

# OPOLSKIE STUDIA

ADMINISTRACYJNO-PRAWNE

**THE OPOLE STUDIES IN ADMINISTRATION AND LAW**

Półrocznik • Semi-annual

Grudzień • December 2024

22

**Zeszyt • Issue 2**

**UNIwersytet Opolski • UNIVERSITY OF OPOLE**

ISSN 1731-8297

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

e-ISSN 6969-9696

SCIENTIFIC BOARD / RADA NAUKOWA

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

HONORARY EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR HONOROWY

*Włodzimierz Kaczorowski*

EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR NACZELNY

*Marta Woźniak*

THEMATIC EDITORS / REDAKTORZY TEMATYCZNI

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

SECRETARY / SEKRETARZ REDAKCJI

*Katarzyna Biczysko-Pudelko*  
*Olga Sachanbińska-Dobrzyńska*

ADDRESS OF THE EDITORIAL BOARD / ADRES REDAKCJI

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

**Declaration concerning the original version**

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

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

## SPIS TREŚCI

### ARTYKUŁY

Łukasz BERNACIŃSKI, Konstytucyjne uwarunkowania zwalczania chorób epidemicznych w Polsce. Wybrane zagadnienia w świetle doświadczeń przeciwdziałania COVID-19 .....	9
Wojciech FILIPKOWSKI, The problem of multiple interpretations of the terms “Information” and “Data” in the Polish Criminal Code and its consequences .....	27
Jerzy JENDROŚKA, The substantive right to environment and the procedural environmental rights under the Aarhus Convention – Part II .....	43
Łukasz KIERZNOWSKI, Rozprawa doktorska jako osiągnięcie habilitacyjne .....	85
Ariel MUCHA, Funkcjonowanie rejestru przedsiębiorców KRS w zakresie dotyczącym spółek handlowych z perspektywy reguł ochrony danych osobowych.....	103
Gellért NAGY, The protection of constitutional identity in some East-Central European states.....	123
Olga SITARZ, „Wstręt do pracy” – ewolucja karnoprawnej reakcji na postawę społeczną .....	141
Róbert SZUCHY, Ágoston KOROM, European Union law requirements related to the restitution of properties – <i>does or under what conditions does the EU law require in practice the payment of a market-based compensation, and can that be enforced by EU law?</i> .....	159
Paweł ŚWITAL, Piotr KOBYSLSKI, Podatek od nieruchomości z perspektywy praktyki stosowania prawa oraz kierunków zmian.....	177

### GLOSZY

Kamila GABOR-WAŁACH, Family benefits under the coordination of social security systems in the EU: equal benefits for local and non-resident workers – a gloss to the Judgment of the Court of Justice of 16 June 2022. C-328/20 .....	197
---	-----

## **VARIA**

Marek GÓRSKI, Pamiętamy o Janku... Wspomnienie koleżeńskie o dr. Janie Jerzmańskim .....	213
Jerzy STELMASIAK, Wspomnienie o śp. Prof. dr. hab. Konradzie Nowackim .....	217

## CONTENTS

### ARTICLES

Łukasz BERNACIŃSKI, The Constitutional conditions for combating epidemic diseases in Poland. Selected issues in the light of the experience of counteracting COVID-19 .....	9
Wojciech FILIPKOWSKI, The problem of multiple interpretations of the terms “Information” and “Data” in the Polish Criminal Code and its consequences .....	27
Jerzy JENDROŚKA, The substantive right to environment and the procedural environmental rights under the Aarhus Convention – Part II .....	43
Łukasz KIERZNOWSKI, The doctoral dissertation as an achievement towards earning habilitation .....	85
Ariel MUCHA, The functioning of the Polish Company Register regarding commercial companies in the light of the personal data protection regulations.....	103
Gellért NAGY, The protection of constitutional identity in some East-Central European states.....	123
Olga SITARZ, “Aversion to work” – the evolution of the criminal law response to antisocial behavior .....	141
Róbert SZUCHY, Ágoston KOROM, European Union law requirements related to the restitution of properties – <i>does or under what conditions does the EU law require in practice the payment of a market-based compensation, and can that be enforced by EU law?</i> .....	159
Paweł ŚWITAL, Piotr KOBYLSKI, The real estate tax from the perspective of law application practice and directions of changes .....	177

### GLOSSES

Kamila GABOR-WAŁACH, Family benefits under the coordination of social security systems in the EU: equal benefits for local and non-resident workers – a gloss to the Judgment of the Court of Justice of 16 June 2022. C-328/20 .....	197
---	-----

## **VARIA**

Marek GÓRSKI, We remember about Janek... A friendly memory of Dr Jan Jerzmański.....	213
Jerzy STELMASIAK, A memory of the Late Prof. Konrad Nowacki, Ph.D.....	217

## **Artykuły**





Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

ORIGINAL ARTICLE  
received 2023-11-21  
accepted 2024-03-21  
published online 2024-11-05



# Konstytucyjne uwarunkowania zwalczania chorób epidemicznych w Polsce. Wybrane zagadnienia w świetle doświadczeń przeciwdziałania COVID-19

The Constitutional conditions  
for combating epidemic diseases in Poland.  
Selected issues in the light of the experience  
of counteracting COVID-19

ŁUKASZ BERNACIŃSKI

Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris  
ORCID: 0000-0002-3491-8675, [lukasz.bernacinski@ordoiuris.pl](mailto:lukasz.bernacinski@ordoiuris.pl)

**Citation:** Bernaciński, Łukasz. 2024. Wybrane zagadnienia w świetle doświadczeń przeciwdziałania COVID-19. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 9–25.  
DOI: 10.25167/osap.5307.

**Abstract:** To counteract the spread of the COVID-19 epidemic, tools interfering with human freedoms and rights were largely used, some restrictions being introduced in a manner inconsistent with the Constitution. It is therefore necessary to examine whether, under the conditions of a regular functioning of the state, the requirements imposed on the authorities by the Constitution in the field of combating epidemic diseases, in particular in the aspect of using restrictions on freedoms and rights for this purpose, were met in the process of counteracting the COVID-19 epidemic. A mainly formal-dogmatic research method was used, thanks to which it was established that the main, although not the only, directive for the action of public authorities resulting from Article 68 of the Constitution, is the need to provide a legal framework for an efficient functioning of the health care system, which is not harmed when anti-epidemic activities dominate its structure. Therefore, the legislator should fulfill their duty, first of all, by preparing a system for efficient operation during an epidemic, instead of manually controlling anti-epidemic activities in a crisis situation.

**Keywords:** constitution, epidemic diseases, COVID-19, human rights, public health protection

**Abstrakt:** Do przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się epidemii COVID-19 wykorzystano w znacznej mierze narzędzia ingerujące w wolności i prawa człowieka, jednak ograniczenia wprowadzano w sposób niezgodny z Konstytucją. Należy zatem zbadać czy w warunkach normalnego funkcjonowania państwa wymogi, jakie przed władzami stawia Konstytucja w zakresie zwalczania chorób epidemicznych, w szczególności w aspekcie wykorzystania w tym celu ograniczeń wolności i praw, zostały spełnione w procesie przeciwdziałania epidemii COVID-19. Zastosowano głównie formalno-dogmatyczną metodę badawczą, dzięki której ustalono, że główną, choć nie jedyną, dyrektywą działania władz publicznych wynikającą z art. 68 Konstytucji jest konieczność zapewnienia ram prawnych sprawnego funkcjonowania systemu opieki zdrowotnej, który nie doznaje uszczerbku, gdy działania przeciwepidemiczne dominują w jego strukturze. W związku z tym ustawodawca winien wypełnić swój obowiązek przede wszystkim przygotowując system do sprawnego działania w czasie epidemii zamiast manualnie sterować działaniami przeciwepidemicznymi w sytuacji kryzysowej.

**Słowa kluczowe:** Konstytucja, choroby epidemiczne, COVID-19, prawa człowieka, zdrowie publiczne

## 1. Wprowadzenie

Wartość w postaci zdrowia publicznego oraz konstytucyjny obowiązek zwalczania chorób epidemicznych wymagały od władz publicznych w okresie epidemii COVID-19 podjęcia niezbędnych działań, zmierzających do minimalizacji negatywnych skutków rozprzestrzeniania się choroby. Kryzysowa sytuacja wymuszała sprawne podejmowanie decyzji oraz dynamiczne tempo wprowadzania zmian w prawie. Jednak takie okoliczności nie uzasadniają tworzenia prawa naruszającego konstytucyjnie gwarantowanych wolności i praw człowieka, ani nie usprawiedliwiają braku nowelizacji wadliwych przepisów najszybciej jak to możliwe. Tego rodzaju zaniedbania przyczyniły się do podważenia zaufania jednostek do instytucji państwa i tworzonego prawa, rodząc jednocześnie szereg trwałych, negatywnych konsekwencji – także w obszarze bezpośredniego przeciwdziałania COVID-19 i ochrony zdrowia publicznego.

W związku z tym, że nadejście w przyszłości kolejnych mniej albo bardziej groźnych pandemii jest pewne, należy zbadać zarówno obowiązki państwa w kontekście zwalczania chorób epidemicznych, jak również konstytucyjne warunki ograniczania korzystania z wolności i praw człowieka. Celem niniejszego opracowania jest zaprezentowanie konstytucyjnych uwarunkowań realizacji obowiązku zwalczania chorób epidemicznych, a także kryteriów oceny konstytucyjności regulacji prawnych wprowadzanych w związku z realizacją

rzeczono obowiązkowi. Ze względu na nieobszerne ramy niniejszego opracowania omówieniu poddano jedynie wybrane zagadnienia, które wydają się istotne z perspektywy oceny konstytucyjności środków przyjętych dla przeciwdziałania COVID-19 oraz zwalczania chorób epidemicznych w przyszłości. W analizie wykorzystano przede wszystkim formalno-dogmatyczną metodę badawczą, w konkluzjach zaś uwzględniono rekomendacje działań władz publicznych w czasie wolnym od zarazy.

## 2. Prawo jednostki do ochrony zdrowia

Zgodnie z art. 68 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (dalej: Konstytucja) każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Krąg adresatów tego prawa nie doznaje żadnych wyłączeń, bowiem normą objęte zostały „wszystkie istoty ludzkie od momentu poczęcia, aż do naturalnej śmierci” (Zoll 2000: 8).

Trybunał Konstytucyjny wywodzi z tego przepisu prawo podmiotowe jednostki do ochrony zdrowia oraz obiektywny nakaz podejmowania przez władze publiczne takich działań, które są konieczne dla należytej ochrony i realizacji tego prawa (K 2/98). Z art. 68 ust. 1 Konstytucji nie wynika roszczenie o jakiegokolwiek świadczenie, a jedynie roszczenie o zapewnienie realizacji istoty tego prawa.

Państwo nie ma możliwości zagwarantowania jednostce dobrego zdrowia, lecz może je objąć ochroną wyrażającą się w działaniach profilaktycznych i leczniczych (Florczak-Wątor 2021: 231). Także Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że treścią prawa do ochrony zdrowia nie jest abstrakcyjnie określony stan zdrowia poszczególnych jednostek, lecz możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności (K 14/03). Stanowisko to poddała krytyce Anna Surówka wskazując, że prawo do ochrony zdrowia służy ochronie abstrakcyjnego dobra jakim jest zdrowie i zostało przyznane jednostkom ze względu na ich przyrodzoną godność, ochrona zaś tego dobra służy pełniejszej ochronie życia oraz godności ludzkiej (Surówka 2004: 173–174). Dalej autorka argumentuje, że realizacja omawianego prawa nie zachodzi wyłącznie w chwili korzystania ze świadczeń systemu opieki zdrowotnej, lecz obejmuje także sytuacje, gdy zdrowie jednostek jest zagrożone jeszcze przed wystąpieniem konieczności skorzystania z systemu opieki zdrowotnej. „Bardzo łatwo można wyobrazić sobie pewien hipotetyczny stan, w którym ustawodawca będzie usiłował stworzyć ustawę nakazującą np. stosowanie pewnych szkodliwych środków ochrony roślin, które będą stwarzały zagrożenie dla zdrowia potencjalnych konsumentów tych roślin. W takiej sytuacji nie będzie można mówić o tym, iż

«treścią prawa do ochrony zdrowia nie jest jakiś abstrakcyjnie określony [...] stan „zdrowia” poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia», albowiem w tym przypadku zagrożenie zdrowia będzie następowało jeszcze przed wystąpieniem konieczności korzystania ze świadczeń medycznych. Stan zagrożenia zdrowia będzie wyprzedzał konieczność zastosowania jakiegokolwiek procedury medycznej. Czy zatem w takiej sytuacji nie będzie można się powołać na zagrożenie zdrowia i żądać jego ochrony? Wydaje się, że taki wniosek jest błędny” (Surówka 2004: 174). Jakkolwiek pogląd ten nie doczekał się aprobaty w orzecznictwie polskich sądów i trybunałów, to zdaje się być dobrą egzemplifikacją wątpliwości osób, które sceptycznie podchodzą do jakości badań poprzedzających wprowadzanie do obrotu produktów międzynarodowych korporacji.

Artykuł 68 Konstytucji nie pozwala na skonstruowanie materialnej definicji pojęcia „ochrona zdrowia”. Ponadto nie ma możliwości wskazania rodzajów bądź kategorii świadczeń mieszczących się w zakresie prawa gwarantowanego przez ten przepis. Stąd też należy przyjąć, że przepis ten ma znaczenie gwarancyjne przede wszystkim na płaszczyźnie instytucjonalnej i proceduralnej (Florczak-Wątor 2021: 231). Kluczowego znaczenia nabiera w związku z tym właściwe skonstruowanie ram prawnych funkcjonowania systemu ochrony zdrowia, w tym między innymi podziału kompetencji przyznawanych instytucjom realizującym zadania publiczne w sferze ochrony zdrowia (K 14/03).

Jak wskazuje Leszek Bosek, minimalna gwarancyjna treść prawa do ochrony zdrowia wyraża się zarówno w zakazie ingerencji w procesy życiowe człowieka, jak i w obowiązku ukształtowania systemu ochrony zdrowia w taki sposób, aby skutecznie zabezpieczyć owe procesy życiowe człowieka. Autor ten wyklucza przy tym taką wykładnię art. 68, która umożliwiałaby ustawodawcy takie określenie systemu ochrony zdrowia, które *de iure* lub *de facto* umożliwiałoby odmowę udzielenia pomocy, np. osobie nieubezpieczonej w sytuacji zagrożenia życia (Bosek 2016: 1527).

### 3. Obowiązki państwa związane z prawem do ochrony zdrowia

W doktrynie znany jest pogląd, że poszczególne ustępy art. 68 powinny być czytane i interpretowane w związku ze sobą jako elementy jednej regulacji prawnej, przez co należy rozumieć, że postanowienie, iż każdy ma prawo do ochrony zdrowia, należy odczytywać chociażby w świetle nakazu zapewnienia obywatelom równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych. Postanowienia ust. 2–5 dopełniają zatem postanowienia ust. 1, jednakże w sumie nie wyczerpują treści pojęcia prawa do ochrony zdrowia

(Trzeciński, Wiącek 2016: 727). Odczytywanie wszystkich ustępów art. 68 Konstytucji jako całości gwarantuje minimum praw podmiotowych.

Na mocy art. 68 ust. 2 Konstytucji obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Przepis ten nakłada na władze publiczne obowiązek stworzenia odpowiednich instytucji zapewniających możliwość zapobiegania chorobom, a w przypadku ich wystąpienia – odpowiedniego ich zwalczania (Banaszak 2009: 352).

Łączne odczytanie art. 68 ust. 1 i 2 Konstytucji pozwala wskazać, że do nie naruszalnej istoty prawa do ochrony zdrowia zaliczyć należy: zabezpieczenie w budżecie państwa odpowiednich środków finansowych umożliwiających funkcjonowanie publicznego systemu opieki zdrowotnej, stworzenie gwarancji prawnych – w tym instytucjonalnych i proceduralnych – właściwego wykorzystywania tych środków, oparcie systemu opieki zdrowotnej na publicznej służbie zdrowia, zapewnienie obywatelom warunków umożliwiających faktyczne skorzystanie z danego świadczenia opieki zdrowotnej i zapewnienie odpowiedniej infrastruktury służącej efektywnemu funkcjonowaniu systemu opieki zdrowotnej (Trzeciński, Wiącek 2016: 734–736). Do powyższego wyliczenia należy dodać także obowiązek wprowadzenia takich regulacji prawnych, które zapewnią możliwość skompletowania odpowiedniej kadry pracowniczej w podmiotach systemu opieki zdrowotnej – zarówno co do jakości, jak i liczby pracowników. Ponadto istotnym uzupełnieniem obowiązku umożliwienia obywatelom faktycznego skorzystania z danego świadczenia jest stworzenie ram prawnych udzielania świadczeń zdrowotnych na odległość przy wykorzystaniu systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Obowiązkiem władz publicznych pozostaje także sformułowanie ustawowych, jasnych, precyzyjnych i weryfikowalnych kryteriów dostępności poszczególnych świadczeń. Wynika z tego, że naruszeniem prawa do ochrony zdrowia byłoby takie ukształtowanie warunków dostępności do świadczeń opieki zdrowotnej, które dawałoby instytucjom służby zdrowia nadmierną swobodę lub uznaniowość w przyznawaniu poszczególnym pacjentom uprawnień do konkretnych świadczeń (Trzeciński, Wiącek 2016: 738). Powyższe składa się na ogólnie zakreślone wymaganie, że system opieki zdrowotnej jako całość musi być efektywny (K 14/03).

Kolejna jednostka redakcyjna art. 68 stanowi, że władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku. Przepis ten wskazuje, że określonym grupom należy zapewnić szczególną opiekę zdrowotną, negując tym samym koncepcję prymitywnego egalitaryzmu w dostępie do opieki zdrowotnej. Przepis ten wskazuje jednocześnie na uzasadnione uprzywilejowanie wymienionych kategorii osób w trosce o ochronę ich zdrowia. Można

przyjąć, że także w czasie stanu epidemii obywatele należący do wymienionych grup powinni mieć zapewnione szczególne świadczenia rozumiane szerzej niż tylko świadczenia opieki zdrowotnej (Bosek 2016: 1562). Przypomnieć przy tym należy, że w orzecznictwie wskazuje się, iż „celem opieki zdrowotnej jest nie tylko leczenie i rehabilitacja, ale również dbałość o zachowanie zdrowia oraz zapobieganie chorobom” (K 24/07), co jest szczególnie istotne w kontekście zwalczania chorób epidemicznych.

Odnotować także trzeba, że dalszymi elementami składającymi się na prawo do ochrony zdrowia są wyrażone w art. 68 ust. 4 i 5 obowiązki władz publicznych względem zdrowia publicznego wyrażające się odpowiednio w zwalczaniu chorób epidemicznych i zapobieganiu negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska, a także popieraniu rozwoju kultury fizycznej, zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży. Powyższe ustępy dookreślają treść prawa podmiotowego do ochrony zdrowia nie wyrażając odrębnych praw podmiotowych (Bosek 2016: 1563).

#### **4. Obowiązek zwalczania chorób epidemicznych**

Szczegółowe omówienie obowiązku z zakresu zdrowia publicznego, jakim jest obowiązek zwalczania chorób epidemicznych nałożony na władze publiczne, należy rozpocząć od próby zdefiniowania pojęć zdrowia publicznego oraz chorób epidemicznych. Zdrowie publiczne może być rozumiane jako dbałość o higienę, zapobieganie chorobom przez wczesną diagnozę i profilaktykę, kontrolę zakażeń, zwalczanie chorób przez opiekę medyczną, promocję zdrowia fizycznego i psychicznego (Banaszak 2009: 412). Ochrona zdrowia publicznego obejmuje zatem szeroki kontekst prawny i społeczny i wyraża się między innymi w obowiązku usuwania zewnętrznych zagrożeń zdrowia jednostki, w szczególności poprzez zwalczanie chorób zakaźnych, pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych i opiekę medyczną (Bosek 2016: 1564). Konstytucja nie definiuje pojęcia choroby epidemicznej. W doktrynie wskazuje się, że pojęcie to można rozumieć szeroko, jako synonim choroby zakaźnej.

Choroby epidemiczne mogą być zwalczane zarówno przy wykorzystaniu zwykłych środków konstytucyjnych, jak i poprzez wprowadzenie któregoś ze stanów nadzwyczajnych opisanych w rozdziale XI Konstytucji. W obu przypadkach narzędzia przeciwdziałania rozprzestrzenieniu się chorób epidemicznych mogą polegać na ograniczaniu wolności i praw człowieka, a w wypadku wprowadzenia któregoś ze stanów nadzwyczajnych obok regulacji szczegółowych pozwalających na wprowadzenie ograniczeń, aktualne pozostaną wymogi formułowane przez ogólną klauzulę limitacyjną (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Na mocy art. 68 ust. 4 Konstytucji władze publiczne przyjmują na siebie obowiązki związane ze zwalczaniem chorób epidemicznych i z zapobieganiem

negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska oraz z finansowaniem ich realizacji (Winczorek 2008: 164). Jak wskazuje L. Bosek, obowiązek zwalczania chorób epidemicznych nie wyraża się w wyeliminowaniu chorób zakaźnych czy zapewnieniu przez władze publiczne abstrakcyjnie określonego stanu odporności społeczeństwa lub stanu zdrowia poszczególnych jednostek. Treścią tego obowiązku jest możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom zakaźnym, urazom i niepełnosprawności. W związku z tym kluczowe pozostaje prawidłowe określenie przez ustawodawcę sfery organizacyjnej związanej ze skonstruowaniem całego systemu ochrony zdrowia, a nie jedynie systemu ochrony przeciwepidemicznej (Bosek 2022: 144). Podstawowym zatem działaniem realizującym obowiązek z art. 68 ust. 4 Konstytucji winno być stworzenie podstaw normatywnych i organizacyjnych zwalczania chorób epidemicznych, a tworzenie systemu opieki zdrowotnej nie może pominąć środków zwalczania chorób epidemicznych (Bosek 2016: 1564). Konieczne jest przyjęcie regulacji pozwalających w dynamiczny sposób zwiększyć podaż świadczeń zdrowotnych, na które w nagły sposób zwiększył się popyt. Taka sytuacja wystąpi na przykład w czasie rozprzestrzeniania się choroby epidemicznej (Trzcіński, Wiącek 2016: 735).

Przepis konstytucyjny nie przesądza czy środki zwalczania chorób epidemicznych powinny być stosowane na zasadzie dobrowolności, zgodnie z zasadą prawa do samostanowienia, czy na zasadzie przymusu leczniczego. W orzecznictwie sądów administracyjnych wyrażony został pogląd, zgodnie z którym wartość w postaci osiągnięcia wysokiej odporności populacyjnej może w szczególnych przypadkach uzasadniać ograniczanie konstytucyjnej zasady wolności i nietykalności osobistej (art. 41 Konstytucji) oraz prawa do samostanowienia (art. 47 Konstytucji), jeżeli inna forma perswazyjna aniżeli przymus leczniczy nie jest w tym zakresie skuteczna (VII SA/Wa 2443/18; VII SA/Wa 1995/19). W doktrynie i orzecznictwie nie ulega również wątpliwości, że ustawodawca może wprowadzić obowiązkowe szczepienia ochronne oraz inne środki zwalczania chorób epidemicznych ingerujące w wolności i prawa jednostek, jednak powinien czynić to z poszanowaniem zasady proporcjonalności i formalnych wartości demokratycznego państwa prawnego (Bosek 2022: 147; VII SA/Wa 1995/19). W kontekście głośno wyrażanych obaw dostrzegalnej części społeczeństwa co do skutków zdrowotnych powszechnego obowiązku szczepień (niezależnie od zasadności tych wątpliwości), pojawiających się inicjatyw przyjęcia ustawy wprowadzającej taki obowiązek (Projekt ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych) czy wreszcie stosowania długotrwałej izolacji jako sposobu

przeciwdziałania chorobom epidemicznym (zob. szerz. Świącicki 2022: 285–320) wypada dodać, że do fundamentalnej warstwy treści obowiązku zwalczania chorób epidemicznych należy zakaz naruszania przez władze publiczne kondycji psychofizycznej, w jakiej aktualnie człowiek się znajduje (Bosek 2022: 144), którą postrzegać można jako obejmującą optymalny z punktu widzenia procesów życiowych stan organizmu danej osoby, tak w aspekcie funkcji fizjologicznych, jak i psychicznych (K 26/96).

Obowiązek władz publicznych w postaci zwalczania chorób epidemicznych powinien być realizowany nie tylko w sposób nienaruszający kondycji psychofizycznej, lecz także z poszanowaniem godności osoby ludzkiej i jej prawa do życia. Interpretacja art. 68 ust. 4 Konstytucji w związku z art. 30 i 38 Konstytucji pozwala stwierdzić, że zwalczanie chorób epidemicznych nie może dokonywać się kosztem życia i zdrowia ludzi cierpiących na inne choroby. Konstytucja wyklucza stosowanie takich środków, które pozbawiałyby chorych dostępu do nagłych albo planowych zabiegów ratujących życie, ponieważ zwalczanie abstrakcyjnego zagrożenia nie może prowadzić do pogorszenia stanu zdrowia bądź śmierci konkretnych osób (por. Bosek 2022: 145; K 44/07).

Ponadto środki zwalczania chorób epidemicznych przyjmowane na podstawie art. 68 ust. 4 Konstytucji RP powinny wpisywać się w cel i przedmiot całej regulacji rangi konstytucyjnej (Bosek 2022: 141). Oznacza to, że omawiany przepis powinien być odczytywany w świetle między innymi zasad dobra wspólnego, demokratycznego państwa prawnego, ochrony godności człowieka, ochrony życia człowieka czy wreszcie zasady proporcjonalności (Bosek 2022: 141–142).

## **5. Konstytucyjne warunki ograniczania wolności i praw człowieka**

Wolności i prawa człowieka co do zasady są nienaruszalne, lecz realizowane *in foro externo* nie mają charakteru absolutnego (Bernaciński 2022: 29). W Konstytucji odnaleźć można, oprócz szczegółowych klauzul ograniczających, także przepis ogólny (art. 31 ust. 3), który wyznacza dopuszczalne granice ingerencji państwa w sferę wszystkich konstytucyjnych wolności i praw człowieka. Marek Szydło trafnie wskazuje, że literalna wykładnia omawianego przepisu prowadzi do wniosku, że Konstytucja nie tyle dozwala na ograniczanie konstytucyjnych praw i wolności jako takich, co raczej dozwala na ograniczanie wykonywania danego prawa lub wolności (Szydło 2016: 776). Oznacza to, że ograniczenia nie mogą godzić w istotę prawa, a celem ich wprowadzenia winna być ochrona jednej z wartości wymienionych w przedmiotowym przepisie. W doktrynie przyjmuje się, że art. 31 ust. 3 Konstytucji wyznacza pięć kryteriów dopusz-



czalności ingerencji w sferę praw człowieka: wyłączność ustawy; zasadę proporcjonalności; wymóg uwzględniania zasad państwa demokratycznego; nakaz realizacji wymienionych w tym przepisie wartości, to jest bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i prawa innych osób; zakaz naruszania istoty wolności i praw (Wojtyczek 1999: 78).

Przesłanka formalna jaką jest wyłączność ustawy suponuje wymóg szczególności i kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne przy tym jest przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej czy organom samorządu lokalnego swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń (P 11/98). Należy wskazać, że pomimo jasnego wymogu ustanawiania ograniczeń wolności i praw wyłącznie w ustawie, w okresie epidemii wprowadzono szereg ograniczeń w rozporządzeniu wydanym na podstawie upoważnienia zawartego w art. 46b ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. W orzecznictwie kwestionowana jest treść delegacji ustawowej do wydania przez Radę Ministrów rozporządzenia określającego nakazy, zakazy i ograniczenia, a sam art. 46b uznawany jest za normę o charakterze blankietowym (Florczak-Wątor 2020: 11–13).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwaliła się linia orzecznicza, zgodnie z którą przesłanka konieczności ustanowienia ograniczenia w demokratycznym państwie wymaga każdorazowego rozważenia, czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, czy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona oraz czy jej efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. (Kp 1/05). Przesłanka ta nakazuje by istniała rzeczywista potrzeba dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Ponadto jej treść obejmuje wymóg zastosowania takich tylko środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów, oraz niezbędne, czyli będą chronić określone wartości albo w taki sposób, albo w takim stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność wyraża się również w dyrektywie korzystania ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu. Konieczność, zatem mieści w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń. Spełnienie tych postulatów wymaga każdorazowej analizy ograni-

czenie prawa lub wolności, w tym poprzez zważenie wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu, jak również przez ocenę metody realizacji ograniczenia (Kp 1/05).

Ochrona zdrowia publicznego w kontekście naruszania prawa do samostanowienia może wyrażać się w konieczności poddania się badaniom przez jednostkę, „ale też ma to miejsce raczej w sytuacjach nadzwyczajnych, a wówczas zastosowanie będą miały przepisy o sytuacjach nadzwyczajnych, które pozwalają na inne niż «zwykłe» ograniczenie wolności i praw jednostek”<sup>1</sup>. Bezprawne działanie organów władzy publicznej polegałoby zatem na nadzwyczajnych ograniczeniach mimo braku stanu nadzwyczajnego.

## 6. Wybrane ograniczenia praw i wolności zastosowane w zwalczaniu COVID-19

Zwalczanie pandemii COVID-19 oparto w znacznej mierze na zróżnicowanych w swym zakresie temporalnym i ciężarze ograniczeniach (a niekiedy naruszeniach istoty) wolności i praw człowieka. Ze względu na liczne regulacje, ewolucję koncepcji ograniczeń oraz ich okresowe rozluźnianie i zaostrzanie wymienić należy w tym miejscu przynajmniej niektóre z nich (zob. szerz. Wawrzyniak 2022: 567–591<sup>2</sup>).

Pierwsze ograniczenia działalności gospodarczej polegały na ograniczeniu funkcjonowania galerii handlowych, wprowadzeniu nakazu serwowania potraw przez restauracje jedynie na wynos, zamknięciu siłowni, basenów, klubów tanecznych, klubów fitness, muzeów, bibliotek i szeroko rozumianej branży rozrywkowej czy ograniczeniu działalności uzdrowiskowej. Zakazano także zgromadzeń powyżej 50 osób o charakterze publicznym, państwowym i religijnym. Z czasem wprowadzono całkowity zakaz zgromadzeń, a limit osób podczas zgromadzeń religijnych ustalono na 5 osób niezależnie od charakterystyki miejsca zgromadzenia. Obowiązkowe stało się także zakrywanie ust i nosa. Spośród dużej grupy ograniczeń wolności przemieszczania się wskazać trzeba chociażby na ograniczenie w przemieszczaniu się poza celami bytowymi, zdrowotnymi i zawodowymi, zachowanie oznaczonej odległości między dwiema przemieszczającymi się osobami czy wprowadzenie limitu miejsc dla

---

<sup>1</sup> Pogląd ten wyrażony został w: M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy*, w: *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, oprac. B. Oliwa-Radzikowska, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 1998, s. 45–59, za: Zakolska 2008: 132.

<sup>2</sup> Przywołana publikacja klarownie podaje podstawy prawne wymienionych niżej niektórych ograniczeń praw i wolności. Z uwagi na rozmiary opracowania autor odstępuje w tym miejscu od ich podawania.

osób podróżujących środkami transportu publicznego. Istotnym ograniczeniem przemieszczania się jest także nakaz pozostawania w izolacji lub na kwarantannie. W szczytowym momencie (28 stycznia 2022 r.) zakazem opuszczania miejsca odbywania kwarantanny objętych było 1 068 384 osób (zob. Koronawirus w Polsce).

Czasowo zaprzestano także udzielania świadczeń w zakresie leczenia uzdrowiskowego oraz rehabilitacji leczniczej, a negatywny wynik testu diagnostycznego w kierunku zakażenia COVID-19 stał się warunkiem udzielania wybranych świadczeń zdrowotnych. Z czasem testowanie zostało zniesione dla osób zaszczepionych, choć w doktrynie nie ulega wątpliwości, że szczepienia nie chronią przed zakażeniem, ani nie dają gwarancji przerwania transmisji wirusa, a jedynie ograniczają zagrożenie rozprzestrzeniania wirusa przez osobę zaszczepioną (Rynekzdrowia.pl 2021).

Ponadto okresowo zakazano korzystania z rowerów miejskich dostępnych publicznie, korzystania z terenów zieleni (zamknięcie lasów i plaż) jak również korzystania z ogrodów zoologicznych, placów zabaw, miejsc postoju na terenach leśnych, które mają infrastrukturę do zabawy, biwakowania.

Zjawiskiem obserwowanym podczas pandemii COVID-19 było także ograniczanie wolności i praw bez jakiegokolwiek podstawy prawnej, a nawet w niepiśnany sposób. Często ograniczenia wprowadzane były w regulacjach wewnętrznych określonych podmiotów bez adekwatnej podstawy prawnej lub bez oparcia na aktualnej wiedzy naukowej, a skutkowały naruszeniem praw pracowników lub osób trzecich. Podmioty lecznicze przykładowo odmawiały pacjentom kontaktu z osobami bliskimi (Ojczyk 2021), w tym matkom z noworodkami (Majewska 2020), utrudniały albo uniemożliwiały usługę duszpasterską (Bernaciński, Furman, Przebierała 2021: 7–8, 16, 20). Rozpoczęcie udzielania pomocy w podmiotach medycznych wstrzymywane było także w ciężkich przypadkach do czasu uzyskania wyniku testu w kierunku COVID-19 (Pecka 2022). Elementem presji, która miała doprowadzić do osiągnięcia odporności populacyjnej stało się odmawianie udzielenia świadczeń medycznych osobom niezaszczepionym przeciwko COVID-19 (Rynekzdrowia.pl 2022). Kierownicy podmiotów leczniczych informowali podwładnych objętych obowiązkiem szczepień ochronnych przeciwko COVID-19, że brak realizacji obowiązku będzie skutkowało rozwiązaniem umowy o pracę. W części przypadków tak właśnie się działo, nawet przed terminem aktualizacji obowiązku<sup>3</sup>. Faktycznie naruszana była wolność prezentowania wyników badań naukowych, np. poprzez ograniczenia, jakim w dyskursie publicznym poddawana była debata o przyjętych kierunkach zwalczania epidemii w Polsce.

---

<sup>3</sup> Dokumenty w zbiorach własnych autora.

## 7. Konkluzje

Odczytanie wszystkich jednostek redakcyjnych art. 68 Konstytucji jako jednej regulacji pozwala wskazać, że artykuł ten z jednej strony potwierdza prawo podmiotowe jednostki do ochrony zdrowia, z drugiej zaś nakłada na władze publiczne nakaz podejmowania aktywności koniecznych dla należytej ochrony i realizacji tego prawa. W tym kontekście jako działania fundamentalne jawią się te związane z odpowiednim ukształtowaniem systemu opieki zdrowotnej, w tym przede wszystkim z zagwarantowaniem ram prawnych i organizacyjnych dla funkcjonowania systemu, zabezpieczeniem środków publicznych w celu jego finansowania (także na inwestycje infrastrukturalne) oraz takim jego skonstruowaniem, aby skutecznie chronić i podtrzymywać procesy życiowe człowieka, w tym poprzez nałożenie obowiązku udzielania pomocy, szczególnie w sytuacji zagrożenia życia. Obowiązkiem władz publicznych pozostaje również takie sformułowanie dostępności świadczeń opieki zdrowotnej, które *de iure* i *de facto* uniemożliwią stosowanie nadmiernej uznaniowości lub wprowadzania nieznanym prawu warunków skorzystania przez obywatela z określonych świadczeń. Oznacza to, że podczas epidemii system opieki zdrowotnej powinien być już infrastrukturalnie i organizacyjnie przygotowany do udzielania natychmiastowej pomocy osobom zakażonym lub podejrzanym o zakażenie w sposób zapewniający bezpieczeństwo innych pacjentów, zamiast stawiania im warunków, które faktycznie uniemożliwiają skorzystanie ze świadczeń opieki zdrowotnej. Należy podkreślić, że realizacja powyższych dyrektyw, składających się na efekt w postaci zapewnienia dobrze zorganizowanego i sprawnie działającego systemu opieki zdrowotnej oraz sprawiedliwych warunków dostępności do świadczeń, przekłada się bezpośrednio na stopień efektywności zwalczania chorób epidemicznych. Z natury swej obowiązki związane z właściwym ukształtowaniem systemu opieki zdrowotnej realizowane są długoterminowo, stąd ich wypełnienie musi mieć miejsce przede wszystkim w czasie wolnym od zarazy.

Suweren artykułem 68 ust. 4 Konstytucji nałożył na władze publiczne obowiązek zwalczania chorób epidemicznych, którego treścią nie jest całkowita eliminacja chorób zakaźnych lub wytworzenie odporności stadnej w społeczeństwie, lecz umożliwienie jednostkom skorzystania z systemu ochrony zdrowia przygotowanego do przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się chorób zakaźnych. Realizacja przedmiotowego obowiązku ogranicza się (a zarazem wypełnia) do efektywnego zorganizowania systemu opieki zdrowotnej, którego jednym z elementów jest system ochrony przeciwepidemicznej. Rząd nie powinien zatem przejmować manualnej kontroli nad zwalczaniem epidemii wyrażającej się z definicji w liczbie zakażeń, lecz stworzyć ramy prawne i organizacyjne do efektywnego przeciwdziałania zakażeniom i leczenia chorób przez specjalistów. Kluczowe pozostaje wyważenie interdyscyplinarnego głosu doradczego

ekspertów, który powinien zapewnić władzom publicznym możliwość wprowadzenia efektywnych, opartych na aktualnym stanie wiedzy naukowej regulacji prawnych zmierzających do zapewnienia funkcjonowania systemu opieki zdrowotnej. Trzeba również podkreślić, że obowiązek zwalczania chorób epidemicznych nie może być realizowany w sposób naruszający godność człowieka lub jego prawo do życia. W szczególności nie wolno przeciwdziałać skutkom epidemii w sposób uniemożliwiający ratowanie życia lub przyczyniający się do pogorszenia stanu zdrowia ludzi cierpiących na inne choroby. W szczególności dotyczy to pozbawiania pacjentów możliwości skorzystania z planowych lub doraźnych zabiegów medycznych. Abstrakcyjne zagrożenie epidemiczne nie uzasadnia bowiem poświęcenia stanu zdrowia lub życia jednostki cierpiącej na inne schorzenia niż choroba zakaźna.

Przepisy Konstytucji nie wskazują wyraźnie, czy środki zwalczania chorób epidemicznych muszą być stosowane na zasadzie dobrowolności. Wypada jedynie przypomnieć, że wolności i prawa człowieka, choć są nienaruszalne, nie mają charakteru absolutnego, a korzystanie z nich może zostać ograniczone. Należy każdorazowo rozstrzygać konflikt wartości w postaci wolności i nietykalności osobistej czy samostanowienia każdego o sobie oraz ochrony zdrowia publicznego, ze szczególnym uwzględnieniem zarówno rzeczywistego zagrożenia jakie niesie choroba epidemiczna dla zdrowia publicznego, jak również dla jednostki wykazującej określony stan zdrowia i znajdującej się w zindywidualizowanej sytuacji. Trzeba przy tym wskazać, że niejednokrotnie problemów będzie nastroczać sytuacja, w której ochrona zdrowia publicznego będzie uzasadniać ingerencję w sferę praw i wolności, lecz w indywidualnym przypadku (a nawet w przypadku całych grup obywateli) tego rodzaju regulacje okażą się zbędne albo nieproporcjonalne. Uzasadnione wówczas będzie zróżnicowanie sytuacji prawnej grup osób ze względu na ryzyko zarażenia i rozprzestrzeniania choroby. Nie jest zatem wykluczone wprowadzenie obowiązku lub przymusu leczniczego, jednak za jego zastosowaniem musi przemawiać aktualna wiedza medyczna, porównanie korzyści do kosztów i ryzyk oparte na interdyscyplinarnych badaniach naukowych, sposób i zakres jego stosowania musi spełniać konstytucyjne warunki ingerencji w wolności i prawa człowieka, a dyrektywa dobrowolności powinna zostać utrzymana tak długo jak to rozsądnie możliwe.

W kontekście zwalczania chorób epidemicznych za pomocą ograniczania wolności i praw człowieka podkreślić należy, że stan epidemii nie uzasadnia naruszania norm konstytucyjnych. Niezależnie od tego, czy przeciwdziałanie skutkom epidemii dokonuje się z wykorzystaniem zwykłych środków konstytucyjnych, czy poprzez wprowadzenie któregoś z konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych, ingerencja w sferę praw i wolności człowieka musi spełniać konstytucyjne warunki. Sposób zwalczania epidemii COVID-19 w Polsce budzi

uzasadnione zastrzeżenia z perspektywy konstytucyjnej. Wątpliwości wzbudza już spełnienie przesłanki formalnej opisanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trzeba uznać, że pojawienie się nowego, nieznanego wcześniej zagrożenia zdrowia i życia może wymagać dynamicznego podejmowania decyzji, które często nie byłoby możliwe przy zastosowaniu rozbudowanego trybu legislacyjnego przewidzianego dla aktów rangi ustawowej. Należy zatem rozważyć, czy wprowadzanie ograniczeń praw i wolności (które mogłoby nie być konieczne, gdyby nie zaniechanie realizacji fundamentalnych działań w okresie wolnym od zarazy) w akcie podustawowym wydanym na podstawie wątpliwej jakości upoważnienia ustawowego można porównywać do działania w stanie wyższej konieczności, jednak tylko na ściśle początkowym etapie epidemii. Niezależnie od okoliczności takie prawo obarczone pozostaje wadliwością konstytucyjną, ale postrzegane jest przez odbiorców jako obowiązujące w sensie tetycznym (z autorytetu), daje organom władzy publicznej podstawę do egzekwowania określonych zachowań adresatów, a także oddziałuje na obowiązywanie norm w sensie behawioralnym. Nie ma jednak usprawiedliwienia dla braku wprowadzenia kompletnej, precyzyjnej regulacji ustawowej tak szybko jak to możliwe. Działania legislacyjne podejmowane w trakcie trwającego stanu epidemii budzą także zastrzeżenia z perspektywy zasady określoności prawa, zachowywania zasad techniki prawodawczej, czy realizacji nakazu zachowania odpowiedniego *vacatio legis*. Skala i ciężar wymienionych zaniechań nie licują ze standardem demokratycznego państwa prawnego, podważając zaufanie obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Odrebnym zagadnieniem pozostaje realizacja zasady proporcjonalności w zwalczaniu chorób epidemicznych. Jak wskazano wcześniej, podstawowym obowiązkiem władz publicznych jest efektywne ukształtowanie systemu opieki zdrowotnej oraz jej elementu w postaci systemu ochrony przeciwepidemicznej. Nie jest zaś wskazane przejmowanie przez władze państwowe kontroli nad szczegółowymi sposobami redukcji liczby zakażeń – tak jak stało się w czasie epidemii COVID-19. Skoro jednak przyjęto taką a nie inną strategię, trzeba wskazać, że ocenę tego, czy ograniczenia praw i wolności wprowadzane w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 były proporcjonalne, należy oprzeć na interdyscyplinarnych badaniach naukowych. O tym jakie środki miały szansę doprowadzić do zamierzonego przez ustawodawcę celu w postaci redukcji liczby zakażeń i hospitalizacji, a jednocześnie były niezbędne dla ochrony zdrowia publicznego, a pozytywne skutki ich stosowania były większe niż skutki negatywne i ciężary nałożone na obywateli, przesądzić powinni eksperci z zakresu nauk medycznych, społecznych czy humanistycznych. Zaprezentowanie wyników badań dotyczących skutecznych metod przerywania transmisji wirusa, ochrony przed ciężkim przebiegiem choroby czy zdrowotnych, społecznych i gospodarczych skutków stosowania farmaceutycznych i niefarmaceutycznych interwencji powinno mieć

uprzedni charakter dla pracy prawnika. W przeciwnym wypadku ocena może oprzeć się na uproszczeniach czy dezinformacji, a także rozpowszechniony może zostać błąd, który legł u podstaw kontrowersji związanych z przeciwdziałaniem COVID-19 – fragment wiedzy naukowej zostanie przedstawiony jako obraz całości, a ocena dokonywana będzie przez pryzmat swojej tylko specjalizacji i bieżących celów.

### Wykaz skrótów

Konstytucja – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.

### Bibliografia

#### Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.

Projekt ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (EW-020-741/21). Dostęp: 18.11. 2023. [https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-741-2021/\\$file/9-020-741-2021.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-741-2021/$file/9-020-741-2021.pdf).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, Dz.U. poz. 433.

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, Dz.U. poz. 491.

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, Dz.U. poz. 1028.

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 14 czerwca 2023 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, Dz.U. poz. 1118.

Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. 2021, poz. 2069 ze zm.

#### Orzecznictwo

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96. Dostęp: 18.11.2023. LEX nr 29143.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98. Dostęp: 18.11.2023. LEX nr 36396.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2000 r., P 11/98. Dostęp: 18.11.2023. LEX nr 39282.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03. Dostęp: 18.11.2023. LEX nr 82910.

- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 września 2005 r., Kp 1/05. Dostęp: 18.11.2023. LEX nr 165334.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 lipca 2008 r., K 24/07. Dostęp: 18.11.2023. LEX nr 402809.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r., K 44/07. Dostęp: 18.11.2023. LEX nr 441911.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2019 r., VII SA/Wa 2443/18. Dostęp: 18.11.2023. LEX nr 3074146.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 lutego 2020 r., VII SA/Wa 1995/19. Dostęp: 18.11.2023. LEX nr 3015166.

## Opracowania

- Banaszak, Bogusław. 2009. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Bernaciński, Łukasz. 2022. Konstytucyjne przesłanki ograniczenia wolności i praw człowieka ze względu na ochronę zdrowia publicznego w świetle doświadczeń zwalczania COVID-19. W: *Ograniczenia praw i wolności wprowadzone w Polsce w związku z epidemią COVID-19. Aspekty prawne, medyczne oraz ekonomiczne*, (red.) Łukasz Bernaciński, Jerzy Kwaśniewski, 27–49. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Instytutu na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris.
- Bernaciński, Łukasz, Filip Furman i Weronika Przebierała. 2021. *W służbie chorym i potrzebującym. Poradnik dla kapelanów służby zdrowia*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Instytutu na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris.
- Bosek, Leszek. 2016. W: *Konstytucja RP. Tom I: Komentarz: art. 1–86*, (red.) Marek Safjan, Leszek Bosek, 1523–1565. Warszawa: C.H. Beck.
- Bosek, Leszek. 2022. *Stan epidemii. Konstrukcja prawna*. Warszawa: C.H. Beck.
- Florczak-Wątor, Monika. 2021. W: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, (red.) Piotr Tuleja, 229–233. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Florczak-Wątor, Monika. 2020. Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa. *Państwo i Prawo* 12: 5–22.
- Surówka, Anna. 2004. Glosa do wyroku TK z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03. *Przegląd Sejmowy* 6: 172–180.
- Szydło, Marek. 2016. W: *Konstytucja RP. Tom I: Komentarz art. 1–86*, (red.) Marek Safjan, Leszek Bosek, 770–818. Warszawa: C.H. Beck.
- Święcicki, Łukasz. 2022. Wpływ izolacji związanej z pandemią COVID-19 na zdrowie psychiczne. W: *Ograniczenia praw i wolności wprowadzone w Polsce w związku z epidemią COVID-19. Aspekty prawne, medyczne oraz ekonomiczne*, (red.) Łukasz Bernaciński, Jerzy Kwaśniewski, 285–320. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Instytutu na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris.
- Trzciniński Janusz, i Marcin Wiącek. 2016. W: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, (red.) Lech Garlicki, Marek Zubik, 726–739. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.



- Wawrzyniak, Anna. 2022. Przegląd wybranych obostrzeń wprowadzonych w celu zapobiegania rozprzestrzenianiu się wirusa Sars-CoV-2 w czasie obowiązywania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego oraz stanu epidemii W: *Ograniczenia praw i wolności wprowadzone w Polsce w związku z epidemią COVID-19. Aspekty prawne, medyczne oraz ekonomiczne*, (red.) Łukasz Bernaciński, Jerzy Kwaśniewski, 567–591. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Instytutu na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris.
- Winczorek, Piotr. 2008. *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*. Warszawa: LIBER.
- Wojtyczek, Krzysztof. 1999. *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw i człowieka w Konstytucji RP*. Kraków: Wolters Kluwer.
- Zakolska, Joanna. 2008. *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Zoll, Andrzej. 2000. Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO. *Prawo i Medycyna* 8(2): 7–15.

### Źródła internetowe

- Koronawirus w Polsce. Osoby objęte kwarantanną lub nadzorem epidemiologicznym w Polsce. Dostęp: 18.11.2023. <https://koronawirusunas.pl/>.
- Majewska, Monika. RPP: Rozdzielanie matki i dziecka po porodzie narusza prawa pacjenta. Dostęp: 18.11.2023. <https://pulsmedycyny.pl/rpp-rozdzielanie-matki-i-dziecka-po-porodzie-narusza-prawa-pacjenta-1003093>.
- Ojczyk, Jolanta. Szpitale całkowicie zakazują odwiedzin – to bezprawne. Dostęp: 18.11.2023. <https://www.prawo.pl/zdrowie/czy-szpitale-moga-zakazac-odwiedzin,510156.html>.
- Pecka, Ilona. Umorzenie śledztwa w sprawie śmierci 88-latki, która czekała w karetce kilka godzin na przyjęcie do szpitala. Dostęp: 18.11.2023. <https://www.pap.pl/aktualnosci/news%2C1073368%2Cumorzenie-sledztwa-w-sprawie-smierci-88-latki-ktora-czekala-w-karetce>.
- Rynekzdrowia.pl. 2021. Osoby zaszczepione też roznoszą koronawirusa, ale zakazają przez krótszy czas. Dostęp 18.11.2023. <https://www.rynekzdrowia.pl/Serwis-Szczepienia/Osoby-zaszczepione-tez-roznosza-koronawirusa-ale-zakazaja-przez-krotszy-czas,224076,1018.html>.
- Rynekzdrowia.pl. 2022. Lekarz odmawia przyjęcia przez brak szczepienia na COVID. Czy to zgodne z prawem?. Dostęp: 18.11.2023. <https://www.rynekzdrowia.pl/Serwis-Szczepienia/Lekarz-odmawia-przyjecia-przez-brak-szczepienia-na-COVID-Czy-to-zgodne-z-prawem,229317,1018.html>.



Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

ORIGINAL ARTICLE  
received 2023-11-29  
accepted 2024-09-16  
published online 2024-12-17



## The problem of multiple interpretations of the terms “Information” and “Data” in the Polish Criminal Code and its consequences

Problem mnogości interpretacji terminów „informacja” oraz „dane”  
w polskim Kodeksie karnym i jego konsekwencje

WOJCIECH FILIPKOWSKI

University of Białystok, Faculty of Law

ORCID: 0000-0001-6248-0888, [w.filipkowski@uwb.edu.pl](mailto:w.filipkowski@uwb.edu.pl)

**Citation:** Filipkowski, Wojciech. 2024. The problem of multiple interpretations of the terms “Information” and “Data” in the Polish Criminal Code and its consequences. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 27–42. DOI: 10.25167/osap.5320.

**Abstract:** This paper examines the legal definitions of “information” and “data” within the Polish Criminal Code (CC), highlighting their implications for criminal liability, particularly in the realm of cybercrime. The research addresses the problem of definitional ambiguity, which poses challenges to the principles of legal certainty and consistency in criminal law. The study employs a dogmatic analysis of both general and specific parts of the CC, including an evaluation of commentaries and relevant judicial decisions. Findings indicate that the interchangeable use of “information” and “data” across various provisions leads to interpretational inconsistencies, potentially broadening the scope of criminal liability in a manner that contradicts constitutional principles. Moreover, the lack of precise legal definitions complicates the application of law by practitioners and undermines efforts to standardize legal frameworks for international cooperation in combating cybercrime. The author concludes that establishing clearer definitions is essential for the effective enforcement of criminal law and the protection of fundamental rights in the digital age.

**Keywords:** information, data, criminal law, legal definitions, criminal liability

**Abstrakt:** Niniejszy artykuł analizuje definicje prawne terminów „informacja” oraz „dane” w polskim Kodeksie karnym (KK), podkreślając ich konsekwencje dla odpowiedzialności

karnej, zwłaszcza w obszarze cyberprzestępczości. Badania koncentrują się na problemie niejednoznaczności definicyjnej, która stwarza wyzwania dla zasad pewności i spójności prawa karnego. W pracy zastosowano analizę dogmatyczną zarówno części ogólnej, jak i szczególnej KK, w tym ocenę komentarzy i istotnych orzeczeń sądowych. Wyniki wskazują, że zamienne stosowanie terminów „informacja” i „dane” w różnych przepisach prowadzi do niespójności interpretacyjnych, potencjalnie rozszerzając zakres odpowiedzialności karnej w sposób sprzeczny z zasadami konstytucyjnymi. Ponadto brak precyzyjnych definicji prawnych utrudnia praktykom stosowanie prawa i osłabia wysiłki na rzecz ujednoczenia ram prawnych dla międzynarodowej współpracy w zwalczaniu cyberprzestępczości. Artykuł kończy konkluzja, że wypracowanie precyzyjniejszych definicji jest niezbędne dla skutecznego egzekwowania prawa karnego oraz ochrony praw podstawowych w erze cyfrowej.

**Słowa kluczowe:** informacja, dane, prawo karne, definicja legalne, odpowiedzialność karna

## Introduction

The Convention on Cybercrime of the Council of Europe contains the most important international legal definitions relating to the fight against the category of crime specified in the Convention's title. These definitions include that of the concept of “computer data”, described in Article 1 as “any representation of facts, information, or concepts in a form suitable for processing in a computer system, including a program suitable to cause a computer system to perform a function.” This is a very broad approach, which indicates that data in a computer system can cover a large scope of content, from simple facts and figures to complex ideas and information. This also means that computer data is not just static information, but something that can be manipulated and processed by a computer. It is not limited to textual or numerical data but extends to executable code that can instruct a computer to perform specific tasks or functions. The broad scope of this definition can be considered both an advantage and a disadvantage. It covers a wide range of data types but can also be so extensive that it will lack detail. This breadth can lead to ambiguity in the interpretation of the elements of criminal acts, where precise definitions are of crucial importance. The definition does not clearly define the boundaries of what constitutes “computer data” and what does not. This indirectly demonstrates a scientific problem whose analysis cannot be easily found in the literature on this subject (Gordon and Ford 2006: 13; Jahankhani, Al-Nemrat and Hosseinian-Fa 2014: 149; Shkëmbi and Sina 2013: 327; Rabinská 2019: 285; Phillips, Davidson, Farr, Burkhardt, Caneppele, M.P. Aiken 2022: 379).

The examination of the definitional scope of “information” and “data” is pivotal in the context of combating not only cybercrime through criminal law, as evidenced by the Council of Europe's extensive work on these concepts. A precise understanding of these terms is crucial not only for creating national coherent

legal frameworks but also for ensuring the effective enforcement of laws designed to combat any type of crime related in any ways to those both terms.

Firstly, the standardization of definitions across jurisdictions, as promoted by the Council of Europe, provides a unified legal language that facilitates international cooperation (Miquelon-Weismann 2005: 351-354). In the realm of cybercrime, which is inherently transnational, this consistency is vital. The Budapest Convention on Cybercrime exemplifies how harmonized definitions enable countries to align their national legislation with international standards, promoting seamless cooperation in investigations, extradition, and intelligence sharing. This alignment reduces ambiguities that could otherwise hinder legal processes and the prosecution of cybercriminals across borders.

Moreover, as technology rapidly evolves, the terms “information” and “data” encompass increasingly complex and varied concepts, such as big data, artificial intelligence, and the Internet of Things. The Council of Europe’s efforts in defining these terms allow legal frameworks to remain adaptable to emerging technological landscapes. This adaptability is essential for ensuring that laws do not become obsolete in the face of new cyber threats, thereby enhancing the resilience of legal systems against sophisticated cybercrime tactics.

The definitional clarity of “information” and “data” also holds significant implications for the protection of human rights (Clough 214: 708-712). By carefully delineating these concepts, the Council of Europe helps to strike a delicate balance between safeguarding individual rights, such as privacy and freedom of expression, and empowering law enforcement agencies to effectively combat crime. This balance is critical in preventing the misuse of power and ensuring that legal measures against crime do not inadvertently infringe upon fundamental democratic values.

Finally, the Council of Europe’s definitional work influences global policy discussions, extending its impact beyond Europe to international forums such as the European Union (Directive 2013/40/EU) or the United Nations (Draft United Nations convention against cybercrime). By establishing robust definitions, the Council contributes to the development of global norms and standards related to data governance, cybersecurity, and digital rights. This leadership in defining key concepts helps shape how nations worldwide formulate their policies, fostering a more secure and rights-respecting digital environment.

The precise definitions of “information” and “data” are not merely academic concerns but are integral to the effective application of criminal law in the fight against crime, especially in the cyber realm. They provide the necessary legal clarity, facilitate international cooperation, ensure adaptability to technological advancements, protect human rights, and influence global policy-making, thereby underscoring the importance of rigorous definitional work in this

field. Without it, discrepancies can arise, hindering cross-border investigations, extradition processes, and the sharing of critical intelligence. By aligning Polish criminal law with international standards, such as those set forth by the Budapest Convention on Cybercrime, Poland can enhance its ability to engage in joint efforts against cybercriminals, streamline legal assistance, and contribute to a more cohesive global response to cyber threats. This alignment not only strengthens Poland's domestic legal framework, but also ensures that it is a reliable partner in the international fight against cybercrime, ultimately contributing to a safer and more secure digital environment worldwide.

Then, transferring the introductory considerations to the Polish criminal law system, it is necessary to begin by presenting dictionary definitions of terms important for the interpretation of the elements of a description of criminal acts. A dictionary of the Polish language contains as many as three possible scopes for the term "information": what is said or written about someone or something, also communicating something, an information-providing department of an office or institution, and data processed by a computer. However, as Barański (2017: 112) and Radoniewicz (2016: 132) rightly point out, the contemporary scope of the meaning of the term has changed. The dictionary meaning is gradually narrowing it to an interpretation typical of economics as well as information and computer technology (ICT).

For further consideration, the first and third of those definitions will be relevant. The same dictionary also contains two definitions of the term "data". First, "data" is colloquially defined as follows: "facts or figures that can be relied on in an argument"; second, data is "information processed by a computer". The latter definition is applied more narrowly, as it refers to ICT that involve processing by computers or similarly functioning devices (e.g., smartphones). This definition is also relevant to the further considerations in this paper, relating to the operation of ICT networks and, consequently, the scope of criminal liability. In the case of both terms, dictionaries of the Polish language even suggest that they are synonymous in selected meanings and that one term can be defined using the other. This supports the view of the primary nature of both terms, which can lead to interpretation problems (Adamski 2000: 37-40). Of key importance for further consideration are the first meanings of these terms. Their comparison can lead to two conclusions. First, data is more primary and objective than information; data is certain facts, situations, or events as perceived by an observer (as well as devices equipped with the appropriate sensors). It can take the form of numbers, e.g., on a certain scale and expressed in specific units of measurement or as a string of characters. In contrast, in the case of information, the element of communication between the sender and the recipient is important.

In a mathematical analogy, data serves as the foundation, while accompanying remarks, forming information, can be objective deductions or subjective opinions. Both undergo transmission, with the recipient capable of processing data by augmenting received information or altering its content. This processing results from examining the message or synthesizing data and information from alternative sources. For these reasons, the two terms cannot be equated or used interchangeably when interpreting the text of a legal act (Barański 2017: 113; Radoniewicz 2016: 131).

As a side note to the deliberations, it should be mentioned that the term “information” is used repeatedly in the text of the Polish Constitution (PC); however, it is not defined. In contrast, commentators on this most important act of national legislation rarely address the essence of the term themselves, and instead – focus on interpreting the adjectives describing it and the subjective (characterization through the person of the sender or the recipient) and objective (the scope and nature) aspects. In the context of the right to access public information (Article 61 PC), it should be understood as a statement that can be verified as to its truthfulness and cannot be invalidated by a conventional decision of a public authority (Sokolewicz and Wojtyczek 2016). Additionally, the issue of information and data protection also appears in the context of the right to privacy (Article 47 PC), secrecy of communications (Article 49 PC), and protection of personal data (Article 51 PC) (Łakomic 2015: 57). At this point, a mention may be made of the Supreme Court’s resolution of 22 January 2003, which in its justification contains the observation that “the Constitution provides a general framework for both the freedom of information and the right to information. The concretisation and limits of this freedom and this right must be sought in other legal acts” (Barański 2017: 60). However, no one has noticed that there is a lack of consistency in the interpretation of the term “information” or “data” within a single piece of legislation – the CC.

## 1. Research assumptions

The main research problem focuses on different interpretations of the term “information” and “data” as used in the text of the CC. This diversity of interpretations in the legal doctrine poses a significant challenge and needs to be carefully examined because of its implications related to the scope of criminal liability of perpetrators of crimes.

The following specific hypotheses are posed:

1. The lack of clarity of the term “information” and “data” poses a threat to the fundamental principles of legal certainty and definitiveness in criminal law, which can lead to the broadening of criminal liability as a result of broad

interpretations. Such an outcome would contradict the principles enshrined in the Polish Constitution.

2. The use of synonymous terms referring to content makes it difficult for practitioners to apply law consistently.

3. In the chapter describing types of cybercrimes, it is noticeable that the scope is narrowed down to issues related to ICT, which is another example of the inconsistency of the interpretation of the characteristics of different types of criminal acts in a single piece of legislation.

This paper contains a dogmatic analysis carried out separately for the general part (containing the principles of criminal liability and the types of criminal sanctions) and the specific part of the CC, in particular the criminal acts described in Chapter XXXIII (Crimes against the protection of information). For the purpose of this study, an analysis of recently published commentaries on the Penal Code (as available in the electronic legal database LEX) has been presented, including selected judgements of the Polish Supreme Court and the Constitutional Court. In principle, such publications offer the most detailed legal analyses incorporating relevant literature and jurisprudence. On the other hand, the considerations of the scopes of the meaning of the two terms are relevant to the determination of the generic and individual object of an attack, particularly of cybercrimes.

To find a more universal meaning of the results of the ongoing dogmatic research on Polish regulations, the following issues can be identified:

1. Precise definitions of legal terms are important in any legal system. Their absence can lead to controversy and different interpretations of law, which poses a challenge to the justice system not only in Poland, but also in other jurisdictions (Barański 2017: 112).

2. From the perspective of criminal liability, the law should be clear and certain. Otherwise, it can lead to unequal treatment of perpetrators of the same crimes, resulting in unfair or unpredictable judicial decisions.

3. Adequate and fair interpretation and application of the criminal law provides the basis for its effective response to crimes committed, not only in cyberspace.

## **2. The characteristics of the term “information” in the general part of the CC**

In the general part of the CC, there are five provisions in which the terms under analysis are used. A characteristic feature of commentaries on this part of the CC is the fact that the commentators either do not analyse the scope of the meaning of “data” or “information” at all, treat these two terms as syno-



nyms, or only analyse their characteristics. This confirms the observation as to their primary nature, but also suggests that they are used in the sense generally accepted in the Polish language.

The first provision is Article 16 (1) CC, which contains a description of the institution of preparation. As one of its material forms, given as an example is “collecting information”. None of the commentators directly addresses the essence of the meaning of the term “information”. In their considerations, they focus on the description of the verb “collect”, which allows them to determine the context and circumstances of this activity. J. Giezek (2021) defines it as “an act as a consequence of which the perpetrator expands the scope of his or her knowledge, thus eliminating or reducing the extent of his or her ignorance about the surroundings (about someone or something)” V. Konarska-Wrzosek (2023) extends this description using the concepts of “knowledge”, “news” and “data”. She defines “collecting” as “expanding one’s knowledge on a particular subject by acquiring, by any means possible, the news and data needed to commit a crime”, and gives several examples. In contrast, M. Małecki (2016) rightly describes “collecting” as a process that consists of two stages. The first involves the acquisition of information, and the second is the perpetrator’s cognitive accumulation of the collected data in his or her consciousness and memory, and their intellectual analysis. This author rightly stipulates that information cannot be equated with its carrier. None of the commentators places restrictions on the scope of sensory perception or sources of information (their legal or factual nature).

Another institution described using one of the concepts studied is “aiding and abetting” (Article 18 (3) CC). In this case, too, the legislator mentioned by way of example the activity of “providing advice and information”. Such a view – in accordance with the principles of linguistic interpretation – suggests different meanings. M. Kulik (2023) and J. Giezek (2021) do not make detailed determinations in this regard. P. Kardas (2016), on the other hand, does not analyse the two concepts separately, but emphasizes the functional context of this “information transfer”, pointing to its relevance to the achievement of the assumed goal, i.e. the commission of a criminal act by another person. On the other hand, V. Konarska-Wrzosek (2023) clearly defines and separates the conceptual scopes used by the legislature. First, she considers “advice” to be guidance or instruction, and the mere fact of providing them indicates communication between two people: their sender and recipient. Therefore, it seems that “advice” is a special type of information, and the use of this term emphasizes the subjective side of this unique criminal act, that is, the immediate perpetrator’s desire to facilitate the commission of a criminal act. The phrase “providing information” used in Article 18 (3) CC, on the other hand, leads

to “enriching the perpetrator’s knowledge with news”. Once again, the effort by some commentators to limit their considerations only to the search for terms synonymous with “information”, without defining it more precisely in a synthetic way, but only giving its individual meanings, is becoming apparent.

In the next two examples of the use of the term “information”, there are also no considerations concerning the conceptual scope of “information” in the comments analysed. This applies to Article 60 (3) (the so-called “small immunity witness”) and Article 114a (3) CC. In the first case, the disclosure of information to a law enforcement agency (the recipient) is one of the prerequisites for applying this institution to the perpetrator (the sender). The CC only describes its scope, i.e., it must relate collectively to the individuals involved in the commission of a crime and the relevant circumstances of its commission (Kulik 2023). In the second case, there is also a lack of analysis by commentators directly on the conceptual scope of the term “information”. The very content of the norm enshrined in Article 114a (3) CC defines its source (a criminal record or a court of a member state of the European Union) and its nature (insufficient extent to establish a conviction).

As a side note to the analysis of the general part of the CC, a mention should be made of the legal definition of a document contained in Article 115 (14) CC. The term “record on an information storage medium” was used there. Again, the commentators do not analyse the meaning of the term “information” (Mozgawa, Budyn-Kulik, Kozłowska-Kalisz and Kulik 2023). At the same time, they do not put a limit on what a record is or what the storage medium itself is. The key considerations only relate to their association with a specific law, and the content of the record, which is evidence of a law or legal relationship, or a legally significant circumstance. J. Giezek (2021) comments that the content in question can be expressed in words or graphic signs, and that it “got there as a result of the will of its sender.”

### **3. Characterization of the term “information” based on selected criminal acts specified in the specific part of the CC**

The specific part of the CC contains several types of criminal acts where the terms under analysis appear in the description of the objective side or object of protection. Moreover, Chapter XXXIII, titled Crimes against the protection of information, directly relates to the object of the analyses presented herein.

In the case of the first group of provisions – as was the case in the general part of the Criminal Code – it is difficult to find commentators’ considerations

on the scope of the terms “data” or “information”. Meanwhile, these characteristics appear in Articles 118a (2), 132, 246, 259b, 299, 305, and 311 CC.

Article 118a (2) (6) CC describes crimes against humanity. It contains the formulation of mere characteristics of “information”, i.e., those regarding the person or his or her whereabouts, or conveys false information regarding the person or his or her whereabouts, with the intention of depriving such a person of legal protection for an extended period (Budyn-Kulik 2023).

Article 132 CC (intelligence disinformation), on the other hand, uses the term “news” which is synonymous with “information” (Chlebowicz 2012: 45-46). This article criminalizes behaviour whereby the perpetrator, while providing intelligence services to the Republic of Poland, misleads the Polish state authority by, among other things, concealing true information, or providing false information that is of vital importance to the Republic of Poland. The studied comments lack analysis in the context of both terms: “information” or “message” (Budyn-Kulik 2023).

In the description of the objective side of the act under Article 246 CC, as many as four terms were used that are worthy of attention from the point of view of the analyses being carried out. A perpetrator is a public official (or someone acting upon his or her instructions) who uses violence or an unlawful threat, or otherwise physically or mentally abuses another person in order to obtain specific testimony, explanations, information, or statements; all of these terms denote a type of communication between the sender (victim) and the recipient of information (perpetrator). The first two have a specific meaning in the criminal procedural law; the last is a term of legal and juridical language used in its various branches. Only T. Razowski (2012) points out that the last two terms “are so general that they cause the scope of the provision of Article 246 CC to include the impact not only on the accused (the suspect or even the suspected person) and the witness, but also on the expert, interpreter, specialist, and probation officer.” Other commentaries lack in-depth linguistic analyses relating to the terms used, indicating their colloquial understanding.

Article 259b CC uses the term “information” as an example of behaviour that conditions the application of extraordinary mitigation of punishment or conditional suspension of the execution of the sentence for the perpetrator of the crime specified in Article 259a CC (crossing the border of the Republic of Poland to commit a terrorist crime), who voluntarily abandoned aiding and abetting other persons in the commission of that crime and disclosed to a law enforcement agency all relevant circumstances of the commission of the act, in particular information about the individuals who committed the crime. Also, in this case, commentators do not undertake to define the essence of the term “information” (Mozgawa 2023).

The term is also used in the description of the grounds for not being subject to punishment or for extraordinary mitigation of punishment for the perpetrator of money laundering offences in Article 299 (8) CC. None of the commentators analysed conducted a detailed analysis of that term (Kulik 2023).

Article 305 (2) CC (interference with a public tender) uses the term “information” to describe the characteristics of the objective side. Commentators only provide possible single meanings of this term that may apply to the commission of this type of act. M. Kulik (2023) quotes O. Górniok’s view that “information” should be understood as “any news, regardless of form, concerning the circumstances of the tender.” W. Wróbel and M. Iwański (2022), G. Łabuda (2021), and T. Oczkowski (2023) comment on the characteristics of “information” but not its essence.

Furthermore, Article 311 CC (capital fraud) uses the term “information” in the description of the criminal act. Again, it can be noted that in their considerations, commentators omit the definition of the term and focus instead on analysing its characteristics: truthfulness or falsity, and its relevance to the sale or acquisition of securities and an increase or decrease of contributions (Kulik 2023).

The above observations lead to the following conclusion: even though the terms analysed are important for the description of a criminal act or the circumstances affecting the punishment, the commentators do not interpret them or only describe their characteristics or types. Furthermore, references to publications or court judgments concerning the meaning of the term “information” are rare or non-existent.

#### **4. The characteristics of the term “information” in Chapter XXXIII of the Criminal Code**

Distinct circumstances arise in delineating the object of protection for criminal acts outlined in Chapter XXXIII CC, titled “Crimes against the protection of information”. Unlike other criminal acts, precision in defining the generic object of protection is crucial for consistent interpretation (Lewulis 2021: 19; Siwicki 2012: 249-51). Consequently, commentators strive for a more nuanced interpretation of terms describing both generic and specific objects of protection (Filipkowski 2023: 188).

In this Chapter of the CC, “information” is specified as “news or the sum of news about a person or a state of affairs, concerning facts and constituting a logical whole”, the definition attributed to B. Kunicka-Michalska and cited by P. Kozłowska-Kalisz (2023). The protection of information in criminal law is multifaceted, contingent on the nature of the criminal act infringing upon

the integrity, availability, or confidentiality of information. These terms denote, respectively:

- Integrity – it is tantamount to immutability; no one is authorized to change information or data.
- Accessibility – any authorized person is able to see and use the information or data at any time they choose.
- Confidentiality – only authorized individuals are allowed to see the information or data.

These facets assume paramount importance in the realm of criminal law (Adamski 2000: 41-42). Presently, the services proffered in cyberspace to its users hold greater societal and economic significance than the information or data itself. However, within the individual objects of protection delineated in Chapter XXXIII CC, more conventional forms of information are also encompassed. This consideration is pivotal when interpreting descriptions of criminal acts.

W. Wróbel and D. Zajac (2016) astutely highlight the evolving understanding of the term “information”, a transformation attributed to the escalating computerization and digitization of social life. Formerly linked closely to the act of informing, i.e., conveying specific messages, information is now conceptualized independently of its transmission. Yet, it is crucial to underscore that the activity of transmitting information remains integral. It retains significance for comprehending the essence of information and the intricacies of its creation and processing. The authors also aptly draw attention to the distinctive features of information processing within IT systems.

The transmission of information has evolved beyond human-to-human interactions, with IT systems increasingly playing dual roles as both senders and recipients. They autonomously process information, adhering to predefined criteria. This extends beyond human communication to interactions between devices within IT systems and between devices and humans. Decision-making is progressively reliant on data or information supplied by ICT systems. In Article 265 (1) CC, the Act of 5 August 2010 on the protection of classified information, addressing classified information aids in interpreting the term “information”. However, it focuses solely on safeguarding its confidentiality, lacking a synthetic definition of the essence of “information”. Commentaries on subsequent CC articles (266, 267, and 268) often overlook the term “information”, concentrating on breached aspects or violated information services. Exceptions include Lipiński (2021) and Lach (2023), referencing a ruling of the Supreme Court of 5 March 2019 that defines “information” as a set of characters with a specific meaning, limiting this understanding to Chapter XXXIII CC and IT system operations. Article 267 (2) CC on protection, according to Wróbel and Zajac (2016), applies only to IT systems processing computer data with intellectual

content. However, the nature of this intellectual content remains ambiguous. Commentary on ICT network-transmitted information highlights the transmission of metadata, protected by criminal law, detailing communication particulars. Regarding Article 268 (2) CC, commentators, such as Kozłowska-Kalisz (2023), emphasize temporal characteristics, relevance, recording form, and the impediment of authorized access. Lipiński (2021) posits that information must possess intellectual content for familiarization. In the context of Article 269b (1) CC, Wróbel and Zajac (2016) assert that computer data falls within the broader category of information, while other commentators focus on analysing distinct categories of computer data.

## **5. Data as an element of the objective side of the description of a criminal act**

The Criminal Code contains the term “data” used in four contexts (Filipkowski 2023: 192):

- computer data (Articles 165 (1), 268a (1), 269 (1 and 2), 269a, and 287);
- computer data storage media (Articles 268 (2) and 269 (2));
- personal data (Article 190a (2)); and
- data described in a special way (Articles 190a (2), 219, and 269b (1)).

Some of these contexts directly relate to ICT systems or networks, so they involve cybercrimes.

Article 165 (1) CC pertains to endangering many lives, health, or significant property through interference with computer data processing. D. Gruszecka (2021) anchors the term “data” in Article 1 (B) Budapest Convention, defining it as any representation of facts suitable for computer processing, underscoring its utilitarian function.

In the analysis of Articles 268a (1), 269 (1 and 2), 269a, and 287 CC, the term “data” is recurrent but lacks a clear definition. P. Kozłowska-Kalisz (2023) cites A. Adamski who characterizes data as a record of specific information stored on a computer drive. J. Giezek (2021) references a ruling of the Supreme Court of 30 September 2015, offering a similar definition. W. Wróbel and D. Zajac (2016) provide a more intricate scope, defining data as any character sequence with functional meaning within an IT system, distinguishing it from cultural information defined in Article 268a CC.

Contrastingly, Article 296b (1) CC outlines data facilitating unauthorized access, explicitly naming computer passwords and access codes. Although other data types lack explicit definitions, they enable specific operations in an IT system. Wróbel and Zajac (2016) consistently view data as an electronic charac-

ter sequence allowing system operations, encompassing biometric data beyond passwords and access codes mentioned in Article 269b (1) CC.

## Conclusions

This paper undertakes to examine the concepts of “data” and “information” within the context of the CC. The study aims to delineate the comprehensive scope of these terms and their ramifications on criminal culpability. The ensuing conclusions, as extrapolated from the investigation (also referenced in Filipkowski 2023: 196), are as follows: “data” and “information” emerge as fundamental concepts intricately interconnected, particularly within the milieu of the information society and the data-centric economy. While these terms find mention in both the general and specific sections of the CC, their explication by commentators remains cursory. This suggests that their interpretations are generally confined to colloquial language, inherently less precise than the legal lexicon. A notable exception lies in Chapter XXXIII, where commentators expound on these terms within the context of ICT systems. Defining both terms synthetically proves challenging. “Data” is posited as a record of information stored on any data storage medium, arising from human activity or the functioning of IT systems, even without human cognizance, oversight, or approval. “Information” is construed as a set of characters endowed with specific meaning in accordance with accepted linguistic rules of content construction. The last proposal to define the scope of the concept is in line with the subjective (cognitivist) model of capturing “information” raised by Barański (2017: 114). It involves a sender and a recipient, constituting an element of the communication process in interpersonal, human-IT, and exclusive IT system interactions. To elucidate the scope of these terms, the legislature incorporates additional characteristics germane to describing a criminal act, manifesting as adjectives (pertaining to truthfulness, falsity, relevance, or objective scope) or functional descriptions (pertaining to meaning or scope of use in conjunction with selected verbs).

These study findings accentuate the imperative to address the multifaceted challenges entwined with interpreting the term “information” and “data” in the CC. Ambiguity and the plethora of potential interpretations not only imperil legal certainty, but also elicit constitutional apprehensions. In its judgment of 25 May 1997, the Constitutional Court noted that the absence of a legal definition in a given piece of legislation, where a concept is used that does not have a fixed meaning and is understood in various ways, depending on the purpose of the regulation of the specific law, is a “technical-legislative defect” (Barański

2017: 114). This seems to be the situation with the regulations contained in the Criminal Code.

The proposed delineations of these terms bear pivotal significance in ensuring a more coherent application of criminal law in Poland, thereby directly impacting the efficacy of prosecuting and combating crimes, including those committed in the cyberspace.

In conclusion, this analysis of legal challenges and predicaments in Poland serves as a springboard for contemplating universal challenges in the realm of criminal law in other countries. Clarity and certainty in the law, safeguarding human rights, and adapting legal frameworks to evolving technologies transcend national boundaries, resonating with legal systems worldwide.

### **Abbreviations**

CC – Criminal Code  
IT – information technology  
ICT – information and computer technology  
PC – Polish Constitution

### **References**

#### **Legislation**

Act of 2 April, 1997, The Constitution of the Republic of Poland, Official Journal of the Republic of Poland of 1997, No. 78, item 483.  
Act of 5 August, 2010, on the protection of classified information, Official Journal of the Republic of Poland of 2010, item 742.  
Act of 6 June, 1997, the Criminal Code, Official Journal of the Republic of Poland of 2022, item 1138.  
Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA, Official Journal of the European Union of 2013, L 218/8.  
The Convention on Cybercrime of the Council of Europe, European Treaty Series – No. 185, Official Journal of the Republic of Poland of 2015, item 728.

#### **Judicial decisions**

Judgment of the Constitutional Court of 25 May, 1999, ref. U 19/97 OTK 1998, no. 4, item 47.  
Ruling of the Supreme Court, 30 September, 2015, II KK 115/15. LEX No. 1866883.  
Ruling of the Supreme Court, 5 March, 2019, II KK 208/18. LEX No. 2639897.  
Resolution of the Supreme Court, 22 January, 2003, I KZP 43/02, LEX No. 57085.



## Secondary sources

- Adamski, Adam. 2000. *Prawo karne komputerowe*. Warszawa: C.H. Beck.
- Barański, Michał. 2017. *Informacja w ujęciu prawnym przez pryzmat zagadnień terminologicznych*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Budyn-Kulik, Magdalena. 2023. In: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, (ed.) Marek Mozgawa. LEX.
- Chlebowicz, Piotr. 2012. Interpretacja pojęcia dezinformacji w świetle art. 132 k.k. *Studia Prawnoustrojowe* 15: 41–48.
- Clough, Jonathan. 2014. A World of Difference: The Budapest Convention on Cybercrime and the Challenges of Harmonisation. *Monash University Law Review* 40(3): 698–736. <https://ssrn.com/abstract=2615789>.
- Draft United Nations convention against cybercrime. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v24/055/06/pdf/v2405506.pdf>.
- Filipkowski, Wojciech. 2023. Dane i informacja jako przedmioty zamachu cyberprzestępstwa. In: *Współczesne oblicze prawa karnego, prawa wykroczeń, kryminologii i polityki kryminalnej*, (eds.) Janusz Bojarski, Natalia Daśko, Jerzy Lachowski, Tomasz Oczkowski, Agata Ziółkowska. 187–196. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Giezek, Jacek. 2021. In: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, (ed.) Jacek Giezek. LEX.
- Gordon, Sara and Richard Ford. 2006. On the definition and classification of cybercrime. *Journal in Computer Virology* 2: 13–20. DOI: 10.1007/s11416-006-0015.
- Gruszecka, Dagmara. 2021. In: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, (ed.) Jacek Giezek. LEX.
- Jahankhani, Hamid. Ameer Al-Nemrat and Amin Hosseinian-Far. 2014. Chapter 12, Cybercrime classification and characteristics. In: *Cyber Crime and Cyber Terrorism Investigator's Handbook*, (eds.) Francesca Bosco, Andrew Staniforth and Babak Akhgar. 149–164. Walham: Elsevier Science.
- Kardas, Piotr. 2016. In: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52*, (eds.) Włodzimierz Wróbel and Andrzej Zoll. LEX.
- Konarska-Wrzosek, Violetta. 2023. In: *Kodeks karny. Komentarz*, (ed.) Violetta Konarska-Wrzosek. LEX.
- Kozłowska-Kalisz, Patrycja. 2023. In: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, (ed.) Marek Mozgawa. LEX.
- Kulik, Marek. 2023. In: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, (ed.) Marek Mozgawa. LEX.
- Lach, Arkadiusz. 2023. In: *Kodeks karny. Komentarz*, (ed.) Violetta Konarska-Wrzosek. LEX.
- Lewulis, Piotr. 2021. O rozgraniczeniu definicyjnym pomiędzy przestępczością „cyber” i „komputerową” dla celów praktycznych i badawczych. *Prokuratura i Prawo* 3: 12–32.
- Lipiński, Konrad. 2021. In: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, (ed.) Jacek Giezek. LEX.
- Łabuda, Grzegorz. 2021. In: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, (ed.) Jacek Giezek. LEX.
- Łakomic, Katarzyna. 2015. Konstytucyjne gwarancje ochrony prywatności informacyjnej wobec rozwoju nowych Technologii. *Przegląd Legislacyjny* 1(91): 57–73.

- Małecki, Mikołaj. 2016. In: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Cześć I. Komentarz do art. 1-52*, (eds.) Włodzimierz Wróbel and Andrzej Zoll. LEX.
- Miquelon-Weismann, Miriam F. 2005. The Convention on Cybercrime: A Harmonized Implementation of International Penal Law: What Prospects for Procedural Due Process? *UIC John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law* 23: 329–362.
- Mozgawa, Marek. 2023. In: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, (ed.) Marek Mozgawa. LEX.
- Mozgawa, Marek and Magdalena Budyn-Kulik, Patrycja Kozłowska-Kalisz, Marek Kulik. 2023. In: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, (ed.) Marek Mozgawa. LEX.
- Oczkowski, Tomasz. 2023. In: *Kodeks karny. Komentarz*, (ed.) Violetta Konarska-Wrzosek. LEX.
- Phillips, Kirsty. Julia C. Davidson, Ruby R. Farr, Christine Burkhardt, Stefano Caneppele and Mary P. Aiken. 2022. Conceptualizing Cybercrime: Definitions, Typologies and Taxonomies. *Forensic Science* 2: 379-398. DOI: 10.3390/forensicsci2020028.
- Rabinská, Ivana. 2019. Preservation and Rendition of Computer Data in Slovak Criminal Procedure Code. *International and Comparative Law Review* 19(2): 285–299. DOI: 10.2478/iclr-2019-0025.
- Radoniewicz, Filip. 2016. *Odpowiedzialność karna za hacking i inne przestępstwa przeciwko danym komputerowym i systemom informatycznym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Razowski, Tomaz. 2021. In: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, (ed.) Jacek Giezek. LEX.
- Shkëmbi, Aldo and Darjel Sina. 2013. Cybercrime in the Perspective of the European Legal Framework. *Mediterranean Journal of Social Sciences* 4 (9): 327–331. DOI: 10.5901/mjss.2013.v4n9p327.
- Siwicki, Maciej. 2012. Podział i definicja cyberprzestępstw. *Prokuratura i Prawo* 7-8: 246–25.
- Sokolewicz, Wojciech and Krzysztof Wojtyczek. 2016. In: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Tom II*, (eds.) Leszek Garlicki and Marek Zubik. LEX.
- Wróbel, Włodzimierz and Dominik Zajac. 2016. In: *Kodeks karny. Część szczególna, Tom II, Cześć II, Komentarz do art. 212-277d*, (ed.) Włodzimierz Wróbel and Andrzej Zoll. LEX.
- Wróbel, Włodzimierz and Mikołaj Iwański. 2022. In: *Kodeks karny. Część szczególna, Tom III, Komentarz do art. 278-363 k.k.*, (ed.) Włodzimierz Wróbel and Andrzej Zoll. LEX.

Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

ORIGINAL ARTICLE  
received 2024-07-04  
accepted 2024-10-09  
published online 2024-11-07



## The substantive right to environment and the procedural environmental rights under the Aarhus Convention – Part II

### Materialne prawo do środowiska a uprawnienia proceduralne według Konwencji z Aarhus – Część II

JERZY JENDROŚKA

Opole University

ORCID: 0000-0002-0436-099X, [jjendroska@uni.opole.pl](mailto:jjendroska@uni.opole.pl)

**Citation:** Jendrośka, Jerzy. 2024. The substantive right to environment and the procedural environmental rights under the Aarhus Convention – Part II. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 43–83. DOI: 10.25167/osap.5633.

**Abstract:** The current article provides Part II of the study presenting the mutual relations between substantive and procedural environmental rights against the background of the typology of the substantive rights to the environment and challenges encountered when designing the right to a healthy environment. While Part I was devoted to presenting the development of the respective legal provisions regarding substantive rights, including both human rights and Rights of Nature, the current Part II follows it by presenting the genesis and conceptual roots for the UNECE Aarhus Convention as an attempt to codify environmental procedural rights and foster participatory democracy in environmental matters. In this context a more detailed account is provided regarding the process of including a reference to a substantive right to environment in the Aarhus Convention and the final design of Article 1 addressing this issue. This is complemented with a brief overview of the scope and structure of the Convention and its links with Principle 10 of the Rio Declaration as well as with some comments regarding the design of the Convention which is commonly considered to employ a “rights based approach”. The above analysis provides the basis for the remarks regarding the respective roles of the three types of legal schemes of access to justice as regulated by paragraphs 1, 2 and 3 of Article 9 of the Aarhus Convention in protecting environmental rights covered by the Convention and – more generally – in

participatory democracy. In this respect the conclusions of the study runs counter many of the conventional views.

First of all it shows that access to justice provisions under Article 9.1 cover only access to information rights under Article 4, while possibility to enforce provisions of Article 5 (commonly considered as also providing rights to the public) is not very clear under the Convention. Secondly, access to justice provisions under Article 9.2 only in case of environmental organizations can be treated as a remedy regarding participation rights, while in case of natural persons it may be treated only as a remedy regarding their subjective rights to a “private” environment while their possibility to enforce provisions of Article 6 (providing procedural participation rights to the public) is not very clear under the Convention. Thirdly, Article 9.3 cannot be treated as a remedy in relation to a substantive right to a healthy environment referred to in Article 1 of the Convention, and its role as a remedy regarding other procedural rights granted by the Convention is far from being clear as the Convention provides in this case quite a wide discretion to the Parties in establishing the criteria for standing. Finally, the results of the study underlines the need for interpreting Article 9.3 in light of the various conceptual roots of the Convention i.e. not only in relation to environmental rights but also in relation to its role in assuring the effectiveness of environmental protection and fostering participatory democracy and the rule of law.

**Keywords:** right to environment, Aarhus Convention, procedural environmental rights

**Abstrakt:** Niniejszy artykuł stanowi część II studium przedstawiającego wzajemne relacje między materialno-prawnymi i proceduralnymi uprawnieniami do środowiska na tle zróżnicowanego charakteru uprawnień o charakterze materialno-prawnym i wyzwań napotykanych przy projektowaniu prawa do zdrowego środowiska. Podczas gdy część I poświęcona była przedstawieniu rozwoju odpowiednich przepisów prawnych dotyczących uprawnień o charakterze materialno-prawnym, w tym zarówno praw człowieka, jak i praw przyrody (tzw. Rights of Nature – RoN), niniejsza część II stanowi ich kontynuację, przedstawiając genezę i koncepcyjne korzenie Konwencji EKG ONZ z Aarhus jako próby skodyfikowania środowiskowych praw proceduralnych i wspierania demokracji uczestniczącej w kwestiach środowiskowych. W tym kontekście przedstawiono też bardziej szczegółowy opis procesu włączania do Konwencji z Aarhus również odniesienia do materialnego prawa do środowiska oraz ostateczny kształt Artykułu 1 Konwencji odnoszącego się do tej kwestii. Uzupełnieniem tego jest krótki przegląd zakresu i struktury Konwencji oraz jej powiązań z Zasadą 10 Deklaracji z Rio de Janeiro, a także kilka uwag dotyczących struktury normatywnej Konwencji, powszechnie uważanej za bazującą na „podejściu opartym na uprawnieniach” (tzw. *rights-based approach*). Powyższa analiza stanowi podstawę dla uwag dotyczących odpowiedniej roli trzech rodzajów systemów prawnych uregulowanych w art. 9 ust. 1, 2 i 3 Konwencji z Aarhus w ochronie materialnych praw środowiskowych i demokracji uczestniczącej. W tym zakresie wnioski z badań odbiegają od konwencjonalnych poglądów.

Po pierwsze, wnioski z badań wskazują, że postanowienia art. 9 ust. 1 dotyczące dostępu do wymiaru sprawiedliwości obejmują jedynie dostęp do informacji na podstawie art. 4, podczas gdy możliwość egzekwowania postanowień art. 5 (powszechnie uważanego za zapewniający również prawa społeczeństwa) nie jest zbyt jasna na gruncie Konwencji. Po drugie, przepisy o dostępie do wymiaru sprawiedliwości z art. 9 ust. 2 tylko w przypadku organizacji ekologicznych mogą być traktowane jako środek odwoławczy dotyczący praw do udziału w postępowaniu, podczas gdy w przypadku osób fizycznych mogą być traktowane

jedynie jako środek odwoławczy dotyczący ich praw podmiotowych do „prywatnego” środowiska, a możliwość egzekwowania przez osoby fizyczne przepisów proceduralnych art. 6 (zapewniających społeczeństwu uprawnienia do udziału w postępowaniu) nie jest zbyt jasna w świetle Konwencji. Po trzecie, art. 9 ust. 3 nie może być traktowany jako środek odwoławczy w odniesieniu do materialnego prawa do zdrowego środowiska, o którym mowa w art. 1 Konwencji, a jego rola jako środka odwoławczego w odniesieniu do innych praw proceduralnych przyznanych przez Konwencję jest daleka od jasności, ponieważ Konwencja zapewnia w tym przypadku dość szeroką swobodę Stronom w ustalaniu kryteriów legitymacji procesowej. Wreszcie, wyniki badania podkreślają potrzebę interpretacji art. 9 ust. 3 w świetle różnych conceptualnych korzeni Konwencji, tj. nie tylko w odniesieniu do praw środowiskowych, ale też w odniesieniu do jej roli w zapewnianiu skuteczności ochrony środowiska oraz wspieraniu demokracji uczestniczącej i rządów prawa.

**Słowa kluczowe:** prawo do środowiska, Konwencja z Aarhus, uprawnienia proceduralne

## 1. Introduction

The current article provides Part II of the study presenting the mutual relations between substantive and procedural environmental rights under the UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, adopted in Aarhus, Denmark in 1998 (“Aarhus Convention”). While Part I was devoted to presenting the development of the respective legal provisions regarding substantive rights, including both human rights and Rights of Nature, the current Part II follows it by focusing on the role of the Aarhus Convention as an attempt to codify environmental procedural rights and foster participatory democracy in environmental matters. In this context Section 2 presents the genesis of the Convention and its various conceptual roots. As a background, subsection 2.1 provides a short overview of diverse practices and a need for establishing international standards in relation to procedural environmental rights while subsection 2.2 presents some remarks regarding the respective negotiations and their context. Both issues are extensively covered in the literature, including by the writings of the current author, thus the account in the current study is limited to some key issues, while referring the reader to other accounts.

Following the background in subsection 2.1, in subsection 2.3 a role of the conceptual roots in the interpretation of the objectives of the Convention is presented and their categorization is proposed, taking into account both the references in the Preamble to the Convention and aims of the study. Finally a brief account is provided of the three main conceptual roots of the Aarhus Convention, namely: protection of rights (subsection 2.4), effectiveness of environmental protection (subsection 2.5) and democratization/better governance (subsection 2.6).

Section 3 of Part II provides a brief analysis of the legal content and design of the Aarhus Convention as an attempt to codify environmental rights and foster participatory democracy in environmental matters. The analysis starts with presenting in subsection 3.1 the process of the negotiations regarding inclusion of a substantive right to environment, which includes some not well known information regarding legislative history of the negotiations. This is followed in subsection 3.2 by a brief overview regarding the final scope and structure of the Aarhus Convention, which – addressing the issue well covered in the literature, including by the writings of the current author – is limited to providing only a basic information of importance for further discussion. On this basis in subsection 3.3 the relations between the Convention and Principle 1 of the Stockholm Declaration and Principle 10 of the Rio Declaration are discussed. This discussion, in turn, provides a background for some comments in subsection 3.4 regarding the design of the Convention which is commonly considered to employ a “rights-based approach”. In this context – and drawing heavily on the discussion in Part I regarding the legal nature of different types of environmental rights – some key research questions are posed concerning the possibilities offered by the Convention to protect such rights, ie the issue which is addressed in Section 4.

Section 4 presents in subsection 4.1 a short overview of the final structure of Article 9 of the Convention and the three different legal schemes regulated therein as well as some introductory remarks regarding their role in protecting the respective environmental procedural rights granted by the Convention. This is followed by presenting in subsection 4.2 the legal scheme in Article 9.1 and providing some comments regarding its role in relation to the rights granted by the first pillar of the Convention concerning access to information. Then subsection 4.3 presents the legal scheme in Article 9.2 and provides some comments regarding its role in relation to the rights granted by the second pillar of the Convention concerning public participation in environmental decision-making. Finally subsection 4.4 presents the legal scheme in Article 9.3 and its role in relation to both the substantive right to environment indicated in Article 1 of the Convention but also to the procedural rights granted by the Convention but not covered – as discussed in subsections 4.2 and 4.3 – by the respective provisions of Article 9.1 and Article 9.2 of the Convention.

Section 5 provides conclusions regarding the mutual relations between the various types of substantive right to the environment and procedural environmental rights as regulated by the Aarhus Convention. It is focused on discussing the role of access to justice under art. 9 of the Aarhus in protecting environmental rights and participatory democracy in environmental matters. In this respect the conclusions of the study runs counter the conventional views, and show that ac-

cess to justice provisions under the Aarhus Convention neither provide sufficient means to protect environmental rights nor – in light of the various conceptual roots of the Convention - should be treated as having only such a role.

The discussion regarding Aarhus Convention is often illustrated by, and sometimes even based on, the relevant opinions of the of the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC), which is a special body established to monitor compliance with the Convention<sup>1</sup>, and which is considered to issue „rulings which interpret and clarify provisions of the convention” as a result of which „a body of case law is emerging” (Boyle 2015: 214).

## 2. Genesis and conceptual roots of the Aarhus Convention

### 2.1. Diverse practices and need for establishing international standards

As indicated in Part I, already in 1980s and early 1990s the procedural environmental rights started increasingly being acknowledged in legal frameworks at the international, supranational and national level. As a result of these processes access to environmental information and public participation in environmental decision-making were soon considered to be well established concepts in the international law, with virtually all binding environmental law instruments referring to the need to assure access to environmental information and public participation in environmental decision-making (Jendroška and Stec 2001: 143). Also at the supranational level there were binding pieces of the Community law in these fields (Jendroška 2005: *passim*). Quite a different was the situation with access to justice in environmental matters, which – as compared with access to information and public participation – was relatively rarely and only selectively addressed in the international environmental law and Community law (Jendroška 2020a: 375-377). At the national level – in the absence of any international or Community standards – both legislation and practice were very diversified (Ebbesson 2002: *passim* and de Sadeleer, Roller and Dross 2005: *passim*).

Gradually, due to the impact of Principle 10 of the Rio Declaration and some geopolitical changes, the matters like transparency or public participation started to be perceived in the 90s differently as at the time of Stockholm Conference, when they were considered as “parts of states’ *domaine reserve*’ and essential attributes of state sovereignty, rather than subject to international treaty-making” (Ebbesson 2022: 83). In this context some commentators observed that while some other “environmental principles enshrined in the Rio Declaration prompted the adoption of general environmental international covenants... it is surprising

---

<sup>1</sup> About the origins, status and composition of ACCC see Jendroška 2011: *passim*.

that no such global legal agreement was concluded with respect to such an essential principle as that contained in Principle 10” (Szabo 2014: 100). As in case of other environmental issues, also in this case the trace was blazed within the UNECE region<sup>2</sup>. Following the increased recognition of the role of the public in environmental protection and the importance of procedural environmental rights, it was widely recognised in Europe that mere general obligations, although binding but referring mostly only to national legislations, would not be sufficient for the purpose and that some details, based on good practices in this respect, should be standardized throughout Europe by way of adopting an international instrument specifically and exclusively devoted to citizens’ procedural rights, and one that would regulate them in a possibly comprehensive manner.

Significant breakthrough in this respect was brought by the European environment ministers within the “Environment for Europe” Process<sup>3</sup>, who elaborated the Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making. The idea of the Guidelines originated at the Second Ministerial Conference in Lucerne, Switzerland, in April 1993 and they were endorsed at the Third Ministerial Conference in Sofia, in October 1995 (Ebbesson 2022: 83).

The Guidelines reflected political will of Ministers to make standard rules concerning these issues throughout Europe but had only a non-binding nature of a “soft law”. Therefore adoption of the Guidelines was paralleled by a mandate given to a Working Group to adopt an international legally binding instrument in form of a UN ECE Convention on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making, a draft of which the Ministers requested to be ready at their IV “Environment for Europe” Conference to be held in June 1998 in Aarhus, Denmark<sup>4</sup>.

## 2.2. Negotiations and their context

The Aarhus Convention negotiations were conducted between June 1996 and March 1998 and included ten negotiating sessions (nine in Geneva and

---

<sup>2</sup> UN Economic Commission for Europe (UNECE) is one of the regional commissions of the UN system. It covers all European countries, countries of Northern America (USA and Canada) and all countries of former Soviet Union (thus includes also Central Asian countries).

<sup>3</sup> „Environment for Europe” – is a process of co-operation on environmental issues initiated following the collapse of communism to gather ministers of environment protection from the entire UNECE region. They meet regularly in the Ministerial Conferences to discuss issues of common interest for the environment in the region (starting from Dobris, Czechoslovakia, 1991; Luzern, Switzerland, 1993; Sofia, Bulgaria, 1995; Aarhus, Denmark, 1998 and so on).

<sup>4</sup> For more about the mandate and respective political process see Jendroška 2020-1: 379-380.



one in Rome) as it was originally scheduled. The basis for the negotiations was the draft text prepared by a small group of experts (so called “Friends of the Secretariat”) convened by the UNECE Secretariat (Aarhus Implementation Guide 2014: 16).

It took two years to negotiate the Convention. It was a very difficult task despite of extremely co-operative approach of all partners. More than 40 Governments were involved in the negotiations together with representatives of various international organizations and representatives of the public. Worth mentioning in this context is the role of environmental organizations (NGOs).

General recognition of NGOs for their knowledge, expertise and representation of public opinion (Sharman 2023: 341), as well as appreciation for the role of NGOs in environmental protection, have resulted in granting some of them a formal status in international decision-making (Raustiala 1997: *passim*). Article 71 of the UN Charter allowed to extend to NGOs the so called “consultative status” which includes access to UN meetings and even the right to intervene orally and to submit written statements. Following this, NGOs were prominent during the Rio Conference with nearly 1500 NGOs being accredited and actively participating (Kiss and Shelton 2007: 69-70). While the scale, variety and sophistication of NGOs involvement in Rio Conference were considered to be unprecedented in the previous history of international environmental decision-making (Haas, Levy and Parson 1992: 29), a couple of years later the Aarhus Convention went even further regarding the degree of public participation in the negotiations<sup>5</sup>. Bearing in mind the concerns regarding weak internal participatory process within NGOs themselves and lack of accountability mechanism (Sherman 2023: 342), especially the process of selecting the representatives of the public to participate in the negotiations may be is considered as “significant contribution to the development of international law” (Jendroška and Stec 2001: 147). The recent attempts during the Escazu Agreement negotiations to follow the example of Aarhus Convention negotiations regarding the involvement of civil society proved to be difficult (Jendroška 2020b: 75-76), despite the fact that the subject matter of both treaties was quite similar and concerned the procedural environmental rights of the public, which itself was a matter where knowledge, expertise and representation of public opinion provided by NGOs was of utmost relevance.

As far as the Aarhus Convention negotiations are concerned, the negotiators represented countries with often extremely divergent traditions, religions and legal cultures, different levels of economic development and various political

---

<sup>5</sup> A very detailed account of the participation of civil society organizations in this negotiations is provided in the report written by M. Toth-Nagy (Toth-Nagy 2001: *passim*).

systems. On the other hand the historical and political context had a significant impact on the negotiations<sup>6</sup>. The adoption of the Aarhus Convention coincided with the transition of a significant number of countries in the UNECE region from a centrally-controlled, communists' system with state-owned economy to multi-party, pluralistic societies with market economy (Jendroška 2021: 346). Equally important was the fact that it was negotiated when the ideas of liberal democracy seemed to be prevailing in many parts of the world and the general mood in Europe was very favourable towards participatory democracy, including citizens' environmental rights (Jendroška 2012:90).

### **2.3. Role and categorization of conceptual roots influencing Aarhus Convention**

The view, as clearly expressed by Barrit, that „Aarhus Convention ought to be interpreted in light of its various stated and implied purposes” and that „understanding of its purposes can only be achieved by looking at the theoretical ideas that underpin them” (Barrit 2020: 16), while perhaps not always so clearly stated, has nevertheless been present in many of the academic accounts dealing with the Aarhus Convention ever since it was adopted<sup>7</sup>. While the importance of theoretical ideas providing conceptual roots for the Convention seems to be commonly shared, there is no common approach to the actual list of such theoretical ideas. The proposal of Barrit to differentiate in this respect the three concepts, namely environmental rights, environmental democracy and environmental stewardship (Barrit 2020: *passim*), does not seem to be appropriate for the current study, which seeks to examine the consequences of the founding concepts for the interpretation of the concrete provisions of the Convention. Much more appropriate for the purpose, though not sufficient, seems to be the views based on the practical experience from the participation in the negotiations, expressed already in 2001 and referring to dual foundations: rights and administrative efficiency (Jendroška and Stec 2001: 141-142).

Before presenting the proposal for listing the theoretical concepts influencing the drafters and having impact on the concrete provisions of the Convention, one needs to draw attention to the fact that – unlike for example in case of the Escazu Agreement<sup>8</sup>, which was adopted 20 years later – the Aarhus negotia-

---

<sup>6</sup> Some authors even claim „that Aarhus' propagation, under UNECE, would have been infeasible without the democratisation accompanying the Cold War's end (Weaver 2023: 72).

<sup>7</sup> See for example: Weaver 2023:*passim* or Bandi 2014: *passim*.

<sup>8</sup> Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean adopted in 2018.

tions were not based on any systematic and comprehensive research regarding respective both international, supranational and national laws and practices (Jendroška 2021: 347-348). Practically the only available research was done in relation to access to environmental information within a study commissioned by the European Commission and reflected in a book edited by Ralf Hallo (Hallo 1996: *passim*), but there were no comprehensive region-wide studies on public participation and not even any general overview of the situation regarding access to justice (Jendroška 2005b: 64-67). Thus the negotiations were influenced either by well-known inspirations coming from the US (like for example the famous essay of Christopher Stone already mentioned in Part I) or some available studies dealing with specific issues in Europe<sup>9</sup>.

For the purpose of the current study the most suitable method of finding the conceptual roots of the Convention seems to be the examination of the preambular paragraphs with a view to identify the concepts that did inspire the drafters significantly enough to be referred to in its Preamble. To this effect one needs to elaborate the above reference to the “dual foundations” and develop slightly the categorization of the conceptual roots for granting environmental information and participation rights in the Community law as proposed many years ago by the current author (Jendroška 2005: 64-67).

Thus – again for the purpose of the current study – the following concepts may be identified as providing the conceptual roots and motivations for the Convention and the basis for some of its particular provisions:

- 1) Protection of various types of rights;
- 2) Effectiveness of environmental protection;
- 3) Democratization and good/better governance.

Generally, the ideas related to the above three conceptual roots of the Aarhus Convention provided the background for the Aarhus Convention and heavily inspired its content. They were being used often interchangeably or in parallel to provide justification or the context for certain concrete proposals submitted during the negotiations and the provisions of the Convention cannot be interpreted without bearing these concepts in mind. The above three conceptual roots of the Aarhus Convention will be further described in the below subsections by reference to the respective paragraphs in the Preamble to the Convention in light of both the relevant policy document and views in the literature and – where relevant – the previous discussion in Part I. This exercise should facilitate proper interpretation of the legal meaning and scope of application of some provisions of the Aarhus Convention, in particular those related to access to justice.

---

<sup>9</sup> See examples in Jendroška 2020a: 377 and 385

## 2.4. Protection of rights

The Convention is commonly considered to employ a “rights-based approach” (see discussion in Section 3.4 below) and usually the concept of rights is considered to be the core idea behind the Convention – although, as sometimes indicated in the literature, the very term “right” is generally avoided in the Convention (Ebbesson 2002:12).

As far as the concept of rights is concerned, this is not a coincidence that the first two paragraphs of the Preamble to the Convention refer to principle 1 of the Stockholm Declaration (devoted to a substantive right to environment) and principle 10 of the Rio Declaration (devoted to procedural rights). Apart from these two general references, the Preamble to the Convention refers to the concept of rights in a number of other paragraphs. It refers both to the substantive right to a “healthy” (para 3) or “adequate” (para 7) environment and to procedural rights (paras 3 and 8). In case of substantive rights the Preamble refers to the general right to a healthy environment (paras 1 and 7) but also to “basic human rights” (para 6) and to “legitimate interests” (para 18), which no doubt cover the right to protect “private” environment as discussed in Part I. Furthermore, a reference to making “effective judicial mechanisms .. accessible.. to organizations” (para 18) together with a reference (para 22) to UNECE Sofia Guidelines (which indicates in its own Preamble “access to the courts... for individuals and public interest groups”) makes it clear that the drafters of the Convention clearly wanted to address the shortcomings of the traditional approach to access to justice that in their view resulted in ruling out public interest litigation (as discussed in Part I).

The discussion about the various concepts of rights as conceptual roots of the Convention would not be complete without addressing the role of Rights of Nature (RoN) in this context. Most authors do not address this issue, and Barrit even clearly says that it is “outside of the scope of the Aarhus Convention” (Barrit 2020: 76). While “in relation to stewardship purpose” she sees “scope for more ecocentric approach to the Convention” she claims that the “language of Article 1 makes the rights purpose explicitly anthropocentric” (ibid: 43). This observation is indeed correct when it comes to Article 1 which is focused on the link between a substantive human right to environment and procedural environmental rights, but the rationale for granting procedural rights is by far more broad and includes also their potential role for implementing RoN. This is not without a reason that the Preamble to the Aarhus Convention (para 3) makes a reference to the already mentioned in Part I the UN World Charter for Nature (which provides a number of principles and rules to protect the Nature) because the key issue of RoN – as discussed in Part I of this study – shall be seen in the context of the need to provide legal possibilities to defend

the Nature. This must be taken into account when interpreting the concrete provisions of the Aarhus Convention, in particular those – as will be discussed below – related to the access to justice.

## 2.5. Effectiveness of environmental protection

Effectiveness of environmental protection has always been one of the concerns associated with adopting new legal instruments in this field, and – as it was mentioned in Part I – already in the 1970s the development of legal measures serving the civic activity of the public was seen as one of the measures to this end. As indicated in Part I of this study - in Stockholm Declaration it resulted in proclaiming a substantive right to the environment as one of the human rights, while in the Principle 10 of the Rio Declaration the stress was put on the procedural environmental rights of the public: access to information, participation in decision-making, and access to justice in environmental matters. They were all clearly indicated in the context of effectiveness of environmental protection (“Environmental issues are best handled...”). Thus this is not without a reason that the Preamble to the Convention (para 2) makes generally a clear reference to Principle 10 of the Rio Declaration and states in particular that “improved access to information and public participation in decision-making enhance the quality and the implementation of decisions” (para 9) while “effective judicial mechanisms should be accessible to the public.. so that ... the law is enforced” (para 18).

The above stress on procedural rights as tools for assuring effectiveness of environmental protection has always been particularly visible in the approach of Community (now EU) institutions towards the Convention. The declaration made by the European Community upon the signature of the Aarhus Convention in June 1998 clearly indicated already in the first sentence that it considers the Convention „as an essential step forward in further encouraging and supporting public awareness in the field of environment and better implementation of environmental legislation in the UN/ECE region”. This approach was reiterated in the Council Decision of February 2005 on the conclusion of the Aarhus Convention, which in the Preamble stated that „[I]mprovement of the public’s access to information and a broader participation of the public in decision-making processes and access to justice are essential tools to ensure public awareness on environmental issues and to promote a better implementation and enforcement of environmental legislation. Thus, it contributes to strengthen and make more effective environmental protection policies” . It is quite characteristic that the academic account about developments of access to justice in environmental matters at EU level, written clearly from the EU insider’s point of view, while marginally only referring to

access to justice in the context of rights<sup>10</sup>, is focused on showing implementation of the access to justice provisions under Aarhus Convention as means to enforce the EU environmental law (Brakeland 2014: *passim*).

More recently this approach to environmental procedural rights was clearly and strongly indicated by the European Commission in its European Green Deal Communication of 2019, which is a fundamental document setting the principles and directions for a new environmental policy within sustainable development in the European Union and which included a number of statements regarding the importance of both public participation and possibilities for the public to enforce the law through access to justice as crucial factors for the success of the European Green Deal (Jendroška, Reese and Squintani 2021:106-107)<sup>11</sup>.

## 2.6. Democratization and good/better governance

The concepts of democratization and good/better governance have much wider application than just for environmental matters but the subject matter of the Convention and the timing of its adoption somehow naturally made the drafters consider it not only as an instrument to protect environmental rights and to assure effectiveness of environmental protection but also as an instrument to achieve these general goals.

The Preamble to the Convention states that “the implementation of this Convention will contribute to strengthening democracy in the region” (para 21), which is a general statement addressing various processes. The most commonly it is considered as referring to the transition of a significant number of countries in the UNECE region from a centrally-controlled, communists’ system with state-owned economy to multi-party, pluralistic societies with market economy, which was “an important part of the historical landscape in the ECE during the 1990s” (Aarhus Implementation Guide 2014: 36). While the goal to assist emerging democracies played definitely a role in the drafting of the Convention, equally important was to reflect in the Convention the changes in administrative traditions and cultures of continental Europe towards so called “participatory democracy” and “open government” (Jendroška and Stec 2001: 142-143). In this respect, according to Pallemerts, “environmental policy has become a testing ground for efforts to transcend traditional models of representative democracy” and the Convention inspired the wider debate on participatory democracy in

---

<sup>10</sup> Following in this respect the conventional view on access to justice provisions under Article 9.1 and 9.2 as being designed to enforce the rights of access to information and public participation (Brakeland 2014: 4).

<sup>11</sup> Whether this general policy declaration has always been implemented in practice is a matter of doubts (see for example Jendroška and Anapianova 2023: 2-3).

EU and the respective provisions of the Treaty on European Union as amended by the Lisbon Treaty (Pallemaerts 2011: 4).

The above understanding of democratization was, at least at that time, inseparably linked with the idea of good/better governance, although in itself – as opposed to democratization- the concept of good/better governance does not have any ideological connotations but is rather based on rational decision-making theories. The idea is rather simple - public administration should operate in a way that make it effective and efficient. One of tools to achieve this is assuring that the decision-making processes are transparent, more participatory and involve all those potentially affected and interested. During negotiations of the Convention this concept started to be quite popular as a rationale for many new initiatives within European Community and soon after the adoption of the Convention was associated with the need for democratization and merged somehow into the proposal for a “European Governance” (Pallemaerts 2011: 4), which generally required openness, participation, accountability, effectiveness and coherence from decision-making processes at European level<sup>12</sup>.

The above processes and ideas regarding good/better governance at the European level heavily influenced the drafters of the Convention, which was reflected in a number of Preambular paragraphs referring to various aspects of good governance, including “accountability of and transparency in decision-making” (para 10) or role of the public in enforcement (para 18). This is not a coincidence then that the Aarhus Convention “is therefore not only an environmental agreement, it is also a Convention about government accountability, transparency and responsiveness” (Lawrysen 2010: 653).

### **3. Aarhus Convention as an attempt to codify environmental rights and to foster participatory democracy in environmental matters**

#### **3.1. Towards inclusion of a substantive right to environment into the Convention**

##### **Original mandate for the Convention**

When starting the negotiations towards the international treaty which become the Aarhus Convention, the original mandate was to prepare „a draft

---

<sup>12</sup> “Governance” means rules, processes and behaviour that affect the way in which powers are exercised at European level, particularly as regards openness, participation, accountability, effectiveness and coherence” (European Governance: 8).

convention on access to environmental information and public participation in environmental decision-making taking into account the corresponding ECE Guidelines and their implementation, relevant provisions of the recent ECE Conventions and of the Rio Declaration on Environment and Development” (CEP Report 1996 Annex 1 para 1), which in real terms meant that its aim was to codify procedural environmental rights of the public and not to address a substantive right to environment. Worth noting is the fact that the ECE Sofia Guidelines did not include any reference to a substantive right, in particular it mentions in the Preamble only Principle 10 of the Rio Declaration but not the Stockholm Declaration. Also the Draft Elements, prepared by a small group of experts in order to not start the negotiations from the scratch (Aarhus Implementation Guide 2014: 16), did not include any reference to a substantive right to environment nor to the Stockholm Declaration.

### **Proposal of Belgium and negotiations**

The issue was raised at the first negotiating session when the delegation of Belgium suggested including a provision regarding the fundamental right to a healthy environment and submitted a proposal to this effect suggesting insertion of a new Preambular paragraph mentioning such a right<sup>13</sup>, and a new substantive article preceding the General provisions and entitled „Objective”, which would provide a link between procedural rights and a substantive right to environment<sup>14</sup>. This proposal was circulated and included in annex I to the report of the first session for discussion at a later stage. As indicated in this report, already at that stage some delegations supported the proposal and suggested further strengthening it, while others considered it inappropriate for the convention. The Working Group welcomed the offer of the Belgian delegation to prepare a background paper substantiating its proposal and to make it available to participants in advance of the next session (Report of the first session). Such a paper was indeed submitted and introduced by the delegation of Belgium at the second session. While the problems with designing a substantive right to environment resulted in a failure to reach consensus on including such a right in Rio Declaration (Shelton 2006: 133) and led to accepting the role of the public on the ground of efficiency and not by reference to human

---

<sup>13</sup> „Considering that every person has the right to live in a healthy Environment”.

<sup>14</sup> „In order to protect the right of every person to live in a healthy environment, each Party shall guarantee the rights of public participation in environmental decision-making and access to environmental information in accordance with the provisions of the present Convention”.



rights<sup>15</sup>, the paper submitted by Belgium showed relevant developments at the global and regional level (Report of the second session: para 9). In this context the report of the second session indicates that „[m]ost delegations taking part in the ensuing discussion commended the delegation of Belgium for the work done and expressed their support for the proposal as submitted at the first session. Some delegations reserved their position in this regard. Other delegations opposed the Belgian proposal. The delegations that supported it held that this right as formulated in the proposal was a rule of conduct which meant that the Contracting Parties would have no further obligations than those laid down in the convention and would not be required to adopt specific provisions in domestic law recognizing this right as such. The Working Group decided to come back to this issue at a later stage in the light of possible future developments” (Report of the second session :para 9).

In the following sessions the proposal was hotly debated and heavily negotiated. At the sixth session a new wording was proposed to reflect progress in negotiations (in particular by adding a right of access to justice)<sup>16</sup>. This proposal was subject to some modifications (for example replacing “protect” with “contribute to protection”, and adding “of present and future generations”) . Worth noting is the fact that there was not enough support for the proposals made by the delegation of the Republic of Moldova, which considered the wording of article 1 too anthropocentric and proposed to insert the word “healthy” before the word “environment” in the first line of the article, and to delete the words “adequate to his health and well-being” following this word (Report of the eighth session: para 11).

### **Wording of Article 1 and its significance**

The final wording of Article 1 was accepted during the eighth negotiating session. Article 1 makes it clear that the objective of the Convention is to contribute to the protection of the right of every person of this and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being. It reflects careful compromise between the wish to reiterate and reinforce the substantive right to environment by clearly acknowledging existence of such right, and on the other hand – fears of establishing any binding and enforceable commitments

---

<sup>15</sup> Causing a question posed in the literature: „What Happened in Rio to Human Rights? (Shelton 1992).

<sup>16</sup> OBJECTIVE In order to protect the right of every person to live in an environment adequate to his health and well-being, each Party shall guarantee the rights of public participation in environmental decision-making, access to environmental information, and access to justice in accordance with the provisions of this Convention” (Report of the sixth session).

in this respect. It was probably the most that could be done at that time. The proposal of Moldova to make the wording less anthropocentric was clearly far too progressive as at that time the discussions regarding rights of nature (RoN) were at their infancy and – as opposed to the substantive right to a healthy environment – there was no any clear (even nonbinding) international recognition of such rights. This however – as already noted above – should not mean that the procedural rights under the Convention are not meant to serve for the purpose of protecting the rights of nature.

As far as the substantive right to environment is concerned, the significance of Article 1 is underlined by the fact that the United Kingdom felt it was necessary to make a declaration concerning this provision upon signature of the Convention. In that declaration the UK stated that it understands Article 1 to “express an aspiration,” and that the legal rights guaranteed under the Convention are limited to the particular rights of access to information, public participation in decision-making and access to justice. This was deemed necessary because, in contrast to the Stockholm Declaration, the Aarhus Convention is legally binding (Jendroška and Stec 2001: 141).

### **3.2. Final scope and structure of the Convention**

The final scope, design and structure of the Aarhus Convention is a result of heavy negotiations and – against initial expectations of some of the participants – it is much more than just the Sofia Guidelines embedded into the binding language and much more than just transferring the relevant pieces of Community law into the international instrument binding within the entire UNECE Region (Jendroška 2005a: 14). The Convention, except for being the first binding international instrument attempting to address comprehensively the issue of procedural environmental rights of the public, includes also a couple of specific features that might be considered precedential. The detailed descriptions of the scope, design and structure of the Aarhus Convention as well as many of the related interpretation dilemmas and the respective opinions of the Aarhus Compliance Committee have been included in the Aarhus Convention Implementation Guide 2014 as well as in numerous academic accounts (including by the current author) - therefore the current account is limited to present only some general issues from the point of view of its topic.

As underlined in the literature, the structure of the Aarhus Convention mirrors generally the structure of the Principle 10 of the Rio Declaration with its 3 pillars: access to environmental information, public participation in environmental decision-making, access to environmental justice and with the Preamble, Article 1 (Objective), Article 2 (Definitions), and Article 3 (General

Provisions) providing the background to the above three pillars (Jendroška and Stec 2001: 148).

The Convention regulates the issue of access to environmental information in two separate Articles: Article 4 regulates so called “passive” disclosure of information while Article 5 addresses so called “active” disclosure of information. Article 4 follows the design of the EC Directive 90/313 on access to environmental information which is typical for the Freedom of Information legislation. It requires public authorities, in response to a request for environmental information, to make such information available to the public, establishes categories of information that might be exempted from disclosure, and sets forth procedures for disclosing the information. What is important is that Article 4 of the Convention provides “the right of the public to seek information from public authorities and the obligation of public authorities to provide information in response to a request” (Aarhus Convention Implementation Guide 2014:19).

As compared with the Directive 90/313, which only mentioned the obligation of active dissemination of the information about the state of the environment, the Convention includes attempts to develop comprehensive systems and capacities for gathering relevant environmental information, as well as establishing standards for the active dissemination of information to help to support an informed and participating public. These active information provisions in Article 5 include a requirement for authorities to possess and update environmental information which is relevant to their functions and regularly publish (e.g. in a written report or periodicals) up-to-date information not only on the state of the environment, but also on pressures on the environment. It requires establishing and maintaining practical arrangements (such as registers etc.) to facilitate access to information. It also requires that environmental information become progressively available in electronic databases which are easily accessible to the public through public telecommunications networks<sup>17</sup>.

The Convention follows the conventional distinctions among public participation in specific decision-making, public participation in plan- and policy-making, and public participation in legislative drafting and rule-making (Jendroška and Stec 2001: 150). Thus, the Convention covers public participation in environmental decision-making through three separate articles. The most detailed of these is Article 6, concerned with public participation in decision-making on specific activities which may have a significant effect on the environment.

---

<sup>17</sup> For a more detailed yet still a general description of the access to information pillar see Aarhus Convention Implementation Guide 2014: 75-117

Article 7 covers public participation concerning strategic decisions relating to the environment within two legal schemes: a binding legal scheme relate to public participation during the preparation of plans and programs, while in case of policies relating to the environment each Party is required to endeavour to provide opportunities for public participation in their preparation. Article 8 covers public participation during the preparation of executive regulations and/or generally applicable legally binding normative instruments<sup>18</sup>.

The above indicated differences within the access to information and public participation pillars have not only consequences in the differentiated respective procedural details, but also with respect to the possibilities to enforce these provisions by means of access to justice. The more detailed account of the design of access to justice pillar and its relation to other provisions of the Convention is provided below in Section 4.

### 3.3. Aarhus Convention and Principle 10

The already indicated observation that the Convention follows the design of Principle 10 of the Rio Declaration (Jendroška and Stec 2001:), while generally true, should not lead to considering the Aarhus Convention as a mere transformation of Principle 10 into a binding legal instrument the sole purpose of which is codification of the procedural environmental rights.

First of all, as already noted, the Convention includes also a reference to the „right of every person of this and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being” and makes a link between such a substantive right to environment and the procedural environmental rights. In this respect it goes further than the Principle 10 which – as already indicated in Part I and Section 3.1 above – considered procedural environmental rights solely in the context of effectiveness of environmental protection and not in the context of a right to environment.

Furthermore, it must be noted that while the wording of Article 1 is commonly understood to refer only to „the right to a clean, healthy and sustainable environment” recently recognized as a human right by the General Assembly in its resolution 76/300 (see Section 5.3 in Part I), it may - and probably should - be understood also as referring to the right to “private” environment construed under the “greening” of other human rights jurisprudence (as discussed in Section 4.2 of Part I). In practice, the reference in Article 9.2 to “sufficient” interest means that in case of natural persons access to justice in this respect

---

<sup>18</sup> For a more detailed yet still a general description of the public participation pillar see Aarhus Convention Implementation Guide 2014: 119-186.

is limited in many jurisdictions only to persons exercising their property or other subjective rights (see discussion in Section 4.3 below).

Generally, the title of Article 1 is a bit misleading as the „right of every person of this and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being” should not be understood as the only objective for granting procedural environmental rights to the public. As already mentioned, there have been also other motivations for granting procedural environmental rights to the public, including for example protection of the nature under RoN, or increasing effectiveness of environmental protection and – last but not least – providing legal means to enhance democratization and good/better governance. They are all clearly indicated in the Preamble to the Convention and should be taken into account when interpreting the legal norms stemming from its particular provisions.

### 3.4. Rights-based approach

As far as the design of the wording of the Aarhus Convention is concerned, there is a commonly shared opinion that the „Convention adopts a rights-based approach” (Lawrysen 2010: 654), which is officially considered by the UNECE as its main general feature<sup>19</sup>. The fact that it somehow „links environmental rights and human rights” (Aarhus Convention Implementation Guide 2014: 15) prompts even the opinion that it „has a dual identity: it is both an environmental agreement and a human rights one” (Barrit 2020: 5), while Boyle goes even further to say that “Aarhus is a human rights treaty” (Boyle 2012:623). These opinions are definitely correct as far as the subject matter of the Convention is concerned. Whether however the design of the wording of Convention makes it more similar to the international human rights treaties rather than to the standard environmental treaties – may be debated.

It must be noted that only some provisions of the Convention refer generally to „rights” (Article 1 and paras 6 and 8 in Article 2) while a couple of others (para 1 in Article 4, para 7 in Article 6 or paras 1,2 and 3 in Article 9) are drafted in a way that without using the word „right” provide the public with a clear entitlements (respectively to submit a request for information, to submit comments and to have access to review procedures). All the other provisions are drafted in a way focusing on the obligations of the Parties to the Convention or directly on the obligations of the public authorities. Quite convincing however are the views of the authors who claim that, despite the above design, the

---

<sup>19</sup> <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/content>, accessed 28.08.2024.

Convention affords rights to the public and that claims to the contrary „would run counter to the object and purpose of the Convention” (Tanzi and Pitea 2011: 371). Yet, it must be admitted that the design of the most of its provisions (i.e. by putting obligations on the Parties or on public authorities rather than granting directly rights to the public) much more resembles a standard environmental treaty than a human rights instrument. Thus any reference to the „rights-based approach” in the Aarhus Convention must be understood within this context. Furthermore, the issue remains open if there are remedies for the rights derived solely from the obligations and – if yes - how they fit to the traditional system of the protection of subjective rights. Quite characteristic in this context are the views of Advocate General Bobek who, supporting his view by a reference to a number of CJEU judgments, clearly stated that “[u]nder the Aarhus Convention,... or any legal system worth its name for that matter, *for there to be a right, there must[be] a remedy*. If there is no way of enforcing the correlating obligation from... the public authority, there is by definition no right” (Bobek 2020: point 85).

As already discussed in Part I, the latter approach - which is certainly true in case of traditional subjective rights – have created problems in case of the general substantive right to a healthy environment. The assumption was however – as was also discussed in Part I – that it should apply without any problems to procedural environmental rights.

In this context worth mentioning are the views of Majtényi, who – considering as real rights only „rights that can be enforced” (Majtényi 2013: 16) and treating Aarhus Convention as „not a self-executing international treaty” (Majtényi 2013: 22) – comes to the conclusion that its provisions cannot be directly referred to before domestic or international courts (Majtényi 2013: 22). This seems to be meaning (although it is not clearly stated) that in his views Aarhus Convention cannot be treated as granting any rights. Whether this view is accurate may be subject to debate bearing in mind that it is based on the assumption that Aarhus Convention is „not a self-executing international treaty” whereas the issue is much more complicated and a number of provisions of the Aarhus Convention were found by courts as having direct effect<sup>20</sup>.

For the purpose of the current study, the key issue is not whether Aarhus Convention is a self-executing international treaty (or which of its provisions have such an effect) but rather whether it provides internally coherent system of remedies for the rights granted by it to the public. It must be underlined that the possibility to submit a communication to the Aarhus Compliance Committee,

---

<sup>20</sup> See a discussion about direct effect of Aarhus Convention in Jendroška 2011-1: 107-111 or the examples from France in Betaille 2009:passim.

while it is granted to any members of the public and plays an important role in assuring compliance with the Convention, cannot be treated as a remedy for the rights granted by the Convention because „according to the Convention the compliance review mechanism is not a redress mechanism „ (Guide to ACCC 2019: 31). Bearing in mind that the rights granted by the Aarhus Convention cannot be directly protected by ECHR (or any other international human rights court) the only way to enforce them is at the national courts, which provide a judicial review of the practical implementation of the applicable rules, including those stemming from the Aarhus Convention.

Bearing the above in mind, a closer look will be needed at the legal nature of provisions included in Article 5, 7 and 8 of the Convention. Not only that they do not grant clear rights to the public and provide only corresponding obligations of the Parties or public authorities, but also the Convention is not very clear about obligations of the Parties to establish possibilities to enforce these obligations and thus to protect the corresponding „rights” of the public by triggering the respective review procedures. This makes their legal status different than in case of rights under Article 4 (where there is a clear link to the review procedures under Article 9.1) and rights under Article 6 (which has a link - although not so clear - with the review procedure under Article 9.2). The issue will be examined in Section 4 below.

The above remarks of the „rights-based approach” must be complemented with mentioning the fact that often this term is used interchangeably – but not correctly – with the term „human rights-based approach”. This practice does not seem to appreciate wider implications of this concept in relation to the scope of rights to be represented and protected – which should be construed broadly. One has to underline that the official documents related to the Aarhus Convention and most of the academic accounts rightly use the term „rights-based approach” which allows to cover also the mentioned above Rights of the Nature (RoN) and persons or groups representing them. Quite an opposite practice can be observed under the Escazu Agreement (already mentioned sister convention to the Aarhus Convention) whereby the official documents constantly refer to „human rights-based approach”<sup>21</sup>, following probably the term “human rights defenders in environmental matters” used in this Agreement to define this institution<sup>22</sup>. Bearing in mind the role and status of the latter under the Escazu Agreement (which is comparable to the role and status

---

<sup>21</sup> See for example Escazu Implementation Guide... Available at: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/48495/3/S2200676\\_en.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/48495/3/S2200676_en.pdf)

<sup>22</sup> For more on the Escazu Agreement and this novel institution see Stec and Jendroška 2019: 540-541

of environmental NGOs under the Aarhus Convention<sup>23</sup>) and the discussed above widespread popularity of RoN in Latin America – there is a legitimate question whether the persons (individuals or NGOs) bringing cases on behalf of the Nature would benefit from the special status granted to “human rights defenders in environmental matters” under the Escazu Agreement? (Jendroška 2021: 349-351). The Escazu Implementation Guide does not seem to clearly address this issue while providing guidance to the respective provisions of the Agreement (Escazu Implementation Guide 2023: 179-189).

#### **4. Access to justice under art. 9 of the Aarhus Convention and its role in protecting environmental rights and participatory democracy in environmental matters**

##### **4.1. Introductory remarks: final design of Article 9 and its relation to other provisions of the Convention**

The final design of Article 9 of the Aarhus Convention is a result of a long and difficult negotiations. It was discussed until quite late and many important issues were decided at the very last moment. Therefore the legal meaning of its provisions are not quite clear and are subject to a number of interpretation dilemmas (Jendroška 2020-1: 399-400). They are listed and partially discussed by the current author in another account (Jendroška 2020a: 400-408), while in this account only some of the issues relevant for its topic would be addressed.

Article 9 of the Convention in its final version consist of 5 paragraphs providing a legal framework for its third pillar on access to justice.

The first three paragraphs of Article 9 regulate access to justice in relation to three types of procedures:

- a) review procedures with respect to information requests (Article 9.1),
- b) review procedures with respect to specific (project-type) decisions which are subject to public participation requirements (Article 9.2), and
- c) procedures to challenge acts and omissions of private persons or public authorities contravening national law relating to the environment (Article 9.3).

Article 9.4 obliges Parties to the Convention to provide, within the review procedures, for adequate and effective remedies, including injunctive relief. Moreover, it provides minimum requirements regarding these procedures, which all shall be fair, equitable, timely and not prohibitively expensive. Article 9.5 regulates practicalities, such as the obligation to provide the public

---

<sup>23</sup> For more on this see Jendroška 2021:349-350.



with sufficient information on access to administrative and judicial review procedures.

The role of the first three paragraphs of Article 9 of the Aarhus Convention in protecting the respective environmental procedural rights was usually considered quite obvious but – as already indicated – the issue is not that clear as usually it seemed to be. As already discussed in Part I the assumption that procedural environmental rights are capable to be treated similar as traditional subjective rights and enforced before the courts has been usually considered as means to circumvent challenges related to establishing a substantive right to healthy environment. On the other hand, as discussed in Section 3.4 above, there is a well-established conventional view, which in relation to the procedural entitlements granted by the Aarhus Convention was convincingly invoked by AG Bobek, who considers that “[i]f there is no way of enforcing the correlating obligation from another party, here the public authority, there is by definition no right. It can be considered a gift, a favour, or even charity, but hardly a right” (Bobek 2020: point 85).

In this context the perception regarding the role of the respective provisions of Article 9 of the Aarhus Convention in relation to its other provisions must be carefully examined and possibly revised.

#### **4.2. Article 9.1 and its role**

The common view, shared for quite a long time also by the current author, was that paragraph 1 of Article 9 would serve as guarantee for the rights granted under the access to environmental information pillar. After more careful examination however, this view seems to be only partially correct.

Under Article 9.1 any person who considers that his or her request for information under article 4 has been ignored... has access to a review procedure”. The legal structure of the provision is rather clear and fits well to the traditional system of the protection of subjective rights whereby every person having certain right has sufficient legal means to protect such right. Thus, there is no doubt that paragraph 1 in Article 9 serve as a guarantee for the right to environmental information in Article 4 which regulates so called “passive” disclosure of information.

It must be remembered however that the access to environmental information pillar consist also of a legal regime for so called “active” disclosure regulated by Article 5, which includes a number of obligations not only to make publicly available certain information but also to collect and maintain it in specific ways and to disseminate it actively in certain situations. These obligations – as already discussed in Section 3 above– are considered as constituting also rights granted

to the public. What is more, the assumption that both Article 4 and Article 5 of the convention grants to “every citizen and environmental organisation a set of procedural environmental rights, which aim to increase public access to the environmental information held by public authorities” leads some authors to propose a new right to be clearly granted to the public by the Convention – a “right to contribute environmental information”, which they claim is implicitly “already foreseen in the letter of the Convention” (Suman 2024: 55-58). Regardless of the accuracy of the above assumptions<sup>24</sup>, the proposal itself could be considered as manifestation of the approach towards the Convention as a set of enforceable rights.

In this context it must be noted that Article 9.1 does not cover the rights under Article 5 (i.e. those which goes beyond disclosure of information upon request) nor there is any other provision in Article 9 providing explicitly any legal means to protect these rights. The question then is whether these rights are not protected at all under the Convention. In case of Article 9.2 it is established view that its role as a judicial enforcement provision is confined to the public participation pillar (and not other pillars of the Convention), thus the only potential candidate is Article 9.3 which has a very broad scope of application. The issue will be discussed below, looking not only whether rights under Article 5 are covered by Article 9.3 but also – if yes - whether the protection under this provision fits to the traditional system of the protection of subjective rights.

### 4.3. Article 9.2 and its role

In case of Article 9.2, similarly to Article 9.1, the common view, shared for quite a long time also by the current author, was based on the original intentions behind introducing this provision - that it would serve as a guarantee for the rights granted under the public participation pillar. In this case however the situation is even more complicated because the final version of this provision reflects the changes in this respect introduced during the negotiations.

First of all it must be noted that the Convention requires it to be applied only in relation to activities under Article 6 while only “where so provided for under national law” in relation to activities under other provisions of the Convention. This wording is considered to mean that the Convention does not require it but merely “allow for it” (Brady 1998: 72). Therefore, for the purpose of the current account, they are not examined under Article 9.2. Quite specific

---

<sup>24</sup> Aarhus Convention, unlike for example the Escazu Agreement, grants rights and entitlements to the public regardless of the citizenship (see more on this Stec and Jendroška 2019: 542-543).

in this respect is however the issue of application of Article 9.2 to plans and programs under Article 7 bearing in mind that under article 7 the Parties are bound to apply article 6, paragraphs 3, 4 and 8 for the purpose of public participation in their preparation? In this context quite legitimate is the question whether a reference to “any decision, act and omission subject to the provisions of article 6” means that plans and programs under article 7 of the Convention are subject to review procedures available under article 9, paragraph 2, of the Convention? (Jendroška 2020a: 403). This question posed in the literature has never been addressed on substance by the Aarhus Convention Compliance Committee<sup>25</sup>, which has constantly considered the issues of access to justice regarding plans and programs only under Article 9.3<sup>26</sup>.

Regardless of the answer to the above question, for the purpose of the current account much more fundamental is another issue. This is, as already noted in the detailed account of the legislative history of access to justice under the Aarhus Convention, the fundamental shift of approach to standing in what finally become Article 9.2 of the Convention, which was made at the eight negotiating session (Jendroška 2020a: 393-394).

First of all the term “members of the public” was replaced by the term “members of the public concerned”<sup>27</sup>, but more importantly, standing is not granted anymore to “all persons/organizations that had the right to participate in the decision-making procedure itself” as it was in the previous versions of the text (heralded to be a consensus view<sup>28</sup>), nor to all members of the public concerned – but only to those members of the public concerned “having a sufficient interest” or alternatively “maintaining impairment of a right, where the administrative procedural law of a Party requires this as a precondition” (Jendroška 2020-1: 394). In this context it must be noted that the reference to the “impairment of a right” was meant to cover substantive rights and – as it was made clear during the negotiations for the Aarhus Convention – “the violation of rights to participate would not fulfil this pre-condition” (Brady 1998: footnote 23).

---

<sup>25</sup> Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) is a body established to monitor compliance with the Convention (about the origins, status and composition of ACCC see Jendroška 2011-2) and which is considered to issue „rulings which interpret and clarify provisions of the convention” as a result of which „a body of case law is emerging” (Boyle 2015:214).

<sup>26</sup> This direction was initiated, although without any explanations, in the findings regarding Bulgaria (ACCC/C/2011/58: paras 56-58).

<sup>27</sup> Which reflected the fact that the term “public concerned” already in the third session started to appear in the draft proposals regarding provisions on public participation and finally was defined during the sixth session (Jendroška 2020-1: 394).

<sup>28</sup> Report of the fifth session cep/ac.3/10 page 11 – Annex iii.

The text resulting from the eight session is almost identical with the final version of Article 9.2 of the Convention and the changes made in this session seem to create a number of interpretation problems. Without attempting to address all the problems listed in this context<sup>29</sup>, some of them must be addressed as they have important consequences for the topic of the current account.

In this respect of key importance is the observation regarding the consequences of the fact that Article 2.5 refers to “interest” while Article 9.2 to “sufficient interest”, which reflects some distinction between the two terms and must be understood as a deliberate attempt to limit the scope of members of the public concerned having standing under Article 9.2 (Jendroška 2020a: 394). Thus it means a significant shift from the previously heralded “consensus” which assumed to provide standing to all persons and organizations having the right to participate in the decision-making procedure itself.

The above shift in the approach has been somehow overlooked by some commentators. In this context worth noting are the already quoted views of Advocate General Bobek who considers as „untenable” the idea that the Aarhus Convention would create „two classes of participants in the environmental decision-making procedure before an administrative authority. Those with enforceable rights and those with none”, because – as already indicated earlier – he firmly believes that „for there to be a right, there must [be] a remedy” (Bobek 2020: points 84 and 85).<sup>30</sup>

Before drawing conclusions from the above observations one needs to note however that the above discussed limitations in standing envisaged in Article 9.2 apply only to natural persons being “members of the public concerned” and do not apply to organizations. Article 9.2 in its revised version states clearly, due to the pressure from some delegations (Brady 1998:footnote 23), that the interests of any non-governmental organization referred to in Article 2.5 “shall be deemed sufficient for the purpose” – which is commonly interpreted as providing standing under Article 9.2 to all organizations meeting the requirements stipulated in Article 2.5<sup>31</sup>.

In light of the above observations regarding Article 9.2 of the Aarhus Convention one can conclude that the views claiming that “the AC defines the right to public participation as an enforceable right” (Schwerdfeger 2023:301) or that “Article 9 (2) deals with acts or omissions by public authorities regarding the

---

<sup>29</sup> As listed in Jendroška 2020a: 393.

<sup>30</sup> Outside the scope of this account is the accuracy of views of AG Bobek regarding the question who is the subject of rights under Article 6 and whether people residing hundreds of kilometers away from the proposed activity may nevertheless have an interest in such activity.

<sup>31</sup> Outside the scope of this account are issues related to implementation of these requirements.

rights to public participation set out in Article 6” (Volferen 2018: 169) or that “applicants entitled to participate in decision-making will also have the right to seek administrative or judicial review of the legality of the resulting decision” (Boyle 2012: 622 and Boyle 2015: 213)<sup>32</sup> - are at most the far-fetched simplification. In light of the above discussion only in case of non-governmental organizations promoting environmental protection referred to in Article 2.5 the possibility regarding access to justice under Article 9.2 could potentially be treated as a remedy providing a sufficient guarantee of their right to participate under Article 6. In case of natural persons being “members of the public concerned” the situation is different as not all natural persons having the right to participate under Article 6 are granted standing under Article 9.2 - thus it does not serve for them as a guarantee of their right to participate. The question then is whether natural persons being “members of the public concerned” but not having “sufficient interest” or “maintaining impairment of a right” have under the Aarhus Convention any remedy providing a sufficient guarantee of their right to participate under Article 6<sup>33</sup>. The obvious, and in fact the only candidate, could be access to justice under Article 9.3 of the Convention. Whether Article 9.3 could serve for the purpose will be discussed below in the next subsection.

When discussing the role of Article 9.2 one needs to note that it covers both „the substantive and procedural legality of any decision, act or omission subject to the provisions of article 6”. It is clear that possibility to challenge substantive legality is much more than possibility to merely challenge whether due account was taken of the outcome of the public participation as required under Article 6.8 of the Convention. Thus it can be concluded that while Article 9.2 cannot be treated as a remedy providing a sufficient guarantee of the right to participate under Article 6 because it does not grant standing to all persons having such a right – on the other hand for those having standing it goes beyond just guaranteeing the procedural rights under Article 6 as it covers also their substantive interests. Bearing the above in mind, one can consider a reference to „sufficient interest” or “maintaining impairment of a right” in Article 9.2 as an indication to make it, at least in case of natural persons, a judicial enforcement provision for the protection of the „private environment” in relation to the traditional human rights (as described in Part I).

---

<sup>32</sup> Only noting here that Boyle, probably by mistake, addressed this statement to Article 9.3 instead of Article 9.2 and referred to „applicants” instead of the terms used by the Convention (“the public” or „public concerned”).

<sup>33</sup> The situation is further complicated by the fact that some of the particular procedural rights under Article 6 are granted to „the public” and not only to the public concerned – but this issue, as already noted above, is outside the scope of this account.

Concluding all the above remarks regarding the role of Article 9.2 one cannot agree with the view that „it is clear that the judicial enforcement provision of Article 6 is Article 9(2), as much as Article 9(1) is for Article 4” (Bobek 2020: point 48). While the role of Article 9.1 in relation to access to information rights under Article 4 is – as discussed above – rather clear, the role of Article 9.2 in relation to participation under Article 6 is far from being clear. Much more accurate would be to consider it as playing various roles. Clearly it can be considered as playing a role of a “judicial enforcement provision” for the participation rights granted by Article 6 to environmental non-governmental organizations referred to in Article 2.5. It cannot be considered as playing such a role for all other subjects (in particular the individual members of the public concerned) who are entitled to participate under Article 6 of the Convention, since its application is limited only to a subset of such subjects, namely to those having „sufficient interest” or “maintaining impairment of a right” . On the other hand in case of the latter subjects and environmental non-governmental organizations, Article 9.2 goes beyond the role of a judicial enforcement provision for their right to participate as it requires possibility to challenge also a substantive legality of the decision. In this context it is worth noting also that the reference to „sufficient interest” or “maintaining impairment of a right” in Article 9.2 of the Convention is not limited only to interests or rights related to the environment. This is in line with the definition of the public concerned in Article 2.5 (which is not limited to cover only the public affected or likely to be affected by environmental consequences of the decision) and the procedural provisions of Article 6 which provides access to “all information relevant to the decision-making” (Article 6.6) and possibility to submit “any comments... relevant to the proposed activity” (Article 6.7).

#### **4.4. Article 9.3 and its role**

The role of paragraph 3 in Article in the Aarhus Convention has always been different than the role of paragraphs 1 and 2 which originally were considered to serve as judicial enforcement provisions for respectively access to environmental information under Article 4 and for public participation under Article 6. This difference is clearly visible in the wording of this paragraph. First of all, it refers to “access to administrative or judicial procedures”<sup>34</sup>, which means that – unlike under paragraphs 1 and 2 of Article 9 – access to judicial procedures (usually before a court of law) is not mandatory and Parties may choose instead to offer an administrative procedure, providing it meets certain

---

<sup>34</sup> For more about these two concepts see Jendroška 2020-1: 393.

criteria in order to be considered as means of access to justice under Article 9.3 (Aarhus Implementation Guide 2014: 197-199).

Secondly, Article 9.3 – as rightly observed by ACCC – “does not distinguish between public or private interests or objective or subjective rights, and it is not limited to any such categories. Rather, article 9, paragraph 3, applies to contraventions of any provision of national law relating to the environment”<sup>35</sup>.

The discussion regarding Article 9.3 during the negotiation of the Aarhus Convention was heavily influenced by the experience with the “citizen suit” in the USA, meant to create possibilities for the public to initiate public interest enforcement actions against polluters (whether private entities or national authorities) either directly at courts or by forcing public authorities to do so (Jendroška 2020a: 397-8 and 407). This was the reason why already in one of the first academic accounts regarding the Convention, the paragraphs 1 and 2 were considered as providing legal remedies in relation to access to information and public participation provisions of the Convention<sup>36</sup>, while paragraph 3 was considered to provide the right to file genuine public interest law-suits (Jendroška and Stec 2001:150).

Following this context there was even a view in the literature that Article 9.3 could be considered as yet another “redress” procedure to guarantee the right to environment indicated in Article 1 of the Convention (Jendroška and Bar 2004: 70). This view has never been supported in the literature, and in fact there were also the opposite views claiming that the Aarhus Convention “stops short, however, of providing the means for citizens directly to invoke this right” (Hayward 2005:180). The issue has never been seriously examined so it is worthwhile to consider it in the context of the current study.

Thus the first research question regarding the role of Article 9.3 of the Aarhus Convention would be to examine if indeed it can be considered as a judicial enforcement provision for a substantive right to a healthy environment. The second research question would be whether it can be considered as a judicial enforcement provision for the rights granted under articles 5, 6, 7 and 8 of the Convention and not covered – as already discussed above – by access to justice under paragraphs 1 and 2 of Article 9.

The two key issues for examining the role of Article 9.3 as a judicial enforcement provision for the right to a healthy environment is its scope of application and who is entitled to a remedy.

---

<sup>35</sup> ACCC/C/2008/31, Germany, ECE/MP.PP/C.1/2014/8, para. 94; Findings of non-compliance, MOP Decision V/9h, ECE/MP.PP/2014/2/Add.1, para. 1.

<sup>36</sup> Which – in light of the discussion in subsections 4.2 and 4.3 above – has proven to be not fully accurate.

The scope of application of Article 9.3 is determined by the concept of “contraventions of national law relating to the environment”. Thus, subject to a challenge is not a decent or adequate quality of the environment but an act or omission that contravenes provisions of national law relating to the environment. In relation to the scope of “contraventions”, ACCC has made it crystal clear that “access to a review procedure must be provided for all contraventions of national law relating to the environment, and with the means to have existing environmental laws enforced and made effective”<sup>37</sup>. This particular feature of the wording of Article 9.3 has prompted some commentators to observe that “some higher-ranking law(s) within the national legal order must exist that creates sufficiently precise rights or obligations concerning climate protection that allow establishing a violation for the Convention to be applicable or invocable” (Eckes and Trap 2024:5). Furthermore, since „the Aarhus Convention generally excludes from its scope acts and omissions of public bodies or institutions that act in a “judicial or legislative capacity” (Article 2(2) AC)” the same commentators observe that the „Convention cannot be relied upon by litigants if they aim to challenge insufficient legislative acts, or the omission to adopt adequate and sufficient climate protection legislation (Eckes and Trap 2024:5). While these observations were made in relation to applicability of the Aarhus Convention to the climate litigation, the above limitations apply also to the general environmental litigation and – regardless of the suggested by these commentators ways to circumvent the above limitations - must be taken into account when considering the scope of application of Article 9.3 in the context of its role as a judicial enforcement provision for the right to a healthy environment.

Another question is whether all those having a right are entitled to a remedy. The right to a healthy environment is considered as a human right granted to “every person”, which means that “all individuals are entitled” (Rehbinder and Loperena 2001: 283). Following this approach Article 9.3 in order be considered as a judicial enforcement provision for the right to a healthy environment (considered as a traditional subjective right) would need to require establishment of the *actio popularis*.

However this is not the case as Article 9.3 provides the possibility that Parties may introduce certain criteria in its national law as a prerequisite for recourse to this remedy. The conclusion regarding this clause is obvious: „this mechanism can at most be said to only approach the notion of *actio popularis*” (Jendroška and Stec 2001: 151). It was confirmed on several occasions by ACCC which made some ramifications regarding interpretation of Article 9.3 saying

---

<sup>37</sup> ACCC/C/2005/11, Belgium, ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, para. 34; Findings of no non-compliance, MOP decision III/6, ECE/MP.PP/2008/2/Add.8, para. 3



that „the Parties are not obliged to establish a system of popular action (“*actio popularis*”) in their national laws with the effect that anyone can challenge any decision, act or omission relating to the environment. On the other hand, the Parties may not take the clause “where they meet the criteria, if any, laid down in its national law” as an excuse for introducing or maintaining so strict criteria that they effectively bar all or almost all environmental organizations from challenging acts or omissions that contravene national law relating to the environment<sup>38</sup>. Following this some authors say that Article 9.3 “is the closest that the Aarhus Convention comes to establishing environmental *actio popularis*, given its empowerment of the public *en masse* to challenge environmental illegalities” (Weaver 2023: 127).

Worth noting is the fact, that while the Aarhus Convention does not require *actio popularis* to be established, it does not mean that the authors of the Convention „rejected” it - as sometimes it is indicated (Bobek 2020: point 46). Furthermore, there are quite successful examples of functioning of the *actio popularis* in environmental matters in some countries (for example in Latvia)<sup>39</sup>.

Concluding the above remarks one needs to state that Article 9.3 cannot be considered as a judicial enforcement provision for the right to a healthy environment if the latter is to be considered as a traditional subjective right. Much however depends on the legal nature of such a substantive right (see Conclusions). On the other hand much more convincing seems to be the conclusion, supported by the above quoted opinion of ACCC regarding the scope of “contraventions”, that the role of Article 9.3 should be seen not so much in the context of protecting the right to a healthy environment but rather in the context of effectiveness of environmental protection i.e. as means to assure enforcement of respective laws by providing possibilities to trigger judicial control of the objective legality of acts or omissions.

As far as the second research question regarding Article 9.3 is concerned, there are different views concerning the role of Article 9.3 as a judicial enforcement provision for the rights granted under articles 5, 6, 7 and 8 of the Convention and not covered by access to justice under paragraphs 1 and 2 of Article 9. Some commentators say that Article 9.3 applies only to “laws other than those implementing the provisions of the Convention” (Brady 1998: 72), while some other claim that “Article 9(3) *is not supposed to govern* the enforcement of participation rights under Article 6, but other rights granted by other

---

<sup>38</sup> First time in case ACCC/C/2005/11, Belgium, ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, para. 35; Findings of no non-compliance, MOP decision III/6, ECE/MP.PP/2008/2/Add.8, para. 3.

<sup>39</sup> See more in Mikosa 2017: 39-57.

provisions of the Convention (or under national law)” (Bobek 2020: point 49). In light of the plain language of the Convention and hitherto jurisprudence of ACCC there is no reason to say that the broad discretion afforded to the Parties in establishing criteria for standing under Article 9.3 in case of acts or omissions which contravene the provisions of the national law implementing the provisions of Article 5, 6, 7 or 8 of the Convention could be limited as compared with acts or omissions which contravene other provisions of the national law relating to the environment – thus it is fair to say that under the Convention not all the members of the public that benefit from these provisions must be entitled to challenge acts or omissions in this respect. On the other hand worth noting is the opinion of CJEU which held - seemingly in the opposition to the views of AG Bobek in case C-826/18 – that „Article 9(3) of that convention precludes such persons from not being able to have access to justice for the purposes of relying on more extensive rights to participate in the decision-making procedure which may be conferred on them solely by the national environmental law of a Member State”<sup>40</sup>. It is not clear however if the above verdict clearly confirms that all members of the public concerned may challenge acts or omissions which contravene the provisions of its national law implementing Article 6 of the Aarhus Convention.

In the light of the above comments regarding the role of Article 9.3 it seems quite appropriate to consider it not so much as a judicial enforcement provision for the other provisions of the Convention but rather in the context of its other (than protection of rights) conceptual roots, namely effectiveness of environmental protection, democratization and good/better governance. In this context should be seen the different wording and formulations used in paragraph 3 as compared with paragraphs 1 and 2 of Article 9. This is however quite often totally overlooked. Article 9.3 refers generally to the public and not to the public concerned, thus it includes all legally existing associations, organizations and groups. While the focus during negotiations was on environmental organizations, which were granted a special role under Article 9.2 (Jendroška 2020-1: 385-386), in Article 9.3 there is no special role for them as compared with other associations, organizations and groups. Quite telling is the approach taken in this respect in the official EU documents. On the one hand, clearly recognizing the difference in the respective wording the Commission - „considering the role of environmental NGOs in protecting general environmental interests” – calls Member States to provide standing to them (EC Notice on Access to Justice 2017: para 107). Furthermore, it recommends to apply the same approach to standing in relation to paragraphs 2 and 3 of Article 9, and

---

<sup>40</sup> Judgement of 14.1.2021 – case C-826/18 *Stichting Varkens in Nood and Others* 5 para 51.

considers criteria established for the purpose of Article 9.2 to be appropriate also for the purpose of Article 9.3 (EC Notice on Access to Justice 2017: para 107). While the former recommendation seems to be reasonable and fully within the discretion afforded to Parties by Article 9.3, the latter one clearly limits the scope of application of this provision by excluding standing for associations, organizations and groups other than those meeting the criteria established for environmental organizations. This approach seems to be not only at odds with the Article 9.3 of the Aarhus Convention but also with some provisions of the EU law, which – like for example Art.6.4 of SEA Directive – clearly include among relevant non-governmental organisations „those promoting environmental protection and other organisations concerned (SEA Directive 2001).

It goes without saying that for the purpose of democratization and good/better governance a certain role should be played also by associations, organizations and groups dealing with other than only environmental issues (like for example corruption, gender etc.) and that they should also be considered for the purposes of Article 9.3. While these functions of Article 9.3 are generally quite recognized, in concrete instances there is a tendency to forget about them. This is in particular visible in case of the approach to standing under Article 9.3 where there seems to be focus put on environmental organizations, while other organizations that could contribute to the enforcement of national laws relating to the environment are often not considered for the purpose. Furthermore, despite the already mentioned inspirations for Article 9.3 coming from “citizen suit” in USA (which includes possibilities for natural persons), the role of natural persons in this process is hardly even mentioned. This is in striking contrast to the situation in some countries in Latin America (like Equador or Bolivia) where any person – individually or collectively – can take action on behalf of nature (Villavicencio Calzadilla and Kotzé. 2023: 64-65).

## 5. Conclusions

As indicated in Part I, the challenges related to constructing a substantive right to a healthy environment have resulted in the move towards granting instead the procedural environmental rights to the publics. One of the reasons for this was the assumption that such rights could be enforced before the courts because claims based on the violation of individual legal interests could be constructed there. Bearing in mind the role of the UNECE Aarhus Convention, which was meant to codify procedural environmental rights, there is nothing strange that the commonly shared assumption is that legal framework provided by the Convention, in particular its access to justice provisions, would provide a solid basis as legal guarantees for the protection of the rights

of the public in environmental matters. The results of this study show that this is not always the case.

Before providing the conclusions from the analysis regarding the role of the legal schemes envisaged in paragraphs 1,2 and 3 of Article 9 of the Aarhus Convention as legal guarantees for the protection of the rights of the public in environmental matters it might be useful to address first the relations between the Aarhus Convention and human rights. While there is no doubt that the Convention provides a clear link between environmental protection and human rights, the analysis in this study shows that there is no clearcut answer to the question whether indeed itself it is a human rights treaty because it depends on the understanding of the word „right”. If it is understood in a traditional way (meaning that a right requires a remedy available to the right holder – see Section 3.4 above) in light of the analysis in this study it is clear that the Convention provides remedies only to some of the procedural rights granted by it. On the other hand the Aarhus Convention has had an immense impact on the interpretation of the existing human rights, in particular on the jurisprudence of ECtHR. According to Boyle “the essential elements of the convention – access to information, public participation in environmental decision making, and access to justice – have all been incorporated into European human rights law through the jurisprudence of the ECtHR” and “the Aarhus Convention rights are also ECHR rights, enforceable in national law and through the Strasbourg Court like any other human rights” (Boyle 2012: 623). Some commentators even say that ECtHR play a “second fiddle” to ACCC (Braig and Kutepova 2022: *passim*). These observations have been recently somehow confirmed in the Klima Seniorinnen verdict of ECtHR in which, according to some commentators, the “Aarhus Convention is mentioned no less than 51 times in the judgment” (Aarhus and ECHR Blog Part 2:1). The verdict has been already subject to numerous academic opinions and discussing all its precedential and/or controversial features would be far outside the scope of this account. Worth mentioning however here are two issues of certain importance for this study. First issue relates to the observations of ECtHR which confirmed being “mindful of the difference between the basic nature and purpose of the Aarhus Convention, which is designed to enhance public participation in environmental matters, and that of the Convention, which is designed to protect individuals’ human rights” (Klima Seniorinnen verdict 2024: para 501). Second is the approach to standing of environmental organizations under article 6 of ECHR adopted in the verdict, in which the Court, referring to the provisions of ECHR, states “that on a strict reading, Article 6 would not be applicable to proceedings aimed at environmental protection as a public-interest value as there would not be a dispute over a civil right which the association itself

could claim. However..., the Court considered that such an approach would be at variance with the realities of today's civil society, where associations play an important role, inter alia by defending specific causes before the domestic authorities or courts, particularly in the environmental-protection sphere... In this connection, the Court has also relied on the principles flowing from the Aarhus Convention" (Klima Seniorinnen verdict 2024: para 602).

In light of the above opinions a couple of comments maybe proposed. First of all it seems reasonable to agree with the view that "without procedural rights, any human rights protection system could become inoperable, and the rights contained therein, too, could become victims of state despotism" (Majtenyi 2008: 27). On the other hand much more doubtful is the view that "procedural law cannot be applied if there is not a substantive right to be protected" (Rehbinder and Loperena 2001: 283). As already noted, the rationale for providing procedural rights in the Aarhus Convention has included not only the need to protect substantive environmental rights. Apart from this however it must be recalled that the very concept of rights is interpreted differently and much depends on what is to be understood under this term. In case of a substantive right to environment, as already discussed in Part I, there are different approaches in this respect.

Worth mentioning in this context is a proposal made by Boyle to develop a substantive right to environment („right to a decent environment" as he calls it) „not as a civil and political right, but within the context of economic and social rights" which would „address the environment as a public good" (Boyle 2015: 628). It is not clear however whether he sees it in the context of modern approach to economic, social and cultural rights which traditionally were "interpreted as being only collective in nature" but, according to more recent approach, they may have a collective dimension but they are also individual rights (ECS Rights Fact Sheet: 8).

According to Lambert "rights relating to environmental protection cannot be linked to either the civil and political rights ("freedoms from") or the social and economic rights ("rights to") recognised after the Second World War. They come under the "solidarity rights" identified by Karel Vasak in the late 1970s" (Lambert 2020: 27), who considered such rights as requiring "the combined efforts of everyone" (Vasak 1977: 29). In this context one should see the proposal of Lambert , that "it would be timely for the Council of Europe to promote recognition at the national and European levels of an autonomous individual and collective right to a decent environment embracing an intergenerational outlook and an ecocentric approach, backed up by the requisite duties and principles (Lambert 2020: 20).

The proposal of Boyle, even taking into account the modern approach to the social and economic rights, seems to be less well suited to the subject matter of the right to a decent environment than the proposal of Lambert to treat it as a solidarity right. On the other hand for example rights under Article 5 of the Aarhus Convention regarding active disclosure of information seems to be fitting better into the social and economic rights rather than into solidarity rights.

What seems to be common however for proposals of Boyle and of Lambert is that both proposals would assume active involvement of the state organs, and such involvement must be based on the law. And this would provide a link to the Aarhus Convention, in particular to its Article 9.3 which relates to acts and omissions of private persons or public authorities contravening national law relating to the environment.

What concerns the role of Article 9 as a guarantee for other rights provided in the Convention, the study shows that it provides such a role only in relation to the right of access to information under Article 4 regarding so called passive disclosure. Article 9.1 clearly serves as an enforcement provision in this respect. It does not cover however Article 5 regarding so called active disclosure. Possibility to enforce at national courts the provisions of Article 5 (commonly considered as also providing rights to the public) is not clearly regulated under the Convention and could be provided only under Article 9.3 (subject to limitations envisage therein).

Despite the common views that Article 9.2 is a judicial enforcement provision of Article 6 as much as Article 9.1 is for Article 4, only in case of environmental organizations access to justice provisions under Article 9.2 can be treated as a remedy regarding participation rights. In case of natural persons the reference to “sufficient interests” or “impairment of rights” results in treating it only as a remedy regarding the subjective rights to a “private” environment while the possibility to enforce at national courts the provisions of Article 6 (providing procedural participation rights) for other members of the public concerned is not clearly regulated under the Convention and could be provided only under Article 9.3 (subject to limitations envisage therein).

Finally, the design of Article 9.3 which provides a wide discretion to the Parties in establishing the criteria for standing results in the fact, that it cannot be treated as a remedy in relation to a substantive right to a healthy environment referred to in Article 1 of the Convention, if the latter is to be considered as a traditional subjective right. For the same reason its role as a remedy regarding other procedural rights granted by the Convention is rather doubtful.

Following the above conclusions regarding relations between the Aarhus Convention and human rights and the role of its Article 9 in this respect, the

results of the study shows beyond any doubt that the Aarhus Convention should be seen in the context of its all conceptual roots, that is not only in the context of human rights or Rights of Nature, but also in the context of the effectiveness of environmental protection, democratization and good/better governance. The views that „the emphasis on procedural rights in Articles 6–8 of Aarhus can be seen as a means of legitimizing decisions about sustainable development, rather than simply an exercise in extending participatory democracy or improving environmental governance” (Boyle 2012: 622 and Boyle 2015: 213) or views criticising the Convention for allowing only “a symbolic commitments” (Mason 2010:28) – seem to be rather isolated. Quite an opposite, a wider view of the role of the Aarhus Convention seems to be getting gradually accepted and there are even opinions that it has an important role in the making of a New European Legal Culture (Caranta, Gerbrandy and Mueller 2018: passim).

### Abbreviations

- ACCC – Aarhus Convention Compliance Committee  
EU – European Union  
CJEU – Court of Justice of the European Union  
RoN – Rights of Nature  
ECHR – European Convention on Human Rights  
ECtHR – European Court of Human Rights

### Bibliography

#### I. Primary sources

##### A. Documents

- Aarhus Implementation Guide 2014 – Ebbesson, Jonas, Helmut Gaugitsch, Jerzy Jendrośka, Stephen Stec, and Fiona Marshall. 2014. *The Aarhus Convention. An Implementation Guide*, second edition, United Nations.
- CEP Report 1996 – The report of the special session 17 January 1996 ece/cep/18, Annex I.
- Commission Notice on Access to Justice in Environmental Matters, C(2017) 2616 final, para 107.
- Council Decision of 17 February 2005 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters (2005/370/EC) Official Journal of the European Union of 17.5.2005 L 124/1.
- Draft elements for the convention on access to environmental information and public participation in environmental decision-making (cep/ac.3/R.1) <http://www.unece.org/env/pp/adwg.html>.

ECS Rights Fact Sheet – Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights

European Governance. A White Paper, European Commission, COM (2001) 428 final, 25.7.2001.

Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, Fact Sheet No. 33  
 Guide to ACCC 2019 - Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee, Second edition, May 2019 [https://unece.org/DAM/env/pp/Publications/Guide\\_to\\_the\\_Compliance\\_Committee\\_second\\_edition\\_2019\\_/English/Guide\\_to\\_the\\_Aarhus\\_Convention\\_Compliance\\_Committee\\_2019.pdf](https://unece.org/DAM/env/pp/Publications/Guide_to_the_Compliance_Committee_second_edition_2019_/English/Guide_to_the_Aarhus_Convention_Compliance_Committee_2019.pdf)

Reports of the Aarhus Convention negotiating sessions <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/reports-negotiations-convention>

Report of the first session CEP/AC.3/R.1 (11 April 1996).

Report of the second session CEP/AC.3/4 (11 November 1996).

Report of the second session CEP/AC.3/16 (17 December 1997).

Opinion of Advocate General (AG) in Stichting Varkens in Nood and Others (C-826/18).

## B. Case law

ECtHR judgment of in Case Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others vs Switzerland  
 CJEU Judgement of 14.1.2021 – case C-826/18 Stichting Varkens in Nood and Others  
 5 para 51.

Findings of ACCC in Case ACCC/C/2005/11, Belgium, ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2.

## II. Secondary sources

Bandi, Guyla. 2014. Right to Environment – Procedural Guarantees. In: *Environmental Democracy and Law*, (ed.) Guyla Bandi, 79-94. Groningen: Europa Law Publishing.

Barrit, Emily. 2020. *The Foundations of the Aarhus Convention. Environmental Democracy, Rights and Stewardship*, Oxford: Hart Publishing.

Betaille, Julien. 2009. The direct effect of the Aarhus Convention as seen by the French ‘Conseild’Etat’. *Environmental Law Network International Review* 2: 63-73 [https://www.elni.org/fileadmin/elni/dokumente/Archiv/2009/Heft\\_2/elni\\_Review\\_2009-2\\_Betaille.pdf](https://www.elni.org/fileadmin/elni/dokumente/Archiv/2009/Heft_2/elni_Review_2009-2_Betaille.pdf).

Boyd, David. 2020. Introductory presentation. In: *High-level Conference on Environmental Protection and Human Rights*, Council of Europe, 27 II 2020: 17-21.

Boyle, Allan. 2006. Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment. *Fordham Environmental Law Review* 18(3): 470-511.

Boyle, Allan. 2012. Human Rights and the Environment: Where Next? *The European Journal of International Law* 23 (3): 613-642.

Boyle, Allan. 2015. Human Rights and the Environment: Where Next? In: *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, (ed.) Ben Boer, 201-239. Oxford University Press.

Brady, Kathy. 1998. New Convention on Access to Information and Public Participation in Environmental Matters. *Environmental Policy and Law* 28(2): 69-75.



- Braig Katharina and Nadezhda Kutepova. 2022. Playing Second Fiddle to the Aarhus Convention: Why the ECtHR Can and Should Go Further. *Journal for European Environmental & Planning Law* 19(1-2): 74-102. DOI:10.1163/18760104-19010006.
- Brakeland, Jean Francoise. 2014. Access to justice in environmental matters – developments at EU level. *Gyoseiho-kenkyu* 5: 1-24 [http://greenaccess.law.osaka-u.ac.jp/wpcontent/uploads/2013/04/10pjp\\_brakeland.pdf](http://greenaccess.law.osaka-u.ac.jp/wpcontent/uploads/2013/04/10pjp_brakeland.pdf)
- de Sadeleer Nicolas, Gerhard Roller and Miriam Dross. 2005. *Access to justice in environmental matters and the role of ngos; empirical findings and legal appraisal*. Groningen: Europa Law Publishing.
- Ebbesson, Jonas. 2002. Comparative Introduction. In: *Access to Justice in Environmental Matters in the EU*, (ed.) Jonas Ebbesson, 1-47, Kluwer Law International
- Ebbesson, Jonas, 2022. Getting it Right: Advances in Human Rights and the Environment from Stockholm 1972 to Stockholm 2022. *Environmental Policy and Law* 52 (2): 79-92
- Eckes Christina and Tessa Trapp. 2024. The Aarhus Convention's Relevance for Climate Litigation Through the Lens of KlimaSeniorinnen. *European Law Blog*, <https://www.europeanlawblog.eu/pub/xx9vrteu/release/1>
- Hallo, Ralph (ed.). 1996. *Access to environmental information in Europe*, Kluwer Law International.
- Haas, Peter, Marc A. Levy and Edward A. Parson. 1992. Appraising the Earth Summit: How Should We Judge UNCED's Success?. *Environment* 34(8): 6-33.
- Hayward, Tim. 2005. *Constitutional Environmental Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Jendroška, Jerzy. 2005a. Aarhus Convention and Community Law: the Interplay. *Journal for European Environmental & Planning Law* 2(1): 12-21.
- Jendroška, Jerzy. 2005b. Public Information and Participation in EC Environmental Law; Origins, Milestones and Trends. In *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law; A High Level of Protection?*, (ed.) Richard Macrory, 63-84. Groningen: Europa Law Publishing.
- Jendroška, Jerzy. 2011a. Public Participation in Environmental Decision-Making. Interactions Between the Convention and EU Law and Other Key Legal Issues in its Implementation in the Light of the Opinions of the Aarhus convention Compliance Committee. In: *The Aarhus convention at Ten. Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law*, (ed.) Marc Pallemmaerts, 91-147. Groningen: Europa Law Publishing.
- Jendroška, Jerzy. 2011b. Aarhus Convention Compliance Committee: Origins, Status and Activities. *Journal for European Environmental & Planning Law* 8(4): 301-314.
- Jendroška, Jerzy. 2012. Citizen's Rights in European Environmental Law: Stock-Taking of Key Challenges and Current Developments in Relation to Public Access to Information, Participation and Access to Justice. *Journal for European Environmental & Planning Law* 9(1): 71-90.
- Jendroška, Jerzy. 2020a. Access to Justice in the Aarhus Convention – Genesis, Legislative History and Overview of the Main Interpretation Dilemmas. *Journal for European Environmental & Planning Law* 17(4): 372-408.

- Jendroška, Jerzy. 2020b. El Acuerdo de Escazú a la luz de la experiencia del Convenio de Aarhus. In: *Acuerdo de Escazú, Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, (eds) Michel Prieur, Gonzalo Sozzo and Andrés Nápoli, 71-83. Ediciones UNL.
- Jendroška, Jerzy. 2021. Procedural environmental rights: some observations on the Escazu Agreement as compared with the Aarhus Convention. In: *Grensoverstijgende rechtsbeoefening. Liber amicorum Jan Jans*, (ed.) Kars de Graaf, 345-353. Uitgeverij Paris.
- Jendroška, Jerzy and Alina Anapianova. 2023. Towards a Green Energy Transition: REPowerEU Directive vs Environmental Acquis. *Environmental Law Network International Review* 23: 1-5. DOI: 10.46850/elni.2023.001.
- Jendroška, Jerzy, Moritz Reese and Lorenzo Squintani. 2021. Towards a new legal framework for sustainability under the European Green Deal. *The Opole Studies in Administration and Law* 19(2): 87-116.
- Jendroška, Jerzy and Stephen Stec. 2001. The Aarhus Convention: Towards a New Era in Environmental Democracy. *Environmental Liability* 9(3): 140-151.
- Kiss, Alexandre and Dinah Shelton. 2007. *International Environmental Law*, 2nd ed. New York: 69-70.
- Lambert, Elisabeth. 2020. *The Environment and Human Rights. Introductory Report to the High-Level Conference Environmental Protection and Human Rights, Strasbourg*, 27 February, available at <https://rm.coe.int/report-e-lambert-en/16809c827f>.
- Lavrysen, Luc. 2010. The Aarhus Convention: Between Environmental Protection and Human Rights. In : *Liege, Strasbourg, Bruxelles: Parcours Des Droits de l'homme*, (ed.) Paul Martens, 647-671. Anthemis.
- Majtenyi, Balazs. 2008. A right without a subject? *Fundamentum* 5: 22-35.
- Mason, Michael. 2010. Information Disclosure and Environmental Rights: The Aarhus Convention. *Global Environmental Politics* 10(3): 10-28.
- Mullerova, Hanna et al. 2013. *Public Participation in Environmental Decision-Making: Implementation of the Aarhus Convention*, Praha.
- Pallemaerts, Marc. 2011. Introduction. In: *The Aarhus convention at Ten: Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law*, (ed.) Marc Pallemaerts, 3-15. Groningen: Europa Law Publishing.
- Raustiala, Kal. 1997. The "Participatory Revolution" in International Environmental Law. *Harvard Environmental Law Review* 21(2): 537-586.
- Rehbinder, Eckard and Demetrio Loperena. 2001. Legal Protection of Environmental Rights: The Role and Experience of the International Court of Environmental Arbitration and Conciliation. *Environmental Policy and Law* 31(6): 282-293.
- Sharman, Nicola. 2023. Objectives of Public Participation in Environmental Decision-Making. *International and Comparative Law Quarterly* 72: 333-360.
- Scherdtfeger, Angela. 2023. The Human Rights Dimension. In: *Sustainability through Participation?*, (eds.) Birgit Peters and Eva Julia Lohse, 291-319. Brill/Nijhoff.
- Shelton, Dinah. 1992. What Happened in Rio to Human Rights?, *Yearbook of International Environmental Law* 3(1): 75-93. DOI: 10.1093/yiel/3.1.75.
- Shelton, Dinah. 2006. Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized. *Denver Journal of International Law & Policy* 35(1): 129-171.

- Stone, Christopher. 1972. Should Trees Have Standing. Toward Legal Right for Natural Objects. *Southern California Law Review* 45: 450-501.
- Suman, Anna Berti. 2024. *Civic Monitoring for Environmental Law Enforcement*. Edward Elgar Publishing.
- Vasak, Karel. 1977. A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The UNESCO Courier* 11: 29-32.
- 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?*, (eds.) Birgit Peters and Eva Julia Lohse, 51-72. Brill/Nijhoff.



Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

ORIGINAL ARTICLE  
received 2023-10-23  
accepted 2024-04-15  
published online 2024-11-05



# Rozprawa doktorska jako osiągnięcie habilitacyjne

## The doctoral dissertation as an achievement towards earning habilitation

ŁUKASZ KIERZNOWSKI

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0001-5319-9330, [lukasz.kierznowski@gmail.com](mailto:lukasz.kierznowski@gmail.com)

**Citation:** Kierznowski, Łukasz. 2024. Rozprawa doktorska jako osiągnięcie habilitacyjne. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 85–101. DOI: 10.25167/osap.5283.

**Abstract:** Changes in the legal regulations on academic degrees of 2018 allowed for inclusion of scientific achievements prior to earning the doctoral degree among those leading towards obtaining the postdoctoral degree of habilitation. Against this background, an interpretative problem arose related to the admissibility of recognizing a candidate's doctoral dissertation as an achievement that counts in the procedure of granting the degree. The aim of the article is to determine whether a doctoral dissertation may constitute a habilitation achievement indicated in the application for the habilitation degree. The work uses the dogmatic and legal method and analyzes the scientific literature regarding the prerequisites and procedures for awarding scientific degrees. As a result of the analyses, it was determined that the doctoral dissertation may constitute a habilitation achievement.

**Keywords:** doctoral dissertation, habilitation achievement, academic degrees, academic promotions

**Abstrakt:** Zmiany w regulacjach prawnych stopni naukowych z 2018 roku dopuściły uwzględnianie wśród osiągnięć habilitacyjnych także dorobku naukowego sprzed uzyskania stopnia doktora. Na tym tle pojawił się problem interpretacyjny związany z dopuszczalnością uznania za osiągnięcie habilitacyjne rozprawy doktorskiej kandydata. Celem artykułu jest ustalenie, czy rozprawa doktorska może stanowić osiągnięcie habilitacyjne wskazywane we wniosku o nadanie stopnia doktora habilitowanego. W pracy użyto metody dogmatyczno-prawnej, dokonano też analizy literatury naukowej dotyczącej przesłanek i procedur

nadawania stopni naukowych. W wyniku przeprowadzonych analiz ustalono, że rozprawa doktorska może stanowić osiągnięcie habilitacyjne.

**Słowa kluczowe:** rozprawa doktorska, osiągnięcie habilitacyjne, stopnie naukowe, awanse naukowe

## 1. Wstęp

Sprawy stopni naukowych są szczególnie istotne dla sektora akademickiego. Ich waga, ale i delikatność wynika nie tylko z bliskiego związku z ambicjami ludzkimi i poddawaniem kilku, a czasem kilkunastu lub nawet kilkudziesięciu lat pracy naukowej kolegialnej, środowiskowej ocenie, ale także znaczenia stopni i tytułów dla realizacji przez ich posiadaczy przyszłych interesów. Posiadanie poszczególnych stopni jest wszak źródłem wielu dalszych, formalnych i nieformalnych, uprawnień w sektorze akademickim oraz istotnie decyduje o możliwych awansach oraz środowiskowej pozycji w tym silnie zhierarchizowanym systemie. Między innymi z tego powodu przesłanki i procedury nadawania stopni naukowych wywierają istotny wpływ na przebieg karier naukowców, planowanie ich działań badawczych czy strategię publikacyjną.

Reforma systemu szkolnictwa wyższego i nauki, która przybrała postać Ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (dalej: p.s.w.n.), objęła również swym zakresem sprawy stopni naukowych. Całokształtu tych zmian nie sposób oczywiście omówić w ramach jednego artykułu, jednak warto uczynić jego przedmiotem jedno z zagadnień, które ujawniło się na skutek dokonanych zmian prawnych, a które zarazem wywołało niemałe kontrowersje tak w literaturze naukowej, jak i w praktyce stosowania prawa.

Możliwość zakwalifikowania rozprawy doktorskiej (albo jej części) jako jednego z osiągnięć habilitacyjnych – bo to o tej kwestii mowa – szybko stała się istotnym problemem interpretacyjnym. Mimo jeszcze krótkiego okresu obowiązywania nowego stanu prawnego można już odnaleźć przypadki odmów nadania habilitacji albo negatywnych recenzji z tego właśnie powodu, że wśród osiągnięć habilitacyjnych wskazano – co w ocenie niektórych niedopuszczalne – rozprawę doktorską. Rozstrzygnięcia takie stają się już przedmiotem odwołań do Rady Doskonałości Naukowej, a niewykluczone, że wkrótce będą przedmiotem badania przed sądem administracyjnym.

Abstrahując od akademickiej aprobaty lub jej braku dla takiej praktyki, spór ten już wpływa i będzie wpływać na obrót prawny w sektorze akademickim, kształtujące się w nim zwyczaje, sposób przygotowywania się naukowców do uzyskania habilitacji oraz recenzowania przedstawianych w tych postępowaniach osiągnięć. Z tych względów kwestia ta wymagała naukowej analizy

i rozstrzygnięcia, co uczyniono celem niniejszego opracowania. W pracy użyto metody dogmatycznoprawnej i dokonano analizy literatury naukowej dotyczącej przesłanek i procedur nadawania stopni naukowych. Sformułowano hipotezę, w myśl której rozprawa doktorska w obecnym stanie prawnym może stanowić osiągnięcie habilitacyjne.

## **2. Nowe regulacje dotyczące nadawania stopnia doktora habilitowanego – źródło wątpliwości w zakresie dopuszczalnego dorobku habilitacyjnego**

Uchwalona w 2018 roku ustawa p.s.w.n. reguluje materię, która była dotychczas zawarta w czterech innych ustawach, tj. Ustawie z dnia 17 lipca 1998 r. o pożyczkach i kredytach studenckich, Ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (dalej: u.s.n.t.n.), ustawie z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, i ustawie z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki. Wraz z wejściem w życie p.s.w.n. uchylono ww. cztery ustawy na mocy art. 169 Ustawy z dnia 3 lipca 2018 r. – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (dalej: p.w.p.s.w.n.).

Przepisy p.w.p.s.w.n. (art. 179 ust. 2) przewidywały jednocześnie, że w okresie od dnia wejścia w życie p.s.w.n. do dnia 30 kwietnia 2019 r. przewody doktorskie, postępowania habilitacyjne i postępowania o nadanie tytułu profesora wszczyna się na podstawie przepisów dotychczasowych (tj. u.s.n.t.n.). W okresie od dnia 1 maja 2019 r. do dnia 30 września 2019 r. nie wszczynano postępowań w sprawie nadania stopnia doktora, doktora habilitowanego i tytułu profesora (art. 179 ust. 5 p.w.p.s.w.n.). Oznacza to, że od dnia 1 października 2019 r. postępowania te wszczynane są już wyłącznie na podstawie przepisów p.s.w.n.

Wśród nowych regulacji dotyczących stopni naukowych z punktu widzenia niniejszego artykułu najistotniejszy jest art. 219 ust. 1 p.s.w.n., określający przesłanki nadania stopnia doktora habilitowanego. Przepis ten przewiduje, że stopień ten nadaje się osobie, która:

- 1) posiada stopień doktora;
- 2) posiada w dorobku osiągnięcia naukowe albo artystyczne, stanowiące znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny, w tym co najmniej:
  - a) 1 monografię naukową wydaną przez wydawnictwo, które w roku opublikowania monografii w ostatecznej formie było ujęte w wykazie sporządzonym zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 267 ust. 2 pkt 2 lit. a, lub
  - b) 1 cykl powiązanych tematycznie artykułów naukowych opublikowanych w czasopiśmie naukowych lub w recenzowanych materiałach z kon-

ferencji międzynarodowych, które w roku opublikowania artykułu w ostatecznej formie zostały ujęte w wykazie sporządzonym zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 267 ust. 2 pkt 2 lit. b, lub

c) 1 zrealizowane oryginalne osiągnięcie projektowe, konstrukcyjne, technologiczne lub artystyczne;

3) wykazuje się istotną aktywnością naukową albo artystyczną realizowaną w więcej niż jednej uczelni, instytucji naukowej lub instytucji kultury, w szczególności zagranicznej.

Z kolei obowiązujący uprzednio art. 16 ust. 1 u.s.n.t.n. przewidywał, że do postępowania habilitacyjnego może zostać dopuszczona osoba, która posiada stopień doktora oraz osiągnięcia naukowe lub artystyczne, uzyskane po otrzymaniu stopnia doktora, stanowiące znaczny wkład autora w rozwój określonej dyscypliny naukowej lub artystycznej, oraz wykazuje się istotną aktywnością naukową lub artystyczną. Przepis ust. 2 tego artykułu przewidywał, że osiągnięcie, o którym mowa w ust. 1, może stanowić:

1) dzieło opublikowane w całości lub w zasadniczej części albo cykl publikacji powiązanych tematycznie;

2) zrealizowane oryginalne osiągnięcie projektowe, konstrukcyjne, technologiczne lub artystyczne;

3) część pracy zbiorowej, jeżeli opracowanie wydzielonego zagadnienia jest indywidualnym wkładem osoby ubiegającej się o nadanie stopnia doktora habilitowanego.

Jak wynika z porównania obu artykułów, w uprzednim stanie prawnym przewidziano zastrzeżenie, w myśl którego osiągnięcia stanowiące znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny (tzw. osiągnięcia habilitacyjne) musiały być uzyskane po otrzymaniu stopnia doktora. Taka regulacja w całości dyskwalifikowała dorobek przeddoktorski, niezależnie od jego charakteru i jakości, a nawet niezależnie od tego, czy dorobek ten był w ogóle w jakikolwiek sposób związany z samą rozprawą doktorską lub osiągnięciami habilitacyjnymi. Należy zresztą w tym miejscu zaznaczyć (skrótowo, bo nie jest to głównym przedmiotem artykułu), iż regulacja ta – sztucznie dzieląca aktywność naukową na dwa okresy, a przez to powodująca, że dorobek przeddoktorski inny niż rozprawa był „martwy”, niewykorzystywalny w zakresie któregośkolwiek z postępowań awansowych (także doktorskiego) – była nie tylko kompletnie niezrozumiała, ale zwyczajnie szkodliwa. To nieprzemysłane rozwiązanie przynosiło fatalne skutki, zwłaszcza w kontekście rozwoju studenckiego i doktoranckiego ruchu naukowego w ostatnich kilkunastu latach (szerzej na ten temat zob. Kierznowski 2021: 229–230).

Porównanie starej regulacji do obecnie obowiązującego i nieprzewidzianego takiego ograniczenia art. 219 p.s.w.n. prowadzi do wniosku, że przepisami p.s.w.n. ustawodawca oszczędził od ograniczenia osiągnięć habilitacyjnych



tylko do dorobku podoktorskiego. Jest to w zasadzie jedna z najważniejszych zmian dokonanych w sprawach stopni naukowych, istotnie wpływa ona bowiem na sposób planowania kariery przez naukowców już od samego jej początku oraz kończy z sytuacją, w której badacze byli skłaniani przez regulacje prawne do opóźniania publikacji swoich prac naukowych. W postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów p.s.w.n. moment uzyskania osiągnięcia nie ma już więc prawnego znaczenia i w swych wnioskach habilitacyjnych kandydaci do tego stopnia mogą przedstawiać osiągnięcia zarówno z czasu po uzyskaniu stopnia doktora, jak i sprzed jego uzyskania. Jasne przy tym pozostaje, że niezależnie od momentu uzyskania ma to być osiągnięcie „stanowiące znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny”.

Jednakże abstrahując od – w mojej ocenie niewątpliwej – słuszności dokonanej zmiany prawnej, nowe regulacje niejako przy okazji zrodziły wątpliwość dotyczącą samego doktoratu. Powstaje bowiem pytanie – i odpowiedź na nie jest właśnie przedmiotem niniejszego artykułu – czy rozprawa doktorska (skoro stanowi dorobek sprzed uzyskania stopnia doktora), osiągnięcia bezpośrednio z nią związane (np. monografia wydana na podstawie rozprawy doktorskiej) albo jej część (np. niektóre z artykułów, które stanowiły rozprawę składającą się ze zbioru opublikowanych i powiązanych tematycznie artykułów naukowych) może stanowić osiągnięcie habilitacyjne wskazane we wniosku o nadanie stopnia doktora habilitowanego, a więc czy możliwe jest uzyskanie dwóch stopni – doktora i doktora habilitowanego – na podstawie tego samego (częściowo lub w całości) osiągnięcia.

### 3. Aktualne poglądy w literaturze

Zasygnalizowany wyżej problem został już dostrzeżony w literaturze, ale przedstawiciele doktryny w dotychczasowych opracowaniach nie doszli do jednorodnych wniosków, dzieląc się na tych, którzy możliwość zakwalifikowania rozprawy doktorskiej jako osiągnięcia habilitacyjnego dopuszczają, oraz na tych, którzy (głównie ze względów funkcjonalnych lub celowościowych) tego nie dopuszczają.

Przeciwnicy dopuszczalności zakwalifikowania rozprawy doktorskiej jako osiągnięcia habilitacyjnego wskazują przede wszystkim, że praktyka taka powodowałaby ponowną czy też podwójną ocenę danego osiągnięcia – najpierw w postępowaniu doktorskim, później habilitacyjnym. Przykładowo H. Izdebski zauważa wprawdzie, że nie ma zakazu powtórnego dokonywania oceny rozprawy doktorskiej na potrzeby postępowania habilitacyjnego, jednak stoi jednocześnie na stanowisku, że funkcjonalna wykładnia przepisów prowadzi do wniosku, że powtórna ocena tego samego osiągnięcia w ramach kolejnych postępowań

awansowych powinna być wykluczona. Autor zaznacza jednak, że na ile jego stanowisko zostanie przyjęte, okaże się dopiero w praktyce i postuluje doprecyzowanie przepisów przez wykluczenie z niego podstaw nadania stopnia doktora (Izdebski, Zieliński 2019: 352).

Podobne stanowisko zdaje się prezentować np. D. Kała, który jeszcze bardziej kategorycznie stwierdza, że „osiągnięcia naukowe przedstawiane do uzyskania stopnia doktora, w tym rozprawa doktorska”, nie mogą stanowić osiągnięcia w rozumieniu art. 219 ust. 1 pkt 2 lit. a-c p.s.w.n. Na marginesie należy zaznaczyć pewną nieprecyzyjność wypowiedzi D. Kały – być może rzutuującą na jego dalsze poglądy w tej sprawie – nie zwrócił on bowiem uwagi, że w procedurze nadawania stopnia doktora (zresztą podobnie jak w uprzednio istniejących przewodach doktorskich) żaden inny dorobek naukowy niż rozprawa doktorska nie podlega naukowej ocenie na żadnym etapie tego postępowania. Zatem nie może być mowy o „osiągnięciach naukowych przedstawianych do uzyskania stopnia doktora, w tym rozprawie doktorskiej”. Przedstawienie ledwie jednej tzw. punktowanej publikacji jest jedynie warunkiem nadania stopnia doktora, ale osiągnięcie takie nie podlega merytorycznej ocenie recenzentów lub organu nadającego stopień (art. 186 ust. 1 pkt 3 p.s.w.n.). Dalej, zdaniem D. Kały, „[n]ależy uznać, że celem regulacji prawnych związanych z awansami naukowymi jest przede wszystkim pomnażanie przez naukowców swojego dorobku naukowego, rozwijanie dokonań w nauce. Założenie to opiera się na trójstopniowym modelu awansu naukowego: doktorat, habilitacja, profesura. Doktorat poświadcza, że naukowiec umie oryginalnie rozwiązywać problemy naukowe, habilitacja, że jest aktywny naukowo i jego osiągnięcia przyczyniają się do rozszerzenia dokonań w nauce, a profesura, że jego osiągnięcia naukowe są wybitne. Należy z uznaniem podejść do sytuacji, gdy doktorat jest nie tylko oryginalnym rozwiązaniem problemu naukowego i jednocześnie stanowi znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny. Świadczy to o dużym potencjale naukowym osoby ze stopniem doktora nauk. Przyjęcie jednak zapatrywania, że »na doktoracie można zrobić habilitację«, byłoby wbrew trójstopniowemu modelowi awansu zawodowego w Polsce i nie mobilizowałoby naukowców do rozwoju osobistego i rozwoju samej nauki. [...] Natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, aby osiągnięcia naukowe lub artystyczne przedstawiane do uzyskania stopnia doktora, w tym rozprawa doktorska, były zaliczane do istotnej aktywności naukowej albo artystycznej w rozumieniu art. 219 ust. 1 pkt 3 u.p.s.w.n” (Kała 2021: 236–237).

Wśród przedstawicieli doktryny negatywnie odnoszących się do ww. kwestii podobne stanowisko, właśnie na podstawie kryteriów funkcjonalnych, prezentuje D. Dajnowicz-Piesiecka (Dajnowicz-Piesiecka, Kierznowski 2022: 125–127). Analogiczny pogląd przedstawił także M. Radajewski, którego zdaniem „odrzucić [...] należy taką interpretację omawianych przepisów, która pozwalały-

by na to, by to rozprawa doktorska służyła za osiągnięcie, o którym mowa w art. 219 ust. 1 pkt 2 lit. a–c p.s.w.n. Celem tego przepisu jest bowiem ustanowienie wymogu, by w dorobku habilitanta znalazło się pewne szczególne osiągnięcie, będące odpowiednikiem znanej wcześniejszym regulacjom rozprawy habilitacyjnej. Skoro jednocześnie osobnym warunkiem ubiegania się o stopień doktora habilitowanego jest uprzednie posiadanie stopnia doktora, przyjąć trzeba, że ta sama praca nie może służyć jako podstawa nadania obu stopni. Nie ma natomiast przeciwwskazań, by wspomniane szczególne osiągnięcie znajdowało się w dorobku habilitanta już przed uzyskaniem stopnia doktora” (Radajewski 2020: 88).

Przeciwnie stanowisko – tzn. dopuszczające uznanie rozprawy doktorskiej jako osiągnięcia habilitacyjnego – prezentuje jednak kilku innych autorów. K. Ślebzak, który najszerszej omówił to zagadnienie, stwierdza, że należy zgodzić się z oceną, iż nie ma zakazu powtórnego dokonywania oceny rozprawy doktorskiej będącej znacznym wkładem w rozwój dyscypliny, tym bardziej że wymaganiem stawianym rozprawie doktorskiej jest wyłącznie to, aby prezentowała ona ogólną wiedzę teoretyczną kandydata w dyscyplinie albo dyscyplinach oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej lub artystycznej, a jej przedmiotem było oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, oryginalne rozwiązanie w zakresie zastosowania wyników własnych badań w sferze gospodarczej lub społecznej albo oryginalne dokonanie artystyczne. Autor w konsekwencji stwierdza, że w przypadkach, w których poziom rozprawy doktorskiej może zostać uznany za stanowiący znaczny wkład w rozwój danej dyscypliny, może on podlegać również ocenie w postępowaniu o nadanie stopnia doktora habilitowanego (Ślebzak 2020: 397–398).

Takie stanowisko potwierdza także P. Grzebyk, stwierdzając, że rozprawa doktorska też powinna być uwzględniona przez recenzentów (Grzebyk 2022: 79). Systematyka opracowania autorstwa P. Grzebyk sprawia, że nie jest jednak jasne, czy zdaniem autorki rozprawa doktorska może być elementem osiągnięć habilitacyjnych, o których mowa w art. 219 ust. 1 pkt 2 p.s.w.n., czy może elementem dorobku świadczącym o istotnej aktywności naukowej, o której mowa w art. 219 ust. 1 pkt 3 p.s.w.n., a która to aktywność stanowi odrębny warunek nadania stopnia doktora habilitowanego.

Podobny pogląd wydają się prezentować także P. Pokorny i P. Waszkiewicz, stwierdzając, że „obecnie przy ocenie dorobku habilitanta w toku postępowania [...] powinny być brane przez recenzentów pod uwagę wszystkie pozycje dorobku, a nie tylko te uzyskane po doktoracie” (Pokorny, Waszkiewicz 2023: 702).

Co istotne, zakwalifikowanie rozprawy doktorskiej jako osiągnięcia habilitacyjnego dopuszcza również RDN, czyli organ nadzorujący podmioty habilitujące co do zgodności z prawem tych postępowania (art. 238 ust. 1 pkt 6 p.s.w.n.),

a jednocześnie właściwy do rozpatrywania odwołań od decyzji o odmowie nadania tego stopnia (art. 238 ust. 1 pkt 3 p.s.w.n.) oraz stwierdzania nieważności uchwał podmiotów habilitujących, określających szczegółowy przebieg postępowania w tych sprawach (art. 239 pkt 2 p.s.w.n.). W swoich materiałach informacyjnych RDN stwierdza jednoznacznie, że wobec braku zastrzeżenia, aby przedłożone do oceny w postępowaniu habilitacyjnym mogły być jedynie osiągnięcia uzyskane po otrzymaniu stopnia doktora, „nie ma przeszkód formalnych, by przedmiotowej ocenie poddać rozprawę doktorską (jeżeli została ona opublikowana)” (RDN). Materiały te nie mają oczywiście mocy wiążącej, ale są istotną wskazówką dla wszystkich aktorów procedury habilitacyjnej co do tego, w jaki sposób RDN – rozpatrując ewentualne odwołania albo dokonując analizy legalności obowiązujących w podmiotach habilitujących uchwał podjętych na podstawie art. 221 ust. 14 p.s.w.n. – zamierza stosować omawiane regulacje. Gdyby zatem RDN miała być konsekwentna, powinna uchylać decyzje o odmowie nadania habilitacji, które zdeterminowane zostały (bezpośrednio lub pośrednio, np. z powodu dwóch negatywnych recenzji) odmową uwzględnienia rozprawy doktorskiej jako osiągnięcia habilitacyjnego bądź jego negatywną oceną (albo odmowę dokonania oceny) z tego tylko powodu, a nie z powodów jej niedostatecznej jakości naukowej (tj. niespełniania habilitacyjnego kryterium znacznego wkładu w rozwój dyscypliny). Analogicznie w przypadkach, w których z brzmienia uchwał podjętych na podstawie art. 221 ust. 14 p.s.w.n. wynikałoby, że w danym podmiocie nie dopuszcza się uwzględnienia w osiągnięciach habilitacyjnych rozprawy doktorskiej, uchwały takie powinny zostać wyeliminowane z obrotu prawnego przez RDN na podstawie art. 239 pkt 2 p.s.w.n.

Obok dwóch wskazanych wyżej poglądów – tj. dopuszczających zakwalifikowanie albo niedopuszczających zakwalifikowania rozprawy doktorskiej jako osiągnięcia habilitacyjnego – istnieje jeszcze spora część autorów, którzy nie zajęli w tej sprawie jednoznacznego stanowiska, ograniczając się jedynie do wskazania wątpliwości podnoszonych przez innych (tak np. Jędrzejewski 2019: 574–575). Są też i takie opracowania – a nawet wydaje się, że one przeważają – w których tego zagadnienia w ogóle nie poruszono, mimo że dotyczyły one ustawowej regulacji osiągnięć naukowych będących podstawą uzyskiwania habilitacji.

#### **4. Dopuszczalność uznania rozprawy doktorskiej za osiągnięcie habilitacyjne. Podwójna (ponowna) ocena dorobku?**

Rozstrzygnięcie powyższego sporu w doktrynie należy zacząć od ustalenia, jakie założenia leżą u podstaw systemu stopni naukowych i jakie, określone

w przepisach, wymogi należy spełnić, by móc je uzyskać. Otóż wydaje się, że jednym z założeń regulacji prawnych dotyczących awansów naukowych jest nadawanie poszczególnym naukowcom stopni/tytułów adekwatnych do rangi, znaczenia ich osiągnięć naukowych, a nie skłanianie ich jedynie do „pomnażania” dorobku i w efekcie nadawania stopnia/tytułu jako nagrody za to „pomnożenie”. Konsekwencją i dowodem tego jest fakt, że osiągnięcia będące podstawą uzyskiwania poszczególnych stopni/tytułów spełniać muszą, zgodnie z przepisami prawa, zupełnie inne wymogi. Tak odkodowane założenia stopni naukowych i potwierdzające te założenia regulacje prawne kładą więc nacisk na jakość osiągnięć – i stopnie/tytuły jako konsekwencje tej jakości – a nie na „pomnażanie” osiągnięć tylko dla celów uzyskiwania kolejnych stopni.

Ponieważ zazwyczaj naukowcy zaczynają od osiągnięć mniejszej rangi, a wraz z rozwojem własnej wiedzy, intelektu i doświadczenia są w stanie prowadzić coraz bardziej zaawansowane badania i uzyskiwać coraz lepsze, bardziej znaczące, a w końcu nawet i wybitne wyniki tych badań, naturalną konsekwencją tego stanu rzeczy jest fakt, że kolejne stopnie i tytuły nadawane są na podstawie dalszych (późniejszych) osiągnięć. Nie oznacza to jednak, że to właśnie chronologia powstawania osiągnięć i ich odmienność od osiągnięć poprzednich ma znaczenie dla nadawania poszczególnych stopni. Nie ma podstaw prawnych, które pozwalałyby dojść do takiego wniosku. Przeciwnie – kolejne stopnie/tytuły naukowe nadawane są na podstawie osiągnięć mających spełniać zupełnie inne wymogi, a nie po prostu osiągnięć kolejnych. Zatrzymanie się naukowca w rozwoju, powodujące *de facto* dalsze „pomnażanie” osiągnięć będących na poziomie doktoratu (a więc stanowiących np. rozwiązanie pojedynczych problemów naukowych bez znacznego wkładu w rozwój dyscypliny), stanowi oczywiście każdorazowe potwierdzenie słuszności już nadanego stopnia doktora, nie może jednak stanowić podstawy nadania stopnia doktora habilitowanego.

Powyższe wnioski – w mojej ocenie w sposób niewątpliwy – potwierdzają przepisy dotyczące poszczególnych stopni, które odnoszą się do jakości osiągnięć będących podstawą ich nadania, a nie do liczby tych osiągnięć czy też do ich „pomnażania” na określonych etapach kariery. Rozprawa doktorska, zgodnie z art. 187 ust. 1 i 2 p.s.w.n., ma prezentować ogólną wiedzę teoretyczną kandydata w dyscyplinie albo dyscyplinach oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej lub artystycznej, a jej przedmiotem ma być oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, oryginalne rozwiązanie w zakresie zastosowania wyników własnych badań w sferze gospodarczej lub społecznej albo oryginalne dokonanie artystyczne. Tymczasem osiągnięcia habilitacyjne, zgodnie z art. 219 ust. 1 pkt 2 p.s.w.n., mają stanowić znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny, który – co dobitnie potwierdza nawet nie tylko brzmienie przepisów, ale i sama praktyka – jest wymaganiem zupełnie innego kalibru,

aniżeli rozwiązanie pojedynczego problemu naukowego w przypadku rozprawy doktorskiej.

Z przytoczonych wyżej regulacji wynika więc jednoznacznie, że osiągnięcia w przypadku obu stopni spełniać muszą zupełnie inne wymogi. Podobna (choć i tak nie identyczna) jest jedynie forma tych osiągnięć (art. 187 ust. 3, art. 219 ust. 1 pkt 2 p.s.w.n.). Rozprawa doktorska może więc spełniać wymogi stawiane osiągnięciom habilitacyjnym, ale nie musi, tzn. spełniając kryteria stawiane rozprawie, może jednocześnie wnieść znaczny wkład w rozwój dyscypliny (pomiędzy w tym miejscu kwestię tego, czym jest znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny i jak ustalać jego wniesienie; problem ten jest dyskutowany w innych publikacjach – zob. np. Kierznowski 2021: 226–227; Ślebzak 2020: 398–399; Grzebyk 2022: 77–79). W tym więc kontekście przyjęcie, że dopuszczalność zakwalifikowania rozprawy doktorskiej jako osiągnięcia habilitacyjnego prowadzi do „ponownej” („podwójnej”) oceny tego osiągnięcia, oznaczałoby jednocześnie przyznanie, że w obu postępowaniach rozprawa oraz osiągnięcie habilitacyjne oceniane są na podstawie takich samych kryteriów – gdyby bowiem nie były, oceny takiej nie sposób określić jako „ponowna” lub „podwójna” (Kierznowski 2021: 230–231). Tymczasem sytuacja, w której dane osiągnięcie w obu postępowaniach (doktorskim i habilitacyjnym) byłoby oceniane na podstawie tych samych kryteriów, już przecież sama w sobie stanowiłaby naruszenie przepisów prawa. Skoro bowiem dla obu stopni naukowych przewidziano zupełnie inne wymogi, jakie spełnić ma rozprawa doktorska oraz osiągnięcie habilitacyjne, to zasady wykładni prawa nie dają możliwości zignorowania tych różnic i przykładania tej samej miary do oceny osiągnięć w obu postępowaniach. Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że brak jest podstaw, by nielogicznie sądzić, jakoby stopień doktora habilitowanego czy w ogóle system awansów naukowych miał na celu „pomnażanie przez naukowców swojego dorobku” (Kała 2021: 237), a już zwłaszcza o randze (jakości) analogicznej do osiągnięć będących podstawą nadania stopnia doktora.

Wyraźnie dostrzegalny jest natomiast inny problem, tj. nieznanomość powyższego stanu prawnego przez recenzentów i członków organów kolegialnych prowadzących postępowania w sprawie stopni naukowych. Lata przyzwyczajęń do starej regulacji, w której ustawodawca pozwalał zaliczyć do osiągnięć habilitacyjnych wyłącznie dorobek poddoktorski, obecnie powodują liczne (znane autorowi na gruncie wielu dyscyplin naukowych) przypadki, w których recenzenci odmawiają uznania rozprawy doktorskiej za element ocenianych osiągnięć habilitacyjnych, co w konsekwencji powoduje niekiedy negatywną opinię komisji habilitacyjnej, uniemożliwiającą nadanie stopnia (art. 221 ust. 12 zdanie drugie p.s.w.n.). Podkreślić zatem należy, że w świetle prawa recenzenci nie mają uprawnień do odmowy dokonania oceny osiągnięcia tylko dlatego,

że stanowiło ono w przeszłości rozprawę doktorską habilitanta. Analogicznie, nie mają uprawnienia do uznania danego osiągnięcia za niezаслугujące na stopień doktora habilitowanego tylko z tego powodu, że stanowiło ono rozprawę doktorską habilitanta. Rola recenzenta, zgodnie z art. 221 ust. 8 p.s.w.n., sprowadza się bowiem wyłącznie do ustalenia, czy osiągnięcia naukowe habilitanta odpowiadają wymogom określonym w art. 219 ust. 1 pkt 2 p.s.w.n., a więc czy stanowią znaczny wkład w rozwój dyscypliny (nie jest zadaniem recenzenta oceniać autoreferat, inną aktywność naukową kandydata albo dorobek niezawarty we wniosku habilitacyjnym, co potwierdza się we wszystkich komentarzach do przepisów p.s.w.n. – zob. Pokorny, Waszkiewicz 2023: 730; Ślebzak 2020: 410; Kierznowski 2021: 252; Izdebski, Zieliński 2019: 357; Jędrzejewski 2019: 581–582). O tym zaś, co może, a co nie może być częścią osiągnięć habilitacyjnych, zdecydował ustawodawca, nie powierzając takich uprawnień recenzentom. Recenzenci mogą więc uznać, że rozprawa doktorska przedstawiona jako osiągnięcie habilitacyjne jest niewystarczająca do zdobycia stopnia doktora habilitowanego jedynie z tego względu, że w ich ocenie nie wniosła znacznego wkładu w rozwój dyscypliny. Jeżeli zaś doszło do odmowy poddania przez recenzenta ocenie elementu osiągnięć habilitacyjnych w postaci opracowania będącego w przeszłości rozprawą doktorską albo z nią związanego, działanie takie z całą pewnością stanowi naruszenie prawa. Jednak przede wszystkim – co może nawet ważniejsze niż referowane tu względy *stricte* prawne – recenzent, który nie wie, jakie dokładnie wymogi muszą spełniać osiągnięcia naukowe przy, kolejno, doktoracie, habilitacji oraz profesurze, nie jest przygotowany do pełnienia funkcji recenzenta i z tego powodu nie powinien występować w takiej roli w jakichkolwiek postępowaniach awansowych.

## **5. Dopuszczalność uznania rozprawy doktorskiej za osiągnięcie habilitacyjne w ujęciu funkcjonalnym i celowościowym**

Skoro ustalono już wyżej, że dopuszczalne jest uznanie rozprawy doktorskiej za osiągnięcie habilitacyjne, przejść należy do oceny tej dopuszczalności w systemowym kontekście funkcjonowania sektora akademickiego i ścieżek kariery jego kadr. Kwestia ta budzi bowiem obawy o masowe habilitowanie się obecnych i przyszłych doktorów na podstawie swoich rozpraw doktorskich. Czy jednak rzeczywiście istnieje takie ryzyko? Już kilkuletni okres stosowania nowych przepisów raczej nie potwierdza tych obaw. Spotykane są zarówno takie wnioski habilitacyjne, w których rozprawa doktorska jest wskazana jako element osiągnięć habilitacyjnych, jak i takie (i zdają się one stanowić zdecydowaną większość, być może z przyzwyczajenia do starego stanu prawnego), w których

rozprawa nie jest częścią osiągnięć, a jest jedynie sygnalizowana w części auto-referatu dotyczącego sylwetki habilitanta.

Jednak powyższym obawom nie można przyznać racji także z innych powodów. Niezależnie bowiem od tego, czy rozprawa doktorska będzie, czy też nie będzie częścią osiągnięć habilitacyjnych, wymogi stawiane osiągnięciom habilitacyjnym są przecież takie same. Mają one stanowić znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny. Oznacza to, że każdy przypadek, w którym przedstawione osiągnięcia takiego wkładu nie stanowią, zakończyć się powinien negatywnymi recenzjami i odmową nadania stopnia. Kwestia zatem tego, czy w skład tych osiągnięć wchodzi czy też nie wchodzi rozprawa doktorska, pozostaje bez jakiegokolwiek znaczenia dla habilitacji, podstaw jej nadania i jej rangi w systemie nauki, gdyż w każdym wypadku i tak powinna być ona nadawana tylko wtedy, gdy kandydat spełnił warunki jej uzyskania. Jeśli habilitacja ma być konsekwencją osiągnięć w nauce, a nie wysługą lat, to sytuacja taka jest wręcz pożądana i korzystna dla rozwoju nauki oraz drożności kariery naukowej w Polsce.

Skoro więc osiągnięcia będące podstawą nadania habilitacji, bez względu na to, czy jest wśród nich rozprawa doktorska, mają stanowić znaczny wkład w rozwój dyscypliny, należy postawić kluczowe w kontekście rzekomego problemu „robienia habilitacji na doktoracie” pytanie – czy większość rozpraw doktorskich jest takiej jakości, że spełnia kryteria habilitacyjne? Obserwacja akademickiej praktyki nie wydaje się tego potwierdzać. Zdecydowana większość rozpraw doktorskich nie spełnia kryteriów znacznego wkładu w rozwój dyscypliny, z tego zresztą względu, że przygotowywana jest pod zupełnie innym kątem – spełnienia kryteriów stawianych właśnie na etapie doktoratu, a nie habilitacji, bo to te pierwsze są weryfikowane przez recenzentów w postępowaniu doktorskim. Inaczej będzie jedynie w wyjątkowych, rzeczywiście wybitnych rozprawach doktorskich, które poza spełnieniem wymagań doktorskich wniosły też znaczny wkład w rozwój dyscypliny. Wydaje się jednak, że znacznie częściej rozprawa doktorska albo nie wnosi takiego wkładu, albo wnosi jedynie niewielki, a zatem dojście do poziomu „znacznego” wkładu i tak będzie wymagało istotnego poszerzenia dorobku przedstawianego następnie we wniosku habilitacyjnym.

Zadać trzeba w końcu pytanie – i warto, by w doktrynie rozważyli je szczególnie ci, którzy są zwolennikami zakazu uwzględniania rozprawy doktorskiej wśród osiągnięć habilitacyjnych – do jakich skutków doprowadziłby nas brak takiej możliwości. Otóż sprawiłoby to, że w tych szczególnych przypadkach, w których rozprawa doktorska poza spełnieniem wymogów doktoratu dodatkowo wniosła znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny, autor takiego opracowania nie mógłby na tej podstawie uzyskać stopnia doktora habilitowanego, mimo że przecież w rzeczywistości, w sensie naukowym, spełnił te same



materialnoprawne wymogi, na podstawie których inne osoby uzyskują ten stopień – czyli wniósł znaczny wkład w rozwój dyscypliny. Oznaczałoby to zatem, że osoba taka, by uzyskać habilitację, musiałaby wnieść znaczny wkład w rozwój dyscypliny po raz drugi. W efekcie droga do habilitacji byłaby krótsza (w sensie jakościowym, nie temporalnym) dla tych, którzy mieli słabsze doktoraty, a dłuższa dla tych, którzy mieli je na tyle dobre, że wnieśli za ich pomocą znaczny wkład w rozwój dyscypliny. Bez cienia przesady można to określić jako postawienie założeń awansów naukowych na głowie i zaprzeczenie celów, jakie mają one realizować. Skutkiem tego byłoby, że przezorni młodzi naukowcy, zwykle w takich sprawach ostrzegani przez swoich promotorów lub przełożonych, mając świetne wyniki badań, nie byłiby skłonni włączać ich do swoich rozpraw doktorskich. Opracowywaliby zatem rozprawy nie tak dobre, jak mogłyby być, lecz jedynie „wystarczająco dobre”, tylko po to, by najbardziej wartościowe wyniki badań przedstawiać już później, w ramach odrębnych opracowań na poczet przyszłej habilitacji. Przypomina to znane powiedzenie ze świata anglosaskiego, żartobliwie powtarzane w środowiskach doktoranckich: „My PhD shouldn't be perfect. It only has to be good enough”.

Nie sposób odnaleźć argumentów pozwalających na uznanie, że tego rodzaju praktyka byłaby słuszna i korzystna dla polskiej nauki, a regulacje prawne skłaniające badaczy do takiego lawirowania – zasadne. Jakie bowiem merytoryczne i funkcjonalne względy miałyby przemawiać za tym, by uniemożliwiać uwzględnianie czyichś osiągnięć stanowiących znaczny wkład w rozwój dyscypliny tylko dlatego, że były zawarte w rozprawie doktorskiej? Wydaje się raczej, że wyniki wysokiej jakości badań nie powinny być sztucznie opóźniane lub rozdrabniane wyłącznie ze względów administracyjnoprawnych. Argument ten dotyczy zresztą nie tylko samej rozprawy doktorskiej, ale też całego dorobku przeddoktorskiego – funkcjonowanie regulacji wykluczających uwzględnianie takiego dorobku w późniejszym awansie (podczas gdy nie był on nawet podstawą nadania stopnia doktora, gdyż w postępowaniu doktorskim oceniana jest wyłącznie rozprawa) było nie tylko kompletnie niezrozumiałe, ale też niemądre i systemowo szkodliwe.

Jak wskazywano to już wyżej, część przedstawicieli doktryny wywodzi rzekomy brak możliwości zakwalifikowania rozprawy doktorskiej jako osiągnięcia habilitacyjnego właśnie ze względów funkcjonalnych lub celowościowych. Tymczasem, jak wykazano, głębsza analiza tego zagadnienia prowadzi do wniosku dokładnie przeciwnego – że to właśnie takie względy zdecydowanie nie dają podstaw do uznania, że jest to „ponowna” czy też „podwójna” ocena tego osiągnięcia, stojąca rzekomo w sprzeczności ze ścieżką kariery naukowej w Polsce lub celami istnienia stopni naukowych. W świetle przepisów prawa jest wręcz dokładnie odwrotnie. Przede wszystkim zaś trzeba zauważyć, że je-

żeli habilitant wniósł znaczny wkład w rozwój dyscypliny już swoją rozprawą doktorską, a nie dopiero dalszymi osiągnięciami, to tym lepiej świadczy to o jego dokonaniach w pracy naukowej. Trzeba skończyć z pejoratywnymi określeniami w stylu „zrobić habilitację na doktoracie” używanymi tak, jakby zjawisko takie było czymś niepożądanym albo nie mobilizowałaoby naukowców do rozwoju osobistego i rozwoju samej nauki (tak Kała 2021: 237). Takie przypadki tym bardziej właśnie mobilizują do tego, by przygotowywać jak najlepsze rozprawy doktorskie i nie rozdrabniać swojego dorobku naukowego, np. celowo opóźniając publikację niektórych wyników badań albo wyłączając wartościowe wyniki z rozpraw doktorskich, zostawiając w nich tylko te, które „starczą” na tym etapie.

Gdyby powyższych argumentów było mało, należy również dodać, że przecież obok posiadania w dorobku osiągnięcia stanowiącego znaczny wkład w rozwój dyscypliny, do uzyskania habilitacji potrzebne jest jeszcze spełnienie innego wymogu. Jest nim wykazywanie się istotną aktywnością naukową albo artystyczną realizowaną w więcej niż jednej uczelni, instytucji naukowej lub instytucji kultury, w szczególności zagranicznej (art. 219 ust. 1 pkt 3 p.s.w.n.), podczas gdy przepisy ustawowe nie stawiają takich wymagań na etapie stopnia doktora (art. 186–187 p.s.w.n.). Zatem również w tym kontekście trudno jest zrozumieć, na czym miałyby polegać rzekome ryzyko „robienia habilitacji na doktoracie”, skoro aktywność naukowa kandydata do stopnia doktora (inna niż rozprawa doktorska oraz posiadanie co najmniej jednej publikacji, o której mowa w art. 186 ust. 1 pkt 3 p.s.w.n.) nie jest w większości podmiotów doktoryzujących oceniana na jakimkolwiek etapie, a co najwyżej nieformalnie doceniana przez głosujących nad nadaniem stopnia.

## 6. Podsumowanie

Jak wskazano na wstępie, przepisy dotyczące stopni naukowych silnie oddziałują na ścieżki kariery i decyzje co do działań badawczych poszczególnych naukowców. Skoro więc wpływ ten jest nieunikniony, trzeba zadbać, aby regulacje te sprzyjały drożności ścieżek awansu i przyspieszały zarówno publikację wartościowych wyników badań, jak i nadawanie stopni naukowych adekwatnych do ich poziomu i znaczenia dla dyscypliny. Cele istnienia systemu stopni naukowych muszą być zgodne z celami uprawiania samej nauki, co nie ma miejsca, gdy naukowcy z powodu regulacji dotyczących stopni naukowych i z myślą o przyszłych awansach opóźniają publikację wyników swoich badań lub wyłączają je z prac będących podstawą nadania stopnia doktora.

W wyniku przeprowadzonych analiz potwierdzono hipotezę, tzn. ustalono, że rozprawa doktorska (a także jej część) może stanowić osiągnięcie habilita-

cyjne. Zmiana w postaci dopuszczenia nie tylko dorobku przeddoktorskiego, ale także samej rozprawy doktorskiej jako możliwych osiągnięć habilitacyjnych, zasługuje na pełną aprobatę. Abstrahując od tego, że dopuszczalność taką należy wywieść już z literalnego brzmienia przepisów przy zastosowaniu wykładni historycznej, trzeba też podkreślić – co wykazano w artykule – że nie sposób odnaleźć jakichkolwiek argumentów celowościowych lub funkcjonalnych, które miałyby przemawiać za niesłusznością tej regulacji. W zasadzie jest wręcz odwrotnie – względy te tym bardziej potwierdzają jej zasadność, przy czym, co oczywiste, rozprawa doktorska będzie mogła stanowić podstawę nadania stopnia doktora habilitowanego tylko wtedy, gdy będzie stanowić znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny. Wydaje się, że w przypadku większości rozpraw doktorskich i tak nie będzie miało to miejsca, a nawet jeśli, to zapewne wespół z innymi osiągnięciami habilitanta.

Zauważyć przy tym należy, że w obecnym stanie prawnym to sam habilitant decyduje o tym, jaki dorobek zostanie poddany ocenie w toku postępowania. Ocenie podlegają bowiem tylko te osiągnięcia, które zostaną wskazane we wniosku. Zatem kandydat samodzielnie oceni, które spośród jego osiągnięć mogą stanowić znaczny wkład w rozwój dyscypliny i jeżeli dojdzie do wniosku, że jego rozprawa doktorska stanowiła wprawdzie np. oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, ale nie wnosi znacznego wkładu w rozwój dyscypliny, po prostu nie wskaże jej wśród tzw. osiągnięć habilitacyjnych (Kierznowski 2021: 230–231). Co więcej, pod kątem spełnienia wymogów stawianych osiągnięciom habilitacyjnym różnie można oceniać różne części rozprawy doktorskiej. Gdy bowiem rozprawę stanowił zbiór artykułów naukowych (art. 187 ust. 2 p.s.w.n.), możliwe jest przedstawienie we wniosku habilitacyjnym tylko wybranych części składowych rozprawy doktorskiej.

Odrębnym wyzwaniem pozostaje przełożenie wyżej wymienionej zmiany prawnej na aktualną praktykę obrotu prawnego. W sektorze akademickim nadal funkcjonuje – w obecnym stanie prawnym już błędne – przeświadczenie, że wśród osiągnięć habilitacyjnych nie jest możliwe wskazywanie osiągnięć przeddoktorskich i rozprawy doktorskiej albo elementów, z których się składała. Co więcej – i co być może jeszcze bardziej szkodliwe – spotkać się można z poglądami, w myśl których jest to może dopuszczalne, ale traktowane jest jako niewłaściwe, niestosowne, rzekomo sztucznie pomnażające dorobek. Tego typu obawy są bezzasadne i nie mają nie tylko podstaw prawnych, ale też uzasadnienia merytorycznego. Należałoby je raczej przekuć w formułowanie wysokich wymagań wobec recenzentów – by ich praca polegała nie na sprawdzaniu, czy habilitant „pomnożył” swój dorobek po doktoracie, lecz raczej na zbadaniu, czy jego osiągnięcia wnoszą znaczny wkład w rozwój dyscypliny, gdyż to właśnie taki wkład jest w świetle prawa jednym z wymogów uzyskania habilitacji.

Niezależnie od powyższych ustaleń, dorobek przeddoktorski albo nawet sama rozprawa doktorska lub jej część niespełniające w ocenie habilitanta kryterium wniesienia znacznego wkładu w rozwój dyscypliny, a więc nienadające się do przedstawienia jako osiągnięcie habilitacyjne mogłyby zostać przedstawione jako elementy dorobku świadczące o spełnieniu innego, trzeciego wymogu uzyskania stopnia doktora habilitowanego – tj. wykazywania się istotną aktywnością naukową albo artystyczną realizowaną w więcej niż jednej uczelni, instytucji naukowej lub instytucji kultury, w szczególności zagranicznej (art. 219 ust. 1 pkt 3 p.s.w.n.). Jest to już jednak odrębne zagadnienie, mogące być przedmiotem innego artykułu.

### Wykaz skrótów

- RDN – Rada Doskonałości Naukowej  
p.s.w.n. – Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce  
u.s.n.t.n. – Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki  
p.w.p.s.w.n. – Ustawa z dnia 3 lipca 2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce

### Bibliografia

#### Akty prawne

- Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 742 z późn. zm.  
Ustawa z dnia 17 lipca 1998 r. o pożyczkach i kredytach studenckich, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 357.  
Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1789.  
Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2183 z późn. zm.  
Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki, t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 87.  
Ustawa z dnia 3 lipca 2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, Dz.U. poz. 1669 z późn. zm.

#### Opracowania

- Bogusz, Mariusz i Michał Miłosz. 2022. Konstrukcja związania negatywnymi recenzjami w nowym postępowaniu doktorskim i habilitacyjnym. *Państwo i Prawo* 5: 88–103.  
Dajnowicz-Piesiecka, Diana i Łukasz Kierznowski. 2022. Awanse naukowe młodych naukowców (perspektywy i wyzwania). *Państwo i Prawo* 5: 118–133.

- Grzebyk, Patrycja. 2022. Warunki uzyskania stopnia doktora habilitowanego w dyscyplinie nauki prawne. *Państwo i Prawo* 5: 68–87.
- Izdebski, Hubert i Jan Michał Zieliński. 2019. *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Jędrzejewski, Tomasz. 2019. Komentarz do art. 221. W: *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, (red.) Jerzy Woźnicki, 578–583. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kała, Dariusz. 2021. Ogólne przesłanki nadania stopnia doktora habilitowanego. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1: 229–242. DOI: 10.14746/rpeis.2021.83.1.17.
- Kierznowski, Łukasz. 2021. *Stopnie naukowe i stopnie w zakresie sztuki. Komentarz*. Warszawa: Difin.
- Kmieciak, Zbigniew i Joanna Wegner. 2021. Odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego w sprawach nadawania stopni naukowych i tytułu profesora. *Państwo i Prawo* 3: 3–21.
- Pokorny, Piotr i Paweł Waszkiewicz. 2023. Komentarz do art. 219 i 221. W: *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, (red.) Aleksander Jakubowski, 699–741. Warszawa: C.H. Beck.
- Radajewski, Mateusz. 2020. Nadawanie stopnia doktora habilitowanego w świetle prawa o szkolnictwie wyższym i nauce. *Studia Prawno-Ekonomiczne* 94: 81–98. DOI: 10.26485/SPE/2020/114/4.
- Sieniuc, Magdalena. 2019. *Jednostka w postępowaniach w sprawach nadania stopnia i tytułu naukowego. Studium z prawa administracyjnego procesowego*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Stec, Piotr. 2021. Nowe ścieżki kariery akademickiej – habilitacja 2.0. *Państwo i Prawo* 7: 3–18.
- Szydło, Marek. 2022. Pojęcie nauki i osiągnięć naukowych w postępowaniach awansowych w nauce (uwagi z perspektywy nauk prawnych). *Państwo i Prawo* 5: 52–67.
- Ślebzak, Krzysztof. 2020. Komentarz do art. 219 i 221. W: *Akademickie prawo zatrudnienia. Komentarz*, (red.) Krzysztof Wojciech Baran, 392–413. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Tabernacka, Magdalena i Elżbieta Klat-Górska. 2020. Kontrola instancyjna postępowania habilitacyjnego. *Kontrola Państwowa* 5: 590–608.
- Wojtuń, Maciej. 2021. Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniach awansowych, *Państwo i Prawo* 2: 3–17.

### Źródła internetowe

- Rada Doskonałości Naukowej, *Postępowania dotyczące nadawania stopnia doktora habilitowanego. Poradnik aktualizowany*, <https://www.rdn.gov.pl/dobre-praktyki.poradnik-postepowania-dotyczace-nadawania-stopnia-doktora-habilitowanego.html>. Dostęp: 17.10.2023.



Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

ORIGINAL ARTICLE  
received 2023-11-06  
accepted 2024-03-21  
published online 2024-11-05



# Funkcjonowanie rejestru przedsiębiorców KRS w zakresie dotyczącym spółek handlowych z perspektywy reguł ochrony danych osobowych

## The functioning of the Polish Company Register regarding commercial companies in the light of the personal data protection regulations

ARIEL MUCHA

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie  
ORCID: 0000-0001-5983-0752, [ariel.mucha@uj.edu.pl](mailto:ariel.mucha@uj.edu.pl)

**Citation:** Mucha, Ariel. 2024. Funkcjonowanie rejestru przedsiębiorców KRS w zakresie dotyczącym spółek handlowych z perspektywy reguł ochrony danych osobowych. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 103–121. DOI: 10.25167/osap.5295.

**Abstract:** This paper contains an analysis of the Polish rules and practice regarding the operation of the Register of Entrepreneurs of the National Court Register in the light of the EU legislation on protection of personal data. The main purpose of business registers is to collect and process data, including information on natural persons. The Polish model of the functioning of the commercial register is characterized by a wide access to personal data of legal entities and sometimes other individuals. This situation, which has existed for many years, may raise significant doubts in connection with the increasing standards of personal data protection in the EU. Therefore, the basic research problem of the study is to what extent the Polish model of the business register complies with the EU standards of personal data protection. The answer to this question is based on the analysis of the EU legal framework for the operation of business registers and the identification of the basic functions that the registers perform in commerce. The EU rules on protection of personal data are then examined and compared with the characteristics of public registers – an issue of particular interest to the Court of Justice in recent years. This leads to an assessment of the functioning of the Polish Business Register, which confirms that the legal framework and practice of the Polish Business Register are to some extent at odds with the EU rules on protection of personal data.

**Keywords:** GDPR, personal data protection, register of entrepreneurs

**Abstrakt:** Opracowanie obejmuje analizę polskich regulacji i praktyki funkcjonowania Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego w świetle regulacji prawa unijnego dotyczących ochrony danych osobowych. Do istoty działalności rejestrów handlowych należy gromadzenie i przetwarzanie danych, w tym informacji o osobach fizycznych. Polski model funkcjonowania rejestru spółek charakteryzuje się szerokim dostępem do danych osobowych aktorów korporacyjnych, a czasami również innych osób. Sytuacja ta, mająca miejsce od wielu lat, może budzić istotne wątpliwości w związku z rosnącymi standardami ochrony danych osobowych w UE. Stąd podstawowym problemem badawczym opracowania jest to, w jakim zakresie polski model rejestru spółek odpowiada standardom unijnej ochrony danych osobowych. Odpowiedź na to pytanie była możliwa w oparciu o analizę unijnych ram prawnych funkcjonowania rejestrów spółek i określenie podstawowych funkcji, którym służą rejestry w obrocie handlowym. W dalszej kolejności konieczne stało się zbadanie unijnych zasad ochrony danych osobowych przetwarzanych i udostępnianych w publicznych rejestrach, która to kwestia stała się przedmiotem szczególnego zainteresowania Trybunału Sprawiedliwości w ostatnich latach. Zdobyta w ten sposób wiedza pozwoliła na ocenę funkcjonowania polskiego rejestru przedsiębiorców, potwierdzając, że częściowo tworzące go ramy prawne i praktyka funkcjonowania odbiega od unijnych reguł ochrony danych osobowych.

**Słowa kluczowe:** RODO, ochrona danych osobowych, rejestr przedsiębiorców

## 1. Wprowadzenie

Rejestr przedsiębiorców (dalej również jako: rejestr spółek handlowych) stanowi publiczny zbiór wybranych danych o podmiotach podlegających wpisowi do rejestru, w szczególności spółkach prawa handlowego. W przypadku tych ostatnich, poza informacjami odnoszącymi się do samej spółki, gromadzone i udostępniane są m.in. dane o członkach zarządu, radzie nadzorczej, prokurentach, a także niektórych wspólnikach. Taka sytuacja rodzi wątpliwości z perspektywy ochrony prawa do prywatności funkcjonariuszy spółek, a w szczególności zgodności przetwarzania ich danych osobowych w świetle reguł określonych w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej: RODO). Pojawiające się obiekcje znajdują swoje odzwierciedlenie w dyskusjach i reformach prawa w niektórych państwach członkowskich UE (opinia Niemieckiego Stowarzyszenia Ochrony Danych e.V.). Również w Polsce w ostatnim czasie analogiczne zastrzeżenia zostały wyrażone przez Rzecznika Praw Obywatelskich (pismo skierowane do Ministra Sprawiedliwości z 20.04.2023 r.).

Mając na uwadze powyżej zarysowany problem, celem opracowania uczynił autor zestawienie ram prawnych funkcjonowania Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z regulacjami dotyczącymi ochrony danych oso-



bowych i ich wykładnią dokonaną w ostatnim czasie przez Trybunał Sprawiedliwości (dalej również jako: TS lub Trybunał). Opracowanie stara się odpowiedzieć na następujące pytania: czy dane osobowe gromadzone w rejestrze przedsiębiorców podlegają w ogóle reżimowi RODO, a jeżeli tak, to w jakim stopniu dane gromadzone i udostępniane w ramach rejestru przedsiębiorców pozostają zgodne z rzezonym aktem prawa unijnego. Ponadto poruszone zostaną kwestie związane z realizacją prawa do bycia zapomnianym, a więc możliwością żądania usunięcia danych z rejestru przedsiębiorców KRS dotyczących określonych osób fizycznych.

Artykuł składa się z siedmiu części. W pierwszych dwóch częściach omówione zostaną ramy prawa unijnego odnoszące się z jednej strony do publicznych rejestrów spółek, a z drugiej związanych z tym regulacji ochrony danych osobowych. W następnej kolejności przedstawione zostaną najważniejsze tezy wynikające z orzecznictwa Trybunału w przedmiocie funkcjonowania wybranych rejestrów publicznych. Piąta i szósta część obejmuje analizę polskich regulacji i zawiera wnioski co do zgodności tych regulacji z prawem unijnym. Ostatni fragment stanowi podsumowanie.

## **2. Unijne ramy prawne funkcjonowania rejestrów handlowych**

Rejestry spółek istnieją w każdym państwie członkowskim; są zorganizowane na poziomie krajowym, regionalnym lub lokalnym, a ich prowadzeniem zajmują się różne podmioty. Mogą to być organy władzy centralnej, lokalnej lub podmioty prywatne – instytucje samorządu gospodarczego lub notarialnego (Norek 2001: 11; Stawecki 2004: 65 i n.). W 1968 r. zharmonizowano na terenie Wspólnot Europejskich przepisy o ujawnianiu (rejestracji i publikacji) informacji o przedsiębiorstwach – spółkach kapitałowych (tzw. pierwsza dyrektywa prawa spółek, dyrektywa 68/151/EWG). Kluczowym przepisem uchwalonej wtedy dyrektywy był art. 3, który wymagał po pierwsze prowadzenia rejestrów w państwach członkowskich, a po drugie publikowania wpisów w krajowym dzienniku urzędowym. Dyrektywa z 1968 r. została znowelizowana w 2003 r. W rezultacie od 1.01.2007 r. państwa członkowskie zostały zobligowane do prowadzenia elektronicznego rejestru przedsiębiorstw (dyrektywa 2003/58/WE) i udostępniania treści rejestru on-line. Obecne ramy normatywne funkcjonowania rejestrów spółek w państwach członkowskich wyznacza dyrektywa PE i Rady (UE) 2017/1132 z 14.06.2017 r. w sprawie niektórych aspektów prawa spółek (dalej: dyrektywa 2012/17/UE), która skodyfikowała kilka poprzednio obowiązujących aktów prawnych, w tym dyrektywę PE oraz Rady 2012/17/UE z 13.06.2012 r. Celem ostatniej ze wskazanych dyrektyw było zacieśnienie współpracy krajowych rejestrów handlowych i ustanowienie systemu integracji

rejestrów przedsiębiorców („BRIS”). System ten łączy krajowe rejestry przedsiębiorstw z „europejską Platformą Centralną” i zapewnia pojedynczy punkt dostępu za pośrednictwem europejskiego portalu „e-Sprawiedliwość”, na którym można wyszukiwać informacje na temat spółek założonych w państwach członkowskich (Mucha 2016: 73 i n.). Ponadto wskazany portal umożliwia dostęp do elektronicznych kopii określonych kategorii dokumentów rejestrowych (art. 18 dyrektywy 2017/1132).

Warty wspomnienia w tym miejscu jest art. 14 dyrektywy 2017/1132, który wymaga, aby pewne informacje i dokumenty były ujawniane w rejestrze spółek każdego państwa członkowskiego. Część z nich obejmuje dane osób fizycznych – funkcjonariuszy spółki. Wskazany przepis nie precyzuje zakresu danych, które powinny zostać zgromadzone na temat określonych osób. Pozostawia to państwu członkowskim pewną swobodę w tym zakresie, chociaż ograniczoną poprzez cel utworzenia i funkcjonowania rejestrów spółek. W ten sposób chociażby dane o osobach uprawnionych do reprezentacji spółki powinny umożliwiać ustalenie tożsamości tych osób w sposób szybki i niebudzący wątpliwości.

### **3. Przepisy RODO odnoszące się do funkcjonowania rejestrów handlowych**

Dane osobowe definiuje się w RODO jako wszelkie informacje odnoszące się do zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej (art. 4 pkt 1 RODO). W rezultacie RODO nie odnosi się do przetwarzania danych dotyczących bezpośrednio osób prawnych, w tym takich informacji jak nazwa i forma, a także dane kontaktowe osoby prawnej. Nazwa osoby prawnej może jednak pośrednio identyfikować jedną lub więcej osób fizycznych i w ten sposób podlegać rygorom określonym w RODO ze względu na możliwość powiązania nazwy spółki z określonymi osobami fizycznymi (por. mot. 14 RODO).

Treść RODO nie zawiera szczególnych regulacji poświęconych rejestrom spółek. Do przepisów wskazujących na możliwość odmiennego potraktowania tych zbiorów danych, w szczególności z perspektywy ogólnych zasad przetwarzania danych osobowych wyrażonych w art. 5 ust. 1 RODO (np. zasada legalności, minimalizacji lub ograniczenia czasowego; Fajgielski 2022: 154), zaliczyć można art. 6 ust. 1 akapit 1 lit. e) RODO. Zgodnie z tym ostatnim przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne, jeżeli jest to niezbędne do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej. Dodatkowe wymogi w tym zakresie można odnaleźć w art. 6 ust. 3 RODO, który przede wszystkim odwołuje się do konieczności realizacji przez prawo krajowe celu leżącego w publicznym interesie i bycia proporcjonalnym do zamierzonego uzasadnionego celu. W tym kon-

tekście warto przywołać mot. 73 RODO, zgodnie z którym w prawie państwa członkowskiego można przewidzieć „ograniczenia dotyczące określonych zasad oraz prawa do informacji, dostępu do danych osobowych i ich sprostowania lub usuwania, prawa do przenoszenia danych, prawa do sprzeciwu, [...] o ile jest to niezbędne i proporcjonalne w społeczeństwie demokratycznym, by zapewnić [...] ochronę innych ważnych celów leżących w ogólnym interesie publicznym Unii lub państwa członkowskiego, w szczególności [...], prowadzenie rejestrów publicznych z uwagi na względy ogólnego interesu publicznego [...]. Ograniczenia te powinny być zgodne z wymogami Karty praw podstawowych oraz Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”. W konsekwencji konieczne staje się spełnienie wymogów wynikających z art. 52 ust. 1 Karty Praw Podstawowych UE (dalej: KPP) i art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (por. wyr. Wielkiej Izby ETPCz z 9.03.2023 r., nr 36345/16, w sprawie L.B. przeciwko Węgrom).

W sposób szczególny uregulowane zostało także ograniczenie prawa do bycia zapomnianym. Zgodnie z art. 17 ust. 3 lit. b) RODO osobom nie przysługuje roszczenie o usunięcie danych osobowych, gdy przetwarzanie danych jest niezbędne do wywiązania się z prawnego obowiązku wymagającego przetwarzania na mocy prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, lub do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi danych osobowych.

## 4. Orzecznictwo Trybunału

### 4.1. Uwagi ogólne

Trybunał Sprawiedliwości w ostatnich latach kilkakrotnie wypowiedział się w przedmiocie ochrony danych osobowych w ramach funkcjonowania niektórych krajowych rejestrów publicznych. W swoich analizach Trybunał zwracał uwagę przede wszystkim na źródło utworzenia danego rejestru (regulacje unijne/krajowe), cel prowadzenia rejestru oraz stopień ingerencji w sferę prywatną jednostek. Podstawowym mechanizmem oceny zgodności funkcjonowania rejestrów ze standardami unijnymi jest w tym wypadku zestaw kryteriów, które łącznie można określić jako szczególny rodzaj testu proporcjonalności (Corte 2022: 259–275). Poniżej zostaną przedstawione ogólne tezy wynikające z orzeczeń TS, aby następnie można było przejść do omówienia najważniejszych orzeczeń związanych z problemami powstałymi na gruncie rejestrów spółek lub innych podobnych rejestrów publicznych.

Przyjmując, że podstawowym celem rejestrów jest zwiększenie przejrzystości funkcjonowania podmiotów tam wpisanych na jednolitym rynku, aby

w ten sposób chronić interesy osób trzecich i wzmocnić zaufanie do transakcji biznesowych, Trybunał zaznaczył, że cel przejrzystości nie przeważa automatycznie nad prawem do ochrony danych osobowych. Zarazem jednak prawo do ochrony danych osobowych nie stanowi „prerogatywy o charakterze absolutnym i powinno być oceniane w świetle jego funkcji społecznej” (C 92/09 oraz C 93/09). W wyroku z 22 czerwca 2021 r. Trybunał zajmował się sprawą wniosku złożonego w ramach postępowania w przedmiocie zgodności z prawem przepisów łotewskich przewidujących publiczny dostęp do danych osobowych dotyczących punktów karnych za wykroczenia drogowe (C 439/19). W orzeczeniu tym Trybunał podkreślił, że prowadzenie tego rodzaju rejestrów nie jest wyłączone spod zakresu zastosowania regulacji RODO (C 439/19: par. 64). Trybunał uznał art. 2 ust. 2 lit. a) w związku z mot. 16 RODO za mający na celu jedynie wyłączenie z zakresu stosowania tego rozporządzenia przetwarzania danych osobowych dokonywanego przez organy państwowe w ramach działalności mającej na celu ochronę bezpieczeństwa narodowego lub działalności, która może zostać zaliczona do tej samej kategorii. Sam fakt, że dana działalność jest właściwa państwu lub organowi publicznemu, nie wystarcza, aby wyjątek ten mógł być automatycznie stosowany do takiej działalności (C 439/19: par. 66).

#### **4.2. Interes prawny w dostępie do danych – wyrok w sprawie Daihatsu**

W swoim wyroku z 4 grudnia 1997 r. Trybunał zwrócił uwagę na kwestię braku obowiązku wykazania interesu w uzyskaniu danych z rejestru handlowego, w tym wypadku dostępu do sprawozdań finansowych podmiotu wpisanego do rejestru (C-97/96). Zdaniem Trybunału ujawnianie rocznych sprawozdań finansowych ma przede wszystkim na celu udostępnienie informacji osobom trzecim, które nie znają lub nie mogą uzyskać wystarczającej wiedzy na temat sytuacji księgowej i finansowej spółki. Trybunał podkreślił, że przepisy unijne należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one temu, aby ustawodawstwo państwa członkowskiego ograniczało do wspólników lub wierzycieli spółki prawo do wystąpienia o nałożenie kary przewidzianej w prawie tego państwa członkowskiego w przypadku niewypełnienia przez spółkę obowiązków dotyczących ujawniania rocznych sprawozdań finansowych (C-97/96: par. 23). Ten wniosek wynika głównie z treści zadanego pytania, a w szczególności z obowiązku zapewnienia przez państwa członkowskie efektywnego funkcjonowania rejestrów. Skoro jednak osoba trzecia ma prawo wystąpić o sankcję wobec podmiotu nieujawniającego określonych danych, to tym bardziej ma prawo wglądu w nie bez wykazywania stosownego interesu.

### 4.3. Prawo do bycia zapomnianym – wyrok w sprawie Manni

W wyroku z 9 marca 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości zajmował się pytaniami prejudycjalnymi włoskiego Corte Suprema di Cassazione przedstawionymi w związku ze sprawą sporu między Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce (izbą handlową, przemysłową, rzemieślniczą i rolną w Lecce) a Salvatore Mannim (C-398/15). Przedmiotem wątpliwości stało się odmówienie przez izbę wykreślenia z rejestru spółek niektórych danych osobowych dotyczących S. Manniego. W szczególności problemem stał się fakt, że w rejestrze figurowała informacja o tym, że S. Manni był zaangażowany w działalność spółki, która została wykreślona z uwagi na jej upadłość. W istocie zatem sprawa dotyczyła kwestii, czy organ odpowiedzialny za prowadzenie rejestru powinien, po upływie określonego terminu od dnia ustania działalności spółki i na wniosek zainteresowanej osoby, albo wykreślić te dane osobowe, albo w inny sposób ograniczyć ich jawność (prawo do bycia zapomnianym).

Sąd w swoim orzeczeniu podkreślił, że przetwarzanie danych osobowych dokonywane przez organ odpowiedzialny za prowadzenie rejestru w wykonaniu art. 2 ust. 1 lit. d) i j) oraz art. 3 tzw. pierwszej dyrektywy prawa spółek 68/151 (obecnie odpowiednio art. 14 lit. d) i j) oraz art. 16 dyrektywy 2017/1132) odpowiada szeregowi kryteriów legalności przewidzianych w obowiązującym na gruncie sprawy art. 7 dyrektywy 95/46 (odpowiednikiem tego przepisu jest art. 6 ust. 1 RODO). Jednocześnie zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. e) dyrektywy 95/46 (obecnie art. 5 ust. 1 pkt e) RODO) państwa członkowskie powinny zapewnić, aby dane osobowe były przechowywane w formie umożliwiającej identyfikację osób, których dane dotyczą, przez czas nie dłuższy niż jest to konieczne do celów, dla których dane zostały zgromadzone lub dla których są dalej przetwarzane (C-398/15: par. 46). Trybunał w tym kontekście podkreślił rolę rejestru spółek, w szczególności w zakresie ochrony interesów osób trzecich w stosunkach ze spółkami kapitałowymi (C-398/15: par. 47). Trybunał stwierdził, że celem harmonizacji prawa unijnego w tym obszarze było zapewnienie pewności prawa w stosunkach między spółką a osobami trzecimi. Ma to szczególne znaczenie przy założeniu wzmocnienia wymiany handlowej między państwami członkowskimi po utworzeniu rynku wewnętrznego i z tego punktu widzenia ważne jest, aby wszystkie osoby pragnące nawiązać i kontynuować stosunki gospodarcze ze spółkami mającymi siedzibę w innych państwach członkowskich mogły łatwo zapoznać się z podstawowymi danymi dotyczącymi zakładania spółek handlowych oraz uprawnień osób upoważnionych do ich reprezentowania (C-398/15: par. 50). Z tej perspektywy Trybunał uznał za konieczne zapewnienie dostępu do danych nawet po zaprzestaniu działalności przez daną spółkę lub po jej likwidacji (C-398/15: par. 53). Przydatność i celowość udostępnienia danych po wystąpieniu tego rodzaju zdarzeń powinny przede wszystkim zależeć od ter-

minów przedawnienia roszczeń wobec funkcjonariuszy spółki przewidzianych w uregulowaniach krajowych (C-398/15: par. 55).

Powyzsza ocena dokonana przez Trybunał pozostaje aktualna jedynie przy zachowaniu zasady proporcjonalności ingerencji w prawa podstawowe osób, których dane dotyczą (C-398/15: par. 57). Jak zauważa Trybunał, przepisy harmonizujące funkcjonowanie rejestrów spółek wymagają jawności jedynie w odniesieniu do ograniczonej liczby danych osobowych, a mianowicie tych dotyczących tożsamości i funkcji poszczególnych osób upoważnionych do reprezentowania danej spółki wobec osób trzecich (C-398/15: par. 58). Równocześnie określone aktorzy korporacyjni powinni mieć świadomość upublicznienia danych dotyczących ich tożsamości i funkcji już w chwili, gdy decydują się na podjęcie działalności w ramach spółek kapitałowych (C-398/15: par. 59).

#### **4.4. Rejestr beneficjentów rzeczywistych – wyrok w sprawie WM i Sovim SA**

W ostatnim czasie w wyroku z 22 listopada 2022 r. Trybunał odniósł się do dwóch sporów zaistniałych pomiędzy, w pierwszym przypadku – WM (sprawa C 37/20), w drugim – Sovim SA (sprawa C 601/20) a luksemburskim rejestrem handlowym w przedmiocie odmowy przez ten ostatni organ ograniczenia jawności rejestru beneficjentów rzeczywistych (zob. Siems 2023: 1137 i n.; Geibel 2023: 11 i n.). Pierwotną przyczyną sporu w tej sprawie była zmiana w 2018 r. tzw. czwartej dyrektywy w sprawie przeciwdziałania praniu pieniędzy 2015/849 przez dyrektywę 2018/843. W rezultacie dostęp do danych o beneficjentach rzeczywistych spółek został rozszerzony na „każdą osobę” (art. 30 ust. 5 lit. c dyrektywy 2015/849). Państwa członkowskie zostały zobowiązane udostępnić „co najmniej” imię i nazwisko, miesiąc i rok urodzenia, państwo zamieszkania, obywatelstwo, jak również informacje o posiadanej własności lub charakterze sprawowanej kontroli każdego beneficjenta rzeczywistego.

Chociaż przedmiotowe orzeczenie, jak zauważa Trybunał, ma ograniczone znaczenie dla rejestrów spółek (C-37/20 i C-601/20: par. 87), ukazuje rygorystyczne podejście Trybunału do regulacji prawa wtórnego UE w zakresie ich zgodności z regulacjami art. 7 i 8 KPP (C-37/20 i C-601/20: par. 40). W szczególności, gdy informacje są udostępniane dla potencjalnie nieograniczonej liczby osób przez Internet, tak, że takie przetwarzanie danych osobowych może umożliwić swobodny dostęp do informacji również osobom, które ze względów niezwiązanych z celem realizowanym przez ten środek dążą do uzyskania informacji na temat sytuacji materialnej i finansowej danej osoby (C-37/20 i C-601/20: par. 42). W ocenie Trybunału umożliwianie każdemu dostępu do danych personalnych o charakterze ekonomicznym, których zakres jedy-

nie w sposób minimalny został wskazany w ramach prawa wtórnego (C-37/20 i C-601/20: par. 82), jest nieproporcjonalne w stosunku do realizowanego celu. Tym ostatnim jest zapobieganie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu poprzez zmniejszenie ryzyka wystąpienia tych zjawisk za pomocą zwiększonej przejrzystości funkcjonowania pewnych podmiotów (C-37/20 i C-601/20: par. 64 i n.). W ocenie Trybunału wystarczające są w takim przypadku środki zapewnienia dostępu do informacji wyłącznie określonym podmiotom publicznym i prywatnym (C-37/20 i C-601/20: par. 86), bez konieczności zapewnienia powszechnego dostępu do danych zawartych w rejestrze beneficjentów rzeczywistych (C-37/20 i C-601/20: par. 88).

#### 4.5. Podsumowanie orzecznictwa TS

Generalne wnioski płynące z przedstawionego powyżej orzecznictwa można sprowadzić do następujących reguł. Po pierwsze, dostęp do danych w rejestrze handlowym nie wymaga co do zasady wykazania szczególnego interesu, a więc ma charakter powszechny i jawny. Po drugie, ujawnienie danych identyfikujących niektórych aktorów korporacyjnych decydujących się na uczestniczenie w obrocie za pośrednictwem spółek jest celowe z uwagi na prawidłowość funkcjonowania obrotu gospodarczego. Po trzecie, możliwość gromadzenia i ujawniania danych w ramach rejestrów spółek jest generalnie dopuszczona w ramach regulacji ochrony danych osobowych w UE; jednocześnie państwom członkowskim przyznana została relatywnie szeroka swoboda w uregulowaniu sposobu ochrony danych osobowych w prawie krajowym. Po czwarte, funkcjonowanie rejestrów powinno zawsze pozostawać w zgodzie z ogólnymi regułami ochrony danych osobowych UE, które wyznaczają akty prawa pierwotnego i standardy prawa międzynarodowego w zakresie ochrony praw i wolności człowieka; w szczególności przetwarzanie powinno być proporcjonalne do założonego celu funkcjonowania rejestrów publicznych. Po piąte, ingerencja w prawa podstawowe osób, których dane dotyczą (w szczególności prawo do poszanowania życia prywatnego i prawo do ochrony danych osobowych), nie jest nieproporcjonalna, a więc jest dopuszczalna w zakresie, w jakim 1) do rejestru handlowego wprowadzone zostały i podlegają ujawnieniu jedynie oznaczone dane osobowe, oraz 2) osoba fizyczna decydująca się na uczestnictwo w obrocie gospodarczym za pośrednictwem spółki kapitałowej została zobowiązana do upublicznienia danych dotyczących jej tożsamości i pełnionych w spółce funkcji. Po szóste, zapewnienie dostępu do danych zgromadzonych w rejestrze jest zasadne również po zaprzestaniu działalności przez daną spółkę lub po jej likwidacji; powinna jednak istnieć możliwość ograniczenia dostępu do danych po upływie określonego czasu lub z uwagi na istotne względy interesu danej osoby.

## 5. Ustrój polskiego rejestru przedsiębiorców

Ustrój Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego został unormowany Ustawą z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej: KRSU). Rejestr jest prowadzony przez sądy rejonowe (sądy rejestrowe) w systemie informatycznym (art. 2 ust. 1 KRSU). W zakresie ochrony danych osobowych Minister Sprawiedliwości utrzymuje system teleinformatyczny i zapewnia dostęp do systemu teleinformatycznego, oraz ochronę danych zgromadzonych w systemie przed nieuprawnionym dostępem, przetwarzaniem, zmianą lub utratą. Przepis art. 3 ust. 3 KRSU wprost stwierdza, że Minister Sprawiedliwości jest administratorem danych użytkowników systemu teleinformatycznego. Minister Sprawiedliwości tworzy jednocześnie Centralną Informację Krajowego Rejestru Sądowego. Jej zadaniem jest wydawanie dokumentów zgromadzonych w rejestrze za pośrednictwem systemu teleinformatycznego oraz udostępnianie w sieciach teleinformatycznych ogólnodostępnych, aktualnych i pełnych informacji o podmiotach wpisanych do rejestru oraz listę dokumentów zawartych w katalogu rejestru (art. 4 KRSU). Katalog obejmuje dokumenty spółek kapitałowych (art. 8a KRSU), takie jak akty założycielskie, umowy oraz statuty, uchwały o ich zmianie, uchwały o powołaniu lub odwołaniu członków organów spółek oraz oświadczenia o ich rezygnacji, roczne sprawozdania finansowe zobowiązanych podmiotów. Dodatkowo dla podmiotu wpisanego do Rejestru prowadzi się akta rejestrowe obejmujące w szczególności dokumenty stanowiące podstawę wpisu.

Zgodnie z art. 8 KRSU rejestr przedsiębiorców jest jawny. Każdy ma prawo dostępu do danych zawartych w rejestrze za pośrednictwem Centralnej Informacji. Każdy ma prawo otrzymać, również drogą elektroniczną, poświadczony odpisy, wyciągi, zaświadczenia i informacje z rejestru. W oparciu o art. 10 KRSU każdy ma prawo przeglądania akt rejestrowych podmiotów wpisanych do Rejestru oraz zbioru dokumentów. Realizacja prawa każdej osoby zainteresowanej dostępem do akt rejestrowych podlega ograniczeniom wynikającym z art. 10 ust. 3–4 KRSU. Ograniczenia te jednak są określone stosunkowo wąsko i odnoszą się przykładowo w zakresie funkcjonowania spółek handlowych do dokumentów związanych z wpisami w dziale 4 rejestru przedsiębiorców, które zostały wykreślone (informacja o zaległościach podatkowych i innych, zabezpieczeniach itd.).

Ponadto w art. 10 ust. 4a KRSU wprowadzono ograniczenia w realizacji zasady jawności akt rejestrowych poprzez wyłączenie niektórych akt spod ogólnego dostępu i złożenie ich w prowadzonym oddzielnie zbiorze dokumentów (§ 198 ust. 1 Rozporządzenia z 18.06.2019 r. Ministra Sprawiedliwości Regulamin urzędowania sądów powszechnych). Przepis ten odnosi się zasadniczo do oznaczonych dokumentów (aktów notarialnych) złożonych omyłkowo, nieak-



tualnych lub nieprzydatnych, tj. dotyczących osób, które nie podlegają wpisowi do rejestru, informacji o karalności lub orzeczonych środkach karnych, a także informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa lub innych prawnie chronionych informacji zawartych w opinii biegłego, o której mowa w przepisach dotyczących łączności, podziałów i przekształceń spółek.

Warto również wspomnieć o art. 12 KRSU. Przepis ten stanowi, że dane zawarte w rejestrze nie mogą być z niego usunięte. Jeżeli okaże się jednak, że w rejestrze znajduje się wpis zawierający oczywiste błędy lub niezgodności z treścią postanowienia sądu, sąd ma obowiązek sprostowania wpisu. Ponadto, jeżeli w rejestrze są zamieszczone dane niedopuszczalne ze względu na obowiązujące przepisy prawa, sąd rejestrowy wykreśla je z urzędu.

Wśród szeregu przepisów dotyczących informacji przekazywanych i ujawnianych w rejestrze warto zwrócić jeszcze uwagę, że zgodnie z art. 35 pkt 1 KRSU ilekroć do KRS wpisuje się osobę fizyczną, to zamieszcza się nazwisko i imię (imiona) oraz numer PESEL; w przypadku, gdy osoba nie ma obowiązku posiadania numeru PESEL, zamieszcza się nazwisko i imię (imiona) oraz datę urodzenia. Innym przykładem regulacji doprowadzającej do ujawniania danych osobowych jest §4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 2015 r. w sprawie określenia wzorców dotyczących spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udostępnionych w systemie teleinformatycznym. Zgodnie z tym przepisem, dotyczącym uzupełniania wzorca umowy spółki w systemie teleinformatycznym, osoby wskazywane we wzorcach oznacza się, jeżeli są osobami fizycznymi – imieniem i nazwiskiem oraz numerem PESEL, a jeżeli nie mają numeru PESEL – numerem paszportu ze wskazaniem państwa wystawienia paszportu, a także miejscem zamieszkania i adresem.

Poza powyższymi ramami prawnymi praktyka funkcjonowania rejestru przedsiębiorców pokazuje rzeczywisty zakres danych osobowych przetwarzanych i udostępnianych publicznie. Przykładowo przez Portal Rejestrów Sądowych możliwe jest uzyskanie danych – imienia, nazwiska oraz numeru PESEL – jako danych identyfikujących współników oraz członków zarządu spółek. Ponadto portal umożliwia dostęp do repozytorium akt rejestrowych zawierającego akta spraw podmiotów wpisanych do rejestru przedsiębiorców. W tym przypadku możliwy jest wgląd w akta rejestrowe oraz w niektórych przypadkach dostęp do akt postępowań toczących się przed właściwymi sądami rejestrowymi. Pozwala to pozyskać szereg danych dotyczących miejsca zamieszkania/adresu korespondencyjnego członków zarządu, niektórych współników, numerów dowodów osobistych, wzorów podpisów, a także innych danych, które mogły zostać umieszczone w dokumentach załączanych do wniosków składanych w formie elektronicznej do sądu rejestrowego.

## 6. Ocena funkcjonowania polskiego rejestru spółek

### 6.1. Obszary istotne

Przedstawione powyżej uwagi pozwalają wyróżnić następujące obszary, które, jak się wydaje, wywołują najwięcej wątpliwości z perspektywy zgodności regulacji i praktyki funkcjonowania rejestru przedsiębiorców z unijnymi standardami ochrony danych osobowych. Po pierwsze, jest to zakres danych gromadzonych i udostępnianych w rejestrze; po drugie, kontrola i udostępnianie dokumentów zgromadzonych w aktach rejestrowych; po trzecie, uprawnienia dotyczące ograniczenia dostępności danych.

### 6.2. Zakres danych

W przedmiocie zakresu danych gromadzonych i udostępnianych w rejestrach spółek należy zwrócić uwagę, że prawo unijne i w ślad za tym TS uznają szczególne znaczenie przekazywania aktualnych informacji dotyczących przedsiębiorców – spółek, a w szczególności danych osób uprawnionych do ich reprezentacji. Wynika to z potrzeby zapewnienia maksymalnego ograniczenia zaistnienia przyczyn nieważności zobowiązań podjętych w imieniu spółki i w rezultacie zagwarantowania pewności prawnej transakcji handlowych. Znaczenie tej wartości rejestrów spółek nie prowadzi jednak do wniosku, że są one wyjęte spod regulacji ochrony danych osobowych. Państwa członkowskie powinny przetwarzać dane osobowe o członkach organów i innych osobach, które mogą zgodnie z prawem reprezentować lub kontrolować spółkę zgodnie z RODO. W szczególności powinny zostać wdrożone odpowiednie działania w zakresie ochrony danych, aby przetwarzanie ich ograniczało się do tego, co jest adekwatne do osiągnięcia celów związanych z istnieniem rejestru spółek (por. art. 5 ust. 1 lit. b) i c) RODO). W ślad za doktryną prawa ochrony danych osobowych (Fajgielski 2022: 159–60) oznacza to, że dane dotyczące osób fizycznych gromadzone w rejestrze spółek i następnie udostępniane publicznie powinny służyć realizacji celu w postaci zapewnienia wiedzy na temat piastunów organów spółki, którzy bezpośrednio lub pośrednio podejmują decyzje wpływające na relacje z osobami trzecimi. W ten sposób bowiem dochodzi do ochrony wartości w postaci pewności obrotu gospodarczego i zaufania uczestników tego obrotu. Jednocześnie zakres informacji o osobach fizycznych powinien ograniczać się do poziomu niezbędnego do osiągnięcia wskazanego celu (zasada minimalizmu).

W przedmiocie danych identyfikujących funkcjonariuszy reprezentujących spółki w obrocie handlowym polski rejestr spółek udostępnia dane pozwalające na szybką i jednoznaczną identyfikację danej osoby – imię, nazwisko oraz numer

PESEL (art. 35 pkt 1 KRSU). Jako informacja niezmienna, numer PESEL jest niezwykle przydatny do identyfikacji danej osoby. Dodatkowo jest to wartość konieczna do sprawnego potwierdzenia przez osoby trzecie tożsamości osoby podającej się za piastuna organu spółki. Można się zastanowić, czy w celu ograniczenia zakresu udostępnionych danych za celowe uznać należałoby zamienienie numeru PESEL inną wartością, np. informacją o dacie urodzenia, zwłaszcza że obecnie już ta ostatnia jest podawana w przypadku osób nieposiadających numeru PESEL. Kwestia ta pozostaje istotna z uwagi na charakter numeru PESEL, który bezpośrednio pozwala uzyskać dodatkowe informacje o osobie, tj. jej datę urodzenia oraz płeć, a także może być wykorzystany do uzyskania dostępu do innych baz danych lub nawet w pewnych okolicznościach do kradzieży tożsamości. Na tak zadane pytanie należy jednak udzielić odpowiedzi negatywnej. Sama data urodzenia połączona z imieniem i nazwiskiem nie pozwala na jednoznaczną identyfikację danej osoby bez dodatkowego nakładu pracy i kosztów. Przykładowo w praktyce oznaczałoby to w wielu przypadkach konieczność uzyskania dodatkowego potwierdzenia ze strony spółki, że dana osoba jest rzeczywiście jej reprezentantem, np. poprzez uzyskanie odpisu uchwały o powołaniu, w której widniałyby jej dane osobowe. Ponadto nie powinno się nadmiernie ograniczyć dostępnych danych o osobach, gdyż doprowadzić to może do podszywania się pod członków organów spółek przez inne osoby. W szczególności osoby z popularnymi nazwiskami będą narażone na kradzież ich tożsamości. W mniejszym zakresie może to dotyczyć osób nieposiadających numeru PESEL, a więc w szczególności obcokrajowców. Chociaż i tutaj postulować należałoby raczej zmianę polskich regulacji w kierunku obowiązku podania przez obcokrajowców innej informacji, która zwiększałaby pewność co do tożsamości osoby podającej się za funkcjonariusza spółki, np. numer paszportu (zob. rozwiązania estońskie w tym zakresie – § 10 Äriregistri seadus [ustawy o rejestrze handlowym] z 13 kwietnia 2022 r.). Dodatkowo perspektywa innych państw UE pokazuje, że osobowy numer identyfikacyjny jest wartością dosyć często udostępnianą publicznie w rejestrach spółek (np. Francja, Węgry, Grecja, Estonia). Nie jest to jednak praktyka powszechna i wiele krajów członkowskich domyślnie poprzestaje na udostępnieniu imienia, nazwiska, miejsca zamieszkania i ewentualnie daty urodzenia, np. Niemcy, Finlandia Dania (Mucha, Radwan 2023: 70).

Powracając na grunt polskiego rejestru przedsiębiorców, należy stwierdzić, że więcej wątpliwości budzić może ujawnianie w dziale 1 rejestru przedsiębiorców numeru PESEL wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, posiadających samodzielnie lub łącznie z innymi co najmniej 10% udziałów w kapitale zakładowym. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością stanowią przykład spółek zamkniętych, a więc kontrolowanych przez wąską grupę osób,

a udziały w takich spółkach nie mogą być przedmiotem publicznego obrotu. Informacja o składzie osobowym tzw. organu właścicielskiego spółki ma pewne znaczenie w zakresie wykonywania niektórych uprawnień korporacyjnych (art. 223, art. 236–237 KSH), lecz w ograniczonym zakresie jest istotna dla osób trzecich. Ważny wyjątek w tym obszarze może dotyczyć podmiotów zobligowanych do weryfikacji kontrahentów z uwagi na rodzaj sprzedawanych towarów (np. obowiązki wynikające z Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014). Niemniej rejestr spółek nie służy tego rodzaju celom. W obrocie powszechnym, w którym ten rejestr znajduje podstawowe zastosowanie, podanie informacji o wspólnikach danej spółki będzie uzasadnione w sytuacji chęci nabycia udziałów w spółce. Dla wykonywania uprawnień korporacyjnych i pozyskania informacji na potrzeby transakcji zbycia udziałów wystarczające byłoby utrzymanie jedynie wymogu składania listy wspólników do rejestru, do której dostęp powinien zostać ograniczony podmiotowo i/lub poprzez wymóg wykazania interesu prawnego.

### 6.3. Kontrola i udostępnianie akt rejestrowych

Więszszego zagrożenia dla ochrony danych osobowych funkcjonariuszy spółki należy upatrywać w udostępnianiu do publicznego wglądu akt rejestrowych. Dokumenty składane do rejestru (np. statut lub dokumenty stanowiące podstawy wpisu członków organu) mogą zawierać dane nie tylko aktorów korporacyjnych, ale również innych osób fizycznych. Dane te mogą obejmować między innymi imiona i nazwiska, adresy, ewentualnie numery identyfikacyjne i daty urodzenia, skany odręcznych podpisów osób fizycznych, w tym osób, które założyły spółkę, udziałowców spółki, prawników, księgowych, notariuszy. Równocześnie gromadzenie akt rejestrowych w formie elektronicznej (zdigitalizowanej) pozwala dystrybuować dokumenty z wykorzystaniem publicznie dostępnego systemu teleinformatycznego. Taka sytuacja tworzy nowe zagrożenia i powinna stanowić podstawę do podjęcia działań w celu zwiększania ochrony danych osobowych i ograniczenia ryzyka naruszenia prawa do prywatności.

W polskich realiach dokumenty rejestrowe są jawne w formie przedstawionej przez osoby składające dokumenty do rejestru. Jedynie w niewielkim zakresie reguła ta doznaje wyjątku na gruncie opisanego powyżej art. 10 ust. 3–4 KRSU. Tymczasem katalog informacji i dokumentów, które mogą zalegać w aktach rejestrowych, jest znacznie szerszy. Mogą to być umowy sprzedaży udziałów, różne oświadczenia wymagane prawem, poświadczenia dziedziczenia, orzeczenia sądowe, postanowienia komornicze itd. Pewna część tych dokumentów zawiera dane osób, które nie mają związku ze spółką wpisaną w rejestrze. Przedmiotowe dokumenty i informacje mają znaczenie głównie dla postępowań i kon-

troli dokonywanej przez właściwe organy publiczne. Dla osób trzecich istotna pozostaje już sama treść wpisów dokonanych przez organ rejestrowy. Zatem z uwagi na regułę celowości i minimalizacji przetwarzania danych osobowych opisana sytuacja budzi istotne wątpliwości. Taki szeroki zakres danych można tłumaczyć jedynie dodatkową funkcją, którą spełnia reguła jawności, a mianowicie funkcją kontroli, w tym tej dokonywanej przez osoby przeglądające dane rejestrowe. Zasadniczo jednak ta ostatnia rola przypada w polskim systemie organom publicznym – sądom oraz quasi-publicznym – notariuszom.

Dodać należy jednak, że problem treści dokumentów gromadzonych i ujawnianych przez rejestry wydaje się dosyć powszechny w UE. W ostatnim czasie niemiecki legislator wprowadził w tym zakresie pewne rozwiązanie w nowelizowanym § 9 ust. 1 Handelsregisterverordnung (HRV). Nowelizacja polegała na rozróżnieniu między aktami jawnymi a aktami rejestrowymi, które nie są jawne i ich przeglądanie zależy od wykazania interesu prawnego (§9 HRV). Ten ostatni przepis statuuje generalną podstawę do ograniczania jawności dokumentów niemających znaczenia dla rejestru danej spółki, a także wprost nakazuje umieszczać dokumenty związane z dziedziczeniem w aktach niejawnych. Przepis ten nie pozostaje jednak bez wątpliwości, w szczególności odnośnie tego, czy nowelizacja dotyczy także dokumentów już złożonych w rejestrze (Wollenschläger 2023: 690).

#### **6.4. Uprawnienia dotyczące ograniczenia dostępności danych**

Ostatnią poruszaną tu kwestią jest zagadnienie możliwości żądania usunięcia z rejestru określonych danych, w szczególności w związku z wykreśleniem podmiotu z rejestru (tzw. prawo do bycia zapomnianym). W polskich realiach brak jest wyraźnych mechanizmów, które pozwalałyby na wykreślanie danych w związku z upływem czasu. Za wątpliwe w tym zakresie należy uznać odwołanie się do art. 12 KRSU (Romanowski, Weber 2016: 43), w szczególności w świetle wąskiego rozumienia pojęcia niedopuszczalności wpisów w rejestrze, tj. wyłącznie jako sytuacji wpisania danych nieprzewidzianych prawem (IV CSK 99/15). Mając jednak na względzie potencjalne naruszanie reguł RODO w omawianym tu obszarze, wskazane jest dokonanie pronunijnej wykładni tego przepisu. Może to mieć miejsce w przypadku spełniania się przesłanek określonych w orzeczeniu TS w sprawie Manni, o czym była mowa powyżej. Niezależnie od dokonania w konkretnych sytuacjach pronunijnej wykładni art. 12 KRSU, należy postulować rozważenie przez polskiego ustawodawcę wprowadzenia uprawnienia do żądania wykreślenia danych z rejestru po upływie czasu, który powoduje wygaśnięcie roszczeń z powodu ich przedawnienia. W polskich realiach oznaczałoby to okres 20 lat z uwagi na brzmienie art. 4421 § 2 KC.

Niezależnie od tego każdemu przysługiwać powinno prawo żądania wykreślenia, względnie anonimizacji, danych omyłkowo umieszczonych w aktach rejestrowych i nie mających związku z wpisami dokonanyymi w rejestrze lub z innych powodów zbędnych z perspektywy celu prowadzenia rejestru spółek.

Z perspektywy porównawczej niektóre państwa członkowskie zdecydowały się wprost na ustanowienie regulacji pozwalających wykreślić, względnie ograniczyć dostępność danych po pewnym okresie (w przypadku Danii jest to 5 lat – §16 Selskabslovens). Trzeba przy tym dodać, że żądanie chociażby anonimizacji danych osoby fizycznej (miejsce zamieszkania i data urodzenia) z powołaniem się na potencjalne zagrożenie dotyczące zdrowia i życia członka zarządu spółki (*in casu* działalność związana z materiałami wybuchowymi i ryzyko stania się ofiarą rabunku lub porwania) spotykało się w ostatnim czasie z odmową niemieckiego Wyższego Sądu Okręgowego w Celle w postanowieniu z 24 lutego 2023 r. (9 W 16/23).

## 7. Podsumowanie

Dokonana analiza zarysowanego na wstępie problemu zgodności funkcjonowania polskiego rejestru przedsiębiorców ze standardami ochrony danych osobowych prowadzi do następujących wniosków. Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że funkcjonowanie rejestru spółek, którym w Polsce jest rejestr przedsiębiorców KRS, podlega ocenie z perspektywy ochrony danych osobowych w zakresie, w jakim dochodzi w nim do gromadzenia i udostępniania danych o osobach fizycznych. Granice przedmiotowej ochrony należy określić, biorąc pod uwagę szczególne znaczenie rejestru spółek dla obrotu gospodarczego i jego uczestników, którymi są głównie podmioty prywatne. Po drugie, obecny zakres informacji ujawnianych o funkcjonariuszach spółki pozostaje zasadniczo zgodny z zasadą adekwatności i minimalizacji danych osobowych określonych w RODO. Dotyczy to zwłaszcza ujawniania publicznie danych, które pozwalają na szybkie i jednoznaczne ustalenie tożsamości osób uprawnionych do reprezentacji spółki, jak chociażby numeru PESEL. Nie wydaje się jednak, że ogólnie dostępne powinny być analogiczne dane dotyczące innych członków organów spółki, chociażby wspólników. Po trzecie, największe wątpliwości związane z funkcjonowaniem rejestru przedsiębiorców wynikają z gromadzenia i ujawniania akt rejestrowych, które mogą zawierać dane, które nie tylko nie służą realizacji celów prowadzenia rejestru spółek, ale również są całkowicie zbędne z tej perspektywy, gdyż dotyczą osób w żaden sposób niepowiązanych z określoną spółką. Po czwarte, polskie regulacje nie przewidują obecnie wprost możliwości wykreślenia lub anonimizacji niektórych danych z uwagi na ich nieprzydatność po pewnym czasie, względnie szczególnie interes prawny osoby, której dane

dotyczą. Prowadzi to do powstania niezgodności prawa polskiego z RODO i jego interpretacją dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości. W efekcie organy krajowe powinny w konkretnych sprawach starać się dokonywać prounijnej wykładni, aż do momentu, w którym stan zgodności prawa polskiego z unijnym zostanie osiągnięty poprzez stosowną interwencję polskiego legislatora.

### Wykaz skrótów

- KC – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny  
KRSU – Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym  
KSH – Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych

### Bibliografia

#### Akty prawne

- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Dz.U. UE C 326 z 2012.
- Dyrektywa PE i Rady 2003/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 15.07.2003 r. zmieniająca dyrektywę Rady 68/151/EWG w zakresie wymagań dotyczących jawności w odniesieniu do niektórych typów spółek. Dz.U. UE L 221 z 2003.
- Dyrektywa PE i Rady (UE) 2004/109/WE z 15.12.2004 r. w sprawie harmonizacji wymogów dotyczących przejrzystości informacji o emitentach, których papiery wartościowe dopuszczane są do obrotu na rynku regulowanym oraz zmieniająca dyrektywę 2001/34/WE. Dz. Urz. UE L 390 z 2004.
- Dyrektywa PE i Rady (UE) 2012/17/UE z 13.06.2012 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/666/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/56/WE i 2009/101/WE w zakresie integracji rejestrów centralnych, rejestrów handlowych i rejestrów spółek. Dz. Urz. UE L 156 z 2012.
- Dyrektywa PE i Rady (UE) 2015/849 z 20.05.2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE. Dz.U. UE L 141 z 2015.
- Dyrektywa PE i Rady (UE) 2017/1132 z 14 czerwca 2017 r. w sprawie niektórych aspektów prawa spółek. Dz.U. UE L 169 z 2017.
- Dyrektywa PE i Rady (UE) 2018/843 z 30.05.2018 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2015/849 w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu oraz zmieniająca dyrektywy 2009/138/WE i 2013/36/UE. Dz.U. UE L 156 z 2018.
- Dyrektywa Rady 68/151/EWG z 9.03.1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich. Dz. Urz. WE L 65 z 1968.

- Rozporządzenie PE i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE. Dz.U. UE L 119 z 2016.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 17.11.2014 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach. Dz.U. 2014 poz. 1667.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14.01.2015 r. w sprawie określenia wzorców dotyczących spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udostępnionych w systemie teleinformatycznym. Dz.U. 2019, poz. 1483, tekst jednolity.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18.06.2019 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych. Dz.U. 2022, poz. 2514, tekst jednolity.
- Rozporządzenie Rady (UE) 833/2014 z 31.07.2014 r. dotyczące środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Dz.U. UE. L 229 z 2014.
- Ustawa z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny. Dz.U. 2023, poz. 1610, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Dz.U. 2023, poz. 685, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych. Dz.U. 2022, poz. 1467, tekst jednolity.
- Ustawa z 29.07.2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych. Dz.U. 2022, poz. 2554, tekst jednolity.

## **Orzecnictwo**

- Postanowienie OLG w Celle z 24 lutego 2023 r., 9 W 16/23; BeckRS 2023, 5367.
- Postanowienie SN z dnia 2 grudnia 2015 r., IV CSK 99/15, OSNC-ZD 2017, nr 3, poz. 40.
- Wyrok TS z 4 grudnia 1997, C-97/96, Verband deutscher Daihatsu-Händler eV v. Daihatsu Deutschland GmbH, EU:C:1997:581.
- Wyrok TS z 9 listopada 2010, C-92/09 i C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert v Land Hessen, EU:C:2010:662.
- Wyrok TS z 9 marca 2017 r., C-398/15, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce v. Salvatore Manni, EU:C:2016:652.
- Wyrok TS z 22 czerwca 2021 r., C 439/19, B v. Latvijas Republikas Saeima, EU:C:2021:504.
- Wyrok TS z 22 listopada 2022, C-37/20 i C-601/20, WM, Sovim SA v Luxembourg Business Registers, EU:C:2022:912.
- Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 9 marca 2023 r., nr 36345/16, w sprawie L.B. v. Węgry.

## **Opracowania**

- Corte, Lorenzo Dalla. 2022. On proportionality in the data protection jurisprudence of the CJEU. *International Data Privacy Law* 12(4), 259–275. DOI: 10.1093/idpl/ipac014.
- Fajgielski, Paweł. 2022. *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.



- Geibel, Stefan. 2023. Datenschutz vs. Registertransparenz. *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 20(1): 11–18. DOI: 10.9785/gpr-2022–200105.
- Mucha, Ariel. 2016. Unijny System Rejestrów Handlowych i jego implementacja do prawa polskiego po uchwaleniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/17/UE z 13 Czerwca 2012 r., *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 78(2): 73–86. DOI: 10.14746/rpeis.2016.78.2.7.
- Mucha, Ariel i Arkadiusz Radwan. 2023. *Ochrona danych osobowych w rejestrach handlowych oraz aktach rejestrowych w państwach członkowskich UE – analiza prawno-porównawcza. Raport*. Warszawa: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości.
- Norek, Emil. 2001. *Krajowy Rejestr Sądowy*. Warszawa: Lexis Nexis.
- Romanowski, Michał i Anna Weber. 2016. Czy członek organu spółki kapitałowej ma “prawo do bycia zapomnianym”? – uwagi na tle pytania prejudycjalnego w sprawie C-398/15 Manni, *Europejski Przegląd Sądowy* 5: 37–44.
- Siems, Mathias. 2023. Privacy vs. shareholder transparency: Did the ECJ decision in WM and Sovim SA impair the global fight against money laundering? *Common Market Law Review* 60(4): 1137–1152.
- Stawecki, Tomasz. 2004. *Rejestry przedsiębiorców w Europie*. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Wollenschläger, Bernward. 2023. Eingeschränkte Registerkontinuität aufgrund von Änderungen der Gesellschaftsregister- und Handelsregisterverordnung. Eine kritische Analyse der Neuregelungen unter Berücksichtigung der Auswirkungen für die Praxis. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 15: 690–694.

### **Źródła internetowe**

- Opinia Niemieckiego Stowarzyszenia Ochrony Danych e.V. (DVD), [www.netzwerk-datenschutzexpertise.de/sites/default/files/gut\\_2022\\_12\\_registerveroeffentlichung.pdf](http://www.netzwerk-datenschutzexpertise.de/sites/default/files/gut_2022_12_registerveroeffentlichung.pdf). Dostęp: 06.11.2023.
- Pismo RPO do Ministra Sprawiedliwości z 20.04.2023 r. (VII.501.60.2023.MK), [https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2023-04/Do\\_MS\\_dane\\_osobowe\\_rejestry\\_publiczne\\_20.04.2023.pdf](https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2023-04/Do_MS_dane_osobowe_rejestry_publiczne_20.04.2023.pdf). Dostęp: 06.11.2023.



Volume 22, Issue 2

December 2024

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

ORIGINAL ARTICLE  
received 2024-01-16  
accepted 2024-08-30  
published online 2024-12-12



## The protection of constitutional identity in some East-Central European states

### Ochrona tożsamości konstytucyjnej w wybranych państwach Europy Środkowo-Wschodniej

GELLÉRT NAGY

PhD student at the Ferenc Deák Doctoral School of Faculty of Law  
of the University of Miskolc, Intern at the Central European Academy  
ORCID: 0000-0002-8633-3038, [nagy.gellert@centraleuropeanacademy.hu](mailto:nagy.gellert@centraleuropeanacademy.hu)

**Citation:** Nagy, Gellért. 2024. The Protection of Constitutional Identity in Some East-Central European Countries. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(2): 123–140.  
DOI: 10.25167/osap.5382.

**Abstract:** Constitutional identity is, in its essence, an expression of the fundamental constitutional values of a state. The protection of all these values is of paramount importance, both in domestic law and in the relationship between EU law and national constitutions. While the former can be linked with the concept of unconstitutional amendments to the Constitution, the latter has resulted in the development of identity control. This contribution aims to examine these two aspects of constitutional identity in the case of seven East-Central European countries (Romania, the Czech Republic, Croatia, Slovakia, Poland, and Hungary). Although what constitutes part of a state's constitutional identity varies from nation to nation, one can notice that certain values, such as the protection of fundamental human rights and freedoms are broadly embedded. This contribution seeks to focus on all these similarities and differences through a comparison of the constitutional identities of the states under examination.

**Keywords:** constitutional identity, eternity clause, unconstitutional constitutional amendments, identity control

**Abstrakt:** Tożsamość konstytucyjna jest, w swojej istocie, wyrazem fundamentalnych konstytucyjnych wartości państwa. Ochrona tych wartości jest sprawą najwyższej wagi, zarówno

w prawie krajowym jak i w relacjach między prawem unijnym a konstytucjami narodowymi. Jeśli pierwsze można łączyć z koncepcją niekonstytucjonalnych poprawek do konstytucji, drugie doprowadziło do rozwoju sprawowania kontroli nad tożsamością. Celem niniejszej pracy jest zbadanie tych dwu aspektów tożsamości konstytucyjnej w przypadku siedmiu krajów Europy Środkowo-Wschodniej (Rumunia, Czechy, Chorwacja, Słowacja, Polska, i Węgry). Chociaż to, co stanowi część tożsamości konstytucyjnej państwa jest różne w różnych narodach, można zaobserwować, że pewne wartości, takie jak ochrona podstawowych praw człowieka czy wolności, są szeroko zakorzenione. W konsekwencji, autor koncentruje się na wszystkich tych podobieństwach i różnicach poprzez porównanie tożsamości konstytucjonalnych analizowanych państw.

**Słowa kluczowe:** tożsamość konstytucjonalna, klauzula wieczności, niekonstytucjonalne poprawki do konstytucji, kontrola tożsamości

## 1. Introduction

Constitutional identity has become a popular concept in the field of constitutional law in recent years. However, neither the term nor its specific content is free from dogmatic controversy. As a definition one could note that “constitutional identity may be perceived as the self-identity of the nation or the people as a ‘collective identity of the constitutional subject,’ provided that these terms – nation and people – are incorporated in the constitutional text” (Drinóczi 2020: 117). According to another definition, constitutional identity is “the legal manifestation of national identity, i.e., a set of norms that allow the national identity to assert itself and to oppose interference by principles or values that would be contrary to it, but also to hold dialogue with other identities” (Mathieu 2022: 22). Last, but not least, some scholars believe that “in a deeper sense, identity relates to the social substrate, which the norm may seek either to enshrine and protect [...] or rather to transform [...] depending on the ethos, the specific representation of the world (Weltanschauung) that characterizes the Fundamental Law in question” (Iancu 2023: 275).

All in all, constitutional identity is reflected in the content of the constitution, both in the wording of the text and in the underlying cultural and legal circumstances (Sajó and Uitz 2019: 98). If we take the text of the constitution as the basis, then constitutional identity appears as a legal identity. The whole text of the constitution may bear some sort of legal identity, but one can observe different layers within the elements of the text (Stumpf 2020: 232). Moreover, constitutional identity can also be linked to the case law of the national constitutional courts that influences the interpretation of the relevant constitutional provisions (Sajó and Uitz 2019: 98).

At the same time, one has to take into account that constitutional identity can vary over time and may even be in relation to other forms of identity such as the religious or cultural one (Rosenfeld 1995: 1049). It is generally accepted in the legal literature that constitutional identity is based on experience and social dialogue, and even though it can change, it is also withstanding (Jacobsohn 2013: 5).

Constitutional identity is meant to protect constitutional values that distinguish a particular nation from other nations. In this way, constitutional identity, like other forms of identity, covers the particularities of the given subject, in this case, the nation. At the same time, a community can only exist if its members agree on certain values and share the recognition and protection of it (Mathieu 2022: 28). “One must therefore assume that the existence of common values is a prerequisite for the existence of a political community and hence a democratic regime” (Mathieu 2022: 30).

Moreover, constitutional identity can be seen as a direct link between the constitution and its surrounding context, i.e., between the constituent assembly and the people (Orbán 2020: 24). Based on this approach, the question arises as to whose values exactly does constitutional identity represent: that of the nation or that of the people? If we accept that identity represents the identity of the nation, another question arises, namely: how homogeneous are these nations? Does constitutional identity represent the values of the whole nation, or are there minorities that cannot identify themselves with these values (Tribl 2022: 224)? Based on all these questions, some scholars believe that the term “identity of the constitution” describes best those sets of values, that are enshrined in the constitutions of nation-states, and the protection of which is of utmost importance (Drinóczi 2020: 119). However, I intend to retain the term “constitutional identity” in this contribution, since in the current context of the European Union one may conclude that this concept covers best all the specific values that distinguish each Member State from the others.

Constitutional identity nowadays arises concerning two main aspects: firstly, in domestic law, in the context of protection against unconstitutional amendments to the constitution, and secondly, in the context of EU law, in manifestation of the identity control. This contribution aims to examine the constitutional identity of some East-Central European countries (Romania, Czechia, Croatia, Slovakia, Poland, and Hungary) along these two aspects. At the very outset, it should be noted that the internal or external dimension of constitutional identity is not always apparent in the case of all the seven states examined, but it can be nevertheless admitted that the protection of constitutional identity is, to a different extent, a priority in all of these states.

## 2. The domestic legal dimension of constitutional identity: the doctrine of unconstitutional constitutional amendments

The basis of the domestic legal dimension of constitutional identity stems from the separation between the constituent power and the constitutional amending power. The constituent, during the constitution-making process, does not merely create the constitutional amending power, but also establishes its competencies (Orbán 2020: 26). On this basis, the constituent defines the limits imposed on the constitutional amendment, thus protecting the values that form the core of the constitutional identity.

As a result of the limitation of the content of constitutional amendments, eternity clauses emerged as a guardian of all the constitutional values that form the identity of a nation; they represent the core of the constitution. Historically, the first eternity clause appeared in the 1814 Constitution of Norway, which in Article 112 prohibited any amendment that is contrary to the spirit of the Constitution (Orbán 2020: 27).

The essence of the eternity clause is that the later provision cannot override the previous one. By this clause the provisions of the constitution are situated in a hierarchy of norms, resulting in the application of the principle of *lex superior derogat inferiori* (Orbán 2020: 27).

From a practical point of view, eternity clauses can be divided into two main types: explicit and implicit eternity clauses (Szakály 2022: 208). Explicit eternity clauses are those that are actually enshrined in the text of a national constitution, that directly appear in the wording of the Constitution (Szakály 2020: 8). The main purpose of these explicit eternity clauses is “to give a higher level of protection to the embedded principles and institutions to help strengthen the budding democracy and rule of law” (Szakály 2020: 9). In contrast to explicit eternity clauses, in the case of implicit eternity clauses, the constituent has not enshrined the special protection of certain provisions in the constitution, leaving to the constitutional courts the power to define the core of the constitution, the principles that cannot be overruled by a subsequent amendments (Orbán 2020: 27).<sup>1</sup>

One might ask how the explicit and implicit eternity clauses relate to each other. Can a constitutional court establish implicit eternity clauses if the constitution of the given state already contains explicit clauses? The answer that can be drawn from the case law of national constitutional courts is that constitutional

---

<sup>1</sup> With regard to implicit eternity clauses, it is worth highlighting the relevant case law of the Indian Supreme Court, which has laid down the theory of the “basic structure of the constitution”. For details see: Szakály 2020: 9-10, Orbán 2020: 30.

provisions can be declared to be unamendable, even if the constitution already contains explicit eternity clauses (Orbán 2020: 29).

In examining the constitutions of the East-Central European countries under review, one can reach a number of conclusions regarding the eternity clauses (see e.g., Szakály 2022: 208-209). First of all, it is salient to note that only the constitutions of Romania and the Czech Republic contain explicit eternity clauses.

In the case of Romania, Article 152 of the Constitution contains all the values that cannot be subject to constitutional amendments. Therefore, under Article 152 (1), “[t]he provisions of the Constitution with regard to the national, independent, unitary and indivisible character of the Romanian State, the republican form of government, territorial integrity, independence of justice, political pluralism and official language shall not be subject to revision.”<sup>2</sup>

Furthermore, based on the provision of (2) of the same Article, “[n]o revision shall be made if it results in the suppression of the citizens’ fundamental rights and freedoms, or of the safeguards thereof” [Article 152 (2) of the Constitution of Romania]. In the case of Czechia, the explicit eternity clause is contained in Article 9 (2) of the Constitution. Under this article: “[t]he substantive requisites of the democratic, law-abiding State may not be amended” [Article 9 (2) of the Constitution of the Czech Republic].<sup>3</sup>

Although only the constitutions of these two states in the region contain explicit eternity clauses, even the solutions chosen by them differ significantly. The eternity clause contained in the Constitution of Romania specifically identifies, by means of an enumerative list, all the values that cannot be amended by the constitutional amending power (and thus also refers, to some extent, to the specific articles considered unamendable). In contrast, the solution of the Constitution of the Czech Republic merely provides a general framework for the unconstitutional constitutional amendments.

In two other countries of the region under examination (Croatia and Slovakia) the constitutional courts have developed implicit eternity clauses. According to a Decision pronounced in 2014 by the Constitutional Court of Croatia (Decision U-VIIR-164/2014), the implicit eternity clause of the Constitution of Croatia includes the following: “unitary and indivisible democratic and social state, popular sovereignty, freedom, equal rights, national equality and equality of genders, love of peace, social justice, respect for human rights, inviolability of ownership, conservation of nature and environment, rule of law and

---

<sup>2</sup> The Constitution of Romania is available in English at: <https://www.presidency.ro/en/the-constitution-of-romania>.

<sup>3</sup> The Constitution of the Czech Republic is available in English at: <https://www.psp.cz/en/docs/laws/1993/1.html>.

democratic multi-party system” (Szakály 2022: 209). Moreover, in the opinion of some scholars, the Constitutional Court of Croatia, through the protection of the social state, indirectly seeks to protect human dignity as well, by means of an implicit eternity clause (Petric 2020: 127).

On the other hand, the Constitutional Court of Slovakia has ruled in its case law that some core values cannot be the subject of an amendment, such as: “sovereignty, principles of democracy, rule of law, protection of fundamental rights and freedoms, and taxes, levies and state budget not being subject of a referendum – in connection with fundamental rights” (Szakály 2022: 209).

In the case of Hungary, one can notice a unique solution. In recent years, the Hungarian Constitutional Court has embraced the achievements of the historical constitution<sup>4</sup> and, as it were, uses it as one of the ways of interpreting the Fundamental Law (Zétényi 2023: 64). The achievements of the Hungarian historical constitution will be detailed below when examining the relationship between EU law and national constitutions, but with regard to the eternity clause, it is pivotal to point out that many scholars believe that these achievements of the historical constitution can be interpreted, to some extent, as implicit eternity clauses (Zétényi 2023: 64, Szakály 2022: 208). On this basis, the Constitutional Court of Hungary tends to consider the achievements (*acquis*) of the historical constitution as core elements of Hungarian constitutional identity and thus seeks to protect these achievements. This was also highlighted by the Constitutional Court in a Decision held in 2021, when it emphasised that “[t]he values that make up Hungary’s constitutional identity [...] are legal facts that cannot be waived either by way of an international treaty or with the amendment of the Fundamental Law, because legal facts cannot be changed through legislation” [Decision 32/2021. (XII. 20.) AB: 101].

Another specific situation is that of Poland, where the Constitution does not contain an explicit eternity clause; however, a specific procedure for amending certain constitutional provisions is provided for in Article 235. According to Article 235 (6), if the amendment is related to the provisions on the Republic (Chapter I), on the freedoms, rights and obligations of persons and citizens (Chapter II) or on the amendment of the Constitution (Chapter XII), one-fifth of the number of Deputies, the Senate or the President of the Republic may require a confirmatory referendum. According to some scholars, “these provisions are the fundamental core of the Constitution” (Mázi 2023: 20).

Looking at the implicit or, where appropriate, explicit eternity clauses of the scrutinized East-Central European countries, some conclusions can be high-

---

<sup>4</sup> The historical constitution is the set of written documents of a constitutional nature that have developed throughout history. Hungary had a historical constitution until 1949. For more about the historical constitution see: M. Balázs, n.d.



lighted regarding the values that some states seek to protect. First of all, one can notice that some common values are protected by many of the states under review. For example, the protection of fundamental human rights appears both in the case of Croatian and Slovak implicit eternity clauses; moreover, the Romanian explicit eternity clause also refers to the prohibition of constitutional amendments that would limit the fundamental rights and freedoms of the citizens [Article 152 (2)]. Nevertheless, alongside these similarities, there are also significant differences. These differences suggest that even within a smaller region, such as East-Central Europe, each state has its specific values (alongside the common values) that distinguish it from others.

### **3. The international dimension of constitutional identity: the relationship between EU law and national constitutions**

Constitutional identity has been one of the most relevant concepts in recent decades with regard to the issues raised in the relationship between EU law and the constitutions of the Member States. It goes without saying, that the Member States of the EU have not completely abdicated their sovereignty by the accession. In view of the current ambitions of the EU, they have felt it necessary to find methods by which they can avoid direct confrontation and, at the same time, protect their national sovereignty (Trócsányi 2014: 72).

First of all, it has to be mentioned that national constitutional courts act concerning EU law mainly when there is a question of the EU having exceeded its powers by the acts it adopted (Blutman 2017: 2). Over the past decades, the practice of national constitutional courts has developed three main types of control mechanisms against *ultra vires* acts of the EU: the fundamental right control, the *ultra vires* control, and the identity control (Blutman 2017: 7-9). At the same time, identity control has come to the fore in recent years, with national constitutional courts relying primarily on this control mechanism when highlighting the supremacy of certain constitutional provisions over contrary EU law norms (Blutman 2017: 9).

Identity control in this context first appeared in the case law of the Constitutional Court of Italy in relation to the Granital case. Moreover, the Constitutional Council of France, in two decisions pronounced in 2004 and 2006, emphasized that constitutional identity encompasses all the elements inherent in the existence of the French state, that cannot be affected by the provisions of EU law (Lupu 2022: 215). At the same time, the concepts of constitutional identity and identity control were most accurately derived from the case law of the Federal Constitutional Court of Germany, which laid down the foundations of this control mechanism (Lupu 2022: 215).

Identity control is based on the constitutional identity of the Member States and on the fact that each Member State has its own values (alongside the common values of the European community)<sup>5</sup> that it does not wish to relinquish and that it seeks to protect even against contrary EU law provisions. The intention to preserve these national specificities was already expressed at the time of the signing of the Maastricht Treaty, when Ireland requested that a separate protocol be annexed to the Treaty, stipulating the inviolability of constitutional provisions of major importance for Ireland (Sven 2021: 197).

The protection of the constitutional identity of the Member States has been given a new impetus following the signing of the Treaty of Lisbon. Under Article 2(4) of the Treaty on European Union (hereinafter: TEU): “[t]he Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government.”

Based on these provisions, the requirement for the EU to respect the national identity of the Member States has become *de facto* a limitation of the primacy of EU law since this primacy is now only guaranteed if it does not infringe the national identity of the Member States (Trócsányi 2014: 79). However, one can observe that while national constitutional courts act to protect the constitutional identity of the Member States, the TEU requires the respect of the national identity. Hence, the question arises whether constitutional identity and national identity refer to the same set of values or not.

According to some scholars, the broad sense of national identity should not be confused with constitutional identity, since these concepts “are in an antecedent – consequence relation with each other” since “national identity, as a collective identity of the constitutional subject presupposing identical values and consensus, first presents itself in the act of constitutional drafting” (Drinóczi 2020: 118). At the same time, other scholars, precisely because of this antecedent-consequence relation, consider that constitutional identity is basically the “legal expression” of national identity (Mathieu 2022: 22).

All in all, however, there is a consensus in the legal literature that, within the relationship between EU law and national constitutions, constitutional identity and national identity are used to denote the same concept, as these two terms “refer to the same obligation of the EU institutions – respect – and at the same core element of the constitutional setting of the particular Member State – to be respected” (Drinóczi 2020: 107). This finding is also underlined by the fact that Article 4(2) of the TEU states that national identity is an inherent part

---

<sup>5</sup> There are basically three main elements associated with the common European identity: the Acropolis, representing the ancient heritage; the Golgotha, referring to the Judeo-Christian heritage; and the Roman law, as the legal heritage (Martonyi 2021: 167).

of the political and constitutional structure of a state. This approach “brings the broader concept of national identity closer to the concept of constitutional identity” (Orbán 2020: 102-103).

Before presenting the identity control of the assayed East-Central European states, I consider it salient to point out that, in the relationship between EU law and national constitutions, constitutional identity is most often related to eternity clauses. National constitutional courts primarily act in relation to EU law in order to defend the values protected by eternity clauses.

Identity control has so far been applied by the constitutional courts of four of the states under examination: Romania, the Czech Republic, Poland, and Hungary. In the following, I will focus on the case law of constitutional courts of these states.

From the case law of the Constitutional Court of Romania, one can highlight four relevant decisions in which the protection of constitutional identity in relation to EU law has been emphasised. The first decision was issued in 2012, when the Constitutional Court of Romania resolved a constitutional conflict between the Government and the President of Romania. In this decision, the Constitutional Court, relying significantly on the case law of the Federal Constitutional Court of Germany, underlined that: “Member States retain competencies that are inherent to the preservation of their constitutional identity” (Decision No. 682/2012).

The second occasion when the concept of constitutional identity appeared in the case law of the Constitutional Court of Romania occurred in 2015. The Constitutional Court ruled on the exception of unconstitutionality of the Law on insolvency proceedings. Although the decision only partially addressed the examined issue, the Constitutional Court held that the invoked EU law provisions (Council Directive 98/59/EC) do not affect the Romanian constitutional identity (Decision No. 64/2015: 32).

Nevertheless, in 2019, the Constitutional Court of Romania once again invoked the concept of constitutional identity in order to challenge the absolute primacy of EU law. In Decision No. 137/2019 (for a more detailed analysis of the decision, see: Varga 2019: 464-466) the Constitutional Court held that although, based on Article 148 of the Constitution, Romania cannot adopt a legal act contrary to the obligations to which it has committed itself as a Member State, this provision has admittedly a constitutional limit, expressed in what the Court has called “national constitutional identity” (Decision No. 137/2019: 99). Moreover, the Constitutional Court established that the essence of the European Union is the transfer of competencies by the Member States for the achievement of the community objectives, without prejudice, of course, to constitutional identity. That is why the Member States retain the competencies

that are essential in order to preserve their constitutional identity (Decision No. 137/2019: 101).

Last, but not least, one should also mention Decision No. 390/2021 of the Constitutional Court of Romania. In the given Decision, the Constitutional Court underlined that the primacy of EU law should not be perceived in the sense of suppressing or disregarding the constitutional identity of Romania, enshrined in Article 11 (3) read in conjunction with Article 152 of the Constitution, as these provisions represent the guarantee of the fundamental core identity of the Romanian constitution, “which should not be relativized in the process of European integration” (Decision No. 390/2021: 81).

Several conclusions can be drawn from the above-presented case law of the Constitutional Court of Romania. First of all, in this case law, the two terms referring to the core values are combined, somewhat strangely, in the term “national constitutional identity”. Thus, the Constitutional Court of Romania does not apply either the notion of constitutional identity or that of national identity but rather merges them into a single term with the same content as the two other phrases.

Secondly, it is clear from the case law of the Constitutional Court that the Romanian constitutional identity is essentially based on the values that are protected by the eternity clause. As presented above, Article 152 of the Constitution of Romania contains an explicit eternity clause, thus the values listed in this Article represent the constitutional identity of Romania, which it seeks to protect also in the context of the EU. With all these findings, the Constitutional Court of Romania essentially incorporated the practice of the Federal Constitutional Court of Germany (Guțan 2023: 266). However, according to the critics’ opinions expressed in the legal literature, the incorporation of the German practice is not the most optimal solution, instead it would be necessary to reflect more “on the historical origins of the elements of Romanian constitutional identity” (Guțan 2023: 270).

It is also worth highlighting that according to some scholars, the reference to the constitutional identity over the absolute primacy of EU law can lead to an equation between the fundamental core identity of the Romanian Constitution and the Constitution as a whole (Lupu 2022: 236). According to this view, the protection of the fundamental core identity of the Romanian Constitution is based on the provisions of Article 11 (3) of the Constitution of Romania, “which implies the non-acceptance of international law as long as it contravenes the Constitution” (Lupu 2022: 236). On this basis, the protection of constitutional identity can refer to essentially all provisions of the Constitution of Romania. Although this interpretation can be deduced from the above-presented case law, the Constitutional Court – by referring explicitly to the eternity clause – intended

to express the view that constitutional identity refers only to the provisions that are protected by this clause. Moreover, the relationship between national and EU law is not governed by the provisions of Article 11 of the Constitution, “but by a constitutional regime determined by the specificity of the application of EU law” (Guţan 2023: 253). Based on all these arguments, I do not consider that the above view of legal literature is well-founded.

In examining the case law of the Constitutional Court of the Czech Republic, one can highlight two decisions in which the issue of constitutional identity was addressed in some instances. The first decision was delivered already in 2008, in relation to the Treaty of Lisbon. In the given decision, the Constitutional Court of the Czech Republic underlined that the delegation of powers to international organisations “cannot go so far as to violate the very essence of the republic as a democratic state governed by the rule of law, founded on the respect for the rights and freedoms of human beings and of citizens” (PL. ÚS 19/08: 1). As it has been noted in the relevant legal literature, this decision makes no direct reference to constitutional identity (Tribl 2022: 229). The Constitutional Court of the Czech Republic only pointed out some fundamental values that cannot be affected by accession to international organisations. However, the Constitutional Court emphasised that *ultima ratio* as it can assess whether an EU law provision infringes the powers transferred to the EU and leads to the “abandoning the identity of values” or not (PL. ÚS 19/08: 120).

In 2012, another decision was pronounced by the Constitutional Court of the Czech Republic, this time in relation to the “Slovak Pensions” case (PL. ÚS 5/12). In the given decision, the Constitutional Court stated that: “If European bodies interpreted or developed EU law in a manner that would jeopardize the foundations of materially understood constitutionality and the essential requirements of a democratic, law-based state that are, under the Constitution of the Czech Republic, seen as inviolable (Art. 9 par. 2 of the Constitution), such legal acts could not be binding in the Czech Republic” (PL. ÚS 5/12: 7).

Based on this reasoning, the Constitutional Court of the Czech Republic also concluded that the values that form the constitutional identity of the Czech Republic (and that it wishes to protect) can be found in the eternity clause contained in Article 9 of the Constitution. Nonetheless, as Article 9 defines the protected values in a broader framework, the Constitutional Court has not effectively listed all the elements that it wishes to protect against the absolute primacy of EU law. On this basis, further relevant decisions can be expected in the near future, by which the Constitutional Court is foreseen to further nuance the scope of protected values.

The legal literature has also drawn other conclusions from the case law of the Constitutional Court of the Czech Republic. According to some scholars,

this case law suggests that “secondary law could theoretically derogate from certain constitutional provisions, while primary law, a body of rules superior to secondary law, would have to fully comply with the Constitution of the Czech Republic” (Lupu 2022: 177). Although this opinion may seem illogical at first sight, its practical benefit is indisputable since the Constitutional Court would have difficulties in reviewing such a significant number of provisions as the secondary sources of EU law, and therefore it prefers to examine the primary sources of EU law which the secondary sources are based on (Lupu 2022: 177).

As regards the relevant case law of the Constitutional Tribunal of Poland, it is necessary to reflect on its decision on the Treaty of Lisbon. In the given decision the Constitutional Tribunal underlined that: “[a] democratic state ruled by law [...] being an EU Member State, fully retains its constitutional identity, due to the fundamental homogeneity of the role the law fulfils in the political systems of the Member States and in the organisations they form” (Judgment of 24 November 2010: 2.6). Hence, in the interpretation of the Constitutional Tribunal, EU membership cannot imply the abdication of the constitutional identity. This protection of the constitutional identity derives from the homogeneity of the law, and from the specifics of each Member State.

Furthermore, in its decision, the Constitutional Tribunal also laid the foundations of Polish constitutional identity, stating that “the sovereignty of the Republic of Poland and its independence [...] mean confirmation of the primacy of the Polish Nation to determine its own fate. The normative manifestation of that principle is the Constitution, and in particular the provisions of the Preamble, Article 2, Article 4, Article 5, Article 8, Article 90, Article 104(2) and Article 126(1)” (Judgment of 24 November 2010: 2.1).

Based on this principle, the above listed provisions of the Constitution are elements of the constitutional identity of Poland. On this basis, it is an inherent part of the Polish constitutional identity, among others: the principle of democratic state ruled by law and implementation of the principles of social justice (Article 2), national sovereignty vested in the nation, that can be exercised directly or by representatives (Article 4), independence and territorial integrity, ensuring the rights and freedoms of persons and citizens, security of the citizens, safeguard of the national heritage, protection of the natural environment pursuant to the principles of sustainable development (Article 5) or the supremacy of the Constitution of Poland over the legal order (Article 8). All these listed constitutional values were protected against the absolute primacy of EU law by the Constitutional Tribunal already in its Lisbon Decision.

From the case law of the Constitutional Court of Hungary, one can reflect on several principles. The first relevant decision was delivered by the Constitutional Court in 2016 [Decision 22/2016. (XII.5.) AB]. According to some

scholars, the Constitutional Court of Hungary was taking the first steps on the path of protecting the constitutional identity of Hungary, by delivering this decision (Varga Zs. 2018: 28).

By the given decision, the Constitutional Court of Hungary essentially established two control mechanisms in relation to the principle of the primacy of EU law: sovereignty control and identity control [Decision 22/2016. (XII.5.) AB: 54]. With regard to identity control the Constitutional Court of Hungary underlined that: “[t]he constitutional self-identity of Hungary is not a list of static and closed values; nevertheless, many of its important components [...] can be highlighted as examples: freedoms, division of powers, republic as the form of government, respect for autonomies under public law, freedom of religion, exercising lawful authority, parliamentarism, equality of rights, acknowledging judicial power, protection of the nationalities living with us” [Decision 22/2016. (XII.5.) AB: 65].

In a decision passed in 2021, the Constitutional Court of Hungary referred again to the protection of constitutional identity. According to the Constitutional Court: “[t]he listed elements of the historical constitution related to sovereignty, population, linguistic, historical and cultural traditions are considered to be achievements (acquis) with respect to Hungary’s constitutional identity” [Decision 32/2021. (XII. 20.) AB: 106].

Moreover, based on the interpretation of the Constitutional Court, it is also an element of the Hungarian constitutional identity in the territorial unity of the country, the population, the form of the government, and the structure of the State [Decision 32/2021. (XII. 20.) AB: 109].

Interestingly, the Constitutional Court reflected on the relationship between national sovereignty and constitutional identity as well, underlining that “the main features of State sovereignty recognized in international law are closely linked to Hungary’s constitutional identity” [Decision 32/2021. (XII. 20.) AB: 99].

As one can notice from the above decisions, the achievements of the historical constitution are an integral part of the Hungarian constitutional identity. According to some scholars, these achievements are one of Hungary’s greatest ideological weapons, a guarantee of the State’s sovereignty, and a cornerstone of its independence (Zétényi 2023: 64). Nothing suggests this better than the fact that even the Constitutional Court itself has reflected on the achievements of the historical constitution several times [e.g., Decision 33/2012. (VII. 17.) AB]. Moreover, in a concurring reasoning on a 2019 decision, Justice Dr. András Varga Zs. highlighted that according to the Fundamental Law, “the protection of our identity rooted in Hungary’s historic constitution is a fundamental obligation of the State” [Decision 2/2019. (III. 5.) AB: 69].

The achievements of the historical constitution, however, are not precisely defined either in the Fundamental Law or in the case law of the Constitutional Court. In its previous decisions, the Constitutional Court of Hungary highlighted that the independence of justice, freedom of religion, freedom of the press and historical and cultural traditions are elements of these *acquis*. At the same time, the relevant legal literature also identified the principle of separation of powers, the rule of law and popular sovereignty as achievements of the historical constitution (Stumpf 2020: 235). Even if this list of achievements of the historical constitution is not closed yet, one should agree that these *acquis* are cornerstones of Hungarian constitutionalism that should deserve special protection.

Against this background, it is not surprising that the Fundamental Law of Hungary, as the first of the constitutions of the Member States, explicitly provides for the protection of the constitutional identity. By the seventh amendment of the Fundamental Law, in 2018, a new paragraph was added to Article R), according to which: “The protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State.”<sup>6</sup> Moreover, in 2023, a new provision was added to this paragraph, based on which an independent organ was established in order to protect constitutional identity.

On the basis of the above, one can conclude that, in the context of EU law, the elements of the Hungarian constitutional identity are not static; neither do these values form a closed system. At the same time, they, as the achievements of the historic constitution, provide the core of the elements of the Hungarian Fundamental Law, that the Constitutional Court seeks to protect even against contrary EU law provisions.

In examining the international dimension of constitutional identity, one can notice that the constitutional courts of four of the examined EU Member States (Romania, Czechia, Poland, and Hungary) have already referred in their case law to the protection of this identity in relation to the principle of the primacy of EU law. At the same time, the case law of the constitutional courts of these States also differs, since, for example, in the case of Romania, the elements of constitutional identity are explicitly defined (those provisions of the Constitution of Romania that are protected by eternity clause), while in the case of Hungary, the Constitutional Court has ruled that the constitutional self-identity of Hungary is not a list of static and closed values.

---

<sup>6</sup> The Fundamental Law of Hungary is available in English at: <https://www.parlament.hu/documents/125505/138409/Fundamental+law/73811993-c377-428d-9808-ee03d6fb8178>



#### 4. Closing remarks

The constitutional identity reflects the values of a state that represent the specifics of the given nation, and that somewhat distinguish it from others. Even within a region as small as East-Central Europe, there are differences in the values that each state considers essential to protect. Moreover, one can notice significant differences in the way constitutional identity is defended at national and international levels. While the constitutions of some states contain explicit eternity clauses (e.g., Romania, Czechia), elements of which form part of their constitutional identity and must therefore be guaranteed protection, in other states the constitutional courts have developed, in their case law, sets of values that reflect the constitutional identity of the given nation (e.g., Croatia, Slovakia). The situation is unique in the case of Hungary, where the protection of constitutional identity is now provided for in the Fundamental Law.

At the same time, despite all these differences, one can observe that all of the examined states seek to protect their constitutional identity. In the case of four of them (Romania, Czechia, Poland, and Hungary), the protection of constitutional identity was already expressed in relation to the principle of primacy of EU law as well. The constitutional courts of these four states consider that EU membership does not imply abdication of constitutional identity, protection of which must be ensured in the relationship between the EU and the Member States as well. All the similarities and differences between national approaches to the concept of constitutional identity are summarised in the table below.

Table 1. The similarities and differences between national approaches to the concept of constitutional identity

Country	The domestic legal dimension of constitutional identity	The international dimension of constitutional identity
Romania	Explicit eternity clause (Article 152 of the Constitution)	Identity control (e.g., Decisions No. 683/2012; No. 64/2015; No 137/2019; No 390/2021 of the Constitutional Court of Romania)
Czech Republic	Explicit eternity clause [Article 9 (2) of the Constitution]	Identity control (e.g., Decisions 2008/11/26 – PL. ÚS 19/08; 2012/01/31 – PL. ÚS 5/12 of Constitutional Court of the Czech Republic)
Croatia	Implicit eternity clause	No identity control yet
Slovakia	Implicit eternity clause	No identity control yet

Table 1 contd.

Country	The domestic legal dimension of constitutional identity	The international dimension of constitutional identity
Hungary	Achievements of the historical constitution	Identity control [e.g., Decisions 22/2016. (XII. 5.) AB; 32/2021. (XII. 20.) AB of the Constitutional Court of Hungary]
Poland	No explicit eternity clauses, but a specific procedure for amending certain constitutional provisions	Identity control (e.g., Judgment of 24 November 2010 of the Constitutional Tribunal of Poland)

Source: author's own elaboration

A precise definition of the concept of constitutional identity and some delimitation of its elements is still awaited. However, as each state defines its constitutional identity and the core elements of the constitution differently, in the context of the EU “[t]he protection of constitutional identity should be granted in the framework of an informal cooperation with EUC based on the principles of equality and collegiality, with mutual respect to each other.” [Decision 22/2016. (XII. 5.) AB: 63]. Neither the national constitutional courts nor the Court of Justice of the European Union can interpret constitutional identity on their own. This task can only be accomplished through cooperation and judicial dialogue between the national constitutional courts, on the one hand, and between national constitutional courts and the Court of Justice of the European Union, on the other (Lupu 2022: 257, Stumpf 2020: 238).

### Abbreviations

EU – European Union  
TEU – Treaty on European Union

### References

#### Legislation

Constitution of Romania  
Constitution of the Czech Republic  
Constitution of Hungary

#### Judicial decisions

Decision No. 683/2012, Constitutional Court of Romania, published in Official Gazette No. 479/2012.  
Decision No. 64/2015, Constitutional Court of Romania, published in Official Gazette No. 286/2015.

- Decision No. 137/2019, Constitutional Court of Romania, published in Official Gazette No. 295/2019.
- Decision No. 390/2021, Constitutional Court of Romania, published in Official Gazette No. 612/2021.
- Decision U-VIIR-164/2014, Constitutional Court of Croatia.
- PL. ÚS 19/08: Treaty of Lisbon I., Constitutional Court of the Czech Republic.
- PL. ÚS 5/12: Slovak Pensions, Constitutional Court of the Czech Republic.
- Judgment of 24 November 2010 – Ref. No. K 32/09, Constitutional Tribunal of Poland.
- Decision 33/2012. (VII. 17.) AB on legal status and remuneration of judges, Constitutional Court of Hungary.
- Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law, Constitutional Court of Hungary.
- Decision 32/2021. (XII. 20.) AB with regard to interpreting the Fundamental Law, Constitutional Court of Hungary.
- Decision 2/2019. (III. 5.) AB with regard to interpreting the Fundamental Law, Constitutional Court of Hungary.

## Secondary sources

- Blutman, László. 2017. Szürkülleti zóna: az Alaptörvény és az uniós jog viszonya. *Közjogi Szemle* 10(1): 2–14.
- Drinóczi, Tímea. 2020. Constitutional Identity in Europe: The Identity of the Constitution. A Regional Approach. *German Law Journal* 21(2): 105–130.
- Guțan, Manuel. 2023. Curtea Constituțioanlă a României în căutarea identității (constituționale) pierdute. In: *După 30 de ani: justiția constituțională în România*, (eds.) Bogdan Dima, Vlad Perju, 251–271. București: Editura Humanitas.
- Iancu, Bogdan. 2023. Pe aici nu se trece! Identitate și prioritate la București – Varșovia – Karlsruhe – Roma – Madrid – Luxemburg. In: *După 30 de ani: justiția constituțională în România*, (eds.) Bogdan Dima, Vlad Perju, 272–296. București: Editura Humanitas.
- Jacobsohn, Gary J. 2013. Az alkotmányos identitás változásai. *Fundamentum* 17 (1): 5–16.
- Lupu, Andrei-Răzvan. 2022. *Constituția și dreptul Uniunii Europene*. București: Editura C.H. Beck.
- Martonyi, János. 2021. *Nemzet és Európa. Emlékirat helyett*. Budapest: Ludovika Egyetemi Kiadó.
- Mathieu, Bertrand. 2022. Constitutional Identity. In: *International Law from a Central European Perspective*, (ed.) Anikó Raisz, 21–39. Miskolc–Budapest: CEA Publishing. DOI: 10.54171/2022.ar.ilfcec.
- Mázi, András. 2023. Procedural and substantive limitations on constitutional amendments. In: *The Character of Legislative Process Adopted to Amend the Constitution*, (ed.) Balázs Schanda, 9–48. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwosci.
- Balázs, Ágnes. Történeti alkotmány. *Közszolgálati Online Lexikon*, <https://lexikon.uni-nke.hu/szocikk/torteneti-alkotmany/>.
- Rosenfeld, Michel. 1995. Identity of the Constitutional Subject. *Cardozo Law Review* 1995 (16): 1049–1109.

- Orbán, Endre. 2020. *Alkotmányos identitás az Európai Unióban*. Budapest: Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézete.
- Petric, Davor. 2020. The Concept of “Dignity” in Jurisprudence of the Croatian Constitutional Court: European Perspective. *Pravni Vjesnik* 36(2): 101–141.
- Sajó, András, and Renáta Uitz. 2019. *A szabadság alkotmánya. Bevezetés a jogi alkotmányosságba*. Budapest: HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó.
- Stumpf, István. 2020. *Alkotmányos hatalomgyakorlás és alkotmányos identitás*. Budapest: Gondolat Kiadó – Társadalomtudományi Kutatóközpont.
- Sven, Simon. 2021. Constitutional Identity and Ultra Vires Review in Germany. *Central European Journal of Comparative Law* 2(1): 185–205. DOI: 10.47078/2021.1.185-205.
- Szakály, Zsuzsa. 2020. Two Sides of the Same Coin: Internal and External Protection of the Material Core of the Constitution – The Eternity Clauses as the Internal Protection. In: *Collection of Papers from the International Academic Conference 6<sup>th</sup>–7<sup>th</sup> February 2020. The Rule of Law as a Part of the Material Core of the Constitution*, (eds.) Andrea Szakács, Tibor Hlinka, 7–18. Bratislava: Comenius University Faculty of Law.
- Szakály, Zsuzsa. 2022. Constitution-making and the Permanence of the Constitution. In: *Comparative Constitutionalism in Central Europe: Analysis on Certain Central and East European Countries*, (eds.) Lóránt Csink, László Trócsányi, 199–222. Miskolc–Budapest: CEA Publishing. DOI: 10.54171/2022.lcslt.ccice.
- Tribl, Norbert. 2022. Constitutional Values and Constitutional Identity in National Constitutions. In: *Comparative Constitutionalism in Central Europe: Analysis on Certain Central and East European Countries*, (eds.) Lóránt Csink, László Trócsányi, 199–222. Miskolc–Budapest: CEA Publishing. DOI: 10.54171/2022.lcslt.ccice
- Trócsányi, László. 2014. *Az alkotmányozás dilemmái. Alkotmányos identitás és európai integráció*. Budapest: HVG-Orac Lap- és Könyvkiadó.
- Varga Zs., András. 2018. Az alkotmánybírók szerepe a nemzeti/alkotmányos önazonosság védelmében. *Iustum Aequum Salutare* 14(2): 21–28.
- Varga, Attila. 2019. Identitatea constituțională națională – sursă de conflicte sau de soluții? Unele aspecte doctrinare și jurisprudențiale. In: *In honorem Ioan Muraru. Despre constituțiile în mileniul III*, (eds.) Ștefan Deaconu, Elena-Simina Tănăsescu, 441–467. București: Editura Hamangiu.
- Zétényi, Zsolt. 2023. A magyar örökkévalósági klauzula: az állami és nemzeti függetlenség. *Hitel* 36(3): 61–88.

Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

ORIGINAL ARTICLE  
received 2024-01-15  
accepted 2024-03-14  
published online 2024-10-29



## „Wstręt do pracy” – ewolucja karnoprawnej reakcji na postawę społeczną

### “Aversion to work” – the evolution of the criminal law response to antisocial behavior

OLGA SITARZ

Uniwersytet Śląski

ORCID 0000-0002-2075-3507, [olga.sitarz@us.edu.pl](mailto:olga.sitarz@us.edu.pl)

**Citation:** Sitarz, Olga. 2024. „Wstręt do pracy” – ewolucja karnoprawnej reakcji na postawę społeczną. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 141–158.

DOI: 10.25167/osap.5380.

**Abstract:** The research aim of the publication is to show the evolution of criminal law measures to respond to the anti-social attitude of not taking up employment and to determine the validity of the legal solutions in force today in this area. The Penal Code of 1932 used the concept of “disgust at work”, for which a special protective measure was provided. Later, the term “social parasitism” appeared in the debate and an act on proceedings against people evading work and specific response measures was passed. Nowadays, this aspect of human behavior is taken into account when imposing a sentence under the circumstances of “way of life before committing a crime”. The work uses a dogmatic method, supplemented by a historical method. The legal research was contextual in nature, complemented with case law, statements of doctrine, and effects of criminological research. The results of the analysis allow us to formulate the conclusion that a parasitic lifestyle and lack of employment are not prohibited acts and should not be considered (non-statutory) aggravating circumstances. Prior to any amendment to the Act (or an appropriate use of non-statutory elements at the stage of application of law), it should be remembered that the principle of proportionality should be understood more narrowly than the classic *periculo sociali*, mentioned in one of the principles of criminal law.

**Keywords:** protective measures, penalties, social parasitism, anti-social attitude

**Abstrakt:** Celem badawczym publikacji jest ukazanie ewolucji środków prawnokarnej reakcji na aspołeczną postawę, jaką jest niepodejmowanie zatrudnienia oraz ustalenie zasadności obowiązujących dzisiaj rozwiązań prawnych w tym zakresie. W Kodeksie karnym z 1932 r. używano pojęcia „wstręt do pracy”, wobec którego przewidziano szczególnie środek zabezpieczający. Później w debacie pojawiło się pojęcie „pasożytnictwo społeczne” i uchwalono ustawę o postępowaniu wobec osób uchylających się od pracy i szczególne środki reakcji. Współcześnie ten aspekt zachowania człowieka brany jest pod uwagę przy wymiarze kary w ramach okoliczności „sposób życia przed popełnieniem przestępstwa”. W pracy zastosowano metodę dogmatyczną, uzupełnioną metodą historyczną. Badania prawa miały charakter kontekstowy, uzupełnione zostały orzecznictwem, wypowiedziami doktryny, a także wynikami badań kryminologicznych. Wyniki przeprowadzonej analizy pozwalają sformułować wniosek, że pasożytniczy tryb życia, brak zatrudnienia nie jest czynem zabronionym i nie powinien być (pozaustawową) okolicznością obciążającą. Przed ewentualną zaś zmianą ustawy (lub uadekwatniającym sięganiem po elementy pozaustawowe na etapie stosowania prawa) pamiętać należy, że zasadę proporcjonalności należy rozumieć wężej niż klasyczne *periculo sociali*, wymieniane w jednej z zasad prawa karnego.

**Słowa kluczowe:** środki zabezpieczające, kary, pasożytnictwo społeczne, postawa aspołeczna

## 1. Wprowadzenie

„Wstręt do pracy” wydaje się pojęciem i kategorią z dalekiej przeszłości. W roku 1928 r. starosta Jan Wyglenda w Lublińcu wydał obwieszczenie, że Ślusarski Stefan, syn Stanisława i Marjanny, ur. 13 września 1899 r. oraz 10 innych osób „włóczę się po kraju, czują wstręt do pracy i wyłudząją pod rozmaitemi pozorami wsparcia na rachunek ich gmin przynależności” („Tygodnik Powiatowy”). Wcześniej, w ustawie co do bezpieczeństwa osób i ich mienia z 1866 r., przewidywano – m.in. w związku ze wstrętem do pracy – umieszczanie w domu roboczym<sup>1</sup> (*Zbiór ustaw...* 1866). Od połowy XIX w. zwolennicy kierunków pozytywistycznych, w niechęci do pracy osób bezdomnych, żebraków, włóczę-

---

<sup>1</sup> „Domy robocze są podwójnego rodzaju: a) na koszt gmin pojedynczych utrzymywane, do których zwykle przyjmowane bywają osoby chętne do pracy, lecz zatrudnienia znaleźć nie mogące, mianowicie starcy, sługi bez służby i t.d. tudzież osoby, które są ciężarem gminy, okazujące wstręt do pracy. Tego rodzaju domy robocze są pod zarządem dotyczących gmin i urządzają się według statutów przez gminę ułożonych; b) dom roboczy krajowy także dom poprawy lub dom pracy przymusowej nazwany (*Correctionshaus, Zwangsarbeitshaus*), do którego według dekr. nadw. kom. z dnia 15 Czerwca 1811 r. oddani być mogą: 1) próźniaki i osoby mające wstręt do pracy, które są w stanie zarobić na swe zupełne utrzymanie, lecz nie zarabiają i pomimo upomnienia do pracy, próźnują; 2) Samowolne, do pracy zdolne żebraki, które albo na miejscu publiczném, albo po domach prywatnych na jakibądź sposób o jałmużnę proszą, czy to ustnie i wyraźnie, czy to gestami, do czego także należy, jeżeli kto na miejscu przechodniem się postawi w sposób współczucie wzbudzający, tak, iż zamiar dostania podarunku jest oczywistym, tem bardziej, gdy w takim położeniu przyjmuje datki lub modli się głośno i w sposób spostrzegalny; 3) osoby, które uczciwie albo wcale nie zarobkują, albo tylko pozornie

gów, prostytutek, sutenerów, zawodowych graczy hazardowych itp., dostrzegali źródło popełnianych przez nich przestępstw. Zapobiegać nowym przestępstwom w tego typu środowiskach można było jedynie przez zwalczanie wstrętu do pracy i przyzwyczajanie do uregulowanego trybu życia, wypełnionego pracą (Ciepły 2004: 130–134). W podręczniku z 1924 r. J. Makarewicz jasno wskazał kategorie przestępców, przed którymi należało chronić społeczeństwo przy pomocy środków zabezpieczających, wyliczając: przestępców zawodowych, nałogowych, recydywistów, częściowo anormalnych, alkoholików, osoby czujące wstręt do pracy. Stanowczo twierdził, że walka z tego rodzaju przestępczością wymaga sięgnięcia „do arsenału nowych sposobów przeciwdziałania przyrostowi zjawisk społecznej patologii” (Janicka 2015: 124).

Nieco bardziej wnikliwa lektura stanu prawnego, orzecznictwa i wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa karnego i kryminologii pozwala jednak dostrzec, że „wstręt do pracy” jako przesłanka decyzji politycznokryminalnych oraz jurysdykcyjnych długo pozostawała w obszarze zainteresowań decyzyjnych podmiotów, a i dzisiaj – pod nieco zmienioną nazwą – ma swoje znaczenie. Zatem celem niniejszej publikacji jest ukazanie zmiany znaczenia postawy człowieka unikającego pracy zarobkowej dla ustalania zastosowania i zakresu środków prawnokarnej reakcji na przestrzeni ostatnich stu lat.

## 2. Postawa społeczna w regulacjach okresu międzywojennego

Jak wyjaśniał J. Makarewicz, „Prawo karne dawniejsze stosowało środki karne, które same przez się zabezpieczały lub zabezpieczać miały społeczeństwo przed danym osobnikiem, lub przynajmniej przed powtórzeniem przestępstwa danego typu przez przestępcę. Wszystkie te środki karne, zawierające bardzo wybitnie czynnik profilaktyczny, należą do przeszłości, czy to dlatego, że niektóre z nich okazały się niewłaściwe (jak deportacja lub wydalenie własnych obywateli), czy też dlatego, że uznano je za okrutne, sprzeciwiające się postulatom nowożytnej cywilizacji. Z chwilą usunięcia tych środków karnych z nowożytnych kodeksów, z chwilą bankructwa kary pozbawienia wolności jako środka, który miał przestępcę poprawiać czy odstraszać, stanąć musiało społeczeństwo wobec problemu, co należy uczynić, aby poza wymiarem sprawiedliwości w postaci odpłaty osiągnąć jeszcze ochronę społeczeństwa [przed] przestępczością. Pozostają przeto środki przed zabezpieczające, samoistne, występujące obok środków karnych. Sprawa jest aktualna tem więcej, że niezawsze chodzi o osobnika,

---

zarobkują, a przy dochodzeniu jak się utrzymują, wykazują się z zarobkiem nieprawdziwym; 4) Sługi bez służby”.

We wszystkich cytatach zachowano pisownię oryginalną.

którego można zasądzić na karę i tę karę odpowiednio ukształtować, chodzi także o jednostki niebezpieczne, które z powodu braku warunków odpowiedzialności w ogóle (lub w chwili dokonania) nie mogą być przedmiotem kary” (Makarewicz 1932: 158). Zdaniem tego karnisty za zawodność środków penalnych odpowiedzialne było nowe podejście – „oderwanie rzeczywistości normatywnej od rzeczywistości społecznej”. I dodawał: „W systemach tych bowiem, przestępcę definiowano jako idealny, jednolity typ, który naruszył obowiązujące prawo, na co społeczeństwo jedynie musi odpowiedzieć karą, dostosowaną do wysokości winy. Błędem tych teorii stało się ograniczenie funkcji kary wyłącznie do wyrównania sprawiedliwości, pomijając indywidualne cechy poszczególnych sprawców” (Ciepły 2005: 289–304). Wreszcie J. Makarewicz, pisząc o sprawcach niepoprawnych, podkreślał „(s)połeczeństwa dawniejsze miały dla takich osobników karę śmierci, która oczyszczała życie społeczne z niebezpiecznych mętów. Społeczeństwo nowożytne ma bardziej humanitarne sposoby walki z takimi przestępcami, ma tzw. środki zabezpieczające, których zadaniem jest odciąć podobne typy od reszty społeczeństwa, odebrać im sposobność dokonywania przestępstw i wykonywania przestępczego zawodu” (Janicka 2015: 118).

Zatem w początkowym okresie w prawie karnym niepodległej Polski „wstręt do pracy” jako negatywna postawa społeczna miał być podstawą zastosowania środków zabezpieczających. Celem środków zabezpieczających było – według słów J. Makarewicza – „wydzielenie sprawcy z życia społecznego, dla celów ochrony grupy społecznej”, poprawa sprawcy nie była zaś elementem zasadniczym, chociaż pożądanym (nawet w przypadku środków o charakterze leczniczym) (Ciepły 2005: 289–304). Przy czym środki te powinny być stosowane przez sądy, ponieważ mają „nie tylko zabezpieczyć społeczeństwo przed szkodliwą jednostką, ale także zabezpieczyć obywatela przed ewentualnym nadużyciem ze strony czynników administracyjnych” (Ciepły 2005: 289–304).

„Środki zabezpieczające” to pojęcie normatywne występujące w trzech kolejnych polskich kodeksach, nie zostało jednak nigdy przez ustawodawcę zdefiniowane. Współcześnie rozumiane być powinno jako reakcja państwa na zewnętrzne, realne i aktualne niebezpieczeństwo grożące ze strony człowieka istotnym dobrom prawnym innych osób, wynikając z szeroko rozumianych zaburzeń psychicznych, nad którymi osoba nie panuje lub nie chce panować (Barczak-Oplustil, Pyrcak-Górowska 2021: 35). Istotą tych środków jest cel prewencyjny, brak zamierzonej dolegliwości, brak konieczności przypisania winy sprawcy oraz brak prostej zależności od stopnia społecznej szkodliwości czynu, przy równoczesnej zależności stopnia zagrożenia sprawcy dla porządku prawnego. Jako przyczyny pojawienia się środków zabezpieczających wskazuje się znaczny wzrost przestępczości na przełomie XIX i XX w. oraz rozwój koncepcji pozytywizmu kryminologicznego, który miał miejsce w tamtym czasie. Insty-



tucja środków zabezpieczających miała zapobiegać zaostrzeniu „tradycyjnego” prawa karnego za recydywę i oderwaniu kary od winy i społecznej szkodliwości czynu, gdy przesłanką wysokiej kary były już tylko względy prewencyjne (Cieply 2005: 289–304). Podążając za tak sformułowanymi potrzebami polityki państwa w zakresie reakcji na zachowania patologiczne ustawodawstwa europejskie, w tym polskie, przyjęły dwutorowy model prawa karnego zawierający – obok kar i innych środków penalnych – środki zabezpieczające.

W związku ze wstrętem do pracy kodeks karny z 1932 r. przewidywał szczególny środek zabezpieczający – umieszczenie w domu pracy przymusowej. Zgodnie z przepisem art. 83, jeżeli czyn pozostaje w związku ze wstrętem do pracy, sąd może zarządzić, by po odbyciu kary umieszczono przestępcę w domu pracy przymusowej na okres 5 lat. J. Makarewicz pisał, że wstręt do pracy to podłoże psychiczne prowadzące logicznie do czynu karygodnego, a osoby wykazujące wstręt do pracy, ze względu na brak środków materialnych, często popadają w konflikt z prawem, popełniając zwłaszcza przestępstwa przeciwko mieniu (Makarewicz 1932: 164–165). Regulacja ta była uzasadniana założeniem, że wstręt do pracy to „objaw schorzenia woli, prowadzący do charakterystycznego sposobu życia, korzystania z ofiarności publicznej lub prywatnej i funkcjonowanie w najskromniejszych warunkach, byle nie podjąć żadnego wysiłku fizycznego lub psychicznego” (Szczepaniec 2021: 181). Zadaniem umieszczenia w domu pracy przymusowej miało być wyodrębnienie przestępców społecznie zaniedbanych, którzy powinni być podatni na oddziaływania resocjalizacyjne i których przestępcze zachowanie wynikało z zaniedbań wychowawczych. Jeśli natomiast wspomniana wyżej niechęć do pracy wynikała z właściwości psychofizycznych sprawcy oraz wrodzonych skłonności do nieustabilizowanego trybu życia, wówczas umieszczenie w domu pracy przymusowej nie mogło, zdaniem J. Makarewicza, spełnić swojego zadania (Makarewicz 1932: 168).

Mimo że instytucja ta nigdy nie weszła w życie, jej ustanowienie spotkało się z dobrym przyjęciem w środowisku prawniczym, zwłaszcza sędziowskim, które bezskutecznie oczekiwało na przepisy wykonawcze w tej sprawie. Środowisko to w swoich wypowiedziach podkreślało, że stosowanie umieszczenia w domu pracy przymusowej dodatkowo wpłynęłoby na element przestępczy, a w dalszej perspektywie przyniosłoby wymierne korzyści społeczne (Kalaman 2014: 30). W 1937 r. na łamach „Gazety Sądowej Warszawskiej” J. Makarewicz wyrażał ubolewanie, że Ministerstwo wstrzymuje się z wydaniem rozporządzeń wykonawczych m.in. w zakresie funkcjonowania domów pracy przymusowej. Pisał, że zaniechanie stosowania tych środków to „grzechy zaniedbania administracji sprawiedliwości, które zwichnęły ideologię kryminalno-polityczną polskiego kodeksu” (Cieply 2005: 289–304). W tym miejscu powrócić należy do ogólnych założeń środków zabezpieczających – decyzja o umieszczeniu w domu pracy

przymusowej, chociaż powinna mieć funkcjonalny związek między wstrętem do pracy a popełnionym czynem zabronionym, który był podstawą skazania, to jego orzeczenie oderwane miało być od wagi czynu, stopnia winy, zasady proporcjonalności i dyrektywy sprawiedliwościowej. W opinii W. Zalewskiego był to po prostu środek walki z przejawami włóczęgostwa i żebractwa (Niewiadomska-Krawczyk 2018: 45).

Na marginesie należy odnotować, że ówczesny kodeks przewidywał także środek w postaci umieszczenia przestępcy w zakładzie dla niepoprawnych, który był orzekany wobec przestępcy, u którego stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa, tudzież przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, jeżeli pozostawianie ich na wolności grozi niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu (art. 84). Jest to o tyle istotne, że po części zakłady dla niepoprawnych przejęły w praktyce funkcje nieistniejących domów pracy przymusowej. Jak bowiem wskazuje M.R. Kalaman, do 1939 r. w zakładach tych osadzono zaledwie kilkaset osób. W zdecydowanej większości byli to tzw. drobni złodzieje, choć jak zaznaczono, właściwszym dla nich miejscem powinny być domy pracy przymusowej. Sporadycznie natomiast osadzano w nich sprawców poważniejszych przestępstw oraz przestępców zawodowych (Kalaman 2014: 27). Ponadto „w pobliżu sprawców niepoprawnych Makarewicz sytuował włóczęgów uciekających od pracy”, dodając, że należą oni do proletariatu przestępczości (Janicka 2015: 117). Poglądy J. Makarewicza na ten środek zabezpieczający świetnie ilustrują dostrzeżoną przez niego potrzebę środków zabezpieczających, które pozwalają na unikanie surowych kar (przy praktycznie dożywotnim nawet stosowaniu środków zabezpieczających). Wskazywał on, że w polskim systemie nie ma dożywotniego pozbawienia wolności z powodu recydywy (jak w innych krajach), kara rzeczywiście odzwierciedla stopień winy, ale potem nawet dożywotnio może być stosowany środek zabezpieczający na podstawie obserwacji funkcjonariuszy, co stanowi „uzupełnienie kary” (Makarewicz 1932: 166). W wielu publikacjach krytykowano nieoznaczoność omawianego środka w czasie. Co pięć lat, jak stanowił ówczesny kodeks karny, podejmowane miały być decyzje odnośnie do dalszego pobytu w zakładzie osoby tam umieszczonej lub jej zwolnienia z zakładu. Praktycznie więc mogło dojść nawet do dożywotniego osadzenia przestępcy w ośrodku. Uznawano, że takie rozwiązanie prawne jest próbą wprowadzenia do systemu prawa karnego wyroków nieoznaczonych (Kalaman 2014: 28). Tak rozumiana dwutorowość – w zakresie sprawców ze wstrętem do pracy, z nawyknięcia, zawodowych – okazuje się *sui generis* hipokryzją ustawową. Już w 1934 r. L. Rabinowicz ostrzegał, że „środki izolacyjno-eliminacyjne ujawniają brak logiki i niekonsekwencję systemu dwutorowego. Brak jest bowiem istotnej różnicy pomiędzy wzorowym więzieniem a domem pracy przymusowej, zaś

zakład dla niepoprawnych jest tylko łagodniejszą wersją więzienia” (Niewiadomska-Krawczyk 2018: 47).

### 3. Regulacje powojenne

Zmiany polityczne, ustrojowe i społeczno-gospodarcze po II wojnie światowej nie spowodowały natychmiastowego uchylecia Kodeksu karnego z 1932 r. Jednak niemal od razu pojawiły się akty prawne (w tym o charakterze represyjnym), które doraźnie miały realizować założone cele polityczne, społeczne i gospodarcze. Do takich regulacji zaliczyć należy dekret z 16 listopada 1945 r. (Dz.U. Nr 53, poz. 302), na mocy którego została utworzona Komisja Specjalna do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym (działająca do końca 1954 r.). Bardzo istotnym uprawnieniem Komisji była możliwość orzekania, z pominięciem drogi sądowej, o umieszczeniu w obozie pracy przymusowej na okres do dwóch lat, „jeżeli działanie sprawcy pozostawało w związku ze wstrętem do pracy albo stwarzało niebezpieczeństwo popełnienia nadużyć lub dopuszczenia się szkodnictwa gospodarczego” (art. 10). Jak wskazuje P. Fiedorczyk, umieszczenie w obozie pracy miało przede wszystkim charakter zabezpieczający, w odróżnieniu od kar w kodeksie, dla których charakterystyczny jest element odpłaty za czyn przestępczy. Należy stwierdzić, że przy stosowaniu tego środka zostały wyłączone przepisy części ogólnej kodeksu. W ten sposób stworzono alternatywny do zawartego w kodeksie katalog środków represji karnej, który odgrywał rolę modyfikującą i uzupełniającą istniejący podstawowy katalog środków karnych. Modyfikująca rola środków represji karnej stosowanych przez Komisję rodziła skutek w postaci zaostrzenia polityki karnej. Autor podkreśla, że dzięki niejasności przepisów będących podstawą orzeczenia o umieszczeniu sprawcy w obozie pracy można było „karać” także te osoby, co do których istniało prawdopodobieństwo, że skierowanie na drogę postępowania sądowego spowoduje wydanie wyroku uniewinniającego (Fiedorczyk 2000: 154–174). Ponadto, opracowana przez Komisję instrukcja z 25 lutego 1945 r. w sprawie stosowania art. 10 wyrażała pogląd, że do pracy przymusowej mogą być kierowane osoby, które nawet nie popełniły przestępstwa określonego w kodeksie karnym, ale ich działanie pozostaje w związku ze wstrętem do pracy albo stwarza niebezpieczeństwo popełnienia nadużyć lub dopuszczenia się szkodnictwa gospodarczego. Natomiast w instrukcji z dnia 7 czerwca 1946 r. wskazano, że wstręt do pracy może stanowić samodzielną podstawę umieszczenia w obozie pracy. Przepisy, w związku z ich nieprecyzyjnym charakterem, mogły służyć prześladowaniu przeciwników politycznych. Umieszczano w obozie pracy członków rodzin osób zbiegłych za granicę, mimo że brak było jakichkolwiek podstaw do pociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej (Fiedorczyk 2000: 156).

W 1952 r. SN stwierdzał, że umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych przestępców jest instytucją sprzeczną z socjalistycznym prawem karnym, sam zakład zaś jest w istocie karą. Zdaniem SN przepis art. 84 k.k. z 1932 r. nie jest już aktualny, gdyż w warunkach państwa ludowego nie może być mowy o przestępcach niepoprawnych w sytuacji, gdy państwo to umożliwia każdemu włączenie się do twórczego wysiłku narodu (Kalaman 2014: 29).

Ostatecznie powojenny ustawodawca zrezygnował z postpenalnych środków zabezpieczających. W Kodeksie karnym z 1969 r. znalazły się jednak środki o charakterze postpenalnym w przepisach dotyczących powrotności do przestępstwa, nazywane środkami resocjalizacyjno-ochronnymi: nadzór ochronny oraz umieszczenie w ośrodku przystosowania społecznego (OPS). Podkreślić należy, że propozycje ich utworzenia pojawiały się przed uchwaleniem nowego kodeksu; przykładowo S. Szelhaus i Z. Baucz-Straszewicz zaproponowali utworzenie zakładu specjalnego dla młodocianych recydywistów. Propozycja ta opierała się na założeniu, że wobec młodocianych należy stosować inne środki oddziaływania niż kara pozbawienia wolności. Środek ten, mający charakter poprawczy, pozwalałby na uzyskanie zawodu i na wyrobienie nawyku pracy. Pobyt w zakładzie miał być orzekany na czas nieokreślony i trwać nie krócej niż dwa lata i nie dłużej niż pięć lat (Kalaman 2014: 43). W publikacjach można również spotkać propozycję S. Walczaka, aby wprowadzić przynajmniej trzy rodzaje ośrodków: dla osób wykazujących odchylenie od normy psychicznej, które powinny być poddane leczeniu specjalistycznemu i terapii; dla osób, które powracają do przestępstwa w związku z nałogiem alkoholizmu, w stosunku do których dotychczasowe leczenie nie dało rezultatów, a leczenie w warunkach wolnościowych również ich nie rokuje; dla osób, u których nie stwierdza się zaburzeń o podłożu psychicznym i których powracanie do przestępstwa ma swoje źródło w trudnościach adaptacji do warunków życia społecznego, przejawiających się zwłaszcza w prowadzeniu pasożytniczego trybu życia (Kalaman 2014: 45).

W piśmiennictwie zgłaszano problemy z oceną charakteru normatywnego wskazanych instytucji – nie został uwzględniony w żadnym z katalogów środków reakcji w kodeksie. Jednak fakt, że orzekało się ten środek na czas względnie nieokreślony, upodabniał go w wysokiej mierze do środka zabezpieczającego (Śliwowski 1972: 238). Zdaniem J. Długosz postpenalna izolacja w ośrodku przystosowania społecznego przypominała w swej konstrukcji normatywnej zakłady dla niepoprawnych przewidziane w Kodeksie karnym z 1932 r., jednak izolacja recydywisty ze względu na stwarzane przez niego niebezpieczeństwo dla społeczeństwa była w kodyfikacji karnej z 1969 r. celem raczej drugorzędnym. W przekonaniu autorki świadczy o tym także systematyka owego kodeksu, tj. umiejscowienie powołanych przepisów w rozdziale VIII, zawierającym regu-

lacje związane z powrotem do przestępstwa, a nie wśród regulacji normujących środki zabezpieczające (Długosz 2013: 242).

Podkreślić wypada, że kształt normatywny środków przewidzianych w art. 62–64 k.k. z 1969 r. nie przywoływał pojęcia wstrętu do pracy. Jednak przesłanką zastosowania OPS było uchylanie się od wykonywania poleconych obowiązków, określonych w art. 63 § 2 i 3, w tym m.in. wykonywania pracy zarobkowej, podjęcia nauki lub przygotowania się do zawodu. Zgodnie z tak ukształtowanym stanem prawnym SN skonstatował, że ośrodek przystosowania społecznego stanowi dla przestępcy powrotnego miejsce dalszego zorganizowanego oddziaływania resocjalizacyjnego, w którego ramach podstawową funkcję reedukacji spełnia praca. Wynika z tego, że w ośrodku takim powinni być umieszczeni przede wszystkim ci przestępcy powrotni, którzy mimo nadzoru ochronnego nie wypełniają nałożonych na nich poleceń, zwłaszcza w zakresie obowiązku pracy, i prowadzą pasożytniczy tryb życia (postanowienie SN z dnia 29 grudnia 1979 r., V KRN 285/79, LEX nr 22743).

Przepisy art. 62–65 k.k. zostały uchylone przez art. 1 pkt 2 ustawy z 23 lutego 1990 r. (Dz.U. nr 14, poz. 84). K. Buchała komentował, że budziły one od początku obowiązywania poważne wątpliwości. Wyniki badań kryminologicznych wykazały, że OPS jest, po zmianie regulaminu jego wykonywania, faktycznie dodatkową karą, co stało w jaskrawej sprzeczności z zasadami art. 50 k.k. (Buchała 1994: 391).

W trakcie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r., w dniu 26 października 1982 r., została uchwalona ustawa o postępowaniu wobec osób uchylających się od pracy (Dz.U. 1982 nr 35 poz. 229), która została uchylona z dniem 31 grudnia 1989 r. (ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. o zatrudnieniu, Dz.U. 1989 nr 5 poz. 446). Historię jej powstania opisuje B. Szamota (Szamota 1985: 101–102). Podkreślić należy, że już w 1974 r., w związku z toczącym się procesem legislacyjnym związanym z pracami nad projektem ustawy o pasożytnictwie społecznym, zaproponowano resortowi sprawiedliwości uruchomienie w Polsce ośrodków dla pasożytów społecznych i poważnie rozważano możliwość instytucjonalnego ich powiązania z ośrodkami przystosowania społecznego (Kalaman 2014: 92). W ekspertyzie przygotowanej przez IPIP PAN na temat projektu ustawy o postępowaniu wobec osób uchylających się od pracy wyodrębniono osiem kategorii „pasożytów społecznych”, w tym m.in. „osoby nigdzie nie pracujące i nieuczące się z przyczyn moralnie negatywnych” (Hołyst 1989: 290). Sama ustawa, jak wyjaśnia B. Hołyst, „zrezygnuje z pojęcia »pasożyt społeczny« jako nieprecyzyjnego, niejednolitego” (Hołyst 1989: 291).

W uzasadnieniu przyjętych rozwiązań przekonywano, że istnienie „pasożytnictwa społecznego” podważa cały system wartości społeczeństwa socjalistycznego, które opiera się na pracy. Występowanie tego zjawiska obraża po-

czucie sprawiedliwości ludzi pracy, wpływa na obniżenie dyscypliny społecznej, szerzenie się cwaniactwa i kombinatorstwa, powoduje zachwianie się rzetelnej pracy jako wartości społecznej, kryterium oceny człowieka. W uzasadnieniu konieczności prawnej ingerencji w „pasożytnictwo społeczne” kładziono silny nacisk na kryminogenny aspekt tego zjawiska, które sprzyja szerzeniu się przestępczości. Powoływano się na statystyki przestępczości, według których ponad 1/4 ogółu dorosłych podejrzanych o popełnienie przestępstwa to osoby niepracujące i nieuczące się, przy czym w wypadku niektórych przestępstw przeciwko mieniu liczba ta jest dwukrotnie wyższa (około połowy ogółu podejrzanych). Zwolennicy ustawy wskazywali również na dużą liczbę wolnych miejsc pracy, a zatem brak siły roboczej, jaki odczuwają służby komunalne (Szamota 1985: 109).

Istotą ustawy był obowiązek nałożony na mężczyzn w wieku 18–45 lat, którzy przez okres co najmniej trzech miesięcy nie pozostawali w stosunku pracy lub nie pobierali nauki w szkołach i nie byli zarejestrowani w organach zatrudnienia jako poszukujący pracy, zgłoszenia się w terenowym organie administracji państwowej i złożenia wyjaśnień co do przyczyn pozostawania bez pracy bądź niepobierania nauki. Niedopełnienie tego obowiązku stanowiło wykroczenie zagrożone karą ograniczenia wolności do trzech miesięcy lub grzywny (art. 20 ust. 1). Osobie wpisanej do ewidencji, która nie pracowała z przyczyn uznanych za społecznie nieusprawiedliwione, wskazać należało miejsce pracy (art. 6). W przypadku ustalenia, że osoba uchyla się od pracy z przyczyn społecznie nieusprawiedliwionych i utrzymuje się ze źródeł nieujawnionych lub sprzecznych z zasadami współżycia społecznego, osoba taka podlegała wpisaniu do wykazu osób uporczywie uchylających się od pracy. W konsekwencji osoby takie mogą być zobowiązane do wykonywania robót na cele publiczne (w ilości nieprzekraczającej 60 dni w roku). W przypadku niestawiennictwa lub uchylania się od takiego obowiązku groziła kara ograniczenia wolności do lat 2 lub grzywna. W poprzednich projektach ustawy proponowano także włączenie do kategorii osób, których ustawa miałyby dotyczyć, tych kobiet, które nie podejmują pracy bez przyczyny uzasadnionej społecznie, tj. niewychowujących dzieci lub nieprowadzących gospodarstwa domowego (w praktyce chodziło o prostytutki) (Kossowska 1985: 114).

Ustawa spotkała się z szeroką krytyką. Jako najważniejsze zarzuty podnoszono, że stanowi ona prawnie zinstytucjonalizowany akt stygmatyzacji człowieka, ingerując zaś głęboko w sferę swobód obywatelskich, nie stwarza dostatecznych gwarancji ochrony obywatela przed arbitralnością administracji, wprowadza w rzeczywistości prawny obowiązek pracy, a co za tym idzie nie jest zharmonizowana z wiążącymi Polskę umowami międzynarodowymi oraz Konstytucją PRL (Szamota 1985: 104–105).

Krytyczne podejście uzasadnione zostało również licznymi badaniami kryminologicznymi na temat funkcjonowania ustawy. Ich wyniki pozwoliły autorom – Z. Ostrihanskiej oraz I. Rzeplińskiej – na postawienie podstawowych pytań: na czym polega problem pasożytnictwa społecznego oraz czy taki odrębny problem społeczny w ogóle istnieje. Z. Ostrihanska oraz I. Rzeplińska sformułowały w związku z tym następujące wnioski: 1) stosowanie kary w związku z takim zachowaniem jak niepodejmowanie pracy jest głęboko niesłuszne, degradujące pracę i naruszające wolność jednostki; 2) karanie jest w takich przypadkach nieskuteczne. Uzyskane wyniki wskazują na liczne braki, trudności i problemy związane z funkcjonowaniem ustawy. Ich analiza – w przekonaniu autorek – prowadzi do wniosku o zbędności ustawy, gdyż jej skuteczność okazała się minimalna zarówno w stosunku do potrzeb, jak i do wysiłku wkładanego w realizację ustawy (Ostrihanska, Rzeplińska 1988: 145, 151).

Środki przewidziane w omawianej ustawie miały charakter represyjny, w skrajnych sytuacjach przewidziano odpowiedzialność za wykroczenie lub przestępstwo. Dawny zaś „wstręt do pracy”, potocznie w tym czasie nazywany pasożytnictwem społecznym, określony w języku prawnym jako uchylenie się od pracy, stał się podstawową i jedyną przesłanką zastosowania środków penalnych.

Pojęcie „pasożytniczego trybu życia” nie zniknęło jednak z języka prawniczego i orzeczeń sądowych wraz z uchyleniem wskazanej ustawy. To naganne – w ocenie wymiaru sprawiedliwości – zjawisko dalej było okolicznością współkształtującą wymiar kary za popełnione przestępstwo przez sprawcę niepracującego. Albowiem „(m)imo upadku koncepcji zwalczania zjawiska pasożytnictwa za pomocą środków przewidzianych w oddzielnej ustawie, rzeczywistość zmusiła wymiar sprawiedliwości do zajęcia stanowiska wobec tego społecznie niepożądanego »fenomenu«” (Tobis 1974: 99).

W uchwale SN, przyjętej jako zasadę prawną z dnia 18 października 1973 r. (VI KZP 37/73)<sup>2</sup>, wskazano, że pasożytniczy tryb życia sprawcy przestępstwa jest – w rozumieniu art. 50 § 2, art. 51 i in. k.k. z 1969 r. – okolicznością wpływającą zarówno na zaostrenie kary, jak i na wybór surowszego rodzaju kary, a ponadto na stosowanie innych środków przewidzianych w ustawie karnej. Osobą prowadzącą pasożytniczy tryb życia jest taki sprawca przestępstwa, który – mimo możliwości – nie kontynuował nauki lub będąc zdolnym do pracy, uchylił się od jej wykonywania, a środki na swe utrzymanie uzyskiwał sprzecznie z zasadami współżycia społecznego. Jak konstatawał SN, w odczuciu społecznym pasożytniczy tryb życia prowadzi ten, kto osiągnąwszy prawidłowy rozwój umysłowy i fizyczny i mając możliwość kontynuowania nauki lub podję-

---

<sup>2</sup> Podobnie Uchwała Sądu Najwyższego cała izba SN Izba Wojskowa z dnia 27 sierpnia 1977 r. (U 1/77) – Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie prawidłowego stosowania środków karnych przez sądy wojskowe.

cia pracy zarobkowej, uchyła się od ich podejmowania, uzyskując środki na swe utrzymanie w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. SN dodawał przy tym, że uchylenie się od pracy – najistotniejszego czynnika zdolnego w sposób społecznie pożądany kształtować osobowość ludzką – sprzyja powstawaniu ujemnych właściwości i prowadzi z reguły do zaspokojenia potrzeb kosztem wykorzystywania pracy innych ludzi lub w drodze nieuczciwych zajęć albo też popełniania przestępstw. Zdaniem najwyższej instancji w stosunku do sprawców przestępstw prowadzących pasożytniczy tryb życia, a skazanych na karę pozbawienia wolności, sądy orzekające powinny rozważyć potrzebę rozstrzygnięcia już w wyrokach skazujących o wykonaniu kary w odpowiednim zakładzie karnym i o zastrzonym rygorze (art. 82 k.k.). W odniesieniu do sprawców, którzy powrócili do pasożytniczego trybu życia i przestępstwa, powrót ten powinien z reguły powodować orzeczenie zastrzonego rygoru wykonania kary. Natomiast w stosunku do sprawcy przestępstwa, który prowadził pasożytniczy tryb życia, proces orzekania kary powinien znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w postępowaniu wykonawczym. Należy temu dać odpowiedni wyraz, zwłaszcza w toku wykonywania kary pozbawienia wolności (rodzaj zakładu karnego i rygor wykonywania kary – art. 4 k.k.w.)<sup>3</sup>. W innym (wcześniejszym) orzeczeniu SN uznał, że pasożytniczy tryb życia jest przeszkodą w nadzwyczajnym złagodzeniu kary w sytuacji przekroczenia granic obrony koniecznej (wyrok SN z 8 kwietnia 1971 r., I KR 22/71).

#### 4. Rozwiązania współczesne

W Kodeksie karnym z 1997 r. formalnie brak jest rozwiązań, których przesłanką miałyby być negatywnie oceniana postawa sprawcy. Podstawową przesłanką odpowiedzialności karnej i/lub zastosowania środków zabezpieczających jest (przynajmniej) popełnienie czynu zabronionego. Jednak postawa sprawcy jest elementem całościowej oceny przy stosowaniu środków prawnokarnej reakcji, w myśl art. 53 § 2 k.k. i okoliczności opisanej jako „sposób życia przed popełnieniem przestępstwa”. Kara pozbawienia wolności stanowi odpłatę za popełnione przestępstwo, opartą na stopniu zawinienia czynu, podczas gdy postpenalna izolacja sprawcy realizuje przede wszystkim cele prewencyjne (zarówno wobec osoby nim objętej, jak i wobec ogółu społeczeństwa) i oparta jest zwłaszcza na tzw. negatywnej prognozie kryminologicznej dokonywanej z perspektywy oceny stopnia niebezpieczeństwa, jakie przedstawia on dla porządku prawnego. Przy uwzględnieniu tych okoliczności postpenalna izolacja ma spełniać jeszcze dalsze funkcje wobec osoby izolowanej, tzn. przede wszystkim służyć jej terapii,

<sup>3</sup> Por. też głosę: A. Tobis 1974: 99–103.



a także przygotowywać ją do ewentualnego opuszczenia zakładu zamkniętego i zgodnego z prawem funkcjonowania w społeczeństwie (Długosz 2013: 259).

Wyjątkiem od tej zasady (trudnym do zaakceptowania) jest ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1689), która wprowadza karalność za niebezpieczną postawę sprawcy (prawo karne sprawcy) pod pozorem instrumentów leczniczych stosowanych na drodze postępowania cywilnego. I chociaż ta materia leży poza zakresem rozważań określonych tytułem, warto zaznaczyć, że na potrzeby oceny stopnia zagrożenia stwarzanego przez sprawcę badano całą linię życia skazanych, w tym m.in. nierealnych planów co do sposobu życia po opuszczeniu zakładu karnego, brak utrzymywania kontaktów z rodziną, bezdomność (Pyrcał-Górowska 2021: 617).

System prawny, ukształtowany przede wszystkim przez Kodeks karny z 1997 r., nie przewiduje pojęć normatywnych w postaci „wstręt do pracy” czy „pasożytniczy tryb życia”. Ponownie jednak stosunek oskarżonego do pracy staje się ważną okolicznością przy wymiarze kary. „Pasożytniczy tryb życia” i powiązany z nim brak zatrudnienia pojawia się wyroku z dnia 11 lipca 2013 r. SO we Wrocławiu (wyrok z dnia 11 lipca 2013 r. SO we Wrocławiu IV Ka 537/13)<sup>4</sup>. Szerzej wypowiedział się SO w Gliwicach (IV K 166/15, LEX nr 2070863), stwierdzając: w parze z tymi skłonnościami oskarżony wyrażał negatywny stosunek do pracy, konsekwencją czego był pasożytniczy tryb życia bez planowania nawet najbliższej przyszłości. Oskarżony nie osiągał żadnych stałych dochodów, utrzymywał się ze zbierania surowców wtórnych. Trudno stwierdzić także, aby oskarżony prowadził ustabilizowany tryb życia, wprost przeciwnie – przed popełnieniem przestępstwa nadużywał on alkoholu, negował sens zatrudnienia, prowadził pasożytniczy tryb życia. Na negatywny stosunek do pracy bez planowania nawet najbliższej przyszłości i pozostawanie „osobą permanentnie bezrobotną” wskazywał SO w Gliwicach (wyrok z dnia 4 października 2018 r. SO w Gliwicach IV K 123/18). Zdaniem zaś SO w Słupsku (postanowienie SO w Słupsku z dnia 25 sierpnia 2016 r., III Kow 890/16) o pasożytniczym trybie życia świadczy pozostawanie bez pracy na utrzymaniu rodziców. Również ostatnio, w wyroku z 2023 r. SA we Wrocławiu (wyrok z dnia 20 września 2023 r. SA we Wrocławiu II AKa 425/22), obok wielu okoliczności związanych z czynem sprawców przy wymiarze kary sąd uwzględnił fakt, że prowadzili oni bezobowiązkowy tryb życia, nie wykazywali zainteresowania podjęciem zatrudnienia, zamieszkiwali w pustostanach. Zaś z badań akt spraw Sądu Okręgowego

<sup>4</sup> Także: Wyrok z dnia 13 stycznia 2016 r. SR w Kamiennej Górze, II K 4/15, LEX nr 1993380; wyrok z dnia 5 maja 2015 r. SR w Lwówku Śląskim, II K 201/15, LEX nr 1864170.

w Krakowie, zakończonych w latach 2000–2002, prowadzonych przez E. Mazur, wynika, że do okoliczności obciążających zaliczony został brak stałego zajęcia (Mazur 2006: 108).

## 5. Rekapitulacja rozważań i wnioski

Przeprowadzona analiza uprawnia do sformułowania kilku istotnych wniosków. Zasadniczo w najnowszej historii polskiego prawa postawa człowieka wykazującego niechętny stosunek do wykonywania pracy zarobkowej wywoływała dodatkowe prawne konsekwencje w przypadku popełnienia przez niego przestępstwa bądź w postaci zastosowania postpenalnego środka zabezpieczającego (lub jego surogatów), bądź w postaci zaostrenia kary w ramach jej ustawowego zagrożenia. Wyjątek stanowiła ustawa z 1982 r. o postępowaniu wobec osób uchylających się od pracy, gdzie postawa społeczna stanowiła samoistną przesłankę określonych konsekwencji prawnych. Warto przy tym zauważyć, że w przypadku regulacji wiążących „wstręt do pracy” ze środkami zabezpieczającymi ustawodawca (z 1932 r.) wymagał funkcjonalnego powiązania postawy sprawcy z popełnionym przestępstwem. Natomiast negowanie sensu zatrudnienia lub negatywny stosunek do pracy, traktowane jako okoliczności obciążające (pozanormatywne), nie są w praktyce orzeczniczej powiązane z charakterem czynu lub motywacją sprawcy.

Ponadto, o ile środki postpenalne wywoływały oceny krytyczne doktryny (niezależnie nawet od przesłanek ich stosowania<sup>5</sup>), to „wstręt do pracy” czy „negowanie sensu zatrudnienia” jako okoliczności obciążające przy wymiarze kary nie budzą zasadniczo wątpliwości doktryny.

Zatem podkreślić należy, że przesłanki stosowania środków prawnokarnej reakcji (w tym o charakterze izolacyjnym), czy to w formie kary – poprzez kształtowanie ustawowych znamion, czy w formie środków zabezpieczających – poprzez definiowanie stanu niebezpiecznego, muszą (obok zasady określoności) honorować zasadę czynu oraz zasadę proporcjonalności. Zgodnie z art. 1 § 1 k.k. odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełni czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. To oznacza,

---

<sup>5</sup> M.in. krytycznie odnoszono się do środka przewidzianego w art. 95 a k.k. z 1997 r., wskazując, że przyjęta w art. 95a k.k. konstrukcja środka zabezpieczającego prowadzi *de facto* do przedłużenia izolacji osoby w pełni poczytalnej – już po odbyciu przez nią kary pozbawienia wolności – co niesie za sobą ryzyko przekształcenia pobytu w ośrodku zamkniętym w długotrwałą, a nawet niekiedy w dożywotnią izolację. Orzeczenie tego środka – niemającego charakteru kary kryminalnej – i wykonywanie go bezpośrednio po odbyciu kary pozbawienia wolności wymierzonej za popełnienie przestępstwa stanowi znaczną dolegliwość dla sprawcy. Prowadzi *de facto* do jego podwójnego ukarania, podwójnej stygmatyzacji i z tego względu wydaje się budzić wątpliwości w kontekście zgodności zarówno z Konstytucją RP, jak i ze standardami europejskimi, wynikającymi zwłaszcza z EKPC (Długosz 2013: 244–245).

że elementami współkształtującymi tę odpowiedzialność mogą być wyłącznie elementy czynu, a nie ogólnospołeczna postawa sprawcy. Pasożytniczy tryb życia, brak zatrudnienia nie jest czynem zabronionym i nie powinien być (pozaustawową) okolicznością obciążającą. Przed ewentualną zmianą ustawy (lub uadekwatniającym sięganiem po elementy pozaustawowe na etapie stosowania prawa) pamiętać także należy, że zasadę proporcjonalności należy rozumieć wężiej niż klasyczne *periculo sociali* wymieniane w jednej z zasad prawa karnego. Postawa sprawcy niepoprawnego, społecznego, ze wstrętem do pracy nie może być przesłanką zastosowania środka prawnej reakcji. Warto w tym miejscu przypomnieć, że w 1992 r. stwierdzono naruszenie Konwencji MOP Nr 29 przez Czechosłowację i Rumunię, w których wprowadzono dla obywateli obowiązek wykonywania pracy społecznie użytecznej oraz zakaz prowadzenia „pasożytniczego” trybu życia (Patulski 2022: 521). Zdaniem W. Wróbla sposób życia sprawcy przed popełnieniem przestępstwa nie powinien wpływać na ocenę potrzeb z zakresu prewencji generalnej. Zdaniem autora zadośćuczynienie społecznemu poczuciu sprawiedliwości nie może bowiem prowadzić do traktowania wymiaru kary za konkretne przestępstwo jako pretekstu do ukarania sprawcy za naganny tryb życia (Wróbel 2016). W moim przekonaniu w ogóle nie można wskazać adekwatnej płaszczyzny karnoprawnego wartościowania lub takiej zasady wymiaru kary, gdzie naganny tryb życia i tytułowy „wstręt do pracy” znalazłby uzasadnienie. Naganna postawa człowieka jest jego wyborem<sup>6</sup> i tak długo, jak nie wyczerpuje ustawowych znamion czynu zabronionego, powinna być irrelevantna.

Oczywiście rację ma M. Szczepaniec, gdy pisze: „wystarczającym uzasadnieniem ingerencji w konstytucyjnie chronione prawa i wolności jednostki jest okoliczność, iż czynimy to w celu zapewnienia ochrony innym, cenniejszym wartościom, których ochrona również zagwarantowana jest w Konstytucji” (Szczepaniec 2021: 188). Jednak autonomia człowieka, nawet społecznego, jest z pewnością cenniejszą wartością niż „luksus” otaczania się osobami racjonalnymi, z zaplanowaną przyszłością, zarabiającymi na swoje utrzymanie w sposób powszechnie akceptowalny.

## Bibliografia

### Akty prawne

Dekret z 16 listopada 1945 roku o utworzeniu i zakresie działania Komisji Specjalnej do walki z nadużyciami i szkodnictwem gospodarczym, Dz.U. nr 53, poz. 302.

---

<sup>6</sup> Pomijając przypadki ergofobii, jako jednego z przejawów chorobliwego lęku (Belcastro, Hays 1984: 260–270).

- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1932 nr 60 poz. 571.
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz.U. 1969 nr 13, poz. 94.
- Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu wobec osób uchylających się od pracy Dz.U. 1982 nr 35 poz. 229.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997, nr 88 poz. 553.
- Ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1689.

### **Orzecnictwo**

- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 grudnia 1979 r., V KRN 285/79, LEX nr 22743.
- Postanowienie Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 25 sierpnia 2016 r., III Kow 890/16, LEX nr 2201484.
- Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów – zasada prawna z dnia 18 października 1973 r., VI KZP 37/73, OSNKW 1973/12/151.
- Uchwała Sądu Najwyższego cała izba SN Izba Wojskowa z dnia 27 sierpnia 1977 r. (U 1/77) – Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie prawidłowego stosowania środków karnych przez sądy wojskowe, OSNKW 1977/10–11/110.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 11 lutego 2016 r., IV K 166/15, LEX nr 2070863.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 1971 r., I KR 22/71, LexisNexis nr 362023, OSNPG 1971, nr 7–8, poz. 115.
- Wyrok z dnia 20 września 2023 r. Sądu Administracyjnego we Wrocławiu II AKa 425/22, LEX nr 3636454.
- Wyrok z dnia 4 października 2018 r. Sądu Okręgowego w Gliwicach IV K 123/18, LEX nr 2669969.
- Wyrok z dnia 11 lipca 2013 r. Sądu Okręgowego we Wrocławiu IV Ka 537/13, LEX nr 1866963.
- Wyrok z dnia 13 stycznia 2016 r. Sądu Rejonowego w Kamiennej Górze, II K 4/15, LEX nr 1993380.
- Wyrok z dnia 5 maja 2015 r. Sądu Rejonowego w Lwówku Śląskim, II K 201/15, LEX nr 1864170.

### **Opracowania**

- Barczak-Oplustil, Agnieszka i Małgorzata Pycak-Górowska. 2021. Wprowadzenie. W: *Środki zabezpieczające. Ujęcie systemowe*, (red.) Agnieszka Barczak-Oplustil, Małgorzata Pycak-Górowska i Andrzej Zoll, 33–38. Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego.
- Belcastro, Philip A. i Leon C. Hays. 1984. Ergophilia... ergophobia... ergo... burnout? *Professional Psychology: Research and Practice* 15(2): 260–270. DOI: 10.1037/0735-7028.15.2.260.

- Buchała, Kazimierz. 1994. W: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, (red.) Kazimierz Buchała, 391. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Cieply, Filip. 2004. Filozoficzne aspekty regulacji nieleczniczych środków zabezpieczających w polskim kodeksie karnym z 1932 r. W: *Problemy derżawotworennia i zachystu praw ludyny w Ukraini. Materiały X rehionalnoji naukowo-praktycznoji konferenciji (5–6 lutoho 2004 r.)*, 130–134. Lwiv. <https://www.kul.pl/files/19/Dorobek/FCieplySrodkiZabezpieczajace.pdf>. Dostęp: 14.03.2024.
- Cieply, Filip. 2005. Środki zabezpieczające według koncepcji J. Makarewicza. W: *Prawo karne w poglądach Profesora Juliusza Makarewicza*, (red.) Alicja Grześkowiak, 289–304. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Długosz, Joanna. 2013. Obligatoryjna postpenalna izolacja sprawcy przestępstwa, *Prokuratura i Prawo* 7–8.
- Fiedorczyk, Piotr. 2000. Komisja Specjalna do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym jako próba przełomu w prawie karnym i wymiarze sprawiedliwości. W: *Przełomy wieków*, (red.) Maria Szyszkowska, 154–174. Białystok: Temida 2.
- Hołyst, Brunon. 1989. *Kryminologia*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Janicka, Danuta. 2015. Makarewicz a Liszt. Próba analizy porównawczej. *Czasopismo Prawno-Historyczne* 67(1): 107–128. DOI: 10.14746/cph.2015.68.1.07.
- Kalamán, Marek R. 2014. *Ośrodki przystosowania społecznego. Teoria i praktyka*. Dąbrowa Górnicza: Wydawnictwo Naukowe Akademii WSB.
- Kossowska, Anna. 1985. Problematyka pasożytnictwa społecznego: aspekty kryminologiczne. *Archiwum Kryminologii* 12: 113–118.
- Makarewicz, Juliusz. 1932. *Kodeks karny. Komentarz*. Lwów: Wydawnictwo Zakładu Narodowego im. Ossolińskich.
- Mazur, Ewelina. 2006. Problematyka relatywizacji modelu sądowego wymiaru kary w praktyce sądowej w kontekście prowadzonych badań empirycznych. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1: 95–119.
- Niewiadomska-Krawczyk, Magdalena. 2018. Ewolucja środków zabezpieczających w polskim prawie karnym. *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* 50: 39–66. DOI: 10.19195/2084-5065.50.4.
- Ostrihanska, Zofia i Irena Rzeplińska. 1988. Funkcjonowanie ustawy o postępowaniu wobec osób uchylających się od pracy – wyniki badań. *Archiwum Kryminologii* 15: 95–152.
- Patulski, Andrzej. 2022. Wolność pracy w kapitalizmie. W: *Między ideowością a pragmatyzmem – tworzenie, wykładnia i stosowanie prawa. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Małgorzacie Gersdorf*, (red.) Barbara Godlewska-Bujok, Eliza Maniewska, Wojciech Ostaszewski, Michał Rączkowski, Krzysztof Rączka i Aleksandra Ziętek-Capiga, 506–521. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Pyrcał-Górowska, Małgorzata. 2021. Ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób. W: *Środki zabezpieczające. Ujęcie systemowe*, (red.) Agnieszka Barczak-Oplustil, Małgorzata Pyrcak-Górowska i Andrzej Zoll, 607–625. Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego.
- Szamota, Barbara. 1985. Problematyka pasożytnictwa społecznego: aspekty prawne. *Archiwum Kryminologii* 12: 101–112.

- Szczepaniec, Maria. 2021. Charakter prawny postpenalnych środków zabezpieczających. *Prawo i Więź* 3(37): 177–189.
- Śliwowski, Jerzy. 1972. Ośrodek przystosowania społecznego i ocena jego funkcji. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 4: 237–252.
- Tobis, Aleksander. 1974. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. *Palestra* 18/1(193).
- Wróbel, Włodzimierz. 2016. W: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53–116*, wyd. V, (red.) Włodzimierz Wróbel i Andrzej Zoll, 97–103. WK 2016, LEX, dostęp: 14.03.2024.

### **Źródła internetowe**

- „Tygodnik Powiatowy” 1928 z 11.02, nr 6, <http://www.sbc.org.pl/Content/177727/iii302945-1928-06.pdf>, dostęp: 14.03.2024.
- Zbiór ustaw, przepisów, instrukcyj i t.d. administracyjnych w Królestwie Galicyi i Lodomeryi z Wielkiém Księstwem Krakowskiém: obowiązujących do użytku Zwierzchności gminnych, przełożonych obszarów dworskich, Pisarzy gminnych i t.d. przy załatwianiu czynności wpływających z własnego i poruczonego zakresu działania według Ustawy gminnej i Ustawy o obszarach dworskich z d. 12 Sierpnia 1866 r, poświęcił rodakom i własnym nakładem wydał Jan Rudolf Kasperek, c.k. Naczelnik powiatowy, Kraków 1866*, [https://play.google.com/books/reader?id=MK2jBTR\\_vsC&pg=GBS.PA6&hl=pl](https://play.google.com/books/reader?id=MK2jBTR_vsC&pg=GBS.PA6&hl=pl), dostęp: 14.03.2024.

Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

ORIGINAL ARTICLE  
received 2024-02-28  
accepted 2024-09-20  
published online 2024-12-13



**European Union law requirements  
related to the restitution of properties**  
*– does or under what conditions does the EU law require  
in practice the payment of a market-based compensation,  
and can that be enforced by EU law?*

**Wymogi prawa Unii Europejskiej w kwestii zwrotu majątku**  
*Czy i pod jakimi warunkami prawo UE wymaga w praktyce  
wyłaty rekompensaty rynkowej, i czy można to narzucić prawem unijnym?*

RÓBERT SZUCHY

Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary  
ORCID: 0009-0001-7592-0827, [Szuchy.Robert@kre.hu](mailto:Szuchy.Robert@kre.hu)

ÁGOSTON KOROM

Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary  
ORCID: 0009-0005-0121-3432, [korom.agoston@kre.hu](mailto:korom.agoston@kre.hu)

**Citation:** Szuchy, Robert. Agoston Korom. 2024. European Union law requirements related to the restitution of properties – does or under what conditions does the EU law require in practice the payment of a market-based compensation, and can that be enforced by EU law? *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 159–175. DOI: 10.25167/osap.5430.

**Abstract:** The present paper addresses a specific issue, and analyses a concrete example in that regard, which issue arises almost exclusively in the former socialist countries: what requirements are determined by EU law in relation to the restitution of property expropriated in the concerned countries between 1945 and 1990?

The principle of the free movement of capital particularly prohibits discrimination based on nationality. The general principles of EU law and the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union determine further requirements which Member States must take into account where the restitution measures they introduce implement EU law.

In principle, EU law does not require that the compensation paid in the framework of restitution measures take the market value of the concerned real property into account. In its response given to the question of a written answer, the European Commission outlined

also the manner in which the general principles and property rights should be considered where restitution measures are taken. The present paper covers also the analysis of whether the Romanian measure used as an example herein is compatible with the requirements prescribed by EU law, i.e. whether or not EU law requires the payment of market-based compensation in certain cases. This paper addresses also the access to and possible hindrances of the enforcement of the rights of the applicants deriving from EU law.

**Keywords:** EU requirements for the restitution of immovable property, requirements laid down by general principles of EU law, principle of legitimate expectations, principle of equal treatment, *ratione temporis* scope of EU law, requirement of a cross-border element, European Commission's answer to a written question

**Abstrakt:** Niniejszy artykuł zajmuje się szczególnym obszarem oraz analizuje powiązany z nim konkretny przykład, a mianowicie problemem, który prawie wyłącznie powstaje w byłych krajach socjalistycznych: Jakie wymagania są określone przez prawo Unii Europejskiej w związku ze zwrotem majątku wywłaszczonego w tych krajach między 1945 a 1990?

Zasada nieskrępowanego przepływu kapitału, w sposób szczególnie zakazuje dyskryminacji ze względu na narodowość. Ogólne zasady prawa unijnego i założenia Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej określają dalsze wymogi jakie państwa członkowskie muszą wziąć pod uwagę tam, gdzie warunki zwrotu własności, jakie wprowadzają, wcielają w życie prawo Unii Europejskiej.

Z zasady, prawo Unii Europejskiej nie wymaga żeby rekompensata wypłacana w ramach środków określających zwrot majątku miała brać pod uwagę wartość rynkową danej nieruchomości. W swojej odpowiedzi na prośbę o pisemną wykładnię, Komisja Europejska określiła również sposób w jaki ogólne zasady i prawa własności powinny być rozważane kiedy podejmowane są kroki w kwestii zwrotu majątku. Niniejszy artykuł zawiera także analizę przypadku Rumunii, w odpowiedzi na pytanie czy środki jakie zastosowano w tym przykładzie są kompatybilne z wymaganiami zaleconymi w prawie UE, tj. czy prawo unijne wymaga wypłacenia rynkowej wartości rekompensaty w niektórych wypadkach. W pracy rozważa się również dostęp do i możliwe utrudnienia egzekwowania praw wnioskodawców, które wywodzą się z prawa UE.

**Słowa kluczowe:** wymogi UE związane ze zwrotem nieruchomości, wymogi zawarte w ogólnych zasadach prawa UE, zasada uprawnionych oczekiwań, zasada równego traktowania, zakres *ratione temporis* prawa UE, wymóg elementu transgranicznego, odpowiedź na piśmie Komisji Europejskiej

## 1. Introduction

The answer that may be given to the question posed in the title above highlights the complexity of and unique approach to the subject. In principle, EU law does not require that the Member States provide compensation for the real property expropriated before they acceded to the European Union. In our opinion, neither does EU legislation prescribe any criteria regarding what property,



expropriated in which period should be covered by the possibly introduced compensation measures. In principle, partial compensation or compensation covering just a fraction of the expropriated properties does not violate EU law. Nevertheless, certain conditions may exist under which subsequent modification of the calculation of sums paid as compensation does not fulfil the requirements posed by EU law. In the present paper, we analyse a Romanian example in that regard. This paper will also address the enforcement in national jurisdiction of any possible claims of the applicants deriving from EU law.

## 2. Which EU Law provisions cover the restitution of property?

In its answer given to a written question (Reding, *E-011857/2013, answer to the question for a written answer*, 20 January 2014), the European Commission pointed out that the Member States are not bound by EU law to provide compensation for properties expropriated before they acceded to the European Union.

Nevertheless, according to the position of the European Commission, if a Member State, following its accession to the European Union, decides to provide compensation for properties expropriated before the accession, such a Member State must comply with EU law, particularly with the requirements of free movement of capital laid down in Article 63 TFEU<sup>1</sup> in the course of introducing the measures<sup>2</sup> aiming at the restitution.

Regarding the Member State's measures that fall within the scope of the EU law, national laws, as well as administrative practice and case-law, lie under EU control, yet when it comes to the issue of compensation, the answers provided by the European Commission seem to differentiate between laws, administrative practice, and case-law. According to the settled EU case-law, Member States cannot rely on Article 345 TFEU, which provides autonomy to the Member States regarding the regulation of ownership if they fail to comply with economic fundamental freedoms.

### 2.1. Applicability of the general principles of EU law as regards restitution

When implementing EU law, Member States must consider its general principles and the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the

---

<sup>1</sup> Settled case-law treats Directive 88/381/EEC as governing, even though it was repealed by the Treaty of Amsterdam. C-370/05.

<sup>2</sup> The present paper considers only the restitution measures related to real property.

European Union.<sup>3</sup> In such cases, the most important test of whether or not the measures taken (Pailler 2018: 126-127) by a Member State are lawful is the application of the general principles of EU law which may be enforced also before Member State courts (Blutman 2016: 103-109). In its response to the question for a written answer,<sup>4</sup> the European Commission stated that Member States, in relation to their measures aiming at the restitution of real property, must comply with the general principles of EU law,<sup>5</sup> and consider the right to property laid down in Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.<sup>6</sup> The issue of why the restitution measures of Member States would qualify as the implementation of EU law was not addressed in the European Commission's response.

Based on EU case-law, the European Commission's position cannot be clearly underpinned; however, several arguments can be put forward to support that restitution measures do constitute a specific case of implementing EU law. The present paper does not address this issue in any further detail, since a definitive answer thereto could only be given by a decision rendered by the Court of Justice of the European Union.

Restitution regulations covering real property do not fall under any of the three categories of situations recognised by settled case-law, where a Member State implements EU law. In the case of a Member State law on restitution, no source of EU law is applied directly, no EU law enables its implementation by the Member State, and there is no derogation or restriction justified by EU law that national law would introduce (i.e. the so-called derogation scenario can also be excluded).<sup>7</sup>

Nevertheless, it might still be maintained that a Member State implements EU law when introducing restitution regulations. In his opinion provided for the Teodor Ispas case,<sup>8</sup> Advocate General Michal Bobek analysed when and to what extent Member States implement EU law. The Advocate General explained that, based on objective criteria, the proximity between EU law and national law may be established also if the national law does not reflect EU law and the Member State enjoys wide discretion in the given field. Nonetheless, the Advocate General stressed<sup>9</sup> that the rule of the so-called functional necessity serves

---

<sup>3</sup> Opinion of the Advocate General, points C-489/10, 14-15.

<sup>4</sup> Request for a written answer: E-004616/2020.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> A precondition of applying EU law is that the restitution regulation is adapted in the Member State following its accession to the European Union.

<sup>7</sup> Opinion of the Advocate General, C-298/16, 23-43.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*

as a certain limitation to the general rule. Accordingly, all national regulations instrumental to the effective realisation of an EU law-based obligation on the national level will fall within the scope of EU law, unless that national rule is not reasonably necessary to enforce the relevant EU law.

In the case of restitution regulations, Member States clearly have a wide range of discretion, and the restitution laws do not reflect EU law. Functional necessity may be supported by the Commission's position stating that Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union protects the right to property by establishing a right to compensation for the deprivation of property in the general interest and under the conditions provided for by law.<sup>10</sup> This interpretation is underpinned also by that the provisions of the Charter seem increasingly to pull away from economic fundamental freedoms in the case-law of recent years.<sup>11</sup>

As mentioned before, it falls within the discretion of Member States to pay compensation that covers only a fraction of the market value of the expropriated real property. If the Commission's position stating that the Member States implement EU law when taking restitution measures is correct, then the general principles of EU law and the relevant provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union must be taken into account in the course of taking those measures.

## 2.2. The analysed Romanian restitution measure

In our present example, we analyse a Romanian restitution measure. In principle, Romanian law aims at restitution of expropriated real property in kind, failure of which may result in application of a monetary compensation. The value assessment of real property was regulated by an act of 2013, which also determined the sum of the payable compensation as a fraction of the market value of the real property.

In contrast, the act adopted in 2020 determined the payable compensation as a sum nearly at "market value". The applicability of this act was suspended by an emergency government decree for almost one year, and the act of 2013 became applicable to the payments concerned by the amendment.<sup>12</sup> We find it justified to examine the said amendment having regard to the EU principles

---

<sup>10</sup> Request for a written answer, E-004016/2020.

<sup>11</sup> *European Commission v Hungary*, Court of Justice of the European Union, 06.10.2020, C-66/18; *European Commission v Hungary*, Court of Justice of the European Union, 18.06.2020, C-78/18..

<sup>12</sup> *Legea pentru modificarea și completarea* 29.10.2020, *Legii nr. 165/2013*.

of legitimate expectation and equal treatment, as well as to the requirements posed by the property rights guaranteed in the Charter.

Based on the principle of equal treatment, comparable situations must not be treated differently and different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified. Based on the principle of legitimate expectation, the prospective amendment of existing laws must be examined. Property rights, *inter alia*, protect properties already acquired.

A Member of the European Parliament filed a request for a written answer to the European Commission<sup>13</sup> as regards the compliance of the legislative amendment outlined in the above example with EU law, specifically with the requirements of the general principles of Union law.

In its written answer,<sup>14</sup> the European Commission stressed that Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union protects property also in cases where a Member State protects property by “establishing a right to compensation”. This finding of the Commission leaves no doubt that if the applicants rely on EU law, the Member State court hearing the case must examine the amendment of law concerning property rights.

However, in its answer,<sup>15</sup> the Commission explained that “any modification of the national legislation on the calculation of compensation for the deprivation of property does not in itself constitute a breach of EU law.” In that regard, the Commission relied on the judgement rendered in the *Planatol* case,<sup>16</sup> where the Court of Justice of the European Union established that in connection with existing conditions that can be altered within the scope of a Member State’s discretion, the general principle of legitimate expectation cannot be relied on. Thus, to decide whether the findings of the Court of Justice established in the *Planatol* case can be applied to our present example, with particular regard to the circumstances of the case and the Member State’s discretion, the CJEU judgement relied on by the European Commission must be examined in detail.

The applicant manufactured a fuel of special composition which was used mainly in public transport. The field concerned is subject to Directive 2003/30. The legislator of the Member State terminated the reduced rates of tax as regards the product type produced by the manufacturer. Basically, the CJEU established its findings regarding two questions: Is the withdrawal of the tax exemption of the product manufactured by the plaintiff company compatible with the

---

<sup>13</sup> Request for a written answer, E-004016/2020.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Plantanol GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Darmstadt*, Court of Justice of the European Union, 10.09.2009, C-201/08.

Directive regulating the field, and does the withdrawal of tax exemption before its expiry date comply with the requirements posed by the principles of EU law?

With respect to the first question, the CJEU pointed out that although Directive 2003/30 does provide that the Member States should promote the use of biofuels, it also leaves them a wide discretion<sup>17</sup> regarding the measures to be adopted to attain the indicative targets.<sup>18</sup> In its judgement, the CJEU found that the Directive does not require the Member States to provide the concerned tax exemption, and noted that, in principle, the Member States are required to tax a product such as the one at issue; however, the Directive empowers the Member States to apply an exemption of taxation.<sup>19</sup>

According to settled case-law, as to the principles of legitimate expectation and legal certainty, it is for the court hearing the original case to determine whether the Member State laws are compatible with EU law.<sup>20</sup> The principles of legitimate expectation and legal certainty require the Member State laws to be clear and precise, and that their application is foreseeable to those subject to them.<sup>21</sup> According to the interpretation of the CJEU, the requirements of clarity, precision, and foreseeability were not violated, since the amendment was only for the future and therefore did not undermine the exemption obtained by the applicant, i.e. the amendment introduced did not concern the tax allowance the applicant had already taken advantage of.<sup>22</sup>

The principle of legal certainty does not prohibit legislative amendments, but it requires the legislator to take into account the particular situation of traders in case of modifying the legal instruments.<sup>23</sup> In the *Planatol* case,<sup>24</sup> it is for the Member State court hearing the original case to assess whether the new system introduced concurrently with the withdrawal of tax exemption provides sufficient advantages for the product in question.

Case-law allows any economic operator to rely on the principle of legitimate expectation, however, economic operators are not justified in having a legitimate expectation that an existing situation that is capable of being altered by

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, para 35.

<sup>18</sup> *Ibid.*, para 36.

<sup>19</sup> *Ibid.*, paras 39-40.

<sup>20</sup> *Ibid.*, paras 44-47.

<sup>21</sup> *Ibid.*, para 46.

<sup>22</sup> *Ibid.*, para 46.

<sup>23</sup> *Vereniging voor Energie, Milieu en Water and Others v Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie* Court of Justice of the European Union, 07.06.2005, C-17/03.

<sup>24</sup> *Plantanol GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Darmstadt*, Court of Justice of the European Union, 10.09.2009, C-201/08, para 50.

the national authorities in the exercise of their discretionary power will be maintained.<sup>25</sup> Member States enjoy wide discretion in the field of taxation, thus, concerning the principle of legitimate expectation, the withdrawal of the tax exemption at issue cannot be considered as unforeseeable.<sup>26</sup>

Based on the above, according to the CJEU, the legislative amendment at issue is compatible with EU law, since the objectives set by the Directive may be attained also by other means, and the requirements posed by the general principles of EU law were not violated either. Nonetheless, the CJEU,<sup>27</sup> just as in the judgement rendered in the *Goed Wonen* case,<sup>28</sup> found that it is for the national court to determine, in the course of an overall and specific assessment, whether the legitimate expectation of the economic operators covered by the rules concerned was duly respected.

### **2.3. Effects of the Plantanol judgment and comparability of the law at the issue**

To summarize the relevant facts of the judgement rendered in the *Plantanol* case: the secondary Union act regulating the field requires Member States to promote the use of the product at issue, yet, it does not require the objective to be attained by tax relief. On the contrary, Member States are required to tax products such as the one at issue in principle, but, under certain conditions, they may provide tax exemption.

EU law does not require that the Member States provide compensation, yet, if a Member State decides to provide compensation within the scope of *ratione materiae* of EU law, it must comply with the requirements of the free movement of capital,<sup>29</sup> the general principles of EU law,<sup>30</sup> and the right to property prescribed in Article 17 of the Charter.

The withdrawal of tax exemption before its expiry date is compatible with the principle of legal certainty if the introduced legislative amendment is clear, precise, and complies with the requirement posed by the principle of foreseeability. In the *Plantanol* case, the requirements of precision and clarity were met because, *inter alia*, the legislative amendment did not undermine the obtained

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, para 53.

<sup>26</sup> *Ibid.*, paras 53-55.

<sup>27</sup> *Ibid.*, para 57.

<sup>28</sup> *Stichting "Goed Wonen" versus Staatssecretaris van Financiën*, Court of Justice of the European Union, 26.04.2005. C-376/02.

<sup>29</sup> Request for a written answer, E-011857/2013.

<sup>30</sup> Request for a written answer, E-004016/2020.

results, i.e. the tax relief provided by the Member State and taken advantage of by the economic operators. However, the principle of legal certainty requires that the court hearing the original case examine whether the altered, new system provides sufficient advantages to the economic operators covered by it.

In our viewpoint, the requirements of precision and clarity are not met regarding the applicants to whom a reduced sum was paid due to the application of the emergency government decree, since that decree withdrew the payment of a higher amount of compensation ensured by the act adopted in 2020. As to our knowledge, no compensation is provided by the legislator for the amounts reduced by the emergency government decree.<sup>31</sup>

In its judgement rendered in the *Planatol* case, the CJEU confirmed that the principle of legitimate expectation may be relied on by any economic operator. In the fields where Member States enjoy a wide range of discretion, legislative amendments cannot be considered unforeseeable.

In its written answer,<sup>32</sup> the European Commission stressed that the protection of property rights provided by Article 17 of the Charter must be applied also to situations where a Member State decides to introduce laws regulating restitution. In the situations protected by the right to property and covered by the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the range of Member States' discretion is much narrower than the rather wide range of discretion they enjoy in the field of taxation. Consequently, in this field, legislative amendments cannot be considered unforeseeable by legal entities. Thus, the application of the principle of legitimate expectation cannot be precluded in these situations. The national court hearing the case, as explained in the *Planatol* case, must carry out an overall and specific assessment, including the examination of whether the legitimate economic interests of those concerned were duly respected by the legislative amendment.

In the light of the foregoing, it is worth reflecting on the answer of the European Commission concerning the application of the principle of legitimate expectation.<sup>33</sup> As mentioned earlier in this paper, according to the Commission, any modification of the national legislation on the calculation of compensation for the deprivation of property does not in itself constitute a breach of EU law. One has to agree with this statement, since for drawing any conclusions as regards legislative amendments, the circumstances and objectives, and the

---

<sup>31</sup> This requirement posed to Member States is not related to the principle of legal certainty exclusively, but may partially arise from the Directive covering the field.

<sup>32</sup> Request for a written answer, fn. 35.

<sup>33</sup> Request for a written answer, *ibid*.

situation of those covered by the amendment must be analysed, as well as the EU law concerning the given field.

However, in Footnote 1 of the Commission's answer, we find a reference to the judgement of the CJEU rendered in the Planatol case, formulated as follows: "On the absence of legitimate expectations following the prospective alteration of an existing situation by the national authorities in the exercise of its discretionary power, see" the judgement of the CJEU. In the footnote, the Commission, based on the judgement rendered in the Planatol case, first pointed out that reliance on the principle of legitimate expectation can be precluded in the case of alterations falling within the scope of the discretion of national authorities. The Commission's answer does not cover, *inter alia*, the examination of the extent to which the discretion of the Member State is reduced in the given situation due to the application of the right to property recognised also by the Commission.

Secondly, even though the Court of Justice of the European Union did not find that the legislative amendment introduced by the Member State violates the principle of legitimate expectation, it established that it is for the national courts to specifically assess whether the economic interests of those concerned were duly respected.

## 2.4. Principle of equal treatment

According to the Commission's answer, the amendment of laws related to the calculation of compensation must be assessed on the basis of the principle of legitimate expectation. However, the application of other general principles was not precluded by the Commission.<sup>34</sup>

In our viewpoint, it is particularly justified to analyse the legislative amendment at issue with regard to the requirements posed by the principle of equal treatment. Based on case-law, in applying the principle of equal treatment "the elements that characterise different situations and, accordingly, their comparability must in particular be determined and assessed in the light of the subject-matter and purpose of the EU act that makes the distinction in question."

In its judgement rendered in the *Industrie du bois de Vielsalm* case,<sup>35</sup> where the compliance of the support scheme regarding cogeneration plants with the principle of equal treatment was examined, the Court of Justice of the Europe-

---

<sup>34</sup> It should be noted that requests for written answers must comply, *inter alia*, with strict length requirements which may also be the reason why the Commission did not address the principle of equal treatment.

<sup>35</sup> *Industrie du bois de Vielsalm & Cie (IBV) SA v Région Wallonne*, Court of Justice of the European Union, 16.09.2013, C-195/12, para 50-53.



an Union found that the principle of equal treatment is violated by a different treatment if the situations concerned are comparable, having regard to all the elements which characterise them.

The CJEU found<sup>36</sup> that the elements which characterise different situations, and hence their comparability, must, in particular, be determined and assessed “in the light of the subject-matter and purpose of the European Union act which makes the distinction in question,” having regard also to the principles and objectives of the field.

As regards the justifiability of different treatment, the one-year suspension of the payment of the market price may be related to economic reasons.<sup>37</sup> However, based on settled case-law, reasons of a purely economic nature cannot constitute overriding reasons justifying a restriction of fundamental economic freedoms.<sup>38</sup> Accordingly, we do not see how the regulation examined in this paper could comply with the principle of equal treatment which precludes the different treatment of comparable situations.

Summarizing the above, the following can be ascertained: based on the answer given by the European Committee, the national court hearing the given case must examine whether the government decree at issue complies with the requirements posed by the right to property prescribed in Article 17 of the Charter.

The European Commission did not answer the question for a written answer concerning equal treatment or non-discrimination; however, it does not follow therefrom that the government decree examined in this paper would comply with this principle, particularly if the same concerned person received the payment of the market price or, when applying the government decree, only a fraction of the market price.

As regards the principle of legitimate expectation, the European Commission found that any modification of the national legislation on the calculation of compensation for the deprivation of property does not in itself constitute a non-compliance with the requirements posed by the principle of legitimate expectation. According to the Commission's position, those concerned cannot rely on the principle of legitimate expectation in connection with alteration of existing conditions if the Member State enjoys a wide range of discretion in the given field. The Commission relied on the judgement rendered in the

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> OUG 72/2020 - pentru a preîntâmpina impactul financiar negativ asupra bugetului de stat prin aplicarea de sancțiuni de către instanțele de judecată naționale și internaționale, pentru a permite statului român să își poată distribui într-un mod previzibil resursele financiare pe fondul situației determinate de răspândirea coronavirusului Sars-Cov-2,).

<sup>38</sup> *Andreas Ingemar Thiele Meneses v Region Hannover*, Court of Justice of the European Union, 24.10.2013, C-220/12, para 43.

Planatol case as an example, where the concerned Member State did enjoy a wide range of discretion.

In the example analysed in this paper, the Member State, unlike in the Planatol case, did not enjoy a wide range of discretion, all the less so as, according to the Commission's interpretation, property rights must be considered with restitution laws already introduced, which rights protect applicants where a Member State introduces restitution laws. According to the case-law of CJEU, the national court hearing the case must carry out a specific assessment of whether the legitimate interests of the applicants were duly respected also if the legislative amendment complies with the requirements posed by general principles based on the tests of the CJEU.

### 3. Enforceability of the rights deriving from EU Law

If it appears supportable that the legislative amendment analysed in this paper does not comply with the requirements posed by the general principles of EU law, and the national court hearing the case must carry out specific assessment based (Woehrling 2010: 297) on the criteria established by case-law, the enforcement of claims deriving from EU legislation may face further difficulties.

In its response to the request for a written answer, the European Commission,<sup>39</sup> in relation to the enforceability of rights related to restitution, explained that “national courts have a primary responsibility to ensure the adequate and effective enforcement of the rights stemming from EC law”. In practice, national courts prove to be the most suitable fora for enforcing the application of EU law in national legal systems.<sup>40</sup> However, the enforcement of rights before national (Loïc 2009: 14) courts is not without difficulties (Naomé 2010: 12). As regards our example, we address the following issues: application of the general principles before the national courts, enforcement of rights in the absence of a cross-border element, and the expanded interpretation of the *ratione temporis* scope of EU law.

#### 3.1. Enforcement of rights in reliance to the general principles of EU law

Even though the founding principles contain references to the general principles (Xenou 2017: 66-69) neither the primary nor the secondary Union acts

---

<sup>39</sup> Request for a written answer, E-005839/2018.

<sup>40</sup> Although public administration bodies must also do their utmost to enforce EU law (316/81), national courts are more suitable to enforce the primacy of EU law also due to their independence.

include the principles specifically.<sup>41</sup> Such absence may lead to difficulties in the enforcement of rights before the national courts. Thus, the analysis of legal literature and the relevant case-law bears particular significance.

When implementing EU law,<sup>42</sup> Member States must take the general principles of EU law into account.<sup>43</sup> According to Denys Simon, the general principles of EU law may, in a certain sense, be considered those of super normative nature and must be taken into account also by bodies of the European Union (Symon 2003:126) introducing or implementing the law.

According to the case-law of the Court of Justice of the European Union, EU law prevails over Member State law, regardless of whether the latter was introduced before or after the taking effect of the Union act, and of whether it is a written or unwritten act.<sup>44</sup> Lamprini Xenou points out (Xenou 2017: 265) that the compliance with the general principles is held as a test for assessing the lawfulness of Member State law by the Court of Justice of the European Union in each case.<sup>45</sup>

Lamprini Xenou (Xenou 2017: 300) adds that the enforcement of the general principles of EU law against national law may cause difficulties in practice. French courts started to take the general principles into account with decades of delay (Xenou 2017: 106-111). According to the case-law of the Court of Justice of the European Union, Member States must also seek an interpretation of national law that is in accordance with the general principles of EU law.<sup>46</sup> Lamprini Xenou notes that all Union acts must also be interpreted in the light of the general principles of EU law (Xenou 2017: 31), including all secondary Union acts and the provisions of the founding treaties.<sup>47</sup> The compliance of

---

<sup>41</sup> Basically, the general principles are not codified due to that reason, in order to, inter alia, maintain their flexibility.

<sup>42</sup> fn. 35.

<sup>43</sup> *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, Court of Justice of the European Union, 13.02.2013. C-617/10.

<sup>44</sup> *Flaminio Costa c/E.N.E.L.* 6/64, Court of Justice of the European Union, *Flaminio Costa c/E.N.E.L.* C-15.07.1964. 6/64.

<sup>45</sup> *Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Court of Justice of the European Union, 13.07.1989, C-5/88; *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others*, Court of Justice of the European Union, 18.06.1991, C-260/89; *Friedrich Kremzow v Republik Österreich*, Court of Justice of the European Union, 29.05.1997, C-299/95, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich*, Court of Justice of the European Union, 12.06.2003, .C-112/00.

<sup>46</sup> *M.M. v Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland*, Court of Justice of the European Union, 22.11.2012. C-277/1.

<sup>47</sup> *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Court of Justice of the European Union, 14.10.2024. C-36/02, *Eugen Schmidberger, Internationale*

a Member State's law with the requirements posed by the general principles of EU law may also be subject to the preliminary ruling procedure (Simon-Soulard-Rigaux-Rodolphe 2011: 19-87).

### 3.2. Cross-border element

In the scope of implementing the economic fundamental freedoms, a precondition of the application of EU law, inter alia, is that the concerned case includes a cross-border element. In principle, the absence of such element precludes the reliance on EU law in the concerned legal dispute.

In the case-law of the Court of Justice of the European Union,<sup>48</sup> at least one exception is known to the "requirement" of a cross-border element. In its judgement rendered in the *Hans Reisch* case, the CJEU assessed a Member State law on real property based on the EU requirements posed by the free movement of capital. It should be stressed that even though all the elements of the original case were situated within the same Member State, the national court hearing the case turned to the CJEU with a request for a preliminary ruling, and the CJEU gave a relevant answer to the question posed.

In his opinion prepared for the case, Advocate General M.L.A. Geelhoed referred to that the CJEU assesses also the cases where no cross-border element can be found.<sup>49</sup> In his opinion, the Advocate General also mentioned that<sup>50</sup> the answer given by the CJEU may be useful in such cases since these judgements facilitate the exercise of their rights deriving from EU law for those residents in another Member State. Furthermore, the Advocate General<sup>51</sup> referred to the reverse discrimination,<sup>52</sup> which would have a negative impact on the Member State's residents if EU law was not applied in their case in the absence of a cross-border element.

It should be noted that at the time the judgement was rendered in the *Reisch* case, the Austrian Republic had just become a Member State of the EU a

---

*Transporte und Planzüge v Republik Österreich*, Court of Justice of the European Union, 12.06.2003, C-112/00.

<sup>48</sup> *Hans Reisch and Others (joined cases C-515/99 and C-527/99 to C-540/99) v Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg and Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg and Anton Lassacher and Others (joined cases C-519/99 to C-524/99 and C-526/99) v Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg and Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg*, Court of Justice of the European Union, 05.03.2002. C-515/99.

<sup>49</sup> Opinion of the Advocate General, C-515/99, paras 21-23.

<sup>50</sup> *Ibid.*, paras 82-88.

<sup>51</sup> *Ibid.*, para 87.

<sup>52</sup> The case of discrimination a rebour is also addressed by literature (Bluman-Dubouis 2019: 127).

few years earlier, and Austria, just like Hungary, was concerned about buyers arriving from other countries due to lower real estate prices. The same can be said as regards Romania: the high proportion of foreign citizens amongst the owners of agricultural lands is well known, and foreign acquisitions have most likely not come to an end yet.

### 3.3. *Ratione temporis*

One of the most important preconditions of the application of Article 63 TFEU guaranteeing the free movement of capital is that the Member State laws on restitution take effect following the accession to the European Union.<sup>53</sup>

However, there are significant exceptions to the above general rule in EU case-law. For example, the judgement rendered by the CJEU in the *Stephen Austin Saldanha* case,<sup>54</sup> when the court hearing the original case rendered a decision<sup>55</sup> before Austria's EU accession, which did not comply with the criteria posed by EU law. Following the accession of Austria, the applicant filed an appeal against that decision, after which the court hearing the case turned to the Court of Justice of the European Union.

It should be stressed that all the elements of the procedure had occurred before Austria's accession, including the decision of the Austrian court which obligated the applicant of the original case to pay a *cautio judicatum solvi* not compliant with EU law. However, the fact that all elements of the legal dispute had occurred before the accession of the given Member State to the EU did not hinder the CJEU in the application of EU law. The CJEU pointed out that EU law applies to the future effects of situations arising before the new Member State acceded to the European Union.<sup>56</sup>

As regards Romania, we know of many cases that have been pending for decades,<sup>57</sup> and in a significant number of which cases proceedings had started before Romania acceded to the EU. By analogy with the above judgement, in the case of applications that had been filed before the Member State acceded

---

<sup>53</sup> In its responses to requests for written questions, the European Commission repeatedly confirms the requirement of temporal scope.

<sup>54</sup> *Stephen Austin Saldanha and MTS Securities Corporation v Hiross Holding AG*, Court of Justice of the European Union, 02.10.1997. C-122/96.

<sup>55</sup> On 22 November 1994; the Austrian Republic became a Member State of the European Union on 1 January 1995.

<sup>56</sup> *Stephen Austin Saldanha and MTS Securities Corporation v Hiross Holding AG*, Court of Justice of the European Union, 02.10.1997. C-122/96, para 13.

<sup>57</sup> Based on the conference held by KJI on the subject.

to the European Union, yet where the administrative or court decisions are rendered after the EU accession, EU law applies.

#### 4. Summary

The measures introduced on the restitution of real property, following the EU accession of a Member State, fall within the scope of free movement of capital which precludes primarily any discrimination based on nationality. According to the European Commission's position, as regards the restitution measures introduced by Member States, the right to property prescribed in Article 17 of the Charter must be applied, as well as the general principles of EU law.

The example analysed in this paper shows that, in certain situations, as a derogation from the general rule, EU law may require payment of market-based compensation. A definitive answer to the question of whether the legislative amendment analysed in this paper complies with the right to property prescribed in Article 17 of the Charter, and with the principles of equal treatment and legitimate expectation, could be given by a judgement rendered by the Court of Justice of the European Union.

The complexity and the novelty in the jurisdiction of the relationship between restitution and EU law, as well as the difficulties arising in connection with the enforceability of the general principles before courts (Coutron 2014: 17-19), does not make the applicants' situation any easier in procedures pending before Romanian courts. Based on EU case-law, the applicability of EU law in the cases where applications had been filed before Romania acceded to the EU but are adjudged after that appear to be clear. Case-law has not yet been settled as regards the cross-border element, thus, only a judgement rendered by the CJEU could decide whether only Romanian citizens may rely on EU law.

#### References

- Blumann, Louis and Claude Dubouis. 2019. *Droit matériel de L'Union européenne*. Paris: Montchrestien.
- Blutman, László. 2016. Az Alapjogi Charta és az uniós jog határa. In. *Ünnepi kötet Dr. Czucz Ottó egyetemi tanár 70. születésnapjára*, 103-109. Szeged: Szegedi Tudományegyetem ÁJK.
- Coutron, Laurent. 2014. *L'irrénisme des cours européennes, rapport introductif, L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée?*. Bruxelles: Bruylant.
- Denys, Simon. 2003. *Le système juridique Communautaire*. Paris: Presses Universitaires de France – P.U.F.
- Azoulai, Loïc. 2009. Por un droit de l'exécution de l'Union européenne. In *Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne, L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes*

- communautaires et droits nationaux*, (ed.) Jacqueline Duheil de la Rochere, 14. Bruxelles: Bruylant.
- Kurucz, Mihály. 2015. Gondolatok a magyar földforgalmi törvény uniós feszültségpontjainak kérdéseiről. In: *A Magyar Tudomány Napja a Délvidéken*, (ed.) János Szalma. Novi Sad.
- Naomé, Caroline. 2010. *Le renvoi préjudiciel en droit européen*,. Bruxelles: Larcierm.
- Pailler, Ludovic. 2018. L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux. In *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, (ed.) L. Clément-Wilz, 126-127. Bruxelles: Bruylant.
- Woehrling, Jean-Marie. 2010. *L'état actuel et perspectives du droit administratif européen*. (ed.) Jürgen Schwarze, 297. Bruxelles: Bruylant.
- Simon, Denys, Christophe Soulard, Anne Rigaux, and Rodolphe Munoz (eds.). 2011. *Contentieux de l'Union européenne* 3. France: Sa Lamy. 19-87.
- Szilágyi, János Ede. 2016. Acquisition of the ownership of agricultural lands in Hungary, taking the EU's and other countries' law into consideration. *Zbornik Radova* 50.
- Szilágyi, János Ede. 2019. The changing concept of rural community and its importance in connection with the transfer of agricultural land. *Zbornik Radova* 53: 633.
- Xenou, Lamprini. 2017. *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*. Paris:Larcier.





Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

ORIGINAL ARTICLE  
received 2024-01-23  
accepted 2024-04-04  
published online 2024-11-21



## Podatek od nieruchomości z perspektywy praktyki stosowania prawa oraz kierunków zmian

The real estate tax from the perspective of law application practice  
and directions of changes

PAWEŁ ŚWITAL

Uniwersytet Radomski im. Kazimierza Pułaskiego  
ORCID: 0000-0002-7404-5143, p.swital@uthrad.pl

PIOTR KOBYLSKI

Uniwersytet Radomski im. Kazimierza Pułaskiego  
ORCID: 0000-0002-0345-904X, p.kobylski@uthrad.pl

**Citation:** Śwital, Paweł i Piotr Kobylski. 2024. Podatek od nieruchomości z perspektywy praktyki stosowania prawa oraz kierunków zmian. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 177–193. DOI: 10.25167/osap.5387.

**Abstract:** This study is devoted to the issue of real estate tax seen from the perspective of the practice of applying law and directions of changes. The thesis of the work is based on the statement that the precise definition of essential elements of the levy relationship in the Act guarantees, on the one hand – the taxpayer’s legal security and, on the other hand – security in running an independent financial policy. The question arises whether the legislator provided municipal governments with appropriate sources of financing their tasks assigned by law. The main purpose of the study is to describe the most important source of the commune’s own income from the point of view of the correctness of legislative solutions. This study proves that failures of local governments result in a loss of income, but to a marginal extent compared with the losses caused by violation of the legislative standard applicable to levy law. In order to implement the authors’ intentions, the dogmatic method was used, which is considered the leading research method in legal sciences.

**Keywords:** real estate tax, own income, conceptual apparatus, subject of taxation, financial independence

**Abstrakt:** Niniejsze opracowanie zostało poświęcone zagadnieniu podatku od nieruchomości z perspektywy praktyki stosowania prawa oraz kierunków zmian. Teza pracy opiera się na stwierdzeniu, że precyzyjne określenie istotnych elementów stosunku daninowego w ustawie gwarantuje z jednej strony bezpieczeństwo prawne podatnika, a z drugiej – bezpieczeństwo w prowadzeniu samodzielnej polityki finansowej. Powstaje pytanie, czy prawodawca zapewnił samorządom gminnym odpowiednie źródła finansowania do przypisanych ustawowo zadań. Głównym celem opracowania jest więc opisanie najistotniejszego źródła dochodów własnych gminy z punktu widzenia poprawności rozwiązań legislacyjnych. Niniejsze opracowanie dowodzi, że uchybienia samorządów powodują utratę dochodów, lecz w stopniu marginalnym na tle ubytków spowodowanych naruszeniem standardu legislacyjnego właściwemu prawu daninowemu. W celu realizacji zamierzeń autorów wykorzystana została co do zasady metoda dogmatyczna, którą uznaje się za wiodącą metodę badawczą w naukach prawnych.

**Słowa kluczowe:** podatek od nieruchomości, dochód własny, aparatura pojęciowa, przedmiot opodatkowania, samodzielność finansowa

## 1. Wprowadzenie

Jak trafnie zauważa A. Hanusz, model dochodów samorządu gminnego powinien dawać co prawda swobodę wykorzystania środków na finansowanie zadań publicznych, ale ich realizacja wymaga odpowiedniego podziału, zgodnie z potrzebami społeczności lokalnych (Hanusz [red.] 2015: 19–20). Powstaje więc pytanie, czy prawodawca zapewnił samorządom gminnym odpowiednie źródła finansowania do przypisanych ustawowo zadań. W konsekwencji z jednej strony nie można pomijać sfery finansowo-redystrybucyjnej, która pełni istotną rolę dla tworzenia i realizacji budżetu (Śwital, Głębicka [red.] 2016: 69–70), jednak z drugiej strony obowiązujące przepisy utrudniają samorządom dostęp do właściwych źródeł finansowania. Z dużą ostrożnością należy więc podejść do poglądu o poprawnie działającym modelu finansowania jednostek samorządu terytorialnego. Aby uzasadnić zajęte stanowisko, warto posłużyć się poglądem L. Etela: „należy żałować, że tak stabilny jest jeden z najgorszych aktów prawa podatkowego, który miał być jedynie regulacją przejściową, obowiązującą do czasu zreformowania systemu podatków i opłat samorządowych. Jej obowiązywanie świadczy o tym, że nie został w Polsce opracowany [...] – docelowy model opodatkowania, w którym swoje miejsce znalazłyby podatki i opłaty zasilające budżety lokalne” (Etel 2011: 200).

Niniejsze opracowanie zostało poświęcone zagadnieniu, które na przestrzeni ostatnich lat wykazuje się brakiem przywołanej stabilności – podatku od nieruchomości. Podjęta problematyka została omówiona z perspektywy praktyki stosowania prawa oraz kierunków zmian. Muszą one nastąpić zwłaszcza w kontekście wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2023 r.

(sygn. akt SK 14/21). Spójność systemu prawa nakazuje odrzucić koncepcje zastosowania rozumowania na zasadzie *per analogiam*. Poza tym najpierw należy ustalić przedmiot opodatkowania, a w dalszej kolejności podstawę opodatkowania. W rezultacie wyliczenie podatku od nieruchomości nie powinno rodzić większych problemów. Praktyka pokazuje jednak, że jest odwrotnie, albowiem wielokrotnie można się spotkać z problemami dotyczącymi określenia przedmiotu opodatkowania (sygn. akt I SA/Rz 525/14; SK 13/15; I SA/Rz 78/16; I SA/Gd 1043/18; I SA/Ke 485/21). W licznych przypadkach spór podatnika z organem podatkowym dotyczy aparatury pojęciowej przyjętej w Ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (dalej: u.p.o.l., ustawa o podatkach i opłatach lokalnych), pozwalającej na przekroczenie granic wykładni językowej (Pahl 2010: 68–77; Radzikowski 2012: 66–74; Koślicki 2022: 27–35; Bojarski 2023: 30–36).

Niniejsze opracowanie stanowi kolejny głos w dyskusji (Brzeziński, Morawski 2012; Etel 2019; Kałużny 2020; Pahl, Gorgol [red.] 2020) dotyczącej charakteru podatku od nieruchomości jako źródła dochodów własnych gmin, w sposób szczególnie jednak został położony akcent na jego wydajność. Mając powyższe na uwadze, należy sformułować istotną dla niniejszego opracowania hipotezę, zgodnie z którą precyzyjne określenie istotnych elementów stosunku daninowego w ustawie gwarantuje z jednej strony bezpieczeństwo prawne podatnika, a z drugiej strony bezpieczeństwo w prowadzeniu samodzielnej polityki finansowej.

W celu realizacji zamierzeń autorów będzie wykorzystywana co do zasady metoda dogmatyczna, którą uznaje się za wiodącą metodę badawczą w naukach prawnych.

## 2. Podatek od nieruchomości dochodem własnym gmin

Podatek od nieruchomości jest, obok podatku rolnego i leśnego, podatkiem majątkowym, obciążającym posiadanie nieruchomości (art. 4 u.p.o.l.; Krok 2010: 13–14). W literaturze przedmiotu wskazuje się, że same nieruchomości, dzięki określonym właściwościom, takim jak stałość w miejscu czy trwałość w czasie, stały się atrakcyjnym przedmiotem opodatkowania (Slack 2012: 70–75). Zatem nie powinien dziwić fakt, że podatek od nieruchomości jest zasadniczym źródłem dochodów własnych gmin w Polsce. Przychody z tego tytułu w 2022 r. wyniosły ok. 27,5 mld zł i stanowiły 17,6% dochodów własnych jednostek samorządu terytorialnego (Ministerstwo Finansów 2022). Jak trafnie zauważa E. Urbaniak, większa wysokość dochodów własnych determinuje większą samodzielność finansową samorządu (Urbaniak 2023: 94). Wprawdzie nie istnieje normatywna definicja pojęcia „dochód własny”, jednak w piśmien-

nictwie szeroko omówiono jego cechy zasadnicze (Pest 2015: 335; Dębowska-Romanowska 2010: 245–246). Przede wszystkim jest to ustawowe przekazanie samorządom tytułu prawnego do określonego źródła dochodów (art. 1c u.p.o.l.). Kolejną cechą jest związanie realizacji zadań własnych z wydajnością fiskalną danego źródła dochodów (art. 5 u.p.o.l.). Obdarzony w przywołane elementy podatek od nieruchomości powinien zatem w zdecydowany sposób wspomagać samorządy w uniezależnianiu się od władzy centralnej, od której zależy skala przyznanej subwencji ogólnej i dotacji. W piśmiennictwie wskazuje się, że wysoka inflacja zmotywowała samorządy gminne do zmodyfikowania wartości opodatkowania, by utrzymać wpływy budżetowe w podobnej wysokości do lat ubiegłych („Tygodnik Gospodarczy PIE” 2023). Mimo to wciąż utrzymuje się tendencja odstępowania od stosowania stawek maksymalnych – udziela się ulg, zwolnień, umorzeń oraz obniża stawki od wybranych kategorii nieruchomości (Swianiewicz, Neneman, Łukomska 2013: 30). W tym miejscu warto przypomnieć, że z analizy danych z lat 2007–2021 wynika, że dochody z podatku od nieruchomości pozwalają w istotnym zakresie pokryć wydatki gmin miejskich oraz miejsko-wiejskich – podatek ten stanowił 10–13% wydatków ogółem, 19–23% dochodów własnych oraz 9–13% dochodów ogółem gmin (Felis 2023: 37).

W literaturze przedmiotu (Koślicki 2022) sygnalizuje się także problem braku odpowiedniej kontroli przez organy podatkowe rozliczeń podatku od nieruchomości, gdy tymczasem dla porównania wpływy z podatku od nieruchomości stanowią dla gmin ponad 50 procent wpływów z podatku dochodowego od osób prawnych (Dz.U. 2022, poz. 2587 ze zm.) oraz około 35 procent wpływów z podatku dochodowego od osób fizycznych (Dz.U. 2022, poz. 2647 ze zm.). To w gruncie rzeczy zrozumiałe, że wątpliwości interpretacyjne będą generować wysokie ryzyko dopłat z tytułu zaległego podatku. Niepokojące stało się zjawisko, które ukształtowało się w związku z tym na przestrzeni ostatnich lat – gminne organy podatkowe nie dokonują kontroli rozliczeń podatkowych. Z raportu Najwyższej Izby Kontroli z realizacji dochodów z podatku od nieruchomości i podatku od środków transportowych przez gminy z terenu województwa kujawsko-pomorskiego w latach 2019–2021 (z pierwszego kwartału) wynika, że w 8 z 15 kontrolowanych gmin organy podatkowe nie przeprowadziły u podatników żadnych kontroli podatkowych, natomiast w pozostałej części dokonywano ich sporadycznie (Najwyższa Izba kontroli 2021). Co ciekawe, zamiast kontroli w zakresie podatku od nieruchomości przeprowadza się chętniej postępowania podatkowe. Wynika to z konstrukcji zobowiązania w podatku od nieruchomości. O wiele łatwiej jest w przypadku osób fizycznych podać w wątpliwość rozliczenie bazujące na decyzji ustalającej, kiedy w toku postępowania podatkowego można wprost uzyskać wysokość takiego zobowiązania. W przypadku osób prawnych ewentualna kontrola podatkowa kłóci się nierząd-

ko z ekonomiką procesową, skoro kończy się ona z dniem doręczenia protokołu. Z kolei podatnik może nie wziąć go pod uwagę. Nie zmienia to jednak ogólnej konkluzji, że bierność organów podatkowych w przedmiocie systematycznej kontroli może zachęcać wręcz do uchylania się od opodatkowania, tworząc w tym zakresie istotną lukę w budżecie samorządu gminnego (Morawski, Kałużny [red.] 2022: 5–19). Poza tym w sytuacji wątpliwości co do istniejącego stanu faktycznego, brak kontroli u podatnika może zakończyć się nieprawidłowym obliczeniem kwoty podatku na niekorzyść podatnika, zwłaszcza w przypadku danych o powierzchni użytkowej budynków, które pozyskuje się przede wszystkim z deklaracji podatników.

Dziwi więc takie podejście samorządów, jeśli się ma świadomość, że kompetencje: do kształtowania wysokości, do poboru, do prowadzenia egzekucji i swobodnego dysponowania podatkiem mają umacniać ich samodzielność. Poza tym samorządowa polityka podatkowa wiąże się z obowiązkiem ustalenia zhierarchizowanych celów, metod oraz instrumentów ich realizacji, by pozwolić zaspokoić potrzeby społeczne w zakresie korzystania z dóbr i usług publicznych, niezależnie od zagwarantowania stabilnego rozwoju społeczno-gospodarczego na szczeblu lokalnym (Śmiechowicz 2021: 62–69).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalił się pogląd, że art. 167 ust. 3 Konstytucji RP ma dwojakie znaczenie prawne. „Przede wszystkim traktować go należy jako przepis gwarantujący gminom odpowiedni poziom dochodów, pozwalający im na realizację konstytucyjnie wyznaczonych zadań [...], a także zastrzegający formę ustawy dla określenia źródeł tych dochodów. Oznacza to, że na poziomie ustawowym muszą zostać sformułowane wszystkie rozstrzygnięcia podstawowe dla wyznaczenia rodzaju i charakteru prawnego poszczególnych źródeł dochodów, a tym samym – także rozstrzygnięcia wyznaczające sposób ustalania wysokości tych dochodów” (Zubik 2008: 646).

Nie do przyjęcia jest zatem sytuacja, w której niemożliwe jest *de lege lata* zrekonstruowanie przedmiotu opodatkowania podatkiem od nieruchomości na podstawie przepisów ustawy podatkowej, przez co podatnicy nie wiedzą, czy podlegają w danym stanie faktycznym opodatkowaniu, czy też nie (sygn. akt S 3/20). Nie pomaga z pewnością także wadliwe obniżanie górnych stawek podatkowych, brak efektywnej kontroli podatku i związana z tym utrata w dochodach.

### **3. Aparatura pojęciowa przyjęta w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych**

W najszerszym ujęciu źródłem prawa do podatku od nieruchomości, jak już wspomniano, jest ustawa o podatkach i opłatach lokalnych. Kluczowa dla roz-

budowanych rozważań jest analiza aparatury pojęciowej przyjętej w powyższym akcie normatywnym. Dla niniejszego opracowania warto przyrzeć się przepisom ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, które definiują pojęcie budynku oraz budowli. Warto już w tym miejscu zasygnalizować, że dotychczasowe pojęcie budowli na kanwie ustawy o podatkach i opłatach lokalnych utraciło moc z dniem 10 lipca 2023 r. na podstawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2023 r. (sygn. akt SK 14/21), o którym mowa była na wstępie niniejszego opracowania.

W art. 1a ust. 1 pkt 1 u.p.o.l. została zawarta definicja budynku. W rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (dalej: Pr. bud., Prawo budowlane) jest to obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz ma fundamenty i dach. Zatem, jak trafnie dostrzega R. Dowgier, obiekty, które pozbawione są przegród (ścian), jak choćby różnego rodzaju wiaty, nie mogą zostać opodatkowane tytułowym podatkiem jako budynki (Dowgier, Etel, Liszewski, Pahl 2021, LEX). Z kolei do wydania wspomnianego orzeczenia TK budowla była rozumiana jako obiekt budowlany w rozumieniu przepisów prawa budowlanego niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, a także urządzenie budowlane w rozumieniu przepisów prawa budowlanego związane z obiektem budowlanym, które zapewnia możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Jeśli chodzi o pogląd TK z ostatnich lat w tym zakresie, to można byłoby go ograniczyć do stwierdzenia, że opodatkowanie obiektu budowlanego jako budowli jest możliwe wyłącznie wówczas, kiedy taki obiekt został *expressis verbis* wymieniony w Prawie budowlanym jako budowla. Z tego względu *contra legem* w ujęciu TK jest możliwość wnioskowania eliminacyjnego, które zakładałoby kwalifikowanie obiektu budowlanego jako budowli w przypadku nieposiadania przez obiekt którejś z wymaganych cech budynku (sygn. akt SK 48/15). Więcej należałoby oczekiwać od Trybunału niż tylko refleksji, że skoro budowla nie może być budynkiem, to budynek nie może być budowlą (sygn. akt SK 48/15).

Analiza tych dwóch pojęć prowadzi do wniosku, że dotychczas fundamentalne znaczenie dla ich objaśnienia miało pojęcie obiektu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego. Oznacza to, że określony obiekt budowlany podlega opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości, o ile jest obiektem budowlanym na mocy art. 3 pkt 1 Pr. bud.<sup>1</sup> W związku z tym jedynie subsidiarnie należy stosować pojęcia budynku oraz budowli z Prawa budowlanego przy kwalifikacji prawnopodatkowej. Poza tym przy definiowaniu pojęcia

---

<sup>1</sup> Należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.

budynku czy budowli na potrzeby ustalenia obowiązku podatkowego brakuje podstaw do posługiwania się przepisami wykonawczymi do Prawa budowlanego, nie tylko dlatego, że tożsamą definicję obiektu budowlanego zawiera ustawa o podatkach i opłatach lokalnych (sygn. akt III SA/Po 356/10), ale przede wszystkim akt rangi podustawowej nie może kształtować przedmiotu opodatkowania.

Trudno dopatrzeć się przyczyn, dla których ustawodawca zdecydował się na taki sposób ustalenia przedmiotu opodatkowania w podatku od nieruchomości, tym bardziej że celem Prawa budowlanego nie jest normowanie przedmiotu opodatkowania, lecz reguł procesu inwestycyjnego (Pahl 2018: 34). Poza tym zakres rzeczy opodatkowanych podatkiem od nieruchomości jest zamknięty – istnieją trzy autonomiczne przedmioty opodatkowania, które w żadnym razie nie są ze sobą tożsame<sup>2</sup>. Jest o tyle zastanawiający zabieg legislacyjny z odesłaniem do Prawa budowlanego w kontekście chociażby reguły, że przepisy jednej ustawy nie wyłączają stosowania przepisów innych ustaw, chyba że przepis ustawy wyraźnie tak stanowi. Z jednej strony zakres przedmiotowy ustawy o podatkach i opłatach lokalnych teoretycznie powinien być z założenia prawnopodatkowego oderwany od podejścia przepisów Prawa budowlanego, jednak z drugiej strony analiza przytoczonych przepisów wskazuje, że nie definiują one bezpośrednio budynku oraz budowli, ale odsyłają do odrębnych regulacji prawnych, na mocy których należałoby ustalić zakres pojęciowy tychże terminów (Walter, Konik 2007: 25). Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe spostrzeżenia, można powiedzieć, że konstrukcja obowiązujących dotąd przepisów w tym zakresie jest wysoce „niefortunna”, tym bardziej że na końcu to organy podatkowe, ustalając chociażby „moment powstania obowiązku podatkowego, muszą mierzyć się z różnymi liniami interpretacyjnymi dotyczącymi stosowanych przepisów prawa podatkowego” (Żmijewska 2022: 41).

#### 4. Przedmiot opodatkowania podatkiem od nieruchomości

Orzecznictwo sądów administracyjnych od lat podążało w kierunku trendu rozszerzania definicji budowli (sygn. akt II SA/Bk823/19; II SA/Gd 673/19; II FSK 1629/18; II FSK 1317/20; III FSK 257/22). Można by nawet zaryzykować tezę, że gdyby organy podatkowe i sądy administracyjne nie stosowały wykładni rozszerzającej, to Trybunał Konstytucyjny (SK 14/21) nie uznałby definicji budowli za niezgodną z Konstytucją RP. Powodem, dla którego budowle tak często były w ostatnim czasie rozstrzygane jako przedmiot opodatkowania,

---

<sup>2</sup> Obok gruntów i budowli związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej to budynki lub ich części.

była rzecz jasna ich znaczna wartość. Dość interesującym zagadnieniem wydaje się choćby kwestia uczynienia budowlami dystrybutorów paliw (Morawski, Kałużny [red.] 2022: 43–53). Według Naczelnego Sądu Administracyjnego skoro urządzenia techniczne, które gwarantują wykorzystywanie budowli zgodnie z przeznaczeniem stają się budowlami, to za budowlę można także uznać przywołane dystrybutory paliw (sygn. akt III FSK 48/22). Sąd w rozpatrywanej sprawie badał prawidłowość opodatkowania podatkiem od nieruchomości dystrybutorów paliw ciekłych oraz gazowych zlokalizowanych na stacjach benzynowych jako budowli w myśl art. 1a ust. 1 pkt 2 u.p.o.l. Można niniejsze zagadnienie sprowadzić do następującej konkluzji – skoro pojęcie budowli jest tak nieprecyzyjne, to można z niego skorzystać przy każdym urządzeniu. Na marginesie warto dodać, że NSA zupełnie zignorował stanowisko TK (sygn. akt P 33/09), który podkreślił, że z uwagi na nieostrość pojęć z art. 3 pkt 9 Pr. bud., w przypadku uznawania określonych urządzeń jako urządzeń budowlanych, które jednak nie są urządzeniami bezpośrednio wymienionymi w jej treści, należałoby posłużyć się rozumowaniem *per analogiam*. Jest to o tyle istotne, że dokonywanie analogii na niekorzyść podatnika w świetle chociażby zasady *in dubio pro tributario* jest jednak niedozwolone<sup>3</sup>. Tym samym sentencja orzeczenia NSA wprost kłóci się z poglądem TK, wskazującym, że niedopuszczalne jest opodatkowanie urządzeń technicznych niewymienionych w art. 3 pkt 9 Pr. bud. tylko dlatego, że przypominają urządzenia wymienione w tym w przepisie.

Innym zaskakującym podejściem do podatku od nieruchomości jest kwestia opodatkowania urządzeń przesyłowych, takich jak stacje redukcyjne oraz pomiarowe gazu czy transformatory. Pojawiło się pytanie, czy stanowią one przykład urządzeń technicznych niepodlegających opodatkowaniu. Kluczowa stała się w tej kwestii uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego (sygn. akt III FPS 2/22). Co istotne jednak, dotyczyła ona prawnopodatkowej kwalifikacji stacji, punktów redukcyjnych, redukcyjno-pomiarowych oraz pomiarowych w porządku prawnym sprzed 28 czerwca 2015 r. Sąd zauważył, że dla kwalifikacji stacji redukcyjnych, pomiarowych oraz redukcyjno-pomiarowych jako budowli zasadnicze znaczenie ma związek z gazociągami. Innymi słowy, kluczowe jest rozstrzygnięcie, czy stacje stanowią wraz z obiektem liniowym jedną całość techniczno-użytkową, właściwą do realizacji określonego celu gospodarczego. W ocenie NSA najważniejszy jest więc element funkcjonalny. W takim przypadku stacje transformatorowe oraz urządzenia elektroenergetyczne zostaną uznane za budowle opodatkowane podatkiem od nieruchomości. Choć przy-

<sup>3</sup> Wprowadzona w art. 2a Ordynacji podatkowej ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1197.



wołana uchwała dotyczy stanu prawnego sprzed 28 czerwca 2015 r.<sup>4</sup> i z definicji budowli został usunięty zwrot normatywny „urządzenia”, to jednak nie jest wykluczone, że w praktyce stosowania prawa okaże się, że stacje redukcyjne, transformatorowe oraz inne urządzenia o znacznej wartości zostaną opodatkowane jako budowle z uwagi na funkcje gospodarcze oraz stanowienie zespołu technicznego. O niekorzystnym wpływie takiej uchwały dla podatników świadczą ostatnie orzeczenia sądów administracyjnych (sygn. akt I SA/Rz 406/22; I SA/Bk 287/22).

Kolejnym problemem jest kwestia opodatkowania kabli w kanalizacji kablowej. Chociaż z punktu widzenia prawa budowlanego trudno dopatrzeć się w nich obiektu budowlanego, to jednak kiedy kabel zostaje zawieszony na słupie bądź wprost zakopany w ziemi, to ma być obiektem budowlanym. W. Morawski uzasadnia to celem prawa budowlanego, mimo że na gruncie prawa podatkowego wszystkie kable powinny być potraktowane tak samo (Morawski 2023: 17).

Konstatacja wydaje się oczywista. Stosując przepis prawa, także niezgodny z ustawą zasadniczą, dokonuje się jego wykładni. Odnosząc się do poszczególnych dyrektyw wykładni, można uzyskać różne znaczenia zastosowania takiego przepisu (Drosik 2023: 137). Wprawdzie dokonanie czynności niezgodnej z Konstytucją RP powinno być *prima facie* odrzucone, to jednak w praktyce stosowania prawa okazuje się, że dochodzi do opodatkowania budowli przy powołaniu się na niekonstytucyjne brzmienie przepisów ustawy o podatkach i opłatach lokalnych.

## 5. Oczekiwania i kierunki zmian

Przytoczone powyżej wypowiedzi judykatury, a szerzej praktyka stosowania prawa, dowodzą, że dotychczas nie było jednolitości poglądów na kwestie opodatkowania podatkiem od nieruchomości. Z kolei dla podatnika powinno być zrozumiałe, kiedy powstanie obowiązek podatkowy, który spowoduje wymóg uiszczenia należnego podatku. Przedmiot opodatkowania podatkiem od nieruchomości niezmiennie od lat powoduje niezliczone spory podatkowe. Wątpliwości i podobne skutki wynikają, jak się zdaje, z poczynionych rozważań, z samej natury podatku, który obejmuje swoim zakresem obiekty materialne, które niełatwo jest zmieścić w definicję ustawową. Jak trafnie wskazuje A. Kałużny, modelowym wręcz przykładem jest definicja budynku, która przewiduje, że obiekt ma posiadać dach i być trwale związany z gruntem. Jednak mając

---

<sup>4</sup> Do tego czasu opodatkowana była budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami. Aktualnie opodatkowaniu podlega budowla wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania budowli zgodnie z jej przeznaczeniem.

na uwadze futurystyczne projekty, wyzwaniem legislacyjnym jest nadążenie za kreatywnością architektów. Poza tym, jak zauważa A. Hanusz, „obciążenie gruntów i budynków podatkiem od nieruchomości, uzależnione od ich powierzchni fizycznej bądź użytkowej, jest rozwiązaniem zarówno prymitywnym, jak i niesprawiedliwym. Nie uwzględnia ono bowiem na przykład położenia gruntu czy budynku wpływającego na jego wartość oraz wysokość przychodów osiągniętych w związku z gospodarczym przeznaczeniem nieruchomości. Tymczasem czynniki te określają zdolność płatniczą podatnika, która powinna być brana pod uwagę w konstrukcji każdego podatku mającego realizować konstytucyjną zasadę sprawiedliwości podatkowej” (Hanusz [red.] 2015: 58).

W przypadku budowli problem jest jeszcze poważniejszy w związku z nieograniczoną możliwością konstrukcji nowych rodzajów obiektów budowlanych (Kałużny 2023: 43). Jeśli przyjmiemy, że ustawodawca faktycznie dokona zmian w związku ze wspomnianym już orzeczeniem w sprawie SK 14/21, to można sformułować kluczową dla niniejszego opracowania hipotezę, że odejście od – jak się okazało niekonstytucyjnej – definicji budowli z u.p.o.l. ukształtuje na nowo przedmiot opodatkowania podatkiem od nieruchomości, otwoczy drogę do wznowienia zakończonych już postępowań i przede wszystkim zagwarantuje wysoki standard określoności prawa podatkowego (Gomułowicz 2021: 149–153).

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że Trybunał Konstytucyjny w powyższym wyroku uznał za niezgodny z Konstytucją RP przepis określający przedmiot opodatkowania podatkiem od nieruchomości, który obowiązuje od 20 lat. Zdaniem Trybunału definicja budowli określona w art. 1a ust. 1 pkt 2 u.p.o.l. narusza art. 84 i art. 217 Konstytucji RP z uwagi na wymóg zachowania wyższego standardu prawa podatkowego. Otóż „z art. 84 i art. 217 Konstytucji wynika podwyższony standard określoności prawa właściwy prawu daninowemu. Wymienione w art. 217 Konstytucji elementy konstrukcji prawnej podatku, a w szczególności przedmiot opodatkowania, muszą wynikać z ustawy i być uregulowane na tyle precyzyjnie, aby podatnik wiedział, czy ustawa łączy z dotyczącym go stanem faktycznym lub prawnym obowiązek podatkowy czy też nie” (sygn. akt SK 14/21). Oznacza to obowiązek określania przedmiotu opodatkowania oraz innych istotnych elementów podatku w ustawie podatkowej. Tymczasem art. 2 ust. 1 pkt 3 u.p.o.l., który wprowadza pojęcie budowli jako przedmiot podatku od nieruchomości, nie definiuje go. Z kolei sięgnięcie do art. 1a ust. 1 pkt 2 u.p.o.l. nie wystarcza, albowiem nie dość, że nie zawiera samodzielnej definicji budowli, to dwukrotnie odsyła do przepisów Prawa budowlanego. W rezultacie TK, zakwestionowawszy ww. przepis, dał 18 miesięcy ustawodawcy od dnia ogłoszenia analizowanego wyroku na ponowne zdefiniowanie pojęcia budowli. Poza tym „w ocenie Trybunału ustawodawca

wprowadzając nową definicję legalną budowli w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych, która nie będzie odwoływała się do ustaw niepodatkowych, powinien również zmienić obowiązującą definicję legalną budynku, zawartą w art. 1a ust. 1 pkt 1 u.p.o.l., która również odwołuje się do »przepisów prawa budowlanego« (sygn. akt SK 14/21). Na marginesie można dodać, że w pełni zrozumiałe będą ewentualne wnioski prowadzące do wznowienia prawomocnie zakończonych postępowań, gdzie przedmiotem opodatkowania była budowla. To samo będzie dotyczyć wniosków w zakresie zwrotu nadpłaty podatku.

W kontekście powyższego wszelkie dalsze rozważania mogą mieć charakter wyłącznie hipotetyczny. Skala naruszeń ustawy zasadniczej może wywołać po stronie ustawodawcy chęć dokonania daleko idących zmian. Można założyć, że prawodawca przy okazji modyfikacji definicji budowli i budynku, kluczowych dla całego podatku od nieruchomości, zdecyduje się na stworzenie zupełnie nowego aktu normatywnego, bądź z uwagi na stosunkowo krótki okres dostosowania przepisów prawa do ww. orzeczenia TK poprawi jedynie te dwie definicje, tak by w ich treści nie znajdowało się odesłanie do przepisów Prawa budowlanego. Z pewnością drugie podejście będzie narażone na ponowne ryzyko wątpliwości interpretacyjnych, choć niewątpliwie zniknie niebezpieczeństwo utraty prawa do pobierania podatku od nieruchomości przez samorządy gminne.

## 6. Wnioski

Przeprowadzona w niniejszym opracowaniu analiza pozwala na sformułowanie tezy, zgodnie z którą ustawa podatkowa powinna w sposób wyczerpujący opisywać relacje podatnika z organem podatkowym. Niewystarczające jest przekonanie, że przy klasyfikacji przedmiotu opodatkowania podatkiem od nieruchomości trzeba przede wszystkim stosować przepisy ustaw podatkowych, a nie ustawowo odsyłać do przepisów Prawa budowlanego (Tyska 2022: 37; Gomułowicz, Małecki 2013: 215). Trybunał Konstytucyjny w przywołanym powyżej orzeczeniu wskazał, że konstrukcja podatku od nieruchomości, budząca od wielu lat wątpliwości interpretacyjne, nie może opierać się na definicjach, które należy rozumieć przez pryzmat ustawy niepodatkowej. Tym bardziej, że tytułowy podatek stanowi daninę o największym potencjale dochodowym na tle dochodów własnych samorządu gminnego (Etel 2004: 62). Organy samorządu gminnego, dysponujące ograniczonym władztwem podatkowym, kształtują wybrane elementy konstrukcyjne podatku lokalnego przede wszystkim za pośrednictwem określania obowiązujących w danym roku stawek podatkowych (Niezgoda, Hanusz, Czernski [red.] 2009: 15; Zaborek, Czarnecki 2018: 48). Tym większa odpowiedzialność spoczywa na organach samorządu

terytorialnego w przedmiocie właściwego poboru podatku od nieruchomości. Przedstawiona w niniejszym opracowaniu praktyka stosowania przepisów prawa dowodzi, że organy samorządu mają z tym jednak poważny problem. Jak się okazuje, wynika on z trudności zakwalifikowania określonych obiektów jako budowli czy budynków, choć pasywność w przedmiocie odpowiedniej kontroli w zakresie rozliczeń podatku od nieruchomości to ewidentny brak należytej staranności po stronie organów samorządu terytorialnego. Innym rażącym przykładem, na który zwrócił uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich, była sprawa organu podatkowego, który od 2006 do 2016 r. wadliwie obliczał podatek od nieruchomości. Dzięki interwencji RPO Prezydent m.st. Warszawy uchylił w części decyzje określające podatnikowi wysokość podatku od nieruchomości za lata 2006–2010 (Rzecznik Praw Obywatelskich 2023). Nie wchodząc szerzej w problematykę przywołanego przypadku i niewątpliwie zauważalne problemy samorządów w polityce kształtowania swojej samodzielności finansowej, wydaje się, że dla tego artykułu najważniejszy był wniosek RPO – „sam upływ czasu nie może usprawiedliwiać niezgodnego z prawem działania” (Rzecznik Praw Obywatelskich 2023). Można niniejszą tezę strawestować i stwierdzić, iż sam fakt, że przepis określający przedmiot opodatkowania podatkiem od nieruchomości obowiązuje od 20 lat, nie może usprawiedliwiać niekonstytucyjności prawa. Niniejsze opracowanie dowodzi, że uchybienia samorządów powodują utratę dochodów, lecz w stopniu marginalnym na tle ubytków spowodowanych naruszeniem standardu legislacyjnego właściwemu prawu daninowemu (Chojnacka, Nowicki 2023: 93). Jak trafnie wskazuje W. Morawski, judykatura nie może ciągle balansować na granicy między wykładnią a tworzeniem prawa (Morawski 2023: 15).

W konkluzji należy więc sformułować postulaty adresowane do ustawodawcy. Konieczne zmiany w kierunku zagwarantowania większej jasności i określoności przedmiotu opodatkowania w podatku od nieruchomości, w tym opodatkowania budowli oraz budynków to rzecz oczywista (Martyniuk 2020: 72). Biorąc bowiem pod uwagę praktykę tworzenia prawa, a zwłaszcza czas jego stanowienia, *de lege ferenda* należałoby oczekiwać zmian w definicji budowli, ponieważ nie do zaakceptowania jest definicja, która została wykreowana w oparciu o dwa zaprzeczenia oraz przykładowy katalog wyliczeń obiektów stanowiących budowle. Poza tym niezbędne jest zerwanie jej „więzów” z Prawem budowlanym, ponieważ „o ile w prawie budowlanym dopuszczalne jest przyjęcie, iż definicja budowli zawiera niepełny ich katalog, o tyle w sytuacji, gdy definicja ta ma mieć zastosowanie w prawie podatkowym, wykładnia taka jest niedopuszczalna” (sygn. akt II FSK 2852/15). Jeśli chodzi o kształt dotychczasowej definicji budynku, nie wydaje się, by wymagała ona aż tak gruntow-

nych zmian z uwagi na jej jednoznaczność. Jedynym jej mankamentem jest bowiem to, że odwołuje się do przepisów Prawa budowlanego.

### Wykaz skrótów

Pr. bud., Prawo budowlane – Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane  
u.p.o.l. – ustawa o podatkach i opłatach lokalnych – ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r.  
o podatkach i opłatach lokalnych

### Bibliografia

#### Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.
- Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych. Dz.U. 2023, poz. 70 ze zm.
- Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych. Dz.U. 2022, poz. 2647 ze zm.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych. Dz.U. 2022, poz. 2587 ze zm.
- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. Dz.U. 2023, poz. 682 ze zm.
- Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2015, poz. 1197.

#### Orzecznictwo

- Uchwała NSA z dnia 10 października 2022 r., III FPS 2/22. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 3419771.
- Wyrok NSA z dnia z dnia 23 listopada 2017 r., II FSK 2852/15. Dostęp: 24.02.2024. LEX nr 2401371.
- Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2020 r., II FSK 1629/18. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 3058339.
- Wyrok NSA z dnia 24 listopada 2020 r., II FSK 1317/20. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 3106525.
- Wyrok NSA z dnia 22 listopada 2022 r., III FSK 257/22. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 3457476.
- Wyrok NSA z dnia z dnia 30 maja 2023 r., III FSK 48/22. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 3580728.
- Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15 grudnia 2010 r., III SA/Po 356/10. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 757185.
- Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 21 sierpnia 2014 r., I SA/Rz 525/14. Dostęp: 28.03.2024. LEX nr 1503651.

- Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 8 marca 2016 r., I SA/Rz 78/16. Dostęp: 28.03.2024. LEX nr 2023486.
- Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 29 stycznia 2019 r., I SA/Gd 1043/18. Dostęp: 28.03.2024. LEX nr 2621740.
- Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 3 czerwca 2020 r., II SA/Gd 673/19. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 3020501.
- Wyrok WSA w Kielcach z dnia 7 października 2021 r., I SA/Ke 485/21. Dostęp: 28.03.2024. LEX nr 3248501.
- Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 30 września 2022 r., I SA/Bk 287/22. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 3426265.
- Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 27 października 2022 r., I SA/Rz 406/22. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 3436870.
- Postanowienie TK z dnia 5 marca 2020 r., SK 48/15. Dostęp: 24.02.2024. LEX nr 3013900.
- Postanowienie TK z dnia 15 grudnia 2020 r., S 3/20. Dostęp: 24.02.2024. LEX nr 3098479.
- Wyrok TK z dnia 13 września 2011 r., P 33/09. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 929854.
- Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2017 r., SK 13/15. Dostęp: 28.03.2024. LEX nr 2406907.
- Wyrok TK z dnia 13 grudnia 2017 r., SK 48/15. Dostęp: 24.02.2024. LEX nr 2406906.
- Wyrok TK z dnia 4 lipca 2023 r., SK 14/21. Dostęp: 19.01.2024. LEX nr 3578728.

## Opracowania

- Bojarski, Adam. 2023. Opodatkowanie podatkiem od nieruchomości urzędzeń typu paczkomaty. *Finanse Komunalne* 5: 30–36.
- Brzeziński, Bogumił i Wojciech Morawski. 2012. Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 września 2011 r., P 33/09. *Przegląd Orzecznictwa Podatkowego* 1: 107–110.
- Chojnacka, Irena i Mieszko Nowicki. 2023. Wyrok TK z dnia 4 lipca 2023 r. (sygn. akt SK 14/21) [dot. podatków i opłat lokalnych]. *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* 5: 92–96.
- Dębowska-Romanowska, Teresa. 2010. *Prawo finansowe. Część konstytucyjna wraz z częścią ogólną*. Warszawa: C.H. Beck.
- Drosik, Jacek. 2023. Czy uzasadnienie wyroku TK daje podstawę do naruszania Konstytucji? Komentarz do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 4 lipca 2023 r. (SK 14/21). *Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych* 3: 135–139.
- Etel, Leonard. 2004. *Uchwały podatkowe samorządu terytorialnego*. Białystok: Temida.
- Etel, Leonard. 2011. 20 lat ustawy o podatkach i opłatach lokalnych – kilka refleksji. *Przegląd Podatkowy* 4: 20–27.
- Etel, Leonard. 2019. Opodatkowanie instalacji zapewniających funkcjonowanie budowli zgodnie z jej przeznaczeniem. *Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych* 8: 15–23.
- Dowgier, Rafał. 2021. W: *Podatki i opłaty lokalne. Komentarz*, (red.) Rafał. Dowgier, Leonard Etel, Grzegorz Liszewski, Bogumił Pahl, 270–285. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 19.01.2024.

- Felis, Paweł. 2023. *Opodatkowanie nieruchomości w Polsce na tle systemów europejskich. Wybrane problemy i propozycje zmian. Raport 1/2023*. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Finansów.
- Głąbiński, Stanisław. 1925. *Nauka skarbowości*, Lwów–Warszawa: nakładem Autora.
- Gomułowicz, Andrzej, Jerzy Małecki. 2013. *Podatki i prawo podatkowe*. Warszawa: Lexis-Nexis.
- Gomułowicz, Andrzej. 2021. Zasada pewności prawa podatkowego a bezpieczeństwo prawne podatnika. W: *Ochrona praw podatnika. Diagnoza sytuacji*, (red.) Agnieszka Franczak. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Hanusz, Antoni. 2015. Wstęp. W: *Źródła finansowania samorządu terytorialnego*, (red.) Antoni Hanusz. Lublin: Wolters Kluwer.
- Kałużny, Adam. 2020. *Opodatkowanie infrastruktury podatkiem od nieruchomości*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kałużny, Adam. 2023. Czy definicja budowli nie ma granic? O możliwym wpływie uchwały NSA, III FPS 2/22, na zakres opodatkowania podatkiem od nieruchomości. *Przegląd Podatkowy* 3: 43–50.
- Kałużny, Adam. 2023. Pechowiec płaci (30 razy) więcej – o wpływie stanowiska MF na opodatkowanie mieszkań podatkiem od nieruchomości. *Przegląd Podatkowy* 6: 9–16.
- Koślicki, Krzysztof. 2022. *Opodatkowanie budowli podatkiem od nieruchomości*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Koślicki, Krzysztof. 2022. *Gminy nie kontrolują rozliczeń podatku od nieruchomości*, <https://www.prawo.pl/podatki/kontrola-firm-i-podatku-od-nieruchomosci-przez-gminy,517609.html>. Dostęp: 19.01.2024.
- Krok, Wojciech. 2010. *Budowla w podatku od nieruchomości*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Martyniuk, Włodzimierz. 2020. Budowle spółdzielni mieszkaniowych a opodatkowanie podatkiem od nieruchomości. *Samorząd Terytorialny* 5: 64–72.
- Morawski, Wojciech, Adam Kałużny. 2022. Real Estate Taxation in Poland: The Main Legal Problems. In: *The Taxation of Energy-Sector Assets: Polish Tax Legislation on the Eve of Energy Transformation*, (eds.) Wojciech Morawski, Adam Kałużny. Poznań: Springer.
- Morawski, Wojciech, Adam Kałużny. 2022. The Taxation of Construction Objects Used to Generate Energy: The Current Legal Regime. In: *The Taxation of Energy-Sector Assets: Polish Tax Legislation on the Eve of Energy Transformation*, (eds.) Wojciech Morawski, Adam Kałużny. Poznań: Springer.
- Morawski, Wojciech. 2023. Wyrok TK z 4.07.2023 r., SK 14/21, w sprawie definicji budowli w podatku od nieruchomości – czyli o tym, że piekło bywa dobrymi intencjami wybrukowane. *Przegląd Podatkowy* 10: 15–25.
- Niezgoda, Andrzej. 2009. W: *Dochody budżetu jednostek samorządu terytorialnego*, (red.) Antoni Hanusz, Andrzej Niezgoda, Piotr Czerski. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Pahl, Bogumił. 2010. Opodatkowanie gruntów i budynków będących w posiadaniu osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, nabytych i wykorzystywanych w celach osobistych. *Finanse Komunalne* 5: 68–77.
- Pahl, Bogumił. 2018. Elektrownie fotowoltaiczne a podatek od nieruchomości. *Finanse Komunalne* 9: 34–48.

- Pahl, Bogumił. 2020. Najnowsze zmiany w konstrukcji prawnej podatków lokalnych, czyli jak „tylnymi drzwiami” pozbawia się gminy dochodów o charakterze podatkowym, Teoretyczne i praktyczne aspekty prawa finansowego. W: *Problemy, koncepcje, wyzwania i rozwiązania*, (red.) Andrzej Gorgol. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Pest, Przemysław. 2015. Pojęcie dochodów własnych jednostek samorządu terytorialnego. *Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze* 6: 331–352.
- Radzikowski, Krzysztof. 2012. Opodatkowanie podatkiem od nieruchomości majątku prywatnego przedsiębiorcy. Glosa do wyroku NSA z dnia 18 lipca 2012 r. II FSK 32/11. *Finanse Komunalne* 12: 66–74.
- Slack, Enid. 2012. The Politics of the Property Tax. In: *A Primer on Property Tax*, (eds.) William. J. McCluskey, Gary C. Corina, Lawrence. C. Walters. Wiley: Blackwell.
- Swianiewicz, Paweł, Jarosław Neneman, Julita Łukomska. 2013. Koncepcja przekształceń podatku od nieruchomości. *Finanse Komunalne* 7: 25–50.
- Śmiechowicz, Joanna. 2021. Wydajność fiskalna podatków lokalnych, jej uwarunkowania i przestrzenne zróżnicowanie w Polsce. *Studia Biura Analiz Sejmowych* 1(65): 62–69.
- Śwital, Paweł. 2016. Współdziałanie na rzecz rozwoju lokalnego – wybrane aspekty prawne. W: *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym – aspekty prawne, ekonomiczne, społeczne*, (red.) Katarzyna Głąbicka, Paweł Śwital. Radom: Instytut Naukowo-Wydawniczy „Spatium”.
- Tyska, Magdalena. 2022. Możliwość opodatkowania podatkiem od nieruchomości urządzeń typu paczkomaty. *Finanse Komunalne* 2: 36–43.
- Urbaniak, Ewa. 2023. Regulacja przedmiotu opodatkowania w podatku od nieruchomości a zasada samodzielności finansowej gmin. *Nieruchomości@* II: 93–113.
- Walter, Agnieszka, Tomasz Konik. 2007. Zakres przedmiotowy podatku od nieruchomości a praktyczne problemy polskiego przemysłu wydobywczego. *Przegląd Podatkowy* 12: 21–27.
- Zaborek, Daria, Krzysztof Czarnecki. 2018. Podatki lokalne jako źródło dochodów samorządu gminnego. Analiza podatku od nieruchomości, podatku rolnego i leśnego w gminie Lidzbark w latach 2010–2015. *Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu* 2(6): 47–71.
- Zubik, Marek. 2008. *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*. Warszawa: C.H. Beck.
- Żmijewska, Anna. 2022. Ustalanie przez organ podatkowy momentu powstania obowiązku podatkowego w podatku od nieruchomości. *Samorząd Terytorialny* 4: 32–44.

## Źródła internetowe

- Ministerstwo Finansów, Informacja roczna, <https://www.gov.pl/web/finanse/informacja-roczna5>. Dostęp: 19.01.2024.
- Najwyższa Izba Kontroli, Realizacja dochodów z tytułu podatku od nieruchomości i podatku od środków transportowych przez gminy z terenu województwa kujawsko-pomorskiego, lby~p\_21\_064\_202104081106381617872798~01.pdf. Dostęp: 19.01.2024.
- Rzecznik Praw Obywatelskich, Fiskus przez lata błędnie naliczał podatek od nieruchomości. Prezydent miasta uwzględnił sprzeciw RPO i uchylił w części decyzje określające



ten podatek, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-nieruchomosci-nienalezny-podatek-sprzeciw-decyzje-uchylone>. Dostęp: 19.01.2024.

Tygodnik Gospodarczy PIE, [https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2023/02/Tygodnik-PIE\\_7-2023.pdf](https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2023/02/Tygodnik-PIE_7-2023.pdf). Dostęp: 19.01.2024.



# Glosy



Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

COMMENTARY  
received 2024-06-03  
accepted 2024-08-30  
published online 2024-12-16



**Family benefits under the coordination  
of social security systems in the EU: equal benefits  
for local and non-resident workers – a gloss  
to the Judgment of the Court  
of Justice of 16 June 2022. C-328/20**

**Świadczenia rodzinne w ramach koordynacji  
systemów zabezpieczenia społecznego w UE: równe świadczenia dla  
pracowników lokalnych i pracowników przyjezdnych –  
glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości  
z dnia 16 czerwca 2022 r. w sprawie C-328/20**

KAMILA GABOR-WAŁACH  
ORCID: 0009-0008-2189-6420

**Citation:** Gabor-Wałach, Kamila. 2024. Family benefits under the coordination of social security systems in the EU: equal benefits for local and non-resident workers – a gloss to the Judgment of the Court of Justice of 16 June 2022. C-328/20. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 197–210. DOI: 10.25167/osap.5529.

**Abstract:** This publication discusses the CJEU ruling, which stated that the mechanism allowing for the adjustment of family allowances and tax credits granted by the Republic of Austria to workers, based on the country of residence of their children, constitutes unjustified indirect discrimination on the grounds of the nationality of migrant workers and is contrary to EU law. The CJEU ruling relates to social rights and the rights of migrants in the context of EU law, emphasizing the importance of equal treatment for migrant workers regarding social benefits, irrespective of the place of residence of their children. The publication employs a legal analysis of the CJEU ruling, taking into account the legal and social context in which it was issued. A critical analysis of the literature concerning social rights and the rights of migrant workers in the EU was also conducted. The analysis of the CJEU ruling revealed that the mechanism for adjusting family allowances and tax credits in Austria is

inconsistent with the principle of non-discrimination on the grounds of nationality, which is a fundamental principle of EU law.

**Keywords:** coordination of social security systems, freedom of movement for workers, family benefits, social and tax advantages

**Abstrakt:** W niniejszej publikacji omówiono orzeczenie TSUE, w którym stwierdzono, że mechanizm pozwalający na dostosowanie zasiłków rodzinnych i ulg podatkowych przyznanych przez Republikę Austrii pracownikom w zależności od państwa zamieszkania ich dzieci stanowi nieuzasadnioną dyskryminację pośrednią ze względu na przynależność państwową pracowników migrujących i jest sprzeczny z prawem UE. Orzeczenie TSUE odnosi się do praw socjalnych i praw migrantów w kontekście prawa UE, podkreślając znaczenie równego traktowania pracowników migrujących w zakresie świadczeń socjalnych, niezależnie od miejsca zamieszkania ich dzieci. W publikacji zastosowano analizę prawną orzeczenia TSUE, uwzględniając kontekst prawny i społeczny, w którym zostało wydane. Przeprowadzono również analizę krytyczną literatury dotyczącej praw socjalnych i praw pracowników migrujących w UE. Analiza orzeczenia TSUE wykazała, że mechanizm dostosowania zasiłków rodzinnych i ulg podatkowych w Austrii jest sprzeczny z zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, która jest podstawową zasadą prawa UE.

**Słowa kluczowe:** koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego, swobodny przepływ pracowników, świadczenia rodzinne, przywileje socjalne i podatkowe

## 1. Introduction

The right to move and work in another EU country is one of the fundamental rights of all EU citizens and a cornerstone of the single market. This freedom ensures that individuals can seek employment and live in any Member State without facing discrimination based on nationality, thus promoting equal treatment. However, freedom of movement would not be possible without EU rules on the coordination of social security systems, which play a crucial role in safeguarding social rights and ensuring that workers and their families have access to social benefits and protections irrespective of the Member State in which they reside.

For more detailed information on this topic, see, among others: *Social Rights, Labour Rights, and Migrant Rights in the EU: Intersections and Challenges* (Cacoullos, 2020), *Migration and the Rights of Workers in the European Union: Law and Policy Perspectives* (Harris 2019), *EU Social and Employment Law 2E* (Watson, 2014) and *European Union Treaties. Treaty of the European Union. Treaty on the Functioning of the European Union. Charter of Fundamental Rights of European Union. A Commentary* (Rudolf Geiger, 2015). These works thoroughly discuss the complex relationships between social rights, labour rights,

and migrant rights in the European Union, as well as the challenges these rights face in the context of European integration and migration policy. The author analyses how the EU's legal provisions affect the lives of citizens and migrants, and the political and social implications of these regulations.

For many years, the EU has held a framework for the coordination of its Member States' social security schemes to facilitate job mobility. Coordination is intended to ensure that all EU citizens and third-country nationals living in the EU have fair access to social security regardless of the country in which they live. Since then, coordination law has evolved in line with deepening European integration and EU enlargements.

Currently, the coordination provisions are contained in Regulation (EC) No. 883/2004 and its implementing Regulation (EC) No. 987/2009.

The CJEU judgment in case c-328/20 was criticised by F. Vigo Serralvo in the publication *Controversiaentorno a la indexación de las prestacionesfamiliaressegúnelpaís de residencia del causante*. This article addresses the debate in EU institutions on a possible national indexation mechanism for family benefits according to the country of residence of the person responsible for them. (Vigo Serralvo 2022)

The following ruling was also the subject of discussions by (Melin, 2022).

The Austrian federal government announced changes to child benefits in 2019. In practice, this is primarily the family allowance abroad, which increases in some countries but decreases in others. In Austria, the so-called indexation was already undertaken in October 2018. Its aim is that family allowance is measured by purchasing power in the countries where the money is sent. This means that there are countries where the purchasing power is high and countries where purchasing power is low. If the purchasing power is low overall, the child benefit in these countries will also be significantly reduced. The ruling intersects strands related to social rights and migrants' rights, illustrating the extremely important principle of EU law, namely the principle of fairness and equal treatment. Migrant workers, who pay national insurance contributions like local workers, should receive the same benefits, including when their children live abroad.

Consequently, the author posed the following research questions:

1. What legal arguments were presented in the CJEU ruling regarding the discrimination of migrant workers?
2. How does the CJEU ruling relate to social rights and the rights of migrants in the European Union?
3. What are the consequences of the CJEU ruling for the family allowance system in Austria?

The publication employs a legal analysis of the CJEU ruling, taking into account the legal and social context in which it was issued. Additionally, a critical review of the literature concerning social rights and the rights of migrant workers in the EU was conducted.

The analysis of the CJEU ruling demonstrated that the mechanism for adjusting family allowances and tax credits in Austria violates the principle of non-discrimination based on nationality. Furthermore, the ruling emphasises the importance of equal treatment of migrant workers in relation to social benefits, regardless of the place of residence of their children.

In the following section, the facts of the case are presented first, followed by the legal basis on which the CJEU based its decision. The next section is devoted to the presentation of the theses of the judgment together with its relevant reasoning and commentary proposed by the author. The paper ends with conclusions.

## 2. Facts

On 25 January 2019, the European Commission invited the Republic of Austria to comment on the Commission's concerns. These concerns related to the effective date of 1 January 2019 for the adjustment mechanism that had resulted from the changes made to §8a FLAG and §33 EStG by the Annual Tax Act 2018 and the Federal Act of 4 December 2018 (hereinafter referred to as the 'adjustment mechanism'). The Commission considered that this mechanism for adjusting family allowances and social and tax credits granted by Austria to workers with children depends on the price levels in the Member State where the children are resident on the permanent basis. This is in conflict with Articles 7 and 67 of Regulation No. 883/2004. According to these provisions, cash benefits cannot be reduced because a family member, such as a child, resides in another Member State. Furthermore, the Commission viewed that the adjustment mechanism does not generally apply to Austrian workers but to workers from other Member States. This constitutes indirect discrimination and is contrary to the principle of equal treatment laid down in Article 4 of Regulation No. 883/2004 and Article 7 of Regulation No. 492/2011.

On 25 March 2019, The Republic of Austria replied to the Commission that Article 67 of Regulation No. 883/2004 allows family allowances to be adapted according to the place of abode of the child. The respondent Member State raised first of all that Union law itself provides for comparable mechanisms. It then pointed out that Article 67 of that regulation does not require the amount of benefits paid for children resident in another Member State to correspond to the amount paid for children resident in Austria. Lastly, it argued that there



is no indirect discrimination because adjusting family benefits and social and tax advantages according to the price level in the territory of the State where the child resides is objectively justified and reduces the burden on all workers. (European Commission v Republic of Austria 2022)

In accordance with Austrian legislation, as of 1 January 2019, Austria adjusts the flat-rate family allowance for employees. This applies to employees whose children reside permanently in another Member State. It also includes children living in a state party to the Agreement on the European Economic Area or in Switzerland. The amount of the allowance and the benefits depends on the general price level in the Member States concerned.

The adjustment of the family allowance and dependent child allowance was introduced with effect from 1 January 2019. This was established by the Decree of the Federal Minister for Women, Family and Youth and the Federal Minister for Finance on the adjustment of family allowance and dependent child allowance in respect of children residing permanently in another Member State of the EU, another party to the EEA Agreement, or Switzerland. The decree was issued on 10 December 2018 (BGBl. II, 318/2018) and was adopted based on the Federal Law amending the Family Burden Equalisation Act 1967, the Income Tax Act 1988, and the Development Workers Act.

The adjustment of the additional family bonus, the tax credit for a sole householder, the tax credit for a single parent, and the tax credit for maintenance payments was also introduced with effect from 1 January 2019. This was established by the Ordinance of the Federal Minister of Finance on the adjustment of the additional family bonus, the sole earner allowance, the single parent allowance, and the maintenance allowance for children residing in another Member State of the EU, another party to the EEA Agreement, or Switzerland. The ordinance was issued on 27 December 2018 (BGBl. II, 257/2018).

The Commission (supported by the Czech Republic, Croatia, Poland, Romania, Slovenia, Slovakia and the EFTA Surveillance Authority) asked the Court of Justice to declare that Austria (supported by Denmark and Norway) had failed to fulfil its obligations, pointing out that the alignment introduced and the resulting unequal treatment in relation to national citizens experienced in particular by migrant workers, is contrary to EU law.

In this case, the Court consulted the Advocate General. Jean Richard de La Tour suggested the Court to uphold the Commission's complaint.

In the Advocate General's view, the option for a Member State to enter into its legislation an exception to the principle of the absolute equivalence of the amount of family allowances, which is based on the assumption that this requirement should only be satisfied in relation to the value of the benefits, cannot be accepted.

The possibility for a Member State to introduce into its legislation an exception to the principle of absolute equivalence of the amount of family allowances cannot be accepted. That exception is based on the assumption that that requirement must be met only in respect of the value of the benefits, in accordance with the objective pursued by the national legislature of compensating for the family's living costs.

He recalled in this context that the EU system of coordination of social security schemes is based on the general concept that if a migrant worker pays social security contributions and taxes in a particular Member State, he/she should be able to enjoy the same benefits as national citizens.

Furthermore, in the opinion of the Advocate General, the benefits at issue are paid uniformly throughout the Austrian territory, irrespective of differences in price levels in Austria (according to the information provided by the Commission) and that the actual expenses related to the specific needs of the child are not taken into account. Austria has not put forward any reason that could justify such indirect discrimination and it is therefore incompatible with Union law.

The Advocate General noted in particular that, according to a report by the Austrian Court of Auditors, the factor that could jeopardise the financial equilibrium of the social security system is not the payment of benefits to employees whose children reside outside Austria, which accounts for approximately 6% of expenditure on family benefits, but the lack of adequate control over the granting of these benefits. (Opinion of Advocate General Richard de la Tour 2022)

### **3. Subject of the gloss and the legal framework**

The subject of the gloss is the judgment of the Court of Justice of the EU – Judgment of the Court of Justice of 16 June 2022. In case C-328/20, the judgment follows an action for failure to fulfil obligations under Article 258 TFEU brought on 22 July 2020.

The judgment concerns Austrian legislation which, taking effect from 1 January 2019, has introduced an upward or downward adjustment of certain family benefits, as well as social and fiscal advantages, to the general price level in the Member State of residence of the children for whom such benefits are granted. This was to be calculated on the basis of the coefficient between the comparable price level published by Eurostat for each Member State of the Union and the corresponding level in the Republic of Austria. Such an arrangement was in breach of Articles 7 and 67 of Regulation No. 883/2004 and in breach of the principle of equal treatment laid down in Article 4 of Regulation No. 883/2004 and in Article 7(2) of Regulation No. 492/2011.

The CJEU, in its judgment in Case C-328/20 of 16 June 2022, ruled that child benefit and the tax credit for dependent children are family benefits under the Regulation on the coordination of social security systems and cannot be reduced or modified based on the residence of the beneficiary or their family members in another Member State. The Court found that the Austrian legislation, which adjusts family benefits according to the State of residence of the children, is incompatible with this regulation. This adjustment mechanism constitutes indirect discrimination based on nationality, which is unjustified. The Court emphasized that migrant workers contribute to and finance family allowances and tax advantages in the same way as national workers, regardless of their children's place of residence. (European Commission v Republic of Austria 2022)

The judgment stated that the Member State of the Republic of Austria has failed to fulfil its obligations under Articles 4 and 67 of Regulation No. 883/2004 and Article 7(2) of Regulation No. 492/2011 and Article 7(2) of Regulation No. 492/2011.

Under Union legal rules provided by Regulation No. 883/2004, family benefits, such as Austrian child benefits and the tax credit for a dependent child, may not be subject to any reduction or modification on the ground that the members of the family of a worker entitled thereto reside in another Member State. Determining the amount of these benefits based on the place of residence of family members constitutes an infringement of the right to free movement guaranteed to citizens of the Union.

#### **4. Comment**

The Court first had to decide whether the Austrian benefits at issue in the present case constitute 'family benefits' within the meaning of Article 1(z) of Regulation No. 883/2004. According to Article 3(1)(j) of the said Regulation, it applies to all legislation relating to branches of social security which concern family benefits. Therefore, Austrian benefits constitute family benefits, as this expression means any benefit in kind or in cash intended to meet family expenses, with the exception of advances of maintenance payments and special childbirth and adoption benefits mentioned in Annex I of the said Regulation.

In this regard, the Court points out that the expression 'compensating the costs of maintaining the family' must be understood as referring to a public contribution to the family budget aimed at reducing the burden of maintaining children. (Caisse pour l'avenir des enfants. Request for a preliminary ruling from the Conseil supérieur de la Sécurité sociale (Luxembourg) 2020).

The consequence of accepting that the benefits in question count as family benefits is that they are subject to the general principle expressed in Article 7

of Regulation No. 883/2004, entitled «Waiving of residence clauses». In my opinion, this concerns in particular the amount of cash benefits, since, according to the article cited, these benefits are not subject to reduction or amendment on account of the fact that the beneficiary or members of his/her family reside in a Member State other than that in which the institution responsible for paying them is situated.

This rule refers to the principle of portability of social security benefits laid down in point (b) of the first paragraph of Article 48 TFEU. Determining the amount of these allowances according to the place of residence of the family members therefore violates the right of free movement guaranteed to citizens of the Union. (*Caisse pour l'avenir des enfants. Request for a preliminary ruling from the Conseil supérieur de la Sécurité sociale (Luxembourg) 2020*)

This rule echoes also the principle of the exportability of benefits from the provisions of Article 7 in conjunction with Article 67 of Regulation No. 883/2004, which have the same objective. They prohibit Member States from making granting of family benefits or determination of their amount dependent on whether the worker's family members reside in the Member State paying the benefit. (*Tiroler Gebietskrankenkasse v Michael Moser. Request for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof 2019*)

In the judgment under consideration, the Court rightly mentioned that Article 67 of Regulation No. 883/2004 establishes the rule that a person may request family benefits in favour of family members who reside in a Member State other than the one competent to pay those benefits as if they were resident in the latter. (*Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Sachsen v Tomislaw Trapkowski. Request for a preliminary ruling from the Bundesfinanzhof 2015*).

The employee is entitled to family benefits in accordance with the legislation of the competent Member State (Article 67 of Regulation 883/2004), i.e. the legislation of the State of the place of activity as an employed person (Article 11(3a) of Regulation 883/2004). According to Article 60(1) of the Regulation 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation 883/2004, the application for family benefits shall be addressed to the competent institution.

The principle expressed in Article 67 of Regulation No. 883/2004 is inextricably linked to the principle expressed in Article 7 of the said Regulation, so that a breach of one of these principles results in a breach of the other.

In this judgment, the Court emphasised that Article 67 of Regulation No. 883/2004 must be interpreted as requiring strict equivalence between the amounts of family benefits paid by a Member State to workers whose family members reside in that Member State and to workers whose family members reside in another Member State. Given the foregoing, I believe that the argu-

ment presented by the Republic of Austria that differences in the purchasing power between Member States justify the possibility for a Member State to pay benefits to the latter category of persons in an amount different from that granted to the former category cannot be accepted.

As regards family allowances and tax benefits in general, which are the subject of the Commission's complaint, Union law prohibits any discrimination in the field of social security based on the nationality of migrant workers. However, the adaptation mechanism at issue, which only applies if the child resides outside Austrian territory, primarily affects migrant workers because it is more likely that it is their children who live in another Member State. Furthermore, as the vast majority of migrant workers covered by this mechanism come from Member States where the cost of living is lower than in Austria, they receive family benefits and social and tax privileges at a lower rate than Austrian citizens. Consequently, the adjustment mechanism in question constitutes indirect discrimination based on nationality, which is by no means justified. Migrant workers participate in the same way as native workers in the determination and financing of the contributions from which these family allowances and tax privileges are then paid, without taking into account the place of residence of the children of these workers.

Art. 67 of Regulation No. 883/2004 establishes the fiction that a person may claim family benefits for his family members living in a Member State other than the competent State for the payment of those benefits as if they were residing in the first Member State. Considering that migrant workers should be able to benefit from the social policies of the host Member State under the same conditions as domestic workers, in so far as they participate in the financing of such policies through the taxes and social security contributions which they pay in that State by reason of their activity as employed persons there. The Member States may not, without infringing the said Regulation, adjust family benefits according to the State of residence of the children of the worker entitled thereto.

In the case at hand, the Republic of Austria adjusted the family allowances according to the country of residence of the children of the beneficiaries by introducing new regulations. The adjustment mechanism only concerns children living outside Austrian territory and is dependent on the price level and purchasing power in the children's place of residence. By contrast, the adjustment mechanism does not apply to family allowances paid to children living in different regions of Austria, although there are price level differences between those regions that are comparable to the price levels of the Republic of Austria and other Member States.

Article 4 of Regulation No. 883/2004 and Article 7(2) of Regulation No. 492/2011 embody in their departments the principle of equal treatment specified in Article 45(2) TFEU, which protects employees against discrimination directly or indirectly on grounds of citizenship arising from the legislation of the Member States.

The Court of Justice of the European Union (CJEU) plays a crucial role in interpreting and enforcing the principle of equal treatment. Through its rulings, the CJEU clarifies the application of this principle in various contexts, reinforcing the rights of individuals within the EU. In this decision, the European Court repeatedly referred to its judgment in Case C-802/18 (*Caisse pour l'avenir des enfants. Request for a preliminary ruling from the Conseil supérieur de la Sécurité sociale (Luxembourg) 2020*) and the jurisprudence cited therein, underlining that family benefits and dependent child tax credit are both family benefits subject to the principle of equal treatment. Social benefits expressed in Article 4 of Regulation No. 883/2004 and the social advantages provided for in Article 7(2) of Regulation No. 492/2011. Indeed, the additional family allowance, single income household tax credit, single parent tax credit and child support tax credit reduce the amount of income tax. The beneficiary is presumed to be subject to taxation in Austria and these measures constitute tax advantages subject to the principle of equal treatment laid down in Article 7(2) of Regulation No. 492/2011.

According to Article 7(2) of Regulation No. 492/2011, an employee who is a citizen of a Member State has the same social and tax benefits on the territory of other Member States as domestic workers. This provision benefits both migrant workers living in the host Member State and frontier workers who, while doing paid work in that State, live in another Member State.

The Republic of Austria presented documents on the preparations for the adoption of the adjustment mechanism, which show that the Austrian Parliament tried to reduce the costs of the state budget. The legislator assumed that there are more recipients of family allowances and social and tax benefits whose children live in Member States with a lower price level than in Austria than those whose children live in Member States with a higher price level. It should be noted that the family allowances and social and tax benefits covered by the adjustment mechanism are not calculated based on the price level of the child's place of residence. Their lump sum is uniform throughout Austria, despite differences in purchasing power between different regions.

It should be pointed out, that possible discrimination can be justified by the desire to hedge against the risk of financial imbalance in the social security system if the risk is serious. It was therefore necessary to examine whether such a situation could arise in the present case.

The report of the Rechnungshof (Court of Auditors, Austria), published in July 2018, is entitled 'Familienbeihilfe – Ziele und Zielerreichung, Kosten und Kontrollsystem' ('Family allowances – objectives and their implementation, costs and control system', hereinafter referred to as the 'Court of Auditors report'). It shows that the state budget support for financing family allowances has become necessary due to the increase in lump sum payments. This increase has led to a reduction in the sources of funds for family allowances. Additionally, family allowances for children living in another Member State account for only about 6% of all payments. The impact of these subsidies on financing family allowances is mainly due to insufficient control of the conditions by the Austrian authorities.

The explanation of the Republic of Austria, that it had to react against the imbalance caused by the financial support of migrant workers, cannot be accepted. Workers from other Member States contributed to the financing of the Austrian social and tax system in the same way as Austrian workers, regardless of where their children lived.

It is important to recall that the European Court has already noted that Article 3(1) of Regulation No. 1408/71, which was worded essentially in the same way as Article 4 of Regulation No. 492/2011, was intended, in accordance with Article 39 EC, now Article 45 TFEU, to ensure equality in the field of social security for persons to whom the Regulation applies, irrespective of nationality, by abolishing any discrimination in this respect resulting from the national laws of Member States. (Reference for a preliminary ruling from the Nejvyšší správní úsoud (Czech Republic) – Marie Landtová v Česká správa sociálního zabezpečení 2011).

In the above-mentioned case, the adjustment mechanism changes the amount of family allowances and social allowances according to the price level of the children's place of residence. The mechanism is therefore only applied in the case of a child's residence outside Austria.

The implementation of the principle of equal treatment in the field of social insurance is guaranteed by the Union's regulation based mainly on the principle that only the relevant legislation of one Member State is valid in this field. This principle, as expressed in Article 11(1) of Regulation No. 883/2004, is to eliminate unequal treatment that would result from a partial or total overlap of the applicable rules for workers moving within the Union. According to Article 11(3) of this Regulation, a Member State must ensure equal treatment of all persons working on its territory: a person working as a salaried employee or self-employed is in principle subject to the legislation of that Member State and, according to Article 4 of this Regulation, they should receive there the same benefits as nationals of that Member State.

Family allowances in Austria are financed by employers, which are calculated based on the total salary of the workers they employ, so that the migrant worker participates in the determination of the amounts to be paid as well as the domestic employer without taking into account the residence of these employees' children. The same applies to the additional family allowances and other tax benefits covered by the adjustment mechanism, as these tax benefits are financed by tax on the employees' income tax, regardless of whether their children live in Austria or not.

In these circumstances – and as stated by the Advocate General in point 146 of his opinion – it must be considered that the different treatment applied based on the residence of the child in question is neither appropriate nor necessary to ensure the support function and equity of the social system.

## 5. Conclusion

The Court of Justice of the EU determined that by implementing an adjustment mechanism for family allowances and tax credits for dependent children of workers whose children reside in another Member State, Austria breached its obligations under Articles 4 and 67 of Regulation No. 883/2004 and Article 7(2) of Regulation No. 492/2011. Similarly, Austria's introduction of an adjustment mechanism for the additional family bonus, single-income household tax credit, single-parent tax credit, and maintenance payment tax credit applicable to migrant workers with children residing in another Member State violated Article 7(2) of Regulation No. 492/2011.

Following this ruling, Austria amended its Family Burdens Equalisation Act and Income Tax Act with Federal Law Gazette I No. 138/2022,23. This amendment repealed the indexation provisions and established the legal basis for back payment of the adjusted benefits.

The ruling underscores that the indexation mechanism for family benefits is incompatible not only with Regulation 883/2004 and Regulation 492/2011 but also with Article 45 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). This effectively rules out any future amendments to Regulation 883/2004 that would allow for the indexation of family benefits.

The CJEU ruling illustrates an extremely important principle of EU law, namely the principle of fairness and equal treatment. Migrant workers should be treated equally to local workers in terms of social benefits, which has significant implications for the social policy of EU member states. This decision strengthens the protection of the social rights of migrant workers and underscores the need for equal treatment of all workers in the European Union.



The Court's judgment reinforces the principle of non-discrimination based on nationality and residence within the EU. It ensures that migrant workers receive equal treatment concerning social security benefits regardless of where their children reside.

The ruling has significant implications for the coordination of social security systems within the EU. It confirms that Member States cannot adjust social security benefits based on the residence of beneficiaries' family members, thereby upholding the integrity of EU regulations aimed at protecting migrant workers.

The decision may influence future EU policy and legislative measures related to social security coordination. It sets a precedent that any attempt to index family benefits according to the country of residence would violate EU law.

By emphasizing that migrant workers contribute equally to national insurance systems, the judgment ensures that they receive proportional benefits, promoting fairness and equality within the EU labour market.

For these reasons, the judgment deserves full approval as it aligns with the fundamental principles of EU law, safeguarding the rights of migrant workers and reinforcing the coherence of social security coordination across the Union.

## Bibliography

### Legal acts

Regulation (EC) No. 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, Dz.U.U.E.L.2004.166.1.

Regulation (EC) No. 987/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No. 883/2004 on the coordination of social security systems (Text with relevance for the EEA and for Switzerland), Dz.U.U.E.L.2009.284.1.

Regulation (EU) No. 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union, Dz.U.U.E.L.2011.141.1

The Bundesgesetz betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen [Federal Law on compensation for family expenses by means of allowances] of 24 October 1967 (BGBl. 376/1967), as amended by the Bundesgesetz mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Entwicklungshelfergesetz geändert werden [Federal Law amending the Federal Law of 1967 on compensation for family expenses by means of allowances, the Federal Law of 1988 on the taxation of the income of natural persons and the Law on the status of development aid workers] of 4 December 2018 (BGBl. I, 83/2018).

## Case law

- Judgment of the Court (Eighth Chamber) of 18 September 2019 in Case C-32/18, *Tiroler Gebietskrankenkasse v Michael Moser*. Request for a preliminary ruling from the *Oberster Gerichtshof*, ECLI:EU:C:2019:752.
- Judgment of the Court (First Chamber) of 22 October 2015 in Case C-378/14, *Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Sachsen v Tomislaw Trapkowski*. Request for a preliminary ruling from the *Bundesfinanzhof*, ECLI:EU:C:2015:720.
- Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 22 June 2011 in Case C-399/09, *Reference for a preliminary ruling from the Nejvyšší správní soud (Czech Republic) — Marie Landtová v Česká správa sociálního zabezpečení*, ECLI:EU:C:2011:415.
- Judgment of the Court (Second Chamber) of 16 June 2022 in Case C-328/20, *European Commission v Republic of Austria*, ECLI:EU:C:2022:468.
- Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 2 April 2020 in Case C-802/18, *Caisse pour l'avenir des enfants*. Request for a preliminary ruling from the *Conseil supérieur de la Sécurité sociale (Luxembourg)*, ECLI:EU:C:2020:269
- Opinion of Advocate General Richard de la Tour in Case C-328/20 *European Commission v Austria*, ECLI:EU:C:2022:45.

## Secondary sources

- Cacoullou, Annita and Maria Valdes. 2020. *Social Rights, Labour Rights, and Migrant Rights in the EU: Intersections and Challenges*. London: Routledge.
- Harris, Matthew, and Stephen Carr. 2019. *Migration and the Rights of Workers in the European Union: Law and Policy Perspectives*. Oxford: Hart Publishing.
- Melin, Pauline, and Steve Peers. 2022. Overview of recent cases before the Court of Justice of the European Union (March – September 2022). *European Journal of Social Security* 24(4): 361-375.
- Geiger, Rudolf, Daniel-Erasmus Khan, and Marcus Kotzur. 2015. *European Union Treaties. Treaty of the European Union. Treaty on the Functioning of the European Union. Charter of Fundamental Rights of European Union. A Commentary*. München: C.H. Beck; Oxford: Hart.
- Vigo Serralvo, Fernando. 2022. Controversiaentorno a la indexación de las prestacionesfamiliaressegúnelpaís de residencia del causante. Sobresucompatibilidad con el Derecho de la UE. *E-Revista Internacional De La Protección Social*, 193-210.
- Watson, Philippa. 2014. *EU Social and Employment Law 2E*. Oxford: Oxford University Press.

## **Varia**



Volume 22, Issue 2  
December 2024

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

VARIA  
received 2024-04-11  
accepted 2024-08-30  
published online 2024-12-12



**Pamiętamy o Janku...**  
**Wspomnienie koleżeńskie o dr. Janie Jerzmańskim**  
**We remember about Janek...**  
**A friendly memory of Dr Jan Jerzmański**

MAREK GÓRSKI

Uniwersytet Szczeciński

ORCID: 0000-0003-0708-0739, [marek.gorski@usz.edu.pl](mailto:marek.gorski@usz.edu.pl)

**Citation:** Górski, Marek. 2024. Pamiętamy o Janku... Wspomnienie koleżeńskie o dr. Janie Jerzmańskim, *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 213–216.  
DOI: 10.25167/osap.5612.

**Abstract:** The paper is a memory of Dr Jan Jerzmański and, at the same time, a recollection of one of the leading figures in the science of Polish environmental law in the last thirty years. The author concentrated on the main scientific achievements in the form of works published by Dr J. Jerzmański and scientific meetings in which he actively participated, as well as his personality, characterized by modesty and a cordial approach to all friends.

**Keywords:** science of environmental law, environmental protection law

**Abstrakt:** Tekst jest wspomnieniem o dr. Janie Jerzmańskim i jednocześnie przypomnieniem jednej z czołowych w ostatnich trzydziestu latach postaci nauki polskiego prawa ochrony środowiska. Przypomniane zostały główne pozycje dorobku naukowego dr. J. Jerzmańskiego, spotkania naukowe, w których brał czynny udział, a także Jego osobowość, charakteryzująca się skromnością i serdecznym podejściem do wszystkich koleżanek i kolegów.

**Słowa kluczowe:** nauka prawa ochrony środowiska, prawo ochrony środowiska

Przygotowując ten krótki tekst wspomnieniowy, ciągle łapałem się na tym, że powinien być pisany w czasie przeszłym, a mimo upływu już kilku lat trudno w ten czas przeszły uwierzyć. Mimo że kontaktowaliśmy się niezbyt często,



zwykle przy okazji różnorodnych spotkań naukowych, to świadomość możliwości rozmowy i przedyskutowania wielu wątpliwości powstających podczas rozważań nad obowiązującymi regulacjami prawnymi z dziedziny prawnej ochrony środowiska zawsze była dla mnie czymś oczywistym. Tak samo jak możliwość sięgnięcia po opracowania przygotowane przez Janka i oczekiwania na kolejne, zawsze przemyślane i inspirujące.

Poznaliśmy się bliżej z dr. Janem Jerzmańskim pod koniec ubiegłego wieku, przy okazji rozpoczęcia prac zespołu skonstruowanego przez prof. Jerzego Sommera, a utworzonego dla przygotowania przepisów dostosowujących nasz system wewnętrzny do wymagań ówczesnego prawa wspólnotowego w zakresie prawa ochrony środowiska, przede wszystkim poprzez przygotowanie projektu ustawy Prawo ochrony środowiska. Te spotkania w czasie blisko dwuletniej pracy nad projektem dały okazję do bliższego, osobistego poznania się; osobistego, bo znajomość na gruncie naukowym pojawiła się oczywiście dużo wcześniej. Te spotkania naukowe były później kontynuowane, przede wszystkim na konferencjach naukowych prawa ochrony środowiska organizowanych z inicjatywy środowiska wrocławskiego, potem wrocławsko-opolskiego, spotkaniach naukowych polsko-czesko-słowackich, animowanych zwłaszcza aktywnością prof. Wojciecha Radeckiego, czy zjazdów katedr i instytutów prawa ochrony środowiska.

Janek był na takich spotkaniach prawie zawsze, ale co dla niego charakterystyczne – nie pretendował do zajmowania miejsca w pierwszym szeregu. Świadczy o tym chociażby to, że wśród posiadanych przeze mnie zdjęć z tych spotkań takich, na których można odnaleźć Janka, jest stosunkowo niewiele, zaś na zdjęciach zbiorowych raczej ustawał się z tyłu. Ta skromność była wyraźną



cechą Jego charakteru. Tym niemniej wystąpienia dr. Jerzmańskiego w czasie dyskusji naukowych były zawsze przyjmowane z dużą uwagą, potrafił bowiem podkreślić najważniejsze elementy danego problemu i wskazać możliwe kierunki jego rozwiązania. Było to także cechą Jego tekstów naukowych, w tym referatów przedstawianych na wspomnianych spotkaniach.

Znajomość regulacji prawnych z zakresu ochrony środowiska prezentowana przez dr. Jana Jerzmańskiego budziła uznanie wyrażane poprzez zapraszanie go do różnych gremiów opiniodawczych, jak np. jako doradcy w pracach komisji Sejmu czy Senatu RP, konsultanta Polskiego Narodowego Komitetu UNESCO–MAB, członka Rady Karkonoskiego Parku Narodowego. Wiedzę teoretyczną łączył także z praktyką, był współzałożycielem, współnikiem i członkiem zarządu kancelarii prawnej Jendrośka Jerzmański Bar i Wspólnicy, Prawo gospodarcze i ochrony środowiska. Miałem okazję współpracować z Nim i w takiej formule.

Nasza znajomość na niwie naukowej koncentrowała się na regulacjach prawnych związanych z postępowaniem z odpadami, braliśmy wspólny udział w przygotowaniu kilku monografii naukowych dotyczących tych zagadnień. Zapamiętałem zwłaszcza w tym zakresie współpracę przy badaniach inicjowanych przez prof. Konrada Nowackiego, prowadzonych w ramach współpracy polsko-niemieckiej, w tym zwłaszcza z prof. Lotharem Knoppem z Cottbus, których efektem była książka poświęcona nowym regulacjom prawnym dotyczącym systemów postępowania z odpadami komunalnymi, w której dr Jerzmański miał spory udział, przygotowana w 2012 r. Do dzisiaj to opracowanie ma w swoich aspektach teoretycznych istotne znaczenie, podobnie jak teksty Janka w kilku komentarzach dotyczących szeroko rozumianego „prawa odpadowego”.

Osobiste spotkania w czasie konferencji naukowych, w ich części bardziej kameralnej, pokazywały Janka z innej jeszcze strony – Jego wszechstronnych i głębokich zainteresowań wykraczających poza ramy rozważań i dyskusji prawniczych. Zapamiętałem zwłaszcza różne anegdoty historyczne, bogate w nie-



spodziewane szczegóły, którymi nas raczył i które budziły duże zaniepokojenie ze strony słuchaczy. Mimo widocznej doskonałej znajomości kwestii, o których mówił, także erudycji, którą emanował, i dużego poczucia humoru, nie starał się tego wszystkiego wykorzystywać dla „brylowania” w towarzystwie, pozostawał człowiekiem skromnym, z dystansem do siebie i świata. O jego skromności świadczy także fakt, że nie była w zasadzie znana Jego działalność prowadzona w strukturach opozycyjnych w czasach przed 1989 rokiem, nie starał się jej nagłaśniać ani wyciągać później z tego korzyści. Osobiście dowiedziałem się o tym dopiero po Jego śmierci, w związku z faktem przybycia na pogrzeb Janka ówczesnego premiera RP Mateusza Morawieckiego. Ta wiadomość w pierwszej chwili mnie zaskoczyła, ale po zastanowieniu się nie zdziwiła – to wszystko było w charakterze i postawie Janka, i zaangażowanie się w działalność opozycyjną i późniejsze niewyciąganie z tego korzyści; angażował się, bo po prostu według niego tak było trzeba.



Zatytułowałem ten tekst „Wspomnienie koleżeńskie”, ponieważ byliśmy z Jankiem po prostu dobrymi kolegami, powiązanymi wspólnymi zainteresowaniami naukowymi i współpracą o takim charakterze. Nie mieliśmy okazji poznać się znacznie bliżej i być może zaprzęjażnić. Nie było ku temu okazji pewnie ze względu jednak na odległość i pełne obustronne zaangażowanie w działalność naukową i zawodową. Ze względu na Jego odejście teraz już rozwinięcie tej znajomości nie jest możliwe i żałuję tego, zwłaszcza że odszedł zbyt szybko i nie będzie Go już z nami chociażby na tegorocznym spotkaniu opolskim. Żegnaj więc, Janku, pamiętamy o Tobie i ta pamięć pozostanie...



Volume 22, Issue 2

December 2024

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

VARIA

received 2024-06-12

accepted 2024-08-30

published online 2024-12-12



## Wspomnienie o śp. Prof. dr. hab. Konradzie Nowackim

### A memory of the Late Prof. Konrad Nowacki, Ph.D.

JERZY STELMASIAK

Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie

ORCID: 0000-0002-1397-3595, [jerzy.stelmasiak@mail.umcs.pl](mailto:jerzy.stelmasiak@mail.umcs.pl)

**Citation:** Stelmasiak, Jerzy. 2024. Wspomnienie o śp. prof. dr. hab. Konradzie Nowackim. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 22(2): 217–219. DOI: 10.25167/osap.5613.

**Abstract:** Professor Konrad Nowacki was an outstanding representative of the Wrocław school of administrativists as well as environmental law. His very rich scientific output includes a wide range of comparative environmental law issues. This is particularly true for the comparative research in the field of environmental law in the Federal Republic of Germany and Austria. Therefore, in 2009, upon his initiative, the University of Wrocław and the Technical University of Cottbus established the Polish-German Center for Public and Environmental Law. In addition, in 2015, Professor Konrad Nowacki received an honorary doctorate from the University of Cottbus.

**Keywords:** Professor Konrad Nowacki, University of Wrocław, University of Opole, administrative law, environmental law in Poland, Federal Republic of Germany and Austria

**Abstrakt:** Profesor Konrad Nowacki był wybitnym przedstawicielem wrocławskiej szkoły administratywistów i szkoły prawa ochrony środowiska. Jego bardzo bogaty dorobek naukowy obejmuje szeroko rozumianą problematykę prawa ochrony środowiska o charakterze komparatystycznym. Dotyczy to w szczególności badań porównawczych w zakresie prawa ochrony środowiska w Republice Federalnej Niemiec i Austrii. Dlatego też w 2009 r. z Jego inicjatywy Uniwersytet Wrocławski i Uniwersytet Techniczny w Cottbus utworzyły Polsko-Niemieckie Centrum Prawa Publicznego i Ochrony Środowiska. Ponadto w 2015 r. Profesor Konrad Nowacki otrzymał tytuł doktora honoris causa Uniwersytetu w Cottbus.

**Słowa kluczowe:** śp. Profesor Konrad Nowacki, Uniwersytet Wrocławski, Uniwersytet Opolski, prawo administracyjne, prawo ochrony środowiska w Polsce, Republice Federalnej Niemiec i Austrii

Pana Profesora Konrada Nowackiego poznałem bliżej w połowie lat osiemdziesiątych podczas jednej z licznych konferencji organizowanych przez ośrodek wrocławski. Zawsze był otwarty na dyskusję, wymianę argumentów, a jednocześnie miał dystans do siebie. Ponadto pamiętam mój niezwykley przejazd ulicami Wrocławia Jego słynnym Citroenem, tzw. poduszkowcem, i opowieści o licznych zabytkach Wrocławia.

Profesor zawsze był związany z Wydziałem Prawa i Administracji, a następnie także Wydziałem Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, w którym studia ukończył na Wydziale Prawa w 1969 r. Stopień naukowy doktora nauk prawnych uzyskał w 1980 r., zaś doktora habilitowanego w 1994 r. z prawa administracyjnego z zakresu prawa ochrony środowiska. Z kolei tytuł naukowy profesora nauk prawnych uzyskał w 2005 r. Ponadto od 1995 r. wykładał na stanowisku profesora w Uniwersytecie Opolskim. Należy również zaznaczyć, że jako visiting profesor wykładał w latach 2001–2004 w Brandenburskim Uniwersytecie Technicznym w Cottbus. Natomiast już w ramach programu Tempus przebywał w uniwersytetach w Warwick Hull w latach 1994, 1996 i 1998.

Zainteresowania naukowe Profesora w dużej części poruszały szeroko rozumianą problematykę prawa ochrony środowiska i były to badania o charakterze komparatystycznym. Świadczą o tym Jego szerokie kontakty naukowe z uczonymi z Niemiec, a w szczególności z prof. Lothasem Knoppem, który następnie otrzymał tytuł doktora *honoris causa* Uniwersytetu Wrocławskiego. Dlatego też jako profesor wizytujący w katedrze przez Niego kierowanej w Brandenburskim Uniwersytecie Technicznym w Cottbus-Senftenberg prowadził w latach 2001–2004 zajęcia z przedmiotu porównawczego prawo ochrony środowiska. O Jego przygotowaniu naukowym świadczy także rozprawa habilitacyjna z 1994 r. pt. „Administracyjnoprawne instrumenty ochrony środowiska naturalnego w Republice Federalnej Niemiec i Austrii. Studium prawnoporównawcze”. Było to jedyne tego rodzaju opracowanie naukowe w prawie polskim, które pozwoliło stwierdzić, że Profesor był jednym z nielicznych przedstawicieli doktryny prawa administracyjnego i prawa ochrony środowiska, który prowadził tak szerokie badania komparatystyczne. Ponadto był promotorem rozprawy doktorskiej Pani Marty Woźniak pt. „Umowa międzynarodowa jako źródło prawa administracyjnego”, pierwszego i jedyne tego rodzaju opracowania naukowego w polskim prawie administracyjnym, którego byłem recenzentem.

W 2009 r. Uniwersytet Wrocławski i Uniwersytet Techniczny w Cottbus utworzył z Jego inicjatywy Polsko-Niemieckie Centrum Prawa Publicznego i Ochrony Środowiska. Ponadto owocem tej współpracy naukowej była seria wydawnicza pt. „Prawo Publiczne Porównawcze”, w której ramach wydano wiele monografii i prac zbiorowych, a ich autorem czy współautorem lub redaktorem był też Profesor, np. *Polnisches Umweltrecht* opublikowane w Berlinie w 2007 r.

Z kolei jeszcze w 2003 r. Profesor został współdyrektorem Centrum Nauk Prawnych i Administracyjnych w Brandenburskim Uniwersytecie Technicznym. Natomiast na Wydziale Prawa i Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego pełnił funkcję prodziekana w latach 1996–1999. Jego „dziełem” było także utworzenie Zakładu Prawa Ochrony Środowiska i Administracyjnego Prawa Porównawczego jedynej wówczas tego typu jednostki organizacyjnej na Wydziałach Prawa w Polsce.

Ponadto w 2006 r. uzyskał godność profesora honorowego Brandenburskiego Uniwersytetu Technicznego w Cottbus-Senftenberg, a w 2015 r. otrzymał tytuł doktora *honoris causa* powyższego Uniwersytetu, lecz z powodu stanu zdrowia to najwyższe wyróżnienie akademickie przyjął już w swoim domu.

W kontaktach z Profesorem dominowała wyrozumiałość i życzliwość oraz otwartość na dyskurs akademicki. Profesor w odpowiedzi na moje pytania, w zakresie w szczególności komparatystyki badań prawa ochrony środowiska, zawsze chętnie wyjaśniał sporne problemy badawcze, odnosząc się do koncepcji prawnej, którą poruszałem w moich badaniach naukowych, np. roli miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego w prawie ochrony środowiska Niemiec czy Austrii.

Od 2015 r. choroba stopniowo ograniczała Jego działalność naukową. Profesor zmarł w dniu 23 września 2017 r. Zarówno Jego droga życiowa, jak i naukowa sprawiły, że Profesor na zawsze pozostanie w Naszej pamięci jako wzór uczonego oraz człowieka życzliwego i wyrozumiałego także w kontaktach towarzyskich, o czym przekonałem się np. podczas Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego w Szklarskiej Porębie, który organizował ośrodek wrocławski.



EDITORS / REDAKTORZY  
*Karina Ćwirzeń* (teksty polskojęzyczne)  
*Jacek Jędrzejowski* (teksty anglojęzyczne)

TECHNICAL EDITOR / REDAKTOR TECHNICZNY  
*Jolanta Brodziak*

TYPESETTING AND LAYOUT / SKŁAD I ŁAMANIE  
*Jolanta Brodziak*

PROOFREADING / KOREKTA  
*Katarzyna Włodarczyk*

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](mailto:wydawnictwo@uni.opole.pl)

