to zasady ustrojowe. Ich jednolita definicja nie została wypracowana ani przez system prawa, ani też przez doktrynę. Stąd w nauce bywają różnie określane. Podczas gdy dla jednych są to „wypowiedzi ustrojodawcy o fundamentalnym znaczeniu dla funkcjonowania konstytucyjnego ustroju państwa”, dla innych to instrumenty prawa, z których wynikają określone normy i przez to wpływają na ukształtowanie zasad ustroju politycznego lub wymiaru sprawiedliwości niezależnie od tego, czy mają charakter podstawowy, czy wtórny. B. Banaszak podkreśla, że w obrębie poszczególnych norm konstytucyjnych można wskazać zasady o szczególnie doniosłym znaczeniu dla państwa. Co więcej, wskazanie na określoną zasadę na początku konstytucji bądź w jej

części wywiera konsekwencje na dalsze jej postanowienia. W.J. Wołpiuk z kolei pisze, że w znaczeniu opisowym zasady to pewien wzorzec dla celów badawczych. Natomiast A. Kallas określa zasady ustrojowe mianem zasad fundamentalnych dla charakteru państwa.

Zasady te przybierają postać odrębnych (indywidualnych) przepisów, zamieszczonych w treści rozdziału I konstytucji, ale często są też konstruowane na podstawie szeregu jej przepisów (np. zasada parlamentarnego systemu rządów). Już jednak w tym miejscu warta zauważenia jest pewna prawidłowość, że w konstytucjach byłych państw komunistycznych Europy Środkowej i Wschodniej są one z reguły dość obszerne i mają szerokie spektrum oddziaływania na cały system prawa. To spektrum jest szczególnie istotnie w prawie wyborczym. Toteż jego zbadaniu zostanie poświęcony niniejszy artykuł. Zostanie w nim bowiem ukazane oddziaływanie konstytucyjnych zasad ustroju, takich jak: zasada państwa republikańskiego, zasada suwerenności Narodu, zasada przedstawicielstwa, zasada pluralizmu politycznego i jawności finansowania partii politycznych na podstawowe założenia prawa wyborczego w ujęciu przedmiotowym i podmiotowym. Przy czym kluczową tezę, która będzie podlegała udowodnieniu, jest stwierdzenie, że wskazane powyżej zasady konstytucyjne znajdują swoje bezpośrednie zastosowanie oraz rozwinięcie w przepisach prawa wyborczego. Odpowiednio ich konsekwencją jest między innymi obowiązująca w Polsce zasada kadencyjności poszczególnych przedstawicielskich organów państwa, w tym także tych najważniejszych Sejmu i Senatu, która w swej istocie stanowi swoistą weryfikację działań dla dotychczasowych reprezentantów. Z kolei zasada powszechności wyborów, będąca bezpośrednim wyznacznikiem zasady suwerenności i przedstawicielstwa, z jednej strony zgodnie z ideą Konstytucji RP dopuszcza wszystkich uprawnionych obywateli do aktu wyborczego, z drugiej strony jednak eliminuje z tego aktu osoby ubezwłasnowolnione. W dalszej kolejności wśród zasad wyborczych będących konstytucyjną konsekwencją trzeba wskazać na równość przyznającą każdemu wyborcy jeden głos, którego wartość wynosi jeden. Finalnie nie zostanie pominięta zasada tajności głosowania stanowiąca swoiste zabezpieczenie dla wszystkich biorących udział w akcie wyborczym, że nie poniosą negatywnych konsekwencji w związku z oddanym głosem. Istotne jednak pozostaje wykazanie i przypomnienie, że powyższe zasady prawa wyborczego są ze sobą ściśle spójne, nie tylko w obrębie prawa wyborczego, ale w obrębie całego systemu prawa. Współcześnie bowiem w dyskursie naukowym, politycznym oraz praktyce pomija się podstawowe znaczenie pierwotnych wartości konstytucyjnych, w tym właśnie spójności systemu prawa (inną, równie często wypieraną, jest jego stabilność). Stąd wykazywanie owej spójności systemu prawa i podkreślanie jej znaczenia w czasach zmian politycznych i prawnych jest szczególnie uzasadnione. Podstawowymi metodami badawczymi wykorzystanymi w pracy będzie metoda dogmatyczno-prawna i teoretyczno-prawna.

Słowa kluczowe: zasady konstytucyjne, demokratyczne państwo prawne, suwerenność narodu, zasada przedstawicielstwa, pluralizm polityczny, wybory, prawo wyborcze

1. Introduction

The constitutional principles of the political system, or in other words – the basic principles of the political system of the Republic of Poland, are the legal norms located predominantly in Chapter I of the Constitution of the Republic

of Poland of 2 April 1997 (hereinafter referred to as the Constitution). They determine the basic forms of exercising power and the types of state bodies appointed for this purpose (Garlicki 2019: 67). At the same time, they have a directive function, i.e. they indicate the direction of interpretation for the remaining provisions of the Fundamental Law (Granat 2018: 62). M. Granat rightly observes that the sources of constitutional principles lie in the political decisions taken by the legislator's authority (Skrzydło [ed.] 2010: 104), while the sum of principles – as L. Garlicki points out – determines the constitutional identity of the state (Garlicki 2019: 66).

Decoding the essence and the scope of these principles constitutes a field of consideration for the jurisprudence of the Constitutional Tribunal, but also for the doctrine of law. The following statement is an expression of a desire to combine these considerations in a specific area, namely that of electoral law. Hence, the aim of this article is to show the impact of the constitutional principles contained in Chapter I of the Constitution on the electoral law. The research area so delineated compels us to show to what extent the choice of the concept of a republican state as made by the legislator (Article 1 of the Constitution) (Przybysz 2011: 67), characterised by the tenure of the supreme authorities (Ławniczak 2011: 40), operating as a democratic state under the rule of law (Article 2 of the Constitution), headed by the President coming from universal suffrage, renewed every five years (Article 10(2) in conjunction with Article 127(1) and (2) of the Constitution), with a bicameral parliament composed of the Nation's representatives (Article 10(2) in conjunction with Article 104 of the Constitution), determines, at the level of the Constitution, specific components of the electoral law adopted for the purpose of electing the highest representative of the Republic of Poland and the citizens' representatives in Poland. The same is true of the principle of sovereignty of the Nation expressed in Article 4(1) of the Constitution, the principle of representation (Article 4(2) of the Constitution) and the principle of political pluralism Article 11 of the Constitution).

The constitutional assumptions of the electoral system serve to realise the values of which the aforementioned constitutional principles are the carrier. Therefore, the definition of electoral law in terms of its subject matter, understood as a set of legal norms regulating creation of specific bodies, does not raise any doubts (Buczowski 1998: 17). What characterises electoral law is the fact that it is the area most closely related to politics and power, as it sets out the rules of political struggle to gain or hold power. As a result, general rules such as the universality of elections or the secrecy of the vote, remain common to all states with a democratic regime.

2. The principle of a democratic state of law and its impact on the legislative process of electoral law

The principle of a democratic state under the rule of law, as expressed in Article 2 of the 1997 Constitution of the Republic of Poland, is composed of two elements: the first one is the 'rule of law' and the second one is 'the principle of democratism'. It is pointed out in doctrine that the rule of law (*Rechtsstaat* in German) is a model of a state organism in which both the individual and the government are bound by the binding rules of law (Tamanaha 2012: 233–234; Grochowski 2008: 139–140; see also, Karakulski 2020: 270–272), in which – at the same time – the principle of the formal legality of the law (its internal morality) is observed. The features that the law should correspond to in order to be considered binding (meeting the standard of internal morality) are several. From our perspective, the following should be regarded as the most important: the law should be promulgated in a manner and at a time guaranteeing the possibility of its free familiarisation (proper promulgation of the law and sufficiently long *vacatio legis*), it should concern future behaviour and not past behaviour (prohibition of retroactivity) and it should be stable (more on the issue in: Colleen. 2005: 240–241; Bałaban 2018: 56; more on *vacatio legis*: Stefaniuk 2016: 59–72).

Consequently, the process of enacting laws, including electoral laws and their validity, exercise of power, the functioning of public bodies and all political activity should be subordinated to the law in force, protected by effective systemic solutions and procedural mechanisms. Law is a value in itself, which invests it with the attribute of autonomy (formal aspect), while the content of law should serve to realise the principle of goodness, equity and justice (material aspect) (Safjan and Bosek [ed.]: 217).

Article 2 of the Constitution proclaims and orders the implementation of the principle of democratism. Democratism, in accordance with the position of the Constitutional Court, is understood as an immanent element of the principle of a democratic state of law. It refers to the following: the obligation to ensure that the sovereign elects its representatives in democratic parliamentary elections, the guarantee of political pluralism (ensuring the functioning of many political parties presenting different political programmes), the obligation to saturate the enacted law with democratic values, and also emphasises the issue of grassroots, free organisation of citizens (Judgment of the Tribunal Court, K 8/10).

However, it should be noted that democracy is such a general and ambiguous concept that it needs to be concretised by reference to constitutional parallel principles such as separation and balancing of powers, individual freedom,

political pluralism, civil society and representation and free elections (Łabędź 2016: 73–74). Therefore, from the constitutional clause of the democratic state of law, covering the various aspects referred to the above, there derive a number of minor, more specific principles, including that of correct legislation – the observance of which is aimed at ensuring the legal security of the individual and realisation of the principle of citizen's trust in the state and the law created by it (Judgment of the Tribunal Court, K 28/97; more on this: Wróblewska 2010: 69–70 ff.).

These principles of legal certainty and citizen's trust in the state and the law created by it (the so-called principle of loyalty of the state towards its citizens) prohibit the legislator to create such normative constructions which are unenforceable, constitute an illusion of law and consequently the appearance of protection of the interests of the individual (Judgment of the Tribunal Court, K 33/02). This principle also prohibits the formulation of promises without coverage and the so-called changing of the rules in the course of the game. This imposes on the legislator, inter alia, the obligation to observe an appropriate *vacatio legis*, i.e. the necessity to use an appropriate date of entry of the law into force and to comply with the prohibition of retroactivity.

Detailed norms with regard to *vacatio legis* (more on this in: Jaskiernia and Spryszak [ed.] 2022) are contained in the Act of 20 July 2000 on the promulgation of normative acts and certain other legal acts (Dz.U. 2000 no. 62 item 718). The content of the provision of Article 4 of the cited Act indicates that (Section 1) normative acts containing universally binding provisions, promulgated in official journals, come into force after the lapse of fourteen days from the date of their promulgation, unless the normative act specifies a longer period. This regulation specifies the minimum period of rest of the act, i.e. 14 days. At the same time, the legislator provided for exceptions to this provision, namely, if an important interest of the state requires immediate entry of a normative act into force and the principles of a democratic state of law do not stand in the way of this, normative acts may enter into force within a period shorter than a fortnight, and the day of entry into force may be the day of publication of this act in the official gazette (para. 2). For the enforcement provisions, the legislator set a three-day deadline for the entry into force of the act, while reserving the possibility of shortening this deadline if a delay in the entry of the enforcement provisions into force could cause irreparable damage or pose a serious danger to life, health or property, in which case the entry into force of such provisions may be ordered on the day of their publication (para. 3). It is noteworthy that the legislator, through the provisions cited above, has set a minimum standard for the *vacatio legis*. Interestingly, however, the legislator did not set an upper limit for the period of *vacatio legis* (Balicki and Jabłoński

[ed.] 2018: 326). In practice, this limit is the 'adequacy' cited in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal, for by using this phrase, the Tribunal refers to the period of time during which the addressees of legal norms – after the announcement of new regulations – will be able to manage their affairs in a manner that takes into account the content of the new regulation. "Among the factors determining the length of *vacatio legis* there may be found, in particular, the degree of interference of the legislator in the previous legal situation of the addressees of the introduced norms and the circumstance whether they were given an opportunity to familiarise themselves with their content." (Judgment of the Tribunal Court, P 29/13; Judgment of the Tribunal Court, P 1/95; Judgment of the Tribunal Court, U 10/01). This means that the statement that the *vacatio legis* deadline is appropriate in every case is incorrect. The deadline of 14 days is, in principle, an appropriate deadline, but it is to be assessed in relation to the specific regulation, individually. This is because the assessment as to whether in a given case the *vacatio legis* is appropriate depends on the totality of the circumstances, in particular the subject matter and content of the newly enacted norms and on the result of an analysis as to how the new regulation differs from the one previously in force (Judgment of the Tribunal Court, P 29/13). It can therefore be stated with full conviction that there is no universal rule for determining the appropriateness of *vacatio legis*. It should therefore be rightly concluded that the requirements as to the length of *vacatio legis* are closely linked to the type of matter which the act in question regulates (Judgment of the Tribunal Court, Kp 3/09).

In the case of electoral law, a specific *minimum minimorum* should be enacted at least six months before the next election, understood not only as the act of voting itself, but as the entirety of activities covered by the so-called electoral calendar. Possible exceptions to such a dimension could only result from extraordinary circumstances of an objective nature (Judgment of the Tribunal Court, K 31/06). The Constitutional Court emphasises that the necessity to maintain at least a six-month deadline for the entry into force of significant amendments in the electoral law for the first electoral activity is an inviolable, as a rule, normative component of the content of Article 2 of the Constitution (Judgment of the Tribunal Court, K 31/06). This means that changes to electoral law should be assessed through the prism of this constitutional requirement.

The electoral law must be characterised by stability, and changes to its basic elements should be made in good time. This requirement is strengthened by the provision of Article 123 of the Constitution, which excludes regulations on the election of the President of the Republic of Poland, elections to the *Sejm* and the Senate from the possibility to proceed with them under the urgent procedure, i.e. the so-called fast legislative track.

A sufficiently long *vacatio legis* serves not only to protect citizens, but also to protect the legislator himself, enabling the elimination of possible errors in the law and contradictions in the legal system related to the entry into force of the law (more on the term of *vacatio legis*, Judgment of the Tribunal Court, K 55/02).

3. The principle of the sovereignty of the Nation as a determinant of the principle of universal suffrage

“Only the popular will can direct the forces of the state according to the purpose of its establishment.”

“Sovereignty is non-transferable, it is indivisible.”

J.J. Rousseau *The Social Contract*

The principle of the sovereignty (supremacy) of the Nation is a theoretical Enlightenment concept that is reflected in many of the Basic Laws of modern states. It was formulated by the eminent philosopher of the so-called Age of Reason, J.J. Rousseau. Its reflections were visible in the Act of 17 March 1921 – The Constitution of the Republic of Poland, Journal of Laws of 1921, No. 44, item 267. Article 2 of the aforementioned Basic Law reads that the supreme power in the Republic of Poland belongs to the Nation. The doctrine of the Nation’s Government, still valid today, directed Poland to be conceived as a union of free citizens, who alone take care of their independence, law and welfare (Komarnicki 2008: 177).

The principle of the sovereignty of the Nation was articulated in the 1997 Constitution of the Republic of Poland in Article 4(1) (“The supreme power in the Republic of Poland belongs to the Nation”), almost directly after the principle of a democratic state under the rule of law, with which it remains closely linked, as both determine the democratic system of the state. The principle of the sovereignty of the Nation is the basis of the political system of the Republic and consists, in the simplest terms, in recognition of the existence on the part of the Nation of the decision-making freedom vested in the supreme authority in the State and its acceptance of exercising acts of power (elections, referendum, right of resistance) (Garlicki [ed.] 2007: comment number 2). The principle of the sovereignty of the Nation refers to the internal level of the functioning of the state. Its essence is the recognition of the Nation as the subject (holder) of supreme power in the state.

As regards the constitutional understanding of the term “Nation”, it is worth emphasising that it is understood in the political, and not ethnic, sense, as it is based on the formulation of the preamble to the Constitution stating “We, the Polish Nation – all citizens of the Republic”. The term “Nation” thus

defines the community formed by the citizens of the Republic (Judgment of the Tribunal Court, K 15/04; more on the omission of disenfranchised voters from the concept of the sovereign: Ciżyńska and Pałosz 2017: 8). “The Nation”, as A. Rakowska-Trela argues, is treated “as a pluralistic whole, not the electorate, the electorate, let alone only that electorate who, at a given political and political moment, have granted a mandate to govern to a particular majority” (Rakowska-Trela Anna 2017: 101–110). The sovereignty of the Nation means that all organs of public authority are subordinated to its will, as each of them should exercise the powers conferred on it on behalf of and in the interests of the whole Nation (Judgment of the Tribunal Court, K 24/04). The principle of the sovereignty of the Nation may be exercised in a form characteristic of representative democracy, which in Poland is the leading one, or in one of the forms of direct democracy (nationwide or local referendum or citizens’ legislative initiative).

The principle of universality of elections remains in direct relation to the principle of the sovereignty of the Nation. The recognition of the Nation as the sovereign firstly influences the legal determination of the range of the subjective scope of electoral rights, i.e. determines the circle of subjects who are entitled to electoral rights; secondly, it forces the legislator to adopt objectivised criteria determining the granting of electoral rights, and thirdly – excludes the application of the so-called electoral censuses, i.e. criteria that are undoubtedly discriminatory in nature (the group of censuses may include property censuses, gender censuses, education censuses, racial censuses, etc.) (Sarnecki ed. 2011: 181).

The 1997 Constitution of the Republic of Poland fully realises the principle of universality by guaranteeing, in Article 62(1), the political subjective right of every citizen who turns 18 years of age at the latest on the voting day to participate in a referendum, as well as the right to elect deputies and senators. The only persons deprived of this right are those who have been placed under guardianship (partly as well as completely) or deprived of public rights by a final court decision (Article 62(2)) (more on this: Banaszak, Michalska Stępień-Załużka 2023: Articles 10 and 82).

4. The principle of representation and its reflections in electoral law

The principle of representation is expressed in Article 4(2) of the Constitution. Mentioned intentionally first, before the direct mode of exercise of power by the Nation, it means that it is the basic, commonly used mechanism for the exercise of power by the sovereign. This principle is the foundation of modern

liberal democracies. It is realised through the election of representatives, carried out by voting, which can be attributed the qualities of: universality, freedom and equality (Judgment of the Tribunal Court, K 9/11).

This type of democracy – representative democracy, consists in the fact that decisions are taken by representative bodies empowered to act on behalf of the Nation, at their will and in their interests. The Constitution recognised *expressis verbis* MPs and senators as representatives of the Nation (Article 104(1), the first sentence of the Polish Constitution). Members of the European Parliament are not representatives within the meaning of the Basic Law, even though they are elected by universal suffrage. The European Parliament is not a body exercising supreme authority in the Republic of Poland within the meaning of Article 4(1) of the Constitution, and consequently – Polish citizens do not exercise their supreme authority of the Republic of Poland through it. Article 4 of the Constitution provides for the exercise of supreme power by the Nation only in the Polish State.¹

The implementation of indirect (representative) democracy requires fulfilment of a number of conditions, among which one should mention the universality of elections, which is only real if the Constitution or the electoral law (Act of 5 January 2011. Election Code, Dz.U. 2011 No. 21 item 112 as amended) develops a system of procedures and institutions ensuring the possibility of voting for every person (including the disabled, citizens residing abroad, as well as those in penal institutions, treatment centres, social welfare homes, etc.) who holds the active right to vote, in particular by ordering that the elections be held on a non-working day and by holding voting in numerous permanent and separate polling districts (Article 12 of the Electoral Code) (Kisielewicz and Zbieranek. 2018: commentary on Article 12).

It should be mentioned here that direct democracy, on the other hand, is currently only of a complementary nature. The implementation of the concept of direct democracy is expressed, inter alia, in the procedure of direct participation in a referendum and casting a vote (Article 125 of the Constitution guarantees citizens' participation in a nationwide referendum, Article 90(3) of the Constitution in a ratification referendum, Article 235(3) of the Constitution in a referendum approving amendments to Chapters I, II and XII of the Constitution, and Article 170 of the Constitution – participation in a local referendum) (more on the referendum, Krasnowolski: 3).

¹ The Tribunal Court argues that the election of representatives itself is in fact one of the ways in which power is exercised directly by the Nation (see: Judgment Tribunal Court 20th July 2011, K 9/11).

5. The principle of political pluralism and electoral law

In well-established, mature democracies, where citizens participate in the electoral process by nominating their representatives to representative bodies, political parties play a key role. Political parties are voluntary, formal, purpose-driven social organisations that operate in the public space, defining their goals and methods of achieving them through an ideology and/or a political programme. The aforementioned political programme is the basis for parties to gain wider public support, through which it becomes possible to gain, maintain or influence power, primarily through regular participation in elections (Michalak and Sokala. 2010: 99). Pursuant to the current Act of 27 June 1997 on political parties, Journal of Laws 2022.372, i.e. – a political party is a voluntary organisation under a specific name, which aims to participate in public life by exerting an influence through democratic means on shaping the state policy or exercising public authority (Article 1(1) of the Act), and as a rule requires registration in the register of political parties (see more on the issue: Chmaj 2008: 19–23).

An election is a cyclical process of appointing representatives to specific positions or to perform specific functions for a legally defined period of time by citizens through voting (Chmaj 2023: 10). As it is a process consisting of many stages, it should not be equated with voting alone, which is only a part of the electoral procedure (Michalak and Sokala 2010: 167). In the electoral process, a key role is assigned to political parties not without reason. Their free creation and operation in Poland is ensured by the constitutional principle formulated in the first chapter of Article 11 of the Polish Constitution, namely the principle of political pluralism. Pluralism, which is called the foundation of democracy, provides multiplicity and diversity of currents in public life, including politics. The constitutional principle of political pluralism safeguards first and foremost the interests of citizens by guaranteeing the existence of numerous and diverse players on the political scene, i.e. many parties with different programmes (left-wing, centrist, right-wing, etc.) (Wróbel 2009: 109; Korzeniowski 2014: 27).

In order to be in line with the concept of a democratic state of law and the principle of representation, as well as to provide an impetus for the development of civic society, political parties must meet several important requirements, articulated by the Basic Law itself: firstly, they must associate Polish citizens on a voluntary and equal basis (thus, forced membership of political parties and any form of discrimination against members of political parties is excluded); secondly, they must influence the shaping of state policy by democratic methods (one of these methods is precisely participation in universal and free elections); thirdly, it should be financed openly and transparently with rules excluding

the influence of, for example, foreign lobbying groups, foreign governments, multinational corporations, etc (more on this: Kowalczyk: 154–162).

Pursuant to Article 13 of the Constitution, it is forbidden in Poland to have political parties whose programmes make reference to totalitarian methods and practices of Nazism, fascism and communism, as well as those whose programme or activities presuppose or permit racial and national hatred, use of violence to gain power or influence state policy, or provide for the secrecy of their structures or membership. A breach of the above principles may result in banning of a political party, following a ruling by the Constitutional Tribunal (Article 188, point 4 of the Constitution and Article 44 of the Political Parties Act) and, consequently, in its dissolution (Article 44 in conjunction with Article 45, point 2 of the Political Parties Act).

Incidentally, the following should be added, the participation of political parties in the electoral process cannot be overestimated. Electoral committees of political parties and coalitions of political parties play a leading role in elections to the *Sejm*, the Senate, in elections to the bodies that constitute local self-government units and in elections of the mayor (Article 84 of the Act of 5 January 2011. Electoral Code, Journal of Laws of 2022, item 1277, i.e., hereinafter referred to as Electoral Code). Electoral committees of political parties, acting in a recognisable (they have graphic symbols protected by law) but also organised manner, raise funds for costly election campaigns. Transparency of the sources of funding and the flow of money related to conducting a pre-election campaign is important. Therefore, the legislator introduces the constitutional principle of openness of political party financing, which is reflected, inter alia, in statutory provisions imposing on parties the obligation to create a permanent Electoral Fund to finance participation in elections to the *Sejm* and the Senate, elections of the President of the Republic of Poland, elections to the European Parliament and elections to local government bodies (Article 35(1) of the Act on Political Parties) and the obligation of financial reporting of election committees (Chapter 15 of the Electoral Code) (more on this: Bukowska, Gendźwiłł, Haman, Sawicki and Zbieranek. 2017: 123 ff.).

In conclusion, the legal regulations on political parties in force in Poland, both at the level of the Constitution and that of ordinary legislation, take into account the latest trends in the law of modern democratic states, consisting in the acceptance of the function of political parties in the democratic system and, consequently, the recognition of the right of political parties to influence the formation of state policy – a right guaranteed by the relevant constitutional and statutory regulations. Contemporary legal solutions to the constitutionalisation of political parties refer to the assumption that “the function of parties as organisers of the articulation of the political will of the nation (society) and

their coupling with the mechanisms of formation and realisation of state power are so important that their omission risks reducing the significance of the Constitution to the role of a screen, decoration, or at the best – a façade shielding the actual political processes. Indeed, parties are not only a form of exercise of the right of association, but at the same time fulfil important public functions, closely linked to state power” (Judgment of the Tribunal Court, Pp 1/99).

Political parties are a key link in the electoral process. On the one hand, they are a vehicle for programmes, concepts and ideas and, on the other – they remain an active player in the struggle to influence the exercise of state power by democratic means.

6. Conclusions

There is a direct relationship between the basic constitutional principles expressed in the 1997 Constitution of the Republic of Poland and the conceptual assumptions of the electoral law, both in terms of subject and object. The consequence of the adoption of the principle of a republican state is the tenure of organs and the necessity to renew their staffing through elections. As a consequence of the adoption of the Enlightenment principle of the sovereignty of the Nation and the principle of representation, the principle of universality of the electoral law in subjective terms, the principle of equality of elections, the secrecy of vote and setting the electoral day as a public holiday become obvious. The complex construct of the principle of a democratic state of law, which presupposes the participation of citizens in the electoral process, enforces the stability of the law, guarantees citizens' knowledge of the rules of the electoral game at least six months prior to undertaking and performing the first electoral activities in accordance with the electoral calendar.

In turn, the Constitutional principle of political pluralism guarantees formation of political parties in order for them to influence the shaping of the state's policy by democratic means as well as determines the inclusion in the electoral law of a number of solutions concerning the functioning of electoral committees of political parties. The same is true of the principle of openness of political parties' financing, including transparency of financing of their participation in the electoral procedure.

The observed relations between constitutional principles and solutions of the electoral law allow us to state with conviction that the constitutional principles find their reflection in the electoral law. Although they appear to be the most important ones, certainly they do not exhaust the whole set that can be distinguished. Thus, it remains to be hoped that the observed relations will constitute a contribution to further in-depth research and a broader scientific discussion.

References

Legal acts

- Act of 17 March 1921 – The Constitution of the Republic of Poland, Journal of Laws of 1921, No. 44, item 267.
- The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws of 1997, No. 78, item 483, as amended.
- Act of 27 June 1997 on political parties, Journal of Laws 2022.372, i.e. Act of 20 July 2000 on the promulgation of normative acts and certain other legal acts, Journal of Laws 2000 No. 62 item 178
- Act of 5 January 2011. Election Code, Journal of Laws 2011 No. 21 item 112 as amended.

Judicial decisions

- Judgment of the Tribunal Court of 11 September 1995, P 1/95, OTK ZU in 1995, item 3.
- Judgment of the Tribunal Court of 9 June 1998, K 28/97,
- Judgment of the Tribunal Court of 8 March 2000, Pp 1/99.
- Judgment of the Tribunal Court of 19 December 2002, K 33/02.
- Judgment of the Tribunal Court of 16 September 2003, K 55/02.
- Judgment of the Tribunal Court of 25 March 2003, U 10/01, OTK ZU nr 3/A/2003, item 23.
- Judgment of the Tribunal Court of 31 May 2004, 15/04. Judgment of the Tribunal Court of 3 November 2006 K 31/06.
- Judgment of the Tribunal Court of 12 January 2005, K 24/04.
- Judgment of the Tribunal Court of 28 October 2009, Kp 3/09, OTK-A 2009/9/138.
- Judgment of the Tribunal Court of 20 July 2011, K 9/11.
- Judgment of the Tribunal Court of 11 June 2012, K 8/10.
- Judgment of the Tribunal Court of 2 December 2014, P 29/13, OTK-A 2014/11/116

Secondary sources

- Bałaban, Andrzej. 2018. Granice interpretacji zasady demokratycznego państwa prawnego. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1: 53–60.
- Banaszak, Bogusław. 1999. *Prawo konstytucyjne*, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Banaszak, Bogusław, Justyna Michalska, and Beata Stępień-Załucka. 2023. *Komentarz do art. 10 i 82 Konstytucji RP*. In: *Prawo wyborcze. Komentarz: art. 10 i 82 Dokument Legalis*. Warszawa: C.H. Beck.
- Banaszak, Bogusław, and Artur Preisner. 1993. *Wprowadzenie do prawa konstytucyjnego*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego. Access: 30.07.2023. [https://fr.scribd.com/doc/252915524/PRAWO-KONSTYTUCYJNE Bogus%C5%82aw-Banaszak-Artur-Preisner](https://fr.scribd.com/doc/252915524/PRAWO-KONSTYTUCYJNE-Bogus%C5%82aw-Banaszak-Artur-Preisner).
- Buczowski, Jerzy. 1998. *Podstawowe zasady prawa wyborczego RP*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.

- Bukowska, Grażyna, Adam Gendźwiłł, Jacek Haman, Adam Sawicki, and Jarosław Zbieranek. 2017. *Finanse polskich partii*. Warszawa: TYRSA Sp. z o.o.
- Ciżyńska, Angelika, and Radosław Pałosz. 2017. Czy rzeczywiście wszyscy jesteśmy suwerenem? Realizacja mechanizmów demokracji bezpośredniej w polskiej rzeczywistości prawnej i społecznej. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ* 8: 5–24.
- Chmaj, Marek. 2008. *Wolność zrzeszania się w Polsce*. Warszawa: C.H. Beck.
- Chmaj, Marek. 2023. *Prawo wyborcze w Polsce*. Warszawa: Wolters Kluwers.
- Działocha, Kazimierz. 2007. Nota do art. 4. In: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Vol. V, (ed.) Lech Garlicki. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Garlicki, Lech. 2019. *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Granat, Mirosław. 2010. Pojęcie „zasad naczelnych”. In: *Polskie prawo konstytucyjne*, (ed.) Wiesław Skrzydło. Lublin: Oficyna Wydawnicza Verba.
- Granat, Mirosław. 2018. *Prawo konstytucyjne. Pytania i odpowiedzi*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Jarosz, Zdzisław and Sylwester Zawadzki. 1980. *Prawo konstytucyjne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Kallas, Marian. 2007. Konstytucyjna zasada decentralizacji władzy publicznej. In: *Dziesięć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, (eds.) Ewa Gdulewicz, and Halina Zięba-Zafucka. Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego.
- Karakulski, Jacek. 2020. Klauzula demokratycznego państwa prawnego jako fundament limitacji ograniczania konstytucyjnych praw i wolności jednostki. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego* 1(53): 267–281.
- Komarnicki, Waclaw. 2008. *Polskie prawo polityczne*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Kisielewicz, Andrzej, and Jarosław Zbieranek. 2018. Komentarz do art. 12 Kodeksu wyborczego. In: *Kodeks wyborczy. Komentarz*. Dokument Legis: 1–988.
- Krasnowolski, Andrzej. Referendum jako instytucja demokracji bezpośredniej w państwach europejskich. In: *Referendum jako instytucja demokracji bezpośredniej w państwach europejskich*: 6–15. Access: 30.07.2023. https://urbis.europarl.europa.eu/urbis/sites/default/files/generated/document/en/pol_dmocratietot-643_do_internetu.pdf.
- Korzeniowski, Janusz. 2014. Fundamenty demokracji 25 lat Rzeczypospolitej Polskiej. *Refleksje* 3: 24–29.
- Kowalczyk, Andrzej. *Prawne podstawy funkcjonowania partii politycznych we współczesnej Polsce*, 257–289. Access: 30.07.2023. <https://czaz.akademiazamojska.edu.pl/index.php/fs/article/download/257/289>
- Kulig, Andrzej. 2011. Zasada powszechności wyborów. In: *Prawo konstytucyjne RP*, (ed.) Paweł Sarnecki. Warszawa: C.H. Beck.
- Łabędź, Krzysztof. 2016. Solidarnościowe projekty demokratyzacji systemu rządzenia a poglądy i postawy społeczeństwa w latach 1980–1981. *Sowieniec* 48: 73–87.
- Ławniczak, Artur and Artur Preisner. *Wolność zrzeszania się w partii polityczne*: 323–343. Access: 30.07.2023. https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/52931/PDF/20_A_Lawniczak_A_Preisner.pdf
- Ławniczak, Artur. 2011. *Monarchiczne i republikańskie głowy państwa w Europie*. Wrocław: Wydawnictwo Kolonia.

- Masternak-Kubiak, Małgorzata. 2003. *Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*. Kraków: Wydawnictwo Zakamycze.
- Michalak, Bartłomiej, and Andrzej Sokala. 2010. *Leksykon prawa wyborczego i systemów Wyborczych*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Murphy, Colleen. 2005. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. *Law and Philosophy* 24: 239–262.
- Prokop, Krzysztof. 2014. *Podstawowe zasady ustroju*, 73–88. Access: 30.07.2023. https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/12899/1/K_Prokop_Podstawowe_zasady_ustrojowe.pdf.
- Przybysz, Marcin. 2011. Zasada republikańskiej formy rządów i zasada dobra wspólnego w Ustawie Zasadniczej RFN i niemieckiej nauce prawa konstytucyjnego – wybrane zagadnienia. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego* 4: 67–80.
- Przywora, Bogusław. 2018. Zasada vacatio legis i konsekwencje prawne jej naruszenia – uwagi na kanwie wybranego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. In: *Państwo i jego instytucje. Konstytucja – sądownictwo – Samorząd terytorialny*, (ed.) Ryszard Balicki, and Mariusz Jabłoński. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Radecki, Michał. 2021. Finansowanie partii politycznych w Polsce. *Zeszyty Naukowe PWSZ w Płocku. Nauki Ekonomiczne* 33: 123–134.
- Rakowska-Trela, Anna. 2017. *Zasada suwerenności narodu a zasada państwa prawa. Między harmonią a konfliktem*, 101–110. Access: 30.07.2023. https://dspace.uni.lodz.pl/xmlui/bitstream/handle/11089/22964/%5B101%5D-110_Rakowska-Trela_Zasada%20suwerenno%C5%9Bci%20narodu.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rousseau, Jean Jakub, transl. by Maciej Starzewski. 2022. *Umowa społeczna*. Warszawa. Access: 30.07.2023. <https://wolnelektury.pl/katalog/lektura/rousseau-umowa-spoeczna.html#s10>.
- Stefaniuk, Małgorzata. 2016. Zasada odpowiedniego vacatio legis jako element zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. *Studia Iuridica Lublinensia* 1: 59–75.
- Stępień-Załużka, Beata. 2022. Vocatio legis w dobie pandemii. In: *System ochrony praw człowieka w Polsce w czasie wyzwań pandemicznych*, Vol. 3, (ed.) Jerzy Jaskiernia, and Kamil Spryszak. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Tamanaha, Brian Z. 2012. The History and Elements of the Rule of Law. *Singapore Journal of Legal Studies* 232: 233–234.
- Robert, Grochowski. 2008. *Demokracja a państwo prawa*, 139–149. Access: 30.07.2023. <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/ssp/article/download/9253/8975>
- Tuleja, Piotr. 2016. Komentarz do art. 2 Konstytucji RP z 1997 r. In: *Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86*, Vol. 1, (ed.) Marek Safjan, and Leszek Bosek. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wołpiuk, Waldemar J., and Jerzy Kuciński. 2012. *Zasady ustroju politycznego państwa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.* Warszawa: Lex.
- Wróbel, Piotr. 2009. *Demokracja jako ustrój władzy państwa w encyklikach Jana Pawła II*. Wrocław, 1–367. Access: 30.07.2023. https://www.dbc.wroc.pl/Content/3470/PDF/Piotr_Wrobel.pdf.
- Wróblewska, Iwona. 2010. *Zasada państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. Toruń: Dom Organizatora.

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-12-08
accepted 2024-03-04
published online 2024-07-17



Rights of nature as an alternative or a complement to existing environmental protection

Prawa do przyrody jako alternatywa lub uzupełnienie istniejącej ochrony przyrody

JULIÁN SUÁREZ

University College Cork, School of Law
ORCID: 0000-0002-7087-5772, julian.suarez@umail.ucc.ie

Citation: Suárez, Julián. 2024. Rights of nature as an alternative or a complement to existing environmental protection. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 87–117. DOI: 10.25167/osap.5340

Abstract: One of the most refined expressions of rights-based approaches to environmental protection, rights of nature have come a long way since the early 2000s. They have developed into full-fledged governance structures that could either improve or potentially replace duty-based existing environmental protection within domestic jurisdictions. However, even though they advance sustainable development values, both eco-theological and local participative governance strands of rights of nature have encountered shortcomings; several of them particularly related with the scope of protection derived from their explicit content. From a legal analysis perspective, a predominantly doctrinal and comparative approach can contribute to shedding light on rights of nature legal potency. Preliminary conclusions would show that from a legal analysis under this approach comprising four European domestic rights of nature legal frameworks, a bundle of indicators can be extracted to determine whether a certain rights of nature provision could be discarded as capable of enhancing or even substituting existing environmental protection.

Keywords: rights of nature, rights-based approach, effectiveness, eco-theological rights, local participative governance

Abstrakt: Jedno z najbardziej wyrafinowanych wyrażen̄ podej̄cia do ochrony Źrodowiska, oparte go na prawach, tj. prawa do przyrody, przebyło długą drogę od wczesnych lat 2000.

Zdążyło się w tym okresie przekształcić w pełnowymiarowe struktury rządowe, które mogą albo poprawić, albo potencjalnie zastąpić ochronę środowiska, polegającą na obowiązku, jaki jest nakładany w ramach narodowych systemów prawnych. Jednakże pomimo postępu, jaki dokonuje się za sprawą wartości zrównoważonego rozwoju, zarówno ekoteologiczność, jak i aspekt praw do przyrody posiadają pewne niedoskonałości; niektóre z nich są szczególnie powiązane ze swoją jednoznacznie określoną zawartością oraz zakresem ochrony. Z perspektywy prawnej dominujące podejście doktrynalne oraz porównawcze w analizie prawnej może przyczynić się do rzucenia światła na skuteczność prawa do przyrody. Wstępne wnioski mają za cel wykazanie, że z punktu widzenia analizy prawnej odnoszącej się do tego podejścia, które skupia cztery europejskie krajowe prawnicze ujęcia praw do przyrody, można wyodrębnić pakiet wskaźników, które określają, czy jest zasadne porzucenie idei zapewnienia praw do przyrody jako zdolnej polepszyć, a nawet zastąpić istniejącą ochronę przyrody.

Słowa kluczowe: prawa do przyrody, podejście oparte na prawach, skuteczność, prawa ekoteologiczne, rządy partycypacji regionalnej

1. Framing rights of nature within rights-based approaches to nature protection

Rights-based environmental protection has gained wide-spread notoriety over the last twenty years. It has become clear that the effectiveness of human rights is also pivotal to environmental protection. Notions such as the Anthropocene are deeply rooted within public discourse and popular culture, not out of mere casualty (Autin and Holbrook 2012: 61). Human agency is responsible for historic environmental degradation and for its unintended consequences, to society itself and to bio-physical cycles, natural entities and non-living natural elements (Crutzen and Soermer 2000: 17; Brondizio et al 2016: 316; Dalby 2015: 33–51; Rocktröm et al 2009: 32). Thus, the symbiotic relationship between the enjoyment of human rights and a healthy environment – wherein a healthy environment is a precondition for such enjoyment – comes full circle when the social and economic consequences of environmental degradation are taken into account in law and policy-making. A human rights-based approach to environmental protection is thus grounded on the notion of sustainable development (United Nations Environmental Program 2022: 18–20). Yet sustainable development comprises at its core competing narratives of economic growth and environmental conservation. In any case, it seeks to address the effects of inequality in development, discriminatory practices and unjust distribution of power if environmental protection wishes to contribute to curbing the impending socio-environmental crisis.

In jurisdictions wherein fundamental rights have been entrenched in constitutional or legal provisions, the expansion or the enhancement of environmental

protection using rights-based approaches cannot be avoided by policy and law-makers. Human rights continue to represent a reasonable benchmark for ensuring a life of dignity and well-being for all. However, human rights have low effectiveness – due mostly to weak and inefficient enforcement mechanisms. Respect for human rights has of late persistently deteriorated whilst the number of countries ratifying human rights treaties continues to grow (Bogdanova 2022: 164, 200, 202 and 222). Despite these shortcomings, there remains the belief that human rights can provide for legal protection from interference with human dignity under the new circumstances and new political commitments arising from the devastating consequences of human agency on the environment (Hassan 2023: 13). Human rights – and with them, mankind itself – are thus at the centre of rights-based environmental protection (United Nations Environmental Program 2022: 18-20). So the focus of rights-based approaches is decidedly ‘anthropocentric’, regardless of whether environmental protection’s focus shifts from limiting environmental degradation in the quest to economic growth, to nature-as-a-subject conservation, resource management and restoration governance (Kotzé and Villavicencio Calzadilla 2017: 407–411).

2. The influence of the apparent ‘ecocentric’ vs. ‘anthropocentric’ divide in environmental protection in rights-based environmental protection such as rights of nature

The alleged paradigm-changing character of this focus shift has always been put into question. Several scholars have pointed out that ‘ecocentric’ environmental protection – although not steadily and in a fragmented way – has been put in place even before nature-focused manifestations had found expression in law (Kotzé and Kim 2019: 4–5). In international environmental law, since the 1972 Stockholm Declaration, instruments have taken a turn towards an ‘ecocentric’ approach, albeit for the sake of humankind. In Europe, the EU Birds, Habitats and Water Framework Directives, now under the context of the Lisbon Treaty to the TFEU and the EU Charter of Fundamental Rights, are particularly an example of regulation directed to improving environmental quality as a law and policy objective. In the US, wildlife protection legislation, natural park and wildlife refuge laws, and the public trust doctrine have derived obligations to halt and reverse resource depletion, biodiversity loss and environmental degradation (Houck 2017: 1–50; Massip 2020: 1; Daly 2016: 183200). So environmental protection for nature’s intrinsic value, and beyond what is useful or necessary to humans, has already been present in different intensity and with different success within existing governance framework.

Furthermore, ‘ecocentric’ or ecosystem approaches – whether rights-based or not – are not completely divorced from anthropocentric considerations. Scholars were already documenting that this approach was being progressively embraced by international environmental law twenty years ago. Ecocentric articulations introduce a reconstruction and re-imagination of nature, where ecosystems are conceived as wholes, with human and non-human participants alike are bound by systemic and relational dynamics. For De Lucia, this new reality of nature would have the effect on environmental law of expanding legal subjectivities to non-human entities (De Lucia 2013: 174–176). However, these approaches remain instrumental to achieving sustainable development. The notion of sustainable development itself suggests that environmental protection would move along the gradient of a line that has ecological integrity and resource use as poles. For example, in De Lucia’s view, instruments such as the UN 1992 Convention on Biological Diversity depict nature as “a set of discrete services, which can be then assigned a monetary value in order to – allegedly – enhance their visibility and increase their protection.” Or, in the case of the OSPAR Convention, they can also determine that the goal of environmental law is to achieve or maintain ecosystem’s health and integrity, that is, the provision of these ecosystem services to a certain exploitation threshold (De Lucia 2015: 111–113).

This would render tangential the debate between ‘anthropocentrism’ and ‘ecocentrism’ as the foundation of environmental protection. Scholarship has outlined that ecocentric approaches in environmental protection cannot overcome translating those legal subjectivities into the liberal notions of legal personhood, rights and standing. Tănăsescu, for example, at a more philosophical level, mentions that ecocentrism, however transformationally it is presented, is still a ‘centrism’. This centrism simply shifts the focus from humankind to nature, but that “repeats exactly the same opposition [between nature’s intrinsic value and resource use] that is foundational for modernist ways of thinking,” ostensibly dualist, moralist and universalist (Tănăsescu 2022: 31, 153). For Macpherson and Clavijo Ospina, the usefulness of the ‘anthropocentric/ecocentric divide’ is put into question regarding placed-based and relational environmental governance stemming from rights-based approaches. Such approaches, although inspired in legal and cultural pluralism, are the result of ‘accommodation’ and ‘mediation’ processes, into Western liberal utilitarian legislation, of interests in nature and guardianship relationships existing in indigenous people’s customs and laws (Macpherson and Clavijo Ospina 2015: 283–293).

That said, regardless of claims of rights-based environmental protection being ‘less anthropocentric’, ‘ecocentric’ or even ‘biocentric’, this type of approach has enormous potential for enhancing environmental protection. Although

decidedly ‘anthropocentric’ – as much as the allegedly ‘ecocentric’ articulations of other approaches – the rights-based approach to environmental protection reconciles considerations of nature’s intrinsic value and of nature as a purveyor of material and physical benefits for humans (Dancer 2021: 21–41). The additional layer provided for environmental protection by this approach would then balance the three dimensions of sustainable development, evoking a global aspiration “to life on earth and a local environment free from unacceptable degradation” (Cullet 1995: 25–40). These considerations certainly mark a new phase in environmental protection and make up for further socio-environmental justice. From a strictly legal perspective, rights-based environmental protection would therefore: (i) directly address impacts of environmental degradation on human or constitutional rights of individuals; (ii) secure higher standards of environmental quality by imposing on States justiciable environmental protection duties, and (iii) promote environmental rule of law (Odote 2020: 381–414).

3. Rights of nature, pinnacle of rights-based approaches to environmental protection?

Rights of nature are, of course, part of rights-based approaches to environmental protection. Rights-based approaches to environmental protection also include the right to a healthy environment (Knox 2020: 79–95), the ‘right to a stable climate’ (May and Daly 2021: 39–64), bio-cultural rights (T-622/16, COCCt 2016: 5.11-5.18; Sajeva 2021: 85–100), the inter-generational principle (Venn 2019: 717–718) and procedural environmental rights – public participation in environmental decision, access to environmental information, access to environmental justice, and protection of environmental defenders (Pereira Calumby and Johannsdottir 2021: 53–73). Rights of nature would seem to allow to bypass or circumvent (at least theoretically) some of the hurdles other right-based approaches have experienced in their implementation.

For example, the recognition of the right to a healthy environment has certainly changed public awareness about environmental protection. Its recently achieved breakthrough within the UN legal system and other international treaties could be a catalyst for change (UN Human Rights Council 2021; UN General Assembly 2022). However, it has also been known for its many shortcomings. At a domestic level, it has been understood as a ‘claims-right’, which, unlike liberty rights, requires that a clear and unconditional positive obligation should be placed upon third parties towards the right holder. That obligation usually falls upon the State or corporations. But this entails the need for enacting further ‘implementation laws’ to properly integrate the right into national laws and procedures (Aguila 2021).

There is difficulty as well in defining the scope of the right to a healthy environment. Several conflicts arise when it is confronted with other fundamental rights. Courts all over the world have found it excessively difficult also to grant any specific content to the right and to the notion of ‘environment’ itself in legal challenges to environmental decisions (Friends of the Irish Environment CLG v Government of Ireland & Ors, IESC 2020: 8.11-8.17; Coyne & Anor v An Bord Pleanála & Ors, IEHC 2023: 293–294). Moreover, since the right is mostly inserted within the framework of human rights owed to individuals, remedies for its breaching demand a proof of direct and personal injury of the plaintiff – a condition that leads, inevitably, to the hazardous issue of legal standing (Aguila 2021).

On the contrary, substantive rights of nature, such as the right of ecosystems and other living non-human entities to exist, flourish or to be restored – would not encounter such difficulties. Although, like in the case of ‘claims-rights’, these rights would need no enactment of any implementation legislation if the clear and unconditional positive obligation placed upon the rights-holder is entrenched in a constitutional provision as a fundamental right, with the same binding force of those already recognised in favour of human persons (Macpherson, Borchgrevink, Ranjan and Vallejo Piedrahíta 2021: 441–443). Rights of nature clearly establish a universal obligation that makes every legal person a rights-bearer towards nature.

In addition, the hurdle of defining the scope of the rights of nature would not be of concern. The dimension of the duty to maintain the ecological integrity or to fulfil ecological favourable condition or biodiversity thresholds of nature – in general or of a particular ecosystem – would be determined by the best available science. This specific content of rights of nature would make them cognisable by courts. Finally, since rights of nature protect nature’s intrinsic value, and this value is of public interest, then the defence of these rights would not be restricted by any ‘sufficient interest’ or absence of *ius tertii* claims requirements.¹ Unlike breach of environmental rights², access to courts to uphold substantive rights of nature would be

¹ ‘Sufficient interest’ and ‘absence of *ius tertii* arguments’ are the requirements in Irish law to prove legal standing in a claim for breach of constitutional rights. They imply that applicants claiming breach of constitutional rights must show that a challenged decision directly and adversely affected the personal interests of the applicant. Cahill v Sutton, IESC 1980: 3; Mohan v Ireland, IESC 2019: 10–11.

² Even though access to environmental justice to uphold environmental individual and collective interests has improved in many jurisdictions, by means of relaxation of legal standing requirements or enlarging its personal scope, the rule is still that the plaintiff must show to courts that they were personally and directly affected by environmental decisions or by environmental harm. For instance, in France, according to s. 142-1 of the Environmental Code, only authorised e-NGOs by the government can challenge planning or environmental decisions in judicial review if they prove the link between

guaranteed to any person that can bring a serious claim to uphold these substantive prerogatives in case of climate change, biodiversity loss or environmental degradation.

4. The reflection of competing interests regarding environmental protection on the content of rights of nature: the rights of nature strands

Obviously, this depiction of rights of nature as strictly claims-rights is not fully accurate. There are in fact two dominant strands of rights of nature. These are known as the ‘eco-theological’ strand, on the one hand, and the local participative governance strand – also known as the ‘legal personhood’ model, on the other hand (Tănăsescu 2022: 47–94; Kauffman and Martin 2021: 59–77).

4.1. The eco-theological strand of rights of nature

Under the ‘eco-theological’ strand, rights of nature are built upon a fiction. Like companies or incorporated bodies, ‘Nature’ as an abstract and universal entity or a particular ecosystem, with intrinsic legal value, is formed by law into a separate legal personality or is given right-holder entity status. Therefore, the natural legal person/right-holder entity can be further endowed with substantive rights adequate to protect its bio-chemical and physical cycles, non-living elements and biodiversity. These substantive rights are meant to create duties of environmental protection and environmental harm redress upon the State or other individuals and incorporated bodies. Since direct and personal injury is experimented by the legal person itself in breach of its own substantial rights, Nature can stand in court to uphold them.³ Legislation or case law usually appoints guardians or stewards to

the challenged measure and their objects clause, and the correspondence between the geographical reach of harmful effects for the environment with the e-NGO’s own authorisation geographical scope. Furthermore, as per s. 1248 of the French Civil Code (as amended), if an e-NGO wishes to seek relief against direct or indirect harm to the collective interest they defend (the so-called *préjudice écologique*) they still need to be authorised and fulfil standing requirements (*qualité et intérêt à agir*).

³ Ecuador and Colombia, for example, have accepted that RoN can be invoked directly by any person, either because there are express constitutional provisions allowing it (Article 71 of the Ecuatorian Constitution) or because they are in connection with human and environmental rights, and/or are invoked by vulnerable populations that deserve reinforced constitutional protection (T-622/16, COCCt 2016: 3.2). Both of these countries have entrenched constitutional writs to protect constitutional rights directly, with the possibility to bypass any standing, provided that there is sufficient evidence of a breach of a constitutional right. In Ecuador, wider protection has been afforded to rights of nature, because the Constitutional Court has accepted that they have direct applicability and that their respect

the natural legal entity to exercise Nature's procedural rights. In turn, these stewards can obtain professional legal representation for the natural legal entity in litigious matters⁴ (Tănăsescu 2020: 429–453; Kotzé and Villavicencio Calzadilla 2018: 397–424). Some rights of nature legal declarations have appointed environmental NGOs and public institutions as stewards of natural legal entities, under certain criteria, such as geographical proximity or their environmental objects clause. Others have opted for setting out broad standing for Nature by way of environmental popular actions. These actions permit any legal or physical person to stand in court to uphold Nature's substantial rights (Villavicencio Calzadilla and Kotzé 2023: 61–67; Schimöller 2020: 570–592).

Since 2008, around thirty-one States have adopted some form of rights of nature. Most of these States conceived their rights of nature legislation around the 'eco-theological' model strand. Flagship examples are Ecuador, Bolivia, several US townships, and Panama.⁵ Rights of nature in these countries have been adopted by constitutional or statutory provisions and local resolutions, and further modulated by case-law (Kauffman and Martin 2021: 80–116, 163–176; Kotzé and Calzadilla 2017: 422–425). It is a conception of rights of nature rooted in natural law (Warren 2006: 13; Matthews 2019: 5, 8–9). Eco-theological rights of nature seek to reconcile Christian theology with ecology. Under this perspective, Nature is guided by unity, totality, and interrelatedness. Furthermore, Nature is personalised as female – Mother Nature, Gaia or Pachamama – and is thought of as nurturing and caring, as a place of perpetual creation of life and abundance of resources. Environmental law should reflect these personal qualities of Nature and value Nature for its own sake. So what environmental law does by endowing Nature rights is simply recognizing its pre-existing moral value (Tănăsescu 2022: 24–31, 62–69).

is a duty of all citizens and public authorities as well (1149-19-JP/20, ECCCt 2021: 35–39). The recent Panamanian case decided by the country's Supreme Court did not deal with the subject because it was a constitutional challenge under ordinary standing requirements (*Sevillano Callejas v Panama*, Panamanian Supreme Court 2023: 72–73).

⁴ For instance, Articles 71 to 74 of the Ecuadorian Constitution 2008; Articles 7, 8 and 10 of Bolivian Law 71/2010; Articles 4(1), (5) and (6), 5, 9(1), and 11 of Bolivian Law 300/2012; Articles 1, 3, 5, 6, and 10 to 14 of Panamanian Law 287/2022.

⁵ At the time of finishing this draft, the Panamanian Supreme Court recognised that the ecological or objective dimension of the right to a healthy environment had been elevated to the status of State obligation, when Law 287/2022 granted nature rights-holder status. Under that statute, the State had the duty to enact policy to ensure nature's superior interest based on its intrinsic value. This allowed the Court to declare the invalidity of a mining concession contract entered into by the State through a law, due to the absence of strong environmental harm prevention measures required to comply with that duty. *Sevillano Callejas v Panama*, Panamanian Supreme Court 2023: 215–218.

Eco-theology reflects on the substantive rights granted to Nature. These are the right to exist, to be preserved and to be restored.⁶ Philosophically speaking, these rights bear significant similarity to fundamental or human rights such as the right to life, the right to liberty, or the right to property. The right to exist is defined as the duty to respect the ecological law or natural order that allows an ecosystem to thrive. The right to be preserved has been established as the duty to engage in actions to maintain and regenerate Nature's life cycles, structure, functions and evolutionary processes. And the right to be restored has been characterised as the duty to adopt measures to mitigate or eliminate harmful environmental consequences where ecosystem service degradation occurs (Soro Mateo and Álvarez Carreño 2022: 168–172). Legislation and case law have consequently designated Governments at all levels, individuals and corporations as duty-bearers.

4.2. The local participative governance strand of rights of nature

In opposition to the 'eco-theological' strand of rights of nature, there is the 'local participative governance' strand. This strand has had less wide reception than the eco-theological strand of rights of nature. Nevertheless, it has also influenced several hybrid manifestations of the latter.⁷ It was originally conceived in New Zealand as a component of the reparations owed by the Governments to the first nations' peoples for land inequity, colonialism, and historic social exclusion, but not for environmental protection (Macpherson 2023: 401–402). It is an attempt to integrate legal pluralism into Western law. Indigenous peoples' *cosmovisions* of guardianship of a particular ecosystem are thereby reconciled with a State's ownership and management of natural resources to "overcome contentious issues of ownership" (Kauffman and Martin 2021: 76). In this case, a particular ecosystem – and not Nature as totality – is incorporated into a legal person in accordance with private or public law legal personality typologies, or under a *sui generis* legal personality typology altogether (Kauffman and Martin 2021: 59–76). Similar proposals have been adopted in Australia and put forward in The Netherlands, but lacking the level of complexity of the Kiwi model.⁸ The choice of a particular legal entity typology depends on the legal context of a given jurisdiction. For instance,

⁶ An archaetypical example of the definition of these substantive rights of nature can be found in Article 2 of Spanish Law 19/2022, on the recognition of the legal personhood of the Mar Menor lagoon and its basin.

⁷ Which will be discussed *infra*.

⁸ Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murrn) Act 2017; Resolution No. 2019/Z235986 (12 July 2019) of the Noardeast-Fryslân Municipality Council regarding the Dutch Wadden Sea.

in some cases, natural legal entities have been incorporated as entities under a mixed regime, e.g. the Whanganui River in New Zealand.⁹ In other cases, local propositions have sought to incorporate local ecosystems as public law legal entities, e.g. such as the *waterschap* in Dutch administrative law in the proposal for rights of nature to the Wadden Sea (Lambooy, Van Soest and Breemer 2022: 51–65).

The local participative governance strand of rights of nature also endows particular ecosystems with ‘rights’. Nevertheless, these ‘rights’ are in fact powers conferred to the natural legal entity to guarantee its environmental governance and respect of its biocultural diversity. Natural legal entities, under the local participative governance strand, can thus *inter alia* manage and protect ecosystem services, issue environmental licenses, enforce and monitor existing environmental law, arbitrate differences between nature conservation goals and existing property rights over resources, and issue sanctions for breach of existing environmental regulations (Lambooy, Van Soest and Breemer 2022: 51–65). Moreover, these powers include the possibility of ethnic and local communities depending on such ecosystems to directly and publicly participate in their environmental governance. This enhanced public participation has adopted different forms. For example, communities have actively participated in the design and adoption of strategic and action plans. They have had a seat at committees in charge of advising environmental management authorities, and of advocating protection and improvement of the natural legal entity’s ecological condition (Macpherson, Borchgrevink, Ranjan and Vallejo Piedrahíta 2021: 459–460).

It is important to bear in mind that the Te Urewera Forest and the Whanganui River local participative governance models have been granted actual rights, specifically “all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person.”¹⁰ This provision implies that, in principle, the full logic of legal personhood applies to these natural legal entities. Consequently, natural legal entities will be able to enter into contracts, initiate court proceedings for recovering debts, and hire personnel for its representative or advisory bodies. Under this consideration, they can also perform landowner functions for land vested in the natural legal entity,¹¹ or even have ownership interests in their own natural resources, such as water (O’Donnell 2021: 9–12). But they will also be held in civil liability for breach of the duty of care to perform those powers and duties with reasonable diligence, although that

⁹ Section 17 of Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017.

¹⁰ Section 14(1) of Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017.

¹¹ Section 19(1)(d) of Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017.

responsibility will be taken by their representatives on their behalf and in their name.¹²

One feature of the local participative governance strand is the creation of an intricate governance structure of the natural legal entity. For example, in the case of the Whanganui River, it introduces powers, duties, and responsibilities for the natural legal entity and its representatives, and intends to put in practice an “integrated watershed management strategy, to ensure the environmental social, cultural, and economic health and well-being of Te Awa Tupua [the river legal person]” (Kauffman and Martin 2019: 272). This complicated structure involves a great deal of stakeholders with interests in the river at all levels: representatives of Maori communities, national and local governments, recreational users and environmental defence groups (Kauffman and Martin 2019: 272). Legal scholars have highlighted too that the legal person of the river itself is another stakeholder of that environmental management scheme, since it is a member of the integrated watershed management body through its representatives (O’Donnell 2021: 11–12).

4.3. Hybrid models of rights of nature

Finally, some other countries have adopted hybrid models of rights of nature. Amongst countries that have done so are Colombia, India, Bangladesh, Spain, and the French New Caledonia Overseas Territory.¹³ These models cherry-pick the features of both dominant rights of nature strands that, in the view of law- and policy-makers, would fit best with the country’s own socio-economic context and legal system. Hybrid models have the particularity of having been created by case-law or by statute, and being conceived only for particular ecosystems. Most of these hybrid rights of nature models enshrine ‘eco-theological’ substantive rights for certain biomes, and ascribe nature stewardship to governmental agencies and e-NGOs or re-arrange and/or create institutional bodies for the environmental governance of those ecosystems (Tănăsescu 2022: 97–120). Some add the possibility of broader standing for nature by means of an *actio popularis* besides granting stewards standing to represent the particular ecosystems before the courts.¹⁴ Others integrate advi-

¹² According to section 21(2) of Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, except for certain exclusions, Te Pou Tupua – the river’s legal guardian – is responsible for the liabilities of the legal person of the river – Te Awa Tupua.

¹³ For a comparative study with four selected European domestic rights of nature frameworks, including the Spanish and the French New Caledonian hybrid rights of nature laws, see Suárez 2023: 90–107.

¹⁴ Article 6 of Spanish Law 19/2022.

sory boards composed of scientists, e-NGOs or scientific institutional bodies, who will provide the stewards with technical guidance and monitoring, as well as data on the ecological state of the site, risks or threats to its integrity and adequate restoration measures.¹⁵

The scope of such substantive rights and the complexity of the environmental governance arrangements vary in intensity. As is the case with the two dominant strands of rights of nature, hybrid rights of nature models develop within the country's own legal system and socio-economic context. For instance, the Colombian Constitutional Court recognised rights of nature and right-holder status to the Atrato River, as it also recognised biocultural rights to the riverside indigenous peoples and Black communities. Within Colombia's 'Ecological Constitution' legal context, protection of environmental rights and imposition of duties of environmental protection is provided for. The Court also ordered the national Government to exercise legal guardianship of the river, and the authorities from all levels, alongside international research organisations, to come up with a water decontamination plan (T-622/16, COCCt 2016: 5.3, 5.10, 5.17, 9.32 and 10.2). But in Colombia, the State has failed to curb illegal mining and subsequent environmental degradation in historically neglected regions (Macpherson, Borchgrevink, Ranjan and Vallejo Piedrahíta 2021: 452).

In India, the High Court of Uttarakhand recognised rights of nature to the Ganges River and subsequently, to the glaciers in which the Ganges and Yamuna rivers originate. The court recognised legal personhood and substantive rights in favour of those ecosystem, and gave government officials standing under the *parens patriae* doctrine,¹⁶ advancing the religious significance of those ecosystems as sacred for Hindus (Salim v State of Uttarakhand & Ors, UttHC 2014: 11, 17–20). However, national and local governments had been notoriously negligent in fulfilling environmental protection duties and previous court orders under existing environmental legislation towards the river (Jolly and Roshan Menon 2021: 1–26). It should be noted that the Indian Supreme Court stayed this decision at the State government's request, so the enforcement of the decision is halted until the appeal is decided (Salim v State of Uttarakhand & Ors, INSC 2017: 1).

¹⁵ Article 3(4) of Spanish Law 19/2022; T-622/16, COCCt 2016: 10.2.1.

¹⁶ The *parens patriae* doctrine is a legal principle that allows States to "protect the well-being of their citizens when no one citizen has standing to sue and thus cannot remedy the problem" (Moscati Hawks 1988: 186–187). The doctrine has been applied in several common law jurisdictions, including India and the US. In India, given the duties in Articles 38, 39 and 39A of its Constitution, "the *parens patriae* theory is the obligation of the State to protect and take into custody the rights and privileges of its citizens for discharging its obligations" (Charan Lal Sahu v India, INSC 1989: 3.2).

5. Praise and critique of all the rights of nature strands

Scholars have signalled that these features of dominant strands of rights of nature can either weaken or strengthen environmental protection. Eco-theological procedural rights of nature have been praised for proposing broader standing for nature, be it by appointing public authorities and e-NGOs as stewards of nature, or in the form of environmental popular actions. The possibility for any citizen to uphold environmental protection duties in the public interest offers a wider access to environmental justice than existing environmental protection, such as the Aarhus Convention in the European context (Vicente Giménez and Salazar Ortuño 2022: 33–35). The substantive rights of nature of the eco-theological strand have introduced principles and values related to social, intergenerational and environmental justice into legal systems with more or less pronounced deficits in environmental protection (Villavicencio Calzadilla and Kotzé 2023: 56–61).

Moreover, the local participative governance strand of rights of nature has contributed to revalorise the biocultural diversity of ethnic communities, by legally recognising the importance of traditional livelihoods and ways of life, cultural, aesthetic and spiritual values of the environment, and ancestral ownership of lands and natural resources. This strand has in particular improved public participation of ethnic and local communities in environmental management, policy and decision-making (Gilbert 2023: 671–692). Several ecosystems, e.g. the Yarra-Birrarung River in Australia,¹⁷ are managed by councils or boards which count amongst its members different kinds of stakeholders, e.g. first nation's representatives, government officials, civil society and e-NGO representatives, business and industry union representatives, and environmental defenders.

However, critics of the eco-theological strand of rights of nature have pointed out that its characterisation of Nature is not compatible evidence-based scientific information about the functioning of the Earth systems, and does not provide for reasonable thresholds of environmental quality or baseline restoration (Tănăsescu 2022: 49–51, 63–65). They have also highlighted that these natural law-based prerogatives of Nature have incorporated similar environmental protection duties to those already in place but now in the language of rights. For instance, if the right to exist implies the duty to respect an ecosystem's natural order or ecological law, it refers to the duty to preserve its biological integrity. This would make it impossible or extremely difficult to differentiate such a right from similar obligations to achieve a certain desirable ecological

¹⁷ Section 49(1) of the Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murrn) Act 2017.

quality, such as the EU Water Framework Directive¹⁸ or to restore a population of protected species to a satisfactory threshold, such as the EU Birds Directive.¹⁹ Therefore, these new ‘rights’ would be brought into legal systems without any consideration given to the fact that they could overlap, be redundant or enter into conflict with existing environmental protection (Bétaille 2019: 57–59; Soro Mateo and Álvarez Carreño 2022: 160–172).

Regarding the local participative governance strand of rights of nature, there have been concerns about the significant financial allocations, human resources, institutional co-ordination, and policing efforts that such an overly ambitious environmental governance would require. This might result challenging in those contexts where States have poor institutional reach or a tendency to tolerate institutional apathy in attaining environmental protection objectives (Krämer 2020: 67–69). Other issues have been raised about the lack of agency of particular ecosystems regarding ‘property rights’ over their own natural resources. Scholars have pointed out that, despite particular ecosystems being endowed with recognition of their legal personality under this type of rights of nature strand, legislation has failed to grant ownership to that legal person to its own fresh water or to quality water to sustain biodiversity and bio-physical cycles (O’Donnell 2021: 10–11; Wesche 2021: 49–68).

A common critique to both types of strands of rights of nature is that they add more environmental protection duties without considering their coherent integration into existing environmental governance framework. The example set out above about the so-called ‘right to exist’ demonstrates a particular situation of redundancy of protections, which might create issues about interpretation and application of both sets of legislation. This conflict is also extended to other entitlements, such as property rights, State ownership of natural resources or economic development values. The same argument could be put forward for the local participative governance strand, which in most cases creates *sui generis* governance arrangements which risk being incompatible with other environmental protection duties already in place (Soro Mateo and Álvarez Carreño 2022: 187–192).

Another objection to the rights of nature legal declarations is their entrenchment without a coherent and comprehensive reform of other substantial and procedural associated legislations. To accommodate environmental popular

¹⁸ For instance, Article 4(1)(a)(i) of Directive 2000/60/EC regarding prevention of deterioration of the status of all bodies of surface water, considered certain conditions.

¹⁹ For example, Article 2 of Directive 79/409/EEC (as amended by Directive 2009/147/EC) regarding maintaining the population of species of natural occurring birds at “a level which corresponds in particular to ecological, scientific and cultural requirements, while taking account of economic and recreational requirements.”

actions, for instance, law reform of rules applicable to civil, criminal and judicial review proceedings is required to incorporate judicial claims in the public interest and adequate cost protection rules (Pérez de los Cobos Hernández 2023; Soro Mateo and Álvarez Carreño 2022: 181–186). And last but not least, neither strand of rights of nature addresses lack of enforcement. The latter has been singled out in international and national contexts as detrimental to environmental rule of law, and thus, to environmental law's role in curbing environmental degradation; especially after the COVID-19 pandemic (Bétaille 2019: 59–63; United Nations Environment Programme 2023: 38–44).

6. Assessment of the rights of nature legal potency: methodology or madness?

Nevertheless, pointing out the advantages and inconveniences of adopting rights of nature laws in a particular jurisdiction is not enough to determine whether they are an alternative or a complement to the environmental protection. Such an appraisal requires a legal analysis on the potency of rights of nature laws.²⁰ That is, an estimation of the capacity or potential of rights of nature provisions, extracted from interpretation of their explicit content, to ensure adequate environmental protection in coherence with existing environmental law, either by directly enhancing it or by prompting its repeal. Some of the elements required for this kind of assessment have already been outlined by scholars in their own approaches when addressing the legal analysis of the two dominant strands of rights of nature laws and their hybrid models.

6.1. Predominantly socio-legal and predominantly doctrinal approaches to legal analysis of rights of nature laws

So what are the legal analysis approaches employed by researchers to come to these conclusions about rights of nature and its two dominant strands? Rights of nature scholarship has adopted different legal approaches, which focus on different aspects of legislation and case-law, but also on the political, social, cultural, and historical contexts and ongoing processes particular to each ju-

²⁰ The original term used in this research project to refer to the capacity or potential of rights of nature laws' explicit content to ensure adequate environmental protection was *effectiveness*. However, this term might lead to confusion, as 'effectiveness' suggests an appraisal of compliance and enforcement of norms, which would go over and beyond the scope of the research project. Compliance and enforcement of norms is of course the subject of empirical socio-legal research, that can measure by direct methods how norms operate and what effects they have.

risdiction. These can be classified in two different types of approaches, even though they all have in common a comparative law component, and different levels of interdisciplinary influences in the research tools employed.

6.1.1. Predominantly social-legal approaches

The first type of approach would be predominantly socio-legal. In this type of rights of nature analysis, researchers are interested in the genealogy of the rights of nature movement, or in the ways it has expanded to other countries as the extrapolation of foreign legal rules or as a result of intense lobbying of international environmental advocacy networks. These subjects reflect a choice of study from an ‘external’ perspective of legal phenomena. That choice implies engaging in interdisciplinary exploration that embraces methods of social sciences to undertake research about rights of nature norms as a social entity, rather than research in rights of nature themselves (McCrudden 2006: 636–637; Chynoweth 2008, 30–31).

A very good example of this field is the research conducted by Kauffman and Martin. These authors are mainly interested in the political, historical, social and cultural factors that shape how rights of nature legal manifestations are “framed, contested and expressed institutionally.” By comparatively analysing scope and strength of the two strands of rights of nature, and taking into account their origins and local contexts, they wish to highlight how rights of nature norms are constructed and institutionalised differently. On the one hand, scope refers to the definition of nature as a rights-bearer and which substantive rights are granted to it. On the other hand, strength deals with the type of rule enacting rights of nature and the authority to represent nature (Kauffman and Martin 2021: 59–77).

Another particularly pertinent example is the research conducted by Tănăsescu. In this author’s view, rights of nature should be engaged with from a critical perspective. This insightful endeavour delves into the historical and philosophical origins of these rights, examining their multiple meanings and exploring possible effective practical outcomes to their implementation. What this critical interdisciplinary approach about rights of nature law wishes to achieve, is to advance a political frame as the most useful to understand rights of nature, and to think about their good or bad implementation as a question of political power. Therefore, this goal can only be obtained by looking directly at how rights of nature laws are drafted, how the political process leading up to their enactment unravelled, and how they are not primarily about the environment at all “but about creating new relations through which environmental concerns may be differently expressed” (Tănăsescu 2022: 17).

6.1.2. Predominantly doctrinal approaches

The second type of approach would be predominantly doctrinal. This type of approach to rights of nature would furnish an internal viewpoint of their legal manifestations. It focuses on the sources thrown up by the legal process of adopting rights of nature – primarily constitutional provisions, statute, case-law, statutory instruments, and local resolutions. A predominantly doctrinal approach seeks to analyse principle, rules, and values of rights of nature, where there is an attempt to render these norms intelligible, but also to show the multiple possible readings and contradictions of that rights-based environmental governance framework (McCrudden 2006: 633–635). The concern of this type of analysis is the formulation of systematic formulations of rights of nature law in particular contexts, in order to “clarify ambiguities within rules, place them in a logical and coherent structure and describe their relationship to other rules” (Chynoweth 2008: 29).

Several scholars have attempted to apply the predominantly doctrinal analysis of rights of nature norms. One of the best examples is that offered by Wilk et al. These authors note a lacuna in the effects of the integration of legal personhood of rivers with existing river basin governance approaches. Under a critical perspective, they explore that knowledge gap by observing whether granting rights to the Rhine River could transform decision-making processes concerning water quality, flooding and navigation in that water body and its basin. The example of the Rhine River was chosen as paradigmatic because of the high grade of institutionalisation of its environmental governance with defined duties and obligations for States and private persons, at all levels. To answer questions about what could granting rights to the Rhine River imply for its existing environmental governance, Wilk et al embarked on a contrast exercise between the current governance arrangement of that water body and what rights of nature would bring to the table in terms of institutions, stakeholder participation and duties in decision-making around the three aforementioned subjects (Wilk et al 2019: 684–697).

Another insightful specific analysis was carried out by O’Donnell. The author concentrates on different water bodies of five different countries around the world that have received substantive eco-theological rights, legal personhood or ‘living entity’ status – the Atrato River in Colombia, the Whanganui River in New Zealand, Martuwarra/Fitzroy and Birrarung/Yarra rivers in Australia, Tuareg and all rivers in Bangladesh, and Ganga and Yamuna rivers in India. After analysing the current (worrying) state of water quality, biodiversity and the impact of water supply to communities, cities and industries from each of these rivers, O’Donnell made an assessment of riverine extinction of each of these examples and the implications of the rivers’ novel legal subjectivity in

addressing that risk. The author found that all the studied rivers possess rights on law, but no rights to water. That is, despite having been granted substantive eco-theological rights or being endowed with participative environmental management arrangement, they do not hold ownership to their own most precious asset “flowing within their banks.” In some cases, like the Whanganui River in New Zealand, the rights of nature legislation “explicitly states that no existing rights to water are created of the affected ones.” These rights are usually held by other public or private persons. Consequently, the lack of rights to water of their own limits the rivers’ capacity to influence decision-making in their own waterway management. Therefore, despite rights of nature laws, “they all continue to lack the specific rights and powers they need to protect their existence as rivers” (O’Donnell 2021: 1–21).

A similar analysis, but at a more general level, was attempted by Bétaille. The author also adopted a critical perspective to undertake a predominantly doctrinal analysis, grounded in the European context, with a focus on three main aspects: the role of nature’s intrinsic value as a principle of existing environmental law (not unique to rights of nature law), integration of rights of nature with existing environmental governance frameworks, and enforcement, or lack of thereof, of existing environmental law and rights of nature. After confronting international environmental law instruments, EU environmental law and French environmental law with selected examples of rights of nature legal manifestations, Bétaille made the case for strengthening the enforcement of existing environmental governance arrangements. The author notes that modern environmental law have already incorporated some of the changes into environmental protection rights of nature, which its advocates portray as being paradigm-shifting (Bétaille 2019: 35–64).

Another noteworthy general analysis is that of Krämer. Krämer turns to the complex matter of implementation of rights of nature. By implementation, the author means “to what extent these decisions on rights of nature are actually enforced and applied.” However, he does not use quantitative nor qualitative methods to empirically assess that implementation. Instead, he resorts to primary and secondary sources to track down regulation instruments of rights of nature laws, case-law or ongoing conflicts involving rights-holding ecosystems. This author’s analysis also considers the legal context in which rights of nature laws are adopted, and examines the provisions establishing legal personhood or right-holding status, rights and duties associated with that personhood or status, and nature guardianship arrangements. Krämer also addresses the issue of how the courts have either applied or created rights of nature laws, and whether stable rules about the binding value, the hierarchy, and the scope of protection of rights of nature can be extracted from case-law (Krämer 2020: 47–75).

One final, very interesting analysis has been proposed by Elizabeth Macpherson et al. These authors address the constitutional relevance of the recognition of legal personhood of rivers and their endowment with rights in New Zealand, Colombia, and India. By focusing on the design and the content of rights of nature frameworks in their specific context – and not on their practical implementation in each of the countries it studies – the authors seek to evaluate the potency of rights of nature elevated to constitutional provisions in enabling real legal and practical change in comparison to dominant regulatory regimes. They have found that the efforts of riverine rights to go over and above these environmental frameworks have resulted in creative solutions that recognise pluralist perspectives, as a step towards river governance regimes reflecting bio-culturalism (Macpherson, Borchgrevink, Ranjan and Vallejo Piedrahíta 2021: 438–473).

However, Macpherson et al. conclude that the transformation potential of rights of nature is symbolic, since there is no profound rebalancing of power relations in river governance and that unintended complications could arise during their implementation, e.g. the presence of jurisdictional and technical issues with judgments, the maintenance of *status quo* regarding existing distribution of property rights and rights to water in a river, or the extended effect of a weak and absent State *vis-à-vis* orders to protect riverine rights. This does not mean, in any case, that these cases lose the profound impact they have had abroad in expanding legal subjectivity of natural entities, or that they would be hindered of having “broader public influence as a ‘model standard for legitimacy’” (Macpherson, Borchgrevink, Ranjan and Vallejo Piedrahíta 2021: 438–473).

6.2. A predominantly doctrinal approach to the legal analysis of rights of nature potency

6.2.1. The approach in theory

Consequently, the most satisfactory approach to analyse rights of nature potency is a predominantly doctrinal one. If rights of nature potency is the capacity or potential of the explicit content of rights of nature provisions to enhance or even replace existing environmental protection, then the normative question about how rights of nature can achieve their desired result can only be answered by a normative judgment (Van Houcke 2015: 1–35). With the adoption of an internal perspective, the possibility is open for (i) identifying binding and non-binding rights of nature norms, (ii) setting which principles, rules, and values about nature, the environment, and its conservation and res-

toration are contained in rights of nature provisions, and (iii) prospecting the substantive and procedural implications of rights of nature norms (McCrudden 2006: 633–634). To do so, concepts such as Hohfeldian claims-rights, ownership and property rights, environment, nature, legal personhood, standing, environmental governance, liability for environmental harm or environmental protection duties will be useful in providing normative explanations about the salient features of rights of nature potency (Taekema 2018: 1–17). This, by means of a theory that explains the legal factors that vary the intensity of that potency from high to low (Khaitan and Steel 2022: 1–58).

The proposed internal perspective will also be helpful to contrast rights of nature with other standards of evaluation that implicitly or explicitly are part of existing environmental law. These standards are also internal and external to existing environmental protection. Internal standards are *inter alia* environmental human rights, environmental principles — polluter pays principle, *in dubio pro natura*, precautionary principle, and the environmental rule of law. External standards are, for instance, socio-economic and inter-generational justice considerations. This explains why the approach is predominantly, and not exclusively, doctrinal. Legal analysis of rights of nature potency not only has a strong doctrinal and comparative element to it; it has a social sciences component as well. So a presentation of the historical, socio-economic, and legal settings in which rights of nature were adopted is also useful to explain why rights of nature laws have a certain explicit content and why this content makes for effective legislation or not (Taekema 2018: 6–12; Chynoweth 2008: 30).

Furthermore, to achieve an appraisal on the expected enhanced or paradigm-shifting effect of rights of nature norms regarding existing environmental protection, it will be important to work with ‘ideal types’. Ideal types can help the process of rendering intelligible the commonalities and the differences between rights of nature norms from one particular jurisdiction or from different jurisdictions. In that sense, ideal types are built from inductive reasoning. That is, from using a selected sample of rights of nature initiatives from different jurisdictions (Van Houcke 2015: 13–18).

Two ideal types are thus relevant for this endeavour: a working definition and working typologies of rights of nature. A working definition of rights of nature would consider the presence of four archetypical elements: ‘legal declaration’, ‘legal personhood’ or ‘rights-holder status’, ‘nature as a subject of principles, rules and values’ and ‘legal standing for nature’. This would allow evaluating all rights of nature laws according to the dominant and recessive character of each of these elements. On the other hand, the typologies are: Legal Declarations of Political Intent Regarding the Environment, Programmatic Environmental Standards, Public Interest Environmental Protection Rules, and Local Participative

Environmental Management Rules. These typologies range from environmental policy goals, values and principles to state and private individual obligations regarding environmental protection, and to fully institutional arrangements for local environmental management. It should be borne in mind that several of the typologies could be found in the same rights of nature legal declaration, even if it belongs predominantly to one strand or another, or if it is a hybrid model (Suárez 2023: 90–107).

6.2.2. The approach in action

This combined doctrinal-comparative approach informs of a four-step method. This method implies the following: (i) legal sources sampling, (ii) extraction of environmental principles, values and rules present in rights of nature provisions or case law, (iii) inductive reasoning to build rights of nature ideal types, and finally, (iv) contrast of ideal types under the aforementioned ‘law-in-context’ approach and analysis (Paris 2016: 39–55; Van Houcke 2015: 16–18). To illustrate how the proposed methodology could be applied in practice, Table 1 showcases a schematic presentation of the results of an initial application of the approach and method to four selected European domestic law rights of nature frameworks. The selection comprises rights of nature laws from Spain, France, the Netherlands and Ireland. These results have already been published in their complete version (Suárez 2023: 90–107).

7. Preliminary conclusions

A few preliminary conclusions can already be drawn from a legal analysis of rights of nature potency using the predominantly doctrinal approach. First, the method is useful for evidencing the extent of the overlap, redundancy and even conflict between rights of nature provisions and existing environmental protection norms. This is something that other general and particular, predominantly doctrinal legal analyses have already done with success, but in a fragmented fashion.

Second, the study of legal rules, principles, and values underlying rights of nature laws allows determining whether provisions contain clear, unconditional and automatic obligations of environmental protection, which require full compliance. Or whether they contain optimisation mandates requiring environmental protection to be realised to the greatest extent possible, or rather a set of aims and objectives that give meaning to environmental protection (Alexy 2000: 294–304; Toubes Muñiz 1997: 268–286; Atienza and Manero 1998: 120–140). The contribution of this type of legal analysis is to show findings on

Table 1. Results presentation of the application of the predominantly doctrinal approach for assessing rights of nature potency

Selected jurisdiction and type of norm	Socio-political and legal context	Legal source sampled and content of the provision	Dominant elements of the RoN definition	RoN typologies	Practical effects of RoN norms and interactions with existing principles, rules and values
Spanish Law 19/2022 (30 September 2022) on the recognition of legal personhood to the Mar Menor and its basin (statute)	<p>Non-compliance with environmental protection duties stemming from international, EU, and national law</p> <p>There has been tolerated slurry dumping from agro-industries by the authorities.</p> <p>Institutional apathy from Murcia authorities has been rampant.</p> <p>Heavy pressure from mining industries, urban development and tourism has been present at the lagoon for more than 30 years.</p> <p>There has been severe eutrophication of the Mar Menor and its basin, causing mass mortality of the lagoon's fauna and flora.</p> <p>The RoN law was the result of a public legislative process led by academics and e-NGOs with hundreds of thousands of signatures in support of the bill.</p> <p>The Spanish Constitution already protects the right to a healthy environment, and enshrines the polluter-pays principle, and there EU and national environmental law frameworks.</p>	<p>Article 1 (Legal personhood and geographic scope of protection)</p> <p>Article 2 (Eco-theological rights of the lagoon to exist, to be protected and to be restored)</p> <p>Article 3 (Institutional arrangements to monitor and enforce RoN)</p> <p>Article 5 (RoN as a parameter from judicial review of environmental decisions affecting the lagoon; civil, criminal, and environmental liability for non-compliance with RoN of the lagoon)</p> <p>Article 6 (Popular action to uphold the Mar Menor's substantive rights, cost protection rules)</p>	<p>Legal declaration</p> <p>Legal personhood</p> <p>Nature as a subject of principles, rules and values</p> <p>Legal standing for nature</p>	<p>Article 1: Legal Declaration of Political Intent Regarding the Environment (Recognition of nature's intrinsic value)</p> <p>Article 2: Public Interest Environmental Protection Rule (State obligations to protect nature and environmental tort rules)</p> <p>Article 3: Public Interest Environmental Protection Rule (Institutional framework rules for State obligation enforcement and enforcement monitoring)</p> <p>Article 5: Public Interest Environmental Protection Rule (State obligations to protect nature and environmental tort rules)</p> <p>Article 6: Public Interest Environmental Protection Rule (Environmental <i>actio popularis</i>)</p>	<p>Legal personhood is symbolic: the lagoon's legal person is not shoehorned in any <i>sui generis</i> nor existing private or public law legal person.</p> <p>Environmental protection duties rely on the steward's private law legal person.</p> <p>It is unclear how this protection will interact with the lagoons several statuses (Ramsar-protected marsh, SAC, natural park).</p> <p>Rights of the lagoon to exist, to be protected and to be restored mirror existing environmental protection duties (under Ramsar Covenant, Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean Sea, EU WFD, Nitrates, Environmental Liability, Birds and Habitats Directives and future EU Restoration Law; Article 45 of the Constitution; national law; Murcia regional law).</p> <p>Most of the environmental governance arrangements present in the RoN law were already present in Murcia Regional Law 3/2020 on the protection of the Mar Menor.</p> <p>The provision of RoN as a parameter for judicial review of environmental decisions regarding the lagoon is superfluous.</p> <p>Although an environmental <i>actio popularis</i> enhances environmental access to justice, its inclusion forwent a consideration about its coherent integration within existing procedural rules that might hinder its exercise.</p>

Table 1. contd.

Selected jurisdiction and type of norm	Socio-political and legal context	Legal source sampled and content of the provision	Dominant elements of the RoN definition	RoN typologies	Practical effects of RoN norms and interactions with existing principles, rules and values
Articles 110-1 to 110-3, 242-16 to 242-18, and 242-20 to 242-22 of the Environmental Code of the Loyalty Islands Province of the French New Caledonia Oversea Territory	New Caledonia enjoys an exceptional status as a <i>sui generis</i> overseas territory within French public law-based. Besides having autonomous and non-subsidary law-making powers, all of its provinces – North, South and Loyalty Islands – have exclusive law-making powers regarding environmental matters. But these <i>lois du pays</i> must respect the French Constitution and the French Environmental Charter. Loyalty Islands Province is required to strike a balance between the French continental legal system and the Kanak legal system and values. New Caledonia has a difficult socio-economic situation <i>vis-à-vis</i> other French departments: despite economic growth sustained by extractivism, there is social injustice, trafficking and illegal trade of protected species, and intense pressure from nickel mining on soils and water bodies.	Article 110-1 (Kanak culture elements as interpretation principles of provincial environmental legislation) Article 110-2 (Right to a healthy environment) Article 110-3 (Declaration of rights-holder status of natural elements under unitary life principle) Article 242-16 (Substantive fundamental rights for all natural right-holding entities on basis of unitary life principal and revalorisation of Kanak customs) Article 242-17 (Right-holding status of sea turtles and sharks, with possibility to expand recognition to other natural entities) Article 242-18 (Substantive fundamental rights of nature for sea turtles and sharks) Articles 242-20 to 242-22 (Stewardship system for natural elements endowed with substantive fundamental rights: spokespersons, decision-making powers, and administrative policing)	Legal declaration Rights-holder status Nature as a subject of principles, rules and values Legal standing for nature	Article 110-1: Programmatic Environmental Standard (Principles about nature's intrinsic value and relationships between human and non-human entities) Article 110-2: Public Interest Environmental Protection Rule (State obligations to protect nature) Article 110-3: Programmatic Environmental Standard & Public Interest Environmental Protection Rule (Principles about relationships between human and non-human entities; State obligations to protect nature) Articles 242-16 to 242-18: Public Interest Environmental Protection Rule (State obligations to protect nature) Articles 242-20 to 242-22: Public Interest Environmental Protection Rule & Local Participative Environmental Management Rule (Institutional framework rules for State obligation enforcement and enforcement monitoring)	Even though the bill containing Articles 242-16 to 242-18 and 242-20 to 242-22 was drafted with support of members of academia, it lacked civil society participation. It is unclear how RoN could be enforced regarding litigation for issues arising in other provinces of New Caledonia but with effects in the Loyalty Islands, if the Environmental Code's scope of protection is restricted to that province only. Traditional practices of fishermen, other provisions in the provincial Environmental Code and further existing environmental legislation already provide for protection of sea turtles and sharks.

Table 1. contd.

Selected jurisdiction and type of norm	Socio-political and legal context	Legal source sampled and content of the provision	Dominant elements of the RoN definition	RoN typologies	Practical effects of RoN norms and interactions with existing principles, rules and values
<p>Resolution No. 2019/Z235986 (12 July 2019) of the Noardeast-Fryslân Municipality Council regarding the Dutch Wadden Sea</p>	<p>Despite the several protection statuses (SAC and SPA, UNE-SCO World Heritage Site) and environmental governance frameworks of the Dutch Wadden Sea (e.g. Trilateral Wadden Sea Cooperation Declaration), it has been severely harmed from increasing heavy pressure from climate change, agro-industrial pollution, invasive species, unsustainable fisheries, and industrial and harbour developments. The environmental governance framework in place to protect the Dutch Wadden Sea is considered to be very complex, fractured, and inefficient. Mark Rutte's final Government decided not to move forward with this RoN initiative, and a RoN motion at the Dutch House of Representatives was also defeated by a narrow majority of MPs. However, grassroots organisations and other civil society actors are still pushing for the water using a RoN perspective.</p> <p>A new motion to organise expert meetings to discuss RoN in favour of the Wadden Sea was recently passed by the Groningen and Friesland Provincial Councils.</p>	<p>Council resolution (plea for the recognition of the Wadden Sea as a private or public law legal person; plea for the creation of an Independent Management Authority (IMA) in charge of the waterbody's environmental governance; proposal for the endowment of powers and resources to IMA; proposal for broader participation of all stakeholders in environmental decision-making regarding the waterbody)</p>	<p>Legal declaration</p>	<p>Council resolution: Legal Declarations of Political Intent Regarding the Environment & Local Participatory Environmental Management Rules (Recognition of nature's intrinsic value and the need of a rights-based approach to nature; rules about the establishment, function, and attributions of environmental management boards, including (i) Management plans, (ii) Authorisations, concessions and permits for certain activities affecting the environment, and (iii) Issuing bylaws); rules about creation, extinction or limitation of rights to land and other natural resources; rules about environmental offences, sanctions and proceedings; rules about interaction (a) of RoN with other applicable legislation to the legal entity, (b) of the entity's management board with other protection authorities)</p>	<p>Unlike other initiatives, this initiative seeks to grant specific powers to the Wadden Sea private or legal public person to issue regulations, develop integrated policy, assure enforcement, monitor results, have financial autonomy, decide on licensing, and play a role in decision-making, all of which would be exercised by the IMA. The IMA would actually enforce existing environmental protection duties owed to the Wadden Sea without creating any eco-theological substantive RoN.</p> <p>The proposal would also seek to streamline management and overcome existing efficiency hurdles in environmental governance of the Dutch Wadden Sea.</p> <p>However, the proposal requires to be enacted in statute to properly enter into force.</p>

Table 1. contd.

Selected jurisdiction and type of norm	Socio-political and legal context	Legal source sampled and content of the provision	Dominant elements of the RoN definition	RoN typologies	Practical effects of RoN norms and interactions with existing principles, rules and values
Irish city/council resolutions on RoN	<p>Grassroots movements in Northern Ireland and in the North of the Republic of Ireland have been pushing for RoN declarations at local level.</p> <p>These declarations have been advised by a global network of RoN advocates.</p> <p>The Irish Constitution has no provision whatsoever regarding environmental rights or State environmental protection duties.</p>	<p>City/council resolutions (Recognition of RoN as a global eco-centric movement and of need of rights-based approach to nature; 6–18-month timeframe set for collective understanding of RoN as a possible overarching value in local environmental management; participatory reporting duty to council regarding the embedding of RoN as an overarching value in environmental management strategic frameworks; acknowledgement of the important for Irish border councils of their obligations regarding transnational environmental impact assessments under the Espoo Convention)</p>	<p>Legal declaration</p>	<p>City/country resolutions: Legal Declarations of Political Intent Regarding the Environment (Recognition of (a) nature's intrinsic value, (b) the need of a rights-based approach to nature, (c) the importance of border/regional contexts and IEL obligations, and/or (d) the need for community education in RoN)</p>	<p>City/council RoN resolutions are non-prescriptive and do not constitute law. RoN could be embedded as key principles of local development plans as per s.10 PDA 2000.</p> <p>But the Planning & Development Bill 2023 that is underway and the duty of 'material consistency' between local development plans and national and regional planning instruments might eliminate that possibility.</p>

the level in which a rights of nature norm is capable of achieving the desired environmental protection results.

And third, a legal analysis of rights of nature potency would also help to assess whether rights of nature laws have been integrated in a coherent manner. This is especially so regarding procedural rules, such as sufficient interest in legal standing, admissible grounds for judicial review or cost protection rules. Moreover, this analysis would contribute to ascertain whether there have been some standards set out for its harmonious interpretation with other competing constitutionally or legally-protected interests – notably, those dealing with national economic development, State ownership of natural resources, property rights or indigenous people's rights.

This methodology has, of course, its limitations. It is, first and foremost, a desktop exercise. Therefore, it does not rely on first-hand empirical research, but on documented accounts by commentators and even journalists. Furthermore, although this method takes into consideration strong or weak implementation and enforcement of rights of nature laws as one of the factors related to their potency, it does not provide for a complete view of the phenomenon as an issue that affects the whole of environmental law and, particularly, environmental rule of law. More empirical data would be needed to reach evidence-based conclusions on lack of enforcement of rights of nature laws (Bétaille 2019: 62–63). It also shares the restraints of any comparative approach as to the availability of primary and secondary sources in English or in languages within reach of the research team (Van Houcke 2015: 3–4). Finally, it is a methodology that portrays a narrow socio-political and legal context and an arbitrarily-selected array of existing environmental principles, values and rules that could not paint a complete and dead-accurate picture of the interplay of rights of nature norms with other provisions within a legal system with all of its particularities. This is due to the fact that the research team cannot possibly offer more than an overview of these developments, thus rendering the legal analysis somewhat superficial in some aspects.

To sum up, to assess whether rights of nature laws, as rights-based approaches to the environmental protection, can be an alternative or a complement to environmental law, it is important to determine their level of potency. That level of potency can be appraised from the content of the rights of nature provision in itself and characterised in different intensity from low to high. The intensity is determined by the three aforementioned criteria of: (i) Overlap, redundancy or conflict of rights of nature laws with existing environmental law, (ii) Binding or non-binding character of principles, rules, and values in rights of nature laws, and (iii) Coherent integration or possibility of harmonious construction of rights of nature laws with other applicable substantive and

procedural norms to environmental protection. These criteria are by all means not final, and more criteria could be added as indirect evidence from which a low or a high level of potency may be inferred.

The results presented in Table 1 would show, at least after an inductive reading of these selected European samples, that rights of nature potency could be deemed low in the presence of any of the following four circumstances: first, where there are substantive eco-theological rights of nature mirroring existing environmental protection duties; second, where institutional governance arrangements are duplicated or new arrangements are added without any harmonious articulation regarding existing ones, adding more complexity to the environmental institutional governance structures already in place; third, where rights of nature laws consist mostly of non-binding or locally-binding only provisions about nature's intrinsic worth and the importance of rights-based approaches to nature, or even pleas for novel institutional governance arrangements; and fourth, where nature conservation or restoration duties or broad standing for nature have not been assorted with coherent reform of sectorial environmental protection frameworks, legal standing requirements, civil and judicial review proceedings, and cost protection rules.

List of abbreviations

COCt	– Colombian Constitutional Court
CJEU	– Court of Justice of the European Union
ECCt	– Ecuadorian Constitutional Court
IEHC	– Irish High Court
IESC	– Irish Supreme Court
INSC	– Indian Supreme Court
RoN	– Rights of Nature
SAC	– Special Area of Conservation
SPA	– Special Protected Area
TFEU	– Treaty on the Functioning of the European Union
UttHC	– High Court of Uttarakhand
WFD	– Water Framework Directive

References

- Aguila, Yann. 2021. The Right to a Healthy Environment. Accessed December 7, 2023. <https://www.iucn.org/news/world-commission-environmental-law/202110/right-a-healthy-environment#:~:text=By%20Yann%20Aguila%20%2D%20On%20October,as%20an%20important%20human%20right.>
- Alexy, Robert. 2000. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris* 13(3): 294–304.

- Atienza, Manuel, and Juan Ruiz Manero. 1998. Values in the Law. In: *A Theory of Legal Sentences*, (eds.) Francisco Laporta, Aleksander Peczenik, and Frederick Schauer, 120–140. New York: Springer.
- Autin, Whitney, and John Holbrook. 2012. Is the Anthropocene an issue of stratigraphy or pop culture? *GSA Today* 22(7): 60–61. DOI: 10.1130/G153GW.1.
- Autonomous Decentralised Government of Santa Ana de Cotacachi v Minister for the Environment & Anor, Ecuadorian Constitutional Court, 10 November 2021, 1149-19- JP/21.
- Bétaille, Julien. 2019. Rights of Nature: Why it Might Not Save the Entire World. *Journal for European Environmental and Planning Law* 16: 35–64. DOI: 10.1163/18760104- 01601004.
- Bogdanova, Iryna. 2022. *Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights*. Leiden: Brill Nijhoff.
- Brondizio, Eduardo, Karen O'Brien, Xuemei Bai, Frank Biermann, Will Steffen, Frans Berkhout, Christophe Cudennec, Maria Carmen Lemos, Alexander Wolfe, Jose Palma-Oliveira, and Chen-Tung Arthur Chen. 2016. Re-conceptualizing the Anthropocene: A call for collaboration. *Global Environmental Change* 39: 318–327. DOI: 10.1016/j.gloenvcha.2016.02.006.
- Cahill v Sutton [1980] I.R. 269.
- Charan Lal Sahu v India & Ors [1990] AIR 1480, 1989 SCR Supl. (2) 597.
- Chynoweth, Paul. Legal research. In: *Advanced Research Methods in the Built Environment*, (eds.) Andrew Knight, and Les Ruddock, 28–38. Chichester: Willey-Blackwell.
- Coyne v An Bord Pleanála [2023] IEHC412 (Holland J).
- Cutzen, Paul, and Eugene Stoermer. 2000. The 'Anthropocene'. *IGBP Global Change Newsletter* 41: 17–18.
- Cullet, Philippe. 1995. Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context. *Netherlands Quarterly of Human Rights* 13: 25–40.
- Dalby, Simon. 2015. Framing the Anthropocene: The good, the bad and the ugly. *The Anthropocene Review* 3(1): 33–51. DOI: 10.1177/2053019615618681.
- Daly, Erin. 2016. La doctrine environnementaliste aux États-Unis d'Amérique – Les suites de la “public trust doctrine”, développée par le professeur Joseph L. Sax. *HS16 Revue Juridique de l'Environnement*, 183–200. <https://www.cairn.info/revue-juridique-de-l-environnement-2016-HS16-page-183.htm>.
- Dancer, Helen. 2021. Harmony with Nature: towards a new deep legal pluralism. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 53(1): 21–41. DOI: 10.1080/07329113.2020.1845503.
- De Lucia, Vito. 2013. Towards an ecological philosophy of law: a comparative discussion. *Journal of Human Rights and the Environment* 4(2): 167–190.
- De Lucia, Vito. 2015. Competing Narratives and Complex Genealogies: The Ecosystem Approach in International Environmental Law. *Journal of Environmental Law* 27: 91–117. DOI: 10.1093/jel/equ031.
- Friends of the Irish Environment CLG v Government of Ireland & Ors* [2020] IESC 49 (Clarke CJ).
- Gilbert, Jérémie. 2023. Creating Synergies between International Law and Rights of Nature. *Transnational Environmental Law* 12(3): 671–697. DOI: 10.1017/S2047102523000195.
- Hassan, Tirana. 2022. A new model for global leadership on Human Rights. In: *World Report 2023*, (ed.) Human Rights Watch, 1–12. New York: Human Rights

- Watch. https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2023/01/World_Report_2023_WEBSPREADS_0.pdf.
- Houck, Oliver. 2017. Noah's Second Voyage: The Rights of Nature as Law. *Tulane Environmental Law Journal* 31(1): 1–50.
- Jolly, Stellina, and K.S. Roshan Menon. 2021. Of Ebbs and Flows: Understanding the Legal Consequences of Granting Personhood to Natural Entities in India. *Transnational Environmental Law* 10(3):1–26. DOI: 10.1017/S2047102520000424.
- Kauffman, Craig, and Pamela Martin. 2021. *The Politics of Rights of Nature*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology.
- Khaitan, Tarunabh, and Sandy Steel. 2023. Areas of Law: Three Questions in Special Jurisprudence. *Oxford Journal of Legal Studies* 43(1): 76–96. DOI: 10.1093/ojls/gqac025.
- Knox, John. 2020. Constructing the Human Right to a Healthy Environment. *Annual Review of Law and Social Science* 16: 79–95. DOI: 10.1146/annurev-lawsocsci-031720-074856.
- Kotzé, Louis, and Paola Villavicencio Calzadilla. 2017. Somewhere between Rhetoric and Reality: Environmental Constitutionalism and the Rights of Nature in Ecuador. *Transnational Environmental Law* 6(3): 401–433.
- Kotzé, Louis, and Paola Villavicencio Calzadilla. 2018. Living in Harmony with Nature? A Critical Appraisal of the Rights of Mother Earth in Bolivia. *Transnational Environmental Law* 7(3): 397–424. DOI: 10.1017/S2047102518000201.
- Kotzé, Louis, and Rakhyun Kim. 2019. Earth system law: The juridical dimensions of earth system governance. *Earth System Governance* 1: 100003. DOI: 10.1016/j.esg.2019.100003.
- Krämer, Ludwig. 2020. Rights of Nature and Their Implementation. *Journal for European Environmental & Planning Law* 17: 47–75. DOI: 10.1163/18760104.01701005.
- Lambooy, Tineke, Tessa van Soest, and Ignace Breemer. 2022. *Granting Rights of Nature to the Wadden Sea? An Exploratory Study*. Breukelen: Waddenacademie, and Nyenrode Business Universiteit. https://www.waddenacademie.nl/fileadmin/inhoud/pdf/04-bibliotheek/2022-04_Granteeing_Rights_of_Nature_to_the_Wadden_Sea.pdf.
- Macpherson, Elizabeth. 2023. Can Western water law become more 'relational'? A survey of comparative laws affecting water across Australasia and the Americas. *Journal of the Royal Society of New Zealand* 53(3): 395–424. DOI: 10.1080/03036758.2022.2143383.
- Macpherson, Elizabeth, and Felipe Clavijo Ospina. 2015. The pluralism of river rights in Aotearoa, New Zealand and Colombia. *Journal of Water Law* 25(6): 283–293.
- Macpherson, Elizabeth, Axel Borchgrevink, Rahul Ranjan, and Catalina Vallejo Piedrahita. 2021. Where ordinary laws fall short: 'riverine rights' and constitutionalism. *Griffith Law Review* 30(3): 438–473. DOI: 10.1080/10383441.2021.1982119.
- Massip, Nathalie. 2020. The 1964 Wilderness Act, from "wilderness idea" to governmental oversight and protection of wilderness. *Miranda* 20: 1–17. DOI: 10.4000/miranda.26787.
- Matthews, Daniel. 2019. Law and Aesthetics in the Anthropocene: From the Rights of Nature to the Aesthetics of Obligations. *Law, Culture and the Humanities* 19(2): 1–21. DOI: 10.1177/1743872119871830.
- May, James, and Erin Daly. Can the U.S. Constitution Encompass a Right to a Stable Climate? (Yes, it Can.) *UCLA Journal of Environmental Law & Policy* 39(1): 39–64. DOI: 10.5070/L5391052535.
- McCrudden, Christopher. Legal research and the social sciences. *Law Quarterly Review* 122: 632–650.

- Mohan v Ireland* [2019] IESC 18 (O'Donnell J).
- Moscatti Hawkes, Lisa. 1988. Parens Patriae and the Union Carbide case: The Disaster at Bhopal Continues. *Cornell International Law Journal* 21(1): 181–200.
- O'Donnell, Erin. 2021. Rivers as living beings: rights in law, but no rights to water? *Griffith Law Review*: 1–27. DOI: 10.1080/10383441.2020.1881304.
- Odote, Collins. 2020. Human rights-based approach to environmental protection: Kenyan, South African and Nigerian constitutional architecture and experience. In: *Human rights and the environment under African Union Law*, (eds.) Michael Addaney, and Ademola Jegede Oluborode, 381–414. Cham: Palgrave Macmillan.
- Paris, Marie-Luce. 2016. The Comparative Method in Legal Research: The Art of Justifying Choices. In: *Legal Research Methods: Principles and Practicalities*, (eds.) Laura Cahillane, and Schweppe Jennifer, 39–55. Dublin: Clarus Press.
- Pereira Calumby, Luíza, and Aðalheiður Jóhansdóttir. 2021. From Aarhus to Escazú and the Cross-fertilisation of Ideas and Principles. *Nordisk miljörättslig tidskrift* 2021(1): 53–73. https://nordiskmiljoratt.se/onetwebmedia/NMT2021nr1_inlaga_tryck.pdf.
- Pérez de los Cobos Hernandez, Elisa. 2023. La acción popular como instrumento de garantía de la tutela judicial efectiva del Mar Menor y su cuenca. *Medio Ambiente y Derecho* 41. <https://huespedes.cica.es/gimadus/>.
- Rockström, Johan, Will Steffen, Kevin Noone, Åsa Persson, F. Stuart III Chapin, Eric Lambin, Timothy Lenton, Marten Scheffer, Carl Folke, Hans Joachim Schellnhuber, Björn Nykvist, Cynthia de Wit, Terry Hughes, Sander van der Leeuw, Henning Rodhe, Sverker Sörlin, Peter Snyder, Robert Costanza, Uno Svedin, Malin Falkenmark, Louise Karlberg, Robert Corell, Victoria Fabry, James Hansen, Brian Walker, Diana Liverman, Katherine Richardson, Paul Crutzen, and Jonathan Foley. 2009. Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity. *Ecology and Society* 14(2): 32.
- Sajeva, Giulia. 2021. Environmentally Conditioned Human Rights: A Good Idea? In: *Rights of Nature: A Re-examination*, (eds.) Daniel Corrigan, and Markku Oksanen, 85–100. New York: Routledge.
- Salim v State of Uttarakhand & Ors, High Court of Uttarakhand, 20 March 2017, Writ Petition (PIL) 126/2014.
- Salim v State of Uttarakhand & Ors, Supreme Court of India, 7 July 2017, Petition for Special Leave to Appeal No. 016879/2017.
- Sevillano Callejas v Panama, Panamanian Supreme Court, 27 November 2023. https://cdn.corprensa.com/la-prensa/uploads/2023/11/28/fallo_27nov2023_corte_suprema.pdf.
- Soro Mateo, Blanca, and Álvarez Carreño, Santiago. 2022. El reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca como respuesta a la crisis del derecho ambiental. In: *Estudios sobre la efectividad del derecho de la biodiversidad y del cambio climático*, directed by Soro Mateo, Blanca, and Álvarez Carreño, Santiago, 151–194. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Suárez, Julián. 2023. Could rights of nature be overlapping, redundant and conflicting regarding existing environmental protection? An overview of four selected European domestic law frameworks. *Environmental Liability: Law, Policy and Practice* 28(2): 90–107.
- Taekema, Sanne. 2018. Theoretical and Normative Frameworks for Legal Research: Putting Theory into Practice. *Law and Method* (no number): 1–17. DOI: 10.5553/REM/.000031.

- Tănăsescu, Mihnea. 2020. Rights of Nature, Legal Personality and Indigenous Philosophies. *Transnational Environmental Law* 9(3): 429–453. DOI: 10.1017/S2047102520000217.
- Tănăsescu, Mihnea. 2022. *Understanding Rights of Nature*. Bielefeld: Transcript.
- Tierra Digna Social Justice Study Centre & Ors v President of Colombia & Ors*, Colombian Constitutional Court, 10 November 2016, T-622/16.
- Toubes Muñiz, Joaquín. 1997. Legal Principles and Legal Theory. *Ratio Juris* 10(3): 267– 287.
- United Nations Environment Program. 2022. *Adopting a Human Rights-based Approach to Ecosystem-based Adaptation: A Contribution to Sustainable Development* (DEO/2490/NA). Nairobi: United Nations. <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/41325>.
- United Nations Environment Program. 2023. *Environmental Rule of Law: Tracking Progress and Charting Future Directions* (DEL/2587/NA). Nairobi: United Nations. <https://wedocs.unep.org/20.500.11822/43943>.
- United Nations General Assembly. 2022. *The human right to a safe, clean, healthy and sustainable environment* (A/76/L.75). Geneva: United Nations.
- United Nations Human Rights Council. 2021. *The human right to a safe, clean, healthy and sustainable environment* (A/HRC/48/L.23/Rev.1). Geneva: United Nations.
- Van Houcke, Mark. 2015. Methodology of Comparative Legal Research. *Law and Method*: 1–35. DOI: 10.5553/REM/.000010.
- Venn, Alice. 2019. Social justice and climate change. In: *Managing Global Warming*, (ed.) Trevor Letcher, 711–728. London: Elsevier.
- Vicente Giménez, Teresa, and Eduardo Salazar Ortuño. 2022. La Iniciativa Legislativa Popular para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca. *Revista Catalana de Dret Ambiental* 13(1): 1–38. DOI: 10.17345/rcda3312.
- Villavicencio Calzadilla, Paola, and Louis Kotzé. 2023. Re-imagining Participation in the Anthropocene: The Potential of the Rights of Nature Paradigm. In: *Sustainability through Participation? Perspectives from National, European and International Law*, (eds.) Birgit Peters, and Eva Julia Lohse, 51–72. Leiden: Brill-Nijhoff.
- Warren, Lynda. 2006. Wild Law – the theory. *Environmental Law and Management* 18: 11– 1.
- Wesche, Tilo. 2022. Who owns nature? About the rights of nature. *Estudios de Filosofía* 65: 49–68. DOI: 10.17533/udea.ef.347573.
- Wilk, Bettina, Dries Hegger, Carel Dieperink, Rakhyun Kim, and Peter Driessen. 2019. The potential limitations on its basin decision-making processes of granting self-defence rights to Father Rhine. *Water International* 44(6–7): 684–700. DOI: 10.1080/02508060.2019.1651965.

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-09-26
accepted 2024-02-14
published online 2024-07-17



Investment and environmental impact assessment: impact of the change in environmental approval regulations towards environmental sustainability under the Job Creation Act

Ocena wpływu inwestycyjnego i środowiskowego:
Wpływ zmiany w przepisach dotyczących zgody środowiskowej
na zrównoważony rozwój środowiska
w ramach Ustawy o tworzeniu miejsc pracy

RANI FADHILA SYAFRINALDI

Law Doctoral Program, Faculty of Law, Universitas Islam Bandung
ORCID: 0009-0002-2189-8377, e-mail: ranisyafrinaldi@gmail.com

Citation: Syafrinaldi, Rani Fadhila. 2024. Investment and environmental impact assessment: impact of the change in environmental approval regulations towards environmental sustainability under the Job Creation Act. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 119–129: DOI: 10.25167/osap.5259

Abstract: The abolition of environmental permits for business activities in the Ciptaker Law has generated quite a reasonable debate. Environmental permits are one method of preventing environmental damage and pollution. The abolition of this environmental permit aims to facilitate investment for investors, both domestic and foreign investors. This article will discuss the function of licensing and what the impacts and threats to the environment are of the abolition of environmental permits in the Ciptaker Law.

Keywords: environmental, sustainability, regulations, Job Creation Act

Abstrakt: Zniesienie pozwoleń środowiskowych dla prowadzących działalność gospodarczą, usankcjonowane ustawą Ciptakera, wywołuje sporo kontrowersji. Pozwolenia środowiskowe są jedną z metod przeciwdziałania zanieczyszczeniu i niszczeniu środowiska naturalnego. Zniesienie tej kontroli środowiskowej ma na celu ułatwienie inwestorom, zarówno krajowym,

jak i zagranicznym, realizację zamierzonych inwestycji. Niniejszy artykuł omawia funkcję licencjonowania oraz wpływy i zagrożenia dla środowiska, jakie pociąga za sobą zniesienie pozwoleń środowiskowych umożliwione ustawą Ciptakera.

Słowa kluczowe: środowisko, zrównoważony rozwój, przepisy środowiskowe, ustawa o tworzeniu miejsc pracy

1. Introduction

The old phrase *ubi societas ibi ius* meaning “where there is society, there is law” is an interesting concept that highlights the relationship between law and society. The presence of law in a society is not only based on interests of individuals who bind themselves to a community, as elaborated by Soedikno Mertokusumi in his writing *Mengenal Hukum* (Mertokusumo, n.d.), but also on the holistic aspect of existence of society as such. Thus, the existence of law in a society depends on the continuing existence of this society. Consequently, when a society disappears, the law disappears with it.

Humans and societies often tend to neglect the fundamental aspect of their existence, where oft-times they tend to act recklessly by ignoring the fundamental aspect of their lives, which is the environment they live in and rely on to sustain themselves. Thus, the existence of humans and societies resulting in the emergence of law is not solely based on self-interest, but also on the presence of the natural environment. Hence, it can be asserted that the destruction of the environment, which leads to the disappearance of humans and societies, will also lead to the disappearance of the law itself.

In essence, the argument above aims to highlight the importance of the influence of nature and the environment on human existence and society. Problems related to nature or the environment will have significant and multidimensional impacts, including on legal aspects themselves. At the doctrinal level, generally, problems arising from actions that threaten the existence of humans and society related to nature or the environment will be regulated, both in terms of prevention and mitigation, by “those” who violate them through environmental laws. However, this article discusses the opposite, where it is the legal rules (at the legislative level) that become a factor in the potential for environmental problems or issues to arise. While environmental laws aim to regulate and prevent actions that threaten human existence and society, the article suggests that legal rules themselves can contribute to potential environmental problems. As such, it is crucial to examine legislative measures and ensure that they align with environmental protection goals. By doing so, it may be possible to mitigate the negative impacts of legal rules on the environment and promote a sustainable future.

The Indonesian Government released policies with the main intention of improving the investment climate between 2019 and 2020, followed by simplification programs in licensing and the removal of certain permits, both basic and sectoral, aimed at creating and implementing better conditions for business activities in Indonesia through Law Number 11 of 2020 regarding Job Creation (Law of the Republic of Indonesia Number 11 of 2020 Concerning Job Creation, 2020) established through the Omnibus Law mechanism (Luhukay, 2020).

Considering that revoking business permits can also weaken the Government's function in implementing environmental protection, there is a constant danger threatening environmental sustainability over time. With the weakening of the Government's function, the environmental protection is at risk due to pollution and destruction caused by prolonged environmental mismanagement with unsuitable implementation methods. Pollution and environmental destruction refer to the addition of various substances resulting from human activities to the environment, which can have detrimental effects on the environment (Erwin, 2011). This occurs when a substance or energy is introduced into an environment by human activity or natural processes in such a concentration that it causes changes in the environment, including its ability to naturally function in terms of health, wellbeing, and safety (Nanik, 2013).

The revocation of the environmental permit was carried out for various reasons, one of which is to replace it by environmental assistance that cannot be scientifically justified, considering that it is not yet clear what institution/s will be responsible for providing the assistance to business activities. Even if an environmental agency is appointed, there is no legal guarantee given the proliferation of business activities in each region (Bilal, Muhamad, Azhar Nur Fauzi, 2021).

In essence, before the implementation of the Omnibus Law on Job Creation, which contains more than 1,200 articles with 15 chapters, 11 clusters and revises 79 sectoral laws, regulations regarding permits related to the environment had already existed juridically as stipulated in Article 40 of Law No. 32 of 2009 on Environmental Protection and Management (Law Number 32 of 2009 on Environmental Protection and Management, n.d.). where – based on “lexical interpretation” (Mertokusumo, n.d.) – the aforementioned article provides the guidance that environmental permits are mandatory in business activities. Considering that new business permits can only be issued or owned when environmental permits have been issued first. Meanwhile, in terms of obtaining environmental permits themselves, Article 40 of the Environmental Protection and Management Law requires an Environmental Impact Analysis (EIA). The obligation of EIA itself is referred to in Article 13 paragraphs (1) and (2) of the Environmental Protection and Management Law, with the

main objective of controlling pollution and/or environmental damage carried out in the framework of preserving the function of the environment as well as emphasizing preventive efforts and not handling of environmental damage.

Therefore, from the explanation above, it certainly creates its own dialectic whether the governmental program related to improving and facilitating investment by simplifying and revoking some permits, including environmental permits and the obligation of doing an Environmental Impact Analysis (EIA), as stipulated in the Job Creation Law, is the right policy and does not rather create further problems related to environmental damage and pollution, which certainly requires further study.

The obligation to carry out Environmental Impact Analysis (EIA) is one of the requirements for obtaining environmental permits. It is worth noting that the Law on Job Creation revises sectoral laws and regulations regarding permits related to the environment.

2. The impact of simplification and abolition of environmental permits on indications of environmental pollution

Indonesia is a country with the finest natural resources in the world, with abundance of various sources of natural wealth. There is also a lot of exploitation carried out to be able to obtain wealth which can later provide sustainable welfare. If, however, the rich resources are not managed properly, the environment and society can be affected severely and ultimately suffer irreparable losses. For this reason, there is a need for strong legal studies in answering these problems, in line with which Jeremy Bentham argues that nature provides happiness and damage. The duty of the law is to maintain happiness and prevent evil (Salman, n.d.). The main purpose of the law is expediency. What is meant here is that the main purpose of law is happiness, tranquility, peace for as many people as possible (Rangkuti, 2003). Benefits can be obtained if there is harmony between environmental maintenance and economic needs.

The abolition of this business license can also weaken the Government's function in implementing guarantees for environmental protection. With the weakening of the Government's function, on the other hand, there is a danger that constantly threatens environmental sustainability, bearing in mind that with the abolition of business licenses, the Government does not have strong legality to stop these businesses as there is no business license. Prolonged environmental management with inappropriate implementation methods greatly impacts the ecosystem of an environment whose sustainability is disrupted due to pollution and environmental destruction. RTM Sutamihardja argues that environmental pollution can add various materials as a result of human

activity to the environment and usually has a harmful effect on the environment (Erwin, 2011), where a situation arises in which a substance and/or energy is introduced by human activities or by the natural process itself in such a concentration that changes occur in the natural conditions, including those that result in the environment not functioning as before in the sense of health, welfare and safety life (Nanik, 2013).

The main task of the Government regarding this licensing matter is to embody state goals, through public services and Government participation in the social life of the community. With the increasing development in various sectoral fields, Government interference is increasingly active and intensive in various aspects of people's lives (Atmosudirjo, 1983). Similarly, Prajudi Atmosudirjo, the role of the state in granting licenses is a step to determine and dispense a prohibition by law (Nanik, 2013) Accordingly, the goals that should be achieved in general can be described as follows:

1. Meeting the need to promote activities of a particular character;
2. Using permits to prevent harm to/from the environment;
3. Satisfying the desire to protect certain objects;
4. Granting permission for small objects to divide;
5. Permitting to set directions by selecting people and activities (Luhukay, 2020).

The number of the above provisions can underline that the importance of licensing as part of the implementation of business activities as well as the abolition of business licenses in the Omnibus law of Job Creation are very reasonable. This is because the elimination of environmental permits is part of the Simplification of Permits which are grouped into two parts, namely Basic Licensing and Sector Licensing. Basic permits are grouped into 3 (three) parts, namely Location Permits, Environmental Permits, and Building Permits (Building Permits (Building Permits (IMB) and Certificates of Proper Function (SLF) (Helmi, 2012). The reasons on which environmental permits are based are as follows: (Bilal, Muhamad, Azhar Nur Fauzi, 2021)

1. *Current conditions and problems.* The main problems faced by business actors in starting a business in Indonesia are the difficulty in managing licenses to do business, the actors being faced with complicated business licensing procedures, the many types and numbers of licenses that must be owned, a long time to process permits, and the high costs of starting and running a business in Indonesia. This condition is exacerbated by the low quality and consistency of regulations and rampant corruption, which results in high costs to obtain business licenses. The OSS system is still facing many obstacles in its implementation, crucial problems in the implementation of the OSS system, including many overlapping regulations, the lack of integration of the OSS system as a whole

with the Ministries/Institutions and Regional systems and the constraints of various licensing governance arrangements (business procedures) regulated in the NSPK of Ministries/Institutions. This problem has resulted in the existence of the OSS system in the business licensing process in Indonesia, which has not been able to realize an ideal business licensing mechanism.

2. *Expected conditions*. Simplifying business licensing, where business licensing is carried out in a relatively short time, uncomplicated procedures, and low costs. By implementing risk-based regulations as a reference for determining the type of business licensing accompanied by the implementation of inspections for effective control, it will simplify the business licensing mechanism and will ultimately provide economic, social and environmental benefits. Based on international practice, licensing is used as an exception for limited business activities, where there is an affected public interest due to risks to health, safety, security, and the environment. Assurance of business certainty is the main prerequisite for conducting business activities in a country. In that context, licensing is an entry point to convince business actors that the capital invested will grow and develop in a conducive business environment. With these ideal conditions, business actors can obtain services easily, efficiently and with certainty without having to sacrifice aspects of environmental safety and social protection which are an important part of every economic activity. The presence of the OSS system as a new mechanism in the business licensing process in Indonesia is expected to be a breakthrough to overcome obstacles to the implementation of business activities in Indonesia. The OSS system that utilizes information technology in the implementation of its services is a reform of business licensing services in Indonesia, where the OSS system comes with the spirit to provide ease and certainty of doing business. (Sumantoro, 2008).

3. Basic Licensing Concept Analysis and evaluation of laws and regulations related to basic licensing.

Omnibus Law is a new legal product designed as a form of breakthrough to replace the existing regulations or laws. In this case, the existence of various Ciptakerguna Laws answers legal problems ranging from *tumpang* problems to the laws and regulations that remain or are not in accordance with other legal regulations. In this case, this study is more focused on the Omnibus Law Draft of Job Creation itself consisting of 79 laws with 15 chapters and 174 articles targeting 11 clusters, including environmental issues. The revision and deletion of several articles was carried out in Law Number 32 of 2009, concerning Environmental Protection and Management. One of the articles that is planned to be removed is Article 40 which requires environmental permits to obtain business permits. The abolition of these permits raises various legal polemics, which is because the environment is a unity of space with all objects, forces,

conditions, and living things, including humans and their behavior. They affect nature itself, the survival of life, and the welfare of humans and other living organisms (Muis, 2019).

The importance of environmental protection includes the following goals:

1. Protecting the territory of the Unitary State of the Republic of Indonesia from pollution and/or environmental damage;
2. Ensuring human safety, health and life;
3. Ensuring survival of living organisms and preservation of ecosystems;
4. Maintaining preservation of environmental functions;
5. Achieving harmony and balance of the environment;
6. Ensuring fulfillment of justice for present and future generations;
7. Ensuring fulfillment and protection of the right to the environment as part of human rights;
8. Controlling the utilization of natural resources;
9. Realizing sustainable development;
10. Anticipating global environmental issues.

Based on the aforementioned arguments, licensing is the main thing in maintaining and determining an agreement from the authority based on the law. Licensing has three very vital functions to perform (Luhukay, 2019), including the following: first, as of 2021, development of engineering instruments – the Government can make regulations or decisions that provide incentives for socioeconomic growth. All forms of licensing are carried out on the basis of the interests of the community and the state, so that the interests of the state can be achieved without having to hurt the community. They are some forms of licensing that occur and are available in Indonesia (Luhukay, Roni Sulistyanto & Jailani, 2019). The second function of finance is to be a source of income for the state. The granting of permission is in the form of a licensing levy. For this reason, the existence of licensing has a major impact on the state and regional sources of income. This revenue also greatly helps the state financing determine the direction of the state policy aimed at providing the welfare to the Indonesian people. The third function is to be an instrument for regulating community actions and behavior, meaning that environmental permits have a preventive function and in the Environmental Law make one of the several instruments that function to prevent environmental damage and pollution. Business activities must be carried out by various administrative legal means available to the Government, whether manifested in concrete actions or legal actions. One form of the juridical instruments is the provision of licensing which is an effort to allow business activities (*beschikkinge welke iets toestaan wat tevoren niet geoorloofd*) to find out about the types of business plans and/or activities that must be completed with AMDAL. This requires

getting acquainted with the Regulation of the State Minister of Environment Number 5 of 2012, concerning Types of Business Plans and/or Activities that Must Be Completed with Environmental Impact Analysis. In the annex to the Decree, several types of businesses are regulated that must be accompanied by an Environmental Impact Analysis, namely:

1. Multisectoral field
2. Field of defense
3. Fisheries and marine sector
4. Forestry
5. Field of transportation
6. Field of satellite technology
7. Industrial field
8. Field of public works
9. Housing and residential areas
10. Energy and mineral resources field
11. Tourism sector
12. Field of nuclear power

Without AMDAL it is not possible to apply for an environmental permit. Furthermore, environmental permits are a prerequisite for submitting a Business License application (sectoral). Thus, without having an AMDAL document, one cannot apply for both permits.

Issuance, implementation and enforcement of laws based on environmental permits as a means to protect and preserve community forests from natural resource management activities and their impact on the environment must implement the principles of good governance as a standard for the Government. If the reason for the removal of permits is treated as part of facilitating investment, this is not in line with Adrian Sutedi, who argues that "To facilitate the granting of permits must be done by one agency (if in the Region a Licensing Office is formed). This is very important to do as part of the environmental eligibility requirements." The granting of permission is given accompanied by conditions, so control must be carried out, both by the granting agency and by the court. The control carried out by the licensing agency is basically a requirement that has been outlined in the permit granting decree. Those controls include the area the permit is for, and so on.

The abolition of environmental permits will reduce the tools to control and prevent the impact that will occur for the environment. The abolition of environmental permits also has the potential to cause various environmental problems, such as damage to natural resources, environmental destruction and pollution, as well as negligence of the best interests of indigenous peoples and local communities in due utilizing natural resources. This is because of the lost

authority of the central and regional governments to actually control the impact of pollution and damage that can effectively be controlled through such licensing.

Licensing is part of the state's mandate to control the existing natural resources, yet the context of state natural resource control must be able to provide maximum benefits for all Indonesian people, which is the most important part of natural resource control. Welfare does not mean that natural resources must be exploited and produced economically, but natural resources that are entrusted to us by children and grandchildren must provide benefits in the long term of their existence so that the benefits received are benefits not only intragenerational but also benefits between generations.

In general, utilitarianism emphasizes actions that must be chosen from two or more options that are most capable of bringing maximum happiness. This means that the birth of the Ciptaker Bill does not only talk about economic growth and economic welfare, but also speaks for a space or place where the environment is also a guarantee in providing welfare.

The Ciptaker Law has remained a polemic to this day because it is considered to violate the principle of constitutionalism by violating the spirit of legal harmony, in the sense of triggering conflicts between laws and regulations. In addition, the Ciptaker Law is considered contrary to various basic principles stipulated in the constitution itself. Apart from this, the bill contradicts Law Number 32 of 2009 concerning Environmental Management (Environmental Management Law and the legal principle of *Lex Superior derogat legi inferior* (higher legislation overrides lower legislation). Regarding the conflict with Article 28 H of the Constitution of the Republic of Indonesia of 1945, "everyone has the right to live a prosperous life physically and mentally, to reside, and to get a good and healthy living environment and the right to health services" (The Constitution of the Republic of Indonesia of 1945, 1945).

The conflict can be seen by the abolition of environmental permits, the state's guarantee of the fulfillment of a healthy place to live and environment mandated by the Constitution is not implemented because the conflict is not in harmony and in line with the constitutional spirit. The Government is entrusted with power exercised with a view to protecting the rights of citizens. Moreover, the concept of the welfare state as a modern state concept has given greater power to the Government to act. This power is solely to promote and achieve the fulfillment of human rights. The Government no longer only guarantees economic fulfillment, but must strive for fulfillment of the provision of shelter and a healthy living environment. For this reason, the fulfillment of the right to a healthy living environment is the Government's obligation to fulfill.

In this case, the Ciptaker Law should be guided by the rational principle used to prevent legal obsessiveness, meaning that the policy of eliminating busi-

ness licenses must contain meaning, accuracy or implementation in accordance with the objectives and means used to achieve the objectives. For this reason, the application of the Ciptaker Law relating to the abolition of business licenses is considered irrational and contains legal obesity, which means that this law is very unurgent to implement and the difficulty of obtaining environmental permits should be the bureaucratic system in Benahai, not even giving birth to excessive legal products so that it conflicts with legal products or with the Constitution itself. This, in turn, creates legal uncertainty and causes legal difficulties in public life as well as arbitrary actions by companies.

3. Closing remarks

The Impact of the Elimination of Environmental Permits for Business Activities in the Ciptaker Law can be seen in the absence of good compensation for the removal of environmental permits, still it is not unreasonable, considering that environmental permits have a preventive function and are one of several instruments that function to prevent environmental damage and pollution. In addition to the abolition of environmental permits, there will occur an actual loss of authority on the part of the Government, both central and regional, with regard to carrying out the control of the impact of pollution and actual damage since those can be controlled much more effectively if there is an environmental permit. At least licensing has three very vital functions, including: first – to provide an instrument of development of engineering: governments can make regulations or decisions that provide incentives for the social growth of economies; second, the function of finance is to be a source of income for the country; third – the function is to be an instrument of regulating people's actions and behavior. Thus, the Ciptaker Law, while removing AMDAL function permits, greatly impacts and influences threats to the environment because it indirectly provides freedom for business actors to establish their businesses. Even though this freedom will be limited, the limits are not clear and therefore the impact of the new law raises a great deal of concern and must be monitored with possible immediate follow up so that pollution and environmental damage can be controlled effectively.

References

Legislations

The Constitution of the Republic of Indonesia of 1945.

Law Number 32 of 2009 concerning Environmental Protection and Management.

Law of the Republic of Indonesia Number 11 of 2020 concerning Job Creation Regulation of the State Minister of Environment Number 5 of 2012 concerning Types of Business Plans and/or Activities that Must Be Completed with Environmental Impact Analysis.

Secondary sources

- Atmosudirjo, Prajudi. 1983. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Bilal, Muhamad, Azhar Nur Fauzi, Imam Budi Santoso. 2021. Analisis Dampak Perizinan Lingkungan Dalam Omnibus Law Terhadap Lingkungan Kegiatan Usaha. *Jurnal Analisis Hukum*, ISSN Online: 2620-4549, ISSN Print: 2620-3715.
- Erwin, Muhamad. 2011. *Hukum Lingkungan Dalam Sistem Kebijaksanaan Pembangunan Lingkungan Hidup: Cetakan Ke-3*. Bandung: Refika Aditama.
- Helmi. 2012. *Hukum Perizinan Lingkungan Hidup: Cetakan Ke-1*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Hiariej, Eddy O.S. 2016. *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana: Edisi Revisi*. Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka.
- Luhukay, Roni Sulistyanto and Jailani, Abdul Kodir. 2019. Penataan Sistem Perundang-Undangan Dalam Mendukung Penguatan Konstitusi Ekonomi Indonesia. *Jurnal Jatiswara, Universitas Mataram Lombok* 34(2).
- Luhukay, Roni Sulistyanto. 2019. Karakteristik Tanggung Gugat Perusahaan Terhadap Lingkungan Dalam Menciptakan Kesejahteraan Rakyat. *Jurnal Meta Yuridis Universitas PGRI Semarang* 2(1).
- Luhukay, Roni Sulistyanto. 2020. Fungsi Rancangan Undang-Undang Omnibus Law Cipta Kerja Dalam Percepatan Pertumbuhan Ekonomi. Semarang. *Jurnal Meta Yuridis* 3(1).
- Mertokusumo, Soedikno. 2005. *Mengenal Hukum Suatu Pengantar: Cetakan Ke-5*. Yogyakarta: Liberty.
- Muis, Lidya Sherry. 2019. Hak Atas Aksesibilitas Obat paten Bagi Masyarakat. *Jurnal Kajian Hukum Widya Pranata Hukum* 1(1).
- Nanik, Triastuti. 2013. *Hukum Kontrak karya Pola Pengusaha Indonesia*. Malang: Setara Press.
- Rangkuti, Siti Sundari. 2003. *Hukum Lingkungan dan Kebijakan Lingkungan National*. Surabaya: Airlangga University Press.
- Salman, H.R. Otje. 2010. *Filasafat Hukum (Perkembangan & Dinamika Masalah)*. Bandung: Refika Aditama.
- Sumantoro, 2008. *Hukum Ekonomi*. Jakarta: UI Press.

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-12-22
accepted 2024-03-22
published online 2024-07-17



Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N. CXXXI – the legislative reorganisation of the citizenship of the Vatican City State

**Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N. CXXXI –
reorganizacja legislacyjna obywatelstwa miasta-państwa Watykan**

FILIP WITOLA

ORCID: 0009-0003-4389-1958, wit.fil99@gmail.com

Citation: Witola, Filip. 2023. *Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N. CXXXI – the legislative reorganisation of the citizenship of the Vatican City State. Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 131–143. DOI: 10.25167/osap.5354

Abstract: The citizenship of the Vatican City State is characterised by individual features relating above all to the manner in which it is conferred and its forfeiture. The introduction of the legal category of Vatican nationality has its origins in the Lateran Treaty, but it was in 1929 when Pope Pius XI promulgated the law *Legge sulla cittadinanza ed il soggiorno N. III* concretising this institution which has lived to see its own reorganisation over time. Based on an analysis of Vatican legislation, it is possible to conclude that the present Vatican legislation is largely updated to current needs without losing its unique characteristics. The main intention was to present whether and how *Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N. CXXXI* changes Vatican citizenship and what differences can be found in the newly created law. This process was based on a comparative method of legal acts, an analysis of the literature, as well as observation of interrelationships and dependencies. On the basis of this exercise, it was determined that the 2011 law remains within the original legal framework, but that its amendment is of a practical nature, intended to give individuals freedom of action and not to lead them to the appearance of possible negative consequences associated with the loss of citizenship.

Keywords: Vatican citizenship, Vatican City State, The Holy See

Abstrakt: Obywatelstwo miasta-państwa Watykan charakteryzuje się indywidualnymi cechami odnoszącymi się przede wszystkim do sposobu nadawania i jego utraty. Wprowadzenie kategorii prawnej obywatelstwa watykańskiego swój początek bierze w traktacie laterań-

skim, jednakże papież Pius XI w 1929 r. promulgował ustawę *Legge sulla cittadinanza ed il soggiorno N. III*, konkretyzującą tę instytucję, która z biegiem czasu doczekała się swojego przeorganizowania. Na podstawie analizy aktów prawnych Watykanu można wysnuć tezę, że teraźniejsze prawodawstwo watykańskie w dużym stopniu aktualizuje się do obecnych potrzeb, nie tracąc przy tym swoich unikatowych cech. Głównym zamiarem było przedstawienie tego, czy i w jaki sposób *Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N.CXXXI* zmienia obywatelstwo watykańskie oraz jakie różnice odnajdziemy w nowopowstałej ustawie. Proces ten oparto na metodzie komparatystycznej aktów prawnych, analizie piśmiennictwa, a także obserwacji wzajemnych związków i zależności. Na podstawie tego działania ustalono, że ustawa z 2011 r. pozostaje w pierwotnych ramach prawnych, lecz jej zmiana ma charakter praktyczny, mający dawać jednostkom swobodę w działaniu oraz nie ma ich doprowadzać do pojawienia się ewentualnych negatywnych skutków związanych z utratą obywatelstwa.

Słowa kluczowe: obywatelstwo watykańskie, miasto-państwo Watykan, Stolica Apostolska

1. Introduction

Despite the different views presented in the doctrine of the subject, it is undeniable that the City State of the Vatican as a State is one of the recognised subjects of international law fulfilling all the attributes of Statehood as defined in the Montevideo Convention on the Rights and Duties of State of 1933. These include a permanent population, a defined territory, the possession of authority (government), and the ability to enter into relations with other states (Bracik, Srogosz 2014: 144–145). The Vatican is governed by a sovereign in the person of the Pope. He also has legally assured residual judicial and executive powers, which he exercises through the state apparatus. The Holy Father exercises his sovereignty over a specific territory (44 hectares) located in the form of an enclave surrounded by Italy. In turn, this territory is inhabited by people with the unique status of Vatican citizens. It should also be noted that there is a relationship with the Vatican and the Pope to another entity of international law, the Holy See. It is pointed out that under international law regulations, the City State of the Vatican and the Holy See are different subjects of international law (Grochalski 2011: 62). They are functionally linked with each other, and this is due to the link in the person of the Pope, who acts as the supreme authority of the Holy See and the supreme head of the Vatican, and by extension - of the citizens there.

2. Citizenship of the of Vatican City from 1929

As indicated above, the Vatican City State has an indispensable and constitutive attribute in the form of a legal category of the population of the State who are its citizens. The very term citizenship and an attempt to qualify

it confront each other with numerous and usually contradictory rationales that are the aftermath of the multiplied nature of this concept underlying the various fields of study (Grochalski 2015: 40-41). The legislative construction of citizenship has undergone numerous transformations over the years, but the consequence is a continued lack of definitional uniformity due to the multiplicity of international regulations and the differences found in the national legal orders of individual states (Zdanowicz 2001: 15). However, generalising the theses of representatives of doctrine, we can define citizenship as belonging of a person to a particular state (Grochalski 2015: 41), calling it in another way a particular “legal bond” (Góralczyk, Sawicki 2020: 280). Its salient features are the subjection of the individual to a specific state authority, from which the rights and duties of citizenship follow (Grochalski 2015: 41). In addition, fidelity and loyalty to the state, and jurisdiction over one’s own citizens occurs regardless of where the individual is located (Góralczyk, Sawicki 2020: 280).

The first legislative consideration on this subject with regard to the Vatican appeared in the international agreement that was the Lateran Treaty (LT). Article 9 of this Act states that “In accordance with the norms of international law, the sovereign power of the Holy See is exercised over all persons who have their permanent residence in the Vatican City State” (Article 9 of LT). In further neighbouring regulations, we also find reference by the parties to the Vatican citizen, e.g. Article 10 of the LT. These provisions can be seen as an act not only of the establishment and recognition of the Vatican City State itself, but its further consequence is the approval of the institution of the Vatican City citizenship in the legal space of the State. This is an expression of a third State, such as Italy, which puts an emphasis on the ability of the newly-established entity to form and exercise full sovereignty and self-determination over its affairs. Moreover, these regulations did not impose any obligations on the Vatican regarding the issue of Vatican citizenship. It was merely a form of emphasising the statehood of *Lo Stato della Città del Vaticano* and allowing for the self-realisation of one of the qualities set out in the Montevideo Convention already referred to. It was up to the sovereign power of the State to codify and specify the legal framework as other person of international law does in practice (Kierznowski 2016: 142). Hence, the Vatican has self-determined the basis of its system (Longchamps de Bérier, Zubik 2008: 12). Therefore, in addition to the Lateran Pacts, in 1929 the Vatican sovereign issued additional laws, referred to as fundamental and constitutional laws, which included the first treating of Vatican citizenship, *Legge sulla cittadinanza ed il soggiorno N. III* of 7 June 1929 (the Law on Citizenship and Residence promulgated (*Legge N. III*)) by

Pope Pius XI, and a further deepening of the matter was carried out by papal decree of 6 July 1940 (Grochalski 2011: 63).

It should be emphasised that we are talking about the citizenship of the Vatican and not of the Holy See (Ibidem: 62). In legal acts we do not find any different nomenclature, only the term 'Vatican City'. This is due to the international legal status of the Holy See (has an overarching character in relation to the Vatican), as it is not considered a state, but a *sui generis* subject of international law (Pałyga 1978: 102-118; Bogacki 2009: 55; Staszaków 2006: 208-209). Therefore, citizenship can only be linked to the Vatican City State. In addition, it is pointed out that there is no category of Vatican nation in the light of the type of political, legal, sociological, ethnic concept (Gaca, Oder and Witkowski 2020: 193). This is linked to the characteristic accessory nature of Vatican citizenship and the very special status of the State of the Pope.

The first law, *Legge N. III* regulating Vatican citizenship, its Article 1, lists a closed catalogue of persons to whom Vatican citizenship may be granted. These are Cardinals residing in the City of Vatican City or in Rome, persons residing permanently in the City of Vatican City by virtue of their dignity, duties, office or employment, or persons holding an appropriate authorisation issued, depending on the factual basis, by the Holy Father, by the Governor by the Cardinal Secretary of State (Article 1 *Legge N. III*). This last can grant citizenship to a person connected with the papal retinue or the representation of the State in relations with other States and other subjects of international law, in diplomatic relations and in the conclusion of treaties (Article 2 *Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano 26 novembre 2000 (Legge fondamentale)*). In addition, persons who do not meet the above-mentioned conditions, but who have obtained the appropriate authorisation to live on the territory of the State granted by the Pope with the conferral or retention of citizenship, may apply for the conferral (Ibidem). The list of *numerus clausus* is completed by the spouses, children, descendants and brothers and sisters of citizens. They must live together with the Vatican citizen and when they receive a prior authorisation allowing this residence, which is based on the further norms contained in Chapter I of the Act, they only attain the status of a citizen (Article 2 *Legge N. III*). In the following regulations, it can be observed that the authorisation for children and spouses of Vatican citizens precedes the process of establishing family ties, while in the case of its granting for ascendants, brothers and sisters, it is also necessary that there are circumstances of dependency of the Vatican citizen with the obligation of maintenance for these relatives (Article 4 and 5 *Legge N. III*). Therefore, it can be deduced that the acquisition of the Pope's nationality will be the result of holding a certain position in the State administration, of having an ecclesiastical dignity (but

this is not conclusive), or of having the status of Vatican resident granted by a statutory authority (Solarczyk 2004: 249).

Of sufficient importance in the process of granting citizenship is the authorisation in question, so it is worth highlighting its legal basis. The authority issuing it, which considers the occurrence of the factual prerequisites already commented on, is set out in Article 3 of the cited Law. Its task is to carry out the verification process and to rule on the right. But in addition to the act of conferral, the Vatican legislator also specifies the state of expiry of the authorisation while distinguishing cases of *ex lege* forfeiture. The first of these is contained in Article 4 of the *Legge N. III*, which states that the authorisation expires by operation of law for spouses when the marriage has been declared null and void, or when the marriage has been dispensed from, or when a separation has been pronounced, and for children when they reach the age of 25, except for those who are incapacitated and dependent on a Vatican citizen, and additionally for daughters when they marry (Article 4 *Legge N. III*). In addition, the authorisation in respect of brothers expires on their reaching the age of 25, except if they are incapacitated, and in the case of sisters, as was the case with daughters, with their marriage. At the same time, it is emphasised in these articles that these provisions do not infringe on the prerogative of the High Priest who has the personal power to grant authorisation by virtue of his sovereign status granted to him in Articles 1 and 16 of *Legge N. III* (similarly, the unfettered decision to grant authorisation based on an internal assessment of the case not subject to statutory requirements), and the competence of the Governor under Article 17 of the law of *Legge N. III* having the same effect as a papal decision on the subject (Article 1, 16 and 17 *Legge N. III*). The loss of the residence authorisation may involve another ground, namely its revocation.

The consequence of revoking the authorisation or losing the right to apply for authorisation to reside on Vatican territory will be the termination of the citizenship of the Vatican City State by the citizen whose residence depends on it (Article 6 letter d *Legge N. III*). This regulation, while also bearing in mind the aforementioned grounds relating to a specific degree of kinship, applies precisely to the families of Vatican citizens who, by virtue of a family relationship, have resided with him/her in the territory of *Lo Stato della Città del Vaticano* and have so obtained. On the other hand, other grounds for the loss of Vatican citizenship apply to persons permanently residing in the Vatican by virtue of their dignity, duties, office or employment, when such residence is required by law, decree or by virtue of the authority of a High Priest or Cardinal Secretary of State, or in the case of another person authorised by the Governor, as well as in the case of a person connected with the papal retinue or the representation of the State in relations with other States and other subjects of international

law, in diplomatic relations and in the conclusion of treaties, are the loss of the dignity, duties and employment which was the basis for the authorisation of the residence (Article 6 letter c *Legge N. III*). In addition, the deprivation of citizenship status will occur when any citizen decides to voluntarily leave the residence of the Vatican and, in the case of Cardinals, also of the city of Rome (Article 6 letter a-b *Legge N. III*).

The citizenship of the Vatican City, regulated by the Citizenship and Residence Act of 7 June 1929, is unique and unrepeatable in relation to other states. This claim is supported by its accessory nature and the prerequisites for acquisition. It is not based on the classical grounds of acquisition by birth known to international law, such as the *ius sanguinis* (whereby a person becomes a citizen of the State of which his parents are citizens – the right of blood; *jus sanguinis*), or the *ius soli* (*jus soli*; the right of the soil – expressed by the fact that an individual's acquisition of nationality is determined by birth in the territory of the State), or other secondary means of acquisition, e.g. naturalisation, marriage, full adoption, repatriation (Góralczyk and Sawicki 2020: 281–282). In the case of the Papal State, the determining factor for the granting of citizenship is the grounds referred to as *ius functionis* – the performance of a specific function, and the other *ius domicilia* – the right of permanent residence (Grochalski 2011: 64). Also referred to as *ius officii* (Łukaszewski 2010: 184–185). The leading prerequisite for acquisition is the occurrence of strictly defined circumstances giving the opportunity to apply for citizenship, and their mere occurrence does not *ipso jure* result in direct acquisition (Grochalski 2011: 62). In the process of acquiring citizenship, apart from the factual prerequisites, it is necessary to issue the act of its granting in the form of an administrative decision of the state authority, as it is necessary to distinguish between the legal and factual fulfilment of the grounds, which only gives the legal possibility to apply for it, and only its positive granting has a constitutive character, where in other third countries such an act can be described as declaratory, i.e. confirming the status already obtained by law. Moreover, Vatican citizenship has the unprecedented feature of temporality, since the obsolescence of the basis of acquisition has the concomitant effect of relinquishing it. The transitory status of citizenship consists solely in its continuance in the course of service to the Holy See and the Vatican City State or the continued existence of the legal basis enshrined in law, the only exception to the principle of temporality being the citizenship of the Pope, who has it for life (Ibidem: 62–63). The difference of Vatican citizenship from that of third countries is also the circumstance that the Vatican City does not include in its legislation the catalogue of rights and duties of a citizen known in other entities. Nor do we observe a civic entitlement in the form of passive and active electoral rights, which in principle derive from being

a citizen (Saris 2012: 173–209). However, despite its comparative difference, the citizenship of the Vatican City fulfils all the provisions proving its recognition as a full and complete state citizenship without the possibility of undermining its existence and functioning, and, moreover, does not give grounds to conceive of it as an incomplete, hybrid or “quasi-citizenship”.

3. Legal changes introduced by the Legge N. CXXXI of 11 February 2011

In the wake of the growing changes, Pope Benedict XVI decided in 2011 (22 February 2011) to update the provisions on citizenship by promulgating *Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N. CXXXI* (the Law on Citizenship, Residence and Access to the Vatican (*Legge N. CXXXI*)) justifying it in the preamble by “the systematic continuation of the regulatory adaptation of the legal system [...] and the specific nature of the State [...]”. After all, its characteristics remain unchanged, yet in relation to the amended *Legge N. III.*, significant changes were made, as the new law repealed all previous acts concerning the matter of citizenship while introducing reorganised catalogues and factual grounds for granting and loss of it. Under Article 1, paragraph 1 of *Legge N. CXXXI*, the citizens of Vatican City State are Cardinals whose place of residence is Vatican City or Rome, diplomats of the Holy See and persons residing permanently in Vatican City by virtue of their office, service (*Legge N. CXXXI*). Under the new Citizenship Act, we will not find the possibility for all persons indicated in the repealed act to apply for citizenship. In its Article 1, paragraph 2, letters a-c, it is stipulated that citizenship will be granted to persons residing in the Vatican by virtue of their office, as well as to persons other than those in service but authorised by the Holy Father to reside in the territory of his State, and to the spouses and children of a citizen, who, having been authorised to do so, reside in the Vatican, upon the request of these interested persons considered by the High Priest or the President of the Governorate – conferred in the name of the Pope. Thus, it is a legal action of request. With regard to the spouse and children of a citizen, the requirement to establish family ties still remains, but this determination alone only allows these persons to seek a permit to reside in the Vatican and thus to obtain the status of resident and not that of citizen, where this was the case under the old Citizenship Law (Kowalczyk 2015: 143). The range of people who can apply for Vatican citizenship has been significantly reduced and diminished. An additional change is the different rules for granting Vatican citizenship status to employees of papal offices and institutions, who under the previous *Legge N. III* could apply for citizenship by operation of law. Currently, this is the

case only for those who are required by the act, by virtue of their work and their function, to reside permanently on the territory of the Vatican City State (Ibidem). This professional group of lay and clerical workers is guaranteed by law the status of citizen of the Vatican City State. Alongside them, there are also employees for whom the obligation to reside in the Vatican is not required. But staff members settling on the territory of the State of the Pope may apply for citizenship on similar terms as family members, by means of an appropriate application procedure. Without such initiation and in the case of their passive attitude, they will only be entitled to a residence permit (Ibidem).

The new citizenship law of Pope Benedict XVI also provides for the provisionality of Vatican citizenship. This status is lost with regard to Cardinals – when they do not have their residence on the territory of Vatican City or Rome, to the persons listed in Article 1, paragraph 1 letter c and in paragraph 2 letter a of the *Legge N. CXXXI* – functionaries, with the termination of the duties by which they acquired that citizenship. Article 3, paragraph 1 letter d of the same law indicates, in general terms, that the loss of citizenship entails the cessation of residence in the Vatican and, in any case, the expiry of the residence permit. The legal regime of this law also regulates the renunciation of nationality by the citizen's relatives. Thus, his/her spouse and children lose their citizenship status in the event that the citizen himself/herself loses his/her citizenship. In addition, the citizen's children lose their Vatican citizenship when they reach the age of 18, but in this case, if they decide to continue to live on Vatican territory, they must obtain the relevant consent (Article 3 *Legge N. CXXXI*). It is important to underline, as further stated in its paragraph 3, that Vatican citizenship is not lost through temporary residence elsewhere, which is not accompanied by the loss of actual residence in the Vatican City State or, in the case of cardinals, in Rome. Similarly, it was established in the Lateran Treaty in Article 9, paragraph 1 sentence 2, “This permanent residence shall not be lost by the fact of temporary residence in another place, which is not accompanied by the loss of a dwelling in that State, or where it does not appear from other circumstances that this residence has been abandoned” (Article 9 of LT). There was also a similar provision in the Article 8 *Legge N. III*. This norm is intended to safeguard citizens and to be ahead of an overly strict literal interpretation of the provisions, since any displacement from the territory of the State could immediately result in the withdrawal of citizenship status. In doing so, it should be borne in mind that a different process for abandoning Vatican citizenship is the mere renunciation of it.

The current construction of Vatican citizenship and its acquisition has implications for administrative structures and the position of individuals under international law as well. The *Legge N. CXXXI* grants the possibility for persons

who are part of the diplomatic personnel of the Holy See to acquire Vatican citizenship, as the Holy See and the Vatican actively participate in interstate relations (Kowalczyk 2004–2005: 20). However, it must be distinguished that not all persons belonging to the members of a mission will be granted such status. Only members of the diplomatic personnel will be able to hold Vatican citizenship, while other persons – members of the administrative and technical staff, even though they will be working for the Apostolic Nunciature and thus performing a service to the Holy See, will not obtain Vatican citizenship. Such a conduct is crucial from the point of view of multiple citizenship and the consequences associated with it. Those who are part of the administrative and technical staff will not have to worry about the possible consequences relating to the possibility of renouncing their nationality of the original State, as well as the possible need to return to obtaining the nationality of their country of origin. In addition, the emphasis on the right of residence will have an impact on those who choose to centre their lives in the Vatican, e.g. the family of a civil servant who has to reside on Vatican territory because of his/her service and wishes to form a joint family household with him/her. There may be cases where a family following a Vatican citizen would be forced to renounce the nationality of their country of origin, as they would be acquiring a new nationality, which is that of the Vatican (Czaja 1983: 150). But the Vatican legislator, in the new *Legge N. CXXXI*, foresaw the possibility of such negative consequences for specific individuals and, in reforming the law, made a safe break by only acquiring the right of residence, which does not result in the need to renounce the citizenship of the country of origin.

In *Legge N. CXXXI*, the Vatican legislature shifted the centre of gravity and emphasised greater favour for the right of residence on Vatican territory itself. The reduction in the circle of persons who can apply for Vatican citizenship is, among other things, a result of the legal consequences that may arise from the coincidence of citizenships. As already pointed out, Vatican citizenship has an accessory, subsidiary character (Zubik 2004: 82–94). In principle, no one is born with it and it cannot be a primary citizenship. It is granted in addition to, or in exchange for, an already existing citizenship, abstracting from the basis of the grant, for a limited period of time. Thus, a person who is to be granted Vatican citizenship has only two options, as the legislation of his/her country of origin will force him/her to renounce his/her original citizenship, as it does not honour more than one citizenship. The second option is not to be forced to renounce one's original nationality because it does not recognise more than one citizenship, but once one acquires Vatican citizenship, one becomes dominant, so to speak, and the others will be in limbo. Such a person, upon losing his or her Vatican citizenship status, will automatically revert to his or her previous

nationality without having to go through the process of secondary acquisitions existing in the legislation of third country (Ibidem; Zdanowicz 2001: 165–170). If Vatican citizenship is granted to a person holding an office in the Holy See or in the Vatican, which would mean that the person would have to renounce the citizenship of his/her country of origin, and if his/her service to the Pope comes to an end, resulting in the withdrawal of Vatican citizenship, the person would not become stateless, as he/she is protected against such an effect by the regulation contained in Article 9, paragraph 2 of the LT. Pursuant to it, persons whose Vatican citizenship status has expired and who have no other nationality will be treated as Italian citizens (Article 9 paragraph 2 of LT). Although it is not possible to become stateless as a last resort, the Vatican legislator, in reorganising the law on citizenship, has introduced a safer mechanism that places the status of resident rather than citizen on those residing on its territory. In an era of progress, globalisation and significant changes in civilisation, while bearing in mind the freedom of choice of the individual, who may or may not always, for the reasons shown, seek to acquire Vatican citizenship, it is important to stress the effective value and practicality of such a change.

4. Conclusions

Undoubtedly, the citizenship of Vatican City is a particularly regulated institution compared to its counterparts found in the legislations of third countries. This is a direct result of the nature of the entity that is the Vatican and the Holy See and the tasks and role they play in the international space. The Vatican's fiduciary and subordinate nature to the primary mission of the Papal State has necessitated the same attribute for its own citizenship. This is because it is closely correlated with the fulfilment of duties in favour of these legal international entities. It is a full and complete citizenship with all the solemnity and dignity of its existence. All this is confirmed by the *Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N.CXXXI*, and additional motivation for such a thesis is its complex and demanding manner of obtaining it and the honour it entails. The reorganisation of the institution of Vatican citizenship and the right of residence by the above-mentioned law is a response to possibly emerging disadvantages in the legal sphere affecting individuals.¹ Reducing access to the process of acquiring citizenship and forcing the right of residence

¹ It should be emphasised that in the Motu Proprio of May 13, 2023, Pope Francis promulgated the new Fundamental Law of the Vatican City State and its Article 5 states that citizens and residents of Vatican City are part of the community of Vatican City (Legge Fondamentale dello Stato della Città del Vaticano (13 maggio 2023), https://www.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/20230513-legge-fond-scv.html).

is a turn towards the modernisation and adaptation of the Vatican to current realities, while respecting the traditions and norms represented for centuries by the Pope and his administration in order to fulfil its global religious mission.

Abbreviations

- LT – Lateran Treaty, drawn between the Holy See and Italy on 11 February 1929
- Legge N. III – *Legge sulla cittadinanza ed il soggiorno N. III* of 7 June 1929
- Legge N. CXXXI – *Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso N. CXXXI* of 22 February 2011
- Legge fondamentale – *Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano* of 26 November 2000

References

Legislation

- Il Trattato fra la Santa Sede e l'Italia sottoscritto l'11 febbraio 1929, Acta Apostolicae Sedis n. 6 del 7 giugno 1929
- Legge sulla cittadinanza e il soggiorno, 7 giugno 1929, n. III, Acta Apostolicae Sedis Supplemento 1 (1929)
- Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano 26 novembre 2000, Acta Apostolicae Sedis, Supplemento, 01.02.2001
- Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso Benedetto PP. XVI promulgatus 22 febbraio 2011. Acta Apostolicae Sedis Supplemento 82, 2011.

Secondary sources

- Barcik, Jacek i Tomasz Srogosz. 2014. *Prawo międzynarodowe publiczne*. Warszawa: C.H. Beck.
- Bogacki, Paweł. 2009. *Stolica Apostolska jako podmiot prawa międzynarodowego*. Warszawa: Instytut Wydawniczy PAX.
- Czaja, Jan. 1982. *Prawnomiędzynarodowy status Watykanu*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Gaca, Andrzej, Stanisław Oder i Zbigniew Witkowski. 2020. *Podstawy ustroju konstytucyjnego Państwa Miasta Watykan*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Góralczyk, Wojciech i Stefan Sawicki. 2020. *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Grochalski, Stefan Marek. 2011. Instytucja Obywatelstwa Państwa-Miasta Watykan. W: *Kościół a Polityka. Sympozja 80*, (red.) Marcin Worbs, 57–70. Opole: Redakcja Wydawnictw Wydziału Teologicznego Uniwersytetu Opolskiego.
- Grochalski, Stefan Marek. 2015. Wielokrotne obywatelstwo – signum temporis. Od braku akceptacji do liberalnego postrzegania. W: *25 lat doświadczeń ustrojowo-prawnych*

- III Rzeczpospolitej*, (red.) Hanna Duszka-Jakimko i Ewa Kozerska, 40-55. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kierznowski, Łukasz. 2016. Wielokrotne obywatelstwo i pozycja multiobywatela w prawie polskim. W: *Umiejdzynarodowienie krajowego obrotu prawnego*. Tom 1, (red.) Maciej Perkowski i Wojciech Zoń, 139–150. Białystok: Wydawnictwo Prawo i Partnerstwo.
- Kowalczyk, Patryk. 2015. Specyfika i ewolucja obywatelstwa watykańskiego. W: *Konstytucje państw europejskich z perspektywy historycznej i współczesnej*, (red.) Patryk Kowalczyk i Beata Aniela Maciejewska, 139–150. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Kowalczyk, Józef. 2004–2005. Działalność dyplomatyczna Stolicy Apostolskiej w świecie i w Polsce. *Studia Warmińskie* 41–42: 13–15.
- Longchamps de Bérier, Franciszek i Marek Zubik. 2008. *Ustawa Zasadnicza Państwa Miasta Watykan oraz inne akty ustrojowe*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Łukaszewski, Marcin. 2010. Obywatelstwo watykańskie a zasada *ius sanguinis* i *ius soli*. *Środkowoeuropejskie Studia Polityczne* (1): 179–190. DOI: 10.14746/ssp.2010.1.10.
- Sarais, Alessio. 2012. *La cittadinanza vaicana, Città del Vaticano*: Libreria Editrice Vaticana.
- Solarczyk, Marek. 2004. 75-lecie Państwa Miasta Watykańskiego. *Warszawskie Studia Teologiczne* XVII.
- Staszków, Jan. 2006. Podmiotowość Watykanu i Stolicy Apostolskiej w prawie międzynarodowym publicznym. *Krakowskie Studia Międzynarodowe* 3(3): 201–210.
- Zdanowicz, Mieczysława. 2001. *Wielokrotne obywatelstwo w prawie międzynarodowym i krajowym*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Zubik, Marek. 2004. Rozwiązania ustrojowe Państwa Watykańskiego. *Państwo i Prawo* 4: 82–94.

Varia

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

VARIA
received 2024-01-20
accepted 2024-02-20
published online 2024-07-17



Projekt ustawy o działalności franczyzowej

Draft act on franchising activities

RAFAŁ ADAMUS

Uniwersytet Opolski

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

Citation: Adamus, Rafał. Projekt ustawy o działalności franczyzowej. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 145–182. DOI: 10.25167/osap.5499

Abstract: This study is a revised draft of the Franchise Act together with the justification, previously prepared for the Institute of Justice in Warsaw, in connection with the initiated work on regulating the issue of franchising in Poland. In 2023, a draft act on franchising activities, in some way referring to this study, was presented for legislative work. This project was published too late to be subjected to legislative procedures in the Sejm of the ninth term. Franchising, as a private law institution, has not yet been regulated in Polish law. The presented draft law may constitute a reference point for possible further legislative work.

Keywords: franchisor, franchisee, franchise network, act

Abstrakt: Niniejsze opracowanie stanowi poprawiony projekt ustawy franczyzowej wraz z uzasadnieniem, przygotowany wcześniej dla Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie w związku z wszczętymi pracami nad uregulowaniem problematyki franczyzy w Polsce. W roku 2023 przedstawiony został do prac legislacyjnych projekt ustawy o działalności franczyzowej w pewien sposób nawiązujący do tego opracowania. Projekt ten ukazał się zbyt późno, aby został poddany procedurze legislacyjnymi w Sejmie dziewiątej kadencji. Franczyza, jako instytucja prawa prywatnego, do tej pory nie została uregulowana w prawie polskim. Przedstawiony projekt ustawy może stanowić punkt odniesienia dla ewentualnych dalszych prac legislacyjnych.

Słowa kluczowe: franczyzodawca, franczyzobiorca, sieć franczyzowa, ustawa

1. Zagadnienia wprowadzające

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie przygotowałem dwa raporty odnoszące się do problemu instytucji franczyzy w Polsce. Pierwszy z raportów – „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2020, s. 1–68, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/10/IWS_Adamus-R._Faktyczna-nier%C3%B3wno%C5%9B%C4%87-stron-umowy-franczyzy-w-Polsce.pdf, wywołał spore zainteresowanie medialne problematyką franczyzy. Raport powstał na podstawie analizy polskiego orzecznictwa na temat franczyzy, rozmów przeprowadzonych z przedstawicielami organizatorów sieci franczyzowych, franczyzobiorcami oraz byłymi franczyzobiorcami. W reakcji na ów raport pojawiły się głosy zarówno zwolenników, jak i przeciwników regulacji umowy franczyzy. Wyjaśnić w tym miejscu należy, że instytucja franczyzy była i jest fragmentarycznie uregulowana w przepisach antymonopolowych (w zakresie prawa UE, jak i prawa polskiego). Przedstawiony raport zakładał potrzebę uregulowania franczyzy w wymiarze prywatnoprawnej umowy, jak również dalej idącą potrzebę ochrony interesów franczyzobiorców przez odpowiedni urząd publiczny – Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Założyłem, że wobec olbrzymiej dysproporcji potencjałów ekonomicznych pomiędzy organizatorem sieci franczyzowej a franczyzobiorcą nawet najlepsze uregulowanie prywatnoprawne nie wyrówna szans franczyzobiorców w relacji z potężnym kontrahentem. Moja propozycja dotyczyła ochrony zbiorowych interesów franczyzobiorców w interesie publicznym (*public enforcement*).

Tematykę franczyzy rozwinąłem w artykule naukowym *W sprawie potrzeby uregulowania franczyzy w Polsce*, opublikowanym w periodyku naukowym wydawanym przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości: „Prawo w Działaniu” 2021, nr 48. Jednocześnie podjąłem polemikę z przeciwnikami tej regulacji w publikacji o charakterze naukowym: *Franczyzobiorca: między konsumentem a przedsiębiorcą. Mity o regulacji franczyzy*, „Monitor Prawa Handlowego” 2022, nr 2.

Kolejny raport dla Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości „Projekt regulacji franczyzy w Polsce na tle ustawodawstw innych państw”, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2022, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2022/08/IWS_Adamus-R._Projekt-regulacji-franczyzy-w-Polsce.pdf, zawierał omówienie regulacji franczyzy w państwach Unii Europejskiej, a także projekt ustawy o franczyzie wraz z uzasadnieniem.

Wyrażone przeze mnie poglądy spotkały się z zainteresowaniem ze strony nauki: Bernadetta Fuchs, *Informacje przedkontraktowe organizatora sieci franchisingu uwagi na tle projektu ustawy o działalności franczyzowej*, [w:] *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*, red. Szymon Byczko, Aleksander

Kappes, Bartosz Kucharski, Urszula Promińska, Warszawa 2022, s. 172; Barbara Jelonek-Jarco, *O konieczności regulacji prawnej umowy franczyzy – uwagi do raportu „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce, „Prawo w działaniu” 2022, nr 50, s. 130–168.*

Równolegle w roku 2020 przy Rzeczniku Małych i Średnich przedsiębiorców były prowadzone prace z udziałem przedstawicieli środowisk franczyzodawców i franczyzobiorców nad stworzeniem kodeksu etyki w dziedzinie franczyzy. Ministerstwo Sprawiedliwości wyraziło pogląd, że poczeka z interwencją ustawodawczą do czasu samoregulacji rynku i sprawdzenia efektów tej samoregulacji. Prace nad kodeksem etyki pod auspicjami Rzecznika zostały przerwane, ale dokończono je siłami uczestników dotychczasowego zespołu ekspertów. Kodeks etyki wszedł w życie, niemniej nie został powszechnie zaaprobowany przez środowiska franczyzobiorców i franczyzodawców. Zatem jego rola praktyczna jest mocno ograniczona.

Długo wyczekiwany projekt ustawy Ministerstwa Sprawiedliwości odnoszący się do regulacji franczyzy pojawił się w lipcu 2023 roku. Jest to w sumie bardzo skromna regulacja względem niektórych oczekiwań, niemniej uwzględniono w niej główne wnioski wynikające z prawa modelowego UNIDROIT w sprawie franczyzy. Zatem absolutnie kluczowe zagadnienie legislacyjne nie zostało w tym projekcie pominięte. W uzasadnieniu napisano: „Do Ministerstwa Sprawiedliwości wpłynęły informacje wskazujące na występujące w obrocie dysfunkcje systemów franczyzowych w istotny sposób wpływające na prowadzenie działalności gospodarczej w Polsce. Informacje te były również przedmiotem doniesień i komentarzy medialnych. W 2020 r. na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości został opracowany przez prof. R. Adamusa (UO) raport pt. »Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy«. Zgodnie z treścią raportu do dysfunkcji systemów franczyzowych należy zaliczyć m.in.: 1. Problem nierzetelnych informacji – wizja franczyzy roztaczana przez organizatorów sieci (FD) nie zawsze pozytywnie weryfikowana jest w rzeczywistości. Wiele osób nie jest merytorycznie przygotowanych do prowadzenia działalności gospodarczej jako franczyzobiorcy; 2. Nierównowagę kontraktową stron – pozycja gospodarcza franczyzodawcy jest nieporównywalna z pozycją franczyzobiorców, najczęściej mikro- i małych przedsiębiorców. Umowy franczyzowe są umowami przystąpienia (adhezyjnymi), niepoddawanymi jakimkolwiek negocjacjom. Franczyzobiorców – w razie konfliktów z organizatorami sieci – nie jest stać na prowadzenie sporów prawnych. Dysproporcja możliwości jest na tyle znacząca, że w przypadku konfliktu prawnego niektóre sprawy sporne nawet nie trafiają do sądów. Działa tzw. efekt mrozący; 3. Narzucanie nierynkowych cen nabywania towarów franczyzodawcy lub osób przez niego wskazanych. Problemem może być narzucanie kanałów odbioru towarów i usług za ceny odbiegające od zwykłych cen rynkowych. Praktyki takie są rodzajem

ukrytego wynagrodzenia organizatora sieci; 4. Ukryte opłaty; 5. Problem długo-terminowości umów franczyzowych. Niekiedy konstrukcja długoletniej umowy czyni z franczyzobiorcy »więźnia« kontraktu. W przypadku gdy udział w sieci staje się dla franczyzobiorcy toksyczny, ma on w praktyce ograniczone możliwości rozwiązania umowy; 6. Długotrwałość sporów sądowych z umów franczyzy; 7. Trudności przy rozwiązaniu umów franczyzowych. Umowy franczyzowe bardzo często zastrzegają niesymetryczne warunki rozwiązywania umów. Z zasady bardziej korzystną sytuację prawną posiadają FD. Bardzo często zastrzegane są drastyczne kary umowne na wypadek rozwiązania umowy franczyzy z uwagi na okoliczności obciążające franczyzobiorcę; 8. Faktyczny brak korelacji pomiędzy wysokością opłat franczyzowych a zyskiem franczyzobiorcy. W przestrzeni publicznej pojawiają się zarzuty, że sieci franczyzowe w niedopuszczalny sposób przerzucają na franczyzobiorców koszty ich rozwoju i związane z tym ryzyka są nierównomiernie dystrybuowane. Istota rozwiązań ujętych w projekcie: Proponuje się wprowadzenie m.in.: – prywatnoprawnej regulacji umowy franczyzy poprzez uregulowanie elementów przedmiotowo istotnych tej umowy oraz formy jej zawarcia (forma dokumentowa), – obowiązku przedstawienia franczyzobiorcy przez franczyzodawcę dokumentu informacyjnego zawierającego informację o wzajemnych zobowiązaniach stron, o sposobie wykonywania działalności gospodarczej przez franczyzobiorcę w oparciu o umowę franczyzy, o koniecznych do poniesienia w związku z wykonywaną umową kosztach i prognozowanych przychodach franczyzobiorcy z działalności franczyzowej, wzorzec umowy franczyzy oraz inne elementy wraz z określeniem skutków niezgodności dokumentu informacyjnego z umową, – przesłanek określających przypadki sankcyjnego wypowiedzenia umowy przez franczyzobiorcę i franczyzodawcę, – ograniczeń w zakresie nakładania kar umownych, zakresu możliwego do wprowadzenia w stosunku między stronami zakazu konkurencji oraz możliwości ustanowienia wekslowego zabezpieczenia roszczeń z umowy franczyzy”.

Z uwagi na kalendarz wyborczy i dyskontynuację prac parlamentarnych Sejm X Kadencji powinien rozpocząć prace od nowa. Poniżej umieszczone uzasadnienie projektu ustawy i projekt ustawy mogą stanowić punkt wyjścia do dalszych prac legislacyjnych.

2. Projekt uzasadnienia ustawy o działalności franczyzowej

2.1. Uwagi wstępne

2.1.1. Przyczyny wprowadzenia ustawowej regulacji franczyzy w Polsce

Za uregulowaniem działalności franczyzowej w ustawie przemawia szereg argumentów.

Po pierwsze, w Rzeczypospolitej Polskiej rośnie zainteresowanie franczyzą i stale powiększa się liczba osób zaangażowanych w rynek franczyzowy. Rynek franczyzowy jest przy tym wielobranżowy. Według różnych raportów liczba osób zaangażowanych w sieci franczyzowe w Polsce przekracza ponad pół miliona osób. Ocenia się, że w Polsce w roku 2020 było dostępnych ponad 1300 różnych sieci franczyzowych. Oprócz sieci globalnych i europejskich powstają rodzime sieci franczyzowe. Istnieją przy tym dobre perspektywy dalszego rozwoju sieci franczyzowych. Franczyza jest zatem istotnym zjawiskiem społeczno-gospodarczym. Aktywizacja gospodarcza społeczeństwa poprzez systemy franczyzowe będzie szczególnie potrzebna po ustaniu pandemii COVID-19.

Po drugie, w wielu państwach świata umowa franczyzy była dopuszczalna na tzw. zasadach ogólnych swobody umów, ale została poddana bezpośredniej regulacji normatywnej (np. w USA, Kanadzie, Brazylii, Malezji, Australii, Belgii, Holandii, we Włoszech, na Łotwie; stan regulacji franczyzy na świecie przedstawia np. P. Zeidman (red.), *Franchise in 25 jurisdictions worldwide*, Law Business Research Ltd., London). Jednakże w wielu państwach europejskich nie ma osobnych ustaw poświęconych franczyzie.

Sieci franczyzowe w Polsce rozwijają się, korzystając z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) i konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 20 Konstytucji „społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”.

W Polsce w dotychczasowej praktyce gospodarczej ujawniły się liczne dysfunkcje relacji franczyzowych wynikające z bardzo różnych przyczyn, w tym m.in. z dysproporcji stron stosunku prawnego franczyzy i nadużywania silniejszej pozycji kontraktowej, jak i nieprzygotowania niektórych franczyzobiorców do sprostania wymogom prowadzenia działalności gospodarczej itp. Niektóre z nowo powstających sieci franczyzowych w ogóle nie stworzyły rozwiązania biznesowego nadającego się do „dystrybucji sukcesu”. Od 1972 roku funkcjonuje *Europejski Kodeks Etyczny Franchising*, opracowany przez Europejską Federację Franchisingu, poddawany następnie modyfikacjom. Na podstawie prac rozpoczętych przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców doprowadzono do ustalenia krajowego kodeksu etyki franczyzy, łączącego bardzo różne środowiska franczyzowe. Niemniej normy etyczne (moralne) są zbyt słabym środkiem, aby zabezpieczyć interesy słabszych uczestników gry rynkowej przed nadużywaniem przewagi kontraktowej. Uregulowanie franczyzy w Polsce na szczeblu normatywnym jest zatem cywilizacyjną koniecznością.

Po trzecie, zadaniem Państwa względem jego obywateli jest stworzenie takich warunków dla prowadzenia działalności gospodarczej, w których może

się ona w sposób niezakłócony rozwijać. Szczególną opieką prawną ze strony Państwa powinni zostać objęci mikroprzedsiębiorcy, mali i średni przedsiębiorcy, którymi z zasady są franczyzobiorcy.

Widoczna jest też tendencja w ustawodawstwie dla ochrony słabszych uczestników rynku. *Vide*: przepisy ustawy z 17 listopada 2021 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (tekst jednolity: Dz.U. z 2023, nr 1773).

Ekonomicznie silniejszą stroną umowy franczyzy jest niewątpliwie organizator sieci franczyzowej. Umowa, jaką przedstawia do podpisu franczyzobiorcy organizator sieci, najczęściej jest umową ustandaryzowaną, adhezyjną (umową przystąpienia). W praktyce obrotu gospodarczego występują również ogólne warunki umów franczyzowych. Po jednej stronie takiego kontraktu franczyzowego występuje zazwyczaj gospodarczy kolos, a po drugiej stronie nieporównywalnie słabszy ekonomicznie przedsiębiorca. Franczyzobiorcami bardzo często są mikroprzedsiębiorcy. Formalnie franczyza jest umową dwustronnie kwalifikowaną. Jej stronami, na obu biegunach, są przedsiębiorcy, profesjonalści zobowiązani do zachowywania w swojej działalności podwyższonych mierników staranności (art. 355 § 2 k.c.). Niemniej nowoczesne prawo powinno dostrzegać różnice wag pomiędzy przedsiębiorcami.

Wprowadzenie jasnych i przejrzystych zasad prowadzenia działalności franczyzowej pozwoli na przeciwdziałanie ewentualnym nadużyciom, co w konsekwencji może się przełożyć na wzrost zainteresowania franczyzą.

2.1.2. Analiza możliwości osiągnięcia celu Projektu za pomocą innych środków

Zgodnie z art. 66 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162) przed rozpoczęciem prac nad opracowaniem projektu aktu normatywnego określającego zasady podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej dokonuje się analizy możliwości osiągnięcia celu tego aktu normatywnego za pomocą innych środków niż legislacja.

Powstaje pytanie, czy wobec braku regulacji franczyzy w wielu innych państwach europejskich niezbędne jest uregulowanie tej materii w Rzeczypospolitej Polskiej w drodze ustawy?

Franczyza jest formą współpracy między organizatorem sieci, będącym dużym organizmem gospodarczym a powiązanymi z nim przez indywidualne umowy licznymi drobnymi kooperantami. Z reguły im większa jest liczba drobnych kooperantów, tym silniejszy gospodarczo jest organizator sieci. Pozycja ekonomiczna organizatora sieci i pojedynczego franczyzobiorcy jest co do zasady nieporównywalna. Tymczasem tak już jest, że podmiot

ekonomicznie słabszy w zderzeniu z podmiotem gospodarczo silniejszym potrzebuje wzmożonej ochrony prawnej. Problem ten o tyle społecznie narbrzmiewa, że zainteresowanie franczyzą stale narasta. Medialnie głośne stały się przypadki nadużyć. Ustawodawca nie może nie dostrzegać skarg ze strony franczyzobiorców (byłych i aktualnych) na powstające dysfunkcje rynku franczyzy w Polsce.

Z pewnością powstanie krajowego kodeksu dobrych praktyk w dziedzinie franczyzy jest zjawiskiem pożądanym. Nawet niezależnie od tego, że od kilkudziesięciu lat istnieje europejski kodeks etyki franczyzy opracowany przez ogólnoeuropejskie federacje sieci franczyzowych. Niemniej żaden kodeks etyki nie zastąpi regulacji normatywnej. Przystąpienie przedsiębiorców do kodeksu etyki i jego przestrzeganie jest całkowicie dobrowolne. Powstaje otwarte pytanie, ilu organizatorów sieci w ogóle zechce stosować taki kodeks w swojej działalności? Nieprzestrzeganie kodeksu etyki nie wiąże się z żadną sankcją prawną. Kodeks etyki nie może narzucić stronom umowy franczyzy żadnych konkretnych rozwiązań kontraktowych. Na przykład nie może rozstrzygnąć, czy okres wypowiedzenia umowy franczyzy powinien wynosić trzy miesiące, czy mniej bądź więcej. Umowa franczyzy zawarta niezgodnie z postanowieniami kodeksu etyki co do zasady będzie ważna i skuteczna (art. 58 k.c.). Rola kodeksu etyki jako źródła identyfikacji tzw. zasad współżycia społecznego, a w konsekwencji wyznacznika granic swobody umów (art. 353¹ k.c.) jest mniej niż słaba. Kodeks etyki może być punktem odniesienia dla arbitrażu *ex equo et bono*, ale tylko wtedy, gdy obie strony zgodnie dokonają zapisu na sąd polubowny i zgodzą się na orzekanie według takich właśnie zasad. Innymi słowy w bardzo rzadkich przypadkach.

Poprzez swoją dobrowolność, niepowszechność, bezsankcyjność kodeks etyki w praktyce może zapewnić franczyzobiorcom jedynie bardzo słabą ochronę. Jaka jest zatem rola kodeksu etyki? Można założyć jego miękkie oddziaływanie na postawy organizatorów sieci w obrocie gospodarczym. Kodeks etyki mógłby spełnić rolę pewnego pomocniczego pomostu pomiędzy stanem pustki legislacyjnej a przyszłą regulacją prawną. Później może towarzyszyć regulacji ustawowej jako inspiracja do rozwiązywania sporów prawnych w drodze mediacji. Niemniej kodeks etyki sam nie udźwignie ciężaru przeciwdziałania nadużywaniu przewagi kontraktowej.

Nie bez znaczenia jest też okoliczność, że Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego (The International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT) – międzynarodowa organizacja międzyrządowa, której celem jest dążenie do unifikacji prawa prywatnego – rekomenduje prawo modelowe w zakresie franczyzy w odniesieniu do dokumentów ujawnianych przez organizatora sieci: *UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law*. Argument

braku legislacji poświęconej franczyzie w innych państwach europejskich nie ma zatem żadnej wagi merytorycznej.

Ponadto niektóre szczegółowe konstrukcje prawne mogą być osiągnięte tylko dzięki regulacji ustawowej. Franczyza jest umową szczególnego zaufania i upadłość jednej ze stron może przemawiać przeciwko jej kontynuacji. Tymczasem art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1228, 2320) stanowi, że „postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne”. W konsekwencji wprowadzenie upadłości jednej ze stron jako przyczyny wypowiedzenia umowy franczyzy wymaga regulacji o randze ustawy.

Ponadto skuteczne zabezpieczenie interesów słabszej strony umowy franczyzy wymaga legislacji nie tylko na poziomie norm prawa prywatnego, ale także na poziomie norm prawa publicznego.

2.1.3. Minimum ingerencji prawnej Projektu w rynek franczyzy

Uregulowanie zasad dotyczących franczyzy powinno wiązać się z minimum ingerencji ustawodawcy w obrót gospodarczy. Granicą regulacji franczyzy powinna być potrzeba zagwarantowania uczciwości obrotu gospodarczego. W konsekwencji Projekt nie wprowadza poważniejszych utrudnień dla profesjonalnie działających sieci franczyzowych. Projekt proponuje zastosowanie jedynie proporcjonalnych rozwiązań prawnych. Celem projektu nie jest tłumienie w jakikolwiek sposób rzetelnie prowadzonej działalności gospodarczej ani organizatorów sieci, ani franczyzobiorców.

Regulacja franczyzy w Projekcie nie jest zatem równoznaczna z reglamentacją działalności gospodarczej. Znaczna część regulacji Projektu odnosi się do relacji prywatnoprawnych (poziomych) pomiędzy samymi uczestnikami stosunku cywilnoprawnego franczyzy.

Projekt nie wprowadza jakiegokolwiek nowej formy reglamentacji działalności gospodarczej z uwagi na kryterium organizowania sieci franczyzowej czy kryterium uczestnictwa w sieci franczyzowej. Organizowanie sieci franczyzowej jako takiej nie wymaga zatem ani uzyskania koncesji, zezwolenia czy zgody w formie decyzji administracyjnej, ani wpisu do rejestru działalności regulowanej. Ewentualna reglamentacja działalności gospodarczej może mieć miejsce na mocy innych przepisów z uwagi na jej szczególny przedmiot.

Utworzenie sieci franczyzowej nie wymaga żadnej uprzedniej zgody administracyjnej, nie prowadzi się publicznego rejestru tych sieci. Nie powołuje się żadnego publicznego organu nadzoru. Przygotowywane przez organizatorów sieci franczyzowych prospekty informacyjne nie będą podlegały jakiegokolwiek administracyjnej procedurze ich uprzedniego zgłoszenia, rejestracji, zatwierdzenia.

Przynależność do stowarzyszeń, a ewentualnie innych organizacji branżowych jest całkowicie dowolna. Projekt nie przewiduje jakiegokolwiek formy przymusu korporacyjnego dla stron umowy franczyzy.

Nie jest możliwe, z różnych przyczyn, uwzględnienie w Projekcie wszystkich postulatów zgłaszanych publicznie przez środowiska franczyzobiorców i byłych franczyzobiorców. Nie jest możliwe np. zakazanie organizatorom sieci stosowania kar umownych, zakazanie przyjmowania od franczyzobiorców oświadczeń w formie aktu notarialnego o poddaniu się egzekucji względem organizatora sieci, przyznanie franczyzobiorcom ustawowego zwolnienia od kosztów sądowych itp. Projekt m.in. nie może ingerować w zasadę swobody umów, prowadząc do jej ograniczenia (art. 353¹ k.c.), w szczególności wobec istnienia w systemie prawa instytucji pozwalających na ochronę prawną, np. zakazu tzw. wyzysku (art. 388 k.c.).

Celem Projektu jest zapewnienie ochrony słusznym interesów zarówno franczyzobiorcy, jak i organizatora sieci.

2.1.4. Zakres regulacji franczyzy w Projekcie

Projekt zakłada szczegółowe uregulowanie umowy franczyzy w ustawie. Regulacja umowy franczyzy powinna być odpowiednio syntetyczna, nawiązując do dobrych tradycji legislacji cywilistycznych. Jednocześnie umowa franczyzy powinna być osadzona w polskiej tradycji prawnej, nawiązując do już funkcjonujących rozwiązań w prawie umów.

Wobec faktycznych dysproporcji potencjałów pomiędzy organizatorem sieci a franczyzobiorcą sama cywilistyczna regulacja umowy jest jednak niewystarczająca dla osiągnięcia zakładanych celów. Potrzebna jest odpowiednia „przedkontraktowa” ochrona franczyzobiorców. Potrzebne są gwarancje – wynikające z przepisów prawa publicznego – dla zapobiegania nadużyciom przy wykonywaniu kontraktu przez organizatora sieci. Dla ograniczenia nieprawidłowości dostrzeżonych w dotychczasowym obrocie prawnym potrzebna jest regulacja wspomagająca przepisy o umowie franczyzy, w obszarze: czynów nieuczciwej konkurencji, przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, i – w bardzo niewielkim zakresie – w obszarze przepisów o wykroczeniach.

Regulacja franczyzy oparta na przepisach prawa publicznego będzie niosła swój pozytywny skutek dla rynku w Polsce w przypadku, gdy strony – korzystając ze swej autonomii woli wyrażającej się w wyborze prawa – wybiorą inne prawo prywatne rządzące kontraktem niż prawo polskie. Pamiętać należy, że charakterystycznym świadczeniem dla umowy franczyzy jest świadczenie organizatora sieci. W stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami co do zasady możliwy jest swobodny wybór prawa prywatnego rządzącego kontraktem.

2.1.5. Ocena przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych, w tym ocena wpływu na mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców oraz analiza zgodności projektowanych regulacji z przepisami ustawy Prawo przedsiębiorców

Uregulowanie w ustawie działalności franczyzowej z pewnością będzie korzystnym sygnałem dla rynku, że ustawodawca wprowadza odpowiednie „bezpieczniki” prawne. W perspektywie może przyczynić się to do zwiększenia atrakcyjności franczyzy jako bezpiecznej działalności gospodarczej.

Proporcjonalność regulacji prawnej z pewnością nie spowoduje stłumienia aktywności gospodarczej w tej dziedzinie. Jeżeli Projekt wyeliminuje z rynku patologiczne praktyki franczyzowe, to będzie to zjawisko pozytywne. W żadnym z państw, w których wprowadzono uregulowania prawne odnoszące się do franczyzy, nie doszło do odpływu globalnych sieci franczyzowych czy skurczenia się rynku franczyzy.

Projekt zakłada wprowadzenie instrumentów ochronnych dla obu stron stosunku prawnego franczyzy adekwatnie do natury ich pozycji prawnej.

Oczywistą korzyść z uregulowania rynku franczyzy odniosą mikroprzedsiębiorcy, mali i średni przedsiębiorcy.

Projekt jest zgodny z „Konstytucją dla Biznesu”, a w tym z ustawą z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162).

2.1.6. Miejsce regulacji umowy franczyzy

Miejscem regulacji umowy franczyzy może być Kodeks cywilny, ale także zwykła ustawa. Za zwykłą ustawą przemawia argument, że przedmiotem regulacji będzie nie tylko umowa franczyzy, ale również szereg zagadnień prawnych związanych z ochroną francyzobiorców. Przyjęcie metody nowelizacji innych ustaw prowadziłoby do rozproszenia materii regulacji w sytuacji, gdy wiele przemawia za tym, aby adresaci norm prawnych mieli łatwy dostęp do aktu prawnego kompleksowo regulującego ich sytuację prawną.

2.1.7. Terminologia języka prawnego Projektu

Dopuszczalne jest używanie spolszczonych terminów „franczyza” czy „francyzobiorca”, upowszechnionych w języku potocznym i języku prawniczym. Termin franczyza został zaaprobowany przez Radę Języka Polskiego. Źródłosłowem jest francuskie słowo *la franchise*, które w średniowieczu oznaczało udzielenie przywileju. Polski język prawny zaakceptował już – i to w Kodeksie cywilnym – takie pojęcia, jak np. „leasing”. W języku prawniczym funkcjonują też takie określenia, jak „umowa franchisingu”, „franszyza”, „franchisingodawca”.

„franchisingobiorca”, „franczyzer”, „franczyzant”, „organizator sieci”, „uczestnik sieci”. Wydaje się, że taka siatka pojęć jest lepsza niż „ajencja” i „ajent”.

2.2. Postanowienia ogólne Projektu

2.2.1. Istota umowy franczyzy

Franczyza może być wykorzystywana w bardzo różnych dziedzinach gospodarki. W praktyce wykształciło się wiele różnych podtypów franczyzy. Definicja legalna franczyzy powinna być tak skonstruowana, aby z jednej strony była dostatecznie uniwersalna, a z drugiej strony pozwalała odróżnić franczyzę od innych typów umów.

Projekt obejmuje zakresem swojej regulacji także subfranczyzę.

W § 3 pkt 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. 2011 nr 81 poz. 441) „system dystrybucji franchisingowej” na potrzeby przepisów o ochronie konkurencji definiowany jest jako „system dystrybucji, w którym dystrybutor bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedawać zakupione od dostawcy towary objęte porozumieniem wertykalnym, wykorzystując udostępnione przez niego – w zamian za wynagrodzenie – prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub *know-how*”. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów bardzo szeroko definiuje pojęcie „towaru”.

Według Europejskiego Kodeksu Etyki Franczyzy „Franczyza to system sprzedaży towarów, usług lub technologii, który jest oparty na ścisłej i ciągłej współpracy pomiędzy prawnie i finansowo odrębnymi i niezależnymi przedsiębiorstwami, franczyzodawcą i jego indywidualnymi franczyzobiorcami. Istota tego systemu polega na tym, że franczyzodawca nadaje swoim poszczególnym franczyzobiorcom prawo oraz nakłada na nich obowiązek prowadzenia działalności zgodnie z jego koncepcją. W ramach i na okres sporządzonej na piśmie umowy franczyzowej oraz w zamian za bezpośrednie lub pośrednie świadczenia finansowe uprawnienie to upoważnia indywidualnego franczyzobiorcę do korzystania z nazwy handlowej franczyzodawcy, jego znaku towarowego lub usługowego, *know-how*, metod prowadzenia działalności gospodarczej, wiedzy technicznej, systemu postępowania i innych praw własności intelektualnej lub przemysłowej, a także do korzystania ze stałej pomocy handlowej i technicznej franczyzodawcy”.

Proponowana regulacja określa elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) umowy franczyzy. Organizator sieci – w zamian za wynagrodzenie – upoważnia franczyzobiorcę do korzystania ze swoich praw własności intelektualnej, w tym tzw. marki i *know-how*.

2.2.2. Umowa między przedsiębiorcami

Umowa franczyzy jest umową obustronnie kwalifikowaną, gdyż zarówno organizator sieci, jak i francyzobiorca prowadzą działalność gospodarczą na własny rachunek i we własnym imieniu. Francyzobiorca sam ponosi ryzyko własnej działalności gospodarczej.

Projekt jednoznacznie opowiada się przeciwko możliwości uznania francyzobiorcy za pracownika organizatora sieci, a umowy franczyzy za pracowniczy stosunek zatrudnienia. Organizatorzy sieci francyzowych nie powinni być zatem adresatami roszczeń francyzobiorców o ustalenie istnienia stosunku pracy.

Projekt jednoznacznie wyklucza umowę franczyzy z grupy umów konsumenckich. Wyklucza to zatem możliwość skorzystania przez francyzobiorców ze wzmożonej ochrony prawnej dla obrotu konsumenckiego.

2.2.3. Udostępnienie *know-how*

Co do zasady, organizator sieci udostępnia francyzobiorcy swoje *know-how*, które jest: (aa) po pierwsze, szczególne (tzn. nie jest ani powszechnie dostępną, ani ogólną wiedzą dotyczącą prowadzenia danej działalności), (bb) po drugie, istotne (tzn. jest odpowiednio użyteczne), (cc) po trzecie, zidentyfikowane (tzn. odpowiednio wyodrębnione) i (dd) po czwarte, objęte tajemnicą. Podobne kryteria wyodrębnienia francyzowego *know-how* przyjął ustawodawca włoski.

Zgodnie z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych „*know-how*” oznacza pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia dostawcy i przeprowadzonych przez niego testów, które są niejawne, istotne i określone; „niejawne” w tym kontekście oznacza, że *know-how* nie jest powszechnie znane ani łatwo dostępne; przez „istotne” rozumie się, że *know-how* jest ważne i użyteczne dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem; przez „określone” rozumie się, że *know-how* zostało opisane w sposób wyczerpujący w stopniu pozwalającym na weryfikację kryteriów niejawności i istotności;

2.2.4. Odpłatność umowy

Umowa franczyzy należy do umów odpłatnych. Francyzobiorca ma obowiązek zapłaty odpowiedniego wynagrodzenia organizatorowi sieci. Wynagrodzenie obejmuje *lege non distinguente* świadczenia bezpośrednio i pośrednio. Projekt nie przesądza, czy zapłata ma być dokonana w pieniądzu czy w naturze,

dopuszczając obie te formy płatności. Wynagrodzenie może być np. wstępne i bieżące.

Umowa franczyzy jest ponadto umową kauzalną i wzajemną (synalagmatyczną). To ostatnie oznacza, że do umowy franczyzy znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego o zobowiązaniach z umów wzajemnych.

2.2.5. Przepisy o ochronie publicznej konkurencji a umowa franczyzy

Projekt nie narusza prawa unijnego i prawa krajowego z zakresu prawa publicznej konkurencji.

Publiczne prawo ochrony konkurencji ogranicza dowolność w kształtowaniu umowy franczyzy z uwagi na cele ochrony konkurencji. Są to przepisy prawa publicznego, bezwzględnie obowiązujące, które nie mogą zostać zmienione na mocy porozumienia stron. Chodzi tu zarówno o przepisy prawa europejskiego, w tym przepisy prawa pierwotnego, albowiem Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej odnosi się do zagadnień ochrony konkurencji i ma zastosowanie wprost do relacji poziomych pomiędzy jednostkami, przepisy prawa europejskiego wtórnego, jak i o przepisy prawa polskiego. W tym ostatnim przypadku będzie to przede wszystkim ustawa z 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2021 poz. 275). Regulacja Projektu nie pozwala na ukształtowanie umowy franczyzy w sposób sprzeczny z prawem publicznym.

Zgodnie a art. 58 k.c. czynność prawna sprzeczna z prawem jest nieważna. Niemniej także prawo antymonopolowe wprowadza własną sankcję nieważności co do zdefiniowanych przez siebie zakazanych porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 ust. 2 u.o.k.k.).

Przepisy o ochronie konkurencji odnoszą się do: (aa) konstrukcji podstawowego mechanizmu umowy franczyzy jakim jest upoważnienie uczestnika sieci do korzystania z praw własności intelektualnej; (bb) innych zagadnień związanych z treścią umowy franczyzy, a w tym np. klauzul zakazujących konkurencji, klauzul odnoszących się do podziału rynku, klauzul odnoszących się do ustalenia cen stosowanych przez uczestnika sieci itp. W konsekwencji wpływ prawa publicznego na cywilistyczną konstrukcję umowy franczyzy należy uznać jako istotny. W świetle prawa konkurencji umowa franczyzy jest pionowym (wertikalnym) porozumieniem dystrybucyjnym. Z punktu widzenia praktyki antymonopolowej bardziej groźne dla konkurencji na rynku są z zasady porozumienia poziome (horyzontalne).

Dopuszczalność zawarcia samej umowy franczyzy oraz poszczególnych klauzul w umowach franczyzy należy badać przez pryzmat przepisów o ochronie konkurencji. W pierwszej kolejności będzie się to odnosiło do porozumień zakazujących konkurencji. W płaszczyźnie prawa europejskiego znaczenie będzie miał art. 101 TFUE. Jego odpowiednikiem w prawie polskim jest art. 6

u.o.k.k. W prawie antymonopolowym zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie jest bezwzględny (inaczej niż w przypadku zakazu nadużywania pozycji dominującej). Istnieją trzy grupy wyjątków od zakazu porozumień ograniczających konkurencję: (aa) wyjątki wynikające z bagatelności porozumienia (niemniej np. kartel cenowy jest zawsze niedopuszczalny); (bb) wyjątki wynikające z tzw. klauzuli rozsądku; (cc) wyjątki wynikające z tzw. przepisów o wyłączeniach grupowych.

W przypadku umowy franczyzy istotne znaczenie mają przepisy o wyłączeniach grupowych. Na poziomie prawa europejskiego będzie to rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, a na poziomie prawa polskiego rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Przepisy o wyłączeniach grupowych mają wprost zastosowanie do umowy franczyzy.

Istotą umowy franczyzy jest udostępnienie przez organizatora sieci francyzobiorcy *know-how* i dóbr własności przemysłowej i intelektualnej. Zgodnie z pkt 43 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.U.U.E.C.10.130) udzielanie przez organizatora sieci w ramach umowy franczyzy licencji na rzecz francyzobiorcy nie jest zakazanym porozumieniem ograniczającym konkurencję, albowiem jest objęte tzw. wyłączeniem grupowym, o ile spełnia następujące warunki. Prawa własności intelektualnej muszą być przeniesione na nabywcę lub musi on otrzymać prawo do korzystania z nich na podstawie licencji. Postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej muszą być częścią porozumienia wertykalnego, tj. porozumienia zawierającego warunki, na jakich strony mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedawać pewne towary lub usługi; nie mogą stanowić jednak podstawowego przedmiotu porozumienia. Postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej muszą być bezpośrednio związane z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. Postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej w odniesieniu do towarów lub usług objętych porozumieniem nie mogą zawierać ograniczeń konkurencji mających taki sam przedmiot jak porozumienia wertykalne, które nie są zwolnione na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. W komunikacie wskazano dalej, że w przypadku franczyzy „warunki te są zazwyczaj spełnione, ponieważ na mocy większości umów franchisingowych, w tym umów subfranchisingu, franchisingodawca dostarcza franchisingobiorcy towary lub usługi, w szczególności usługi z zakresu pomocy handlowej lub technicznej”. Jak podniesiono dalej, prawa własności intelektualnej pomagają uczestnikowi sieci w odsprzedaży produktów dostar-

czonych przez organizatora sieci lub wskazaną przez niego osobę trzecią. Co w przypadku, gdy umowa franchisingowa dotyczy jedynie lub przede wszystkim upoważnienia do korzystania z praw własności intelektualnej? W komunikacie tym wyjaśniono, że „umowa taka nie jest objęta rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, ale Komisja będzie z reguły stosowała do niej zasady określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych oraz w niniejszych wytycznych”.

Praktyczną wartość Komunikatu przedstawia w szczególności jego pkt 45. Wskazuje on bowiem na typowe dla umowy franczyzy klauzule (związane z udostępnieniem przez organizatora sieci praw własności intelektualnej), które – o ile podlegają art. 101 ust. 1 TFUE – są „objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych”:

a) dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca franczyzobiorcę do nieangażowania się, bezpośrednio lub pośrednio, w jakąkolwiek podobną działalność gospodarczą;

b) dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca franczyzobiorcę do nienabywania udziałów finansowych w kapitale konkurencyjnego przedsiębiorcy, które dałyby franczyzobiorcy możliwość wpływania na postępowanie gospodarcze takiego przedsiębiorcy;

c) dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca franczyzobiorcę do nieujawiania osobom trzecim *know-how* dostarczonego przez organizatora sieci, tak długo jak to *know-how* nie jest ogólnie znane;

d) dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca franczyzobiorcę do przekazania organizatorowi sieci wszelkich doświadczeń zdobytych podczas wykonywania umowy i do przyznania organizatorowi sieci – oraz innym uczestnikom sieci – licencji niewyłącznej na *know-how* wynikające z tych doświadczeń;

e) dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca franczyzobiorcę do informowania organizatora sieci o naruszeniach praw własności intelektualnej, na które udzielono licencji, do podjęcia prawnych działań przeciwko osobom naruszającym te prawa lub do wspierania organizatora sieci w działaniach prawnych przeciwko takim osobom;

f) dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca franczyzobiorcę do niewykorzystywania *know-how*, na które organizator sieci udzielił licencji, do celów innych niż franczyza;

g) dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca franczyzobiorcę do nieprzenoszenia praw i obowiązków wynikających z umowy franczyzy bez zgody organizatora sieci (przy czym w warunkach polskiego prawa na zwalnijące przeniesienie długu na osobę trzecią potrzebna jest zgoda wierzyciela).

Co do zasady zakazane są wertykalne porozumienia cenowe. Zgodnie z § 11 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych

rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję wyłączeniu nie podlegają porozumienia wertykalne, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień mają na celu ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym.

Narzucanie przez franczyzodawców obowiązku stosowania sztywnych cen sprzedaży produktów w sieci franczyzy zostało uznane za niedopuszczalne w decyzji Prezesa UOKiK z 25 czerwca 2013 r., DOK-1/2013. Co do zasady zakazane są porozumienia podziałowe, mające na celu podział rynków zbytu. Przez pryzmat ograniczeń wynikających z prawa ochrony konkurencji powinna zostać ukształtowana klauzula konkurencyjna.

2.3. Zakaz czynów nieuczciwej konkurencji

Artykuł 3 Projektu przewiduje zakaz dopuszczania określonych w nim zachowań stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji. W przypadku wypełnienia znamion tych czynów przez organizatora sieci franczyzobiorca może skorzystać z instrumentarium prawnego, jakie dają mu przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913). Strony umowy franczyzy nie są przy tym ograniczone w korzystaniu z klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji ani z nazwanych deliktów nieuczciwej konkurencji zawartych w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913).

Projekt zakłada, że czynem nieuczciwej konkurencji może być już oferowanie nieprzemysłanego konceptu franczyzowego. Według Europejskiego Kodeksu Etyki Franczyzy „Franczyzodawca powinien: przed rozpoczęciem budowy sieci franchisingowej prowadzić, przez pewien czas, odnosząc sukces, działalność przynajmniej w jednej placówce”. Obowiązek wcześniejszego przetestowania sieci franczyzy wynika np. z prawa włoskiego.

Czynem nieuczciwej konkurencji organizatora sieci będzie również dyskryminacja kandydatów na franczyzobiorców i franczyzobiorców: istotnie nierówne traktowanie w zbliżonych okolicznościach. Zakaz dyskryminacji franczyzobiorców jest przedmiotem regulacji w innych systemach prawnych, jak również przedmiotem zainteresowania ze strony orzecznictwa sądowego.

Dopuszczanie się przez organizatora sieci czynów nieuczciwej konkurencji, po pierwsze, pozwala na zastosowanie środków, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ochrony prawnej w takim wypadku poszukuje sam franczyzobiorca. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać: zaniechania niedozwolonych działań; usunięcia skutków niedozwolonych działań; złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie; naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych; wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści na zasadach ogólnych; zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego – jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony. Po drugie, wielokrotne dopuszczanie się czynów nieuczciwej konkurencji przez organizatora sieci może zostać potraktowane jako praktyka naruszająca zbiorowe interesy franczyzobiorców. W tym ostatnim przypadku – zgodnie z Projektem – odpowiednie działania w interesie publicznym podejmuje Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

2.4. Prospekt informacyjny organizatora sieci

Kluczowe znaczenie mają uregulowania Projektu odnoszące się do prospektu informacyjnego organizatora sieci.

W niektórych innych systemach prawnych (np. w USA, Brazylii, we Włoszech) prawodawcy wprowadzają na organizatora sieci franczyzowej szczegółowo sprecyzowane obowiązki w zakresie udzielenia szczegółowych informacji kandydatom na franczyzobiorców.

Na wagę tego zagadnienia wskazuje wprost prawo modelowe UNIDROIT – *Model Franchise Disclosure Law* (2002). Projekt nawiązuje w tym miejscu do zaleceń prawa modelowego.

W przypadku wielu typów umów ustawodawca nakłada na uczestnika obrotu prawnego obowiązek przygotowania rozbudowanej informacji wstępnej dla potencjalnego kontrahenta na temat jego oferty. Wprowadzenie takiego wymogu ani nie zatamowało rozwoju branż gospodarki obciążonych takim ciężarem, ani nie spowodowało drastycznego zwiększenia kosztów działalności. Przyniosło natomiast korzystne efekty w postaci ucywilizowania praktyk rynkowych. Tytułem przykładu wskazać należy na: (aa) Rozdział 6 pt. „Obowiązki informacyjne wobec podróżnych oraz umowa o udział w imprezie turystycznej” ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych; (bb) Rozdział 5 pt. „Obowiązki dewelopera przed zawarciem umowy deweloperskiej” ustawy z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinny; (cc) Rozdział 2 pt. „Postępowanie z dokumentami informacyjnymi związanymi z ofertą publiczną lub ubieganiem się o dopuszczenie papierów

wartościowych lub innych instrumentów finansowych do obrotu na rynku regulowanym” ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych.

Nałożenie przez Projekt na organizatora sieci obowiązku przygotowania prospektu informacyjnego: (aa) odpowiada postulatowi udzielenia rzetelnych informacji przyszłemu kontrahentowi – pełni funkcję ochronną dla obrotu gospodarczego; (bb) nie powinno być nadmiernym obciążeniem dla rzetelnych organizatorów sieci, którzy zawierają z reguły wiele ustandaryzowanych, powtarzalnych umów; przygotowują niekiedy bardzo rozbudowane materiały o swojej działalności, w tym podręczniki, materiały szkoleniowe; (cc) postawi tamę dla osób przypadkowych, które nie zawsze mają sprawdzony sposób na udany biznes.

Prospekt informacyjny nie odnosi się do takich danych, co do których organizator sieci miałby problemy z ich pozyskaniem i przetworzeniem. Są to dane objęte zwykłą wiedzą organizatora sieci.

Jednocześnie Projekt nie powiela tak drobiazgowej regulacji odnoszącej się do prospektu informacyjnego jaka wynika np. z amerykańskiej *Federal Franchise Rule (Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities; Final Rule, Federal Register. 72 (61): 15544–15575)*.

Obowiązek przygotowania prospektu informacyjnego wynika z normy prawa publicznego. Ma ona charakter przepisu *stricti iuris*. Oznacza to, że strony nie mogą wyłączyć na podstawie umowy obowiązku podania niektórych czy wszystkich wymaganych ustawą informacji również przez wybór dla umowy franczyzy prawa obcego (podobną konstrukcją posłużył się prawodawca włoski).

Jeżeli organizator sieci nie ma wymaganych ustawą danych, np. dlatego, że nie jest stroną postępowań sądowych dotyczących franczyzy, wówczas zaznacza tę okoliczność.

Projekt nie ogranicza organizatora sieci w ujęciu w prospekcie informacyjnym innych informacji, których podanie organizator sieci uważa za wskazane.

Nieudzielenie przez organizatora sieci pełnej i rzetelnej informacji albo udzielenie informacji nieprawdziwej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Projekt nawiązuje do konstrukcji przyjętej przez prawo modelowe UNIDROIT w zakresie wymogu wyprzedzającego doręczenia informacji, przejrzystości języka przekazu, zalecanej treści merytorycznej informacji.

Projekt zakłada doręczenie prospektu informacyjnego z minimalnym 14-dniowym wyprzedzeniem. Z kolei np. ustawodawca włoski założył 30-dniowy okres zapoznawczy.

2.5. Treść umowy franczyzy

2.5.1. Uwagi wstępne

Projekt regulacji umowy franczyzy zakłada wyważenie interesów obu stron kontraktu z uwzględnieniem zróżnicowanej pozycji organizatora sieci i franczyzobiorcy. Jednocześnie zaproponowano rozwiązania prawne mające na celu ograniczenie dostrzeżonych dotychczas dysfunkcji.

Z uwagi na posługiwanie się przez organizatorów sieci gotowymi formularzami umów i ogólnymi warunkami umów, które najczęściej mają charakter umów przystąpienia, oraz na ekonomicznie silniejszą pozycję organizatora sieci niezbędna jest spora liczba przepisów niedyspozytywnych.

Projekt odnosi się do dwustronnych umów gospodarczych – pomiędzy organizatorem sieci a franczyzobiorcą. Niemniej nie jest wykluczone zawieranie na jej podstawie wielostronnych umów federacyjnych.

2.5.2. Obowiązek lojalności

Franczyza to umowa szczególnego zaufania typu *bonissime fidei*. Obowiązek zachowania lojalności jest wzorowany na art. 760 k.c. odnoszącym się do umowy agencyjnej. W przypadku franczyzy odnosi się on do obydwu stron. Obowiązek lojalności stron umowy podkreślany jest także w innych ustawodawstwach.

2.5.3. Udzielenie pomocy

Umowa franczyzy zakłada udzielanie franczyzobiorcy wsparcia przez organizatora sieci przez cały czas trwania umowy. Z uwagi na dynamiczny rozwój niektórych sieci franczyzowych organizatorzy sieci niekiedy prowadzili rekrutację wśród osób, które nie posiadały jakiegokolwiek doświadczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej. Pomoc organizatora sieci powinna być obligatoryjnie zorientowana na przeszkolenie z zakresu podstaw prowadzenia działalności gospodarczej.

2.5.4. Forma umowy

Umowa franczyzy powinna być zawarta przynajmniej w formie pisemnej, dokumentowej, elektronicznej (mimo że umowa licencji niewyłącznej – do której podobna jest franczyza – może zostać zawarta w dowolnej formie). Forma taka spełnia w praktyce rozliczne funkcje ochronne. Umowy gospodarcze o charakterze szczególnego zaufania powinny być w odpowiedni sposób utrwalone. Wobec postępu technologicznego ograniczenie się tylko do formy pisemnej

umowy byłoby anachronizmem. Dla franczyzobiorcy umowa ma zasadnicze znaczenie: określa ramy prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, za którą ponosi odpowiedzialność. Zapewnienia organizatora sieci, które nie zostały ujęte w umowie, ale np. zostały nagrane w materiale promocyjnym, również powinny stanowić element kontraktu (podobny mechanizm został przyjęty w konstrukcji umowy o podróż). Niemniej żądanie franczyzobiorcy co do potwierdzenia owych zapewnień powinno być zgłoszone najpóźniej przy zawarciu umowy.

2.5.5. *Dicta et promissa*

Zapewnienia o korzyściach związanych z przystąpieniem do sieci powinno mieć podobne znaczenie prawne jak znane prawu cywilnemu zapewnienie sprzedawcy o właściwościach rzeczy (*dicta et promissa*). Franczyzobiorca powinien mieć uprawnienie do potwierdzenia tych zapewnień na piśmie.

2.5.6. Wynagrodzenie *del credere*

Projekt dopuszcza możliwość zastrzeżenia w umowie franczyzy, za dodatkowym wynagrodzeniem (wynagrodzenie *del credere*), że organizator sieci gwarantuje określoną wysokość przychodów, kosztów i dochodów franczyzobiorcy prowadzącego działalność gospodarczą zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci.

2.5.7. Limit wymagalności opłaty wstępnej

Nie w każdym przypadku sieci franczyzowej działającej w Polsce organizator sieci wymaga uiszczenia opłaty wstępnej przez osobę przystępującą do sieci. Niemniej funkcjonuje taka praktyka.

Istnieje jednak obawa, że mogą się pojawić nieuczciwi organizatorzy sieci franczyzowych nowo powstających marek, którzy w istocie rzeczy nie gwarantują transferu sukcesu, a ich rzekoma sieć franczyzowa może być obliczona na oszukańcze pobranie opłaty wstępnej. Niezbędna jest zatem ochrona prawna przed pobieraniem z góry zbyt wysokich opłat wstępnych i takie jest *ratio legis* tej regulacji.

Projekt nie wprowadza żadnych zmian dla praktyki pobierania opłat wstępnych przez organizatorów sieci franczyzowych istniejących na rynku od wielu lat. Ograniczenia adresowane są wyłącznie do nowo powstałych organizatorów sieci, którzy nie zdążyli zbudować swojej wiarygodności.

Ponadto Projekt zasadniczo nie ingeruje ani w wysokość opłaty wstępnej (pozostawiając tą kwestię autonomii woli stron) ani w możliwość jej zabez-

pieczenia w całości. Ograniczeniom poddana została jedynie wysokość jej wymagalności „z góry”. Regulacja w tym zakresie powinna być jednostronnie bezwzględnie obowiązująca. Projekt zakłada zatem, że franczyzobiorca bez względu na wysokość opłaty wstępnej nie będzie mógł jej zapłacić z góry ponad określony limit. Jeżeli sieć franczyzowa okazałaby się nierzetelna ryzyko franczyzobiorcy jest ograniczone, a ponadto franczyzobiorca – na mocy innych przepisów Projektu – może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym.

2.5.8. Dyspozytywne zasady dotyczące płatności wynagrodzenia bieżącego

Wynagrodzenie bieżące dla organizatora sieci jest z natury rzeczą świadczeniem okresowym. Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, przyjmuje się, że płatne jest ono z dołu w terminie miesięcznym. Podobny zabieg ustawodawca zastosował w Kodeksie cywilnym przy regulacji umowy najmu i dzierżawy.

2.5.9. Zmniejszenie wynagrodzenia organizatora sieci

Proponowany w Projekcie przepis odnoszący się do możliwości zmniejszenia wynagrodzenia organizatora sieci wzorowany jest na art. 700 k.c. mającym zastosowanie do dzierżawcy. Transfer sukcesu jakim jest franczyza może trafić na okres dekoniunktury. Konieczne jest zatem elastyczne podejście do wynagrodzenia organizatora sieci w przypadku jego ustalenia w stałej wysokości. Warto przy tym wzorować się na tradycyjnym rozwiązaniu, od lat funkcjonującym w prawie cywilnym. Proponowana regulacja zakłada zdjęcie całego ciężaru ryzyka z franczyzobiorcy.

2.5.10. Ochrona franczyzobiorcy przed ukrytym wynagrodzeniem

Cechą przedmiotowo istotną umowy franczyzy jest jej odpłatność. Wynagrodzenie dla organizatora sieci nie może być ukryte w obowiązku nabywania towarów czy usług po zawyżonych marżach. Regulacja powinna mieć charakter normy jednostronnie bezwzględnie obowiązującej.

2.5.11. Zakaz dokumentów na zlecenie

Zabezpieczenie zobowiązań z umowy franczyzy nie powinno nastąpić przez wykreowanie abstrakcyjnego stosunku prawnego. Podobne rozwiązanie wcześniej przyjęto dla zabezpieczenia kredytu konsumenckiego.

Zakaz dokumentów na zlecenie nie oznacza bynajmniej wyeliminowania tanich form zabezpieczeń, jakimi są weksle. Projekt rzecz jasna ogranicza jedynie dopuszczalność wystawiania weksli na zlecenie zbywalnych przez indos. W takim

wypadku abstrakcyjność zobowiązania wekslowego rodzi zwiększone ryzyko dla wystawcy czy poręczyciela weksła. W pełni dozwolone jest wystawianie weksli imiennych (tzw. rekta-weksli) zbywalnych ze skutkami zwykłego przelewu.

2.5.12. Nakłady

Nie ma działalności gospodarczej bez większych czy mniejszych nakładów inwestycyjnych. Franchyzobiorca powinien mieć świadomość, jakie nakłady będzie obowiązany ponieść i jaki będzie koszt tych nakładów. Regulacja w tym zakresie nie powinna być dyspozytywna. Oczywiście w perspektywie umów długoterminowych należy rozróżnić nakłady niezbędne do rozpoczęcia działalności gospodarczej i nakłady do poniesienia w czasie jej wykonywania, które nie zawsze można przewidzieć.

Jednocześnie niezbędna byłaby ochrona interesów franchyzobiorcy polegających na ekonomicznej amortyzacji poniesionych przez niego nakładów na wypadek wypowiedzenia umowy franchyzy przez organizatora sieci. Projekt stara się rozwiązać ten problem przez konstrukcję dłuższych okresów wypowiedzenia w przypadku, gdy wypowiadającym umowę jest organizator sieci.

2.5.13. Kontrola franchyzobiorcy i dostęp do informacji

Dla organizatora sieci istotne jest rygorystyczne dbanie o wizerunek sieci i rozwijanie sieci poprzez dołączanie do niej kolejnych franchyzobiorców działających w sposób ustandaryzowany, stosownie do wskazówek udzielonych przez organizatora sieci. Stąd kluczowe jest poddawanie franchyzobiorców odpowiednim kontrolom i audytom. Zakres informacji, jakich może żądać organizator sieci, powinien być z góry określony w umowie.

2.5.14. Obowiązek zachowania tajemnicy franchyzowej

Projekt definiuje pojęcie tajemnicy franchyzowej. Zakres konkretnych informacji objętych tajemnicą franchyzową powinien określić organizator sieci. Obowiązkiem franchyzobiorcy jest zachowanie w tajemnicy poufnie otrzymanych informacji. Obowiązek zachowania tajemnicy powinien się rozciągać na określony czas po zakończeniu umowy. Kwestia bezterminowości zachowania tajemnicy po ustaniu umowy byłaby dyskusyjna jako rozwiązanie nieproporcjonalne. W literaturze zdają się dominować głosy przemawiające za ograniczeniem terminu związania tajemnicą. Ponieważ stosunki franchyzowe mogą być bardzo różne, należałoby pozostawić ustalenie terminu związania tajemnicą franchyzową woli stron. Organizator sieci zawsze może zwolnić franchyzobiorcę z obowiązku zachowania tajemnicy franchyzowej.

2.5.15. Stworzenie utworu będącego przedmiotem prawa autorskiego przez franczyzobiorcę

W czasie wykonywania umowy może dojść do stworzenia utworu przez franczyzobiorcę w postaci ulepszenia, modyfikacji koncepcji franczyzowej. Projekt wychodzi z następującego założenia: (aa) gospodarczo korzystniejszym wariantem będzie nabycie autorskich praw majątkowych przez organizatora sieci, gdyż to pozwoli na rozwój całej sieci franczyzowej i wdrożenie ulepszenia u wszystkich pozostałych kontrahentów organizatora sieci, (bb) franczyzobiorca powinien jednak otrzymać stosowne wynagrodzenie, (cc) jakkolwiek regulacja powinna być dyspozytywna.

Zatem jeżeli ustawa lub umowa nie stanowią inaczej, organizator sieci, którego franczyzobiorca stworzył utwór, a w tym ulepszenie koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej w wyniku wykonywania działalności franczyzowej, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy i zgodnego zamiaru stron. Jeżeli organizator sieci będzie wykorzystywał utwór, a w tym ulepszenie koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej w celach zarobkowych, franczyzobiorcy należy się odpowiednie wynagrodzenie.

2.5.16. Osobisty charakter umowy

Umowa franczyzy ma charakter osobisty. Niekiedy organizatorzy sieci mogą dokonywać selekcji osób, z którymi chcą się związać węzłem prawnym w postaci franczyzy z uwagi na etos ich biznesu. Dyspozytywne przepisy o franczyzie powinny podkreślać ten osobisty charakter kontraktu. Strony mogą jednak zrezygnować z takich ograniczeń. Dopuszczalne byłoby także ich zintensyfikowanie. Na przykład organizator sieci mógłby akceptować nawet skład akcjonariatu franczyzobiorcy itp. (konstrukcja taka była przyjmowana w umowach dealerskich).

2.5.17. Czas trwania umowy

Umowa franczyzy może zostać zawarta na czas nieoznaczony albo oznaczony. Umowa może zostać zawarta na – w zasadzie dowolny – zamknięty okres. Projekt nie przyjął rozwiązania, jakie wprowadził ustawodawca włoski: minimum trzyletni okres obowiązywania umowy. Z uwagi na różnorodność sieci franczyzowych trudno jest sprowadzić optymalny czas trwania umowy do wspólnego mianownika. Projekt nie narzuca zatem stronom jakiegokolwiek rozwiązania co do czasu trwania umowy, pozostawiając tę kwestię ich autonomii woli. Umowa franczyzy zawarta na czas określony może być rozwiązana przed upływem terminu jej obowiązywania tylko w sytuacjach wyjątkowych.

Niemniej po upływie 20 lat strony powinny mieć większą swobodę w jej ewentualnym wypowiedzeniu (na rynku franczyzowym w Polsce funkcjonują m.in. umowy zawierane na okres 20 lat, jak i w układzie 10+10 lat). Strony mogą zawrzeć umowę na czas oznaczony krótszy niż 20 lat. Okres 20 lat wydaje się odpowiedni z uwagi na „inwestycyjny” charakter franczyzy. Umowa może być przedłużona na dalszy zamknięty okres czasu. Projekt zakłada dyspozytywność tej normy prawnej.

2.5.18. Wypowiedzenie umowy

Umowa zawarta na czas oznaczony wygasa z upływem okresu czasu, na jaki została zawarta. W odniesieniu zarówno do rozwiązania umowy, jak i skutku wykonania uprawnienia kształtującego przez stronę umowy Projekt przyjmuje następujące założenia:

1. Ponieważ umowa franczyzy prowadzi do powstania ciągłego stosunku prawnego, adekwatnym uprawnieniem kształtującym będzie wypowiedzenie umowy, albowiem działa ono na przyszłość, a nie wstecznie. Kodeks cywilny w art. 395 § 2 k.c. stanowi, że w razie wykonania umownego prawa odstąpienia – o którym mowa w art. 395 § 1 k.c. – umowa uważana jest za niezawartą. W konsekwencji to, co strony już sobie świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. Z kolei art. 494 § 1 k.c. – dotyczący skutków odstąpienia na podstawie art. 491–493 k.c. – stanowi, że strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Z art. 491 § 2 k.c. wynika wniosek, że skoro w przypadku umów wzajemnych i podzielnosci świadczeń obu stron, w przypadku zwłoki jednej ze stron tylko co do części świadczenia, uprawnienie ustawowe do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia (strona ta może wszakże odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce), to konsekwencje odstąpienia od umowy nie odnoszą się do całości, lecz tylko do części kontraktu. Odstąpienie nie wywołuje skutku zniweczenia całej umowy. Niemniej dla stosunku prawnego o charakterze ciągłym adekwatnym uprawnieniem kształtującym jest wypowiedzenie.

2. Prawo do wypowiedzenia umowy powinno być przyznane symetrycznie zarówno organizatorowi sieci, jak i franczyzobiorcy, niemniej z uwzględnieniem zachodzących między nimi różnic.

3. Z ważnych przyczyn obie strony powinny mieć możliwość wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym umowy zawartej zarówno na czas oznaczony jak i na czas nieoznaczony.

4. Umowa zawarta na czas nieoznaczony powinna być rozwiązywalna za wypowiedzeniem, przy czym długość okresu wypowiedzenia powinna być inna dla organizatora sieci, a inna dla franczyzobiorcy. Długość okresu wypowiedzenia można modyfikować również według klucza długości trwania danej umowy (w początkowym etapie współpracy okres wypowiedzenia mógłby być dłuższy, a później proporcjonalnie krótszy).

5. Umowa zawarta na czas nieoznaczony może być wypowiedziana przez franczyzobiorcę na trzy miesiące naprzód w pierwszym roku, na dwa miesiące naprzód w drugim roku i na miesiąc naprzód w trzecim i kolejnym roku jej obowiązywania.

6. Jeżeli franczyzobiorca jest osobą fizyczną i w sposób nieprzewidziany w chwili zawarcia umowy doznał obiektywnej przeszkody, która w sposób trwały uniemożliwia mu bądź w stopniu znacznym utrudnia prowadzenie działalności franczyzowej, to może on wypowiedzieć umowę franczyzy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, choćby umowa była zawarta na czas oznaczony.

2.5.19. Ochrona prawna interesów organizatora sieci

Franczyzobiorca nie może po ustaniu umowy dalej eksploatować koncepcji organizatora sieci. Zakaz konkurencji wprowadzony został w oparciu o przepisy dyspozytywne. Niemniej wolę stron ograniczają przepisy prawa publicznego. Zgodnie z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (art. 5) w porozumieniach wertykalnych bezpośredni lub pośredni zakaz konkurencji nie powinien przekraczać pięciu lat.

2.6. Zakaz naruszania zbiorowych interesów franczyzobiorców

Wobec dysproporcji pomiędzy organizatorem sieci a pojedynczym franczyzobiorcą instrumenty prawa cywilnego, które wymagają indywidualnej realizacji, nie zlikwidują w praktyce przypadków nadużywania przewagi kontraktowej pomiędzy stronami umowy franczyzy. Dochodzenie prywatnoprawnych roszczeń

przez franczyzobiorców, z uwagi na dysproporcje ekonomiczne stron, z istoty rzeczy będzie utrudnione.

Sytuację może zmienić poddanie spraw z zakresu ochrony zbiorowych interesów franczyzobiorców kompetencji Prezesa UOKiK. Prezes UOKiK działa wyłącznie w interesie publicznym. Nie jest instytucją powołaną do dochodzenia konkretnych roszczeń w interesie konkretnych osób. Projekt stawia nacisk na prewencyjną rolę regulacji zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców. Należy podkreślić, że zwrot „praktyka” nie oznacza jednostkowego, przypadkowego zachowania. Przeciwnie, wskazuje on na powtarzalność zachowań organizatora sieci. Ponadto przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidują instytucję tzw. decyzji warunkowych. Oznacza to, że organizator sieci, w stosunku do którego zostałoby wszczęte postępowanie w sprawie zakazu naruszania zbiorowych interesów franczyzobiorców, może współpracować z Prezesem UOKiK i nie ponieść kary pieniężnej.

Zaproponowana w Projekcie regulacja powstała na matrycy rozwiązań już przyjętych w ustawie w odniesieniu do ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Użyto przy tym konstrukcji klauzuli generalnej i uzupełnienia jej poprzez indykatywne wskazanie sytuacji uznanych za zbiorowe naruszenie interesów.

Na przykład nadmierne i w praktyce niekontrolowane przez sądy nakładanie częstych kar umownych (innych podobnych ryczałtowych obciążeń) przez organizatora sieci może wypaczyć relacje franczyzowe. Niestety, obserwacja dotychczasowej praktyki wskazuje na pewne patologie kontraktowe w tym obszarze. Niemniej zakazanie zastrzegania kar umownych w umowie franczyzy byłoby rozwiązaniem wysoce kontrowersyjnym pod względem cywilistycznym i nieproporcjonalnym.

Prezes UOKiK jest instytucją posiadającą wieloletnie i rozległe doświadczenie w ochronie interesu publicznego. Proponowane rozwiązanie nie będzie zatem eksperymentem.

2.7. Przepisy intertemporalne

Projekt zakłada, że ustawa ma zastosowanie także do umów zawartych przed jej wejściem w życie. W okresie stosunkowo długiego *vacatio legis* strony powinny odpowiednio dostosować postanowienia umów i regulaminów do zmian wprowadzonych przez Projekt. Z dniem wejścia w życie ustawy sprzeczne z nią postanowienia umów staną się nieważne. W miejsce nieważnych postanowień wejdą przepisy ustawy.

Projekt rozstrzyga mogącą powstać wątpliwość: organizator sieci nie ma obowiązku przedstawienia prospektu informacyjnego franczyzobiorcy, z którym

umowa była zawarta przed dniem wejścia w życie ustawy, w tym także w przypadku wprowadzania zmian do umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy albo przedłużania czasu jej obowiązywania w wykonaniu uprawnienia kształtującego przez jedną ze stron albo w inny sposób.

2.8. *Vacatio legis*

Projekt zakłada stosunkowo długie *vacatio legis*. Pozwoli ono na popularyzację rozwiązań ustawy i przygotowanie się do jej wejścia w życie. Ponadto przeciwko krótkiemu *vacatio legis* przemawiają ważne względy praktyczne. Niektórzy organizatorzy sieci posługiwali się wieloma szablonami umów, które wymagają dostosowania do zmienionych warunków prawnych. W przypadku globalnych marek franczyzowych niezbędne są konsultacje krajowych operatorów z centralami zagranicznymi.

2.9. Zgodność z prawem unijnym

Prywatnoprawna regulacja franczyzy nie jest objęta regulacją prawa unijnego. Ocena zgodności Projektu z prawem unijnym z zakresu prawa publicznej konkurencji została przeprowadzona w pkt II.5 Uzasadnienia.

Projekt ustawy jest zgodny z prawem Unii Europejskiej.

2.10. Koszty projektowanej regulacji

Jeżeli chodzi o koszty regulacji, to przyznanie Prezesowi UOKiK dodatkowej kompetencji do ochrony zbiorowych interesów franczyzobiorców wymaga następujących wydatków [...] [przy czym w niniejszym opracowaniu koszty te nie zostaną uszczegółowione].

W pozostałym zakresie projekt nie spowoduje zwiększenia wydatków z budżetu państwa ani z budżetów jednostek samorządu terytorialnego, natomiast kary administracyjne nałożone na przedsiębiorców stosujących praktyki naruszające zbiorowe interesy franczyzobiorców zasilą budżet państwa.

2.11. Pozostałe uwagi

Projekt ustawy nie zawiera przepisów technicznych, w związku z tym nie podlega notyfikacji w rozumieniu przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz.U. poz. 2039 z późn. zm.).

Projekt ustawy został włączony do wykazu prac Rady Ministrów pod numerem [...] [odpowiedni numer zostanie nadany po włączeniu do wykazu].

Stosownie do § 52 uchwały nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów oraz zgodnie z przepisami art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbiningowej w procesie stanowienia prawa (Dz.U. z 2017 r. poz. 248, z późn. zm.) projekt ustawy zostanie udostępniony w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej Rządowego Centrum Legislacji.

Projekt ustawy nie wymaga zaopiniowania, dokonania konsultacji albo uzgodnień z właściwymi instytucjami i organami Unii Europejskiej, w tym Europejskim Bankiem Centralnym.

3. Projekt ustawy

U S T A W A

z dnia

o działalności franczyzowej

Rozdział 1.

Postanowienia ogólne

Art. 1. Ustawa określa:

1. Zasady zawierania umowy franczyzy, w tym obowiązki informacyjne organizatora sieci franczyzowej względem kandydata na franczyzobiorcę realizowane przed zawarciem umowy.
2. Prawa i obowiązki stron umowy franczyzy.
3. Zasady ochrony zbiorowych interesów franczyzobiorców.

Art. 2. 1. Przez umowę franczyzy organizator sieci w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa udziela drugiej stronie, na czas oznaczony bądź nieoznaczony, zezwolenia na korzystanie w szczególności z jego nazwy, godła, symboli, znaków towarowych, patentów, innych praw własności intelektualnej i przemysłowej lub zezwala na korzystanie ze zidentyfikowanej, istotnej i poufnej koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej i zobowiązuje się do udzielenia drugiej stronie pomocy, a franczyzobiorca zobowiązuje się do prowadzenia działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własny rachunek zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci oraz do zapłaty umówionego wynagrodzenia.

2. Przepis ust. 2 stosuje się do organizatora sieci, który zawiera umowę z franczyzobiorcą na podstawie wcześniejszej umowy z pierwotnym organizatorem sieci (subfranczyza).

3. Przepisy niniejszej ustawy nie uchybiają przepisom innych ustaw, w tym przepisom o publicznej ochronie konkurencji.

Art. 3. 1. Niedopuszczalne jest w szczególności:

- 1) organizowanie sieci franczyzy lub oferowanie innym osobom możliwości przystąpienia do niej bez wcześniejszego starannego, a w tym odpowiednio długotrwałego sprawdzenia jej modelu biznesowego, w szczególności w praktyce poprzez własną działalność organizatora sieci, jego poprzednika prawnego lub podmiotu z nim powiązanego;
- 2) organizowanie sieci franczyzy na takich zasadach, że franczyzobiorca zachowujący się zgodnie z prawem, jak również zgodnie z zasadami prawidłowego gospodarowania i stosownie do wskazówek organizatora sieci nie jest w stanie pokrywać z osiągniętych przychodów uzasadnionych kosztów działalności, a nie zachodzi nadzwyczajna przyczyna zewnętrzna, której strony ani nie przewidywały, ani nie mogły przewidzieć przy zawieraniu umowy franczyzy;
- 3) przejmowanie przez organizatora sieci lub przez podmiot z nim powiązany działalności uprzednio prowadzonej przez franczyzobiorcę przez wywołanie lub z wykorzystaniem jego przymusowego położenia w zamian za nieekwiwalentne świadczenie dla franczyzobiorcy albo nawet bez spełniania na jego rzecz żadnego świadczenia;
- 4) istotnie różne traktowanie kandydatów na franczyzobiorców i franczyzobiorców znajdujących się w podobnych warunkach (zakaz dyskryminacji).

2. W przypadkach, o których mowa w art. 3 ust. 1 i art. 8 ustawy, stosuje się przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913).

Rozdział 2

Prospekt informacyjny organizatora sieci franczyzowej

Art. 4. 1. Przed zawarciem umowy franczyzy, w tym także umowy przedwstępnej lub warunkowej, organizator sieci doręcza drugiej stronie aktualny prospekt informacyjny organizatora sieci franczyzowej, zwany dalej „prospektem informacyjnym”.

2. Prospekt informacyjny może być doręczony drugiej stronie w formie dokumentu elektronicznego.

3. Doręczenie przez organizatora sieci prospektu informacyjnego można uzależnić od podpisania umowy o zachowaniu poufności.

4. Organizator sieci ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą za treść prospektu informacyjnego.

Art. 5. 1. Prospekt informacyjny organizatora sieci franczyzowej organizowanej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bez względu na prawo rządzące umową, zawiera w szczególności:

- 1) dane dokładnie identyfikujące organizatora sieci, w tym dane o wpisie organizatora sieci do właściwego rejestru, numer NIP organizatora sieci (jeżeli taki posiada), informację o osobach uprawnionych do reprezentowania organizatora sieci;
- 2) opis działalności franczyzowej organizatora sieci i jej dotychczasową historię (w tym datę rozpoczęcia działalności organizatora sieci), w tym liczbę zawartych umów franczyzowych i liczbę czynnych umów franczyzowych według danych niepóźniejszych niż trzy miesiące przed datą przedstawienia prospektu informacyjnego;
- 3) informację, czy organizator sieci działa na podstawie umowy z pierwotnym organizatorem sieci (informacja o subfranczyzie);
- 4) informacje o organizatorze sieci i podmiotach pozostających z nim w stosunku zależności lub dominacji, jak również o podmiotach powiązanych;
- 5) sprawozdania finansowe organizatora sieci za przynajmniej dwa ostatnie lata obrotowe, z tym że organizator sieci może przedstawić dwa ostatnie publikowane sprawozdania finansowe;
- 6) informację o sprawach sądowych dotyczących franczyzy, w których kwestionowany jest system franczyzowy lub które mogą zagrozić funkcjonowaniu franczyzy i których stroną jest organizator sieci lub podmioty z nim powiązane;
- 7) szczegółowy opis zasad działalności sieci franczyzowej oraz ogólny opis działalności, która ma być wykonywana przez franczyzobiorcę;
- 8) wynagrodzenie organizatora sieci, w tym także wszelkie formy wynagrodzenia pośredniego;
- 9) opis profilu idealnego (modelowego) franczyzobiorcy, w tym wymogi co do ewentualnego wcześniejszego doświadczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej, poziomu wykształcenia i innych cech, które franczyzobiorca musi lub powinien posiadać;
- 10) wymogi dotyczące bezpośredniego i osobistego zaangażowania franczyzobiorcy w prowadzenie działalności franczyzowej;
- 11) szczegółowe informacje o całkowitych, szacunkowych nakładach inwestycyjnych niezbędnych do poniesienia w celu rozpoczęcia działalności franczyzowej;
- 12) szczegółowe informacje o szacunkowej wartości wymaganych zapasów towarów, jeżeli dotyczy to danej działalności i warunków płatności za nie;

- 13) szczegółowe informacje na temat zobowiązania franczyzobiorcy do zakupu wszelkich towarów lub usług wymaganych do rozpoczęcia lub prowadzenia działalności franczyzowej;
- 14) szczegółowe informacje o zakresie pomocy dla franczyzobiorcy, w tym w szczególności o innowacjach technologicznych, szkoleniach franczyzobiorców i pracowników (w tym o czasie ich trwania, treści i kosztach), o podręcznikach franczyzowych;
- 15) informację na temat pomocy ze strony organizatora sieci w analizie i wyborze lokalizacji, w której działalność franczyzowa ma być wykonywana;
- 16) szczegółowe informacje o nadzorze nad sposobem wykonywania działalności franczyzowej przez franczyzobiorcę, w tym o zakresie dokumentów, informacji i danych, jakie będzie obowiązany udostępniać franczyzobiorca;
- 17) szczegółowe informacje o znaku towarowym i innych prawach własności intelektualnej związanych z działalnością franczyzową, które będą wykorzystywane przez franczyzobiorcę;
- 18) szczegółowe informacje na temat sposobu postępowania z *know-how* w zakresie produktów, procesów lub zarządzania oraz poufnych informacji związanych z przemysłem, handlem i finansami po rozwiązaniu umowy;
- 19) szczegółowe informacje o zakazie konkurencji obowiązującym franczyzobiorcę po rozwiązaniu umowy;
- 20) pełną kopię standardowej umowy franczyzowej (i ewentualnej umowy przedwstępnej), która ma zostać zawarta z franczyzobiorcą;
- 21) określenie zasad przejścia praw i obowiązków z umowy franczyzy, zasad dziedziczenia, zasad dopuszczalności zmian składu wspólników franczyzobiorcy bez zgody organizatora sieci i inne podobne ograniczenia, jeżeli istnieją;
- 22) zdarzenia, które spowodują nałożenie kar umownych, innych obciążeń lub wypłatę odszkodowania i ich odpowiednich kwot;
- 23) informację, czy franczyzobiorca będzie zobowiązany do minimalnych kwot zakupu towarów lub usług od organizatora sieci lub osób wyznaczonych przez organizatora sieci oraz o możliwości i warunkach odmowy przyjęcia produktów lub usług wymaganych przez organizatora sieci;
- 24) informację, czy istnieje stowarzyszenie lub inna organizacja zrzeszająca franczyzobiorców;
- 25) okres obowiązywania umowy franczyzowej i warunki jej przedłużenia, jeżeli są przewidziane;
- 26) wysokość wszelkich bieżących opłat przypadających do zapłaty przez franczyzobiorcę na rzecz organizatora sieci lub osoby trzeciej przez niego wskazanej, z wyszczególnieniem tytułów zapłaty, a w tym w szczególności bieżące

- wynagrodzenie organizatora sieci, czynsz za udostępnione do korzystania rzeczy, w tym opłaty z tytułu najmu lokalu i minimalne ubezpieczenie;
- 27) określenie, czy organizator sieci może czerpać zyski z podnajmu lokalu franczyzobiorcy (gdy franczyzobiorca podnajmuje lokal od organizatora sieci).
2. Prospekt informacyjny należy doręczyć drugiej stronie co najmniej na czternaście dni przed:
- 1) podpisaniem umowy franczyzowej lub umowy przedwstępnej, jeśli taka istnieje, lub
 - 2) zapłatą jakiegokolwiek opłaty na rzecz organizatora sieci lub podmiotu powiązanego.
3. Ciężar wykazania dochowania terminu, o którym mowa w ust. 2, obciąża zawsze organizatora sieci.

Art. 6. Franczyzobiorca może odstąpić od umowy:

- 1) w terminie dziesięciu dni od powzięcia o tym wiedzy przez franczyzobiorcę, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia zawarcia umowy, jeżeli informacje podane przez organizatora sieci w prospekcie informacyjnym były nierzetelne, niepełne albo nieprawdive, a jednocześnie dotyczyły spraw mających istotne znaczenie, które uzasadniają założenie, że gdyby franczyzobiorca był należycie poinformowany, to do umowy by nie przystąpił;
- 2) w terminie 10 dni od zawarcia umowy, jeżeli organizator sieci uchybił terminowi, o którym mowa w art. 5 ust. 2.

Art. 7. 1. Prospekt informacyjny powinien przedstawiać informacje o sieci franczyzowej przy użyciu języka zrozumiałego dla przeciętnego odbiorcy.

2. Prospekt informacyjny powinien być w całości sporządzony w języku polskim. W przypadku sporządzenia prospektu informacyjnego w różnych wersjach językowych wiążąca jest polska wersja językowa.

Art. 8. Niedopuszczalne jest podawanie w prospekcie informacyjnym niepełnych lub nieprawdziwych lub niezweryfikowanych w odpowiedni sposób informacji o korzyściach związanych z przystąpieniem do sieci franczyzowej i o uczestnictwie w niej czy zatajanie związanego z tym ryzyka.

Rozdział 3

Prawa i obowiązki stron umowy franczyzy

Art. 9. Każda ze stron umowy franczyzy zobowiązana jest do zachowania lojalności wobec drugiej strony.

Art. 10. Udzielenie pomocy przez organizatora sieci osobie fizycznej, która nigdy wcześniej nie prowadziła działalności gospodarczej, obejmuje w szczegól-

ności przeszkolenie w zakresie podstaw ekonomicznych i prawnych jej prowadzenia. Postanowienie umowne mniej korzystne dla franczyzobiorcy jest nieważne.

Art. 11. 1. Umowa franczyzy powinna być zawarta w formie pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Zapewnienia organizatora sieci o korzyściach, jakie daje przystąpienie do sieci i uczestnictwo w niej, bez względu na ich formę stanowią część umowy. Franczyzobiorca najpóźniej przy zawarciu umowy może żądać potwierdzenia tych zapewnień w formie pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej. Zrzeczenie się tego uprawnienia jest nieważne. Nie uchybia to przepisom nakładającym obowiązki informacyjne na organizatorów sieci.

Art. 12. W umowie franczyzy można zastrzec, że o ile nie nastąpią nadzwyczajne zdarzenia gospodarcze, organizator sieci, za dodatkowym wynagrodzeniem (wynagrodzenie *del credere*), gwarantuje wysokość w określonych przedziałach kwotowych (procentowych) jednocześnie przychodów, kosztów i dochodów franczyzobiorcy prowadzącego działalność gospodarczą zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci.

Art. 13. 1. Organizator sieci, który prowadzi działalność organizatora sieci krócej niż jeden rok, nie może pobierać z góry wynagrodzenia wstępnego w kwocie wyższej niż suma wynagrodzenia bieżącego za okres gospodarczy równy sześciu miesiącom (limit wymagalności). Postanowienie umowne mniej korzystne dla franczyzobiorcy jest nieważne.

2. Jeżeli wysokość wynagrodzenia bieżącego nie jest z góry znana, to przyjmuje się jego prawdopodobną wielkość szacunkową.

3. Przepis ust. 1 nie uchybia dopuszczalności ustanowienia wynagrodzenia wstępnego w kwocie wyższej niż suma wynagrodzenia bieżącego za okres gospodarczy równy sześciu miesiącom o ile jego nadwyżka ponad limit wymagalności, o którym mowa w ust. 1, z uwzględnieniem ust. 2, nie będzie płatna z góry, lecz po upływie sześciu miesięcy od daty zawarcia umowy.

4. Przepis ust. 1 nie uchybia dopuszczalności zabezpieczenia z góry wynagrodzenia wstępnego w kwocie wyższej niż limit wymagalności, o którym mowa w ust. 1, z uwzględnieniem ust. 2.

Art. 14. Jeżeli termin płatności wynagrodzenia bieżącego organizatora sieci nie jest oznaczony w umowie, płatne jest ono z dołu w terminie miesięcznym.

Art. 15. Organizator sieci nie może zobowiązywać franczyzobiorcy do nabywania towarów lub usług od organizatora sieci lub osoby trzeciej za ceny odbiegające od średnich cen rynkowych. Postanowienie umowne mniej korzystne dla franczyzobiorcy jest nieważne.

Art. 16. Jeżeli skutek okoliczności, za które franczyzobiorca nie ponosi odpowiedzialności i które nie dotyczą jego osoby, zwykły przychód z działalności franczyzowej uległ zmniejszeniu, franczyzobiorca może żądać proporcjonalnego zmniejszenia wynagrodzenia organizatora sieci za dany okres gospodarczy, jeżeli wynagrodzenie to zostało zastrzeżone w stałej kwocie. Postanowienie umowne mniej korzystne dla franczyzobiorcy jest nieważne.

Art. 17. Na zabezpieczenie roszczeń organizatora sieci z umowy franczyzy nie można wystawić, poręczyć ani indosować weksła albo czeku na zlecenie.

Art. 18. 1. Jeżeli organizator sieci wymaga, aby franczyzobiorca poniósł na swój koszt określone nakłady w celu rozpoczęcia działalności franczyzowej, ich rodzaj i wielkość powinny być dokładnie określone w umowie, a jeżeli byłoby to niemożliwe lub znacznie utrudnione, umowa powinna określać ich rodzaj i szacunkową wielkość. Postanowienie umowne mniej korzystne dla franczyzobiorcy jest nieważne.

2. Umowa powinna określać zasady ponoszenia nakładów przez franczyzobiorcę w czasie trwania umowy, a jeżeli jest możliwe określenie ich rodzaju i szacunkowej wielkości, to powinna je określić.

3. Umowa powinna określać zasady rozliczania poniesionych przez franczyzobiorcę nakładów.

Art. 19. 1. Na zasadach wskazanych w umowie franczyzobiorca obowiązany jest do nieujawniania i zachowania dla siebie tajemnicy franczyzowej udostępnionej przez organizatora sieci. Umowa określa zasady udostępniania tajemnicy franczyzowej osobom trzecim, z pomocą których franczyzobiorca wykonuje działalność franczyzową.

2. Obowiązek zachowania tajemnicy franczyzowej trwa także przez pięć lat po ustaniu umowy, o ile strony nie zastrzegły innego terminu.

3. Przez tajemnicę franczyzową rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne organizatora sieci lub inne informacje mające wartość gospodarczą niezbędne do prowadzenia działalności franczyzowej, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób (wyjąwszy innych uczestników sieci franczyzowej), co do których organizator sieci podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności i które zostały na podstawie umowy udostępnione franczyzobiorcy.

4. Dla uniknięcia wątpliwości organizator sieci powinien w sposób zrozumiały dla franczyzobiorcy określić granice dla informacji podlegających tajemnicy franczyzowej.

5. Franczyzobiorca ponosi odpowiedzialność za szkodę wynikającą z naruszenia tajemnicy franczyzowej.

Art. 20. 1. O ile strony umowy nie postanowią inaczej, bez zgody organizatora sieci franczyzobiorca nie może przenieść praw z umowy franczyzy na inną osobę, wnieść ich tytułem wkładu do spółki lub wykonywać ich z nową osobą.

2. W braku odmiennej umowy franczyza wygasa z chwilą śmierci franczyzobiorcy.

Art. 22. Organizator sieci może w każdym czasie – sam lub przez osobę trzecią – przeprowadzić kontrolę działalności franczyzobiorcy, a także żądać od franczyzobiorcy niezwłocznego udostępnienia informacji i danych o jego działalności w takim zakresie, w jakim strony określiły to w umowie.

Art. 23. 1. Jeżeli ustawa lub umowa nie stanowią inaczej, organizator sieci, którego franczyzobiorca stworzył utwór, a w tym ulepszenie koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej w wyniku wykonywania działalności franczyzowej, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy i zgodnego zamiaru stron.

2. Jeżeli organizator sieci będzie wykorzystywał utwór, w tym ulepszenie koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej, w celach zarobkowych franczyzobiorcy należy się odpowiednie wynagrodzenie.

Art. 24. 1. Umowę franczyzy zawartą na czas dłuższy niż dwadzieścia lat poczytuje się po upływie tego terminu za zawartą na czas nieoznaczony, chyba że umowa przewiduje możliwość jej przedłużenia na kolejny uzgodniony okres i obie strony skorzystają z tej możliwości.

2. Jeżeli umowie franczyzy dla jej prawidłowego wykonania ma towarzyszyć inna umowa, w szczególności umowa najmu, dzierżawy nieruchomości na działalność franczyzową, wówczas rozwiązanie umowy franczyzowej powinno stanowić podstawę do rozwiązania tej innej umowy.

Art. 25. Organizator sieci może wypowiedzieć ze skutkiem natychmiastowym umowę zawartą zarówno na czas oznaczony, jak i na czas nieoznaczony, jeżeli:

- 1) franczyzobiorca nie podjął działalności gospodarczej i nie podejmuje jej pomimo wezwania organizatora sieci albo trwale zaprzestał jej prowadzenia;
- 2) franczyzobiorcy zakazano prowadzenia działalności gospodarczej na mocy prawomocnego orzeczenia sądu;
- 3) franczyzobiorca utracił pełną zdolność do czynności prawnych;
- 4) franczyzobiorca pomimo upomnienia organizatora sieci nadal rażąco narusza istotne postanowienia umowy franczyzy;

- 5) franczyzobiorca zalega wobec organizatora sieci z zapłatą wynagrodzenia za dwa pełne okresy płatności;
- 6) została ogłoszona upadłość franczyzobiorcy;
- 7) zachowanie franczyzobiorcy w sposób rażąco i uporczywy narusza prawo albo wywołuje poważne zgorszenie publiczne, a franczyzobiorca nie zaprzestał tego zachowania pomimo wezwania ze strony organizatora sieci;
- 8) zachodzą inne ważne przyczyny określone w umowie.

Art. 26. Franczyzobiorca może wypowiedzieć ze skutkiem natychmiastowym umowę zawartą zarówno na czas oznaczony, jak i na czas nieoznaczony, jeżeli:

- 1) wskutek okoliczności, za które franczyzobiorca nie ponosi odpowiedzialności i które nie dotyczą jego osoby, dalsze wykonywanie umowy franczyzy miałyby bezpośredni i oczywisty wpływ na powstanie stanu niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością franczyzobiorcy;
- 2) organizator sieci pomimo pisemnego upomnienia nadal rażąco narusza istotne postanowienia umowy franczyzy;
- 3) została ogłoszona upadłość organizatora sieci;
- 4) zachodzą inne ważne przyczyny określone w umowie.

Art. 27. 1. Umowa zawarta na czas nieoznaczony może być wypowiedziana przez franczyzobiorcę na trzy miesiące naprzód w pierwszym roku, na dwa miesiące naprzód w drugim roku i na miesiąc naprzód w trzecim i kolejnym roku jej obowiązywania.

2. Umowa zawarta na czas nieoznaczony może być wypowiedziana przez organizatora sieci na sześć miesięcy naprzód.

3. Ustawowe terminy wypowiedzenia mogą zostać przedłużone w umowie.

Art. 28. Jeżeli franczyzobiorca jest osobą fizyczną i w sposób nieprzewidziany w chwili zawarcia umowy doznał obiektywnej przeszkody, która w sposób trwały uniemożliwia mu bądź w stopniu znacznym utrudnia prowadzenie działalności franczyzowej, to może on wypowiedzieć umowę franczyzy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia choćby umowa była zawarta na czas oznaczony.

Art. 29. 1. Po ustaniu umowy franczyzobiorca jest obowiązany do zwrotu przedmiotów otrzymanych od organizatora sieci i nie może korzystać z własności intelektualnej i własności przemysłowej organizatora sieci ani ze szczególnej koncepcji i techniki prowadzenia działalności gospodarczej uzyskanej od organizatora sieci.

2. O ile strony nie postanowią inaczej, franczyzobiorca nie może bezpośrednio ani nawet pośrednio prowadzić działalności konkurencyjnej względem organizatora sieci ani w jakikolwiek sposób uczestniczyć w prowadzeniu takiej działalności przez trzy lata po ustaniu umowy. Franczyzobiorcy nie przysługuje

od organizatora sieci odszkodowanie z tytułu powstrzymywania się od działalności konkurencyjnej.

3. Franczyzobiorca ponosi odpowiedzialność za szkodę wynikającą z naruszenia zakazu konkurencji.

Rozdział 4

Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców

Art. 30. 1. Zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców.

2. Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy franczyzobiorców rozumie się godzące w nie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy będącego organizatorem sieci franczyzowej, a w szczególności:

- 1) naruszanie obowiązku udzielania franczyzobiorcom rzetelnej, prawdziwej, odpowiednio zweryfikowanej i pełnej informacji o warunkach przystąpienia do sieci i uczestnictwie w niej;
- 2) zastrzeganie kar umownych, odstępnego i innych tego typu ryczałtowo liczonych obciążeń dla franczyzobiorców w nadmiernych, nieproporcjonalnych wysokościach;
- 3) nadużywanie tytułu do nakładania kar umownych i innych ryczałtowo liczonych obciążeń dla franczyzobiorców;
- 4) wprowadzanie zmian do zawartych umów w sposób jednostronny;
- 5) dopuszczanie się czynów nieuczciwej konkurencji przeciwko franczyzobiorcom.

3. Nie jest zbiorowym interesem franczyzobiorców suma indywidualnych interesów franczyzobiorców.

4. W sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców właściwy jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zwany dalej „Prezesem Urzędu”.

5. Do decyzji w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców, postępowania przed Prezesem Urzędu, kar pieniężnych stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów o ochronie zbiorowych interesów konsumentów (t.j. Dz.U. 2021 poz. 275).

Rozdział 5

Zmiany w przepisach dotychczasowych. Przepisy przejściowe i końcowe

Art. 31. 1. W ustawie z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 821, 1238, z 2020 r. poz. 568, 956, 1086, 1517, 21120) dodaje się art. [...] w brzmieniu:

§ 1. Kto w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa jako organizator sieci zawiera umowę franczyzy, podając nieprawdziwe informacje o korzyściach, jakie daje przystąpienie do sieci i uczestnictwo w niej, podlega karze grzywny.

§ 2. Tej samej karze podlega ten, kto zawierając z franczyzobiorcą będącą osobą fizyczną, która nigdy wcześniej nie prowadziła działalności gospodarczej, umowę franczyzy nie dopełnia obowiązku udzielenia pomocy polegającego na przeszkoleniu tej osoby w zakresie podstaw ekonomicznych i prawnych prowadzenia działalności gospodarczej.

§ 3. Kto przyjmuje od franczyzobiorcy lub osoby trzeciej weksel lub czek niezawierający klauzuli „nie na zlecenie” w celu spełnienia lub zabezpieczenia świadczenia wynikającego z umowy franczyzy, podlega karze grzywny.

§ 4. Jeżeli przedsiębiorcą jest podmiot niebędący osobą fizyczną, odpowiedzialność przewidzianą w przepisach § 1–3 ponosi osoba kierująca przedsiębiorstwem organizatora sieci lub osoba upoważniona do zawierania umów franczyzy.

2. W ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów o ochronie zbiorowych interesów konsumentów (t.j. Dz.U. 2021 poz. 275) w art. 31 dodaje się pkt 2¹ w brzmieniu: „wydawanie decyzji w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców”.

Art. 32. 1. Ustawa ma zastosowanie także do umów zawartych przed jej wejściem w życie.

2. Organizator sieci nie ma obowiązku przedstawienia prospektu informacyjnego franczyzobiorcy, z którym umowa była zawarta przed dniem wejścia w życie ustawy, w tym także w przypadku wprowadzania zmian do umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy albo przedłużania czasu jej obowiązywania w wykonaniu uprawnienia kształtującego przez jedną ze stron albo w inny sposób.

Art. 33. Ustawa wchodzi w życie po upływie sześciu miesięcy od dnia jej ogłoszenia.

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

VARIA
received 2024-01-20
accepted 2024-02-20
published online 2024-07-17



Kilka uwag o nauce prawa ochrony środowiska w ośrodku wrocławskim

Some remarks on the science of Environmental Law in the Wrocław Research Centre

WOJCIECH RADECKI

Emerytowany profesor zwyczajny Instytutu Nauk Prawnych PAN

Citation: Radecki, Wojciech. 2024. Kilka uwag o nauce prawa ochrony środowiska w ośrodku wrocławskim. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 183–202. DOI: 10.25167/osap.5498.

Abstract: The aim of this paper is to present the contribution of the Wrocław scientific community to the development of the science of environmental law, with particular reference to the academic chair led by Jan Bocia of the University of Wrocław, the Department of Environmental Law of the Institute of Legal Sciences of the Polish Academy of Sciences under the direction of Jerzy Sommer, and the Centre for Environmental Law under the direction of Jerzy Jendrośka. The scientific achievements of the Wrocław lawyers are based on the development of Polish environmental law from its beginnings in 1971, through the 1976 amendment to the Constitution of the People's Republic of Poland, the 1980 Act on the protection and shaping of the environment, the 1991 Act on the protection of nature, into the 2001 Act – Environmental Protection Law. The presentation takes into account the laws of other European countries, emphasising the international cooperation of the Wrocław lawyers. The essay also pays tribute to four late representatives of the Wrocław scientific community: Jerzy Sommer, Jan Boć, Konrad Nowacki and Jan Jerzmański.

Keywords: environmental law, legal protection of nature, environmental law science, Wrocław Research Centre, international cooperation

Abstrakt: Przedmiotem szkicu jest przedstawienie roli wrocławskiego środowiska naukowego w rozwoju nauki o prawie ochrony środowiska, ze szczególnym uwzględnieniem katedry Jana Bocia z Uniwersytetu Wrocławskiego, Zakładu Prawa Ochrony Środowiska Instytutu

Nauk Prawnych PAN kierowanego przez Jerzego Sommera oraz Centrum Prawa Ekologicznego pod dyrekcją Jerzego Jendrośki. Bazą osiągnięć naukowych prawników wrocławskich jest rozwój polskiego prawa ochrony środowiska od jego założeń w 1971 r., przez nowelizację Konstytucji PRL przeprowadzoną w 1976 r., ustawę z 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska, ustawę o ochronie przyrody z 1991 r. do ustawy – Prawo ochrony środowiska z 2001 r., przedstawiany z uwzględnieniem prawa innych państw europejskich i zaakcentowaniem współpracy międzynarodowej prawników wrocławskich. Szkic jest także wyrazem uznania dla czterech nieżyjących już przedstawicieli wrocławskiego środowiska naukowego: Jerzego Sommera, Jana Bocia, Konrada Nowackiego i Jana Jerzmańskiego.

Słowa kluczowe: prawo ochrony środowiska, prawna ochrona przyrody, nauka prawa ochrony środowiska, wrocławski ośrodek naukowy, współpraca międzynarodowa.

Wystosowane przez Uniwersytet Opolski zaproszenie do przedstawienia na Ogólnopolskim Zjeździe Katedr Prawa Ochrony Środowiska krótkiego szkicu o charakterze historycznym przyjąłem z wdzięcznością. Zająłem się nauką prawa ochrony środowiska w ośrodku wrocławskim, kierując się trzema powodami. Po pierwsze, powołanie w grudniu 1976 roku wrocławskiego Zespołu Zagadnień Prawnych Kształtowania i Ochrony Środowiska Instytutu Państwa i Prawa Polskiej Akademii Nauk uznawane jest za punkt przełomowy w rozwoju nauki prawa ochrony środowiska w Polsce, a godzi się zauważyć, że tylko we Wrocławiu w pierwszej dekadzie XXI wieku funkcjonowały trzy niezależne od siebie jednostki naukowe zajmujące się prawem ochrony środowiska: katedra Jana Bocia na Uniwersytecie Wrocławskim, wspomniany już PAN-owski zakład kierowany przez Jerzego Sommera, Centrum Prawa Ekologicznego pod dyrekcją Jerzego Jendrośki. Po drugie, na tle wrocławskiego ośrodka naukowego można co starszym przypomnieć, a co młodszym pokazać, jak kształtowało się prawo ochrony środowiska i nauka tego prawa. Po trzecie, przedstawienie tego szkicu winien jestem pamięci naszych czterech Kolegów prawników reprezentujących wrocławski ośrodek naukowy: Jerzego Sommera, Jana Bocia, Konrada Nowackiego i Jana Jerzmańskiego, do których dołączyła politolożka Halina Lisicka.

Początki prawa ochrony środowiska

Ogólnoświatowe zainteresowanie zagrożeniem, a tym samym ochroną środowiska zwanego naturalnym bądź przyrodniczym datuje się zwykle na przełom lat 60. i 70. XX wieku, a wyznaczają je:

– Podjęcie tej problematyki na XXIII sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ w grudniu 1968 r. i zobowiązaniu ówczesnego Sekretarza Generalnego ONZ U Thanta do przedstawienia stosownego raportu;

- Ogłoszenie owego raportu grupy naukowców, zwanego powszechnie „raportem U Thanta” w maju 1969 r.;
- Konferencja ONZ w sprawie środowiska człowieka obradująca w czerwcu 1972 r. w Sztokholmie, której efektem była deklaracja zasad zwana Deklaracją Sztokholmską, wytyczająca ramy prawa środowiska, zarysowanie planu działań oraz utworzenie w ramach systemu ONZ specjalnego organu pod nazwą United Nations Environmental Programme (UNEP).

Narodziny polskiej nauki prawa ochrony środowiska

Jeśli chodzi o początek nauki prawa ochrony środowiska w Polsce, to z pewną dozą przesady można wyznaczyć daty dzieńne: 15 marca 1971 r. – sesja naukowa w Warszawie zorganizowana przez Komitet Nauk Prawnych PAN wraz z Komitetem PAN „Człowiek i Środowisko” i Komitetem Ochrony Przyrody i Jej Zasobów; oraz 13–15 grudnia 1971 r. – konferencja naukowa w Krakowie w sprawie międzynarodowej ochrony środowiska zorganizowana z inicjatywy Katedry Prawa Międzynarodowego Publicznego Uniwersytetu Jagiellońskiego¹.

Początki nauki prawa ochrony środowiska w Polsce wiążą się z ośrodkami warszawskim i krakowskim, ale dość szybko dołączyli do nich przedstawiciele ośrodka wrocławskiego, zrazu internacjoniści: najpierw Kazimierz Kocot pionierską pracą o prawnomiędzynarodowych zasadach sozologii², do którego po kilku latach dołączył Karol Wolfke skromną objętościowo, ale bogatą treściowo monografią o międzynarodowym prawie środowiska³. Mniej więcej w tym samym czasie badania nad prawem ochrony środowiska podjął administratywista Jan Boć, którego pierwszy podręcznik ukazał się w 1979 r.⁴

Gdyby chcieć wskazać „ojców założycieli” polskiej nauki prawa ochrony środowiska, to zapewne należałoby wymienić trzech: przede wszystkim Wacława Brzezińskiego, autora dwóch fundamentalnych monografii⁵ i twórcy pojęcia „środowisko naturalne”, po nim Leona Łustacza, podkreślając jego zasługi orga-

¹ Materiały obu tych sympozjów prawniczych ukazały się po czterech latach: *Prawo a ochrona środowiska*, red. L. Łustacz, Wrocław 1975.

² K. Kocot, *Prawnomiędzynarodowe zasady sozologii*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1975 (powtórzona w 1977 r. w wydawnictwie PWN pod tym samym tytułem).

³ K. Wolfke, *Międzynarodowe prawo środowiska (tworzenie i egzekwowanie)*, Wrocław 1979 (Prace Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego, Seria A, nr 203).

⁴ J. Boć, *Zagadnienia prawne ochrony środowiska naturalnego*, Wrocław 1979.

⁵ W. Brzeziński, *Ochrona prawna biologicznego środowiska człowieka*, Warszawa 1971; tenże, *Ochrona prawna naturalnego środowiska człowieka*, Warszawa 1975.

nizatorskie wyrażające się w przygotowaniu wspomnianej konferencji z 15 marca 1971 r., kierowaniu Zespołem ds. Prawnych Aspektów Ochrony Środowiska istniejącym od połowy 1972 r. do końca 1973 r. w Instytucie Państwa i Prawa PAN w Warszawie, wydaniu jednej z pierwszych publikacji łączącej spojrzenia prawne, ekonomiczne i socjologiczne na ochronę środowiska⁶, a po nich Ludwika Jastrzębskiego, autora pierwszego polskiego skryptu poświęconego tej problematyce⁷.

Niemal wszyscy autorzy polscy przyjmują, że prawo ochrony środowiska wywodzi się z prawa ochrony przyrody, któremu teoretyczne podstawy nadał w międzywojniu Jan Gwalbert Pawlikowski w genialnej niewielkiej monografii⁸. Przyjmuje się, że pojęciem nadrzędnym jest prawo ochrony środowiska, którego częścią składową jest prawo ochrony przyrody, niekiedy poprzedzane wskazaniem, że chodzi o ochronę przyrody rozumianą „tradycyjnie” bądź o „konserwatorską” ochronę przyrody. Wcale nie musiało tak być. Warto w tym miejscu przypomnieć szkic Janusza Homplewicza z wczesnych lat 70. XX w., którego główną tezę było przekonanie, że prawo ochrony środowiska powinno stać się częścią składową nadrzędnego pojęcia prawa ochrony przyrody⁹. Tekst ten jest dziś kompletnie zapomniany, być może dlatego, że autor swój pogląd przedstawił nie w periodyku prawniczym, lecz przyrodniczym. Dalszy rozwój poszedł w innym kierunku i dziś raczej nikt nie kwestionuje tego, że prawo ochrony przyrody jest częścią prawa ochrony środowiska, a nie odwrotnie. Co więcej, można wskazać na stanowisko zmierzające do pełnego „roztopienia” ochrony przyrody w ochronie środowiska, prezentowane przez Ryszarda Paczuskiego, autora najobszerniejszej przed wielką reformą roku 2001 syntezy prawa ochrony środowiska, który operuje konstrukcją „zachowawczej ochrony środowiska”, z zaznaczeniem, że była ona niegdyś nazywana ochroną przyrody¹⁰.

⁶ L. Łustacz (red.), *Ochrona środowiska. Refleksje prawne, ekonomiczne i socjologiczne*, Wrocław 1979.

⁷ L. Jastrzębski, *Ochrona prawna przyrody i środowiska w Polsce. Zagadnienia administracyjne*, Warszawa 1976. Swoje dzieło Ludwik Jastrzębski kontynuował drugim skryptem: *Ochrona przyrody i środowiska w PRL. Zagadnienia administracyjne*, Warszawa 1979, oraz dwoma podręcznikami: *Ochrona środowiska w PRL. Zagadnienia administracyjne*, Warszawa 1983, *Prawo ochrony środowiska w Polsce*, Warszawa 1990.

⁸ J. G. Pawlikowski, *Prawo ochrony przyrody*, Kraków 1927, poprzedzone równie genialnym manifestem ideologicznym *Kultura a Natura*, zamieszczonym w lwowskim „Lamusie” w 1913 r.

⁹ J. Homplewicz, *O należyty zasięg dla współczesnego prawa ochrony przyrody*, „Chrońmy Przyrodę Ojczyznę” 1972, z. 3, s. 15.

¹⁰ R. Paczuski, *Prawo ochrony środowiska*, wydanie 3, Bydgoszcz 2000, s. 438 i n.

Powstanie i dalszy rozwój wrocławskiego Zakładu prawa ochrony środowiska

Zakład ten pod pierwotną nazwą Zespołu Zagadnień Prawnych Kształtowania i Ochrony Środowiska rozpoczął działalność 1 grudnia 1976 r. Powstał on z inicjatywy ówczesnego dyrektora Instytutu Państwa i Prawa (obecnie Instytutu Nauk Prawnych) Polskiej Akademii Nauk Adama Łopatki, który porozumiał się w tej sprawie z ówczesnym dziekanem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego Aleksandrem Patrzałkiem. Dyrektor przyznał zespołowi dwa etaty, dziekan trzy pokoje w budynku „B” wydziału przy ulicy Kuźniczej. Kierowanie zespołem dyrektor powierzył pracownikowi Uniwersytetu Jerzemu Sommerowi, który został zatrudniony na 1/2 etatu. Na całym etacie podjąłem pracę w tym zespole, przechodząc z ówczesnego uniwersyteckiego Instytutu Kryminologicznego. Skład zespołu dopełniła Bernadetta Latajka-Ostenda, przychodząc do pracy na 1/2 etatu bezpośrednio po skończeniu studiów, odeszła w 1982 r.

Skład Zespołu (następnie Zakładu) podlegał licznym zmianom. W 1977 r. rozpoczęła pracę Bogumiła Ucińska-Tarnacka (odeszła w 1983 r.), w 1978 r. Jerzy Jendrośka, Edward Wrzeszcz (odszedł po kilku miesiącach) i jako doktorantka Krystyna Michniewicz (odeszła w 1981 r.), w 1979 r. Jan Jerzmański i Jerzy Rotko, w 1981 r. jako doktoranci Elżbieta Kaleta-Jagiello i Henryk Olbrycht (odszedł w 1984 r.). Sześciuosobowy skład zespołu (Sommer, Radecki, Jendrośka, Rotko, Jerzmański, Kaleta-Jagiello – już na pełnych etatach) ustabilizował się w połowie lat 80. XX w. i przetrwał bez zmian do połowy lat 90. XX w., po czym odchodzili do innej pracy Kaleta-Jagiello w 1996 r. oraz Jendrośka i Jerzmański w 1998 r. W ich miejsce przyszli Paweł Bojarski w 1998 r. (odszedł w 2012 r.), Adam Habuda w 2005 r., Daria Danecka w 2015 r. (odeszła w 2019 r.) i Michał Łyszkowski w 2018 r. Odnotujmy jeszcze zmiany w kierownictwie Zakładu: po odejściu Sommera na emeryturę w 2005 r. przejąłem kierowanie Zakładem, a kiedy i ja odszedłem na emeryturę w 2018 r., kierownictwo objął Habuda i jest nim do dziś, kierując trzyosobowym Zakładem (Habuda, Rotko, Łyszkowski). W 2005 r. Zakład zmienił siedzibę, przenosząc się z ulicy Kuźniczej na ulicę Podwale.

Z kronikarskiego obowiązku zaznaczę jeszcze, że pracownicy Zakładu podczas pracy w nim uzyskali sześć doktoratów (Jendrośka, Rotko, Jerzmański, Kaleta-Jagiello, Bojarski, Danecka), trzy habilitacje (Radecki, Rotko, Habuda) i jedną profesurę (Radecki).

Zakład okazał jakąś siłę przyciągającą, o czym świadczy to, że zarówno Jerzmański po obraniu innej drogi zawodowej w 1998 r., jak i Sommer po

odejściu na emeryturę w 2005 r. nie rozstali się z Zakładem, przeciwnie – aż do końca swoich dni czynnie uczestniczyli w działalności naukowej Zakładu.

Koniec lat 70. XX wieku

Końcówka lat 70. XX wieku przyniosła dwie znaczące konferencje naukowe, które w jakimś stopniu wytyczyły przyszły rozwój nauki prawa ochrony środowiska w ośrodku wrocławskim. Pierwsza z nich to międzynarodowa konferencja poświęcona ochronie środowiska w gospodarce, która obradowała wiosną 1977 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego. Istotne obowiązki organizatorskie wziął na siebie Zakład Jerzego Sommera. Konferencja ta była o tyle ważna, że była pierwszym spotkaniem prawników zajmujących się ochroną środowiska z ówczesnego Wschodu i ówczesnego Zachodu. Referaty były przedstawiane w trzech językach: francuskim (właśnie tak, nie angielskim, co dziś wydaje się zaskakujące), rosyjskim i polskim, z wykorzystaniem tłumaczenia kabinowego. Minęło prawie pół wieku, a ponieważ konferencja nie pozostawiła żadnego śladu w postaci publikacji, jedynie z trudem mogę sobie przypomnieć jej skład i wygłoszone referaty. Pamiętam, że uczestniczyli w niej m.in. Eckhard Reh binder i Heinhard Steiger z RFN oraz Michel Prieur z Francji, uczeni mający znaczącą pozycję w swoich krajach. Nawiązany wówczas kontakt z Heinhardem Steigerem okazał się istotny w dalszym rozwoju naukowym Zakładu Jerzego Sommera. Z ramienia Polski głównym referentem był Jan Boć, który swoje wystąpienie poświęcił problematyce ochrony środowiska w procedurach lokalizacji inwestycji.

Drugą ważną konferencją była konferencja krajowa w Przesiece w styczniu 1978 r., zorganizowana przez Zespół Jerzego Sommera. Przypomnijmy kontekst: po nowelizacji Konstytucji PRL z 1952 r., przeprowadzonej ustawą z 10 lutego 1976 r., która do jej tekstu wprowadziła dwa przepisy odnoszące się wprost do ochrony środowiska: art. 12 ust. 2 uznający ochronę i racjonalne kształtowanie środowiska naturalnego jako dobra ogólnonarodowego za zadanie (funkcję, jak wtedy mówiono) państwa oraz art. 71 proklamujący obywatelskie prawo do korzystania z wartości środowiska naturalnego oraz nakładający na obywateli obowiązek jego ochrony, zapadła decyzja polityczna nakazująca przygotowanie ustawy o ochronie środowiska. Na konferencji w Przesiece zajęto się projektem tej ustawy. Podstawowy referat przedstawił wówczas Jan Boć, a w dyskusji nad nim zabrali głos liczni uczeni zajmujący się prawem ochrony środowiska, z Wacławem Brzezińskim na czele. Jednym z uczestników konferencji był sędzia Edward Radziszewski, który przygotował ostateczną wersję projektu, a na nią istotny wpływ wywarły

referaty i dyskusje z Przesieki. Ustawa została uchwalona po dwóch latach jako ustawa o ochronie i kształtowaniu środowiska¹¹, która weszła w życie 1 września 1980 r. i na najbliższe dwadzieścia lat ukierunkowała działania na rzecz ochrony środowiska.

Dekada lat 80. XX wieku

Ustawa o ochronie i kształtowaniu środowiska trafiła niezbyt fortunnie, weszła bowiem w życie w okresie najgorętszych zawirowań politycznych, zakończonych stanem wojennym 13 grudnia 1981 r. i następującym po nim zażenowaniem. Nie znaczy to, że badania prawa ochrony środowiska zostały przerwane. Z osiągnięć wrocławskiego ośrodka uniwersyteckiego odnotować należy kolejny podręcznik Jana Bocia i jego żony Elżbiety Samborskiej-Boć łączący problematykę prawną z ekonomiczną¹². Wrocławski Zespół Zagadnień Prawnych Kształtowania i Ochrony Środowiska próbował tchnąć życie w obywatelskie prawo do środowiska, publikując monografię zbiorową w 1987 r.¹³ oraz z pełną powagą podszedł do ówczesnej reformy gospodarczej, prowadząc badania, których efekt został opublikowany dopiero w 1990 r.¹⁴ To, że reforma gospodarcza okazała się fiaskiem, to już inne zagadnienie.

Dekada lat 80. XX wieku to okres intensywnych kontaktów międzynarodowych. Korzystając z możliwości współpracy między akademiami ówczesnych europejskich państw socjalistycznych, opublikowałem trzy monografie poświęcone problematyce odpowiedzialności karnej, administracyjnej i cywilnej w ochronie środowiska¹⁵. Ale jest to też dekada współpracy w ramach odpowiedniej komisji powołanej w Radzie Wzajemnej Pomocy Gospodarczej.

Młodszym przedstawicielom naszej dyscypliny naukowej wypada przypomnieć, że nie jest wcale tak, jakoby prawo ochrony środowiska w państwach byłego „obozu socjalistycznego” zaczęło się po rozpoczęciu transformacji ustrojowej przełomu lat 80. i 90. ubiegłego stulecia. Szukając początków kompleksowego podejścia do prawa ochrony środowiska w europejskich państwach

¹¹ Ustawa z 31 stycznia 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska (Dz.U. Nr 3, poz. 6).

¹² J. Boć, E. Samborska-Boć, *Ochrona środowiska. Zagadnienia prawne i ekonomiczne*, Wrocław 1989.

¹³ *Prawo człowieka do środowiska naturalnego*, red. J. Sommer, Wydawnictwo Ossolineum 1987.

¹⁴ *Skuteczność prawa ochrony środowiska w warunkach reformy gospodarczej*, red. J. Sommer, Wydawnictwo Ossolineum 1990.

¹⁵ W. Radecki, *Odpowiedzialność karna w ochronie środowiska. Studium porównawcze*, Wrocław 1983; *Odpowiedzialność administracyjna w ochronie środowiska. Studium porównawcze*, Wrocław 1985; *Odpowiedzialność cywilna w ochronie środowiska. Studium porównawcze*, Wrocław 1987.

socjalistycznych, należy się cofnąć o dwie dekady, a konkretnie do 14 maja 1970 r., kiedy w ówczesnej Niemieckiej Republice Demokratycznej została uchwalona ustawa o planowym kształtowaniu socjalistycznej kultury krajowej¹⁶. Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca wschodnioniemiecki nie użył w tytule ustawy pojęcia ochrony środowiska (*Umweltschutz*), lecz sięgnął do starego niemieckiego określenia kultury krajowej (*Landeskultur*), oznaczającego mniej więcej to, co dziś oddawane jest przez racjonalne korzystanie z zasobów przyrody. Jak zauważył jeden z autorów niemieckich, Volker Meinberg, pojęcie *Umweltschutz* pojawiło się w języku niemieckim dopiero w 1970 r. i to jako tłumaczenie angielskiego zwrotu *environmental protection*¹⁷. Po kilku latach w literaturze NRD-owskiej pojawił się charakterystyczny zwrot: *Landeskultur einschließlich des Umweltschutzes* (kultura krajowa wraz z ochroną środowiska), który oznacza włączenie ochrony środowiska do szerszego pojęcia korzystania z przyrody i nieco przypomina wspomnianą już propozycję polskiego autora Janusza Homplewicza.

Ustawa przyjęta w NRD w 1970 r. była pierwszą w Europie kompleksową ustawą poświęconą ochronie środowiska, ale nie ostatnią. Po trzech latach, 20 czerwca 1973 r. podobną przyjęła Rumunia pod nazwą ustawy o ochronie otaczającego środowiska¹⁸, a po kolejnych trzech latach w 1976 r. Węgry pod tytułem ustawy o ochronie środowiska człowieka¹⁹. Polska ustawa z 31 stycznia 1980 r. była w bloku państw socjalistycznych czwartą i ostatnią. W Związku Radzieckim i Bułgarii koncepcja prawnej ochrony przyrody była tak szeroka, że dawało się w nią włączyć rodzące się elementy prawnej ochrony środowiska. W Czechosłowacji natomiast obowiązywały dwie (obowiązująca wtedy Konstytucja Czechosłowacji z 1948 r. przekazywała sprawy kultury, a wśród nich ochrony przyrody na terytorium słowackim Słowackiej Radzie Narodowej) ustawy o państwowej (konserwatorskiej) ochronie przyrody: słowacka z 1955 r. i czeska z 1956 r. (bliźniaczo podobne, bo wywodzące się z tego samego projektu czeskiego), a zręby prawnej ochrony środowiska poczynają się tworzyć kombinacją tych ustaw z czechosłowacką ustawą o ochronie zdrowia, pochodzącą z 1966 r.

Współpraca naukowa prawników zajmujących się w europejskich państwach członkowskich RWPG ochroną środowiska odbywała się na organizowanych przez wspomnianą komisję co dwa lata letnich szkołach prawa ochrony śro-

¹⁶ Gesetz über die planmäßige Gestaltung der sozialistischen Landeskultur in der Deutschen Demokratischen Republik (GBl. der DDR I. Nr. 12, S. 67).

¹⁷ V. Meinberg, M. Möhrenschrager, W. Link et al. (Hrsg.), *Umweltstrafrecht. Gesetzliche Grundlagen, verwaltungsrechtliche Zusammenhänge und praktische Anwendung*, Düsseldorf 1989, s. 1.

¹⁸ Lege privind protectia mediului inconjurator (Bul. Of. 1973 Nr. 91).

¹⁹ II. törvény az emberi környezetvédelemről (MK 1976 Nr. 26).

dowiska. Początkowo stroną polską reprezentował wyłącznie Leon Łustacz, ale poczynając od spotkania w czeskich Luhačovicach z 1983 r., do tych spotkań włączył się Zespół wrocławski w osobach Sommera i mnie, w kolejnej szkole w Białowieży w 1985 r. Zespół był reprezentowany przez Sommera, Rotkę i mnie, w następnych w węgierskim Pecs w 1987 r. i turkmeńskim Aszchabadzie w 1989 r. przez Jendroškę i mnie.

Owszem, z kompleksowych ustaw o ochronie środowiska w NRD, w Rumunii, na Węgrzech i w Polsce niewiele wynikało, ale przyczyna nie leżała po stronie prawa, lecz polityki. Niewiele wynikało także z letnich szkół, po których nie pozostał żaden ślad publikacyjny. Przedstawiciele nauki prawa ochrony środowiska z europejskich państw socjalistycznych zjechali się, porozmawiali i rozjechali się, ale byłoby nieuczciwością naukową kwestionować współpracę międzynarodową. Wymiana doświadczeń była, a jej swoistym podsumowaniem okazała się opublikowana już w okresie następnym – dzięki życzliwości Gerda Wintera z Zentrum für Europäische Rechtspolitik w Bremie – w Nomosverlagsgesellschaft w języku niemieckim monografia moja i Rotki o rozwoju prawa ochrony przyrody i środowiska w Środkowej i Wschodniej Europie²⁰. Podkreślam te osiągnięcia ośrodka wrocławskiego, bo były one rzeczywistymi osiągnięciami naukowymi, a to, że nauka o prawie ochrony przyrody i środowiska w europejskich państwach socjalistycznych wraz z tak rozumianymi państwami odeszła w niebyt i dziś przedstawia jedynie ciekawostkę historyczną, to już zupełnie inne zagadnienie.

Wracam do drugiej połowy lat 80. XX wieku. Powstało wtedy we Wrocławiu ogólnopolskie Towarzystwo Naukowe Prawa Ochrony Środowiska pod prezesurą Jerzego Sommera, które wszakże szerszą działalność rozwinęło dopiero w okresie następnym. Należy także wspomnieć o realizowanym w latach 1986–1990 Centralnym Programie Badań Podstawowych 04.10. „Ochrona i Kształtowanie Środowiska Przyrodniczego” pod kierunkiem Romana Andrzejewskiego. W ramach tego programu Podprogramem CPBP 04.10.14. „Środki prawne i organizacyjne ochrony środowiska przyrodniczego” kierował Jerzy Sommer, a brali w nim udział przedstawiciele nauki prawa ochrony środowiska nie tylko z ośrodka wrocławskiego, ale przede wszystkim z niego. Jednym z rezultatów badań prawnych była monografia poświęcona prawnym formom ochrony przyrody²¹, której ustalenia wywarły pewien wpływ na poczynania legislacyjne okresu następnego.

²⁰ W. Radecki, J. Rotko, *Entwicklung des Natur- und Umweltschutzrechts in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden 1991.

²¹ *Prawne formy ochrony przyrody*, red. J. Sommer, CPBP 04.10., t. 70, Wydawnictwo SGGW-AR, Warszawa 1990.

Dekada lat 90. XX wieku

Nieco lekceważąc kalendarz, omawianie dekady lat 90. zacznę od roku 1989. Obrady polskiego „Okrągłego Stołu” wiosną 1989 r. i wybory czerwcowe tegoż roku oznaczały początek transformacji ustrojowej w kierunku demokracji parlamentarnej i gospodarki rynkowej. We wrześniu 1989 r. premier Tadeusz Mazowiecki powołał Komisję do spraw nowelizacji ustaw o ochronie środowiska. Przewodniczenie Komisji zlecił Jerzemu Sommerowi. Komisja przystąpiła do pracy w dwóch podkomisjach: pierwsza, kierowana przeze mnie, miała przygotować projekt ustawy o ochronie środowiska, druga, kierowana przez Karola Podgórskiego z Uniwersytetu Śląskiego – projekt prawa wodnego. Do pracy w pierwszej podkomisji przystąpili wszyscy z Zakładu Jerzego Sommera. Premier wyznaczył dwuletni termin przygotowania projektu. Pierwsza podkomisja potraktowała ten termin z pełną powagą, a ponieważ członkowie Zespołu zgodzili się z przedstawioną we wzmiankowanej monografii o prawnych formach ochrony przyrody tezą, że nie jest konieczne przygotowanie dwóch ustaw: o ochronie środowiska oraz o ochronie przyrody, lecz wystarczy jedna o ochronie środowiska przyrodniczego, prace podkomisji doprowadziły do sporządzenia projektu ustawy o ochronie środowiska przyrodniczego, która w odrębnym dziale regulowała kwestie tradycyjnej (konserwatorskiej) ochrony przyrody. Ten spór, który określić można mianem „jedna czy dwie ustawy”, toczył się już od kilku lat. Rzecz interesująca, że strony wiodące spór (jeśli chodzi o prawników, zwolennikiem dwóch ustaw był Michał Kulesza, jednej ustawy – ja) szermowały tym samym argumentem, ale inaczej rozumianym. Zwolennicy dwóch ustaw argumentowali, że tradycyjna ochrona przyrody uzyska należną jej wysoką rangę tylko wtedy, gdy przepisy jej dotyczące znajdują się w odrębnej ustawie o ochronie przyrody, zwolennicy jednej ustawy odwrotnie – tradycyjna ochrona przyrody uzyska należną jej wysoką rangę tylko wtedy, gdy przepisy jej dotyczące stanowią integralną część ustawy o ochronie środowiska. Kierując się tym założeniem, pierwsza podkomisja przygotowała projekt ustawy o ochronie środowiska przyrodniczego, integrujący tradycyjną ochronę przyrody z nową ochroną środowiska. Ta integracja okazała się niezwykle skomplikowana, projekt był trzykrotnie przepracowywany pod wpływem uwag zgłaszanych przede wszystkim przez ówczesne Ministerstwo Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa. Ostateczna, czwarta wersja projektu ustawy o ochronie środowiska przyrodniczego, z odrębnym działem o ochronie przyrody, została przeze mnie przedstawiona ministrowi późną wiosną 1991 r.

Zwolennicy odrębnej ustawy o ochronie przyrody nie złożyli jednak bronii i w Sejmie pojawił się poselski projekt takiej ustawy, który ku zaskoczeniu zarówno ministerstwa, jak i komisji, został uchwalony 16 października 1991 r.

jako trzecia (po pierwszej z 1934 r. i drugiej z 1949 r.) polska ustawa o ochronie przyrody²², która weszła w życie 12 grudnia 1991 r. Oznaczało to krach pomysłów integracyjnych; projektowi ustawy o ochronie środowiska przyrodniczego ministerstwo nie nadało dalszego biegu.

Dekada lat 90. XX w. to okres intensywnej działalności naukowej w ośrodku wrocławskim. Zaczęły tym razem od Uniwersytetu, którego wydawnictwo opublikowało w 1990 r. pracę zbiorową Jana Bocia, Jerzego Jendrośki, Konrada Nowackiego i wzmiankowanego już uczonego niemieckiego Gerda Wintera o dostępie do informacji w ochronie środowiska²³. Warto o tej monografii wspomnieć, bo kwestia dostępu do informacji w dziedzinie ochrony środowiska, już wtedy istotna w Europie Zachodniej, była w Polsce problematyką jeszcze zupełnie egzotyczną.

Kontakty z przedstawicielami niemieckiej i austriackiej nauki o prawie ochrony środowiska zaowocowały dwiema monografiami autorów wrocławskich opublikowanymi w latach 90. XX wieku: Konrada Nowackiego²⁴ i Jerzego Rotki²⁵.

Najważniejszym wszakże wydarzeniem tej dekady było powołanie przez Towarzystwo Naukowe Prawa Ochrony Środowiska własnego wydawnictwa z Jerzym Sommerem jako redaktorem naczelnym. Wydawnictwo rozpoczęło działalność w 1992 r. komentarzem do ustawy o Państwowej Inspekcji Ochrony Środowiska²⁶ i do końca swej działalności w drugiej dekadzie XXI wieku opublikowało 62 pozycje książkowe w dwóch głównych seriach „Monografie” i „Komentarze”. W 1995 r. wydawnictwo zainaugurowało wydawanie kwartalnika „Ochrona Środowiska. Prawo i Polityka”, który ukazywał się nieprzerwanie pod redakcją Jerzego Sommera do roku 2011, a po jego śmierci pod redakcją Haliny Lisickiej do jej śmierci w roku 2015. Wprawdzie wśród pozycji książkowych i artykułów w kwartalniku zdecydowanie dominowały prace autorów wrocławskich, ale nie wyłącznie, czego przykładem jest monografia autorów katowickich o ochronie środowiska w związku z autostradami²⁷. Łamy kwartalnika były zawsze otwarte dla autorów spoza Wrocławia, a także spoza Polski, o czym

²² Ustawa z 16 października 1991 r. o ochronie przyrody (Dz.U. Nr 114, poz. 492).

²³ J. Boć, J. Jendrośka, K. Nowacki, G. Winter, *Dostęp do informacji i akt w sferze ochrony środowiska*, Wrocław 1990.

²⁴ K. Nowacki, *Administracyjnoprawne instrumenty ochrony środowiska naturalnego w Republice Federalnej Niemiec i Austrii. Studium porównawcze*, Wrocław 1993.

²⁵ J. Rotko, *Instrumenty administracyjnoprawnej ochrony środowiska w RFN – ze szczególnym uwzględnieniem ochrony wód*, Wrocław 1998.

²⁶ W. Radecki, *Ustawa o Państwowej Inspekcji Ochrony Środowiska. Komentarz*, Wrocław 1992.

²⁷ A. Lipiński, R. Mikosz, *Prawna ochrona środowiska w związku z budową i eksploatacją autostrad*, Wrocław 1998.

świadczy kilkanaście artykułów autorów czeskich, słowackich i niemieckich opublikowanych w kwartalniku.

Najdonioślejsze osiągnięcia Zespołu Jerzego Sommera odnotowujemy na niwie działalności komentatorskiej. Jeśli przyjąć, że podstawowymi w prawie ochrony środowiska były cztery akty normatywne: ustawa o ochronie i kształtowaniu środowiska, Prawo wodne²⁸, przywoływana już ustawa o ochronie przyrody oraz pierwsza polska ustawa o odpadach²⁹, to autorzy wrocławscy skomentowali wszystkie cztery: najpierw ustawę o ochronie przyrody³⁰, po niej ustawę o ochronie i kształtowaniu środowiska³¹, następnie ustawę o odpadach³², wreszcie Prawo wodne³³ – wszystkie w Wydawnictwie Towarzystwa Naukowego Prawa Ochrony Środowiska. Warto zauważyć, że nikt spoza ośrodka wrocławskiego nie pokusił się o skomentowanie ustawy o ochronie przyrody z 1991 r. ani ustawy o odpadach z 1997 r. Jeśli zaś chodzi o dwie pozostałe, to wprawdzie były na rynku wydawniczym komentarze do ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska³⁴ oraz do Prawa wodnego³⁵, ale one, pochodzące odpowiednio z lat 1987 i 1981, z istoty rzeczy nie mogły uwzględniać fundamentalnych zmian, jakie nastąpiły po rozpoczęciu procesu transformacji ustrojowej. Te zmiany uwzględniały w pełni komentarze wrocławskie, a kilkakrotne ich wznawianie dowodzi, że cieszyły się uznaniem praktyków stosujących odnośne przepisy.

Dla porządku dodam, że kiedy w 2001 r. ukazało się nowe Prawo wodne³⁶, autorzy naszego Zakładu także ją opatrzyli komentarzem wydanym przez Towarzystwo Naukowe Prawa Ochrony Środowiska³⁷.

Na jeszcze jedną publikację Towarzystwa Naukowego Prawa Ochrony Środowiska warto zwrócić uwagę, mianowicie na objętościowo skromne, liczące zaledwie 106 stron dzieło Jerzego Jendrośki o ocenie oddziaływania na śro-

²⁸ Wówczas była to Ustawa z 24 października 1974 r. – Prawo wodne (Dz.U. Nr 38, poz. 230).

²⁹ Ustawa z 27 czerwca 1997 r. o odpadach (Dz.U. Nr 96, poz. 592).

³⁰ *Prawo o ochronie przyrody. Komentarz*, red. J. Sommer, Wrocław 1992, kolejne wydania w latach 1994, 1997 i 2001, uzupełnione suplementem z 2002 roku.

³¹ *Ustawa o ochronie i kształtowaniu środowiska. Komentarz*, red. J. Sommer, Wrocław 1995, drugie wydanie z roku 1999.

³² J. Jerzmański, M. Mazurkiewicz, W. Radecki, *Ustawa o odpadach z komentarzem*, Wrocław 1998, drugie wydanie z roku 1999.

³³ *Prawo wodne z komentarzem*, red. J. Rotko, Wrocław 1998, drugie wydanie z roku 1999.

³⁴ E. Radziszewski, *Ustawa o ochronie i kształtowaniu środowiska. Komentarz. Przepisy wykonawcze*, Warszawa 1987.

³⁵ S. Surowiec, W. Tarasiewicz, T. Zwęglińska, *Prawo wodne. Komentarz. Przepisy wykonawcze*, Warszawa 1981.

³⁶ Ustawa z 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne (Dz.U. Nr 115, poz. 1229).

³⁷ *Prawo wodne. Komentarz*, red. J. Rotko, Wrocław 2002.

dowisko³⁸. Była to zaiste pionierska w Polsce monografia odnosząca się do jednego z podstawowych instrumentów prewencyjnych ochrony środowiska, żywo dyskutowana nie tylko w Stanach Zjednoczonych, z których instrument ten się wywodzi, ale także w Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej od stosownej dyrektywy z 1985 r. Śledząc dalszy rozwój naukowy Jerzego Jendrośki i pozycję, jaką uzyskał na arenie międzynarodowej w związku z przygotowaniem i wdrażaniem Konwencji z Aarhus, z niemalą satysfakcją chciałbym podkreślić, że szlify naukowe uzyskał we wrocławskim Zakładzie Jerzego Sommera.

Dekada lat 90. to także szerokie uwzględnienie problematyki ochrony środowiska w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej uchwalonej 2 kwietnia 1997 r., przyjętej 25 maja 1997 r. w ogólnokrajowym referendum konstytucyjnym³⁹. Chodzi o regulacje zamieszczone w następujących przepisach Konstytucji: art. 5 (Rzeczpospolita zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju), art. 31 ust. 3 (konieczność ochrony środowiska może, przy spełnieniu dodatkowych warunków, pozwalać na ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw), art. 68 ust. 3 (władze publiczne są obowiązane do zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska) i art. 74 (ochrona środowiska jest obowiązkiem władz publicznych (ust. 2), które prowadzą politykę zapewniającą bezpieczeństwo ekologiczne współczesnemu i przyszłym pokoleniom (ust. 1) i wspomagają działania obywateli na rzecz ochrony i poprawy stanu środowiska (ust. 4), a każdy ma prawo do informacji o stanie i ochronie środowiska (ust. 3)), art. 86 (każdy jest obowiązany do dbałości o stan środowiska i ponosi odpowiedzialność za spowodowane przez siebie jego pogorszenie, przy czym zasady tej odpowiedzialności określa ustawa).

W roku następnym po wejściu w życie Konstytucji we wrocławskim ośrodku naukowym ukazał się sporządzony z inicjatywy i pod redakcją Jana Bocia komentarz do niej⁴⁰. W tym niezwykle oryginalnym dziele uczestniczyło 20 autorów, spośród których 18 reprezentowało Uniwersytet Wrocławski i po jednym Uniwersytet Śląski i Uniwersytet Opolski. Autorzy postawili przed sobą ambitny cel porównania obowiązujących regulacji konstytucyjnych z odpowiadającymi im regulacjami czterech polskich konstytucji: pierwszej Konstytucji 3 maja 1791 r., Konstytucji Marcowej z 1921 r., Konstytucji Kwietniowej z 1935 r. oraz Konstytucji PRL z 1952 r., z czego wywiązali się znakomicie. Owszem, byłoby grubą przesadą zaliczanie tego dzieła do literatury z zakresu ochrony

³⁸ J. Jendrośka, *Ocena oddziaływania na środowisko (OOŚ). Fachowa ekspertyza czy procedura z udziałem społeczeństwa. Sytuacja w Polsce na tle tendencji światowych*, Wrocław 1997.

³⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁴⁰ *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998.

środowiska, bo ona jest tylko minimalnym fragmentem całego opracowania, ale staranny komentarz do art. 5, art. 31 ust. 3, art. 68 ust. 3, art. 74 i art. 86, autorstwa przede wszystkim Jana Bocia, skłania mnie ku temu, abym także to dzieło zauważył w szkicu poświęconym wrocławskiej nauce prawa ochrony środowiska.

Wrocławska nauka prawa ochrony środowiska w XXI wieku

Ponownie lekko lekceważąc kalendarz, rozpocznę od roku 1999, w którym umiejscawiam dwa znaczące i brzemiennie w skutki wrocławskie wydarzenia naukowe.

Pierwszym z nich było utworzenie we Wrocławiu Centrum Prawa Ekologicznego jako niezależnego ośrodka badań i doradztwa, specjalizującego się w prawie ochrony środowiska. Funkcję dyrektora Centrum objął Jerzy Jendrośka. Z Centrum ściśle współpracowała Kancelaria Jendrośka, Jerzmański, Bar i wspólnicy.

Działalność wydawnicza Centrum zainaugurowało wkrótce po uchwaleniu podstawowej dla prawnej ochrony środowiska ustawy – Prawo ochrony środowiska⁴¹, w której powstaniu znaczący udział miał Jerzy Sommer jako przewodniczący komisji przygotowującej projekt oraz liczni prawnicy z całej Polski działający w tej komisji. Już w tymże 2001 r. Centrum wydało komentarz do tej ustawy⁴². Podkreślić trzeba, że był to pierwszy komentarz do tej podstawowej ustawy, a Centrum wykazało znaczną otwartość na współpracę naukową, jeśli zważyć, że w jedenastoosobowym składzie autorskim znaleźli się m.in. Jan Boć, Marek Bojarski i Konrad Nowacki z Uniwersytetu Wrocławskiego, Marek Górski z Uniwersytetu Łódzkiego, Aleksander Lipiński z Uniwersytetu Śląskiego i Jerzy Rotko z wrocławskiego Zakładu Jerzego Sommera.

W kolejnych latach efektem działalności naukowej Centrum były m.in.: komentarz do ustawy o odpadach, którego redaktorem i podstawowym autorem był Jan Jerzmański⁴³, komentarz do przepisów związanych z ustawą o odpadach⁴⁴ oraz podręcznik do prawa ochrony środowiska Magdaleny Bar i Jerzego Jendrośki⁴⁵, wyróżniający się oryginalnym układem, w którym po części ogólnej

⁴¹ Ustawa z 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. Nr 62, poz. 627, nadal obowiązująca w brzmieniu tekstu jednolitego – Dz.U. z 2024 r. poz. 54).

⁴² *Ustawa – Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, red. J. Jendrośka, Wrocław 2001.

⁴³ *Ustawa o odpadach. Komentarz*, red. J. Jerzmański, Wrocław 2002.

⁴⁴ *Przepisy o opakowaniach oraz o opłacie produktowej i depozytowej. Komentarz*, red. J. Jendrośka i M. Bar, Wrocław 2002.

⁴⁵ J. Jendrośka, M. Bar, *Prawo ochrony środowiska. Podręcznik*, Wrocław 2005.

i omówieniu międzynarodowego prawa ochrony środowiska następowały rozdziały o wspólnotowym i polskim prawie ochrony środowiska, skomponowane w oparciu o ten sam schemat, pozwalający czytelnikowi rozumieć polskie prawo ochrony środowiska na tle prawa wspólnotowego.

Drugim wielce znaczącym wydarzeniem naukowym było nawiązanie współpracy między czeskimi, słowackimi i polskimi przedstawicielami nauki prawa środowiska. Zaczęło się ono od wizyty w 1999 r. we Wrocławiu reprezentantów Katedry Prawa Środowiska Wydziału Prawa Uniwersytetu Karola w Pradze – Milana Damohorskiego i Vojtěcha Stejskala. Podczas pamiętnego spotkania w piwiarni na placu Solnym we Wrocławiu, w którym ze strony polskiej uczestniczyli Jerzy Sommer, Halina Lisicka, Jerzy Rotko i ja, Milan Damohorský zaproponował cykliczne konferencje prawników zajmujących się prawem środowiska z trzech bliskich sobie geograficznie, kulturowo i językowo państw: Czech, Słowacji i Polski, organizowane na przemian przez ośrodki naukowe tych trzech państw. Propozycja została przyjęta z entuzjazmem i pierwsza konferencja obradowała w Rychorskiej Boudzie w Czeskich Karkonoszach we wrześniu 2000 roku. Spotkania były kontynuowane we Wrocławiu w 2001 r., Pradze w 2002 r., ponownie we Wrocławiu w 2003 r., Varinie w 2004 r., Kašperských Horach w 2005 r., Dusznikach Zdroju w 2006 r., Hnanicach w 2007 r., Trnawie w 2008 r., ponownie w Dusznikach Zdroju w 2009 r., Ołomuńcu w 2010 r., Łądku Zdroju w 2011 r., Třešti w 2012 r., Kroczykach w 2013 r., Pecy pod Śnieżką w czeskich Karkonoszach w 2014 r., Pogorzeliczy w 2015 r., Bojnicach w 2016 r., na Morawach w 2017 r., w Chełmnie w 2018 r. i uwieńczona jubileuszową dwudziestą konferencją w Pradze w 2019 r. Po dwóch latach przerwy spowodowanej pandemią spotkania wznowiła konferencja w Pradze w 2022 r., a po niej w Toruniu z 2023 r. Jeśli chodzi o uczestników polskich, to początkowo były to spotkania prawników z Zakładu Jerzego Sommera, wśród nich Jana Jerzmańskiego, którym towarzyszyli politolodzy z Uniwersytetu Wrocławskiego, w połowie pierwszej dekady XXI wieku zaczęli dochodzić przedstawiciele innych ośrodków naukowych, aczkolwiek organizatorem polskim był zawsze Zakład Jerzego Sommera (po jego śmierci konferencję w Łądku Zdroju organizowała Halina Lisicka), ale poczynając od konferencji w Kroczykach zorganizowanej przez Uniwersytet Śląski, poprzez Pogorzelicę (Uniwersytet Szczeciński), Chełmno (Uniwersytet Kazimierza Wielkiego) i Toruń (Uniwersytet Mikołaja Kopernika) owe konferencje stały się przedsięwzięciami ogólnopolskimi, organizowanymi przez różne polskie ośrodki naukowe. Warto wszakże pamiętać, że początek dał wrocławski Zakład Jerzego Sommera, od którego zaczęły się spotkania mające już trwałe miejsce w działalności naukowej. Dodam, że wydawane po tych konferencjach, które organizowała strona polska, materiały ukazywały się w całości w języku polskim (referaty czeskie i słowackie w moim tłumaczeniu),

a więc jeśli czytelnik polski chciał coś poczytać o czeskim i słowackim prawie środowiska, miał to w języku ojczystym.

Rok 2000 zaznaczył się pierwszym wydaniem syntezy prawa ochrony środowiska autorstwa Jana Bocia, Konrada Nowackiego i Elżbiety Samborskiej-Boć⁴⁶. Nie jest to synteza jedyna, ale pierwsza sporządzona na gruncie ustawy Prawo ochrony środowiska; wprawdzie pierwsze wydanie nastąpiło jeszcze przed ustawą, ale kolejne już ją uwzględniają. Dopiero po niej ukazywały się kolejno syntezy: „katowicka” Aleksandra Lipińskiego⁴⁷, „toruńska” Błażeja Wierzbowskiego i Bartosza Rakoczego⁴⁸, „łódzka” Marka Górskiego⁴⁹ i „lubelska” Jerzego Stelmasiaka⁵⁰, do których dochodzi, w pełni zasługujący na miano syntezy, wspomniany już podręcznik Magdaleny Bar i Jerzego Jendroški. Na marginesie owych syntez warto zauważyć, jak znacząca była już wtedy pozycja naukowa Jana Jerzmańskiego w dziedzinie prawa o odpadach, czego dobitnym dowodem było to, że redaktor syntezy „lubelskiej” właśnie jego zaprosił do napisania rozdziału VII części drugiej poświęconej regulacjom sektorowym „Prawna regulacja gospodarki odpadami”.

Po tej dygresji wracam do pierwszej syntezy „wrocławskiej”, która doczekała się ośmiu wydań. Na tle innych syntez wyróżnia się ona tym, że nie ogranicza się do kwestii prawnych, lecz szeroko uwzględnia także zagadnienia ekonomiczne traktowane w pełni kompetentnie za sprawą ekonomistki Elżbiety Samborskiej-Boć, a także problemy polityczne i etyczne. To szerokie spojrzenie na ochronę środowiska jest zasługą wielkiej osobowości Jana Bocia, który zawsze był oryginalny, nie znosił krępujących schematów, nie ograniczał się do suchej analizy przepisów prawnych, lecz drążył głębiej, szukając sensu uregulowań prawnych z jednej strony w historii, z drugiej w polityce i etyce. Stąd w syntezie „wrocławskiej” historyczny rozdział wstępny o rozwoju koncepcji ochrony środowiska⁵¹, niezwykle interesujący rozdział VI – *Determinacja pozaprawna*, obejmujący zagadnienia etyczne, czy też rozdział XI – *Interes jednostki w prawie środowiska*, o czym wprawdzie traktują wszystkie syntezy, ale tylko „wrocławska” te kwestie uwypukla.

⁴⁶ J. Boć, K. Nowacki, E. Samborska-Boć, *Ochrona środowiska*, Wrocław 2000, kolejne wydania z lat 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 i 2008.

⁴⁷ A. Lipiński, *Prawne podstawy ochrony środowiska*, Warszawa 2002, 2004, 2005, 2007 i 2010,

⁴⁸ B. Wierzbowski, B. Rakoczy, *Prawo ochrony środowiska. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 2004, 2005, 2007, 2010, 2012 i 2018.

⁴⁹ *Prawo ochrony środowiska*, red. M. Górski, Warszawa 2009, 2014, 2018 i 2021.

⁵⁰ *Prawo ochrony środowiska*, red. J. Stelmasiak, Warszawa 2009 i 2010.

⁵¹ Dla porządku dodam, że kilka lat wcześniej Jan Boć wraz z żoną opublikowali wybór źródeł do prawa i polityki ochrony środowiska. Zob. J. Boć, E. Samborska-Boć, *Ochrona środowiska. Źródła*, Wrocław 1994.

Z osiągnięć naukowych ośrodka wrocławskiego w XXI wieku warto odnotować trzy programy badawcze Zakładu PAN-owskiego zakończone monografiami naukowymi dotyczącymi teoretycznych podstaw prawa ochrony przyrody⁵² i zintegrowanej ochrony prawnej środowiska⁵³ oraz roli sądów i trybunałów w ochronie środowiska⁵⁴. Podkreślam z satysfakcją i przyjemnością, że Jan Jerzmański – już od dawna wtedy poza naszym Zakładem – uczestniczył w tych trzech programach, przygotował odnośne rozdziały w trzech monografiach i znacząco przyczynił się do ich sukcesu. Nie powinna pozostać bez echa wielka monografia Jerzego Sommera oceniająca strukturę prawa środowiska⁵⁵, wielokrotnie powoływana jako jedno z wiodących dzieł teoretycznych poświęconych prawu ochrony środowiska. Odnotujmy wreszcie międzyakademijne polsko-czesko-słowackie badania nad problematyką prawną obszarów Natura 2000, w których uczestniczyli: Adam Habuda i ja z Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Hana Müllerová z Instytutu Państwa i Prawa Czeskiej Akademii Nauk oraz Barbora Kraličková z Instytutu Państwa i Prawa Słowackiej Akademii Nauk, a których efektem była monografia⁵⁶ wydana w języku polskim (materiały czeskie i słowackie w moim tłumaczeniu). Było to jedno z niewielu dzieł poświęconych szeroko rozumianej prawnej ochronie środowiska, które powstały we współpracy międzynarodowej.

Do znaczących osiągnięć wrocławskiego ośrodka naukowego należy także zaliczyć wydany w serii „Duże Komentarze Becka” komentarz do Prawa ochrony środowiska⁵⁷, który doczekał się trzech wydań, ostatnie trzecie wydanie liczy 1068 stron dużego formatu i małej czcionki. Trzon zespołu autorskiego: Marek Górski, Jan Jerzmański, Magdalena Bar i Jerzy Jendrośka ukształtował się w 2001 r. przy pracy nad wspomnianym już pierwszym komentarzem, doszli Sergiusz Urban, Marcin Pchałek i ja. Jest to najobszerniejszy na rynku wydawniczym komentarz do Prawa ochrony środowiska, który cieszy się uznaniem prawników praktyków na co dzień stosujących przepisy prawa ochrony środowiska.

Spośród osiągnięć naukowych ośrodka wrocławskiego odnotujmy jeszcze rozdział o prawnych formach działania administracji w ochronie środowiska

⁵² *Teoretyczne podstawy prawa ochrony przyrody*, red. W. Radecki, Wrocław 2006.

⁵³ *Podstawy teoretyczne zintegrowanej ochrony prawnej środowiska*, red. W. Radecki, Wrocław 2010.

⁵⁴ *Rola sądów i trybunałów w ochronie środowiska*, red. J. Rotko, Warszawa 2016.

⁵⁵ J. Sommer, *Efektywność prawa ochrony środowiska i jej uwarunkowania – problemy udatności jego struktury*, Wrocław 2005.

⁵⁶ A. Habuda (red.), *Obszary Natura 2000 w prawie polskim, czeskim i słowackim. Analiza porównawcza*, Warszawa 2017.

⁵⁷ M. Górski, M. Pchałek, W. Radecki, J. Jerzmański, M. Bar, S. Urban, J. Jendrośka, *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Warszawa 2011, wyd. 2 – 2014 r., wyd. 3 – 2019 r.

autorstwa Jana Bocia, zamieszczony w 5. tomie Systemu Prawa Administracyjnego⁵⁸. Zaproszenie do uczestnictwa w najpoważniejszym dziele teoretycznym danej gałęzi prawa, jakim jest System, jest wyrazem szczególnej nobilitacji zaproszonego autora, dlatego ze szczególną satysfakcją odnotowuję, że był nim autor wywodzący się z ośrodka wrocławskiego – Jan Boć. Podkreślić przy tym wypada, że niekwestionowana znacząca pozycja Jana Bocia w nauce prawa ochrony środowiska nie wyczerpuje jego pozycji naukowej jako wybitnego autorytetu w prawie administracyjnym, a napisany pod jego redakcją, wielokrotnie wznawiany, wyróżniony nagrodą Ministra Edukacji Narodowej, podręcznik prawa administracyjnego⁵⁹ jest i zapewne będzie częstokroć powoływany w opracowaniach z zakresu prawa administracyjnego.

Wspomnieć także chciałbym o komentarzu do ustawy o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów, w którego przygotowaniu uczestniczyłem obok Jana Jerzmańskiego⁶⁰, który wziął na siebie podstawowy ciężar pracy, a ja ograniczyłem się do tego, co mi jest szczególnie bliskie, mianowicie do regulacji o charakterze penalnym.

Tym dziełem Jan Jerzmański ugruntował swoją pozycję jako jeden z najwybitniejszych polskich znawców prawa o odpadach, na którą zapracował nie tylko komentarzem do ustawy o odpadach z 2001 r., wspomnianym już rozdziałem o prawnej regulacji gospodarki odpadami w syntezie „lubelskiej”, lecz także licznymi większymi i mniejszymi artykułami i wystąpieniami konferencyjnymi z tego zakresu prawa ochrony środowiska. Ale podkreślić chciałbym z przyjemnością, że Jan Jerzmański nie był autorem „jednego tematu”. Jego kompetencje naukowe nie ograniczały się do prawa o odpadach, o czym łatwo się przekonać, sięgając do przywoływanego już Dużego Komentarza Becka do Prawa ochrony środowiska, w którym wnikliwymi uwagami komentatorskimi opatrzył przepisy o ochronie powierzchni ziemi, o ochronie przed hałasem, ochronie zwierząt i roślin, o drogach, liniach kolejowych, liniach tramwajowych, lotniskach i portach oraz przepisy o poważnych awariach.

Jan Jerzmański okazał się także mistrzem małych form, publikując na łamach poznańskiego „Przeglądu Komunalnego” szereg krótkich felietonów prawniczych znakomicie wyjaśniających czytelnikom tego periodyku znaczenie różnych instytucji prawa ochrony środowiska. Tę rzadką umiejętność zwięzłego i jednocześnie komunikatywnego prezentowania poglądów wykorzystał w *Leksykonie*

⁵⁸ J. Boć, *Przykład prawnych form działania administracji w ochronie środowiska*, W: *Prawne formy działania administracji*, red. Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel, 403–505 (System Prawa Administracyjnego, t. 5. Warszawa 2013, s. 403–505).

⁵⁹ J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, wyd. 10, Wrocław 2004.

⁶⁰ W. Radecki, J. Jerzmański, *Ustawa o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów. Komentarz*, Warszawa 2014.

*prawa ochrony środowiska*⁶¹, w którym jest autorem kilkudziesięciu kluczowych haseł z zakresu polskiego, europejskiego i międzynarodowego prawa ochrony środowiska.

Zamiast zakończenia

W tym niepełnym z natury rzeczy opracowaniu o wkładzie ośrodka wrocławskiego w naukę prawa ochrony środowiska w Polsce starałem się uwypuklić rolę dwóch jego przedstawicieli w osobach Jana Bocia i Jana Jerzmańskiego, którzy prowadząc działalność dydaktyczną i organizatorską na Uniwersytecie Opolskim, przyczynili się do jego osiągnięć nie tylko w dziedzinie prawa ochrony środowiska, ale także w niej, co z satysfakcją podkreślałam. Ten wątek pozostawiłem wszakże poza zakresem swoich rozważań, bo nie będąc w żaden sposób związany z Uniwersytetem Opolskim, nie czuję się kompetentny do jego rozwijania. Mam nadzieję, że znaczenie Jana Bocia i Jana Jerzmańskiego dla Uniwersytetu Opolskiego przedstawią pełniej osoby w nim zatrudnione.

Bibliografia

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.
Ustawa z 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska. Dz.U. z 2024 r. poz. 54.
Ustawa z 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne. Dz.U. Nr 115, poz. 1229.
Ustawa z 24 października 1974 r. – Prawo wodne. Dz.U. Nr 38, poz. 230.
Ustawa z 27 czerwca 1997 r. o odpadach. Dz.U. Nr 96, poz. 592.
Ustawa z 16 października 1991 r. o ochronie przyrody. Dz.U. Nr 114, poz. 492.
Ustawa z 31 stycznia 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska. Dz.U. Nr 3, poz. 6.
Gesetz über die planmäßige Gestaltung der sozialistischen Landeskultur in der Deutschen Demokratischen Republik. GBl. der DDR I. Nr. 12, S. 67.

Opracowania

- Boć, Jan. 2013. Przykład prawnych form działania administracji w ochronie środowiska, W: *Prawne formy działania administracji*, red. Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel, 403–505 (System Prawa Administracyjnego, t. 5. Warszawa: C.H. Beck).

⁶¹ M. Bar, Z. Bukowski, J. Jendrośka, J. Jerzmański, S. Urban (red.), *Leksykon prawa ochrony środowiska*, Warszawa 2012.

- Homplewicz, Janusz. 1972. O należyty zasięg dla współczesnego prawa ochrony przyrody. *Chrońmy przyrodę ojczystą*, z. 3.
- Meinberg, Volker, Manfred Möhrenschrager, Wolfgang Link et al. 1989. *Umweltstrafrecht. Gesetzliche Grundlagen, verwaltungsrechtliche Zusammenhänge und praktische Anwendung*. Düsseldorf: Werner-Verlag.
- Paczuski, Ryszard. 2000. *Prawo ochrony środowiska*, Bydgoszcz: Branta.

Volume 22, Issue 1
June 2024

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

VARIA
received 2023-31-07
accepted 2024-02-23
published online 2024-07-17



VIIIth International Conference of the Balkan Association of Roman Law and Roman Legal Tradition

Societas pro Iure Romano

Cres, 5–6 October 2023

VIII Międzynarodowa Konferencja Bałkańskiego Stowarzyszenia
Prawa Rzymskiego i Rzymskich Tradycji Prawnych

Societas pro Iure Romano

Cres, 5–6 października 2023 r.

PIOTR SADOWSKI

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0002-2422-8793, psadowski@uni.opole.pl

Citation: *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(1): 203–209. DOI: 10.25167/osap.5271

W dniach 5–6 października 2023 r. w mieście Cres, na wyspie o tej samej nazwie, w Chorwacji odbyła się VIIIth International Conference of the Balkan Association of Roman Law and Roman Legal Tradition „Societas pro Iure Romano” pt. „Feminae”. Organizatorem konferencji był Wydział Prawa Uniwersytetu w Rijece. Wydarzenie naukowe miało miejsce w Pałacu Moise – szesnastowiecznej budowli, która po gruntownym remoncie stała się ośrodkiem badawczym i konferencyjnym Uniwersytetu w Rijece. Konferencja miała miejsce w 50-lecie powstania Uniwersytetu w Rijece. Jej formalnego otwarcia dokonali: dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu w Rijece prof. **Dario Đerđa**, Ph.D, i przewodnicząca Bałkańskiego Stowarzyszenia Prawa Rzymskiego i Rzymskich Tradycji Prawnych „Societas pro Iure Romano” prof. **Malina Novkirishka Stoyanova**. Konferencja zgromadziła uczonych w przedmiocie prawa rzymskiego i dotyczyła kwestii kobiet w starożytnym Rzymie w różnych aspektach historyczno-prawnych.

Konferencja odbyła się na terenie, który przed wiekami stanowił część imperium rzymskiego, na terytorium zwanym *Illiricum*. Być może pod koniec II czy na początku III w. n.e. chwilowo terytoria te włączono do Dalmacji (M. Blečić, *Prilog poznavanju antičke Tarsatike*, „Vjesnik Arheološkog Muzeja u Zagrebu” 2001, vol. 34, s. 79). Jeszcze wcześniej ziemie te określano *Liburnia*, na które oddziaływały sąsiednie ludy zwane *Iapodes*. Starożytna *Tarsatica* (dzisiaj Rijeka), jak również wyspa *Crexi* (dzisiaj Cres) zostały wspomniane już m.in. przez Pliniusza Starszego (I w. n.e.) w *Historii naturalnej* (ks. 3.140). Wyspa Cres zamieszkała była w starożytności przez Liburnów, ale spotykamy na niej ślady greckiej, rzymskiej i bizantyńskiej obecności. Dzisiaj w centrum Rijeki możemy oglądać rzymskie pozostałości, takie jak Brama (*Porta*), zwana niegdyś Rzymskim Łukiem, czy *Principia Tarsatica* – bazę zaopatrzeniową fragmentu *Claustra Alpium Iuliarum* – systemu obronnego i muru z okresu późnego cesarstwa wzdłuż odgałęzienia Alp Julijskich.

Sesji plenarnej sympozjum przewodniczył Prof. **Željko Bartulović**, Ph.D. W ramach tej sesji uczestnicy wysłuchali następujących referatów: Prof. **Marija Ignjatović**, Ph.D., *The Role and Position of Women in Ancient Rome*; Prof. **Malina Novkirishka Stoyanova**, Ph.D., *Mater Familias*; Prof. **Salvatore Puliatti**, Ph.D., *Female Image and Protection of Women in Late Antiquity*; Prof. **Valerius M. Ciuca**, Ph.D., Prof. Mircea-Dan Bob-Bocșan, Ph.D., *A Ship, Named Feminae, in the Mediterranean Port Ovidius... Some Ovidian, Legal and Moral, Ideas. Florilegium*; Prof. **Anamari Petranović**, Ph.D., *(In)firmity of Feminae (The Roman Approach to the Mediaeval Item)*.

Prof. **Marija Ignjatović**, Ph.D, chciała przybliżyć rolę i pozycję kobiet w starożytnym Rzymie. Zastanawiała się nad stanowiskiem prawnym kobiet zwłaszcza w zakresie prawa publicznego. Choć kobiety nie miały prawa głosu na zgromadzeniach ludowych czy możliwości piastowania urzędów państwowych, to jednak w cesarstwie niektóre z nich odegrały ważną rolę. Profesor z Niszu, miejsca narodzin cesarza Konstantyna Wielkiego, wskazała na przykład cesarskich matek, które odegrały znaczącą społeczną rolę, i co nie może dziwić – zaprezentowała także realny wpływ św. Heleny na ówczesną sytuację polityczną. Przewodnicząca SIR Prof. **Malina Novkirishka Stoyanova**, Ph.D, z Uniwersytetu w Sofii pochyliła się nad kwestią *mater familias* – matką rodziny, która mogła być żoną będącą pod władzą męża, kobietą nie podlegającą władzy męża czy ojca rodziny, czyli *sui iuris*, jak i kobietą cieszącą się dobrą opinią. Profesor przywoływała także poglądy polskiego uczonego Witolda Wołodkiewicza na dany temat. Konkludowała, że „kobieta była widziana przede wszystkim jako matka, dawczyni życia, ochraniająca religią, moralnością i zwyczajami. Zameżna, rozwiedziona, wdowa, pod władzą męża czy *sui iuris* miała swoją pozycję w społeczeństwie rzymskim i była prawnie ochraniająca”.

Prof. **Salvatore Puliatti**, Ph.D., z Uniwersytetu w Parmie w świetle źródeł prawnych i literackich z okresu późnego cesarstwa szukał obrazu rzymskiej kobiety. W sposób szczególny sięgnął do regulacji cesarza Justyna I i Justyniana Wielkiego. Prof. **Valerius M. Ciuca**, Ph.D., z Uniwersytetu w Iasi (Rumunia) poddał analizie twórczość Owidiusza i jego prawne, a także moralne idee, które rzutowały na rozwiązania prawne w odniesieniu do kobiet. Z utworów rzymskiego poety, który doświadczył relegacji do Tomi (dzisiaj Konstanca w Rumunii), akcentował fragmenty mówiące o szacunku należnym kobietom, ich pięknu i duchowi, będące hołdem składanym odwiecznej kobiecości. Natomiast Prof. **Anamari Petranović**, Ph.D., z Uniwersytetu w Rijeci świadoma pozycji prawnej kobiety w Rzymie, sięgnęła do *Statutum Terrae Fluminis anno MDXXX*, czyli Statutu miasta Rijeka z 1530 r. i dokonała porównania wybranych kwestii z zakresu prawa rzeczowego, zobowiązań i spadków świadczących o potencjalnej czy realnej ochronie kobiet ze względu na ich słabość („fragilitas”).

Po sesji plenarnej odbyły się obrady w pięciu równoległych sekcjach. W sekcji I zaprezentowane zostały następujące referaty: Prof. **Emilija Stanković**, Ph.D., *Wages for women who embroidered according to Diokletian's Price Edicts*; Prof. **Milena Polojac** Ph.D., *Consortium and women*; Assoc. Prof. **Valentina Cvetković-Đorđević**, Ph.D., *Women's Legal Capacity – An Overview of the Roman Law and the 1844 Serbian Civil Code Solutions*; Assoc. Prof. **Simeon Groysman**, Ph. D., *Feminae-peregrinae, Religious Marriage and Women's Rights: Modern dialogues with Ideas of Ancient Societies*; Assoc. Prof. **Vladimir Vuletić**, Ph.D., *Feminae: imbecilitas aut optimus sexus*; Assoc. Prof. **Esin Kranli Bajram**, Ph.D., *The Role of Woman in Roman matrimonium iustum*; Assist. Prof. **Tihomir Rachev**, Ph.D., *Women, Obligations, Liability – Senatusconsultum Velleianum*.

W sekcji II: Prof. **Gian Luca Gregori**, Ph.D., *The ius III vel IIII liberorum in Epigraphic Sources*; Assoc. Prof. **Željko Lazić**, Ph.D.; Assist. Prof. **Danilo Rončević**, Ph.D.; **Martin Matijašević**, Ph.D., *Torts in Roman Law with Special Emphasis on the Position of Women as the Perpetrator of the Punishable Act*; Assoc. Prof. **Anisoara Babalau**, Ph.D., *Wives, Concubines and Daughters of Roman Officials with Financial-fiscal Duties in Epigraphic Sources from Roman Dacia*; Assist. Prof. **Milan Milutin**, Ph.D., *Dowry and the Responsibility for mora debitoris in the Roman Classical Texts*; **Sara Mitić**, Ph.D., Teaching Assist., *The Hereditary Status of Women after the Senate Decisions*; **Maria Albu**, Ph.D., Senior Lecturer, *The Dacian Woman and her Life Until the Roman Conquest of Dacia*; **Petrut – George Bran**, Ph.D., Lecturer, *The Dowry Action. The Woman's Privilege Over Other Mortgage Creditors*; **Ivan Belaj**, Mag. Iur., Senior Lecturer, *The Roman Presumption of mater semper certa est and the Protection of Motherhood in Modern Law*.

W sekcji III: Prof. **Ivana Jaramaz Reskušić**, Ph.D., *Prostitution in the Context of Roman Criminal Law*; Prof. **Teodor Sambrian** Ph.D., *Femina et crimina: Women as the Subject of the Crime in Roman Criminal Law*; Assoc. Prof. **Ivan Milotić**, Ph.D.; Assoc. Prof. **Dunja Milotić**, Ph.D., *Roman Sorcery and its Reflections in Medieval Communes on Eastern Adriatic Coast*; Assoc. Prof. **Piotr Sadowski**, Ph.D., *Women and Prison in the Light of the Imperial Constitutions of the Late Roman Empire*; **Monica Ferrari**, Ph.D., Postdoctoral Researcher, *Dying for Love: 'Femicides' in Roman Egypt in the 4th Century* (P. Aktenbuch Pages 3-8).

W sekcji IV: Prof. **Mirjana Akimovska-Polenak**, Ph.D.; Prof. **Vlado Bučkovski**, Ph.D., Prof. **Goce Naumovski**, Ph.D., **Panče Kjosev**, LL.M., *Analysis of Certain Characteristics of Byzantine Rhetoric*; Prof. **Željko Bartulović**, Ph.D., *Some Questions of the Legal Position of Women in Statutes of Kvarner from the End of 13th until the Middle of the 15th Century*; Assoc. Prof. **Ivona Šego-Marić**, Ph.D.; **Ivana Marušić**, LL.M., Teaching Assist., *Testamentum in Roman Law and Statement of the Last Will of Katarina Vukčić Kosača*;

Assist. Prof. **Ines Matić Matešković**, Ph.D.; Assist. Prof. **Danijela Vrbljanac**, Ph.D., *The Marital Property Regime and the Position of Women under Medieval Statutes in Kvarner and Istria: A Glimpse Forward*; Assist. Prof. **Janko Paunović**, Ph.D., *The Right of Dowry in the Statute of Kotor*; Assist. Prof. **Aleksandra Szymańska**, Ph.D., *Non-dotal Assets of the Wife in Medieval and Early Modern Commentaries on the Corpus Iuris Civilis*.

W sekcji V: Prof. **Budislav Vukas**, *The Role of Provisions on Human Rights Protection in Constructing the Nord Adriatic Identities*; Prof. **Zrinka Erent-Sunko**, Ph.D.; Assist. Prof. **Miran Marelja**, Ph.D., *The Legal Position of Women in Militarized Societies*; Assoc. Prof. **Berat Aqifi**, Ph.D., *The Role of the Cadastre Buildings in Establishing the Ownership of Floors in the Legal System in Kosovo*; Assoc. Prof. **Sanja Gligić**, Ph.D., *Greek Women v. Roman Women*, Assist. Prof. **Timčo Mucunski**, Ph.D.; Prof. **Aleksandar Klimovski**, Ph.D., *The Function of the peculium in Roman Legal, Economic and Social Relation*; Assist. Prof. **Stoyan Ivanov**, Ph.D., *Iura, feminae, monetae. The Rights and the Power of Women in Rome Represented in the Imperial Coinage*.

Międzynarodowa konferencja naukowa pt. „Feminae” uzmysłowiła uczestnikom, że jednym z ważnych czynników rzutujących na pozycję kobiety w starożytnym Rzymie był jej status prawny. W prawie rzymskim był on niższy niżli status mężczyzny. Dostrzegali to już Papinian, który w księdze 31 *quaestionum* pisał: „W wielu przepisach naszego prawa gorsze jest stanowisko «prawne» kobiet niż mężczyzn” (D. 1.5.9). Zaś Ulpian w księdze 46 *ad edictum* zauważał: „Natomiast kobieta jest początkiem i końcem swojej rodziny” (D. 50.16.195.5). Ten sam jurysta w księdze 1 *institutionum* pisał o pozycji prawnej kobiety,

wyjaśniając kto jest ojcem rodziny, a kto nim nie jest. Córkę, wnuczkę zrodzone z syna czy prawnuczkę znajdowały się pod władzą *pater familias* (D. 1.6.4). Gdy żona wchodziła pod władzę męża, także stawała się osobą *alieni iuris*. Gdy kobieta pozostawała *sui iuris*, to i tak pozostawała pod opieką (*tutela mulierum*). Potrzebę opieki nad kobietami, nawet gdyby były pełnoletnie, Gaius tłumaczył zmiennością usposobienia (*levitas animi*) (G.I. 1.144; G.I. 1.190). Przez wieki przypisywano kobiecie słabość ze względu na płeć (*infirmitas sexus; imbecillitas sexus; fragilitas sexus*), bezradność (*infirmitas consilii*), zmienność usposobienia (*levitas animi*). Od kobiety wymagano przede wszystkim, by była matką i strażniczką życia rodzinnego. Kobiety nie miały w rodzinie władzy nad dziećmi. Do wielu aktów prawnych, przede wszystkim tych formalnych, wymagana była zgoda opiekuna. Od pryncypatu *tutela mulierum* coraz częściej była ustanawiana nie tyle z racji słabości kobiety ze względu na płeć, co w interesie opiekuna w celu zachowania majątku kobiety. Już w II w. p.n.e. instytucja *tutoris optio*, na mocy której żona podlegająca *manus* mogła dokonywać wielokrotnego wyboru tutora, przyczyniała się do upadku *tutela mulierum*. Opieka nad kobietą mogła być sprawowana ustawowo czy na mocy testamentu. Na bazie *lex Atilia* kobieta mogła poprosić urzędnika o wyznaczenie jej tutora. Mocą *lex Iulia et Titia* August uzupełniał, że na prowincji urzędnikiem ustanawiającym opiekuna kobiecie w sytuacji braku tutora ustawowego czy testamentowego byli *praesides provinciae*. Co więcej, w świetle *lex Iulia et Papia Poppaea* kobieta, która urodziła określoną liczbę dzieci (troje – *ingenua*, czworo – *libertina*) stawała się wolna od opieki. Kategorię kobiet wolnych od opieki rozszerzył Klaudiusz (Svet., *Claud.* 18.2-19). Cesarz ten także na mocy *lex Claudia* zniósł agnacyjną tutelę wobec kobiet wolno urodzonych. Najprawdopodobniej po *lex Claudia tutela mulierum* zanikła wobec kobiet wolno urodzonych, a utrzymała się względem wyzwolonic, choć i nad tymi w III w. n.e. zanikła (por. M. Zabłocka, *Zanikanie instytucji tutela mulierum w prawie rzymskim*, „Prawo Kanoniczne. Kwartalnik Prawno-Historyczny” 1987, nr 30/3-4, s. 239-252). Kobieta przez wieki nie mogła dokonać przysposobienia czy zostać opiekunem. Płeć, oprócz wieku, choroby psychicznej czy marnotrawstwa była ważnym czynnikiem rzutującym w antycznym Rzymie na zdolność do czynności prawnych. Gorsze stanowisko prawne kobiet dotyczyło przede wszystkim prawa publicznego.

Kobieta rzymska stereotypowo była postrzegana jako zdolna do zabobonu, trucicielstwa czy magii. Mogła ona dopuścić się aborcji (*abortio*), podmiary dziecka (*suppositio partus*) czy złamania ślubów czystości (*incestum*), cudzołóstwa (*adulterium*), kazirodztwa (*incestum*) czy nierządu (*stuprum*), romansowania z niewolnikami. Niekiedy była traktowana łagodniej podczas dochodzenia czy wymierzania kary ze względu na domniemaną nieznaną

prawa (D.22.6.9.pr.). Ulpian w ks. 33 *Komentarza do edyktu* pisał: „Posag jest odbierany kobietom skazanym «na podstawie» pięciu ustaw: o zbrodni zdrady stanu, o przemocy skierowanej przeciwko interesom publicznym, o zabójstwach popełnionych na bliskich krewnych, o trucicielach, o skrytobójcach” (D. 48.20.3). Potomstwo kobiet skazanych na prace w kopalniach, jeśli urodziło się podczas wykonywania kary przez matkę, rodziło się wolne (D. 48.19.28.6). Kobiety zasadniczo były skazywane na najłżejszą pracę w kopalni. Skazanie mogło być dożywotnie lub czasowe. Podobnie były skazywane do warzenia soli (D. 48.19.8). Możliwość oskarżania kogokolwiek w publicznoprawnym postępowaniu karnym była ograniczona, chyba żeby dotyczyła dochodzenia praw związanych ze śmiercią rodziców, dzieci, patrona, patronki lub ich zstępnych (D. 48.2.1). W myśl *senatus consultum Turpilianum* kobieta była łagodniej traktowana i nie ponosiła odpowiedzialności za celowe odwołanie czy nieuzasadnione odstąpienie od skargi karnej, ewentualnie cofnięcie oskarżenia publicznego (*tergiversatio*) (D. 48.16.4).

Autorowi niniejszego sprawozdania oprócz sesji plenarnej dane było wysłuchać przedłożeń III sekcji, z których chciałby wyróżnić referat prof. **Teodora Sambriana** Ph.D., pt. *Femina et crimina: Women as the Subject of the Crime in Roman Criminal Law*. Uczony z Uniwersytetu w Craiova (Rumunia) pochylił się nad takimi *crimina* w Rzymie, gdzie stroną podmiotową przestępstwa była wyłącznie albo głównie kobieta: cudzołóstwo (*adulterium*), nierząd (*stuprum*), czerpanie korzyści z cudzołóstwa czy *stuprum* (*lenocinium*), aborcja (*abortus*), a także przestępstwa gdzie kobieta nie była stroną podmiotową, jak np. porwanie kobiety (*raptus mulierum*). Profesor zaprezentował także kary, jakie były wymierzane kobietom, a także recepcję rozwiązań rzymskich w systemie średniowiecznego prawa rumuńskiego. Mówiąc o aborcji, T. Sambrian przywołał konstytucję Septymiusza Sewera i Karakalli z ok. 211 r., której treść została przywołana w „Digestach Justyniana”: „Ulpianus w księdze trzydziestej trzeciej *Komentarza do edyktu*: Postanowiono, że jeśli kobieta ściśnie płód, aby poronić, namiestnik prowincji skaże ją na wygnanie” (D. 48.8.8). Inne fragmenty Digestów jak i D. 48.19.39 pozwalają nam lepiej zrozumieć reskrypt, a mianowicie to, że karanie miało na celu, by nie powstawało przekonanie, że „bezkarnie, pozbawiła ona męża dzieci” (D. 47.11.4), jak i to że dotyczyło to nie tylko kobiety zamężnej, ale także i po rozwodzie, która mogłaby kierować się nienawiścią do byłego męża (D. 48.19.39).

Z polskich uczonych na konferencji gościli dr hab. Piotr Sadowski, prof. UO (Opole) i dr Aleksandra Szymańska (Wrocław). Ks. Piotr Sadowski zaprezentował kwestię „Kobieta a więzienie w świetle konstytucji późnego cesarstwa rzymskiego”. Czasami kobieta w starożytnym Rzymie trafiała do więzienia. Świadczą o tym źródła prawne i pozaprawne. Trafiły tam zwykle kobie-

ty z niższego stanu społecznego czy niewolnice. Te należące do *honestiores* rzadko, czasami przez pomyłkę. Liczba uwięzionych kobiet wzrosła w czasie prześladowań chrześcijan. Rzymski *carcer* nie był karą pozbawienia wolności w ścisłym słowa znaczeniu, a tylko środkiem zaradczym. Służył do „przetrzymywania ludzi, a nie do ich karania” (D. 48.19.8.9). W takim więzieniu przebywali oskarżeni oczekujący na proces karny i wyrok, skazani w oczekiwaniu na wykonanie kary. Rzymski *carcer* zwykle był aresztem, miejscem wykonania wyroku czy odosobnienia osób, które z pobudek psychicznych zagrażały sobie czy innym, a z którymi to ich najbliżsi nie radzili sobie. Gdy w prowincjach czasami namiestnicy zaczęli traktować sam *carcer* jako karę, to cesarz Hadrian zdecydowanie temu się sprzeciwił (D. 48.19.35). Kondycja więźniów w dominancie nie była łatwa. Widać to choćby w pismach retora z IV w. Libanusa. Na poprawę losu więźniów wpłynęło ustawodawstwo zwłaszcza chrześcijańskich cesarzy. Dotyczyło to także kobiet przebywających w więzieniu. Cesarz Konstancjusz w 340 r. chciał, aby osadzeni mężczyźni i kobiety nie przebywali w tych samych pomieszczeniach. Konstytucja ta znajduje się w *Kodeksie Teodozjańskim* 9.3.3 i została ona dokładnie powtórzona w *Kodeksie Justyniańskim* 9.4.3. Takie postanowienie cesarskie miało na celu ochronę kobiety ze względu na słabość płci i było obrazem konkretnej postawy społecznej. Wpisywało się on w szereg działań ustawodawczych władców tej epoki chcących ochraniać honor kobiety, matki czy żony. Było ono zapewne owocem troski o integralność seksualną kobiety. Kwestia kobiety w korelacji do więzienia stała się także przedmiotem rozdziału 9 Noweli 134 z 556 r. W świetle tej noweli Justynian Wielki zabronił osadzać kobiety w więzieniu. Zakaz ten dotyczył kobiet zasądzonych w sprawach podatkowych lub z powodztw osób prywatnych. W takich sytuacjach mogła ona odpowiedzieć czy to za pośrednictwem męża czy innej osoby. Zabronione zostało także wtedy przetrzymywanie w więzieniu kobiet oskarżonych o najcięższe przestępstwa, które dały poręczyciela lub zapewniły, że zastosują się do decyzji sądu. Kobieta oskarżona o najcięższe przestępstwa miała być umieszczona w klasztorze czy domu modlitwy. Miała być pod strażą kobiet, tak aby nie ucierpiała jej czystość. Na przykładzie powyższej konstytucji widzimy, jak wielką rolę nadawał cesarz życiu zakonnemu. *Ratio legis* analizowanych konstytucji każe nam dostrzegać ogólne trendy humanizowania sytuacji więźniów w okresie późnego cesarstwa rzymskiego.

Uczestnicy konferencji byli ulokowani w Hotelu Kimen w Cres. Tam też miały miejsce uroczyste kolacje, w czasie których uczeni mogli wymieniać swoje poglądy. Sympozjum pozwoliło znawcom prawa rzymskiego lepiej poznać dawne *Illiricum*, zwłaszcza wyspę i miasto Cres, a przede wszystkim pochylić się nad zagadnieniem kobiet, z którym wciąż łączy się wiele nowych wyzwań.

EDITORS / REDAKTORZY
Karina Ćwirzeń (teksty polskojęzyczne)
Jacek Jędrzejowski (teksty anglojęzyczne)

TECHNICAL EDITOR / REDAKTOR TECHNICZNY
Jolanta Brodziak

TYPESETTING AND LAYOUT / SKŁAD I ŁAMANIE
Waldemar Szweda

PROOFREADING / KOREKTA
Zespół (teksty polskojęzyczne)
Jacek Jędrzejowski (teksty anglojęzyczne)

COVER DESIGN / PROJEKT OKŁADKI
Jolanta Brodziak

© Copyright by Uniwersytet Opolski
Opole 2024

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